



ADVIES

CRB 2021-2400

**Advies inzake de afnameverplichtingen in
overeenkomsten tussen
brouwerijen-drankenhandelaars
en de horeca**

CCE
Conseil Central de l'Economie
Centrale Raad voor het Bedrijfsleven
CRB





**Advies inzake de afnameverplichtingen in overeenkomsten tussen
brouwerijen-drankenhandelaars en de horeca**

**Brussel
29.07.2021**

Inbehandelingneming

Bij brief van 3 mei 2021 heeft de Minister van Economie, de heer Pierre-Yves Dermagne, de bijzondere raadgevende commissie Onrechtmatige Bedingen (hierna brc Onrechtmatige Bedingen) om advies gevraagd omtrent de afname- en aankoopverplichtingen in de overeenkomsten gesloten tussen brouwerijen/drankenhandelaars en de horeca. De heer Minister wijst in het bijzonder op de sanitaire crisis, waardoor de horecasector noodgedwongen verschillende maanden gesloten moest blijven, en de omstandigheid dat niettegenstaande deze onmogelijkheid in hoofde van de horeca om de handelszaak uit te baten brouwers en drankenhandelaars strikt vasthouden aan de contractueel overeengekomen verbintenissen.

Deze vraag om advies is gegrond op artikel VI.91/8, § 1, van het Wetboek van Economisch Recht (hierna afgekort als WER), die bepaalt dat de Minister van Economie of de Minister van Middenstand de brc Onrechtmatige Bedingen om advies kunnen vragen wanneer deze het bestaan van een onevenwicht tussen de rechten en plichten van de partijen in de contractvoorwaarden van sommige beroepsactiviteitsectoren vaststelt.

De brc Onrechtmatige Bedingen legt er de nadruk op dat haar leden bij het behandelen van contracten gehouden zijn tot een beroepsgeheim¹. Voor wat haar bevoegdheid inzake bedingen in overeenkomsten tussen ondernemingen betreft, is trouwens uitdrukkelijk bepaald in artikel VI.91/8, § 2, van het WER dat “de bijzondere raadgevende commissie Onrechtmatige bedingen geen vertrouwelijke of bedrijfsgevoelige bedingen of voorwaarden bekend in hun beroepsactiviteitsectoren mag bekendmaken”. Toch ondervond de brc Onrechtmatige Bedingen moeite bij het opvragen van contracten. Om die reden heeft de brc Onrechtmatige Bedingen de Algemene Directie Economische Inspectie verzocht geanonimiseerde voorbeelden van contracten aan haar over te maken.

De brc Onrechtmatige Bedingen heeft zich, aangezien de vraagstelling van de heer Minister een specifiek probleem betreft, enkel over de bedingen gebogen die de afnameverplichtingen volgend uit de leveringsovereenkomst, en overmacht regelen. Andere eventueel onrechtmatige bedingen worden in dit advies dan ook niet behandeld.

¹ Zie art. 12 van het Huishoudelijk Reglement, te raadplegen op de website van de Centrale Raad voor het Bedrijfsleven.

1 Beperkingen in de adviesbevoegdheid van de brc Onrechtmatige Bedingen op basis van de bepalingen in overeenkomsten gesloten tussen ondernemingen

De brc Onrechtmatige Bedingen merkt vooreerst op dat dit haar eerste advies is dat gegrond is op de bepalingen inzake onrechtmatige bedingen in overeenkomsten gesloten tussen ondernemingen (Titel 3/1 van boek VI van het Wetboek van Economisch Recht, zoals ingevoegd door de 'b2b'-wet²). Er kan in dit opzicht opgemerkt worden dat de bepalingen inzake onrechtmatige bedingen van deze wet pas op 1 december 2020 in werking zijn getreden en dat die bepalingen enkel van toepassing zijn op overeenkomsten die gesloten, hernieuwd of gewijzigd zijn na 1 december 2020.

De brc Onrechtmatige Bedingen wenst in dit opzicht reeds op te merken dat haar bevoegdheden beperkter zijn indien het gaat om bedingen in overeenkomsten gesloten tussen onderneming onderling.

Saisinebevoegdheid:

Artikel VI.91/8, § 1, WER bepaalt dat op de bijzondere raadgevende commissie "Onrechtmatige bedingen" ofwel (1) door de bevoegde Ministers (Economie en/of Middenstand), ofwel (2) door de interprofessionele en bedrijfsgroeperingen met betrekking tot modelovereenkomsten gesloten in hun beroepsactiviteitsectoren een beroep gedaan kan worden.

De brc Onrechtmatige Bedingen zou dus niet ambtshalve een advies kunnen verlenen indien bepaalde contractvoorwaarden haar problematisch zouden lijken³, zoals dit het geval is voor bedingen in overeenkomsten tussen ondernemingen en consumenten.

