

Ongekende omstandigheden – de (on)mogelijkheden van een beroep op overmacht of onvoorziene omstandigheden in het licht van de roerige energiemarkt

*Mr. dr. G.J.L. Bergervoet en mr. G.T. Poolman**

1 Inleiding

De huidige omstandigheden op de energiemarkt, zoals onder meer veroorzaakt door de oorlog in Oekraïne,¹ roepen veel vragen op in de complexe praktijk van het Nederlandse internationaal commercieel contractenrecht.

Zo zijn bijvoorbeeld de gas- en staalprijzen omhooggeschoten naar uitzonderlijk grote hoogten. Deze prijsontwikkelingen leveren op zichzelf, en naar objectieve maatstaven, ‘ongekende’ omstandigheden op. Wanneer dergelijke ongekende omstandigheden zich voordoen, dan roept dat de vraag op of daarmee wellicht sprake is van ‘onvoorziene omstandigheden’ in de zin van art. 6:258 BW, of dat zij een geslaagd beroep op overmacht in de zin van art. 6:75 BW zouden kunnen rechtvaardigen. De eerste drie uitspraken van de overheidsrechter naar aanleiding

van dergelijke problematiek zijn gepubliceerd.² De oogst is tot op heden wellicht nog schraal, maar de problematiek speelt breder en meerdere zaken bevinden zich op dit moment nog in een vroegtijdig stadium van het geschil.

In dit artikel gaan wij daarom in op de (on)mogelijkheden van een beroep op overmacht of onvoorziene omstandigheden in het licht van de recente ontwikkelingen op de roerige energiemarkt. Daarbij richten wij ons op contracten tussen professionele partijen,³ waarbij wij in het bijzonder aandacht besteden aan bepaalde uit de Anglo-Amerikaanse rechtscultuur overgewaaiden begrippen die partijen steeds vaker in Nederlandsrechtelijke contracten opnemen. In dat kader schetsen wij eerst op welke wijze ondernemingen risico’s (kunnen) verdelen in hun contracten en vervolgens (kunnen) afdekken (par. 2). Wij staan daarna stil bij de doorwerking van *force majeure*- en *hell or high water*-clausules op het leerstuk van overmacht in de

* Mr. dr. G.J.L. Bergervoet is advocaat te Amsterdam bij Clifford Chance. Mr. G.T. Poolman is Professional Support Lawyer te Amsterdam bij Clifford Chance en bereidt een proefschrift voor aan de Universiteit Leiden op het gebied van het internationale arbitragerecht.

De auteurs danken hun kantoorgenoten prof. mr. Rick Verhagen (hoogleraar internationaal privaatrecht aan de Radboud Universiteit en advocaat te Amsterdam bij Clifford Chance) en mr. Jeroen Regouw (advocaat te Amsterdam bij Clifford Chance) voor hun commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

1 De oorzaken zijn niet enkelvoudig. De stijging van energie- en grondstofprijzen kan mede worden veroorzaakt door andere macro-economische omstandigheden. Zie voor een praktijkvoorbeeld Rb. Rotterdam 30 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13392, JOR 2022/221, m.nt. J.H.M. Spanjaard (Plukon Food Group/Nippon Gases e.a.), r.o. 4.11, waar een hele rij aan ‘ongekende omstandigheden’ wordt opgesomd: ‘de coronapandemie, weinig gasvoorraden in Europa, maatregelen om klimaatverandering tegen te gaan, gebrek aan energie door wind en waterkracht, verminderd gebruik van kolen en het niet kunnen voldoen aan de vraag naar gas door gasleveranciers als Rusland’. Vgl. voor een andere trits aan ‘ongekende omstandigheden’ J. den Hartog & A.Z. Lankhaar, *Gestegen grondstofprijzen en contracten: wie betaalt de rekening?*, *Contractrecht* 2022, afl. 1, p. 11, sub 1.

2 De eerste drie resultaten zijn thans zichtbaar naar aanleiding van kortgedingprocedures (peildatum 27 december 2022): Rb. Amsterdam 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6132, NJF 2022/476 (Voortman Steel Construction/Martinez Chocolate); Rb. Rotterdam 13 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:8502, NTHR 2022/6, p. 238 (De Tuinders/WARMCO2 e.a.); Rb. Rotterdam 30 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13392, JOR 2022/221, m.nt. J.H.M. Spanjaard (Plukon Food Group/Nippon Gases e.a.). Zie voor een uitspraak in een arbitrale spoedbodemprocedure geadmistreerd door de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen: RvA bouwgeschillen 25 augustus 2022, ECLI:NL:RVAB:2022:9, BR 2022/81, m.nt. J.P.M. Kooijman & S.S. Schouten. In dit artikel besteden wij echter geen aandacht aan de bijzondere regeling van de overeenkomst tot aanneming van werk, in welk kader art. 7:753 BW van belang kan zijn, waarover in het algemeen Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/141 e.v. en in het bijzonder Den Hartog & Lankhaar 2022, p. 16-18, sub 4.1 e.v.

3 In dit artikel wordt niet gedifferentieerd naar de ‘rechtspositie van de kleine en middelgrote ondernemer’, terwijl die differentiatie in concrete gevallen benodigd kan zijn. Vgl. R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel contractenrecht. Deel I: totstandkoming en inhoud*, Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 28 en H.E. Schelhaas, *Commerciële contracten – consistentere differentiëren* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2018.

energiecrisis (par. 3). Daarna omschrijven wij de werking van het leerstuk van onvoorziene omstandigheden en de invloed daarop van *hardship*-clausules (par. 4). De vragen die spelen en de eerste rechtspraak doen niet alleen sterk denken aan de parallelle problematiek die opdoemde naar aanleiding van de COVID-19-crisis, maar ook aan daaraan voorafgaande crises. Paragraaf 2 tot en met 4 sorteren dan ook voor op een meer algemene conclusie: wat is de afdrank voor de komende jaren in het scenario dat er sprake gaat zijn van jarenlange en aanhoudende onrust op de nationale en mondiale energiemarkten (par. 5)?

2 Actuele context, praktische vragen en vermogensrechtelijke duiding

2.1 Feitelijke context en praktische juridische vragen

In de aanloop naar en zeker sinds het uitbreken van de oorlog in Oekraïne zijn de prijzen voor energie explosief gestegen, met name gas en olie. Sindsdien schommelen ze sterk. De aanhoudende oorlog in Oekraïne leidde tot bezorgdheid over gaslevering van Rusland aan Europa en vervolgens tot algehele bezorgdheid op de markt als geheel. Waar de gasprijen halverwege 2021 niet meer dan € 30 per megawattuur kostte, schoot deze tijdelijk naar een recordprijs van € 346. Dit komt neer op een stijging van meer dan 1100%. Als gevolg daarvan zijn verschillende gasleveranciers in moeilijkheden geraakt door liquiditeitsproblemen. Om te voldoen aan de plichten onder lopende overeenkomsten, die werden gesloten voordat de gasprijen sterk stegen en daarna sterk schommelden, moeten gasleveranciers soms gas verkopen tegen een verkoopprijs die (aanzienlijk) lager is dan de huidige aankoopprijs van gas. Aan de andere kant, wanneer gasleveranciers de verkoopprijs konden verhogen tot (hoog) boven hun verhoogde inkoopprijs, kwamen gasafnemers door die torenhoge gasprijen en de overige macro-economische omstandigheden die leidden tot grondstofprijsstijgingen, in de problemen. Industriële bedrijven besloten hun productieniveaus te verlagen of hun verkoopprijzen te verhogen om de gestegen kostprijzen door te leggen aan cliënten om winstmarges te waarborgen. Hun afnemers stelden zich vervolgens op het standpunt dat hun leverancier niet de verplichtingen uit hoofde van lopende contracten nakomt. Ter ondersteuning van hun standpunten trekken zij de vaak Engelstalige equivalenten van relevante instrumenten uit het contractuele arsenaal dat hun ter beschikking staat: *force majeure* en *hardship*. Wederpartijen trekken daarop juist andere kaarten en beroepen zich bij wijze van verweer op de

beperkte reikwijdte van dergelijke clausules, of mogelijk beroepen zij zich op een *hell or high water*-clausule.⁴

