

Onvoorziene omstandigheden anno 2021

Bb 2021/105

In deze bijdrage wordt aandacht besteed aan de regeling van onvoorziene omstandigheden, zoals deze neergelegd is in art. 6:258 BW. Mede tegen de achtergrond van de recent gewezen conclusie van P-G Wissink wordt in deze bijdrage de balans opgemaakt met betrekking tot de toepassing van art. 6:258 BW, meer in het bijzonder ten aanzien van de coronacrisis.

1. Inleiding

Het zijn bewogen jaren voor art. 6:258 BW. De coronacrisis – een onvoorziene omstandigheid pur sang, zo heeft de rechtspraak uitgewezen – heeft ervoor gezorgd dat de toepassing van art. 6:258 BW een enorme toevlucht genomen heeft. Waar uitspraken waarin beroepen op onvoorziene omstandigheden ‘pre-corona’ toegewezen zijn, op een paar handen te tellen zijn, is het aantal toewijzende vonnissen door de coronacrisis verveelvoudigd.² Met bovendien antwoorden van de Hoge Raad op de in verband met corona en huurprijnsvermindering gestelde prejudiciële vragen in het verschieft en met grondstofprijzen die momenteel door het dak schieten, is niet te verwachten dat art. 6:258 BW de komende tijd een rustiger bezit zal worden. Daarom wordt in dit artikel de balans opgemaakt. Hoe staat art. 6:258 BW er anno 2021 voor en welke ontwikkelingen liggen in de lijn der verwachtingen? Allereerst worden daarvoor de vereisten van art. 6:258 BW langsgelopen (§ 2), waarna enkele overkoepelende beschouwingen volgen naar aanleiding van de rechtspraak inzake corona en onvoorziene omstandigheden en de recente conclusie van P-G Wissink ten aanzien van dit onderwerp (§ 3). Besloten wordt met een conclusie.

2. Vereisten van art. 6:258 BW

2.1 Inleiding

Art. 6:258 BW bestaat uit drie vereisten. Er moet 1) sprake zijn van onvoorziene omstandigheden, welke omstandigheden 2) van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten, en welke omstandigheden 3) niet krachtens de aard van de overeenkomst of de verkeersopvattingen voor rekening komen van de partij die een beroep doet op de onvoorziene omstandigheden. Als aan deze drie vereisten is voldaan, dan moet de rechter overgaan tot wijziging of ontbinding van de overeenkomst. Immers, de vaststelling dat ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet verwacht mag worden, impliceert dat de overeenkomsten ten minste zodanig gewijzigd dient

te worden, dat partijen na die wijziging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid wel onverkorte instandhouding van die overeenkomst kunnen verwachten.³ Een wijziging of ontbinding is echter wel voorbehouden aan uitzonderlijke situaties. Zowel de wetgever als de Hoge Raad heeft benadrukt dat terughoudendheid dient te worden betracht bij de beoordeling van een beroep op onvoorziene omstandigheden; een contract is immers een contract.⁴ Dit geldt temeer, zo wordt in de literatuur wel aangenomen, ten aanzien van commerciële contracten – contracten tussen niet-particulieren – omdat commerciële partijen geacht moeten worden bekend te zijn met de omstandigheden waaronder en de markt waarin gecontracteerd wordt en aldus beter rekening zouden moeten kunnen houden met toekomstige situaties.⁵

2.2 ‘Onvoorzien’

Een omstandigheid is onvoorzien als deze omstandigheid niet uitdrukkelijk of stilzwijgend verdisconteerd is in de tussen partijen gesloten overeenkomst. Met andere woorden, partijen hebben bij het sluiten van de overeenkomst geen rekening gehouden met het intreden van de omstandigheden in kwestie. Dit betreft een vraag van uitleg aan de hand van het *Haviltex*-criterium: kunnen partijen (de bepalingen van) de overeenkomst in redelijkheid zo begrijpen dat deze moet worden geacht de zich voordoende omstandigheden te verdisconteren?⁶ De onvoorzienbaarheid van de omstandigheden speelt in dit verband hoogstens een ondergeschikte rol, in die zin dat de (on)voorzienbaarheid van bepaalde omstandigheden weliswaar van invloed kan zijn op de beantwoording van de vraag of partijen moeten worden geacht bepaalde omstandigheden stilzwijgend te hebben verdisconteerd, maar dat de onvoorzienbaarheid nooit doorslaggevend zal zijn. In dit eerste vereiste ligt bovendien besloten dat de omstandigheid in de toekomst moest liggen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst.⁷

