

ECLI:NL:RBNNE:2015:2180

<http://de>

Instantie

Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak

06-05-2015

Datum publicatie

11-05-2015

Zaaknummer

C-17-126641 - HA ZA 13-121

Rechtsgebieden

Civiel recht

Bijzondere kenmerken

Eerste aanleg - meervoudig

Inhoudsindicatie

Tussen partijen is een take or pay-verplichting ten aanzien van de levering van stoom overeengekomen. In conventie is voor 2012 en 2013 betaling van de vergoeding uit hoofde van de take or pay-verplichting gevorderd. Tussen partijen is een minimale leveringsverplichting overeengekomen van LD-stoom, maar niet van MD-stoom. Voor LD-stoom geldt een leveringsverplichting binnen een bepaalde bandbreedte per uur.

Niet voldoen aan minimale stoom-afnameverplichting in 2012 en 2013. Uitleg van diverse met elkaar samenhangende overeenkomsten. Overmachtsbepaling in overeenkomst met betrekking tot het verloren gaan van een caverne (ten behoeve van zoutwinning). Geen sprake van een van buitenkomende omstandigheid die niet in de risicosfeer van het bedrijf ligt. Het beroep op onvoorziene omstandigheden en het beroep op redelijkheid en billijkheid slagen evenmin.

Voor 2013 geldt dat enkel schade ten gevolge van een storm overmacht oplevert. Schuldeisersverzuim en verrekening waarop een beroep is gedaan in het kader van de nakoming van de leveringsverplichting van stoom in 2013 slagen niet.

Vindplaatsen

Rechtspraak.nl

Uitspraak

vonnis

RECHTBANK NOORD-NEDERLAND

Afdeling privaatrecht

Locatie Leeuwarden

zaaknummer / rolnummer: C/17/126641 / HA ZA 13-121

Vonnis van 6 mei 2015

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

RESTSTOFFENERGIECENTRALE B.V. ,

gevestigd te Leeuwarden,

eiseres in conventie,

gedaagde in (voorwaardelijke) reconventie,

advocaat mr. H.M. Giezen te Amsterdam,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

FRISIA ZOUT B.V. ,

gevestigd te Harlingen,

gedaagde in conventie,

eiseres in (voorwaardelijke) reconventie,

advocaten mr. R. Bremer en mr. M. Uittenbogaard te Leeuwarden.

Partijen zullen hierna REC en Frisia genoemd worden.

1 De procedure

1.1.

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- -

het tussenvonnis van 9 juli 2014, waarin de rechtbank een comparitie van partijen heeft bevolen;

- -

de brief van 10 oktober 2014 met bijlage van de zijde van REC;

- -
de akte overlegging producties, tevens akte wijziging eis aan de zijde van Frisia;
- -
het proces-verbaal van de op 30 oktober 2014 gehouden comparitie van partijen;
- -
de antwoordakte wijziging eis en uitlating producties aan de zijde van REC.

1.2.

Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De vaststaande feiten

2.1.

REC is een dochteronderneming van de naamloze vennootschap Afvalsturing Friesland N.V., welke onderneming onder de handelsnaam Omrin (hierna te noemen: Omrin) in (nagenoeg) geheel Friesland zorgdraagt voor de bewerking, recycling en eindverwerking/verwijdering van huishoudelijk- en bedrijfsafval. De aandeelhouders in Afvalsturing zijn de Friese gemeenten.

2.2.

Van het ingezamelde afval wordt ongeveer 60% hergebruikt door recycling en verwerking door Omrin in de eigen scheidings- en bewerkingsinstallaties te Heerenveen. Het deel van het afval dat niet kan worden hergebruikt, wordt door Omrin verbrand in haar eigen afvalverbrandingsinstallatie, te weten de Reststoffen Energie Centrale (hierna te noemen: de Centrale), die door REC in Harlingen is gerealiseerd en met ingang van 1 juli 2011 commercieel in gebruik is genomen.

2.3.

Met de energie die vrijkomt bij de verbranding van het restafval wekt REC stoom en elektriciteit op. REC is voor de afzet van deze stoom en elektriciteit een samenwerkingsverband aangegaan met Frisia.

2.4.

Frisia heeft op basis van een aan haar door de Minister van Economische Zaken verleende steenzoutconcessie voor de concessiegebieden Barradeel en Barradeel II, zout gewonnen uit de winningsputten BAS1 en BAS2 (Barradeel) en de winningsputten BAS3 en BAS4 (Barradeel II). De zoutwinning in het concessiegebied Barradeel is op dit moment gestopt. Thans vindt enkel zoutwinning plaats in het concessiegebied Barradeel II.

2.5.

Frisia wint in de nabije omgeving van Harlingen op ongeveer 2,5 tot 3 kilometer diepte zout door middel van oplosmijnbouw. Op de winningslocatie wordt door Frisia een winningsput geboord met een diameter onderin van idealiter ongeveer 100 meter. Normaalgesproken heeft een winningsput een hoogte van ongeveer 150 meter. In de winningsput wordt een verbuizing aangebracht, die bestaat uit meerdere buizen met een oplopende diameter en waarvan de binnenste drie buizen voor productiedoeleinden worden gebruikt.

2.6.

Via de binnenste buis, met een diameter van 7 inch (7"), wordt zoet water in de winningsput geïnjecteerd. Door het water wordt het aanwezige zout opgelost en ontstaat een ondergrondse holte (caverne) op de plaats waar oorspronkelijk het zout zat. De caverne is gevuld met verzadigde pekels dat door de druk van het geïnjecteerde water en de gesteentedruk omhoog wordt gestuwd.

2.7.

Met behulp van de middelste buis, een buis met een diameter van $11 \frac{3}{4}$ inch

($11 \frac{3}{4}$ "), wordt de verzadigde pekels vervolgens uit de caverne omhoog gedrukt en naar de zoutfabriek getransporteerd.

2.8.

Met behulp van de buitenste buis, een buis met een diameter van $13 \frac{3}{8}$ inch

($13 \frac{3}{8}$ "), wordt direct onder het dak van de caverne een olielaag aangebracht. Deze olielaag bestaat uit een laag dieselolie die bovenop de pekels in de put drijft en die ervoor zorgt dat bovengelegen bodemlagen niet oplossen. Met deze olielaag wordt de hoogte van de caverne - en daarmee indirect de hoeveelheid op te lossen zout - geregeld.

2.9.

Frisia bewerkt en verwerkt de ruwe pekels in haar zoutfabriek tot industriële zoutproducten. Van het door Frisia geproduceerde "natte zout" maakt Frisia grondstoffen voor de industrie. Ongeveer 70% daarvan wordt door Frisia direct geleverd aan de basis-chemische industrie voor het maken van producten als chloor, soda en natriumcarbonaat voor de kunststoffenindustrie, glasindustrie en rookgasreiniging. Ongeveer 30% van het natte zout wordt gedroogd, waarna daarvan producten als broodzout, zout voor de vleesindustrie, veevoer en wateronthardingstabletten worden gemaakt.

2.10.

Frisia maakt onderdeel uit van het esco-concern (european salt company).

2.11.

Voor haar productieproces heeft Frisia grote hoeveelheden elektriciteit en stoom nodig. Voor de opwekking van elektriciteit bevindt zich op het terrein van Frisia een warmtekrachtcentrale (hierna te noemen: WKC). REC en Frisia zijn in het kader van hun samenwerking overeengekomen dat de Centrale stoom (88 bar, 460°C) zal produceren en via leidingen aan de WKC zal leveren. Met deze stoom wordt elektriciteit geproduceerd, waarvan ongeveer 30% aan Frisia wordt geleverd. Voorts wordt aan Frisia via de WKC lagedrukstoom (hierna te noemen: LD-stoom) geleverd, waarmee zij de door haar gewonnen pekkel indampt tot zout. Daarnaast levert REC voor de productie van droogzout aan Frisia middendrukstoom (hierna te noemen: MD-stoom). REC en Frisia zijn in dit kader overeengekomen dat REC de WKC van Frisia huurt, ten behoeve van de productie en afzet van elektriciteit en stoom.

2.12.

REC en Frisia bereikten op 15 juni 2006 en 4 september 2006 overeenstemming over de uitgangspunten voor hun samenwerking en hebben deze uitgangspunten vastgelegd in een Letter Of Intent. Vervolgens hebben partijen met elkaar onderhandeld over de inhoud van de door hen uiteindelijk op 13 november 2007 gesloten overeenkomsten, te weten de Raamovereenkomst, de WKC-huurovereenkomst, de Energieleveringsovereenkomst en de Dienstenovereenkomst. Nadien zijn bij de vorengenoemde overeenkomsten de Addenda I tot en met IV aangegaan. Omdat de afzet van stoom en elektriciteit voor REC een belangrijke pijler is van haar bedrijfsplan, hebben de overeenkomsten een looptijd van 15 jaar te rekenen vanaf de commerciële ingebruikname van de Centrale met streefdatum

1 januari 2010, en is onder meer voor de afname van stoom een minimale contractuele afnameverplichting, een Take or Pay-verplichting (hierna te noemen: Top-verplichting) aan Frisia opgelegd.

2.13.

In de Raamovereenkomst is - voor zover van belang - het volgende bepaald:

" Artikel 2 Doel van de overeenkomst, verhouding tot de Nadere overeenkomsten

2.1

In deze overeenkomst worden de hoofdlijnen van de afspraken tussen partijen geregeld met betrekking tot de energieleveringen aan Frisia met behulp van de REC (de Centrale - toevoeging rechtbank) en de WKC, de beschikbaarstelling van de verschillende energievormen en hoeveelheden alsmede de afname door Frisia van die energievormen en de verlening van aanvullende diensten.

2.2

Verdere afspraken tussen partijen met betrekking tot energielevering en energieafname, de verlening van diensten en de verhuur van de WKC zijn in de Nadere overeenkomsten vastgelegd. Voor zover onderwerpen niet uitdrukkelijk in de Nadere overeenkomsten zijn geregeld, geldt het bepaalde in deze overeenkomst.

2.3

Voor zover de afspraken in de Nadere overeenkomsten afwijken van hetgeen in deze Raamovereenkomst is neergelegd, prevaleert het bepaalde in de Nadere overeenkomsten.

2.4

Het bepaalde in deze Raamovereenkomst hangt nauw samen met het bepaalde in de Nadere overeenkomsten. Deze vier overeenkomsten dienen in onderlinge samenhang te worden gelezen en uitgelegd.

(...)

Artikel 8 Schade en aansprakelijkheid - wanprestatie

8.1

Voor schade voortvloeiende uit wanprestatie uit hoofde van deze danwel (één van) de Nadere overeenkomsten zijn partijen jegens elkaar aansprakelijk overeenkomstig het bepaalde in art. 6:74 BW en volgende.

8.2

Partijen komen nu reeds overeen dat, in verband met de grote gevolgen die een tekortschieten van de andere partij voor hen kan hebben, de in art. 6:82 BW bedoelde 'redelijke termijn' onder omstandigheden een zeer korte termijn (van bijv. enkele dagen of zelfs enkele uren) kan zijn.

8.3

De schade die voor vergoeding in aanmerking komt, omvat alle schaden en verliezen (indirecte schade en vermogensschade daaronder begrepen) die een partij lijdt doordat de andere partij niet voldoet aan één of meer van haar verplichtingen uit deze danwel (één van) de Nadere overeenkomsten.

Artikel 9 Aansprakelijkheid

9.1

In geval van wanprestatie is de aansprakelijkheid van partijen voor schade geleden door de andere partij beperkt tot EUR 10 miljoen per schadeveroorzakende gebeurtenis.

9.2

De in lid 1 bedoelde aansprakelijkheid is beperkt tot EUR 6,5 miljoen per schadeveroorzakende gebeurtenis indien de aansprakelijke partij aannemelijk maakt en bewijst dat de gebeurtenis die tot de aansprakelijkheid heeft geleid voor haar redelijkerwijze niet te verzekeren was.

9.3

De in lid 1 en lid 2 beschreven aansprakelijkheidsbeperkingen gelden niet indien sprake is van opzet of grove schuld van de aansprakelijke partij.

9.4

Indien lid 1 van toepassing is op een bij Frisia opgekomen schade, dan wordt de schade die Frisia ten gevolge van bedrijfsonderbrekingen lijdt, tussen partijen gefixeerd op

EUR 75.000,-- per dag of gedeelte van een dag dat Frisia gehinderd wordt in de uitvoering van haar werkzaamheden. Het bepaalde in dit lid geldt eerst indien de bedrijfsonderbreking langer dan twaalf uren duurt ('franchiseperiode'), terwijl vervolgens de schade voor de eerste 24 uren op EUR 37.500,-- wordt gefixeerd. Indien de bedrijfsonderbreking langer duurt dan 24 uur, geldt de hierboven geformuleerde hoofdregel. Deze hoofdregel blijft ook gelden indien vervolgens sprake is van kortstondige onderbrekingen in iedere volgende periode van 24 uur. Dergelijke kortstondige onderbrekingen doen geen nieuwe franchiseperiode van 12 uur ontstaan.

