

RECHTSLEER

DOCTRINE

ALGEMEEN HANDELSRECHT / DROIT COMMERCIAL GÉNÉRAL

Take or pay clauses naar Belgisch contractenrecht

Olivier Vanden Berghe¹

1. Inleiding	860
2. “Take” – de verbintenissen m.b.t. de goederen	860
2.1. Verbintenissen van de leverancier	860
2.2. Verbintenissen van de afnemer	861
3. “Pay” – de geldschuld	862
3.1. Strafbeding?	862
3.2. Opzegvergoeding?	863
3.3. Prijs?	864
4. De voortijdige beëindiging van de <i>take or pay</i> overeenkomst	866
4.1. Voortijdig einde door opzegging?	866
4.2. Voortijdig einde door ontbinding?	866
4.3. Voortijdig einde door verval of overmacht?	867
4.4. Voortijdig einde door de matiging wegens rechtsmisbruik van de vordering tot verdere uitvoering?	867
5. Besluit	868

SAMENVATTING

Een take or pay clause in een bevoorradingscontract verplicht de klant tot betaling van de prijs, zelfs indien hij de periodieke leveringen niet of niet meer zou aannemen. De manier waarop het kadercontract wordt benaderd is bepalend voor de kwalificatie en geldigheid van deze clauses. Als de opeenvolging van verkopen als de essentie van dit kadercontract wordt beschouwd, dan zal de geldschuld vaak worden opgevat als een contractuele vergoeding in het geval van niet-afname door de klant. Dit leidt tot de klassieke vraag of de clause een strafbeding is (de niet-afname is een tekortkoming) of een opzegbeding (de niet-afname is geen tekortkoming), kwalificatie die relevant is gelet op de mogelijke matiging van buitensporige strafbedingen. Geen van deze kwalificaties strookt echter met de economische realiteit van een echt take or pay contract, waarvan de essentie niet zozeer de verkoop is, maar de garantie voor de klant dat hij bevoorrad kan worden gedurende lange tijd indien hij het wenst. In die benadering vormt de prijs niet zozeer de tegenprestatie voor de leveringen, maar de tegenprestatie voor deze garantie op bevoorrading (ongeacht of de klant ze benut of niet), en voor alle investeringen en lasten die deze garantie impliceert voor de leverancier. In echte take or pay contracten blijft de prijs dus een prijs, ongeacht of er wordt afgenomen of niet, en hoeft de clause niet gecategoriseerd te worden als straf- of opzegbeding.

RÉSUMÉ

Une clause de take or pay dans un contrat d’approvisionnement oblige le client à continuer à payer le prix, même s’il souhaite que cessent les livraisons périodiques. La façon dont est abordé le contrat-cadre est déterminante pour la qualification et la validité de ces clauses. Si l’on estime que la succession de ventes forme l’essence de ce contrat-cadre, la dette de somme sera souvent considérée comme une indemnité conventionnelle en cas de non-prise de livrai-

¹ Advocaat Liedekerke Wolters Waelbroeck Kirkpatrick, wetenschappelijk medewerker K.U.Leuven Instituut voor Verbintenissenrecht.

son par le client. Ceci mène à la question classique de sa qualification comme clause pénale (l'absence de prise de livraison est un manquement) ou comme clause de dédit (l'absence de prise de livraison n'est pas un manquement), distinction qui tire son intérêt de la possibilité de réduction des seules clauses pénales excessives. Aucune de ces qualifications ne s'accorde toutefois à la réalité économique des vrais contrats *take or pay*, dont l'essence n'est pas tant la vente, mais la garantie, la certitude dont bénéficie le client de pouvoir être approvisionné pendant une longue période s'il le souhaite. Dans cette approche, le prix ne forme pas tant la contrepartie des livraisons, mais plutôt la contrepartie de cette garantie d'approvisionnement (que le client l'utilise ou non), et des investissements et frais que cette garantie entraîne pour le fournisseur. Dans les vrais contrats *take or pay*, le prix reste donc un prix, qu'il y ait livraison ou non. La clause ne doit pas être nécessairement classée parmi les clauses pénales ou les clauses de dédit.

1. INLEIDING

1. Recent hebben Benoît Kohl, Romain Salzburger en Michèle Vanwijck-Alexandre aandacht besteed aan *take or pay* clauses in een verhelderend artikel dat zowel de economische grondslag als de juridische kwalificatie ervan benadert². Onderhavige bijdrage strekt niet tot een even ruime behandeling van deze clauses, maar gaat verder in op hun kwalificatie en rechtsgevolgen naar Belgisch contractenrecht. Een *take or pay* clause is een clause die, zeer vereenvoudigd, een afnemer (doorgaans van goederen) ertoe verplicht de bedongen prijs te betalen, ongeacht of hij de levering aanneemt of niet³. *Take or pay* clauses kan men aantreffen in overeenkomsten van bepaalde (en meestal lange) duur tot levering van energie (gas, elektriciteit), van goederen op maat, van goederen waarvan de ontwikkeling en productie belangrijke investeringen of verbintenissen vergen, waarvan de grondstoffen schaars zijn,... kortom in de gevallen waarin de ontvangst van de prijs gedurende een bepaalde vaste duur (meer dan anders) essentieel is voor de leverancier, gelet op de belangrijke kosten en verbintenissen

die hij zelf heeft moeten aangaan, dikwijls lange tijd voor de aanvang van de voorziene leveringen. De keerzijde van de *take or pay* verbintenis in hoofde van de afnemer is de verbintenis in hoofde van de leverancier om in staat te zijn de contractuele volumes te leveren op de voorziene tijdstippen, indien de afnemer erom zou vragen. De ietwat vreemde terminologie *take or pay*⁴, het feit dat deze clauses slechts worden aangetroffen in bijzondere sectoren en het feit dat zij eerder van Angelsaksische oorsprong zijn, wekken de indruk dat men staat voor een eerder uitzonderlijk contractueel mechanisme dat grondig afwijkt van het gemeen recht, wat enige argwaan wekt. Om na te gaan of deze argwaan ten aanzien van *take or pay* contracten verantwoord is worden hierna de respectieve verbintenissen met betrekking tot de goederen onderzocht ("take"), vervolgens deze met betrekking tot de geldschuld ("pay") en ten slotte de mogelijkheden voor de afnemer om vervroegd de overeenkomst te beëindigen.

2. "TAKE" – DE VERBINTENISSEN M.B.T. DE GOEDEREN

2.1. Verbintenissen van de leverancier

2. Een *take or pay* contract voorziet periodieke leveringen door de leverancier gedurende het contract. Terwijl bij klassieke bevoorradingscontracten de essentie de toekomstige verkoop is van de goederen⁵, draait het bij *take or pay* contracten om meer dan dat. De leverancier moet er vooral voor zorgen dat hij over de blijvende capaciteit beschikt om de desbetreffende volumes in de desbetreffende periodes te

kunnen verkrijgen (of zelf te produceren) en te leveren over de ganse duur van het contract⁶, ongeacht of de afnemer effectief zal vragen om levering van alle volumes. De afnemer verzekert zich aldus het recht op een bevoorrading voor een lange duur (en meestal aan een vaste prijs) die moeilijk zou kunnen liggen zonder zo'n kadercontract, gelet op de markt, de aard van de grondstoffen, het ingewikkeld productieproces,... Een *take or pay* contract houdt dus in dat de afnemer betaalt opdat de leverancier een zekere productie-

² B. KOHL, R. SALZBURGER en M. VANWYCK-ALEXANDRE, "Les clauses *take or pay*: des clauses originales et méconnues", *JT* 2009, 349-358.