2.3 Ongewijzigde instandhouding niet mogen verwachten

Als eenmaal vastgesteld is dat partijen de mogelijkheid van het intreden van bepaalde omstandigheden niet in de overeenkomst hebben verdisconteerd, vergt het tweede vereiste van art. 6:258 BW dat deze omstandigheden van dien aard zijn dat de wederpartij ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Dit is een hoge

¹ Mr. J. den Hartog (Joris) is advocaat bij Van Benthem & Keulen.

² Zie voor een uitgebreide rechtspraakanalyse J. den Hartog, *Onvoorziene omstandigheden pre- en post-corona. De invloed van de coronacrisis op artikel 6:258 BW*, Weert: Celsus 2021 (Hierna: Den Hartog 2021).

³ J. Hijma, *Het constitutieve wijzigingsvonnis* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1989, p. 13-14.

⁴ Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 969; HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587, r.o. 4.3.2, NJ 1998/493 (*Brijlant Schreuders/ABP*).
⁵ Zie, onder meer, H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Monografieën BW nr. A5), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 117-118.

⁶ HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Haviltex*).

⁷ Zie HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2615, r.o. 3.3.2 – 3.3.4, RvdW 2017/1099 (*Gemeente Bronckhorst*).

drempel. De voorgeschreven terughoudendheid zal zich dan ook vooral ten aanzien van dit vereiste manifesteren. Een beroep op onvoorziene omstandigheden zal in principe pas slagen als de onvoorziene omstandigheden in kwestie ervoor hebben gezorgd dat de waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties in ernstige mate verstoord is, als het doel van de overeenkomst door het intreden van de onvoorziene omstandigheden verijdeld is of als nakoming anderszins uitermate bezwaarlijk is geworden door het intreden van de onvoorziene omstandigheden.⁸

2.4 De aard van de overeenkomst en de verkeersopvattingen

Het tweede lid van art. 6:258 BW vormt in feite een uitwerking van het eerste lid. Lid 2 biedt de correctiemogelijkheid – en daarmee een zeker derde vereiste – voor de rechter dat wijziging of ontbinding niet uitgesproken zal worden als de omstandigheid in kwestie krachtens de aard van de overeenkomst of de verkeersopvattingen voor rekening komt van de partij die een beroep doet op die omstandigheden. Vaak wordt dan korthedshalve overwogen dat de omstandigheid behoort tot het *ondernemersrisico* van die partij.⁹ Uit de toepassing van dit vereiste volgt dat de vereisten van art. 6:258 BW in hoge mate vervlochten zijn; als de omstandigheid tot het ondernemersrisico behoort van de partij die zich daarop beroept, kan de wederpartij dus ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst verwachten. Overigens geldt dat de overweging dat een bepaalde omstandigheid tot het ‘normale ondernemersrisico’ van een partij behoort soms wat kort door de bocht kan zijn, omdat dit nog altijd afhankelijk zal zijn van de concrete (risicoverdeling in de) overeenkomst en de context waarin een beroep op onvoorziene omstandigheden gedaan wordt.¹⁰ Zuiverder is in zo'n geval de overweging dat de aard van de overeenkomst – bijvoorbeeld een speculatieve overeenkomst – of de verkeersopvattingen meebrengen dat een bepaalde omstandigheid tot het ondernemersrisico van een partij behoort.¹¹

