

# COMMERCIEËLE CONTRACTEN EN CORONA

## *MOGELIJKHEDEN VANUIT HET CONTRACTENRECHT BEZIEN*

### 1. NU CONTRACTEREN

#### 1.1 Waarop letten?

#### 1.2 Toch liever afbreken?

### 2. LOPENDE CONTRACTEN

#### 2.1 Redelijkheid en billijkheid

#### 2.2 Opschorten, tekortkoming en ontbinding

#### 2.3 Ingebrekestelling, verzuim en overmacht

#### 2.4 Onvoorziene omstandigheden

### 3. AANPASSING OF BEEINDIGEN?

#### 3.1 Aanpassen door de rechter

#### 3.2 Beëindigen

#### 3.3 Samenhangende overeenkomsten

### 4. AFRONDING

## 1. NU CONTRACTEREN

### 1.1 Waarop letten?

#### Inleiding

Indien partijen nu overeenkomsten sluiten dan moeten zij rekening houden met de nu bekende gevolgen van het coronavirus, maar ook (zo veel mogelijk) met de nu nog niet te voorziene gevolgen ervan. Het coronavirus zal op dit moment in belangrijke mate bepalen welke verbintenissen partijen nog op zich kunnen nemen. Dit is niet alleen van belang met het oog op de vraag wat een vennootschap kan nakomen, maar in het verlengde daarvan ook voor de aansprakelijkheidspositie van bestuurders van die vennootschap. Een bestuurder die weet (of behoort te weten) dat gezien de pandemie de vennootschap de opgenomen verbintenissen niet kan nakomen (en evenmin verhaal zal bieden voor de schade), is in privé aansprakelijk voor de schade als gevolg van niet-nakoming.<sup>1</sup> Meer dan ooit dient dus zorgvuldig te worden afgewogen welke verplichtingen de vennootschap kan aangaan. Contracteren is vooruitzien.

---

<sup>1</sup> HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (Ontvanger/Roelofsen).

### Toekomstige contracten

Bedrijven moeten nagaan welke verbintenissen zij nu op zich kunnen nemen en daarbij ook nagaan in hoeverre zij die in de toekomst kunnen blijven nakomen. De bestaande onzekerheid betekent dat er wellicht meer kortlopende contracten gesloten zullen worden (in plaats van contracten met een lange initiële looptijd). Het betekent ook dat de onzekerheid een plek kan krijgen in de overwegingen van het contract. Wat de inhoud betreft zal meer nadruk moeten komen te liggen op bijvoorbeeld overmachtsbepalingen, de (aard van de) termijnen, mogelijkheden tot opschorting, verplichtingen tot heronderhandeling en wijzigingsbedingen. Partijen moeten ook beter nadenken over de beste vorm van geschilbeslechting (en bijvoorbeeld niet klakkeloos instemmen met ingewikkelde arbitragebepalingen). Met name waar het gaat om eventueel toekomstige aanpassing van contracten, zal er behoefte bestaan aan snelle duidelijkheid en zal er doorgaans geen tijd zijn voor lange (arbitrage)procedures. Partijen moeten een conflict ook snel kunnen escaleren richting een desnoods tijdelijke oplossing. Dit betekent geen eindeloos verplichte onderhandelingsrondes als duidelijk is dat partijen er onderling niet uitkomen. In die gevallen moet een arbiter via het contract bijvoorbeeld de mogelijkheid krijgen het contract op verlangen van een der partijen voorlopig aan te passen in afwachting van wat kort gezegd de bodemarbiter uiteindelijk oordelen. Wellicht dat partijen ook expliciet een tijdelijke wijzigingsbevoegdheid voor de Voorzieningenrechter in kort geding kunnen overeenkomen (om ook wijzigingen op te leggen in afwachting van de uitkomst van de bodemprocedure (zie hierna paragraaf 3.1)).

## **1.2 Toch liever afbreken?**

### Onderhandelingen al gestart? Afbreken mag, tenzij...

Wanneer het partijen niet lukt om in onderling overleg de tekst van de conceptovereenkomst aan te passen in verband met de gevolgen van het coronavirus, kunnen de onderhandelingen in beginsel worden beëindigd. Het kan zijn dat partijen al op voorhand afspraken hebben gemaakt over een kostenverdeling ingeval van een beëindiging van de onderhandelingen. Die situatie laten wij nu buiten beschouwing. In zijn algemeenheid geldt dat partijen vrij zijn om hun onderhandelingen af te breken zonder verplichting tot schadevergoeding. Dit is slechts anders als dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij (de niet-afbrekende partij) onaanvaardbaar is. Dat is een hoge drempel. Uitgangspunt is: afbreken mag, tenzij. Bovendien moet rekening worden gehouden met de mate waarin en de wijze waarop de afbrekende partij aan het ontstaan van dat vertrouwen bij de niet-afbrekende partij heeft bijgedragen. Bij de vraag of afbreken geoorloofd is, kan ook van belang zijn of zich in de loop van de onderhandelingen onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan.<sup>2</sup> Het ligt voor de hand dat het coronavirus in veel gevallen zo'n onvoorziene omstandigheid oplevert. Dat hoeft echter niet in alle gevallen zo te zijn. We lichten dat toe.

---

<sup>2</sup> HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, NJ 2005/467 (CBB/JPO).

### Onvoorziene en onvoorzien

Onder onvoorziene omstandigheden wordt bij het afbreken van onderhandelingen namelijk wat anders verstaan dan onder onvoorziene omstandigheden bij het wijzigen van een bestaande overeenkomst (o.b.v. art. 6:258 BW). Bij het afbreken van onderhandelingen betekent onvoorzien dat het om omstandigheden moet gaan die niet voorzienbaar waren, maar die zich pas tijdens de onderhandelingen hebben voorgedaan. Bij het wijzigen van een contract op basis van onvoorziene omstandigheden betekent onvoorzien (slechts) dat de omstandigheden niet in het contract zijn verdisconteerd. De betreffende omstandigheden hoeven niet in absolute zin onvoorzienbaar te zijn geweest. Het voorgaande betekent dat het moeilijk kan zijn om, als men nu onderhandelingen start, deze later nog te kunnen afbreken met een beroep op het coronavirus als onvoorziene omstandigheid. Partijen doen er overigens verstandig aan om bij de start van hun onderhandelingen vast te leggen dat men de gevolgen van de coronacrisis (nog) niet kan overzien en dit dus expliciet een reden kan zijn de onderhandelingen in een later stadium af te breken. (Regel in dat geval ook meteen de vraag of er een vergoedingsplicht is voor al dan niet gemaakte onderhandelingskosten e.d.).