³ G. BLOCK, D. HAVERBEKE, L. HAGE, A. DE GEETER, W. VANDORPE en A. BOUTE, "Industriële afnemers en hun energiecontracten", *MER* 2007, (3), nr. 94; T. SCHOORS, "Overeenkomsten voor de levering van elektrische energie en gas" in K. DEKETELAERE (ed.), *Handboek milieu- en energierecht*, Brugge, die Keure, 2006, 1599, nr. 125.

⁴ Men zou in feite kunnen spreken van "*pay, whether you take or not*" of zoals Hardaker voorstelt, van "*take and pay or pay*" (G. HARDAKER, "Force Majeure and *Take or pay* Contracts for Power Stations: The Buyer's Perspective", *International Energy Law & Taxation Review*, juli 2000, 163).

⁵ Het kadercontract zelf is evenwel geen koopcontract (zie P. VAN OMMESLAGHE, "Les spécificités de la vente commerciale" in B. TILLEMEN en P.-A. FORIERS (eds.), *De koop/La vente*, Brugge, die Keure, 2002, (267), 277, nr. 9).

⁶ De overeenkomst kan zelfs voorzien dat de leverancier moet kunnen tegemoet komen aan een hogere vraag dan de volumes onderworpen aan de *take or pay* verbintenis van de klant.

capaciteit ontwikkelt en in stand houdt, wat naast investeringen ook vaak verbintenissen inhoudt ten aanzien van de eigen leveranciers van de (al dan niet schaarse) grondstoffen, regelmatig ook met *take or pay* clausules. In die optiek behoort de effectieve levering van de goederen niet tot de essentie van de overeenkomst en kan een *take or pay* contract naast kenmerken van een kadercontract tot bevoorrading ook kenmerken vertonen van een aannemingscontract. Men kan aldus spreken van een *sui generis* contract. Uiteraard zal geval per geval aan de hand van de bewoordingen van het contract en vooral de wil van de partijen worden nagegaan of het zgn. *take or pay* contract deze kenmerken heeft die een zuivere bevoorrading overstijgen. Een genuanceerde benadering van de verbintenissen van de leverancier kan de beoordeling van bepaalde clausules beïnvloeden⁷.

3. De uitvoering van de verbintenissen van de leverancier kan verhinderd worden door een geval van overmacht, in welk geval hij niet aansprakelijk is. In wederkerige overeenkomsten leidt een tijdelijke overmacht tot een opschorting, niet enkel van de verbintenis waarvan de uitvoering onmogelijk is, maar ook van de daartegenover staande verbintenis(sen) van de andere partij. In geval van onmogelijke productie/levering zal de klant evenmin gehouden zijn tot de wederzijdse verbintenis tot betaling. Vermits in de regel een wezenlijke verbintenis van de leverancier in een *take or pay* contract erin bestaat productie- en leveringscapaciteit te verzekeren voor de toekomst (en dus impliciet mogelijke problemen lang op voorhand te anticiperen) zullen de voorwaarden voor overmacht logischerwijze streng worden toegepast. Het contract kan uiteraard de gevallen en de gevolgen van overmacht preciseren in een overmachtsclausule⁸. Een contractuele risicoverdeling in het contract zou er in theorie zelfs toe kunnen leiden dat de afnemer de gevolgen draagt van overmacht in hoofde van de leverancier. De afnemer zou dan volgens het contract niet alleen gehouden zijn tot betaling van producten waarvan hij geen levering wenst, maar

ook van producten waarvan hij levering zou wensen, doch niet zou ontvangen omwille van overmacht. Bij leaseovereenkomsten zijn bedingen krachtens dewelke de lessee de leasingvergoeding verder moet betalen ondanks tenietgaan van de zaak courant en rechtsgeldig, gelet op de aard van de verbintenis van de leasinggever (financiering eerder dan verhuuring)⁹. In *take or pay* contracten zijn dergelijke bedingen eerder onwaarschijnlijk en hun geldigheid (te toetsen onder meer aan de voorwaarden voor exoneratiebedingen¹⁰) veel minder evident¹¹. De hypothese van de permanente overmacht wordt verder behandeld als een toepassingsgeval van het verval van de overeenkomst door het verdwijnen van haar voorwerp¹².

2.2. Verbintenissen van de afnemer

4. Bij een verkoop is een van de verbintenissen van de koper in principe, naast de verbintenis tot betaling van de prijs, de levering aannemen van het verkochte goed¹³. In een *take or pay* contract is het in levering nemen van de contractuele volumes over de contractuele periode niet noodzakelijk een verbintenis van de afnemer^{14,15}. Hij is gerechtigd op afname van bepaalde volumes binnen bepaalde tijdspannes maar is hier niet toe gehouden. Of de afname een verbintenis is of enkel een optie zal geval per geval moeten beoordeeld worden, rekening houdend met de (niet steeds even coherente) bewoordingen in de contracten en vooral de wil van de partijen. Het enkele feit dat het contract voorziet dat bij niet-afname op de voorziene tijdstippen de prijs verschuldigd blijft wijst niet noodzakelijk op een verbintenis tot afname, maar kan evengoed een aanwijzing zijn van een keuze die toebehoort aan de afnemer. Soms voorzien *take or pay* contracten via een zgn. “*make up*” clausule dat de afnemer die de prijs heeft betaald het recht behoudt op een latere levering van de niet benutte volumes, vaak mits beperkingen (bijkomende kosten, eventuele spreiding van de volumes, langere leveringstermijnen,...)¹⁶. Zeker in dat geval is de afname op

7. Vgl. met de redenering inzake leaseovereenkomsten: vermits leasing in wezen gaat om financiering kan de overeenkomst rechtsgeldig clausules bevatten waarvan de geldigheid/afdwingbaarheid problematisch zou zijn indien het contract als een zuiver huurcontract zou worden beschouwd.

8. Een clausule die na de *take or pay* verbintenis bepaalt dat “*for the purpose of this Article, any amounts of Products that the seller was unable to deliver to the Buyer because of Force Majeure affecting the Seller shall be deemed to have been accepted and paid for*” is m.i. niets anders dan een bevestiging van het gemeen recht; *contra* F. DESSAULT, “L’obligation d’achat dans certains contrats internationaux de fourniture”, *RDAI* 1998, (3), 10, die in de clausule een afwijking van het gemeen recht schijnt te zien.

9. E. LEROUX en H. VAN GELUWE, “De verplichtingen van de leasingnemer ten opzichte van de leasingnemer” in P. BESELARE, O. LENAERTS, B. TILLEMANN en A. VERBEKE (eds.), *Handboek Leasing*, Brugge, die Keure, 2007, (71), 102, nrs. 65 en 66; A. CHAMBEROD en P.-A. FORIERS, “Relations lessee-four-nisseur” in *Handboek Leasing*, (121), 133-137.

10. A. VAN OEVELEN, “Overmachts- en herzieningsbedingen in het gemeen recht en in overeenkomsten met consumenten” in S. STIJNS en K. VANDERSCHOT (eds.), *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (267), 275, nr. 8.

11. De verantwoording bij leasing geldt niet bij *take or pay* contracten: de verbintenis van de lessor is een aflopende, eenmalige verbintenis, volledig uitgevoerd in het begin van het contract (dus vóór de hypothetische verdwijning van het goed), terwijl de verbintenissen van de leverancier in een *take or pay* contract zich uitstreken in de tijd (dus ook na het hypothetisch verdwijnen van de goederen).

12. Zie randnr. 20.

13. Zie bv. J. HERBOTS en S. STIJNS, “Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten (1995-1998)”, *TPR* 2002, (57), 198.