Artikel 10 Overmacht

10.1

Van overmacht is sprake indien door omstandigheden buiten de invloedssfeer van (één der) partijen, welke omstandigheden bovendien niet op grond van de redelijkheid en billijkheid binnen de risicosfeer van één der partijen liggen, een of meer verplichtingen uit hoofde van deze overeenkomst niet kunnen worden nagekomen.

10.2

Aan partijen komt een beroep toe op overmacht indien sprake is van oorlog, binnenlandse onrusten, brand en explosies (deze laatste twee alleen indien ontstaan door externe oorzaken en indien de partij die zich op overmacht wil beroepen aannemelijk maakt en bewijst dat het betreffende evenement voor haar redelijkerwijze niet te verzekeren was), het verloren gaan van één of meer cavernes, terroristische aanslagen, natuurgeweld of andere buitengewone omstandigheden. De aanwezigheid van dergelijke omstandigheden kan een beroep op overmacht slechts rechtvaardigen indien zij aantoonbaar een aanzienlijke invloed hebben (gehad) op de uitvoering van de in deze overeenkomst en/of de Nadere overeenkomsten opgenomen verplichtingen.

10.3

Aan partijen komt in ieder geval geen beroep op overmacht toe indien sprake is van ziekte van personeel, liquiditeits of solvabiliteitsproblemen, technische storingen, onderhoud van installaties, bedrijfsstakingen en andere vergelijkbare omstandigheden.

10.4

Indien en voor zover een partij ten gevolge van overmacht in de zin van dit artikel haar verplichtingen uit hoofde van deze overeenkomst of (één van) de Nadere overeenkomsten niet of niet volledig nakomt, wordt dit tussen partijen niet als een toerekenbare tekortkoming gekwalificeerd.

10.5

Indien een partij ten gevolge van overmacht bepaalde contractuele verplichtingen tijdelijk niet of niet geheel kan nakomen, worden de betrokken verplichtingen opgeschort zolang de overmacht voortduurt. Deze opschorting heeft slechts betrekking op dat deel van de verplichtingen dat ten gevolge van de overmacht niet kan worden nagekomen. Indien en zodra de overmachtssituatie is geëindigd, zal deze partij de opgeschorte verplichtingen alsnog dienen na te komen, tenzij de aard van de betrokken verplichtingen zich daartegen verzet.

10.8

Zodra een partij bekend raakt met een omstandigheid die als overmacht kan worden gekwalificeerd, zal zij de andere partij hiervan onmiddellijk en schriftelijk op de hoogte stellen. Daarbij dienen zoveel mogelijk de (te verwachten) duur van de betreffende omstandigheid te worden vermeld als ook de gevolgen die de omstandigheid naar verwachting zal hebben voor de nakoming van de verplichtingen uit hoofde van deze overeenkomst en de Nadere overeenkomsten. De betrokken partij stelt alles in het werk om de gevolgen van de overmachtssituatie zoveel mogelijk te beperken. De betrokken partij zal de andere partij geïnformeerd houden over alle ontwikkelingen en alle genomen maatregelen ter zake."

2.14.

In de WKC-huurovereenkomst is - voor zover van belang - het volgende bepaald: "**Artikel 1 Uitleg**

1.1

De onderhavige overeenkomst dient te worden geïnterpreteerd en uitgelegd in combinatie met de eveneens tussen partijen gesloten Raamovereenkomst, de Energieleveringsovereenkomst en de Dienstenovereenkomst.

1.2

De onderhavige overeenkomst wordt aangegaan onder dezelfde opschortende - en ontbindende voorwaarden als die, opgenomen in de Raamovereenkomst. (...)

Artikel 2 Het gehuurde

2.1

Frisia verhuurt aan REC B.V. en REC B.V. huurt van Frisia de onroerende zaak, gelegen aan de Lange Lijnbaan te Harlingen, kadastraal bekend als Gemeente Harlingen, sectie B, nummer 3770, welke onroerende zaak is aangegeven op bijlage 1 bij deze overeenkomst. (...)

Artikel 4 Huurprijs

4.1

De huurprijs van de WKC bedraagt op maandbasis € 80.960, zeggen tachtigduizend negenhonderdzestig Euro. Frisia zal over de huurprijs wel omzetbelasting in rekening brengen. (...)

Artikel 12 Schade en aansprakelijkheid

12.1

Het gebruik van de WKC geschiedt volledig voor eigen risico van REC B.V.

12.3

Onverminderd het overigens in deze overeenkomst bepaalde, is REC B.V. jegens Frisia aansprakelijk voor alle schade aan de WKC.

12.6

Frisia is jegens REC B.V. aansprakelijk voor alle schade aan de WKC door of ten gevolge van toerekenbare gedragingen of nalatigheden van Frisia. (...)

12.7

REC B.V. is aansprakelijk voor schade die het gevolg is van door of namens haar aangebrachte veranderingen en toevoegingen. (...)

12.8

Frisia is niet aansprakelijk voor bedrijfsschade van REC B.V., voor schade als gevolg van belemmeringen in het gebruik van de WKC die derden veroorzaken of voor gebreken die zijn ontstaan doordat REC B.V. haar onderhoudsplicht niet is nagekomen."

2.15.

In de Energieleveringsovereenkomst is - voor zover van belang - het volgende bepaald:

" Artikel 1 Uitleg

1.1

De onderhavige overeenkomst dient te worden geïnterpreteerd en uitgelegd in combinatie met de eveneens tussen partijen gesloten Raamovereenkomst, de WKC huurovereenkomst en de Dienstenovereenkomst.

1.2

De onderhavige overeenkomst wordt aangegaan onder dezelfde opschortende - en ontbindende voorwaarden als die, opgenomen in de Raamovereenkomst. (...)

Artikel 2 Energielevering

2.1

REC B.V. staat in voor een zodanige operationele beschikbaarheid van de REC en de WKC, dat de installaties gedurende 8.500 uur per jaar operationeel zullen zijn voor de productie van elektriciteit en stoom. REC B.V. verplicht zich om gedurende 8500 uren per jaar proceswarmte in de vorm van stoom en gedurende 8760 uren per jaar elektriciteit en perslucht aan Frisia te leveren.

REC B.V. staat in voor een operationele beschikbaarheid van de REC en de WKC van 98,9%. Dat houdt in dat REC B.V. in een kalenderjaar de REC en de WKC 4 maal 24 uren mag stilliggen, zonder dat er jegens de wederpartij sprake zal zijn van een toerekenbare tekortkoming tijdens REC B.V.

2.2

REC B.V. verplicht zich - in het kader van deze overeenkomst - om Frisia proceswarmte in de vorm van stoom te leveren op twee verschillende drukniveaus (middendruk (MD)-stoom en lage druk (LD)-stoom) en overigens conform de hierna opgenomen parameters en in de hierna genoemde hoeveelheden.

Parameters MD-stoom LD-stoom

Druk 16 bar 6 bar

Toegestane kortstondige schommelingen op grond

van het afnamegedrag van Frisia $\pm 0,5$ bar $\pm 0,5$ bar

Temperatuur ca. 210 °C ca. 165 °C

Massastroom (gemiddelde waarde per uur) 0 - 6 t/h 60 -118 t/h

Energiegehalte t.a.v. voedingswatertemperatuur

90 °C 0,681MWh/t 0,668 MWh/t

Energielevering (gemiddelde jaarlijkse waarde) 2,2 MW 63,2 MW

2.3

REC B.V. verplicht zich tot reservering - per kalenderjaar - van een hoeveelheid stoom overeenkomend met 540.000 MWh (overeenkomend met 808.383 ton 6 bar stoom) alsmede 29.400 MWh (overeenkomend met 43.171 ton 16 bar stoom).

Indien REC B.V. in enig kalenderjaar aan Frisia minder stoom levert dan voornoemde te reserveren hoeveelheid, dan zal REC B.V. aan Frisia een vergoeding betalen. Deze vergoeding is gelijk aan de door Frisia aan te tonen resultaatderving die het rechtstreekse gevolg is van de door REC B.V. minder geleverde hoeveelheid stoom in dat kalenderjaar.

2.4

Frisia is verplicht in ieder geval per kalenderjaar af te nemen, conform de art. 2.2 gegeven specificaties, 404.600 MWh (overeenkomend met 605.688 ton 6 bar stoom) alsmede 14.700 MWh (overeenkomend met 21.285 ton 16 bar stoom).

Indien Frisia in enig kalenderjaar minder stoom afneemt dan voornoemde minimaal af te nemen hoeveelheid, zal zij REC B.V. een vergoeding betalen ter grootte van het verschil tussen voornoemde minimale afname en de werkelijke afname, maal de gemiddelde prijs per MWh aan stoom over dat betreffende kalenderjaar (Take or Pay).

2.5

Frisia nomineert op weekbasis. Frisia zal slechts gedurende maximaal 4000 uren per jaar meer dan 105 ton stoom per uur (retourtemperatuur condensaat 90 °C) vragen."

2.16.

Eind januari 2010 bleek Frisia dat uit BAS3 met olie vermengde pekkel de zoutfabriek binnenkwam als gevolg van een beschadiging van de 11 ¾"- buis.

2.17.

Frisia gekozen voor realisatie van BAS3 Original (een nieuw aan te boren caverne) in plaats van reparatie van BAS3. Aan Frisia is op 2 januari 2012 een vergunning verleend voor het winningsplan met BAS3 Original.

2.18.

In de notulen van de vergadering van de stuurgroep Frisia-REC van 19 mei 2010 is - voor zover van belang - het volgend vermeld:

"4. Stand van zaken BAS3: Geen Bas 3 meer, alleen nog Bas 4 (30% minder zoutproductie). Bas 3 midden 2011 mogelijk pas weer in productie (BAS 3 original). Ultimo 2010 is bekend wanneer Bas 3 weer in productie gaat."

2.19.

In de notulen van de vergadering van de stuurgroep Frisia-REC van 15 oktober 2010 is - voor zover van belang - het volgend vermeld:

"3. Stand van zaken Frisia m.b.t. vergunningen, winningsplannen en BAS3

(...)

BAS 3: het plan is om BAS3 in de originele uitvoering weer in gebruik te nemen. Frisia is daarover in gesprek met SodM. De planning is begin 2011 vergunning, tweede/derde kwartaal boren/aanleggen BAS3 original, vierde kwartaal in gebruik name BAS3 original.

2011 zoutproductie: 820.000 ton."

2.20.

In de notulen van de vergadering van de stuurgroep Frisia-REC van 20 mei 2011 is - voor zover van belang - het volgend vermeld:

" 2. Stand van zaken Frisia

(...)

Frisia heeft een vergunning aangevraagd voor twee nieuwe zoutwinputten BAS5 en BAS6, deze liggen ten oosten van de huidige putten. Daarnaast is er de mogelijkheid voor winning onder de Waddenzee. (...)

De productie uit BAS3 is nu definitief gestopt. Wellicht heeft Frisia tot eind volgende jaar maar één winput. Dit heeft tot gevolg dat Frisia maar ca. 65% van de warmtevraag heeft.

In het vorige overleg was er enkel nog sprake van één winput tot eind dit jaar, nu blijkt dit dus tot eind volgend jaar (in het slechtste geval). Als Frisia een deal kan sluiten met de provincie, gemeenten en het waterschap zou wellicht de tweede put eerder in gebruik genomen worden.

De verwachting is dat in het beste geval begin volgende jaar Frisia de tweede put weer operationeel heeft, in het slechtste geval eind volgende jaar.

(...)

5. Afname reststoom REC voor extra zoutproductie (Frisia)

Frisia is nu bezig met een business plan voor het laten komen van een speciale zoutstroom uit Duitsland. Maar voor Frisia is op dit moment het verkrijgen van het zout een probleem, (...)."

2.21.

Bij brief van 23 april 2012 heeft Frisia REC het volgende - voor zover van belang - medegedeeld:

"Een van de onderwerpen die tijdens voornoemde bespreking (*bespreking op 16 maart 2012, aanvulling rechtbank*) aan de orde kwam, is de toepasselijkheid van de zogeheten "take-or-pay-regeling" uit artikel 2.4 van de Energieleveringsovereenkomst d.d. 13 november 2007. Tot onze verbazing gaf u aan dat REC B.V. voornemens is over het lopende kalenderjaar een beroep te doen op deze bepaling uit de Energieleveringsovereenkomst. Naar de mening van Frisia Zout B.V. kan van een beroep op deze bepaling in de gegeven omstandigheden geen sprake zijn.

Zoals u weet, werd Frisia Zout B.V. in 2010 geconfronteerd met het wegvallen van caverne Bas 3. Het dak van de caverne bleek dusdanig instabiel te zijn dat de caverne geheel verloren is gegaan. Winning was (en is) niet langer mogelijk. Daarmee is sprake van een overmachtsituatie als bedoeld in artikel 10.2 van de Raamovereenkomst. Frisia Zout B.V. heeft REC B.V. voortdurend op de hoogte gehouden van de ontwikkelingen met betrekking tot Bas 3 alsook van de gevolgen die het wegvallen van de caverne had op de warmtevraag van Frisia Zout B.V. Ik verwijs u naar de notulen van de stuurgroepvergadering, waarin een en ander ook is opgenomen (zie bijvoorbeeld de notulen van de vergadering van 20 mei 2011).

