

# Imprévision

*Jac. Hijma\**

## 1. INLEIDING

Tot de fundamentele kwesties van het overeenkomstenrecht behoort de vraag in hoeverre het principe der contractuele gebondenheid<sup>1</sup> zich ook doorzet wanneer onvoorziene omstandigheden intreden die de onverkorte doorvoering van het overeengekomene voor een der partijen zeer bezwaarlijk maken. Deze problematiek, die als die der *imprévision* bekendstaat, heeft zowel in de door UNIDROIT opgestelde Principles of International Commercial Contracts (Unidroit Principles, art. 6.2.1-3) als in de door de commissie-Lando geformuleerde Principles of European Contract Law (PECL, art. 2.117) regeling gevonden. In dit opstel worden de in deze 'Principles' gekozen oplossingen geanalyseerd en — op enige hoofdpunten — afgezet tegen die welke de Nederlandse wetgever heeft aangedragen (art. 6:258 en 6:260 BW).<sup>2</sup>

## 2. TEKSTEN DER PRINCIPLES

Volledigheidshalve volgt hier eerst een weergave van de bepalingen zoals die in Unidroit Principles en PECL aan het aangesneden onderwerp zijn gewijd.

\* Prof. mr. Jac. Hijma is als hoogleraar burgerlijk recht verbonden aan de Rijksuniversiteit Leiden.

1. Art. 6:248 lid 1 BW; art. 1.3 Unidroit Principles.
2. Enige rechtsvergelijkende gegevens bieden notes 1-2 bij art. 2.117 PECL; M. Sichert, AA 43 (1994), p. 413-417; zie nader de studie van P. Abas, *Rebus sic stantibus* (1989). Met betrekking tot 'Hardship and Force Majeure' bij Unidroit zij gewezen op D. Maskow, *American Journal of Comparative Law* 40 (1992), p. 657-669; zie over art. 2.117 PECL nog Sichert, t.a.p.

*Unidroit Principles*

**Art. 6.2.1 (Contract to be observed)**

Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship.

**Art. 6.2.2 (Definition of hardship)**

There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and

- (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;
- (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;
- (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and
- (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.

**Art. 6.2.3 (Effects of hardship)**

- (1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.
- (2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.
- (3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.
- (4) If the court finds hardship it may, if reasonable,
  - (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or
  - (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.

*PECL (Commissie-Lando)*

**Art. 2:117 (Change of circumstances)**

- (1) A party is bound to fulfil his obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance he receives has diminished.
- (2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that:
  - (a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract, or had already occurred at that time but was not and could not reasonably have been known to the parties, and
  - (b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and
  - (c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear.
- (3) If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may:

- (a) terminate the contract at a date and on terms to be determined by the court;  
or
- (b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances; and
- (c) in either case, award damages for the loss suffered through the other party refusing to negotiate or breaking off negotiations in bad faith.

### 3. UITGANGSPUNT

Beide regelingen stellen uitdrukkelijk voorop dat partijen aan hun overeenkomst gebonden zijn en blijven, ook wanneer de uitvoering daarvan voor een van hen meer bezwaarlijk wordt (art. 6.2.1 Unidroit Principles, art. 2.117 (1) PECL). Aldus wordt beklemtoond dat het geen volgt een uitzonderingskarakter draagt en niet dan met inachtneming van de nodige voorzichtigheid mag worden toegepast. Ook de begeleidende commentaren ademen deze geest; zij zien het werkterrein van de getroffen regeling beperkt tot ‘exceptional cases’.<sup>3</sup> Eenzelfde terughoudend geluid weerklinkt in de Nederlandse jurisprudentie.<sup>4</sup>

Wat betreft de gehanteerde regelgevingstechniek bestaat tussen de beide Principles met name dit verschil, dat Unidroit eerst een centraal begrip ‘hardship’ introduceert (art. 6.2.1 in fine) hetwelk vervolgens in een aantal vereisten wordt ontleed (art. 6.2.2), terwijl de commissie-Lando rechtstreeks op de te stellen eisen aankoerst. De aanwezigheid van een overkoepelende term, zoals bij Unidroit, heeft als voordeel dat zij een stroomlijning van het woordgebruik mogelijk maakt.