14. G. HARDAKER, *o.c.*, *International Energy Law & Taxation Review*, juli 2000, 163; *contra* F. DESSAULT, *o.c.*, *RDAI* 1998, (3), 4, die de afnameverplichting zelfs als een resultaatsverbintenis beschouwt.

15. Dit is wel het geval in een zgn. “*take and pay*” clausule: de afnemer moet niet alleen betalen, hij moet ook de contractuele volumes in ontvangst nemen, wat hij er ook mee beslist aan te vangen (G. BLOCK *et al.*, *o.c.*, *MER* 2007, (3), nr. 96).

16. Over deze en aanverwante versoepelingen van de *take or pay* verbintenis, zie G. BLOCK *et al.*, *o.c.*, *MER* 2007, (3), nrs. 99-100; F. DESSAULT, *o.c.*, *RDAI* 1998, (3), 11-12; B. KOHL *et al.*, *o.c.*, *JT* 2009, (349), 352, nrs. 16-17.

de voorziene tijdstippen niet een verbintenis in hoofde van de afnemer, maar een optie.

5. Indien de afname als een *verbintenis* wordt beschouwd, kan zij verhinderd zijn door overmacht¹⁷. Een werkelijke onmogelijkheid tot afname zal echter uitzonderlijk zijn en zal vooral eerder van tijdelijke aard zijn. Als, zoals hoger gesuggereerd, de afname niet als een verbintenis wordt beschouwd, maar als een optie, kan de afnemer bezwaarlijk overmacht inroepen om zich te bevrijden, nu overmacht de onmogelijkheid veronderstelt van de eigen verbintenis. Gelet op de niet vanzelfsprekende toepassing van de figuur van overmacht in *take or pay* contracten is het aangewezen in de overeenkomst te preciseren welke gebeurtenissen welke gevolgen kunnen hebben. De overeenkomst

kan voorzien dat bepaalde onvoorzienbare en ontoerekenbare omstandigheden de afnemer (tijdelijk) kunnen bevrijden van zijn *take or pay* verbintenis¹⁸, meestal enkel voor zover dit tijdig wordt gemeld aan de leverancier (d.w.z. zolang hij zelf nog kosten kan vermijden). De rechtbank van Amsterdam oordeelde, in een beslissing van 15 oktober 2008¹⁹, dat een *take or pay* afnemer van gas gehouden was tot betaling van de prijs ondanks het feit dat hij, ingevolge een brand in zijn bedrijfspand, tijdelijk niet was overgegaan tot afname. Het contract voorzag weliswaar een mogelijke bevrijding van de afnemer ingevolge overmacht, maar enkel voor zover dit onverwijld werd gemeld aan de leverancier. De melding gebeurde pas zes maanden na de brand en meer dan een jaar nadat de leverancier van gas zelf zijn inkoopverbintenissen had aangegaan.

3. “PAY” – DE GELDSCHULD

6. Zolang de klant de goederen afneemt stelt de verbintenis tot betaling van een geldsom geen specifiek probleem. Zij wordt probleemloos gekwalificeerd als een prijs die de afnemer verschuldigd is en die moeilijk betwistbaar is, behalve in geval van wanprestatie door de leverancier (gebrekkige goederen, laattijdige levering,...). Ingevolge de bindende kracht van een overeenkomst hoort een rechter alvast een overeengekomen prijs niet te beoordelen op haar economische verantwoording. De problemen duiken pas op als de afnemer beslist om de goederen (gedurende een beperkte tijd of voor de rest van de overeenkomst) niet meer af te nemen. Het *take or pay* contract voorziet in die gevallen, met wisselende bewoordingen, dat de omvang van de geldschuld ongewijzigd blijft: de afnemer blijft gehouden tot precies dezelfde geldverbintenis als deze indien hij verder en ononderbroken de goederen zou afnemen: (100% van) de prijs dus, die in principe nog steeds periodiek zal worden gefactureerd en periodiek opeisbaar is. Kortom, financieel gezien verandert er niets. Hoe moet deze geldschuld in dat geval worden gekwalificeerd en welke gevolgen brengt dit met zich mee? Wordt de geldschuld bij niet-afname een strafbeding, een opzegbeding, of blijft de geldschuld een prijs, ondanks de niet-afname? Deze kwalificatie is niet zonder belang, daar zij – in dalende volgorde van sterkte – argumenten kan bieden aan de afnemer om zijn financiële last te zien verminderen.

3.1. Strafbeding?

7. Een strafbeding is een beding waarbij een forfaitaire vergoeding wordt voorzien in geval van een contractuele tekortkoming. Indien uit een *take or pay* contract blijkt dat de niet-afname door de leverancier een wanprestatie uitmaakt, zou de bedongen financiële geldschuld als gevolg van die wanprestatie niet meer kunnen beschouwd worden als een prijs, maar als een schadevergoeding ingevolge wanprestatie²⁰. In dat geval vormt de *take or pay* clausule een strafbeding, dat door de rechter gematigd kan worden krachtens artikel 1231 BW “wanneer die som kennelijk het bedrag te boven gaat dat de partijen konden vaststellen om de schade wegens de niet-uitvoering van de overeenkomst te vergoeden”. Deze mogelijke matiging is de reden waarom een afnemer – paradoxaal – zijn eigen gedrag al te graag zal bestempelen als een wanprestatie²¹. Een afnemer die niet wenst te betalen voor goederen die hij niet heeft afgenomen zal argumenteren dat wat van hem wordt gevorderd in werkelijkheid geen prijs is (de primaire verbintenis) maar een schadevergoeding (secundaire verbintenis) ingevolge zijn weigering om af te nemen die, in het licht van de overeenkomst, een tekortkoming uitmaakt. Een algemene kwalificatie van *take or pay* clausules als strafbedingen dient alvast afgewezen te worden²². Een echte *take or pay* clausule laat integendeel precies een volledige vrijheid aan de afnemer over de hoeveelheden die hij afneemt en vormt dus geen

¹⁷. Zie B. KOHL *et al.*, *o.c.*, *JT* 2009, (349), 352, nr. 16.

¹⁸. Zie F. DESSAULT, *o.c.*, *RDAl* 1998, (3), 10.

¹⁹. Rb. Amsterdam 15 oktober 2008, LJN BH5571, www.rechtspraak.nl.

²⁰. In die zin, F. DESSAULT, *o.c.*, *RDAl* 1998, (3), 4.

²¹. Zie C.S., noot onder Brussel 22 mei 1986, *TBH* 1988, 192; I. MOREAU-MARGRÈVE, “Quel sort réserver aux clauses reconnaissant à une partie une faculté de ne pas exécuter le contrat moyennant le paiement d’une somme d’argent?” (noot onder Cass. 22 oktober 1999), *RCJB* 2001, (112), 140; O. VANDEN BERGHE, “Bedingen en schadevergoeding: strafbedingen, opzegbedingen en exoneratiebedingen” in S. STIJNS (ed.), *Verbintenissenrecht*, Themis 23 Brugge, die Keure, 2003, 61, nr. 28.

²². *Contra* F. DESSAULT, *o.c.*, *RDAl* 1998, 3, die schijnt aan te nemen dat een *take or pay* clausule steeds een strafbeding is waarvan de geldigheid moet onderworpen worden aan art. 1226 (Frans) BW.

strafbeding. Hij kan beslissen bepaalde afnamemogelijkheden over te slaan, of helemaal niet meer af te nemen, zonder dat dit een wanprestatie uitmaakt. A fortiori als het contract een “*make up*” voorziet (een mogelijkheid voor de afnemer om later alsnog levering te ontvangen van de niet benutte volumes) kan er moeilijk worden gesproken van een wanprestatie en van een strafbeding.

