

# Corona en commerciële contracten: een schets van de (reikwijdte van de) juridisch relevante remedies

Bb 2020/32

Door een technische fout aan de zijde van Wolters Kluwer zijn in een eerdere (online) versie van dit artikel de voetnoten weggevallen.

*In deze bijdrage worden de drie belangrijkste, aan de coronacrisis te relateren leerstukken aangestipt, waarna de voornaamste discussiepunten met betrekking tot 'overmacht' en 'onvoorzien omstandigheden' worden besproken. Meer in het bijzonder wordt in deze bijdrage gestreefd een overzicht te bieden van de belangrijkste juridische remedies waar contractspartijen in de huidige omstandigheden mee te maken kunnen krijgen, en hoe deze remedies zich in het 'coronaspectrum' bewegen.*

## 1. Inleiding

Het coronavirus dat door ons land raast heeft een grote maatschappelijke impact, zo ook op de juridische verhoudingen tussen commerciële contractspartijen. Want wat als een schuldenaar vanwege overheidsmaatregelen of andere gevolgen van de coronacrisis zijn producten niet meer kan leveren of geen diensten meer kan verlenen? Of als de schuldeiser door dergelijke omstandigheden niet meer in staat is de schuldenaar overeenkomstig het bepaalde in de overeenkomst te laten presteren? Is er dan sprake van onvoorzien omstandigheden, of van overmacht, en wie van de partijen is nu eigenlijk 'gebaat' bij een beroep op dergelijke leerstukken? Het onderhavige artikel beoogt de voornoemde vragen op hoofdlijnen en naar Nederlands recht te beantwoorden, waarbij in beginsel geabstraheerd wordt van specifieke (afwijkende) contractuele afspraken. Meer in het bijzonder wordt in deze bijdrage gestreefd een overzicht te bieden van de belangrijkste juridische remedies waar contractspartijen in de huidige omstandigheden mee te maken kunnen krijgen, en hoe deze remedies zich in het 'coronaspectrum' bewegen.<sup>2</sup>

In deze bijdrage worden allereerst de drie belangrijkste, aan de coronacrisis te relateren leerstukken aangestipt (§ 2), waarna de voornaamste discussiepunten met betrekking tot 'overmacht' (§ 3) en 'onvoorzien omstandigheden' (§ 4) aan bod komen. Besloten wordt met een conclusie (§ 5).

## 2. Drie relevante leerstukken

Juridische gevolgen van de coronacrisis zijn er in alle soorten en maten, waarbij de implicaties per specifieke contractspartij (schuldeiser of schuldenaar) en per specifieke overeenkomst (koopovereenkomst, overeenkomst van opdracht, aanneming van werk, etc.) zullen verschillen. Als een van de contractspartijen tekortschiet of in de toekomst tekort dreigt te schieten vanwege omstandigheden die te herleiden zijn tot de coronacrisis – denk daarbij aan omstandigheden die direct tot overheidsmaatregelen te relateren zijn (de sluiting van openbare gelegenheden, de afgelasting van evenementen, import- of exportverboden) of omstandigheden die meer in het algemeen tot de coronacrisis te herleiden zijn (ziekte, schaarste van bepaalde producten, vertraging in de (toe)levering) – geldt wettelijk en los van afwijkende contractuele afspraken dat er een drietal relevante remedies is waar contractspartijen een beroep op kunnen doen. Het gaat hier achtereenvolgend om ontbinding van de overeenkomst (art. 6:265 BW), wijziging van de (gevolgen van de) overeenkomst (art. 6:258 BW) en schadevergoeding (art. 6:74 BW). Deze leerstukken komen in beeld in de gevallen waarin onverkorte nakoming van de contractuele afspraken voor in elk geval een van de partijen vanwege de coronacrisis niet meer mogelijk blijkt. Bij de beantwoording van de vraag of een contractspartij zich met succes op de voornoemde remedies kan beroepen, zal de discussie zich in de huidige realiteit van de coronacrisis met name toespitsen op de vraag of er sprake is van een overmachtssituatie of van onvoorzien omstandigheden. Deze wettelijke en tamelijk open normen worden in het vervolg van dit artikel besproken en getoetst aan de omstandigheden gerelateerd aan de coronacrisis. Gegeven de casuïstiek van de verschillende situaties waarin contractspartijen zich bevinden en het gebrek aan relevante jurisprudentie over de juridische gevolgen van (specifiek) de coronacrisis, wordt zodoende beoogd het (nu bekende) speelveld van contractspartijen in de huidige coronacrisis zo goed mogelijk in kaart te brengen.