2.5 Rechtsgevolgen: wijziging of ontbinding?

Zodra de rechter vastgesteld heeft dat een bepaalde omstandigheid ten aanzien van een bepaalde overeenkomst door het in de voorgaande paragrafen besproken ‘filter’ van art. 6:258 BW heen komt, dient de rechter over te gaan tot herstel van de overeenkomst op zo'n manier dat instandhouding daarvan (weer) in overeenstemming is met hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid in het concrete geval vereisen. In feite gaat de rechter dus over tot de beantwoording van de vraag *in welke mate* ongewijzigde instandhouding door de wederpartij niet verwacht kan worden. Art. 6:258 BW kent op deze manier een zekere

omvangsfase, die volgt op de vestigingsfase, die bestaat uit de toetsing aan de vereisten van art. 6:258 BW. Omdat de wetgever de redelijkheid naar deze vestigingsfase heeft getrokken en art. 6:258 BW een bijzonder contextuele benadering vergt, zal deze omvangsfase uiteindelijk echter moeilijk losgekoppeld kunnen worden van de vestigingsfase. De vaststelling in de omvangsfase dat het nadeel dat de partij, die een beroep doet op onvoorziene omstandigheden, ondervonden heeft, verwaarloosbaar of onvoldoende onderbouwd is, kan mijns inziens retrospectief leiden tot de vaststelling dat uiteindelijk ongewijzigde instandhouding toch wel kan worden verwacht, omdat dit sec een normatieve vraag betreft die de rechter aan de hand van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid en de omstandigheden van het geval dient te beantwoorden. De omvangsfase kan zodoende teruggrijpen op de vestigingsfase. Dit is een implicatie van het feit dat wijziging of ontbinding per definitie dient te volgen op de vaststelling dat een bepaalde situatie door het filter van art. 6:258 BW heen komt. Dit werkt namelijk ook de andere kant op. Als wordt vastgesteld dat het nadeel verwaarloosbaar of onvoldoende onderbouwd is en de conclusie volgt dat geen wijziging of ontbinding kan worden uitgesproken, impliceert dat naar mijn mening dat ongewijzigde instandhouding op dat concrete moment (nog) verwacht kan worden. Retrospectief komt de situatie dus toch niet door het filter van art. 6:258 BW heen. Dit komt ook terug in de rechtspraak met betrekking tot corona en onvoorziene omstandigheden.

3. Onvoorziene omstandigheden en coronacrisis

3.1 Inleiding

De coronacrisis heeft ervoor gezorgd dat beroepen op onvoorziene omstandigheden thans beduidend vaker de revue passeren. Gelet op de beperkte (toewijzende) rechtspraak ten aanzien van onvoorziene omstandigheden pre-corona, heeft de coronacrisis een belangrijke invloed op de ontwikkeling van art. 6:258 BW. Nu in dit verband bovendien nog prejudiciële antwoorden kunnen worden verwacht van de Hoge Raad, zal deze invloed niet op korte termijn verminderen. De conclusie van P-G Wissink in deze prejudiciële procedure is onlangs verschenen, waardoor er nu (temeer) aanleiding is om de balans op te maken met betrekking tot de toepassing van art. 6:258 BW ten aanzien van de coronacrisis.¹² Allereerst wordt op hoofdlijnen de conclusie van P-G Wissink besproken (voor zover deze op art. 6:258 BW ziet) (§ 3.2), waarop ik vervolgens, mede in het licht van die conclusie, enkele beschouwingen geef over de toepassing van art. 6:258 BW ten aanzien van de coronacrisis (§ 3.3). In § 3.4 zal ik, tot slot, kort stilstaan bij de ontwikkelingen die naar aanleiding van de ‘coronarechtspraak’ voor art. 6:258 BW in het verschiet (kunnen) liggen.

⁸ Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 970.

⁹ Zie bijvoorbeeld Rb. Overijssel 14 januari 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:534, r.o. 14, waarin de rechtbank overwoog dat de kredietcrisis een *typisch – voorzienbaar – projectontwikkelaarsrisico* betrof.

¹⁰ Zie in dit verband W.H. van Boom, ‘Coronaprivaatrecht 2020-2021’, *RMThemis* 2021, afl. 3 (Hierna: Van Boom 2021), p. 135, die ten aanzien van het ‘normale ondernemersrisico’ concludeert dat dit slechts een conclusie kan zijn en geen beoordelingsmaatstaf.

