

The Duty to Renegotiate an International Sales Contract under CISG in Case of Hardship and the Use of the Unidroit Principles

BY JULIE DEWEZ, CHRISTINA RAMBERG, RODRIGO MOMBERG URIBE, RÉMY CABRILLAC & LIS PAULA SAN MIGUEL PRADERA*

In a decision of June 19, 2009,¹ the supreme civil court of Belgium (*Hof van cassatie/Cour de Cassation*) ruled that changed circumstances which were reasonably unforeseeable at the time of the conclusion of the contract and which make the performance more onerous, may in certain cases constitute the impediment of Article 79 Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) excusing non-performance; more specifically, where such circumstances fundamentally alter the contractual equilibrium, parties are entitled to demand renegotiation of the contract. This decision touches upon many questions, such as the criteria for hardship, the interpretation of the CISG and the use of the Unidroit Principles to interpret or supplement the CISG. We have gathered annotations from Belgium (describing also the case itself), France, Spain and Sweden and an annotation using specifically the perspective of uniform international contract law.

1. La théorie de l'imprévision au regard de l'article 79 de la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises – Belgian Case Note (by Julie Dewez)

L'article 79 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises² précise les circonstances dans lesquelles une partie n'est pas responsable de l'inexécution de ses obligations contractuelles.

S'il ne fait aucun doute que cette disposition permet au débiteur d'invoquer un cas de force majeure afin de s'exonérer de sa responsabilité, la question se pose de savoir si l'article 79 de la Convention couvre également la situation d'imprévision.

La situation d'imprévision peut être définie comme la survenance, postérieurement à la conclusion du contrat, de circonstances imprévisibles, non imputables à la

* Julie Dewez, Assistante au Centre de droit privé de l'U.C.L., Avocat au Barreau de Bruxelles; Christina Ramberg, Professor of Commercial Law, Gothenburg University, Sweden; Rodrigo Momberg Uribe, LL.M. in European Private Law, Utrecht University; PhD Researcher, Molengraaff Institute of Private Law, Utrecht University and Ius Commune Research School; Lecturer of Private Law, Faculty of Law, Universidad Austral de Chile; Rémy Cabrillac, Professeur à la Faculté de droit de Montpellier; Lis Paula San Miguel Pradera, Senior Lecturer in Private Law, Autonomous University of Madrid, Spain and Member of the Spanish REDPEC. The author wishes to express her gratitude to the Spanish Ministry of Science and Innovation for financially supporting the DER 2008-00968/JURI Project.

¹ Cass. (Belge) 19 juin 2009, nr. C.07.0289.N, <http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20090619-4>, *Arr. Cass.* 2009 nr. 422.

² Ci-après CVIM.

partie qui s'en prévaut et qui engendrent le bouleversement de l'économie contractuelle.³

En d'autres termes, le débiteur peut-il se fonder sur l'article 79 de la Convention de Vienne lorsqu'en raison d'une évolution du marché inattendue, l'exécution de ses obligations contractuelles est devenue extrêmement désavantageuse?

Cette problématique a été tranchée par la Cour de cassation belge par un arrêt du 19 juin 2009.

Dans un premier temps, nous présenterons les faits, les antécédents judiciaires de la cause ainsi que l'arrêt du 19 juin 2009.

Dans un second temps, nous analyserons le raisonnement adopté par la Cour de cassation belge.⁴

1.1 Présentation de L'arrêt du 19 Juin 2009 de la Cour de Cassation Belge

(a) Faits de la cause. Une société néerlandaise avait conclu avec une société venderesse française un certain nombre de contrats de vente portant sur la livraison de tuyaux d'acier à un prix fixé par les parties.

Suite à l'augmentation des prix de 70 % sur le marché de l'acier, le vendeur a informé l'acheteur qu'il se trouvait dans l'obligation d'adapter le prix de vente des tuyaux. Le vendeur demandait l'accord de son cocontractant sur les nouveaux prix indiquant que, dans la négative, il devrait renoncer à la commande.

L'augmentation du prix de livraison des marchandises n'a pas été acceptée par l'acheteur.

Des négociations se sont tenues entre les parties, sans succès.

Le vendeur a alors cessé de livrer les marchandises.

(b) Antécédents judiciaires de la cause. L'arrêt du 19 juin 2009 de la Cour de cassation fait suite à un jugement du tribunal de commerce de Tongres du 25 janvier 2005⁵ et aux arrêts de la Cour d'appel d'Anvers du 29 juin 2006 et du 15 février 2007.⁶

Dans un premier temps, le Président du tribunal de commerce de Tongres a été saisi en référé par l'acheteur en vue de contraindre le vendeur à exécuter ses obligations aux conditions initialement convenues. Par une ordonnance du juge des référés du 27 avril 2004, le vendeur a été condamné à poursuivre ses livraisons moyennant la consignation par l'acheteur de la moitié du prix supplémentaire demandé.

L'acheteur a ensuite assigné le vendeur au fond devant le tribunal de commerce de Tongres.

Le vendeur invoquait l'article 79 de la CVIM afin d'être autorisé à ne pas exécuter la convention compte tenu des charges financières excessives qui lui incombent.

Le tribunal a refusé l'application de l'article 79 considérant que l'augmentation du prix du marché était ou devait être un élément raisonnablement prévisible

³ D. PHILIPPE, « L'imprévision », *JT* 2007, 738.

⁴ La présente note a été rédigée compte tenu de l'état de la jurisprudence et de la doctrine au 31 août 2010.

⁵ Koophandel Tongeren 25 janvier 2005, *Limb. Rechtsl.* 2006, 60, note N. SEGERS.

⁶ *Hof van Beroep (Cour d'appel) Antwerpen*, 15 février 2007, *RDIP* 2009, 41.

lors de la conclusion du contrat et que l'augmentation des coûts fait partie des risques inhérents à une activité commerciale. Après avoir précisé que les conditions générales du vendeur n'étaient pas applicables en l'espèce, le tribunal de commerce a constaté que les parties n'avaient pas usé de la faculté d'insérer dans le contrat une clause prévoyant une adaptation des prix en fonction de l'évolution du marché.

Le tribunal a jugé que le vendeur ne pouvait pas interrompre l'exécution de ses obligations contractuelles en se fondant sur l'article 79 de la CVIM.

Toutefois, sur base de l'article 1135 du Code civil et de l'équité, le tribunal a décidé d'adapter le prix de la vente en ajoutant au montant initial la moitié du prix supplémentaire proposé par le vendeur.

Le jugement du tribunal de commerce de Tongres a été contesté par l'acheteur devant la Cour d'appel d'Anvers.

Dans un arrêt avant dire droit du 29 juin 2006, la Cour d'appel a considéré que la Convention de Vienne ne réglait pas la situation décrite par la théorie de l'imprévision, qu'une révision éventuelle du prix en cas de bouleversement de l'économie du contrat n'était pas exclue par les principes généraux dont s'inspire la CVIM et qu'il convenait, en vertu de l'article 7.2. de la CVIM, de se référer à la loi applicable conformément aux règles de droit international privé.

Après une réouverture des débats, la Cour a jugé, dans un arrêt définitif du 15 février 2007, que le droit français était applicable. La Cour d'appel a précisé que le droit français autorisait à se fonder sur la bonne foi afin d'obliger le cocontractant à renégocier les conditions du contrat suite à des circonstances imprévisibles faisant naître un grave déséquilibre entre les obligations réciproques des parties de sorte que l'exécution ultérieure du contrat devient anormalement préjudiciable pour une des parties.

La Cour d'appel d'Anvers a conclu que l'attitude de l'acheteur obligeant le vendeur à exécuter le contrat aux conditions existantes et refusant d'adapter le prix de la vente constituait une violation de l'exécution de bonne foi des conventions. L'acheteur a été condamné au paiement de dommages et intérêts.

(c) Pourvoi en cassation. L'acheteur s'est pourvu devant la Cour de cassation contre les arrêts du 29 juin 2006 et du 15 février 2007 de la Cour d'appel d'Anvers.

Devant la Cour de cassation, l'acheteur souligne, relativement à l'article 79 de la Convention de Vienne, qu'« *il ressort de cette disposition, qui précise de manière restrictive les causes d'exonération, que d'autres motifs, comme la théorie de l'imprévision ou le refus de la partie adverse d'accepter une modification des conditions contractuelles convenues initialement en raison de circonstances modifiées, sont exclus par la convention* ».

L'acheteur ajoute que « *la réglementation uniforme qui est visée par l'article 7.1 de la convention (de Vienne) s'oppose en outre au fait qu'il y soit dérogé par le droit national* ».

Dès lors, l'acheteur soutient que « *lorsque la Cour d'appel considère, dans l'arrêt avant dire droit attaqué, qu'aucune des dispositions de la Convention de Vienne ne semble exclure la possibilité pour une des parties d'invoquer la théorie de l'imprévision, étant entendu qu'en l'espèce, il y a lieu d'appliquer, en vertu de*

l'article 7.2 de la Convention de Vienne, le droit national applicable à la convention et décide, dans l'arrêt définitif, qu'en application du droit français qui est applicable à la convention en l'espèce, (l'acheteur) pouvait être tenu de renégocier les conditions contractuelles si, en raison de circonstances économiques modifiées de manière imprévue, l'exécution du contrat n'était plus justifiée aux conditions contractuelles en vigueur et fait ainsi primer le droit national sur la convention (de Vienne), (la cour d'appel) statue en violation de l'article 7.1 de la Convention de Vienne (...) ».

Plus synthétiquement, l'acheteur allègue devant la Cour de cassation que la théorie de l'imprévision est formellement exclue par la Convention de Vienne et que la Cour d'appel a dès lors statué en violation de l'article 7.1 de ladite Convention en décidant qu'il existe, par application du droit français, une obligation de renégociation des conditions contractuelles en cas de bouleversement de l'économie du contrat.

(d) Arrêt de la Cour de cassation belge. Dans son arrêt du 19 juin 2009, la Cour de cassation belge, après avoir rappelé le contenu de l'article 79 alinéa 1^{er} de la Convention de Vienne, affirme que « *des circonstances modifiées qui n'étaient pas raisonnablement prévisibles lors de la conclusion du contrat et qui sont incontestablement de nature à aggraver la charge de l'exécution du contrat peuvent, dans certains cas, constituer un empêchement au sens de cette disposition conventionnelle* ».

Sur base de l'article 7.1 et 7.2 de la CVIM, la Cour de cassation considère qu'en vertu des principes généraux régissant le droit du commerce international, tels que consacrés notamment par les Unidroit Principles of International Commercial Contracts, « *la partie contractante qui fait appel aux circonstances modifiées perturbant fondamentalement l'équilibre contractuel a le droit de réclamer la renégociation du contrat* ».

La Cour de cassation conclut que la Cour d'appel d'Anvers a valablement décidé que l'acheteur était obligé de renégocier les conditions du contrat sans violer, notamment, les articles 7.1, 7.2 et 79 de la CVIM.

1.2 Examen Critique des Principes Dégagés par la Cour de Cassation Belge

La position adoptée par la Cour de cassation belge, dans son arrêt du 19 juin 2009, est novatrice sur deux points de vue que nous examinerons subséquemment.

D'une part, la Cour s'est prononcée sur le champ d'application de l'article 79 de la CVIM en décidant que cette disposition peut être invoquée dans l'hypothèse d'un bouleversement de l'économie du contrat.

D'autre part, la Cour s'est tournée vers les Principes UNIDROIT afin de dégager l'existence d'une obligation de renégociation du contrat en cas de situation d'imprévision.

1.2.1 Champ d'application de l'article 79 de la CVIM

(a) Principe. L'article 79, alinéa 1^{er}, de la Convention de Vienne dispose qu'« *une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si*

elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences ».

L'interprétation du libellé de l'article 79 alinéa 1^{er} de la CVIM, et particulièrement du terme « empêchement », est controversée.

La discussion porte sur la question de savoir si cette disposition ne couvre que le cas de force majeure engendrant une impossibilité d'exécution du contrat ou si elle vise également la situation d'imprévision rendant l'exécution du contrat plus onéreuse.

(b) Position de la jurisprudence. Tant au niveau international qu'au niveau national, les cours et tribunaux ont jusqu'à présent considéré que les cas qui leur étaient présentés, dans lesquels le vendeur ou l'acheteur défaillant invoquait la théorie de l'imprévision, ne réunissaient pas les conditions d'application de l'article 79 de la CVIM.⁷

Sans procéder à l'analyse de l'ensemble de ces décisions, nous nous pencherons sur deux d'entre elles: le jugement du 2 mai 1995 du tribunal de commerce de Hasselt, au niveau national, et l'arrêt de la Cour de cassation française du 30 juin 2004, au niveau international.

(c) Jugement du 2 mai 1995 du tribunal de commerce de Hasselt. Sur le plan national, un litige relatif à l'interprétation de l'article 79 de la CVIM a été tranché par le tribunal de commerce (*rechtbank van koophandel*) de Hasselt dans un jugement du 2 mai 1995⁸ concernant la fourniture de framboises gelées.

L'acheteur se prévalait de l'article 79 de la Convention de Vienne pour interrompre l'exécution de ses obligations suite à la chute du prix des framboises.

En réponse à l'argumentation de l'acheteur, le tribunal de commerce a considéré que « *les fluctuations de prix sont prévisibles et n'empêchent pas que l'acheteur puisse exécuter son obligation. L'exécution de l'obligation aurait eu la conséquence pour l'acheteur de subir une perte financière. Une telle chose ne constitue pas une impossibilité d'exécution du contrat* ». ⁹

⁷ *Hof van beroep (cour d'appel)* Antwerpen 15 février 2007, *RDIP* 2009, 41; *Koophandel Tongeren* 25 janvier 2005, *Limb. Rechtsl.* 2006, 60; Cour d'appel de Colmar, 12 juin 2001, disponible sur <www.legifrance.gouv.fr>; Arbitrage devant la Chambre de commerce et d'industrie de Bulgarie, 12 février 1998, sur <www.unilex.info>; Oberlandesgericht Hamburg, 4 juillet 1997, sur <www.unilex.info>; Tribunale di Monza, 14 janvier 1993, <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930114i3.html>>; Oberlandesgericht Hamburg, 28 février 1997, <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>>; Arbitrage-Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg, 21 mars 1996, <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html>>.

⁸ *Koophandel Hasselt*, disponible sur <www.law.kuleuven.be/ipr/eng/cases/1995-05-02.html>.

⁹ Traduction libre de: « *Prijsschommelingen zijn voorzienbaar en verhinderen niet dat verweerster haar verbintenis zou kunnen uitvoeren. De uitvoering van de verbintenis zou voor verweerster tot gevolg hebben gehad dat zij financieel verlies zou geleden hebben. Zulks vormt echter geen beletsel voor de uitvoering van de overeenkomst* ».

Le tribunal de commerce a ajouté que l'absence de bénéfice ou la perte financière liées à l'exécution d'un contrat est un risque propre à l'exercice d'une activité commerciale.

Une interprétation stricte de l'article 79 de la CVIM a dès lors été adoptée par le tribunal exigeant que le débiteur défaillant démontre une impossibilité d'exécution du contrat.¹⁰

(d) Arrêt du 30 juin 2004 de la Cour de cassation française. Avant la Cour de cassation belge, la Cour de cassation française, s'était déjà prononcée, dans un arrêt du 30 juin 2004, sur la portée de l'article 79 de la Convention de Vienne au regard de la théorie de l'imprévision.

Le litige concernait un accord de fourniture de carters de climatiseurs pour l'industrie automobile conclu entre une société suisse, venderesse, et une société française qui revendait les marchandises à la société RVI. Pour des raisons économiques, il fut unilatéralement mis fin au contrat par l'acheteur.

Devant la Cour d'appel de Colmar, l'acheteur a soutenu que la théorie de l'imprévision est sous-jacente à l'article 79 de la Convention de Vienne. L'acheteur a allégué qu'il se trouvait en droit d'interrompre l'exécution de ses obligations sans indemniser son cocontractant puisque la poursuite des relations contractuelles avec le vendeur aurait supposé une revente des marchandises à lourde perte en raison de l'effondrement brutal du marché automobile.

Dans son arrêt du 12 juin 2001,¹¹ la Cour d'appel de Colmar a retenu que, « *dans la mesure où une baisse significative des coûts n'équivaut pas nécessairement à une réduction insurmontable* » ou que l'on ne pouvait raisonnablement attendre, l'acheteur ne prouvait pas l'état de nécessité dans lequel il s'était trouvé de rompre le contrat.

La Cour d'appel a précisé que rien ne permettait d'affirmer que la modification des conditions de revente de ses produits était imprévisible.

Elle a ajouté qu'en toute hypothèse, « *des fluctuations de prix, même soudaines et importantes, ne sont pas exceptionnelles et a fortiori pas imprévisibles* ».

La Cour d'appel a jugé qu'il appartenait à l'acheteur d'insérer dans le contrat de vente une clause de garantie d'exécution ou de révision de ses obligations en vue d'adapter les conditions de la vente en fonction de l'évolution du marché.

La Cour a conclu que l'article 79 de la CVIM ne pouvait pas être invoqué par l'acheteur.

Il importe de souligner que la décision de la Cour d'appel de Colmar se fonde sur le caractère prévisible des fluctuations de prix. Il ne peut en être inféré qu'une

¹⁰ Contra: J. MALLIET, « Hoe contracteren onder CISG aanleiding kan geven tot onvoorziene omstandigheden », *RDC/TBH* 2010, 887, n°2.1.1, note 12, selon lequel le tribunal de commerce de Hasselt, dans son jugement du 2 mai 1995, a considéré que la situation de l'imprévision est couverte par l'article 79 de la CVIM.

¹¹ Cour d'appel de Colmar 12 juin 2001, disponible sur <www.legifrance.gouv.fr>.

situation d'imprévision ne peut jamais constituer un empêchement au sens de l'article 79 de la CVIM.

Débouté par la Cour d'appel de Colmar, l'acheteur s'est pourvu devant la Cour de cassation française.

