

# Contract en coronacrisis

Harriët Schelhaas & Jan Spanjaard<sup>1</sup>

Er zijn talloze voorbeelden uit de praktijk waarin contracten door de coronamaatregelen zijn gaan knellen. In menig geval zal de coronacrisis die de gehele maatschappij zonder aanzien des persoons treft, aanleiding geven om in onderling overleg tot een solidaire oplossing te komen die recht doet aan de belangen van beide partijen. Maar als dat niet mogelijk is, welk contractenrechtelijk sanctiearsenaal komt partijen dan toe? Daar wordt in deze verkennende bijdrage in hoofdlijnen op ingegaan. Kan bijvoorbeeld nakoming worden gevorderd, de overeenkomst worden ontbonden, of bestaat recht op vergoeding van schade als de andere partij door coronaperikelen zijn contractuele verplichtingen niet nakomt?

## 1. De invloed van de coronacrisis op contracten

Het coronavirus heeft de wereld in zijn greep. Het zorgt voor grote menselijke drama's en ook voor een ongekende omwenteling van de mondiale maatschappij. Overal zijn maatregelen getroffen om de verspreiding van het virus in te dammen. Horecagelegenheden zijn gesloten, evenementen afgelast, winkels zijn dicht en reisbeperkingen zijn ingesteld. Die maatregelen hebben onvermijdelijk economische consequenties. Ondernemers kunnen hun bedrijf niet of beperkt uitoefenen en de economie beweegt zich naar een recessie, met als gevolg een neerwaartse trend van transacties die wereldwijd worden verricht.

Deze economische neergang heeft ook invloed op contracten die op uitvoering wachten. De consument die de huurovereenkomst van het Belgische vakantiehuis wil annuleren omdat hij België niet meer in kan, een professionele cateraar die de wacht wordt aangezegd omdat zijn cliënt zijn deuren sluit en zijn medewerkers vanuit huis laat werken, de middenstand die dure huurovereenkomsten heeft gesloten maar zich geconfronteerd ziet met een drastisch teruggelopen omzet en daarom de huurprijs niet meer kan betalen, een geboortefotograaf wiens opdracht wordt geannuleerd en de aanbeting wordt teruggevorderd omdat de fotograaf niet in het ziekenhuis bij de bevalling mag zijn, en een onderneming die een cruciaal proces uitvoert en daarbij afhankelijk is van een dienstverlener die weigert de werkzaamheden uit te voeren uit angst voor besmetting. Het zijn zomaar wat voorbeelden uit de praktijk waarin contracten door de coronamaatregelen zijn gaan knellen. In menig geval zal de coronacrisis,<sup>2</sup> die de gehele maatschappij zonder aanzien des persoons treft, aanleiding geven om in onderling overleg tot een solidaire oplossing te komen die recht doet aan de belangen van beide partijen. Maar als dat niet mogelijk is, welk contractenrechtelijk sanctiearsenaal komt partijen dan toe? Daar gaan wij in deze verkennende bijdrage in hoofdlijnen op in. Kan bijvoorbeeld nako-

ming worden gevorderd, de overeenkomst worden ontbonden, of bestaat recht op vergoeding van schade als de andere partij door coronaperikelen zijn contractuele verplichtingen niet nakomt? Voordat wij dit bespreken, schetsen wij eerst drie gevalstypen waarin de coronacrisis de contractuele verplichtingen van partijen beïnvloedt, en gaan wij na wat de coronacrisis nu zo bijzonder maakt.

## 2. Drie gevalstypen van een exceptionele crisis

De coronacrisis heeft op een aantal manieren invloed (gehad) op economische activiteiten die (rechts)personen uitvoeren en daarmee ook direct en indirect op de contracten die zij zijn aangegaan. Wij onderscheiden drie varianten, die bepalen welke contractuele mogelijkheden partijen hebben.

In de eerste plaats zijn bepaalde economische activiteiten geheel verboden. Zo heeft de Nederlandse overheid eerst aangekondigd dat grote evenementen met meer dan 100 bezoekers zoals concerten moesten worden afgelast,<sup>3</sup> werd daar later een verbod op het exploiteren van onder meer horeca aan toegevoegd<sup>4</sup> en werden vervolgens alle bijeenkomsten waarvoor een vergunning nodig is en ook het uitoefenen van 'contactberoepen' zoals kappers verboden.<sup>5</sup> In sommige landen is in aanvulling op vergelijkbare restricties vervolgens van overheidswege overgegaan tot een algehele *lockdown* van het openbare leven, waarbij de bevolking slechts het huis mag verlaten voor noodzakelijke

**Een en ander heeft tot gevolg dat bepaalde contracten überhaupt niet meer kunnen en mogen worden nagekomen**

activiteiten en 'niet-essentiële' bedrijven worden gesloten. Zo wordt in feite de gehele economie stilgelegd.<sup>6</sup> Een en ander heeft tot gevolg dat bepaalde contracten überhaupt niet meer kunnen en mogen worden nagekomen: het gaat hier om een (tijdelijke) onmogelijkheid tot nakoming.

In de tweede plaats hebben de overheidsmaatregelen ook een indirect effect op economische transacties, bijvoorbeeld omdat winkels en andere bedrijven aanzienlijk minder cliëntèle ontvangen of omdat (rechts)personen er zelf voor hebben gekozen om bepaalde economische activiteiten te staken, hoewel zij niet onder een overheidsverbod vielen. Hierbij kan worden gedacht aan grote winkelketens en dienstverleners die mede vanwege de gezondheidsrisico's van hun personeel besloten de winkels en kantoordeuren te sluiten.<sup>7</sup> Ook een deel van de middenstand heeft in de periode dat dat niet vereist was ervoor gekozen om de bedrijfsvoering tijdelijk te staken, met name vanwege economische redenen: de drastische terugloop van cliëntèle als gevolg van de coronacrisis noopte daar in menig geval toe.<sup>8</sup> Ook consumenten hebben, overigens niet zozeer vanwege economische redenen maar veeleer vanwege het risico van besmettingsgevaar, transacties, zoals vakantie in binnen- of buitenland, geannuleerd. In dit gevaltype kan een transactie feitelijk nog wel worden gesloten, maar achten partijen zich om verschillende redenen genoodzaakt om dat niet te doen of zien zij zich geconfronteerd met een aanzienlijk teruggevoerde cliëntèle.

In de derde plaats heeft het coronavirus op nog een andere wijze gezorgd voor beperkingen van activiteiten. In een aantal gevallen hebben (rechts)personen er anticipatoir voor gekozen om *toekomstige* activiteiten te (willen) staken, bijvoorbeeld omdat de verwachting was dat de coronacrisis nog langer zou voortduren dan de afgekondigde

overheidsbeperkingen of omdat beperkingen in het openbare leven de tijdelijke organisatie van het evenement onmogelijk maakt. Zo zijn in een periode dat (nog) geen verbod gold, toekomstige sportevenementen zoals de Rotterdamse marathon<sup>9</sup> en het EK-voetbal verplaatst,<sup>10</sup> en is ook het Songfestival uitgesteld.<sup>11</sup>

Elk van deze factoren heeft invloed (gehad) op contractuele verbintenissen die (rechts)personen zijn aangegaan. Hetzij direct, omdat overeenkomsten door een overheidsverbod in absolute zin niet meer konden worden uitgevoerd, hetzij indirect, omdat (rechts)personen zich genoodzaakt (hebben ge)zien om overeenkomsten niet meer na te komen. Of omdat de economische neergang als gevolg van het coronavirus en de daarop gegronde overheidsmaatregelen de bedrijfsvoering in veel gevallen zodanig hebben aangetast, dat partijen vanwege financiële nood hun contracten niet (adequaat) meer kunnen nakomen. De hiervoor geschetste gevalstypen bepalen welke remedies contractanten ten dienste staan.

Deze crisis kent wat ons betreft de afgelopen decennia haar gelijke niet. Anders dan de economische kredietcrisis uit 2007 of de oliecrisis uit de jaren zeventig van de 20<sup>ste</sup> eeuw, is de coronacrisis om te beginnen primair een ernstige gezondheidscrisis, die veel zieken en doden tot gevolg heeft. De daaruit voortvloeiende financiële en contractuele problemen vinden hun oorzaak in motieven van volksgezondheid en hebben dus geen economische origine, noch zijn ze primair toe te schrijven aan menselijk handelen. Bovendien grijpt het virus ook in Nederland om zich heen en betreft het niet een situatie die zich vooral buiten Nederland afspeelt, zoals bijvoorbeeld de aanslagen van 9 september 2001 en de oorlogen die daarvan het gevolg waren. Daarnaast zijn de huidige economische gevolgen veroorzaakt door welbewuste overheidsmaatregelen.

## Belangrijke en terechte fundamenten van het contractenrecht – contractsvrijheid, trouw aan het gegeven woord en een terughoudende houding bij het ingrijpen in contractuele verplichtingen – staan thans soms in een ander daglicht dan in 'vredestijd'

### Auteurs

1. Prof. mr. H.N. Schelhaas is hoogleraar privaatrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, mr. drs. J.H.M. Spanjaard is advocaat onder de naam *facily LAW* advocatuur en adviseur bij La Gro Geelkerken Advocaten. Het artikel is afgesloten op 31 maart 2020, met latere ontwikkelingen kon geen rekening worden gehouden.

### Noten

2. Onder 'coronacrisis' verstaan wij de gevolgen die het coronavirus heeft op mensen en maatschappij, met inbegrip van de direc-

te of indirecte economische en juridische consequenties van de hiermee verband houdende overheidsmaatregelen.

3. Met inbegrip van musea, concertzalen, theaters, sportclubs en sportwedstrijden: zie [www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2020/03/12/nieuwe-maatregelen-tegen-verspreiding-coronavirus-in-nederland](http://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2020/03/12/nieuwe-maatregelen-tegen-verspreiding-coronavirus-in-nederland).

4. Kamerbrief van 15 maart 2020 met nieuwe aanvullende maatregelen om de Covid-19 uitbraak te bestrijden, [www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/03/15/covid-19-nieuwe-aanvullende-maatregelen](http://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/03/15/covid-19-nieuwe-aanvullende-maatregelen). Ook werden onder

meer scholen, kinderopvang en sportclubs gesloten.

5. Kamerbrief van 23 maart 2020: [www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/coronavirus-covid-19/nieuws/2020/03/23/aangescherpte-maatregelen-om-het-coronavirus-onder-controle-te-krijgen](http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/coronavirus-covid-19/nieuws/2020/03/23/aangescherpte-maatregelen-om-het-coronavirus-onder-controle-te-krijgen).

6. Zie voor een overzicht van enige kenmerken: [www.parool.nl/nederland/belgie-frankrijk-en-spanje-in-lockdown-nederland-niet-wat-is-het-verschil-bdecae54/?referer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F7](http://www.parool.nl/nederland/belgie-frankrijk-en-spanje-in-lockdown-nederland-niet-wat-is-het-verschil-bdecae54/?referer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F7). <https://nos.nl/artikel/2327563-dicht-zonder-dwang-deze-winkels-sluiten-in-nederland-de-deuren.html>.

nederland-de-deuren.html.

8. Het onderzoeksbureau voor de retail Locatus heeft berekend dat na de overheidsmaatregelen van 15 maart 2020 het aantal passanten in winkelstraten in sommige gevallen met 60% is teruggevoerd: [locatus.com/blog/coronavirus-binnensteden-leeg-maar-wijkwinkelcentra-profliteren-van-hamstergedrag/](http://locatus.com/blog/coronavirus-binnensteden-leeg-maar-wijkwinkelcentra-profliteren-van-hamstergedrag/)

9. [www.nnmarathonrotterdam.nl/nieuws/](http://www.nnmarathonrotterdam.nl/nieuws/)  
10. [www.uefa.com/insideuefa/mediaservices/mediareleases/newsid=2641071.html](http://www.uefa.com/insideuefa/mediaservices/mediareleases/newsid=2641071.html)  
11. <https://songfestival.nl/nieuws/eurovisie-songfestival-2020-gaat-niet-door>.