### Afbreken en schadevergoedingsplicht

Slechts wanneer de afbrekende partij onaanvaardbaar handelt met het afbreken van de onderhandelingen, bestaat er een schadevergoedingsplicht. Er zullen vast partijen zijn die de coronacrisis ten onrechte aangrijpen om lopende onderhandelingen te beëindigen. Dat hoeft natuurlijk niet geaccepteerd te worden. Indien een partij schadeplichtig is wegens het afbreken van onderhandelingen, dan kan er een vergoedingsplicht bestaan voor (i) het positief contractsbelang (bijv. gedeelde winst), (ii) het negatief contractsbelang (bijv. de gemaakte kosten voor de onderhandelingen) en (iii) de schade die de benadeelde lijdt doordat de andere partij misbruik maakt van gegevens die haar in het kader van de onderhandelingen zijn verschaft.<sup>3</sup>

## **2. LOPENDE CONTRACTEN**

### **2.1 Redelijkheid en billijkheid**

#### Inleiding

Het is dus verstandig om in lopende onderhandelingen en nog te starten onderhandelingen over een contract rekening te houden met de bekende en (zoveel mogelijk ook) de nog niet voorziene gevolgen van het coronavirus. Het is echter goed denkbaar dat dat in bestaande contracten niet, of onvoldoende, is gebeurd. Wie had een crisis van deze omvang voorzien, laat staan verwerkt in zijn of haar contractuele relaties? Hoe zit het met lopende contracten en de gevolgen van het coronavirus?

---

<sup>3</sup> A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh in Asser 6-III 2014/197.

### Allereerst: redelijkheid en billijkheid

Het Nederlandse verbintenissenrecht (waaronder het contractenrecht valt) wordt geregeerd door de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en 6:248 BW). De werking van de redelijkheid en billijkheid kan niet worden uitgesloten. Contractspartijen staan tegenover elkaar in een door de goede trouw beheerste rechtsrelatie. Het is waar dat tussen hen geldt wat zij hebben afgesproken en waartoe de wet verplicht, maar daar stopt het niet. De redelijkheid en billijkheid hebben een beperkende en een aanvullende werking (art. 6:248 lid 1 en 2 BW). Dat betekent enerzijds dat een overeenkomst tot *meer* kan verplichten dan wat partijen op papier zijn overeengekomen, bijvoorbeeld de plicht om met elkaar te heronderhandelen (aanvullende werking, lid 1). Aan de andere kant kunnen de redelijkheid en billijkheid er ook toe leiden dat juist *geen* beroep gedaan kan worden op wat partijen expliciet met elkaar op papier zijn overeengekomen, bijvoorbeeld op ongewijzigde nakoming, als dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (beperkende werking, lid 2). Diezelfde redelijkheid en billijkheid brengen ook met zich dat partijen, ook commerciële partijen, rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen (HR 19 okt. 2007, NJ 2007/565 (*Vodafone/ECT*)). De redelijkheid en billijkheid spelen bijvoorbeeld ook een belangrijke rol bij de vraag of een contract gewijzigd moet worden als gevolg van onvoorziene omstandigheden, of bij de vraag of, en zo ja hoe, duurovereenkomsten opgezegd kunnen worden (bijv. als gevolg van onvoorziene omstandigheden).

Het voorgaande betekent dat het geen gewaagde voorspelling is dat wij verwachten dat de redelijkheid en billijkheid een belangrijke rol zullen spelen bij de vraag welke juridische bevoegdheden contractspartijen straks naar aanleiding van het coronavirus hebben (bijv. ontbinden, opzeggen en/of aanpassen) en met name ook op welke wijze zij van die bevoegdheden gebruik kunnen maken (bijv. slechts gedeeltelijk ontbinden, opzeggen met schadevergoeding of aanpassen onder voorwaarden). Dit geldt dus uitdrukkelijk ook voor de bevoegdheden die partijen met elkaar zijn overeengekomen in hun contracten. Het hiernavolgende moet gelezen worden met het voorgaande in het achterhoofd: de redelijkheid en billijkheid kunnen contractuele en wettelijke bevoegdheden van contractspartijen inperken of uitbreiden. Er is veel mogelijk. Of u nu schuldenaar bent, of schuldeiser. We geven een overzicht.

## **2.2 Opschorting, tekortkoming en ontbinding**

### Opschorting

Voordat we ingaan op wat er kan ingeval van een tekortkoming door de andere partij, staan we kort stil bij een bevoegdheid met een tijdelijke werking, namelijk de opschorting. Contractueel wordt er in dat geval niks ontbonden of beëindigd. Het contract blijft ongewijzigd in stand, slechts de prestatie wordt (al dan niet gedeeltelijk) aangehouden. Daarvoor is wel noodzakelijk dat de opschortende partij een opeisbare verplichting heeft (de ander moet dus eerst presteren) en er moet tussen die verplichting en de eigen verplichting voldoende samenhang bestaan (art. 6:52

BW). Contractueel is opschorting overigens vaak uitgesloten, maar ook dan geldt dat dat onder omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. Lastiger is het voor de schuldenaar die als eerste moet presteren, maar vreest dat nadien de ander niet zal nakomen. Maar ook daar biedt de wet uitkomst (art. 6:263 BW, de onzekerheidsexceptie). Kort en wel: als partij A als eerste moet presteren, maar hij na het sluiten van de overeenkomst op grond van een (onvoorziene) omstandigheid goede grond heeft te vrezen dat straks zijn wederpartij niet zal nakomen, mag hij opschorten. Let er op dat opschorten een tijdelijke maatregel behoort te zijn. Zodra de reden voor opschorting verdwijnt moet weer worden nagekomen. Voor het geval duidelijk is dat er in het geheel niet meer nagekomen kan of zal worden, is opschorting niet bedoeld.

