

**JURIDISCH ADVIES**

<b>VOOR:</b>	Notre Bon Droit vzw
<b>Ter attentie van:</b>	Mevr. Isabelle Duchateau
<b>Van:</b>	Peter Teerlinck, Raluca Gherghinaru et Alice Asselberghs
<b>Voorwerp:</b>	Analyse van de geldigheid van de exoneratiebedingen opgenomen in de overeenkomsten met de producenten van de COVID-19 vaccins zoals gepubliceerd door de Europese Commissie
<b>Datum:</b>	8 maart 2021
<b>Status:</b>	<b>STRIKT CONFIDENTIEEL</b>

**I. VOORWERP VAN HET ADVIES**

1. Huidig advies heeft tot voorwerp het identificeren en analyseren, in het licht van het Belgisch recht – dat het contractueel toepasselijk recht vormt -, van de clausules met betrekking tot de beperking van aansprakelijkheid, in de ruime zin, van de producenten van de vaccins zoals opgenomen in de aankoopovereenkomsten gesloten door de Europese Commissie met AstraZeneca, CureVac en Sanofi (de « **Geanalyseerde overeenkomsten** »). Meer specifiek heeft dit advies tot doel een antwoord te geven op de vraag of de producenten van de COVID-19-vaccins zich ten opzichte van de Lidstaten kunnen beroepen op de exoneratiebedingen waarin de geanalyseerde overeenkomsten voorzien.

**II. SAMENVATTING VAN DE BESLUITEN**

2. In het licht van het Belgische verbintenissenrecht dienen de clausules volgens dewelke de producenten van vaccins geen enkele garantie geven noch enige verantwoordelijkheid op zich nemen voor de doeltreffendheid van het product en de afwezigheid van ernstige ongewenste bijwerkingen, *a priori* als onwettelijk te worden beschouwd. Volgens de bewoordingen ervan hebben deze clausules namelijk tot doel de producenten te ontheffen van hun essentiële verplichting (*i.e.* die van het leveren en waarborgen van een goed dat in overeenstemming is met de overeenkomst), maar ook – en vooral – de overeenkomst van haar inhoud en ieder nuttig gevolg te ontdoen.

3. Betreffende de vrijwaringsclausules volgens dewelke de Lidstaten (als kopers van het product) zich ertoe verbinden de producenten (als verkopers van het product) te vrijwaren voor de (quasi-) totaliteit van de schade die de vaccins aan derden (de gevaccineerde personen) kunnen toebrengen, zijn deze, op het eerste zicht, problematisch. In zoverre het finale financiële gewicht van de burgerlijke aansprakelijkheid ten aanzien van derden, *in fine*, (quasi-) geheel door de Lidstaten wordt gedragen, hebben de producenten namelijk geen echte stimulans meer om doeltreffende en veilige vaccins te leveren en te waarborgen, hetgeen erop neerkomt dat de verplichting van de producenten van haar inhoud ontdaan wordt.

4. In de uitoefening van zijn soevereinde beoordelingsbevoegdheid kan de rechter ten gronde evenwel rekening houden met de uitzonderlijke omstandigheden betreffende de productie van de COVID-19-vaccins en met de algemene economie van de overeenkomsten, teneinde de kennelijke ongeldigheid van deze clausules te "milderen". Het lijkt ook mogelijk dat de rechter deze clausules geldig verklaart indien de producenten kunnen aantonen dat, op het moment dat de COVID-19-vaccins op de markt werden gebracht, de stand van de wetenschappelijke kennis hen niet in staat stelde het bestaan van ernstige bijwerkingen en/of het gebrek aan doeltreffendheid van de vaccins op te sporen.

### III. ANALYSE

#### A. Inleidende beschouwingen

5. In het kader van het beheer van de COVID-19-pandemie heeft de Europese Commissie namens en voor rekening van de Lidstaten overeenkomsten gesloten voor de aankoop van vaccins via het instrument voor noodhulp<sup>1</sup>. Het doel van deze aankoopovereenkomsten was de Lidstaten in staat te stellen binnen een bepaalde termijn en tegen een vooraf bepaalde prijs een bepaald aantal doses vaccin aan te kopen, in ruil voor financiering door de Lidstaten en de EU van een deel van de aanloopkosten gedragen door de vaccinproducenten<sup>2</sup>.

6. Tot dusver heeft de Commissie zes aankoopovereenkomsten voor COVID-19-vaccins gesloten met laboratoria<sup>3</sup>. Op het moment van schrijven zijn slechts drie van deze contracten - in niet-vertrouwelijke versie - openbaar gemaakt op de website van de Europese Commissie. Het betreft de overeenkomsten met AstraZeneca-Oxford<sup>4</sup>, CureVac en Sanofi-GSK<sup>5</sup>.

7. Deze overeenkomsten worden beheerst door het Belgisch recht en de geschillen betreffende de interpretatie en de uitvoering van deze overeenkomsten vallen onder de exclusieve bevoegdheid van de rechtbanken te Brussel<sup>6</sup>.

8. Het is belangrijk te onderlijnen dat we ons in onze analyse hebben gebaseerd op de versies van de overeenkomsten zoals deze op de website van de Europese Commissie zijn gepubliceerd, te weten de versies waaruit bepaalde delen zijn weggelaten. Onze analyse van de aansprakelijkheidsbedingen kan in dit stadium bijgevolg niet als volledig noch definitief worden beschouwd.

9. Voorts merken we op dat de geanalyseerde overeenkomsten niet in identieke bewoordingen zijn opgesteld, hetgeen erop wijst dat over elk van de aankoopovereenkomsten afzonderlijk met elk van de fabrikanten is onderhandeld. Daarom moet de analyse per overeenkomst worden genuanceerd, of zelfs worden aangepast.

---

<sup>1</sup> Zie Verordening (EU) 2020/521 van de Raad van 14 april 2020 tot activering van noodhulp uit hoofde van Verordening (EU) 2016/369, en tot wijziging van de bepalingen ervan rekening houdend met de uitbraak van covid-19.

<sup>2</sup> Zie Mededeling van de Commissie "EU-strategie voor COVID-19-vaccins" van 17 juni 2020, COM(2020), 245 *in fine*.

<sup>3</sup> Het betreft de volgende laboratoria/farmaceutische groepen : AstraZeneca-Oxford, Pfizer-BioNtech, Moderna, Sanofi-GSK, Johnson&Johnson et CureVac.

<sup>4</sup> Hierna « AstraZeneca ».

<sup>5</sup> Hierna « Sanofi ».

<sup>6</sup> Artikel 18.4 van het contrat met AstraZeneca ; Artikel 1.21.1 van het contrat met CureVac ; Artikel 1.11.1 van het contrat met Sanofi.

## **B. De exoneratiebedingen naar Belgisch recht**

10. We hebben in de geanalyseerde overeenkomsten drie typen bedingen geïdentificeerd dewelke betrekking hebben op de aansprakelijkheid, in de ruimste zin, van de fabrikanten van COVID-19-vaccins. Dit zijn **(i)** aansprakelijkheidsbeperkende en -uitsluitende bedingen, **(ii)** garantiebeperkende en -uitsluitende bedingen, en **(iii)** vrijwaringsbedingen. Na een korte uiteenzetting van de wettelijke regeling die op deze bedingen van toepassing is, zullen wij deze *in concreto* toepassen in het kader van de geanalyseerde overeenkomsten.

### **1. Definities**

11. Zoals hun naam al aangeeft, beperken of sluiten aansprakelijkheidsbeperkende of -uitsluitende bedingen het recht uit van een der partijen om volledige vergoeding te krijgen van de schade die zij daadwerkelijk heeft geleden als gevolg van het gedrag van de andere partij.

12. Garantiebeperkende of -uitsluitende bedingen zijn bedingen die toelaten aan een der partijen om haar garantieverplichting te beperken of volledig uit te sluiten. De meest voorkomende zijn de garantiebedingen betreffende verborgen gebreken in een verkoopovereenkomst.

13. Vrijwaringsbedingen<sup>7</sup> zijn, strikt genomen, geen clausules inzake uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid. Zij houden eenvoudigweg een verschuiving in van de financiële gevolgen van de aansprakelijkheid jegens een derde van een van de contracterende partijen naar de andere contracterende partij. Door middel van deze bedingen neemt een partij immers de uiteindelijke financiële gevolgen van de burgerlijke aansprakelijkheid op zich en verbindt zij zich ertoe in te staan voor de aansprakelijke persoon indien deze laatste het slachtoffer moet vergoeden<sup>8</sup>. Deze bedingen veranderen niets aan de relatie tussen het slachtoffer, de eiser, en de aansprakelijke persoon. Krachtens het beginsel van de relativiteit van de overeenkomsten ontheft een dergelijke clausule de begunstigde ervan immers niet van de aansprakelijkheid die hij jegens een derde (de benadeelde) heeft<sup>9</sup>.

### **2. Algemene beschouwingen**

14. Het Belgische recht erkent de geldigheid van de drie hierboven opgesomde soorten bedingen. Dit beginsel is echter onderworpen aan een aantal uitzonderingen en beperkingen.

15. In zoverre zij afwijken van de normale gevolgen van aansprakelijkheid en garantie, moeten vrijstellings- of beperkingsclausules inzake aansprakelijkheid en garantie strikt of zelfs restrictief worden uitgelegd. Ditzelfde beginsel geldt ook voor vrijwaringsclausules<sup>10</sup>. Sinds het arrest van het Hof van Cassatie van 22 maart 1979<sup>11</sup> staat eveneens vast, dat in geval van twijfel over de zin of

<sup>7</sup> Vrijwaringsbedingen worden courant toegepast in internationale overeenkomsten waar ze « *hold harmless agreements* » worden genoemd. In het Belgisch recht vindt men ze ook terug onder de benaming « *vrijwaringsovereenkomst* ».

