
Juridisch up to Date

2020-0076 - Juridisch up to Date 2020-05 d.d. 29-05-2020

Rubriek: Handelscontracten, transport en logistiek

Corona (COVID-19) en de (on)mogelijkheid tot nakoming van contractuele verplichtingen

De transportsector is een van de zwaarst getroffen sectoren door het coronavirus. De luchtvracht en het containervervoer liggen nagenoeg stil, productie- en logistieke processen raken ontregeld, leverings- en capaciteitsproblemen worden groter en 'supply chains' raken wereldwijd verstoord met alle gevolgen van dien. Door deze omstandigheden kunnen contractuele verplichtingen in de knel komen.¹ In dit artikel bespreken we enkele remedies (zoals een beroep op overmacht en onvoorziene omstandigheden).

De (on)mogelijkheid tot nakoming

Het uitgangspunt van de *partijautonomie* brengt met zich dat een partij zijn wederpartij in beginsel tot nakoming van de overeenkomst kan dwingen. 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. 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. Van deze 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. Een beroep op nakoming kan dan worden afgewezen als de gerechtvaardigde belangen van de schuldenaar aanzienlijk zwaarder wegen dan die van de partij die nakoming eist. 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 (bijvoorbeeld mondkapjes worden niet meer door de vaste fabrikant geleverd, maar kunnen uitsluitend elders tegen woekerprijzen worden verkregen). Kortom, een nakomingsvordering behoort niet tot de mogelijkheden als door overheidsverboden nakoming onmogelijk is, zoals bij de gedwongen sluiting van bedrijven.²

Overmacht ex artikel 6:75 BW

Van overmacht, ook wel *force majeure* genoemd, is sprake wanneer een tekortkoming in de nakoming niet aan een partij kan worden toegerekend. Dit is volgens artikel 6:75 BW het geval als een tekortkoming niet te wijten is aan zijn schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvatting voor zijn rekening komt. Van de partij die in overmacht verkeert kan in beginsel geen nakoming of schadevergoeding worden verlangd. In geval van overmacht is de tekortkoming in de nakoming namelijk niet toerekenbaar. Hoewel de wet strikt genomen niet als eis of voorwaarde stelt dat nakoming onmogelijk is geworden, zal slechts in uitzonderlijke gevallen een beroep op overmacht zijn toegestaan wanneer nakoming mogelijk is en/of de onmogelijkheid ten tijde van contractsluiting voorzienbaar was. Er is sprake van schuld indien de debiteur de niet-nakoming had kunnen voorkomen.

Welke omstandigheden daarnaast voor risico van de debiteur komen, wordt bepaald door de wet (bijvoorbeeld de artikelen 6:76 en 6:77 BW), de overeenkomst (bijvoorbeeld zogenoemde 'garantiebedingen') en de zogenoemde 'verkeers-opvattingen'. Een voorbeeld van een omstandigheid die volgens de verkeersopvattingen voor risico van de debiteur komt is een ten tijde van contractsluiting voorzienbare omstandigheid. Een partij die met succes een beroep op overmacht wenst te doen zal daarom moeten kunnen aantonen, dat:

- nakoming onmogelijk is geworden;
- de onmogelijkheid buiten haar invloedssfeer ligt;
- de gevolgen van de onmogelijkheid konden redelijkerwijs niet worden voorkomen;
- de onmogelijkheid was onvoorzienbaar op het moment van contractsluiting;

- wet noch overeenkomst bepaalt dat de niet-nakoming voor haar risico komt (bijvoorbeeld garantiebedingen).

Er is derhalve geen sprake van een overmachtssituatie als op een andere dan de oorspronkelijke wijze de overeenkomst kan worden nagekomen, bijvoorbeeld door het vervoer van de grondstoffen via of vanuit andere landen plaats te laten vinden (in beginsel onafhankelijk of dit tot hogere kosten leidt). Als een koper van levensmiddelen feitelijk wel kan afnemen (want er is geen sprake van een onmogelijkheid), maar dat niet wil omdat deze levensmiddelen niet afgezet kunnen worden verderop in de keten (bijvoorbeeld vanwege sluiting van horecagelegenheden), dan is in beginsel evenmin sprake van een overmachtssituatie. Overigens zal de afnemer van deze partij in hetzelfde schuitje zitten: ook deze partij (bijvoorbeeld een horecabedrijf) zal de levensmiddelen feitelijk kunnen afnemen, maar deze vervolgens niet kwijt kunnen vanwege de sluiting van de horeca. Een partij die is overeengekomen om op 15 maart 2020 een hoeveelheid mondkapjes te leveren, zou zich daarentegen wel met succes op overmacht kunnen beroepen omdat een overheidsmaatregel het juridisch onmogelijk maakt om te leveren dan wel te vervoeren. Dit laatste geldt slechts indien de getroffen overheidsmaatregel onvoorzienbaar was voor de partij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst.