2.2 Contractuele risicoverdeling

Contracteren is in de kern het uitonderhandelen van risico's en vervolgens vastleggen welke partij welke risico's draagt. Het commercieel contractenrecht is economisch bezien dan ook een wijze van risicoverdeling.⁵ In het normaaltype contract wordt er aan de allocatie van het risico omtrent de prijs voor de te leveren goederen of diensten ruimschoots aandacht besteed. Partijen kunnen daarbij kiezen voor vaste prijzen, variabele prijzen, of zij kunnen opteren voor tussenvarianten waarin bijstellingen van de prijs onder bepaalde omstandigheden periodiek mogelijk zijn (bijvoorbeeld een *index clause* of *review clause*). Dergelijke prijsafspraken of prijsreguleringsmechanismen binden partijen in beginsel steeds, ook wanneer de uitkomst voor een van de partijen een onaangename uitkomst oplevert.⁶

Ondanks de gebondenheid aan de schriftelijke overeenkomst kan het natuurlijk wel zo zijn dat de betreffende verandering van prijs zodanig van aard is dat het (een van) de contractspartijen voor grote financiële of praktische problemen plaatst, waarbij de uitkomst als onrechtvaardig kan worden gepercipiëerd. Er bestaat onder Nederlands contractenrecht echter niet zoiets als het concept van *iustum pretium*: een 'rechtvaardige prijs'.⁷ Het gevolg hiervan is dat indien de overeenkomst zelf geen clausules bevat inzake wijzigbare prijzen en/of opzegging/annulering, partijen (zowel leveranciers als afnemers) in beginsel gebonden zijn aan de bewoordingen van de oorspronkelijke overeenkomst zoals uitgelegd door een Nederlandse rechter.⁸

2.3 Van risicoverdeling naar risicoafdekking

In een context van professionele partijen moeten in het kader van de rechtszekerheid partijen zo veel als mogelijk is aan de overeengekomen risicoverdeling gehouden worden en blijven,

⁴ Zie in het algemeen over dergelijke en soortgelijke clausules het toonaangevende overzichtswerk M. Fontaine & F. De Ly, *Drafting International Contracts: An Analysis of Contract Clauses*, Ardsley: Transnational Publishers 2006. Zie voor de invloed van Anglo-Amerikaans recht op 'civil law'-contracten Tjittes 2022, p. 36 e.v. Zie voor de doorwerking en inpassing van Engelstalige bedingen in de Nederlandse rechtsorde J.W.A. Doussi, *De uitleg van Anglo-Amerikaanse Boilerplate-bedingen in Nederlandse contracten* (diss. Nijmegen; Onderneming en Recht nr. 121), Deventer: Wolters Kluwer 2020 en H.N. Schelhaas & W.L. Valk, *Uitleg van rechtshandelingen. In nationaal en internationaal perspectief* (Mon. Privaatrecht nr. 20), Deventer: Wolters Kluwer 2022 en Tjittes 2022, p. 441-448.

⁵ Tjittes 2022, p. 30 en de daar in voetnoot 29 genoemde literatuur.

⁶ Vgl. Rb. Amsterdam 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6132, NJF 2022/476 (Voortman Steel Construction/Martinez Chocolate), r.o. 4.1-4.11.

⁷ T. Hartlief, *Iustum pretium. Op weg naar een rechterlijke toetsing van de rechtvaardigheid van het contractuele evenwicht?*, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 239-253.

⁸ Zie voor interpretatie van contracten in het algemeen Asser/Sieburgh 6-III 2022/354 e.v. en voor commerciële contracten in het bijzonder Tjittes 2022, p. 302 e.v. en de literatuur genoemd in voetnoot 1 op p. 302.

zeker nu er diverse instrumenten beschikbaar zijn die voorzien in het uitonderhandelen en alloceren van risico's. Van bedrijven met juridische afdelingen die bijstaan worden door advocaten die contracten uitonderhandelen, mag worden aangenomen dat zij die risicoallocatie bewust overeenkomen. Over risico's valt echter meer te zeggen dan de allocatie tussen de contractspartijen alleen. Risico's kunnen ook worden afgedekt door te contracteren met derde partijen, wat op zichzelf een relevante omstandigheid kan zijn voor de vraag of de uitkomsten uit een bepaald contract ook werkelijk tot nadeel van een van de contractspartijen gaan leiden.

Zo kunnen partijen gebruik maken van *hedging*-technieken. Partijen op de energiemarkten hebben de mogelijkheid om blootstelling aan prijsstijgingen af te dekken middels derivaten zoals opties, *swaps* en *futures*. Voor zover deze hedging succesvol is, doet zich het risico dat in dit artikel centraal staat niet voor.⁹ De 'ongekende' prijsveranderingen worden dan effectief opgevangen door het hedging-contract dat is afgesloten door de contractspartij die de gevolgen van de prijsverandering moet dragen, en komt terecht bij zijn *hedge counterparty*. Overigens kan in die relatie zich dan weer de vraag voordoen die wel centraal staat in dit artikel, namelijk in hoeverre de betreffende wederpartij aan haar verplichtingen onder het derivatencontract gehouden kan worden in verband met die ongekende omstandigheden.

Functioneel te onderscheiden van hedging is de verzekering. Partijen kunnen zich voor prijsfluctuaties en daaruit voortvloeiende schade onder omstandigheden ook verzekeren. Het verzekeringscontract kan dan specifiek voorzien in een eventueel te materialiseren risico en de verzekeraar verplichten de schade die daaruit voortvloeit te vergoeden.

In deze bijdrage zullen wij niet nader ingaan op deze vormen van risicoafdekking wat betreft hun verschijningsvormen of nadere implicaties. Wel zij opgemerkt dat het feit dat contractspartijen gebruik (kunnen) maken van hedging of verzekering een relevant gezichtspunt kan zijn voor de rechter bij de beoordeling van een concrete casus, in die zin dat daarmee de schadelijkheid van de gevolgen (hadden kunnen) worden ingeperkt of geëcarteerd.

