

Rotterdam, 24 maart 2020

Overmacht in tijden van crisis

1. Inleiding

- 1.1. De wereldwijde verspreiding van het coronavirus (COVID-19) stelt iedereen voor ongekende uitdagingen. In tijden van een epidemie – die inmiddels is uitgegroeid tot een pandemie – ontstaan naast tal van medische en economische problemen ook juridische vraagstukken.
- 1.2. In dit overzicht wordt stilgestaan bij het juridische begrip ‘overmacht’ (ook wel: ‘*force majeure*’) en de *force majeure* clause (overmachtsclausule) die in veel commerciële contracten terugkeert. Het is de vraag in hoeverre een contractspartij zich succesvol kan beroepen op *force majeure*, als hij (al dan niet door een probleem hoger in de keten) zijn verplichtingen uit de overeenkomst niet (tijdig) kan nakomen vanwege de maatregelen die zijn genomen ter voorkoming van de verspreiding van het coronavirus of de economische en andere gevolgen van de coronacrisis. Daarnaast is ook de vraag wat rechtens geldt als partijen geen overmachtsclausule zijn overeengekomen en zij moeten terugvallen op het toepasselijke contractenrecht.

2. Toepasselijk recht

- 2.1. Overmacht kan aan de orde komen in allerlei vormen en contractuele relaties. Overmachtssituaties met betrekking tot koopovereenkomsten betreffende roerende zaken tussen partijen die in verschillende landen zijn gevestigd vallen bijvoorbeeld onder de overmachtsbepaling die is opgenomen in het Weens Koopverdrag.
- 2.2. Daarnaast bevat de Nederlandse wet ook een overmachtsregeling (artikel 6:75 BW) en de mogelijkheid om de overeenkomst te wijzigen of te ontbinden op basis van onvoorziene omstandigheden (artikel 6:258 BW).
- 2.3. Partijen kunnen tevens ervoor kiezen om het Weens Koopverdrag of de Nederlandse wet uit te sluiten door zelf een *force majeure* regeling overeen te komen in hun overeenkomst of door aansprakelijkheid uit te sluiten in hun algemene voorwaarden.

3. De gebruikelijke situatie

- 3.1. In beginsel moeten volgens het contractenrecht afspraken worden nagekomen (*‘pacta sunt servanda’*). De partijautonomie en de contractsvrijheid brengen mee dat regeland recht alleen is bedoeld voor situaties waarin partijen geen afspraken hebben gemaakt, zij het dat er ook rechtsregels dwingend kunnen zijn door grenzen te stellen aan de contractsvrijheid van partijen.
- 3.2. Partijen die bij een overeenkomst hun afspraken niet (tijdig) nakomen, kunnen in gebreke worden gesteld. In geval van een blijvende tekortkoming zullen zij ‘in verzuim’ zijn (artikelen 6:74 en 6:81 BW). De gevolgen van een zogenoemde tekortkoming in de nakoming kunnen voor de benadeelde partij reden zijn tot ontbinding van de overeenkomst of een mogelijke schadevergoeding.

