

CORONA-MAATREGELEN EN COMMERCIËLE CONTRACTEN, BEVINDINGEN NA EEN WEEK

Auteur: Pieter van Dijk, advocaat en partner bij Lexence



Inleiding

De eerste week van thuiswerken, in een poging met Lexence een (kleine) bijdrage te leveren aan het vertragen van de verspreiding van het coronavirus, leverde (naast een part time onderwijzersbaan) veel vragen op over tekortkomingen in de nakoming van commerciële contracten.

Oplossen van het probleem, doe het samen

Waar de op het tegengaan van het virus gerichte overheidsmaatregelen op macroniveau een remmend effect hebben op de economie, door vraaguitval, aanvoerproblemen of het volledig stilvallen van sectoren (zoals leisure en horeca), worden op microniveau commerciële contracten beproefd, nu de nakoming van overeengekomen afname- of leveringsverplichtingen als gevolg van de coronacrisis niet steeds mogelijk blijkt.

In veel gevallen die mij de afgelopen week bereikten (van afgezegde evenementen tot aanvoerproblemen van goederen uit Zuidoost-Azië of vergrendelde Europese landen of streken), bleken cliënten juridisch advies te vragen voor het geval overleg over het bijstellen van contractafspraken met hun wederpartijen geen soelaas zou bieden. *Worst case* derhalve. Als *best case* werd beschouwd, het samen vinden van een redelijke oplossing en het delen van het opgekomen nadeel. Die benadering spreekt mij aan. Als doorsnee burger, omdat niemand hierom heeft gevraagd en - de woorden van onze minister-president indachtig - deze tijden meer dan ooit vragen om het samen oplossen van de problemen, maar ook als jurist, omdat die benadering steun vindt in het recht.

Overmacht

In mijn 25-jarige advocatencarrière heb ik het woord overmacht zelden zo vaak horen uitspreken als in de telefoongesprekken die ik in de afgelopen week voerde. Dat is logisch, er spelen majeure krachten die buiten de invloedssfeer van partijen liggen. Het is echter de vraag of de corona-maatregelen een beroep op overmacht steeds zullen rechtvaardigen.

Wettelijke overmacht

Uitgangspunt in ons recht is dat verbintenissen uit hoofde van een overeenkomst worden nagekomen. Een partij die daarin toerekenbaar tekortkomt, is jegens de andere partij schadeplichtig (art. 6:74 Burgerlijk Wetboek (BW)). De tekortkoming dient dus toerekenbaar te zijn om tot schadeplichtigheid te leiden. Overmacht neemt de toerekenbaarheid van een tekortkoming weg. Art. 6:75 BW bepaalt: *“Een tekortkoming kan de schuldenaar niet worden toegerekend, indien zij niet is te wijten aan zijn schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.”* Van de tekortschietende partij kan als gevolg daarvan geen nakoming worden gevorderd en zij is jegens de andere partij niet schadeplichtig. Wel kan haar wederpartij de overeenkomst ontbinden wegens de tekortkoming. Bij het invoeren van het ontbindingsrecht, speelt de toerekenbaarheid geen rol. Een tekortkoming is daartoe in beginsel voldoende.

In het geval van de coronamaatregelen is van overmacht slechts sprake als de tekortschietende partij de prestatie waartoe hij zich jegens de andere partij heeft verbonden niet kan leveren als gevolg van die maatregelen. Om bij de hiervoor genoemde praktijkvoorbeelden te blijven, te denken valt aan het niet

kunnen leveren van goederen onder een *supply agreement* door een corona-gerelateerd importverbod; het afgelasten van een evenement omdat de overheidsmaatregelen die eenvoudigweg niet toestaan. Als de prestatie wel geleverd kan worden, maar een partij meent dat dat van haar niet langer kan worden verlangd, omdat als gevolg van de maatregelen veel hogere kosten of ander nadeel aan die prestatie zijn verbonden en de commerciële uitgangspunten die partijen bij het aangaan van de overeenkomst voor ogen hadden niet meer kloppen, is geen sprake van overmacht in wettelijke zin. Als de prestatie bestaat in betaling van een geldsom, zal een beroep of overmacht zelden slagen.