<sup>8</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Tome deuxième-sources des obligations, Bruylant, 2013, p. 1736 e.v. ; ; M. GOUDEN, « Chapitre 4. Les clauses réciproques d'abandon de recours et de "hold harmless" », *La rédaction des contrats internationaux*, Brussel, Bruylant, 2012, p. 77 e.v.

<sup>9</sup> Cass., 7 september 1962, *Pas.*, I, p. 32 ; P. WERY, *Droit des obligations*, Volume 2, Larcier, 2016, p. 738 ; A. VAN OEVELEN, « Exoneratiebedingen en vrijwaringsbedingen », *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 33.

<sup>10</sup> P. WERY, *ibidem*, p. 738 ; M. GOUDEN, *op. cit.*, p. 85.

<sup>11</sup> Cass., 22 maart 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 863, *R.C.J.B.*, 1981, p. 189, noot L. Cornelis.

de draagwijdte van dit soort bedingen, zij moeten worden uitgelegd in het nadeel van de partij die er voordeel uit haalt .

**16.** In ieder geval moeten dergelijke clausules worden uitgelegd en uitgevoerd in het licht van het beginsel van goede trouw. Dit beginsel verbiedt een partij misbruik te maken van de rechten die zij aan een overeenkomst ontleent. Zo mag een partij een contractueel recht niet uitoefenen op een wijze die de grenzen van de normale uitoefening ervan kennelijk overschrijdt<sup>12</sup>. Zo blijkt bijvoorbeeld uit de rechtspraak dat er sprake is van rechtsmisbruik wanneer een clausule die de begunstigde vrijstelt van aansprakelijkheid, hem een voordeel toekent dat "*kennelijk onevenredig*" is gelet op de "*uiterst ernstige gevolgen van het door het slachtoffer geleden letsel*"<sup>13</sup>.

**17.** Voorts dient erop gewezen dat, krachtens het beginsel van de relatieve werking van overeenkomsten, alleen de partijen bij een overeenkomst erdoor gebonden zijn. Met andere woorden, een eventuele vrijstelling of beperking van aansprakelijkheid en garantie kunnen geen gevolgen (verplichtingen) hebben jegens derden. Dit geldt ook voor vrijwaringsclausules (zie hieronder).

**18.** Wat meer in het bijzonder de uitzonderingen op de geldigheid van deze clausules betreft, dient te worden gewezen op de volgende uitzonderingen, die algemeen van toepassing zijn op de drie soorten geanalyseerde clausules.

**19.** Ten eerste zijn dergelijke clausules ongeldig en moeten zij worden nietig verklaard wanneer blijkt dat zij betrekking hebben op de wezenlijke verplichtingen van de schuldenaar. Zoals professor Van Ommeslaghe opmerkt: "*de traditionele grondslag die aan deze regel wordt gegeven, is dezelfde als één van de rechtvaardigingen op grond waarvan vrijstellingsclausules in geval van bedrog worden uitgesloten: de clausule zou tot gevolg hebben dat de verbintenis zuiver potestatief wordt, aangezien geen aansprakelijkheid zou ontstaan in geval van niet-nakoming van het fundamentele of essentiële bestanddeel van de verbintenis*"<sup>14</sup>. Wat een dergelijke wezenlijke verplichting inhoudt, is het voorwerp geweest van talrijke kwalificaties in de rechtsleer en de rechtspraak. Hieruit volgt o.m. dat deze bedingen nietig zijn wanneer zij tot gevolg hebben dat "*de door de schuldenaar aangegane verbintenis tenietgaat*"<sup>15</sup>, wanneer zij het voorwerp van de overeenkomst tenietdoen<sup>16</sup>, wanneer ze afbreuk doen aan "*de wezenlijke essentie van de overeenkomst*", wanneer ze de verplichtingen ontdoen van iedere grondslag, wanneer ze de overeenkomst ontdoen van iedere betekenis, etc.<sup>17</sup>.

**20.** In de tweede plaats mogen clausules tot vrijstelling of beperking van aansprakelijkheid en garantie, niet tot doel of tot gevolg hebben dat de partij die ervan profiteert, wordt vrijgesteld van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het staat immers vast dat "*aangezien strafwetten van openbare orde zijn, elke overeenkomst die ertoe strekt of tot gevolg heeft dat de werkingssfeer ervan wordt gewijzigd, de toepassing ervan wordt beperkt, iemand ertoe wordt gebracht een strafbaar feit te*

<sup>12</sup> Het verbod op rechtsmisbruik vindt daarnaast ook wettelijke grondslag in het artikel 1134, al. 3 Burgerlijk Wetboek; Cass., 19 september 1983, *Pas.*, I, p. 52 ; Cass., 9 mars 2009, *J.T.*, 2009, p. 392. Zie ook P. WERY, *op. cit.*, p. 146 ; T. DELAHAYE, « B. - L'abus de droit », *Le facteur temps dans le droit des contrats – Volume 1*, Brussel, Éditions Larcier, 2013, p. 241.

<sup>13</sup> Politierichtbank Namen (Div. Dinant), 25 maart 2019 (zie noot van T. MALENGREAU « L'illicéité de l'exonération contractuelle de la responsabilité d'une atteinte à l'intégrité physique », R.G.A.R., 2020/2, p. 15652).

<sup>14</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 1715.

<sup>15</sup> Cass., 25 septembre 1959, *Pas.*, 1960, I, p. 113, concl. av.-gén. P. Mahaux ; Cass., 23 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 347 ; Cass., 27 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 821 ; Cass., 26 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 513.

<sup>16</sup> B. TILLEMAN, « 3. – Les clauses exonératoires », *La vente*, Brussel, Larcier, 2013, p.175.

<sup>17</sup> B. DUBUISSON, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge », *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, gecoördineerd door P. Wéry, Brussel, La Charte, 2001, p. 64. Zie ook M. GOUDEN, *op. cit.*, p. 85.

*plegen of de dader wordt vrijgesteld van de strafrechtelijke aansprakelijkheid die hij of zij draagt, zonder waarde is*<sup>18</sup>. Dit geldt ook voor vrijwaringsclausules. Volgens de doctrine kan een vrijwaringsclausule geen betrekking hebben op de strafrechtelijke boetes of de civielrechtelijke gevolgen van een strafbaar feit, althans in gevallen waarin het strafbare feit een opzettelijk element bevat<sup>19</sup>.

**21.** Ten derde zijn deze bedingen niet geldig wanneer wordt aangetoond dat de partij die een voordeel haalt uit het vrijstellings- of beperkingsbeding, een opzettelijke fout (bedrog)<sup>20</sup> heeft begaan, behoudens de onderstaande beschouwingen.

**22.** Ten vierde bestaan er specifieke wetten die, om redenen die de openbare orde en het openbaar belang aanbelangen, uitdrukkelijk de vrijstelling of beperking van aansprakelijkheid en garantie verbieden<sup>21</sup>.

### **3. Bijzondere beschouwingen**

#### **3.1. Betreffende de clausules tot vrijstelling of beperking van aansprakelijkheid**

**23.** Zoals hierboven reeds opgemerkt, kan de schuldenaar zich niet bevrijden van de schadelijke gevolgen van zijn bedrog (opzettelijke fout)<sup>22</sup>. Anderzijds kan de schuldenaar zich bevrijden van de aansprakelijkheid voor het foutieve handelen van zijn aangestelden, lasthebbers of vertegenwoordigers, en kan hij - *a fortiori* – deze verantwoordelijkheid ook beperken. Hij kan echter niet worden ontheven van de aansprakelijkheid voor opzettelijke fout vanwege zijn organen<sup>23</sup>. Wat de grove nalatigheid betreft<sup>24</sup>, staat vast dat partijen zich kunnen bevrijden van de schadelijke gevolgen van hun eigen grove nalatigheid, maar ook van de grove nalatigheid van hun tussenpersonen, bedienden, vertegenwoordigers en organen<sup>25</sup>.

#### **3.2. Betreffende de clausules tot vrijstelling of beperking van garantie**

**24.** Garantieclausules zijn toegestaan en kunnen betrekking hebben op verschillende aspecten, zoals de garantieperiode, (zichtbare of verborgen) gebreken, enz.

**25.** Wat de verborgen gebreken betreft, is de regel naar Belgische recht dat de verkoper aansprakelijk is voor verborgen gebreken aan de verkochte zaak die deze ongeschikt maken voor het doel waarvoor zij is bestemd, of die dit doel zodanig aantasten dat de koper de zaak niet zou hebben gekocht of er een lagere prijs voor zou hebben betaald, indien hij van deze gebreken op de hoogte was geweest<sup>26</sup>. Zoals hierboven reeds onderlijnd, zijn de wettelijke bepalingen die het

<sup>18</sup> Cass., 6 september 2006, *R.D.P.*, 2007, n°77.

<sup>19</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 1738-1739. ; B. VAN BRUYSTEGEM, « Afwentelen van beheersaansprakelijkheid », *R.W.*, 1980-1981, p. 976; M. GOUDEN, *op. cit.*, p. 87-88.

<sup>20</sup> Omtrent de notie bedrog, zie F. KUTY, « La notion de dol éventuel et son application à la tentative punissable », *J.T.*, 2018/17, n°6729, p. 369 et s.

<sup>21</sup> Zie o.m. artikel VI.83 van het Wetboek Economisch Recht et de Wet van 25 februari 1991 betreffende de aansprakelijkheid voor produkten met gebreken, *BS*, 22 maart 1991.