Dans son arrêt du 30 juin 2004,¹² la Cour de cassation a constaté que l'arrêt *a quo* retenait que l'acheteur « *n'établit pas le caractère imprévisible de cette modification des conditions de vente de ses produits alors que, professionnelle rompue à la pratique des marchés internationaux, il lui appartenait de prévoir des mécanismes contractuelles de garantie ou de révision* ». Dès lors, la Cour de cassation a décidé que la Cour d'appel a pu en déduire « *qu'à défaut de telles prévisions, il appartenait (à l'acheteur) d'assumer le risque d'inexécution sans pouvoir se prévaloir des dispositions de l'article 79 CVIM, justifiant ainsi légalement sa décision* ».

La Cour de cassation française a dès lors rejeté le pourvoi.

Selon certains commentateurs de l'arrêt du 30 juin 2004, la Cour de cassation française a retenu que « *seuls les événements qui rendent l'exécution impossible et dont on ne pouvait s'attendre que le débiteur les prenne en considération ont pour effet d'exonérer celui-ci des dommages et intérêts* ».¹³

A notre sens, il ne peut être déduit de cet arrêt que la théorie de l'imprévision ne peut pas être visée par l'article 79 de la CVIM.

En effet, la Cour de cassation a considéré que la partie qui n'établit pas le caractère imprévisible de la modification des conditions de vente doit assumer le risque d'inexécution sans pouvoir se prévaloir de l'article 79 de la CVIM, à défaut d'avoir prévu une clause de garantie ou de révision du contrat.

L'arrêt de la Cour de cassation française du 30 juin 2004 n'exclut pas, par contre, qu'un débiteur qui établit le caractère imprévisible des circonstances qui bouleversent l'économie du contrat puisse invoquer l'article 79 de la CVIM pour interrompre l'exécution de ses obligations.

(e) Interprétation historique de l'article 79. Le sort de la situation d'imprévision au regard de l'article 79 de la CVIM est également discuté en doctrine.

Certains auteurs défendent l'idée que l'article 79 ne couvre que l'hypothèse de l'impossibilité absolue d'exécution de l'obligation et pas la situation d'imprévision.¹⁴

¹² Cour de cassation française, 30 juin 2004, *Bull. civ.*, I, n°92, disponible sur <www.legifrance.gouv.fr>, *R.T.D.civ.* 2005, 354, obs. P. REMY-CORLAIS.

¹³ P. REMY-CORLAIS, « Sources internationales », *R.T.D.civ.* 2005, 355. En ce sens également: Cl. WITZ, « Droit uniforme de la vente internationale de marchandises: panorama 2004 », *D.* 2005, 2289.

¹⁴ J.M. BUND, « Force majeure Clauses: Drafting Advice for the CISG Practitioner », *Journal of Law and Commerce* 1998, 393-394; H. RÖSLER, « Hardship in German Codified Private Law - In Comparative perspective to English, French and International contract Law », *ERPL/REDP*, 2007, 502-503; N. SEGERS, note sous Comm. Tongeren 25 janvier 2005, *Limb. Rechtsl.* 2006, 78.

Cette thèse interprète l'article 79 de la CVIM à la lumière de son historique législatif.

L'argument principal avancé se fonde sur le rejet, lors de la rédaction de la Convention de Vienne, des propositions qui prônaient l'introduction d'une disposition permettant au débiteur de s'exonérer lorsque l'exécution du contrat est devenue largement plus onéreuse.¹⁵

Il est observé que la Convention de Vienne n'a pas adopté le principe *clausula rebus sic standibus* en vertu duquel les stipulations d'un contrat dépendent de la persistance des circonstances qui existaient lors de sa formation.¹⁶

L'article 79 a été rédigé dans le but de répondre aux critiques qui s'étaient élevées sur l'application trop générale de l'article 74 de la Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels signée à La Haye en 1964.¹⁷ L'adoption du terme « empêchement » dans l'article 79 de la Convention de Vienne en lieu et place du mot « circonstances » de l'article 74 de la Convention de La Haye tendait à éviter une exonération trop facile du débiteur.

Les rédacteurs de la CVIM ont dès lors intentionnellement décidé de ne pas intégrer le concept de *hardship* dans l'article 79 de la Convention.¹⁸

(f) Interprétation évolutive de l'article 79. A l'encontre d'une lecture stricte et historique de la Convention de Vienne, une partie importante de la doctrine plaide pour une interprétation évolutive de la CVIM en rapport avec les besoins du commerce international actuel.

En effet, plusieurs auteurs considèrent qu'un empêchement, en vertu de l'article 79 de la CVIM, peut être un changement imprévisible des circonstances économiques tel que l'exécution par le débiteur de ses obligations entraîne un coût exorbitant à sa charge.¹⁹

¹⁵ Voyez les références citées par L. VAN DEN HOLE, « L'exonération de responsabilité dans l'article 79 CISG en comparaison avec le droit allemand, français, belge et la *common law* », *RDC/TBH* 1998, 365.

¹⁶ Sur ce point: D.P. FLAMBOURAS, « The doctrines of impossibility of performance and *clausula rebus sic standibus* in the 1980 Convention on contracts for the international sale of goods in the principles of European contract law - A comparative analysis », *Pace International Law Review* 2001, 278.

¹⁷ Sur ce point: CISG Advisory Council opinion no. 7, Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG, <www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html>, 9.

¹⁸ H. RÖSLER, *ERPL/REDP* 2007, 503.

¹⁹ P. SCHLECHTRIEM et C. WITZ, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Paris, Dalloz 2008, 254; I. SCHWENZER, « Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts », *Victoria University of Wellington Law Review* 2009, 713; H.M. FLETCHNER, « Issues relating to exemption ('Force majeure') under article 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods ('CISG') », *Pitt Law* 2008, §427.1; K. COX, « Gewijzigde omstandigheden in internationale koopcontracten: het Hof van Cassatie als pionier », *RW* 2010, 733; A.M. GARRO, « Comparison between provisions of the sales regarding exemption of liability (article 79) and the provision of the Unidroit principles », *Editorials remarks*, point 13 sur <www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni79.html#giv>.

Un argument de ce courant en faveur de la théorie de l'imprévision s'appuie sur le mot « raisonnablement » contenu dans l'article 79 de la CVIM.²⁰ L'empêchement visé par l'article 79 de la CVIM est un événement dont on ne peut raisonnablement attendre du débiteur qu'il le surmonte mais il ne constitue pas une impossibilité absolue d'exécuter le contrat.²¹

La sauvegarde de la bonne foi dans le commerce international est également invoquée au motif qu'elle s'oppose à ce qu'un risque excessif de pertes financières pèse sur les épaules du débiteur.²²

(g) Avis n° 7 du Comité consultatif de la Convention de Vienne. Conscient des difficultés d'interprétation de l'article 79, le Comité consultatif de la Convention de Vienne a présenté un avis n° 7 lors de sa 11^{ème} réunion à Wuhan le 12 octobre 2007.²³

L'avis du Comité consultatif, fruit d'un long travail de réflexion, ne laisse planer aucun doute sur sa volonté d'inclure la situation d'imprévision dans les causes d'exonération visées par l'article 79 de la CVIM.

Le Comité consultatif estime que, même si aucune des décisions de jurisprudence recensées n'exonère le débiteur de ses obligations sur base de la théorie de l'imprévision, ce silence jurisprudentiel n'est pas incompatible avec l'octroi d'une certaine flexibilité au principe *pacta sunt servanda* dans l'hypothèse d'un bouleversement de l'économie du contrat.²⁴

Le Comité souligne que la plupart des fluctuations du marché, étant un risque normal inhérent aux transactions commerciales, ne peuvent être considérées comme un empêchement à l'exécution du contrat mais que des fluctuations brusques et totalement imprévues du marché peuvent constituer, dans certains cas, un tel empêchement.²⁵

Le Comité consultatif retient qu'« *un changement de circonstances qu'on ne pouvait pas raisonnablement escompter qu'il fût pris en compte et rendant l'exécution excessivement onéreuse (« hardship ») peut être qualifié d'« empêchement » au sens de l'article 79. Le libellé de l'article 79 n'assimile pas expressément le terme « empêchement » à un événement qui rend l'exécution absolument impossible ».*

En conclusion, pour le Comité, « *une partie qui se trouve dans une situation de « hardship » peut l'invoquer comme cause d'exonération de responsabilité en vertu de l'article 79 ».*

²⁰ K. COX, *RW* 2010, 733.

²¹ J. MALFLIET, *RDC/TBH* 2010, 887, n° 2.1.1.

²² P. SCHLECHTRIEM et C. WITZ, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, 254.

²³ CISG Advisory Council opinion no. 7, Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG, <www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html>.

²⁴ CISG Advisory Council opinion no. 7, *Ibid.*, point 32.

²⁵ CISG Advisory Council opinion no. 7, *Ibid.*, point 39.

(h) Appréciation de l'arrêt du 19 juin 2009. Par son arrêt du 19 juin 2009, la Cour de cassation belge affirme, sans détour, que l'article 79 de la CVIM peut s'appliquer lorsqu'en raison de circonstances modifiées qui n'étaient pas raisonnablement prévisibles lors de la conclusion du contrat, la charge de l'exécution du contrat est aggravée pour le débiteur.

Selon la Cour, l'article 79 de la CVIM n'est dès lors pas uniquement réservé au cas de force majeure rendant impossible toute exécution du contrat mais vise également la situation d'imprévision.

Cet arrêt est la première décision recensée à ce jour, tant sur le plan national qu'international, admettant qu'un cocontractant puisse se fonder sur l'article 79 de la CVIM en cas de bouleversement de l'économie contractuelle.²⁶

La décision de la Cour de cassation belge est étonnante puisque celle-ci a, en droit belge, toujours refusé de reconnaître la théorie de l'imprévision.²⁷

L'arrêt du 19 juin 2009 s'inscrit dans une vision évolutive de la Convention de Vienne, détachée de son contexte historique.

Cette interprétation souple de l'article 79 de la CVIM adoptée par la Cour de cassation est en parfaite adéquation avec l'avis n°7 du Comité consultatif de la Convention de Vienne et un important courant doctrinal.

L'on regrette toutefois que la Cour de cassation belge ne justifie pas plus amplement sa décision d'englober la théorie de l'imprévision dans le champ d'application de l'article 79 de la CVIM.

1.2.2 *Obligation de renégociation issue des Principes UNIDROIT*

(a) Problématique. En vertu de l'article 79.5 de la Convention de Vienne, l'exonération du débiteur défaillant le libère uniquement des dommages et intérêts.

La partie victime d'une inexécution reste autorisée à faire valoir ses autres droits.²⁸ Le créancier peut, notamment, réclamer l'exécution en nature,²⁹ notifier la résolution unilatérale,³⁰ ou demander la réduction du prix.^{31,32}

Aucune obligation de renégociation du contrat ou d'adaptation des clauses par le juge ou l'arbitre n'est prévue par la Convention de Vienne.

Si l'on considère que la situation d'imprévision est régie par l'article 79 de la CVIM, les sanctions prévues par la Convention de Vienne sont inappropriées et ne

²⁶ CISG Advisory Council opinion no. 7, Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG, <www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html>, n°32.

²⁷ Cass. (B.) 14 avril 1994, *Pas.* I, 365; Cass., 20 avril 2006, *Pas.* 2006, I, 884, *RGDC/TBBR* 2009, 34. Voyez pour un aperçu de la théorie de l'imprévision en droit belge: D. PHILIPPE, *J.T.* 2007, 738 et suiv.

²⁸ Article 79.5 de la CVIM.

²⁹ Articles 46 et 62 de la CVIM.

³⁰ Articles 49 et 64 CVIM.

³¹ Articles 50 de la CVIM.

³² L. VAN DEN HOLE, *RDC/TBH* 1998, 374.

peuvent de toute façon pas être invoquées par le contractant qui se prévaut de l'empêchement.³³

(b) Solution proposée par l'article 7.2 de la CVIM. Au regard de cette absence de remèdes adéquats offerts par la CVIM, certains auteurs affirment que le silence de la Convention constitue une lacune qui doit être comblée sur base des articles 7.1 et 7.2 de la CVIM.³⁴

En vertu de l'article 7.2 de la CVIM, « *les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé* ».

Il existe une lacune de la Convention lorsque celle-ci ne régit pas la question.³⁵

Dans cette hypothèse, la particularité de l'article 7.2 est de privilégier l'application des principes généraux du droit commercial international sur le droit national désigné en vertu du droit international privé.³⁶

La distinction entre les questions qui doivent être régies par les principes généraux du droit commercial international et celles qui doivent être réglées par le droit international privé n'est pas aisée.³⁷ Il n'est en effet pas évident de déterminer quels sont les principes généraux visés par la Convention de Vienne.

(c) Position de la Cour de cassation. La Cour de cassation belge retient que le silence de la Convention de Vienne relativement à l'existence d'une obligation de renégociation du contrat en cas de situation d'imprévision constitue effectivement une lacune au sens de l'article 7.2 de la Convention.

Alors que la Cour d'appel d'Anvers avait opté pour l'application de la loi française en vertu des règles de droit international privé, la Cour de cassation décide que ce sont les Principes UNIDROIT qui doivent être pris en considération, en tant que principes généraux dont s'inspire la Convention de Vienne.

Sur bases de ces Principes, la Cour juge qu'il existe, dans une situation d'imprévision, un droit pour le débiteur défaillant de réclamer la renégociation des conditions contractuelles.

³³ J. MALFLET, *RDC/TBH* 2010, 890, n° 2.2.1.

³⁴ C. KESSEDIAN, « Competing Approaches to Force Majeure and Hardship », *International Review of Law and Economics* 2005, 420; K. COX, *RW* 2010, 735.

Contra: N. LINDSTRÖM, « Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods », *Nordic Journal of Commercial Law* 2006, point V sur <www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lindstrom.html>. Cet auteur estime que l'article 79 de la CVIM ne contient pas de lacune puisqu'il règle la situation d'imprévision et n'autorise pas d'autres remèdes.

³⁵ D. PHILIPPE, « Renégociation du contrat en cas de changement de circonstances: une porte entrouverte? », note sous Cass. 19 juin 2009, *DAOR* 2010, 161.

³⁶ D. PHILIPPE, *DAOR* 2010, 160 et suivantes.

³⁷ *Ibid.*

(d) Présentation des principes UNIDROIT. Les principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international sont des principes dégagés par les travaux de l'organisation intergouvernementale Institut international pour l'unification du droit privé.

Comme le souligne le Préambule des Principes UNIDROIT, ceux-ci, sans avoir de force obligatoire, « *peuvent être utilisés afin d'interpréter ou de compléter d'autres instruments du droit international uniforme* ».

En cas de situation d'imprévision, l'article 6.2.3. des Principes UNIDROIT prévoit que:

- 1) *En cas de hardship, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée.*
- 2) *La demande ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations.*
- 3) *Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le tribunal.*
- 4) *Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de hardship peut, s'il l'estime raisonnable:*
 - a) *mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe; ou*
 - b) *adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations.*

(e) Les Principes UNIDROIT constituent-ils des principes généraux au sens de l'article 7.2 de la CVIM? Avant l'arrêt du 19 juin 2009 de la Cour de cassation belge, D.P. Flambouras a critiqué le recours aux Principes UNIDROIT sur base de l'article 7.2. de la CVIM dans le cadre d'une situation d'imprévision.³⁸

D.P. Flambouras considère que les Principes UNIDROIT ne peuvent être utilisés que pour expliciter un principe général. Or, ni l'historique législatif, ni le libellé de la Convention de Vienne n'indiquent l'existence d'un principe général dont s'inspire la CVIM qui autoriserait, dans une situation d'imprévision, la renégociation par les parties ou l'adaptation judiciaire du contrat.

L'auteur retient également que les Principes UNIDROIT ne se limitent pas au contrat de vente, comme la Convention de Vienne, mais régissent le droit des contrats en général, ce qui explique que la situation d'imprévision y ait été réglée.³⁹

Enfin, selon cet auteur, l'application des Principes UNIDROIT risque de porter atteinte à la volonté des parties qui n'ont pas fait usage de la faculté d'insérer une stipulation contractuelle prévoyant les remèdes à apporter à une situation d'imprévision.

Selon D.P. Flambouras, les Principes UNIDROIT ne peuvent régir un contrat de vente que si les parties ont marqué leur accord sur leur application.⁴⁰

³⁸ D.P. FLAMBOURAS, *Pace International Law Review* 2001, 288 et suiv.

³⁹ D.P. FLAMBOURAS, *Pace International Law Review* 2001, 289.

⁴⁰ D.P. FLAMBOURAS, *Pace International Law Review* 2001, 289.

D'autres auteurs se montrent également réservés sur le recours aux Principes UNIDROIT afin de combler une lacune de la CVIM.

Ainsi, H. RÖSLER estime qu'il est douteux que les Principes UNIDROIT constituent une opinion internationale commune. Ces principes ne représentent pas le standard minimum commun entre les droits nationaux mais ont été rédigés dans le but de dégager la meilleure solution.⁴¹

Par ailleurs, C. KESSEDJIAN affirme que, strictement parlant, les Principes UNIDROIT ne peuvent pas constituer « *les principes généraux dont s'inspire* »⁴² la Convention de Vienne puisque cette Convention a été conclue en 1980 alors que les Principes UNIDROIT ont été édictés en 1994.⁴³ Elle ajoute que les Principes UNIDROIT ont accepté le concept du hardship et ses remèdes à un moment où cette notion n'était pas admise comme un principe de droit commercial international.

Cet avis hésitant à l'égard du statut des Principes UNIDROIT n'est pas partagé par tous.

En effet, l'utilisation des Principes UNIDROIT a été recommandée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international afin de compléter un certain nombre d'instruments relatifs au droit commercial international, dont la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises.⁴⁴

Une partie de la doctrine plaide également pour l'application des Principes UNIDROIT en vue de combler la lacune de la CVIM relative à la situation d'imprévision.⁴⁵

D. PHILIPPE considère que les Principes UNIDROIT constituent des principes généraux au sens de la Convention de Vienne.⁴⁶

Il est allégué que le droit commercial international a évolué depuis l'adoption des Principes UNIDROIT de sorte que la section 6.2 des Principes UNIDROIT, traitant de la théorie de l'imprévision, peut désormais être invoquée pour compléter la Convention de Vienne.⁴⁷

⁴¹ H. RÖSLER, *ERPL/REDP* 2007, 503.

