

# Marktwerving als publiek belang bij onvoorziene omstandigheden

Citation for published version (APA):

Oosterhuis, J. (2023). Marktwerving als publiek belang bij onvoorziene omstandigheden: Schaarste, contractuele gebondenheid en de hoedanigheid van contractspartijen. *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, (5), 191-204. Article NTBR 2023/21.  
[https://www.inview.nl/document/id493863fda18f40da97c15bbff40836ea?ctx=WKNL\\_CSL\\_87](https://www.inview.nl/document/id493863fda18f40da97c15bbff40836ea?ctx=WKNL_CSL_87)

## Document status and date:

Published: 01/01/2023

## Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

## Document license:

Taverne

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

NTBR 2023/21

## Marktwerving als publiek belang bij onvoorziene omstandigheden

Schaarste, contractuele gebondenheid en de hoedanigheid van contractspartijen

J. Oosterhuis, datum 17-05-2023

Datum	17-05-2023
Auteur	J. Oosterhuis <sup>[1]</sup>
JCDI	JCDI:ADS702237:1
Vakgebied(en)	Civiel recht algemeen (V) Bankenbelasting (V)

*Wat zou het antwoord van het Nederlandse overeenkomstenrecht op plotselinge schaarste moeten zijn? In deze bijdrage staat de verhouding tussen schaarste, contractuele gebondenheid en publieke belangen centraal. Een markt, als verdelingsmechanisme van schaarse middelen en arbeid onder eindverantwoordelijkheid van de overheid, kan zelf als publiek belang worden beschouwd. Juist vanwege het denken in markten, kan het Nederlandse overeenkomstenrecht uitstekend worden uitgelegd in rechtseconomische termen. Vanuit rechtseconomisch perspectief is contractuele gebondenheid cruciaal voor een goed functionerende markt, ook bij plotselinge schaarste. Door een rechtseconomische analyse van het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden, wordt de afgelopen coronarechtspraak geplaatst in het kader van een ideale markt en bovendien aangegeven waar rechtseconomische concepten dat leerstuk kunnen verhelderen.*

### 1. Inleiding

Wat zou het antwoord van het Nederlandse overeenkomstenrecht op plotselinge schaarste moeten zijn? Het Nederlandse recht hecht groot belang aan contractuele gebondenheid: partijen moeten hun afspraken nakomen. Dat geldt ook als het nakomen van die afspraken door schaarste veel moeilijker is geworden. Die schaarste houdt regelmatig indirect of direct verband met publieke belangen. Door bepaalde overheidsregels - die zijn ingegeven door belangen als duurzaamheid of leefbaarheid - kan er (plotselinge) schaarste ontstaan: het fiscaal stimuleren van elektrische auto's kan schaarste op de accumarkt veroorzaken, en een ban op Russische olie schaarste op de energiemarkt. Of de overheid creëert zelf schaarste, door te concurreren om bepaald gekwalificeerd personeel, dat weer nodig is voor bepaalde publieke diensten.<sup>[2]</sup> Zou het beginsel van de contractuele gebondenheid geen uitzondering kunnen of moeten lijden bij plotselinge schaarste, juist als publieke belangen op het spel staan? Maar dan is gelijk de vraag: welke belangen zouden dat dan moeten zijn? En hoe zou dat juridisch in z'n werk moeten gaan? Of zijn er publieke belangen waar in het overeenkomstenrecht sowieso al voorrang aan wordt gegeven bij (plotselinge) schaarste?

In deze bijdrage staat de verhouding tussen schaarste, contractuele gebondenheid en publieke belangen centraal. Een markt, als verdelingsmechanisme van schaarse middelen en arbeid onder eindverantwoordelijkheid van de overheid, kan zelf als publiek belang worden beschouwd (par. 2.1). Een markt staat of valt met contractuele gebondenheid: alleen zo kan die private verdeling van schaarse middelen gegarandeerd worden (par. 2.2). Bij de markt als publiek belang gaat het echter om een bepaald soort markt, met onder meer voldoende toegang voor zwakkere partijen (par. 2.3). Bescherming van zwakkere partijen is

vanuit dit perspectief geen doel op zich, maar past binnen een bepaald ideaalbeeld van de markt (par. 2.4).

Juist vanwege het denken in markten, kan het Nederlandse overeenkomstenrecht uitstekend worden uitgelegd en begrepen in rechtseconomische termen. Vanuit rechtseconomisch perspectief, is contractuele gebondenheid cruciaal voor een goed functionerende markt, ook bij plotselinge schaarste (par. 3.1). Alleen als die plotselinge schaarste leidt tot praktische, economische onmogelijkheid rechtvaardigt dat rechterlijk ingrijpen in die contractuele gebondenheid (par. 3.2). De vraag is hoe vanuit rechtseconomisch perspectief de Nederlandse regeling van onvoorziene omstandigheden past binnen zo'n ideale markt, met contractuele gebondenheid als uitgangspunt, en waarin zwakkere partijen beschermd worden (par. 3.3). Kan met deze regeling in de toekomst een mogelijk sterker toenemend aantal geschillen als gevolg van plotselinge schaarstes, of het nu gaat om arbeid, grondstoffen of voedsel, worden opgelost; en is die oplossing inderdaad in lijn met het idee dat de markt nog steeds het uitgangspunt is bij de verdeling van schaarse, private middelen? Of is er ruimte voor het meewegen van andere publieke belangen?

Voor de beantwoording van die vragen schets ik eerst enkele fundamentele rechtseconomische inzichten als het gaat om contractuele gebondenheid: de efficiëntie van de markt en de reductie van transactiekosten *ex ante* (par. 4.1), bij een regeling van onvoorziene omstandigheden (par. 4.2). Vervolgens geef ik summier de gangbare economische analyse weer van het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden of economische onmogelijkheid: wanneer is nakoming nog efficiënt (par. 4.3); welke rol spelen de contractuele risicotoedeling en de hoedanigheid van partijen daarbij (par. 4.4); wanneer is nakoming onredelijk bezwarend geworden en hoe kunnen vage normen hierover tot strategisch gedrag leiden (par. 4.5); hoe zou het nadeel bij aanpassing van het contract verdeeld moeten worden en welke rol speelt de hoedanigheid van partijen bij deze rechterlijke risicotoedeling (par. 4.6). Ondanks, of misschien wel juist dankzij, het primaat van de markt en dus de contractuele gebondenheid, is in de rechtseconomische analyse van onvoorziene omstandigheden, de hoedanigheid van contractspartijen van cruciaal belang: wie kan het makkelijkst uitwijken naar alternatieven? Wie kan zich het best verzekeren? En vooral: wie heeft de sterkste schouders?

Die rechtseconomische inzichten vergelijk ik vervolgens met rechterlijke uitspraken over onvoorziene omstandigheden: het *Heineken*-arrest<sup>[3]</sup> en de *Conceptable*-zaak.<sup>[4]</sup> Dan blijkt dat deze beslissingen vrijwel naadloos passen in een rechtseconomische analyse van economische onmogelijkheid: contractuele gebondenheid staat voorop, terwijl bij een eventuele aanpassing nadrukkelijk rekening wordt gehouden met de hoedanigheid van partijen. Niet alleen kan een rechtseconomische analyse de huidige Nederlandse regeling van onvoorziene omstandigheden goed verklaren, tegelijk kunnen rechtseconomische concepten ook helpen om bepaalde juridische begrippen te verduidelijken. De hoedanigheid van partijen, die een rol speelt bij de verdeling van het nadeel bij aanpassing van een contract als gevolg van onvoorziene omstandigheden, kan bijvoorbeeld geconcretiseerd worden door een concept als de superieure risicodragers (par. 4.7).

Geconcludeerd kan worden dat een heel ander publiek of maatschappelijk belang dan marktwerking of een ideale markt, zoals bijvoorbeeld duurzaamheid of werkgelegenheid, moeilijk inpasbaar lijkt in het Nederlandse overeenkomstenrecht, juist omdat de contractuele gebondenheid een van de hoekstenen van een markt is. Niettemin biedt het huidige idee van een ideale markt - waarin bijvoorbeeld bescherming van zwakkere partijen een plek heeft - ruimte voor uitzonderingen op het beginsel van de contractuele gebondenheid. Een ruimte die de rechter tijdens de coronacrisis ook benut heeft (par. 5).

## 2. De ideale markt als publiek belang

### 2.1 Schaarste en overheid

Schaarste is een gegeven:<sup>[5]</sup> de beperkte beschikbaarheid en dus eindigheid van middelen (en ook mensen) staat sinds het rapport *De grenzen aan de groei* uit 1972<sup>[6]</sup> meer of minder prominent op de agenda - vooral de laatste decennia dringt de beperkte of onzekere en vaak eindige beschikbaarheid van bronnen zich steeds sterker op. Onbeperkte groei is onmogelijk, er zullen altijd keuzes gemaakt moeten worden. Schaarse rechten,

goederen en arbeid moeten verdeeld worden.

In de Nederlandse samenleving hebben overheden de eindverantwoordelijkheid voor de verdeling van die schaarse rechten, goederen en arbeid. Soms is die verantwoordelijkheid heel direct zichtbaar, zoals bij de verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten, zoals vergunningen of subsidies.<sup>[7]</sup> Vooral bij het creëren van die schaarse rechten kunnen bepaalde maatschappelijke of publieke belangen, zoals leefbaarheid of duurzaamheid of de verdeling *an sich* (denk aan de veiling van 5G-frequenties), nadrukkelijk een rol spelen. Als het vervolgens op de verdeling van die rechten aankomt, spelen de meer algemene publieke belangen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid een belangrijke rol, belangen die inherent zijn aan een goed werkend rechtssysteem.<sup>[8]</sup>

Soms is de verantwoordelijkheid voor de verdeling van schaarse middelen indirect, zoals bij de verdeling van schaarse middelen via markten. De Nederlandse maatschappij is een marktsamenleving of markteconomie: de verdeling van middelen - en uiteindelijk zijn of worden dat altijd schaarse middelen - wordt bepaald door vraag en aanbod. Maar het is wel de overheid die die markteconomie reguleert en garandeert.<sup>[9]</sup>

## 2.2 Markt en contractuele gebondenheid

Zeker tegenwoordig worden markten en marktwerking, ook vanuit de overheid, veelal beschouwd als publiek belang.<sup>[10]</sup> Marktwerking bevordert innovatie, concurrentie en in het verlengde daarvan welvaart, werkgelegenheid en arbeidsparticipatie.<sup>[11]</sup> De markt als netwerk van overeenkomsten voor de verdeling van schaarse middelen - die deels op elkaar ingrijpen, waarbij de uitvoering van het ene contract soms mede afhankelijk is van het andere en waarvan de uitvoering uiteindelijk in rechte afgedwongen kan worden - is het grote, misschien enigszins abstracte publieke belang dat de maatschappij als geheel heeft bij contractuele gebondenheid.<sup>[12]</sup> Want zonder contractuele gebondenheid - als een contractspartij naar eigen willekeur kan bepalen of hij of zij nakomt - zakt een markteconomie als een kaartenhuis in elkaar.

Die contractuele gebondenheid als een hoeksteen van het overeenkomstenrecht en daarmee de markteconomie is weinig verrassend. Het huidige Nederlandse overeenkomstenrecht is ontstaan tijdens en heeft zich in belangrijke mate ontwikkeld in de hoogtijdagen van het liberalisme, een periode waarin sterk economisch gedacht werd over het recht - al dan niet expliciet:<sup>[13]</sup> dat is het paradigma van waaruit gedacht en verder gewerkt werd en nog steeds wordt. Daaraan ten grondslag ligt de gedachte van een rationeel, autonoom individu.<sup>[14]</sup> De inrichting van die vrije markt - wat is een goed functionerende markt? - blijkt echter tijdgebonden: honderdvijftig of zelfs honderd jaar geleden werd anders gedacht over wanneer een markt goed functioneerde. Vandaar dat er bij het opstellen van de wetboeken in de negentiende eeuw sterk de nadruk gelegd werd op het gegeven woord en de contractuele gebondenheid; er was niet of nauwelijks plek voor leerstukken als onvoorziene omstandigheden of een juiste prijs.<sup>[15]</sup>

Die markteconomie is dus ook geen vanzelfsprekend of natuurlijk gegeven, onafhankelijk van het recht: markten zijn geen feiten, maar menselijke constructen, afhankelijk van het recht.<sup>[16]</sup> Zeker hedendaagse markten bestaan en functioneren bij de gratie van een overheid:<sup>[17]</sup> die is het immers die het bestaan en de werking van markten reguleert en garandeert, in Nederland onder meer door het BW, de Mededingingswet en het VWEU,<sup>[18]</sup> maar ook bijvoorbeeld door het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, bij het beslechten van geschillen binnen markten en het (laten) afdwingen van rechterlijke beslissingen daarover.