4. Force majeure

- 4.1. In tijden van crises kunnen afspraken anders lopen dan partijen in eerste instantie hadden verwacht. Als deze afspraken betrekking hebben op een aanzienlijk financieel belang en als de niet-nakoming daarvan ernstige gevolgen kan hebben voor een onderneming, is het belangrijk voor partijen dat zij waarborgen inbouwen in hun toekomstige contracten. Artikel 6:75 BW bepaalt alleen dat *'een tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend, inzien zij niet is te wijten aan zijn schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt'*.
- 4.2. Een van die waarborgen waarmee een contractpartij zich verdergaand kan beschermen is het opnemen van een (meer uitgewerkte) *force majeure*-regeling, die beoogt het risico weg te nemen dat hij aansprakelijk wordt gesteld wegens een tekortkoming in de nakoming die het gevolg is van – zoals nu – de gevolgen van een epidemie of pandemie. In lijn met de vormvrijheid van een overeenkomst, kan de *force majeure*-regeling de door een contractpartij (in zijn algemene voorwaarden) of door beide contractpartijen (in de overeenkomst) gewenste inhoud hebben. Partijen kunnen een algemene *force majeure*-regeling in hun overeenkomsten opnemen of kiezen voor een meer uitgewerkte regeling waarin (de gevolgen van) concrete situaties worden benoemd en geregeld.
- 4.3. Uiteindelijk gaat het om datgene wat naar het inzicht van partijen een aansprakelijkheidsuitsluiting rechtvaardigt. De leverancier die niet meer kan leveren door het sluiten van het luchtruim, kan zich bijvoorbeeld - als hij dat heeft bedongen – beroepen op *force majeure*. Zodoende kan hij niet aansprakelijk worden gesteld voor de schade die uit zijn nalaten voortvloeit. Mogelijk kan dat ook met een beroep op artikel 6:75 (zie onder 4.1 en par. 6) (voor zover van toepassing), maar dan rijst wel de vraag of aan de voorwaarden van die bepaling geheel is voldaan.
- 4.4. Een geslaagd beroep op *force majeure* heeft tot gevolg dat de contractpartij die iets moet doen en dat door omstandigheden niet kan, niet aansprakelijk is voor de gevolgen van het achterwege blijven van zijn prestatie, bijvoorbeeld een levering van goederen.
- 4.5. Uiteindelijk komt de beoordeling van de *force majeure* aan op de taalkundige uitleg van de clause en de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepaling mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Om verwarring te voorkomen, is het daarom raadzaam het beding zo nauwkeurig mogelijk te formuleren en zo min mogelijk aan interpretatie over te laten.
- 4.6. De *force majeure* kan verschillende gevolgen hebben, te weten dat benadeelde contractpartijen geen nakoming of schadevergoeding kunnen vorderen, niet kunnen verzoeken om opschorting of ontbinding van de overeenkomst of dat bijvoorbeeld geen verplichting tot heronderhandelen over de contractvoorwaarden ontstaat.

5. Algemene voorwaarden

- 5.1. Partijen kunnen ook in hun algemene voorwaarden hun aansprakelijkheid uitsluiten. De algemene voorwaarden moeten dan wel zodanig geformuleerd zijn – op straffe van

vernietigbaarheid – dat deze niet als onredelijk bezwarend kunnen worden aangemerkt en de wederpartij dient op de juridisch juiste wijze van de algemene voorwaarden kennis te kunnen hebben genomen.

- 5.2. De wet (artikel 6:231 sub a BW) definieert algemene voorwaarden als ‘een of meer bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, met uitzondering van bedingen die de kern van de prestaties aangeven, voor zover deze laatstgenoemde bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.’
- 5.3. In beginsel kan een partij die de algemene voorwaarden als geheel heeft aanvaard, zich niet op het standpunt stellen dat een of meer bedingen uit die voorwaarden niet tussen partijen zijn komen te gelden omdat hij de inhoud van die bedingen niet kende (artikel 6:232 BW).