In reactie op het beroep van Frisia Zout B.V. op overmacht gaf u aan dat de overmachtsituatie niet gemeld zou zijn. Gezien het voorgaande is die stellingname niet te begrijpen en niet terecht. Het verloren gaan van de caveerne en de gevolgen die dat zou hebben op de warmtevraag zijdens Frisia Zout B.V. zijn wel degelijk afdoende bij u gemeld. (...). Hoewel wij derhalve primair van mening zijn de overmachtsituatie reeds op de voorgeschreven manier te hebben gemeld, willen wij - gezien uw formele opstelling - daarover geen enkel misverstand laten bestaan. Om die reden melden wij u hierbij subsidiair (voor het geval de overmacht onverhoopt niet afdoende gemeld zou zijn) c.q. bevestigen wij nogmaals dat sprake is van een overmachtsituatie als bedoeld in artikel 10.2 van de Raamovereenkomst (...).

Na het verloren gaan van de caveerne Bas 3 is gestart met de voorbereiding van het project Bas 3 orginal, waarbij gebruik makend van een deel van de casing van de Bas 3 boring een nieuwe caveerne naast de verloren gegane caveerne Bas 3 wordt gerealiseerd. (...). Vooralsnog is de geplande afname stoom in 2012 ca. 400.000 Mw. (...)."

2.22.

Bij brief van 11 mei 2012 heeft REC in reactie op de brief van 23 april 2012 van Frisia aangegeven dat deze brief door REC

"niet kan worden gekwalificeerd als een juridisch houdbaar beroep op overmacht."

Voorts heeft REC aangegeven dat de omstandigheden waarop Frisia een beroep heeft gedaan geen beroep op overmacht rechtvaardigen, omdat deze omstandigheden zich binnen haar eigen invloedssfeer bevinden en op grond van de redelijkheid en billijkheid binnen haar risicosfeer liggen.

2.23.

Bij brief van 14 december 2012 heeft Frisia in reactie op de brief van 11 mei 2012 van REC aangegeven dat er haars inziens sprake is van een rechtsgeldig beroep op overmacht. Frisia heeft daarbij opgemerkt dat het verlies van een caveerne geen omstandigheid is die binnen haar eigen invloedssfeer ligt, dat het beroep op overmacht tijdig is gedaan en dat zij REC heeft geïnformeerd over de verminderde productie die een gevolg is van het wegvallen van de caveerne en over de te verwachten duur van de overmacht.

2.24.

In 2012 heeft Frisia met BAS3 nog 200.000 kilogram zout geproduceerd. In 2013 en 2014 was de productie van BAS3 nihil.

2.25.

Met BAS4 heeft Frisia vanaf 2009 de volgende hoeveelheden zout (in kilogrammen) geproduceerd:

2009 627.940.000,

2010 863.262.000,

2011 849.553.000,

2012 745.719.000,

2013 667.978.000,

2014 423.612.000.

2.26.

Naast het zout dat Frisia wint uit BAS4, verwerkt Frisia steenzout, dat afkomstig is uit een kalimijn in de buurt van Hannover en dat door Frisia is aangeduid als het project "Sigmundshall".

2.27.

Vanwege de winning van steenzout door Frisia zijn partijen bij het Addendum IV overeengekomen dat REC met ingang van 1 januari 2013 aan Frisia de door haar voor de verwerking van steenzout benodigde energie levert en dat de bepalingen uit de Raamovereenkomst, de WKC-huurovereenkomst, de Dienstenovereenkomst en de Energieleveringsovereenkomst op deze aanvullende energielevering door REC van toepassing zijn.

2.28.

Frisia heeft op 5 december 2012 en 3 januari 2013 aan REC voor de maanden november 2012 respectievelijk december 2012 een bedrag van € 97.961,60 per maand gefactureerd terzake de huur van de WKC door REC. REC heeft deze facturen onbetaald gelaten.

2.29.

Bij factuur van 3 januari 2013 heeft REC een bedrag van € 1.463.408,23 (inclusief 21% BTW) aan Frisia gefactureerd onder vermelding van "Afname verplichting 'Take or Pay' periode 2012 cf bijlage". In de bijlage is aangegeven dat Frisia in de periode van januari tot en met december 2012 een afnameverplichting heeft van 419.300 MWh stoom en dat Frisia in genoemde periode 375.858 MWh stoom heeft afgenomen. Voor de af te rekenen 'Take or Pay' compensatie huur en stoom heeft REC een bedrag van

€ 100.351,27 respectievelijk € 1.109.077,02, zijnde in totaal een bedrag van € 1.209.428,29 (exclusief BTW), bij Frisia in rekening gebracht.

2.30.

Bij brief van 30 oktober 2013 heeft Frisia aan REC kenbaar gemaakt dat de storm van 28 oktober 2013 schade heeft veroorzaakt aan haar gebouwen en installaties, dat zij daardoor geen natzout kan produceren en verladen en dat dit leidt tot een lagere stoomafname van REC. Frisia heeft daarbij aangegeven dat zij de storm als natuurgeweld als bedoeld in artikel 10.2 van de Raamovereenkomst aanmerkt en heeft in dat kader een beroep op overmacht gedaan.

2.31.

Bij brief van 19 november 2013 heeft REC aangegeven dat de storm van 28 oktober 2013 niet als natuurgeweld kan worden gekwalificeerd en dat dit geen overmacht oplevert. REC heeft in genoemde brief het volgende - voor zover van belang - aangegeven:

"Ten eerste willen wij met betrekking tot het begrip natuurgeweld in artikel 10.2 van de raamovereenkomst wijzen op het laatste deel van de eerste zin, waar wordt gesteld dat het moet gaan om 'buitengewone omstandigheden'.

Daarnaast wordt in artikel 10.2 gesteld dat een beroep op overmacht i.g.v. brand en explosies (zijnde buitengewone omstandigheden) alleen houdbaar is, indien Frisia aannemelijk maakt en bewijst dat *het betreffende evenement voor haar redelijkerwijze niet te verzekeren was* .

Het is dus duidelijk de bedoeling van partijen geweest om een beroep op overmacht voor te behouden aan buitengewone omstandigheden en dat partijen bij het vastleggen van omstandigheden die een beroep op overmacht rechtvaardigen een belangrijke rol hebben toegekend aan de verzekerbaarheid van een evenement. Voor een juridisch houdbaar beroep op overmacht is dus voor partijen van belang of een evenement redelijkerwijs kan worden verzekerd.

Naast de in beginsel verzekerbare oorzaken brand en explosies, zijn in het algemeen de overige genoemde buitengewone omstandigheden in beginsel niet dan wel beperkt verzekerbaar.

Aan de kust van Harlingen is storm een vaker voorkomend weerbeeld, de storm van 28 oktober jl. kan juridisch gezien dan ook niet worden gekwalificeerd als een buitengewone omstandigheid, vergelijkbaar met de overige in artikel 10.2 opgenomen overmacht-omstandigheden (waaronder oorlog en terroristische aanslagen). Daarnaast is storm (ook die van 28 oktober jl.) verzekerbaar onder een voor bedrijven gebruikelijke opstal-/inboedelverzekering (brandverzekering). Er is dekking voor schade aanwezig indien er sprake is van windkracht 7 of meer (technisch gezien een ondergrens van 14 meter per sec), waarbij een bovengrens niet wordt gesteld. De onderhavige stormschade is dus (eigen risico daargelaten) in ieder geval verzekerbaar geweest voor Frisia.

Tot slot geven wij nog mee dat in zijn algemeenheid onder natuurgeweld evenementen worden begrepen zoals aardbeving, vulkanische uitbarsting, overstroming en atoomkernreacties, evenementen die in beginsel niet verzekerbaar zijn.

In het licht van het bovenstaande komen wij dan ook tot de conclusie dat storm niet als natuurgeweld (buitengewone omstandigheid) kan worden gekwalificeerd en ook overigens geen juridisch houdbaar beroep op overmacht kan opleveren tussen partijen."

2.32.

Bij factuur van 2 januari 2014 heeft REC een bedrag van € 1.321.642,84 (inclusief 21% BTW) aan Frisia gefactureerd onder vermelding van "Afname verplichting 'Take or Pay' periode 2013 cf bijlage". In de bijlage is aangegeven dat Frisia in de periode van januari tot en met december 2013 een afnameverplichting heeft van 419.300 MWh stoom en dat Frisia in genoemde periode 378.605 MWh stoom heeft afgenomen. Voor de af te rekenen 'Take or Pay'

compensatie huur en stoom heeft REC een bedrag van € 94.006,57 respectievelijk € 998.260,24, zijnde in totaal een bedrag van € 1.092.266,81 (exclusief BTW), bij Frisia in rekening gebracht.

2.33.

Frisia heeft op 3 januari 2014 aan REC voor de maand december 2013 een bedrag van € 97.961,60 per maand gefactureerd terzake de huur van de WKC door REC. REC heeft deze factuur onbetaald gelaten.

2.34.

Bij brief van 7 februari 2014 heeft REC de besloten vennootschap [A.] te Franeker (hierna te noemen: [A.]) aansprakelijk gesteld voor alle schade die zij heeft geleden ten gevolge van een graafincident op 27 mei 2013. REC heeft haar schade begroot op een bedrag van € 513.874,11 (exclusief bijkomende schadeposten). In haar brief heeft REC - voor zover van belang - het volgende aangegeven:

" 1. Graafincident

Zoals u weet heeft uw bedrijf op 27 mei 2013 in opdracht van Frisia Zout B.V. graafwerkzaamheden uitgevoerd op het terrein van Frisia Zout B.V. ("Frisia") (...). Bij deze graafwerkzaamheden heeft zich een graafincident voorgedaan waarbij uw medewerkers een zeekoelwaterleiding hebben geraakt en lek gestoten ("Graafincident"). (...)

Voornoemde Zeekoelwaterleiding is essentieel voor het productieproces van Frisia en de WKC. Immers, met de Zeekoelwaterleiding wordt koelwater aangevoerd voor de zogenaamde (dump)condensoren die in de Saline van Frisia en de WKC de stoom condenseren tot water.

Het Graafincident heeft tot gevolg gehad dat de Saline van Frisia en de WKC, althans de (dump)condensoren in de Saline en de WKC, niet meer van zeekoelwater werden voorzien, waardoor het zoutproductieproces (indampen van de pek) en de WKC zo spoedig mogelijk uit bedrijf genomen moesten worden om verdere schade te voorkomen. Het noodgedwongen uit bedrijf nemen van de WKC was absoluut noodzakelijk, omdat zich binnen twee uur na het Graafincident geen water (retourcondensaat) meer in de ketels van de REC zou hebben bevonden. Aangezien de REC zonder water niet kan functioneren, is ook de REC op 27 mei 2013 noodgedwongen buiten bedrijf gesteld.

Op woensdag 29 mei 2013 is de Zeekoelwaterleiding hersteld en werd er weer zeekoelwater aan de WKC geleverd. De REC en de WKC zijn op 29 mei 2013 weer langzaam opgestart, maar ook snel daarna helaas weer afgeschakeld vanwege een geconstateerd lek in de (dump)condensator van de WKC, waardoor er zeewater (zout) in het retourcondensaat terecht kwam. Zoals gezegd zijn de REC en de WKC ten gevolge van de lekkage op woensdag 29 mei 2013 weer afgeschakeld en diende de (dump)condensator gerepareerd en gespoeld te worden.

Uit onderzoek van Stork Thermeq B.V. ("Stork") van 17 juli 2013 blijkt dat ten gevolge van het Graafincident het druk- en temperatuurverloop in de dumpcondensator enorm heeft gefluctueerd. Als gevolg van de druk- en temperatuurfluctuaties is een koperen plug (een reparatie uit 2011 in een van de condensatorpijpjes) los geraakt.

Uit het rapport van Stork volgt dat de plug met kracht in een titaanpijp geslagen is (tijdens de reparatie) waardoor deze vast in de (condensor)pijp komt te zitten. Door de (geringe) elastische vervorming (pijp/pijpplaat wordt iets opgerekt en plug iets ingedrukt) blijft deze kracht aanwezig en zal deze kracht de plug in de pijp vasthouden. Tevens wordt hiermee een afdichting verkregen.

Voorts blijkt uit het rapport van Stork dat tijdens normaal bedrijf de druk aan de koelwaterzijde (ca. 0.2 bar (g)) hoger is dan aan de stoomzijde (-0.3 bar (g)), waardoor er nog eens een extra kracht aanwezig is om de plug vast te houden/af te dichten. Stork concludeert dan ook dat het aannemelijk is dat als gevolg van het voorval in de dumpcondensor de plug is losgeraakt.