Lijnbaan Rotterdam in december (links) en op 28 maart jl. (rechts) © Robin Utrecht (links) en Peter Hilz (rechts) / HH

len ter bescherming van de volksgezondheid, die ongekend ingrijpend en veelomvattend zijn: gedwongen sluiting van grenzen en van gehele bedrijfstakken, vervoers- en uitgaansverboden, een bewuste (partiële) *lockdown* van de economie ten faveure van het maatschappelijke humanitaire belang en vele overige maatregelen. Daarmee onderscheidt deze crisis zich in belangrijke mate van de crises die de laatste decennia bedrijfstakken hebben getroffen. Dat betekent wat ons betreft dat belangrijke en terecht fundamentele van het contractenrecht – contractsvrijheid, trouw aan het gegeven woord en een terughoudende houding bij het ingrijpen in contractuele verplichtingen –<sup>12</sup> thans soms in een ander daglicht staan dan in 'vredestijd'. Dat betekent niet dat die beginselen los moeten worden gelaten, maar wel dat de situatie thans dermate exceptioneel en ingrijpend is en dat de invloed en diepte van deze crisis op bestaande contracten dermate invasief en nog niet ten volle uitgekristalliseerd is, dat uitzonderingen op die beginselen moeten kunnen worden gemaakt. Dit is een besef dat tijdens het schrijven van dit artikel ook bij ons groeiende, ofschoon wij in business-to-business-verhoudingen<sup>13</sup> overtuigd zijn en blijven van het belang van de contractsvrijheid en trouw aan het gegeven woord. Maar exceptionele omstandigheden vragen soms om een exceptioneel ingrijpen, waarbij in deze exceptionele coronacrisis ook het solidariteitsargument een stem moet kunnen krijgen. Het gaat hier niet 'zomaar' om een economische crisis. Tegen deze achtergrond bezien wij de remedies die partijen ten dienste staan.

### 3. Kan nakoming worden gevorderd van een onwillige contractspartij?

#### 3.1. Uitgangspunt: contractsvrijheid

Een eerste vraag die opkomt is of een partij tot nakoming van zijn contractuele verbintenissen kan worden gedwongen, als hij dat vanwege bijvoorbeeld gezondheidsredenen voor zijn personeel of andere coronagerelateerde gronden niet meer wil of kan. Een helder uitgangspunt van het Nederlandse contractenrecht is de partijautonomie en de daaruit voortvloeiende contractsvrijheid,<sup>14</sup> op grond waarvan partijen vrij zijn de overeenkomsten aan te gaan die

zij willen, met wie zij willen en aan de overeenkomst de inhoud te geven die zij willen. Een uitvloeisel daarvan is het beginsel van trouw aan het gegeven woord: *pacta sunt servanda*. Als in vrijheid een afspraak is gemaakt, mag een partij zijn wederpartij in beginsel tot nakoming daarvan dwingen, al is dat voor hem inmiddels bezwaarlijker geworden dan ten tijde van de contractsluiting. De rechter zal een nakomingsvordering dan ook niet snel terzijde leggen, en zal zich ook overigens niet snel mengen in contractuele afspraken tussen partijen, vooral als het gaat om commerciële partijen.<sup>15</sup>

#### 3.2. De vordering tot nakoming

De grondslag van het recht op nakoming vormt artikel 3:296 lid 1 BW, op grond waarvan een rechter verplicht is een nakomingsvordering te honoreren<sup>16</sup> 'tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt'. Hierin klinkt het zojuist genoemde beginsel van trouw aan het gegeven woord door. Voor dit nakomingsrecht gelden geen andere vereisten dan dat de verplichting waarvan nakoming wordt gevorderd opeisbaar is. Dat betekent onder meer dat het verzuimvereiste niet geldt en dat geen ingebrekestelling behoeft te worden verzonden voordat nakoming kan worden gevorderd.<sup>17</sup>

Op het harde nakomingsrecht bestaan echter uitzonderingen, zoals de situatie dat nakoming absoluut onmogelijk is, ongeacht of de reden voor niet-nakoming aan de schuldenaar kan worden toegerekend.<sup>18</sup> Gevallen van absolute onmogelijkheid zijn het tenietgaan van de te leveren zaak, het afbranden van het huis voordat de schilder aan het werk kan, het overlijden van de patiënt voordat de arts met de behandeling kan beginnen, of de uitvoering van een overeenkomst die door wet- en regelgeving onmogelijk wordt gemaakt.<sup>19</sup> Zo'n absolute onmogelijkheid kan zich in het kader van de coronacrisis met name voordoen als de overheid maatregelen gelast die tot sluiting van bepaalde branches of regio's leidt (scenario 1: zie par. 2). Ook een import- of exportbeperking door de coronacrisis kan aanleiding geven tot een absolute onmogelijkheid van nakoming. Naar onze mening is bij het in par. 1 gesignaleerde voorbeeld van de geboortefotograaf ook sprake van absolute onmogelijkheid: door ingrijpen

## Van absolute onmogelijkheid moet de relatieve onmogelijkheid worden onderscheiden

van het ziekenhuis kan de nakoming tussen fotograaf en opdrachtgever niet worden afgedwongen. Over en weer zijn zij niet tot prestatie in staat. Dat betekent dat een nakomingsvordering niet aan de orde is.

Van absolute onmogelijkheid moet de relatieve onmogelijkheid worden onderscheiden. In dat geval is nakoming nog wel mogelijk in objectieve zin, maar is het buitensporig bezwarend voor de schuldenaar, zodat hij in redelijkheid niet meer tot nakoming kan worden gehouden.<sup>20</sup> Een beroep op nakoming kan dan worden afgewezen als de gerechtvaardigde belangen van de schuldenaar aanzienlijk<sup>21</sup> zwaarder wegen dan die van de partij die nakoming eist.<sup>22</sup> Een voorbeeld van een relatieve onmogelijkheid tot nakoming is de situatie dat de schuldenaar de zaken elders voor een heel hoge prijs moet kopen of (buitensporig) veel tijd, energie of geld moet investeren in nakoming.<sup>23</sup> Ook bij de vrijwillige sluiting van een bedrijf in verband met coronaperikelen kan men zich afvragen of sprake is van een relatieve onmogelijkheid tot nakoming van aangegane verbintenissen. Denk aan de opdrachtgever die vrijwillig maar ingegeven door de wens van de overheid om zoveel mogelijk thuis te werken zijn kantoor wil sluiten. Als de cateraar of schoonmaker aangeeft desondanks nakoming van de catering- of schoonmaakovereenkomst te wensen – lees:

12. Deze beginselen zijn in het huidige Burgerlijk Wetboek uit 1992 verankerd en vloeien voort uit rechtspraak uit de periode 1957 tot en met heden: HR 15 november 1957, *NJ 1958/67 (Baris/Riezenkamp)*, in welk arrest de Hoge Raad de fraternaliteit van contractspartijen benoemde. Dit uitgangspunt ademde vervolgens door in onder meer HR 19 mei 1967, *NJ 1967/261 (Saladin/HBU)* en HR 13 maart 1981, *NJ 1981/635 (Ermes/Haviltex)*.

13. Voor zzp'ers maken wij graag een uitzondering; zie ook: H.N. Schelhaas, *Commerciële contractanten – consistentere differentiëren* (oratie EUR, Rotterdam), Den Haag: BJu 2018.

14. Asser/Sieburgh 6-III 2018/41.

15. Deze contractsvrijheid wordt zeker in Business-to-Business relaties slechts beperkt begrensd. Partijen mogen geen contracten sluiten die strijdig zijn met dwingende wetsbepalingen, openbare orde of goede zeden (art. 3:40 BW), waarover Asser/Sieburgh 6-III 2018/303-347. Ook de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan in uitzonderingssituaties een beroep op contractsbepalingen beperken (art. 6:248 lid 2 BW), maar in handelsrelaties is terug-

houdendheid troef: HR 31 december 1993, *NJ 1995/389*, m.nt. C.J.H. Brunner (*Mata-tag/De Schelde*) en HR 15 oktober 2004, *NJ 2005/141 (GTI/Zürich)*.

16. De rechter heeft wel mogelijkheden om de nakomingsvordering te weigeren, bijvoorbeeld als al op andere wijze aan de vordering van eiser tegemoet is gekomen: zie HR 15 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1919, *NJ 1996/509 (Pampers/Huggies)*; D. Haas, *De grenzen van het recht van nakoming* (diss. VU), Deventer: Kluwer 2008, par. 8.2.2 en C.J.J.M. Stolker, *T&C. Vermogensrecht* (10e druk), Deventer: Wolters Kluwer 2019, art. 3:296 BW, aant. 1.

17. Zie nader Asser/Sieburgh 6-II 2017/343; HR 22 mei 1981, *NJ 1982/59 (Van der Gun/Farmex)*.

18. Asser/Sieburgh 6-II 2017/344. Zie ook HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2401, *NJ 1997/641 (Budde/Tao Moa)*; HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7249, *NJ 1997/719*, m.nt. JH (*Setz/Brunings*); HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:667, *NJ 2017/122*, m.nt. Van Mierlo (*Bouten/ABC*). Zie ook Haas (2008), par. 8.2.4, die opmerkt dat de rech-

betaling – dan is nakoming weliswaar mogelijk, maar wel bezwaarlijker geworden. De nakoming van de betalingsverplichting door de opdrachtgever is weliswaar mogelijk – betalingsonmacht leidt zelden tot een geslaagd beroep op overmacht of onmogelijkheid tot nakoming – maar de daar tegenoverstaande verplichting om een leeg kantoorgebouw van catering te voorzien is bezwaarlijk. Deze impasse kan zich wat ons betreft het beste oplossen door louter een vordering tot vervangende schadevergoeding van de cateraar toe te wijzen, omdat de schuldeiser bij de keuze van remedies rekening moet houden met de belangen van de wederpartij en schadevergoeding hier meer voor de hand ligt dan uitvoering van de overeenkomst.<sup>24</sup> Bij die schadevergoeding kan dan worden gedacht aan vergoeding van de vaste kosten van de cateraar. Daarop zouden de 'voordelen' die de cateraar door de coronacrisis ontvangt – bijvoorbeeld een vergoeding onder de NOW-regeling<sup>25</sup> – voor een deel in mindering kunnen komen.<sup>26</sup>

Verder denken wij dat nakoming wegens een relatieve onmogelijkheid kan worden afgewezen als de coronacrisis noopt tot een exceptionele vervangende prestatie: mondkapjes worden niet meer door de vaste fabrikant geleverd maar kunnen uitsluitend elders tegen woekerprijzen worden verkregen. Wat een woekerprijs is, is moeilijk in abstracto aan te geven, maar de indicatie die Haas geeft – 130% van de normale contractprijs – is een interessant richtsnoer.<sup>27</sup>

Kortom, een nakomingsvordering behoort niet tot de mogelijkheden als door overheidsverboden nakoming onmogelijk is,<sup>28</sup> zoals bij de gedwongen sluiting van bedrijven. Kiest een (rechts)persoon er vrijwillig voor om als gevolg van de coronacrisis zijn verplichtingen niet na

ter ambtshalve tot afwijzing mag overgaan in geval van absolute onmogelijkheid van nakoming. De grondslag wordt gevonden in art. 3:303 BW.

19. Haas (2008), par. 8.2.5.

20. Zie Haas (2008), par. 6.1 en 6.2 en HR 21 mei 1976, *NJ 1977/173* m.nt. G.J. Scholten (*Oosterhuis/Unigro*) waaruit volgt dat onder onmogelijkheid ook moet worden verstaan de situatie dat de schuldenaar offers moet brengen die in redelijkheid niet van hem kunnen worden gevegd..