Zoals al kort werd aangestipt, wordt in het onderhavige artikel geabstraheerd van specifieke (van de wet afwijkende) contractuele bepalingen. Voor de volledigheid wijzen wij erop dat het mogelijk is dat het contract een overmachts- of onvoorzien omstandighedenclausule bevat. In dat geval zal aan de hand van de *Haviltex*-maatstaf<sup>3</sup> worden bepaald of het (deels) niet presteren vanwege de gevolgen van de coronacrisis kwalificeert als overmacht of een onvoorzien omstandigheid in de zin van de specifieke contractuele bepaling en, zo ja, wat de rechtsgevolgen daarvan zijn (zoals

1 Kirsten Maes is advocaat bij Van Benthem & Keulen N.V. te Utrecht en als buitenpromovenda verbonden aan de Universiteit Utrecht. Joris den Hartog is juridisch medewerker bij Van Benthem & Keulen N.V. te Utrecht en masterstudent Privaatrecht aan de Universiteit Utrecht.

2 Dit artikel beoogt een overzicht te bieden van de algemene remedies die op de uiteenlopende commerciële contracten van toepassing zijn. Daarom worden bijvoorbeeld de specifieke bepalingen omtrent de internationale koop, zoals deze verankerd zijn in het Weens Koopverdrag (CISG), buiten bespreking gelaten. Daarover later in deze rubriek meer.

3 HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Haviltex*).

bijvoorbeeld (tijdelijke) opschorting, heronderhandeling, (gedeeltelijke) ontbinding of wijziging, etc.).<sup>4</sup>

### 3. Overmacht (art. 6:75 BW)

#### 3.1 Wanneer is er sprake van overmacht?

Een partij die door de coronacrisis niet langer in staat is om zijn verplichtingen op grond van de overeenkomst na te komen, zal snel geneigd zijn om zich op overmacht te beroepen. In sommige gevallen zal er inderdaad van een overmachtssituatie sprake zijn, maar een beroep op overmacht ex art. 6:75 BW zal óók in tijden van crisis niet steeds succesvol zijn. Voor een geslaagd beroep op overmacht is immers nodig dat de tekortkoming niet te wijten is aan de schuld van de schuldenaar, noch krachtens de wet, een rechtshandeling of de in het verkeer geldende opvattingen voor diens risico behoort te blijven. Dat is meer in het bijzonder het geval als de schuldenaar wordt verhinderd de overeengekomen prestatie *zelf* te verrichten. Voor een geslaagd beroep op overmacht is het dus onvoldoende als het bestaande evenwicht tussen de wederzijdse prestaties door nieuwe omstandigheden (aanzienlijk) is veranderd.<sup>5</sup> Tjittes wijst ter illustratie van dergelijke gevallen op de situaties waarin de prijs van de door de debiteur te verrichten prestatie ernstig is gestegen of de waarde van de prestatie voor de crediteur ernstig is gedaald.<sup>6</sup> Overmacht is in die gevallen dus (zeker) geen gegeven.

Een en ander toegespitst op de huidige coronacrisis, lijken de volgende conclusies gerechtvaardigd. Indien de overeengekomen prestatie zelf door de coronamaatregelen, zoals deze door de overheid zijn getroffen, niet meer kan worden verricht, lijkt een succesvol beroep op overmacht in de rede te liggen, mits deze maatregel ten tijde van het sluiten van de overeenkomst onvoorzienbaar was.<sup>7</sup> Daarbij kan worden gedacht aan een evenement dat niet door kan gaan, omdat dit van overheidswege verboden is. Ook de partij die door een importverbod een specifiek type product niet meer kan leveren, zal zich met succes op overmacht kunnen beroepen. Dit ligt anders indien het verrichten van de prestatie op zichzelf gezien nog wel mogelijk is, maar dit voor de schuldenaar beduidend ingewikkelder of minder rendabel is geworden. Zo kan bijvoorbeeld van een leverancier worden verwacht dat zij het transport van goederen via andere kanalen organiseert, in het geval waarin het oorspronkelijke transport niet meer mogelijk is door bepaalde coronamaatregelen. Het feit dat deze andere kanalen aanzienlijk duurder kunnen zijn, waardoor het voor de leverancier niet meer aantrekkelijk is om na te komen, levert in beginsel geen overmachtssituatie op. De prestatie *zelf* is in dat geval immers niet onmogelijk geworden.