De afschakeling c.q. buiten bedrijfstelling van de REC en de WKC, alsmede de reparatie van de dumpcondensor heeft tot aanzienlijke schade geleid (...). Een causaal verband tussen het Graafincident en door ons dientengevolge geleden schade, is dan ook een feit."

2.35.

Bij brief van eveneens 7 februari 2014 heeft REC Frisia in vervolg op de aansprakelijkstelling van 4 juni 2013 onverminderd (hoofdelijk) aansprakelijk gehouden voor het graafincident van 27 mei 2013 en de daaruit voortvloeiende schade, die REC heeft geleden en nog zal lijden. In haar brief heeft REC - voor zover van belang - het volgende aangegeven:

"De aansprakelijkheid van Frisia heeft betrekking op het feit dat Frisia er niet in is geslaagd om de graafwerkzaamheden die in haar opdracht door [A.] zijn uitgevoerd, op zorgvuldige wijze te laten plaatsvinden, althans heeft Frisia onzorgvuldig en onrechtmatig gehandeld door [A.] hetzij van onvoldoende informatie te voorzien ten aanzien van de ligging van de zeekoelwaterleiding, hetzij door onvoldoende toezicht te houden op c.q. onvoldoende instructies te verstrekken inzake de (wijze van uitvoering van de) werkzaamheden van [A.]. Voornoemde onzorgvuldige handelswijze van Frisia en de aanzienlijke schade voor ons dientengevolge, leidt ertoe dat Frisia jegens ons onrechtmatig heeft gehandeld, welk handelen aan Frisia kan worden toegerekend. Frisia is dan ook aansprakelijk op grond van artikel 6:162 BW voor alle schade die wij hebben geleden en nog zullen lijden ten gevolge van het graafincident. Daarenboven is Frisia naar onze mening ook (hoofdelijk) aansprakelijk (naast [A.]) op grond van het bepaalde in artikel 6:171 BW, nu [A.] kennelijk een fout heeft begaan bij de uitvoering van werkzaamheden die zijn verricht ter uitoefening van de bedrijfsvoering van Frisia, in dit geval de aanleg van een opslagplaats voor de ontvangst van steenzout, als onderdeel van het zoutproductieproces van Frisia.

Tenslotte is er, (...), wel degelijk een causaal verband tussen het lek raken van de zeekoelwaterleiding en het lek in de dumpcondensor. Reeds uit het rapport van Stork volgt dat het aannemelijk is dat als gevolg van het voorval in de dumpcondensor de plug is losgeraakt. Immers, ten gevolge van het graafincident heeft het druk- en het temperatuurverloop in de dumpcondensor enorm gefluctueerd. Dit standpunt wordt ondersteund door het feit dat voordat het graafincident zich voordeed er geen zout water in de dumpcondensor lekte en de dumpcondensor overigens probleemloos - met de onderhavige plug - in gebruik is geweest, waarmee het causaal verband is vastgesteld."

2.36.

Bij brief van 10 oktober 2014 heeft Frisia aan REC medegedeeld dat zij onderzoek heeft gedaan naar de hoeveelheden MD-stoom en LD-stoom, die REC aan haar heeft geleverd in 2013 en in de periode van januari tot en met juni 2014, en dat REC in genoemde periodes onvoldoende stoom heeft geleverd. Frisia heeft - voor zover van belang - het volgende geschreven:

" Onvoldoende stoomlevering in 2013

(...)

Op basis van dit onderzoek is geconstateerd dat REC B.V. in 2013 (de stilstand ten gevolge van het graafincident in de periode 27 mei tot en met 29 mei nog buiten beschouwing latend) gedurende 502,00 uur onvoldoende stoom (MD en/of LD) heeft geleverd.

(...)

Het voorgaande betekent dat REC B.V. in 2013 gedurende een geruime periode onvoldoende stoom heeft geleverd en dat de toegestane 4 maal 24 uur in 2013 is overschreden. Daarmee is sprake van wanprestatie zijdens REC B.V. Ten gevolge van het uitblijven van de overeengekomen stoomlevering heeft Frisia schade geleden. Voor deze schade is REC B.V. aansprakelijk.

Onvoldoende stoomlevering in 2014

In de periode van 28 maart 2014 (12.00 uur) tot en met 12 april 2014 (17.00 uur) vond de overeengekomen onderhoudsstop van de REC/WKC van REC B.V. en de zoutfabriek van Frisia plaats. Zoals ook aangegeven in de door Frisia afgegeven stoomforecast zou de zoutfabriek van Frisia op 12 april 2014 om 17.00 uur weer worden opgestart. Vanwege problemen met de kanaalwatervoorziening, waarvan de oorzaak vooralsnog niet geheel duidelijk is geworden, is met REC B.V. afgestemd dat de stoomlevering door REC B.V. per 13 april 17.00 uur zou worden hervat. Er hebben zich vervolgens echter opeenvolgende problemen voorgedaan bij de WKC, ten gevolge waarvan de overeengekomen stoomlevering door REC B.V. uitbleef. Uiteindelijk is de stoomlevering aan Frisia pas op 19 april rond 10.00 uur hervat.

Ook voorafgaand aan de onderhoudsstop en in de periode daarna hebben zich onderbrekingen in de normale stoomvoorzieningen voorgedaan. (...).

Uit bovenstaande tabel blijkt dat REC B.V. ook in 2014 gedurende een geruime periode onvoldoende stoom heeft geleverd en dat de in de overeenkomst genoemde toegestane periode van vier maal 24 uur is overschreden. Daarmee is ook over 2014 sprake van wanprestatie zijdens REC B.V. Ten gevolge van het uitblijven van de overeengekomen stoomlevering heeft Frisia schade geleden. Ook voor deze schade is REC B.V. aansprakelijk.

Schade over 2013 en 2014

Frisia heeft telkens in de periodes waarin de levering van (voldoende) LD-stoom en/of MD-stoom uitbleef schade geleden. Het onvoldoende leveren van de MD-stoom heeft een stilstand van de drogers in de zoutfabriek tot gevolg gehad, waardoor tijdelijk geen droogzout kon worden geproduceerd. Met name bij de productgroepen likstenen en tabletten heeft het niet

kunnen produceren van droog zout in de aangegeven periodes in 2013 en 2014 tot direct productieverlies en omzetzerving geleid. Het onvoldoende leveren van LD-stoom resulteerde op zijn beurt in een volledige stagnatie van de verdamping van pekkel, dan wel in een aanzienlijk langzamere verdamping daarvan, waardoor de gewenste hoeveelheden zout niet konden worden geproduceerd en het tempo van het gebruikelijke productieproces werd onderbroken. Daarbij geldt dat ten gevolge van diverse operationele aspecten (met name gerelateerd aan opstart na schoonmaak van de drogers) de daadwerkelijke terugval van productie langer duurt dan de uren waarin onvoldoende stoom wordt geleverd."

2.37.

Partijen hebben ter gelegenheid van de comparitie hun standpunten nader toegelicht. In het proces-verbaal daarvan is het volgende - voor zover van belang - opgenomen:

" [B.] : Ik heb destijds de in de raamovereenkomst opgenomen zinsnede over het verloren gaan van de caveerne besproken. (...). Ten aanzien van het desbetreffende artikel meen ik mij te herinneren dat REC nog op dat punt zou reageren. We hebben dit punt niet uitonderhandeld. Deze wijziging is niet nader besproken met mr. Bremer.

Mr. Bremer : Boven de overmachtsbepaling heeft heel lang de kop gestaan "Voorbehoud check deskundigen", hetgeen betekende dat het nog door deskundigen moest worden gecontroleerd. Die kop is op een gegeven moment uit latere concepten verdwenen. (...). Er is tussen de raadslieden wel onderling contact geweest over hoe bepaalde punten moesten worden opgelost, maar dit punt is bij mijn weten niet expliciet besproken. De conceptovereenkomsten werden gewisseld tussen de onderhandelaars.

Mr. Giezen : (...). Tussen partijen is niet gesproken over wat er verstaan moet worden onder het verloren gaan van één of meer cavernes. De take-or-pay-bepaling is op een zeker moment op een bepaalde hoeveelheid gezet. Dat is wel onderdeel geweest van de passage aangaande de overmacht.

[C.] : Op uw vraag of er gesproken is over hoe de bepalingen, zoals opgenomen in de artikelen 10.1 en 10.2 van de overeenkomst, in onderlinge verhouding moeten worden gezien, antwoord ik als volgt. (...). Deze overeenkomst met de take- or-pay-bepaling was nodig om zo'n investering te kunnen doen en voor de financiële haalbaarheid. De overmachtsbepalingen telden zwaar. Er moest echt iets heel groots gebeuren, wilde men gebruik kunnen maken van dat artikel.

[D.] : (...). Het groeien van de caveerne BAS3 ging in eerste instantie ongecontroleerd. Wij vermoedden dat dat kwam door de scheve boring. Vanaf 2006 hebben we een goed en stabiel cavernedak kunnen houden. De eerste jaren groeide het dak heel snel, vanaf 2006 hadden we de groei onder controle. Begin 2010 is er een majeure gebeurtenis voorgevallen. Een zoutbrok heeft de buizen kapot gebeukt. Dat konden we zien aan de dieselolie die met de pekkel mee naar boven kwam. (...). Wij hebben toen geconcludeerd dat de caveerne niet meer te repareren was. (...). Het is bekend in de mijnbouw dat formaties zout nog wel eens kunnen afbrokkelen. (...). We hebben gekeken naar twee opties, te weten herstel van de caveerne BAS3 of ontwikkeling van het BAS3O-project. Wij hebben voor BAS3O gekozen. Dat heeft te maken met ons bodemdalingbudget. De winning wordt bepaald door de toegestane hoeveelheid bodemdaling op de betreffende plek. Met BAS3O wilden wij een nieuwe caveerne hebben. Daarbij was ook van belang dat we een caveerne zouden hebben die 500 meter ten oosten zou

komen te liggen. Technisch gezien was het mogelijk geweest om BAS3 weer in werking te krijgen. Als we meer bodemdaling hadden veroorzaakt met winning uit BAS3 dan had dat ook gevolgen gehad voor de potentie van BAS3O. We hadden in dat geval uit BAS3O dan minder kunnen halen. Het was op zich wel rendabel geweest om BAS3 weer in werking te krijgen, ook gezien de stabiliteit van het dak vanaf 2006. De beperking voor Frisia zit hem in de bodemdaling. (...). Het is niet ongebruikelijk dat een zoutbrok losraakt en de installatie beschadigt.

Bij een hoeveelheid van 820.000 ton zitten we technisch aan het maximum wat een caveerne kan produceren. Het naar beneden schroeven van de productie kan makkelijk, maar naar boven toe kan dat niet. (...). Bovendien is het zo dat de caveerne BAS4 momenteel de enige beschikbare caveerne is. Deze moet onze benodigde hoeveelheid produceren totdat we met zout, dat we onder de Waddenzee winnen, de fabriek van voorraad kunnen voorzien. Met slechts één caveerne zijn we kwetsbaarder. We halen daarom niet het maximum uit BAS4. We kunnen uit caveerne BAS4 wel tijdelijk iets meer halen, zoals we dat in 2010 en 2011 hebben gedaan."

3 Het geschil

in conventie

3.1.

REC heeft na wijziging en vermeerdering van eis en een tweede wijziging van eis gevorderd dat de rechtbank Frisia bij vonnis voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad primair veroordeelt:

1. om tegen behoorlijk bewijs van kwijting binnen uiterlijk 14 dagen na dit vonnis aan REC te voldoen een bedrag van € 1.463.408,23 (inclusief BTW), te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 18 januari 2013 tot de dag van algehele voldoening;
2. om tegen behoorlijk bewijs van kwijting binnen uiterlijk 14 dagen na dit vonnis aan REC te voldoen een bedrag van € 1.321.642,84 (inclusief BTW), te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 17 januari 2014 tot de dag van algehele voldoening;
3. in de kosten van dit geding.

Subsidiar heeft REC - voor het geval en voor zover Frisia zich met juistheid op overmacht heeft beroepen - gevorderd dat de rechtbank Frisia bij vonnis veroordeelt om, indien en zodra BAS3 Original operationeel is, (behoudens overmacht) niet enkel de ingevolge artikel 2.4 van de Energieleveringsovereenkomst voorgeschreven hoeveelheid stoom (minimaal) af te nemen, maar tevens binnen een termijn ter lengte van de termijn waarop Frisia zich op de onderhavige overmachtssituatie heeft beroepen, een aanvullende hoeveelheid stoom af te nemen ten belope van de onderschrijding van de minimale stoomafnameverplichting die in deze overmachtsperiode is voorgevallen, zulks op straffe van een aan REC te verbeuren dwangsom van € 40,00 per MWh additionele stoom die Frisia niet (binnen de aangegeven termijn) afneemt conform deze veroordeling, een en ander eveneens met veroordeling van Frisia in de kosten van dit geding.

3.2.

Frisia heeft verweer gevoerd.

3.3.