<sup>22</sup> Cass., 22 februari 1990, *Pas.*, 1900, I, p. 159.

<sup>23</sup> Cass., 15 april 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 844.

<sup>24</sup> Onder grove nalatigheid dient te worden verstaan een onopzettelijke fout, dewelke dermate excessief/bovenmatig is dat niet kan worden begrepen dat een professioneel dergelijke fout beging.

<sup>25</sup> Cass., 28 juni 1928, *Pas.*, 1928, I, p. 211.

<sup>26</sup> Artikel 1641 van het Burgerlijk Wetboek.

Burgerlijk Wetboek aan de vrijwaring voor gebreken van de verkochte zaak wijdt evenwel van aanvullend recht en kunnen de partijen er op geldige wijze contractueel van afwijken.

**26.** Clausules die de garantie beperken of ontheffen zijn toegestaan, tenzij wordt aangetoond dat de verkoper op het ogenblik van de verkoop van het gebrek op de hoogte was<sup>27</sup>. Er is echter een uitzondering op dit beginsel met betrekking tot fabrikanten-verkopers en gespecialiseerde verkopers<sup>28</sup>. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie worden zij verondersteld kennis te hebben van de - zelfs verborgen - gebreken aan het goed dat zij verkopen, zodat zij zich niet kunnen beroepen op de vrijstellings- of beperkingsclausules van de garantie<sup>29</sup>. Dit vermoeden berust op de verplichting van elke verkoper om een zaak vrij van gebreken te leveren en in dat verband alle nodige maatregelen te nemen om alle mogelijke gebreken op te sporen<sup>30</sup>.

**27.** Het vermoeden van kennis kan worden weerlegd door verkopers-fabrikanten of gespecialiseerde verkopers indien zij kunnen aantonen dat zij het gebrek niet kenden of, in recentere terminologie, dat het gebrek onmogelijk na te speuren was<sup>31</sup>. De onmogelijkheid om het gebrek te ontdekken moet *in abstracto* worden aangetoond. Voor bepaalde gebreken kan onoverwinnelijke onwetendheid worden toegelaten in het geval van de gespecialiseerde verkoper, maar niet in het geval van de verkoper-fabrikant<sup>32</sup>.

**28.** Indien verkopers-fabrikanten en gespecialiseerde verkopers het vermoeden van kennis kunnen weerleggen, hernemen de clausules tot vrijstelling of beperking van garantie hun volledige gelding.

**29.** Het is ook belangrijk te benadrukken dat de Belgische rechtspraak, in tegenstelling tot de Franse rechtspraak, de bovengenoemde beginselen toepast, zelfs wanneer de koper een professionele koper is. Clausules waarbij de garantie wordt opgeheven of beperkt, zijn - behoudens de hierboven vermelde uitzonderingen - in principe niet geldig bij verkopen tussen beroepsbeoefenaars, zelfs indien zij tot dezelfde specialiteit behoren<sup>33</sup>.

---

<sup>27</sup> Artikel 1643 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>28</sup> Aanvankelijk werd in de rechtspraak de term « professionele verkoper » gehanteerd. Sinds een tiental jaren werd deze term echter vervangen door de notie van « gespecialiseerde verkoper », te weten een verkoper die niet noodzakelijkerwijs een professioneel is maar dewelke wel een verhoogde graad van specialisatie of een zekere technische kennis in zijn domein heeft.

<sup>29</sup> Cass., 4 mei 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 223 ; Cass., 27 juni 1985, *J.T.*, 1986, p. 51 ; Cass., 15 juni 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 1117 ; Cass., 7 december 1990, *R.W.*, 1992-1993, p. 431, noot T. Vansweevelt ; *Pas.*, 1991, 1, p. 346.

<sup>30</sup> B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 88.

<sup>31</sup> Cass., 6 mei 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 907 ; *R.C.J.B.*, 1979, p. 162, noot M. Fallon.

<sup>32</sup> Burg. Luik, 2 oktober 2009, *R.G.A.R.*, 2010/3, n° 14.623 ; Brussel, 8 februari 2019, *R.G.A.R.*, 2010/5, n° 14.645.

<sup>33</sup> Bergen, 10 mei 1988, *Pas.*, II, p. 202. Zie ook P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 1717 en B. DUBUISSON, « Les clauses de garantie des vices cachés dans la vente entre professionnels », *D.A.O.R.*, 1986-1987, p. 231-240.

### 3.3. Betreffende de vrijwaringsbedingen

30. In het Belgische recht is de geldigheid van vrijwaringsclausules onderworpen aan dezelfde principes als die van aansprakelijkheidsbeperkingen en garantieclausules (zie *supra*), maar met enkele wijzigingen of afwijkingen die inherent zijn aan dit soort clausules.

31. Ten eerste, aangezien vrijwaringsclausules geen afbreuk doen aan het beginsel van de vergoeding van schade, wordt algemeen aanvaard dat de geldigheid van dergelijke clausules niet kan worden betwist, zelfs wanneer de aansprakelijkheid in kwestie gebaseerd is op regels die de openbare orde raken (tienjarige aansprakelijkheid van architecten, aansprakelijkheid voor producten met gebreken, enz).

32. Ten tweede wordt in de rechtspraak en de doctrine geoordeeld dat het wel mogelijk is de last van de schadeloosstelling van het slachtoffer in het kader van een vrijwaringsbeding van de ene partij op de andere over te dragen, zelfs in geval van grove nalatigheid. Daarentegen hebben vrijwaringsclausules geen gevolgen in geval van opzettelijke persoonlijke fout (bedrog) of opzettelijke fout begaan door tussenpersonen, bedienden en vertegenwoordigers<sup>34</sup>.

33. Ten slotte lijkt het Belgische recht, in tegenstelling tot het Franse en het Luxemburgse recht, vrijwaringsclausules toe te laten, zelfs wanneer het gaat om de vergoeding van lichamelijk letsel<sup>35</sup>.

### C. Analyse van de geldigheid van de exoneratiebedingen opgenomen in de geanalyseerde overeenkomsten

#### 1. Bedingen tot vrijstelling of beperking van aansprakelijkheid en garantie

34. De toepasselijke contractuele bepalingen zijn :

- **De artikelen 15.1<sup>36</sup>, 15.2<sup>37</sup> en 15.3<sup>38</sup>** van de overeenkomst met AstraZeneca en

<sup>34</sup> T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Intersentia, 2009, punt 1442 e.v.; B. DUBUISSON, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge », *op. cit.*, p. 58.

<sup>35</sup> M. GOUDEN, *op. cit.*, p. 88.

<sup>36</sup> « **15.1.** The Commission and each of the Participating Member States each within their respective competencies, on behalf of itself, waive and release any claim against AstraZeneca arising out of or relating to : (a) lack of safety or efficacy of the Vaccine, subject to compliance by AstraZeneca with applicable EU regulatory requirements for a pandemic product, limited to manufacture by AstraZeneca of the Vaccine in accordance with Good Manufacturing Practices; (b) use or administration of the Vaccine under pandemic conditions [...] ».

<sup>37</sup> « **15.2.** Limitation of Liability for claims other than third party indemnification. The aggregate liability of AstraZeneca and its Affiliates in respect of claims made by the Commission or Participating Member States, or any affiliates acting on the Commission or Participating Member States' behalf (as distinguished from claims for third party indemnification), whether for breach of contract, another contractual-based claim, arising in tort (including negligence) or otherwise, arising out of, under or in connection with this Agreement ».

<sup>38</sup> « **15.3** Disclaimer of Warranties. The Parties acknowledge that they are not relying on any understanding, arrangement, statement, representation (including, any negligent misrepresentation but excluding any fraudulent misrepresentation), warranty, condition, term, customary practice, course of dealing or provision except for the warranties set out in this Agreement. All statements, representations, warranties, terms, conditions and provisions (including, any implied by statute or equivalent, case law or otherwise and any implied warranties and/or conditions as to merchantability, satisfactory quality, fitness for purpose and skill and care), other than fraudulent misrepresentations and the provisions set out in this Agreement, are hereby excluded to the maximum extent permissible by law. ».

- **De overweging K<sup>39</sup> en het artikel I.1.14.3<sup>40</sup>** van de overeenkomst met CureVac.

35. We hebben geen dergelijke bepalingen vastgesteld in de overeenkomst met Sanofi.

36. In essentie bepalen de bovengenoemde artikelen dat AstraZeneca en CureVac geen enkele garantie geven of verantwoordelijkheid opnemen voor de doeltreffendheid van de COVID-19-vaccins en de afwezigheid van onaanvaardbare bijwerkingen.

37. De overeenkomst met AstraZeneca is in dat opzicht het meest expliciet, in die zin dat het bepaalt dat de Commissie en de Lidstaten "AstraZeneca vrijstellen van en afzien van *alle vorderingen* tegen haar die voortvloeien uit of verband houden met: a) gebrek aan veiligheid of doeltreffendheid van het vaccin, met uitzondering van de naleving door AstraZeneca van de EU-regelgeving die van toepassing is op een pandemisch product, beperkt tot de productie door AstraZeneca van het vaccin overeenkomstig goede productiepraktijken; b) het gebruik of de toediening van het vaccin onder pandemische omstandigheden" (artikel 15, lid 1)<sup>41</sup>. Uit deze bepaling volgt dat de Commissie en de Lidstaten afzien van eventuele aansprakelijkheidsvorderingen tegen AstraZeneca zolang AstraZeneca voldoet aan de meest elementaire en fundamentele normen voor de productie van geneesmiddelen voor menselijk gebruik<sup>42</sup>.

