

# Impressies

## Oorlog in Irak. Overmacht en het contract

Mr. W.Th. Post

Op het moment dat ik de laatste hand leg aan deze bijdrage is de oorlog in Irak net geëindigd; president Bush heeft enkele dagen geleden aan boord van een vliegdekschip van de U.S. Navy – onder het oog van de wereldpers – zijn manschappen toegesproken en hen gefeliciteerd met de overwinning op Saddam Hoessein. Niettegenstaande de afgenomen actualiteitswaarde volgen hierna enige bespiegelingen over de gevolgen van het uitbreken van oorlog voor de civielrechtelijke positie van partijen bij een overeenkomst. Dat zal geschieden aan de hand van een casus:<sup>1</sup>

Een Nederlandse aannemer krijgt de opdracht van de staat Koeweit om – aldaar – een elektriciteitscentrale te realiseren. Nederlands recht is van toepassing op het contract. Het werk is in uitvoering, en de oorlog in Irak breekt uit. Het zal niet verbazen dat beide partijen vervolgens hun contract er nog eens op zullen naslaan. Wat betekent dit voor de juridische positie van partijen? Deze vraag is uiteraard in zijn algemeenheid niet te beantwoorden; het antwoord is grotendeels afhankelijk van hetgeen partijen hieromtrent in hun contract hebben geregeld. Wel zijn er twee begrippen waar iedere jurist meteen aan zal denken: dat van de overmacht (universele: *force majeure*) en van de onvoorziene omstandigheden (*imprévision*).

De casus wordt aangevuld, deels met de werkelijkheid. Het kleine Koeweit grenst aan Irak, de Amerikaanse strijdkrachten zijn er gelegerd en beginnen de invasie ook vanuit dit land. Voor de uitvoering van het werk heeft de aannemer (hooggeschoold) Nederlands personeel in Koeweit gestationeerd. De aannemer wil het werk stilleggen en zijn Nederlandse personeel terughalen, in ieder geval voor de duur van de oorlog. De staat Koeweit echter moet daar niets van weten en sommeert de aannemer om de uitvoering te continueren, en dreigt met schadeclaims en ontbinding van de overeenkomst.

Stel nu allereerst – met de nodige fantasie – dat partijen in hun contract *niets* hebben geregeld met betrekking tot oorlog, over-

macht of onvoorziene omstandigheden. Wat is dan de positie van de Nederlandse aannemer naar algemeen Nederlands recht? Een beroep op overmacht (art. 6:75 BW) ligt in de rede. Daarvoor is echter wel nodig dat de nakoming – verder werken op de bouwplaats – onmogelijk is.<sup>2</sup> Het is echter nog maar de vraag of dat zo is. Het enkele feit dat de plaats van uitvoering van de werkzaamheden aanzienlijk gevaarlijker is geworden, maakt het werken nog niet (fysiek) onmogelijk. Bovendien gaat het niet om een militaire basis of iets dergelijks, het is een civiel werk, zonder evident strategisch belang,<sup>3</sup> en dus een niet waarschijnlijk doel voor (raket)aanvallen. In dit concrete geval is wellicht verdedigbaar dat er toch een reëel gevaar is, en wel van dien aard dat van een redelijk aannemer (tevens werkgever/tewerksteller) niet kan worden gevergd dat deze zijn personeel daaraan blijft blootstellen. Het zou niet de eerste keer zijn dat Saddam Hoessein besluit om strategisch niet-betrokken (burger)doelen te bestoken.<sup>4</sup> In zekere zin zou hier van psychische overmacht voor de aannemer kunnen worden gesproken. Maar ook daarmee is de verhindering nog geen feit. De aannemer zal strikt genomen ook nog moeten aantonen<sup>5</sup> dat er geen ander personeel gevonden kan worden, uit Koeweit zelf bijvoorbeeld, dat in staat en bereid is om het werk over te nemen. Daarbij doet het overigens niet terzake dat de aannemer op hoge kosten wordt gejaagd, omdat hij het lokale personeel moet inwerken of omdat hij (veel) hogere salarissen zal moeten betalen.<sup>6</sup>

Aangenomen dat de aannemer een beroep op overmacht kan doen, wat is dan het (rechts)gevolg? Vanuit het perspectief van de aanne-

1 Deze casus is geïnspireerd door – doch lijkt uiteindelijk slechts uit de verte op – een daadwerkelijk probleem waarover ons kantoor in februari 2003 heeft moeten adviseren.