Vooropgesteld moet worden dat er tot op heden geen rechtelijk oordeel is gegeven over de vraag of het coronavirus als 'overmacht' in de zin van artikel 6:75 BW kan worden aangemerkt. In de rechtspraak wordt ook zeer terughoudend omgegaan met een beroep op overmacht. In een aantal gevallen werd de kredietcrisis uit 2008 en de vogelgriep niet als overmacht aangemerkt. De coronacrisis is wel van een geheel ander kaliber. Deze crisis is niet zomaar een economische crisis die transacties raakt, maar een humanitaire gezondheidskundige crisis die in omvang en intensiteit zijn weerga niet kent en haar weerslag heeft op de economie. Mogelijk dat hier toch ruimte zit om een beroep op overmacht eerder wel dan niet te honoreren.

Vervoerdersovermacht

Of een vervoerder in een bepaald geval een beroep kan doen op vervoerdersovermacht is onder meer afhankelijk van het toepasselijke regime (CMR-verdrag voor het vervoer van goederen over de weg, CMNI-verdrag voor het vervoer over de binnenwateren, Verdrag van Montreal voor het luchtvervoer, enzovoorts), zowel de inhoudelijke regels als de ruimte die dit regime biedt aan contractuele afspraken; alle regimes bevatten expliciete bepalingen die de vervoerder van aansprakelijkheid ontheffen (vervoerdersovermacht). De overmachtsbepalingen komen er in de kern op neer dat de vervoerder niet aansprakelijk is in geval van schade die het gevolg is van omstandigheden, die de vervoerder niet heeft kunnen vermijden en waarvan hij de gevolgen niet heeft kunnen verhinderen. Ook zijn de eventuele contractuele afspraken die de vervoerder heeft gemaakt, van belang.

Wat betreft de positie van de vervoerder in deze tijd geldt dat uit de bestaande jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat er niet snel vanuit moet worden gegaan dat zij met een beroep op de coronacrisis, niet aansprakelijk zijn. Contractuele bepalingen kunnen vervoerders alleen in sommige gevallen extra bescherming bieden.

Contractuele beperking/uitbreiding van overmacht (Force Majeure)

Het is partijen bij een handelskoop toegestaan het overmachtsbegrip en de gevolgen daarvan contractueel te beperken dan wel uit te breiden. Artikel 6:75 BW is immers van regeland recht. Dit wordt ook veelvuldig gedaan door de toepasselijkheid van (gestandaardiseerde) handelscondities overeen te komen die het begrip 'overmacht' (*force majeure*) en de gevolgen daarvan nader specificeren en hiermee verruimen of juist beperken. Als de bepaling epidemieën, pandemieën, ziekte of quarantaine als gevallen van overmacht aanduidt, bestaat er een gerede kans dat de leverancier die te laat of niet levert, zich met succes op overmacht kan beroepen. Hetzelfde geldt als de overmachtsbepaling overheidsbesluiten of waarschuwingen omvat en men daarvan bewijs kan overleggen. Hierbij kan gedacht worden aan 'terminal operators' in de Rotterdamse haven die zich op overmacht situaties zoals genoemd in de artikelen 7.1 en 7.2 Algemene Voorwaarden VRTO kunnen beroepen voor tijdelijke ontheffing van hun contractuele verplichtingen. Afhankelijk van de overeengekomen handelscondities en het toepasselijke recht zal een beroep op overmacht vanwege de coronacrisis zijn toegestaan.

Onvoorziene omstandigheden ex artikel 6:258 BW

Bevat de overeenkomst geen opzeggingsbeding, is ontbinding wegens tekortkoming niet mogelijk en is evenmin sprake van een duurovereenkomst die niet tussentijds opzegbaar is, dan kan worden geprobeerd om de zwaar drukkende verplichtingen van de overeenkomst voor de duur van de coronacrisis te wijzigen. Hiertoe zouden partijen met elkaar kunnen onderhandelen - vrijwillig dan wel verplicht op grond van een contractueel beding - over een aangepaste contractinhoud. Indien het contract niet voorziet in een dergelijk beding en een van de partijen weigert mee te werken om de inhoud van het contract te wijzigen, kan onder omstandigheden voor partijen uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 BW) een heronderhandelingsplicht voortvloeien.