21. Vgl. Haas (2008), par. 6.2, die stelt dat bij een relatieve onmogelijkheid 'de schuldenaar pas van zijn nakomingsverplichting [is] ontslagen als hij om na te komen offers moet brengen die, alle omstandigheden in aanmerking genomen, in redelijkheid niet van hem gevegd kunnen worden'. Zie ook par. 6.3.4.3, waar hij spreekt van een 'extreme wanverhouding' tussen het belang van schuldeiser en schuldenaar.

22. Haas (2008), par. 6.2, die als grondslag voor andere beperkingen van nakoming wijst op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, *NJ 2001/79 (Multi Vastgoed/Nethou)*. Uit dit

arrest volgt dat weliswaar het recht op nakoming een stevig uitgangspunt is, maar dat als een alternatief voor nakoming bestaat, de schuldeiser bij zijn keuze om nakoming te vorderen of een andere remedie in te roepen rekening moet houden met de belangen van de wederpartij.

23. Haas (2008), par. 6.1 en 6.2.

24. Dit is een variatie op HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, *NJ 2001/79 (Multi Vastgoed/Nethou)*.

25. De tijdelijke wet Noodmaatregel Overbrugging voor Werkgelegenheid: [www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2020/03/31/nouw-regeling-klaar-loketten-bijna-open](http://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2020/03/31/nouw-regeling-klaar-loketten-bijna-open).

26. Art. 6:100 BW. Vgl. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, *NJ 2017/262*, m.nt. S.D. Lindenberg en S.C.J.J. Kortmann (*TenneT/ABB*).

27. Haas (2008), par. 6.3. Van Dunné bepleitte in *Contracteren 150%* van de normale prijs: J.M. van Dunné, 'Aanpassing van de overeenkomst bij onvoorziene omstandigheden: een kwestie van uitleg?', *Contracteren 2011/4*, p. 120.

28. Maar het voldoen van een geldvordering wordt zelden als onmogelijk aanvaard.

te komen, dan kan dit mogelijk als een relatieve onmogelijkheid worden gezien, indien nakoming (inmiddels) buitensporig bezwarend is geworden voor de schuldenaar. Gelet op de toetsing van de relatieve onmogelijkheid aan de redelijkheid en billijkheid, kan de belangenafweging in het kader van dat leerstuk echter ook goed in het voordeel van de schuldeiser die nakoming vordert uitvallen. In par. 1 noemden we het voorbeeld van de ondernemer die een cruciaal proces verricht en zich geconfronteerd ziet met een dienstverlener die onwillig is de dienst uit te voeren uit angst voor coronabesmetting. Als die dienstverlener de enige is die de werkzaamheden kan uitvoeren en die werkzaamheden essentieel zijn voor het kunnen voortzetten van het cruciale proces, kunnen wij ons voorstellen dat het belang van de opdrachtgever prevaleert boven dat van de dienstverlener en dat een nakomingsvordering wordt toegewezen. In dat geval zal veel ervan afhangen, of de opdrachtgever maatregelen heeft getroffen om het besmettingsrisico voor de dienstverlener zoveel mogelijk te beperken.

#### 4. Beëindiging van contracten door het coronavirus: opzegging en ontbinding wegens een tekortkoming

##### 4.1 Algemeen

Waar sommige partijen nakoming wensen, willen andere partijen het tegenovergestelde: zij willen bevrijd worden van hun contractuele verplichtingen, omdat ze die niet meer kunnen of willen nakomen. Soms bestaat een wettelijke opzeggingsbevoegdheid,<sup>29</sup> maar vaak is dat niet het geval. Als de wederpartij dan niet vrijwillig aan beëindiging meewerkt en niet bereid is om op grond van de huidige uitzonderlijke situatie een regeling te treffen, bestaat

**Waar sommige partijen nakoming wensen, willen andere partijen het tegenovergestelde: zij willen bevrijd worden van hun contractuele verplichtingen, omdat ze die niet meer kunnen of willen nakomen**

een aantal beëindigingsmogelijkheden. Wij bespreken de drie voor de coronaproblematiek meest voor de hand liggende opties:<sup>30</sup> beëindiging op grond van een contractueel beding, opzegging van een duurovereenkomst, en ontbinding wegens een tekortkoming.<sup>31</sup>

##### 4.2 Het annulerings- of beëindigingsbeding

De eenvoudigste manier om van contractuele verbintenissen te worden bevrijd voordat zij zijn uitgevoerd, is door gebruik te maken van een contractueel beëindigingsbeding. Een dergelijk beding komt echter niet altijd voor,<sup>32</sup>

geeft ook lang niet altijd de bevoegdheid te ontbinden bij een overmachtssituatie zoals de coronacrisis<sup>33</sup> en is ook niet altijd wederkerig.<sup>34</sup> Maar soms kan een contractueel beëindigingsbeding wél soelaas bieden bij coronaperikelen. Zo biedt artikel 9.9 van de ANVR-reisvoorwaarden voor pakketreizen de mogelijkheid om een reisovereenkomst kosteloos te beëindigen als zich op de plaats van bestemming 'onvermijdbare en buitengewone omstandigheden voordoen die aanzienlijke gevolgen hebben voor de uitvoering van de reis'. Het gaat hier dus louter om de situatie ter plaatse van de reisbestemming: als daar door het coronavirus een reis tegen belangrijke beperkingen oploopt omdat alle bezienswaardigheden en horeca zijn gesloten, dan kan de overeenkomst kosteloos worden beëindigd. Deze bepaling zegt echter niets over de situatie in Nederland, of over de mogelijkheid dat een vliegreis niet of bezwaarlijk kan worden gemaakt. Verhindert dat laatste de uitvoering van de reis, dan is in de meeste gevallen sprake van een tekortkoming door de reisorganisatie en kan worden ontbonden (zie par. 4.5). Ook dekt dit annuleringsbeding niet de situatie dat de onzekere mondiale toestand een hindernis vormt voor reizigers om van hun reis gebruik te maken, ook al zou dat feitelijk wel kunnen. In dit geval kan dus niet kosteloos worden geannuleerd.<sup>35</sup>

In commerciële contracten komen verder ook *force majeure* bepalingen voor, die recht geven de overeenkomst te beëindigen indien zich bijvoorbeeld handelsbeperkingen voordoen.<sup>36</sup> Zo kunnen terminal operators in de Rotterdamse haven zich tijdelijk ontheffen van hun contractuele plichten als zich een *natural disaster* of een *government measure* voordoet (artikel 7.1 en 7.2 General Terms and Conditions of the Rotterdam Terminal Operators' Association).

##### 4.3 Duurovereenkomsten

Indien in het contract geen opzeggingsbepaling is opgenomen die recht geeft de overeenkomst kosteloos te beëindigen in verband met coronaperikelen, bestaat bij duurovereenkomsten mogelijk nog een optie om het contract te beëindigen.<sup>37</sup> Duurovereenkomsten zijn overeenkomsten die een bepaalde of onbepaalde termijn voortduren en verplichten tot steeds terugkerende prestaties, zoals bij distributieovereenkomsten het geval is. Stel dat een restaurant een duurovereenkomst is aangegaan met de leverancier van levensmiddelen en hij wil daarvan af, omdat door de coronacrisis enige tijd zeer beperkte omzet kan worden gegenereerd. Volgens de Hoge Raad kan dat in beginsel,<sup>38</sup> althans als het gaat om een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd, waarin geen opzeggingsbepaling is opgenomen. Wel kan onder omstandigheden op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid<sup>39</sup> een opzeggingstermijn, een zwaarwegende opzeggingsgrond of schadevergoeding worden geëist,<sup>40</sup> om zo aan de belangen van de wederpartij die zijn bedrijfsvoering moet aanpassen aan de nieuwe situatie, tegemoet te komen. Of deze vereisten in een concreet geval daadwerkelijk moeten worden gesteld, is onder meer afhankelijk van de contractduur tot het moment van opzegging (was dat van lange duur, dan ligt een opzeggingstermijn voor de hand), de afhankelijkheid van de opgezegde partij van het contract, de

gedane investeringen die bij voortdurend van het contract zouden zijn terugverdiend en de omstandigheid dat tijd en kosten zijn gemoeid met het omschakelen naar een nieuwe bedrijfsvoering na opzegging.<sup>41</sup>

Wij menen dat *als* al een zwaarwegende opzeggingsgrond vereist zou zijn,<sup>42</sup> de coronacrisis in de regel als zodanig moet worden aangemerkt,<sup>43</sup> omdat dit dermate veelomvattend en onverwacht is dat het een grote invloed heeft op bedrijfseconomische processen. Gaat het om een onderneming die door een overheidsverbod is getroffen, dan zien wij voorts geen reden om uit te gaan van een opzeggingstermijn: de (rechts)persoon zou dan verplicht worden om goederen of diensten af te nemen terwijl zijn onderneming feitelijk is gestaakt en dat zou een nodeloze transactie betekenen. In andere gevallen kan wel nog een opzeggingstermijn gelden. Om aan de belangen van de wederpartij tegemoet te komen, achten wij een vorm van schadevergoeding aan de opgezegde partij wel denkbaar,

## Bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding kan in deze situatie rekening worden gehouden met de belangen van beide partijen

29. Zie bijv. art. 7:408: als deze bepaling niet wordt 'weggeschreven' (in B2B-verhoudingen is het artikel van regelen art. 7:413 lid 2 BW) kan de opdrachtgever te allen tijde opzeggen: vgl. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV, 2018/160-161.

30. Vernietiging wegens wilsgebreken (bedrog, bedreiging, misbruik van omstandigheden en dwaling: art. 3:44 en 6:228 BW) of strijdigheid met de wet, openbare orde of goede zeden (art. 3:40) laten wij hier rusten. Voorstelbaar is wel dat dit een rol speelt indien een bepaalde bedrijfstak is verboden en de uitvoering van een contract ertoe leidt dat dit verbod wordt overschreden: een contract kan dan nietig zijn op grond van art. 3:40 lid 1.

31. De wijzigingsmogelijkheden in verband met onvoorziene omstandigheden behandelen wij in par. 5. Wij merken nog op dat contractuele beëindiging en ontbinding wegens een tekortkoming dicht bij elkaar kunnen liggen, als het contract bijv. vermeldt dat het 'beëindigd' kan worden bij een tekortkoming: vgl. H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, 'Beëindigingsbedingen zijn helemaal het einde, of toch niet?', *Contracteren* 2018/2, p. 46 e.v.

32. Zo bevatten de ROZ-voorwaarden voor de huur van bedrijfsruimte geen bepaling

voor de tussentijdse opzegging van de huurovereenkomst in geval van overmacht en is evenmin voorzien in huurverlaging in een dergelijk geval.

33. Zo bevat de annuleringsbepaling in de algemene voorwaarden van Holland Evenementen Groep (art. 8) geen mogelijkheid om de overeenkomst kosteloos te beëindigen in geval van overmacht. Wel wordt thans onverplicht een versoepelde mogelijkheid geboden om in verband met de coronacrisis geplande uitjes uit te stellen.

34. Zie art. 15.1 Uniforme Voorwaarden Horeca dat alleen het horecabedrijf recht geeft om zich te beroepen op een omstandigheid die 'het uitvoeren van de horecaovereenkomst door het horecabedrijf zodanig bemoeilijkt dat het uitvoeren van de horecaovereenkomst onmogelijk dan wel bezwaarlijk wordt'.

