

Onvoorziene omstandigheden en coronacrisis: #sharetheburden ?

Willem van Boom¹

Verschenen in Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht 2020/4, p. 85-89 (originale paginanummers zijn hierna tussen [haakjes] in de tekst geplaatst)

Een ongekeerde maatschappelijke crisis

[85] Ten tijde van het schrijven van dit redactioneel, in het vroege voorjaar van 2020, ontvouwde zich een ongekeerde wereldwijde crisis. De uitbraak van het coronavirus leidde in veel landen tot verlies van mensenlevens en gezonde levensjaren. De pandemie die het virus veroorzaakte, betekende niet alleen een acute overbelasting van de gezondheidszorg maar gaf ook reden tot de afkondiging van zeer ingrijpende maatregelen zoals winkelsluitingen, reisrestricties, straat- en samscholingsverboden en het opvorderen van schaarse essentiële goederen zoals persoonlijke beschermingsmiddelen en beademingsapparatuur. De economische schade die deze pandemie veroorzaakt, is, naar zich laat aanzien, ongewoon groot: van de ene op de andere dag viel bij veel bedrijven de omzet terug met tientallen procenten en voor bepaalde branches naar vrijwel nul. Of zij snel weer op de been zullen komen, is op dit moment niet te zeggen. De economische noodmaatregelen die regeringen treffen om de economie op de been te houden, zijn in elk geval ongekeerd. Wat dit alles voor het privaatrecht betekent, zal de komende jaren ongetwijfeld onderwerp van onderzoek zijn. Op de korte termijn zullen we onze kennis van leerstukken als onmogelijkheid van nakoming, overmacht en onvoorziene omstandigheden moeten afstoffen. Op de langere termijn zullen we zien of de coronacrisis een ‘turning point’ zal blijken te zijn voor een aantal van die leerstukken, zoals de Eerste Wereldoorlog, de Duitse hyperinflatie en de crisisjaren bij elkaar genomen de basis legden voor de opkomst van het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden.² Voor dat leerstuk en hoe het is gecodificeerd in art. 6:258 BW, wil ik hier kort aandacht vragen. In een aantal blogs dat onlangs verscheen, is namelijk gesuggereerd dat bij wijze van terugvaloptie een soort standaardverdeling aangehouden kan worden: *fifty – fifty*.³ Of, in termen van ‘warme communicatie’: *share the burden*. Tjittes schrijft bijvoorbeeld:

“De menselijke solidariteit en het rekening houden met elkaar in tijden van nood kent ook een juridische pendant: naar mijn mening rust op contractspartijen bij een beroep op onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW), waartoe de corona-crisis gerekend moet worden, in eerste instantie een heronderhandelingsplicht en indien partijen daar niet

¹ Tekst werd afgesloten op 17.04.2020. Met de ontwikkelingen die zich nadien ongetwijfeld voordeden, werd geen rekening gehouden. Met dank aan Thijs Beumers en Thijmen Nuninga voor discussie. Een eerdere versie van dit redactioneel verscheen als blog op www.willemvanboom.blog. Websiteverwijzingen waren correct op 17.04.2020.

² Daarover W.H. van Boom, ‘De Grote Oorlog en het Nederlandse Overeenkomstenrecht – Neutraliteit, Weerstand en Responsiviteit’, Tijdschrift voor Privaatrecht (TPR) 2018, p. 55 e.v.

³ Zie bijv. <https://www.barentskrants.nl/nieuws/commerciële-contracten-en-corona-uitgangspunt-50-50-verdeling-nadeel/> en <https://www.treble.legal/nieuws/sharetheburden>.

uitkomen een gang naar de rechter om tot contractaanpassing te komen. Uitgangspunt dient daarbij naar mijn mening te zijn dat het nadeel 50/50 verdeeld moet worden.”