Kennisneming

- 5.4. De partij die de algemene voorwaarden opstelt (de “**gebruiker**”) heeft onder meer aan de wederpartij de mogelijkheid geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen als hij de algemene voorwaarden ter hand heeft gesteld (artikel 6:234 lid 1 BW). In beginsel dient de gebruiker de algemene voorwaarden uiterlijk op het moment dat de overeenkomst wordt gesloten aan de wederpartij ter hand hebben gesteld.
- 5.5. Ten aanzien van overeenkomsten die online zijn aangegaan, geldt dat een hyperlink naar de algemene voorwaarden is toegestaan zolang de algemene voorwaarden voor de consument eenvoudig toegankelijk zijn en kunnen worden opgeslagen (artikel 6:234 lid 2 BW).
- 5.6. Als de overeenkomst niet online is aangegaan maar de algemene voorwaarden wel via de elektronische weg zijn verstrekt, dan is daar de uitdrukkelijke instemming van de wederpartij voor nodig (artikel 6:234 lid 3 BW).
- 5.7. Afsluitend is nog van belang dat deze regels met betrekking tot kennisneming niet gelden binnen een Business-to-Business (B2B) context, aangezien deze relaties expliciet worden uitgesloten door de wetgever in artikel 6:235 BW. In dergelijke relaties wordt aan de hand van de redelijkheid en billijkheid beoordeeld in hoeverre de zakelijke wederpartij deugdelijk kennis heeft kunnen nemen van de algemene voorwaarden (artikelen 6:2 en 6:248 BW).

Onredelijk bezwarend

- 5.8. De wetgever heeft voor de beoordeling in hoeverre een beding onredelijk bezwarend is, een onderscheid gemaakt tussen bedingen die onredelijk bezwarend zijn jegens een natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf (B2C) en ten aanzien van de onder randnr. 5.4 genoemde B2B-relatie.

B2C

- 5.9. De in de zwarte en grijze lijst opgenomen bedingen die (vermoedelijk) onredelijk bezwarend zijn, zijn specifiek gericht op consumenten, ofwel zij die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Overigens kan een beding – gelet op de omstandigheden van het geval – ook als onredelijk bezwarend worden aangemerkt als het niet is opgenomen in een van deze twee

- lijsten. In dat geval wordt teruggevallen op wat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (on)aanvaardbaar is (artikelen 6:2 en 6:248 BW).
- 5.10. In de B2C-relatie is een beding in ieder geval onredelijk bezwarend als het is opgenomen in de zwarte lijst van artikel 6:236 BW en wordt het beding vermoed onredelijk bezwarend te zijn als het is opgenomen in de grijze lijst van artikel 6:237 BW. Deze notitie ziet alleen op de bedingen over uitsluiting van aansprakelijkheid vanwege een gebrekkige nakoming van de overeenkomst.
- 5.11. In de B2C-relatie valt de vraag of een beding onredelijk bezwarend is, grotendeels samen met de vraag of het beding oneerlijk is in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen.¹ Dit is slechts anders indien de Nederlandse wet met een bepaling op de zwarte of grijze lijst verder is gegaan dan de richtlijn.
- 5.12. De Richtlijn oneerlijke bedingen bepaalt dat een beding oneerlijk is als (1) sprake is van een aanzienlijke verstoring van het evenwicht, (2) de aanzienlijke verstoring van het evenwicht in strijd is met de goede trouw en (3) als sprake is van een gebrek aan transparantie. Het oneerlijke karakter wordt beoordeeld op het moment waarop de overeenkomst is gesloten, rekening houdend met alle omstandigheden waarvan de consument op dat moment kennis kon hebben.
- 5.13. De zwarte lijst bevat vier bedingen die specificeren wanneer de aansprakelijkheidsuitsluiting in het geval van een tekortkoming in de nakoming als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt. Ten eerste is onredelijk bezwarend het beding dat de consument ieder recht op nakoming geheel en onvoorwaardelijk beneemt (artikel 6:236 sub a BW). Ten tweede zijn onredelijk bezwarend de bedingen die het contractuele evenwicht aantasten door de consument te beperken in zijn recht op ontbinding (artikel 6:236 sub b BW) of opschorting (artikel 6:236 sub c BW). Tot slot zijn onredelijk bezwarend de bedingen die de rechten van de consument in geval van een tekortkoming in de nakoming afhankelijk stellen van de opstelling van de gebruiker, dan wel de consument verplichten eerst een derde in rechte aan te spreken (artikel 6:236 sub d BW).
- 5.14. De grijze lijst gaat uit van het vermoeden dat een aantal bedingen onredelijk bezwarend zijn, welk vermoeden – met in aanmerking neming van de omstandigheden van het geval – eventueel door de gebruiker kan worden weerlegd (artikel 6:237 BW). Ten eerste wordt vermoed dat bedingen onredelijk bezwarend zijn (artikel 6:237 sub b BW) als die bedingen de omvang van verplichtingen van de gebruiker die uit overeenkomst, wet, gewoonte en redelijkheid en billijkheid voortvloeien wezenlijk beperken, in strijd met hetgeen de consument redelijkerwijs mocht verwachten. Verder wordt vermoed dat een beding onredelijk bezwarend is, als de gebruiker met een beroep daarop zich kan bevrijden van zijn gebondenheid aan de overeenkomst of hem daartoe de bevoegdheid geeft, anders dan op grond van in de overeenkomst vermelde gronden waardoor nakoming van de gebruiker niet (meer) kan worden geleverd (artikel 6:237 sub d BW).
- 5.15. Op grond van artikel 6:246 BW kan niet van de artikelen 6:231 t/m 6:244 BW inzake de regelgeving omtrent algemene voorwaarden ten aanzien van consumenten worden afgeweken.