8. Als een *take or pay* clause in een contract niettemin wordt opgevat als een strafbeding²³, zal het bedrag ervan (gelijk aan 100% van de prijs) getoetst worden aan de *potentiële schade*, dit is de schade die de partijen als gevolg van de wanprestatie hadden kunnen voorzien op het ogenblik van de contractsluiting. Rechters zullen in dat geval wellicht geneigd zijn het beding op het eerste gezicht als buitensporig te beschouwen, nu het aan de leverancier dezelfde financiële voordelen verschaft terwijl er geen sprake meer is van enige levering. Nochtans betekent een zelfde inkomst zonder levering niet noodzakelijk een kennelijke verrijking in hoofde van de leverancier. Het al dan niet vergoedend karakter van het strafbeding dient geval per geval te worden beoordeeld. De rechtvaardiging voor een hoog strafbeding zou kunnen voortvloeien uit concrete elementen zoals:

- het feit dat de investeringen en lasten reeds grotendeels gedragen zijn door de leverancier op het ogenblik van de (beslissing tot) niet-afname, zelfs als de goederen nog niet geproduceerd zijn;
- het feit dat op dat ogenblik de verbintenissen reeds zijn aangegaan door de leverancier ten opzichte van zijn eigen leveranciers (vaak ook in de vorm van *take or pay* contracten);
- het feit dat de reeds geproduceerde goederen niet of moeilijk gestockeerd kunnen worden (bv. gas) en/of moeilijk aan derden kunnen verkocht worden.

Kortom een hoog strafbeding zal meer verantwoord zijn in de gevallen waarin de besparing die de leverancier geniet door de niet-levering van ondergeschikt belang is, en a for-

tiori als deze besparing onbestaand is of als de niet-levering zelfs zwaarder uitkomt voor de leverancier dan een normale levering op het voorziene tijdstip²⁴. Het dient trouwens herhaald te worden dat het strafbeding marginaal wordt beoordeeld. Het is niet de bedoeling dat de rechter voor elk strafbeding nauwkeurig de potentiële schade zou becijferen. Enkel als het strafbeding de potentiële schade *kennelijk*, dit wil zeggen zonder enige twijfel²⁵, overstijgt, is het ongeoorloofd. Als de onzekerheid van de economische realiteit een ruime marge laat voor de beoordeling van de potentiële schade mag een rechter m.i. rekening houden met het *worst case scenario*²⁶. De mogelijke twijfel zou in die zin dus ten gunste van de leverancier moeten spelen. Precies in de gevallen waar de potentiële schade moeilijk vooraf te ramen is, wordt een zekere speelruimte geboden aan de opsteller van het strafbeding²⁷. Volledigheidshalve dient te worden gepreciseerd dat de uitoefening van een geldig strafbeding kan worden ingeperkt indien deze uitoefening rechtsmisbruik zou uitmaken²⁸, de uitoefening van een recht op een manier die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtige en bezorgde persoon²⁹.

3.2. Opzegvergoeding?

9. Contractuele bedingen kunnen voorzien in een vergoeding verschuldigd door een partij indien deze beslist om een bepaalde verbintenis niet of niet meer uit te voeren, zonder dat deze niet-uitvoering een fout uitmaakt. Typevoorbeeld hiervan is de conventionele opzegvergoeding. Een opzegbeding is een beding dat het recht verleent aan een partij om éézijdig en zonder motief een einde te stellen aan een overeenkomst en vaak als modaliteit een “opzegvergoeding” voorziet: het bedrag dat de opzeggende partij ingevolge de eenzijdige opzegging verschuldigd is. Ook los van de opzegging kunnen contracten vergoedingen voorzien als een partij rechtmatig kiest een bepaalde verbintenis of prestatie niet uit te voeren (zonder noodzakelijk over te gaan tot opzegging

23. Voor een Engelse *take or pay* clause die als een strafbeding werd gekwalificeerd, zie England and Wales High Court 29 februari 2008, *M&J Polymers / Imerys Minerals*, [2008] EWHC 344 (Comm). De clause “*Stock Level and minimum purchase*” voorzag onder meer: “5.3. During the term of this Agreement the Buyer will order the following minimum quantities of Products: [...] 5.5 Take or pay: the Buyers collectively will pay for the minimum quantities of Products as indicated in this Article at 5.3 of Jaypol 1183, Jaypol BTC2 and Jaypol 1160 even if they together have not ordered the indicated quantities during the relevant monthly period.”

24. In hoger aangehaalde zaak *M&J Polymers Ltd / Imerys Minerals Ltd* (voetnoot 23) merkte rechter Burton het volgende op: “*There may be situations in which if goods have been manufactured they are simply unsaleable, and if their storage has been costly the price may even amount to a lesser sum than might have been recoverable by way of a damages claim: or if the goods have not been manufactured the outgoings, by way of expenditure upon raw materials, staff, equipment, utilities etc., perhaps at a time of industry downturn, may well have been expended in any event.*”

25. J. HERBOTS, “De nieuwe wet op de schadebedingen: het zogenaamde strafbeding” in S. STIJNS en H. VANDENBERGHE (eds.), *Verbintenissenrecht*, Themis 23, Brugge, die Keure, 2001, (39), nr. 12; H. SCHELHAAS, “Het boetebeding in Nederland en België” in *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, (295), 316; P. WÉRY, “La clause pénale” in P. WÉRY (ed.), *Les clauses applicables en cas d’inexécution des obligations contractuelles*, Brugge, die Keure, 2001, (249), nr. 49.

26. Zie O. VANDEN BERGHE, o.c., in *Verbintenissenrecht*, Themis 23, 51, nr. 14.

27. Zie I. DEMUYNCK, “De nieuwe wet op de strafbedingen: het matigingsrecht gelegaliseerd”, *RW* 1999-2000, (105), nr. 9; C. DELFORGE, “Entre prudence et audace... Réflexions sur la récente modification des dispositions du Code civil relatives à la clause pénale et aux intérêts moratoires”, *Rev.not.b.* 1999, (594), 607.

28. Zie S. STIJNS, “Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie”, *RW* 2001-02, (1258), nr. 39; O. VANDEN BERGHE, o.c., in *Verbintenissenrecht*, Themis 23, nrs. 20 e.v.; K. VANDERSCHOT, “De sanctionering van abusieve partijbeslissingen bij contractuele wanprestatie: de verschillende gedaantes van de matigende werking van de goede trouw”, *TBBR* 2005, (87), 95-96.

29. Over de voorwaarden en de gevolgen van rechtsmisbruik, zie S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2005, 62-72.

van de overeenkomst). Het mechanisme van dit soort clausules werd door Irma Moreau-Margrève als volgt samengevat: “*Le schéma de l'accord se ramène ainsi à une définition des exigences déterminant ce qu'on peut appeler l'exécution normale du contrat suivie de la reconnaissance à l'une des parties contractantes d'une faculté, soumise à la déduction d'une somme d'argent, de ne pas satisfaire à cette exécution normale du contrat.*”³⁰

10. Past een *take or pay* clausule binnen dit schema? Kan de geldschuld beschouwd worden als een vergoeding ingevolge niet-afname (één niet-afname, dan wel een permanente niet-afname, in welk geval men staat voor een opzegvergoeding)? Dit dient geval per geval te worden beoordeeld aan de hand van het contract, op zoek naar de wil van de partijen. Indien uit het contract blijkt dat de bedongen geldsom een vergoeding is ingevolge het recht van de afnemer om (definitief of tijdelijk) niet af te nemen, zal deze vergoeding beschouwd worden als een opzegbeding of een ander beding dat een vergoeding voorziet ingevolge een niet-foutieve niet-uitvoering. Deze bedingen voorzien weliswaar in een vergoeding, maar niet ingevolge een wanprestatie, zijn daarom geen strafbedingen en kunnen daarom niet gematigd worden krachtens artikel 1231 BW³¹. Deze conventionele vergoedingen blijven uiteraard nog onderworpen aan de vereisten van openbare orde en goede zeden (art. 6 BW) maar de rechtspraak is weigerachtig om de wanverhouding tussen een vergoeding en de potentiële schade te beschouwen als strijdig met de openbare orde³². Vermits de matiging in toepassing van artikel 1231 BW onmogelijk is voor opzegbedingen en de nietigheid van buitensporige opzegbedingen op grond van artikel 6 BW eerder uitzonderlijk lijkt, rest de figuur van rechtsmisbruik om de uitoefening van opzegbedingen te matigen³³.