### 4. DE BASISVOORWAARDE

Ten aanzien van de voor toepassing der *imprévision*regeling geldende voorwaarden vertonen de beide sets Principles een grote mate van eensgezindheid.

Als basisvereiste geldt dat de loop der gebeurtenissen het contractuele evenwicht fundamenteel verandert (Unidroit Principles) c.q. nakoming voor een der partijen excessief bezwaarlijk maakt (PECL). Naar luid van de Nederlandse wet moet sprake zijn van onvoorziene omstandigheden van dien aard, dat de wederpartij naar maatstaven

3. Comment 2 bij art. 6.2.1 Unidroit Principles; in dezelfde zin comment A bij art. 2.117 PECL.

4. Zie bijv. HR 19 november 1993, NJ 1994, 156 (Campina/Van Jole).

van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten (art. 6:258 lid 1 BW). Hoe over deze formules te denken?

De in de Unidroit Principles neergelegde keuze voor een fundamentele verandering van het contractsevenwicht als basiscriterium houd ik om twee — samenhangende — redenen voor minder aantrekkelijk. In de eerste plaats kan aan haar worden tegengeworpen dat in geval van een verandering van omstandigheden niet zozeer het contractuele evenwicht wordt gewijzigd of verstoord, maar het juist de *instandhouding* van het door partijen in hun overeenkomst neergelegde — en als gegeven te aanvaarden — evenwicht is dat moeilijkheden oplevert. De gedachte dat het contractsevenwicht min of meer vlottend zou zijn en bij een wezenlijke verandering van omstandigheden zozeer zou zijn verschoven dat het door partijen of eventueel de rechter moet worden ‘restored’, spreekt (mij) niet aan. Dit lijkt wellicht een woordenspel, maar is m.i. toch méér dan dat. Hiermee samen hangt een tweede bezwaar: men steekt het leerstuk der onvoorzienne omstandigheden in een nauwe jas, wanneer men het beperkt houdt tot binnen het contractuele evenwicht gelocaliseerde problemen. De Unidroit Principles werken hun basiscriterium aldus uit dat het evenwicht fundamenteel moet zijn veranderd doordat ofwel de kosten (‘the cost’) van de prestatie hoger zijn geworden, ofwel de waarde van de tegenprestatie is gedaald<sup>5</sup> (art. 6.2.2). Maar soms zal het om anders geaarde moeilijkheden gaan. Men denke bij voorbeeld aan de — uit de Nederlandse rechtspraak<sup>6</sup> bekende — casuspositie van het grootwinkelbedrijf dat zich jegens een gemeente tot de vestiging (over enige jaren) van een omvangrijk warenhuis verbindt, maar daarmee in de problemen geraakt doordat (na verloop van die jaren) ter plaatse een dermate grote verandering in bevolkingsamenstelling en koopkracht is ingetreden dat het ambitieuze project zwaar verliesgevend zal zijn. Dan te zeggen dat de kosten van de te verrichten prestatie veel hoger zijn geworden, dan wel dat de waarde van de tegenprestatie (in casu het bouwrijp opleveren van de benodigde grond door de gemeente) ernstig is gedaald, is indirect — ja geforceerd — te noemen. Het gaat er hier niet zozeer om dat het bouwen

5. Zie over ‘frustration of the purpose of the performance’ comment 2 (b) bij art. 6.2.2 Unidroit Principles; D. Maskow, t.a.p., p. 662.
6. Hof Amsterdam 6 mei 1982 (ongepubliceerd), geciteerd door P. Abas, WPNR 5625 (1982); zie tevens Abas’ Rebus sic stantibus (1989), p. 202-205.

van het warenhuis duurder zou zijn geworden of dat het te ontvangen stuk bouwrijpe grond in waarde zou zijn verminderd; veeleer moet worden geconstateerd dat om *buiten* het eigenlijke contractevenwicht gelegen redenen het resultaat waarop de overeenkomst aanstuurt voor een van beide partijen desastreus is geworden.