35. Op grond van art. 9.2 ANVR Reisvoorwaarden kan wel worden geannuleerd, maar niet kosteloos, en is het te betalen bedrag afhankelijk van de vraag hoe lang tevoren wordt opgezegd. Ook als het Calamiteitenfonds een calamiteit in een land heeft vastgesteld, is kosteloos opzeggen mogelijk (art. 9.10), maar de implicaties van het coronavirus is (nog) niet als calamiteit aangewezen: zie [www.calamiteitenfonds.nl/calamiteiten](http://www.calamiteitenfonds.nl/calamiteiten).

ook als de coronacrisis tot opzegging noopt. Dat zal met name het geval zijn als het contract vóór de opzegging een lange duur had, als de opzeggende partij zich door de coronacrisis genoodzaakt zag om op (te) korte termijn op te zeggen, of als de andere partij door de tussentijdse opzegging in combinatie met de aanzienlijke economische gevolgen van de coronacrisis evenzeer in zijn bedrijfsvoering wordt geraakt en daardoor gemaakte investeringen voor deze duurovereenkomst niet of op een veel langere termijn kan terugverdienen dan begroot.<sup>44</sup> Bij het bepalen van de *hoogte* van de schadevergoeding kan in deze situatie rekening worden gehouden met de belangen van beide partijen.<sup>45</sup>

Het voorgaande geldt *niet* bij een duurovereenkomst voor bepaalde tijd: die is in beginsel niet tussentijds opzegbaar. Een uitzondering kan slechts worden aangenomen op grond van de (aanvullende en de beperkende werking van de) van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 BW) of onvoorziene omstandigheden in de zin van artikel 6:258 BW, maar dat wordt niet snel aanvaard.<sup>46</sup>

### 4.4 Ontbinding wegens een tekortkoming

Bestaat geen opzeggingsbeding en is evenmin sprake van een duurovereenkomst die in beginsel opzegbaar is, dan bestaat nog een mogelijkheid om een overeenkomst te beëindigen. De overeenkomst kan geheel of gedeeltelijk worden ontbonden als de wederpartij tekortschiet in de nakoming van zijn verbintenis, tenzij de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt (artikel

nl/calamiteiten.

36. Zie art. 8 Metaalunievoorwaarden 2019, die recht geeft de overeenkomst te beëindigen als door overmacht blijvend niet kan worden nagekomen, of tijdelijk met een minimumperiode van zes maanden.

37. Voor een overzicht van de mogelijkheden om duurovereenkomsten op te zeggen: HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141, *NJ* 2018/98 (*Goglio/SMQ*) r.o. 3.6.1-3.6.5.

38. Uitzonderingen zijn echter mogelijk: in HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:660, *NJ* 2016/236 (*Gooisch Natuureservaat*) werd aangenomen dat geen opzeggingsmogelijkheid bestond op grond van de statuten van de stichting en de door de deelnemers gesloten overeenkomst.

39. Vgl. Asser/Houben 7-X 2019/131.

40. HR 28 oktober 2011, *NJ* 2012/685, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*De Ronde Venen/Stedin*), waarover onder meer Asser/Houben 7-X 2019/122 e.v.; H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Mon. BW nr. A5) 2017/26; T.H. Tanja-van den Broek, 'Gemeente De Ronde Venen/Stedin c.s.: versoepeling van de mogelijkheden tot opzegging van een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd?', *MvV* 2012/2, p. 18-22; W.L. Valk, 'Opzegging van duurovereenkomsten na Gemeente/SNU en

*Stedin*', *NTBR* 2012/25.

41. Zie nader H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Mon. BW nr. A5) 2017/26.

42. In de literatuur wordt wel bepleit dat dit kan worden nagekomen, of tijdelijk met een minimumperiode van zes maanden.

43. Zo ook C.E. Drion, 'Corona en het recht', *NJB* 2020/781. Dit uiteraard in de veronderstelling dat de coronacrisis de uitvoering van de overeenkomst bemoeilijkt en niet andere omstandigheden.

44. Vgl. HR 28 oktober 2011, *NJ* 2012/685 (*De Ronde Venen/Stedin*) waar de afhankelijkheid in de bedrijfsvoering van de andere partij en het kunnen terugverdienen van investeringen als een relevante factor voor een mogelijke schadevergoeding werd aangemerkt. Zie voor andere factoren ook Asser/Houben 7-X 2019/131.

45. Bijv. door gebruikmaking van de matigingsbevoegdheid van art. 6:109 BW.

46. Vgl. HR 21 oktober 1988 (*Mondia/Calanda*), *NJ* 1990/439 en HR 10 augustus 1994, *NJ* 1994/688 (*Aerts/Keepens*), alsmede A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijziging van overeenkomsten. Een horizontale vergelijking* (Monografieën BW A10), Deventer: Kluwer 2003, nr. 14 en 16.

## De wet geeft slechts de *wederpartij* van de partij die tekortschiet de bevoegdheid om de overeenkomst te ontbinden, en dus niet de tekortschietende partij zélf

6:265 lid 1 BW).<sup>47</sup> Het gevolg van ontbinding is dat wederzijds de prestaties ongedaan moeten worden gemaakt (artikel 6:271 BW).<sup>48</sup> Om een overeenkomst te kunnen ontbinden is het niet nodig dat een tekortkoming toerekenbaar is aan de wederpartij. Het is dus niet relevant of overmacht als gevolg van de coronacrisis de oorzaak was van de tekortkoming.<sup>49</sup> Vertaald naar de in par. 2 genoemde gevalstypen 1 en 2: wat de reden ook is dat de wederpartij zijn verplichting(en) niet nakomt (een overheidsverbod dat verhindert dat een horecagelegenheid voor een evenement ter beschikking wordt gesteld, of een eigen keuze om de bedrijfsvoering in verband met de coronacrisis tijdelijk te staken), de overeenkomst kan door de andere partij worden ontbonden. De vraag of daarnaast nog schadevergoeding kan worden gevorderd, is echter wél afhankelijk van de vraag of al dan niet sprake is geweest van overmacht (zie hierna, par. 6.2).

De wet geeft slechts de *wederpartij* van de partij die tekortschiet de bevoegdheid om de overeenkomst te ontbinden, en dus niet de tekortschietende partij zélf.<sup>50</sup> Stel dat het niet gaat om een onmogelijkheid van nakoming door overheidsoptreden, maar om een situatie waarin nog een keuzemogelijkheid bestaat, maar een der partijen ziet in de coronacrisis een reden om de overeenkomst te willen beëindigen. Het is dan van belang of deze partij *zijn* prestatie al heeft geleverd. Stel het gaat om een evenement dat op 10 maart 2020 zou plaatsvinden in een horecagelegenheid, waar toen nog geen overheidsverbod gold. De organisator wil het evenement niet laten doorgaan, maar heeft (een deel van) de contractprijs al betaald. Als zijn wederpartij bereid is wél na te komen, dan kan de organisator niet ontbinden en ook zijn aanbesteding niet terugvorderen: de wederpartij is de eerstvolgende die moet presteren, en als hij aangeeft dat te willen doen, dan bestaat geen (dreigende) tekortkoming aan de andere zijde en is ontbinding geen mogelijkheid. Zou het gaan om de situatie dat de organisator nog niets heeft (aan)betaald, dan is de situatie feitelijk anders. Hij kan weigeren te betalen, in welk geval *hij* tekortschiet en hij kan afwachten of de wederpartij ontbindt, of veeleer nakoming (dus betaling van de contractprijs) en/of schadevergoeding vordert. Bij die laatste twee remedies (nakoming of schadevergoeding) kan de organisator de stelling betrekken dat nakoming (relatief) onmogelijk is of dat sprake is van overmacht.

Bedacht dient te worden dat in veel gevallen de overeenkomst pas ontbonden kan worden als de wederpartij in verzuim is, en hem dus met een schriftelijke ingebrekestelling een redelijke termijn van nakoming is gesteld (artikel 6:265 lid 2 jo. artikel 6:81 e.v. BW). Dat is alleen

anders als nakoming tijdelijk of blijvend onmogelijk is of zal blijken te zijn, in welk geval het verzuimvereiste niet geldt. Voor de coronamaatregelen is die laatste uitzondering relevant. De overeenkomst kan direct zonder ingebrekestelling worden ontbonden als nakoming door overheidsmaatregelen tijdelijk onmogelijk is gemaakt: er geldt bijvoorbeeld een overheidsverbod tot het exploiteren van horeca tot 1 juni 2020. De achterliggende gedachte is hier dat het zinloos is om nog een termijn voor nakoming te gunnen: dat is toch (tijdelijk) onmogelijk.

Het hiervoor in par. 2 genoemde derde gevalstype, een partij wil alvast van zijn toekomstige verbintenissen worden bevrijd en de overeenkomst alvast beëindigen, hoewel nog niet zeker is of de overeenkomst doorgang kan vinden, is complexer. Men denke aan de situatie dat een evenement, een groot congres of een huwelijk, medio juni 2020 is gepland, en de opdrachtgever van het evenement wil alvast van het contract af vanwege de onzekerheid over de mogelijke doorgang van het evenement. Als de wederpartij niet meewerkt en ook het contract geen mogelijkheden biedt om het contract te beëindigen, dan is ook een voortijdige ontbinding van de overeenkomst wegens een tekortkoming geen vanzelfsprekendheid. Van een tekortkoming is immers nog geen sprake.<sup>51</sup> Ontbinding is in een dergelijk geval waarin de seinen nog op groen staan en ervan moet worden uitgegaan dat de overeenkomst kan worden afgewikkeld, alleen een optie als uit een mededeling van de schuldenaar moet worden afgeleid dat hij zal tekortschieten of als de schuldeiser goede gronden heeft om te vrezen dat niet zal worden nagekomen (artikel 6:80 BW). Bovendien is ontbinding alvast mogelijk als *vaststaat* dat nakoming in de toekomst niet mogelijk is. Stel dat de bruiloft gepland stond voor eind april en het horecaverbod tijdens de coronacrisis maakt dat tot 1 juni 2020 onmogelijk, dan staat al vast dat nakoming van deze verbintenis in de toekomst niet mogelijk is. De schuldeiser kan dan op grond van artikel 6:80 lid 1 aanhef en onder a BW in samenhang met artikel 6:265 BW de overeenkomst ontbinden, overigens zonder daarbij eerst een ingebrekestelling te hoeven sturen.

### 4.5 Een specifiek geval: huurprijzvermindering<sup>52</sup>

Een vraag die in de praktijk naar aanleiding van de coronacrisis is opgekomen, is of de (horeca)bedrijven die hun bedrijfsvoering hebben moeten stopzetten, gerechtigd zijn om bij de rechter om huurvermindering te verzoeken. Dat is mogelijk indien sprake is van 'vermindering van huurgenot ten gevolge van een gebrek' (artikel 7:207 BW) en dit artikel niet in het huurcontract van toepassing is uitgesloten of aangepast.<sup>53</sup> In feite vormt deze regeling een toepassing van de (partiële) ontbindingsregeling: voor zover het huurgenot gedeeltelijk wordt verschaft, mag de huurovereenkomst in zoverre partieel worden ontbonden, dat de huurder geheel of ten dele van zijn verplichting tot huurbetaling wordt bevrijd.<sup>54</sup> Dan moet het niet kunnen uitoefenen van het bedrijf als gevolg van de coronaoverheidsmaatregelen wel als een 'gebrek' in de zin van artikel 7:207 BW worden gezien. Artikel 7:204 lid 2 BW bepaalt dat dit het geval is indien het gaat om 'een staat of eigenschap van de zaak of een andere niet aan de huurder toe te rekenen omstandigheid, waardoor de zaak aan de huurder niet het genot kan verschaffen dat een huurder bij het aangaan

# Huurverlaging is een mogelijkheid indien een onderneming door een overheidsverbod wordt gesloten, als het begrip 'gebrek' althans niet contractueel is uitgesloten of beperkt

van de overeenkomst mag verwachten van een goed onderhouden zaak van de soort als waarop de overeenkomst betrekking heeft'. Als sprake is van een aan de huurder in de zin van artikel 6:75 BW toe te rekenen omstandigheid, zoals voor zijn rekening komend achterstallig onderhoud, dan gaat het niet om een gebrek.<sup>55</sup> Uit rechtspraak blijkt bijvoorbeeld dat een teleurstellend bezoekersaantal dat gerelateerd is aan de opzet en ligging van een (nieuw) winkelcentrum niet als een gebrek wordt gezien, maar voor rekening en risico van de huurder komt.<sup>56</sup>