38. Deze clausules moeten worden omschreven als "*clausules tot vrijstelling of beperking van aansprakelijkheid en garantie*". In principe laat het Belgische recht dergelijke clausules toe.

39. Er moeten echter verschillende vragen worden gesteld over de draagwijdte en de geldigheid van deze clausules.

### **1.1. Draagwijdte van de clausules tot vrijstelling of beperking van aansprakelijkheid en garantie**

40. Allereerst dient opgemerkt dat artikel 15, lid 1, van de overeenkomst met AstraZeneca bepaalt dat de Commissie en de Lidstaten "AstraZeneca vrijstellen van en afstand doen van het inleiden van enige vordering [...]"<sup>43</sup>. (« *waive and release any claim against AstraZeneca [...]* » in de originele versie).

<sup>39</sup> « **K.** *The Parties recognise that the accelerated development timelines to deliver the clinical trial and follow-up programme agreed with EMA means that the contractor under no circumstance can warrant, or assume any liability, at the time of entry into force of this APA that the Product will be ultimately available or will produce the desired results, i.e. shows sufficient efficacy to prevent a COVID-19 infection, or be without unacceptable side effects [...].* »<sup>39</sup>. (Eigen onderlijning)

<sup>40</sup> « **I.1.14.3** *Given the current status of the clinical development program and in light of the extraordinary circumstances of the execution and performance of this APA, the contractor, in particular, does not warrant that the Products will show sufficient efficacy to prevent a COVID-19 infection and/or be without unacceptable adverse event symptoms beyond what will be documented in the ongoing and planned clinical trials or what will be documented in the leaflet of the Product.* ». (Eigen onderlijning).

<sup>41</sup> Vrije vertaling van het artikel 15.1 van de overeenkomst met AstraZeneca. Eigen onderlijning.

<sup>42</sup> Onder "goede productiepraktijken" dient te worden begrepen de voorschriften zoals vastgesteld door de normen, regels, principes en richtlijnen opgenomen in de Richtlijn 2001/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 november 2001 tot vaststelling van een communautair wetboek betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik, de Richtlijn 2003/94/EG van de Commissie van 8 oktober 2003 tot vaststelling van de beginselen en richtsnoeren inzake goede praktijken bij het vervaardigen van geneesmiddelen voor menselijk gebruik en geneesmiddelen voor onderzoek voor menselijk gebruik en EudraLex - Volume 4 of "The rules governing medicinal products in the European Union" contains guidance for the interpretation of the principles and guidelines of good manufacturing practices for medicinal products for human and veterinary use.

<sup>43</sup> Eigen onderlijning.



41. Wat de overeenkomst met Curevac betreft, wordt in overweging K daarvan bepaald dat "[Curevac] in geen geval enige aansprakelijkheid kan garanderen of op zich kan nemen". (« [CureVac] under no circumstance can warrant, or assume any liability»<sup>44</sup> in de originele versie).

42. Uit de (zeer ruime) bewoordingen van deze clausules en, in het algemeen, uit de bedoeling van de partijen zoals die in andere bepalingen van de overeenkomst tot uitdrukking komt, volgt dat de vaccinproducenten jegens de Commissie en de Lidstaten zijn vrijgesteld van aansprakelijkheid voor feiten die zowel binnen de werkingssfeer van hun contractuele als hun niet-contractuele aansprakelijkheid vallen. Op het eerste zicht zouden de bovengenoemde clausules immers zo kunnen worden uitgelegd dat, indien de vaccins ondoeltreffend en gevaarlijk voor de bevolking blijken te zijn, de Commissie en de Lidstaten geen schadevergoeding zullen kunnen eisen van de vaccinproducenten, noch op basis van de contracten, noch op basis van de artikelen 1382 en volgende van het Belgisch Burgerlijk Wetboek.

43. In dit verband dient er echter aan herinnerd dat het doel of het gevolg van clausules inzake vrijstelling van aansprakelijkheid en garantie niet kan zijn dat de partij die daaruit een voordeel haalt, wordt vrijgesteld van strafrechtelijke aansprakelijkheid (zie *supra*). In het Belgische recht is vastgelegd dat het in de handel brengen van geneesmiddelen die gevaarlijk zijn voor de menselijke gezondheid, aanleiding kan geven tot de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de fabrikant/distributeur, meestal op grond van de strafbare feiten "onopzettelijke doodslag" of "slagen en verwondingen". Indien namelijk blijkt dat Covid-19-vaccins gevaarlijk zijn en (zeer) ernstige bijwerkingen veroorzaken, zullen de vaccinproducenten hun strafrechtelijke aansprakelijkheid niet kunnen ontlopen door een beroep te doen op de bovengenoemde vrijstellingsclausules.

## **1.2. Geldigheid van de clausules tot vrijstelling of beperking van aansprakelijkheid en garantie**

### **i. Het a priori onwettelijk karakter van de clausules tot vrijstelling van aansprakelijkheid en garantie opgenomen in de overeenkomsten met AstraZeneca et CureVac**

44. Gelet op de zeer ruime formulering van bovengenoemde bepalingen, maar ook gelet op de aard van de verplichtingen waarvan de vaccinproducenten zijn vrijgesteld, moet worden nagegaan of deze vrijstelling de verbintenissen van de vaccinproducenten niet van (een groot) deel van hun inhoud ontdoet. Zoals hierboven uiteengezet, zijn aansprakelijkheids- en vrijwaringclausules niet geldig en moeten zij nietig worden verklaard wanneer blijkt dat zij betrekking hebben op de wezenlijke verplichtingen van één van de partijen.

45. De Belgische rechtbanken hebben dit beginsel op verschillende manieren toegepast<sup>45</sup>. De rechter onderzoekt met name in hoeverre een betwiste clausule afbreuk doet aan de essentiële

---

<sup>44</sup> Eigen onderlijning.

<sup>45</sup> Zie bij titel van voorbeeld :

- Een architect kan geen clausule bedingen die hem ontslaat van zijn aansprakelijkheid voor iedere ontwerpfout in een gebouw, omdat een dergelijke clausule het contract van haar inhoud zou ontdoen, aangezien het de architect zou ontslaan van zijn verplichtingen die voortvloeien uit het ontwerp van de plannen, d.w.z. een van de wezenlijke verplichtingen van zijn opdracht (Brussel, 21 september 1979, *J.T.*, 1981, p. 28).
- De bewaarder kan niet worden ontheven van zijn hoofdverplichting van bewaarneming en teruggave van de in bewaring gegeven goederen (Burg. Luik, 29 juni 1976, *Jur. Liège*, 1976-1977, p. 275).

bepalingen van de overeenkomst - of, meer in het algemeen, aan de fundamentele inhoud van de verbintenis in kwestie – teneinde, naar gelang van de omstandigheden, de toepassing van clausules tot beperking of vrijstelling van aansprakelijkheid of garantie te kunnen weigeren of aanvaarden. Het onderzoek van het al dan niet wezenlijke karakter van de verbintenis behoort tot de bevoegdheid van de rechter, die over een soevereine beoordelingsbevoegdheid beschikt. Bij wege van algemene regel kan gesteld worden dat rechters strenger zijn bij de beoordeling van de verplichtingen van professionelen.

**46.** Naar Belgisch recht heeft de verkoper twee hoofdverplichtingen: de verplichting tot levering en de verplichting tot vrijwaring van het verkochte goed<sup>46</sup>. Meer in het bijzonder heeft de verkoper enerzijds de verplichting om een "*zaak conform de overeenkomst*" te leveren<sup>47</sup> en anderzijds de verplichting om de zaak te vrijwaren, met name tegen verborgen gebreken<sup>48</sup>.

**47.** In het geval van een aankoopovereenkomst voor vaccins moet de verkoper (*i.e.* de fabrikant van het vaccin) zich er in principe toe verbinden een "*conform*" vaccin te leveren en de vrijwaringsverplichtingen in verband met de conformiteit van het vaccin op zich te nemen. Deze beginselen lijken tot uiting te komen in de overeenkomsten met AstraZeneca en CureVac:

- *"[...] AstraZeneca heeft het exclusieve recht en de exclusieve verantwoordelijkheid voor alle aspecten die verband houden met het onderzoek naar en de ontwikkeling van het vaccin met het doel een veilig en werkzaam vaccin te ontwikkelen voor de productie en verkoop, zoals in huidige overeenkomst is bepaald"* (artikel 4.1 van de overeenkomst met AstraZeneca).<sup>49</sup>;
- *"Het is de bedoeling van de Commissie om er namens de Lidstaten voor te zorgen dat de bevolking van de Europese Unie toegang heeft tot een vaccin en dit in voldoende hoeveelheid en tegen een billijke prijs, maar ook onder veilige omstandigheden. Het vaccin mag pas ter beschikking van de bevolking worden gesteld wanneer de veiligheid en de werkzaamheid ervan door de bevoegde regelgevende instanties zijn goedgekeurd"* (overweging F van de overeenkomst met CureVac)<sup>50</sup>.

**48.** In het licht van de hierboven uiteengezette beginselen lijkt het ons duidelijk dat de levering van een veilig en doeltreffend vaccin één van de essentiële verplichtingen van de verkoper (*i.e.* de fabrikant van het vaccin) vormt. Elke clausule die tot doel of tot gevolg zou hebben dat de fabrikant wordt ontheven van zijn verplichting om een veilig en doeltreffend vaccin te leveren, zou naar onze mening niet alleen de fabrikant ontheffen van een van zijn essentiële verplichtingen, maar ook - en vooral - het contract ontdoen van iedere inhoud en doel. Zoals hierna in detail wordt uiteengezet, dient deze clausule nietig te worden verklaard.