## 2.3 Marktfalen en bescherming van zwakkere partijen

Wat precies als een goed functionerende of ideale markt wordt beschouwd, daarover is in de loop van de tijd dus verschillend gedacht. Over het algemeen zagen veel negentiende-eeuwse liberalen weinig in overheidsingrijpen. Maar markten kunnen falen: doordat bepaalde partijen, bijvoorbeeld als monopolist of in elk geval (zeer) dominante partij, de markt naar hun hand kunnen zetten; door externe effecten, zoals milieuvervuiling, stikstof- en CO<sub>2</sub>-uitstoot; bij collectieve goederen, zoals schone lucht; of door informatiegebreken.<sup>[19]</sup> Sinds de tweede helft van de twintigste eeuw, en dan vooral vanaf de jaren 60 en 70, wordt de overheid geacht in te grijpen en markten te corrigeren en/of te reguleren, juist om te zorgen voor

[20]

voldoende marktwerking. Bij consumentenbescherming bijvoorbeeld, wordt de positie van de consument als zwakkere partij versterkt om bijvoorbeeld informatiegebreken te verhelpen.<sup>[21]</sup>

Ook in de rechtspraak over overeenkomsten wordt de positie van (zwakkere) partijen meegewogen. Sinds de jaren 60 en 70 van de vorige eeuw wordt nadrukkelijk rekening gehouden met de hoedanigheid van contractspartijen, bijvoorbeeld bij de totstandkoming, maar ook bij mededelings- en onderzoeksplichten, of de uitleg van overeenkomsten.<sup>[22]</sup> Partijen zijn niet gelijk, hun hoedanigheid - omvang, deskundigheid, professionaliteit, etc. - maakt uit. Zoals verderop betoogd zal worden, lijkt die hoedanigheid vooral sinds de coronacrisis een vergelijkbare rol te spelen bij de rechterlijke aanpassing of ontbinding van overeenkomsten wegens onvoorziene omstandigheden (zie par. 4.6).

## 2.4 Instrumenteel privaatrecht of ideale markt?

Marktwerking hoeft niet noodzakelijkerwijs parallel te lopen aan bepaalde andere publieke of maatschappelijke belangen, en dat deed het in het verleden zeker niet altijd: beperkte arbeidstijden, kinderarbeid, veilige werkomstandigheden, een minimumloon legden het af tegen pure winstgevendheid.<sup>[23]</sup> Door sommige partijen sterkere - of überhaupt - rechten toe te kennen, heeft de overheid er in de afgelopen anderhalve eeuw voor gezorgd dat ook andere publieke en maatschappelijke belangen een rol spelen binnen de Nederlandse markteconomie. De Nederlandse economie is daarom sinds jaar en dag een *sociale* markteconomie, bijvoorbeeld waar het gaat om de positie van werknemers, de inrichting van ondernemingen, of de beschikbaarheid van sociale voorzieningen.<sup>[24]</sup> Afhankelijk van het maatschappelijke of publieke belang - staat het los van marktwerking, dient het een echt andersoortig doel - vinden correcties op markten vooral plaats als aparte doelen, naast dat van de markt, zoals spreiding van welvaart of sociale zekerheid.<sup>[25]</sup> Of deze correcties worden beschouwd als in wezen interne correcties op een falende markt, dus als onderdeel van en dienstbaar aan de markt en marktwerking. Daarbij wordt die markt zelf telkens gevormd naar het heersende beeld van een ideale markt, waarin dan bijvoorbeeld ook solidariteit besloten kan liggen.<sup>[26]</sup> Vanuit dat perspectief, wordt het privaatrecht, dat immers markten vormgeeft maar ook weergeeft hoe over marktwerking door de tijd heen gedacht wordt, telkens omgevormd naar het heersende beeld van een ideale markteconomie. Dat proces lijkt momenteel gaande in het goederenrecht: gedacht vanuit duurzaamheid of solidariteit, brengt de eigendom dan meer verantwoordelijkheden met zich voor de eigenaar?<sup>[27]</sup> Of moet het eigendomsbegrip daarvoor worden aangepast?<sup>[28]</sup>

Als het gaat om dit soort interne correcties op de markt en marktwerking, is het privaatrecht flexibel. Die flexibiliteit biedt de mogelijkheid om maatschappelijke belangen een plek te geven - maar dus wel binnen het heersende beeld van de ideale markt.<sup>[29]</sup> Ook de bescherming van zwakkere partijen laat het wezen van de marktwerking uiteindelijk ongemoeid: het paradigma van het Nederlandse privaatrecht blijft gedacht vanuit een rationeel, autonoom individu.<sup>[30]</sup> Juist vanwege dit gedeelde uitgangspunt met het economisch denken, kan het verbintenissenrecht niet alleen goed uitgelegd en begrepen worden aan de hand van economische begrippen:<sup>[31]</sup> een economische analyse kan helpen om bepaalde mechanismen of ontwikkelingen binnen het verbintenissenrecht te verhelderen. En daarmee bijdragen aan het verwezenlijken of op z'n minst nastreven van een ideale markt door het Nederlandse privaatrecht.

## 3. Markt en schaarste

### 3.1 Acute schaarste en marktwerking

Schaarste, zelfs extreme schaarste, is op zich niet problematisch voor het goed functioneren van een markt; sterker nog, markten bestaan bij de gratie van schaarste en willen daar tegelijkertijd juist een oplossing voor bieden. Zoals eerder aangegeven, zijn markten door het mechanisme van vraag en aanbod, het verdelingsinstrument voor private middelen bij uitstek.<sup>[32]</sup>

Voor een goed functionerende markt, moeten vraag en aanbod echter niet volledig uit de pas lopen: bij een plotselinge verstoring van vraag en aanbod door schaarste, bijvoorbeeld door overheidsingrijpen naar aanleiding van crises, kan de nakoming van overeenkomsten veel ingewikkelder en kostbaarder worden. Zoals ook in de inleiding aangegeven, is het niet denkbeeldig dat dit soort plotselinge verstoringen (veel) regelmatig zullen voorkomen, ook van de Nederlandse economie: een vergrijzende, groeiende wereldbevolking die een beroep doet op dezelfde schaarse bronnen, leidt tot een chronische schaarste aan arbeid, grondstoffen en voedsel. Als dergelijke schaarstes voor acute problemen zorgen, bijvoorbeeld bij de uitvoering van essentiële publieke diensten of een ernstige bedreiging van de volksgezondheid, kan dat aanleiding geven tot overheidsingrijpen in markten. Ook een veranderend klimaat en een dalende bodem, nopen tot overheidsingrijpen: onteigening vanwege stikstofdoelstellingen en stopzetting van gaswinning. Wat voor partijen op die markten dan weer tot de (economische) onmogelijkheid kan leiden om hun verplichtingen na te komen, wat opnieuw leidt tot ontwrichting van diezelfde markt. De vraag is hoe markten - en uiteindelijk in het verlengde daarvan het (Nederlandse) verbintenissenrecht - daarop (zouden moeten) reageren.

### 3.2 Economische onmogelijkheid, overmacht en redelijkheid en billijkheid

Schaarste, zeker plotselinge schaarste kan betekenen dat nakoming zo kostbaar wordt dat het voor een partij economisch onmogelijk wordt om na te komen. Vanuit rechtseconomisch perspectief, gaat het bij economische onmogelijkheid in beginsel niet om absolute of objectieve onmogelijkheid, maar om de subjectieve, praktische onuitvoerbaarheid voor een wederpartij: bij schaarste - ook plotselinge schaarste - blijft nakoming in theorie immers mogelijk.<sup>[33]</sup> Nakoming is alleen buitengewoon veel kostbaarder of moeilijker geworden dan voorzien bij het sluiten van het contract. Dat gold bijvoorbeeld zelfs voor de dreigende gastekorten van afgelopen winter en de personeelstekorten bij Schiphol afgelopen zomer: ook afgelopen winter werd er nog steeds gas verhandeld, alleen tegen astronomische prijzen; en Schiphol had natuurlijk wel degelijk extra personeel kunnen krijgen, als ze maar genoeg diep genoeg in de buidel had willen tasten. Alleen als de benodigde mensen of middelen echt niet meer te krijgen zijn, is er sprake van objectieve of absolute onmogelijkheid tot nakoming; en dat zal zich meestal voordoen bij species goederen of unieke vaardigheden of diensten. Bij het daadwerkelijk (komen te) ontbreken van de mogelijkheid tot presteren, kan een partij in veel rechtsstelsels, waaronder het Nederlandse, een beroep doen op overmacht of *force majeure*. Het daadwerkelijk ontbreken van een prestatie valt objectief vast te stellen: iets of iemand is er wel of niet. Daar hoeft op zich geen rechter aan te pas te komen. Bij acute schaarste blijft het echter *an sich* mogelijk om te presteren, hoe moeilijk of kostbaar dat misschien ook is: het gaat immers om een subjectieve, praktische onmogelijkheid - geen objectieve onmogelijkheid. Ondanks dat werd en wordt in het Nederlandse recht praktische onmogelijkheid in theorie wel op één lijn gesteld met absolute onmogelijkheid<sup>[34]</sup> - waardoor dus ook bij praktische of economische onmogelijkheid overmacht zou kunnen worden aangenomen op grond van art. 6:75 BW. In de praktijk lijkt subjectieve, economische onmogelijkheid als gevolg acute schaarste echter niet snel als grond voor overmacht te worden beschouwd of aanvaard.<sup>[35]</sup> Partijen zullen het er bovendien zelden over eens zijn wat beschouwd moet worden als economisch onmogelijk voor een van hen. Vandaar dat in geval van subjectieve onmogelijkheid als gevolg van onvoorziene omstandigheden, het Nederlandse recht bepaalt dat een rechter beslist over aanpassing of ontbinding van de overeenkomst (art. 6:258 BW). Als een partij eenzijdig nakoming weigert, bijvoorbeeld op grond van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 of 6:248 BW), terwijl een prestatie objectief gezien nog mogelijk is, ligt een gang naar de rechter door wederpartij overigens ook in de rede.<sup>[36]</sup> Want ook hier geldt dat partijen het er zelden over eens zullen zijn wanneer een prestatie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet meer gevraagd kan worden van een wederpartij.

Dergelijke situaties van economische onmogelijkheid als gevolg van onvoorziene omstandigheden, wil art. 6:258 BW regelen: door - acute - schaarste is uitvoering van de overeenkomst strikt genomen mogelijk, maar met economisch desastreuze gevolgen voor een van de partijen, waarbij vervolgens de rechter bepaalt of een overeenkomst moet worden aangepast of ontbonden.

### 3.3 Onvoorziene omstandigheden als economische onmogelijkheid

De vraag is hoe vanuit rechtseconomisch perspectief art. 6:258 BW en vooral de ondertussen aanzienlijke rechtspraak over onvoorziene omstandigheden<sup>[37]</sup> passen binnen die ideale markt: hoe sterk is het beginsel

van de contractuele gebondenheid, maar ook welke uitzonderingen zijn er mogelijk op dat beginsel? Wanneer is aanpassing of ontbinding van een contract mogelijk en hoe wordt daarbij de bescherming van zwakkere partijen gewaarborgd? Kan hiermee in de toekomst een mogelijk sterker toenemend aantal geschillen als gevolg van plotselinge schaarstes, of het nu gaat om arbeid, grondstoffen of voedsel, worden opgelost; en is die oplossing in lijn met het beginsel dat de markt nog steeds het uitgangspunt is bij de verdeling van schaarse, private middelen? Of is er ruimte voor het meewegen van andere publieke belangen?<sup>[38]</sup>

Voor de beantwoording van die vragen schets ik, zoals ook in de inleiding aangegeven (par. 1), nu eerst enkele fundamentele rechtseconomische inzichten als het gaat om contractuele gebondenheid: de efficiëntie van de markt en de reductie van transactiekosten *ex ante* (par. 4.1) bij een regeling van onvoorziene omstandigheden (par. 4.2). Vervolgens geef ik summier de gangbare economische analyse van het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden of economische onmogelijkheid weer: wanneer is nakoming nog efficiënt (par. 4.3); welke rol spelen de contractuele risicotoedeling en de hoedanigheid van partijen daarbij (par. 4.4); wanneer is nakoming onredelijk bezwarend geworden en hoe kunnen vage normen hierover tot strategisch gedrag leiden (par. 4.5); hoe zou het nadeel bij aanpassing van het contract verdeeld moeten worden en welke rol speelt de hoedanigheid van partijen bij deze rechterlijke risicotoedeling (par. 4.6).<sup>[39]</sup> Die rechtseconomische inzichten vergelijk ik vervolgens met rechterlijke uitspraken over onvoorziene omstandigheden: het *Heineken*-arrest<sup>[40]</sup> en de *Conceptable*-zaak<sup>[41]</sup> (par. 4.7).