Maar in de coronacrisis is naar onze mening iets anders aan de hand: door de getroffen overheidsmaatregelen die aan niemand specifiek zijn toe te rekenen kan de huurder zijn bedrijf niet langer uitoefenen en is het bedrijfspand slechts van beperkt<sup>57</sup> nut. Het is de vraag of een dergelijk meer juridisch dan feitelijk gebrek ook als een aan de huurder toe te rekenen 'gebrek' in de zin van artikel 7:207 en 7:204 BW kan worden aangemerkt. In de literatuur wordt bepleit dat op grond van de feiten en omstandigheden van het geval moet worden bezien in wiens risicosfeer de maatregel ligt.<sup>58</sup> Uit de parlementaire geschiedenis kan echter worden afgeleid dat een onvoorziene overheidsmaatregel op zichzelf al een gebrek oplevert.<sup>59</sup> In dat geval vormt de gedwongen sluiting van een bedrijfspand een grond om tot huurprijsverlaging over te gaan. Maar juist omdat het gaat om exceptionele coronamaatregelen die gelijkelijk de huurder en verhuurder treffen, achten wij het goed pleitbaar dat de gedwongen slui-

ting van horeca-activiteiten weliswaar een 'gebrek' in de zin van artikel 7:204 is, maar ook een gedeelde verantwoordelijkheid van partijen betreft. In het kader van artikel 7:204 en 7:207 BW<sup>60</sup> kan de huurder dan een gedeeltelijke verlaging van de huurprijs bewerkstelligen, maar bij het bepalen van de hoogte van de huurverlaging dient dan wat ons betreft op basis van de (aanvullende werking van de) redelijkheid en billijkheid ook rekening te worden gehouden met aan de huurder toevallende vergoedingen onder de NOW-regeling en ook met de belangen van de verhuurder. Ook hij wordt door de coronacrisis ongewild en wellicht op grote schaal geconfronteerd met een mogelijke verlaging van huuropbrengsten en ook zijn bedrijfsvoering wordt hierdoor geraakt. De negatieve consequenties van de coronacrisis zouden ook hier wat ons betreft niet door slechts een der partijen moeten worden gedragen. Kortom, huurverlaging is een mogelijkheid indien een onderneming door een overheidsverbod wordt gesloten, als het begrip 'gebrek' althans niet contractueel is uitgesloten of beperkt.

Maar zou hetzelfde moeten gelden als de onderneming door een als gevolg van de coronamaatregelen sterk terugvallende omzet nog maar zeer beperkt bestaansrecht heeft en bijvoorbeeld om die reden de deuren sluit (gevalstype 2)? Wij menen dat het pleitbaar is dat ook hier een, zij het gedeeltelijke, overmachtssituatie optreedt die een gebrek oplevert als bedoeld in artikel 7:204 BW, en het gebruik van het gehuurde aanzienlijk beperkt. Ook in dat

47. Voor de invulling van de tenzij-clausule, waar de debiteur zich op moet beroepen: HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810, NJ 2019/446, m.nt. Hijma (*Eigen Haard*). Dit ontbindingsrecht is van regeland recht en kan van toepassing worden uitgesloten, tenzij dit in algemene voorwaarden jegens consumenten geschiedt (art. 6:236 sub b BW).

48. Zie nader Asser/Sieburgh 6-III 2018/682. Voor de wijzen van ontbinding (een schriftelijke verklaring of gerechtelijk): art. 6:267 BW.

49. Dat is anders dan bijv. in het Belgische recht, waar ontbinding niet mogelijk is als sprake is van overmacht (art. 1184 Belgisch BW): zie W. van Gerven & A. van Oevelen, *Verbintenissenrecht*, Acco: Leuven/Den Haag 2015, p. 170 e.v. ('Als de niet-nakoming van de overeenkomst "het gevolg is van een vreemde oorzaak die (de schuldenaar) niet kan worden toegerekend", is er geen aanleiding (...) om de schuldenaar wegens contractbreuk te veroordelen.') Zie

ook S. Stijns, 'Ontbinding van wederkerige overeenkomsten bij wanprestatie', in: J. Smits & S. Stijns (eds.), *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, Intersentia: Antwerpen/Groningen 2000, p. 52 e.v.

50. Als beide partijen tekortschieten in de nakoming, dan kan elk van beide de overeenkomst ontbinden: zie HR 11 januari 2008, NJ 2009/342 (*Hartendorp/Kooij*).

51. De verbintenis van de wederpartij is immers nog niet opeisbaar.

52. Met dank aan mr. Z.H. Duijntee-van Imhoff en mr. E.H.H. Schelhaas voor hun suggesties ten aanzien van het huurrecht in deze bijdrage.

53. In B2B-relaties is dit artikel en ook art. 7:204 lid 2 van aanvullend recht (art. 7:209). Regelmatig geven partijen dan ook een andere uitleg aan het begrip 'gebrek'. In dat geval is art. 6:258 BW (zie par. 5) een mogelijkheid om het contract te laten wijzigen.

54. Hiermee is art. 7:207 BW de codificatie

van HR 6 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2389, NJ 1998/128 (*Van Bommel/Ruijgrok*). Zie over nadere vereisten: Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2017/48-52. Voor volledige ontbinding, hetgeen in deze tijdelijke situatie niet vaak in het belang van partijen is: art. 7:210 BW.

55. HR 1 februari 2008, NJ 2008/85 (*Perry Sport/SBZ*).

56. HR 1 februari 2008, 20 februari 1998, NJ 2008/85 (*Amicitia*).

57. Wel is het bedrijfspand nog van enige waarde, al was het maar omdat inventaris en zaken worden opgeslagen, en in menig geval ook voor nieuwe bedrijfsactiviteiten wordt gebruikt, zoals het maken van bezorg-menu's.

58. H.J. Rossel, *Huurrecht Algemeen*, Deventer: Kluwer 2013/4.3.4.2; J.L.R.A. Huydecoper, *GS Huurrecht*, Art. 7:204, aant. 34. In het verlengde hiervan wordt in Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2017/33 gesteld dat het niet gaat om een gebrek als de huurder door een 'een specifiek hem

treffende overheidsmaatregel' het gehuurde niet kan gebruiken.

59. PG boek 7, MVT, *Kamerstukken II* 1997/98, 26089/3, p. 14 ('Daarmee is niet enkel de stoffelijke toestand van de zaak op zichzelf bedoeld, maar elke op de zaak betrekking hebbende omstandigheid die het genot ervan beperkt') en PG Boek 7, Nota, *Kamerstukken II* 1999/2000, 26089/6, p. 15 (waar wordt opgetekend dat sprake is van een gebrek als 'een (onvoorziene) overheidsmaatregel het gebruik van de zaak verhindert').

60. Art. 7:204 BW is in B2B-relaties van aanvullend recht en partijen kunnen dus bepalen dat elke hindernis voor risico van de huurder komt. In dat geval kan op basis van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid de stelling worden betrokken dat dit beding in de gegeven exceptionele corona-omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.



geval kan een gedeeltelijke verlaging van de huurprijs wat ons betreft dan tot de mogelijkheden behoren.

### 4.6 Kortom

De coronamaatregelen en de consequenties daarvan kunnen op een aantal wijzen tot de (gedeeltelijke) beëindiging van contractuele rechten en verplichtingen leiden: als een contract op grond van een beëindigingsbeding kan worden beëindigd of als sprake is van een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd. Daarnaast kan een overeenkomst worden ontbonden als de wederpartij tekortschiet in de nakoming van zijn eigen verplichtingen, en kan de betalingsverplichting van de huurprijs gedeeltelijk worden ontbonden. Als geen van deze opties aan de orde is, kan worden geprobeerd om de overeenkomst in ieder geval zodanig te wijzigen dat verplichtingen die op een der partijen als gevolg van de coronacrisis zwaar is komen te drukken, beter in balans worden gebracht. Daar gaan wij hierna nader op in.

## 5. Wijziging van contracten: onderhandelingsplicht en onvoorziene omstandigheden

### 5.1 Algemene onderhandelingsplicht?

In de eerste plaats kan men zich afvragen of de coronacrisis een reden voor partijen vormt om met elkaar te onderhandelen over een aangepaste contractinhoud, om de lasten evenredig(er) te verdelen.<sup>61</sup> Als dat niet vrijwillig gebeurt, dan kan een contractueel beding partijen daartoe verplichten, bijvoorbeeld als omstandigheden zich na de contractsluiting hebben gewijzigd.

Bij gebreke daarvan kan onder omstandigheden uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW) een heronderhandelingsverplichting voortvloeien, bijvoorbeeld indien de situatie sinds de contractsluiting door de coronacrisis is gewijzigd en de belangen van vooral een der partijen hier onevenredig door worden getroffen. Uit het *Vodafone/ETC*-arrest<sup>62</sup> volgt immers dat partijen bij de uitvoering van de overeenkomst rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Denkbaar is dat dit onder meer inhoudt dat op partijen een heronderhandelingsplicht rust en zij moeten meewerken aan een redelijk voorstel om een overeenkomst te wijzigen.<sup>63</sup> Tjittes<sup>64</sup> heeft er eerder op gewezen dat zo'n algemene verplichting in het con-

tractenrecht goed aansluit bij de in het arbeidsrecht bestaande verplichting van de werknemer om in geval van gewijzigde omstandigheden een redelijk wijzigingsvoorstel van de werkgever te aanvaarden, zelfs als deze gewijzigde omstandigheden in de risicosfeer van de werkgever vallen.<sup>65</sup> *Mutatis mutandis* zou dit voor de huidige coronacrisis betekenen dat als de getroffen (overheids) maatregelen ervoor hebben gezorgd dat contractuele verbintenissen buitengewoon zwaar op een der partijen zijn gaan drukken, de wederpartij kan worden gedwongen om aan de onderhandelingstafel te gaan zitten. Ook zou hij dan een redelijk wijzigingsvoorstel dat ook met zijn belangen rekening houdt moeten accepteren.<sup>66</sup> Doet hij dat niet, dan kan hij ofwel tot nakoming van dit redelijke voorstel worden gedwongen, of kan hij geen onverkorte nakoming van de oorspronkelijke contractuele verplichtingen vorderen. In beide gevallen zal naar alle waarschijnlijkheid een juridische procedure nodig zijn.

Wel moet hierbij worden bedacht dat het terechte uitgangspunt van het contractenrecht de contractsvrijheid is en dat contracten moeten worden nagekomen, ook al blijkt later dat contractuele verplichtingen door bijvoorbeeld een economische crisis ernstige consequenties heeft voor een der partijen. Zoals hiervoor in par. 2 toegevoegd, gaat het hier echter niet zomaar om een crisis, maar om een exceptionele toestand die zijn weerga niet kent, en die (dus) ook exceptionele maatregelen kan eisen. Wel denken wij dat het *enkele* feit dat zich deze coronacrisis voordoet, niet een reden kan zijn om direct een heronderhandelingsplicht en een verplichting tot een contractwijziging aan te nemen. Wat ons betreft is nodig dat de coronacrisis er de oorzaak van is dat in een concreet geval een contractuele verplichting een der partijen onevenredig benadeelt, dat de gewenste heronderhandeling of wijziging direct verband moet houden met de coronacrisis en niet verder gaat dan de periode van de crisis. Verder dienen hier de belangen van *beide* contractspartijen in ogenschouw te worden genomen, ook die van de partij die dacht een contract te hebben gesloten en zich naderhand geconfronteerd ziet met een partij die niet meer onverkort wil of kan nakomen.