¹¹ Zie ook Den Hartog 2021, p. 94.

¹² Zie Concl. P-G Wissink 30 september 2021, ECLI:NL:PHR:2021:902.

3.2 De conclusie van P-G Wissink

In een uitgebreide conclusie staat P-G Wissink stil bij de beantwoording van de prejudiciële vragen, zoals deze door de Rechtbank Limburg zijn gesteld met betrekking tot corona en huurprijsvermindering c.q. huurkorting.¹³ De zaak bij de Rechtbank Limburg is één van de vele zaken waarin de vraag centraal staat of een huurder op de voet van art. 6:258 BW en/of art 7:204 lid 2 jo. 7:207 BW aanspraak heeft op huurprijsvermindering of huurkorting, vanwege het feit dat de coronacrisis en de in dat verband getroffen overheidsmaatregelen de exploitatiemogelijkheden in het gehuurde enorm hebben beperkt. In de eerste plaats heeft deze prejudiciële procedure betrekking op de vraag of de coronacrisis een gebrek oplevert in de zin van art. 7:204 lid 2 BW. Bij dit onderdeel van de conclusie zal ik echter niet stilstaan, maar ik zal slechts focussen op de bespreking van art. 6:258 BW. Hierbij zij echter wel aangetekend dat, zoals de P-G ook aangeeft, de toepassing van art. 6:258 BW veronderstelt dat de gebreksvraag niet in die zin wordt beantwoord dat de coronacrisis volgens de verkeersopvattingen voor risico van de huurder komt.¹⁴ De P-G komt tot de volgende beschouwingen over art. 6:258 BW in verband met de coronacrisis. Allereerst stelt de P-G vast dat in de regel kan worden aangenomen dat partijen bij huurovereenkomsten, die gesloten zijn vóór de coronacrisis (met als mogelijke peildata 27 februari 2020, 11 maart 2020 of 15 maart 2020),¹⁵ geen rekening hebben gehouden met het intreden van de coronacrisis en deze derhalve niet verdisconteerd hebben in hun overeenkomst. Dit koppelt hij aan de enorme ernst, omvang, impact en duur van de coronapandemie en de bijbehorende overheidsmaatregelen (ov. 5.5). De aard van de coronacrisis – een wereldwijde gezondheids crisis – brengt voorts met zich dat in beginsel als uitgangspunt kan worden aangenomen dat de coronacrisis kan maken dat de verhuurder naar maatstaven van redelijkheid ongewijzigde instandhouding niet kan verwachten; het uitzonderlijke karakter van de coronacrisis brengt met zich dat deze minder snel tot het ondernemersrisico zal worden gerekend (ov. 5.9).¹⁶ De P-G vervolgt met de overweging dat een tijdelijke wijziging of gedeeltelijke ontbinding van de huurovereenkomst het meest in de rede ligt, omdat de coronacrisis – ondanks de eeuwigheid die deze nu al lijkt voort te duren – in principe tijdelijk van aard is (ov. 5.11). Hij sluit aan bij het door Tjittes gesuggereerde uitgangspunt om het ‘coronanadeel’ gelijkelijk (50/50) tussen partijen te verdelen (*‘share the pain’*).¹⁷ Wel benadrukt hij daarbij dat 50/50 niet meer dan een vertrekpunt is, dat kan worden aangewend ingeval er geen argumenten zijn om tot een andere verdeling van

het nadeel te komen (ov. 5.12).¹⁸ Hij gaat vervolgens in op de omstandigheden van het geval die relevant kunnen zijn om te beoordelen of en, zo ja, in hoeverre de huurder aanspraak heeft op huurprijsvermindering. Daarbij kan onder andere worden betrokken in hoeverre de huurder maatregelen heeft getroffen om het coronanadeel zo laag mogelijk te houden, door bijvoorbeeld voor de hand liggende aanpassingen in zijn bedrijfsvoering te maken of door andere logische kostenbesparende maatregelen door te voeren (ov. 5.15).