## 4. Economische analyse van plotselinge schaarste

### 4.1 Pareto-efficiëntie en de reductie van transactiekosten vooraf

Marktwerking en contractuele gebondenheid hebben, zoals eerder al vermeld, goede economische gronden - en zijn daarmee van publiek belang. Contracten leiden normaliter tot een Pareto-verbetering voor beide partijen, namelijk wanneer de waarde van schaarse middelen voor de ene partij hoger is dan de contractprijs van die middelen en wanneer die contractprijs weer hoger is dan de kosten voor het produceren of verwerven van die middelen door de wederpartij. Beide partijen hebben een voordeel bij het sluiten van zo'n contract,<sup>[42]</sup> en dus ook bij de uitvoering daarvan. Als er weinig of geen tijd tussen sluiten en uitvoeren van het contract zit, verwezenlijkt zich dat voordeel (vrijwel) meteen: waarde en kosten bij de uitvoering van de overeenkomst verschillen niet of nauwelijks van die ten tijde van het sluiten van die overeenkomst.

Bij complexe duur- of leveringsovereenkomsten, met een lange looptijd, ligt dat anders. Daar zit er vaak wel (zeer) veel meer tijd tussen sluiting en uitvoering van de overeenkomst. Dan kan later opkomende schaarste van goederen of arbeidskrachten grote invloed hebben op de oorspronkelijke risicoverdeling. Bij duurovereenkomsten is die risicoverdeling daarom een buitengewoon belangrijk onderdeel van de overeenkomst, wat geregeld (zeer) gedetailleerd wordt uitgewerkt; vaak naar Angelsaksisch model.<sup>[43]</sup>

Vanuit rechtseconomisch perspectief, zal de inhoud van een contract dat de partijen zullen sluiten (in de situatie *ex ante*<sup>[44]</sup>), afhankelijk van de omstandigheden, dus altijd ergens tussen twee uitersten liggen, enerzijds een volledig open, ongespecificeerd contract en anderzijds een volledig gespecificeerd contract.<sup>[45]</sup> Als sluiting en uitvoering van de overeenkomst in wezen samenvallen en/of als er al veel wettelijke regels of algemene voorwaarden zijn, dan kan een overeenkomst bijvoorbeeld op het punt van de contractuele risicoverdeling eenvoudig en beknopt worden gehouden. Maar wanneer een contract bijvoorbeeld een zeer lange looptijd heeft, het complexe projecten betreft of wanneer partijen niet kunnen vertrouwen op standaardregels, dan zal de contractuele risicoverdeling zeer gedetailleerd moeten zijn. Grote investeringen in landen zonder betrouwbare rechtssystemen zouden vanuit rechtseconomisch perspectief onvermijdelijk moeten resulteren in zeer gedetailleerde contracten. Het hangt van de omstandigheden af wanneer het efficiënt is om een zeer gespecificeerd contract te hebben.

Maar in alle situaties zullen partijen een punt bereiken waarop de marginale kosten van aanvullende contractbepalingen de marginale baten zullen overstijgen. Op dat moment is het niet meer lonend om nieuwe

bepalingen toe te voegen. Dit is het geval wanneer de kans dat een situatie zich voordoet zo klein is dat het economisch inefficiënt is om het risico van die situatie toe te delen.<sup>[46]</sup> Vooral als er al wettelijke (standaard)bepalingen zijn, wordt het op een gegeven moment inefficiënt om nog meer voorwaarden toe te voegen, juist omdat het onderwerp van die voorwaarden al wordt behandeld door bestaande wettelijke regels.<sup>[47]</sup>

## 4.2 Onvoorzien: niet voorzien of niet voorzienbaar?

Theoretisch gezien kan er onderscheid worden gemaakt tussen gebeurtenissen die zo onwaarschijnlijk zijn dat redelijke partijen daar niet over zullen onderhandelen (en dus ook niet voorzien in het contract), en daadwerkelijk onvoorzienbare omstandigheden. In het eerste geval werkt art. 6:258 BW als een standaardregel die het welzijn van de partijen *ex ante* verbetert. Dit is het traditionele juridische en economische argument, namelijk dat een regeling voor onvoorzienbare omstandigheden de transactiekosten *ex ante* verlaagt. In plaats van een dergelijke gebeurtenis op te nemen in het contract, kunnen partijen ervoor kiezen om de regeling van de onvoorzienbare omstandigheden als standaardregel te gebruiken.<sup>[48]</sup> Maar in het tweede geval, wanneer een situatie echt niet voorzienbaar is, voegt een regeling *op voorhand* (*ex ante*) niets toe: de situatie is simpelweg onvoorzienbaar en dan kunnen partijen ook niet besluiten om het risico daarvan niet te voorzien. Voor daadwerkelijk onvoorzienbare omstandigheden, is een regeling voor onvoorzienbare omstandigheden rechtseconomisch relevant omdat het de welvaart *achteraf* (*ex post*) kan verbeteren, als een onvoorzienbare omstandigheid zich heeft voorgedaan (zie daarover par. 4.3-4.7).

In de praktijk komen deze twee situaties overigens op hetzelfde neer. Partijen met voldoende fantasie kunnen alle mogelijke situaties doordenken. Maar sommige aannames zijn zo fundamenteel dat partijen niet zullen onderhandelen over mogelijke afwijkingen van die aannames. Als dat komt omdat het bijna onmogelijk is om ze voor te stellen of omdat de kans dat een bepaalde afwijking optreedt onmogelijk klein is, verschilt niet wezenlijk van elkaar.<sup>[49]</sup>

Waar het uiteindelijk om gaat, ook bij art. 6:258 BW, is of bepaalde omstandigheden zijn voorzien, dat wil zeggen verdisconteerd, in de oorspronkelijke, contractuele risicoverdeling: daarbij maakt het niet uit of die omstandigheden nu voorzienbaar of onvoorzienbaar waren. Toch is overigens juist die onvoorzienbaarheid in het verleden door de Nederlandse rechter mede gebruikt als een eerste drempel bij een beroep op - destijds - overmacht, art. 1280 en 1281 Oud BW: onder meer tijdens de Eerste Wereldoorlog hebben Nederlandse rechters het beroep op overmacht stelselmatig afgewezen ook omdat - achteraf gezien - de omstandigheden die zouden moeten leiden tot overmacht, natuurlijk wel degelijk voorzienbaar waren.<sup>[50]</sup>

De regeling omtrent onvoorzienbare omstandigheden als standaardregel is echter niet alleen bedoeld om de welvaart op voorhand, *ex ante*, te verbeteren, maar ook de welvaart achteraf, *ex post*. En de vraag is of in die fase misschien andere publieke belangen dan een goed functionerende markt een rol zouden kunnen spelen bij het ingrijpen in de contractuele gebondenheid.

## 4.3 Contractuele billijkheid, Kaldor-Hicks-efficiëntie en financieel verlies

Bij het optreden van acute schaarste, kan een oorspronkelijke Pareto-verbetering verdwijnen, bijvoorbeeld als sterk gestegen kosten voor de ene partij de contractprijs overtreffen. Zolang die gestegen kosten echter onder de waarde van de prestatie voor de wederpartij blijven, gaat de totale welvaart er nog steeds op vooruit. Theoretisch gezien zou die wederpartij in zo'n geval namelijk de andere partij kunnen compenseren voor de gestegen kosten; er is dan nog steeds sprake van een zogenaamde Kaldor-Hicks-verbetering.<sup>[51]</sup> Zolang de kosten van de wederpartij onder de waarde voor de andere partij blijven, zal zo'n verdeling altijd Kaldor-Hicks-efficiënt zijn, omdat de ene partij, in elk geval hypothetisch, de wederpartij kan compenseren.

Soms gaat een kostenstijging enkel een individuele partij aan, zoals een brand of een staking in een fabriek. Die gebeurtenissen hebben normaal gesproken geen invloed op de waarde van het goed voor de wederpartij. Maar bij globale, omvangrijke crises zoals een oorlog, een oliecrisis, een kredietcrisis, een pandemie of een tekort aan grondstoffen of arbeidskrachten, zal de stijging van de kosten voor de ene partij in de regel worden

[52]



weerspiegeld in een waardestijging voor de wederpartij: sterker nog, in globale crises zal een kostenstijging voor de ene partij geregeld vrijwel parallel lopen aan de waardestijging voor een wederpartij, vooral als het soortzaken betreft. De stijging in de gasprijzen na de Russische inval in Oekraïne, liet zich door de hele gasmarkt voelen, voor producenten, tussenhandelaars en consumenten. Een vergelijkbare ontwikkeling van kosten en waarde deed zich mijns inziens ook voor bij huurovereenkomsten in de horeca of retail tijdens de coronacrisis. Strikt genomen gebeurde er natuurlijk heel weinig met de huurprijzen tijdens de coronacrisis, zeker in het begin niet: huurprijzen gingen niet opeens omhoog - in dat opzicht stegen de kosten of de waarde niet. Maar door het wegvallen van inkomsten doordat het gehuurde niet geëxploiteerd kon worden, vertegenwoordigde het betalen van die huurprijs opeens een relatief (veel) grotere kostenpost: in dat opzicht 'stegen' de huurprijzen voor huurders. Ook voor verhuurders gingen de inkomsten uit verhuur natuurlijk niet opeens omhoog bij de coronacrisis. Maar de waarde die een verhuurder hechtte aan het ongestoord kunnen incasseren van de huurprijs zal in de meeste gevallen ook zijn toegenomen: bij ontbinding of aanpassing van de huurovereenkomst zou een verhuurder waarschijnlijk genoeg moeten nemen met een (veel) lagere huurprijs, wat weer (vergaande) effecten zal hebben op bedrijfsvoering en winstgevendheid. Vanuit dat opzicht 'steeg' ook de waarde van de huurprijs voor de verhuurder. De coronacrisis zorgde daarmee voor een 'verstoring van de waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties' door onvoorziene omstandigheden.<sup>[53]</sup> Het vervolgens kwantificeren van dit nadeel kan ingewikkeld zijn, en niet alleen bij huurovereenkomsten (zie ook verderop par. 4.6).<sup>[54]</sup>

Een efficiënte verdeling van middelen wordt bereikt zolang de kosten van de ene partij onder de waarde voor de wederpartij blijven: dan gaat de totale welvaart er nog steeds op vooruit. Een dergelijke verdeling hoeft dus niet per se een Pareto-efficiënte oplossing te zijn, aangezien de kosten van een getroffen partij kunnen stijgen tot (ver) boven de oorspronkelijke contractprijs. Maar zolang de kosten van de getroffen partij onder de waarde voor de wederpartij blijven, zal zo'n verdeling wel Kaldor-Hicks-efficiënt zijn, omdat de wederpartij, in elk geval hypothetisch, de getroffen partij kan compenseren. Dit resultaat kan worden bereikt wanneer een getroffen partij kan kiezen tussen nakomen of het betalen van schadevergoeding (*perfect expectation damages* of verwachtingsschade).<sup>[55]</sup> Nakoming is efficiënt zolang de kosten voor de getroffen partij onder de waarde voor de wederpartij blijven. Wanneer de kosten van een getroffen partij echter (veel) hoger zijn dan de waarde voor de wederpartij, zou niet-nakoming, dat wil zeggen het betalen van verwachtingsschade, efficiënter zijn: het betalen van schadevergoeding is dan immers goedkoper dan nakoming.<sup>[56]</sup> Onder deze verwachtingsschadereguleer (*perfect-expectation-damages rule*) kunnen de verliezen van de ene partij hypothetisch altijd worden gecompenseerd door de winst van de wederpartij, door middel van een *zero-sum-game*.<sup>[57]</sup> In rechtsstelsels waar nakoming de primaire remedie is, kan een getroffen partij - geconfronteerd met extreme prijsstijgingen door acute schaarste - in beginsel niet teruggrijpen op het vergoeden van het positieve contractbelang als de kosten boven de waarde van de wederpartij uitgaan.<sup>[58]</sup> Het achterhalen en kwantificeren van verliezen en winsten maakt ook de toepassing van de *perfect-expectation-damages* tot een complexe aangelegenheid.

Zeker waar een partij daadwerkelijke nakoming kan vorderen, zoals in het Nederlandse recht,<sup>[59]</sup> kan het gevolg van prijsstijgingen door acute schaarste, waarbij de wederpartij alle voordelen geniet, terwijl de getroffen partij alle verlies voor haar of zijn rekening moet nemen, hoogst onbillijk lijken - ook al kan dat verlies hypothetisch worden gecompenseerd vanuit het voordeel van de wederpartij. De mogelijkheid dat verlies wordt geleden is echter ook inherent aan een markteconomie.