3 Overmacht en/of *force majeure* (art. 6:75 BW)

3.1 *Overmacht*

Los van het contractuele raamwerk dat risico's verdeelt, is er ook een wettelijk kader dat voorziet in risicoverdeling. Indien een partij tekortschiet in het nakomen van haar contractuele verplichtingen, kan zij stellen dat de tekortkoming niet toerekenbaar is (art. 6:75 BW). Indien dit beroep succesvol is, bestaat er geen recht op schadevergoeding. Daar komt in de con-

text van het Nederlandse recht het begrip overmacht om de hoek kijken.

In het algemeen is een tekortkoming niet toerekenbaar bij een 'verhinderend' of 'onmogelijkheid' van de uitvoering van een verplichting die voortvloeit uit de overeenkomst, die niet te wijten is aan de schuld of voor rekening komt – bijvoorbeeld krachtens rechtshandeling – van degene die zich beroept op overmacht.¹⁰ De vraag rijst of de huidige energiecrisis en de algemene prijsstijging van grondstoffen als overmacht in de zin van art. 6:75 BW kwalificeren. Uit twee recente voorbeelden blijkt dat terughoudend omgegaan wordt met de toepassing van dit begrip in deze specifieke energiecrisis.¹¹ Het begrip overmacht is namelijk niet van toepassing indien het aanvankelijk bestaande evenwicht tussen de wederzijdse prestaties wordt verbroken als gevolg van een latere wijziging van omstandigheden, bijvoorbeeld als gevolg van een prijsverhoging. Overmacht is ook niet aanwezig in geval van geldelijk onvermogen van de schuldenaar.¹² De prestatie zelf wordt niet belemmerd. Als nakoming commercieel onaantrekkelijk wordt, is er geen geval van overmacht.¹³

3.2 *Overmacht naar Nederlands recht in geval van force majeure- of hell or high water-clausule*

Het speelveld van wettelijke risicoverdeling kan echter worden gewijzigd. Art. 6:75 BW is immers niet van dwingend recht.¹⁴ Partijen kunnen daardoor de reikwijdte en werking van art. 6:75 BW zowel uitbreiden als inperken. Een partij kan zich *ex contractu* namelijk niet op overmacht beroepen als de wederzijdse overmachtssituatie krachtens rechtshandeling voor haar rekening komt. De vraag in hoeverre art. 6:75 BW al dan niet van toepassing is, hangt daarmee dus af van de vraag of partijen bij overeenkomst hebben voorzien in een nadere afbakening van de reikwijdte van art. 6:75 BW.¹⁵

Engelstalige commerciële contracten die door Nederlands recht worden beheerst, bevatten niet zelden een *force majeure*-clausule.¹⁶ Die clausules bevatten definities die beschrijven welke situaties overmachtssituatie zijn, zoals bijvoorbeeld oorlog(sdreiging), wilde of georganiseerde stakingen, blokkades, natuurrampen, waaronder overstromingen en aardbevingen,

⁹ Vgl. ook J.H.M. Spanjaard, annotatie bij: Rb. Rotterdam 30 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13392, JOR 2022/221, nr. 7.

¹⁰ Asser/Sieburgh 6-I 2020/340 e.v. en Cauffman & Croes, in: GS Verbintenissenrecht, art. 6:75 BW, aant. 2.1 en 3.3, met verdere verwijzingen.

¹¹ Zie Rb. Rotterdam 13 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:8502 (Kwekerij de Westerschelde e.a./WARMCO2 e.a.), r.o. 4.4-4.8 en Rb. Rotterdam 30 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13392 (Plukon Food Group/Nippon Gases e.a.), r.o. 4.9.

¹² Asser/Sieburgh 6-I 2020/355.

¹³ J.H.M. Spanjaard, annotatie bij: Rb. Rotterdam 30 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13392, JOR 2022/221, nr. 2.

¹⁴ Cauffman & Croes, in: GS Verbintenissenrecht, art. 6:75 BW, aant. 1.1 en Asser/Sieburgh 6-I 2020/362.

¹⁵ Asser/Sieburgh 6-I 2020/362.

¹⁶ Schelhaas & Valk 2022, par. 8.4 (p. 134) en Dousi 2020, nr. 264 (p. 282). Zie voor voorbeelden Hof 's-Hertogenbosch 7 mei 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ9854, S&S 2013/134 (Flushing Yard/Overig Materieel I) en Rb. Rotterdam 10 november 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY2585 (Impala Shipping/X).

epidemieën en/of quarantainemaatregelen.¹⁷ Vervolgens bepalen force majeure-clausules wat het rechtsgevolg is als er sprake is van een overmachtssituatie: normaal gesproken spreken partijen af onder welke omstandigheden er geen recht op schadevergoeding bestaat wanneer de prestatie uitblijft, maar denkbaar is ook dat het recht op nakoming niet langer kan worden afgedwongen. Deze clausules zijn over komen waaien uit de Anglo-Amerikaanse rechtssfeer,¹⁸ waar zij de beperkte reikwijdte compenseren van de in de Anglo-Amerikaanse rechtssfeer voorhanden zijnde overmachtsverweren (zoals *impracticability*, *impossibility* en *frustration*). De functie van force majeure-clausules is aldus dat die clausules voorzien in een nadere en herziene ‘contractuele risicoallocatie’ ten opzichte van dit strikte Anglo-Amerikaanse regime.¹⁹ Naar Nederlands recht is een dergelijke clause minder noodzakelijk dan in contracten geregeerd door bijvoorbeeld het Engelse recht, omdat risicoaansprakelijkheid in het BW, in tegenstelling tot dat rechtstelsel,²⁰ slechts een uitzondering op de hoofdregel van schuldaansprakelijkheid is.

Toch heeft de force majeure-clausule naar Nederlands recht in potentie een niet gering effect. Partijen kunnen van art. 6:75 BW afwijken door middel van force majeure-clausules, net zoals dat ook gedaan kan worden door middel van garanties.²¹ Een force majeure-clausule in een overeenkomst waarop Nederlands recht van toepassing is, moet daarom zodanig worden uitgelegd dat de in de force majeure-clausule beschreven situaties een nadere invulling geven aan de vraag wanneer sprake is van overmacht ex art. 6:75 BW.²² De in de force majeure-clausules genoemde omstandigheden zijn situaties waarin al dan niet overmacht in de zin van art. 6:75 BW moet worden aangenomen.²³ Het hangt van de precieze formulering van een beding af of art. 6:75 BW wordt aangevuld (dat is het geval als het situaties noemt die onder meer als een niet-toerekenbare tekortkoming moeten worden beschouwd), vervangen (indien het uitsluitend de gevallen waarvoor geen aansprakelijkheid bestaat bepaalt), of zelfs in het geheel uitgesloten. Indien de opsomming niet limitatief is, kunnen ook andere gevallen van een niet-toerekenbare tekortkoming onder art. 6:75 BW vallen.

Vertaald naar de situatie die wij onder de loep nemen: de financiële effecten van de energiecrisis kwalificeren in ginsel

naar regelend Nederlands recht niet als overmacht.²⁴ Voor de schaarse gevallen waarin dat wel het geval zou zijn, kan de force majeure-clausule de schommeling van prijzen impliciet uitsluiten of (en dat ligt minder voor de hand) aanmerken als voorbeeld van overmacht. Het is dus niet in het algemeen te zeggen dat het leerstuk van overmacht slechts toepassing vindt als er sprake is van een onmogelijkheid tot nakoming.