Bevoegdheid tot het verstrekken van aanbevelingen:

Wat de aanbevelingen betreft die de brc Onrechtmatige Bedingen kan verlenen in het kader van haar adviesbevoegdheid op eventuele onrechtmatige bedingen in overeenkomsten gesloten tussen ondernemingen, stelt artikel VI.91/9, § 1, WER dat deze enkel betrekking kunnen hebben op twee punten:

1° de wijziging van de artikelen VI.91/4 en VI.91/5 (dit is de zwarte en de grijze lijst);

2° de formulering of interpretatie van bedingen of voorwaarden die gebruikt worden in modelovereenkomsten van bepaalde beroepsactiviteitsectoren.

Dit is wat het verlenen van aanbevelingen betreft een veel beperkter bevoegdheid dan wat in artikel VI.87, § 1, WER, is bepaald voor overeenkomsten tussen ondernemingen en consumenten.

² Wet van 4 april 2019 houdende wijziging van het Wetboek van Economisch Recht met betrekking tot misbruiken van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen, B.S. 25 mei 2019.

³ De brc Onrechtmatige Bedingen mag in het kader van haar bevoegdheden aan de ministers wel wijzigingen in de reglementaire besluiten voorstellen die haar wenselijk lijken. Zie art. VI.91/9, § 2, WER.

2 Bevoegdheid brc Onrechtmatige Bedingen: enkel beoordeling van bedingen in het globale contractuele kader, geen beoordeling van het uitoefenen van contractuele rechten en bedingen, noch beoordeling van de notie “overmacht” op zichzelf

De brc Onrechtmatige Bedingen merkt vervolgens op dat haar adviesbevoegdheid zich beperkt tot een juridische beoordeling van de vraag of (een combinatie van) bedingen onrechtmatig zijn in het licht van de wettelijke bepalingen van Titel 3/1. De brc Onrechtmatige Bedingen kan dus niet antwoorden op de vraag of het strikt vasthouden aan de contractuele verplichtingen, in casu de afnameverplichtingen, in tijden van gedwongen sluiting, geoorloofd is.

Die vraag op zich betreft de verplichting om overeenkomsten ter goeder trouw uit te voeren, dit wil zeggen met inachtnaam van de belangen van de medecontractant. Dit betreft ook het verbod van rechtsmisbruik, dit wil zeggen het uitoefenen van contractuele rechten die de belangen van de tegenpartij onevenredig benadelen.

De toepassing van de principes inzake rechtsmisbruik, uitvoering ter goeder trouw van de overeenkomst, overmacht betreffen het gemeen verbintenissenrecht welke tot de soevereine beoordelingsbevoegdheid van de rechters behoort.

Een dergelijk vraagstuk kan desgevallend ook onderzocht worden in het licht van de bepalingen inzake misbruik van economische afhankelijkheid (art IV.2/1 WER), dan wel de wettelijke bepalingen inzake oneerlijke marktpraktijken (Titel 4, Hoofdstuk 2., art. VI.104.e.v. WER). Dit behoort evenwel niet tot de bevoegdheid van de brc Onrechtmatige Bedingen.

De brc Onrechtmatige Bedingen kan dus enkel vaststellen of de contractvoorwaarden op zich geen kennelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van de contractpartijen creëren. Behalve indien het om in alle omstandigheden verboden bedingen gaat (de zwarte lijst van art. VI.91/4 WER), dient dit beoordeeld te worden binnen de context en de algemene economie van het contract⁴. alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, de algemene economie van de overeenkomst, alle geldende handelsgebruiken, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten in aanmerking genomen, rekening houdend met de aard van de producten waarop de overeenkomst betrekking heeft.

De brc Onrechtmatige Bedingen kan zich – zoals reeds kort aangegeven- vervolgens evenmin uitspreken over de vraag of, en in welke mate de sanitaire crisis als “overmacht” te beschouwen is, en welke gevolgen dit met zich meebrengt. Ze kan enkel contractuele clausules die overmacht en andere ontoerekenbare vormen van niet-nakoming van verbintenissen regelen beoordelen op hun onrechtmatig kader in de globale context van de overeenkomst.

⁴ Zie in nog ruimere zin de contextuele beoordelingscriteria van artikel VI.91/3, § 2, WER: “alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, de algemene economie van de overeenkomst, alle geldende handelsgebruiken, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten in aanmerking genomen, rekening houdend met de aard van de producten waarop de overeenkomst betrekking heeft.” Ook de transparantie, m.a.w. de duidelijkheid en begrijpelijkheid van de bedingen, wat mede de wijze betreft waarover deze tot de aandacht van de tegenpartij gebracht worden, speelt een essentiële rol bij de beoordeling van het al dan niet onrechtmatig karakter van bedingen. Zie art. VI.91/3, § 2, tweede lid, WER.