⁴² En ce sens: S. D. SLATER, « Overcome by Hardship: The Inapplicability of the UNIDROIT Principles' Hardship Provisions to CISG », *Florida Journal of International Law* 1998, 231-262, point V.

⁴³ C. KESSEDJIAN, *International Review of Law and Economics* 2005, 419.

⁴⁴ Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarantième session, A/62/17 (Part I), juillet 2003, n°213, sur <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V07/857/10/PDF/V0785710.pdf>>.

⁴⁵ J.M. BUND, *Journal of Law and Commerce* 1998, 392; Voyez également les références citées par J. MALFIET, « Hoe contracteren onder CISG aanleiding kan geven tot onvoorziene omstandigheden », *RDC/TBH* 2010, à paraître, note 63.

⁴⁶ D. PHILIPPE, « Renégociation du contrat en cas de changement de circonstances: une porte entrouverte? », note sous Cass., 19 juin 2009, *DAOR*, 2010, 160.

⁴⁷ B. FAUVARQUE-COSSON, « Révision judiciaire pour imprévision: la Cour de cassation belge montre la voie », *Revue des contrats*, 2010, à paraître lors de la rédaction de cette note.

(f) Pistes alternatives. Outre l'application des Principes UNIDROIT sur base de l'article 7.2 de la CVIM, plusieurs pistes sont invoquées pour mettre au jour une obligation des parties d'adapter leur contrat lors d'un changement imprévisible des circonstances.

D'abord, on invoque le principe de la bonne foi tiré de l'article 7.1 de la CVIM.⁴⁸

Cette proposition est critiquée au motif que le principe de bonne foi envisagé par l'article 7.2 de la CVIM concerne l'interprétation de la Convention de Vienne et non pas l'exécution des contrats.⁴⁹

Il est répondu à cette critique que le libellé de l'article 7.1 de la CVIM précise que la Convention doit être interprétée en tenant compte de la nécessité d'assurer le respect de la bonne foi « *dans le commerce international* », ce qui signifie que le principe de la bonne foi concerne les relations entre les parties.⁵⁰

Ensuite, l'idée est émise qu'une obligation de renégociation du contrat découle de la règle contenue dans l'article 77 de la CVIM obligeant le créancier à prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte résultant de la contravention au contrat.⁵¹

La renégociation des conditions contractuelles pourrait ainsi s'imposer au créancier en raison de son obligation de limiter de son dommage.

Enfin, P. SCHLECHTRIEM et C. WITZ prônent une prise en considération de l'article 6.2.3. des Principes UNIDROIT en tant qu'usage commercial au sens de l'article 9 alinéa 2 de la Convention de Vienne.⁵²

Il est défendu qu'à l'heure actuelle, la théorie de l'imprévision peut être considérée comme un usage commercial, comme l'attestent les clauses de *hardship* presque systématiquement insérées par les parties dans les conventions de vente.⁵³

(g) Avis n° 7 du Comité consultatif de la Convention de Vienne. Dans son avis n°7 déjà évoqué, le Comité consultatif de la Convention de Vienne s'est prononcé sur les remèdes contractuels ouverts au débiteur invoquant une situation d'imprévision.⁵⁴

Le Comité consultatif estime qu'il peut être déduit de l'obligation d'interpréter la CVIM de bonne foi une obligation pour les parties de renégocier les termes du contrat dans l'hypothèse où l'équilibre économique contractuel est bouleversé.

⁴⁸ C. KESSEDJIAN, *International Review of Law and Economics*, 2005, 419.

⁴⁹ N. LINDSTRÖM, *Nordic Journal of Commercial Law* 2006, point IV.3.

⁵⁰ K. COX, *RW* 2010, 736.

⁵¹ I. SCHWENZER, *Victoria University of Wellington Law Review* 2009, 725.

⁵² P. SCHLECHTRIEM et C. WITZ, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, 255.

⁵³ En ce sens: J. MALFLIET, *RDC/TBH* 2010, 891, n° 2.3. *in fine* et les références citées.

⁵⁴ CISG Advisory Council opinion no. 7, Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG, <www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html>, point 40.

Si la renégociation du contrat par les parties se solde par un échec, le Comité consultatif observe qu'il n'existe pas dans la convention d'indication invitant le juge à ajuster ou réviser les termes du contrat.

Toutefois, le Comité consultatif est d'avis que l'article 79.5. de la Convention de Vienne peut constituer un fondement pour le tribunal ou l'arbitre pour adapter les termes du contrat aux nouvelles circonstances.

Le Comité consultatif conclut à l'article 3.2 de son avis n°7 qu'« *en cas de hardship relevant de l'article 79, la juridiction étatique ou arbitrale peut prononcer d'autres mesures conciliables avec la CVIM et les principes généraux sur lesquels elle est fondée* ».

Dès lors, bien que le Comité consultatif ne renvoie pas aux Principes UNIDROIT, il autorise à appliquer à la situation d'imprévision d'autres remèdes que les solutions expressément prévues par la CVIM, et cela sur base du principe de la bonne foi.

(h) Appréciation de l'arrêt du 19 juin 2009. L'application des Principes UNIDROIT par la Cour de cassation par le biais de l'article 7.2 de la CVIM est audacieuse.

Lors de leur adoption, il est manifeste que les Principes UNIDROIT ne pouvaient pas être considérés comme des principes généraux au sens de la Convention de Vienne en raison des nombreuses disparités qui existaient entre les droits nationaux.

Au vu de l'évolution de la pratique du commerce international, plusieurs auteurs estiment que les Principes UNIDROIT se sont désormais élevés au rang de principe général du droit commercial international.⁵⁵

La décision de la Cour de cassation est un nouvel argument en faveur de cette thèse.

Cependant, il convient d'envisager l'arrêt du 19 juin 2009 avec prudence.

Le raisonnement de la Cour de cassation aboutit en effet à conférer une force obligatoire aux Principes UNIDROIT alors que ces instruments n'ont pas une valeur législative.

Il est probable que l'approche adoptée par la Cour sera accueillie avec réserve par les juridictions de certains Etats membres.

En tout état de cause, conformément à l'idée défendue par une partie de la doctrine et par le Comité consultatif de la Convention de Vienne, il aurait été possible de déduire une obligation de renégociation du contrat à partir d'un principe général contenu au sein même de la Convention de Vienne, à savoir le principe de la bonne foi.

L'on remarquera que la Cour de cassation belge ne se prononce que sur l'existence d'une obligation de renégociation du contrat par les parties mais pas sur

⁵⁵ D. PHILIPPE, *DAOR* 2010, 162; K. COX, *RW* 2010, 737; B. FAUVARQUE-COSSON, « Révision judiciaire pour imprévision: la Cour de cassation belge montre la voie », *Revue des contrats*, 2010, à paraître lors de la rédaction de cette note.

la faculté d'adaptation des conditions contractuelles par le juge telle que prévue par l'article 6.2.3. des Principes UNIDROIT. Ce silence sur la faculté d'adaptation du contrat par le juge s'explique par le fait que la saisine de la Cour de cassation belge était limitée à la portée de l'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers qui n'envisageait que l'existence d'une obligation de renégociation.

(i) Conclusion. Si l'interprétation évolutive du champ d'application de l'article 79 de la CVIM adoptée par la Cour de cassation belge est louable, il est certain que l'exonération du débiteur défaillant doit garder un caractère exceptionnel.

Il n'est pas évident de déterminer dans quelle mesure le déséquilibre entre les prestations des parties causé par les fluctuations économiques constitue une situation d'imprévision.

Un cocontractant ne peut toutefois pas être autorisé à interrompre l'exécution de ses obligations en raison de la moindre évolution du marché.

Il appartient dès lors au juge d'apprécier avec rigueur le changement imprévisible des circonstances dont fait état le débiteur défaillant qui sollicite l'application de l'article 79 de la Convention de Vienne.

2. Swedish Case Note (by Christina Ramberg)

2.1 Introduction

Sweden has adopted CISG and the Swedish National Sales Act 1990 is to a large extent synchronized with CISG. The provision in the National Sales Act section 27 on force majeure corresponds the substance in CISG Article 79, as far as is relevant for this case.

The Swedish Contract Act 1915 section 36 provides that a contract may be modified or set aside if it is unfair due to a change of circumstances. The provision does not give any guidance on how to determine whether a contract is unfair and case law in B2B contracts is scarce.⁵⁶ According to Swedish doctrine, the Swedish assessment of unfairness due to change of circumstances corresponds to the requirements in Unidroit Principles Article 6.2.2 and PECL Article 8:108.⁵⁷ The three most important requirements relevant for this case are that:

- (1) the event must have been unforeseen for the disadvantaged party;
- (2) the events should not have been taken into account by the disadvantaged party; and that
- (3) the risk of the event was not assumed by the disadvantaged party.

⁵⁶ In the Swedish Supreme Court case NJA 1983 s. 385 an index clause was adjusted. The price for rent of land in a forty-nine-year-long contract was tied to an index which did not at all reflect the land rent development.

⁵⁷ A. ADLERCREUTZ & L. GORTON, *Avtalsrätt II* (2010): 156; J. RAMBERG & C. RAMBERG, *Allmän avtalsrätt*, (2010): 185 ff.

2.2 *Gapfilling with General CISG Principles or National Law?*

It is clear that the increase in the steel price is not a force majeure event according to CISG Article 79. The seller was not prevented from delivering the steel. The fact that the contract had become more onerous to the seller may constitute hardship, which is not covered by CISG.

The absence of provisions on hardship in CISG is, to my opinion, a too wide gap to be filled up with the general principles upon which CISG is based.⁵⁸ It is more likely that the Swedish Supreme Court would apply national Swedish contract law. This is, however, a quite theoretical distinction, since Swedish law on hardship corresponds to the rules on hardship in Unidroit Principles and PECL.⁵⁹ Either the Swedish Supreme Court would apply Swedish contract law on hardship and gapfill the contract law with Unidroit Principles and PECL, or it would apply CISG and gapfill it with general CISG principles, which are to be found in Unidroit Principles. In other words, the outcome would be the same irrespective of whether CISG were gapfilled or national contract law were applied.

2.3 *Solving the Case in Accordance with Swedish Law*

The outcome in a Swedish case would differ from the outcome in the Belgian case. The first requirement that the performance has become excessively more onerous to the disadvantaged party is met. It is clear that the seller has made a bad bargain and that the value of the deal has diminished considerably for him and increased for the buyer. There is a fundamentally altered equilibrium. However, there are more requirements in order for a contract to be adapted or set aside due to hardship.

The hardship requirement that the event should not have been foreseen by the disadvantaged party is not met in the Belgian case. Every seller who undertakes to deliver commodity goods must take into account the risk that the goods may become more expensive to acquire. A 70% price increase is exorbitant. But I doubt that it has not happened before in history. Commodities are exposed to rapid price fluctuations. Consequently, the seller could have foreseen the risk for the price increase and the seller is therefore not entitled to an adaptation of the contract or early termination.⁶⁰

⁵⁸ J. RAMBERG & J. HERRE, *Internationella köplagen* (Stockholm, 2009): 569, appear to share my view. The CISG Advisory Council implies that it is possible for a court to adopt the contract in a case of hardship, CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Art. 79 of the CISG, para. 40.

⁵⁹ The Swedish Supreme Court has referred to Unidroit Principles and PECL in the cases NJA 2000 s. 747, NJA 2006 s. 638, NJA 2008 s. 733.

⁶⁰ RAMBERG & RAMBERG, at 187; RAMBERG & HERRE, at 562, with a reference to 00-00-92 ICC International Court of Arbitration (7197), 12-06-01 where a buyer of components had reason to foresee that the price in the end product would go down and that the transaction thereby could become very unprofitable for him. ERIC M. RUNESSON, *Rekonstruktion av ofullständiga avtal* (Stockholm, 1996), 261 f and 408 f.

The hardship requirement that the event should not have been taken into account by the disadvantaged party is not met in the Belgian case. A seller of commodities should take into account the risk for price increases and – if he is not willing to stand the risk – secure it by for example, hedging or other means of acquiring risk protection for price increases. Consequently, the seller could have taken the risk for the price increase into account and the seller is therefore not entitled to an adaptation of the contract or early termination.⁶¹

Finally, the hardship requirement of assumed risk is not met. A contract which is mainly intended to allocate risks cannot be adopted when these risks materializes. Since the main purpose of the parties' contract in the Belgian case was to allocate the risk for price fluctuations so that the seller assumed the risk for price increases and the buyer assumed the risk for price decreases, it is fair and just that the seller bears the economic consequences of the price increase. Consequently, the seller has assumed the risk for the price increase and the seller is therefore not entitled to an adaptation of the contract or early termination.⁶²

In summary, there is no ground to adjust the price or set the contract aside according to Swedish law since the requirements for hardship are not met.

2.4 The Duty to Renegotiate

There is no express legislative duty to renegotiate according to Swedish law and there is no case law supporting a duty to renegotiate. There is a general duty of good faith in Swedish law, which is not laid down in explicit legislation.⁶³

It is not against good faith of a buyer to insist that a seller makes delivery according to a contracted price. Nor is it against good faith of a buyer to make clear that he insist on his contractual rights and that he is not interested in renegotiating the contractual terms. On the contrary, a party who knows that renegotiations will not lead anywhere has a duty to clarify this in order not to cause the other party unnecessary costs for negotiations or give him false hopes, inducing him not to take mitigating actions. To continue negotiations without an intention to conclude a contract makes a party liable for culpa in contrahendo according to Swedish law, which corresponds to Unidroit Principles 2.1.15 and PECL 2.301.⁶⁴

If the contract had contained a renegotiation term and the parties failed to reach a settlement, it is most likely that the contract would not have been adjusted

⁶¹ RAMBERG & RAMBERG, at 188; RAMBERG & HERRE, at 562 f.; J. RAMBERG, 'Öndrade förhållanden och clausulae rebus sic stantibus', in *Vänbok till Axel Adlercreutz* (Lund, 2007); ERIC M. RUNESSON, at 238 ff.

⁶² K. GRÖNFORS, *Avtal och omförhandling* (Stockholm, 1995), 31; RAMBERG & RAMBERG, at 188 f; P. KESKITALO, *From Assumptions to Risk Management* (Helsinki, 2000), passim.

⁶³ J. MUNUKKA, *Kontraktuell lojalitetsplikt* (Stockholm, 2007), passim; RAMBERG & RAMBERG, at 37.

⁶⁴ RAMBERG & RAMBERG, Ch. 4.1.

or set aside. A renegotiation clause must specify the consequences of failed negotiations, otherwise the general contract law on hardship applies, which only provides for adaptation if the many stringent requirements for hardship are met.⁶⁵ Failure to participate in renegotiations or to reach a settlement during negotiations does not in itself give rise to a right to adaptation of the contract terms.

3. The Duty to Renegotiate an International Sales Contract in Case of Hardship – International Case Note (by Rodrigo Momberg Uribe)

Abstract: This article analyses the decision of the Belgian Supreme Court of 19 June 2009 (*Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S*; No. C.07.0289.N) from the perspective of international contract law, in particular with regard to the availability of hardship as an excuse in international sales contracts governed by the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and the duty of the parties to renegotiate the terms of the contract in such a case. The role of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) Principles of International Commercial Contracts as an adequate instrument to complement and fill the gaps in the CISG is also discussed. It is argued that the decision adopted a correct view in its interpretation of both the CISG and the UNIDROIT Principles concerning the mentioned issues.

3.1 Introduction

The subject of change of circumstances, hardship, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, or *imprévision*,⁶⁶ that is, the situation where the performance of the contract has become excessively onerous or difficult for one of the parties due to unforeseen circumstances after the conclusion of that contract, is a polemic and controversial one. It is frequently introduced as a conflict between principles (*pacta sunt servanda* and *rebus sic stantibus*) or values (certainty and justice).

Both under the civil and common laws, a great amount of scholarly writing has been produced, and judicial decisions (especially from superior courts) are always subject to critical reviews and comments. The present case is no exception, and its relevance can be deduced from three main points: it was decided by a Supreme Court (the Belgian *Hof van Cassatie*), the dispute concerned the effect of price fluctuations on the obligations of the parties to an international sales contract, and two major instruments of uniform law were involved (the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) Principles of International Commercial Contracts). In particular, from the CISG perspective, the case is related to two contentious issues: the Convention's mechanism for gap filling (Article 7.2) and the inclusion of hardship as an excuse, which is

⁶⁵ GRÖNFORS, at 67; B. LEHRBERG, *Omförhandlingsklausuler*, (Stockholm, 1999), passim; J. RAMBERG & C. RAMBERG, at 194 f.

⁶⁶ There is a great variety in the denomination of the subject. However, nowadays hardship and a change of circumstances seem to be more readily recognized in international contract law, and therefore, such expressions will be used in this article.

available to the parties in an international sales contract. Additionally, the volume of case law on the subject is far from abundant, and therefore, the present case may constitute a relevant precedent for future decisions dealing with the applicability of CISG to situations of changed circumstances and, more importantly, the remedies available to the parties in those cases.⁶⁷

The present article analyses the case from the perspective of international contract law, although comparative references to some domestic jurisdictions are also made. Besides, because the decision of the Supreme Court confirms and relies to a great extent on the decision of the Court of Appeal, relevant aspects of the latter judgment are also considered in this article.

3.2 Description of the Case

The facts of the case are not complex: the parties concluded a number of sales contracts for the delivery of steel tubes. After the conclusion of the contract, the price of steel unforeseeably increased by 70%. The contracts did not contain any price adaptation clause. Due to the mentioned rise in costs, the seller (a French company) requested an adjustment of the contract price but the buyer (a Dutch company) refused every proposal to modify the contract and insisted on its performance as originally agreed upon. The buyer claimed a breach of contract and damages, and the seller counterclaimed an adjustment to the price based on the unforeseen and drastic increase in costs. In summary proceedings, the seller was ordered to deliver the agreed goods against the payment of the contract price plus the consignment of half of the proposed price increase.