Op het eerste gezicht kleven de genoemde bezwaren niet aan het in art. 2.117 (2) PECL vervatte criterium dat nakoming ‘excessively onerous’ moet zijn geworden. Beschouwt men dit vereiste als nader in te vullen aan de hand van de goede trouw (redelijkheid en billijkheid), dan is het verschil met de Nederlandse oplossing vooral een kwestie van regelgevingstechniek, waarbij uit een oogpunt van tekstefficiëntie en leesbaarheid voor de PECL-oplossing veel te zeggen zou zijn. Plaatst men evenwel art. 2.117 (2) PECL in het licht van het eraan voorafgaande eerste lid en van het begeleidend commentaar,<sup>7</sup> dan blijkt dat de commissie-Lando — geheel conform Unidroit — in feite slechts het oog heeft op situaties waarin ‘a major imbalance in the contract’ is ontstaan doordat de kosten van de te verrichten prestatie hoger zijn geworden of de waarde van de te ontvangen prestatie is gedaald. Zo bezien heeft ook art. 2.117 PECL het nadeel dat het exclusief op het evenwicht tussen prestatie en tegenprestatie is georiënteerd, zodat het opener Nederlandse wetsartikel — ook al is het betrekkelijk omstandig geformuleerd — op dit punt van het vergelijkend onderzoek als preferabel uit de bus komt.

## 5. CONCRETISERING DER BASISVOORWAARDE

De basiscriteria zijn alle drie vaag,<sup>8</sup> maar daaraan is bij een uiterst casusgevoelige materie als de onderhavige ook nauwelijks te ontkomen. Het Unidroit-commentaar bevat echter een concretisering:<sup>9</sup>

‘Whether an alteration is “fundamental” in a given case will of course depend upon the circumstances. If, however, the performances are capable of precise measurement in monetary terms, an alteration amounting to 50% or more of the cost or the value of the performance is likely to amount to a “fundamental” alteration’.

7. Comment B (i) bij art. 2.117 PECL.

8. Ik abstraheer hier verder van het feit dat de Unidroit Principles en de PECL een zekere begrenzing (lijken te) kennen in hun concentratie op het contractuele evenwicht; zulk een begrenzing werd in het vorige nummer immers minder gelukkig bevonden.

9. Comment 2 bij art. 6.2.2 Unidroit Principles.

Een dergelijke benadering is ook door enige schrijvers voorgesteld, maar wordt door anderen van de hand gewezen.<sup>10</sup> Naar mijn gevoel is het imprévisionterrein dermate geschakeerd, dat de waarde van een concretisering als de gebodene als gering is aan te slaan.<sup>11</sup> Ten eerste komt zij, zoals het citaat ook aangeeft, slechts aan de orde in gevallen waarin de prestaties — alsmede de invloed der onvoorziene omstandigheden — precieze financiële waarderingen toelaten. Daarmee vallen al diverse casus af. Maar in de resterende gevallen, waarin nauwkeurige berekeningen op zichzelf denkbaar zijn, zal de 50%-grens als boterzacht dienen te worden beschouwd. Simpele redeneringen van het type 'slechts 45% benadeling, dus geen hardship'<sup>12</sup> of '55% en dus hardship' lijken in deze feitengevoelige materie welhaast uitgesloten.<sup>13</sup> Hooguit kan worden gezegd dat de 50%-aanduiding in die zin betekenis heeft, dat zij geschikt is om de polen van contouren te voorzien: in de regel zal enerzijds een waardewijziging van 10 of 20% onvoldoende zijn, maar anderzijds een naar 100% oplopend verschil niet noodzakelijk.

## 6. NADERE VEREISTEN

In beide sets Principles wordt aansluitend een aantal nadere vereisten opgesomd (art. 6.2.2 sub a-d Unidroit Principles, art. 2.117 (2) sub a-c PECL). Deze eisen, ten aanzien waarvan de Principles wederom een grote mate van overeenstemming vertonen, passeren thans de revue.<sup>14</sup>

(a) *Toekomstigheid*. Met deze eerste voorwaarde wordt het leerstuk der imprévision (grotendeels) afgegrensd van dat der dwaling.<sup>15</sup> De gebeurtenissen die de 'hardship' hebben veroorzaakt moe-

10. Voor een (internationaal) bronnenoverzicht op dit punt moge worden verwezen naar P. Abas, *Rebus sic stantibus* (1989), p. 234.