Die onbillijkheid mag alleen dan invloed hebben op de contractuele gebondenheid als de overeenkomst onuitvoerbaar is geworden, naar Nederlands recht als 'de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten'. Vanuit rechtseconomisch perspectief, zal dat vooral het geval zijn als het financiële verlies door die prijsstijgingen zodanig groot is, dat daardoor een onderneming en de financiële organisatie daarvan, gevaar lopen.<sup>[60]</sup>

#### 4.4 Risicotoedeling en de hoedanigheid van partijen

Bij een beroep op onvoorziene omstandigheden, zal vanzelfsprekend allereerst moeten worden vastgesteld of het risico van prijsstijgingen als gevolg van acute schaarste niet toch *expliciet* aan een van de partijen is toebedeeld. Want als het risico sowieso al contractueel bij een van de partijen ligt - en de omstandigheden dus

toch niet contractueel onvoorzien waren - moet het contract gewoon worden uitgevoerd of schadevergoeding worden betaald: dat is efficiënt, want het contract vertegenwoordigt nog steeds een *ex ante* Pareto-verbetering.<sup>[61]</sup>

Niet alle risico's zullen of kunnen overigens op voorhand expliciet door partijen worden verdeeld. Sommige risico's zijn bijvoorbeeld niet of nauwelijks te verzekeren omdat ze niet aan statistische regels beantwoorden: het uitbreken van een oorlog of een pandemie, het ontstaan van financiële crises, komen zo sporadisch voor dat daar geen statistiek op valt los te laten. En zelfs als dat mogelijk zou zijn, dan zou een verzekering veel te duur worden. De kosten die gemoeid zijn met de toerekening van alle risico's van alle mogelijke dramatische prijsstijgingen als gevolg van alle mogelijke omstandigheden, hoewel de waarschijnlijkheid van de meeste van die omstandigheden zeer klein zal zijn, zullen onbetaalbaar hoog zijn.<sup>[62]</sup>

Als het risico blijkens het contract niet expliciet aan een van de partijen is toegerekend, kan het toch vooraf *impliciet* aan een van hen zijn toegewezen. Of het risico van een bepaalde gebeurtenis al op voorhand impliciet aan een van de partijen is toebedeeld, hangt af van de uitleg van een contract<sup>[63]</sup> - een van de conventionele doctrines van het contractenrecht is dan dus van toepassing.<sup>[64]</sup> Ook tijdens de coronacrisis bleek dat in veel gevallen rechters oordeelden dat risico's wel degelijk waren toebedeeld, vooral in die gevallen waar de coronacrisis sowieso al geen rol van betekenis speelde bij de nakoming van een overeenkomst.<sup>[65]</sup> Belangrijke rechtseconomische criteria om te bepalen of en hoe partijen risico's impliciet hebben verdeeld, zijn: wie kan het goedkoopste kosten vermijden,<sup>[66]</sup> wie kan zich het goedkoopste verzekeren<sup>[67]</sup> en, cruciaal als het gaat om acute schaarste, wie kan het beste risico's dragen. <sup>[68]</sup> Deze rechtseconomische criteria hebben als zodanig geen vaste plaats in het Nederlandse recht bij de uitleg van overeenkomsten, anders dan de hoedanigheid van contractspartijen.<sup>[69]</sup> Die hoedanigheid of, iets neutraler, de maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van partijen - zelfstandige, mkb'er, grootbedrijf, multinational - houdt echter tot op zekere hoogte wel degelijk verband met deze criteria. Dat geldt misschien in mindere mate voor het kunnen vermijden van kosten of het zich goedkoop kunnen verzekeren: dat heeft behalve met de omvang van een partij ook met specifieke deskundigheid of het opereren binnen een bepaalde (niche)markt te maken. Maar het kunnen dragen van risico's, heeft behalve met deskundigheid in belangrijke mate met de omvang van partijen te maken: de schaalvoordelen die grotere partijen hebben maakt het makkelijker om klappen op te vangen. Deze rechtseconomische criteria kunnen mijns inziens helpen om de hoedanigheid van partijen bij de risicotoedeling aan partijen te concretiseren: wat voor rol speelt die hoedanigheid nu precies als gaat om de toedeling van risico's? Op een dergelijk verband tussen deze rechtseconomische criteria en de hoedanigheid van partijen, wordt verderop dieper ingegaan, als het gaat over de eventuele aanpassing van het contract (par. 4.6). Vanzelfsprekend hangt in het Nederlandse recht de uitleg van de risicoverdeling in een overeenkomst van meer factoren af dan alleen de hoedanigheid van partijen,<sup>[70]</sup> maar in deze bijdrage beperk ik mij tot een mogelijk verband tussen de voorgenoemde rechtseconomische criteria en de hoedanigheid van partijen. Door deze voorvraag over de impliciete risicoverdeling blijkens het contract - was het risico van het intreden van de onvoorzien omstandigheden niet toch *impliciet* aan een van partijen toebedeeld? - ligt in veel rechtsstelsels een beroep op het leerstuk onvoorzien omstandigheden in de praktijk nogal dicht aan tegen een extensieve uitleg van het contract.<sup>[71]</sup> Ook de partij aan wie het risico blijkens het contract impliciet is toegerekend, dient de verliezen van de onvoorzien omstandigheden te dragen.

#### 4.5 Onredelijke bezwarendheid en strategisch gedrag

Alleen als een risico ook impliciet niet is toebedeeld, moet worden beslist of het nadeel voor een partij de overeenkomst onuitvoerbaar maakt, wat betekent dat zijn financiële verliezen onaanvaardbaar groot moeten zijn en de prestatie dus economisch onmogelijk. Dit is het daadwerkelijke beroep op onvoorzien omstandigheden en hier zou die onuitvoerbaarheid - naar Nederlands recht als 'de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten' - als een drempel moeten functioneren. Die drempel zou een theoretisch efficiënt niveau moeten hebben, wat betekent dat de marginale voordelen van het beroep op onvoorzien omstandigheden gelijk moeten zijn aan de marginale kosten. Of, met andere woorden, het voordeel van een beroep op onvoorzien omstandigheden voor de ene partij moet gelijk zijn aan het verlies van de andere partij, met inbegrip van de kosten van onder meer procesvoering en heronderhandeling. Wanneer de drempel te laag is, zullen efficiënte

contracten worden beëindigd of gewijzigd en zal ook het aantal rechtszaken inefficiënt hoog zijn. Aan de andere kant, wanneer de drempel te hoog wordt gesteld, zullen partijen inefficiënte contracten moeten uitvoeren en verdwijnt elke efficiëntie van een leerstuk over onvoorziene omstandigheden.

Helaas is de vaagheid van de rechtseconomische criteria die gebruikt worden om te beslissen of een risico impliciet is toegewezen en of de uitvoering al dan niet uitvoerbaar is, problematisch vanuit efficiëntie-oogpunt. De criteria over risicotoedeling (zie par. 4.4) - wie het goedkoopst kosten kan vermijden, wie zich het goedkoopst kan verzekeren en wie het beste risico's kan dragen, de superieure risicodragers - maar vooral ook wanneer nakoming van een overeenkomst niet meer efficiënt is (of: economisch gezien onmogelijk), kunnen voor rechters moeilijk te bepalen factoren zijn. Dergelijke factoren geven rechters een grote vrijheid bij het beoordelen van zaken over onvoorziene omstandigheden. Vage normen over risicotoedeling en vooral de onredelijke bezwarendheid maken de uitkomst van zaken over onvoorziene omstandigheden inherent onvoorspelbaar. En als een uitkomst onvoorspelbaar is, komen partijen in de verleiding om het hele bedrag dat op het spel staat in een conflict, uit te geven aan juridische procedures. De kosten die aan procesvoering worden besteed, kunnen zelfs min of meer rechtstreeks correleren met de waarde van de betwiste prestatie. Als er veel geld met een conflict gemoeid is, zouden partijen het hele bedrag dat op het spel staat kunnen uitgeven aan procederen, simpelweg omdat ze de kans op succes niet kennen. Zo kunnen die vage factoren leiden tot direct onproductief winstbejag in de situatie *ex post*, als de onvoorziene omstandigheden zich hebben voorgedaan.<sup>[72]</sup> Overigens kan er op voorhand, in de situatie *ex ante*, een zekere preventieve werking van vage normen uitgaan, waardoor partijen eerder geneigd zullen zijn om te proberen duidelijke afspraken te maken bij het sluiten van het contract, zoals door het opnemen van Material Adverse Change-clausules.<sup>[73]</sup>

Van oudsher en in elk geval tot aan de coronacrisis, waren Nederlandse rechters over het algemeen (zeer) terughoudend met het überhaupt kwalificeren van omstandigheden als onvoorzien.<sup>[74]</sup> En als ze uiteindelijk bepaalde omstandigheden als onvoorzien kwalificeren, zoals de coronacrisis,<sup>[75]</sup> dan wordt in beginsel nog steeds een hoge drempel aangelegd bij de toetsing aan de redelijkheid en billijkheid.<sup>[76]</sup> Die nog altijd hoge drempel voor een succesvol beroep op onvoorziene omstandigheden, of anders gezegd, de sterke nadruk op de contractuele gebondenheid van partijen, laat het publieke belang van een vrije markt zien.

#### 4.6 Ontbinding, aanpassing en de hoedanigheid van contractspartijen

Als het financiële verlies voor een getroffen partij onder de drempel van de maatstaf van redelijkheid en billijkheid blijft, moeten die verliezen blijven waar ze zijn gevallen. Maar wanneer de verliezen boven die drempel uitkomen, kan het contract op verlangen van de getroffen partij worden ontbonden of aangepast.

Het is duidelijk dat wanneer een overeenkomst niet langer efficiënt is - dat wil zeggen: niet langer een Kaldor-Hicks-verbetering - rechters zo'n contract vanuit rechtseconomisch oogpunt zouden moeten ontbinden: nakoming kost de getroffen partij meer dan het de wederpartij oplevert. In zo'n geval kan ervan uitgegaan worden dat een getroffen partij ook inderdaad ontbinding zal vragen. Als een contract - ook al is door plotselinge schaarste een beroep op nakoming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar geworden - op zich nog steeds efficiënt is,<sup>[77]</sup> dan rijst de vraag of dat contract aangepast<sup>[78]</sup> of ontbonden moet worden. Voor beide opties - aanpassing of ontbinding - zijn rechtseconomische en ook praktische argumenten aan te voeren.

Wanneer rechters het contract aanpassen, kunnen ze dicht bij de voorkeuren van partijen blijven, zoals die op voorhand - *ex ante* - zouden zijn geweest. Immers, op voorhand zouden partijen ook een overeenkomst hebben gesloten, alleen met een andere verdeling van het risico van de onvoorziene omstandigheden. Maar dan moet een rechter de risico's wel zo verdelen, zoals de partijen dat zelf zouden hebben gedaan in de situatie *ex ante*, bij het sluiten van de overeenkomst, als zij rekening hadden willen en kunnen houden met de betreffende omstandigheden.<sup>[79]</sup> Vanuit rechtseconomisch perspectief belangrijke criteria om te bepalen hoe partijen in de *ex ante* situatie een risico zouden hebben toegerekend, zijn de eerdergenoemde drie criteria (zie par. 4.4): wie kan het goedkoopste kosten vermijden, wie kan zich het goedkoopste verzekeren en, cruciaal, wie kan het beste risico's dragen.