3 Relevante bepalingen omtrent overmacht en afnameverplichtingen in de Gedragscode

Bij het beoordelen van de haar door de Algemene Directie Economische Inspectie overgemaakte voorwaarden heeft de brc Onrechtmatige Bedingen eveneens rekening gehouden met de bepalingen inzake afnameverplichtingen en overmacht in de **Gedragscode** voor goede relaties tussen brouwers, de drankenhandelaars en de horecasector (hierna Gedragscode Brouwerijcontracten).

3.1 Voorafgaande verduidelijking: *begrip drankafnameovereenkomst is heel ruim*

Vooreerst kan opgemerkt worden dat drankafnameovereenkomsten tussen brouwers en drankenhandelaars enerzijds, en horeca-uitbaters anderzijds, een ruim voorwerp hebben. In artikel 3. Toepassingsgebied van de Gedragscode worden drankafnameovereenkomsten als volgt omschreven:

“Drankafnamecontracten zijn alle overeenkomsten of verbonden overeenkomsten afgesloten tussen enerzijds een brouwer en/of drankenhandelaar en anderzijds een horecaondernemer waarvan de volgende verbintenissen kunnen deel uitmaken:

- een handelshuur van het pand;
- de huur of de terbeschikkingstelling van infrastructuur;
- een investeringskrediet;
- andere leningen of financiële of economische voordelen of tegemoetkomingen;
- een al dan niet exclusieve afnameverplichting in hoofde van de horeca-uitbater, waarbij deze verplichtingen hiermee verbonden zijn.”

3.2 Twee soorten afnameverplichtingen

Er dient voorafgaandelijk ook opgemerkt worden dat er een onderscheid moet gemaakt worden tussen 2 soorten afnameverplichtingen:

- de *exclusieve* afnameverplichting: de verbintenis van een huurder om uitsluitend producten te verkopen en te serveren die hij bij zijn verhuurder aankoopt;
- de *minimale* afnameverplichting: de verbintenis van de caféhouder om een minimale hoeveelheid bier af te nemen.

In het kader van de Covid-Crisis en overmacht gaat het wat de gestelde vraag betreft hier uitsluitend over de minimale afnameverplichting.

3.3 Inhoudelijke regelingen in de Gedragscode van afnameverplichtingen en overmacht

De brc Onrechtmatige bedingen trof de volgende bepalingen aan in de Gedragscode met betrekking tot minimale afnameverplichtingen en overmacht (de Covid-crisis):

Art. 4.4. Verboden contractuele clausules en praktijken

In de Gedragscode worden vooreerst een aantal verboden contractuele clausules en praktijken opgesomd in artikel 4.4.

In het voorlaatste streepje worden bedingen verboden die de brouwer/drankenhandelaar het recht verlenen om de huurovereenkomst te beëindigen wegens het niet voldoen aan de minimale afnameverplichtingen, behoudens grove tekortkomingen van de huurder.

Art. 4.6. Quota- afnameverplichtingen

Art. 4.6. legt minimale principes vast inzake drankafnameverplichtingen. Deze afnameverplichtingen dienen te voldoen aan realistische verwachtingen en worden jaarlijks geëvalueerd.

In de Gedragscode wordt in dit opzicht het volgende gesteld:

“Het quotum dat geldt voor een horecazaak wordt vastgelegd bij het begin van de overeenkomst en vormt een onderdeel van de precontractuele informatieverplichting. Drankafnameverplichtingen die jaarlijkse quota opleggen aan de horecaondernemer gaan uit van een realistische benadering waarbij rekening wordt gehouden met locatie, historiek, marktsituatie ervaring horecaondernemer, *tijdsomstandigheden en een correct rendement voor alle betrokken partijen.*

Het quotum van een nieuwe horecazaak wordt jaarlijkse geëvalueerd door de brouwer of drankenhandelaar in samenspraak met de horecaondernemer. Bij het vastleggen van het quotum dient van bij het *begin rekening gehouden te worden met een correct rendement voor de investering van de brouwer of drankenhandelaar.*”

In artikel 4.6. wordt bovendien ook uitdrukkelijk de situatie van overmacht besproken.