Op hetzelfde spectrum kan de zogenoemde hell or high water-clausule werking hebben. Een dergelijke clause legt een inspanningsverplichting op aan de contractspartij die verplichtingen op zich neemt onder de overeenkomst, om al datgene te doen dat noodzakelijk is om een bepaald resultaat te bereiken of prestaties te blijven verrichten. Een praktisch belangrijk voorbeeld van zo’n hell or high water-clausule is de inspanningsverplichting voor het behalen van toestemming van mededingingsautoriteiten in het kader van de overname van een bedrijf. Hierbij committeert een partij zich om al hetgeen te doen dat noodzakelijk is om de transactie van goedkeuring door de bevoegde autoriteiten te laten voorzien, zelfs het verkopen van bepaalde andere bedrijfsactiviteiten. Indien in dat geval de verkoop van bedrijfsactiviteiten evident nadelig is gelet op de huidige marktomstandigheden, maar wel als voorwaarde wordt gesteld door de autoriteiten voor het behalen van de gewenste goedkeuring, dan kan de betreffende hell or high water-clausule ertoe leiden dat een eventueel beroep op overmacht is uitgesloten, waar dat zonder deze clause wellicht compleet anders zou hebben uitgekapt.²⁵

4 Onvoorziene omstandigheden

4.1 De wettelijke basis van het leerstuk van onvoorziene omstandigheden

Opzegging, gedeeltelijke beëindiging of wijziging van een overeenkomst is ook mogelijk op grond van onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW). Partijen kunnen dit dwingendrechtelijke artikel niet uitsluiten in contracten die geregeerd worden door Nederlands recht, zelfs niet in de context van professionele partijen.²⁶

De Hoge Raad heeft recent in algemene zin het antwoord gegeven op de vraag wat in het kader van art. 6:258 BW een ‘onvoorziene omstandigheid’ is:

‘Een onvoorziene omstandigheid als bedoeld in art. 6:258 BW is een omstandigheid (...) die daarin niet is verdiscon-

17 Vgl. Rb. Rotterdam 13 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:8502 (Kwekerij de Westerschelde e.a./WARMCO2 e.a.), r.o. 2.6. Zie ook Fontaine & De Ly 2006, p. 401 e.v. en Schelhaas & Valk 2022, par. 8.4 (p. 135).

18 Dousi 2020, nr. 264 (p. 281).

19 Dousi 2020, nr. 278 (p. 298).

20 Schelhaas & Valk 2022, par. 8.4 (p. 134).

21 Tjittes 2022, p. 517-519. Vgl. Asser/Hijma 7-I 2019/601 in het kader van koop en zie in het algemeen de bronnen als vermeld in Cauffman & Croes, in: GS Verbintenissenrecht, art. 6:75 BW, aant. 7.2 e.v.

22 Zie Dousi 2020, nr. 279-281 (p. 300-301), ook voor uitzonderingen op dit uitgangspunt van contractinterpretatie.

23 Cauffman & Croes, in: GS Verbintenissenrecht, art. 6:75 BW, aant. 7.7 en daar genoemde literatuur.

24 Zie Rb. Rotterdam 13 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:8502 (Kwekerij de Westerschelde e.a./WARMCO2 e.a.), r.o. 4.4-4.8 en Rb. Rotterdam 30 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13392 (Plukon Food Group/Nippon Gases e.a.), r.o. 4.9.

25 Zie over *Material Adverse Change-clauses* in het kader van M&A-contracten R.P.J.L. Tjittes & A. Hogeterp, De coronacrisis en MAC-clausules in M&A-contracten, Ondernemingsrecht 2020/68, afl. 7, p. 366 e.v.

26 Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 968 (nr. 3) (TM).

teerd. Of dat laatste het geval is moet door uitleg van de overeenkomst worden vastgesteld.²⁷

Het doet er daarom niet toe of partijen of een objectieve derde de gebeurtenissen theoretisch hadden *kunnen* voorzien.²⁸ Er is sprake van een onvoorziene omstandigheid wanneer partijen niet uitdrukkelijk of impliciet rekening hebben gehouden met bepaalde omstandigheden die zich na de formatie van de overeenkomst voordoen.²⁹ De vraag of een omstandigheid onvoorzienbaar was, is daarmee feitelijk van aard en afhankelijk van de partijcontext.³⁰

In de praktijk komt art. 6:258 BW onder meer in beeld als er een omstandigheid is die niet strookt met de normale loop van gebeurtenissen, waarbij soms grote groepen zijn betrokken, zoals oorlogen en schommelingen in de economische verhoudingen.³¹ Het gaat daarbij om gevallen waar het evenwicht tussen twee prestaties onder een obligatoire overeenkomst geheel komt te vervallen.³² Enerzijds omdat de kosten van nakoming voor de schuldeiser 'uitzonderlijk sterk' zijn gestegen of anderzijds omdat de waarde van de prestatie voor de crediteur 'uitzonderlijk sterk' is gedaald.³³

Het leerstuk van onvoorziene omstandigheden leidde jarenlang een sluimerend bestaan, maar is van stof ontdaan door verschillende voorbeelden uit de coronarechtspraak. A-G Wissink betoogde in zijn conclusie voor de prejudiciële beslissing in de Heineken-zaak dat, gezien zowel de 'ernst, omvang, impact en duur van de coronapandemie' als 'de tegen de verspreiding van het virus getroffen overheidsmaatregelen [die] ongekend zijn', als vuistregel kan worden aangenomen dat beide niet verdisconteerd zijn in huurovereenkomsten die zijn aangegaan voordat zicht bestond op het ontstaan en de mogelijke gevolgen van de coronapandemie.³⁴ De A-G overweegt dat vanwege het uitzonderlijke karakter van de coronacrisis die crisis minder snel tot het ondernemersrisico van de huurder kan worden gerekend. De coronacrisis is anders dan 'voorgaande crises, omdat ze als een gezondheids crisis is begonnen en door veelomvattend overheidsingrijpen ter bescherming van de

volksgezondheid is verdiept'.³⁵ De Hoge Raad gaat grotendeels mee in deze conclusie.³⁶