11. Ook deze kwalificatie is niet de meest geschikte in echte *take or pay* contracten. De afwijzing van de kwalificatie als strafbeding hoeft niet noodzakelijk te leiden tot een kwalificatie als opzegbeding. Het valt immers te betwijfelen dat een *take or pay* clausule een “vergoeding” viseert in

geval van “niet-afname”. Het contract voorziet doorgaans integendeel dat de prijs verschuldigd is en blijft, *ongeacht of alle volumes al dan niet worden afgenomen*. Ook de periodiciteit van de geldschuld blijft trouwens ongewijzigd (terwijl een opzegvergoeding meestal de onmiddellijke opeisbaarheid ervan impliceert). De keuze om niet meer af te nemen vormt dus zeker in de regel geen opzegging van het contract, opzegging die in *take or pay* contracten trouwens vaak uitdrukkelijk wordt uitgesloten. Indien in een *take or pay* contract de prijs niet zozeer de tegenprestatie is voor de goederen, maar de tegenprestatie voor de garantie op een mogelijkheid tot bevoorrading, is het moeilijk om de niet-afname te beschouwen als een “niet-uitvoering” en de geldschuld als een daaropvolgende “vergoeding”. Is het niet eerder zo dat zowel de beslissing tot afname als de beslissing tot niet-afname kadert in een “normale uitvoering van de overeenkomst”? Met andere woorden in *take or pay* contracten hoeft men niet noodzakelijk te spreken van een primaire verbintenis (de afname tegen een prijs) en een subsidiaire verbintenis (de vergoeding ingevolge niet-afname). Men zou eerder gewag kunnen maken van alternatieve verbintenissen³⁴ (verbintenissen die op één lijn staan en waaruit de schuldenaar zelf mag kiezen), of beter nog van één enkele, ongewijzigde verbintenis: de betaling van de prijs, zoals hierna gesuggereerd.

3.3. Prijs?

12. Kunnen de door de leverancier gevorderde sommen gekwalificeerd worden als een prijs, zelfs als de afnemer de goederen niet (meer) afneemt? Een leverancier kan in principe alvast niet alleen de prijs factureren voor de geleverde goederen, maar ook voor de reeds geproduceerde maar nog niet geleverde goederen. Niet-levering is immers niet noodzakelijk onverenigbaar met een facturatie van de prijs³⁵. Oordelen dat het niet in ontvangst nemen van de goederen noodzakelijk de uitvoering in natura en de aanrekening van de prijs zou verhinderen zou inhouden dat het de schuldenaar is die beslist over de op hem toe te passen sanctie, hetgeen niet het geval is³⁶. Zeker als het *take or pay* contract een

³⁰ I. MOREAU-MARGRÈVE, o.c., *RCJB* 2001, (112), 123.

³¹ Zie bv. Cass. 30 maart 2001, *Arr.Cass.* 2001, 566, *Pas.* 2001, I, p. 560, concl. Bresseleers; Cass. 6 september 2002, *RABG* 2003, 637, noot J. BAECK; H. SCHELHAAS, “Opzegbeding versus strafbeding” (noot onder Bergen 22 oktober 2003), *TBH* 2005, 102.

³² Cass. 6 december 1996, *Arr.Cass.* 1996, 1169, *Bull.* 1996, 1241, *AJT* 1997-98, 102, noot R. PASCARIELLO, *RW* 1998-99, 680; Cass. 6 september 2002, *RABG* 2003, 637, noot J. BAECK; Cass. 8 december 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 427, *Pas.* 1989, I, p. 389; Cass. 22 oktober 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1318, *Bull.* 1999, 1373, *RCJB* 2001, 103, noot I. MOREAU-MARGRÈVE, *RW* 2001-02, 1502, *TBBR* 2001, 552, *JLMB* 2000, 476; O. VANDEN BERGHE, “Het toepassingsgebied van artikel 1231 BW betreffende overdreven strafbedingen: een kritische analyse”, *TBBR* 2004, (62), nr. 24.

³³ Over rechtsmisbruik, zie randnr. 21 en 22.

³⁴ In die zin, T. SCHOORS, o.c., in *Handboek milieu- en energierecht*, 1599, nr. 126.

³⁵ Deze situatie kan zich bv. voordoen bij de uitoefening van een eigendomsvoorbehoud: deze uitoefening leidt niet noodzakelijk tot de ontbinding van de koopovereenkomst, zodat de verkoper nog steeds de prijs kan vorderen eerder dan een ontbindingsvergoeding. Het is trouwens enkel als het wordt aangewend tot de betaling van de prijs dat het eigendomsvoorbehoud tegenwerpelijk is aan derden bij samenloop (zie hierover E. DIRIX, “Eigendomsvoorbehoud”, *RW* 1997-98, (481), 484, nr. 8; P. COLLE en B. VAN DEN BRANDE, “Het eigendomsvoorbehoud verbintenisrechtelijk bekeken en tegenwerpelijkheid van het beding in de verschillende samenloop situaties” in B. TILLEMANS en P.-A. FORIERS (eds.), *De koop/La vente*, Brugge, die Keure, 2002, (163), 173, nr. 14). De prijsfactuur wordt dus niet gecrediteerd, maar zij wordt betaald door de waarde van de desbetreffende goederen onder eigendomsvoorbehoud. Vermits in de praktijk de wanbetaling meestal een gevolg is van de insolventie van de koper wordt deze berekening zelden gedaan en neemt de verkoper genoegen met de teruggenomen goederen zonder aan te dringen op een eventueel saldo.

³⁶ Zie randnr. 18.

“make-up”-clausule voorziet waardoor de afnemer later nog de betaalde maar niet afgenomen volumes kan ontvangen, is de aanrekening van een prijs verantwoord. Kan een prijs ook worden aangerekend als vaststaat dat de goederen nooit geproduceerd zullen worden (omdat de afnemer verklaard heeft geen gebruik te maken van zijn recht op afname)? Hier opnieuw zal de kwalificatie van de overeenkomst relevant zijn. In een koopovereenkomst is verkoop van toekomstige goederen mogelijk³⁷, maar als op het ogenblik van de verkoopovereenkomst de definitieve beslissing tot niet-afname reeds vaststaat, kan men de vraag stellen of de overeenkomst niet aangetast is door een gebrek aan voorwerp en er wel nog een *verkoopprijs* kan worden aangerekend. Als een *take or pay* contract daarentegen ruimer wordt opgevat als een *sui generis* contract met als voorwerp de garantie van de mogelijkheid tot bevoorrading eerder dan als een contract dat enkel draait om de verkoop van goederen³⁸, stelt de verdere aanrekening van een prijs geen noemenswaardig probleem. Dan vormt de periodieke prijs niet (zozeer) de tegenprestatie voor de verkoop van de goederen, maar (eerder) de prijs voor het recht op een verzekerde bron van goederen voor een lange duur, en dus impliciet een vergoeding voor de prestaties en investeringen die de leverancier daartoe verricht heeft (eigen aankoopverbintenissen, productiecapaciteit, opslagcapaciteit,...)³⁹. In dat geval kan de geldschuld nog blijvend als een prijs worden bestempeld, ongeacht de niet-afname⁴⁰. Ook de klant die een onderhoudscontract of een ander soort dienstenabonnement heeft onderschreven is vaak gehouden tot periodieke betaling van de prijs ongeacht of hij en hoe frequent hij beslist om een beroep te doen op de technische tussenkomsten of op de dienst.