At first instance, the Commercial Court of Tongeren rejected the application of hardship as a ground for the requested adaptation to the contract price on the basis that this situation was not covered by Article 79 or any other provision of the CISG. The Court of Appeal of Antwerp reversed the first instance decision stating that the existence of an explicit rule on force majeure in the Convention (i.e., Article 79) does not imply that the possibility for the parties to invoke hardship in cases of unforeseeable changed economic conditions is excluded. Further, the Court of Appeal concluded that a request for a price adaptation based on hardship was not against the principles on which the Convention is based, but since that situation is essentially different from one of force majeure (regulated in Article 79), the dispute must be decided in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law (Article 7.2), in this case French law. The Court added that under French domestic law the duty to perform contracts in good faith, included in

⁶⁷ See A.M. GARRO, ‘Comparison between Provisions of the CISG Regarding Exemption of Liability for Damages (Art. 79) and the Counterpart Provisions of the UNIDROIT Principles (Art. 7.1.7)’, <www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/anno-art-79.html#uni>, stating at IV.2 that judicial decisions ‘are too few and inconclusive to this date to warrant a stable trend either excluding or including hardship within the purview of CISG Article 79’.

the last part of Article 1134 of the *Code Civil*,⁶⁸ imposes on the parties the duty to renegotiate the terms of the agreement if an unforeseen change of economic circumstances renders the agreed performance unjustified under the new circumstances. On this basis, the Court ruled that the negative of the buyer to renegotiate the terms of the contract entailed a breach of the duty of good faith in performance and granted damages to the seller.

The buyer appealed in cassation to the Belgian Supreme Court (*Hof van Cassatie*). The Supreme Court rejected the buyer's plea and confirmed the findings of the Court of Appeal but on different grounds, thereby stating that unforeseen circumstances that result in a serious disturbance of the contract equilibrium can amount to an impediment in the context of Article 79 of the Convention and considering that there is a gap in the subject that must be filled by the general principles of the law of international trade (Article 7.2). The Court added that under those principles, in particular incorporated in the UNIDROIT Principles, the party affected by a change of circumstances that fundamentally disturb the contractual balance is entitled to request the renegotiation of the contract.

3.3 Gap Filling in the CISG

The Convention provides for a clear (in theory) system of gap filling. In matters not expressly regulated by it, but that can be considered to be included within its scope, Article 7.2 applies:

Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.

Then, if a legal situation is considered to be governed under the scope of the Convention (and therefore not rejected by it) but it is not expressly or completely regulated by the CISG, the matter has to be resolved by referring to the general principles on which the Convention is based. However, the Convention fails to determine or express any general principles.⁶⁹ With the exception of the principle of good faith mentioned in Article 7.1, it has been legal doctrine that has deduced some general principles from the provisions of the Convention itself, for example, the principles of reasonableness, favour contractus, or mitigation.⁷⁰ However, it is

⁶⁸ Article 1134 provides: *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.*

⁶⁹ S. KRUISINGA, *(Non-)Conformity in the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Uniform Concept?* (Antwerp: Intersentia Uitgevers NV, 2004), 18.

⁷⁰ N. LINDSTRÖM, 'Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods', *Nordic Journal of Commercial Law* (2006): 20.

argued that those general principles cannot only be deduced from the text of the Convention but also from external principles that are generally considered to be general principles of international trade or commerce.⁷¹

In this sense, the UNIDROIT Principles have been considered to be adequate to complement and fill the eventual gaps in the CISG. The goal of uniformity in the application of the Convention and the task of the courts will be facilitated with the use of the UNIDROIT Principles in the context of Article 7.2.⁷² Such a purpose is expressly laid down in the Preamble to the Principles: '[These Principles] may be used to interpret or supplement international law instruments.' It is added that reasons of fairness also support the application of the UNIDROIT Principles since resorting to uniform law is better in that it equally protects the interest of both parties rather than solving the dispute according to some domestic jurisdiction, which can benefit only one of them.⁷³ The avoidance of the threat to uniformity and conceptual autonomy that a reference to domestic solutions represents seems to be the general background on which the applicability of the UNIDROIT Principles relies.⁷⁴

Nevertheless, the assertion that the UNIDROIT Principles incorporate or represent general principles of international trade must be qualified concerning some points. The Principles state in their introduction that in some matters the texts adopted were considered as the 'best solutions, even if still not yet generally adopted'.⁷⁵ More in particular, with regard to the CISG, that Convention was an obligatory point of reference for the Working Group and some of its provisions were incorporated in the Principles, but at the same time in other matters, UNIDROIT derogated from or expanded upon the CISG when this was considered appropriate.⁷⁶

This can be true in particular with regard to hardship, taking into account that the approach of both instruments is completely different with regard to the remedies adopted by Article 79 of CISG and Article 6.2.3 of UNIDROIT. In addition, it is far from clear that the provisions of the UNIDROIT Principles on this subject represent 'international recognized principles', especially taking into account the different approach of the civil and common law systems in the issue.

Thus, the most problematic of the eventual remedies in cases of changed circumstances, that is, adaptation of the contract by the court, is completely

⁷¹ *Ibid.*

⁷² M.J. BONELL, 'The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG-Alternatives or Complementary Instruments?', *Unif. L. Rev.* ns 1 (1996): 34-36.

⁷³ A.M. GARRO, 'Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay between the Principles and the CISG', *Tulane Law Review* 69 (1994): 1159.

⁷⁴ See KRUISINGA, *supra* n. 4, 18 ff.

⁷⁵ UNIDROIT Principles, Introduction, XV.

⁷⁶ *Ibid.* See also S.D. SLATER, 'Overcome by Hardship: The Inapplicability of the UNIDROIT Principles' Hardship Provisions to CISG', *Florida Journal of International Law* 12 (1998): 231.

unfamiliar to the common law tradition. Thus, in English common law, frustration⁷⁷ terminates the contract with effect from the time of the frustrating event: if a contract is frustrated, each party is released from any further obligation to perform.⁷⁸ Furthermore, frustration operates automatically irrespective of the wishes of the parties⁷⁹ and may therefore be invoked by either party and not only by the party affected by the supervening event.⁸⁰ Consequently, as a general principle, English common law does not provide mechanisms for adjusting contracts where a substantial change in circumstances has occurred⁸¹ 'so each party loses the benefit of the bargain and each party bears his own reliance losses'.⁸² On the other hand, under the US doctrine of commercial impracticability,⁸³ the provisions of the Uniform Commercial Code (UCC) and the Restatement (Second) of Contracts provide a number of mitigating doctrines (e.g., restitution, reliance damages) to avoid the negative effects of the complete discharge of the contract, and even the comments of the relevant provisions have been interpreted as giving the court the power not only to decide on a fair distribution of losses, but also to adapt the terms of a contract for future performance; in practice, the courts have been extremely reluctant to adjust a contract to supervening circumstances.⁸⁴ Thus, the only decision that has clearly modified the future performance of a contract through an equitable adjustment is *Aluminium Co. of America v. Essex Group, Inc.* (the *Alcoa* case).⁸⁵ Nevertheless, despite the revolutionary approach of the court and the

⁷⁷ Under English common law, the term frustration of contract includes at least three different situations: the case where performance has become physically or legally impossible, the case where performance has become impracticable (i.e., extremely onerous or difficult), and the case where a counter-performance has lost its value to the creditor (frustration of purpose). See A. KULL, 'Mistake, Frustration, and the Windfall Principle of Contract Remedies', *Hastings Law Journal* 43 (1991): 1 and G. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, 2nd edn (London: Sweet & Maxwell Limited, 2004).

⁷⁸ H.G. BEALE, W.D. BISHOP & M.P. FURMSTON, *Contract, Cases and Materials*, 4th edn (London: Butterworths, 2001), 482.

⁷⁹ E. MCKENDRICK, 'Frustration and Force Majeure - Their Relationship and Comparative Assessment', in *Force Majeure and Frustration of Contract*, ed. E. MCKENDRICK (London: Lloyd's of London Press Ltd, 1991), 38. For a detailed analysis, see TREITEL, *supra* n. 12, 15-001 ff.

⁸⁰ However, if frustration is a consequence of a deliberate act by one of the parties, this party cannot rely on frustration although the counterparty is entitled to do so.

⁸¹ BEALE et al., *supra* n. 13, 886.

⁸² KULL, *supra* n. 12, 18.

⁸³ Impracticability is usually defined as excused performance for the party that suffers extreme, unforeseeable, and unforeseeable hardship due to an unavoidable event or occurrence, 30 *Williston on Contracts* s. 77:11, 2, <http://international.westlaw.com/find/default.wl?rs=WLIN10.08&ifm=NotSet&fn=_top&sv=Split&findjuris=00001&mt=314&cite=williston&vt=2.0&rp=%2ffind%2fdefault.wl&sp=intutrec-000>.

⁸⁴ See L.E. TRAKMAN, 'Winner Take Some: Loss Sharing and Commercial Impracticability', *Minnesota Law Review* 69 (1984): 471; R.A. HILLMAN, 'Court Adjustments of Long-Term Contracts: An Analysis under Modern Contract Law', *Duke Law Journal* (1987): 1.

⁸⁵ 499 F. Supp. 53 (W.D. Pa. 1980).

extensive and controversial literature on the case, the decision was not followed in later cases and only two judges (one concurring opinion in the West Virginia Supreme Court and one Federal magistrate judge in New Jersey) have embraced the rule.⁸⁶

On the contrary, ‘continental’ solutions mostly provide an (at least implicit) duty to renegotiate and the possibility to adjust the contract by the court as the legal consequences of changed circumstances. Thus, Article 6:258 (complemented by Article 6:260) of the Dutch Civil Code (*Burgerlijk Wetboek* - BW) and section 313 of the German Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB) deal expressly with the effects of unforeseen circumstances giving to the Court the power to modify or terminate the contract in that case. Similar provisions are contained in the Portuguese and Greek Civil Codes. Along the same lines, Italian case law has interpreted Article 1467 of the Italian Civil Code as giving the Courts the power to adapt the contract to the new circumstances; however, the text of the provision only grants the affected party the right to terminate the contract and the advantaged party the right to offer an equitable modification. The French and Belgian rejections of *imprévision* seem to be the main exception to this trend. Finally, the acceptance of hardship and its effects on the binding force of contracts is also replicated in non-European civil law jurisdictions.⁸⁷

As mentioned in the description of the case, the Supreme Court, after stating the availability of a defence based on hardship in contracts governed by the Convention, added that according to Article 7:

in order to fill the gaps in a uniform manner adhesion should be sought with the general principles which govern the law of international trade. Under these principles, as incorporated *inter alia* in the Unidroit Principles of International Commercial Contracts, the party who invokes changed circumstances that fundamentally disturb the contractual balance... is also entitled to claim the renegotiation of the contract.

Two major conclusions can be deduced from this statement. First, that the ‘general principles’ mentioned in Article 7.2 are not only those contained in the Convention itself (internal principles) but also those that may be deduced from international commercial law (external principles). Second, without regard to the doctrinal disputes mentioned above, the UNIDROIT Principles were considered by

⁸⁶ *McCinnis v. Cayton*, 312 S.E.2d 765 (W. Va. 1984) and *Unihealth v. U.S. Healthcare Inc.*, 14 F. Supp. 2d 623 (D.N.J. 1998). See JAMES J. WHITE & D.A. PETERS, ‘A Footnote for Jack Dawson’, *Michigan Law Review* 100, no.7 (2002): 1973, noting that although both opinions referred to Alcoa, the facts and final outcomes of the cases do not follow the decision.

⁸⁷ The Civil Codes of Argentina, Brazil, Peru, and Paraguay expressly admit a change of circumstances as a ground for relief for the affected party. The main exception is Chile, where the doctrine of *imprevisión* has been rejected by the Courts.

the Court to be the main restatement of international commercial law and therefore the main source for the courts to look for and find such general principles and apply them to particular cases.

3.4 *The CISG System of Exemptions*

The CISG is usually regarded as a system of strict contractual liability because a party is liable for all events within its control independently of its negligence.⁸⁸ Articles 79 and 80 provide the only available relief for a party who has failed to perform: he has to prove that the failure was due to an impediment beyond its control and that was reasonably unexpected at the time of contracting.⁸⁹

Article 79:

- (1) A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.
- (2) If the party's failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if:
 - (a) he is exempt under the preceding paragraph; and
 - (b) the person whom he has so engaged would be so exempt if the provisions of that paragraph were applied to him.
- (3) The exemption provided by this article has effect for the period during which the impediment exists.
- (4) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on his ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, he is liable for damages resulting from such non-receipt.
- (5) Nothing in this article prevents either party from exercising any right other than to claim damages under this Convention.

Based on the text of the above cited article, legal doctrine has usually determined the following prerequisites for a party to claim the application of the exemption: (a) the existence of an impediment beyond its control; (b) which is unforeseeable at the time of the conclusion of the contract; and (c) which is

⁸⁸ LINDSTRÖM, *supra* n. 5, 2.

⁸⁹ Article 80 will be not analysed because it is irrelevant for the purposes of this article.

unavoidable (either the impediment itself or its consequences). The mentioned prerequisites are also subject to the principle of reasonability.⁹⁰

In addition, the above-mentioned articles merely provide an exemption from damages to the breaching party. The other remedies provided by the Convention remain in principle available although that can be qualified regarding the circumstances of the particular case.⁹¹

The provision was drafted with the express intention to create an autonomous concept to grant relief to the non-performing party to an international sales contract, in order to avoid the influence of related domestic law concepts in a particular case.⁹²

3.5 *Hardship under the CISG*

There is no doubt that Article 79 of the Convention is applicable to situations of force majeure, that is, cases where performance has become completely impossible. However, the answer is more difficult when the question is whether the exemption under Article 79 is also applicable to situations of hardship. Legal doctrine is divided on this and the case law is too thin on the ground to give a definitive answer.

Therefore, the first issue to be ascertained is whether hardship is an exemption that is excluded or even rejected implicitly or expressly by the CISG. If the answer to this question is in the affirmative, then the party who fails to perform because of hardship commits a breach of contract and is therefore fully liable under the Convention. On the other hand, if the answer is that hardship is a matter that is covered by the Convention, two alternatives are possible: the issue is regulated by Article 79 or it is a matter that is governed by the Convention but is not expressly resolved therein and must therefore be settled in conformity with the general principles on which the Convention is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law (Article 7.2).⁹³ A variation of the second alternative is also possible: hardship is governed by Article 79, but the CISG does not regulate in exact term how cases of changed circumstances have to be decided upon, and therefore, again, Article 7.2 is applicable.⁹⁴

⁹⁰ See LINDSTRÖM, *supra* n. 5 and J. LOOKOFESKY, ‘Impediments and Hardship in International Sales: A Commentary on Catherine Kessedjian’s “Competing Approaches to Force Majeure and Hardship”’, *International Review of Law and Economics* 25, no. 3 (2005): 434.

⁹¹ The other main remedies available to the non-breaching party are specific performance, avoidance of the contract, and a reduction in the contract price. However, for instance, the right to claim specific performance is necessarily related to the nature and extent of the excusing impediment. See GARRO, ‘Comparison between Provisions of the CISG Regarding Exemption of Liability for Damages (Art. 79) and the Counterpart Provisions of the UNIDROIT Principles (Art. 7.1.7)’, *supra* n. 2.

⁹² See LINDSTRÖM, *supra* n. 5, 5 and KRUISINGA, *supra* n. 4, 125.

⁹³ Cf. LINDSTRÖM, *supra* n. 5, 11-12.

⁹⁴ KRUISINGA, *supra* n. 4, 153.

Part of the legal doctrine has argued that a party cannot seek relief for breach of contract under the Convention on grounds that are different from those provided by Article 79, which excludes hardship. Thus, it has been stated that:

Article 79 CISG only governs impossibility of performance and the majority of academic opinion supports that a disturbance which does not fully exclude performance, but makes it considerably more difficult/onerous (e.g., change of circumstances, hardship, economic impossibility, commercial impracticability, etc.) cannot be considered as an impediment (doctrine of *clausula rebus sic standibus*).⁹⁵

The main reasons in support of that interpretation are the legislative history of the provision, which resulted in a rule that is stricter than its ‘predecessor’ Article 74 of the Uniform Law for the International Sale of Goods (ULIS) and the rejection of proposals for the incorporation of an express provision on the subject.⁹⁶

Additionally, it has been argued that the principle of good faith cannot be a ground to discard solutions expressly regulated by provisions of the Convention, which has opted for a unitary concept of exemptions under Article 79 and has therefore discarded the theory of changed circumstances.⁹⁷

On the other hand, some of the legal doctrines have argued that changed circumstances are matters that are regulated by Article 79 of the Convention. The main arguments are related to the concept of impediment and the reasonable overcoming of its consequences by the affected party. Thus, Lando states that the rule of Article 79 is applicable to both situations of total impossibility and situations where performance has become severely burdensome so that it would be unreasonable to expect performance.⁹⁸ It has been added that the relevant issue is to determine what effort a party can reasonably be expected to make in order to overcome the consequences of the impediment. The conclusion is that Article 79, interpreted in the light of the observance of good faith in international trade, cannot be read as imposing on the affected party an obligation to take on

⁹⁵ D. FLAMBOURAS, ‘Comparative Remarks on CISG Art. 79 & PECL Arts 6:111, 8:108’, <www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp79.html#er>.

⁹⁶ See references in LINDSTRÖM, *supra* n. 5, 14–15. However, see GARRO, ‘Comparison between Provisions of the CISG Regarding Exemption of Liability for Damages (Art. 79) and the Counterpart Provisions of the UNIDROIT Principles (Art. 7.1.7)’, *supra* n. 2, IV.12 arguing that ‘the drafting history of the Convention evidences that the discussions were not sufficiently conclusive on this question’.

⁹⁷ D. TALLON, in *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law* (Milan: Giuffrè, 1987) 572–595, <www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html>. In the same sense, SLATER, *supra* n. 11, 259, states that ‘no remedy based on hardship is available [under CISG] and that the nonperforming party is not excused from performing his or her contractual obligations’.

⁹⁸ O. LANDO, *Udenrigshandelens kontrakter*, 3rd edn (Copenhagen: DJØF Forlag, 1987), 299, cited by LINDSTRÖM, *supra* n. 5, 13.

extraordinary responsibilities in order to perform.⁹⁹ Thus, the ‘limit of sacrifice’ is linked to the reasonability standard.