11. In dezelfde zin Abas, o.c., p. 226; zie tevens comment B (i) bij art. 2.117 PECL.

12. Strikt genomen zegt de geciteerde passage niets over zulke onder de vijftig blijvende percentages. Maar zie D. Maskow, t.a.p., p. 662: 'as a rule an alteration of at least 50% (...) should be required'.

13. Zo zal m.i. bij voorbeeld relevantie kunnen toekomen aan de vraag of de getroffen partij het voor haar ontstane nadeel behoorlijk kan dragen, dan wel daaraan ten onder dreigt te gaan (faillissement).

14. Het Nederlandse recht wijkt hier per saldo niet wezenlijk van af. Zie *Verbintenissenrecht* (Valk), art. 6:258, aant. 14-30 (over de toekomstigheidseis handelt aant. 21).

15. Samenloop blijft denkbaar bij een tot het heden herleidbare toekomstdwaling; zie

ten in principe hebben plaatsgevonden nadat de overeenkomst werd gesloten; reeds eerder voorgevallen feiten komen alleen in aanmerking indien zij pas na de contractssluiting ter kennis van de getroffen partij zijn gekomen (Unidroit Principles) c.q. op het moment van de contractssluiting aan de partijen nog niet bekend waren of redelijkerwijs bekend moesten zijn (PECL). Per saldo heeft de toekomstigheidseis dus een subjectief, want op het bewustzijn van betrokkene(n) afstemmend, karakter. Tussen Unidroit Principles en PECL zijn twee verschillen aanwijsbaar: ten eerste ziet de subjectivering bij Unidroit alleen op de getroffen partij terwijl zij in de PECL op beide contractanten is gericht, in de tweede plaats werken de PECL behalve met wetenschap ook met een bekend behoren te zijn. Voor de praktijk zijn deze verschillen te verwaarlozen. Strikt genomen is m.i. de Unidroit-formule in beiderlei opzicht verkieslijk, nu bekendheid bij (alleen) de wederpartij een beroep op de *imprévision* regel niet zou behoren te frustreren, en een 'behoren te kennen' in wezen op het terrein van het sub b te noemen vereiste is gelegen.

(b) *Onvoorzienbaarheid*: ten tijde van de contractssluiting had de getroffen partij met de verandering in de omstandigheden redelijkerwijs nog geen rekening kunnen houden.

(c) *Buitenschuld*: het verloop van de gebeurtenissen lag buiten de macht van de getroffene.<sup>16</sup>

(d) *Buitenrisico*: de verandering in de omstandigheden komt niet, gezien de overeenkomst, voor risico van de getroffen partij.<sup>17</sup>

Zeker wanneer men de eisen aldus uitschrijft, valt hun grote verwantschap op met enige andere verbintenisrechtelijke leerstukken, zoals met name dat der overmacht. Het commentaar bij de PECL<sup>18</sup> geeft aan dat 'imprévision' (art. 2.117) en 'impossibility' (art. 3.108) van elkaar moeten worden onderscheiden; bij het laatste is sprake van een onoverkomelijk obstakel, terwijl bij het eerste presteren mogelijk blijft maar dat voor de schuldenaar rampzalig is. Unidroit vaart op dit punt een wat andere koers, stellende dat dezelfde feiten soms zowel

ten onzent TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 969. Zie op dit punt ook A.S. Hartkamp, in CJHB (Brunner-bundel 1994), p. 134.

16. Deze eis wordt alleen in de Unidroit Principles uitdrukkelijk genoemd, maar mag bij de PECL in de sub d te noemen risicoregel besloten worden geacht.

17. Zie over dit risico-element nader comment 3 (d) bij art. 6.2.2 Unidroit Principles en comment B (iv) bij art. 2.117 PECL.