Het leeuwendeel van de bespreking van art. 6:258 BW ziet vervolgens op de vaststelling van het nadeel dat de huurder ten gevolge van de coronacrisis heeft geleden. In de eerste plaats gaat het daarbij om de vaststelling van het omzetverlies van de huurder. Hij benadrukt daarbij dat het omzetverlies moet worden bepaald voor het concrete huurobject waarop de overeenkomst betrekking heeft en dat hiertoe in beginsel kan worden teruggegrepen op omzetcijfers uit het voorgaande jaar, waarbij per maand (bijvoorbeeld mei 2019 vs. mei 2020) de omzet(terugloop) kan worden vergeleken. Latere omzet is daarbij minder relevant, omdat hiermee in veel gevallen de eerder verloren omzet niet ingehaald zal worden (ov. 5.19-5.20). Vervolgens geeft de P-G aan dat in de lagere rechtspraak terecht de overheidssteun – in het bijzonder de Tegemoetkoming Vaste Lasten (TVL) – wordt betrokken bij de vaststelling van het coronanadeel van de huurder. In ov. 5.21 e.v. schetst hij de verschillende methoden die in de lagere rechtspraak gehanteerd zijn om tot de conclusie te komen dat de methode van het Hof Amsterdam, waarbij het bedrag aan ontvangen TVL wordt afgetrokken van de totale werkelijke vaste lasten en dit vervolgens wordt vermenigvuldigd met het deel van de werkelijke vaste lasten dat op de huur ziet (het percentage) en met het percentage omzetvermindering, de aangewezen methode is om de TVL te verdisconteren in de bepaling van het coronanadeel van de huurder.¹⁹ Vervolgens wordt dit bedrag bij wijze van uitgangspunt vermenigvuldigd met 50%, om zo het coronanadeel gelijkelijk te verdelen tussen de huurder en de verhuurder. De P-G geeft aan dat dit na de rekensom resterende bedrag eventueel nog kan worden aangepast aan de hand van omstandigheden die bijvoorbeeld zien op de hoedanigheid van partijen en hun financiële positie, maar dat deze omstandigheden vooral van secundair belang zijn bij de afweging op grond van art. 6:258 BW en meer zien op een vraag van matiging (ov. 5.35-5.37).

3.3 Enkele beschouwingen over de toepassing van art. 6:258 BW in coronacrisis

Mede naar aanleiding van de hiervoor weergegeven conclusie, kunnen de volgende aanvullende beschouwingen ten aanzien van de toepassing van art. 6:258 BW in tijden van coronacrisis gedaan worden. Art. 6:258 BW wordt bijzonder stapsgewijs – veel stapsgewijzer dan dit pre-corona

13 Rb. Limburg 31 maart 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:2982.

14 Concl. P-G Wissink 30 september 2021, ECLI:NL:PHR:2021:902, ov. 4.43.3.

15 Een vaste peildatum vanaf wanneer partijen met de coronacrisis rekening dienden te houden is niet per se te stellen. Het zal afhangen van de omstandigheden van het geval vanaf wanneer partijen bij een overeenkomst rekening (hadden) moeten houden met de coronacrisis.

16 Zie ook H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, ‘Contract en coronacrisis’, *NJB* 2020/881, afl. 14, p. 966.

17 Zie R.P.J.L. Tjittes & J.V. Telelepta, ‘Lessen uit de eerste rechterlijke uitspraken over de COVID-19-crisis en onvoorziene omstandigheden en overmacht bij commerciële contracten’, *Contracteren* 2020, afl. 3, p. 101-111, voor een nadere uitwerking van ‘share the pain’.