- 
- Een clausule die de organisator van een zeepkistenrace vrijstelt van aansprakelijkheid, ook in geval van ernstig fysiek letsel of overlijden, maakt de overeenkomst zonder inhoud (Politierechtbank van Namen (Div. Dinant), 25 maart 2019, bovenvermeld).
  - De algemene clausules van een persagentschap die bepalen dat "*de uitgever persoonlijk alle nodige toestemmingen voor de reproductie van de op de foto's afgebeelde werken of personen verkrijgt*" zonder dat het persagentschap de uitgever in staat stelt deze toestemming te verkrijgen, zijn nietig voor zover zij tot gevolg hebben dat de overeengekomen verplichting teniet gedaan wordt (Brussel, 18 oktober 2001, *A.M.*, 2002, p. 168.).

<sup>46</sup> Artikel 1603 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>47</sup> Artikel 1604 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>48</sup> Artikel 1641 e.v. van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>49</sup> Eigen onderlijning.

<sup>50</sup> Eigen onderlijning.

**49.** Eenzelfde vaststelling omtrent de onwettelijkheid van het beding moet worden getrokken indien men de hierboven beschreven regels en beginselen betreffende de vrijwaring tegen verborgen gebreken toepast. Zoals hierboven uiteengezet, worden professionele verkopers (zoals AstraZeneca en CureVac) immers verondersteld kennis te hebben van gebreken, zelfs verborgen gebreken, die van invloed zijn op het product dat zij verkopen. Dit vermoeden geldt zelfs in gevallen waarin zij contracten sluiten met professionele afnemers, zoals de Lidstaten en de Europese Commissie<sup>51</sup>. Deze vaststelling dringt zich des te meer op omdat, in het geval van aankopen van vaccins, in het kader van en om redenen van volksgezondheid (zoals *in casu*), de normen die gelden voor de vrijwaringplicht van vaccinproducenten, nog strenger zijn.

**50.** Door zich te laten vrijstellen van elke aansprakelijkheid en van elke garantieverplichting in geval van ernstige en onaanvaardbare bijwerkingen en ondoeltreffendheid van de COVID-19-vaccins, onttrekken AstraZeneca en CureVac zich in feite aan alle verborgen gebreken van die vaccins. Deze exoneratie is onwettelijk, tenzij de fabrikant kan aantonen dat hij op het tijdstip van sluiting van het contract geen weet had van deze gebreken of dat deze gebreken volledig niet naspeurbaar waren (zie *infra*).

**51.** Ten slotte is het interessant op te merken dat artikel VI.91/5.6° van het Wetboek van Economisch Recht ("WER") uitdrukkelijk bepaalt dat bedingen in overeenkomsten tussen ondernemingen die tot doel hebben "de onderneming te ontslaan van haar aansprakelijkheid voor haar opzet, haar zware fout of voor die van haar aangestelden of, behoudens overmacht, voor het niet-uitvoeren van de essentiële verbintenissen die het voorwerp van de overeenkomst uitmaken"<sup>52</sup>, als onrechtmatig dienen te worden beschouwd, behoudens tegenbewijs, en dienen nietig verklaard te worden.

**52.** Hoewel deze bepaling en, meer in het algemeen, de wetgeving inzake onrechtmatige bedingen in overeenkomsten tussen ondernemingen, op het eerste gezicht niet van toepassing zijn op de geanalyseerde overeenkomsten<sup>53</sup>, kunnen zij naar onze mening naar analogie worden gebruikt om de onwettelijkheid aan te tonen van de aansprakelijkheids- en garantieclausules in de overeenkomsten met AstraZeneca en CureVac.

*ii. Beperkingen aan het a priori onwettelijk karakter van de clausules tot vrijstelling van aansprakelijkheid en garantie opgenomen in de overeenkomsten met AstraZeneca en CureVac*

**53.** In de geanalyseerde overeenkomsten wordt herhaaldelijk verwezen naar de "*uitzonderlijke omstandigheden*" van de COVID-19-pandemie en met name naar de noodzaak om in een ongezien tempo nieuwe vaccins te ontwikkelen teneinde immunisatie op zeer grote schaal mogelijk

---

<sup>51</sup> Zonder dat zij professionele afnemers als dusdanig zouden zijn, kunnen de Lidstaten en de Europese Commissie wel gelijkgesteld worden met professionele afnemers aangezien uit meerdere publiek beschikbaar documenten blijkt dat ze zich hebben kunnen laten bijstaan, in het kader van de onderhandeling van de geanalyseerde overeenkomsten, door hun eigen experts.

<sup>52</sup> Eigen onderlijning.

<sup>53</sup> Artikel VI.91/1 §2 WER bepaalt dat titel 3/1 van Boek VI WER betreffende de onrechtmatige bedingen in overeenkomsten tussen ondernemingen niet van toepassing is op overheidsopdrachten en op de overeenkomsten die eruit voortvloeien. We leiden daaruit af dat deze titel niet van toepassing is op overheidsopdrachten die onder de Belgische regelgeving inzake overheidsopdrachten vallen. Hoewel niet kan worden uitgesloten dat titel 3/1 van toepassing is op de geanalyseerde overeenkomsten, in de mate dat deze niet onder de Belgische regelgeving inzake overheidsopdrachten vallen, lijkt deze toepassing ons riskant.

te maken en naar de grote financiële risico's die de vaccinproducenten hebben genomen bij de ontwikkeling en het op de markt brengen van COVID-19-vaccins<sup>54</sup>.

**54.** Het is daarom waarschijnlijk dat de fabrikanten zich zullen beroepen op deze uitzonderlijke omstandigheden omtrent de productie van het COVID-19-vaccin om de geldigheid van de clausules tot vrijstelling van aansprakelijkheid en garantie, daarin begrepen tegen verborgen gebreken, te rechtvaardigen.

**55.** In dat verband kan een parallel worden getrokken met de wet van 25 februari 1991 betreffende de aansprakelijkheid voor producten met gebreken<sup>55</sup>. Deze wet wordt vaak ingeroepen door personen die letsel hebben opgelopen door een gebrekkig product (met inbegrip van gebrekkige geneesmiddelen of vaccins) om de fabrikant aansprakelijk te stellen<sup>56</sup>. De wet van 25 februari 1991 biedt het voordeel dat zij voorziet in een aansprakelijkheidsregeling zonder schuld. Bijgevolg zal het slachtoffer enkel het gebrek van het product, de schade en het oorzakelijk verband tussen de schade en het gebrek van het product moeten bewijzen, los van de vraag of de fabrikant in kwestie al dan niet een fout heeft begaan. In bepaalde gevallen waarin de wet uitdrukkelijk voorziet, kan de fabrikant echter niet aansprakelijk worden gesteld. In dit verband bepaalt artikel 8, onder e), dat de fabrikant uit hoofde van deze wet niet aansprakelijk is indien hij bewijst dat "het op grond van de stand van de wetenschappelijke en technische kennis op het tijdstip waarop hij het produkt in het verkeer bracht, onmogelijk was het bestaan van het gebrek te ontdekken"<sup>57</sup>.

**56.** We leiden daaruit af dat, indien de wetgever toestaat dat producenten van vaccins met gebreken worden vrijgesteld van aansprakelijkheid ten aanzien van consumenten wanneer het op grond van de stand van de wetenschappelijke kennis op het tijdstip waarop het gebrekkige vaccin op de markt werd gebracht, niet mogelijk was het bestaan van het gebrek te ontdekken, dezelfde conclusie *a fortiori* moet gelden in het geval van een overeenkomst tot aankoop van vaccins die is gesloten met professionele afnemers zoals de Lidstaten en de Europese Commissie.

**57.** Het valt dus niet uit te sluiten dat de rechter ten gronde bij de beoordeling van de geldigheid van de aansprakelijkheids- en garantieclausules in de overeenkomsten met AstraZeneca en CureVac, deze clausules geldig verklaart indien de fabrikanten erin slagen aan te tonen dat zij bij het in de handel brengen van de COVID-19-vaccins op grond van de toenmalige stand van de wetenschappelijke kennis niet in staat waren het bestaan van onaanvaardbare ernstige bijwerkingen en/of de ondoeltreffendheid van de vaccins te ontdekken.

**58.** In dit verband is het ook zeer waarschijnlijk dat de vaccinproducenten zich zullen beroepen op het feit dat zij van het Europees Geneesmiddelenbureau (EMA) een (voorwaardelijke) vergunning voor het in de handel brengen hebben verkregen, zodoende dat hun vaccins veilig genoeg werden geacht om in de handel te worden gebracht en aan de bevolking te worden toegediend. Voor zover wij weten, is in België nog geen rechtspraak voorhanden over de

<sup>54</sup> Zie bijvoorbeeld artikel I.1.14.3 el.1.23.2 van de overeenkomst met CureVac en artikel 1.9 van de overeenkomst met AstraZeneca.

<sup>55</sup> Deze wet kan niet ingeroepen worden door de Lidstaten tegen de vaccinproducenten aangezien de Lidstaten niet vallen onder de categorie van « *schadelijgende persoon* » omvattende « *iedere fysieke persoon of alle fysieke personen die, omwille van een gebrekkig product, vergoedbare schade hebben geleden in de zin van de wet en die zich op deze wet kunnen beroepen, los van het al dan niet bestaan van een directe contractuele relatie met de werkelijke, schijnbare of vermoedde producent* » (C. DELFORGE, « Le consommateur et la responsabilité du fait des produits de santé », *D.C.C.R.*, 2013/3-4, n°100, p. 47).