Ter illustratie van het voorgaande zij gewezen op een uitspraak waarin de schuldenaar haar opdracht – in casu: het vervoeren

van duiven van Nederland naar Thailand – niet kon uitvoeren, doordat de invoervergunning was ingetrokken als gevolg van de vogelgriep in Nederland.<sup>8</sup> Haar beroep op overmacht werd door de Rechtbank Den Haag afgewezen. De reden daarvoor was er hoofdzakelijk in gelegen dat er geen sprake was van een vervoersverbod en de schuldenaar dus strikt genomen haar opdracht had kunnen uitvoeren. Een gelijksoortige redenering geldt ingeval van ziekte van een werknemer van de schuldenaar. Uit eerdere rechtspraak kan worden afgeleid dat in die gevallen van de schuldenaar kan worden verwacht dat zij een ander dan de zieke werknemer inschakelt om de prestatie te verrichten.<sup>9</sup> Pas als de prestatie door de schuldenaar *zelf* moet worden verricht, kan ziekte een geldig overmachtsverweer adstrueren.<sup>10</sup> Voorts dient bedacht te worden dat in het algemeen – en ook in de vorige financiële crisis – wordt aangenomen dat een beroep op overmacht door een afnemer met betrekking tot zijn verplichting tot betaling van een geldsom, niet succesvol zal zijn.<sup>11</sup> Recapitulerend geldt dat het zal afhangen van de specifieke omstandigheden van het geval of een van de contractspartijen zich op overmacht kan beroepen, met dien verstande dat de drempels voor een succesvol beroep op overmacht in de regel hoog zijn. Of deze drempels in de huidige coronacrisis (sneller) verlaagd zullen worden, zal moeten blijken. Drion lijkt in een van de eerste bijdragen over de juridische implicaties van de coronacrisis wel de hoop uit te spreken dat corona ons recht “onverwachts van een kroontje” zou kunnen voorzien “door ons overmachtsrecht eindelijk eens te doen nuanceren.”<sup>12</sup>

#### 3.2 Wat zijn de gevolgen van een succesvol beroep op overmacht?

Een geslaagd beroep op overmacht leidt ertoe dat de schuldeiser niet kan afdwingen dat de verplichtingen uit de overeenkomst door de schuldenaar (op overeengekomen manier) worden nagekomen. Ook kan de schuldeiser geen schadevergoeding vorderen op grond van art. 6:74 BW, nu de tekortkoming niet aan de schuldenaar toe te rekenen is. Wel kan de schuldeiser ontbinding vorderen op grond van art. 6:265 BW. Daarvoor is immers geen *toerekenbare* tekortkoming nodig.

Ontbinding is ook mogelijk bij *tijdelijke* tekortkomingen – denk hierbij aan het tijdelijk niet kunnen leveren van bepaalde producten – als gevolg van de coronacrisis. Ontbinding heeft geen terugwerkende kracht. Voor zover de prestaties dus reeds zijn verricht, zijn deze niet zonder rechtsgrond verricht. Voor zover de prestaties nog niet zijn uitgevoerd, hoeven deze na ontbinding niet meer te worden verricht. De ontbinding bevrijdt partijen ingevolge art. 6:271 BW van de over en weer overeengekomen verbintenissen. Ten aanzien van de reeds verrichte prestaties

4 R.P.J.L. Tjittes, 'Commerciële contracten en corona: uitgangspunt 50/50 verdeling nadeel', barentskrans.nl 19 maart 2020, online raadpleegbaar via <https://www.barentskrans.nl/nieuws/commerciële-contracten-en-corona-uitgangspunt-50-50-verdeling-nadeel/> (hierna: 'Tjittes 2020'), par. 2.

5 Asser/Sieburgh 6-I 2016/340.

6 Tjittes 2020, par. 2.

7 Asser/Sieburgh 6-I 2016/359.

8 Rb. Den Haag 22 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11877, r.o. 5.13.

9 Vgl. Hof Den Bosch 14 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:21, r.o. 8.8.6, *JBO* 2014/67, m.nt. H.J. Bos.

10 Asser/Sieburgh 6-I 2016/356.

11 C.E. Drion, 'Corona en het recht', *NJB* 2020/761, afl. 12 (hierna: 'Drion 2020'), p. 813. Zie ook Asser/Sieburgh 6-I 2016/355; Hof Arnhem 19 december 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ9788, r.o. 4.7; Rb. Breda 1 december 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BO7706, r.o. 3.8.