#### Tekortkoming

Wanneer de prestatie van de schuldenaar niet voldoet aan wat is overeengekomen, is sprake van een tekortkoming. Stel: een bedrijf levert machineonderdelen aan een Nederlandse fabrikant en importeert die onderdelen uit Italië. Vanwege export- en/of importmaatregelen ten gevolge van de coronacrisis kunnen de overeengekomen onderdelen niet geleverd worden aan de Nederlandse fabrikant. Er is dan sprake van een tekortkoming. Hetzelfde geldt voor het geval dat een evenementenorganisator een evenement (denk aan het Songfestival) moet annuleren als gevolg van de coronacrisis. De overeenkomsten met bijvoorbeeld de cateraars of beveiligers worden niet nagekomen. Er is dan sprake van een tekortkoming. Dat is ook het geval wanneer het evenement alleen wordt verplaatst. Immers, de betreffende overeenkomsten gingen uit van het Songfestival in mei 2020.

#### Tekortkoming – ontbinding - waardeverandering

Wanneer sprake is van een tekortkoming kan de schuldeiser alsnog nakoming van de betreffende verbintenis vorderen. Het is echter goed denkbaar dat de nakoming ten gevolge van de coronacrisis tijdelijk of blijvend onmogelijk is. Daarom heeft de schuldeiser ingeval van een tekortkoming in beginsel ook het recht de overeenkomst (al dan niet gedeeltelijk) te ontbinden (art. 6:265 e.v. BW). Het beroep op ontbinding kan zowel in rechte als daarbuiten worden gedaan en is vormvrij. Ontbinding leidt tot ongedaanmakingsverbintenissen. Wat al is gepresteerd moet ongedaan gemaakt worden. Dat kan niet in alle gevallen. Indien dat bijvoorbeeld door de aard van de prestaties niet meer kan (bijv. geleverde brandstoffen zijn verbruikt, of onderdelen in machines verwerkt), moet de waarde van de betreffende verbintenis worden vergoed. Let wel: het gaat dan om de waarde van de verbintenis ten tijde van de ontvangst en niet van de waarde op het moment van ongedaanmaking (art. 6:272 lid 1 BW, in het geval van de brandstofprijzen geldt bijvoorbeeld dat die nu fors zijn gedaald). Voor dit soort gevallen, waarin de waarde van de prestaties zijn veranderd, kent artikel 6:278 BW correctiemechanismen, met name als duidelijk is dat de ontbinding is ingegeven door de verandering in de waardeverhouding van de verbintenissen. Het voert te ver om daar nu dieper op in te gaan, maar dit zal bij de afweging om wel of niet te ontbinden zeker een rol moeten spelen. Overigens is ook het recht op ontbinding niet absoluut, ook niet als partijen dat contractueel zijn overeengekomen. Onder omstandigheden kan het bijvoorbeeld meer voor de

hand liggen dat een contract niet geheel wordt ontbonden, maar bijvoorbeeld slechts gedeeltelijk, of dat het contract wordt aangepast (zie ook hierna paragraaf 3.1).

#### Tekortkoming toerekenbaar?

De vraag of sprake is van een tekortkoming staat los van de vraag of de tekortkoming de schuldenaar ook kan worden toegerekend. De schuldenaar kan aanvoeren dat hem de tekortkoming niet valt aan te rekenen, maar dat maakt voor de vraag of er sprake is van een tekortkoming is niks uit. Toerekenbaarheid is geen vereiste voor de tekortkoming. Om een overeenkomst te ontbinden is een tekortkoming in beginsel ook voldoende (toerekenbaarheid is dus niet vereist). Als er daarnaast sprake is van een *toerekenbare* tekortkoming, dan heeft de schuldeiser ook recht op schadevergoeding. De vraag is dan welke schade hij lijdt doordat de prestatie niet wordt geleverd. Denk hierbij aan de winst die de fabrikant had kunnen realiseren bij de verkoop van de door hem (nu niet) geproduceerde machines.

#### Ontbinding en schadevergoeding

Ingeval er wordt ontbonden op basis van een (niet toerekenbare) tekortkoming kan er geen schadevergoeding worden gevorderd als gevolg van de tekortkoming. Wat in zulke gevallen *wel* kan is dat er schade vergoed moet worden omdat er wordt ontbonden (en prestaties ongedaan gemaakt moeten worden) in plaats van nagekomen (art. 6:277 BW). Hierbij geldt dan wel dat voorzover de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend (bijv. ingeval van overmacht) de schuldenaar de schade slechts hoeft te vergoeden voorzover hij door de tekortkoming een voordeel geniet dat hij anders niet zou hebben gehad. Men kan in dit geval denken aan een verzekeringsuitkering aan de schuldenaar als gevolg van de crisis (zie art. 6:277 jo. 6:78 BW). Ingeval de verhouding van de waardes van de ongedaan te maken verbintenissen is gewijzigd kan dit ook tot correctie aanleiding geven (zie hiervoor over art. 6:278 BW).