18. Comment A bij art. 2.117 PECL.

‘hardship’ (art. 6.2.1-3) als ‘force majeure’ (art. 7.1.7) zullen opleveren. De getroffen moet dan — aldus het Unidroit-commentaar<sup>19</sup> — beslissen welke weg hij wil bewandelen: ‘hardship’ indien hij heronderhandeling wenst, ‘force majeure’ als hij zijn tekortkoming als geëxecuteerd wil doen gelden. Naar de theorie voel ik het meest voor het standpunt van de commissie-Lando, maar gezien de relatieve en weinig vastomlijnde inhoud van het verhinderingsbegrip is het goed denkbaar dat de door Unidroit geschetste samenloop — ook al is die theoretisch wellicht niet aan de orde — zich de facto toch zal voordoen.

## 7. HERONDERHANDELINGSPLICHT

Zowel Unidroit als de commissie-Lando beklemtoont in tekst en toelichting dat de getroffen regeling er primair toe strekt partijen zelf, in onderling overleg, een voor beiden acceptabele regeling te doen treffen (‘amicable agreement’).<sup>20</sup> Wanneer aan de gestelde eisen is voldaan, is het rechtsgevolg dan ook een *heronderhandelingsplicht*. De tevens vermelde mogelijkheid tot rechterlijk ingrijpen (waarover punt 10) staat op het tweede plan, en komt eerst aan de orde als de heronderhandelingen om enigerlei reden als niet gelukt zijn te beschouwen.

De verplichting om tot heronderhandeling over te gaan is gebaseerd op en wordt geregeerd door de goede trouw (redelijkheid en billijkheid).<sup>21</sup> Volgens het PECL-commentaar<sup>22</sup> gaat het hier om een ‘independent obligation’, die in art. 2.117 (3) (c) van een eigen sanctie is voorzien: de rechter kan aan een contractspartij schadevergoeding toekennen voor het verlies dat zij lijdt doordat haar wederpartij weigert te onderhandelen of de onderhandelingen te kwader trouw afbreekt. Unidroit verschafft op het punt der sanctionering geen bijzondere informatie; het commentaar geeft slechts aan dat indien een onderhandelingsverlangen op niets uitloopt, de zaak aan de rechter kan worden voorgelegd.<sup>23</sup> Deze ‘nietszeggende’ benadering is m.i. de betere. Men bedenke dat het ontbreken van een bijzondere

19. Comment 6 bij art. 6.2.2 Unidroit Principles.

20. Comment C bij art. 2.117 PECL.

21. Comment 5 bij art. 6.2.3 Unidroit Principles (waarin overigens ook naar de ‘meewerkplicht’ van art. 5.3 wordt verwezen); Comment C bij art. 2.117 PECL.

22. Comment C bij art. 2.117 PECL.

23. Comment 6 bij art. 6.2.3 Unidroit Principles.

schadevergoedingsregel niet betekent dat voor vergoeding van schade geen ruimte zou bestaan; de grondslag daarvoor kan immers in de algemene wanprestatieregelen worden gevonden.<sup>24</sup> Maar bovendien dreigt het centraal stellen van een ‘losse’ schadevergoeding aan het gezicht te onttrekken dat het effect van het frustreren van heronderhandelingen veelal in aanzienlijke mate verweven zal zijn — en mag zijn — met de houding die de rechter *overigens* ten aanzien van de aan hem voorgelegde situatie inneemt. Constateert de rechter dat van ‘hardship’ sprake is en dat de wederpartij onvoldoende heeft heronderhandeld, dan zal hij geneigd zijn een door hem uit te spreken ontbinding of aanpassing van de overeenkomst te laten ingaan (niet later dan) op het moment waarop normaliter partijen zelf hun heronderhandelingen zouden hebben afgerond,<sup>25</sup> eventueel in combinatie met zijns inziens passende voorwaarden. Alsdan vindt in feite een automatische schadevergoeding in natura plaats, waarbij een geïsoleerde vergoedingsregel als die van art. 2.117 (3) (c) in de lucht komt te hangen. Het is juist de mogelijkheid dat zij uiteindelijk door de rechter wordt ‘gepasseerd’ die de wederpartij er veelal toe zal doen besluiten om toch maar aan de heronderhandelingen mee te werken en aldus zelf nog een vinger in de pap te houden, zeker waar zij wellicht vreest dat de rechter de weigerachtige later niet al te gunstig gezind zal zijn.