2 In beginsel, want de parlementaire toelichting op art. 6:75 geeft aan dat in uitzonderingsgevallen overmacht ook zonder verhindering kan bestaan, bijvoorbeeld indien de schuldenaar zonder dat hem dit kan worden aangerekend het bestaan van de verbintenis niet eens kent (de van het overlijden van de erflater onkundige erfgenaam).

3 Dat zou het mogelijk wel kunnen zijn als de centrale al in bedrijf zou zijn, maar dit werk is nog in aanbouw.

4 Denk aan Iraks ongerichte Scudraketaanvallen op Israël tijdens de eerste Golfoorlog.

5 De bewijslast met betrekking tot het bestaan van overmacht rust op de schuldenaar, zie – de formulering van – art. 6:74 BW: aansprakelijkheid in geval van tekortkoming, *tenzij* niet toerekenbaar.

6 Hogere uitvoeringskosten maken het project weliswaar minder aantrekkelijk – wellicht zelfs verliesgevend – en daardoor de (verdere) uitvoering veel *bezwaarlijker*, maar van onmogelijkheid tot nakoming is geen sprake.

mer als schuldenaar: eigenlijk niet meer dan dat de aannemer niet aansprakelijk is voor het feit dat hij tekortschiet in zijn contractuele verplichtingen. Hij hoeft dus geen schadevergoeding of boete te betalen vanwege vertraging in de oplevering. Echter, de aannemer zal hiermee lang niet altijd echt geholpen zijn. Zijn belangen reiken verder: in het geval dat de overmachtsituatie – naar verwachting – relatief kort duurt, is denkbaar dat de aannemer het liefst het werk gewoon zal willen voltooien (en de – volledige – prijs ervoor ontvangen), zodra de oorlog voorbij is. Maar dat zal hij bij gebreke van een regeling in het contract waarschijnlijk niet kunnen verwezenlijken. Immers, het moge zo zijn dat de staat Koeweit geen schadevergoeding van de aannemer kan vorderen, deze kan wél de overeenkomst ontbinden. Zie artikel 6:265 BW: iedere tekortkoming, dus ook de niet-toerekenbare, geeft de schuldeiser de bevoegdheid de overeenkomst te ontbinden. En anders dan bij de schadevergoedingsverbintenis ex artikel 6:74 BW hoeft de schuldenaar in een situatie van *tijdelijke* overmacht – zoals in casu – niet eerst in verzuim gebracht te worden. Met zijn beroep op overmacht zal de aannemer de ontbinding als het ware over zich afroepen.

Het omgekeerde kan zich ook voordoen. Indien de oorlog lang duurt, zal er een moment komen dat de aannemer van het contract af wil. Hij wil niet gedwongen zijn tot in het oneindige zijn mensen en middelen te reserveren voor het geval de overmachtsituatie (eindelijk) eindigt. Echter, hij kan niet eenzijdig van het contract af. Overmacht geeft slechts de schuldeiser, en niet ook de schuldenaar, het recht de overeenkomst te ontbinden, en aldus te beëindigen.

Heeft de aannemer dan wellicht meer baat bij een beroep op artikel 6:258 BW: onvoorziene omstandigheden, welke bepaling de mogelijkheid schept om de overeenkomst te laten wijzigen of ontbinden? Dat is allerminst zeker. Om te beginnen moeten uiteraard de voorwaarden voor het kunnen inroepen van deze bepaling vervuld zijn. Zo moet er sprake zijn van ‘onvoorziene’ omstandigheden, dat wil zeggen omstandigheden waarmee de partijen in het contract geen rekening hebben gehouden; omstandigheden waarvan het zich voordoen niet op de een of andere wijze al in het contract is verdisconteerd. Daarvoor is – in onze casus – het tijdstip van contractssluiting mede van belang. Niemand had twee jaar geleden kunnen voorspellen dat de Amerikaanse strijdkrachten in maart 2003 Irak zouden binnenvallen. Maar hoe onverwacht is de oorlog, gezien vanuit de toestand in de wereld ná 11 september 2001? En nadat Bush het Terrorisme de oorlog had verklaard en Irak tot de zogenoemde As van het Kwaad rekende? Stel nu dat de overeenkomst tussen onze aannemer en de staat Koeweit is gesloten ergens in de laatste maanden van vorig jaar, toen de VN-wapeninspecties in Irak nog in volle gang waren, maar het tegelijkertijd duidelijk was dat de Verenigde Staten alles zouden aangrijpen om Irak binnen te vallen en Saddam ten val te brengen. Zou je tegen die – wereldpolitieke – achtergrond mogen aannemen dat partijen in – c.q. bij het aangaan van – hun contract géén rekening hebben gehouden, ook niet stilzwijgend, met de mogelijkheid van een oorlog in de regio? Nogmaals: het is moeilijk voorstelbaar dat een in de Golfregio uit te voeren commercieel contract van enige omvang met geen woord zou reppen over de mogelijkheid van oorlog, maar stel nu even dat: is dan niet verdedigbaar dat het *niet* opnemen van enige regeling in de overeenkomst en het evenmin aan de orde brengen van het onderwerp tijdens de onderhandelingen, juist een aanwijzing is dat partijen stilzwijgend wél reke-