### 5.2 Onvoorziene omstandigheden

*5.2.1 Artikel 6:258: wijzigingsbevoegdheid door de rechter*  
Naast de hiervoor genoemde mogelijkheid dat uit het contract of de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid een wijzigingsmogelijkheid voortvloeit, kent de wet de rechter de mogelijkheid toe een contract te wijzigen of geheel of gedeeltelijk te ontbinden, als sprake is van onvoorziene omstandigheden op grond waarvan ongewijzigde instandhouding van het contract niet mag worden verwacht (artikel 6:258 BW). Een der partijen moet de rechter hierom verzoeken. De achtergrond van deze bepaling vormt de gedachte dat de inhoud van de overeenkomst wordt geregeerd door de stand van zaken ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, maar dat partijen door de omstandigheden kunnen worden ingehaald en zich dan geconfronteerd zien met een contract dat niet meer past bij de nieuwe realiteit. De coronacrisis vormt een helder voorbeeld van een situatie waarin de realiteit plots een heel ander wereldbeeld toont dan dat partijen

**Als de getroffen (overheids)maatregelen ervoor hebben gezorgd dat contractuele verbintenissen buitengewoon zwaar op een der partijen zijn gaan drukken, kan de wederpartij worden gedwongen om aan de onderhandelingstafel te gaan zitten**

enige weken geleden voor mogelijk hadden gehouden. De vraag is of de coronacrisis voldoende aanleiding vormt om voordien gesloten contracten die uitgingen van een heel andere situatie, aan te laten passen. Artikel 6:258 BW biedt daartoe de mogelijkheid als de uit de coronacrisis voortvloeiende omstandigheden:

- a) niet in de overeenkomst zijn verdisconteerd: het gaat dus niet zozeer om onvoorzienbare omstandigheden, maar om omstandigheden waar partijen in hun contract geen voorziening voor hebben getroffen;
- b) ten tijde van de contractsluiting in de toekomst zijn gelegen; en
- c) van dien aard zijn dat partijen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mogen verlangen.

Ervan uitgaande dat de corona-uitbraak zich ten tijde van de contractsluiting nog niet in Nederland had voltrokken en het dus een toekomstige omstandigheid betrof,<sup>67</sup> gaan wij nader in op de andere twee vereisten voor een geslaagd beroep op onvoorzienbare omstandigheden (sub a en c).

### 5.2.2 Wanneer is een omstandigheid onvoorzien?

Een omstandigheid is in het kader van artikel 6:258 BW onvoorzien, als zij niet in de overeenkomst is verdisconteerd. Wanneer dat zo is, is een kwestie van uitleg van de overeenkomst<sup>68</sup> die plaatsvindt conform de *Haviltex*-maatstaf.<sup>69</sup> Daarbij komt het niet uitsluitend aan op de gekozen bewoordingen van de overeenkomst, maar op alle omstandigheden van het geval.<sup>70</sup> De term 'verdisconteerd' betekent niet dat het ijkpunt is of partijen expliciet dienaangaande een bepaling in hun contract hebben opgenomen.<sup>71</sup> Het is zeer wel mogelijk dat partijen bij een omstandigheid hebben stilgestaan, bijvoorbeeld de mogelijke uitbraak van een pandemie, maar hebben afgezien van het opnemen van een hieraan gerelateerde contractuele (wijzigings)bepaling. In dat geval is de omstandigheid 'pandemie' wel in de overeenkomst verdisconteerd en kan een beroep op onvoorzienbare omstandigheden niet worden gedaan. Uit het *Gemeente Bronckhorst*-arrest proeven wij dat het begrip 'verdisconteerd' extensief moet worden uitgelegd. In casu ging het om

een omvangrijk project voor de bouw van woningen. De gemeente, die als opdrachtgever optrad, wist c.q. moest weten dat de regio waar zij gelegen was, de Achterhoek, met een krimpende bevolking te kampen had. Uit het arrest blijkt niet dat over deze omstandigheid tussen partijen is gesproken. Desalniettemin kwam een beroep op artikel 6:258 BW de gemeente niet toe, omdat de bevolkingskrimp als reële mogelijkheid ingeschat had moeten worden en de gemeente dus had moeten nopen daarover bepalingen op te nemen indien zij wenste dat de bevolkingskrimp van invloed zou zijn op de doorgang van het project.<sup>72</sup>

Het komt voor dat partijen in hun contract rekening hebben gehouden met een epidemie of ziekte en hier een voorziening voor hebben getroffen.<sup>73</sup> Meer in het algemeen bevat menig contract een bepaling die aangeeft wanneer sprake is van onvoorzienbare omstandigheden die aanleiding geven tot – bijvoorbeeld – een heronderhandelingsverplichting of die aansprakelijkheid uitsluit. De opgesomde situaties zijn dan niet meer 'onvoorzien' in de zin van artikel 6:258 BW: partijen hebben ze immers onder ogen gezien en daar een regeling voor getroffen.<sup>74</sup> Maar ook al hebben partijen bepaald dat in geval van een epidemie bijvoorbeeld geen aansprakelijkheid bestaat, dan betekent dat nog niet direct dat zij daarmee de uitzonderlijke gevolgen van de coronapandemie hebben verdisconteerd en dat daarom artikel 6:258 BW direct buiten spel staat. Denk aan een bepaling in de overeenkomst die een beroep op overmacht mogelijk maakt indien het eigen personeel niet in staat is werkzaamheden te verrichten door ziekte of een epidemie. De mogelijkheid van een epidemie is dan in algemene zin in de overeenkomst verdisconteerd, maar ook de uitzonderlijke consequenties van de huidige pandemie? Wij denken dat beargumenteerd kan worden dat de huidige uitzonderlijke situatie, die niet alleen een epidemie is maar ook gepaard gaat met nog niet eerder vertoond overheidsingrijpen en met zware bedrijfseconomische consequenties, daarbuiten valt. Verder kan worden gestreden over de vraag of een beroep kan worden gedaan op onvoorzienbare omstandigheden als een epidemie of pandemie de gezondheid van het eigen personeel

61. Zie ook R.P.J.L. Tjittes, 'Commerciële contracten en corona: uitgangspunt 50/50 verdeling nadeel', gepubliceerd op LinkedIn op 17 maart 2020.

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

63. R.P.J.L. Tjittes, 'Spoediger wijziging van commerciële contracten', *Contracteren* 2012/3, p. 95-98.

64. *Ibid.*, p. 98.

65. Dat vloeit voort uit het goed werkerschap. Zie bijv. HR 26 juni 1998, NJ 1998/767 (*Van der Lely/Taxi Hofman*), waaruit volgt dat een werknemer een redelijk voorstel alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijze niet van hem kan worden gevergd.

66. Het bepalen van de 'redelijkheid' van een voorstel kan wat ons betreft verlopen langs de lijnen van de door Haas bepleite '130%-regel': een prijsstijging voor duurder geworden goederen tot 30% zou kunnen worden geaccepteerd. Ook het voorstel dat Tjittes op LinkedIn deed om de pijn bij helfte te delen, spreekt aan. Dit laatste voorstel werd ook gepropageerd in E.J.M. van Beukering-Rosmuller, 'Imprévision en zelfregulering. Het belang van zelfregulering met betrekking tot onvoorzienbare omstandigheden in zakelijke contractuele (duur)relaties, de juridische inkadering en nadere vormgeving daarvan', *NTBR* 2006/10, par. 3.1.

67. Voor overeenkomsten die thans worden gesloten kunnen contractpartijen zich in het

kader van onvoorzienbare omstandigheden dus niet op onwetendheid met het coronavirus en daarmee verband houdende overheidsmaatregelen beroepen: thans is dat niet meer een toekomstige omstandigheid. Het is natuurlijk wel de vraag wanneer het (nog) gaat om een onvoorzienbare omstandigheid: is dat de periode voordat zich de eerste besmetting in Nederland voordeed, of al op het moment dat het virus in Italië opdook? Wij neigen naar het eerste, omdat zich pas vanaf dat moment in de maatschappij snel het besef meester maakte dat vergaande overheidsmaatregelen ook hier goed denkbaar waren.

68. H.N. Schelhaas & W.L. Valk, *Uitleg van rechtshandelingen*, Preadvies VBR, Zutphen: Paris 2016, p. 84.

69. HR 13 maart 1981, NJ 1981/635, m.nt. CJHB (*Ermes/Haviltex*).

70. Schelhaas & Valk (2016), p. 13-23.

71. Vgl. Asser/Sieburgh 6-III 2018/441.

72. HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2615 (*Gemeente Bronckhorst*). Nader over dit arrest o.a. J.H.M. Spanjaard, 'Verwacht altijd het onverwachte', *Contracteren* 2018/1, p. 28-31.

73. Zie bijv. art. 19.8 Algemene verkoop- en leveringsvoorwaarden Samsung, waar onder meer een epidemie als een geval van overmacht wordt gezien dat Samsung onthef van aansprakelijkheid en een opschortingsrecht geeft.

74. Partijen mogen art. 6:258 BW echter niet geheel van toepassing uitsluiten: zie art. 6:250 BW.

(nog) niet direct raakt, maar een overheidsverbod wel de gehele bedrijfsvoering stillegt.

### 5.2.3 Wanneer is ongewijzigde instandhouding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar?

Een tweede vereiste om een beroep te kunnen doen op het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden is dat door de onvoorziene omstandigheden de ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dit is een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf.<sup>75</sup>

Toegepast op het coronavirus en ervan uitgaande dat in de overeenkomst een pandemie niet is verdisconteerd, kan een beroep op onvoorziene omstandigheden wat ons betreft toegepast worden, als de nakoming van de overeenkomst onmogelijk wordt gemaakt door overheidsmaatregelen (gevaltype 1 uit par. 2). Hierbij kan worden gedacht aan het restaurant dat moet sluiten en daarom geen ingrediënten meer van haar vaste leveranciers afneemt of de geboortefotograaf die door een gewijzigde policy van het ziekenhuis, het ziekenhuis niet in mag. In geval van een vrijwillige sluiting, in het voorbeeld van de

## Wij zijn echter van mening dat de kaart van het ‘ondernemersrisico’ thans minder snel getrokken kan worden

cateraar wiens diensten worden ‘afbesteld’ omdat het kantoor wegens economische redenen (tijdelijk) zijn deuren sluit, zal een beroep op onvoorziene omstandigheden door een rechter niet zonder meer worden geaccepteerd. Hierbij moet namelijk worden bedacht dat in de rechtspraak een beroep op onvoorziene omstandigheden zelden wordt aanvaard en bijvoorbeeld de grote economische crisis van 2007 als ‘normaal’ ondernemersrisico werd gezien.<sup>76</sup>

Wij zijn echter van mening dat de kaart van het ‘ondernemersrisico’ thans minder snel getrokken kan worden. Toen in 2004 door een sterk stijgende vraag naar staal vanuit China en na 2008 als uitvloeisel van de kredietcrisis een beroep op onvoorziene omstandigheden werd gedaan, waarbij de ontwikkelingen op de kapitaalmarkt en stijging van de staalprijzen als onvoorziene omstandigheden werden aangemerkt, was de teneur in de rechtspraak dat deze omstandigheden als ondernemersrisico kwalificeerden.<sup>77</sup> Wij gaven in par. 2 al aan dat de huidige coronacrisis zijn oorsprong heeft in grote gezondheidsproblemen, die buiten iedere vorm van menselijk economisch handelen zijn opgetreden, vervolgens ongekende overheidsmaatregelen zijn uitgevaardigd, die ook ongekend grote financiële en bedrijfseconomische consequenties hebben gehad over de volle breedte van de mondiale maatschappij. Daarom kunnen de daaruit voortvloeiende consequenties naar onze mening niet simpelweg als ondernemersrisico worden

gekwalificeerd. Dat betekent wat ons betreft dat een beroep op artikel 6:258 BW ondanks de terughoudende teneur in de rechtspraak goed denkbaar is.