Tegen het licht van de ontwikkelingen naar aanleiding van de (overheidsmaatregelen ter bestrijding van de) coronacrisis doemt de vraag op of ook de huidige prijsontwikkelingen in de energie- en grondstoffenmarkt gekwalificeerd kunnen worden als onvoorziene omstandigheid. Rechteren zijn over het algemeen terughoudend gebleken om zuivere marktontwikkelingen als onvoorziene omstandigheden aan te merken, hoe ingrijpend deze omstandigheden ook zijn. Deze lijn in de rechtspraak over onvoorziene omstandigheden is terug te zien in het kader van de renteswapovereenkomsten, de onroerend-goedmarkt met betrekking tot projectontwikkelaars en vastgoedondernemers tijdens de kredietcrisis en onvoorziene omstandigheden in het kader van op producten/diensten met een speculatief karakter.³⁷ De rode draad in deze rechtspraak is dat extreme en exorbitante prijsstijgingen op een volatiele markt in beginsel niet kwalificeren als onvoorziene omstandigheden. In de Nederlandse rechtspraak worden de markt voor grondstoffen, zoals gas of olie, en de markt voor elektriciteit gekwalificeerd als een 'onvoorspelbare markt',³⁸ die 'veelvuldig aan hevige prijsschommelingen onderhevig is'.³⁹ Zelfs 'extreme marktomstandigheden' op die 'onvoorspelbare markt' leiden niet tot de conclusie dat er sprake is van een onvoorziene omstandigheid.⁴⁰ Vooral in gevallen waarin partijen wijzigbare prijzen zijn overeengekomen, zal het in het algemeen zeer onwaarschijnlijk zijn dat een Nederlandse rechter zal oordelen dat er sprake is van een onvoorziene omstandigheid. Dat na het sluiten van de koopovereenkomst de marktprijs kan stijgen op dergelijke markten, behoort tot de risicosfeer van degene die daardoor wordt geraakt, voor zover hij die risico's niet heeft afgedekt. Dit geldt ook wanneer de stijgingen niet alleen ongekend, maar ook 'onvoorzien groot zijn', bijvoorbeeld in de orde van grootte van 400%.⁴¹ Het gaat er daarbij telkens om wat er tussen partijen is afgesproken en of het risico dat zich concreetiseert, is verdisconteerd in hun afspraken.

Omdat de huidige energiecrisis voortvloeit uit macro-economische omstandigheden en niet zozeer een gevolg is van overheidsingrijpen, zoals wij dat in het kader van de COVID-19-crisis zagen, lijkt het wellicht meer voor de hand te liggen om

27 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, AA 2022/118, m.nt. H.N. Schelhaas, JOR 2022/109, m.nt. M.E. Voorrips (X/Heineken), r.o. 3.2.3.

28 Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 973 (MvA II).

29 Asser/Sieburgh 6-III 2022/441.

30 Met deze fundamentele uitgangspunten lijken zich moeilijk te verhouden de overwegingen in RvA bouwgeschillen 25 augustus 2022, ECLI:NL:RVAB:2022:9, BR 2022/81, r.o. 32 jo. r.o. 31, waarin arbiters in een arbitrale spoedbodemp procedure, *nota bene sua sponte*, in het algemeen overwegen dat de 'oorlog in Oekraïne en de gevolgen daarvan voor (onder andere) de bouw' kwalificeren als onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 BW.

31 Asser/Sieburgh 6-III 2022/436.

32 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974 (X/Heineken), r.o. 3.2.5 neemt dit specifiek in het kader van de COVID-19-crisis over van Asser/Sieburgh 6-III 2022/443 en bevestigt daarmee Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 968 (nr. 3) (TM).

33 Asser/Sieburgh 6-III 2022/443.

34 Concl. A-G Wissink 30 september 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1974, nr. 5.5.

35 Concl. A-G Wissink 30 september 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1974, nr. 5.9.

36 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974 (X/Heineken), r.o. 3.2.

37 Zie voor een rechtspraakoverzicht en -bespreking Den Hartog & Lankhaar 2022, p. 13-16, sub 3.2.1 e.v. Zie ook P.S. Bakker & J.W. de Groot, Onvoorziene omstandigheden: de stand van zaken, WPNR 2009, afl. 6797, p. 373 e.v.

38 Hof 's-Hertogenbosch 29 november 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU6524, r.o. 8.6.5.

39 Rb. 's-Gravenhage 24 augustus 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BT2510, RCR 2011/98, r.o. 4.18.

40 Hof 's-Hertogenbosch 29 november 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU6524, r.o. 8.6.5.

41 Rb. 's-Hertogenbosch 28 oktober 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BK3241, NJF 2010/20, r.o. 4.5.

aansluiting te zoeken bij de rechtspraak die gewezen is in het kader van macro-economische omstandigheden.⁴² Dat dit vertrekpunt weinig houvast biedt om te voorspellen wat er in het concrete geval als onvoorzien heeft te gelden, bewijst wel de uitspraak die de Rotterdamse voorzieningenrechter recent wees.⁴³ In deze procedure vorderde Plukon nakoming van de overeenkomst die zij heeft met Nippon CO₂, op basis waarvan Nippon CO₂ tegen een vaste prijs gas moet leveren aan Plukon. Tussen partijen is niet in geschil dat Nippon CO₂ wel kan leveren; Nippon CO₂ is daartoe niet bereid indien zij de prijs niet mag verhogen. De oude en overeengekomen prijs hanteren zou in strijd zijn met art. 6:258 BW. De voorzieningenrechter overweegt dat de energiemarkt is ‘geëxplodeerd’ als gevolg van alle macro-economische omstandigheden. Ondanks dat Nippon CO₂ een ‘professionele multinational’ is, mag niet van haar worden gevergd dat zij ‘alleen nog maar verlieslatend aan Plukon levert’. Mede op grond van de *loyalty clause* moeten partijen zich over en weer gedragen als redelijke zakenpartner in geval van onvoorzienbare en onvoorspelbare omstandigheden, zoals in dit geval. Daarom oordeelt de voorzieningenrechter dat niet kan worden uitgesloten dat een rechter in een bodemprocedure oordeelt dat het in strijd met art. 6:258 BW zou zijn om partijen onverminderd aan de overeenkomst te houden. Spanjaard wijst er in zijn annotatie bij deze uitspraak op dat het nog maar de vraag is of er in dit geval sprake is van onvoorzienbare omstandigheden: dat de prijzen exploderen, is niet per se een onvoorzienbare omstandigheid.⁴⁴ Wellicht dat op basis van de uitleg die toekomt aan de *loyalty clause* een verzwaarde contractuele zorgplicht kan worden aangenomen in het concrete geval, waardoor de afnemer (Plukon) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet langer vast zou kunnen houden aan haar afleververplichting. Een dergelijk argument zou naar onze mening meer aansluiten bij de casus dan een beroep op onvoorzienbare omstandigheden als zodanig. Maar duidelijk is wel dat de voorzieningenrechter hier een ordemaatregel geeft die er in ieder geval toe leidt dat een bodemrechter de kans krijgt om de zaak te beoordelen zonder dat het faillissement van de leverancier (Nippon CO₂) zal intreden voordat die discussie plaatsvindt. Het toont aan dat de voorzieningenrechter deze omstandigheden dusdanig ongekend vindt dat een fundamentele beoordeling (1) nodig is, en (2) dus mogelijk positief voor de leverancier zal uitpakken.