Thus, Honnold states that the concept of impediment in Article 79 has to be interpreted in the sense that such an impediment must prevent performance, even though that does not mean that such performance has become literally impossible ‘but rather such extreme difficulty in performance as amounts to impossibility from a practical (although not technical) point of view’.¹⁰⁰ Therefore, economic difficulties and dislocations can also be considered as an impediment in the context of Article 79 if they are sufficiently extreme.¹⁰¹ Fletcher, supplementing Honnold’s opinion, argues that however economic difficulties may configure an excuse on the grounds of Article 79, this provision must preclude recourse to domestic rules and national hardship-like doctrines because Article 79 exhaustively regulates the effect of changed circumstances on the parties’ obligations. Accordingly, the system of remedies under Article 79 must prevail over any other alternatives provided by the mentioned doctrines (e.g., the duty to renegotiate or the adaptation of the contract by the court).¹⁰²

The case under analysis is interesting because the decisions of the Court of Appeal and the decision of the Belgian *Hof van Cassatie*, although they result in the same legal outcome (the granting of damages for a breach of the duty to renegotiate in good faith), were based on different conceptual grounds.

As referred to above, in its decision, the Court of Appeal concluded that hardship cases are not provided by the Convention (but are also not rejected) and therefore must be resolved in conformity with the applicable domestic law by virtue of the rules of private international law. In this case, that domestic law was French law, under which, however, *imprévision* is not yet recognized by statute or case law as an excuse for the non-performing party; recent but consistent case law has held that a duty to renegotiate does exist if performance by one party has become excessively onerous, thereby radically changing the original contractual equilibrium.¹⁰³ The main basis of this doctrine has been the duty to perform contracts in good faith established in the last part of Article 1134 of the *Code Civil*.

On the other hand, in its decision, the Belgian *Hof van Cassatie* took a different approach and stated that situations of hardship are provided by Article 79:

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ J.O. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4th edn, edited and updated by H.M. FLETCHER (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009), 628, 432.2.

¹⁰¹ Evidently, also the other conditions in Art. 79 must be fulfilled to grant relief to the breaching party.

¹⁰² FLETCHER, *supra* n. 35, 630-632, 432.2.

¹⁰³ Cass. com., 3 Nov. 1992, ‘*arrêt Huard*’, *D.* 1995, Somm., 85, note D. FERRIER; Cass. com., 24 Nov. 1998, ‘*arrêt Chevassus-Marge*’, *D.* 1999, IR, 9; Cass. civ., 16 Mar. 2004, *D.* 2004 Somm., 1754, note D. MAZEAUD; CA Nancy 2nd Ch. Com., 26 Sep. 2007, *La Semaine Juridique*, No. 20, 14 May 2008, 29.

Changed circumstances that were not reasonably foreseeable at the time of the conclusion of the contract and that are unequivocally of a nature so as to increase the burden of performance of the contract in a disproportionate manner can, under certain circumstances, form an impediment in the sense of this provision of the Convention.

The approach of the Court implies that the notion of an impediment in Article 79 is broad enough to include not only an absolute impossibility of performance but also cases in which the performance has become excessively onerous for one of the parties. Nevertheless, as stated before, the Court further implicitly established that such cases are not accurately regulated by Article 79, and therefore, there is a gap in the Convention that must be filled by the mechanism provided by Article 7.2, which in the view of the Court entails recourse to general principles of international commercial law that are contained in particular in the UNIDROIT Principles.¹⁰⁴ The result is the same as in the Court of Appeal's decision: under those Principles, the party affected by hardship is entitled to request a renegotiation of the contract.

In its decision, the Supreme Court adopted the mentioned view that hardship is governed by Article 79, but the CISG does not regulate in exact terms how cases of changed circumstances have to be decided upon, and therefore, Article 7.2 is applicable. Nevertheless, it is sensible to think that if it is considered that because the concept of an impediment in Article 79 is broad enough to entail also cases of hardship, then that provision must be the rule that is applicable to such cases, together with all the effects and restrictions provided by this article. It seems contradictory to state that hardship can *enter* the Convention by way of its Article 79, but then to state that this matter is not expressly or sufficiently determined by it and therefore that it has to be settled by the gap-filling mechanism in Article 7.2. The Convention and the article itself provide a consistent and coherent system of conditions to be met and remedies to be applied when the exemptions in Articles 79 and 80 (including hardship cases) are applied.

Then, the above-mentioned conditions for the application of the exemptions provided by Article 79 have to be fulfilled to claim relief on grounds of hardship. Evidently, such conditions must to be read so that the alleged circumstances do not render the performance impossible but only extremely onerous or difficult. Particularly with regard to the conditions required for hardship, the decision by the Belgian Supreme Court seems to be the first that accepts an excuse on grounds of hardship based on a price increase concerning the goods that are the object of the

¹⁰⁴ The same approach is supported by GARRO, 'Comparison between Provisions of the CISG Regarding Exemption of Liability for Damages (Art. 79) and the Counterpart Provisions of the UNIDROIT Principles (Art. 7.1.7)', *supra* n. 2, IV.15, who states that 'As to the possible remedies following a finding of hardship, the analysis of this problem should start by acknowledging that this is another "governed-but-not-settled" gap that needs to be filled within the Convention.'

contract, because generally it is stated (both in legal doctrine and case law) that price fluctuations are foreseeable for the parties involved in international trade.¹⁰⁵

With regard to the remedies, Article 79.5 provides that ‘Nothing in this article prevents *either* party from exercising any right other than to claim damages under this Convention’ (emphasis added). Hence, also the party affected by hardship may request the avoidance of the contract and, if it is appropriate for overcoming the hardship, a reduction of the contract price. Both remedies may be used, to a certain extent, as devices to distribute the losses resulting from the disturbing event between the parties and therefore to ‘adapt’ the contract to the changed conditions.¹⁰⁶

It has even been argued that the remedy of a price reduction in Article 50 is a reflection of a general principle of the Convention with regard to an adjustment or an adaptation to the contract in cases where there is a disturbed equilibrium between the counter-performances that can be used ‘as a springboard to develop a general rule of adjustment in hardship cases’.¹⁰⁷ In the same sense, the principle of good faith has been used to establish an obligation to cooperate in the adjustment of the contract and to grant to the court the power to adapt the contract by interpreting the intention of the parties in the light of the aforementioned principle.¹⁰⁸

3.6 *The Duty to Renegotiate under the UNIDROIT Principles*

Since the decision under analysis applied the duty to renegotiate as one of the effects of hardship as provided by the UNIDROIT Principles, a brief examination of such a duty will be made in this section. The Principles expressly and comprehensively regulate hardship in their Articles 6.2.1-6.2.3. The mentioned provisions

¹⁰⁵ For references to case law, see I. SCHWENZER, ‘Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts’, Victoria U. Wellington L. Rev. 39 (2008): 709, adding at 716 that ‘all decisions dealing with hardship under Art. 79 concluded that even a price increase or decrease of more than 100% would not suffice’ (references omitted). As mentioned above, in the case, the price increase amounted to 70%.

¹⁰⁶ In this sense, it has been stated that ‘CISG Article 79(5) may be relied upon to open up the possibility for a court or arbitral tribunal to determine what is owed to each other, thus “adapting” the terms of the contract to the changed circumstances. Other than the payment of damages, a court or arbitral tribunal may order, if justified under the CISG, the termination of the contract as of a certain date. Of course, it is impossible to require specific performance as called by the contract, but a flexible method for the purposes of adjusting the terms of the contract may be obtained by resorting to price reduction under CISG Article 50’. GARRO, ‘Comparison between Provisions of the CISG Regarding Exemption of Liability for Damages (Art. 79) and the Counterpart Provisions of the UNIDROIT Principles (Art. 7.1.7)’, *supra* n. 2, IV.16.

¹⁰⁷ P. SCHLECHTRIEM, excerpt from ‘Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG Scholars Discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hardship, Avoidance, *Nachfrist*, Contract Interpretation, Parol Evidence, Analogical Application, and Much More’, transcribed and edited by H.M. FLECHTNER, <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/workshop-79.html>>. It must be said that the cited author qualifies such statements as speculative.

¹⁰⁸ For references, see KRUISINGA, *supra* n. 4, 150.

regulate the concept, the conditions of application, and the remedies available to the party affected by hardship.

With regard to the remedy applied in the present case, the Principles, following the ideas of several commentators on International Commercial Law who have argued that a duty to renegotiate, in good faith, the terms of a contract when there is a serious disturbance caused by a change of circumstances is a rule of the *lex mercatoria*,¹⁰⁹ have established that the first right (and duty) of the disadvantaged party is to request the other party to enter into renegotiations concerning the original terms of the contract with a view to adapting them to the changed circumstances.

This request must be made as quickly as possible after the time when the hardship is alleged to have occurred¹¹⁰ and it must indicate the grounds on which the request for negotiations are justified. The request for a renegotiation and the conduct of both parties in the process are subject to the general principle of good faith (Article 1.7 UNIDROIT Principles) and to the duty of cooperation (Article 5.3 UNIDROIT Principles).

However, it has been argued that under the UNIDROIT Principles there is no express obligation for the advantaged party to enter into renegotiations, especially if the relevant provision is contrasted with Article 6:111 of the Principles of European Contract Law (PECL), which states that ‘the parties are bound to enter into renegotiations’.¹¹¹ Nevertheless, this argument is not totally convincing, since it is not superfluous that Article 6.2.3 expressly *entitles* the disadvantaged party to request renegotiations. If such a party is so entitled because he has a *right* to do so, consequently the advantaged party has the *duty* to enter into renegotiations. Additionally, the request for renegotiations is included in the provision that deals with the *effects* of hardship. It would be nonsense to expressly grant such a right for the affected party with no counter duty for the advantaged party because obviously both of them may always require a renegotiation of the contract, even if no hardship is present. The official comments in the UNIDROIT Principles confirm

¹⁰⁹ See M. MUSTILL, ‘The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years’, *Arbitration International* (1988): 86 et seq. and A.F. LOWENFELD, ‘Lex Mercatoria: An Arbitrator’s View’, *Arbitration International* (1990): 133 et seq.

¹¹⁰ However, the comments in the UNIDROIT Principles state that the disadvantaged party does not lose its right to request renegotiations simply because it fails to act without undue delay, but the delay may however affect the finding as to whether hardship actually existed.

¹¹¹ E. MCKENDRICK, ‘Section 2: Hardship’, in *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, eds S. VOGENAUER & J. KLEINHEISTERKAMP (Oxford: Oxford University Press, 2009), 722; and *Draft Common Frame of Reference*, V. I, Comments to Art. III. 1:110, 713. Additionally, in the case of the PECL, the obligation to renegotiate is regarded as being independent and with a particular remedy (damages) in case of a breach, that is, the refusal to renegotiate or breaking off negotiations in bad faith. See Principles of European Contract Law, Parts I and II, 326.

this interpretation when it is expressly stated that ‘the disadvantaged party does not lose its *right* to request renegotiations simply because it fails to act without undue delay’. In the same sense, Bonell does not question the existence of a duty to renegotiate as the primary effect of hardship under the UNIDROIT Principles, stating that ‘Article 6.2.3 (“Effects of Hardship”) *grants* that party the right to request the renegotiation of the contract in order to adapt its terms to the changed circumstances.’¹¹² Arbitral decisions of the International Chamber of Commerce (ICC) International Court of Arbitration have also recognized the existence of a duty to renegotiate under Articles 6.2.2 and 6.2.3 of the UNIDROIT Principles.¹¹³

Then, the decision of the Supreme Court correctly supports the idea that under the UNIDROIT Principles a duty to renegotiate the contract arises in cases of a severe disturbance of the contractual equilibrium due to changed and unforeseen circumstances. Furthermore, upon confirming the Court of Appeal’s decision, the Supreme Court also confirmed that an unjustified refusal to renegotiate after a reasonable and serious proposal by the counterparty implies a breach of such a duty and, in general, a breach of the duty to perform the contract in good faith. Finally, but no less important, the remedy available is to grant damages to the requesting party on the basis of the hypothetical (but successful) outcome of the negotiations, even when the determination of such damages has to be based on equity because of the uncertainty of the actual result of the negotiations.

3.7 Final Remarks

The relevance of the case has been mentioned elsewhere in this article. Nonetheless, some final considerations and remarks will be made to stress a number of significant issues and their eventual consequences in similar future cases.

From the facts described in the decision, it seems that the advantaged party (the buyer) consistently rejected the modifying proposals by the affected party (the seller) and insisted on the performance of the contract as originally agreed. That behaviour was considered by the Court as being sufficient to amount to a breach of the duty to renegotiate in good faith. There is no mention in the decision as to whether or not the refusals (or even the proposals) were justified. Unfortunately, no definitive conclusions can be drawn with only the facts that emerge from the decision. In any case, it has to be stressed that for a breach of the duty to

¹¹² M.J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law*, 3rd edn (New York: Transnational Publications, 2005), 118.

¹¹³ 2000 Arbitral Award ICC International Court of Arbitration (No. 10021); and December 2001 Arbitral Award ICC International Court of Arbitration (No. 9994), cited in *The UNIDROIT Principles in Practice*, 2nd edn, ed. M.J. BONELL (Ardsley: Transnational Publishers, 2006), 337, 817, 985. In the latter decision, the Court expressly stated that the duty to renegotiate in cases of changed circumstances ‘is also prevailing in international commercial law (see UNIDROIT Principles Arts 6.2.2 and 6.2.3)’.

renegotiate, behaviour amounting to bad faith by the requested party is necessary, which implies that at least the refusal to renegotiate has to be evidently unjustified and with enough evidence that the disturbing circumstances have actually rendered the performance of the counterparty excessively onerous or difficult. In addition, a further complex question remained unresolved: whether the obligation of the advantaged party is satisfied by simply *entering* into renegotiations in good faith or whether he is also obliged to *accept* a fair and reasonable proposal by the affected party. Some scholars have argued in favour of such a possibility, but the question has remained largely disputed.¹¹⁴

The finding of the court on a breach of the duty to renegotiate in good faith implied that it was not necessary for the court to analyse the possibility of adjusting the contract to the supervening circumstances. Considering the facts of the case, especially that the goods were delivered by the seller, the adequate remedy was the awarding of damages to that party as a consequence of the breach of the mentioned duty. Formally, the contract remained untouched, although the practical outcome of the case was equivalent to a price adaptation. Therefore, both the principle of the sanctity of contracts and certainty were preserved from a formal point of view.

As mentioned before, the court stated that the general principles that govern the law of international trade are incorporated in the UNIDROIT Principles. This can be considered as a new achievement of such Principles in order to accomplish one of its purposes, which is to interpret and supplement international law instruments. The decision is relevant at this point, because it is the first time that a Supreme Court has expressly referred to the UNIDROIT Principles as general principles for gap filling in the context of Article 7.2 of the CISG.¹¹⁵ Conversely, the other relevant restatement of contract law, the PECL, was not mentioned in the decision. This is ironic since the PECL expressly provided the remedy that was applied by the court in the case.¹¹⁶ A number of reasons may explain such an outcome: the PECL are applicable not only to international commercial contracts but also to domestic transactions (including B2C), and formally, they are not universal but only European.¹¹⁷ Then, it is difficult to consider the PECL as a reflection of the general principles of the law of *international trade*, especially in a gap-filling role as required by Article 7.2 of the Convention.

¹¹⁴ See B. OPPETT, 'L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de "hardship"', *J. de Droit Int.* (1974): 794, 807; R.E. SPEIDEL, 'Court-Imposed Price Adjustments under Long-Term Supply Contracts', *Northwestern University Law Review* 76 (1981): 369.

¹¹⁵ A couple of decisions by national lower courts as well as decisions in arbitral proceedings had also referred to the UNIDROIT Principles as general principles on which the CISG is based. See KRUISINGA, *supra* n. 4, 23 and SLATER, *supra* n. 11, 250.

¹¹⁶ See Art. 6:111 PECL.

¹¹⁷ KRUISINGA, *supra* n. 4, 22.

Regardless of the flaws in the decision, the view adopted by the Belgian *Hof van Cassatie* (referring to general principles to fill the gap in the CISG) is preferable to the one adopted by the Court of Appeal (making domestic law applicable). The express purpose, stated in Article 7.1 of the Convention, of promoting uniformity in its application is an issue that is of major relevance and that cannot be omitted by the courts. The great differences between national legal systems with regard to the acceptance, the requirements, and the effects of hardship or a change of circumstances would result in uncertainty for the parties if the courts rely on domestic law to decide a dispute.

Although it can be argued that the hardship rules as contained in the UNIDROIT Principles can be used as a reflection of the general principles on which the CISG is based, that approach has advantages that make it preferable. The Convention suffers from the deficiencies resulting from its own legal nature: being an international convention is the product of necessary and unavoidable compromises and updating it to incorporate new developments is extremely difficult. Then, the only alternative to avoid the danger that the Convention becomes an obsolete and static instrument is through the incorporation of innovative and, at the same time, well-grounded doctrines by legal scholarship and case law. It would be a mistake to interpret literally the words of Article 7.2 (the general principles on which [the Convention] *is based*) in order to restrict its application only to principles that exist at the time of the enactment of the Convention.

Thus, at that time (1980), the doctrine of changed circumstances, even though it had been accepted or applied in a number of legal systems, was not as *expressly* recognized as it is nowadays. For instance, in the Netherlands, it was incorporated in the BW of 1992 (Article 6:258), and in Germany (regardless of its wide acceptance in the case law), the theory of *Wegfall der Geschäftsgrundlage* was only formally included in the BGB reform of 2002 (section 313). Additionally, the reform projects on the law of obligations both in France and Spain expressly include a rule on the subject.¹¹⁸ The same trend has been followed in Latin American jurisdictions: a rule on changed circumstances was included in the Civil Codes of Peru (1984), Paraguay (1987), and Brazil (2003).¹¹⁹ The first edition of the UNIDROIT Principles is from 1994 and Part I of the PECL is from 1995. Most of the contemporary legal doctrine also agreed, in line with the provisions of the UNIDROIT Principles and the PECL, and both with regard to domestic and

¹¹⁸ See, in general, *Reforming the French Law of Obligations, Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-projet Catala')*, ed. J. CARTWRIGHT, S. VOGENAUER & S. WHITTAKER (Oxford and Portland: Hart Publishing, 2009); *Pour une réforme du droit des contrats*, Dir. F. TERRÉ (Paris: Dalloz, 2008). The Spanish reform project is available at <www.mjusticia.es/cs/Satellite?blobcol=urldescarga1&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=SuplementoInformativo&blobwhere=1161679155283&ssbinary=true>.