## 8. VERVOLG; BIJZONDERHEDEN

Art. 6.2.3 (1) Unidroit Principles geeft aan dat de getroffen(e) zijn verlangen tot heronderhandelingen ‘without undue delay’ moet uiten en de gronden moet aangeven waarop dit verlangen is gebaseerd. De PECL-tekst noemt deze bijkomende eisen niet; wel meldt het PECL-commentaar<sup>26</sup> dat de onderhandelingen ‘within a reasonable time’ moeten worden aangevraagd, onder opgave van de gevolgen die de veranderde omstandigheden voor de overeenkomst hebben gehad. De

24. Art. 7.4.1 Unidroit Principles; art. 4.501 PECL.

25. Strikt genomen melden Unidroit Principles en PECL alleen bij de ontbinding dat de rechter de ingangsdatum kan bepalen; ten aanzien van de contractsaanpassing ligt evenwel een parallelle bevoegdheid voor de hand. Vgl. art. 6:258 lid 1 BW: ‘Aan de wijziging of ontbinding kan terugwerkende kracht worden verleend’.

26. Comment C bij art. 2.117 PECL.

Unidroit-toelichting<sup>27</sup> ontdekt beide voorwaarden echter goeddeels van hun potentiële angel:

‘The disadvantaged party does not lose its right to request renegotiations simply because it fails to act without undue delay. The delay in making the request may however affect the finding as to whether hardship actually existed and, if so, its consequences for the contract. (...) Failure to set forth the grounds on which the request for renegotiations is based may have similar effects (...)’.

Een verschil tussen Unidroit Principles en PECL is hierin gelegen, dat volgens Unidroit alleen de getroffen partij heronderhandeling kan verlangen, terwijl naar de PECL beide partijen zulks kunnen eisen. In de toelichting gaat Unidroit op dit punt niet nader in, terwijl de commissie-Lando betoogt dat de andere partij ongerust kan zijn over de voortzetting van de contractuele relatie en daarom ook zelf de heronderhandelingen mag nastreven.<sup>28</sup> In de praktijk zal dit laatste niet zo snel gebeuren, aangezien de wederpartij die op heronderhandelen aanstuurt daarmee lijkt toe te geven dat er harerzijds water in de wijn zal (moeten) worden gedaan, en zij daarmee in feite het aantrekkelijker standpunt laat varen dat het contract onverkort dient te worden nagekomen. Maar met name in situaties waarin — bij voorbeeld aan de hand van jurisprudentie in vergelijkbare gevallen — duidelijk is dat zich inderdaad ‘hardship’ voordoet, is het denkbaar dat een wederpartij op een bepaald moment zekerheid wil hebben en dus de ander maar aan de onderhandelingstafel nodigt. Weigert dan die ander te heronderhandelen, dan zal daaruit in de regel een afstand van een (eventueel) recht op contractaanpassing of -beëindiging mogen worden afgeleid, zodat voor de wederpartij zekerheid — in een voor haar gunstige vorm — ontstaat. In dit licht zal de wederpartij niet veel behoefte hebben aan de regel dat ook de getroffene zelf tot het voeren van heronderhandelingen is gehouden.

## 9. HERONDERHANDELEN NAAR NEDERLANDS RECHT

Wanneer men de regeling van ons artikel 6:258 BW met die van de Unidroit Principles en de PECL vergelijkt, valt op dat de in ons land gevolgde route rechtstreeks naar de rechter leidt. Een verbintenis tot

27. Comment 2-3 bij art. 6.2.3 Unidroit Principles; voor de PECL, waarin bedoelde eisen al niet in de tekst tot uitdrukking worden gebracht, zal hetzelfde gelden.