De eerste twee criteria spelen bij het bepalen door de rechter van de risicoverdeling *ex ante*, dus bij de

aanpassing van een contract, een minder belangrijke rol.<sup>[80]</sup> Van daadwerkelijk onvoorzienbare omstandigheden kunnen de kosten überhaupt niet op voorhand vermeden worden: ze zijn immers onvoorzienbaar. Maar ook als de kans op bepaalde omstandigheden, zelfs als ze in de strikte zin van het woord voorzienbaar zouden zijn (en theoretisch dus in een contractuele risicoverdeling hadden kunnen worden meegenomen), heel erg klein is, dan kunnen de kosten voor het vermijden van dergelijke omstandigheden gemakkelijk oplopen, (ver) boven het verwachte voordeel van het vermijden van de kosten die samenhangen met het intreden van die omstandigheden. Of anders gezegd, het heeft geen zin om de kosten te vermijden van gebeurtenissen waarvan de kans dat ze plaatsvinden, miniem is. Bovendien zal in de meeste gevallen van economische onmogelijkheid geen van de partijen de gebeurtenissen kunnen beïnvloeden of vermijden. Het zal dus in de meeste gevallen gaan om het achteraf, *ex post*, als de onvoorzienbare omstandigheid zich heeft voorgedaan, beperken van verdere schade of kosten.<sup>[81]</sup> De goedkoopste verzekeraar is de partij die een kostenstijging tegen de laagste prijs kan verzekeren. Doorgaans zou deze partij het risico van een kostenstijging op zich hebben genomen in de *ex ante* situatie, dus bij het sluiten van het contract. Maar onvoorzienbare omstandigheden of omstandigheden waarvan de kans dat ze zich voordoen heel klein is, zijn niet of nauwelijks te verzekeren: die omstandigheden beantwoorden immers niet aan statistische regels. Bovendien zal een verzekering die alle risico's die aan dat soort gevallen zijn verbonden afdekt, buitengewoon kostbaar worden. Daarom is ook dit criterium niet erg behulpzaam bij het bepalen van de risicoverdeling *ex ante* van de partijen in geval van onvoorzienbare omstandigheden.<sup>[82]</sup> De superieure risicodragers zijn de partijen die het risico dat de verliezen zich voordoen tegen de laagste kosten kan dragen. Dit hangt vooral af van het vermogen van een partij om informatie te verzamelen en schaalvoordelen te benutten. Hoewel het voordeel van beter geïnformeerd zijn bij onvoorzienbare omstandigheden of omstandigheden waarvan de kans dat die zich voordoet heel klein is, minder van belang is, blijven schaalvoordelen onaangetaast bij dergelijke gebeurtenissen.<sup>[83]</sup>

Wanneer de getroffen partij het goedkoopst kosten kan vermijden, zich het goedkoopst kan verzekeren en het beste risico's kan dragen, moeten de verliezen door gestegen kosten aan hem worden toebedeeld; met andere woorden, de verliezen blijven waar ze waren gevallen. Deze situatie lijkt vanzelfsprekend sterk op de impliciete risicotoedeling (par. 4.4), en verschilt daar vooral theoretisch van. Immers, of het risico van een onvoorzienbare omstandigheid nu impliciet aan een getroffen partij wordt toebedeeld op basis van de uitleg van het contract, zoals hiervoor beschreven (par. 4.4); of dat het risico voor die onvoorzienbare omstandigheid weliswaar blijkt de overeenkomst *niet* aan deze partij kan worden toebedeeld, maar bij de vraag of de overeenkomst zou moeten worden aangepast, het risico voor die onvoorzienbare omstandigheid alsnog *wel* bij de getroffen partij blijft liggen, is lood om oud ijzer: het maakt voor het eindresultaat niet uit.<sup>[84]</sup>

Wanneer de wederpartij echter het goedkoopst kosten kan vermijden, zich het goedkoopst kan verzekeren en het beste risico's kan dragen, zal de kostenstijging voor zijn rekening moeten komen - mits die verliezen dus inderdaad niet meer te dragen zijn voor de getroffen partij. Als beide partijen de kosten tegen dezelfde prijs hadden kunnen vermijden, of het risico met dezelfde inspanning hadden kunnen verzekeren en ook gelijkwaardige risicodragers zijn, zullen zij de verliezen moeten delen als een beroep op nakoming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is geworden. Hetzelfde gebeurt wanneer beide partijen over het geheel in vergelijkbare posities waren om de verliezen te vermijden. De ene partij kan bijvoorbeeld het goedkoopst kosten vermijden, maar de wederpartij kan zich het goedkoopst verzekeren en het makkelijkst risico's dragen. En als de partijen in een min of meer gelijke positie verkeren om risico's te dragen, ook dan moeten de verliezen onder partijen worden verdeeld. In z'n algemeenheid zal de rechter een risicoverdeling moeten opstellen die partijen *ex ante* ook zouden hebben opgesteld, gelet op de meergenoemde criteria: wie kan het makkelijkst kosten vermijden? Wie kan zich het goedkoopst verzekeren? Wie kan het beste de risico's dragen? Aan de hand van die risicoverdeling zal de rechter vervolgens de gestegen kosten moeten toewijzen of het nadeel moeten verdelen.

Zoals gezegd hebben deze rechtseconomische criteria als zodanig geen vaste plaats in het Nederlandse recht, noch bij de uitleg van overeenkomsten (zie par. 4.4), noch bij de aanpassing van overeenkomsten naar aanleiding van onvoorzienbare omstandigheden - in tegenstelling tot de hoedanigheid van contractspartijen.<sup>[85]</sup> In de coronarechtspraak werd echter wel met regelmaat gerefereerd aan de maatschappelijke en/of financiële positie en onderlinge verhouding<sup>[86]</sup> of de hoedanigheid van partijen.<sup>[87]</sup> De eerdergenoemde rechtseconomische criteria kunnen helpen om die hoedanigheid van partijen nader te verklaren en te

preciseren - deels lijkt dat ook al te gebeuren, vooral in corona-huurrechtspraak sinds het *Heineken*-arrest.

#### 4.7 Het Heineken-arrest en de superieure risicodragers

In de coronarechtspraak over de huur van bedrijfs- of winkelruimte, meestal in kort geding, ging het eigenlijk standaard over (tijdelijke) aanpassing van huurcontracten - en niet ontbinding, omdat partijen vaak simpelweg tot elkaar veroordeeld zijn.<sup>[88]</sup> Een huurder zit niet voor niets op een bepaalde plek en heeft de bedrijfsvoering daarop aangepast: als getroffen partij is een huurder dus meestal hooguit geïnteresseerd in aanpassing van het contract. En een verhuurder heeft na ontbinding vaak ook niet de keuze uit een veelheid aan nieuwe huurders, zeker niet op korte termijn als een onvoorziene omstandigheid het economisch leven ontwricht, zoals de coronacrisis. Op langere termijn zal een contract niettemin, als het goed is, nog rendabel zijn. Daarnaast konden partijen bij huurzaken waar een beroep op onvoorziene omstandigheden werd gedaan, vaak vrij goed inzichtelijk maken wat volgens hen het nadeel was, namelijk, kort door de bocht: voor de huurder het moeten betalen van huur zonder exploitatie van het gehuurde; voor de verhuurder het moeten missen van huurinkomsten als de huurder niet zou betalen, terwijl zijn kosten gewoon doorlopen. Tot aan het *Heineken*-arrest werd dat nadeel in een heel aantal gevallen zonder veel nadere motivering gelijkelijk over de huurder en de verhuurder verdeeld;<sup>[89]</sup> in lijn met de gedachte vanuit rechtsgeleerde hoek om de pijn te verdelen, de *share-the-pain*-filosofie.<sup>[90]</sup>

In het *Heineken*-arrest van 24 december 2021, geeft de Hoge Raad, hoewel summier, een motivering voor de gelijke verdeling van het nadeel over partijen, die mijns inziens in elk geval deels aansluit bij en verklaard kan worden door het rechtseconomisch criterium van de beste risicodragers.<sup>[91]</sup> In de eerste plaats baseert de Hoge Raad de gelijke verdeling van het nadeel op de risicosfeer van partijen - althans het ontbreken daarvan:

“Nadeel veroorzaakt door de (...) [onvoorziene, JO] omstandigheid, valt in de regel noch in de risicosfeer van de huurder, noch in die van de verhuurder. De verstoring van de waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties wordt *daarom* [mijn cursivering] in beginsel het beste ondervangen door dit nadeel - (...) - gelijk te verdelen over de verhuurder en de huurder.”<sup>[92]</sup>

Wat tot die risicosfeer behoort, hangt vanzelfsprekend af van de (uitleg van de) overeenkomst en het toepasselijk recht,<sup>[93]</sup> en dus ook van de hoedanigheid van partijen<sup>[94]</sup> en kan mijns inziens in elk geval mede begrepen worden als de mate waarin partijen risico's kunnen dragen. De Hoge Raad overweegt namelijk vervolgens dat er van die gelijke verdeling van het nadeel kan worden afgeweken op grond van omstandigheden die te maken hebben met de hoedanigheid van een huurder of verhuurder of de financiële positie van een der partijen.<sup>[95]</sup> Of, anders geformuleerd, het nadeel door een onvoorziene omstandigheid wordt gelijk verdeeld omdat het niet tot de risicosfeer van een van beide partijen behoort, tenzij de specifieke hoedanigheid of positie van een van de partijen aanleiding geven tot een andere verdeling van het nadeel - als kennelijk een van de partijen blijkt de superieure risicodragers te zijn, bijvoorbeeld door schaalvoordelen die samenhangen met de omvang van die partij (zie par. 4.6). Het lijkt misschien wat vergezocht, maar dit duidt er mijns inziens op dat de Hoge Raad er kennelijk vanuit gaat dat partijen de risico's van een nadeel als gevolg van onvoorziene omstandigheden evengoed kunnen dragen, tenzij - immers - het tegendeel blijkt op grond van hun hoedanigheid of onderlinge financiële positie. *Share-the-pain* geldt dus vooral als, en omdat, partijen evengoed de risico's van een verlies kunnen dragen. *Share-the-pain* geldt niet onverkort als een van de partijen op grond van diens financiële positie veel draagkrachtiger is: solidariteit wordt gevraagd van gelijkwaardige partijen. Tussen partijen van verschillende hoedanigheid - omvang, deskundigheid - en financiële positie, wordt meer van de een dan van de ander gevraagd, al zijn het kennelijk ook ondernemers.<sup>[96]</sup> Dat kan geïllustreerd worden met de *Conceptable*-zaak van krap een jaar later.

In de *Conceptable*-zaak van 14 december 2022, past de kantonrechter de tenzij-regel uit het *Heineken*-arrest namelijk toe en komt op grond van de financiële positie van partijen tot een andere verdeling van het nadeel.<sup>[97]</sup> Eerst werd overwogen dat het nadeel in beginsel gelijk zou moeten worden verdeeld, omdat het niet tot de risicosfeer van een van beide partijen behoorde.<sup>[98]</sup> De gedaagde, *Conceptable*, was echter een groot kledingconcern, terwijl de eiser een particuliere belegger was, die zijn pand - zijn beleggingsobject - verhuurde aan *Conceptable*.<sup>[99]</sup> Op grond daarvan kwam de kantonrechter tot een andere verdeling van het nadeel, namelijk 35%-65%,<sup>[100]</sup> in die zin dat *Conceptable* een korting van 35% kreeg, en dus 65% van het

nadeel te dragen had. Conceptable, in zijn hoedanigheid als groot kledingconcern, werd kennelijk beter in staat geacht om het risico van dit nadeel te dragen, dan de eiser in zijn hoedanigheid als particuliere belegger. Hier wordt, onder verwijzing naar de hoedanigheid van partijen, de zwakkere partij beschermd. Die zwakheid is overigens relatief, het gaat nog steeds om een ondernemer.<sup>[101]</sup> De verwijzing naar de hoedanigheid van partijen en hun onderlinge financiële positie in deze uitspraak, kan goed verdedigd worden vanuit rechtseconomisch perspectief. Als een van beide partijen op grond van zijn omvang, deskundigheid, financiële positie, etc., de betere risicodragers is, dan heeft die partij ook een groter deel van het nadeel door onvoorziene omstandigheden te dragen - vanzelfsprekend mits uit het contract geen andere risicoverdeling is gebleken. Die gedachte is voluit in lijn met het rechtseconomisch criterium van de betere risicodragers.

Het toewijzen van risico's volgens de *ex ante* situatie is overigens vaak moeilijk en (dus) arbitrair:<sup>[102]</sup> wie het goedkoopst kosten kan vermijden, wie zich het goedkoopst kan verzekeren en wie de beste risicodragers is, zijn immers moeilijk meetbare factoren voor rechters, ook als die gekoppeld worden aan hoedanigheid of maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van partijen. Waarom een verdeling van het nadeel van 65%-35% en geen 70%-30% of 60%-40% of nog iets anders in de *Conceptable*-zaak? De kantonrechter gaf hier zelf ook aan dat partijen niet volledig helder waren geweest over hun respectievelijke financiële posities; maar dat in het kader van de redelijkheid en billijkheid de kantonrechter het met name van belang achtte dat de financiële positie van Conceptable als groot kledingconcern wezenlijk anders is dan die van eiseres als particuliere belegger.<sup>[103]</sup> Dat vanuit rechtseconomisch perspectief een rechter zou moeten weten hoe prijsstijgingen door onvoorziene omstandigheden in de *ex ante* situatie door de partijen zouden zijn verdeeld, maakt in wezen elke regeling van onvoorziene omstandigheden (of: economische onmogelijkheid) uit de aard van de zaak ingewikkeld. Het is immers mogelijk dat rechters fouten maken bij deze toedeling.<sup>[104]</sup> Daarom is ontbinding en mogelijk hernieuwde contractsluiting vanuit rechtseconomisch perspectief ook een mogelijk efficiënte optie.

Het ontbinden van een efficiënt contract heeft echter als nadeel dat dit duidelijk niet in overeenstemming is met de voorkeur van partijen in de *ex ante* situatie, want de uitvoering van het contract is immers zelfs nog efficiënt in de *ex post* situatie. Aan de andere kant, juist omdat een contract nog steeds efficiënt is, zullen de partijen waarschijnlijk opnieuw onderhandelen over het ontbonden contract en een nieuw contract afsluiten, in lijn met hun voorkeuren. Heronderhandeling geeft partijen de mogelijkheid om voort te bouwen op hun voorkeuren *ex ante*. Het belang van heronderhandeling wordt ook in de Nederlandse rechtspraak onderkend.<sup>[105]</sup> Er zijn wat extra kosten aan heronderhandeling verbonden, maar de mogelijkheid van een gerechtelijke misrekening is uitgesloten. Overigens is het moeilijk in te schatten of de voordelen van het aanpassen van contracten in overeenstemming met de voorkeuren van de partijen, groter zijn dan de verliezen van verkeerd aangepaste contracten. Bovendien ligt die keuze ook niet bij de rechter; die is daarin afhankelijk van de vordering van de eiser; waarbij ervan uitgegaan kan worden dat die een voor hem efficiënte vordering zal instellen.