Die suggestie behoeft naar mijn mening (veel) nuancering. Ik denk dat de rol die art. 6:258 BW kan spelen in tijden van corona, eigenlijk redelijk beperkt is. Of art. 6:258 BW iets kan bijdragen aan het ‘verdelen van smart’ is namelijk afhankelijk van de context waarin het artikel wordt ingeroepen. In veel gevallen heeft een contractspartij er kort gezegd niets aan en een panacee voor alle coronamalaise is [86] het in elk geval niet. Ik licht een en ander toe; allereerst vat ik kort het werkingsbereik van het artikel samen en daarna ga ik in op de beperkingen van het artikel.

Werkingsbereik art. 6:258 BW

Art. 6:258 BW bepaalt dat een van de contractspartijen het initiatief kan nemen om voor de rechter te vorderen dat de overeenkomst wordt gewijzigd of geheel of gedeeltelijk wordt ontbonden ‘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’.⁴ De rechter mag aan de wijziging of ontbinding terugwerkende kracht toekennen. Onvoorziene omstandigheden kunnen bijvoorbeeld gelegen zijn in een ernstige verstoring in de waardeverhouding, de onbereikbaarheid van het doel van de overeenkomst of een aanzienlijke economische verzwaring van de nakoming voor een van de partijen. Bij de toepassing van art. 6:258 BW moet rekening worden gehouden met alle relevante omstandigheden van het concrete geval. Er is een aantal stappen dat moet worden gezet als er een beroep op wordt gedaan:

- Er moet sprake zijn van onvoorziene omstandigheden – daarvan is sprake als er *na* het sluiten van de overeenkomst omstandigheden ontstaan die niet zijn verdisconteerd in de overeenkomst. Of iets in abstracte zin voorzienbaar is (in theorie is veel voorzienbaar maar wordt er eenvoudigweg geen rekening mee gehouden omdat bijvoorbeeld de kans als heel klein wordt ingeschat), is niet de maatstaf. Het gaat erom of partijen in *deze* overeenkomst hebben voorzien – uitdrukkelijk of stilzwijgend – in *deze* omstandigheden. Een verzekeringsovereenkomst die dekking uitsluit in geval van pandemie, voorziet in de ontstane omstandigheden. Een overeenkomst met een opzeggingsmogelijkheid op grond van onvoorziene omstandigheden, voorziet er ook in.⁵
- De onvoorziene omstandigheden moeten van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten – dit is een flinke drempel want de hoofdregel is nu juist dat afspraak afspraak is.
- De rechter mag de vordering afwijzen indien de omstandigheden ‘krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen’ voor rekening komen van degene die de wijziging of ontbinding vordert (lid 2).

⁴ Deze paragraaf is deels ontleend aan Van Boom en Castermans, ‘Corona: overmacht, onmogelijkheid, onvoorziene omstandigheden’ (<https://leidenlawblog.nl/articles/corona-overmacht-onmogelijkheid-onvoorziene-omstandigheden> d.d. 01.04.2020). Zie voor overzicht ook M. Ruygvoorn, ‘Kan ik van mijn overeenkomst af met een beroep op de coronacrisis?’, *Nederlands Juristenblad* 2020, p. 970 e.v.; H.N. Schelhaas en J.H.M. Spanjaard, ‘Contract en coronacrisis’, *Nederlands Juristenblad* 2020, p. 956 e.v.

⁵ Daarmee is niet gezegd dat men de werking van art. 6:258 BW kan uitsluiten; het is namelijk dwingend recht op grond van art. 6:250 BW. Het opzeggingsbeding kan maken dat is voorzien in de omstandigheden.