<sup>56</sup> Het slachtoffer van een gebrekkig product kan immers kiezen om de producent aan te spreken op zijn buitencontractuele aansprakelijkheid op basis van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek dan wel zich te baseren op het aansprakelijkheidsregime *sui generis* zoals bepaald door de Wet van 25 februari 1991, op voorwaarde dat de toepassingsvoorwaarden van beide aansprakelijkheidsregimes gelijktijdig verenigd zijn.

<sup>57</sup> Eigen onderlijning.

gegrondheid van een dergelijk verweer. Uit de recente rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en van de Franse rechterlijke instanties blijkt echter dat het feit dat de bevoegde autoriteit toestemming heeft verleend voor het in de handel brengen van een geneesmiddel, niet noodzakelijkerwijs betekent dat het betrokken geneesmiddel niet als een "gebrekkig product" kan worden aangemerkt en dat de gelaedeerde geen recht op schadevergoeding zou hebben<sup>58</sup>.

59. Ten slotte zijn we van mening dat de rechter, in het kader van zijn soevereine beoordelingsbevoegdheid, ook rekening moet houden met het feit dat de exoneratie de wezenlijke verplichtingen van de fabrikanten en de essentie van de overeenkomsten aantast, zodat, indien de exoneratiebedingen van toepassing zouden zijn, de overeenkomsten gedeeltelijk van hun voorwerp en van elk nuttig gevolg zouden worden ontdaan. Nog steeds in het kader van zijn soevereine beoordelingsbevoegdheid, lijkt het ons ook van belang dat de rechter zelf de omvang van de risico's die de fabrikanten van de COVID-19-vaccins daadwerkelijk lopen - en bijgevolg de noodzaak van exoneratie - beoordeelt, en dit aangezien de aankoopovereenkomsten " *het risico verminderen dat verbonden is aan investeringen voor de ontwikkeling van vaccins, klinische proeven en de voorbereiding van de opgeschaalde productiecapaciteit in de hele productieketen van vaccins* "<sup>59</sup>.

60. In ieder geval, als blijkt dat de fabrikant kennis had of kon hebben van de ernstige bijwerkingen en/of ondoeltreffendheid van het vaccin op het moment dat de vaccins op de markt werden gebracht, moeten de exoneratiebedingen ongeldig worden verklaard. Dezelfde conclusie zou naar onze mening moeten worden getrokken indien de vaccinproducenten opzettelijke fouten (bedrog) zouden hebben begaan of de "goede productiepraktijken" zouden hebben geschonden.

## 2. Vrijwaringsbedingen

61. De toepasselijke contractuele bepalingen zijn :

- **Artikel 14.1**<sup>60</sup> van de overeenkomst met AstraZeneca
- **Artikel I.1.23.3 tot I.1.23.5**<sup>61</sup> van de overeenkomst met CureVac

<sup>58</sup> Arrest EHRM van 13 februari 2020 , Sanofi Pasteur t. Frankrijk ; Cass.fr. 27 november 2019, n°18-16.537.

<sup>59</sup> Zie Mededeling van de Commissie "EU-strategie voor COVID-19-vaccins" van 17 juni 2020, COM(2020), 245, bovenvermeld.

<sup>60</sup> « **14.1. Member States. Each Participating Member State shall indemnify and hold harmless AstraZeneca, its Affiliates, subcontractors, licensors, and sub-licensees, and officers, directors, employees and other agents and representatives of each (collectively, the "Indemnified Persons") from and against any and all damages and liabilities, including settlements for which the Indemnifying party has given its consent pursuant to Section 14.2, and necessary legal costs relating to, resulting from or associated with claims for death, physical, mental, or emotional injury, illness, disability, or condition, fear of the foregoing, property loss or damage, and business interruption of the injured party or a Related Person of such injured person (together, "Losses") relating to or arising from the use or administration of the Vaccine shipped or allocated to its jurisdiction. Such indemnification will be available regardless of where the Vaccine is administered, where the claim is brought, and whether the claim investigation, manufacture, labelling, formulation, packaging, donation, dispensing, prescribing or licensing of the Vaccine in its jurisdiction. Such indemnification will not be available to Indemnified Persons [confidential]. Indemnification under this Section 14.1 will be available for Losses arising from the use and administration of vaccines supplied under this Agreement, regardless of when or where vaccination occurred and regardless of when or where the injury leading to the Losses occurs or is reported** ». (Eigen onderlijning).

<sup>61</sup> « **1.23.3 [...] Each participating Member State shall indemnify and hold harmless the contractor, its Affiliates, sub-contractors and sub-licensees, including contract partners involved in the research, development (including pre-clinical and clinical testing), manufacturing and/or delivery; and officers, directors, employees and other agents, representatives and service providers of each (together, the "Indemnified Persons") for liability incurred and normally borne by them relating to harm, damages and losses (together, the "Losses") as further specified in Article I.23.5 arising from the use and deployment of the Products supplied to the participating Member State (or another entity appointed by that participating Member State) under this APA, irrespective of the time when the Losses occur.**

- De artikelen II.6.4 en II.6.5<sup>62</sup> van de overeenkomst met Sanofi.

### 2.1. Draagwijdte van de vrijwaringsbedingen in de overeenkomsten met AstraZeneca, CureVac en Sanofi

62. Uit deze bepalingen vloeit voort dat de Lidstaten AstraZeneca, CureVac en Sanofi vrijwaren en vrijstellen van iedere verantwoordelijkheid (« *indemnify and hold harmless* » in het Engels), alsook schadeloosstellen voor alle eventuele schade die derden lijden als gevolg van het gebruik of de toediening van het COVID-19-vaccin. De overeenkomst met CureVac gaat zelfs nog verder, aangezien zij voorziet in de mogelijkheid voor de fabrikant om de Lidstaten te verzoeken (met hun eigen juridisch adviseurs en op eigen kosten) de exclusieve controle over de verdediging of de afwikkeling van een vordering van een derde partij op zich te nemen, onder bepaalde voorwaarden<sup>63</sup>.

63. Bovenvermelde bedingen betreffen vrijwaringsbedingen (zie *supra*).

64. De algemene draagwijdte van deze bepalingen is opmerkelijk. Het begrip "schade" waarvan de Lidstaten de vergoeding op zich nemen, is namelijk zeer ruim en dekt alle schade in verband met overlijden, lichamelijk, geestelijk of emotioneel letsel, ziekte, invaliditeit, verzorgingskosten, schade aan eigendommen, winstderving en onderbreking van de bedrijfsuitoefening, maar ook alle redelijke en noodzakelijke kosten in verband met dergelijk verlies en dergelijke schade, met inbegrip van juridische honoraria, honoraria van deskundigen en andere proces- of schikkingskosten.

65. De vrijwaringsclausule is ook ruim in die zin dat zij niet alleen voorziet in vrijwaring van de fabrikanten, maar ook van hun geassocieerden, onderaannemers en houders van sub licenties,

---

*1.23.4. Such indemnification will not be available to the Indemnified Persons to the extent that [confidential].*

*1.23.5. Indemnification pursuant to Article 1.23.3 will only be available for Losses that consist of: (i) liability towards the injured Party [confidential] for death, physical, mental or emotional injury, illness, disability, cost of care, property loss or damage, loss of earnings, and business interruption; and (ii) all reasonable and necessary costs related to such Losses including legal fees, expert fees and other litigation or settlement expenses. [...] ».* (Eigen onderlijning).

<sup>62</sup> « *II.6.4. Each Participating Member State shall, directly or through any of its agencies and/or existing indemnification funds indemnify and hold harmless each Sanofi Pasteur and GSK and their respective Affiliates (the "Sanofi Pasteur Indemnified Entities" and the "GSK Indemnified Entities", respectively) for any and all liability, and reasonable direct external legal costs necessary to the defense in Third Party Claims. (i.e. law firm's fees, external experts fees) incurred and normally borne by them relating to harm, damages and losses (together, the "Losses") associated with the death, physical, mental or emotional injury, illness, disability, property loss or damage or business interruption of a party injured as result ("the Injury") of the use or deployment of the Adjuvanted Pandemic Vaccine in the jurisdiction of the Participating Member State in question.*

*Such indemnification will be available to the Sanofi Pasteur Indemnified Entities and the GSK Indemnified Entities for the Losses arising from the use and administration of any Adjuvanted Pandemic Vaccine doses sold during the initial duration of the Down Payment and Advance Purchase Agreement which term will be of [confidential] months (the "Covered Doses") (even if delivered and/or used after) and will apply to Losses arising from vaccination with such Covered Doses regardless of when the Injury leading to the Losses occurs or is reported.*

*In the event the Parties mutually agree to extend the Advance Purchase Agreement after its initial duration and then mutually agree to supply additional doses of the Adjuvanted Pandemic Vaccine under such extended agreement, the Parties will discuss in good faith whether any amendment to the above indemnification provisions is warranted ».*

« *II.6.5: There shall be no obligation to indemnify and hold Sanofi Pasteur Indemnified Entities and GSK Indemnified Entities harmless where it is demonstrated that [confidential] ».*

<sup>63</sup> « *1.23.11. Alternatively, the contractor may request, to the extent possible under the applicable rules of procedure, the participating Member State to assume (with its own counsel and at its own costs) sole control of the defence or settlement of the Third Party Claim; provided that: (i) the participating Member State shall reasonably take the contractor's interests into consideration and shall not settle such Third Party Claim without the prior written consent of the contractor (such consent not to be unreasonably conditioned, withheld or delayed); and (ii) the contractor shall have the right, but not the obligation, to participate in the defence or settlement of the Third Party Claim and to retain its own counsel in connection with such Third Party Claim at its own expense. [confidential] ».*

met inbegrip van de contractuele partners die betrokken zijn bij het onderzoek, de ontwikkeling, de productie en/of de levering, alsmede van de bestuurders, werknemers en andere tussenpersonen, vertegenwoordigers en dienstverleners.