Overmacht wordt in een eerste alinea omschreven als “een onvoorzienbare en onvermijdbare gebeurtenis die onafhankelijk is van de wil van de schuldenaar en die voor een goede huisvader een beletsel uitmaakt voor de nakoming van zijn verbintenissen met betrekking tot de quota. *Overmacht heeft enkel gevolgen naar volume toe, maar kan geen bevrijdende werking hebben met betrekking tot het niet afgeschreven deel van de prestatie.*”

Kunnen onder meer overmacht uitmaken:

- Structurele schade aan het pand waarin de horecazaak gevestigd is en waarbij de horecaondernemer geen fout treft. Deze schade moet een directe impact hebben op de uitbating van de horecazaak;
- Ernstige en langdurige ziekte van de horecaondernemer;
- Openbare werken van lange duur die een directe impact hebben op de bereikbaarheid van de horecazaak;

- Wet- of regelgevende initiatieven die een rechtstreekse impact hebben op de uitbating van de horecazaak (bijvoorbeeld: vergunningsweigering of intrekking vergunning terras, openingsuren,...)."

Besluit:

In de Gedragscode wordt vooreerst gesteld dat bij het vastleggen en evalueren van het quotum met de tijdsomstandigheden en een correct rendement voor alle betrokken partijen rekening moet worden gehouden.

Vervolgens wordt uitdrukkelijk bepaald een in gevolge een overheidsbesluit naar aanleiding van een sanitaire crisis gedwongen sluiting van een horecazaak als een vorm van overmacht wordt beschouwd. Enige discussie die hierover in het gemeenrecht zou bestaan, wordt hiermee uitgesloten.

Er wordt bepaald dat een dergelijke vorm van overmacht enkel naar volume toe gevolgen heeft, maar geen bevrijdende werking kan hebben met betrekking tot het niet afgeschreven deel van de prestatie. De brc Onrechtmatige Bedingen vindt een dergelijke formulering van de gevolgen van overmacht vooreerst niet duidelijk en begrijpelijk genoeg, inzonderheid voor de horeca-uitbater. De beroepsorganisaties die de betrokken sectoren vertegenwoordigen bevestigen dat het hier om een soort (tijdelijk) schorsende werking gaat tijdens de periode waarin de overmachtssituatie zich voordoet. Dit betekent dus dat de horeca-uitbater tijdens de periode van overmacht (de gedwongen sluiting) niet mag worden afgerekend op niet gerealiseerde volumes.

Artikel 4.4. verbiedt tenslotte uitdrukkelijke ontbindende bedingen omwille van het op zich niet voldoen aan de afnameverplichtingen, behoudens grove tekortkoming van de uitbater. Dit betekent a fortiori dat een dergelijke overmachtssituatie, op zich nooit een reden mag uitmaken tot beëindiging van de huurovereenkomst.

4 Analyse van de overgemaakte contracten

4.1 Minimale afnameverplichting en overmacht- schadebedingen bij niet-naleving minimale afnameverplichting

De brc Onrechtmatige Bedingen trof in de haar overgemaakte contracten, waarvan een groot aantal standaardcontracten betreffen, een verscheidenheid van bedingen aan waarin overmacht al dan niet behandeld wordt.

4.1.1 Contractvoorwaarden (vermoedelijk) conform het gemeen recht

Een groot deel van de overeenkomsten bevat geen verwijzing naar overmacht voor wat het nakomen van de afnameverplichting betreft, een redelijk aantal contracten stelt uitdrukkelijk dat het nakomen van de afnameverplichting niet geldt in situaties van overmacht, en een aantal contracten verwijst in de aanhef uitdrukkelijk naar de Gedragscode brouwerijcontracten.

Voorbeelden:**Geen verwijzing naar overmacht:**

“Artikel x Drankafnameverplichtingen

De klant verbindt er zich toe gedurende een periode van voor elke onderscheiden soort drank zoals aangeduid in de in bijlage opgenomen drankenlijst, uitsluitend de aangeduide merken te verkopen en zich exclusief bij de drankenhandelaar te bevoorraden. Verloren

[...]

In geen geval zullen van een derde gekocht of in de drankgelegenheid uitgedeeld mogen worden, dranken van hetzelfde type als deze die het voorwerp zijn van huidige overeenkomst.

De klant erkent uitdrukkelijk dat de normale verkoop in de drankgelegenheid, welke hij uitbaat, de jaarlijkse minimumhoeveelheden, zoals vermeld in bijlage, bedragen (cf. Statistische gegevens vorige uitbater in bijlage).

Hij verbindt zich deze minimumhoeveelheden af te nemen. Beide partijen komen overeen de realisatie van deze minimumhoeveelheden jaarlijks samen te bespreken.

Bij het niet behalen van dit minimumvolume heeft de drankenhandelaar de keuze om ofwel de periode van de drankafnameverplichting te verlengen met 2 jaar, voor zover minstens 70% van de minimumhoeveelheid werd gerealiseerd, tot deze minimum hoeveelheid is bereikt ofwel de overeenkomst te verbreken en de in verloren investering gegeven som terug te vorderen, à rato van 20% van de waarde in Artikel 1, vermenigvuldigd met het aantal jaren dat nog te lopen blijft met een maximum van 80%.