Ondanks dat de huidige macro-economische omstandigheden (zeer grote prijsstijgingen en -dalingen in de energiemarkt) in algemene zin wellicht meer gelijkenis vertonen met andere economische crises en minder parallelle met de coronacrisis, kan dus in het algemeen niet categorisch worden uitgesloten dat de huidige energiecrisis kwalificeert als ‘onvoorzienbare omstandigheid’. In elk voorliggend geval is het namelijk aan de

rechter om binnen de grenzen van het gevoerde partijdebat vast te stellen of de daadwerkelijke fluctuaties binnen de marges van het door partijen verdisconteerde prijsrisico valt. Dat is een kwestie van contractuitleg.⁴⁵ In voorkomend geval is het niet ondenkbaar dat een rechter op grond van uitleg tot de conclusie komt dat een inflatie van bijvoorbeeld 1100% buiten de marges van het verdisconteerde prijsrisico valt. Dat kan ook als dat contract een *price adjustment clause* bevat of partijen juist zijn overeengekomen om vaste prijzen overeen te komen. Sieburgh merkt terecht op dat het feit dat partijen een voorziening hebben getroffen voor de devaluatie van de rekeneenheid waarin een van hun prestaties was uitgedrukt, niet wil zeggen dat zij een ‘catastrofale waardevermindering’ hebben verdisconteerd in hun overeenkomst.⁴⁶ Sieburgh geeft daarbij het voorbeeld van de hyperinflatie in het Duitsland van de jaren twintig van de vorige eeuw. In dat kader moet worden gewezen op het veel bekritiseerde Mark is Mark-arrest.⁴⁷ In dat arrest hield de Hoge Raad onvervalst vast aan het vandaag de dag in de valutahandel nog steeds geldende nominaliteitsbeginsel⁴⁸ en oordeelde hij dat een leningnemer die DM 125.000 moest terugbetalen op grond van de voorganger van art. 6:111 BW, kon volstaan met terugbetaling van het nominale bedrag, toen waard NLG 0,0000001, terwijl ten tijde van het opnemen van de lening dat bedrag gelijk was aan NLG 75.000. Een beroep op de billijkheid en goede trouw door de leningnemer,⁴⁹ zoals het hof honoreerde, kon de Hoge Raad in dit valutadispuut niet op andere gedachten brengen in verband met het specifieke wettelijke risicoverdelingsmechanisme zoals zowel het oude als het nieuwe BW dat kent.⁵⁰ Volgens de grondlegger van ons huidige BW, E.M. Meijers, ‘kwetst’ dit ons ‘rechtsgevoel’ en kan dit slechts dienen om ‘onze rechtspraak impopulair te maken’.⁵¹ Naar thans geldend recht wordt verdedigd dat er ook voor het specifieke geval van geldontwaarding, waar art. 6:111 BW een regeling voor treft, wel degelijk een rol is weggelegd voor het leerstuk van onvoorzienbare omstandigheden, in dier voege dat het nominaliteitsbeginsel wordt gecorrigeerd.⁵² Die opvatting komt ons in geval van hyperinflatie zoals in het Mark is Mark-arrest juist voor. De huidige inflatie is niet te vergelijken met die hyperinflatie, en kan bovendien ook niet in het sleutelgat van de waardedaling en waardevermindering van geld als gevolg van verwezenlijking van valutarisico’s worden geplaatst. Naar aanleiding hiervan rijst wel de vraag: als een inflatie van meer dan 1100% door partijen wel is verdisconteerd, waar wordt de lat dan wel gelegd? Het is gevaarlijk om met absolute getallen aan de slag te gaan. Er zijn voorbeelden waarin

42 Vgl. J.H.M. Spanjaard, annotatie bij: Rb. Rotterdam 30 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13392, JOR 2022/221, nr. 6.

43 Rb. Rotterdam 30 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13392 (Plukon Food Group/Nippon Gases e.a.).

44 J.H.M. Spanjaard, annotatie bij: Rb. Rotterdam 30 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13392, JOR 2022/221, nrs. 4-5.

45 Asser/Sieburgh 6-III 2022/441.

46 Asser/Sieburgh 6-III 2022/442.

47 HR 2 januari 1931, NJ 1931/274, m.nt. E.M. Meijers (Mark-is-Mark).

48 Asser/Sieburgh 6-II 2021/194.

49 Art. 1374 lid 3 BW (oud), de voorganger van art. 6:258 BW. Vgl. Asser/Sieburgh 6-III 2022/450.

50 Het wordt algemeen als grondslag van het monetaire stelsel aanvaard en is wettelijk verankerd in art. 6:111 BW en voorheen in art. 7A:1793 BW (oud).

51 HR 2 januari 1931, NJ 1931/274, m.nt. E.M. Meijers (Mark-is-Mark).

52 W.A.K. Rank, Geld, geldschuld en betaling (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1996, par. 9.6.4 (p. 128-129).

400% niet voldoende was voor een beroep op art. 6:258 BW⁵³ en 170% wel.⁵⁴ Kortom, wij menen dat de huidige fluctuaties in de energiemarkt in bepaalde partijverhoudingen wel degelijk als onvoorziene omstandigheden kunnen worden aangemerkt, hoewel op de partij die zich op de rechtsgevolgen daarvan beroept een zware bewijslast zal rusten. De partij die zich succesvol beroept op het artikel, moet zich er bewust van zijn dat de rechter bij het bepalen van de gewijzigde plichten en rechten die voortvloeien uit de aangepaste overeenkomst, zo veel als mogelijk is zal aansluiten bij het wel in de te wijzigen overeenkomst verdisconteerde prijsrisico, die niet zonder meer positief hoeft uit te pakken voor de door onvoorziene omstandigheden geplaagde entiteit. In het verlengde hiervan ligt de vraag hoe een rechter in een bodemprocedure het beroep op onvoorziene omstandigheden zal beoordelen. Zal hij alleen beoordelen of de ongekende prijsfluctuatie als zodanig onvoorziene is? Of zal hij de diverse ‘ongekende omstandigheden’ die ten grondslag liggen aan de prijsfluctuaties een voor een afpellen?⁵⁵ Voor welke optie de rechter kiest, zal in grote mate afhankelijk zijn van hoe het processuele debat zich tussen partijen ontvouwt. Indien niet alle ongekende omstandigheden die een partij kan opvoeren als oorzaak van de ongekende prijsfluctuaties,⁵⁶ als onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 BW kwalificeren, is het niet onwaarschijnlijk dat de wijziging of partiële ontbinding minder positief uitpakt voor degene die zich beroept op de rechtsgevolgen van art. 6:258 BW dan gehoopt. Een geslaagd beroep op onvoorziene omstandigheden is daarmee dus geen panacee.

Bovengenoemde uitgangspunten zijn en blijven uitgangspunten, die in elke voorliggende casus om contextafhankelijke toepassing vragen. Voor de vraag of het verwezenlijkte prijsfluctuatierisico binnen de marges van het in de overeenkomst verdisconteerde prijsrisico ligt, is telkens een grote rol weggelegd voor contractsuitleg. Een recente uitspraak van de voorzieningenrechter te Amsterdam onderstreept dit.⁵⁷ Staalconstructieproducent Voortman dient voor chocoladeproducent Martinez op grond van een op 30 oktober 2020 gesloten overeenkomst tot aanneming van werk een staalconstructie te realiseren tegen het prijsvaste bedrag van € 2.850.000. Op 26 oktober 2022 heeft Voortman voor 90% de bouw van de staalconstructie afgerond. Reeds daarvoor wilde hij de gestegen staalkosten doorberekenen aan Martinez, die daarin niet meegaat. In kort geding vordert zij daarom onder meer primair betaling van het bedrag van € 918.216,87 en subsidiair