Contractuele overmacht

Dikwijls bevatten commerciële contracten eigen overmachtsbepalingen, die van de wettelijke bepaling afwijken. Dat mag, omdat art. 6:75 BW van regelend recht is en afwijkingen zijn toegestaan. De wettelijke overmachtsdefinitie is tamelijk abstract geformuleerd en gunstiger voor crediteuren dan debiteuren, zodat debiteuren er belang bij hebben om een voor hen gunstiger risicoverdeling te bedingen. Als ik voor een partij een contract opstel, waarvan ik weet dat zij voor het leveren van haar prestatie in hoge mate afhankelijk is van derden, probeer ik vaak het niet (tijdig) presteren van die derde onder de contractuele overmachtsdefinitie te scharen, of, als dat niet lukt, overmacht te definiëren als iedere omstandigheid waarop de debiteur geen redelijke controle kan uitoefenen. Dat is aanzienlijk breder dan de definitie van art. 6:75 BW. (Als ik de pen voer voor de crediteur zwijg ik doorgaans over overmacht en vertrouw ik bij voorkeur op de wet).

Als een contract een overmachtsbepaling bevat, zal moeten worden gezien of de coronacrisis kwalificeert als overmacht in de zin van het contract en, zo ja, welke contractuele gevolgen daaraan zijn verbonden.

Onvoorziene omstandigheden

Zoals gezegd vindt steun in de wet, de gedachte dat contractspartijen samen moeten zoeken naar een redelijke oplossing in het geval zij worden geconfronteerd met omstandigheden waardoor presteren overeenkomstig de uitgangspunten en de waardeverhouding tussen de wederzijdse verhoudingen die zij bij het aangaan van de overeenkomst voor ogen hadden niet langer mogelijk is.

De uitvoering van een contract naar Nederlands recht wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid. Contractpartijen moeten rekening houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. De redelijkheid en billijkheid kunnen nopen tot heronderhandeling in geval van onvoorziene omstandigheden, waarna partijen, als zij er niet uitkomen, de rechter kunnen vragen de overeenkomst te wijzigen of geheel of gedeeltelijk te ontbinden (art. 6:258 BW).

Voorzienbaarheid pandemie

Van onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 lid 1 BW is sprake als zich na het sluiten van de overeenkomst omstandigheden voordoen die partijen niet in de contractafspraken hebben verwerkt. Hoewel de coronapandemie niet de eerste pandemie in de geschiedenis is (SARS en MERS liggen nog niet zo ver achter ons), gaat het bij de toepassing van art. 6:258 BW niet zo zeer om die vorm van voorzienbaarheid. Het gaat er om dat partijen in hun contract geen rekening hebben gehouden met het risico dat een omstandigheid leidt tot een ernstige verstoring van de waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties. De coronacrisis vormt mijns inziens zo'n omstandigheid.

Voor een succesvol beroep op art. 6:258 BW door een contractspartij is vereist dat de omstandigheden waarmee geen rekening is gehouden van dien aard zijn dat haar wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding niet mag verlangen. Het tweede lid van art. 6:258 BW bepaalt daarbij echter dat wijziging of ontbinding van de overeenkomst niet mogelijk is indien de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de verkeersopvattingen voor rekening komen van degene die zich daarop beroept.

Toepassing door de rechter

Krachtens vaste rechtspraak is de rechter gehouden terughoudendheid te betrachten bij de toepassing van art. 6:258 BW. Een economische crisis wordt als zodanig in beginsel niet aanvaard als een omstandigheid die wijziging of (partiële) ontbinding rechtvaardigt. Een dergelijke omstandigheid moet worden beschouwd als een ondernemersrisico dat voor rekening dient te blijven van de partij die het treft.