¹ Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (Pb L 95 (1993) p. 4), voor het laatst gewijzigd door Richtlijn 2011/83/EU (Pb. L 304 (2011) p. 64).

B2B

- 5.16. Zowel voor de vraag of voldaan is aan de voorwaarden voor kennisneming van de algemene voorwaarden, als voor de inhoudelijke beoordeling van algemene voorwaarden in een B2B-relatie geldt de maatstaf van redelijkheid en billijkheid (artikelen 6:2 en 6:248 BW).
- 5.17. De rechter beoordeelt in de B2B situatie of de aansprakelijkheidsuitsluiting (exoneratiebeding) in de algemene voorwaarden in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onredelijk bezwarend is, dan wel dat een beroep op dit beding in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW).²
- 5.18. In de B2B-relatie kunnen partijen in beginsel afspreken wat ze willen, tenzij een dergelijke afspraak in de gegeven omstandigheden in strijd is met de redelijkheid en billijkheid en daardoor onaanvaardbaar.
- 5.19. De uitzondering daarop is dat de zwarte en grijze lijst (voor B2C-relaties) in de B2B-relatie wel een rol kunnen spelen in het geval van een 'kleine' ondernemer met een overduidelijk zwakkere positie dan zijn wederpartij. Dit kan voor een kleine ondernemer uitkomst bieden als hij te maken krijgt met een beding in de algemene voorwaarden van zijn veel grotere of sterkere wederpartij, en dat beding ingeval van een B2C-relatie voor de consument onredelijk bezwarend zou zijn geweest.

6. Wettelijke overmacht

- 6.1. Op het moment dat partijen geen aparte *force majeure* hebben bedongen en aansprakelijkheid niet hebben uitgesloten in hun algemene voorwaarden, kunnen zij terugvallen op de bij wet vastgelegde overmachtsregeling, te weten dat een tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend indien zij niet is te wijten aan zijn schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt (artikel 6:75 BW).
- 6.2. De bewijslast ten aanzien van overmacht ligt bij de schuldenaar die moet aantonen dat nakoming onmogelijk is, niet aan zijn schuld te wijten is en niet op een andere wijze kan worden verholpen.
- 6.3. Overmacht kan tot gevolg hebben dat de schuldeiser geen nakoming kan vorderen, dan wel geen schadevergoeding, of om opschorting of ontbinding van de overeenkomst te verzoeken.

7. Onvoorziene omstandigheden

- 7.1. Verder biedt de Nederlandse wet (artikel 6:258 BW) de mogelijkheid aan de rechter op verzoek van een van de partijen een overeenkomst te wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk te ontbinden

² Vgl. HR 18 juni 2004, *NJ* 2004,585, ECLI:NL:HR:2004:AO6913, r.o. 3.7; Hof Arnhem Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:549, r.o. 4.8; Rb. Rotterdam 11 april 2018, *NJF* 2018/429, ECLI:NL:RBROT:2018:3157, r.o. 4.13.