12 Drion 2020, p. 813.

roept art. 6:271 BW ongedaanmakingsverbintenissen in het leven. Partijen moeten elkaar dus zoveel mogelijk terug in de oude toestand brengen. Als de ongedaanmaking vanwege de aard van de prestatie onmogelijk is, komt daarvoor ingevolge art. 6:272 BW een waardevergoeding in de plaats. Art. 6:277 BW geeft de partij die de overeenkomst (gedeeltelijk) ontbindt of door de rechter heeft doen ontbinden, bovendien recht op vergoeding van de schade die hij eventueel heeft geleden. De schadevergoeding heeft betrekking op het positieve contractsbelang. De omvang daarvan wordt vastgesteld door een vergelijking te maken tussen twee vermogenssituaties; enerzijds die welke zou zijn voortgevloeid uit een behoorlijke wederzijdse nakoming, anderzijds die zou bestaan na ontbinding zonder schadevergoeding. Aangekend zij echter wel dat een succesvol beroep op ontbindingsschade in overmachtssituaties niet (snel) in de rede lijkt te liggen, althans slechts in beperkte gevallen relevant kan zijn. Krachtens art. 6:277 lid 2 BW is het toekennen van een dergelijke schadevergoeding in de gevallen waarin de tekortkoming niet aan de schuldenaar toerekenbaar is immers slechts binnen de grenzen van art. 6:78 BW (schadevergoeding bij overmacht) mogelijk.

De (andere) hiervoor geschetste rechtsgevolgen van ontbinding zullen in beginsel óók in tijden van de coronacrisis gelden. Gezien de uitzonderlijke omstandigheden waarin de coronacrisis ons heeft gebracht, dient daarbij wel een nuance te worden geplaatst. Zo is het wat ons betreft bepaald niet ondenkbaar dat een beroep op de tenzij-bepaling van art. 6:265 lid 1 BW sneller gehonoreerd wordt, omdat de tekortkoming gezien haar bijzondere aard de ontbinding met haar gevolgen niet zou rechtvaardigen. De toepassing van de tenzij-bepaling is immers afhankelijk van de omstandigheden van het geval (waaronder de aard van de overeenkomst en de hoedanigheid van partijen).<sup>13</sup> Te denken valt aan de situatie waarin de ontbinding van een (duur) overeenkomst voor een kleinere onderneming funest kan zijn, terwijl het voor de wederpartij niet (heel) bezwaarlijk is om andere voorwaarden aan de nakoming te verbinden, zoals langere levertermijnen. Zie hierover nader in § 4.2 in de context van art. 6:258 BW.

#### 4. Onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW)

##### 4.1 Wanneer is er sprake van onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 BW?

Zoals in § 4.2 nader wordt toegelicht, kan een partij de rechter op grond van art. 6:258 BW verzoeken tot wijziging van de gevolgen van de overeenkomst of tot (gedeeltelijke) ontbinding over te gaan. Voor een succesvol beroep op dit artikel dient aan een aantal vereisten te worden voldaan. Allereerst moet er sprake zijn van onvoorziene omstandigheden. Deze omstandigheden moeten van dien aard zijn dat de wederpartij geen ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst mag verwachten. Bovendien is voor een geslaagd beroep op art. 6:258 BW van belang dat deze omstandigheden, zo

bepaalt lid 2, krachtens de aard van de overeenkomst of de verkeersopvattingen, niet voor rekening komen van de partij die zich op de bepaling beroept. Bij de beoordeling van deze criteria dient meer in het algemeen bedacht te worden dat de rechter terughoudendheid dient te betrachten bij de aanvaarding van een beroep op onvoorziene omstandigheden.<sup>14</sup> De redelijkheid en billijkheid verlangen immers in beginsel trouw aan het gegeven woord; contract is contract.<sup>15</sup>