Deze stappen zijn te onderscheiden maar niet eenvoudig te scheiden. Bij bepaalde contracten is voor alle betrokkenen op voorhand duidelijk dat prijzen variabel en soms zelfs volatiel kunnen zijn; bij dat soort contracten is de prijsvaststelling een risicotoedelingsmechanisme. Hoe langer de periode tussen prijsvaststelling en prestatie is, des te waarschijnlijker dat partijen rekening hebben gehouden met fluctuaties. Partijen kunnen op die manier stilzwijgend geacht worden bepaalde schommelingen te hebben verdisconteerd in hun overeenkomst. Of kan worden gezegd dat partijen ook de extreme wijzigingen die zich door coronacrisis kunnen voordoen (denk aan de marktprijs van isopropylalcohol (ipa), bestanddeel voor handgel, die in februari-maart 2020 zo'n 300% steeg⁶), hebben verdisconteerd, is een kwestie van uitleg. Zeker als het contract 'ventielen' kent (bijv. bij een prijswijziging buiten een bepaalde bandbreedte), komt de toepassing van art. 6:258 BW niet snel in beeld, zowel feitelijk als in juridische zin.

[87] Kortom: de rechter heeft dus de bevoegdheid om te weigeren om tot wijziging of ontbinding over te gaan: (a) wanneer partijen stilzwijgend of uitdrukkelijk in de omstandigheden hebben voorzien in hun overeenkomst, (b) omdat de onvoorziene omstandigheden niet zodanig zijn dat de ongewijzigde instandhouding niet zou mogen worden verwacht (lid 1), of (c) omdat de omstandigheden 'krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen' voor rekening komen van degene die de wijziging of ontbinding vordert (lid 2). Als de rechter wel meegaat in de eis tot wijziging of ontbinding, heeft hij veel vrijheid. Hij kan geheel of gedeeltelijk ontbinden of wijzigen, ook voor een bepaalde periode (ook met terugwerkende kracht), steeds met het doel het contractuele evenwicht te herstellen. De rechter zal daarbij onder meer letten op de oorspronkelijke risicoverdeling in de overeenkomst. De rechter moet er namelijk voor waken dat een van partijen de omstandigheden aangrijpt om van een van oorsprong 'slechte deal' af te komen.⁷

De beperkingen van art. 6:258 BW

De wetgever heeft gewild dat art. 6:258 BW terughoudend toegepast wordt. Nu zal men zich misschien afvragen: als de coronacrisis geen onvoorziene omstandigheden zijn, *wat dan wel?* Dat sprake is van een systeemontwrichting van ongekende omvang, is niet te betwisten. En dus kan het artikel zeker relevant zijn, maar uit het voorgaande blijkt ook dat specifiek naar het betreffende contract en de daaruit voortvloeiende risicoverdeling moet worden gekeken. Bovendien is het goed om de reikwijdte van art. 6:258 BW niet te overschatten. Ik noem een aantal randen waarbuiten het artikel weinig of niets kan betekenen. Allereerst komt art. 6:258 BW, zo lijkt mij, *feitelijk* gezien niet snel in beeld als partijen al een contractuele nooduitgang hebben, zoals annuleringsmogelijkheden, een uitdrukkelijke wijzigingsbevoegdheid of de mogelijkheid om bij einde looptijd gewoonweg niet te verlengen. Dan komt men eenvoudig uit het contract weg en het lijkt me niet erg waarschijnlijk dat de wederpartij met behulp van art. 6:258 BW die 'nooduitgangen' kan blokkeren. In de tweede plaats kan het artikel als gezegd niet worden ingeroepen als onvoorziene omstandigheden zijn verdisconteerd of het risico ervan duidelijk ligt bij een van de partijen. Dat zal het geval kunnen zijn bij een 'nooduitgang' die ook dienst kan doen ingeval van onvoorziene omstandigheden, maar ook buiten die gevallen moet het gegeven woord vooropstaan. Een contract is immers in veel gevallen een risico-overdracht. Ook een

⁶ 'Isopropylalcohol is nog gewilder dan wc-papier' (FD 31.03.2020).