ning hebben gehouden met de mogelijkheid van oorlog, en kennelijk hebben gedacht dat het zwijgen van het contract dan in hun voordeel zou zijn?

Even aangenomen dat in de onderhavige casus het uitbreken van de oorlog als ‘onvoorzien’ moet worden beschouwd, dan moet deze omstandigheid – voor een geslaagd beroep op artikel 6:258 – ook nog van dien aard zijn dat de staat Koeweit ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten’. Hiermee wordt tot uitdrukking gebracht dat het afwijken van de hoofdregel (te weten: *pacta sunt servanda*) uitzondering is en dat de rechter terughoudend gebruik moet maken van zijn bevoegdheid<sup>7</sup> om in te grijpen in het contract tussen partijen. Een knel zittende contractspartij mag dan ook niet te snel hoop putten uit artikel 6:258 BW.

Als de aannemer met een beroep op onvoorziene omstandigheden zou willen bereiken dat het contract *blijft voortbestaan* gedurende de tijd dat de oorlog duurt, dan vraagt hij de rechter in feite om aan de overeenkomst een clausule *toe te voegen* (en meteen toe te passen), inhoudende dat de staat Koeweit – in afwijking van het commune recht – de overeenkomst gedurende een overmachtsituatie niet mag ontbinden. Daartoe zal de rechter niet snel geneigd zijn. Het omgekeerde is beter voorstelbaar: indien de oorlog erg lang duurt en er ook geen uitzicht is op vrede/veiligheid in de regio, zal de rechter desverzocht door de aannemer – tegen de wil van de staat Koeweit – de overeenkomst kunnen *ontbinden*.

Het blijft een onzekere aangelegenheid, in geval van een voortdurende overmachtsituatie te moeten terugvallen op artikel 6:258 BW. Ook al omdat de rechter voorwaarden kan stellen aan de gevraagde wijziging of ontbinding, zie artikel 6:260 lid 1 BW.

Internationale – al dan niet gestandaardiseerde – koop/leverings- en aannemingsovereenkomsten bevatten veelal bepalingen die de gevolgen van overmacht uitgebreider regelen. Geregeld wordt dan dat, indien een toestand van overmacht gedurende een zekere – aaneengesloten – periode blijft voortduren, beide partijen de bevoegdheid hebben om de overeenkomst te beëindigen. Zie bijvoorbeeld de zogenoemde Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects,<sup>8</sup> opgesteld onder auspiciën van de FIDIC.<sup>9</sup> Deze voorwaarden<sup>10</sup> bevatten een uitgebreide force majeure-bepaling (Clause 19), waarvan ik hieronder een gedeelte zal weergeven:

*‘19.1 In this clause, “Force Majeure” means an exceptional event or circumstance:*

- (a) which is beyond a Party’s control;*
- (b) which such Party could not reasonably have provided against before entering into the Contract;*
- (c) which, having arisen, such Party could not reasonably have avoided or overcome, and*

7 Een discretionaire bevoegdheid, die dus niet kan worden afgedwongen.

8 EPC staat voor Engineer, Procure and Construct, ofwel Ontwerpen, Betrekken/Verkrijgen (van materialen en dergelijke) en Bouwen.

9 Fédération Internationale des Ingenieurs-Conseils, een internationale organisatie van raadgevend ingenieurs.

10 Die zeer geschikt zijn om te worden gebruikt voor het contract tussen de Nederlandse aannemer en de staat Koeweit.

(d) which is not substantially attributable to the other Party.<sup>11</sup>

*Force Majeure may include, but is not limited to, exceptional events or circumstances of the kind listed below, so long as conditions (a) to (d) above are satisfied:*

- (i) war, hostilities (whether war be declared or not), invasion, act of foreign enemies;
- (ii) rebellion, terrorism, revolution, insurrection, military or usurped power, or civil war;
- (iii) riot, commotion, disorder, strike or lockout by persons other than the Contractor's Personnel and other employees of the Contractor and Subcontractors,
- (iv) munitions of war, explosive materials, ionizing radiation or contamination by radio-activity, except as may be attributable to the Contractor's use of such munitions, explosives, radiation or radio-activity, and
- (v) natural catastrophes such as earthquake, hurricane, typhoon or volcanic activity.