De verplichting om de aangeduide dranken van een bepaald merk te verkopen blijft onverkort gelden indien het aangeduide minimumvolume is bereikt maar de aangeduide periode nog niet is verstreken.

[...]”

Wel een (summiere) verwijzing naar overmacht

Artikel x Drankafnameverplichtingen

De klant verbindt er zich toe gedurende een periode van voor elke onderscheiden soort drank zoals aangeduid in de in bijlage opgenomen drankenlijst, uitsluitend de aangeduide merken te verkopen en zich exclusief bij de drankenhandelaar te bevoorraden.

De drankenhandelaar behoudt zich het recht voor het merk of de benaming van een drank te wijzigen, waarvan alle andere karakteristieken ongewijzigd zullen blijven.

In geen geval zullen van een derde gekocht of in de drankgelegenheid uitgedeeld mogen worden, dranken van hetzelfde type als deze die het voorwerp zijn van huidige overeenkomst.

De klant erkent uitdrukkelijk dat de normale verkoop in de drankgelegenheid, welke hij uitbaat, de jaarlijkse minimumhoeveelheden, zoals vermeld in bijlage, bedragen. . Beide partijen komen overeen de realisatie van deze minimumhoeveelheden jaarlijks samen te bespreken.

Hij verbindt zich deze minimumhoeveelheden af te nemen. (cf. Statistische gegevens vorige uitbater in bijlage) In geval er onvoldoende afname gerealiseerd wordt, wordt volgende vergoedingsformule toegepast:

25% van het aankooptarief van pils, vermenigvuldigd met het aantal ontbrekende hectoliters van alle dranken over de resterende periode.

Buiten de gevallen van overmacht kan op verzoek van de horecaondernemer de drankafname-overeenkomst met 2 jaar verlengd worden voor zover de quota voor minstens 70% gerealiseerd werden. Deze verlenging van termijn gebeurt zonder bijkomende verplichtingen of prestaties van de drankenhandelaar.

Uitdrukkelijke verwijzing naar de Gedragscode Brouwerijcontracten

GEDRAGSCODE: De X groep verklaart partner te zijn bij de Gedragscode voor goede relaties tussen brouwers, drankenhandelaars en horecasector (hierna: 'Gedragscode'). De principes van deze Gedragscode zijn van toepassing op huidige overeenkomst en kunnen te allen tijde geraadpleegd worden op www.X.be. Huidige overeenkomst bevat alle precontractuele informatie zoals beschreven in de Gedragscode.

Bespreking:

Indien uitdrukkelijk gesteld wordt dat de minimale afnameverplichting niet kan toegepast worden bij overmacht, met andere woorden indien het niet bereiken van de vooropgestelde minimale afname omwille van overmacht de schuldenaar van deze verbintenis (dus de horeca-uitbater) niet kan toegerekend worden voor wat de naleving van de verbintenis van de uitbater betreft, dan worden de gevolgen van overmacht conform een normale gemeenrechtelijke benadering geregeld, en is er bijgevolg ook geen sprake van een afwenteling van een economisch risico op een partij welk normaliter op de andere onderneming of op een andere partij bij de overeenkomst rust (art. VI.91/5, 3°, WER⁵), noch van een ongepaste uitsluiting of beperking van de wettelijke rechten van een partij in de zin van artikel VI.91/5, 4°, WER⁶, of meer in het algemeen een onrechtmatig beding in de zin van artikel VI.91/, § 3, eerste lid, WER (de algemene norm).

De brc Onrechtmatige Bedingen wijst wel op de verplichting om bedingen duidelijk en begrijpelijk op te stellen. Dit houdt in dat de bedingen zo opgesteld zijn dat een gemiddelde onderneming gemakkelijk de draagwijdte van de respectieve rechten en verplichtingen kan vatten.

Dit houdt volgens de Commissie onder meer in dat indien in de aanhef uitdrukkelijk verwezen wordt naar de Gedragscode Brouwerijcontracten, in de contracten zelf ook rekening moet gehouden worden met wat is overeengekomen in deze Gedragscode, door in casu de definitie van overmacht en de gevolgen van overmacht, en het verbod om de overeenkomst te ontbinden wegens de niet-nakoming van de minimale afnameverplichting omwille van overmacht *uitdrukkelijk te integreren in de betrokken contractvoorwaarden*.