⁷ Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 970 e.v. Tjittes wijst hier terecht ook op in zijn eerdergenoemde blogbijdrage.

contract waar de leverancier door ervaring uit het verleden een winst denkt te maken van 20 tot 60 procent, blijft als hoofdregel binden wanneer die winst door onvoorziene omstandigheden tot nul gereduceerd wordt. In de derde plaats moeten we ons realiseren dat art. 6:258 BW geen alomvattend instrument van maatschappelijke solidariteitspolitiek is; het *nadeel* waar art. 6:258 BW over spreekt, ziet niet op de algehele malaise die een contractspartij treft. Als een café zich voor enkele jaren verplicht heeft om minstens een bedrag x aan bestellingen te doen bij een leverancier, dan kan de inzet van art. 6:258 BW wat betreft het nadeel van het café in de verhouding met de leverancier ten hoogste zien op het bedrag x. De leverancier wordt niet medeverantwoordelijk voor de andere lasten die op de schouders van het café drukken zoals loonbetalingen of de huur van het bedrijfspand. Dus 'het' nadeel wordt niet verdeeld, ook niet 50/50, maar slechts één aspect van de malaise die partijen treft. Zo kan de leverancier in ons voorbeeld niet al zijn 'tegennadeel' in verrekening brengen die ontstaan is vanwege het feit dat een flink aantal van zijn klanten failliet is of zal gaan en zijn omzetperspectief óók danig is veranderd door de coronacrisis. Die malaise houdt namelijk niet verband met dít contract.

Dit laatste voorbeeld laat denk ik ook zien dat bij een plotselinge systeemontwrichting als waar we hier mee te maken hebben, geen alomvattende oplossingen [88] kunnen worden verwacht van art. 6:258 BW.⁸ Het artikel heeft een specifiek werkingsbereik en de toepassing ervan is nogal casusafhankelijk. Eenvormigheid zal casuïstische toepassing van art. 6:258 BW niet kunnen bieden. Een systeemshock zoals zich door de coronacrisis voordoet, is waarschijnlijk beter te behappen met gerichte ingrepen zoals wettelijke moratoria,⁹ schulduitstel- en schuldsaneringsinstrumenten (denk aan de Wet Homologatie Onderhands Akkoord, WHOA)¹⁰ en andere ingrepen zoals het toestaan van vouchers in plaats van terugbetaling om acute cashflowproblemen het hoofd te bieden.¹¹ Dat kan betekenen dat woningverhuurders *en bloc* beloven om voorlopig niet uit te zetten en dat commerciële verhuurders betalingsuitstel toestaan of afstand doen van een deel van de huursom.¹²

⁸ En zeker niet op korte termijn: het constitutieve wijzigingsvonnis kan eigenlijk alleen in een bodemprocedure worden uitgesproken, en die nemen tijd. Bij voorlopige voorziening kan de voorzieningenrechter wel een voorspelling van de uitkomst van die bodemprocedure aan zijn vonnis in kort geding ten grondslag leggen.

⁹ Een wettelijk betalingsuitstel bood bijv. Wet van den 4den September 1914, houdende bepalingen, strekkende om den rechter de gelegenheid te geven dadelijke uitwinning te voorkomen naar aanleiding van geldelijke moeilijkheden ten gevolge van de tegenwoordige buitengewone omstandigheden, Stb. 1914, 444 ('Uitwinningswet' or 'Uitstelwet'). Daarover Van Boom, t.a.p. 2018, p. 76. In de coronacrisis is tot op heden vooral gebruik gemaakt van de ruimte die de rechterlijke organisatie heeft om bijv. zittingen uit te stellen en van eenzijdige zelfregulering (zie bijv. het uitstel van executie, aangekondigd in het *Gezamenlijk statement hypotheekverstrekkers over gedwongen verkopen tijdens de Coronacrisis* d.d. 07.04.2020). Zie het overzicht van polderoplossingen in Kamerbrief d.d. 26 maart 2020 in antwoord op Kamervragen van de leden Marijnissen, Beckerman en Alkaya. Voor wetgeving moeten we bijv. bij onze oosterburen zijn; zie *Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht* (wet van 27 maart 2020), BgBl. 2020 I-14, p. 569. Vgl. ook het Franse moratorium op huurschulden en energie en water in art. 11 -I - 1 (g) *Loi no. 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19* (1) en Schedule 29 van de Britse *Coronavirus Act 2020*. Zie inmiddels voor wetgeving in ons land bijv. het wetsvoorstel *Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid* (Kamerstukken 35434) en het wetsvoorstel *Wet verlenging tijdelijke Huurovereenkomsten* (Kamerstukken 35431).