de aanneemsom met eenzelfde bedrag te verhogen, onder meer met een beroep op art. 6:258 BW (de overige grondslagen laten wij buiten beschouwing). De rechtbank overweegt dat partijen voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst expliciet hebben gesproken over prijsstijgingen van grondstoffen, zo leidt hij af uit verklaringen die ter zitting gedaan zijn. Partijen beoogden om naar aanleiding van dat geconstateerde risico een vaste prijs af te spreken. Met name opdrachtgever Martinez hechtte heel erg aan een vaste prijs, waarmee zij voorzienbare risico’s afkocht. Dat de huidige stijgingen in staalkosten in deze specifieke context en als voorlopig oordeel niet onvoorziene zijn in de zin van art. 6:258 BW, leidt de voorzieningenrechter af uit een toelichtende e-mail die is verzonden door Voortman aan Martinez als toelichting op haar eerdere verzoek om de aanneemsom te verhogen: ‘De prijzen van balkstaal, plaatstaal en kokers zijn enorm gestegen, net als de wandplaten en de dakplaten. Daarnaast hebben wij door grondstofprijsstijgingen ook nog te maken met een sterk duurder worden van de conservering van het staal, sterk oplopende prijzen van bevestigingsmiddelen en duurder wordende materiële prijzen. *Juist is dat er in offerte traject is gesproken over hoe om te gaan met dit soort prijsstijgingen* (cursivering GTP en GB).’ Door partijverklaringen voorafgaand en na de formatie van de overeenkomst en daarop gebaseerde contractsuitleg komt de voorzieningenrechter niet alleen tot het voorlopig oordeel dat het type risico is besproken (prijsstijging), maar ook dat de mate waarin het risico zich verwezenlijkt heeft binnen de marges van het verdisconteerde prijsfluctuatierisico valt, waardoor een beroep op art. 6:258 BW niet succesvol kan zijn in deze contractuele verhouding.

4.2 Hardship-clausules

De onvoorziene-omstandighedenregeling kan niet rechtsgeldig contractueel worden uitgesloten.⁵⁸ De reikwijdte van het artikel kan echter wel expliciet of impliciet worden beperkt door niet-limitatief overeen te komen welke omstandigheden door partijen voorzien zijn. Dit kan gebeuren met een ‘uitschakelbepaling’.⁵⁹ De effecten van het artikel kunnen ook worden gewijzigd door overeen te komen dat er andere rechtsgevolgen aan een art. 6:258 BW-situatie verbonden zijn, zoals een heronderhandelingsplicht.⁶⁰

De Anglo-Amerikaanse praktijk heeft bij gebreke aan een wettelijke regeling een praktische oplossing gevonden: de *hardship*-clausule (ook wel vertaald als hardheidsclausule). Het begrip ‘hardship’ (letterlijk vertaald: ontbering) heeft geen uniforme betekenis, waardoor *hardship*-clausules geen vaste verschijningsvorm kennen.⁶¹ In het algemeen bevatten *hardship*-clausules de voorwaarden waaronder de clausule van toepassing is (wanneer er dus sprake is van een zodanig kwalificerende ontbering), en laten zij een bepaald rechtsgevolg intre-

53 Rb. ’s-Hertogenbosch 28 oktober 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BK3241, NJF 2010/20, r.o. 4.5.

54 Rb. Roermond (pres.) 1 juli 1993, ECLI:NL:RBROE:1993:AH4266, KG 1993/317.

55 Vgl. A. Melsen, wenk bij: Rb. Rotterdam 30 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13392, RVR 2022/32 (Plukon Food Group/Nippon Gases e.a.).

56 Rb. Rotterdam 30 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13392, JOR 2022/221, m.nt. J.H.M. Spanjaard (Plukon Food Group/Nippon Gases e.a.), r.o. 4.11 (1e alinea) en voetnoot 1 hierboven.

57 Rb. Amsterdam 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6132, NJF 2022/476 (Voortman Steel Construction/Martinez Chocolade), r.o. 4.1-4.11.

58 Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 973 (MvA II).

59 M.H. Wissink, Afspraak is afspraak?, TvAR 2005, afl. 4, p. 217.

60 Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 973 (MvA II).

61 Schelhaas & Valk 2022, par. 8.5 (p. 136).

den.⁶² De voorwaarden verschillen van contract tot contract. Partijen kunnen algemene bewoordingen gebruiken die dezelfde strekking als art. 6:258 BW hebben. Partijen kunnen ook *in abstracto* bepaalde omstandigheden noemen ('een verandering in monetaire, commerciële of economische omstandigheden'). Ten slotte is het mogelijk om specifieke situaties op te sommen.⁶³ Ondanks dat de tekst van de hardship-clausule algemeen is, kunnen partijen voorafgaand aan het opstellen van de overeenkomst ook bespreken dat er specifieke situaties onder de reikwijdte van die algemene bepaling vallen.⁶⁴

Een hardship-clausule kan ons inziens de reikwijdte van art. 6:258 BW niet uitbreiden door bepaalde situaties of concrete gevallen als *onvoorzien* aan te merken. Als een omstandigheid in een contract als 'onvoorzien' wordt aangemerkt, dan is deze *de facto* voorzien. Wissink heeft ditzelfde probleem anders aangevlogen en heeft verdedigd dat het partijen vrij zou staan om bepaalde situaties als 'onvoorzien' aan te merken, waarmee zij dan een regeling treffen die inhoudt dat het probleem op de voet van art. 6:258 BW moet worden afgewikkeld.⁶⁵ Op zichzelf is daar niets op tegen vanuit een praktisch perspectief, als duidelijk is wat partijen in die concrete omstandigheden dan met elkaar moeten doen (bijvoorbeeld heronderhandelen, aanpassingen maken aan het contract, een derde partij adiëren voor advies, enzovoort), maar dogmatisch lijkt het ons minder zuiver om de omstandigheid dan nog 'onvoorzien' in de wettelijke zin van het woord te noemen en aansluiting te zoeken bij de regeling van art. 6:258 BW.⁶⁶ Dat is immers een regeling die de rechter in staat stelt om de gevolgen van een overeenkomst op vordering van een der partijen te wijzigen of te ontbinden. Met andere woorden, het is geen basis voor partijen om zelf aan de overeenkomst te gaan sleutelen. Wel kan het zo zijn dat wanneer partijen bepalen dat een omstandigheid onvoorzien is in de zin van art. 6:258 BW, zij daar in feite mee bepalen dat zij de rechter kunnen adiëren (of een andere derde partij, zoals een arbiter of bindend adviseur), en de rechter in dat concrete geval aan de hand van art. 6:258 BW aan de slag kan. De situatie is dan in wezen voorzien, maar partijen geven reeds bij aanvang van de overeenkomst aan dat dit specifieke risico niet is verdisconteerd in de overeenkomst zelf. De rechter kan dit dan, na de overeenkomst te hebben

uitgelegd, tot uitgangspunt nemen bij de toepassing van art. 6:258 BW. Als dit ook is wat Wissink heeft bedoeld, dan kunnen wij ons daarin vinden.