## 5. Slotbeschouwing

Een rechtseconomische analyse van het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden en een vergelijking daarvan met de huidige Nederlandse coronarechtspraak, laat zien dat de rechterlijke praktijk in grote lijnen beantwoordt aan de voorwaarden gesteld in die analyse. Met andere woorden, een rechtseconomische analyse van plotselinge schaarste en de Nederlandse jurisprudentie daaromtrent 'kloppen' met elkaar. Vanuit rechtseconomisch perspectief is contractuele gebondenheid fundamenteel voor een goed functionerende markt. Art. 6:258 BW, maar ook de meest recente rechtspraak, is daarmee in overeenstemming: de gebondenheid aan het contract staat voorop. Wanneer er dan uiteindelijk toch een uitzondering wordt gemaakt, en de hordes van onvoorzienbaarheid en onredelijke bezwarendheid genomen zijn, geeft de hoedanigheid van partijen in belangrijke mate richting aan de aanpassing van het contract. Net als eerder bij de totstandkoming en de uitleg van overeenkomsten, is ook bij de aanpassing van een overeenkomst naar aanleiding van onvoorziene omstandigheden, de hoedanigheid van partijen belangrijk bij het bepalen van de risicoverdeling van het nadeel dat is ontstaan.

Ergens is het natuurlijk logisch: het Nederlandse overeenkomstenrecht is gestoeld op ideeën van

marktwerking, met onderliggend liberaal economisch gedachtegoed; dan is het weinig verrassend dat dat overeenkomstenrecht bij uitstek verklaard en begrepen kan worden door middel van rechtseconomische begrippen en theorieën, en daaraan ook beantwoordt. Zo gaat dat met tautologische redeneringen. Zolang het overeenkomstenrecht blijft binnen het paradigma van de markt, zal in de eerste plaats het fundament van die marktwerking - de contractuele gebondenheid - worden verdedigd, zodra dat in gevaar komt. En dat is nu net het geval bij plotselinge schaarste. Juist dan zal die goed functionerende markt, als publiek belang worden verdedigd. Als het gaat om het waarborgen van andere publieke of maatschappelijke belangen in tijden van acute schaarste, bijvoorbeeld werkgelegenheid, dan zal de overheid daar dus buiten het bestaande overeenkomstenrecht om in moeten voorzien. Niettemin zijn de opvattingen over wat geldt als een goed functionerende, ideale markt in de afgelopen eeuw veranderd - er dient bijvoorbeeld rekening te worden gehouden met zwakkere partijen - en het zijn die veranderde opvattingen over wat een ideale markt is, die zich hebben gemanifesteerd in de coronarechtspraak over plotselinge schaarste en onvoorziene omstandigheden. Naast contractuele gebondenheid als waarborg voor een goed functionerende markt, past bij een ideale markt ook het ingrijpen in die contractuele gebondenheid als bij plotselinge schaarste onverkorte nakoming van een overeenkomst niet meer in redelijkheid gevraagd kan worden. Bij de aanpassing van een contract en de verdeling van het nadeel dat door plotselinge, onvoorziene schaarste is ontstaan, speelt de hoedanigheid en onderlinge positie van partijen een belangrijke rol. De werking van die hoedanigheid van partijen bij de aanpassing van een overeenkomst, kan niet alleen goed verklaard worden middels een rechtseconomische analyse: rechtseconomische begrippen, en dan vooral het concept van de superieure risicodragers, kunnen helpen om helder zicht te krijgen op welke rol de hoedanigheid van partijen speelt bij plotselinge schaarste.

---

## Voetnoten

- [1] Citeerwijze: J. Oosterhuis, 'Marktwerking als publiek belang bij onvoorziene omstandigheden. Schaarste, contractuele gebondenheid en de hoedanigheid van contractspartijen', *NTBR* 2023/21, afl. 5. Mr. J. (Janwillem) Oosterhuis is universitair docent Grondslagen van het recht aan de Universiteit Maastricht. Hij dankt de redactie voor haar kritische commentaar.
- [2] Of probeert juist schaarste te voorkomen: tijdens de coronacrisis leek de overheid schaarste van mondkapjes tegen elke prijs te willen voorkomen door geen mondkapjesplicht in te voeren.
- [3] HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974.
- [4] Rb. Noord-Holland 14 december 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:11856.
- [5] Zie bijvoorbeeld H.-B. Schäfer & C. Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Berlin: Springer 2012, p. 45.
- [6] D.L. Meadows & Club van Rome, *Rapport van de club van Rome: De grenzen aan de groei*, Utrecht: Aula-Boeken, 500; Het Spectrum 1972.
- [7] Zie fundamenteel C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten: op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht* (Markt, Overheid & Recht, 3), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013 en in dit nummer de bijdrage van E.F. Verheul over overdraagbaarheid van vergunningen en subsidies.
- [8] Wolswinkel 2013, p. 39-45, 61.
- [9] Zie bijvoorbeeld Wetenschappelijk Raad voor het Regeringsbeleid, *Publieke zaken in de marktsamenleving* (WRR-rapport nr. 87), Amsterdam: Amsterdam University Press 2012, p. 12 of recent W. van Boom, *Privaatrecht en markt: hoe het vermogensrecht onze marktsamenleving faciliteert en geleidt*, Den Haag: Boom Masterreeks; Boom juridisch 2020, p. 15.
- [10] Zie de missie van de ACM: 'Markten goed laten werken voor mensen en bedrijven', [https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/acm-strategie-2019-04-03\\_0.pdf](https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/acm-strategie-2019-04-03_0.pdf); Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Het borgen van publiek belang* (WRR-rapport nr. 56), Den Haag: WRR 2000, p.

59-88; Commissie Marktwerking en Publieke Belangen, *Overheid én markt: het resultaat telt!: voorbereiding bepalend voor succes* (Advies/SER, 10/01); Den Haag: Sociaal-Economische Raad 2010; WRR 2012, p. 55-66. Zie verder B. Baarsma & J. Theeuwes, 'Publiek belang en marktwerking: Argumenten voor een welvaartseconomische aanpak', in: E. van Damme & M.P. Schinkel, *Marktwerking en publieke belangen* (Preadviezen van de Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde), s.n, 2009, p. 23-51, hier vooral p. 37-38; E. van Damme, 'Goede marktwerking en overige publieke belangen', *M&M* 2017/1, p. 5-17, hier p. 9-10.

[11] Zie bijvoorbeeld J. van Sinderen, 'Marktwerking en toezicht: ACM als toezichthouder', *TvOF* 2012/44, afl. 4, p. 281-288; Damme, *M&M* 2017, p. 6-7, 10. Zie ook de drie centrale doelstellingen voor sociaal-economisch beleid van de SER (<https://www.ser.nl/-/media/ser/downloads/brochure/publieksbrochure.pdf>).

[12] Zie Baarsma & Theeuwes 2009, p. 32-33; Van Boom 2020, p. 47; D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming*, Deventer: Kluwer 2009.

[13] Zie over het liberale marktdenken, M.J. Wintle, *An Economic and Social History of the Netherlands, 1800-1920: Demographic, Economic, and Social Transition*, Cambridge: Cambridge University Press 2000, p. 256-258; J. Luiten van Zanden & A. van Riel, *The Strictures of Inheritance: The Dutch Economy in the Nineteenth Century*, Princeton, N.J.: Princeton University Press 2004, p. 168-187. Zie over liberalisme binnen het privaatrecht, J. Valkhoff, *Een eeuw rechtsontwikkeling: De vermaatschappelijking van het Nederlandse privaatrecht sinds de codificatie (1838)*, Amsterdam: De Arbeiderspers 1949, p. 11-18, 65-66, 117-118; P.C. Kop, *Legisme en Privaatrechtswetenschap: Legisme in de Nederlandse Privaatrechtswetenschap in de negentiende eeuw*, Deventer: Kluwer 1992, p. 5-10; G. van Maanen, *De Zutphense juffrouw en de ontrouwe bediende van Lindenbaum*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995; R. Feenstra & M. Ahsmann, *Contract: Aspecten van de begrippen contract en contractsvrijheid in historisch perspectief*, Deventer: Kluwer 1988, p. 7, 24, 28. Zie ook G.E. Langemeijer, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1985, p. 10-45; T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Markt en privaatrecht', *WPNR* 2010/141, afl. 6843, p. 396-404; Van Boom 2020, p. 167-173.

[14] Zie bijvoorbeeld Schäfer & Ott 2012, p. 95-103; Tjong Tjin Tai, *WPNR* 2010/141, p. 397-398; Van Boom 2020, p. 51-65.

[15] Zie bijvoorbeeld Feenstra & Ahsmann 1988, p. 6-7, 21-30; J. Oosterhuis, *Specific Performance in German, French and Dutch Law in the Nineteenth Century: Remedies in an Age of Fundamental Rights and Industrialisation* (Legal History Library, 4), Leiden: Martinus Nijhoff Publishers; Brill Academic Publishers 2011; J. Oosterhuis, 'Unexpected circumstances arising from World War I and its aftermath: open versus closed legal systems', *Erasmus Law Review* 2014/7, afl. 2, p. 67-79.

[16] Zie bijvoorbeeld Tjong Tjin Tai, *WPNR* 2010/141, p. 400-404; J.W. Flume, *Marktaustausch: Grundlegung einer Juristisch-Ökonomischen Theorie des Austauschverkehrs* (Jus Privatum 235); Mohr Siebeck: Tübingen 2019, p. 50-53; Damme, *M&M* 2017, p. 10.

[17] Over de faciliterende rol van overheden bij het waarborgen van markten, zie J. Oosterhuis, 'Private and Public in the Design of Commercial Law: Lessons from the History of Bills of Exchange', in: M. Heidemann & J. Lee (red.), *The Future of the Commercial Contract in Scholarship and Law Reform*, Cham: Springer 2018, 369-388.

[18] Zie Van Boom 2020, p. 14-24.

[19] Om vier klassieke vormen van marktfalen te noemen, zie Baarsma & Theeuwes 2009, p. 33-37. Zie ook Van Boom 2020, p. 123-124.

[20] Zie Langemeijer 1985, p. 86-98; R.J.Q. Klomp, *Opkomst en ondergang van het handelsrecht: over de aard en de positie van het handelsrecht, in het bijzonder in verhouding tot het burgerlijk recht, in Nederland in de negentiende en twintigste eeuw*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 193-198; Tjong Tjin Tai, *WPNR* 2010/141, p. 400-404; R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel Contractenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2022, p. 22-26; Van Boom 2020, p. 148-149.



[21] Zie E.H. Hondius, *Consumentenrecht* (Monografieën BW nr. A8), Deventer: Kluwer 2013, p. 7.

[22] Fundamenteel nog altijd R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de betekenis van de (onderlinge) hoedanigheid van partijen voor de totstandkoming en de vaststelling van de inhoud van rechtshandelingen*, Deventer: Kluwer 1994, hier in het bijzonder p. 13-14, 239-251. Zie ondertussen ook Tjittes 2022, in het bijzonder p. 22-29. Deze ontwikkeling binnen het overeenkomstenrecht komt - vanzelfsprekend - nog niet aan de orde in Valkhoff 1949.

[23] Voor ontluisterend beeld van Maastricht in de negentiende en twintigste eeuw, F. Bokern, *Crapuul: Kroniek van een krottenwijk*, Amsterdam: Van Oorschot 2022.

[24] Zie Valkhoff 1949, p. 65-116; W.B. de Vries, *Het Kinderwetje van Van Houten: Sociale wetgeving in de negentiende eeuw*, Hilversum: Verloren 2003; C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, *Opstellen over de historische ontwikkeling van het arbeidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, in het bijzonder de 'Ontwikkeling arbeidsovereenkomstenrecht en CAO/AVV-recht' (p. 15-36), 'Rechtshistorische beschouwingen over de arbeidsovereenkomst' (p. 37-56), 'De historische ontwikkeling van de cao in vogelvlucht' (p. 209-218) en 'De personele werkingssfeer van de socialeverzekeringswetten 1900-1960' (p. 261-274); J.M. de Jongh, *Tussen societas en universitas: de beursvennootschap en haar aandeelhouders in historisch perspectief*, Deventer: Kluwer 2014, p. 341-364; J.M. Roebroek & M. Hertogh, *De beschavende invloed des tijds: Twee eeuwen sociale politiek, verzorgingsstaat en sociale zekerheid in Nederland*, Tilburg: COSZ 1998.