18 Zie ook C.E. Drion, ‘Corona en het recht’, *NJB* 2020/761, afl. 12, p. 813.

19 Hof Amsterdam 14 september 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2728, r.o. Zie over deze uitspraak recentelijk in dit blad J.A. van Strijen & F.W.H. Pameijer, ‘Deel II: geeft de coronacrisis recht op huurprijsschorting en huurprijsvermindering?’, *Bb* 2021/95, afl. 21, p. 372-375.

geschiedde²⁰ – toegepast in de coronarechtspraak. Een voor een gaan de rechters langs de drie vereisten van art. 6:258 BW. In de eerste plaats wordt vastgesteld dat de coronacrisis een onvoorziene omstandigheid oplevert voor de (huur)overeenkomst in kwestie. Dit wordt opgevolgd door de overweging dat er een fundamentele verstoring van het evenwicht tussen de wederzijdse prestaties heeft plaatsgevonden, waaruit de conclusie volgt dat ongewijzigde instandhouding van de (huur)overeenkomst niet verwacht mag worden. Daaraan wordt, ten derde, nog toegevoegd dat de coronacrisis niet vanwege de aard van de overeenkomst of de verkeersopvattingen voor rekening komt van de partij die zich op onvoorziene omstandigheden beroept (de huurder). Dit impliceert (mijns inziens) een voorshands oordeel dat de ontstane situatie door het ‘filter’ van art. 6:258 BW komt. Voorshands, omdat in het kader van de bepaling van de rechtsgevolgen van een succesvol beroep op onvoorziene omstandigheden (wijziging of ontbinding) nog moet worden beoordeeld *in welke mate* ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet kan worden verwacht door de wederpartij (de verhuurder). Het gaat daarbij om de vaststelling van het nadeel dat de partij die een beroep doet op art. 6:258 BW (de huurder) door de coronacrisis heeft geleden.

Na de vaststelling dat een situatie door het filter van art. 6:258 BW heen komt, volgt de overweging dat het nadeel in beginsel gelijkelijk dient te worden verdeeld (‘share the pain’). Bedacht dient wel te worden dat ‘share the pain’ pas aan de orde is als het concrete nadeel is vastgesteld en als daarmee vastgesteld is dat ongewijzigde instandhouding in een bepaalde mate niet kan worden verwacht. Met andere woorden, men komt pas toe aan ‘share the pain’ als de situatie niet slechts voorshands, maar geheel door het filter van art. 6:258 BW heen is gekomen. In sommige gevallen kan de vaststelling van het nadeel namelijk, bijvoorbeeld als het nadeel verwaarloosbaar te noemen is (of onvoldoende onderbouwd), nog tot het oordeel leiden dat ongewijzigde instandhouding van de overeenkomsten wel gewoon verwacht kan worden.²¹ De fundamentele verstoring van het evenwicht tussen de wederzijdse prestaties kan in een concreet geval voldoende zijn hersteld door bijvoorbeeld overheidssteun, waardoor het voorshandse oordeel dat de situatie door het filter van art. 6:258 BW heen komt weer wordt ‘teruggedraaid’, omdat ongewijzigde instandhouding, tegen de achtergrond van de beperktheid van het nadeel dat de partij, die een beroep op art. 6:258 BW gedaan heeft, als gevolg door de coronacrisis ondervindt, wel verwacht kan worden. Aan ‘share the pain’ wordt dan niet toegekomen. ‘Share the pain’ moet dus niet blind maken voor alternatieve resultaten. Te wijzen valt op de uitspraak van de Netherlands Commercial Court (NCC) – de allereerste in het kader van corona en onvoorziene omstandigheden –, waarin de NCC met inachtneming van ‘share the pain’ kwam tot een

afwijzing van een beroep onvoorziene omstandigheden.²² De manier waarop de NCC de (overigens mijns inziens verder goed onderbouwde en terechte) uitspraak verzoent met de ‘share the pain’-benadering komt mij wat gekunsteld voor, omdat de NCC feitelijk overwoog dat ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst gewoon verwacht kon worden. Dan kan ‘share the pain’ dus eigenlijk niet aan de orde zijn, omdat dat pas kan als de horde van art. 6:258 BW genomen is.