Een vonnis in kort geding waarin een hardheidsclausule een rol speelt in het kader van de energiecrisis illustreert de spanning tussen het hebben van een contractuele regeling en de mogelijkheid om een omstandigheid nog 'onvoorzien' te noemen.⁶⁷ De casus is als volgt. Yara Sluiskil levert onder een lopend contract warmte en CO₂ aan WarmCO c.s. De Tuinders willen WarmCO c.s. onverkort aan hun overeenkomst houden, op basis waarvan WarmCO c.s. op hun beurt warmte en CO₂ moeten leveren aan de Tuinders, en stellen te dien einde een vordering in. WarmCO c.s. verweren zich: Yara Sluiskil heeft als gevolg van de energiecrisis haar primaire productieproces deels gestopt en kan daardoor minder warmte en CO₂ leveren aan WarmCO c.s. vanwege de ongekend 'explosieve groei in de gasprijzen'. De rechter in kort geding overweegt dat de gasprijs in één jaar tijd meer dan vertienvoudigd is en dat de oorzaak daarvan in de Europese energiecrisis ligt, die ontstond als gevolg van de oorlog in Oekraïne. Een dergelijke prijsstijging overstijgt de 'normaal te verwachten prijsstijging en indexering van gas', en is bovendien aan te merken als een omstandigheid waarin de hardheidsclausule voorziet, zoals blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis van het schriftelijke contract, waarbij partijen hebben besproken dat bijvoorbeeld een economische crisis als een 'onvoorzien omstandigheid' kwalificeert. Hoewel de voorzieningenrechter in dit geval tevens nog (wat ons betreft ten overvloede) lijkt te toetsen aan de maatstaven van art. 6:258 BW, wordt het in feite duidelijk dat partijen specifiek gesproken hebben over een 'economische crisis' als een van de voorwaarden waaronder de hardheidsclausule in werking treedt. Dit is dan ook de argumentatie die de voorzieningenrechter toepast en waaruit logisch dwingend volgt dat de hardheidsclausule in werking treedt. Een voorzien (rechts)gevolg van een voorzien omstandigheid dus, in tegenstelling tot een variabele die juist niet in het contract was verdisconteerd.

Het lijkt een kwestie van semantiek, maar de toets is wezenlijk anders, en dat is van belang voor partijen ter adstructie van hun positie evenals voor de rechter bij de motivering van zijn vonnis. Als partijen de omstandigheden *niet* hebben verdisconteerd in hun overeenkomst, dan kan art. 6:258 BW eventueel worden toegepast door de rechter. Maar indien partijen bij de totstandkoming van de overeenkomst juist wél oog hebben gehad voor bepaalde omstandigheden en daar gevolgen aan hebben verbonden, dan is dat de wijze waarop de gemiddelde hardheidsclausule werkt.

5 Slotbeschouwing

Aan het begin van 2023 moet worden geconcludeerd dat orrust op (delen van) de markt in de westerse wereld aanhoudt.

62 Vgl. Asser/Sieburgh 6-III 2022/440. Zie ook Bakker & De Groot 2009, p. 370 (sub 3).

63 Fontaine & De Ly 2006, p. 462.

64 Zie Rb. Rotterdam 13 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:8502 (Kwekerij de Westerschelde e.a./WARMCO2 e.a.), r.o. 4.11 voor een dergelijk geval.

65 Wissink 2005, p. 217-219. Zie kritisch hierover D.J. Beenders & P.W. den Hollander, Tussentijdse beëindiging van duurovereenkomsten voor bepaalde tijd, *VrA* 2010, afl. 1, p. 77 (sub 4.1).

66 Zie hierover Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 973 (MvA II) ('Met name geldt dit voor die bedingen waarin de gevolgen van het al of niet intreden van toekomstige omstandigheden worden geregeld en die er derhalve toe leiden dat deze omstandigheden bij het sluiten van de overeenkomst zijn verdisconteerd en dus niet meer als onvoorzien in de zin van artikel [6:258 BW] kunnen gelden.'), Schelhaas & Valk 2022, par. 8.5 (p. 136), H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, Contract en coronacrisis, *NJB* 2020/881, afl. 14, p. 965 en Fontaine & De Ly 2006, p. 462 en 468-469.

67 Rb. Rotterdam 13 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:8502 (Kwekerij de Westerschelde e.a./WARMCO2 e.a.).

Maar hoe onrustig het ook is op de energiemarkt, en hoe groot de fluctuaties in prijs ook zijn, deze omstandigheden zijn slechts zeer beperkt van invloed op de mogelijkheden die professionele partijen naar Nederlands recht hebben om succesvol een beroep op overmacht of onvoorziene omstandigheden te doen.

Uit het voorgaande blijkt dat ook in de huidige turbulente energiemarkten een beroep op overmacht ex art. 6:75 BW niet vaak zal slagen, althans voor zover partijen niet contractueel zijn afgeweken van de wettelijke regeling. Een wezenlijke en zelfs exorbitante prijsstijging maakt namelijk nog niet dat partijen onmogelijk kunnen voldoen aan de op hen rustende verplichtingen onder bestaande contracten. Dat wordt pas anders indien er andersluidende, van de wettelijke standaard afwijkende afspraken zijn gemaakt over de toerekening van tekortkomingen in de nakoming, bijvoorbeeld in de vorm van een *force majeure-clausule*. Het ligt voor de hand dat bepaalde contracten – met het oog op de aanhoudende turbulentie op de energiemarkt – verder worden verfijnd en dat met name *force majeure-clausules* specifiek gaan refereren aan volatiliteit van de prijs. Denkbaar is dat daardoor onder omstandigheden de nakoming van een overeenkomst niet langer kan worden afgedwongen, of de schadevergoeding wordt beperkt dan wel geminimaliseerd.

Wat betreft het beroep op onvoorziene omstandigheden zagen wij dat ‘ongekende’ omstandigheden niet noodzakelijk onvoorziene omstandigheden zijn. Door middel van uitleg van de tussen professionele partijen geldende afspraken moet telkens weer worden vastgesteld of een omstandigheid die zich manifesteert al dan niet tussen partijen in hun afspraken impliciet of expliciet is verdisconteerd. Prijsfluctuaties zullen in de regel voldoende zijn geadresseerd in contracten die tussen professionele partijen worden gesloten en de risico’s daarmee ook voldoende verdisconteerd. De nadelige effecten van die prijsfluctuaties kunnen ook worden afgedekt via bijvoorbeeld hedging. Niettemin zijn de recente piek en opvolgende schommelingen van dien aard geweest dat niet valt uit te sluiten dat in meerdere gevallen een succesvol beroep op onvoorziene omstandigheden zal kunnen worden gedaan. Dit zal afhangen van de specifieke partijcontext, hoewel onze verwachting is dat naar de toekomst toe partijen in toenemende mate uitdrukkelijk(er) rekening zullen houden met stevige schommelingen qua prijzen. Deze trend was ook waarneembaar in reactie op de coronacrisis. Een vorm waarin partijen die risicoverdeling nader gestalte kunnen geven, is de zogenoemde *hardship-clausule*. Dit type *clausules* voorziet in de potentiële ontberingen die een der partijen zullen kunnen raken tijdens de contractsduur en biedt in dat kader een regeling voor partijen om hun balans te hervinden. Hoewel dergelijke *hardship-clausules* soms in één adem worden genoemd met het leerstuk van onvoorziene omstandigheden, is dat in wezen alleen qua praktisch effect een juiste gedachte. Het gaat bij deze *clausules* immers juist om de toepassing van wat partijen wél hebben geregeld over bepaalde tot disbalans leidende gebeurtenissen.