Op de stellingen en verweren van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

in (voorwaardelijke) reconventie

3.4.

Frisia heeft – na wijziging van eis - in reconventie gevorderd dat de rechtbank bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

1. REC veroordeelt om aan haar tegen behoorlijk bewijs van kwijting, te betalen een bedrag van € 293.844,80 inclusief BTW, te vermeerderen met de wettelijke rente ingevolge artikel 6:119a BW, telkens te rekenen vanaf de vervaldatum van de facturen, zijnde 10 werkdagen na factuurdatum, althans vanaf de dag van het instellen van eis tot aan de dag der algehele voldoening;
2. voor recht verklaart dat REC in 2013 gedurende 468 uur en in 2014 in de periode tot en met 30 juni 2014 gedurende 124 uur toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens Frisia om voldoende stoom aan Frisia te leveren, zowel ter zake LD-stoom als ter zake MD-stoom, welke verplichtingen voortvloeien uit de Energieleveringsovereenkomst d.d. 13 november 2007 en dat REC ter zake schadeplichtig is;
3. REC veroordeelt tot betaling van de schade die Frisia heeft geleden door de toerekenbare tekortkoming van REC zoals hierboven omschreven bij 2, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;
4. REC veroordeelt in de kosten van deze procedure, daaronder mede begrepen de nakosten.

3.5.

Frisia heeft in voorwaardelijke reconventie gevorderd dat de rechtbank bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, voor het geval aan haar geen geslaagd beroep op overmacht toekomt, de gevolgen van de Take-or-pay bepaling te wijzigen (artikel 2.4 van de Energieleveringsovereenkomst) met terugwerkende kracht tot aan 1 juli 2011, in die zin dat REC tot het moment dat BAS3 Original is gerealiseerd en volledig operationeel is, geen beroep toekomt op deze bepaling, dan wel dat Frisia tot het moment dat BAS3 Original is gerealiseerd en volledig operationeel is, slechts dat aantal MWh stoom hoeft af te nemen dat zij in het betreffende jaar redelijkerwijs met de productie uit BAS4 en uit andere haar te beschikking staande bronnen kon produceren, dan wel te wijzigen op een manier die de rechtbank gerechtvaardigd acht.

3.6.

REC heeft verweer gevoerd.

3.7.

Op de stellingen en verweren van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De standpunten van partijen en de beoordeling daarvan

in conventie

4.1.

Partijen hebben beiden hun eis gewijzigd en vermeerderd. Nu partijen hiertegen geen bezwaar hebben gemaakt en ook overigens niet is gebleken van beletselen, zal de rechtbank bij haar verdere beoordeling de gewijzigde eis van partijen als uitgangspunt nemen.

Overmacht ten aanzien van BAS3

4.2.

Partijen verschillen van mening over de vraag of in 2012 sprake is geweest van een overmachtssituatie, waardoor Frisia in 2012 niet aan de Top-verplichting heeft kunnen voldoen. REC heeft zich - samengevat - op het standpunt gesteld dat de verminderde stoomafname niet het gevolg is geweest van een overmachtssituatie als bedoeld in artikel 10 van de Raamovereenkomst, omdat de relevante omstandigheden daarvoor niet als zodanig kwalificeren. In dit verband heeft REC gesteld dat onder het verloren gaan van een caveerne niet valt het uitgeput raken daarvan. Bij het verloren gaan van een caveerne moet het gaan om een plotsklapse en onverwachte omstandigheid die van de één op de andere dag leidt tot het buiten gebruikstellen van een operationele caveerne. Volgens REC moet het derhalve gaan om omstandigheden die buiten de invloedssfeer van één der partijen liggen en moet het gaan om omstandigheden die niet reeds op grond van de redelijkheid en billijkheid aan de risicosfeer van één der partijen dient te worden toegerekend.

4.3.

Frisia heeft ten verwere - samengevat - aangevoerd dat indien de winning uit

BAS3 overeenkomstig de planning verlopen was zij tot eind 2014 uit BAS3 had kunnen winnen. BAS3 is verloren gegaan als gevolg van het instabiele dak van BAS3, hetgeen ertoe leidde dat het dak zich sneller naar boven verplaatste dan gewenst, en dat een of meer grote brokken zout naar beneden vielen, waardoor de verbuizing beschadigde. Volgens Frisia is geen sprake van een gebruikelijke uitputting of een normale bedrijfsomstandigheid, maar is sprake van het verloren gaan van BAS3, zijnde een omstandigheid die buiten haar invloedssfeer ligt en die als overmacht als bedoeld in artikel 10, leden 1 en 2 van de Raamovereenkomst kwalificeert. In dat verband heeft Frisia aangevoerd dat sprake is van het verloren gaan van een caveerne indien een caveerne door buitengewone omstandigheden anders dan verwacht niet langer kan worden gemijnd. Bij de vorm van mijnbouw die zij toepast kunnen zich over een langere periode (elkaar opvolgende) omstandigheden voordoen die ertoe leiden dat een caveerne onverwacht en vroegtijdig niet meer gemijnd kan worden.

4.4.

De rechtbank overweegt als volgt. Voor beantwoording van de vraag of sprake is van een overmachtssituatie als bedoeld in artikel 10 van de Raamovereenkomst dient allereerst te worden vastgesteld welke uitleg er gegeven dient te worden aan de zinsnede "het verloren gaan van een caveerne" in genoemd artikel van de Raamovereenkomst. Partijen verschillen daarover van mening. De rechtbank overweegt dat het krachtens vaste rechtspraak bij de uitleg van contractsbepalingen (in casu een schriftelijk contract) niet aankomt op een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract, maar op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, waarbij mede van belang kan zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht (vgl. HR 3 maart 1981, NJ 1981, 63). Voorts volgt uit HR 20 februari 2004 (LJN: AO1427) dat bij de uitleg van een dergelijk geschrift in praktisch opzicht vaak van groot belang is de taalkundige betekenis van de bewoordingen van het geschrift, gelezen in de context ervan als geheel, die deze in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaalgesproken hebben. Tot slot overweegt de rechtbank dat een beding in een contract gesloten tussen professionele partijen, die bij de totstandkoming van de overeenkomst zijn begeleid door adviseurs, in beginsel grammaticaal moet worden uitgelegd, behoudens tegenbewijs (vgl. HR 22 december 1995, NJ 1996, 300 (Hoog Catharijne), HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562 en HR 19 januari 2007, NJ 2007, 575 (Meyer/Pontmeyer)).

4.5.

Uit hetgeen namens partijen ter gelegenheid van de comparitie naar voren is gebracht, leidt de rechtbank af dat de zinsnede 'het verloren gaan van een caveerne' op verzoek van Frisia in de overmachtsbepaling van artikel 10, lid 2 van de Raamovereenkomst is opgenomen en dat REC zonder nadere discussie over wat daaronder moet worden verstaan, dit verzoek heeft geaccepteerd. Nu tussen partijen geen afstemming over de betekenis van deze zinsnede heeft plaatsgevonden, kan voor de uitleg van de bepaling niet worden aangesloten bij de zin die partijen in de gegeven omstandigheden op grond van hun verklaringen over en weer redelijkerwijs aan deze bepaling hebben mogen toekennen en bij hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daar komt bij dat het in het onderhavige geval gaat om een bepaling in een overeenkomst, die is gesloten tussen professionele partijen, die bij de totstandkoming van de overeenkomst - hoewel niet ten aanzien van deze bepaling - zijn begeleid door adviseurs. De rechtbank gaat, gelet hierop, voor de uitleg van de bepaling dan ook uit van de leer van de Hoge Raad, waarbij de grammaticale uitleg centraal staat. Naar het oordeel van de rechtbank moet, de leden 1 en 2 van artikel 10 van de Raamovereenkomst in onderlinge samenhang beschouwd, onder het verloren gaan van een caveerne worden verstaan dat de caveerne door een van buitenkomende omstandigheid, die niet in de risicosfeer van Frisia ligt, definitief onbruikbaar is geworden om zout uit te winnen. Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord of daarvan sprake is. De rechtbank overweegt daartoe het volgende.

4.6.

Aangenomen dient te worden dat BAS3 niet blijvend onbruikbaar is geworden na de beschadiging van de verbuizing, nu uit hetgeen door Frisia ter gelegenheid van de comparitie naar voren is gebracht, is gebleken dat het technisch haalbaar zou zijn geweest om BAS3 weer in werking te krijgen en dat dit economisch ook rendabel zou zijn geweest. Frisia heeft er echter kennelijk vanwege bedrijfseconomische omstandigheden voor gekozen om BAS3

niet meer operationeel te krijgen, maar om BAS3 Original rendabel te maken. Dat Frisia vervolgens met het in bedrijf nemen van BAS3 Original werd geconfronteerd met tegenslagen dient naar het oordeel van de rechtbank tot het bedrijfsrisico van Frisia te worden gerekend. De rechtbank overweegt in dit verband voorts nog dat uit de verklaring van [D.] blijkt dat het in de mijnbouw kennelijk niet ongebruikelijk en zelfs bekend is dat formaties zout afbrokkelen en daarmee installaties in de winningsput kunnen beschadigen. Voor zover Frisia heeft beoogd om dit bedrijfsrisico uit te sluiten, had zij dit nadrukkelijk(er) dienen te bedingen, hetgeen zij niet heeft gedaan. De rechtbank is dan ook van oordeel dat de beschadiging van de verbuizing in BAS3 door een losgeraakt zoutblok, zoals door Frisia is gesteld, niet als een van buiten komende omstandigheid als bedoeld in artikel 10, lid 1 van de Raamovereenkomst kan worden aangemerkt, die als gevolg had dat de caveerne blijvend onbruikbaar werd. De gevolgen van de beschadiging van de verbuizing dienen dan ook tot het bedrijfsrisico van Frisia te worden gerekend. Hieruit volgt dat caveerne BAS3 niet 'verloren is gegaan' en dat Frisia ten aanzien van BAS3 geen beroep op overmacht toekomt.

4.7.

Voor zover al zou moeten worden aangenomen dat het tijdelijk onbruikbaar worden van BAS3 een situatie van (tijdelijke) overmacht oplevert, namelijk voor de duur van de periode dat BAS3 diende te worden gerepareerd - hetgeen niet is gebleken - is de rechtbank van oordeel dat ook dan de gevolgen daarvan voor risico van Frisia dienen te komen. In artikel 10, lid 5 van de Raamovereenkomst is immers bepaald dat nadat de overmachtssituatie is beëindigd, deze partij de opgeschorte verplichtingen alsnog dient na te komen, tenzij de aard van de betrokken verplichtingen zich daartegen verzet. Van de laatstgenoemde uitzondering is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake, nu is gebleken dat het tijdelijk mogelijk is om met BAS4 meer zout te produceren. Immers, Frisia heeft zowel bij conclusie van antwoord als ter gelegenheid van de comparitie gesteld dat de maximale hoeveelheid zout die jaarlijks uit BAS4 kan worden gewonnen technisch gezien 820.000 ton bruto (738.000 ton netto) bedraagt, maar dat het mogelijk is om tijdelijk meer zout uit BAS4 te winnen. Dat het tijdelijk mogelijk is om meer zout te produceren met BAS4 is de rechtbank bovendien gebleken uit de overgelegde cijfers, zoals weergegeven in overweging 2.25. Daarin is vermeld dat Frisia in de jaren 2010 en 2011 863.262.000 respectievelijk 849.553.000 kilogram zout heeft geproduceerd. Gelet op het feit dat Frisia 400.910 MWh stoom nodig heeft om de bij een productie van 820.000 ton bruto behorende hoeveelheid pekels te kunnen verdampen, zou Frisia, gelet op de hogere producties met BAS4 in 2010 en 2011, ook in 2012 aan haar stoomafnameverplichting jegens REC hebben moeten kunnen voldoen. Dat de marktomstandigheden Frisia er kennelijk toe hebben gebracht in 2012 minder te produceren, doet aan voormelde verplichting niet af.

4.8.

Gelet op het voorgaande, zal de rechtbank de overige stellingen en verweren van partijen ter zake de overmachtsituatie met betrekking tot BAS3 onbesproken laten.

Onvoorziene omstandigheden/redelijkheid en billijkheid

4.9.

Frisia heeft - samengevat - gesteld dat haar (subsidiar) een beroep op artikel 6:258 BW en/of op artikel 6:248, lid 2 BW toekomt. Volgens Frisia zijn partijen er bij het opstellen van de

Top-bepaling van uitgegaan dat met BAS3 6 miljoen ton zout zou worden gewonnen en betreft het wegvallen van BAS3, ver voor het moment dat die hoeveelheid zout was gewonnen, een omstandigheid waarmee partijen geen rekening hebben gehouden bij het opstellen van de betreffende bepaling, zodat een beroep op onvoorziene omstandigheden dan wel een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid gerechtvaardigd is. Frisia heeft in dit verband aangevoerd dat zij en REC bij het aangaan van de overeenkomst het erover eens waren dat een ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst in een geval van overmacht door het verloren gaan van een caverne niet reëel zou zijn, dat bij het opstellen van de overeenkomst geen rekening is gehouden met de omstandigheid dat een belangrijke productiemogelijkheid wegvalt en dat geen voorziening is opgenomen voor de situatie dat de te produceren hoeveelheid zou leiden tot overcapaciteit van een caverne. Frisia heeft zich op het standpunt gesteld dat van haar niet kan worden verlangd dat de overeenkomst na het wegvallen van BAS3 ongewijzigd in stand wordt gehouden.