[25] Zie Van Boom 2020, 150-157.

[26] Zie Tjong Tjin Tai, *WPNR* 2010/141, p. 400-404.

[27] Zie bijvoorbeeld B. Akkermans, 'Duurzaam Goederenrecht. Naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2018/55, afl. 3, p. 1437-1470; J. Smits, 'Vermogensongelijkheid: heeft het goederenrecht een antwoord op Piketty?', in: B. Akkermans & A. Berlee (red.), *'Sjef-Sache': Essays in Honour of Prof. Mr. Dr. J.H.H. (Sjef) Van Erp on the Occasion of His Retirement*, The Hague: Eleven International Publishing 2021, p. 153-161; B. Akkermans, *Sustainable Property Law: Reckoning, Resilience, and Reform*, The Hague: Eleven International Publishing 2022.

[28] Zie bijvoorbeeld P. van der Plank, 'Van privé- naar deelgebruik: Vereist dit wijziging van het Nederlandse eigendomsbegrip?', in: W. van Boom e.a. (red.), *Vooruitgedenkboek Burgerlijk Wetboek 1992-2022*, Den Haag: Boom juridisch 2023, p. 147-158, en M. Wallinga, 'Verduurzaming van de financiële markten: Privaatrecht fit for purpose?', in: W. van Boom e.a. (red.), *Vooruitgedenkboek Burgerlijk Wetboek 1992-2022*, Den Haag: Boom juridisch 2023, p. 159-189.

[29] Of dat nu indirect (klassiek) of meer gericht (instrumenteel) gebeurt, lijkt voor de uiteindelijke veranderingen overigens niet heel erg veel verschil te maken. Zie echter W.L. Valk, 'Klassiek en instrumenteel privaatrecht', *NTBR* 2023/2, afl. 1, die het onderscheid klassiek-instrumenteel juist van wezenlijk belang acht.

[30] Het mensbeeld dat ten grondslag ligt aan markten, is overigens niet neutraal en daarmee is de verdeling van schaarse middelen via markten ook waardegeladen; het huidige paradigma is in belangrijke mate medebepalend voor bijvoorbeeld de verdeling van welvaart, zie onder meer K. Pistor, *The code of capital: How the law creates wealth and inequality*, New Jersey: Princeton 2019.

[31] Zie bijvoorbeeld S. Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press 2004; M. Faure (red.), *Tort Law and Economics*, Cheltenham, UK: Edward Elgar 2009; Schäfer & Ott 2012; R. Cooter & T. Ulen, *Law and Economics*, Essex: Pearson 2014.

[32] Zie Schäfer & Ott 2012, p. 45-50; T. Hartlief, 'Wonderen verwachten van crisiscontractenrecht?', in: B. Akkermans & A. Berlee (red.), *'Sjef-Sache': Essays in Honour of Prof. Mr. Dr. J.H.H. (Sjef) Van Erp on the Occasion of His Retirement*, The Hague: Eleven International Publishing 2021, p. 205-220, hier p. 208-210.

Vergelijk echter T.H.M. van Wechem & J. Rinkes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2020/35, p. 2615-2616, die het uitgangspunt van de contractuele gebondenheid 'fluïde' wilden laten maken bij crises zoals de coronacrisis, door het optuigen van een aparte coronawet.

[33] De term economische onmogelijkheid of onuitvoerbaarheid (*commercial impracticability*) wordt in rechtseconomische literatuur en het Angelsaksische recht gebruikt om de gevolgen van plotselinge schaarste aan te duiden voor de nakoming van een overeenkomst; soms worden overigens absolute onmogelijkheid en economische mogelijkheid niet scherp onderscheiden: het gaat erom dat de nakoming onuitvoerbaar is geworden. Zie Schäfer & Ott 2012, p. 503-504; Sykes, 'The doctrine of commercial impracticability in a second-best world', *Journal of Legal Studies* 1990/19, afl. 1, p. 43-94, hier 45; P. Trimarchi, 'Commercial Impracticability in contract law: an economic analysis', *International Review of Law and Economics* 1991/11, p. 63-82, hier 63-64; G. Triantis, 'Contractual allocation of unknown risks: a critique of the doctrine of commercial impracticability', *University of Toronto Law Journal* 1992/42, p. 450-83, hier p. 450-451; D. Vandegrift, 'Decision Costs, Contract Excuse and the Westinghouse Commercial Impracticability Case', *European Journal of Law and Economics* 1997/4, p. 41-54, hier 43-44. In het Nederlandse recht wordt daadwerkelijke onmogelijkheid ook deels op één lijn gesteld met economische onmogelijkheid, zie E.M. Meijers, *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek: Tekst en toelichting derde gedeelte (boek 6)*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij 1961, p. 540; W.H. van Boom, 'Coronaprivaatrecht 2020-2021', *RMThemis* 2021, afl 3, p. 128-138, hier 131-132; R.P.J.L. Tjittes & J.V. Tetelepta, 'Lessen uit de eerste rechterlijke uitspraken over de COVID-19-crisis en onvoorziene omstandigheden en overmacht bij commerciële contracten', *Contracteren* 2020-3, p. 101-111, hier p. 102-103.

[34] Zie bijvoorbeeld Haas 2009, p. 94-95, 136 e.v.

[35] Dat geldt niet alleen voor coronarechtspraak, zie daarvoor Van Boom, *RMThemis* 2021, p. 131-132; Tjittes & Tetelepta, *Contracteren* 2020-3, p. 102-103, maar ook rechtspraak buiten de coronacrisis om waarin een beroep op overmacht werd afgewezen omdat nakoming niet onmogelijk maar op zijn hoogst (zeer) bezwaarlijk was geworden: Rb. Limburg 13 maart 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:BZ5189 (aanvoerroute dichtgevroren); Rb. Rotterdam 29 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6908 (voorraad verloren gegaan door brand); Rb. Rotterdam 30 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13392 (ondanks exploderende energieprijzen, geen onmogelijkheid tot nakoming; die was enkel veel kostbaarder geworden voor de leverancier).

[36] Nog los van het punt dat art. 6:258 BW beschouwd kan worden als een *lex specialis* van art. 6:248 BW, zie bijvoorbeeld J. den Hartog, *Onvoorziene omstandigheden pre- en post-corona: De invloed van de coronacrisis op artikel 6:258 BW*, Weert: Celsus Juridische Uitgeverij 2021, p. 18 en de verwijzingen daar.

[37] Zie voor een uitgebreid jurisprudentieoverzicht tot 2 juli 2021, Den Hartog 2021.

[38] Vergelijk bijvoorbeeld Van Wechem & Rinkes *NJB* 2020/35, p. 2615-2616.

[39] Zie ook J. Oosterhuis, 'Commercial impracticability and the missed opportunity of the French Contract Law Reform: doctrinal, historical and law and economics arguments', in: S. Stijns, & S. Jansen (red.), *The French contract law reform: A source of inspiration?*, Cambridge: Intersentia 2016, p. 113-129.

[40] HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974.

[41] Rb. Noord-Holland 14 december 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:11856.

[42] Schematisch weergegeven: een Pareto-verbetering treedt op wanneer de waarde voor de ene partij (W), hoger is dan de contractprijs (p), en wanneer deze laatste hoger is dan de kosten van de wederpartij (k), dus  $W > p > k$  of, andersom,  $k < p < W$ . Een Pareto-efficiënte allocatie wordt bereikt als alle middelen en diensten optimaal zijn ingezet, zie Baarsma & Theeuwes 2009, p. 28-31; Schäfer & Ott 2012, p. 13-19.

[43] Zie bijvoorbeeld 'Contracten tussen bedrijven zijn onnodig dik, complex en duur geworden', *FD* 6 maart 2023 (<https://fd.nl/bedrijfsleven/1468657/bedrijven-vertrouwen-bij-contracten-te-weinig-op-het-burgerlijk->

[44] Dat wil zeggen voordat de plotselinge schaarste zich heeft voorgedaan.

[45] Zie Schäfer & Ott 2012, p. 431-433.

[46] Zie Cooter & Ulen 2014, p. 284-6.

[47] Schäfer & Ott 2012, p. 455-6.

[48] Sykes *Journal of Legal Studies* 1990/19, p. 45.

[49] Sykes *Journal of Legal Studies* 1990/19, p. 91.

[50] Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 20 april 1916, *WPNR* 2423; Rb. Utrecht 14 maart 1917, *W* (*Weekblad van het recht*) 10117, waarin geen overmacht werd aangenomen omdat de gebeurtenis voorzienbaar werd geacht. Zie Oosterhuis, *Erasmus Law Review*, 2014/7, p. 74-75; W.H. van Boom, 'The Great War and Dutch contract law: resistance, responsiveness and neutrality', *Comparative Legal History* 2014/2, afl. 2, p. 303-324, hier p. 310-315.

[51] Een Pareto-verbetering zal veranderen in een Kaldor-Hicks-verbetering wanneer gestegen productiekosten ( $k^*$ ) hoger zijn dan de contractprijs ( $p$ ) maar onder de waarde voor de wederpartij blijven ( $W$ ). Schematisch weergegeven: een Kaldor-Hicks-verbetering treedt op zolang de waarde voor de wederpartij ( $W$ ), hoger is dan de (gestegen) kosten ( $k^*$ ) voor de getroffen partij, ook al zijn die (gestegen) kosten ( $k^*$ ) hoger dan de contractprijs ( $p$ ), dus  $W > k^* > p$  of, andersom,  $p < k^* < W$ . Het verlies van de getroffen partij ( $p - k^*$ ) kan hypothetisch worden gecompenseerd door de winst van de wederpartij ( $W - p$ ), zolang de gestegen kosten ( $k^*$ ) maar onder de waarde ( $W$ ) van de wederpartij blijven. Of, met andere woorden, bij een Pareto-verbetering gaat in ieder geval iemand erop vooruit, zonder dat iemand anders erop achteruitgaat; terwijl bij een Kaldor-Hicks-verbetering degene die erop vooruitgaat in staat is om degenen die erop achteruitgaan te compenseren - zonder dat dat daadwerkelijk gebeurt, want dan zou het (alsnog) een Pareto-verbetering betreffen. In beide gevallen neemt de totale maatschappelijke welvaart toe. Zie Schäfer & Ott 2012, p. 13-25.

[52] Zie Trimarchi, *International Review of Law and Economics*, 1991/11, p. 65-70.

[53] Zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, r.o. 3.3.2.

[54] Zie over de moeilijkheid van het bepalen van de waarde die partijen hechten aan een overeenkomst en dus het nadeel als die overeenkomst niet wordt nagekomen, W.H. van Boom, 'Onvoorziene omstandigheden en coronacrisis: #sharetheburden?', *NTBR* 2020/11, afl. 4, p. 88-89; Van Boom *RMThemis* 2021, p. 134-135.

[55] See Cooter & Ulen 2014, p. 272-3, 279-81.

[56] Zie over *efficient breach* bijvoorbeeld M. van Kogelenberg, *Motive Matters!: An exploration of the notion "deliberate breach of contract" and its consequences for the application of remedies*, Cambridge: Intersentia 2013, p. 49-56; W. Liao, *The Application of the Theory of Efficient Breach in Contract Law, A Comparative Law and Economics Perspective*, Cambridge: Intersentia 2015, particularly p. 45-62.

[57] De verhouding tussen de gestegen kosten en de contractprijs doet er niet toe, zolang het totale welzijn van beide partijen maar toeneemt. Op deze manier is de prijs volledig uit de analyse verdwenen. Trimarchi, *International Review of Law and Economics*, 1991/11, p. 74. Vanuit dat perspectief, is een regel voor onvoorziene omstandigheden zelfs irrelevant als het gaat om enige welvaartsvermeerdering. Een dergelijke regel gaat enkel over de verdeling van de verliezen. Zie Sykes, *Journal of Legal Studies* 1990/19, p. 92.

[58] Zie S. Shavell, 'Specific Performance versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis', *Texas Law Review* 2006/84, p. 831-876, hier 833, 841-6; Liao 2015, p. 93-101. Naar Nederlands recht zou een getroffen partij overigens ook een beroep kunnen doen op art. 6:248 lid 2 BW in dit soort gevallen.

[59] Zie Haas 2009, p. 11-14; Kogelenberg 2013, p. 30.

[60] Wanneer de verhoogde productiekosten de contractprijs dramatisch overschrijden, is die hypothetische compensatie ook niet langer een *zero-sum-game*, maar resulteert in een reël financieel verlies. Trimarchi, *International Review of Law and Economics* 1991/11, p. 73-5.

[61] Schäfer & Ott 2012, p. 433, 445.

[62] Trimarchi, *International Review of Law and Economics*, 1991/11, p. 66-7.