13. Wat is het lot van de goederen als de klant heeft betaald zonder af te nemen tijdens de daartoe voorziene tijdspannes? Als het contract wordt opgevat als een verkoop, doch niets bepaalt over het lot van de betaalde goederen, kan men aannemen dat de koper een recht behoudt op een uitgestelde levering van de gekochte goederen, mits hij alle gevolgen en kosten draagt van dit uitstel. Het contract kan deze mogelijkheid en de modaliteiten ervan uitdrukkelijk voorzien in een zgn. “make-up”-clausule. Een *take or pay* contract kan echter ook voorzien dat de afnemer die niet binnen de daartoe

voorzien tijdspanne afneemt helemaal geen recht meer heeft op een latere levering van de desbetreffende volumes, ondanks de betaling van de prijs. Dit kan verantwoord zijn omdat het product, de markt of het productieproces van die aard is dat opslag, uitgestelde productie of levering moeilijk ligt. Zo’n contractuele bepaling is in principe niet ongeldig want zij holt de verbintenissen van de leverancier niet uit⁴¹. Zeker als het *take or pay* contract wordt opgevat als een *sui generis* contract dat draait om de garantie om beleverd te kunnen worden eerder dan om de verkoop zelf, schijnen dergelijke clausules rechtsgeldig te zijn. Het is evenwel niet uitgesloten dat de weigering van de leverancier om te leveren omdat de afnemer niet precies heeft besteld of afgenomen binnen de daartoe voorziene tijdspannes gesanctioneerd wordt als rechtsmisbruik.

14. Als men aanneemt dat de geldschuld een *prijs* uitmaakt komt het niet aan de rechter toe om deze overeengekomen prijs te beoordelen op zijn gelijkwaardigheid aan de daartegenover staande verbintenissen, behoudens in de uitzonderlijke hypothese van gekwalificeerde benadeling. Evenmin kan de afnemer zich beroepen op een onmogelijke uitvoering van deze verbintenis tot betaling van een geldsom⁴². De rechtbank van koophandel te Brussel werd geconfronteerd met een afnemer in een *take or pay* contract die stelde de bedongen prijs niet meer te kunnen betalen, vermits hij de goederen in die omstandigheden niet kon doorverkopen, gelet op de dollarkoers en de prijs die concurrenten inmiddels hanteerden. De rechtbank oordeelde in een vonnis van 29 januari 2008 dat de afnemer zich niet kon beroepen op overmacht, vermits een moeilijker of meer kostelijke uitvoering geen onmogelijke uitvoering vormt, en er daarenboven geen sprake was van factoren die onvoorzienbaar waren door de afnemer op het ogenblik van de contractsluiting⁴³. Zelfs als de periodieke geldschuld een prijs uitmaakt en dus niet als een straf- of opzegbeding kan worden beschouwd dringt de vraag zich op of de afnemer niet een vervroegd einde van de overeenkomst kan nastreven, om alsnog te ontsnappen aan een deel van zijn verbintenissen. Inderdaad, eenmaal de *take or pay* overeenkomst beëindigd is kan de prijs niet verder worden aangerekend⁴⁴.

^{37.} Art. 1130 BW.

^{38.} Zie randnr. 2.

^{39.} Vgl. met leasing, waar de vergoedingen te betalen door de lessee niet de tegenprestatie vormen voor de terbeschikkingstelling van de goederen maar voor de financiering ervan door de lessor (A. CHAMBEROD en P.-A. FORTIERS, o.c. in *Handboek Leasing*, 136, nr. 21).

^{40.} In die zin B. HOLLAND en P. ASHLEY die menen dat de High Court in de zaak *M&J Polymers Ltd / Imerys Minerals Ltd* (zie voetnoot 23) de “pay” verbintenis had moeten kwalificeren als een “prijs” (“debt”) eerder dan als een strafbeding (“damages”) (http://findarticles.com/p/articles/mi_qa5291/is_20080508/ai_n25480802/); zie ook G. BLOCK *et al.*, o.c., *MER* 2007, (3), 504, nr. 22.

^{41.} Over uithollende exoneratiebedingen, zie A. VAN OEVELEN, “Exoneratiebedingen en vrijwaringsbedingen” in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, (1), 17-19; O. VANDEN BERGHE, “Exoneratiebedingen in het gemeen recht en in het consumentenrecht” in *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, (41), 44.

^{42.} A. VAN OEVELEN, “Overmacht en imprevisie in het Belgisch contractenrecht”, *TPR* 2008 (605), nr. 5.

^{43.} Kh. Brussel, 29 januari 2008, A/07/02838, *onuitgeg.*

^{44.} Zie voor een toepassing hiervan: England and Wales High Court 29 februari 2008, *M&J Polymers / Imerys Minerals*, [2008] *EWHC* 344 (Comm), randnr. 39.

4. DE VOORTIJDIGE BEËINDIGING VAN DE TAKE OR PAY OVEREENKOMST

15. Een *take or pay* overeenkomst is doorgaans van bepaalde duur⁴⁵. Dit houdt in dat partijen voor de duur ervan verbonden zijn en de ene partij in principe de (gedwongen) uitvoering ervan kan nastreven tot het verstrijken van de termijn. In een verziekte contractverhouding zal de contractpartij die niet meer wenst af te nemen vaak een voortijdig einde van de overeenkomst nastreven. Hierna wordt nagegaan in welke mate opzegging, ontbinding, verval en rechtsmisbruik kunnen leiden tot een vervroegd einde van een *take or pay* contract van bepaalde duur.

4.1. Voortijdig einde door opzegging?

16. Opzegging is in principe uitgesloten bij overeenkomsten van bepaalde duur, hetgeen vrij logisch is. Als partijen een overeenkomst van bepaalde duur hebben afgesloten streven zij hiermee de zekerheid na dat zij wederzijds voor die duur gebonden zijn. Geen van de partijen kan de overeenkomst voortijdig beëindigen zonder motief⁴⁶. *Take or pay* contracten zijn meestal van bepaalde duur en dus onopzegbaar. Ofschoon eerder onwaarschijnlijk, is het niet uitgesloten dat een *take or pay* clause in bepaalde contracten een opzeggingsrecht verleent aan de afnemer. Indien het contract van bepaalde duur zo'n mogelijkheid voorziet, hetgeen perfect geldig is⁴⁷, kan de leverancier zich niet verzetten tegen de uitoefening van dit opzeggingsrecht en zal de overeenkomst voortijdig worden beëindigd. Het te betalen bedrag dat contractueel werd verbonden aan de voortijdige beëindiging (al dan niet gelijk aan 100% van de prijs, al dan niet onmiddellijk opeisbaar) is in dat geval een opzegvergoeding en zal getoetst worden aan de openbare orde en het verbod op rechtsmisbruik⁴⁸.