### **2.3 Ingebrekestelling, verzuim en overmacht**

#### Ingebrekestelling en verzuim

Zowel wanneer de schuldeiser aanspraak wil maken op schadevergoeding (waarbij dus sprake moet zijn van een toerekenbare tekortkoming) als wanneer de schuldeiser de overeenkomst wenst te ontbinden (waarbij toerekenbaarheid dus geen vereiste is), moet de schuldenaar in verzuim verkeren. Voor het intreden van verzuim is in beginsel een ingebrekestelling nodig (art. 6:81 e.v. BW). Dit is een schriftelijke verklaring aan de schuldenaar waarin hij wordt aangemaand om binnen een redelijke, in de verklaring aangegeven termijn, alsnog te presteren. De termijn moet gegeven de omstandigheden van het geval redelijk zijn. Voldoet de schuldenaar vervolgens niet aan de aanmaning, dan treedt het verzuim in op het aangegeven tijdstip. De aanmaning kan overigens achterwege blijven wanneer de schuldenaar tijdelijk niet kan nakomen of wanneer uit zijn houding blijkt dat een aanmaning nutteloos zou zijn. Dan is een enkele schriftelijke mededeling voldoende waarin de schuldenaar aansprakelijk wordt gesteld. Verzuim kan ook zonder ingebrekestelling intreden, als het gaat om de overschrijding

van fatale termijnen of als uit een mededeling van de schuldenaar kan worden afgeleid dat hij in de nakoming van de verbintenis zal tekortschieten (de zogenaamde “anticipatory breach”).

Wanneer nakoming van de overeenkomst blijvend onmogelijk is dan is de een ingebrekestelling niet nodig en kan de schuldeiser vroegtijdig (dus meteen) een beroep doen op schadevergoeding en/of de ontbinding. Het is dus van belang na te gaan welke termijnen in een contract kwalificeren als fatale termijnen en of de schuldenaar alsnog kan nakomen (of dat dat helemaal niet meer mogelijk is). Het ligt voor de hand dat partijen met elkaar in overleg treden en bekijken welke prestaties nog wel en niet uitgevoerd kunnen worden (en of dat wellicht op een later tijdstip mogelijk is). Niks staat partijen in de weg hierover nadere afspraken te maken.

#### Overmacht

Wanneer een schuldenaar wil betogen dat een tekortkoming hem niet kan worden toegerekend, dan doet hij een beroep op overmacht (art. 6:75 BW). Een geslaagd beroep op overmacht neemt de *toerekenbaarheid* van de tekortkoming weg en daarmee de schadeplichtigheid van de schuldenaar. Nogmaals, dit neemt niet weg dat de schuldeiser nakoming (voor zover nog mogelijk) of (gedeeltelijke) ontbinding van de overeenkomst kan vorderen. Een schuldenaar kan zich *alleen* op overmacht beroepen als nakoming onmogelijk is geworden en indien dat niet is te wijten aan zijn schuld of krachtens de wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvatting voor zijn rekening komt (art. 6:75 BW). Daarbij moet het dan gaan om een belemmering van de prestatie zelf.<sup>4</sup> De machineonderdelen die niet geleverd kunnen worden of het evenement dat niet doorgaat. Een beroep op overmacht slaagt niet, wanneer door de verandering alleen het contractuele evenwicht verstoord wordt. Denk dan bijvoorbeeld aan de machineonderdelen die ook door een andere vestiging van de leverancier (in bijvoorbeeld Duitsland) geproduceerd kunnen worden, maar dan wel tegen een veel hogere prijs. Dan is een beroep op overmacht niet mogelijk. Wellicht is in dat geval wel een beroep op onvoorziene omstandigheden mogelijk (zie hierna paragraaf 2.4).

Om te kunnen beoordelen of de coronacrisis in de gegeven omstandigheden kwalificeert als overmacht is het van belang na te gaan of contractueel een overmachtsclausule overeen is gekomen. Wanneer een dergelijke clausule spreekt van een pandemie en/of overheidsmaatregelen, is de kans groot dat het coronavirus daaronder te brengen is (althans de gevolgen ervan). Dat neemt echter niet weg dat (vervolgens) sprake moet zijn van een belemmering van de prestatie zelf. De uitvoering daarvan moet onmogelijk zijn geworden, niet (slechts) moeilijker of duurder.

## **2.4 Onvoorziene omstandigheden**

### Onvoorziene omstandigheden

Wanneer dus “alleen” sprake is van een verstoring van het contractuele evenwicht ten gevolge van de coronacrisis, dan rechtvaardigt dat dus *geen* beroep op overmacht. Mogelijk komt de

---

<sup>4</sup> Asser-Sieburgh 6-I (2016), nr. 340.

schuldenaar dan echter wel een beroep toe op onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW) om op die manier tot (tijdelijke) wijziging of (gedeeltelijke) ontbinding van het contract te komen. Dit kan oplossingen bieden. Daarom staan we hier wat uitgebreider bij stil. Voor een geslaagd beroep op onvoorziene omstandigheden is, als gezegd, *niet* vereist dat de betreffende omstandigheden in het geheel onvoorzienbaar waren bij het aangaan van het contract. Een pandemie als de huidige is dat in zekere zin ook niet, aangezien pandemieën in de geschiedenis op zich een terugkerend fenomeen zijn. Het gaat er echter om of de contractspartijen bij het aangaan van het contract rekening hebben gehouden met een omstandigheid als die zich nu voordoet. Het is niet aannemelijk dat contractspartijen bij het aangaan van een contract rekening hebben gehouden met (gevolgen van) de huidige pandemie (waarbij kan worden opgemerkt dat de wetgever een natuurramp heeft aangemerkt als mogelijke onvoorziene omstandigheid).<sup>5</sup> Er kan dus waarschijnlijk worden aangenomen dat de coronacrisis in zijn algemeenheid als een onvoorziene omstandigheid kwalificeert. Dat is natuurlijk anders bij contracten die nu, dus na het uitbreken van de pandemie, worden gesloten. In dat geval kan straks veel moeilijker gesteld worden dat sprake is van een onvoorziene omstandigheid. Zie hiervoor paragraaf 1.1.