(...)

19.4 *If the Contractor is prevented from performing any of his obligations under the Contract by Force Majeure (...), and suffers delay and/or incurs Cost by reason of such Force Majeure, the Contractor shall be entitled (...) to:*

- (a) an extension of time for any such delay, if completion is or will be delayed (...), and
- (b) if the event or circumstance is of the kind described in sub-paragraphs (i) to (iv) and, in the case of sub-paragraphs (ii) to (iv), occurs in the Country,<sup>12</sup> payment of any such Cost.

(...)

19.6 *If the execution of substantially all the Works in progress is prevented for a continuous period of 84 days by reason of Force Majeure (...) or for multiple periods which total more than 140 days due to the same notified Force Majeure, then either party may give to the other a notice of termination of the Contract. (...)*'

Men lette erop dat de beschreven (niet-limitatief bedoelde) force majeure-gevallen pas echt overmacht opleveren, indien tevens voldaan is aan de kenmerken genoemd onder a t/m d van artikel 19.1, zoals uiteraard dat het moet gaan om een gebeurtenis waarop de betreffende partij geen invloed heeft.<sup>13</sup> Maar in het licht van al het voorgaande is vooral artikel 19.4 interessant: het legt het risico van het optreden van een overmachtsituatie bij de opdrachtgever, want de aannemer heeft in beginsel recht op termijnverlenging en/of op vergoeding van (additionele) kosten als gevolg van het overmachtsfeit. Hieruit kan – a contrario – worden afgeleid dat de opdrachtgever, in afwijking van het commune recht, hier *niet* de bevoegdheid heeft om de overeenkomst te ontbinden en zich van de aannemer te ontdoen. De mogelijkheid om de overeenkomst te

beëindigen doet zich eerst voor – zie artikel 19.6 – als de overmachtsituatie minstens 84 dagen heeft geduurd. En bovendien komt dan ook de aannemer dit recht toe.

Toegepast op de casus: de Nederlandse aannemer kan bij het uitbreken van de oorlog in beginsel het werk stilleggen en zijn personeel terugroepen (daarvoor heeft hij art. 19 van de FIDIC-conditions nog niet nodig), maar hij kan ook eisen dat hem een navenant langere termijn wordt gegund om het werk op te leveren, en hij kan zelfs extra kosten bij de opdrachtgever in rekening brengen, zoals bijvoorbeeld de repatriëringskosten voor zijn personeel. Aangezien de Irak-oorlog inmiddels al weer voorbij is (i.e. binnen de 84-dagentermijn), is van het kunnen beëindigen van het contract geen sprake.

Uit al het voorgaande volgt dat het wellicht de moeite waard is om de contracten die wij als praktijkjuristen onder ogen krijgen nog eens te bezien op het punt van de overmachtsituatie, en dan niet slechts vanuit het aansprakelijkheidsperspectief, maar ook vanuit de vraag welke andere gevolgen een overmachtsituatie voor partijen kan hebben. Met name de overeenkomsten waarvan de uitvoering/nakoming zich over een langere periode uitstrekt (zoals de aannemingsovereenkomst, maar denk ook aan huurovereenkomsten, distributieovereenkomsten of joint ventures), kunnen daarbij baat hebben.

De oorlog in Irak speelde ver van huis en zal weinig Nederlandse contractspartijen hebben 'geraakt'. Men hoeft echter geen fantast te zijn om zich andere 'grote' gebeurtenissen voor te stellen die in een contractueel kader al snel tot overmacht leiden en die tot soortgelijke vragen aanleiding geven als hiervoor besproken. Sla de kranten er maar op na: hun voorpagina's worden momenteel gevuld met berichten over de SARS-epidemie en, dichterbij huis, over de vogelpest.<sup>14</sup>

*Mr. W.Th. Post, advocaat NautaDutilh, Praktijkgroep  
Bouw/Vastgoed, Amsterdam*

11 Dit zou naar Nederlands recht schuldeisersverzuim (art. 6:58 BW) opleveren.

12 Hier wordt bedoeld het land waar het werk gebouwd moet worden.

13 Dat ligt overigens bij zaken als oorlog en dergelijke wel zeer voor de hand als het om private partijen gaat.

14 Zoals bekend, kan de pseudo-variant van laatstgenoemde ziekte leiden tot uiterst relevante rechtspraak. Al ging het daar om heel iets anders dan overmacht.