4.10.

REC heeft betwist dat sprake is van onvoorziene omstandigheden in de zin van artikel 6:258 BW. REC heeft daartoe - samengevat - aangevoerd dat de Top-verplichting aldus is opgesteld en vormgegeven dat deze ook zou kunnen en moeten worden nagekomen in geval nog slechts sprake zou zijn van één caverne, en dat los daarvan de Top-verplichting altijd kan worden nagekomen, omdat in het geval de minimale hoeveelheid stoom niet wordt afgenomen altijd conform de verplichting de geldelijke tegenwaarde van de onderschrijding kan worden voldaan (behoudens in geval van overmacht). Volgens REC is geen sprake van omstandigheden die van dien aard zijn dat REC naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet zou mogen verwachten. Voorts heeft REC aangevoerd dat het beroep van Frisia op artikel 6:248, lid 2 BW evenmin slaagt, omdat Frisia ervoor heeft gekozen om de productie van BAS4 niet volledig te benutten dan wel op te schalen en om niet meer zout te produceren dan zij feitelijk heeft verkocht. Volgens REC valt niet in te zien waarom toepassing van de contractuele regel in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

4.11.

De rechtbank overweegt als volgt. In artikel 6:258, lid 1 BW is bepaald dat de rechter op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst kan wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk kan ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. In het tweede lid van dit artikel is bepaald dat een wijziging of ontbinding niet wordt uitgesproken, voor zover de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvatting voor rekening komen van degene die zich erop beroept. De bepaling vormt een *lex specialis* van artikel 6:248, lid 2 BW, waarin is bepaald dat een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing is, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De redelijkheid en billijkheid verlangen in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord en laten afwijking daarvan slechts bij hoge uitzondering toe (TM, Parl. Gesch. 6, p. 969). Daaruit volgt dat de rechter terughoudendheid moet betrachten ten aanzien van de aanvaarding van een beroep op onvoorziene omstandigheden (HR 20 februari 1998, NJ 1998, 493; Briljant Schreuders/ABP). Of de omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst voorzienbaar waren, is niet beslissend. Het komt er slechts op aan van welke

veronderstellingen partijen zijn uitgegaan: of zij in de mogelijkheid van het optreden van de onvoorziene omstandigheden hebben willen voorzien of althans stilzwijgend die mogelijkheid hebben verdisconteerd (TM, Parl. Gesch. 6, p. 968; MvA II Parl. Gesch. 6, p. 973).

4.12.

Zoals de rechtbank in overweging 4.6 heeft overwogen, heeft Frisia de keuze gemaakt om BAS3, hoewel dit technisch haalbaar en economisch rendabel was, niet meer in werking te stellen, hetgeen een omstandigheid is die krachtens de aard van de overeenkomst en de in het verkeer geldende opvatting voor rekening komt van Frisia. Daar komt bij dat het in de mijnbouw kennelijk niet ongebruikelijk en zelfs bekend is dat formaties zout in een winningsput afbrokkelen en dat deze zoutbrokken installaties in de winningsput kunnen beschadigen. Frisia behoort er dan ook rekening mee te houden dat een dergelijke situatie zich in een winningsput voor kan doen, zodat een dergelijke gebeurtenis als voorzienbaar dient te worden aangemerkt. In dit verband overweegt de rechtbank dat partijen een overmachtsbepaling hebben opgenomen, waaruit blijkt dat zij in de overeenkomst hebben voorzien welke omstandigheden als onvoorzien moeten worden aangemerkt en dat zij deze omstandigheden in de Raamovereenkomst hebben geïncorporeerd. Bovendien hebben zij garantieverplichtingen opgenomen, in welk geval voor een beroep op onvoorziene omstandigheden geen ruimte is. De rechtbank is dan ook van oordeel dat het beroep van Frisia op onvoorziene omstandigheden niet slaagt. Evenmin slaagt, gelet op het voorgaande, het beroep van Frisia op de beperkende werking van de van de redelijkheid en billijkheid.

4.13.

Nu zowel het beroep op overmacht, als het beroep op onvoorziene omstandigheden en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ten aanzien van het wegvallen van BAS3 falen, komt de rechtbank toe aan de beoordeling van de stellingen en verweren van partijen aangaande de minimale stoom-afnameverplichting in 2012 en 2013.

Niet voldoen aan minimale stoom-afnameverplichting in 2012

4.14.

Partijen zijn overeengekomen dat Frisia jaarlijks een stoom-afnameverplichting heeft van minimaal 419.300 MWh stoom. Indien Frisia deze verplichting niet nakomt, is zij gehouden het in artikel 2, lid 4 van de Energieleveringsovereenkomst overeengekomen bedrag te betalen. In het jaar 2012 heeft Frisia 375.858 MWh stoom afgenomen. Daarmee heeft Frisia in 2012 niet aan de minimale stoom-afnameverplichting voldaan.

4.15.

Enkel indien en voor zover een partij ten gevolge van overmacht in de zin van artikel 10 van de Raamovereenkomst haar verplichtingen uit hoofde van de Raamovereenkomst of (één van) de Nadere overeenkomsten niet of niet volledig nakomt, is sprake van een tekortkoming, die niet kan worden toegerekend. De rechtbank heeft hiervoor reeds geoordeeld dat de beschadiging van de verbuizing van BAS 3 door het - door de olielaag heen - naar beneden vallen van een zoutblok, zoals door Frisia wordt verondersteld, geen overmacht oplevert, zodat de niet (volledige) nakoming door Frisia van haar stoom-afnameverplichting in dezen

als een tekortkoming, die haar kan worden toegerekend, moet worden gekwalificeerd. Dit brengt mee dat de afnameverplichting onverkort geldt.

4.16.

Omdat Frisia minder stoom heeft afgenomen dan de minimaal overeengekomen hoeveelheid vanwege een oorzaak die geacht moet worden binnen haar risicosfeer te liggen, dient Frisia, ingevolge het bepaalde in artikel 2, lid 4 van de Energieleveringsovereenkomst, aan REC een vergoeding te betalen ter grootte van het verschil tussen de minimale afname en de werkelijke afname, maal de gemiddelde prijs per MWh aan stoom over het betreffende kalenderjaar. Voor 2012 betekent dit dat Frisia aan REC een bedrag verschuldigd is van € 1.463.408,23 (inclusief BTW) als primair onder 1. gevorderd. De rechtbank zal deze vordering dan ook toewijzen.

Niet voldoen aan minimale stoom-afnameverplichting in 2013

Inleiding

4.17.

In het jaar 2013 heeft Frisia 378.605 MWh stoom afgenomen. Daarmee heeft Frisia ook in 2013 niet aan de minimale stoom-afnameverplichting van 419.300 MWh stoom per jaar voldaan. Zoals de rechtbank hiervoor reeds heeft geoordeeld, levert de beschadiging van de verbuizing van BAS3 geen overmacht op, welk oordeel de rechtbank hier als herhaald en ingelast beschouwd. Gelet hierop laat de rechtbank alle stellingen en verweren van partijen op dit punt onbesproken. Frisia heeft ten aanzien van het jaar 2013 - samengevat - daarnaast een beroep gedaan op overmacht vanwege de storm die op 28 oktober 2013 heeft plaatsgevonden en op schuldeisersverzuim, omdat REC haar leveringsverplichting jegens haar niet is nagekomen in 2013. REC heeft hiertegen verweer gevoerd. De rechtbank zal hierna ingaan op de stellingen en verweren van partijen.

Stormschade - overmacht

4.18.

Frisia heeft in dit verband - samengevat - gesteld dat de (gevolgen van de) storm op 28 oktober 2013 als overmacht als bedoeld in artikel 10, leden 1 en 2 van de Raamovereenkomst kwalificeren. Uit gegevens van het KNMI blijkt, aldus Frisia, dat de storm van 28 oktober 2013 als een zeer zware storm dient te worden aangemerkt en dat met name de gemeten harde windstoten slechts zeer zelden voorkomen. Volgens Frisia ziet de vermelding 'natuurgeweld' in de overmachtsbepaling op dergelijke uitzonderlijk zware stormen. Frisia heeft voorts gesteld dat zij ten gevolge van de storm minder productie heeft gedraaid dan gepland, omdat er gedurende enkele dagen geen natzout kon worden geproduceerd en het project Sigmundshall twee weken vertraging opliep. De storm heeft, aldus Frisia, tot een productieverlies van 12.041 ton zout geleid, hetgeen overeenkomt met een verminderde stoomafname van 6.773 MWh. Daarvan dient 9.240 ton zout, hetgeen overeenkomt met 5.197 MWh, te worden toegerekend aan het project Sigmundshall. Ongeveer 2.700 ton zout dient te worden toegerekend aan de reguliere zoutproductie uit BAS4. De onderproductie die is ontstaan door de storm, kon Frisia niet compenseren in de maanden november en december 2013, omdat BAS4, aldus Frisia, reeds maximaal had geproduceerd in die maanden, Frisia

niet onbeperkt steenzout aan het uit BAS4 gewonnen zout kan toevoegen en de aanpassing van de fabriek tot week 51 van 2013 nog niet gereed was. Voorts heeft Frisia aangevoerd dat de verzekeraarbaarheid van de schade, anders dan bij een brand of een explosie, niet terzake doet. Tot slot heeft Frisia gesteld dat zij aan haar verplichtingen in dezen heeft voldaan door REC direct schriftelijk op de hoogte te stellen van de opgetreden schade en de gevolgen daarvan en door alles in het werk te stellen de gevolgen van de overmachtsituatie zoveel mogelijk te beperken.

4.19.

REC heeft ten verweere - samengevat - aangevoerd dat ook een zware storm op de onderhavige locatie niet als een buitengewone omstandigheid lijkt te kunnen worden aangemerkt, maar dat zij uit de door Frisia overgelegde gegevens van het KNMI heeft afgeleid dat de onderhavige storm als tamelijk uitzonderlijk kan worden aangemerkt, en dat de schade als gevolg van de storm, naar analogie van het bepaalde in artikel 10, lid 2 van de Raamovereenkomst met betrekking tot brand en explosies, bij Frisia verzekerd is althans redelijkerwijs te verzekeren was. REC heeft betwist dat de stormschade heeft geleid tot een verminderde stoomafname van 6.773 MWh en heeft de verminderde stoomafname berekend op 1.500 MWh, daarbij uitgaande van een gemiddelde stoomafname van ongeveer 55 - in plaats van 80 - ton per uur gedurende de periode van 28 oktober 2013 12:00 uur tot en met 1 november 2013 0:00 uur. REC heeft in dit kader aangevoerd dat alle stoom die Frisia bij REC afneemt bij Frisia wordt gecondenseerd en verzameld en dat dit zogeheten retourcondensaat wordt teruggepompt naar de WKC. Tot slot heeft REC aangevoerd dat Frisia de geringe onderproductie vanwege de stormschadeperiode had kunnen compenseren in de maanden november en december 2013.

4.20.

De rechtbank overweegt als volgt. Ingevolge artikel 10, lid 2 van de Raamovereenkomst komt partijen een beroep op overmacht toe, indien sprake is van natuurgeweld. Naar het oordeel van de rechtbank heeft Frisia met de gegevens van het KNMI haar stelling voldoende onderbouwd dat de storm van 28 oktober 2013 uitzonderlijk zwaar was, hetgeen door REC bovendien ook is erkend. Gelet op het uitzonderlijk zware karakter van de storm van 28 oktober 2013, is de rechtbank van oordeel dat sprake is van natuurgeweld als bedoeld in vorengenoemd artikel, zodat Frisia terzake een beroep op overmacht toekomt. In dit verband overweegt de rechtbank - daarbij uitgaande van de grammaticale uitleg van de onderhavige bepaling -, dat, gelet op de formulering van artikel 10, lid 2 van de Raamovereenkomst, de verzekeraarbaarheid in het geval van natuurgeweld geen rol speelt bij de vraag of een der partijen een beroep op overmacht toekomt. Dit in tegenstelling tot die gevallen waarin sprake is van overmacht als gevolg van brand en explosies, waarbij expliciet is aangegeven dat een partij alleen een beroep op overmacht toekomt indien de brand of de explosie is ontstaan door externe oorzaken en indien de partij die zich daarop wil beroepen aannemelijk maakt en bewijst dat het betreffende evenement voor haar redelijkerwijze niet te verzekeren was. De rechtbank gaat dan ook voorbij aan de stelling van REC aangaande de verzekeraarbaarheid van stormschade. Gelet op de stellingen van Frisia en de onvoldoende gemotiveerde betwisting daarvan door REC, is de rechtbank van oordeel dat de onderproductie en de verminderde stoomafname in de betreffende periode het gevolg is van overmacht.