#### criterium

De gewijzigde omstandigheden moeten van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Hiervan is niet snel sprake. Een van de uitgangspunten van het Nederlandse contractenrecht blijft *pacta sunt servanda* (contract is contract).<sup>6</sup> Zo werd een beroep op onvoorziene omstandigheden vanwege de kredietcrisis van 2007/2008 door rechters vaker niet dan wel gehonoreerd.<sup>7</sup> En ook toen ging het om serieuze economische gevolgen. Normale ondernemersrisico's blijven voor risico van de ondernemer. Slechts wanneer de ondernemer door de gewijzigde omstandigheden in grote financiële problemen komt bij een ongewijzigd contract, kan een beroep op onvoorziene omstandigheden slagen. Wanneer de leverancier van de machineonderdelen uit ons voorbeeld dus alleen tegen een veel hogere prijs die onderdelen elders kan aanschaffen, waardoor zijn winstmarges dusdanig onder druk komen te staan dat hij failliet dreigt te gaan, is een geslaagd beroep op onvoorziene omstandigheden denkbaar. Dit is overigens ook afhankelijk van de inhoud van het contract en welke risicoverdelingen partijen daarin zijn overeengekomen.

#### Contractuele aanknopingspunten

Soms biedt een contract zelf aanknopingspunten voor wat partijen kunnen doen als de ander tekortschiet door overmacht of onvoorziene omstandigheden. Veel commerciële contracten bevatten daar standaardclausules voor, zogeheten *hardship*- of *material adverse change (MAC)*-clausules. Die standaardclausules zijn vaak in de praktijk niet meer dan aanknopingspunten, doordat ze – net als andere clausules in commerciële contracten – aan de

<sup>5</sup> Parl. Gesch. Boek 6, p. 976-977.

<sup>6</sup> O.a. HR 20 februari 1998, NJ 1998,493 (*Brijlant Schreuders/ABP*).

<sup>7</sup> O.a. Hof Den Bosch 30 mei 2017, ECLI:GHSE:2017:2229 en Rechtbank Amsterdam 05 december 201, 2ECLI:NL:RBAMS:2012:BY7459.



hand van de Haviltex-maatstaf moeten worden uitgelegd. Die maatstaf houdt in dat de concrete betekenis van clausules afhangt van de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan die clausules mochten toekennen en op wat zij in dat verband redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarover valt vaak te twisten en daarover wordt ook vaak getwist. Het hangt van de uitleg van de clausules af wat de reikwijdte ervan is en dus of de coronacrisis daaronder valt en wat de rechtsgevolgen ervan zijn. Die rechtsgevolgen kunnen variëren tussen alle smaken die ook de wet biedt: opschorting, verplichte heronderhandeling, (partiële) ontbinding, opzegging, of wijziging van de verplichtingen in het contract. Zie hierna paragraaf 3.1.

Als het contract die smaken niet of onvoldoende biedt, dan nog kunnen contractspartijen er een beroep op doen. Zo nodig ten overstaan van de rechter. Met name in duurrelaties verdienen heronderhandeling, opschorting of partiële ontbinding vaak de voorkeur boven algehele ontbinding. Die ingrepen zijn naar hun aard minder ingrijpend en bedoeld om de onvoorziene omstandigheid – het tijdelijk verstoorde evenwicht tussen de contractuele prestaties – te herstellen.

#### Het gecontracteerde evenwicht

Het is bij alle voornoemde maatregelen belangrijk om in het oog te houden dat ze beogen het (tijdelijk verstoorde) gecontracteerde evenwicht te herstellen. Het contract blijft dus in zoverre leidend dat het daarin getroffen evenwicht, dat soms voordeliger is voor de ene partij dan de voor de andere, behouden blijft. Wijziging op basis van onvoorziene omstandigheden is niet bedoeld om dit aanvankelijk overeengekomen evenwicht opnieuw vorm te geven. Kan het contract niet meer leidend zijn, doordat het contract zinloos is geworden of nakoming feitelijk onmogelijk, dan liggen meer rigoureuze maatregelen voor de hand, zoals beëindiging.

### **3. AANPASSING OF BEËINDIGEN?**

#### **3.1 Aanpassen door de rechter**

##### Inleiding

Indien het partijen niet lukt de overeenkomst in onderling overleg aan te passen, kan dit aan de rechter gevraagd worden. Partijen (of een van hen) kunnen in dit geval ook kiezen voor beëindiging van de overeenkomst. Zie hierover hierna paragraaf 3.2. Artikel 6:258 BW bepaalt dat de rechter op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst kan wijzigen. De rechter kan de overeenkomst ook geheel of gedeeltelijk ontbinden, of een combinatie van beide toepassen. Bovendien kan de rechter aan een wijziging of ontbinding al dan niet gedeeltelijke terugwerkende kracht verbinden. Artikel 6:260 BW bepaalt dat de rechter aan een wijziging of ontbinding bovendien voorwaarden kan verbinden. Er is dus veel mogelijk. Omdat wij veel verwachten van dit artikel, met name in duurrelaties, staan wij hier wat uitgebreider bij stil.

### Dwingend recht

Allereerst: de artikelen 6:258 BW en 6:260 BW zijn van dwingend recht (zie art. 6:250 BW). Partijen kunnen daar dus *niet* van afwijken in de overeenkomst (art. 6:250 BW). Wat wel kan is dat partijen in de overeenkomst bepaalde omstandigheden hebben verdisconteerd, bijvoorbeeld door bepaalde risico's bij een van hen neer te leggen. Daarmee kunnen partijen het toepassingsbereik van artikel 6:258 BW dus wel beperken. Een dergelijke risicoverdeling kan ook impliciet blijken. Risicoverdelingen komen veelvuldig voor in contracten. Of corona zo'n verdisconteerde omstandigheid is, is een kwestie van uitleg van de betreffende bepaling. Het gaat daarbij niet louter om de letterlijke betekenis van een bepaling.

### Wat kan er? Wijzigen, ontbinden, terugwerkende kracht en voorwaarden

Een partij die zich voor de rechter op artikel 6:258 BW beroept kan, als gezegd, wijziging of een gehele of gedeeltelijke ontbinding van de overeenkomst vragen. Dit kan bij dagvaarding, maar ook bij conclusie van antwoord.<sup>8</sup> In bepaalde vormen kunnen wijziging en ontbinding ook naast elkaar voorkomen. De parlementaire geschiedenis noemt als voorbeeld een huurovereenkomst die voor de toekomst kan worden ontbonden, terwijl voor een periode in het verleden de huurprijs wordt gewijzigd.<sup>9</sup> Dit zal niet alleen voor de vastgoedpraktijk van belang zijn, maar voor alle duurovereenkomsten.