Ten aanzien van het eerste vereiste geldt dat volgens de parlementaire geschiedenis van 'onvoorziene omstandigheden' sprake is indien partijen het intreden van die omstandigheden niet in de overeenkomst hebben verdisconteerd.<sup>16</sup> Gedoeld wordt dus op omstandigheden die ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst in de toekomst lagen.<sup>17</sup> De uitdrukking moet echter niet te letterlijk worden genomen; de voorzienbaarheid van de omstandigheden speelt op zichzelf gezien namelijk geen rol, althans vormt niet het criterium.<sup>18</sup> De algehele onvoorzienbaarheid van een wereldwijde pandemie, zoals het coronavirus, is dus in beginsel niet voldoende om een beroep op onvoorziene omstandigheden te rechtvaardigen. Niettemin zal de uitbraak van het coronavirus, en alle gevolgen die dit met zich meebrengt, in de overgrote meerderheid van de bestaande overeenkomsten niet verdisconteerd zijn. Partijen zullen bij het sluiten van een commerciële overeenkomst vóór de uitbraak van het coronavirus immers veelal geen rekening hebben gehouden met een wereldwijde pandemie.<sup>19</sup> De tekst van de parlementaire geschiedenis volgend, en abstraherend van de individuele omstandigheden van het geval, zal het coronavirus tussen de contractspartijen dus als een onvoorziene omstandigheid kunnen worden aangemerkt. Ter ondersteuning van die stelling kan worden gewezen op het feit dat de uitbraak van de vogelpest in de lagere rechtspraak destijds ook als een onvoorziene omstandigheid werd aangemerkt.<sup>20</sup>

Onder de noemer van onvoorziene omstandigheden in de coronacrisis vallen dus ook, zoals Tjittes eveneens signaleert, meer individuele omstandigheden, zoals een aanzienlijk waardeverlies van de wederzijdse prestaties of de situatie waarin nakoming uiterst bezwaarlijk is geworden.<sup>21</sup> Dit staat ook als zoda-

13 Zie A-G Wissink, ov. 2.19 in zijn conclusie bij HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810, NJ 2019/446, m.nt. J. Hijma (Tenzij-arrest).

14 HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587, NJ 1998/493 (Briljant Schreuders/ABP); HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2615, RvdW 2017/1099 (Gemeente Bronckhorst)

15 PG BW Boek 6, p. 969.

16 PG BW Boek 6, p. 968.

17 HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587, NJ 1998/493 (Briljant Schreuders/ABP).

18 Asser/Sieburgh 6-III 2018/439.

19 Zie ook Tjittes 2020, par. 4. Wij merken op dat een grijs gebied in de onderhavige 'coronacasuïstiek' bestaat in de gevallen waarin partijen een overeenkomst hebben gesloten in het licht van het coronavirus, maar een van beide partijen zich heeft vergist in de omvang van de gevolgen die het coronavirus met zich mee zou brengen. Het is in beginsel mogelijk dat de vergrote omvang van de coronapandemie wel een onvoorziene omstandigheid oplevert, maar het is, gelet op de in acht te nemen rechterlijke terughoudendheid, goed denkbaar dat de rechter bij dit type overeenkomsten toch niet ingrijpt (vgl. PG BW Boek 6, p. 968 en Rb. Zwolle 1 september 1999, NJKort 1999/87, r.o. 15, waarin de Staat de omvang van de varkenspest-epidemie onderschat had).

20 Zie Hof Den Bosch 1 april 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC8909, r.o. 4.14.

21 Tjittes 2020, par. 4.

nig in de parlementaire geschiedenis beschreven.<sup>22</sup> Concreet valt te denken aan het geval waarin de schuldenaar bijvoorbeeld moet contracteren met nieuwe leveranciers om aan zijn verplichting tot nakoming te voldoen. Ook kan worden gedacht aan de schuldeiser voor wie de prestatie van de schuldenaar aanzienlijk minder waard is geworden doordat zijn evenement niet meer kan doorgaan of zijn ruimte (zoals een horecagelegenheid) gesloten moet worden. In dergelijke gevallen kan dan ook de meerwaarde van art. 6:258 BW ten opzichte van de overmachtsbepaling van art. 6:75 BW schuilen. De situatie waarin nakoming bezwaarlijk, maar niet onmogelijk is, levert immers geen overmacht op, maar kan zich onder omstandigheden wel als onvoorziene omstandigheden laten kwalificeren. Daarbij zij wel aangetekend dat de normen twee verschillende doelen dienen – overmacht is veelal een verweer voor de schuldenaar om nakoming en schadevergoeding ‘af te schermen’ en onvoorziene omstandigheden is eerder een argument voor de schuldenaar om (actief) wijziging van de overeenkomst te bewerkstelligen – waardoor het niet mogelijk is de twee instrumenten volledig scherp tegenover elkaar te zetten. Sterker nog: denkbaar is dat de instrumenten ook naast elkaar ingeroepen kunnen worden. Zo ontleent de schuldenaar aan zijn beroep op onvoorziene omstandigheden geen opschortingsrecht met betrekking tot zijn nakomingsverplichting, tenzij deze onvoorziene omstandigheden ook overmacht opleveren.<sup>23</sup>