4.21.

Ten aanzien van de stelling van REC dat Frisia de mogelijkheid had om de onderproductie ten gevolge van de betreffende storm in de maanden november en december 2013 in te halen, is de rechtbank, gelet op de voldoende gemotiveerde betwisting door Frisia, van oordeel dat Frisia die onderproductie niet kon compenseren. Naar het oordeel van de rechtbank maakten de omstandigheden, zoals door Frisia aangevoerd en zoals weergegeven in overweging 4.18, dat Frisia niet gehouden kon worden bedoelde onderproductie in te halen. Uit het voorgaande volgt dat - voor zover Frisia niet heeft kunnen voldoen aan haar stoom-afnameverplichting ten gevolge van de storm op 28 oktober 2013, Frisia niet toerekenbaar tekort is gekomen gedurende een periode van twee weken. Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord welke gevolgen dit heeft voor de stoom-afnameverplichting van Frisia.

4.22.

Frisia heeft berekend dat de vertraging van het project Sigmundshall heeft geleid tot een gemiste hoeveelheid stoom van 5.197 MWh. Naar het oordeel van de rechtbank heeft REC dit onvoldoende gemotiveerd betwist, zodat de rechtbank uitgaat van de door Frisia berekende hoeveelheid. Ten aanzien van de gemiste hoeveelheid zoutproductie uit BAS4 geldt dat partijen het erover eens zijn dat Frisia ongeveer 2.700 ton zout minder heeft kunnen produceren uit BAS4 vanwege de storm in bedoelde periode. Uitgaande van een stoomhoeveelheid van 5.197 MWh, die benodigd is om 9.240 ton zout op te lossen, hoort bij de verwerking van 2.700 ton een stoomhoeveelheid van ongeveer 1.500 MWh. De rechtbank gaat, gelet hierop, ervan uit dat Frisia ten gevolge van de storm op 28 oktober 2013 6.697 MWh aan stoom minder heeft afgenomen. Omdat Frisia een beroep op overmacht toekomt, wordt Frisia niet geacht tekort te zijn gekomen ten aanzien van een stoomhoeveelheid van 6.697 MWh. Naar het oordeel van de rechtbank dient deze hoeveelheid in mindering te strekken op de stoom-afnameverplichting van Frisia in 2013. Rekening houdend met de bedragen waarvan door REC in haar factuur van 2 januari 2014 is uitgegaan aan compensatie huur (€ 2,31) en aan stoom (€ 24,53), betekent dit dat een bedrag van

€ 179.747,48 ((€ 2,31 + € 24,53) x 6.697 MWh = € 179.747,48 (exclusief 21% BTW;

€ 217.494,45 inclusief 21% BTW)) in mindering zal worden gebracht op genoemde factuur.

Niet nakoming leveringsverplichting door REC in 2013

4.23.

Frisia heeft in dit verband - samengevat - gesteld dat REC op grond van artikel 2, lid 1 van de Energielieferingsovereenkomst verplicht is om gedurende 8.500 uren per jaar proceswarmte in de vorm van stoom en gedurende 8.760 uren per jaar elektriciteit en perslucht aan Frisia te leveren en dat REC op grond van ditzelfde artikel instaat voor een operationele beschikbaarheid van de Centrale en de WKC van 98,9%. Dit betekent, aldus Frisia, dat REC de Centrale en de WKC vier keer 24 uur per jaar mag stilleggen zonder dat REC jegens Frisia toerekenbaar tekort schiet. Frisia beroept zich in dit kader op schuldeisersverzuim en op verrekening. Volgens Frisia heeft REC in 2013 gedurende 179,66 uren minder of geen stoom aan Frisia geleverd en heeft zij daarmee niet aan de minimale beschikbaarheid voldaan. Frisia heeft gesteld dat de onderschrijding van de Top-hoeveelheid die daarvan het gevolg is, niet voor haar rekening kan komen en dat de niet toegestane stilstand heeft geleid tot het niet kunnen afnemen van 4.385 MWh stoom. Bij akte wijziging eis in reconventie en ter gelegenheid van de comparitie heeft Frisia zich op het standpunt gesteld dat haar op basis van

onderzoek naar de hoeveelheden MD-stoom en LD-stoom, die door REC zijn geleverd, is gebleken dat de WKC en de Centrale in 2013 gedurende 480 respectievelijk 151 uren hebben stilgelegen, hetgeen een overschrijding van de toegestane 4 x 24 urenorm van 384 uren betekent en wanprestatie aan de zijde van REC oplevert. Voorts is REC, aldus Frisia, tekort geschoten door gedurende diverse perioden te weinig LD-stoom te leveren. Volgens Frisia heeft REC aan haar in 2013 gedurende 564 uren geen of te weinig LD- of MD-stoom geleverd. Rekening houdend met de toegestane onderbreking van 4 x 24 uur heeft Frisia 22.961,73 ton LD-stoom en 1.152 ton MD-stoom en daarmee 16.122,95 MWh aan energie gemist. Voorts heeft Frisia gesteld dat zij voor de productie van droogzout MD-stoom nodig heeft en dat het gebruik van LD-stoom bij de productie van droogzout tot technische problemen leidt bij de machines, zodat de uren waarin geen MD-stoom is geleverd, in dezen moeten worden meegeteld. Verder heeft Frisia gesteld dat zij belang heeft bij een constante productie en derhalve ook bij een constante aanvoer van stoom, dat de capaciteit van de drogers meebrengt dat een gemiste hoeveelheid niet op een ander moment kan worden ingehaald en dat de drogers in de tweede helft van het jaar vrijwel op de maximaal planbare capaciteit hebben geopereerd, zodat het inhalen van de door de stilstand van de Centrale gemiste productie ook niet mogelijk was. Met betrekking tot het graafincident op 27 mei 2013 door aannemer [A.] - door partijen aangeduid als de 'kwestie [A.]' - heeft Frisia gesteld dat zij noch op grond van de overeenkomst tussen partijen, noch op grond van de wet aansprakelijk kan worden gehouden voor de schade die [A.] heeft veroorzaakt. Voorts heeft Frisia in dit kader aangevoerd dat de Centrale op 29 mei 2013 weer kon worden opgestart, dat door een lekkage in de dumpcondensor in de Centrale deze opnieuw stil kwam te staan en dat enkel deze tweede stilstand gedurende 50 uren, veroorzaakt door technische problemen bij REC zelf, door Frisia is meegenomen. Frisia heeft ter onderbouwing van haar stelling dat de tweede stilstand is veroorzaakt door technische problemen bij REC zelf, aangevoerd dat uit onderzoek door een door haar verzekeringsmaatschappij ingeschakelde schade-expert is gebleken dat de dumpcondensor eerder is gerepareerd, dat deze reparatie ondeugdelijk is uitgevoerd en dat de opnieuw ontstane lekkage niets te maken heeft met een kapotte koelwaterleiding op het terrein van Frisia. Volgens Frisia blijkt uit het feit dat de gerepareerde dumpcondensor niet bestand was tegen het wegvallen van het koelwater dat de eerdere reparatie niet conform de oorspronkelijke ontwerpparameters is uitgevoerd.

4.24.

REC heeft ten verweere - samengevat - aangevoerd dat Frisia minder heeft geproduceerd vanwege afzetproblemen op de zoutmarkt en niet vanwege de door Frisia gestelde achterblijvende stoomleveringen (op bepaalde momenten) door REC en productiebeperkingen met BAS4. Volgens REC is er feitelijk geen sprake van dat zij in 2013 haar contractuele stoomleveringsverplichting jegens Frisia (gedeeltelijk) niet is nagekomen, kan Frisia haar productie onverkort voortzetten bij levering van LD-stoom, indien kortstondig MD-stoom niet of in mindere mate wordt geleverd en tellen uren waarin geen of minder dan de gevraagde MD-stoom is geleverd niet mee als "downtime"-uren in het kader van de operationele beschikbaarheid van de REC en de WKC, zoals overeengekomen in artikel 2, lid 1 van de Energielieferingsovereenkomst. Ten aanzien van de levering van MD-stoom heeft REC voorts aangevoerd dat op haar geen minimale jaarlijkse (of uurlijkse) leveringsverplichting rust, gelet op de parameters/hoeveelheden die in artikel 2, lid 2 van de Energielieferingsovereenkomst zijn opgenomen. Voor LD-stoom geldt, aldus REC, een (indicatieve) hoeveelheid van 60-118 ton per uur, waarvan de hoeveelheid die REC wekelijks aan Frisia levert zoveel mogelijk wordt afgestemd op de vraag van Frisia. Frisia nomineert wekelijks de (LD) stoombehoefte via een e-mailbericht, waarin zij aangeeft hoeveel (LD)

stoom zij grofweg gemiddeld per uur wenst af te nemen, maar houdt zich daarbij niet aan de voorgeschreven minimale nominatieverplichting voor de levering van LD-stoom. Frisia heeft nooit een nominatie opgegeven voor MD-stoom. REC heeft slechts gegarandeerd dat de Centrale en de WKC gedurende 8.500 uren per jaar operationeel zullen zijn voor de productie van elektriciteit en stoom en alleen in het geval gedurende meer dan 4 keer 24 uur sprake is van volledige stilstand (van beide installaties) - en niet in het geval van uitval tijdens één of een paar losse uren - is sprake van een inbreuk op de operationele beschikbaarheidsgarantie dan wel een relevante stilstand, die een relevant effect heeft op de productie bij Frisia. Voor het kalenderjaar 2013 heeft REC de overeengekomen hoeveelheid stoom van 540.000 MWh aan Frisia kunnen leveren, maar heeft Frisia haar minimale stoom-afnameverplichting van 419.300 MWh niet willen nakomen. Volgens REC kan Frisia een eventuele tijdelijke productieverlaging gedurende een aantal uren altijd zonder enig probleem inhalen in de resterende dagen van het betreffende kalenderjaar. Voorts heeft REC in het kader van haar verweer gesteld dat een aanzienlijk deel van de (toegestane) stilstandsuren ten aanzien van de REC en de WKC door dan wel vanwege Frisia zijn veroorzaakt. In dit verband heeft REC naar voren gebracht dat ten gevolge van door [A.] op 27 mei 2013 uitgevoerde graafwerkzaamheden op het terrein van Frisia de zeekoelwaterleiding van de WKC door onzorgvuldigheid en/of gebrekkige instructies lek is gestoten. De aannemer werkte in opdracht van Frisia, zodat Frisia, aldus REC, niet kan stellen dat sprake is van een aan REC toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de stoomleveringsverplichting. Tot slot heeft REC in dit verband gesteld dat een eventuele tegenvordering niet met de vordering van REC kan worden verrekend. Zij heeft een beroep op het bepaalde in artikel 6:136 BW gedaan.

4.25.

De rechtbank overweegt allereerst het volgende. Frisia heeft eerst bij dupliek in conventie ten verweere aangevoerd dat REC is tekortgeschoten in haar leveringsverplichting jegens haar. Haar stellingen ten aanzien van de levering van MD- en LD-stoom aan haar door REC heeft zij in reconventie nader onderbouwd en ter gelegenheid van de comparitie tevens - in het kader van het door haar gevoerde verweer - in conventie betrokken. REC heeft zich enkel bij antwoordakte in reconventie gemotiveerd kunnen uitlaten over de levering van de hoeveelheid MD- en LD-stoom. De rechtbank ziet in dit verloop van de procedure aanleiding om hetgeen REC daarover in reconventie heeft gesteld, in haar beoordeling in conventie te betrekken.

4.26.

De rechtbank stelt bij haar beoordeling ten aanzien van de stoomlevering door REC aan Frisia en het in dat kader door Frisia gestelde schuldeisersverzuim het volgende voorop. Van schuldeisersverzuim is ingevolge artikel 6:58 BW sprake als nakoming van de verbintenis verhinderd wordt doordat de schuldeiser de daartoe noodzakelijke medewerking niet verleent of doordat een ander beletsel van zijn zijde opkomt, tenzij de oorzaak van de verhindering hem niet kan worden toegerekend.

4.27.

Naar het oordeel van de rechtbank kan van schuldeisersverzuim in de zin van artikel 6:58 e.v. BW tussen REC en Frisia echter geen sprake zijn, omdat zij de gevolgen van een eventueel verzuim in de Raamovereenkomst en de Energielieferingsovereenkomst hebben geregeld, hetgeen is toegestaan, aangezien Titel 1, Afdeling 8 van boek 6 BW van regelen recht is. Immers, ingevolge artikel 9, lid 4 van de Raamovereenkomst ontvangt Frisia, in het geval zij

door een bedrijfsonderbreking gehinderd wordt in de uitvoering van haar werkzaamheden, van REC een gefixeerde schadevergoeding. Ingevolge artikel 2, lid 3 van de Energielieferingsovereenkomst ontvangt Frisia van REC, in het geval REC aan Frisia in enig kalenderjaar minder stoom levert dan de te reserveren hoeveelheid, eveneens een vergoeding. Het beroep van Frisia op schuldeisersverzuim treft dan ook geen doel.