¹¹⁹ Excessive onerousness was already regulated in the Civil Code of Argentina in 1968. The same applies to Italy (*Codice Civile* of 1942).

international transactions, a relevant change of circumstances has the following effects: the duty to renegotiate in good faith and if the renegotiations fail, there is the right for either party to resort to the courts to request an adaptation of the contract to the new circumstances, thereby granting the courts wide powers to either modify the contract or to terminate it, whichever is the more suitable in the specific case. Then, the decision is also significant because it expressly recognizes the existence of a duty to renegotiate an international sales contract affected by hardship. In this respect, the most relevant divergence from that trend is the Draft Common Frame of Reference (DCFR), which expressly rejects the fact that a duty to renegotiate arises in cases of a change of circumstances.¹²⁰

Finally, the only thing that seems clear is that the subject of a change of circumstances in the CISG remains unsettled both in legal doctrine and in case law.¹²¹ This fact demonstrates that the option of the drafters to exclude the regulation of the subject from the CISG was not the best, because too much room has been left for diverging interpretations. It is not realistic to assume that the parties themselves will always provide for solutions in their agreements. On the contrary, a number of factors may prevent the inclusion of express clauses in this respect, for example, because the parties are not always sufficiently sophisticated or there is not enough time to settle the deal in all its details. Besides, situations of hardship have a great potential to arise in international commercial transactions as well as in long-term contracts. The author thinks that an express and clear legal provision regulating the concept, the requirements, and the effects of a change in circumstances is always the best option to solve more of the problems and discussions on the subject. As Windscheid stated more than 100 years ago in relation to the rejection of the *clausula rebus sic stantibus* doctrine: ‘Thrown out by the door, it will always re-enter through the window’.¹²²

¹²⁰ However, if the debtor wants to rely on the remedies provided by the relevant article, he must first attempt, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the obligation (Art. III.-1:110(3)(d)). The refusal of the creditor to renegotiate in bad faith does not in itself give rise to a liability to pay damages but may prevent him from exercising or relying on a right, remedy, or defence (Art. III.-1:103(3)). In practice, the result may be similar to the provisions of the UNIDROIT Principles and the PECL; however, the latter expressly consider the obligation to renegotiate as independent, and therefore, its breach is sanctioned with damages (Art. 6:111, last paragraph).

¹²¹ Cf. LINDSTROM, *supra* n. 5, 22, stating that ‘“Article 79 is a chameleon-like example of superficial harmony” and that it is possible to interpret the article so that it suits the interpreters’ background the best’ (references omitted); and TALLON, *supra* n. 32, ‘the general wording of Article 79 leaves much room for judicial interpretation’. In the same sense, HONNOLD, *supra* n. 35, 627, 432.1 states that ‘Article 79 may be the Convention’s less successful part of the half-century of work towards international uniformity.’

¹²² B. WINDSCHEID, ‘Die Voraussetzungs’, *Archiv für die civilistische Praxis* 78 (1892): 197, cited by R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford: Oxford University Press, 1996), 581.

4. Perspectives françaises et comparées en matière d'imprévision, (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation belge du 19 juin 2009) - French Case Note (by Rémi Cabrillac)

La Cour de cassation belge a rendu le 19 juin 2009 un arrêt concernant la question de l'imprévision dans le cadre de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises qui pourrait avoir un retentissement au delà de son strict domaine d'application.

Un vendeur français de tuyaux en acier qui a conclu avec une société néerlandaise un certain nombre de contrats de vente sans prévoir de clauses d'adaptation réclamait la révision du prix prévu dans ces contrats, arguant que la valeur de l'acier aurait augmentée d'une manière imprévisible de 70%.

La Convention de Vienne ne prévoyant pas de disposition spécifique consacrée à la révision d'un contrat déséquilibré par un bouleversement des circonstances économiques, on aurait pu songer à recourir à l'article 79 excluant la responsabilité du débiteur qui n'exécute pas sa prestation en cas de survenance d'un événement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'il le prévienne ou le surmonte ou qu'il en prévienne ou surmonte les conséquences.

En première instance,¹²³ le tribunal de commerce de Tongeren a estimé que cet article 79 n'est pas applicable à la survenance d'évènements imprévisibles déséquilibrant un contrat, qui doit dès lors être supporté par les parties.

La cour d'appel d'Anvers dans un arrêt du 15 février 2007 a considéré qu'à défaut d'une disposition spécifique de la Convention de Vienne ou d'un principe général, les lacunes de la Convention doivent être comblées par le droit national applicable au contrat (art. 7 al. 2 de la Convention). Selon la cour d'Anvers, le droit français applicable en l'espèce, s'il ignore la théorie de l'imprévision en tant que source de droit autonome, autoriserait qu'il soit fait appel à la bonne foi pour obliger une partie à renégocier un contrat devenu déséquilibré.

La Cour de cassation belge, dans sa décision du 19 juin 2009, n'a pas retenu le recours au droit national applicable, mais a précisé qu'« afin de compléter les lacunes de manière uniforme, il y a lieu de puiser dans les principes généraux régissant le droit du commerce international », ajoutant qu'« en vertu de ces principes, tels que consacrés notamment par « Unidroit Principles of International Commercial Contracts », la partie contractante qui fait appel aux circonstances modifiées perturbant fondamentalement l'équilibre contractuel...a le droit de réclamer la renégociation du contrat ».

L'arrêt de la Cour de cassation belge devrait d'abord avoir un grand retentissement dans le cadre de l'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. Face à l'absence de disposition spécifique sur l'imprévision, les auteurs sont partagés entre respect de la force obligatoire dès lors que les conditions de l'application de l'article 79 ne sont pas remplies et

¹²³ Sur les étapes de la procédure devant les juges du fond, cf. les obs. de C. Witz, *D.* 2010.932.

exécution de bonne foi qui imposerait une obligation de renégociation. L'arrêt du 19 juin 2009 consacre donc cette seconde interprétation. Nous ne reviendrons pas sur la portée de cet arrêt dans le cadre de l'application de la Convention de Vienne, magistralement analysée par ailleurs.¹²⁴

L'arrêt de la Cour de cassation belge pourrait avoir ensuite un grand retentissement sur le droit interne belge. La jurisprudence belge a eu récemment l'occasion de rejeter la théorie de l'imprévision dans des termes explicites: « la règle de l'exécution de bonne foi n'implique pas que si des circonstances nouvelles et non prévues par les parties rendent l'exécution du contrat plus difficile pour le débiteur, le créancier ne puisse demander le paiement de sa créance ». ¹²⁵ Certes, en toute rigueur, une règle dégagée sous l'empire de la Convention de Vienne n'a pas vocation à concerner le droit interne de la vente ou la théorie générale du contrat. Mais les exemples abondent de solutions dégagées pour l'application d'un texte international influençant le droit commun: nombre d'évolutions récentes du droit français des contrats trouvent leur source dans des décisions rendues en application de la Convention de Vienne.¹²⁶

L'arrêt de la Cour de cassation belge pourrait avoir enfin un retentissement sur le droit français. Droit belge et droit français reposent sur le même corpus que constitue le Code Napoléon et la doctrine et la jurisprudence belge ont influencé bon nombre d'évolutions françaises.¹²⁷ Aussi bornerons nous notre commentaire à analyser cet arrêt au regard du droit français, en examinant pour cela le droit positif (I) avant d'envisager ses perspectives d'évolution dans une approche européenne et comparée (II).

4.1 Le Droit Positif Français

Des brèches récentes (1.2) ont été ouvertes dans les solutions traditionnelles (1.1).

4.1.1 Les Solutions Traditionnelles

Le droit français est caractérisé par une dualité de juridictions, entre juridictions administratives et juridictions judiciaires.

Les juridictions administratives ont admis l'imprévision dans l'arrêt *Gaz de Bordeaux*: le Conseil d'Etat, constatant qu'une hausse imprévisible du charbon avait bouleversé l'économie d'un contrat de concession, a reconnu au concessionnaire qui

¹²⁴ C. WITZ, obs. cit.

¹²⁵ Cass. belge 14 avril 1994, *Pas.*, I, 365. Ad. P. VAN OMMESLAGHE, « La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in *Le contrat au début du XX^{ème} siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 888 s.

¹²⁶ Cf. R. CABRILLAC, « L'influence de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises sur le droit interne français », *Bulletin du séminaire des Facultés de droit d'Heidelberg et Montpellier*, 1993, 267 s.

¹²⁷ Pour se limiter à un seul exemple, l'admission par la jurisprudence française de la résiliation unilatérale doit beaucoup aux travaux de S. Stinjs, « La résolution pour inexécution des contrats synallagmatiques » in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, éd. du jeune barreau, 2000, p. 375 s.

continue à exécuter le contrat un droit à indemnité.¹²⁸ Cette décision se fonde essentiellement sur la nécessité d'assurer la continuité du service public, qui est inopérante pour les contrats de droit privé. Mais le Conseil d'Etat a infléchi plus récemment sa position, considérant que le concessionnaire peut, alors même que la concession a pris fin, faire jouer la théorie de l'imprévision comme élément de règlement de la situation définitive: l'admission de la théorie de l'imprévision ne semble plus reposer sur la seule idée de continuité du service public mais également sur le droit du contractant à un équilibre financier.¹²⁹

La Cour de cassation a au contraire, rejeté l'imprévision dans une affaire célèbre, l'affaire *Canal de Craponne*. Deux conventions ayant pour objet la fourniture d'eau destinée à alimenter des canaux d'irrigation avaient été passées en 1560 et 1567. Au cours du XIX^{ème} siècle, se prévalant de la dépréciation monétaire et de l'augmentation du coût de la main d'oeuvre, l'entreprise exploitant le canal demanda une augmentation de la redevance.

La Cour de cassation censura les juges du fond d'avoir accueilli la demande: « dans aucun cas il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants ».¹³⁰

L'arrêt se retranche derrière le visa de l'article 1134 du Code civil aux termes duquel « Les conventions légalement formées tiennent de loi à ceux qui les ont faites », posant le principe de force obligatoire. Mais ce principe pourrait également justifier une solution inverse: ce qui doit avoir force obligatoire, c'est le contrat voulu par les parties. Or, si les parties avaient prévu ce changement de circonstances économiques, il est probable qu'elles n'auraient pas conclu le contrat ou l'auraient conclu à des conditions différentes: appliquer le contrat tel qu'il avait été conclu à l'origine ne respecterait pas la volonté des parties.

Au delà de cet argument de texte contestable, les juges ont d'abord voulu éviter qu'un contractant de mauvaise foi puisse demander la révision d'un contrat dès que celui-ci paraît moins intéressant pour lui. Ils ont également craint que la révision n'appelle la révision: le contractant qui voit sa dette augmentée à la suite de la révision risque de demander une révision à son profit dans les contrats où il est lui-même créancier d'une obligation de somme d'argent.

La Cour de cassation a depuis régulièrement réaffirmé sa position.¹³¹

¹²⁸ CE 30 mars 1916, *D.* 1916, 3, 25, S. 1916, 3, 17.

¹²⁹ CE 12 mars 1976, *AJDA* 1976, 528 et 552.

¹³⁰ Civ., 6 mars 1876, *D.* 1876, 1, 193, note Giboulot, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, par F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, Dalloz, 12^{ème} éd., 2008, n° 165.

¹³¹ Cf. par exemple récemment Civ., 3^e, 18 mars 2009, *RTDCiv.* 2009.235, obs. B. FAGES, *D.* 2010.235, obs. B. FAUVARQUE-COSSON (le preneur, en complément d'un faible loyer, s'était engagé à veiller sur le bailleur âgé et dépendant. Après le décès de ce dernier, les héritiers du preneur ne peuvent demander une augmentation de loyer).

Ces solutions peuvent se révéler fâcheuses alors que les contrats de longue durée se multiplient et que les circonstances économiques dans lesquelles s'inscrivent ces contrats sont de plus en plus instables. Ainsi s'expliquent les brèches ouvertes récemment par la jurisprudence.

4.1.2 Les Brèches Récentes

Sous l'influence d'un courant solidariste considérant le contrat non comme l'opposition de deux intérêts égoïstes mais la collaboration entre partenaires pour sa meilleure exécution possible,¹³² la jurisprudence française a adopté depuis quelques années des solutions semblant ouvrir une brèche dans la jurisprudence *Canal de Craponne*.

La Cour de cassation a ainsi condamné un contractant à payer des dommages et intérêts à son partenaire auquel il avait refusé la révision d'un contrat le conduisant à la ruine.¹³³ Il est vrai que l'arrêt ne reconnaît pas expressément au juge un pouvoir de révision, se bornant sur la base du principe d'exécution de bonne foi des conventions inscrit dans l'article 1134 alinéa 3 du Code civil à sanctionner une faute contractuelle.

Dans une autre décision,¹³⁴ la Cour de cassation a semblé à certains auteurs suggérer que l'obligation de loyauté et d'exécution de bonne foi entraînait un devoir de renégocier une convention déséquilibré par une modification imprévue des circonstances économiques, la Cour ayant rejeté le pourvoi contre la décision des juges du fond au motif que le déséquilibre existait dès la naissance du contrat.¹³⁵ Mais cette interprétation a été rejetée par les magistrats de la Cour de cassation,¹³⁶ engendrant une vive querelle doctrinale.¹³⁷

Dans un arrêt très récent dont il est difficile encore d'apprécier la portée, la chambre commerciale de la Cour de cassation a censuré une cour d'appel qui avait

¹³² Pour une présentation synthétique de ce courant, cf. par exemple P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 4^{ème} éd., 2009, n° 751.

¹³³ Com. 3 nov. 1992 (arrêt Huard), *Bull civ.*, IV, n° 338; JCP 1993.II.22164, note G. VIRASSAMY, *RTDciv.* 1993.124, obs. J. MESTRE (exploitant d'une station service qui ne pouvait plus être compétitif du fait des prix du carburant imposés par son fournisseur exclusif). Dans le même sens, Com. 26 oct. 1999, *D.* 2000.224, note L. AYNÈS, *JCP* 2000.II.10230, note J. CASEY; Nancy, 26 sept. 2007, *D.* 2008.1120, obs. B. FAUVARQUE-COSSON et S. AMRANI-MEKKI, *RTDciv.* 2008.295, obs. B. Fages qui ajoute qu'en cas d'échec des négociations, la cour serait en mesure « d'apprécier la responsabilité des parties dans le rejet des propositions adverses et de sanctionner un abus éventuel par le versement de dommages et intérêts ». Ad. O. CACHARD, « L'ombre de la révision judiciaire du contrat », *RLDC* 2008 n° 49.

¹³⁴ *Civ.*, 1^{re}, 16 mars 2004, *D.* 2004.1754, note D. MAZEAUD, *RTDciv.* 2004.290, obs. J. MESTRE, *JCP* 2004.I.173, obs. J. GHESTIN.

¹³⁵ D. MAZEAUD, note citée.

¹³⁶ RENAUD-PAYEN, *JCP E* 2004, 737.

¹³⁷ J. GHESTIN, « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2004.2239. Ad. A. BENABENT, « Dalloz ou Dallas », *D.* 2005.852.

condamné en référé un contractant à exécuter une de ses obligations « sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du coût des matières premières... n'avait eu pour effet de déséquilibrer l'économie du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature en décembre 1998 et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit ». ¹³⁸ La généralité comme l'élégance de la formule pourrait indiquer un arrêt de principe ouvrant la voie à l'abandon de la jurisprudence Canal de Craponne. ¹³⁹ Mais la non publication de cet arrêt rendu en formation restreinte, tranchant une question de procédure civile concernant la compétence du juge des référés incite à plus de prudence. ¹⁴⁰

La rigueur des solutions traditionnelles françaises peut-elle résister à ces brèches?

4.2 Perspectives D'évolution Française dans une Approche Européenne et Comparée

On peut observer d'une manière préliminaire que le droit français n'est pas le seul à rejeter l'imprévision. La rigueur des solutions françaises est partagée par certains droits étrangers. Le droit québécois a refusé de consacrer l'imprévision dans le nouveau Code civil de 1994. ¹⁴¹ En Europe, le droit anglais par exemple, rejette l'imprévision, comme en témoigne le *leading case* rendu par la *House of Lords* en 1956, *Davis Contractors Ltd v. Fareham UDC*. En 1946 un contrat est conclu entre Davis Contractors et le Fareham Urban District Council dont l'objet est la construction de 78 maisons pour un montant de £ 92 000. Le contrat stipule que le travail devait être effectué dans un délai de six mois. A la suite d'une pénurie de main d'œuvre, la réalisation de l'ouvrage nécessite vingt deux mois, d'où un coût supplémentaire de £ 17 651. Les adjudicataires réclamaient un ajustement du prix, ce que refuse la *House of Lords*. La simple augmentation du coût ne donne pas naissance à une situation fondamentalement différente, qui seule caractérise une *frustration* libérant le débiteur. ¹⁴² Le droit anglais reste fidèle à l'intangibilité du contrat. ¹⁴³

Pourtant l'instabilité économique mondiale ¹⁴⁴ milite pour davantage de souplesse et de nombreux droits admettent déjà depuis longtemps la révision pour imprévision ou l'ont récemment admise. ¹⁴⁵

¹³⁸ Com. 29 juin 2010, *D.* 2010, 2481, note D. MAZEAUD, 2485, note T. GÉNICON.

¹³⁹ En ce sens, D. MAZEAUD, note citée.

¹⁴⁰ En ce sens, T. GÉNICON, note citée.

¹⁴¹ Cf. par exemple, D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, Thémis, n° 2230 s.

¹⁴² A.C. 696; (1956) 3 W.L.R. 37.

¹⁴³ Y.-M. LAITHIER, « L'incidence de la crise économique sur le contrat dans les droits de Common law », *RDC* 2010/1 p. 52 et s. et les décisions récentes citées.

¹⁴⁴ Cf. *Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique*, *RDC* 2010/1, p. 379 et s. et les différentes contributions.