17. Een belangrijke uitzondering op de principiële onopzegbaarheid van contracten van bepaalde duur geldt voor aannemingsovereenkomsten. Krachtens artikel 1794 BW kan een aanneming van bepaalde duur worden opgezegd door de klant (niet door de aannemer) met als gevolg dat de klant de aannemer moet schadeloos stellen "*voor al zijn uitgaven, al zijn arbeid, en alles wat hij bij die aanneming had kunnen winnen*". Vermits artikel 1794 BW niet van dwingend recht is kunnen partijen van deze opzegbaarheid afwij-

ken in de overeenkomst. Ingeval een *take or pay* contract zou worden opgevat als een aannemingsovereenkomst⁴⁹ zal de klant de overeenkomst kunnen opzeggen, tenzij indien dit contractueel wordt uitgesloten (wat vaak uitdrukkelijk zal gebeuren in *take or pay* contracten).

4.2. Voortijdig einde door ontbinding?

18. De ontbinding is, zoals de opzegging, een beëindigingwijze van de overeenkomst, maar in tegenstelling tot de opzegging is de ontbinding gemotiveerd door de wanprestatie van de andere partij, terwijl de opzegging gebeurt buiten elke wanprestatie om. De ontbinding is dus, in tegenstelling tot de opzegging, een sanctie. De keuze voor de ontbinding behoort toe aan het slachtoffer van de contractuele wanprestatie, niet aan de foutieve contractpartij⁵⁰. De afnemer die de verschuldigde bedragen niet betaalt kan dus zelf niet zijn sanctie kiezen. Toch kan de schuldenaar in bepaalde gevallen zelf de ontbinding nastreven eerder dan de uitvoering in natura, door te argumenteren dat de vordering tot uitvoering in natura rechtsmisbruik uitmaakt⁵¹.

19. Ofschoon *take or pay* contracten doorgaans (soms zelfs uitdrukkelijk) inhouden dat de normale uitvoering voor de ganse duur ervan tot de essentie van het contract behoort, kunnen zij toch de hypothese van de ontbinding voorzien. De inlassing van een uitdrukkelijk ontbindend beding ontnemt aan de leverancier immers niet het recht om bij wanprestatie te kiezen voor de uitvoering in natura⁵². In geval van ontbinding van de overeenkomst is het slachtoffer van de wanprestatie gerechtigd op een integrale schadevergoeding, waarvoor men kan uitgaan van de gedeerde winst tussen het ogenblik van de ontbinding en het normale einde van de overeenkomst. Bij *take or pay* contracten kan, gelet op hun economie, deze schade bijzonder hoog oplopen. Indien het contract een uitdrukkelijk ontbindend beding voorziet zal het meestal de schadevergoeding bij ontbinding reeds forfaitair vastleggen (al dan niet gelijk aan 100% van de prijs, al dan niet onmiddellijk opeisbaar). Dit strafbeding zal onderworpen worden aan de vereiste van het vergoedend karakter en desgevallend door de rechter gematigd worden⁵³.

⁴⁵. Voor mededingingsrechtelijke vragen rond de duur van energiecontracten, zie G. BLOCK *et al.*, o.c., *MER* 2007, (3), nrs. 125 e.v.; B. KOHL *et al.*, o.c., *JT* 2009, (349), 352-353.

⁴⁶. Over de onopzegbaarheid van contracten van bepaalde duur, zie I. CLAEYS, "Van bepaalde naar onbepaalde duur en terug", *TPR* 2008, (375), 393-396; F. VERMANDER, "Bedingen over de duur van het contract, zijn voortzetting en zijn opzegging" in *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, (227), 251.

⁴⁷. Zie I. CLAEYS, "Van bepaalde naar onbepaalde duur en terug", *TPR* 2008, (375), 438-442.

⁴⁸. Zie randnr. 10.

⁴⁹. Zie randnr. 2.

⁵⁰. Cass. 30 januari 2003, *JLMB* 2004, 672, *TBBR* 2004, 405; S. STIJNS, "Uitdrukkelijk ontbindende bedingen, ontbindende voorwaarden en vervangingsbedingen" in *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, (77), 80, nr. 6.

⁵¹. Zie randnrs. 21 en 22.

⁵². S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 496.

⁵³. Zie randnr. 8.

4.3. Voortijdig einde door verval of overmacht?

20. Een overeenkomst is aangetast door verval (“*caducité*”) als haar uitvoering materieel onmogelijk is geworden doordat haar voorwerp (meer bepaald het voorwerp van haar kenmerkende verbintenis) door een gebeurtenis is weggevalen. De figuur van het verval wegens het wegvallen van het voorwerp biedt een uitweg als een overeenkomst haar bestaansreden heeft verloren⁵⁴. In de regel zal verval van een *take or pay* contract optreden als bijvoorbeeld door overmacht in het ontginnings-, productie- of leveringsproces de desbetreffende goederen definitief verdwenen zijn en productie en/of levering in de toekomst materieel onmogelijk is. In theorie zouden partijen hiervan kunnen afwijken door te bedingen dat zelfs in dat geval de *pay*-verbintenis van de klant blijft bestaan, maar de geldigheid van zo’n clause is in de regel eerder bedenkelijk⁵⁵. Een materiële onmogelijkheid in hoofde van de afnemer om af te nemen zal daarentegen moeilijker leiden tot het verval van de overeenkomst, vermits deze niet-afname niet de essentie van de overeenkomst aantast, en daarenboven eerder van tijdelijke aard zal zijn. Evenmin is een daling van de vraag naar het product een geval van overmacht of een aanleiding tot verval⁵⁶; a fortiori zal een eenzijdige beslissing van de afnemer om de betrokken activiteit te staken niet leiden tot verval. Het is immers eigen aan *take or pay* contracten dat de afnemer een risico draagt dat hij niet of minder draagt in een traditioneel bevoorradingscontract. Doorgaans worden in *take or pay* contracten de gevallen van voortijdige beëindiging uitgesloten of beperkend opgesomd.

4.4. Voortijdig einde door de matiging wegens rechtsmisbruik van de vordering tot verdere uitvoering?

21. Bij een verziekte contractverhouding zal de afnemer die zich wenst te ontdoen van het contract vaak inroepen dat de vordering tot verdere uitvoering rechtsmisbruik uitmaakt in hoofde van de leverancier. Indien de afnemer kan hardma-

ken dat de keuze van de schuldeiser voor de verdere gedwongen uitvoering getuigt van rechtsmisbruik, kan de rechter deze keuze sanctioneren en een andere sanctie opleggen aan de afnemer: de ontbinding van de overeenkomst⁵⁷. In principe zouden rechters zeer terughoudend moeten zijn en slechts uitzonderlijk moeten besluiten tot rechtsmisbruik, indien een marginale toetsing leert dat de partijbeslissing manifest abusief is⁵⁸. Rechtsmisbruik is nochtans een alomtegenwoordig typeargument geworden dat de bindende kracht van overeenkomsten op de helling zet en zeer regelmatig vorderingen tot verdere uitvoering verhindert.