Als de coronacrisis in een specifiek geval als onvoorziene omstandigheid is aan te merken, betekent dat niet noodzakelijkerwijze dat dit tussen partijen ook rechtsgevolgen in het leven roept. Daarvoor is immers ook, zo merkten wij al op, benodigd dat de omstandigheden van dien aard zijn dat de wederpartij ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag verwachten. Daarnaast zal de rechter, op grond van art. 6:258 lid 2 BW, beoordelen of de omstandigheden krachtens de overeenkomst of de verkeersopvattingen voor rekening behoren te blijven van de partij die zich op de omstandigheden beroept. De drempels die dit tweede en derde vereiste van art. 6:258 BW opwerpen, zijn in beginsel vrij hoog. De in acht te nemen terughoudendheid manifesteert zich dan ook in het bijzonder in deze fase van de beoordeling.<sup>24</sup> In dit verband zij gewezen op de rechtspraak omtrent een ‘onvoorziene’ economische crisis, waarbij het beroep op onvoorziene omstandigheden veelal sneuvelde op art. 6:258 lid 2 BW, omdat een economische crisis tot het ‘ondernemersrisico’ behoorde van de partij die het nadeel trof.<sup>25</sup> Bovendien valt in dit verband te wijzen op de reeds genoemde uitspraak van het Hof Den Bosch; alhoewel de uitbraak van de vogelpest in beginsel

wel als een onvoorziene omstandigheid kwalificeerde, had de groothandel, die op deze omstandigheden een beroep deed, onvoldoende informatie verstrekt voor de rechter om een deugdelijke afweging op grond van de redelijkheid en billijkheid te maken.<sup>26</sup>

Het is voor de partij die zich op onvoorziene omstandigheden beroept dus van essentieel belang genoegzaam te onderbouwen waarom deze onvoorziene omstandigheden niet voor zijn rekening zouden moeten blijven. Daarbij zij nog opgemerkt dat wij, evenals Tjittes, menen dat er goede argumenten kunnen bestaan om in een specifieke casus te betogen dat de financiële problemen die ontstaan ten gevolge van de coronacrisis in beginsel niet tot het normale ondernemersrisico van bedrijven behoren, waardoor de rechter tot ontbinding en/of wijziging van de overeenkomst zou kunnen komen.<sup>27</sup> Anders dan financiële problemen door een economische crisis, zijn economische problemen door een wereldwijde pandemie niet inherent aan schommelingen in de markt waarin contractspartijen zich begeven. Dat deze schommelingen plaatsvinden, is veelal een feit van algemene bekendheid.<sup>28</sup> Wanneer deze schommelingen echter plaatsvinden door de plotselinge uitbraak van een wereldwijde pandemie, zijn deze van een andere orde en kan goed worden betoogd dat deze schommelingen niet binnen het normale ondernemersrisico van de daardoor in moeilijkheden geraakte partij behoren.<sup>29</sup> De toekomstige rechtspraak zal moeten uitwijzen of de coronacrisis zich in deze zin inderdaad van de eerdere economische crisis(sen) laat onderscheiden.

#### 4.2 Wat zijn de gevolgen van een succesvol beroep op onvoorziene omstandigheden?

Alvorens de specifieke rechtsgevolgen van art. 6:258 BW worden besproken, dient aangetekend te worden dat – zo wordt ook wel in de literatuur betoogd – onder omstandigheden een heronderhandelingsplicht voor partijen bestaat, die vooraf zou kunnen gaan aan de gang naar de rechter, althans de gang naar de rechter zou kunnen voorkomen.<sup>30</sup> Met een verwijzing naar de rechtspraak van de Hoge Raad waarin wordt overwogen dat partijen rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen, is de gedachte dan dat de redelijkheid en billijkheid in geval van onvoorziene omstandigheden mee kunnen brengen dat partijen weer met elkaar in gesprek treden, om bijvoorbeeld nieuwe of aanvullende afspraken over afnameverplichtingen of levertermijnen te maken.<sup>31</sup> Onzes inziens is deze opvatting ook

22 PG BW Boek 6, p. 969.

23 Zie W.L. Valk, in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, commentaar op art. 6:258 BW, aant. 3.

24 Vgl. H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid (Monografieën BW nr. A5)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017 (hierna: ‘Schelhaas 2017’), p. 116; J. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 507.