¹⁴⁵ Pour une présentation générale sous l'angle comparatiste, cf. K. ZWEIFERT et H. KÖTZ, *An introduction to comparative law*, Oxford, third ed., 1998, p. 518 s.

Ainsi, en droit allemand, la jurisprudence a consacré cette révision sur le fondement du paragraphe 242 du BGB qui dispose que « Le débiteur a l'obligation de fournir la prestation comme l'exige la bonne foi compte tenu des usages ». La théorie de l'imprévision est admise si le contrat tel qu'il pourrait être exécuté à la suite du changement de circonstances n'est plus le même que celui qui a été conclu par les parties: c'est la théorie de la disparition du fondement contractuel.¹⁴⁶ Ces solutions ont été inscrites dans le paragraphe 313 du BGB par loi de modernisation du droit des obligations du 26 novembre 2001.¹⁴⁷ Le NBW de 1992 a également consacré la révision pour imprévision en des termes voisins dans l'article 256 du livre 6 (art. 6:256). Plusieurs recodifications civiles récentes consacrent l'imprévision, en Europe, comme le Code civil portugais de 1967 (art. 437), ou dans le reste du monde, comme le Code civil de la Fédération de Russie de 1991 (art. 451)¹⁴⁸ ou le Code civil brésilien de 2002 (art. 478 à 480).¹⁴⁹ D'autres droits ont préféré inscrire l'imprévision dans le Code de commerce, comme le droit colombien (art. 868 du Code de commerce de 1972).¹⁵⁰

Les divers projets européens admettent également l'imprévision. Le projet Gandolfi de *Code européen des contrats* la consacre au sein d'une section consacrée aux remèdes à l'exécution (art. 157). Les *Principes du droit européen des contrats* adoptent une solution voisine dans un article 6:111, « Changement de circonstances ». Le projet Lando ayant constitué la matrice des deux projets de cadre commun de référence, on ne s'étonnera pas qu'ils contiennent des dispositions très voisines, qu'il s'agisse du projet présenté par l'Association Henri Capitant¹⁵¹ ou celui rassemblant les travaux du *Study Group for an European Civil Code* et de l'*Acquis Group*.¹⁵²

Force est donc de constater que la position française se retrouve relativement isolée en Europe.¹⁵³

En droit interne français, un premier projet de révision du droit des obligations initié et conduit par le professeur Pierre Catala sous l'égide de l'Association Henri Capitant a été officiellement remis aux pouvoirs publics en septembre

¹⁴⁶ Cf. P. ANCEL et R. WINTENGEN, 'La théorie du « fondement contractuel » et son intérêt pour le droit français', *RDC* 2006/3, 897 s.

¹⁴⁷ *Code civil allemand*, éd. Juriscope, 2010.

¹⁴⁸ *Code civil de la Fédération de Russie*, éd. Juriscope, 2005.

¹⁴⁹ *Code civil brésilien*, éd. bilingue, Soc. Lég. Comp., dir. A. Wald, 2007.

¹⁵⁰ Cf. F. MANTILLA-ESPINOSA, « La révision judiciaire du contrat: le cas colombien », *RDC* 2010/3, p. 1047 s.

¹⁵¹ Cf. l'art. 7:102 présenté in *Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs*, Soc. Lég. Comp. 2008, vol. 7, p. 536.

¹⁵² *Principles, definitions and model rules of European private law, Draft common frame of reference* (Sellier, 2008): art. III-1:110 « Modification ou fin décidée par le tribunal en raison d'un changement de circonstances ».

¹⁵³ R. DAVID, « L'imprévision dans les droits européens », *Mélanges Jauffret*, PU Aix-Marseille, 1974, p. 211 s.

2005.¹⁵⁴ Un second projet, limité au droit des contrats, a été préparé par la Chancellerie, tantôt reprenant les propositions du projet Catala, tantôt s'alignant sur les projets européens. La première version diffusée en août 2008 a été améliorée dans une seconde, diffusée en février 2009. Enfin, un troisième projet, également limité au droit des contrats, a été préparé dans le cadre de l'Académie des sciences morales et politiques, sous la direction du professeur François Terré, et diffusé au début de l'année 2009.¹⁵⁵

Ces trois projets français envisagent, quoique de manière différente, de consacrer l'imprévision. Leurs solutions seront présentées en perspectives avec d'autres droits européens et avec le projet Lando.

Ces textes imposent aux parties de renégocier le contrat, obligation dont il faut préciser le contenu (1.1) et la sanction (1.2).

4.2.1 *Le Contenu de L'obligation de Renégocier*

Dans l'hypothèse où un contrat est devenu déséquilibré suite à un bouleversement des circonstances économiques, les projets imposent aux parties une obligation de renégocier dont les conditions comme les modalités varient.

Certains textes présentent la révision comme une dérogation, rappelant que le principe est la force obligatoire du contrat, même si l'exécution est devenue plus onéreuse (art. 92 al. 1 du projet Terré, en harmonie avec l'article 6:111 (1) du projet Lando).

Au delà, on retrouve dans la plupart des textes l'exigence de la réunion de deux éléments pour que le juge puisse intervenir. Le premier est un changement des circonstances qui doit être imprévisible ou qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont une partie n'avait pas accepté le risque (art. 92 al. 2 du projet Terré; art. 136 al. 1 du projet de la Chancellerie). Le second réside dans un déséquilibre contractuel résultant de ce changement de circonstances: la formule retenue est souvent une exécution devenue « excessivement onéreuse » (art. 136 al. 1 du projet de la Chancellerie; art. 92 al. 2 du projet de la Chancellerie), formule déjà présente dans d'autres droits comme par exemple le droit italien (art. 1467 C.civ. italien).

Le projet Catala retient une approche différente, il se borne à une référence aux « circonstances », exigeant que celles-ci aient entraîné une perturbation de l'équilibre initial au point qu'une partie perde son « intérêt dans le contrat » (art. 1135-1 C.civ.).

Les modalités de cette obligation de renégociation du contrat sont appréhendées de manière sensiblement voisine. Cette renégociation doit être menée de

¹⁵⁴ *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (dir. P. Catala), La documentation française, 2005. La traduction du projet en plusieurs langues est disponible sur le site <www.justice.gouv.fr>. Ad.: *Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, dir. J. CARTWRIGHT, S. VOGENHAUER et s. WHITTAKER, Soc. Lég. Comp. 2010, vol. 9.

¹⁵⁵ *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009.

bonne foi,¹⁵⁶ mais seul le projet Catala envisage expressément cette exigence (art. 1135-3 al. du projet Catala). La renégociation ne doit pas être conduite avec l'intention de ne pas aboutir. Elle doit s'inscrire dans un délai raisonnable (cf. projet Terré art. 92 al. 3). Les parties doivent en principe continuer à exécuter le contrat pendant les négociations.

A l'issue de ces négociations, si les parties se mettent d'accord pour résilier le contrat ou le poursuivre à des conditions nouvelles, cet accord s'impose à elles. A défaut d'accord, il convient alors de s'interroger sur la sanction du non respect de cette obligation.

4.2.2 *La Sanction de L'obligation de Renégocier*

Une première possibilité est de permettre à chaque partie de résilier le contrat, sans dommage et intérêts, possibilité qui sera en pratique utilisée par la partie victime du déséquilibre. C'est la solution retenue par le projet Catala (art. 1135-3 al. 2).

On peut donc constater que le projet Catala traduit une évolution importante par rapport à notre droit positif tout en restant fidèle à la traditionnelle méfiance du droit français vis à vis du juge, lui refusant le pouvoir de s'immiscer directement dans le contrat qui doit rester la chose des parties.

Le projet Terré comme le projet de la Chancellerie vont au delà, accordant au juge ce pouvoir en cas d'échec de la renégociation, en accord avec le projet Lando.

Le juge a une option entre résilier le contrat en accordant éventuellement des dommages et intérêts ou adapter le contrat. Le projet Terré, en harmonie avec le projet Lando (art. 6:111 (3)), place les deux branches de cette option sur un pied d'égalité (art. 92 al. 3). Le projet de la Chancellerie subordonne le principe d'une adaptation à l'accord des parties (art. 136 al. 2).

Les pouvoirs reconnus au juge en cas d'adaptation sont également appréciés différemment. Le projet de la Chancellerie laisse une totale liberté d'appréciation au juge. La lecture de l'article 136 alinéa 2 semble n'exiger, comme nous venons de l'indiquer, qu'un accord préalable des parties sur le principe de l'adaptation, sans qu'elles aient à se prononcer sur les modalités de cette adaptation.

Le projet Terré précise que le juge peut adapter le contrat « en considération des attentes légitimes des parties » (art. 92 al. 3). Cette consécration de la théorie des attentes légitimes¹⁵⁷ va permettre une adaptation subjective: le juge va s'efforcer d'apprécier ce qu'auraient voulu les parties si elles avaient eu connaissance du bouleversement des circonstances et ce que chacune pourrait légitimement attendre comme nouvel équilibre contractuel. Cette appréciation, conforme au rôle reconnu à la volonté individuelle en droit français, présente l'inconvénient d'une certaine difficulté pour le juge à supputer ce qu'aurait pu ou ce que pourrait être la volonté des parties. On peut observer que le projet Lando énonce que l'adaptation

¹⁵⁶ Cf., en présence d'une clause de renégociation, Com. 3 oct. 2006, *D.* 2007.765, note D. MAZEAUD.

¹⁵⁷ Pour une présentation synthétique de cette théorie, Cf. R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2010, n° 27.

intervient « de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances » (art. 6:111 (3), b. Cette référence à l'équité pourrait permettre une adaptation judiciaire plus objective, mais qui risquerait de s'éloigner des prévisions des parties.

En conclusion, on peut relever que l'arrêt de la Cour de cassation belge en date du 19 juin 2009 apporte un nouvel argument à une doctrine française aujourd'hui majoritairement favorable à inscrire l'imprévision dans la théorie générale du contrat. Si les trois projets concordent sur ce point, le projet Catala semble le plus fidèle à l'esprit du droit des français qui cantonne le juge à un rôle de gardien du respect du contrat sans lui permettre de reconstruire ce que les parties ont stipulé.

La rigidité actuelle de la position jurisprudentielle française doit inciter les contractants à adopter une clause de révision du contrat,¹⁵⁸ comme une clause de *hardship* ou une clause d'indexation. Le droit français s'est récemment inspiré de la pratique anglo-saxonne pour importer la clause de *benchmarking*, qui permet aux parties de s'assurer qu'elles bénéficieront des meilleures conditions tout au long de l'exécution du contrat,¹⁵⁹ ou la *MAC* clause (*material adverse change*), qui permet à un contractant de se dégager d'une opération contractuelle en cas d'évènement défavorable affectant la rentabilité de cette opération survenant entre sa conclusion (*signing*) et sa réalisation (*closing*).¹⁶⁰ Le plus souvent, le régime de ces clauses est abandonné à la liberté contractuelle,¹⁶¹ offrant une large palette de combinaisons à l'imagination des rédacteurs de contrats. Ainsi s'explique la formule de l'article 1135-1 du projet Catala qui invite les parties à prévoir ce genre de clause et qui pourrait paraître superfétatoire au regard de la liberté contractuelle.

Comme l'observait Giraudoux dans *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, « Le droit est la plus puissante école de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité »¹⁶²...

5. *Hardship in Spanish Law: Past, Present and Future – Reflexions on a Belgian Supreme Civil Court Decision* (by Lis Paula San Miguel Pradera)

5.1 *Overview: the Case in Question and the Approach under the Spanish Civil Code*

Essentially, the parties had entered into a series of international contracts of sale involving the supply of steel materials for the manufacture of scaffolding equipment. Under the contracts, the selling party was bound, in a number of cases, to

¹⁵⁸ Cf. Y. LEQUETTE, « De l'efficacité des clauses de *hardship* », in *Liber amicorum C. Larroumet*, Economica, 2010, 267 s.

¹⁵⁹ L. SZUSKIN et J.-L. JUHAN, « La clause dite de *benchmarking* dans les contrats de prestation de services ou comment rendre un contrat compétitif? », *RLDC* déc. 2004, n° 11, p. 5 s.

¹⁶⁰ A.-C. PÉLISSIER, « La *MAC* clause », *RLDC* avr. 2006, n° 26, p. 5 s.

¹⁶¹ Comp. Paris, 24 mai 2005, cité par A.-C. PÉLISSIER, art. cit., qui refuse d'appliquer une *MAC* clause en faisant valoir que le demandeur avait disposé de toutes les informations utiles pour prévoir l'évolution de la dette de la société achetée.

¹⁶² Propos mis par l'auteur dans la bouche d'Hector, acte II, scène 5.

supply the steel goods referred to. Once the contracts had been concluded, the price of the steel used in manufacturing the goods to be supplied increased by 70%. This increase had not been provided for at the time of concluding the contracts, and the latter contained no price revision clause.

In view of this situation, the selling party contacted the buying company, informing the latter of the sudden increase in the price of steel and proposing a revision of the agreed prices for the items still to be supplied. The parties met but failed to reach an agreement. The buyer refused the proposal by the seller to increase the agreed price by 47.99%.

The buyer sued the seller and demanded performance of the contract. The seller entered a defence that alleged that performance of the contract would be much more costly for them as a result of the intervening unforeseeable change in circumstances, and that it was necessary to revise the terms of the contract.

What would be the solution to this dispute under Spanish law? The answer is not easy. The reason is obvious – the Spanish Civil Code (CC) of 1889, as did the other Codes of its time (in particular, its French and German equivalents), did not provide for the possibility that the *pacta sunt servanda* principle, which is the very essence of the contract as a concept, could be disapplied under certain exceptional circumstances. Therefore, a quick prima facie answer would appear to be that in a situation such as that described above, in which there is an intervening change of circumstances, which makes the performance of the contract in the agreed terms too onerous for one of the parties, the *pacta sunt servanda* principle would continue to apply.

However, the courts, especially after the Spanish civil war (1936–1939), have become increasingly conscious of the fact that, in certain cases where intervening circumstances occur, the question arises whether it is fair that the contract should remain on its original terms.¹⁶³ Thus, since the middle of the twentieth century, both the Spanish courts and the nation's leading authors have used a mechanism that circumvents the *pacta sunt servanda* principle by using the so-called *rebus sic stantibus* clause.¹⁶⁴ At the same time, other European legal systems closely related to that of Spain, which had not contemplated an exception in law to the *pacta sunt servanda* principle, have adopted similar solutions by resorting to different mechanisms. Thus, in France, the administrative courts apply the *théorie de l'imprévision*, whereas the German courts, prior to the 2002 reforms, solved the problem by applying the bona fide principle under Article 242 of their Civil Code (BGB).¹⁶⁵

¹⁶³ For an exception to this trend, see M.A. EGUSQUIZA BALMASEDA, 'Ley 493', in *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, ed. E. RUBIO TORRANO (Cizur Menor-Navarra: Editorial Aranzadi, 2002), 1664–1673.

¹⁶⁴ This stems from the canon law. See R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford: Oxford University Press, 1996), 579–582 and F. DE CASTRO, *El negocio jurídico* (Madrid: Civitas, 1985), s. 379.

¹⁶⁵ For more comparative law on this subject, see K. ZWIEGERT & H. KÖTZ, *An Introduction to comparative Law*, 3rd edn (Oxford: Clarendon 1998), 518–527.

5.2 *The Doctrine of the Rebus sic Stantibus as Applied by the Civil Division of the Spanish Supreme Court*

The contribution made by the courts has been essential in shaping and applying the *rebus sic stantibus* doctrine. The decisions of the Spanish Supreme Court (*Tribunal Supremo*) have laid down the criteria required for being able to rely on this theory in Spanish law. Thus, the Supreme Court decision (STS) of 17/5/1957¹⁶⁶ was the first judgment to list the elements required for the application of the *rebus sic stantibus* theory.¹⁶⁷ The same principles have been used in more recent court decisions.¹⁶⁸ They are:

- (a) It is a requirement that, at the time when the contract needs to be performed, there has occurred an extraordinary change in circumstances, as compared to those that applied at the time when the parties entered into the contract.
- (b) There must be such a serious disproportion, beyond any foreseeable calculation, between the obligations of the parties that it makes the contract unviable because the balance of performance between the parties has been destroyed.
- (c) Both these requirements must have occurred as a result of entirely unforeseeable intervening circumstances.

These highly stringent requirements are probably inspired by the consideration that the Tribunal Supremo does not recognize the *rebus sic stantibus* clause as a legally acceptable device and that, although it has been held admissible and applied by the courts for reasons of fairness, it should only be used in extremely exceptional circumstances.

Where the elements specified above are present simultaneously, it is, according to the case law of the Supreme Court, necessary for the party that has been disadvantaged by the change in circumstances to apply to the court for a decision on the fate of the contract. In other words, the contracting party adversely affected by the change in circumstances may not unilaterally decide what will be the implications of such a change for the contract in question. As far as the court's decision is concerned, there has been a lively debate as to whether the intervening change of circumstances should lead to termination of the contract (*resolución*) rather than to its revision and, where appropriate, amendment. The Supreme Court regards the revision and amendment of the contract as a more satisfactory remedy than termination, since it is at all times preferable to retain the contract wherever possible.¹⁶⁹

¹⁶⁶ STS of 17/5/1957 (RAJ 1957/2164).

¹⁶⁷ L. Díez-Picazo, 'La cláusula rebus sic stantibus', in *Extinción de las obligaciones*, ed. J.R. Ferrandiz (Cuadernos de Derecho Judicial, XXVI, 1996), 675.

¹⁶⁸ For example, in the STS of 25/1/2007 (RAJ 207/592).