66. De overeenkomsten lijken te voorzien in enkele uitzonderingen op de toepassing van deze algemene vrijwaringsverplichting in hoofde van de Lidstaten. De desbetreffende bepalingen zijn echter weggelaten in de versies van de overeenkomsten die op de website van de Europese Commissie zijn gepubliceerd, zodat we er in deze analyse geen rekening mee kunnen houden.

## **2.2. Geldigheid van de vrijwaringsbedingen in de overeenkomsten met AstraZeneca, CureVac en Sanofi**

67. Zoals hierboven vermeld, zijn vrijwaringsclausules naar Belgisch recht toegestaan, op enkele uitzonderingen na.

68. Allereerst moet de geldigheid van deze clausules worden onderzocht in zoverre zij voorzien in de vergoeding van schade zoals het overlijden of aantasting van de fysieke integriteit. Zoals hierboven vermeld, laat het Belgische recht partijen toe contractueel te bepalen dat de ene partij de schadevergoeding zal dragen voor lichamelijk letsel dat een derde heeft geleden als gevolg van het foutieve gedrag van de andere partij<sup>64</sup>. Als algemene regel geldt echter dat gedragingen die het overlijden of aantasting van de fysieke integriteit van een persoon tot gevolg hebben, onder het strafrecht vallen.

69. In dit verband is de geldigheid van een vrijwaringsclausule betreffende de civiele gevolgen van een strafbaar feit nog niet duidelijk afgelijnd door de rechtspraak. De meerderheid van de doctrine is van mening dat dit soort bedingen als onwettig moet worden beschouwd, te meer indien het strafbare feit een opzettelijk element bevat<sup>65</sup>. Evenmin kan de vrijwaringsclausule zo worden uitgelegd dat zij eventuele strafrechtelijke boetes dekt die de veroorzaker van de schade (in dit geval de fabrikant) zal moeten betalen<sup>66</sup>.

70. In de tweede plaats zijn wij ook van mening dat, gezien de zeer ruime formulering van de vrijwaringsclausule die voorziet in vergoeding aan de fabrikanten van (bijna) alle schade die de vaccins kunnen veroorzaken, de (wezenlijke) verplichting van de fabrikanten om doeltreffende en veilige vaccins te leveren en te garanderen, in werkelijkheid een zuiver potestatieve verplichting is. De rechter zal volgens ons met name moeten nagaan of de fabrikanten na de toepassing van de vrijwaringsclausule nog steeds financiële risico's dragen en of zij nog steeds worden gestimuleerd om hun contractuele verplichtingen na te komen.

71. In dit verband is het interessant te verwijzen naar artikel VI.91/5.3° van het WER, dat bepaalt dat bedingen in overeenkomsten tussen ondernemingen die tot doel hebben "zonder tegenprestatie het economische risico op een partij te leggen indien dat normaliter op de andere onderneming of op een andere partij bij de overeenkomst rust"<sup>67</sup>, worden vermoed onrechtmatig te zijn, tenzij het tegendeel wordt bewezen. Hoewel dit artikel om de hierboven uiteengezette redenen als zodanig niet van toepassing is, blijft het relevant om het problematische karakter aan te tonen van dit soort clausule die het economische evenwicht van een overeenkomst volledig verstoort.

<sup>64</sup> M. GOUDEN, *op. cit.*, p. 88

<sup>65</sup> Zie o.m. P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 1738.

<sup>66</sup> Cass., 6 september 2006, R.G. n°P.06.0492.F, [www.cass.be](http://www.cass.be); *Rév. Dr. Pén.*, 2007, p. 77.

<sup>67</sup> Eigen onderlijning.

72. Ten derde is het ook duidelijk dat de vrijwaringsclausule geen gevolg kan hebben indien wordt vastgesteld dat de fabrikanten en/of hun tussenpersonen, bedienden of vertegenwoordigers een opzettelijke fout hebben begaan of de "goede productiepraktijken" hebben geschonden.

73. Ten slotte zal de rechter ten gronde bij de beoordeling van de geldigheid van deze clausule ook rekening moeten houden met de uitzonderlijke omstandigheden in verband met de productie van vaccins tegen COVID-19 (zie *supra*).

### 3. Sanctionering van ongeldige contractuele bedingen

74. Aangezien verschillende van de hierboven geanalyseerde clausules problematisch zijn en van aard zijn ongeldig te worden verklaard, zullen wij hieronder de sancties analyseren die de rechter kan opleggen in dergelijke gevallen.

#### 3.1. Toepasselijke principes – sanctionering van ongeldige contractuele bedingen

75. In beginsel bepaalt het verbintenissenrecht dat "een overeenkomst die door een gebrek in haar totstandkoming wordt aangetast, nietig is"<sup>68</sup>. Artikel 1172 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt: "Iedere voorwaarde die bestaat in iets dat onmogelijk is, of met de goede zeden strijdig is of door de wet verboden, is nietig en maakt de overeenkomst die ervan afhangt, nietig". Nietigheid is de gemeenrechtelijke sanctie die van toepassing is bij gebreke aan een door de wetgever voorziene specifieke sanctie<sup>69</sup>. De partijen kunnen evenwel in hun overeenkomst een clausule opnemen "waarin wordt bepaald dat de nietigheid van een van de contractuele bedingen niet de nietigheid van de gehele overeenkomst met zich meebrengt"<sup>70</sup>. In dat geval zal alleen het ongeldige beding door de rechter nietig worden verklaard. Er zijn echter twee uitzonderingen die de reikwijdte van een partiële-nietigheidsclausule beperken en de nietigheid van de gehele overeenkomst tot gevolg hebben, namelijk indien :

- 1) het betrokken beding in de overeenkomst een van de essentiële voorwaarden voor de geldigheid van de overeenkomst betreft. Indien het beding de doorslaggevende en bepalende oorzaak is geweest voor het sluiten van de overeenkomst, moet de overeenkomst als ondeelbaar worden beschouwd en moet de overeenkomst in haar geheel worden vernietigd<sup>71</sup>.
- 2) het betrokken beding bepalend is voor de wil van partijen. De rechter zou met name kunnen beslissen dat, niettegenstaande het bestaan van een partiële-nietigheidsclausule, de nietige clausule in de geest van de partijen onlosmakelijk verbonden is met de rest van de overeenkomst<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> P. WERY, « Titre 3 - Les sanctions des défauts dans la formation du contrat et des fautes précontractuelles », *Droit des obligations*, Volume 1, Brussel, Larcier, 2021, p. 337.

<sup>69</sup> R. JAFFERALI, « A. – En deçà du contrat : nullité partielle, réduction et conversion », *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, p. 726.

<sup>70</sup> P. WERY, « Titre 3 - Les sanctions des défauts dans la formation du contrat et des fautes précontractuelles », *op cit.*, p. 357.

<sup>71</sup> R. JAFFERALI, *op cit.*, p. 714.

<sup>72</sup> R. JAFFERALI, *ibidem*, p. 714.



**76.** De rechter die een ongeldig beding nietig verklaart, kan in beginsel het nietig verklaarde beding niet vervangen door "een ander beding dat niet [een beding in overeenstemming met de gebruiken of gewoonten] is of een beding dat niet op de wil van partijen berust"<sup>73</sup>. De aandacht dient echter te worden gevestigd op de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie. De arresten van 23 januari 2015 en 25 juni 2015 van het Hof van Cassatie hebben bevestigd dat nietigheid slechts een deel van het contractuele beding kan aantasten, zonder de geldigheid van de rest ervan of, *a fortiori*, de geldigheid van de rest van de overeenkomst in gevaar te brengen. De gedeeltelijke nietigheid van een beding kan voortvloeien uit een wettelijke bepaling of uit bepaalde contractuele bepalingen. Zij kan ook door de rechter worden uitgesproken bij gebreke van een wettekst of een uitdrukkelijke clause<sup>74</sup>. Het Hof van Cassatie heeft aldus geoordeeld dat een concurrentiebeding dat in strijd is met een bepaling van openbare orde, gedeeltelijk nietig kan worden verklaard. De rechter kan dus "de nietigheid, behoudens wettelijk verbod, beperken tot het gedeelte van de overeenkomst of het beding dat in strijd is met deze bepaling [van openbare orde], mits het voortbestaan van de gedeeltelijk nietig verklaarde overeenkomst of het gedeeltelijk nietig verklaarde beding overeenstemt met de wil van partijen"<sup>75</sup>.

**77.** In de rechtspraak<sup>76</sup> worden drie voorwaarden vooropgesteld waaronder de gedeeltelijke nietigheid van een onwettig beding door de rechter in aanmerking kan worden genomen:

1) Vooreerst is vereist dat een dergelijke sanctie mogelijk moet zijn, wat wil zeggen dat het nietige deel van de clause kan worden losgemaakt van de rest ervan.

2) Vervolgens is vereist dat de handhaving van de gedeeltelijk nietig verklaarde clause overeenstemt met de gemeenschappelijke bedoeling van partijen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst.

(3) Ten slotte moet gedeeltelijke nietigheid bij wet zijn toegestaan. Dit wordt *a contrario* uitgesloten wanneer de wet de ongeldigheid van een beding sanctioneert met integrale nietigheid<sup>77</sup>.