### Wijzigen of ontbinden?

Ontbinden gaat in de regel verder dan wijzigen. In de literatuur is wel betoogd dat ontbinden pas aan de orde komt indien wijziging geen aanvaardbare optie is. Wij menen ook dat de primaire focus zou moeten liggen op behoud van contractuele relatie (in gewijzigde vorm) in plaats van op beëindiging ervan. Dat is uiteraard anders als het doel van de overeenkomst in zijn geheel niet meer kan worden bereikt. Ontbinding van een al geheel uitgevoerde overeenkomst zal overigens zelden in overeenstemming met de redelijkheid en billijkheid zijn.<sup>10</sup>

### Terugwerkende kracht – gevolgen voor eerdere tekortkomingen

De rechter kan aan een wijziging of ontbinding ook terugwerkende kracht verbinden. Dit is een belangrijk instrument en kan verschillende gevolgen hebben. Let erop dat het uitgangspunt is dat een wijziging of ontbinding aan eventuele inbreuken van vóór het rechterlijk vonnis *niet* het karakter van tekortkoming ontnemt, ook niet vanaf het moment dat een contractspartij zich op artikel 6:258 BW heeft beroepen. *Noch* het intreden van de onvoorziene omstandigheid *noch* het beroep op artikel 6:258 BW verschaft een contractspartij een opschortingsbevoegdheid. Hij blijft tot nakoming verplicht, kan dus in verzuim geraken en zal op grond van artikel 6:74 BW schadevergoeding verschuldigd zijn (tenzij sprake is van overmacht).<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Als verweer; een eis in reconventie is niet noodzakelijk, Parl. Gesch. BW. Inv. 3,5 en 6 Boek 6 1990, p. 1128.

<sup>9</sup> T-M, *Parl. Gesch.*, p. 970.

<sup>10</sup> Hof Arnhem 24 februari 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BH7552.

<sup>11</sup> Alleen als aan de voorwaarden van artikel 6:263 BW (de onzekerheidsexceptie) is voldaan, verschaft de onvoorziene omstandigheid de schuldenaar een opschortingsbevoegdheid. Zie hiervoor paragraaf 2.2.

Maar al deze gevolgen kan de rechter ongedaan maken door aan de wijziging of ontbinding terugwerkende kracht te verlenen. Dit kan belangrijke gevolgen hebben: wat een tekortkoming was, is dat achteraf niet meer; al betaalde schadevergoeding kan als onverschuldigd betaald worden teruggevorderd.<sup>12</sup> Met name bij duurovereenkomsten (die verplichten tot voortdurende prestaties), ligt het voor de hand dat de rechter de wijziging of ontbinding niet verder laat terugwerken dan tot het moment van het intreden van de onvoorziene omstandigheid. Het intreden van de onvoorziene omstandigheid behoort geen invloed te hebben op een al daarvoor begane tekortkoming. Die blijft gewoon bestaan.

#### Goederen teruggeven of terugleveren?

Als een wijziging of ontbinding tevens op het verleden betrekking heeft, betekent dat dat partijen tot ongedaanmaking verplicht zijn van wat zij op grond van de overeenkomst al hebben gepresteerd. Als de rechter aan de wijziging of ontbinding terugwerkende kracht verbindt, hebben partijen een vordering op grond van onverschuldigde betaling. Ingeval er bijvoorbeeld een goed in eigendom is overgedragen (bijv. de machineonderdelen), komt als gevolg van de terugwerkende kracht de titel aan die overdracht te ontvallen en kunnen de machineonderdelen teruggevorderd worden. Als de rechter aan een wijziging of ontbinding, die mede betrekking heeft op het verleden, geen terugwerkende kracht verleent, ligt een analoge toepassing van artikel 6:271 BW voor de hand liggen en ontstaan er ongedaanmakingsverbintenissen (en in geval van eigendomsoverdracht terugleveringsverplichtingen). Overigens kan de rechter ook op grond van de door hem te verbinden voorwaarden (ex art. 6:260 BW) eisen stellen aan de mate en vorm van de ongedaanmaking. Er is veel maatwerk mogelijk. Maar opnieuw, geef nauwkeurigheid aan wat verlangd wordt (en waarom dat redelijk en proportioneel is).

#### Welke ruimte heeft de rechter?

Die ruimte wordt grotendeels door partijen bepaald. De rechter mag de gevolgen van de overeenkomst niet wijzigen als algehele ontbinding gevorderd is. Evenmin mag hij de overeenkomst in andere zin wijzigen dan is verzocht. Het is dus van belang om goed na te denken welke wijzigingen en/of mate van ontbinding nodig zijn en ook of daaraan bepaalde voorwaarden gesteld moeten worden. Er worden zware eisen gesteld aan de stelplicht van partijen, maar ook aan de motiveringsplicht van de rechter (ingeval van toewijzing). De rechter is bij artikel 6:258 BW gebonden aan wat partijen aan hem wensen voor te leggen. De rechter heeft meer vrijheid waar het gaat om de voorwaarden die hij op basis van artikel 6:260 BW aan een wijziging kan verbinden. Dat is zijn discretionaire bevoegdheid. De rechter die een overeenkomst wijzigt of ontbindt, kan hierbij ook bepalen dat partijen (of een van hen) de (door hem gewijzigde) overeenkomst binnen een door hem te bepalen termijn na de uitspraak mogen ontbinden (art. 6:260 lid 2 BW).<sup>13</sup> Op deze wijze kunnen partijen onder de overeenkomst uit als de wijziging te ver zou gaan. Het ligt echter meer voor de hand dat partijen zelf op voorhand al goed onderbouwd aangeven waar wat hun betreft de grenzen liggen aan de wijziging van de overeenkomst.