Specifiek kijkend naar de vaststelling van huurprijsvermindering/huurkorting in verband met de coronacrisis, kan nog het volgende worden opgemerkt. In verband met art. 6:258 BW dient te worden bedacht dat het betrekken van de overheidssteun (mijns inziens) in de methode van het Hof Amsterdam geen onderdeel is van ‘share the pain’. Wél van de vaststelling van het nadeel dat mogelijk verdeeld moet worden en van de vaststelling of en, zo ja, in welke mate ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst (niet) verwacht mag worden. Dat betekent dat ‘share the pain’ misschien uiteindelijk minder als uitgangspunt c.q. beoordelingsmaatstaf fungeert, maar meer als conclusie. Overigens kan een ‘share the pain’-gedachte natuurlijk wel altijd in de achtergrond meespelen bij de toets aan de vereisten van onvoorziene omstandigheden in verband met de coronacrisis, omdat daarin immers wordt betrokken het feit dat van het intreden van de coronacrisis beide partijen geen enkel verwijt te maken valt. Voor zover ‘share the pain’ wel als uitgangspunt fungeert, is dit dus pas in de laatste fase van de beoordeling van het beroep op art. 6:258 BW, wanneer de (bepaald niet eenvoudige) vaststelling van het nadeel al achter de rug is.²³ P-G Wissink benadrukt in dat verband dat een 50/50-verdeling dan volgt, tenzij er contra-indicaties zijn. Ik verwacht dat contra-indicaties vaak al de revue zullen passeren in het stadium vóór ‘share the pain’ – in het stadium waarin beoordeeld wordt in welke mate ongewijzigde instandhouding niet verwacht kan worden – waardoor uiteindelijk lang niet altijd evenveel zal overblijven van het 50/50-uitgangspunt. Zo betwijfel ik of de omstandigheden die bijvoorbeeld zien op de maatschappelijke en financiële positie van partijen daadwerkelijk slechts van secundair belang zijn, zoals de P-G aangeeft. Ik denk dat ook die omstandigheden in concrete gevallen een rol kunnen spelen bij de beantwoording van sec de normatieve vraag of ongewijzigde instandhouding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid verwacht kan worden.²⁴ Alhoewel ik wel meevoel met de gedachte dat dit ook, en vaak zelfs meer, in de sfeer van matiging zit, denk ik dat de vereisten van art. 6:258 BW niet blind zijn voor dergelijke omstandigheden, zeker ook buiten de sferen van huur.

20 Zie in dit verband ook Den Hartog 2021, p. 91-92.

21 Vgl. W.H. van Boom, ‘Onvoorziene omstandigheden en coronacrisis: #sharetheburden’, *NTBR* 2020/11, afl. 4, p. 87, die aangeeft dat art. 6:258 BW geen alomvattend instrument van solidariteitspolitiek is.

22 Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, *JOR* 2020/223, m.nt. R.M. Hermans (*Tenor/McCourt*).

23 Zie over de inconsistenties in dit verband Van Boom 2021, p. 134.

24 In de pre-coronarechtspraak spelen deze omstandigheden ook een belangrijke rol bij de afweging binnen het filter van art. 6:258 BW. Zie Den Hartog 2021, p. 26-54.

3.4 *Ontwikkelingen van art. 6:258 BW*

Uit de 'coronarechtspraak' kunnen enkele ontwikkelingen van art. 6:258 BW worden gedestilleerd, die wellicht ook in de toekomst, zowel in coronazaken als in niet-coronazaken, zullen blijven. Het meest in het oog springend is wat dat betreft natuurlijk de wijze van vaststelling van de rechtsgevolgen van een geslaagd beroep op onvoorziene omstandigheden aan de hand van 'share the pain'. Het is goed denkbaar dat een 'share the pain'-gedachte ook bij de bepaling van de rechtsgevolgen van een beroep op art. 6:258 BW bij andere onvoorziene omstandigheden dan de coronacrisis een rol zal blijven spelen. Daarnaast heeft de coronarechtspraak goed inzicht gegeven in een aantal gezichtspunten dat van belang kan zijn bij de beoordeling van de vraag of, en zo ja, in welke mate, ongewijzigde instandhouding van een overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet van de wederpartij mag worden verwacht.²⁵ Voorts kan worden geconstateerd dat het ondernemersrisico-argument minder prominent aanwezig is in de coronacrisis dan dit bijvoorbeeld in de kredietcrisis het geval was en dat de vereisten van art. 6:258 BW, voor zover dit mogelijk is, meer van elkaar worden gescheiden om zo de toepassing ervan inzichtelijker te maken. Een andere ontwikkeling is dat in situaties die door het filter van art. 6:258 BW komen, steeds vaker heronderhandelingsplichten aangenomen worden.²⁶ Omdat deze verplichting echter veeleer voortvloeit uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid en niet uit art. 6:258 BW zelf, volsta ik op deze plek met een constatering van die ontwikkeling.²⁷