Indien echter een contractspartij als gevolg van de coronamaatregelen niet langer in staat is te presteren overeenkomstig de waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties die bij het aangaan van de overeenkomst tot uitgangspunt heeft gediend, dan is er geen sprake van een normaal ondernemersrisico dat de benadeelde partij naar verkeersopvattingen moet dragen. De benadeelde partij heeft dan recht op wijziging of gehele of gedeeltelijke ontbinding van het contract.

Hoewel de rechter terughoudendheid moet betrachten bij de toepassing van art. 6:258 BW, heeft hij, nadat die horde is genomen, grote vrijheid bij het wijzigen of ontbinden van de overeenkomst. Het artikel laat in het midden wat de inhoud van de beslissing van de rechter moet zijn, maar te denken valt aan wijziging in verschillende zin, waaronder het tijdelijk (wederzijds) opschorten van verplichtingen, algehele ontbinding, verschillende vormen van gedeeltelijke ontbinding, alles eventueel onder door de rechter te bepalen voorwaarden. De rechter zal in zijn beslissing echter zoveel mogelijk aansluiting moeten zoeken bij hetgeen partijen reeds aan rechtsgevolgen hebben geregeld.

In het geval van doorlopende *supply agreements* of andere duurovereenkomsten ligt een tijdelijk opschorting van prestaties voor de hand, uiteindelijk eventueel gevolgd door (gedeeltelijke) ontbinding van die prestaties als die post-corona geen zin meer hebben. De overeenkomst kan dan post-corona voortduren. Bij een afgeblazen eenmalig evenement ligt ontbinding meer voor de hand, waarbij art. 6:258 BW de mogelijkheid biedt aan de ontbinding terugwerkende kracht toe te kennen (waarmee de ontbindingsbevoegdheid van art. 6:258 BW verder gaat dan de algemene ontbindingsbepaling van art. 6:265 BW).

Bedacht moet worden dat het beroep op 6:258 BW of het intreden van de onvoorziene omstandigheid als zodanig de schuldenaar niet ontslaat uit zijn nakomingsverplichting of hem een opschortingsrecht verleent. Zonder wijziging of (partiële) ontbinding komt de schuldenaar in verzuim te verkeren en wordt hij op voet van art. 6:74 BW schadeplichtig (tenzij de onvoorziene omstandigheid tevens overmacht oplevert en verzuim bij gebreke van toerekenbaarheid uitblijft).

De tussen partijen aanvankelijk overeengekomen contractuele risicoverdeling moet wel gehandhaafd blijven, opdat de wijziging van de overeenkomst een partij niet in een betere commerciële positie brengt dan in de overeenkomst lag besloten. Bovendien dienen eventuele voordelen, zoals eventuele sectorale overheidssteun, in een eventuele aanpassing van een overeenkomst te worden meegewogen en zo nodig tegen de nadelen die het gevolg zijn van de onvoorziene omstandigheden te worden gesaldeerd.

Hulp bij het bepalen van uw positie

Met mijn team help ik graag bij het bepalen van uw positie in commerciële contracten die door de coronacrisis niet kunnen worden nagekomen zoals door partijen beoogd en bij het vlottrekken van daardoor ontstane impasses. U kunt daartoe contact met mij opnemen op mijn onderstaande coördinaten.

Afronding

Deze whitepaper is geschreven door mr. Pieter van Dijk. Hij is partner bij Lexence Advocaten & Notarissen N.V. staat al jaren ondernemingen juridisch bij in de sectoren retail, entertainment, food en technologie. Hij is gespecialiseerd in commerciële contracten, samenwerkingsverbanden en joint ventures.

Pieter van Dijk



Telefoonnummer

+31 20 5736 833

Mobiel

+31 615 3376 306

E-mail

p.van.dijk@lexence.com

Lexence
advocaten & notarissen