<sup>12</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2018/455, Valk, *Rechtshandeling en overeenkomst*, nr. 291.

<sup>13</sup> Valk, T&C, aant. 2 bij art. 6:260 BW, onder verwijzing naar MvA II, *Parl. Gesch.*, p. 987.

### Geef de rechter aan wat nodig is

Partijen doen er dus verstandig aan om op voorhand al in te gaan op eventueel door de rechter te stellen voorwaarden om zo verrassingen achteraf te voorkomen. Een comparitie biedt een goede gelegenheid om hierover met de rechter van gedachten te wisselen. Er is geen vuistregel te geven hoe de rechter moet beslissen als beide partijen verschillende vorderingen instellen (de een wil ontbinding, de andere slechts wijziging met bepaalde voorwaarden). Hoe de rechter moet beslissen zegt artikel 6:258 BW niet. De vraag welke ingreep in de overeenkomst aangewezen is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij belangrijk zijn de aard van de overeenkomst en de bij de overeenkomst betrokken belangen, gezien in het licht van de redelijkheid en billijkheid. De rechter zal in zijn beslissing zoveel mogelijk moeten aansluiten bij wat partijen al aan rechtsgevolgen hebben geregeld of bij wat in de overeenkomst opgesloten ligt.<sup>14</sup> De rechter moet naar die uitkomst op zoek. Partijen moeten de rechter hierover goed voorlichten. De aanpassing van de overeenkomst mag ook niet verder gaan dan nodig is op basis van de onvoorziene omstandigheid, in dit geval de coronacrisis. Artikel 6:258 BW kan niet worden gebruikt om daarnaast ook nog andere elementen van de overeenkomst te wijzigen die geen relatie hebben met de onvoorziene omstandigheid. Alleen “*need to change*” en niet “*nice to change*”. Partijen moeten daar goed op letten bij de beoordeling van elkaars wijzigingsverzoeken.

### Dragen van nadeel: 50-50% aanpassing?

Als aan de voorwaarden van artikel 6:258 BW is voldaan en een aanpassing en/of ontbinding op zijn plaats is, betekent dit nog *niet* dat partijen het nadeel dus gelijk moeten dragen (50%-50%). Uitgangspunt is dat de onvoorziene omstandigheid voor rekening komt van de partij die het treft *voor zover* dit zijn gewone contractrisico (zijn ondernemersrisico) niet te buiten gaat, en om slechts het meerdere door beide partijen te laten dragen. Ook hier geldt dat dit anders kan zijn als partijen in hun contract specifieke een risicoverdeling hebben opgenomen. Er wordt in het kader van de coronacrisis betoogd om (als uitgangspunt) een 50%-50% verdeling van het nadeel als uitgangspunt te nemen. Die gelijke verdeling kan overigens op verschillende manieren worden bereikt. Dat hoeft niet alleen in prijsverlagingen o.i.d. te bestaan, maar kan bijvoorbeeld ook via trapsgewijze prijsverlaging, of uitgestelde betalingen. In dit kader hebben bijvoorbeeld de Nederlandse banken (vrijwillig) aangegeven dat over ondernemerskredieten de komende zes maanden geen aflossingen en rentebetalingen voldaan hoeven te worden.

### In kort geding?

Een rechter kan een overeenkomst *niet* via een kort geding wijzigen. Wijziging van een overeenkomst is namelijk geen voorlopige maatregel. Denkbaar is echter wel dat in kort geding een verbod op onverkorte nakoming wordt gevorderd in afwachting van de bodemprocedure waarin een beroep op artikel 6:258 BW wordt gedaan (of wellicht dat bij wege van voorlopige voorziening de overeenkomst voorlopig wordt gewijzigd in afwachting van de bodemprocedure). Afhankelijk van de spoed en de belangen die op het spel staan is er in kort geding veel mogelijk.

---

<sup>14</sup> MvA II, *Parl. Gesch.*, p. 974.

## 3.2. Beëindiging

### Inleiding

Partijen (of een van hen) kunnen ook kiezen voor een beëindiging van de overeenkomst. Wij gaan hieronder kort in op het geval dat een van de partijen wil beëindigen en de ander niet. Er kan ook sprake van samenloop: de ene partij vordert bij de rechter aanpassing van de overeenkomst, terwijl de andere partij bijvoorbeeld heeft opgezegd. Die vorderingen kunnen vanzelfsprekend in dezelfde procedure worden behandeld.

### Beëindigingsvormen

Overeenkomsten kunnen eindigen kort gezegd door (i) opzegging, (ii) ontbinding of (iii) vernietiging (bijv. wegens dwaling of bedrog). Op vernietiging gaan we verder niet in. Het verschil tussen opzegging en ontbinding is grof gezegd dat voor ontbinding een tekortkoming nodig is en voor opzegging (in de regel) niet (onder omstandigheden is wel een reden nodig, maar dat hoeft geen tekortkoming van de ander te zijn). Ontbinding leidt bovendien tot ongedaanmakingsverplichtingen (zie hiervoor), terwijl opzegging het verleden onaangeraakt laat en alleen voor de toekomst werkt.

### Contractuele beëindigingsmogelijkheden

Overeenkomsten bevatten vaak beëindigingsbepalingen. Denk aan bepalingen die zien op beëindiging ingeval van een tekortkoming of ingeval van bepaalde bijzondere omstandigheden, zoals faillissement of overmachtssituaties. Zo kan overeengekomen zijn dat een contract beëindigd kan worden ingeval van niet-tijdige levering. Op deze contractsbepalingen kan een beroep worden gedaan. Een dergelijk beroep kan overigens terzijde geschoven worden indien het beroep naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:248 lid 2 BW). Dat wil niet zeggen dat er *dus* niet beëindigd kan worden. Het betekent dat naar beide belangen gekeken zal moeten worden waarbij het feit dat partijen in hun contract bewust hebben afgesproken dat bepaalde omstandigheden recht geven op beëindiging een belangrijk uitgangspunt zal zijn. Daar zal de rechter niet zomaar aan voorbijgaan. Er zijn ook beëindigingsbepalingen die geen specifieke reden vereisen. Dit kan het geval zijn bij opzegbepalingen waarbij zonder reden, maar met inachtneming van een opzegtermijn, kan worden opgezegd. Een contract kan, indien het zich daarvoor leent, ook gedeeltelijk worden opgezegd. Ook bij opzegging geldt dat de opzegging (en haar voorwaarden) altijd getoetst kan worden aan artikel 6:248 lid 2 BW (en dus of het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn om de overeenkomst onverkort voort te laten duren).