28. Comment C bij art. 2.117 PECL.

het voeren van heronderhandelingen wordt in het Nederlandse wetsartikel niet genoemd en kan er dan ook bezwaarlijk op worden gebaseerd. Indien men enigerlei heronderhandelingsplicht zou willen aanvaarden, dan komt ter fundering daarvan hooguit art. 6:248 (lid 1 en/of 2) BW in aanmerking, gewijd aan — onder meer — de algemene werking van redelijkheid en billijkheid. Hoewel sommigen het aannemen van verbintenissen tot heronderhandelen op de grondslag van die redelijkheid en billijkheid hebben bepleit,<sup>29</sup> kan niet worden gezegd dat deze opvatting het ten onzent tot heersende leer heeft gebracht. Veeleer valt te constateren dat de centrale positie die de wetgever aan de rechter en diens vonnis heeft toebedeeld, een zware schaduw werpt over gedachten aan eventuele buitengerechtigke opties. De — bij de toelichtende stukken aanknopende — opvatting dat art. 6:258 BW voor situaties van onvoorziene omstandigheden als *lex specialis* aan het meer algemene art. 6:248 (met name lid 2) deroogert,<sup>30</sup> heeft aan die overschaduwung stellig bijgedragen.

Zelf zie ik veel in het naar voren schuiven van een heronderhandelingsfase en het daaraan inherente naar de achtergrond dringen van het rechterlijk ingrijpen. In mijn oratie heb ik de wenselijkheid van een dergelijk model verdedigd,<sup>31</sup> en daartoe betoogd dat art. 6:258 BW niet als een aan art. 6:248 derogerende *lex specialis* behoort te worden beschouwd, maar als een *lex suppleta*, die aan het gewone redelijkheid-en-billijkheidsrecht de mogelijkheid van een (constitutief) rechterlijk ingrijpen toevoegt. De aanwezigheid van deze *lex suppleta* nu staat er niet aan in de weg:

- dat partijen zelf tot heronderhandelingen, uitmondend in een aanpassing of beëindiging van hun overeenkomst, kunnen overgaan (contractsvrijheid);
- dat wordt aangenomen dat partijen tot heronderhandelen ‘gehouden’ kunnen (en zullen) zijn in die zin, dat wanneer een der

29. Zie met name J.H. Dalhuisen, in 't Exempel dwinght (Kisch-bundel 1975), p. 49-67; dezelfde, NJB 1976, p. 181-183; J.M. van Dunné, in bundel *Iustitia et Amicitia* (1985), p. 126-136; dezelfde, *Verbintenissenrecht* 2 (1993), p. 96-109.

30. Zie met name W.L. Valk, in *Eruditia Ignorantia* (Grotius-bundel 1989), p. 161-167, met vermelding van de relevante passages in de parlementaire geschiedenis; zie voorts *Verbintenissenrecht* (Valk), art. 6:258, aant. 9, met vermelding van nog enige vindplaatsen.

31. En wel in de vorm van (een stelsel van) *Obliegenheiten*: Jac. Hijma, *Het constitutieve wijzigingsvonnis*, oratie Leiden 1989, p. 14-17. Zie ook hierna, tweede liggende streepje.

partijen zich onvoldoende inspant om via heronderhandelen uit de impasse te geraken, zij het oorspronkelijke contract gewoon zal moeten nakomen (de getroffene) c.q. zij daarvan geen nakoming meer zal kunnen verlangen (de wederpartij) ('Obligingen' in verband met art. 6:248 lid 2);

- dat wordt aangenomen dat partijen krachtens redelijkheid en billijkheid jegens elkaar tot heronderhandelen *verplicht* kunnen zijn (incidentele verbintenissen ex art. 6:248 lid 1);
- dat — in het voetspoor van Unidroit Principles en PECL — als regel wordt aangenomen dat partijen krachtens redelijkheid en billijkheid jegens elkaar tot heronderhandelen *zullen* zijn (structurele verbintenissen ex art. 6:248 lid 1).