25 Zie Rb. Zutphen 30 september 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BK3761, r.o. 4.4, RVR 2010/18; Rb. Oost-Brabant 2 april 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1903, r.o. 4.2, RCR 2014/54; Rb. Overijssel 14 januari 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:534, r.o. 14, RCR 2015/43; Hof Den Bosch 30 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2299, r.o. 6.5.7, RCR 2017/78.

26 Hof Den Bosch 1 april 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC8909, r.o. 4.14.

27 Tjittes 2020, par. 4.

28 Zie Rb. Zutphen 30 september 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BK3761, r.o. 4.4, RVR 2010/18; Rb. Oost-Brabant 2 april 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1903, r.o. 4.2, RCR 2014/54.

29 Vgl. Tjittes 2020, par. 4.

30 Zie, onder meer, J. Hijma, *Het constitutieve wijzigingsvonnis (oratie Leiden)*, Deventer: Kluwer 1989, p. 16; M.E.M.G. Peletier, ‘Crisis en contract. Een aantal opmerkingen over de toepassing van artikel 6:258 BW in tijden van recessie’, *Contracteren* 2009/2, p. 52; P.S. Bakker & J.W. de Groot, ‘Onvoorziene omstandigheden: de stand van zaken’, *WPNR* 2009/6797, p. 370 & 371; R.P.J.L. Tjittes, ‘Spoediger wijziging van commerciële duurcontracten’, *Contracteren* 2012/3, p. 97 & 98; Schelhaas 2017, p. 116.

31 HR 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7024, NJ 2007/565 (*Vodafone/ETC*).

ten aanzien van de coronacrisis goed verdedigbaar, en leidt het bovendien tot een zoveel als mogelijk billijk resultaat, waarbij de overeenkomst *an sich* in tact gelaten wordt.<sup>32</sup> Bedacht dient immers te worden dat de coronacrisis een omstandigheid betreft die beide partijen – schuldenaar en schuldeiser – kan raken, en dat geen van beide partijen enige schuld aan het intreden van de coronacrisis heeft. De verplichting tot (her)onderhandelen kan in een specifiek geval dan ook recht doen aan de contractsvrijheid van partijen en aan de verplichting om elkaars belangen in acht te nemen. In deze onderhandelingsfase kunnen partijen nieuwe afspraken maken of de bestaande afspraken aanpassen en zodoende tot reële alternatieve oplossingen te komen, zonder dat de zakelijke relatie tussen partijen verslechtert of de overeenkomst wordt ontbonden.

Mochten partijen er in deze heronderhandelingsfase niet uitkomen, dan kan (alsnog) de gang naar de rechter worden ingezet, teneinde op grond van art. 6:258 BW de gevolgen van de overeenkomst te wijzigen of de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden. Als de rechter dit beroep honoreert – als aan de in § 4.1 beschreven vereisten is voldaan – en tot ontbinding of wijziging van de overeenkomst overgaat, zullen beide partijen met een bepaald nadeel te kampen kunnen hebben. Kenmerkend aan de coronacrisis is namelijk dat dit een omstandigheid betreft die buiten de invloedssfeer en schuld van partijen ligt. Tjittes merkt dan ook op, in navolging van Nieuwenhuis, dat als uitgangspunt een 50/50-verdeling zou kunnen gelden.<sup>33</sup> Dit geldt uiteraard alleen voor zover partijen geen andere risicoverdeling zijn overeengekomen; in zo'n geval geldt het adagium 'contract is contract', zoals dit als rode draad door de parlementaire geschiedenis loopt.<sup>34</sup> Drion merkt echter op – ter nuancering van het uitgangspunt van Tjittes – dat het nadeel in veel gevallen ongelijksoortig is en derhalve niet gelijkmatig over partijen kan worden verdeeld.<sup>35</sup>

Het komt (ook) ons voor dat er een niet verwaarloosbaar aantal gevallen zal zijn waarin de ontbinding één van de contractspartijen harder raakt dan de ander. Wij denken dan in het bijzonder aan de kleine(re) ondernemer die voor de levensvatbaarheid van zijn bedrijf sterk afhankelijk is van het (voort)bestaan van de overeenkomst (lees: de betaling die hij ontvangt voor het leveren van de goederen of het verlenen van zijn diensten). Daartoe zou onzes inziens – en naast andere door de redelijkheid en billijkheid gestuurde normen – de regeling van art. 6:260 lid 1 BW soelaas kunnen bieden. De rechter kan op deze wijze namelijk voorwaarden stellen aan de ontbinding en/of de wijziging van de overeenkomst. Daarbij kan gedacht worden aan de betaling van een deel van de factuur of de afname van een bepaald gedeelte van de te leveren goederen of te verrichten diensten, al dan niet op een later tijdstip, hetgeen dus in feite een billijkheidscorrectie betreft.