### 5.2.4 Het tweede lid van artikel 6:258

In lid 2 van artikel 6:258 BW is bepaald dat wijziging of ontbinding achterwege blijft voor zover de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich erop beroept.

Door ‘de aard van de overeenkomst’ kan het soort transactie worden meegewogen. Zo kan in het algemeen de bewaarnemer zich niet op de onvoorziene omstandigheid ‘brand’ beroepen, aangezien het zijn verplichting is de in bewaarneming genomen zaak terug te geven aan de bewaargever (artikel 7:600 e.v. BW). Ook kan daarvan sprake zijn, als partijen een vaststellingsovereenkomst sluiten over geleden schade die door rechtsontwikkelingen nadien, nadelig voor een van de partijen uitvalt. De aard van de overeenkomst – een vaststellingsovereenkomst, waarin men met name een geschil of onzekerheid oplost – staat dan in de weg aan toepassing van artikel 6:258 BW.<sup>78</sup>

Ook de verkeersopvattingen kunnen meebrengen dat de schade voor rekening en risico van een van de partijen dient te blijven. Hoewel rechtspraak over dit onderwerp schaars is<sup>79</sup> en ook Sieburgh in haar handboek geen gevallen noemt,<sup>80</sup> kan een parallel worden getrokken met het *Fokker/Zentveld*-arrest, op grond waarvan de verkeersopvattingen mee leken te brengen dat Fokker voor de schade aan de vliegtuigvleugel diende op te komen. Hieraan werd ten grondslag gelegd dat het voor haar als grote onderneming eenvoudiger was zich tegen schade te verzekeren dan de arme kraandrijver Zentveld en kwam tevens gewicht toe aan de omstandigheid dat de schade aan de vleugel een veelvoud was van de prijs voor de werkzaamheden van Zentveld.<sup>81</sup>

Toegepast op de coronacrisis zou artikel 6:258 lid 2 BW kunnen worden gebruikt om kleinere en zwakkere contractspartijen te beschermen tegen grote draagkrachtiger contractspartijen, die de gevolgen van de crisis financieel wellicht beter kunnen dragen. Of daarvan sprake is, dient van geval tot geval te worden bezien. Artikel 6:258 lid 2 BW zorgt ervoor dat een beroep op onvoorziene omstandigheden lang niet altijd zal worden gehonoreerd. De praktijk doet er goed aan een genuanceerde blik op dit leerstuk te houden.

### 5.2.5 Wijziging van de overeenkomst: hoe en in welke zin?

Als het inderdaad gaat om een onvoorziene omstandigheid, die ertoe leidt dat ongewijzigde instandhouding van het contract redelijkerwijs niet kan worden geëist, dan kan de rechter op verzoek van een der partijen de overeenkomst wijzigen om het contract beter in balans te brengen (artikel 6:258 jo. 6:260 BW). Tjittes deed in een artikel dat via LinkedIn verscheen, een interessante suggestie.<sup>82</sup> Wat hem betreft wordt het nadeel dat partijen lijden door de coronacrisis in beginsel bij helfte verdeeld. De reden hiervoor is dat geen der partijen blaam treft voor het uitbreken van de pandemie. Indien het contract al een zekere disbalans bevatte, kan deze disbalans wat hem betreft worden betrokken in de nadeelverdeling en kan van de verdeling 50/50 worden afgeweken.<sup>83</sup> Als uitgangspunt komt deze benadering ons niet onlogisch voor, hoewel wij ons

ook aansluiten bij de tegenwerping van Drion dat het nadeel in veel contractuele relaties niet evenredig zal zijn.<sup>84</sup> Maar als uitgangspunt is de 50/50-verdeling wat ons betreft een handzaam richtsnoer, waar natuurlijk altijd van kan worden afgeweken als blijkt dat de contractuele verhoudingen en verdeling van risico's over en weer anders liggen. In het in de inleiding gesignaleerde voorbeeld van de geboortefotograaf kan deze verdeelsleutel zeker haar nut bewijzen. Voorwaarde is naar onze mening wel dat vastgesteld is dat de nakoming niet meer van partijen kan worden geleverd en contractueel niet voor rekening en risico van een van de contractspartijen kan worden gebracht.

## 6. Schadevergoeding: overmacht

### 6.1 Toerekenbare tekortkoming

Contract en wet bieden dus in menig geval mogelijkheden om zich op grond van coronagerelateerde problemen van contractuele verplichtingen te bevrijden of verplichtingen aan te (laten) passen. Maar het is ook mogelijk dat schade wordt veroorzaakt doordat een partij zijn verplichtingen niet kan voldoen, bijvoorbeeld omdat hij door de coronamaatregelen economisch in zwaar weer is komen te verkeren. Volgens artikel 6:74 BW geeft een tekortkoming recht op schadevergoeding, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend. Deze laatste tenzijbepaling maakt duidelijk dat bij overmacht geen schadevergoedingsaanspraak ontstaat. Artikel 6:75 BW geeft aan dat sprake is van overmacht indien de tekortkoming niet aan de schuld van de debiteur is te wijten, noch krachtens wet, rechtshandeling of verkeersopvattingen voor rekening van de schuldenaar komt (artikel 6:75 BW).<sup>85</sup> Daarnaast geldt het verzuimvereiste,<sup>86</sup> hetgeen in de regel inhoudt dat schadevergoeding slechts kan worden gevorderd als de andere partij nog in gebreke is gesteld en aldus de mogelijkheid heeft gekregen om alsnog na te komen (artikel 6:81 e.v. BW).

Maar kan een tekortkoming<sup>87</sup> als gevolg van de coronacrisis worden aangemerkt als overmacht in de zin van artikel 6:75 BW?

75. Vgl. HR 20 februari 1998, *NJ* 1998/493 (*Briljant Schreuders/ABP*).

76. In dit opzicht: A.T.G.M. Venrooij & P.S. Bakker, 'Contractuele gebondenheid in het licht van de krediet- en economische crisis', *Contracteren* 2013-4, p. 122-125; P.S. Bakker, 'Effecten van de kredietcrisis op (rechtsgevolgen van) financieringsovereenkomsten', *O&F* 2009 (17) 3, p. 63-75 en stellig: T. Hartlief, 'Crisis? What crisis?', *NJB* 2013/1603. Voorstanders van een ruimhartiger toepassing van de onvoorzien omstandigheden toonden zich 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. 49-52 en J.M. van Dunné, 'Aanpassing van de overeenkomst bij onvoorzien omstandigheden: een kwestie van uitleg?', *Contracteren* 2011/4, p. 111-126.

77. Vgl. o.a. W.J.M. Herber, 'Staalprijzen, ofwel de invloed van China op de Nederlandse bouwrechtspreek', *BR* 2005/73, p. 288 e.v.; J.M. van Dunné, 'Over staalprijzen en zo. Extreme stijging van materiaal-kosten en het beroep op paragraaf 47 UAV 1989 wegens kostenverhogende omstandigheden', *TBR* 2010, p. 479 e.v.; HR 2 oktober 2009, *TBR* 2010/166.

78. Vgl. HR 15 november 1985, *NJ* 1986/228, m.nt. G (*Ebele Dillema II*).

79. P.S. Bakker, *Groene Serie Verbintenissenrecht* (2020), art. 6:258 BW, aant. 6.2 en 6.3 noemt nog enkele voorbeelden, zij het dat niet specifiek aan lid 2 getoetst lijkt te zijn.

80. Asser/Sieburgh 6-III 2018/445.

81. HR 5 januari 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB6963, *NJ* 1968/102, m.nt. GJS (*Fokker/Zentveld*).

### 6.2 Overmacht

Het is belangrijk om zich te realiseren dat de overmachtsbepaling van artikel 6:75 BW van regelen recht is. Partijen kunnen dus hun eigen voorziening treffen en het overmachtsbegrip contractueel inperken – bijvoorbeeld door met zoveel woorden te bepalen dat geen beroep op overmacht kan worden gedaan of door een garantie af te geven die een beroep op overmacht 'overtroeft' – of uitbreiden. Dit laatste gebeurt veelvuldig in de praktijk, met name waar de clausule aan de Anglo-Amerikaanse rechtsfeer is ontleend.<sup>88</sup> De Engelse overmachtsclausules lezen als een uitgebreide omstandighedencatalogus en zijn naar Engels recht afdwingbaar.<sup>89</sup>

Naar Nederlands recht is een overmachtsclausule in beginsel eveneens afdwingbaar en zorgt zij ervoor dat een tekortkoming krachtens rechtshandeling (al dan) niet toerekenbaar is aan de schuldenaar. In overmachtsbepalingen worden soms de omstandigheden 'natuurrampen, brand, staking, oorlog, onrust, ziekte en overheidsingrijpen' als overmacht aangemerkt. Het is een kwestie van uitleg of onder 'ziekte' ook pandemie moet worden begrepen en wat de reikwijdte van 'overheidsingrijpen' is. Indien pandemie als reden voor overmacht wordt genoemd, kan dit de positie van de schuldenaar helpen. Ook 'vraaguitval bij afnemers' of 'annuleringen door afnemers' kunnen contractueel als overmacht worden aangemerkt en kunnen van dienst zijn in de coronacrisis. In zo'n geval bestaat op basis van het contract en artikel 6:74 BW geen recht op schadevergoeding.

Indien overmachtsbepalingen niet in het contract zijn opgenomen, moet op grond van artikel 6:75 BW worden vastgesteld of de coronacrisis aanleiding geeft tot een geslaagd beroep op overmacht: is sprake van schuld, of komt de omstandigheid krachtens de wet of verkeersopvatting voor risico van de schuldenaar? Eerst moet worden vastgesteld om welk soort prestatie het gaat. Moet de debiteur de contractprijs betalen of schuilt de prestatie in het leveren van een dienst of goed? In dat eerste geval wordt overmacht zelden aangenomen: betalingsonmacht komt in de regel voor rekening en risico

82. R.P.J.L. Tjittes, 'Commerciële contracten en corona: uitgangspunt 50/50 verdeling nadeel', gepubliceerd op LinkedIn op 17 maart 2020.

83. Tjittes, *ibid*, verwijzend naar PG Boek 6, p. 970 en Hof Arnhem-Leeuwarden 18 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4326.

84. C.E. Drion, 'Corona en het recht', *NJB* 2020/761.

85. De wettelijke techniek is dat de schuldeiser recht heeft op schadevergoeding, tenzij de tekortkoming niet toerekenbaar is. Dat betekent dat de schuldenaar moet stellen en bij voldoende betwisting moet bewijzen dat de tekortkoming niet toerekenbaar is: zie art. 6:74 en 6:75 BW.

86. Tenzij, zoals hiervoor is aangegeven, sprake is van een blijvende onmogelijkheid van nakoming: art. 6:74 lid 2 BW.

87. Voordat de overmachtsdiscussie kan

worden gevoerd, moet de tekortkoming vaststaan en moet dus tussen partijen in confesso zijn (c.q. door de rechter zijn vastgesteld) wat de inhoud van de overeenkomst is en dat de schuldenaar tekort is geschoten in de nakoming

88. Zie ook: Schelhaas & Valk (2016), p. 154-155. Het Engelse recht kent overmacht niet als begrip. Binnen het leerstuk *frustration* kan een beroep op overmacht worden gedaan, maar dat wordt niet vaak toegewezen. Om die reden dient overmacht contractueel te worden vormgegeven. Gechargeerd blijkt de worsteling van het Engelse recht met het leerstuk enigszins uit de omstandigheid dat 'overmacht' in het Engels met een Franse term ('force majeure') wordt geduid.