Een 'zelfregulering' door de contractanten, op welke der genoemde bases zij ook geschiedt, heeft niet te onderschatten voordelen. Partijen zijn zelf het beste met hun moeilijkheden en mogelijkheden op de hoogte. Zij blijven met elkaar in gesprek, houden direct invloed op de ontwikkelingen, en blijven bij de contractuele relatie betrokken op een minder conflictueuze wijze dan in een proces het geval is. De kosten en het tijdsverlies van een procedure blijven bespaard, hetgeen niet alleen gunstig is voor partijen maar ook voor het rechterlijk apparaat.<sup>32</sup> Het moge duidelijk zijn dat ik het accent op heronderhandelingen in geval van onvoorziene omstandigheden, zoals dat zowel in de Unidroit Principles als in de PECL wordt gelegd, gaarne toejuich.

## 10. RECHTERLIJK INGRIJPEN

Indien de heronderhandelingen niet binnen een redelijke termijn succes hebben, kan ieder der partijen de zaak in rechte aanhangig maken (art. 6.2.3 (3) Unidroit Principles, art. 2.117 (3) PECL). De rechter heeft dan, om met het PECL-commentaar te spreken,<sup>33</sup> 'wide powers'. Partijen kunnen nog worden teruggestuurd naar de onderhandelingsstafel, eventueel kan een bemiddelaar worden aangesteld. Als ultimum remedium kan het tot een rechterlijk ingrijpen komen, waartoe dan twee mogelijkheden bestaan: (a) *beëindiging* van een overeenkomst (ontbinding), met ingang van een door de rechter

32. Niet voor niets komt elders in de wet een streven naar zelfregulering tot uitdrukking; zie met name art. 6:240 BW (abstracte toetsing algemene voorwaarden).

33. Comment D bij art. 2.117 PECL.

te bepalen datum en op door de rechter te bepalen voorwaarden; (b) *wijziging* van de overeenkomst teneinde het contractuele evenwicht te herstellen (Unidroit Principles) c.q. teineinde de gevolgen van de verandering der omstandigheden tussen partijen naar redelijkheid en billijkheid te verdelen (PECL).<sup>34</sup> Beide mogelijkheden liggen ook in ons art. 6:258 (jo. 6:260) BW besloten.

Unidroit Principles noch PECL bepalen dat de rechter alleen *op verlangen* van een der partijen tot een ontbinding of wijziging van de overeenkomst mag overgaan; de discretionaire rechterlijke bevoegdheid lijkt daarmee wat verder te gaan dan naar Nederlands recht het geval is.<sup>35</sup> Op zichzelf lijkt mij het Nederlandse uitgangspunt correct dat de rechter met zijn uitspraak zal moeten blijven binnen de hem door de partijen gestelde kaders; wordt van hem bij voorbeeld uitsluitend een prijsaanpassing verlangd, dan zal hij niet eigener beweging tot een volledige ontbinding van de overeenkomst mogen besluiten.

## 11. BESLUIT

De Principles van Unidroit en de commissie-Lando boeien ten zeerste, niet alleen op het hier besproken gebied der *imprévision* (waarop ik de centrale positie van de heronderhandelingen als duidelijke winst beschouw), maar zeker ook in een meer algemene zin. Dat er buiten Nederland over het privaatrecht zinnige dingen gedacht en gezegd worden, is uiteraard geen nieuws. Wel nieuw — althans op algemeen-contractenrechtelijk terrein — is dat die zinnige dingen door gezaghebbende instanties bij elkaar worden gebracht, met elkaar verstrengeld raken en aldus een ‘standaard’ gaan vormen waaraan de diverse nationale rechtsstelsels zich kunnen spiegelen. Vrijblijvend weliswaar, maar toch: wie zich tijdig aan anderen spiegelt, spiegelt zich zacht...

34. De verschillende formulering van de sub b genoemde mogelijkheid staat in direct verband met de gekozen basiscriteria; zie daarover punt 4.

35. Vgl. de aanhef van art. 6:258 lid 1 BW. Deze kwestie zal overigens ook invloed (kunnen) ondergaan van het in een bepaald geval toepasselijke procesrecht.