22. *Take or pay* contracten zijn in wezen contracten waarin de normale verdere uitvoering essentieel is, en die als het ware reeds (al dan niet uitdrukkelijk) motiveren waarom een vraag tot uitvoering in natura geen rechtsmisbruik vormt. Deze motivering in het contract kan, indien zij als verantwoord overkomt, enig nut hebben. Zij biedt evenwel geen absolute immuniteit tegen het verwijt van rechtsmisbruik. Ondanks de clause zal een rechter nog steeds op basis van de omstandigheden van het ogenblik kunnen oordelen dat de vordering tot gedwongen uitvoering voor de ganse duur van de overeenkomst getuigt van rechtsmisbruik. Daartoe besliste de rechtbank van koophandel te Brussel in hoger aangehaald vonnis van 29 januari 2008⁵⁹. Voor de beoordeling van rechtsmisbruik zullen concrete elementen een rol spelen: het productieschema, het tijdstip van productie⁶⁰, de door de leverancier gedane investeringen en aangegane verbintenissen, het al dan niet bestaan van een make-up-clause, de oplossingen die door de afnemer zelf worden voorgesteld,... Maar *in fine* zal ook hier toch rekening moeten gehouden worden met het feit dat het *take or pay* contract in wezen aan de afnemer een belangrijk economisch risico doet dragen. Het is vaak omdat de afnemer dit risico op zich heeft genomen en aldus de *take or pay* verbintenis heeft aangegaan dat hij kon genieten van leveringen aan een vaste prijs. Indien de afnemer deze verbintenissen niet had aangegaan was er mogelijks helemaal geen contract geweest (of toch niet aan dezelfde prijs) en had de leverancier zijn activiteit

⁵⁴. Zie P.-A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Brussel, Bruylant, 1998; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2005, 100-101.

⁵⁵. Zie randnr. 4.

⁵⁶. Zie B. KOHL *et al.*, *o.c.*, *JT* 2009, (349), 351-352, nr. 16.

⁵⁷. Cass. 16 januari 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 683, *Pas.* 1986, I, p. 602, *RCJB* 1991, 4, noot M. FONTAINE, *RW* 1987-88, 1470 noot A. VAN OEVELEN; K. VANDERSCHOT, *o.c.*, *TBBR* 2005, (87), 93-95.

⁵⁸. S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2005, 67; O. VANDEN BERGHE, “De keuze van de schuldeiser voor de uitvoering in natura boven de ontbinding van de overeenkomst” (noot onder Kh. Brussel 21 juni 1999), *AJT* 1999-2000, (509), nrs. 12 e.v.; K. VANDERSCHOT, *o.c.*, *TBBR* 2005, (87), nrs. 6 en 10.

⁵⁹. Kh. Brussel, 29 januari 2008, A/07/02838, *onuitgeg.* De rechtbank sprak zich niet uit over de kwalificatie van de *take or pay* clause als strafbeding of als andere contractuele clause, maar oordeelde dat de vordering tot verdere betaling van de prijs voor nog niet geproduceerde goederen, eerder dan de ontbinding met schadevergoeding, getuigde van rechtsmisbruik in hoofde van de leverancier omwille van de wanverhouding tussen het voordeel dat de voortzetting verschaft aan de leverancier en de correlatieve last op de afnemer.

⁶⁰. Dit element schijnen Kohl, Salzburger en Vanwijck-Alexandre als een beslissend motief te zien voor rechtsmisbruik: de uitvoering vorderen van het contract terwijl de goederen nog niet geproduceerd zijn zou in de regel wijzen op rechtsmisbruik (B. KOHL *et al.*, *o.c.*, *JT* 2009, (349), 358, nrs. 58 en 59). Het zijn nochtans vaak de investeringen en de verbintenissen aangegaan door de leverancier soms lange tijd voor de eerste levering die, naast de productiekost zelf, de essentie van de economische last vormen voor de leverancier en het motief voor de *take or pay* verbintenis (zie bv. het Nederlandse geval aangehaald onder randnr. 5 en het citaat van rechter Burton in voetnoot 24). Het feit dat een beslissing tot niet-afname wordt meegedeeld vóór productie is een mogelijk element in de beoordeling van rechtsmisbruik, maar zeker geen determinerend element.

en eigen investeringen en verbintenissen hier niet of minder op gericht. In die omstandigheden dient m.i. voorzichtig te worden omgegaan met het besluiten tot rechtsmisbruik in hoofde van de leverancier die de gewone uitvoering vordert van het contract. Zeker als de prijs ab initio wordt opgevat niet zozeer als de tegenprestatie voor de levering van producten, maar eerder als de tegenprestatie voor de langetermijngarantie op een mogelijke bevoorrading, ongeacht of en

in welke mate er effectieve afname is, schijnt het nog moeilijker dan anders om van rechtsmisbruik te spreken in hoofde van degene die bij niet-afname toch de prijs vraagt. De hypothese van niet-afname is immers inherent aan de prijs. Een weigering door de leverancier van een contractoverdracht door de klant aan een nieuwe afnemer zou daarentegen wel kunnen getuigen van rechtsmisbruik⁶¹.

5. BESLUIT

23. De neiging tot juridische categorisering leidt ertoe dat *take or pay* contracten op het eerste gezicht beschouwd worden als kadercontracten inzake koop, en de geldsom die voorzien wordt bestempeld wordt hetzij als een strafbeding, hetzij als een conventionele opzegvergoeding zodra er geen afname plaatsvindt. Deze mogelijke kwalificaties zullen ongetwijfeld in bepaalde gevallen geschikt zijn. Het debat over het onderscheid tussen opzegbedingen en strafbedingen mag echter niet doen vergeten dat er nog andere soorten clausules bestaan en dat een clausule die de betaling van een bepaalde geldsom voorziet niet noodzakelijk tot een van deze categorieën moet worden herleid. Een *take or pay* clausule kan aldus gewoon inhouden dat de prijs niet zozeer de tegenprestatie is voor de gekochte goederen, maar de tegenprestatie voor de onherroepelijke garantie (behoudens overmacht) op mogelijke bevoorrading, waardoor een *take or pay* contract een *sui generis* contract wordt. Vanuit dit oogpunt zijn *take or pay* clausules minder uitzonderlijk dan zij op het eerste gezicht lijken⁶², vormen zij geen (buitenspo-

rige) straf- of opzegbedingen, maar enkel prijsclausules waaraan in de regel niet kan geraakt worden. Dit betekent uiteraard niet dat alle als "*take or pay*" betitelde clausules per definitie afdwingbaar zijn tot het einde. Een geval per geval beoordeling van zgn. *take or pay* clausules met als leidraad de werkelijke wil van de partijen eerder dan de bewoordingen van het contract⁶³ zou kunnen leiden tot een herkwalificatie ervan als straf- of opzegbeding. Ongeacht deze kwalificatie van de clausule blijft in elk geval het argument van rechtsmisbruik voorhanden, argument dat marginaal en met grote omzichtigheid moet worden aangenomen. De leverancier die de blijvende betaling vordert tot het einde van het contract, ongeacht of de klant al dan niet afneemt, zou rechtsmisbruik verweten kunnen worden, in het bijzonder in die gevallen waar een economische verantwoording voor de *take or pay* clausule ontbreekt en de clausule enkel werd ingelast in een poging om de mogelijke controle door de rechter te vermijden.

⁶¹. Zie B. KOHL *et al.*, *o.c.*, *JT* 2009, (349), 358, nr. 62.

⁶². In een Engels geval waar een *take or pay* mechanisme was voorzien in een contract van langdurige logistieke dienstverlening door de Port Authority van Tilbury oordeelde Lord Justice Rix: "There is nothing absurd about a *take or pay* minimum obligation. Such provisions are common, and they are particularly used where, as here, one party has to expend significant sums of money for the purposes of the contract and needs to look to the contract for a secure annual income stream which will pay the ongoing financial cost of its investment." (England and Wales Court of Appeal 23 januari 2009, *Port of Tilbury (London) Ltd / Stora Enso Transport & Distribution Ltd*, [2009] EWCA Civ 16, randnr. 28.

⁶³. Art. 1156 BW.