### Buitencontractueel

Als partijen geen beëindigingsbepalingen zijn overeengekomen, valt men terug op de wet. De wet biedt de mogelijkheid van (gedeeltelijke) ontbinding ingeval van een tekortkoming. Zie hiervoor paragraaf 2. Indien het contract geen opzeggingsbepalingen kent, kan een contract bovendien alsnog opzegbaar zijn als de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid dit met zich zou brengen (art. 6:248 lid 1 BW). Hierbij is het voor de opzegbaarheid van belang

een onderscheid te maken in contracten voor bepaalde en onbepaalde tijd. Contracten voor bepaalde tijd zijn in beginsel niet opzegbaar en contracten voor onbepaalde tijd wel (al dan niet met een reden en/of aanbieding van een opzegtermijn en/of (gedeeltelijke) schadevergoeding). Maar ook voor contracten voor bepaalde tijd geldt dat de huidige crisis het contractuele evenwicht dusdanig kan verstoren dat een (gedeeltelijke) beëindiging mogelijk moet zijn.

### 3.3. Samenhangende overeenkomsten

#### Inleiding

Tot slot. In bepaalde gevallen kan een overeenkomst zo nauw samenhangen met een andere overeenkomst, dat een gebeurtenis in de ene overeenkomst doorwerkt in de andere overeenkomst. Bedrijven opereren nu eenmaal niet in een vacuüm. Dus ingeval een overeenkomst wordt beëindigd of aangepast als gevolg van de coronacrisis, kan dit dus ook gevolgen hebben voor een daarmee samenhangende overeenkomst. Een paar korte opmerkingen hierover.

#### Samenhangende overeenkomsten

Uitgangspunt is dat een overeenkomst alleen partijen bindt. Derden kunnen hier in principe geen rechten aan ontlenuen. Uit jurisprudentie volgt echter dat een overeenkomst in bepaalde situaties niettemin zo sterk kan samenhangen met een andere overeenkomst, dat een gebeurtenis onder de ene overeenkomst kan doorwerken in een andere overeenkomst. Dit kan een overeenkomst zijn tussen dezelfde partijen, maar ook tussen deels andere partijen.<sup>15</sup> Of sprake is van een dergelijke samenhang tussen overeenkomsten, moet worden beoordeeld door uitleg van de rechtsverhouding in het licht van de omstandigheden.<sup>16</sup> Het gaat hierbij om de uitleg van beide overeenkomsten in onderling verband aan de hand van de Haviltex-maatstaf. Relevante omstandigheden zijn bijvoorbeeld de feitelijk-economische samenhang tussen de prestaties van de betrokken partijen en de onderlinge verhouding en hoedanigheid van partijen.<sup>17</sup>

#### Gevolgen samenhang

De eerste stap is dus beoordelen of er voldoende samenhang is tussen twee (of meer) overeenkomsten. Stap twee is beoordelen welke consequenties deze samenhang heeft. De beëindiging, (gedeeltelijke) ontbinding of aanpassing van de ene overeenkomst kan tot gevolg hebben dat ook een tweede (of derde, vierde, etc.) overeenkomst aanpassing behoeft (wellicht in een andere mate). Daarnaast kan een wanprestatie onder de eerste overeenkomst een onrechtmatige daad opleveren jegens een derde die partij is bij de tweede overeenkomst.<sup>18</sup> Daarvoor is wel vereist dat de belangen van deze derde zo nauw betrokken zijn bij de

<sup>15</sup> Zie ook Mr. M.I. Nijenhof-Wolters en mr. A.Z. Lankhaar, Het einde van een overeenkomst leidt niet (altijd) tot het einde van de daarmee samenhangende overeenkomst, *Bb* 2018/70.

<sup>16</sup> HR 14 september 2018, ECLI:NL:PHR:2018:514, m.n. concl. A-G B.J. Drijber onder nr. 4.3.

<sup>17</sup> Zie M.J. van Laarhoven, *Samenhang in rechtsverhoudingen* (diss. Tilburg), WLP: Nijmegen – 2006, p. 90-94.

<sup>18</sup> Compendium Nederlands vermogensrecht 2017/506a.

behoorlijke uitvoering van de eerste overeenkomst, dat de partijen bij de eerste overeenkomst de belangen van deze derde behoren te respecteren.<sup>19</sup>

#### 4. AFRONDING

In deze paper hebben we op hoofdlijnen een overzicht gegeven van de belangrijkste juridische consequenties van de coronacrisis op commerciële contracten en welke mogelijkheden u heeft om hierop te reageren. Hoewel de individuele positie van uw onderneming in de eerste plaats afhangt van de inhoud van uw contract en de specifieke omstandigheden van uw geval, kunnen de redelijkheid en billijkheid een belangrijke aanvullende of beperkende rol vervullen, zeker in bijzondere omstandigheden als de coronacrisis. Uw positie en die van uw contractspartij is daarmee niet zwart-wit. Wij hebben laten zien dat er, afhankelijk van de specifieke omstandigheden, veel mogelijk is; van volledige beëindiging tot maatwerk aanpassingen.

\*\*\*

**BASE** Advocaten B.V.  
Zeemansstraat 7  
3016 CN Rotterdam  
T: 010-275 9911  
W: [www.baseadvocaten.nl](http://www.baseadvocaten.nl)

---

<sup>19</sup> Zie ook HR 24 september 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO9069 (*Vleesmeesters/Alog*).