⁵ Ook het risico van overmacht, hoewel dit strikt gezien nooit toerekenbaar is aan een partij, kan niet eenzijdig op één contractspartij gelegd worden. Er is kennelijk onevenwicht indien dit economisch risico eenzijdig op één partij gelegd wordt. Zie (Franse rechtsleer) Hakim HADJ-AÏSSA, "Covid-19 et application des dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce, in *AJ Contrat* 2020, (325), 330 ; Zie ook R. JAFFERALI, « Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l'incertitude », *J.T.*, 2020, (273-285) en (301-316), 306, waarin verduidelijkt wordt dat in art. VI.91/5, 3°, WER vooral het economisch risico bedoeld wordt.

⁶ Artikel VI.91/5, 4°, WER, wordt ook in b2b-relaties als een "catch all"-bepaling beschouwd. De "ongepaste beperking van de wettelijke rechten van een partij" kan ook het gevolg zijn van *de gebrekkige uitvoering* op zich, ongeacht of het om een al dan niet aan een partij toerekenbare tekortkoming gaat. Ook overmachts- en vrijwaringsclausules zouden hieronder vallen. Zie o.m. I. CLAEYS EN T. TANGHE, "Bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen van andere ondernemingen door de b2b-wet van 4 april 2019", *Ius & Actores* 2020, (159) 192-193; D. PHILIPPE, "Les clauses abusives dans les relations B2B", *D.A.O.R.*, 2019/3, n°131, (2), 14; R. JAFFERALI, « Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l'incertitude », *J.T.*, 2020, (273-285) en (301-316), p. 308 ; R. STEENNOT, *Artikel & Commentaar Onrechtmatige Bedingen*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, p. 396.

4.1.2 Afwijking van het gemeen recht door het leggen van het risico van overmacht op de horeca-uitbater

De brc Onrechtmatige Bedingen trof ook bedingen aan waarbij de brouwerij of drankenhandelaar het risico van overmacht, dat de schuldenaar van een verbintenis normaal gezien bevrijdt van naleving van zijn verbintenis, contractueel op deze schuldenaar legt, door het 'niet-gedelgd deel van de prestaties' contractueel te vorderen, of door aan de brouwerij of drankenhandelaar eenzijdig het recht te verlenen om bij niet-nakoming van de minimumafnameverplichting het niet-gedelgde deel te laten terugbetalen door de uitbater, of door zich zonder voorbehoud het recht toe te eigenen de overeengekomen schadevergoeding bij niet bereiken van de minimale afname te vorderen.

Voorbeelden:

Voorbeeld 1. 1.3 DELGING VAN DE PRESTATIES VAN DE BROUWERIJ

De prestaties van de brouwerij vermeld onder 1.1 en 1.2 worden door de brouwerij gedelgd op het minimaal, over de volledige duur van de overeenkomst, af te nemen volume dranken (zie hierna), als volgt :

- € wordt gedelgd door hl bieren, oftewel € per hectoliter (hl),
- € wordt gedelgd door hl andere dranken dan bieren, oftewel € per hl.

C) OVERMACHT - In geval van overmacht is de cliënt het niet-gedelgde gedeelte van de prestaties conform art. 1.3 BV verschuldigd, en dit voor de duur dat de overmachtssituatie zich voordoet.

De brouwerij heeft in dat geval tevens het recht om de overeenkomst als definitief beëindigd te beschouwen voor de resterende duur van de overeenkomst en onmiddellijk het integrale niet-gedelgde gedeelte van de prestaties op te vorderen.

Voorbeeld 2.

Bij het niet behalen van het in artikel 2 voorziene minimumvolume kan de brouwerij opteren voor, hetzij de verlenging van de overeenkomst tot algehele delging van de geïnvesteerde som, hetzij de in bruikleen gegeven goederen terugvorderen of het niet-gedelgde deel alsdan te laten terugbetalen door de horeca ondernemer, met stopzetting van de overeenkomst. Indien de horeca ondernemer bij het verstrijken van de contractduur minstens 70% van het contractueel minimumvolume heeft behaald, heeft hij het recht verlenging van de overeenkomst te vragen voor een maximum duurtijd van 2 jaar.

Bespreking:

De brc Onrechtmatige Bedingen merkt vooreerst op dat de betekenis van de woorden "niet-gedelgde gedeelte van de prestaties" niet duidelijk en begrijpelijk is in hoofde van een gemiddelde onderneming. De brc Onrechtmatige Bedingen meent deze woorden zo te begrijpen dat de niet afgenomen hoeveelheid drank in gevolge de afnameverplichting toch moet betaald worden door de horeca-uitbater.