[63] Waarbij nog altijd de formule uit het *Haviltex*-arrest als standaard geldt (HR 13 maart 1981, ECLI:NL:1981:AG4158). Zie Tjittes 1994, p. 135-156, 193-215.

[64] E. Hondius & H.C. Grigoleit, 'Introduction: An approach to the issues and doctrines relating to unexpected circumstances', in: E. Hondius & H.C. Grigoleit (red.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2011, p. 3-14, hier p. 3, 5-6. Triantis heeft zelfs betoogd dat er geen echt onvoorziene omstandigheden zijn, omdat alle risico's in een breder kader kunnen worden geplaatst en binnen dit kader kunnen worden beheerst. Triantis, *University of Toronto Law Journal* 1992/42, p. 464-8. Dit lijkt ook de gedachte achter MAC-clausules, die pogen te voorzien in een risico-toedeling op voorhand, zie R.P.J.L. Tjittes & A. Hogeterp, 'De coronacrisis en MAC-clausules in M&A-contracten', *Ondernemingsrecht* 2020/68, afl. 7, p. 366-376; V. Engel, 'De MAC-clausule als oplossing voor onzekerheid bij onvoorziene omstandigheden', in: H. J. Sniijders & P. de Tavernier (red.), *Onvoorziene omstandigheden, verstoring en herstel van contractueel evenwicht: Algemene beschouwingen en beschouwingen op deelterreinen van het privaatrecht*, Apeldoorn: Maklu 2013, p. 139-149.

[65] Voor een jurisprudentieoverzicht van de periode 27 februari 2020 tot 2 juli 2021, zie Den Hartog 2021, p. 73-75.

[66] De goedkoopste kostenvermijder is de partij die de gebeurtenis die de kostenstijging veroorzaakt tegen de laagste kosten kan vermijden. Vermijden is efficiënt wanneer de kosten van het vermijden kleiner zijn dan de verwachte kostenstijging zelf, de zogenaamde *Learned Hand*-formule (vergelijk voor de Nederlandse context de Kelderluik-criteria). In de *ex ante* situatie zou deze partij het risico van een kostenstijging hebben overgenomen. Zie Schäfer & Ott 2012, p. 434-437; zie ook par. 4.6.

[67] De goedkoopste verzekeraar is de partij die een kostenstijging tegen de laagste prijs kan verzekeren. Onvoorzienbare omstandigheden en omstandigheden waarvan de kans miniem is dat deze zich voordoen, beantwoorden niet of nauwelijks aan statistische regels en kunnen daarom in wezen niet of nauwelijks verzekerd worden of tegen een buitenproportioneel hoge prijs. Daarom is dit criterium niet erg nuttig bij het bepalen van een impliciete risicoverdeling van de partijen in geval van onvoorziene omstandigheden. Zie Schäfer & Ott 2012, p. 437-441; zie ook par. 4.6.

[68] De superieure risicodragers is de partij die het risico kan dragen dat de verliezen zich voordoen tegen de laagste kosten. Zie Schäfer & Ott 2012, p. 442-444; zie ook par. 4.6.

[69] Zie over de rol van de hoedanigheid van partijen bij de uitleg van een overeenkomst Tjittes 1994, p. 135-156, 193-215.

[70] Zoals bijvoorbeeld de aard van de overeenkomst, de wijze van totstandkoming of de wederzijds kenbare belangen, zie Tjittes 1994, p. 4-5.

[71] Zie Hondius & Grigoleit 2011, p. 3, 5-6; Schäfer & Ott 2012, p. 457-68; T. Lutzi, 'Introducing Impre•vision into French Contract Law - a Paradigm Shift in Comparative Perspective', in: S. Stijns & S. Jansen (red.), *The French Contract Law Reform: A Source of Inspiration?*, Cambridge: Intersentia 2016, p. 89-112, hier p. 93-94.

[72] Zie Vandegrift, *European Journal of Law and Economics* 1997/4, p. 42-5. Overigens, de

onvoorspelbaarheid van een buitengerechtigde ontbinding op grond van redelijkheid en billijkheid, lijdt aan hetzelfde euvel.

[73] Zie Tjittes & Hogeterp, *Ondernemingsrecht* 2020/68, p. 366-376; Engel 2013, p. 139-149.

[74] Zie Oosterhuis, *Erasmus Law Review* 2014/7, p. 74-75; Van Boom, *Comparative Legal History* 2014/2, p. 310-315. Zie voor een uitgebreid overzicht van de rechtspraak sinds de jaren 80, inclusief de kredietcrisis, Den Hartog 2021, p. 21-54.

[75] Zie voor een uitgebreid overzicht van de coronarechtspraak, inclusief verwijzingen naar andere overzichten, Den Hartog 2021, p. 56-71, in het bijzonder over de onvoorzienbaarheid van de coronacrisis, p. 57-59.

[76] Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 7 augustus 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:7089. Voor meer afwijzende uitspraken in de periode 27 februari 2020 tot 2 juli 2021, zie het overzicht bij Den Hartog 2021, p. 65-67.

[77] Bij duurovereenkomsten kan de uitvoering daarvan bijvoorbeeld tijdelijk onredelijk bezwarend zijn; de overeenkomst als geheel kan nog steeds efficiënt zijn.

[78] Waar een getroffen partij in beginsel voor zal kiezen: het Nederlandse recht geeft de getroffen partij ook de keuze daartoe in art. 6:258 BW. Zie daarover bijvoorbeeld J. Hijma, 'De rol van de rechter (en van partijen) bij contractswijziging wegens onvoorziene omstandigheden', in: H. J. Sniijders & P. de Tavernier (red.), *Onvoorziene omstandigheden, verstoring en herstel van contractueel evenwicht: Algemene beschouwingen en beschouwingen op deelreinen van het privaatrecht*, Apeldoorn: Maklu 2013, p. 17-28, hier p. 21-23.

[79] Zie Schäfer & Ott 2012, p. 433.

[80] Net als overigens bij een risicoverdeling die impliciet uit het contract zou blijken, zie par. 4.4.

[81] Zie Schäfer & Ott 2012, p. 434-437 en ook par. 4.4.

[82] Zie Schäfer & Ott 2012, p. 437-441 en ook par. 4.4.

[83] Zie Schäfer & Ott 2012, p. 442-444 en ook par. 4.4.

[84] Een dergelijk, hoogst theoretisch, onderscheid lijkt in de Nederlandse rechtspraak dan ook niet te worden gemaakt.

[85] Zie Tjittes 1994, p. 3, hoewel hij enkel de mogelijke toepassing van de hoedanigheid van partijen bij veranderende omstandigheden noemt, zonder die uit te werken.

[86] Zie bijvoorbeeld Rb. Gelderland 29 mei 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2768 (r.o. 4.3); Rb. Amsterdam 11 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2914 (r.o. 3.10); Rb. Amsterdam 28 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4280 (r.o. 14); Rb. Amsterdam 15 december 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:6951 (par. 7); Rb. Noord-Holland 18 december 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:10695 (r.o. 5.17-18); Rb. Limburg 31 maart 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:2982 (par. 3.5); Rb. Noord-Nederland 27 oktober 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:4678 (r.o. 6.15); Rb. Amsterdam 11 mei 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2919 (r.o. 4.11).

[87] Zie Rb. Rotterdam 10 december 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:12434 (r.o. 3.11); het *Heineken*-arrest, HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974; Rb. Rotterdam 6 mei 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:3946 (r.o. 4.11); Rb. Limburg 31 augustus 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:7132 (r.o. 3.2); Rb. Noord-Holland 14 december 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:11856 (r.o. 5.16); Rb. Noord-Holland 4 januari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:110 (r.o. 4.12).

[88] Ook daarom verrast de grote hoeveelheid huurzaken tijdens de coronacrisis niet. Zie voor een uitgebreid jurisprudentieoverzicht van de periode 27 februari 2020 tot 2 juli 2021, Den Hartog 2021, p. 56-65.

[89] Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam, 28 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4280 (r.o. 16: 'richtsnoer'); Rb. Amsterdam 15 december 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:6951 (par. 17 en 21: 'lijn' respectievelijk 'richtsnoer'); Rb. Noord-Holland 18 december 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:10695 (r.o. 5.23: *"Nu geen van beide partijen een verwijt kan worden gemaakt aan het ontstaan van de onvoorziene omstandigheid en niet is gebleken dat één partij financieel daadkrachtiger is dan de ander, acht de kantonrechter het aangewezen de pijn (dat wil zeggen het financiële nadeel) gelijkelijk over partijen te verdelen."*). Zie echter ook Rb. Amsterdam 11 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2914 (r.o. 3.10: Partijen verschillen qua maatschappelijke positie en in hun onderlinge verhouding niet in belangrijke mate van elkaar; r.o. 3.11: huurkorting van 25%).

[90] Eerder onder meer gepropageerd door Tjittes & Tetelepta *Contracteren* 2020-3, p. 108-110 en ondersteund door bijvoorbeeld H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, 'Contract en coronacrisis', *NJB* 2020, afl. 14, p. 966-967. Kritisch over deze 50/50-verdeling van het nadeel onder meer W.H. van Boom, 'Onvoorziene omstandigheden en coronacrisis: #sharetheburden?', *NTBR* 2020/11, afl. 4, p. 88-89; Van Boom *RMThemis* 2021, p. 134-135 en Hartlief 2021, p. 213-219.

[91] Zie het *Heineken*-arrest, HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974. Onder verwijzing naar het *Heineken*-arrest en de hoedanigheid van partijen, onder meer Rb. Rotterdam 6 mei 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:3946 (r.o. 4.11); Rb. Limburg 31 augustus 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:7132 (r.o. 3.2); Rb. Noord-Holland 14 december 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:11856 (r.o. 5.16). Zie ook Rb. Noord-Holland 4 januari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:110, waarbij de hoedanigheid van startende ondernemer geen soelaas bood (r.o. 4.12).

[92] HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, r.o. 3.3.2.

[93] Zie uitgebreid over de risicosfeer, vooral betreft een mogelijk gebrek in de gehuurde zaak, de conclusie van de plv. P-G mr. M.H. Wissink voor deze zaak, Parket bij de Hoge Raad 30 september 2021, ECLI:NL:PHR:2021:902 en meer in z'n algemeenheid over risico's en het recht de annotatie van Huydecoper, HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, *NJ* 2023/2, m.nt. J.L.R.A. Huydecoper.

[94] Zie Tjittes 2022, p. 374-383, 566.

[95] HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, r.o. 3.3.3. *"De in art. 6:258 lid 1 BW bedoelde redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat op grond van omstandigheden gelegen in bijvoorbeeld de hoedanigheid van een huurder of verhuurder of de financiële positie van een der partijen, wordt afgeweken van de hiervoor in 3.3.2 bedoelde gelijke verdeling van het nadeel."*

[96] In dit arrest wordt mijns inziens nadrukkelijk ruimte geboden om te differentiëren tussen ondernemers, bijvoorbeeld grote en kleine ondernemers. In beginsel consequent terughoudend ten aanzien van een al te systematische differentiatie tussen de rechtspositie van ondernemers, Tjittes 1994, p. 31-33 en Tjittes 2022, p. 26-29, 380-381; voor een pleidooi voor dergelijke differentiatie, althans voor bescherming van zzp'ers als kleine ondernemers, zie H.E. Schelhaas, 'Bescherming voor de zelfstandige zonder personeel in het contractenrecht', *AA* 2018, p. 681-692.

[97] Rb. Noord-Holland 14 december 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:11856.

[98] Rb. Noord-Holland 14 december 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:11856 (r.o. 5.14).

[99] Rb. Noord-Holland 14 december 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:11856 (r.o. 5.16: *"De kantonrechter acht in het kader van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:258 lid 1 BW echter met name van belang dat vaststaat dat de financiële positie van Conceptable als groot kledingconcern wezenlijk anders is dan die van [eiseres] als particuliere belegger."*)

[100] Rb. Noord-Holland 14 december 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:11856 (r.o. 5.17: *"Alles afwegende meent de kantonrechter dat een verdeling van 35%-65% passend is en recht doet aan de belangen van beide partijen."*)

- [101] Zie over die differentiatie opnieuw Tjittes 2022, p. 26-29 en Schelhaas AA 2018, p. 681-692.
- [102] Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 14 september 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2604 (r.o. 3.12).
- [103] Rb. Noord-Holland 14 december 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:11856 (r.o. 5.16: “ *Over hun eigen positie zijn beide partijen ook niet volledig helder geweest.*”).
- [104] Zie Trimarchi, *International Review of Law and Economics*, 1991/11, p. 78-9.
- [105] De Rechtbank Amsterdam gaat erg ver waar zij overweegt: “ *In geval van onvoorziene omstandigheden rust er in beginsel op partijen de verplichting tot heronderhandeling om tot een redelijke aanpassing van het contract te komen.*” Rb. Amsterdam 29 oktober 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5265, r.o. 9.