89. Vgl. *Photo Production Ltd./Securitor Transport Ltd.*, [1980] UKHL 2.

van de debiteur.<sup>90</sup> In het andere geval moet eerst worden vastgesteld of van afwezigheid van schuld aan de zijde van de schuldenaar sprake is. In het voorbeeld van de onderneming die vrijwillig zijn deuren sluit, geldt dat de schuldenaar uit eigener beweging besluit de opdrachtnemer niet toe te laten. Hoezeer die beslissing menselijkerwijze valt te billijken, voert de schuldenaar in dat geval de overeenkomst welbewust niet uit en kan worden betoogd dat die omstandigheid in ieder geval *gedeeltelijk* door zijn schuld is ontstaan of krachtens verkeersopvattingen aan hem toe te rekenen is. Omdat ook hier de ongekende corona epidemie gedeeltelijk debet kan zijn aan het besluit van de ondernemer, kan hier op grond van een billijkheidscorrectie<sup>91</sup> aan een proportionele verdeling van de coronalasten worden gedacht.

In het geval de schuldenaar zich ten oprechte op overmacht beroept, verkeert hij op de voet van artikel 6:83 aanhef en onder c BW respectievelijk artikel 6:80 lid 1 aanhef en onder b BW automatisch in verzuim c.q. *anticipatory breach* en staat hij bloot aan de remedies van zijn wederpartij, waaronder de vordering tot schadevergoeding, al dan niet tezamen met ontbinding.<sup>92</sup>

### De schuldenaar is de enige die een beroep op artikel 6:75 BW toekomt. De schuldeiser kan dit niet doen

Anders ligt dat op het moment dat de schuldenaar de tekortkoming pleegt door gehoor te geven aan een overheidsbevel in verband met de coronacrisis (gevalstype 1). In dat geval staan de wet of de verkeersopvattingen aan een prestatie in de weg en is de tekortkoming niet aan de debiteur toe te rekenen. In deze situatie bestaat dus geen schadevergoedingsaanspraak en kan de debiteur zich op overmacht beroepen.

De wettelijke regeling is geschreven vanuit het standpunt van de schuldenaar. De schuldenaar is de enige die een beroep op artikel 6:75 BW toekomt. De schuldeiser kan dit niet doen; noch voor zijn eigen verplichtingen, noch (al dan niet uit goedertierenheid) ten behoeve van zijn schuldenaar. De schuldeiser die in overmacht verkeert kan zich hooguit beroepen op het leerstuk van de crediteursovermacht, welk leerstuk in het schuldeisersverzuim van artikel 6:58 BW wordt gesitueerd.<sup>93</sup> De gevolgen worden geregeerd door de redelijkheid en billijkheid en de onvoorzien omstandigheden. Partijen kunnen dan in beginsel de overeenkomst ontbinden. Aangenomen wordt dat schuldeisersovermacht pas wordt aangenomen indien de omstandigheid zich buiten de invloedssfeer van de schuldeiser afspeelt en hij daar ook geen invloed op heeft kunnen uitoefenen. Wat ons betreft kwalificeren overheidsmaatregelen als gevolg van de coronacrisis als zodanig.

Indien sprake is van overmacht, staat de route naar ontbinding nog open.<sup>94</sup> De schadevergoedingsvordering is

dan afgesneden, omdat van een toerekenbare tekortkoming geen sprake is.

### 6.3 Schadebeperking

Ook na het intreden van de overmacht en/of ontbinding op grond van overmacht zijn partijen niet volledig van elkaar af. Zij treden dan in een rechtsverhouding die wordt geregeerd door de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:2 BW.<sup>95</sup> Uit de redelijkheid en billijkheid en artikel 6:101 BW vloeit onder meer een schadebeperkingsplicht voort. Het schenden van die schadebeperkingsplicht, bijvoorbeeld het nodeloos op laten lopen van kosten of het te laat noemen van een overmachtsituatie,<sup>96</sup> zal voor rekening en risico van de schendende partij kunnen komen. Dit betekent wat ons betreft dat van de partij die zich op overmacht wil beroepen, mag worden verwacht dat zij niet talmt en ook actief maatregelen treft om de schade voor de contractspartner te mitigeren.

### 7. Overig: woekerprijzen, boeteclausules, beperkende werking van redelijkheid en billijkheid

Wij hebben in het voorgaande de meest voor de hand liggende contractuele remedies en probleempunten van de coronacrisis belicht. Maar er zijn ongetwijfeld nog meer contractuele problemen, die de coronacrisis in het leven heeft geroepen of dat nog zal doen. De coronacrisis is in Nederland nog relatief jong en het is niet mogelijk om in dit stadium alles te voorzien en ook niet om in het bestek van dit artikel alle mogelijke probleempunten te adresseren. Wij stippen een paar andere mogelijke kwesties aan.

Wij denken aan de situatie waarin contractspartijen plots woekerprijzen vragen voor noodzakelijke en schaarse producten, zoals bij medische hulpmiddelen het geval is (geweest). Als een partij desondanks een dergelijk contract sluit, omdat hij de goederen simpelweg nodig heeft en een algemeen belang daarmee is gediend, dan zien wij een mogelijkheid om het contract op een later moment (partieel) te vernietigen. De grondslag zou dan misbruik van omstandigheden kunnen zijn, als de partij die woekerprijzen vroeg misbruik heeft gemaakt van de uitzonderlijke situatie waarin de samenleving verkeert en de noodzaak die bestaat om bepaalde (medische) goederen te kunnen gebruiken (artikel 3:44 BW).<sup>97</sup> In het verlengde hiervan kan aan de situatie worden gedacht dat de oorspronkelijke contractspartij een bepaald schaars goed wegens schaarste niet meer kan leveren, maar een derde aanbiedt nakoming tegen woekerprijzen alsnog te faciliteren. Die rekening kan naar onze mening niet zonder meer bij de oorspronkelijke schuldenaar worden neergelegd. Naar onze mening zou het 'sowieso-criterium' dat in de rechtspraak over schadevergoeding na wanprestatie in de arresten *Cactus Club* en *Royal & Sun Alliance/EMS* is ontwikkeld, zijn nut kunnen bewijzen.<sup>98</sup> Volgens dit criterium, ontwikkeld in die gevallen waarin door het ontbreken van een ingebrekestelling geen verzuim is ontstaan maar wel een schadevergoeding aangewezen is, wordt bekeken, welke kosten de schuldenaar sowieso had moeten dragen indien hij zich van zijn verplichtingen zou hebben gekweten. Daar zou dan – zoals Haas voorstelde – eventueel een opslag van 30% op kunnen gezet.

Een andere hindernis kan ontstaan als een partij op basis van een contract een aanbeting moet doen, voor een prestatie die (nog) niet is verboden, maar waarvan onzeker is of deze door de coronacrisis doorgang kan vinden. Denk aan een groot evenement dat in de maand juni van 2020 is geagendeerd, dat nog niet is verboden, maar waarvan mogelijk is dat dit in de toekomst onder een overheidsverbod valt. Vooral als de vrees bestaat dat de wederpartij door de coronacrisis minder solvent is, zal een partij niet altijd bereidwillig zijn om alvast een aanbeting te doen of een of andere prestatie te verrichten. In dat geval biedt de onzekerheidsexceptie van artikel 6:263 BW de mogelijkheid om de eigen prestatie tijdelijk op te schorten.

Verder kan een contractuele boete die ook verschuldigd zou raken bij de coronacrisis de schuldenaar onevenredig zwaar belasten. Een contractuele boete is in beginsel pas verschuldigd indien het gaat om een *toerekenbare* tekortkoming (artikel 6:91 e.v. BW), maar de toerekenbaarheid kan contractueel worden uitgesloten zodat de boete ook verschuldigd is indien – bijvoorbeeld – een contractspartij goederen niet kan leveren door een overheidsverbod. Hoewel de matigingsbevoegdheid terughoudend moet worden toegepast, bestaan hier volgens ons gezien de exceptionele situatie goede argumenten om de boete aanzienlijk te matigen (artikel 6:94 BW) of om het beding terzijde te stellen op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW). De exceptionele coronacrisis treft alle partijen en kan in deze situatie moeilijk geheel in de risicosfeer van de schuldenaar worden gebracht.<sup>90</sup>

Dat laatste brengt ons op een algemener punt. Het is goed mogelijk dat een contract bepaalde clausules bevat die normaliter geen probleem opleveren, maar door de coronacrisis wel, zoals de verplichting om

## Het recht dient de maatschappij en niet andersom

bepaalde reserveonderdelen op voorraad te houden, die thans door vergaande vervoersverboden niet meer verkrijgbaar zijn. In dat geval bestaat als ultimum remedium een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW), met als gevolg dat het beding partijen niet bindt. Hoewel de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid terughoudend moet worden toegepast, met name in B2B-verhoudingen omdat het beginsel van de contractvrijheid terecht stevig is verankerd in het Nederlandse contractenrecht, biedt zij in exceptionele omstandigheden mogelijkheden om een contractueel beding dat een partij door de coronacrisis onaanvaardbaar hard treft, buiten werking te stellen.

### 8. Slot

Wij hebben in deze bijdrage enige belangrijke consequenties van de coronacrisis voor het contractenrecht belicht. Dat hebben wij gedaan in het besef dat deze crisis niet ‘zomaar’ een economische crisis is die transacties raakt, maar een humanitaire crisis is die in omvang en intensiteit zijn weerga niet kent. Wij hebben de grenzen van het recht verkend en daar op een aantal plaatsen een stap overheen gezet. Want het recht dient de maatschappij en niet andersom. Als de maatschappij extreem en exceptioneel wordt getroffen, moet het recht daar uiteraard met inachtneming van belangrijke beginselen zoals contractvrijheid en trouw aan het gegeven woord, wél ruimte voor bieden in de vorm van een maatwerkoplossing. ●

90. Asser/Sieburgh 6-I 2016/355 en vgl. C.E. Drion, ‘Corona en het recht’, *NJB* 2020/761, die in dit verband voor enige ruimdenkendheid pleit voor afnemers.

91. Bijv. via art. 6:98 of de matigingsbevoegdheid van art. 6:109, als tot aansprakelijkheid wordt geconcludeerd.

92. Vgl. HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610, *NJ* 2009/50, m.nt. JH (Ammerlaan/Enthoven) en HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1684, *NJ* 2012/684, m.nt. Tjong Tjin Tai (Ammerlaan/Enthoven).

93. Keirse, Groene Serie Verbintenissen-

recht, (2019), art. 6:58 BW, aant. 7. Wij gaan in het bestek van dit artikel niet uitgebreid op crediteursovermacht in.

94. Opgemerkt zij dat als de tekortkoming voorzienbaar van een overzichtelijk tijdelijke duur is, het ontbinden van de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Zie: F.B. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten* (Mon. BW nr. B58) 2011/73. In zo'n geval vindt een belangenafweging plaats en dienen de belangen van de schuldeiser te wijken voor het belang van de schuldenaar bij instandhouding van de overeenkomst.

95. Zie ook: F.B. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten* (Mon. BW nr. B58) 2011/57.

96. Vgl. Voor aanneming van werk art. 7:753 BW.

97. Vgl. Ten aanzien van overeenkomsten tegen onevenredig hoge vergoedingen om een faillissement af te wentelen: Hof 's-Hertogenbosch 27 augustus 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3187; Rb. Midden-Nederland 20 september 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6745.

98. HR 20 september 2002, *NJ* 2004/458, m.nt. JH (*Cactus club*) en Hof Arnhem 18

september 2001, ECLI:NL:GHARN:2001:AE5250, *NJ* 2002/304 (*Royal & Sun Alliance/EMS*).

99. In andere gevallen is niet helemaal duidelijk of de boete ook verschuldigd is bij een toerekenbare tekortkoming. Wij wijzen op art. 30.1 van de ROZ-voorwaarden huur bedrijfsruimte waarin een boete verschuldigd is van € 250 voor elke dag dat de huurder in verzuim is. Omdat de bepaling rept van *verzuim*, is gezien de tekst van art. 6:81 BW is pleitbaar dat een *toerekenbare* tekortkoming nodig is.