¹⁶⁹ Thus, for example, the STS of 6/11/1992 (RAJ 1992/9226) and the judgments quoted in it. Furthermore, this is one of the few judgments in which the Spanish Supreme Court considers

In reality, however, the Supreme Court has been extremely reluctant to apply the *rebus sic stantibus* theory in the disputes submitted to it.¹⁷⁰ In fact, the Court has described it as an ‘extra-legal’ and ‘dangerous’ remedy which can only be accepted in highly exceptional circumstances and with extreme care. Recently, the author Salvador Coderch, having studied the Spanish relevant court decisions, has offered two explanations as to why the Spanish courts have been reluctant to apply the *rebus sic stantibus* theory. In the first instance, there is the excessive stringency applied by the courts when deciding whether it is applicable – a factor that can be explained by the context in which it first arose. The period in which the courts started to apply this theory was that which followed the Spanish civil war (1936–1939). The idea was to correct, in exceptional circumstances, certain anomalies that the special legislation adopted after the civil war ended had failed to take into consideration. This may have contributed towards the mindset that this theory was indeed very much an exception, which resulted from the aftermath of the civil war, and that the manner in which it was applied became fossilized from that point onwards, never to be revisited afterwards.¹⁷¹

To this (and here, we are giving a second reason to justify reducing the number of decisions in which the Supreme Court accepts the applicability of the *rebus sic stantibus* theory) must be added that the latter is often pleaded in response to claims for non-performance of the contract where there is little or no basis for such non-performance,¹⁷² where the change in circumstances had been either foreseen or was foreseeable, or where the parties had already renegotiated the contract.¹⁷³

All the factors specified above make it very difficult to predict whether the *rebus sic stantibus* theory, as formulated by the Supreme Court, can be applied to the case before us. However, given the strict definition of the relevant criteria, and the fact that the Supreme Court is not favourably disposed towards applying it because of its extra-legal nature and the dangers it presents, it is highly likely that in the case that gave rise to the Belgian *Cour de Cassation* Decision of 19/6/2009, the Spanish courts would have dismissed the application by the selling party to have the contract revised.

that all requisites for applying the *rebus sic stantibus* doctrine have been met in this case. See D. BELLO JANEIRO, ‘Comentario STS de 6 de noviembre de 1992’, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 30, (1992): 1009–1025.

¹⁷⁰ In this sense, see for example, Díez-Picazo, 678; R. Verdadera Servet, ‘Comentario a la STS de 17 de noviembre de 2000’, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 56 (2001) 499 and C. Amunátegui Rodríguez, *La cláusula rebus sic stantibus* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2003), 38.

¹⁷¹ P. Salvador Coderch, ‘Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos’, *Indret* 4 (2009): 19 and 20, <www.indret.com>.

¹⁷² *Ibid.*, 3 and 17.

¹⁷³ *Ibid.*, 18.

5.3 *The Leading Spanish Authors and Intervening Changes in Circumstances*

In contrast to the Spanish CC, some of the more modern codes have filled this legal gap and expressly inserted provisions governing cases where the performance of the contract becomes too onerous for one of the parties. This has been the case with Article 1457 of the Italian CC, Article 437 of the Portuguese CC, and Article 6:258 of the Dutch CC. In addition, the Principles of European Contract Law (PECL) and the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) Principles of International Commercial Contracts also contain rules of this type (Article 6:111 PECL and Articles 6.2.1 to 6.2.3 UNIDROIT Principles). German law included the concept in Article 313 BGB when it carried through the reforms of 2002.

This development has undoubtedly had a significant impact on the leading Spanish authors. Until a few years ago, they had contended themselves with citing court judgments on the subject and had taken the view that only where the requisites for the application of the *cláusula rebus sic stantibus* had been met could the party disadvantaged by the change in circumstances apply to the courts to have the contract terminated or to have it adjusted to the new circumstances. Recently, no one has entertained any doubts about the convenience of incorporating a rule in the Spanish CC, which governs those cases in which intervening changes of circumstances may affect the contract, as well as the concrete effects which such changes have on that contract, the favoured option being the remedy of revising the contract rather than terminating it, whenever possible.¹⁷⁴ Furthermore, in recent years, the leading Spanish authors have been reluctant to share the courts' fear of the wholly exceptional and dangerous nature of this theory. It is very likely that had they been faced with the case of intervening change of circumstances adjudicated by the Belgian *Cour de Cassation* on 19/6/2009 such authors would have held that the contract should be revised as having become excessively onerous for the seller.

5.4 *Towards the Modernization of Spanish Contract Law:*

A Proposal to Regulate Cases of Hardship

In 2009, the Spanish Ministry of Justice published a proposal for the modernization of Spanish contract law drafted by the Civil law section of the *Comisión General de Codificación* (further referred to as PMDOC). This proposal aims to amend those parts of the 1889 Spanish CC, which deal with the law of contracts in order to adjust it to present-day demands, and, for the first time, proposes to introduce the

¹⁷⁴ L.P. SAN MIGUEL PRADERA, 'La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea', *Anuario de Derecho Civil* 55 (2002): 1115-1132, 1119, defends the solution which consists in compelling the parties to renegotiate the contract, resorting to the courts only if they fail to reach agreement; C. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 293 and 311-312; L.M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *La alteración de las circunstancias contractuales. Un análisis jurisprudencial* (Madrid: Civitas, 2003), 357 and 362.

‘extraordinary change in circumstances’ concept into the Code.¹⁷⁵ In order to do this, a new Chapter VIII entitled ‘Extraordinary Changes in the Basic Circumstances of Contracts’ would be added to Part (*Libro*) IV, which is devoted to civil obligations and contracts (*de las obligaciones y contratos*). This Chapter VIII features one provision only, that is, Article 1213 PMDOC, which is worded as follows:

Where the circumstances upon which the contract was based change in an extraordinary and unforeseeable manner during the performance of the contract, and the result of such change is that performance becomes excessively onerous for one of the parties or the purpose of the contract becomes thereby frustrated, the contracting party who, given the circumstances of the case – particularly in terms of the contractual or legal allocation of the risk burden – could not reasonably be expected to remain bound by the contract may request that the contract be revised. Where this outcome is neither possible nor enforceable against one of the parties, the latter may apply for termination of the contract.

Such application for termination may only be granted where it is not possible to obtain, on the basis of the proposal or proposals for revision put forward by each of the parties, a solution that restores the mutual interests in the contract.

This proposal would incorporate into Spanish law a rule on extraordinary changes in circumstances, which reveals clear influences from foreign legal systems and enshrines the principles on which the theories of *rebus sic stantibus*, *Geschäftgrundlage*, frustration of contract and hardship are based.¹⁷⁶ The text of Article 1213 PMDOC expressly includes the concepts of excessive onerousness and frustration of contracts.

The draft of the proposal to modernize the Spanish law of contracts is currently subject to a public information process in order that the experts may put forward their opinion on it. In line with this objective, Professor Salvador Coderch has published a paper on the proposal to regulate changes in circumstances as contained in Article 1213 PMDOC. This author considers it a very positive development that the notion of changes in circumstances has received acknowledgement in Spanish law and that the revision or termination of the contract is no longer regarded as an equitable remedy without any express statutory basis – as is currently the case with the *rebus sic stantibus* clause; instead, it has become a legal remedy for extraordinary changes in circumstances, which result in performance having become excessively onerous for one of the parties.¹⁷⁷

¹⁷⁵ The Commercial Law Division of the *Comisión General de Codificación* in 2006 presented a proposal to amend the Commercial Code on the subject of commercial contracts and time limits. This proposal contained an article on ‘hardship’ (Art. 61).

¹⁷⁶ SALVADOR CODERCH, 8.

¹⁷⁷ *Ibid.*, 24.

5.5 Solving the Case in Accordance with the Modernization Proposal

At this point, let us examine whether the judgment of the Belgian *Cour de Cassation* dated 19 June 2009 could be accommodated by the extraordinary change of circumstances rule laid down in Article 1213 PMDOC and, more concretely, by the notion of excessive onerousness, the applicability of which is subject to less stringent criteria than those required for the *rebus sic stantibus* theory.¹⁷⁸

In the first place, the draft of the new article requires that the change in circumstances that formed the basis for the contract should occur during the performance of the contract and that such change of circumstances be extraordinary and unforeseeable. In the case under review in this article, the increase in price of the steel used in order to manufacture the finished products took place during the performance of the contract.¹⁷⁹ In addition, an increase in price of 70% is considered by the courts to constitute extraordinary and unforeseeable change.¹⁸⁰

Secondly, Article 1213 PMDOC requires that the change in circumstances should cause the performance of the contract to become excessively onerous for one of the parties (or that the purpose of the contract be frustrated). This element also seems to be present in the case in question, since the courts consider it as a proven fact that a rise in the price of steel constitutes an exorbitant increase in the manufacturing costs of the product relative to those that the seller had envisaged when concluding the contract. This circumstance causes a serious imbalance between the parties to arise, as a result of which performance of the contract on the terms initially agreed becomes particularly results particularly burdensome for the selling party.

Thirdly, the draft of Article 1213 PMDOC requires the circumstances of the case, and especially the contractual or legal allocation of the risk burden, to be taken into consideration, in order to determine that it is unreasonable to expect the party who has been disadvantaged by the change to continue to be bound to the terms of the contract as originally agreed. In the case under review, the courts considered that the risk of a sudden increase in the price of steel should not be imposed, either contractually or legally, on the selling company. In reaching this conclusion, the courts took account of the fact that contracts contained no price revision clause. The next step is to determine whether the rise in the price of the steel used in manufacturing the goods sold makes it unreasonable to expect the seller to perform the contract under the agreed terms.

If we accept that, in the case under review, the requirements of Article 1213 PMDOC have effectively been met, what remains is to determine the effects of the extraordinary change in circumstances. Under the proposed article, the party who has been affected by the change in circumstances may apply to have the contract

¹⁷⁸ *Ibid.*, 27.

¹⁷⁹ On the requirement that the change in circumstances must occur during performance of the contract, see SAN MIGUEL PRADERA & P. SALVADOR, 25.

¹⁸⁰ It is true that the judgment neither discusses nor justifies the fact that the rise in price of steel was not foreseeable at the time of concluding the contract.

revised and, where this proves impossible, to have it terminated.¹⁸¹ Such termination is conditional, since it can only be awarded where the proposals for revision are inadequate for the purpose of restoring the contractual balance. In the case before us, the seller proposed a revision of the price that would have increased it by 47.99%. The courts regarded this revision proposal as reasonable in view of the prevailing circumstances. On this particular issue, Article 1213 PMDOC does not expressly require the parties to renegotiate the contract. This has prompted Salvador Coderch to suggest that the proposed article should contain an express requirement that the parties renegotiate the contract, on the understanding that recourse to the courts will only be possible where attempts at renegotiation between the parties have failed.¹⁸² While the present author shares this view, it remains true that, to a certain extent, Article 1213 PMDOC already requires the parties to negotiate the contract revision sought, referring as it does to the revision proposals put forward by the parties. In addition, there can be no doubt that these proposals are perfectly capable of being negotiated out of court.¹⁸³

There is, however, one issue presented by this case which is not covered by the PMDOC proposal. On the one hand, where it regulates extraordinary changes in circumstances, Article 1213 PMDOC requires the affected party to request revision of the contract, but does not expressly state that the debtor shall be exempted from performance. At the same time, Article 1192 PMDOC lays down that the creditor shall lose his right to demand performance where this becomes excessively onerous for the debtor.¹⁸⁴ These two articles regulate different situations, although these may coincide in certain cases. Article 1192 PMDOC therefore has a wider scope than Article 1213 PMDOC, since the former is not restricted to cases where performance has become more costly as a result of extraordinary and unforeseeable circumstances. However, what is the position where these two situations occur simultaneously? There is no legal rule to cover this. Several possible solutions present themselves:

(a) Firstly, it could be held that the provision regulating extraordinary changes in circumstances constitutes a special rule, and that as such it takes precedence

¹⁸¹ As has been correctly noted by SALVADOR CODERCH, 33, this incorporates into the system the doctrine of contract revision, which provides a flexible response to case where changes have arisen in the essential circumstances of the contract.

¹⁸² P. SALVADOR CODERCH, in particular 8-9. A good example of this is Art. 6:111 (2) PECL, which imposes upon the parties the obligation to enter into negotiations, and Art. 6.2.1. of the UNIDROIT *Principles*.

¹⁸³ A similar possibility is presented by the new Art. 313 BGB, which states that the first solution should be to adjust the contract to the new circumstances and, although this is not expressly mentioned, admits that such amendment is capable of being negotiated by the parties. By contrast, Arts 6:258-6:260 of the Dutch CC clearly stipulate that the contract must be amended or terminated by a court decision.

¹⁸⁴ Article 1192.II PMDOC. See N. FENOY PICÓN 'La modernización del régimen del incumplimiento: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: Los remedios', *Anuario de Derecho Civil* 63 (2010), 47 ff.

over the provisions in the chapter devoted to remedies for non-performance. This would mean that the consequences of the excessive onerousness (contract review) prevail over the creditor's right to rely on other remedies for non-performance other than demanding performance (such as termination as result of non-performance).¹⁸⁵

- (b) Another solution could consist in leaving it to the disadvantaged party to decide whether to resort to this remedy and apply for renegotiation of the contract, or alternatively seek to obtain that the creditor may not demand performance. Nevertheless he may well use the other existing remedies for non-performance, including termination.¹⁸⁶
- (c) Finally, another possible solution could be to determine that the provisions on non-performance, and the remedies for it, prevail over the provisions on extraordinary changes in circumstances, in such a way that the possibility of contract revision will only be considered where the debtor has not been relieved of his obligation to perform, in accordance with Article 1192.

5.6 Exploring Alternative Avenues: *Bona Fide as Instrument in Contract Renegotiation*

Pending adoption of the proposal for reform of the Spanish CC on this subject, and leaving aside the case law-based doctrine of *rebus sic stantibus* in view of its exceptional and extraordinary nature, it is possible to resort to other mechanisms in order to try to find a solution for the case in question. In particular, we must consider the possibility of applying the bona fide principle to find such a solution, on the basis of revision of the contract.

The *Cour d'appel* Decision of 15 February 2007, having rejected the *imprévision* theory, goes on to assert that in French law (which is applicable to the case according to the *Cour d'appel*) the bona fide principle that must govern performance of contracts entails that the parties are obliged to renegotiate the terms of the contract in certain cases. This is especially so where, once the contract has been concluded, unforeseeable circumstances arise that create a serious imbalance between the mutual obligations, in such a way that subsequent performance of the contract becomes exceptionally burdensome for one of the parties. Would Spanish law allow a similar solution?

¹⁸⁵ This is the solution proposed by the *PECL*, Arts 6:111 and 9:102.

¹⁸⁶ This is the solution put forward by the UNIDROIT Principles where 'hardship' and 'force majeure' occur simultaneously, since they provide the party affected by the extraordinary circumstances with the right to decide which of the two remedies he wishes to use. If he chooses to apply the 'hardship' remedy, he may claim renegotiation of the contract. On the other hand if he relies on 'force majeure' he may avoid paying damages, and although the creditor cannot request performance of the contract if this has become particularly onerous for the debtor (Art. 7.2.2.b), he may alternatively choose to terminate the contract.

It has already been mentioned that the Spanish CC neither expressly accepts nor rejects the possibility that intervening circumstances may have an impact on the contract. Article 1258 Spanish CC stipulates that contracts oblige the parties to deliver what has been expressly agreed and to undergo all the consequences arising from acting in good faith. Does the behaviour of the parties in the case in question conform to the bona fide rules? In view of the circumstances of the case, can it be affirmed that the buyer had the obligation to renegotiate the contract? In addition, if this is indeed the case, will non-performance of such an obligation give rise to compensation for loss?

In order to answer these questions, it is necessary to bear in mind all the circumstances of the case in question and, more particularly, the behaviour of the parties. In order to do this, we start from a proven fact: the intervening change in circumstances was not foreseeable and has caused a contractual imbalance that has rendered performance of the contract under the agreed terms excessively onerous for the selling party.

On the one hand, it is possible to assert that the seller acted in good faith. As soon as the selling party became aware of the increase in the price of steel, they contacted the other party and proposed to renegotiate the contracts pending performance, pointing to the effect that the change in circumstances had on performance of the contract and even offering a proposal to revise the prices by 47.99%, which was reasonable and constituted a sound starting point for negotiations.

On the other hand, the conduct of the buyer was contrary to good faith. Confronted with the situation created by the increase in the price of steel, and with the proposal to renegotiate made by the seller, it would seem reasonable to hold that good faith requires the buyer to participate in the renegotiation of the contract. However, not only did the buyer fail to agree to the sellers' proposal, without putting forward an alternative suggestion - he also requested that the selling party should perform the remaining contracts under the terms originally agreed.¹⁸⁷ Nevertheless, the present author is unable to determine with absolute certainty whether there is an obligation on the part of the seller to renegotiate, since the judgment in question makes no reference to the market in question and fails to indicate whether or not it is custom and practice to renegotiate and revise contracts of this type. If it is customary to proceed to the revision of the contract, there can be no justification whatsoever of the buyers' conduct, because it infringes the obligation to take part in the renegotiation and review of the contract imposed by the bona fide principle. Such behaviour that is contrary to this principle could give rise to compensation for the loss caused to the other contracting party.¹⁸⁸

¹⁸⁷ SALVADOR CODERCH,⁷ holds that refusing a proposal to revise the contract goes against good faith where this refusal is arbitrary, infringes custom and practice in the relevant sector and is not justifiable by the particular circumstances of the contract in question.

¹⁸⁸ This is expressly so stipulated by Art. 6:111(3) PECL.

On the other hand, the *Cour d'appel* judgment, which applies French law, acknowledges that, where an obligation to renegotiate the contract arises as a result of an intervening change in circumstances, the party affected by such a change may discontinue performance where the other party unjustifiably refuses to renegotiate the contract. In Spanish law, the bona fide principle has a positive and a negative aspect. On the positive side, it generates an obligation to renegotiate the contract; on the negative side, it allows the seller to reject an application to perform the contract made by the seller on the basis that, under the changed circumstances, he cannot be compelled to perform the contract under the terms originally agreed as this would be excessively onerous for him.

5.7 Final Observations

Following these brief thoughts on the way in which both the present and, perhaps, the future Spanish law would deal with the case in question, it remains to be said that, although the Spanish Supreme Court continues to apply the *rebus sic stantibus* theory with excessive rigour, and that it would not have applied this theory to this case, a different response can nevertheless be expected in the not too distant future. Thus, in recent years, the leading authors and the Civil Division of the *Comisión General de Codificación* have shown a distinct tendency to abandon this position and to propose that the law should acknowledge the notion of excessive onerousness, using rules with similar characteristics to those that are present in other European legal systems and international agreements.