Mocht ook het voorgaande niet tot een oplossing leiden, dan kan een beroep op *onvoorziene omstandigheden* in de zin van artikel 6:258 BW wellicht soelaas bieden. Een van de partijen kan naar de rechter stappen en vorderen dat de overeenkomst gewijzigd of ontbonden dient te worden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Ook voor deze grond geldt dat de drempel hoog ligt. Hoewel de huidige coronacrisis op zichzelf als een onvoorziene omstandigheid kwalificeert, geldt wederom dat de enkele onvoorzienbaarheid niet voldoende is om de overeenkomst te wijzigen dan wel te ontbinden. Het gaat erom of partijen uitdrukkelijk ofwel stilzwijgend in deze overeenkomst hebben voorzien. Uitgangspunt in de rechtspraak is dat een beroep op onvoorziene omstandigheden terughoudend moet worden aanvaard, waarbij de rechter in zijn beslissing zoveel mogelijk zal aansluiting bij hetgeen de partijen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst hebben bedoeld.

Inmiddels is al wel een uitspraak verschenen van de Netherlands Commercial Court waarin een beroep op onvoorziene omstandigheden werd gedaan gelet op de coronacrisis. In deze zaak draaide het om de vraag of er tussen partijen een Transaction Agreement tot stand was gekomen en, zo niet, of de vergoeding van € 30 miljoen die in dat geval verschuldigd was, moest worden gewijzigd of verminderd op de voet van de artikelen 6:94, 6:248 of 6:258 BW vanwege de huidige coronacrisis. Het betrof derhalve een M&A kwestie. De voorzieningenrechter van de Netherlands Commercial Court beantwoordt beide vragen ontkennend. Voor wat betreft de vraag of de huidige coronacrisis als onvoorziene omstandigheid moet worden aangemerkt, overweegt de rechtbank dat de coronacrisis mogelijk een onvoorziene omstandigheid is, maar niet van dien aard dat eiseres naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding van de fee-verplichting mag verwachten. De bedoeling van de vergoeding was om partijen aan te sporen tot het aangaan van de transactie en om risico's tussen hen te verdelen. Dat doel zou worden doorkruist als de fee zou kunnen worden verminderd bij een waardedaling van de target-onderneming. Dat zou het makkelijker maken om in een dergelijk geval de transactie niet te doen, aldus de voorzieningenrechter.

Conclusie

De hoofdregel is en blijft: "pacta sunt servanda". Hoewel de rechter zich tot op heden niet heeft uitgelaten over de kwalificatie van het coronavirus als een overmachtgrond, lijkt het aannemelijk om de gevolgen van de huidige pandemie voor partijen in de logistieke- en distributieketen te kunnen beperken door deze crisis te kwalificeren als een overmachtssituatie dan wel een onvoorziene omstandigheid. Voor een geslaagd beroep op overmacht of onvoorziene omstandigheid zal de desbetreffende partij wel moeten voldoen aan de op hem rustende bewijslast. In de praktijk blijkt dat nog niet altijd een makkelijke opgave, met name niet voor de vervoerder die een beroep doet op vervoerdersovermacht. In de toekomst kan bij een nieuw contract in ieder geval de overmachtsclausule zodanig breed geformuleerd worden dat een pandemie als de coronacrisis binnen de overmachtsdefinitie valt. Voor bestaande contracten zou de redelijkheid en billijkheid wellicht kunnen nopen tot een heronderhandelingsplicht voor partijen met de onvoorziene omstandigheden als grondslag. In hun artikel "Contract en coronacrisis" concludeerden Schelhaas en Spanjaard terecht dat het recht de maatschappij dient en niet andersom. Zij voegden daaraan toe dat als de maatschappij extreem en exceptioneel wordt getroffen, het recht daar uiteraard met inachtneming van belangrijke beginselen zoals contractsvrijheid en trouw aan het gegeven woord, wél ruimte voor moet bieden in de vorm van een maatwerkoplossing.

Noten :

1. H. Schelhaas & J. Spanjaard, 'Contract en coronacrisis', NJB 2020/881. In dit artikel wordt op een heldere manier beschreven welke gevolgen de coronacrisis op contractuele afspraken heeft. Het artikel bevat ook nuttige verwijzingen in de voetnoten.
2. Het arrest van de Hoge Raad van 17 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2632, S&S 1998, 75, NJ 1998, 602 (Brada/Oegema).
3. H. Schelhaas & J. Spanjaard, 'Contract en coronacrisis', NJB 2020/881.

Auteur(s): Mr. F.D. (Ferah) Taptik, juridisch medewerker bij Floum, Rotterdam in het team Customs, Trade and Logistics
Mr. M.H. (Mrjam) Louws, advocaat bij Floum, Rotterdam in het team Customs, Trade and Logistics