**78.** Tot slot kunnen de partijen overeenkomen om aan hun partiële-nietigheidsclause de verplichting te koppelen om de nietig verklaarde clause te heronderhandelen. Dit wordt een herzieningsclause genoemd. De herzieningsclause bevat het engagement van de partijen om in geval van nietigverklaring "te goeder trouw onderhandelingen aan te knopen met het oog op vervanging van de nietige clause door een geldige clause die, voor zover mogelijk, een gelijkwaardige economische functie vervult"<sup>78</sup>. De aanpassing van de overeenkomst moet echter in overeenstemming blijven met de wet en de wil van de wetgever<sup>79</sup>.

### **3.2. Toepassing in casu**

<sup>73</sup> P. WÉRY, « Titre 3 - Les sanctions des défauts dans la formation du contrat et des fautes précontractuelles », *op cit.*, p. 359 ; Cass., 23 maart 2006, *R.C.J.B.*, 2007, p. 422-427.

<sup>74</sup> P. WÉRY, *ibidem*, p. 369.

<sup>75</sup> Cass., 23 januari 2015, R.G. n° C.13.0579/N/1, beschikbaar op [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

<sup>76</sup> Cass., 23 januari 2015, R.G. n° C.13.0579/N/1, beschikbaar op [www.juridat.be](http://www.juridat.be) ; Cass., 25 juni 2015, *J.T.*, 2015, p. 717. Zie ook S. STIJNS, « Het aankomend verbintenissenrecht in de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie », *R.G.D.C.*, 2018/8, p. 421.

<sup>77</sup> Dit is nl. het geval bij de artikelen 65, §2, 86 en 104 van de wet op de arbeidsovereenkomsten van 3 juli 1978. F. PERAER, « Het Hof van Cassatie erkent en bevestigt de mogelijkheid tot reductie van nietige concurrentiebedingen in het gemene recht », noot onder Cass., 23 januari 2015 en 25 juni 2015, *R.G.D.C.*, 2016/4, p. 194 – 195.

<sup>78</sup> R. JAFFERALI, *op cit.*, p. 723.

<sup>79</sup> R. JAFFERALI, *ibidem*, p. 724.

79. Alle tussen de Europese Commissie en de farmaceutische bedrijven gesloten overeenkomsten bevatten specifieke partiële-nietigheidsclausules (« *severability clauses* » en anglais)<sup>80</sup>.

80. In essentie bepalen deze clausules dat elke bepaling van de overeenkomst afscheidbaar is en onderscheiden is van de andere. Indien een bepaling geheel of gedeeltelijk onwettelijk, ongeldig of niet-afdwingbaar is of wordt, moet zij van de rest van de overeenkomst worden gescheiden. Dit doet geen afbreuk aan de wettelijkheid, geldigheid of afdwingbaarheid van de overige bepalingen van de overeenkomst, die onverminderd van kracht blijven. De onwettelijke, ongeldige of niet-afdwingbare bepaling wordt vervangen door een wettelijke, geldige en afdwingbare bepaling die zo nauw mogelijk aansluit bij de oorspronkelijke bedoeling van de partijen ten tijde van het sluiten van het contract<sup>81</sup>.

81. De rechter ten gronde zal moeten nagaan of deze partiële- nietigheidsclausules kunnen worden toegepast, aangezien de aansprakelijkheids- en garantieclausules en de vrijwaringsclausules doorslaggevend lijken te zijn geweest voor de bedoeling van de partijen. De farmaceutische bedrijven zouden de overeenkomst niet hebben gesloten zonder dergelijke clausules. Dit blijkt met name uit overweging K van de overeenkomst met CureVac: "*de partijen erkennen dat het versnelde tijdschema voor de ontwikkeling van de klinische proef en het follow-up-programma, zoals overeengekomen met het EMA, inhoudt dat de contractant op het moment van inwerkingtreding van deze APP niet kan garanderen, noch enige verantwoordelijkheid op zich kan nemen, dat het product uiteindelijk beschikbaar zal zijn of de gewenste resultaten zal opleveren, d.w.z. dat het voldoende effectief zal zijn in het voorkomen van COVID-19-infectie, of dat het vrij zal zijn van onaanvaardbare bijwerkingen. De deelnemende Lidstaten zijn bereid deze risico's te delen, met inbegrip van de verplichting van de deelnemende Lidstaten om de contractant en zijn OCM schadeloos te stellen voor opgelopen aansprakelijkheden, betaalde schikkingen en bepaalde kosten in verband met vorderingen van derden met betrekking tot deze risico's onder de voorwaarden van deze partnerschapsovereenkomst. De Commissie en de deelnemende Lidstaten erkennen dat het gebruik van de producten zal plaatsvinden onder epidemische omstandigheden die een dergelijk gebruik vereisen, en dat de toediening van het product derhalve uitsluitend onder de verantwoordelijkheid van de deelnemende Lidstaten zal vallen*"<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> De overeenkomst met AstraZeneca: « **18.10. Severability.** If any provision of this Agreement is held to be void or otherwise unenforceable by a court of competent jurisdiction from whose judgment no appeal is made within the applicable time limit then the provision shall be omitted and the remaining provisions of this Agreement shall continue in full force and effect ».

De overeenkomst met CureVac: « **II.1.** Each provision of this APA is severable and distinct from the others. If a provision is or becomes illegal, invalid or unenforceable to any extent, it must be severed from the remainder of the APA. This does not affect the legality, validity or enforceability of any other provisions of the APA, which continue in full force and effect. The illegal, invalid or unenforceable provision must be replaced by a legal, valid and enforceable substitute provision which corresponds as closely as possible with the actual intent of the Parties under the illegal, invalid or unenforceable provision. The APA must be interpreted as if it had contained the substitute provision as from its entry into force". **1.23.13** The Parties acknowledge and agree that the provisions of this indemnification clause are reasonable and necessary to protect the legitimate interest of the Indemnified Persons. However, if any provision in this clause were to be held to be illegal, invalid or unenforceable, in whole or in part, then such provision shall not be nullified but the Parties, including the participating Member States, shall be deemed to have agreed to such provision that conforms with the limitations imposed by applicable law and that is as close as possible to the original intention of the Parties and has the same or as similar as possible economic effect, and such provision shall be automatically reformed accordingly ».

De overeenkomst met Sanofi: « **II.3.** Each provision of this APA is severable and distinct from the others. If a provision is or becomes illegal, invalid or unenforceable to any extent, it must be severed from the remainder of the APA. This does not affect the legality, validity or enforceability of any other provisions of the APA, which continue in full force and effect. The illegal, invalid or unenforceable provision must be replaced by a legal, valid and enforceable substitute provision which corresponds as closely as possible with the actual intent of the Parties under the illegal, invalid or unenforceable provision. The APA must be interpreted as if it had contained the substitute provision as from its entry into force ».

<sup>81</sup> Dit laatste deel is echter niet opgenomen in de overeenkomst met AstraZeneca (zie *infra*).

<sup>82</sup> Eigen onderlijning.

**82.** Het kan dus niet worden uitgesloten dat de onwettelijkheid van de vrijwaringsbedingen en van de bedingen tot vrijstelling of beperking van aansprakelijkheid en garantie de nietigheid van de gehele overeenkomst met zich mee zal brengen. In het onderhavige geval lijkt ons een gedeeltelijke nietigheid (die alleen betrekking heeft op de onwettelijke bedingen) echter passender en meer aangewezen dan een integrale nietigheid van alle overeenkomsten.

**83.** In dit verband herinneren we met name aan de zeer recente rechtspraak van het Hof van Cassatie volgens dewelke de rechter bevoegd is om een overheidsopdracht niet als nietig te beschouwen (zelfs in gevallen waarin het sluiten van de overeenkomst behept is met een oorzaak van absolute nietigheid, zoals de afwezigheid van een nuttige marktbevraging), indien blijkt dat dwingende redenen van algemeen belang (zoals redenen van volksgezondheid) vereisen dat de gevolgen van de overheidsopdracht gehandhaafd blijven<sup>83</sup>. In onderhavig geval lijkt het ons dat de levering van vaccins in het kader van een pandemie zoals die in verband met COVID-19<sup>84</sup> een dwingende reden van algemeen belang zou kunnen vormen die de handhaving van de gevolgen van de contracten voor de aankoop van vaccins tegen COVID-19 zou kunnen rechtvaardigen, ondanks de nietigheid van de hierboven beschreven exoneratiebedingen.

**84.** In dit geval moet er echter rekening mee worden gehouden dat "*in geval van nietigverklaring van een clause van vrijstelling van aansprakelijkheid [...], het rechtstreeks in strijd zou zijn met de wil van de wetgever om de medecontractant toe te staan opnieuw te onderhandelen over een prijsverhoging om de onmogelijkheid om zich op de nietige clause te beroepen, volledig te compenseren*"<sup>85</sup>. De farmaceutische bedrijven zouden dus de gesloten overeenkomst niet kunnen wijzigen en bepalen dat de prijs van de vaccins zal worden verhoogd na de nietigverklaring van de exoneratiebedingen of vrijwaringsbedingen.

---

<sup>83</sup> Cass., 22 januari 2021, *Proximus c Interkabel Vlaanderen e.a.*, C.19.0303.N.

<sup>84</sup> De conclusies van Mevr. Ria Mortier, advocaat-generaal, uiteengezet voor de uitspraak van het arrest van het Hof van cassatie van 22 januari 2021 vermelden trouwens expliciet de levering van vaccins als zijnde een « dwingende reden van openbaar belang ».

<sup>85</sup> R. JAFFERALI, *op cit.*, p. 724.