Bedingen die tot gevolg zouden hebben dat de uitbater ook bij niet-toerekenbare tekortkoming van zijn verbintenissen gehouden wordt tot zijn tegenprestatie, hebben tot gevolg dat hetzij het

economisch risico onterecht volledig op één partij wordt afgewenteld (art. VI.91/5, 3°, WER⁷), hetzij de wettelijke rechten van de horeca-uitbater bij gebrekkige uitvoering van één van de contractuele verplichtingen op ongepaste wijze beperkt of uitgesloten worden doordat het risico van overmacht volledig op de uitbater gelegd wordt (artikel VI.91/5, 4° WER⁸). Het risico van overmacht wordt eenzijdig op de horeca-uitbater afgewenteld en in die zin schept een dergelijk beding ook in het algemeen een kennelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van de partijen ten nadele van de horeca-uitbater.

In voorbeeld 2 behoudt de brouwerij zich het eenzijdig keuzerecht voor om ofwel de overeenkomst te verlengen tot de gehele geïnvesteerde som gedelgd is, hetzij de in bruikleen gegeven goederen terug te vorderen, hetzij de overeenkomst te ontbinden met terugbetaling van het niet-gedelgde deel. Bij het bereiken van 70% minimumvolume heeft de uitbater wel het recht verlenging van de overeenkomst te vragen. De brc Onrechtmatige Bedingen is van oordeel dat een dergelijke eenzijdige bindende keuzemogelijkheid in hoofde van de brouwerij inzake contractuele remedies bij het niet-bereiken van de afnameverplichting een kennelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van de partijen creëert tussen de rechten en plichten van de partijen ten nadele van de horeca-uitbater (zie de algemene norm van art. VI.91/3, § 1, WER).

4.2 Uitdrukkelijk ontbindende bedingen

De brc Onrechtmatige Bedingen trof in de door haar onderzochte contracten uitdrukkelijk ontbindende bedingen aan die de brouwerijen/drankenhandelaar het recht verlenen om bij het niet-nakomen van (om het even welke) contractuele verbintenissen door de horeca-uitbater, de overeenkomst onmiddellijk te ontbinden.

Voorbeelden:

Voorbeeld 1.

Indien de klant één van zijn contractuele verplichtingen niet nakomt, kan X van rechtswege, zonder voorafgaande ingebrekestelling en met onmiddellijke ingang, de ontbinding van de overeenkomst inroepen, waarbij ze recht heeft op het niet gedelgde gedeelte van de laatst uitbetaalde schijf én een forfaitaire schadevergoeding t.b.v. [de laatst uitbetaalde schijf x 20%].

Voorbeeld 2.

Art. 14 Niet-naleving

a) Indien de huurder een verbintenis voortspruitend uit deze huurovereenkomst niet naleeft, dan kan de verhuurder de verbreking van deze huurovereenkomst lastens de huurder vorderen in rechte. In dat geval wordt de verbrekingsvergoeding te betalen door de huurder aan de verhuurder forfaitair en onveranderlijk vastgesteld op zes maand huur tenzij de verhuurder kan aantonen dat de schade van welke aard ook die hij heeft geleden groter is dan deze forfaitair vastgestelde vergoeding.

^{7 7} Zie de uitleg en verantwoording omtrent de toepassing van deze bepaling van de grijze lijst in voetnoot 8.

⁸ Zie de uitleg en verantwoording omtrent de toepassing van deze bepaling van de grijze lijst in voetnoot 9.

Bespreking:

Gezien de verregaande gevolgen die uitdrukkelijk ontbindende bedingen met zich meebrengen⁹, met name het einde van de overeenkomst, dienen dergelijke bedingen onder meer

- (1) duidelijk onder de aandacht worden gebracht en duidelijk omschreven tekortkomingen omschrijven,
- (2) tekortkomingen omschrijven die voldoende zwaarwichtig moeten zijn om de ontbinding van de overeenkomst te rechtvaardigen ,
- (3) waar nuttig wederkerig geformuleerd zijn
- (4) en tenslotte zo geformuleerd zijn dat ze geen aanleiding kunnen geven tot een disproportionele toepassing, noch om een discretionaire beoordelingsbevoegdheid.

Dit blijkt ook uit de Gedragscode, waar bedingen worden verboden die de brouwer/drankenhandelaar het recht verlenen om de huurovereenkomst te beëindigen wegens het niet voldoen aan de minimale afnameverplichtingen, behoudens grove tekortkomingen van de huurder.

Bedingen die de brouwerij/drankenhandelaar het recht toekennen om bij om het even welke tekortkoming de overeenkomst onmiddellijk en zonder ingebrekestelling te beëindigen voldoen duidelijk niet aan deze criteria en zijn in strijd met artikel VI.91/3 WER (de algemene norm).