¹⁰ Zie bijv. R.J. van Galen, 'Pleidooi voor uitstel van betaling', *Ondernemingsrecht* 2020, te verschijnen.

¹¹ De toezichthouder op Verordening 261/2004 zal niet handhavend optreden tegen luchtvaartmaatschappijen die vanwege de acute cashflowproblemen niet geld maar alleen vouchers aanbieden. Zie de Kamerbrief over Aanwijzing aan de ILT inzake handhaving Verordening (EG) Nr. 261/2004 d.d. 30.03.2020 van Minister van Infrastructuur en Waterstaat.

¹² Zie de verwijzingen in nt. 9.

Werknemers kunnen vrijwillige afstand doen van loon, vakantiedagen en dergelijke. En de overheid speelt natuurlijk een uitzonderlijke rol met maatregelen als de loonsubsidie en de ondersteuning van bedrijven met overbruggingsregelingen en borgstelling voor krediet.

#sharetheburden?

De oproep om het nadeel gelijkelijk te delen, behoeft nuancering; niet alle zaken komen door het filter van art. 6:258 BW heen. Daar komen in elk geval nog twee complicaties bij. Allereerst deze: *#sharetheburden* veronderstelt dat art. 6:258 BW primair tot *wijziging* van de overeenkomst zou moeten leiden. Ik denk dat daar wel het een en ander op af te dingen valt. Het lijkt mij namelijk dat in veel gevallen niet wijziging maar ontbinding logischer is. De gedachte die mede aan de wijzigingsbevoegdheid in art. 6:258 BW ten grondslag ligt, is namelijk om zoveel als mogelijk aan te sluiten bij de oorspronkelijke risicoverdeling (en dat is dus niet per se 50/50). Maar dat is in veel gevallen helemaal niet goed toe te passen, zodat juist *ontbinding* de meest logische gevolgtrekking zal zijn. Ik geef een voorbeeld. Stel dat een importeur zich in december 2019 bij contract verbindt tegenover een ziekenhuis tot het leveren van 1 miljoen mondkapjes, te leveren op 31 maart 2020 tegen een stukprijs van € 1. De inkoopprijs voor de importeur schommelde tussen 2010 en maart 2020 tussen de € 0,40 en € 0,80 en was in december 2019 € 0,60. De importeur verwacht in december 2019 dus met de transactie een winst van € 400.000 te maken. Normaalgesproken koopt de importeur, zoals te doen gebruikelijk in deze internationale branche, de mondkapjes twee weken voor leverdatum ('just in time' zoals dat heet) in bij zijn fabrikant in Frankrijk. Omdat de importeur zich toch wat zorgen maakt, belt hij in de tweede week van maart op naar de fabrikant. Die wil nog wel leveren, maar alleen tegen een stukprijs van € 5. Laten we aannemen dat dat een normale marktprijs is door de enorm gestegen vraag; het is **[89]** dus geen misbruik van omstandigheden door de producent of iets dergelijks. Als de importeur woord houdt tegenover het ziekenhuis, legt hij € 4 miljoen toe op de transactie. Dat zou zijn faillissement betekenen. Ontbinding zou ertoe leiden dat het ziekenhuis geen andere mogelijkheden heeft om mondkapjes te krijgen. Als op grond van art. 6:258 BW wijziging zou plaatsvinden om het nadeel weg te nemen en 'zo dicht mogelijk bij de oorspronkelijke overeenkomst te blijven', waar zou dat dan op uitkomen? Is het te verdelen nadeel € 4 miljoen en wordt dat 50/50 verdeeld? Dat lijkt me vreemd, want dan vergeten we dat er al € 1 miljoen zou worden betaald door het ziekenhuis volgens het oorspronkelijke contract, dus dat bedrag moeten we toch ook meenemen. Wijzigen we dan het contract zo dat we gewoon de extra inkoopkosten van € 4 miljoen verdelen volgens 50/50, of is het logischer om de oorspronkelijke omzet/winstverhouding aan te houden: 60 te dragen door ziekenhuis en 40 door importeur? Of is de omzet/winstverhouding een omstandigheid die het ziekenhuis niet aangaat?¹³ Ik zou hier zelf niet op wijziging uitkomen maar op ontbinding (als niet wegens overmacht dan wegens onvoorziene omstandigheden). Dat is niet *#sharetheburden* maar mijns inziens wel de meest voor de hand liggende uitkomst. In de tweede plaats: bij toepassing van het wijzigingsinstrument van art. 6:258 BW lijkt het mij nog een hele kluit om te bepalen wat nu precies 'het nadeel' is wanneer we het willen afzetten tegen 'voordelen'. Tjittes schrijft bijvoorbeeld:

"Bij het vaststellen van het nadeel moeten ook eventuele voordelen betrokken worden als gevolg van eventuele compenserende overheidsmaatregelen. Dat kan nopen tot een

¹³ Vgl. over het begrip 'nadeel' in verband met art. 6:230 BW R.H.J. Van Bijnen, 'Wijziging van de overeenkomst na wederzijdse dwaling', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2004, p. 105 e.v.

heraanpassing (met terugwerkende kracht) op het moment dat een partij dit voordeel heeft genoten.”

Compenserende overheidsmaatregelen zullen vermoedelijk niet zien op het specifieke contract van partijen maar op de algehele omzetmalaise die de systeemontwrichting teweegbrengt. Geldt in de verhouding tussen verhuurder en huurder die in aanmerking kwam voor een lumpsum crisistegemoetkoming van € 4000, dat bedrag als voordeel? Als het antwoord daarop bevestigend is, komt de vraag op welke voordelen er nog meer toegerekend mogen worden: mag de verhuurder, die ook getroffen wordt, erop wijzen dat de huurder wél overheidssteun geniet om salariskosten van zijn personeel te dragen? Voor je het weet, gaat het helemaal niet meer over art. 6:258 BW en de overeenkomst die daarmee gewijzigd of ontbonden kan worden, maar over de vraag wie het hardst getroffen is door de coronacrisis.¹⁴

Geen IZA/Vrerink

Kortom: de coronacrisis is heel ingrijpend. Natuurlijk heeft het de voorkeur om er ‘samen uit te komen’, maar ‘#share the burdens’ als motto is echt te kort door de bocht. Voor wat betreft de toepassing van art. 6:258 BW lijkt mij een ‘vijftigprocentsregel’ *à la IZA/Vrerink* niet aan de orde te zijn.¹⁵ Een dergelijke regel zou arbitraire uitkomsten geven en kan ook voor veel gevallen helemaal geen zinvolle oplossing bieden. De rol van art. 6:258 BW is als geheel bovendien beperkt en ik denk dat we meer heil kunnen verwachten van andere maatregelen en uitlaatkleppen in geval van een systeemontwrichting als deze.

¹⁴ Die laatste vraag kan overigens wel in ander verband relevant zijn, bijv. in verband met de bepaling van *draagkracht* bij de toepassing van art. 6:109 BW.

¹⁵ In HR 28 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0526 (*IZA/Vrerink*) gaf de Hoge Raad een ‘hard and fast rule’ inhoudende dat ongemotoriseerde verkeersslachtoffers behoudens overmacht van de gemotoriseerde veroorzaker, recht hebben op vergoeding van ten minste vijftig procent van hun letselschade.