Uit dit alles mag overigens niet de conclusie worden getrokken dat art. 6:258 BW dus niet meer met terughoudendheid wordt getoetst. De 'coronarechtspraak' laat mijns inziens zien dat de coronacrisis nu precies een omstandigheid is waarop art. 6:258 BW ziet. Juist ondanks de terughoudende toepassing ervan, komt de coronacrisis in veel gevallen door het filter heen. De terughoudendheid zal dus ook post-corona nog steeds het uitgangspunt zijn bij de beoordeling van een beroep op art. 6:258 BW. Corona kan eerder worden gezien als de uitzondering die de regel bevestigt.

4. Conclusie

Het gaat dus, meer schematisch weergegeven, als volgt in geval er in verband met de coronacrisis een beroep op onvoorziene omstandigheden de revue passeert:

- A. Is de coronacrisis een onvoorziene omstandigheid?
- B. Zo ja, is deze van dien aard dat de wederpartij ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet kan verwachten?

- C. Zo ja, behoort de coronacrisis krachtens de aard van de overeenkomst of de verkeersopvattingen voor rekening te komen van de partij die een beroep op onvoorziene omstandigheden doet?
- D. Zo nee, in welke mate kan ongewijzigde instandhouding dan niet worden verwacht? Wat is het concrete nadeel dat de partij die een beroep doet op onvoorziene omstandigheden geleden heeft? Is dit voldoende om te oordelen dat ongewijzigde instandhouding niet verwacht kan worden?
- E. Zo ja, kan dit nadeel 50/50 worden verdeeld of zijn er contra-indicaties die een afwijking van het 50/50-uitgangspunt rechtvaardigen?

De vraag onder D – en in het verlengde daarvan B – lijkt in de coronacasuïstiek voor de praktijk uiteindelijk de belangrijkste. Vraag D ziet immers op de concrete gevolgen van de coronacrisis, welke gevolgen uiteindelijk bepalend zijn voor de vraag of wijziging of ontbinding van een overeenkomst dient te volgen. Hierbij wordt bijvoorbeeld betrokken in hoeverre de partij die een beroep doet op onvoorziene omstandigheden kostenbesparende maatregelen heeft genomen en in hoeverre die partij aanspraak heeft gemaakt op overheidssteun.

Voor de praktijk is verder belangrijk te onthouden dat de partij die een beroep doet op art. 6:258 BW nog altijd een grote stelplecht en bewijslast heeft, omdat de rechter nog steeds terughoudend zal zijn bij de beoordeling van de vereisten van onvoorziene omstandigheden. In deze coronacasuïstiek wordt echter, gelet op de uitzonderlijkheid van de (onvoorziene) omstandigheid in kwestie, regelmatig toch aan de vereisten van art. 6:258 BW voldaan. Dan kan er zeker aanleiding zijn voor partijen om in ieder geval met elkaar in gesprek te treden over mogelijke aanpassingen van de overeenkomst.

²⁵ Zie voor deze gezichtspunten Den Hartog 2021, p. 98-99.

²⁶ Zie bijvoorbeeld heel expliciet Rb. Amsterdam 29 oktober 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5265, r.o. 9.

²⁷ Zie over dit onderwerp uitvoerig het nog te verschijnen artikel M.R. Ruysvoorn, 'De verschillen tussen het afbreken van onderhandelingen in de precontractuele fase, de contractuele fase en in het bijzonder bij onvoorziene omstandigheden', *RMThemis* 2021.