Algemeen besluit:

1. De brc Onrechtmatige Bedingen kan enkel advies verlenen met betrekking tot bedingen in contracten waar de situatie van overmacht geregeld wordt. Een groot deel van de onderzochte overeenkomsten regelt overmacht niet. De handelswijze van contractpartners bij het uitvoeren van een overeenkomst (het principe van de uitoefening ter goeder trouw van de verbintenissen) behoort tot het gemeen recht, waar enkel de rechter zich op soevereine wijze kan over uitspreken.

De handelswijze van economische operatoren in het algemeen kan ook onderzocht worden in het licht van de bepalingen inzake misbruik van economische afhankelijkheid (art IV.2/1 WER), dan wel de wettelijke bepalingen inzake oneerlijke marktpraktijken (Titel 4, Hoofdstuk 2., art. VI.104.e.v. WER). Dit behoort evenmin tot de bevoegdheid van de brc Onrechtmatige Bedingen.

2. De brc Onrechtmatige Bedingen heeft vervolgens vastgesteld dat uit de Gedragscode Brouwerijcontracten duidelijk af te leiden valt dat (1) de Covid-crisis als overmacht te beschouwen valt, en (2) dat het niet kunnen behalen van het afgesproken volume van minimumafname omwille van de gedwongen sluiting, de horeca-uitbater gedurende deze overmachtssituatie bevrijdt. De horeca-uitbater mag dus tijdens de periode van overmacht (de gedwongen sluiting) niet worden afgerekend op niet gerealiseerde volumes. De brc Onrechtmatige Bedingen merkt wel op dat dit duidelijker geformuleerd moet worden in de Gedragscode.

⁹ Zie voor een beoordeling van uitdrukkelijke ontbindende bedingen in b2c-overeenkomsten, COB 37, 15 juli 2015, Advies over de contracten huishoudelijke hulp van dienstencheque-ondernemingen, p. 45-47, en COB 38, 16 december 2015, Advies over de algemene voorwaarden van sociale netwerksites, p. 35.

3. Wat de aangetroffen clausules betreft in de onderzochte contracten, stelt zich uiteraard geen probleem indien uitdrukkelijk gesteld wordt dat de minimale afnameverplichting niet kan toegepast worden bij overmacht.

Een tweede categorie contracten verwijst in de aanhef naar de Gedragscode Brouwerijcontracten. Een dergelijke verwijzing is niet voldoende: de inhoud van de Gedragscode moet waar nodig ook geïntegreerd worden in de contractvoorwaarden. In de clausules van die contracten moet dus duidelijk bepaald worden dat de minimale afnameverplichting niet geldt bij overmacht, en dat de brouwerij/drankenhandelaar de overeenkomst niet mag ontbinden omwille van een dergelijke overmachtssituatie.

Ten derde werden er clausules aangetroffen waar uitdrukkelijk gesteld wordt dat de brouwerij/drankenhandelaar "het niet-gedelde deel van de prestaties" bij overmacht verschuldigd is, of waar de brouwerij/drankenhandelaar zich eenzijdig het recht tot een aantal contractuele remedies voorbehoudt bij het niet-bereiken van de minimumafname.

Clausules die het risico van overmacht eenzijdig op één partij, in casu de horeca-uitbater, afwentelen, creëren een kennelijk onevenwicht tussen de rechten en de plichten van de contractpartijen (art. VI.91/3, § 1, WER) . Doordat het economisch risico onterecht volledig op één partij wordt afgewenteld kunnen ze ook strijdig bevonden worden met art. VI.91/5, 3°, WER. Doordat de wettelijke rechten van de horeca-uitbater bij gebrekkige uitvoering van één van de contractuele verplichtingen op ongepaste wijze beperkt of uitgesloten worden doordat het risico van overmacht volledig op de uitbater gelegd wordt kunnen ze ook in strijd met artikel VI.91/5, 4° WER bevonden worden.

Het eenzijdig recht dat een brouwerij/drankenhandelaar zich voorbehoudt inzake contractuele remedies ingevolge het niet-naleven van de minimale afnameverplichting is eveneens onrechtmatig in de zin van de algemene norm.

De brc Onrechtmatige Bedingen wijst er tenslotte op dat uitdrukkelijk ontbindende bedingen, gezien de verregaande gevolgen, duidelijk gecommuniceerd moeten worden, enkel toegelaten zijn bij ernstige tekortkoming, in de mate van het mogelijke wederkerig moeten worden geformuleerd, en objectief toegepast moeten worden. Bedingen die de brouwerij/drankenhandelaar het recht toekennen om bij om het even welke tekortkoming de overeenkomst onmiddellijk en zonder ingebrekestelling te beëindigen voldoen duidelijk niet aan deze criteria en zijn in strijd met artikel VI.91/3 WER (de algemene norm).