## 5. Conclusie

Een partij die door de coronacrisis niet langer in staat blijkt zijn verplichtingen uit een overeenkomst na te komen, zal snel geneigd zijn om zich op overmacht te beroepen. Een geslaagd beroep op overmacht leidt ertoe dat de schuldeiser niet meer kan afdwingen dat de verplichtingen uit de overeenkomst door de schuldenaar worden nagekomen. Ook kan de schuldeiser geen schadevergoeding vorderen op grond van art. 6:74 BW, nu de tekortkoming niet aan de schuldenaar toerekenbaar is. Wel kan de schuldeiser ontbinding van de overeenkomst vorderen op grond van art. 6:265 BW. Daarvoor is immers geen toerekenbare tekortkoming nodig. Naast een beroep op overmacht, bestaat er voor de schuldenaar ook nog de mogelijkheid om zich op onvoorziene omstandigheden te beroepen (art. 6:258 BW). Partijen kunnen de rechter op grond van dit artikel vragen om de gevolgen van de overeenkomst te wijzigen of deze (gedeeltelijk) te ontbinden.

Vanwege de casuïstiek enerzijds en het gebrek aan rechtspraak over de coronacrisis anderzijds, zijn er (op dit moment) nog geen afgebakende richtsnoeren aan te reiken aan de hand waarvan in een specifiek geval – abstraherend van afwijkende contractuele afspraken – bepaald kan worden wanneer een beroep op dergelijke remedies slaagt. Wel is in dit artikel gepoogd enkele handvatten aan te reiken waarmee beoordeeld kan worden of en in welke omstandigheden een beroep op overmacht of onvoorziene omstandigheden, vanwege redenen die op de coronacrisis zijn terug te voeren, succesvol zal zijn. Daarbij geldt in beginsel dat een zekere mate van inspanning óók in de huidige omstandigheden van contractspartijen kan worden verlangd, en dat bepaalde verliezen genomen dienen te worden. In bepaalde mate zal er sprake kunnen zijn van een 'ondernemersrisico'. Het lijkt ons echter waarschijnlijk dat de redelijkheid en billijkheid en de daardoor gedreven leerstukken bij uitstek de rechtsgevolgen van de (door de coronacrisis veroorzaakte) tekortkoming(en) kunnen en zullen reguleren, teneinde een zoveel als mogelijk billijk resultaat te bewerkstelligen.

Een en ander manifesteert zich meer in het bijzonder in de (her)onderhandelingsplicht die art. 6:258 BW onder omstandigheden met zich brengt, althans die daaraan voorafgaat. De redelijkheid en billijkheid kunnen zodoende in feite een inspanningsverbintenis voor contractspartijen in het leven roepen om de onderhandelingen te heropenen en (in deze coronatijd: spreekwoordelijk) om de 'onderhandelingstafel' te gaan zitten om nieuwe (haalbare) afspraken te maken, bijvoorbeeld over reële levertermijnen of andere praktische uitvoeringskwesties. Een dergelijke plicht kan in beginsel een passende en billijke remedie zijn om de gevolgen van de coronacrisis te reguleren en de overeenkomst zoveel als mogelijk 'in tact' te laten. Als nakoming op geen enkele wijze en ook gedurende een langere termijn onhaalbaar blijkt, of de gevolgen van de (gedeeltelijke) instandhouding van de overeenkomst voor een van de partijen anderszins onevenredig nadelig zijn, kan zulk een inspanning minder snel worden verwacht en lijkt de ontbinding van de overeenkomst veeleer in de rede te liggen.

32 Zie ook Tjittes 2020, par. 3.

33 Tjittes 2020, par. 4, met verwijzing naar J.H. Nieuwenhuis, 'Vernietigen, ontbinden of aanpassen (II, slot)', *WPNR* 1995/6165, p. 41.

34 PG BW Boek 6, p. 970.

35 Drion 2020, p. 813.