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.

- 7.2. Let wel dat een succesvol beroep op onvoorziene omstandigheden niet mogelijk lijkt in het geval van overeenkomsten die niet voor maar tijdens de corona-crisis tot stand zijn gekomen. Op een moment dat met (vergaande) maatregelen van de overheid rekening moest of kon worden gehouden. Het peilmoment is het moment van het sluiten van de overeenkomst. De rechter zal een beroep op onvoorziene omstandigheden toetsen aan de hand van de omstandigheden van het geval. Daaruit volgt dat in het geval van (koop)overeenkomsten tot levering van goederen die nu - tijdens de corona-crisis worden gesloten – leveranciers en kopers kunnen verwachten dat grensoverschrijdende leveringsverplichtingen of verplichtingen tot levering van goederen die bij derden in een ander land moeten worden ingekocht (met het sluiten van de grenzen) lastiger zijn na te komen, welke problemen dan niet als ‘onvoorzien’ gelden.

8. Advies

- 8.1. Om te voorkomen dat de leverancier aansprakelijk wordt gesteld voor de schade die volgt uit de tekortkoming in de nakoming, kan de leverancier waarborgen inbouwen.
- 8.2. De verkoper doet er verstandig aan een goede (d.w.z. specifieke en aan de markt en type goederen) *force majeure*-regeling over een te komen teneinde aansprakelijkheid uit te sluiten waar hij zijn leveringsverplichtingen niet (tijdig) kan nakomen door de crisis.
- 8.3. Een succesvol beroep op *force majeure* hangt af van de inhoud van de clause en het moment van afsluiten van de overeenkomst. De vraag of de corona-crisis als *force majeure* zal gelden, moet dan ook per geval bekeken worden.
- 8.4. Voorkomen is echter beter dan genezen. Het belang van een op maat gemaakte *force majeure*-regeling moet niet worden onderschat. Een te algemene bepaling of afhankelijkheid van de algemene wettelijke regeling kan voor veel onzekerheid zorgen. Het is afhankelijk van het type bedrijf hoe de *force majeure*-regeling moet worden ingestoken.
- 8.5. Met betrekking tot het uitsluiten van aansprakelijkheid in de algemene voorwaarden dient een onderneming in de B2C-relatie vooral – maar niet uitsluitend – rekening te houden met de zwarte en grijze lijst.
- 8.6. In de B2B-relatie tussen ondernemingen ontbreekt een wettelijk houvast in de vorm van de zwarte en grijze lijst. Het is belangrijk dat een onderneming die een overeenkomst sluit met een andere onderneming goed op de hoogte is van de rechtspositie die hij jegens de wederpartij inneemt.
- 8.7. In hoeverre een exoneratiebeding in algemene voorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in een specifieke situatie onredelijk bezwarend is, dan wel een beroep daarop in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, vergt altijd een beoordeling van geval tot geval.
- 8.8. De marge van onzekerheid kan (enigszins) worden beperkt door voorafgaand aan de formulering en opname van een exoneratiebeding in algemene voorwaarden in een relatie B2B, rekening te

houden met onder meer de ruimte die wet en rechtspraak bieden en de specifieke sector en (markt)positie van de gebruiker van de algemene voorwaarden.

8.9. Voor vragen neem contact op met Gerard van der Wal of Timme Geerlof.

WINDT LE GRAND LEEUWENBURGH B.V.

Gerard van der Wal

Advocaat-partner

+31 10 2617 500

+32 475 418 532

g.vanderwal@windtlegal.com

www.windtlegal.com

Timme Geerlof

Advocaat-partner

+31 10 2617 500

+31 6 1335 3032

t.geerlof@windtlegal.com

www.windtlegal.com