4.28.

Ten aanzien van het beroep op verrekening door Frisia van volgens haar onvoldoende geleverde hoeveelheden MD- en LD-stoom met haar betalingsverplichting jegens REC overweegt de rechtbank dat niet op eenvoudige wijze is vast te stellen of het verweer van Frisia in dezen gegrond is. Gelet op het bepaalde in artikel 6:136 BW zal de rechtbank het beroep op verrekening passeren.

4.29.

De Raamovereenkomst en de Energielieferingsovereenkomst in onderlinge samenhang beschouwd, blijft de Top-verplichting - behoudens een situatie van overmacht - in stand, zodat Frisia in beginsel gehouden is tot betaling van het bedrag dat overeenkomt met 419.300 MWh.

Verrekening facturen huur WKC

4.30.

Frisia heeft voor zover in conventie wordt geoordeeld dat de vorderingen van REC worden toegewezen een beroep op verrekening gedaan van het door haar aan REC te betalen bedrag met de facturen van 5 december 2012 en 3 januari 2013 terzake de huur van de WKC door REC, zijnde een bedrag van € 97.961,60 per maand.

4.31.

REC heeft ten verweere - samengevat - aangevoerd dat zij de betaling van de betreffende facturen heeft opgeschort vanwege het verzuim van Frisia terzake de nakoming van de Top-verplichting en vanwege het feit dat tussen partijen heeft te gelden dat REC voor de WKC geen huur verschuldigd is voor zover Frisia het (corresponderende) huuraandeel als onderdeel van de stoomprijs door onderschrijving van de minimale stoom-afnameverplichting niet aan REC heeft voldaan. Indien de vorderingen van REC worden toegewezen, kunnen, aldus REC, de openstaande facturen op de hoofdsom van het in conventie toe te wijzen bedrag in mindering worden gebracht.

4.32.

De rechtbank zal, nu de vorderingen van REC in hoofdsom grotendeels zullen worden toegewezen, een bedrag van € 195.923,20 (inclusief BTW) daarop in mindering brengen. Ten aanzien van de gevorderde wettelijke handelsrente overweegt de rechtbank het volgende. Gelet op hetgeen REC daaromtrent in reconventie heeft aangevoerd, zal de rechtbank de gevorderde wettelijke handelsrente, daarbij verwijzend naar haar overwegingen daarover in reconventie, in conventie tevens afwijzen.

Conclusie

4.33.

Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, zal de rechtbank met betrekking tot het jaar 2013 het volgende bedrag toewijzen:

- gevorderd € 1.321.642,84
- overmacht door storm € 217.494,45
- verrekening facturen WKC € 195.923,20 -

Totaal € 908.225,19.

Subsidiaire vordering REC

4.34.

Nu het beroep van Frisia op overmacht niet slaagt, wordt aan de subsidiaire vordering van REC niet toegekomen.

Proceskosten in conventie

4.35.

Frisia zal als de in het ongelijk te stellen partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van REC worden tot op heden vastgesteld op:

- dagvaarding € 76,71
- griffierecht 3.715,00
- salaris advocaat 16.055,00 (5 punten × tarief € 3.211,00)

Totaal € 19.846,71.

in reconventie

Facturen huur WKC

4.36.

Frisia heeft in reconventie gevorderd dat REC wordt veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 293.844,80, zijnde de optelsom van drie facturen van 5 december 2012,

3 januari 2013 en 3 januari 2014 terzake de huur van de WKC door REC. In conventie heeft Frisia een beroep op verrekening gedaan terzake de facturen van 5 december 2012 en

3 januari 2013. De rechtbank heeft hiervoor geoordeeld dat het beroep daarop geslaagd is, zodat deze facturen in reconventie niet langer ter discussie staan. Thans dient de rechtbank nog te oordelen over de vordering van Frisia tot veroordeling van REC tot betaling van de factuur van 3 januari 2014 ten bedrage van € 97.961,60 (inclusief BTW).

4.37.

REC heeft in reconventie in het kader van haar verweer gesteld geen bezwaar te hebben tegen toewijzing van de onderhavige reconventionele huurvordering van Frisia, met uitzondering van de hierover gevorderde wettelijke handelsrente, indien haar conventionele vorderingen worden toegewezen. Ten aanzien van de gevorderde wettelijke handelsrente heeft REC aangevoerd dat zij haar huurbetalingsverplichting terecht heeft opgeschort voor de duur van het verzuim van de daartegenover staande betalingsverplichtingen van Frisia voor wat betreft het corresponderende huur-aandeel in de stoomprijs. De rechtbank overweegt daaromtrent als volgt.

4.38.

Omdat de vorderingen in conventie van REC grotendeels zijn toegewezen en REC heeft gesteld in dat geval geen bezwaar te hebben tegen toewijzing van deze vordering, zal de rechtbank de onderhavige reconventionele vordering van Frisia toewijzen. Ten aanzien van de gevorderde wettelijke handelsrente overweegt de rechtbank als volgt. Ingevolge artikel 6:52, lid 1 BW is een schuldenaar die een opeisbare vordering heeft op zijn schuldeiser, bevoegd de nakoming van zijn verbintenis op te schorten tot voldoening van zijn vordering plaatsvindt, indien tussen vordering en verbintenis voldoende samenhang bestaat om deze opschorting te rechtvaardigen. In het tweede lid van dit artikel is bepaald dat een zodanige samenhang onder meer kan worden aangenomen ingeval de verbintenissen over en weer uit dezelfde rechtsverhouding of uit zaken die partijen regelmatig met elkaar hebben gedaan voortvloeien. Naar het oordeel van de rechtbank staat, gelet op hetgeen zij in conventie heeft overwogen, vast dat REC een opeisbare vordering op Frisia heeft en bestaat er tussen de vorderingen die REC op Frisia en Frisia op REC heeft voldoende samenhang om de opschorting van de betaling van de in reconventie nog resterende huurtermijn door REC aan Frisia te rechtvaardigen. REC is dan ook niet in verzuim geraakt met de betaling van de onderhavige huurtermijn en is om die reden geen wettelijke handelsrente verschuldigd over deze huurtermijn. De rechtbank zal de gevorderde wettelijke handelsrente dan ook afwijzen.

Verklaring voor recht

4.39.

Frisia heeft gevorderd dat de rechtbank voor recht verklaart dat REC in 2013 gedurende 468 uren en in 2014 in de periode tot en met 30 juni 2014 gedurende 124 uren toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens Frisia om voldoende stoom aan Frisia te leveren, zowel ter zake LD-stoom als ter zake MD-stoom, welke verplichtingen voortvloeien uit de Energieleveringsovereenkomst d.d. 13 november 2007 en dat REC ter zake schadeplichtig is.

4.40.

De rechtbank verwijst naar haar overwegingen 4.23 en 4.24 voor de stellingen en verweren van partijen in dezen.

2013

4.41.

REC heeft gesteld dat de tekortkoming in de levering van stoom haar niet kan worden toegerekend, omdat een deel van de stilstandsuren door dan wel vanwege Frisia is veroorzaakt. De rechtbank stelt in dit verband vast dat tussen partijen niet in geschil is dat [A.] de koelwaterleiding heeft beschadigd en dat als gevolg hiervan door REC geen stoom aan Frisia kon worden geleverd vanaf 27 mei 2013, 16:00 uur. Uit het door Frisia bij akte overgelegde overzicht kan worden afgeleid dat met de eerste stilstand wordt bedoeld de periode van 27 mei 2013, 16:00 uur tot 29 mei 2013, 20:00 uur en dat met de tweede stilstand de periode van 30 mei 2013, 3:00 uur tot 1 juni 2013, 1:00 uur wordt bedoeld. Ten aanzien van de eerste stilstand overweegt de rechtbank dat de graafwerkzaamheden in opdracht van en in het kader van de bedrijfsvoering van Frisia zijn uitgevoerd. Door de beschadiging heeft REC de WKC moeten uitschakelen en heeft zij geen stoom kunnen leveren aan Frisia. De rechtbank is, gelet op het voorgaande, dan ook van oordeel dat het niet leveren van stoom door REC aan Frisia gedurende de periode van 27 mei 2013, 16:00 uur tot 29 mei 2013, 20:00 uur niet aan REC kan worden toegerekend. De 53 uren, die Frisia als bedrijfsonderbreking vanwege de kwestie [A.] heeft opgevoerd, zal de rechtbank buiten beschouwing laten.

4.42.

Ten aanzien van de tweede stilstand overweegt de rechtbank dat Frisia gemotiveerd heeft gesteld - hetgeen vervolgens door REC niet is weerlegd - dat deze is veroorzaakt door technische problemen bij REC zelf. Volgens Frisia was een eerdere reparatie aan de dumpcondensor ondeugdelijk - niet conform de oorspronkelijke ontwerpparameters - uitgevoerd, waardoor deze niet bestand was tegen het wegvallen van het koelwater. REC heeft in haar brief aan [A.] weliswaar aangegeven dat het volgens Stork aannemelijk is dat als gevolg van het voorval in de dumpcondensor de plug is losgeraakt, maar heeft het verband dat Frisia heeft gelegd met een eerdere reparatie, die ondeugdelijk zou zijn uitgevoerd, niet betwist. Omdat REC het voldoende gemotiveerde verweer van Frisia niet voldoende heeft weerlegd, dient te worden aangenomen dat het niet leveren van stoom gedurende bedoelde periode niet het gevolg is van de eerdere beschadiging van de leiding door [A.], maar dat dit het gevolg is van een oorzaak die aan REC dient te worden toegerekend.

4.43.

Ten aanzien van de levering van MD- en LD-stoom overweegt de rechtbank het volgende. Uit artikel 2, lid 2 van de Energieleveringsovereenkomst volgt naar het oordeel van de rechtbank - daarbij uitgaande van de grammaticale uitleg van de onderhavige bepaling - dat REC enkel ten aanzien van de levering van LD-stoom een minimale leveringsplicht jegens Frisia heeft, te weten 60 ton per uur. Ten aanzien van de levering van MD-stoom heeft REC geen minimale leveringsplicht, nu de gemiddelde waarde per uur in genoemd artikel is bepaald op 0 tot 6 ton per uur. Voorts blijkt uit de door Frisia overgelegde producties 22 en 23 en uit hetgeen REC heeft gesteld over de wekelijkse nominatie door Frisia aan haar dat Frisia enkel ten aanzien van de levering van LD-stoom wekelijks aan REC doorgeeft hoeveel LD-stoom zij gemiddeld per uur wenst af te nemen. Nu voor REC geen minimale leveringsverplichting geldt ten

aanzien van de levering van MD-stoom en Frisia ten aanzien van de levering van MD-stoom geen wekelijkse nominatie zendt aan REC, kan REC naar het oordeel van de rechtbank niet worden verweten dat zij in een bepaalde periode onvoldoende MD-stoom heeft geleverd aan Frisia. Dit brengt mee dat de volgende data en daarbij behorende uren waarin REC in 2013 geen of onvoldoende MD-stoom heeft geleverd aan Frisia buiten beschouwing worden gelaten:

Datum	LD/MD	Onvoldoende stoom	Stoom naar saline	Duur onvoldoende stoom
10-01-13	MD	11:00	12:00	1,00
25-04-13	MD	0:00	10:00	10,00
20-06-13	MD	17:00		
28-06-13	MD		15:00	190,00
12-08-13	MD	8:00	17:00	9,00
25-12-13	MD	19:00	20:00	1,00
Totaal	MD			211,00

4.44.

Met betrekking tot de levering van LD-stoom overweegt de rechtbank dat partijen ter bepaling van de gefixeerde schadevergoeding in artikel 9, lid 4 van de Raamovereenkomst zijn overeengekomen dat pas indien een bedrijfsonderbreking langer dan 12 uren duurt en er sprake is van wanprestatie aan de zijde van REC, de door Frisia geleden schade wordt gefixeerd op een bedrag van € 75.000,00 per dag of gedeelte van een dag dat Frisia gehinderd wordt in de uitvoering van haar werkzaamheden. De rechtbank leidt hieruit af dat partijen kennelijk bedoeld hebben een zekere marge in te bouwen, zodat niet iedere bedrijfsonderbreking per definitie wanprestatie door REC oplevert. Deze marge is bepaald op 12 uren. De rechtbank is, gelet hierop, van oordeel dat alleen de onderbrekingen die langer dan 12 uren duren, dienen te worden aangemerkt als een tekortkoming van REC.

Dit brengt mee dat de volgende data en daarbij behorende uren waarin REC in 2013 gedurende minder dan 12 uren LD-stoom heeft geleverd aan Frisia buiten beschouwing worden gelaten:

Datum	LD/MD	Onvoldoende stoom	Stoom naar saline	Duur onvoldoende stoom
14-03-13	LD/MD	8:00	14:00	6,00
12-06-13	LD/MD	9:00	16:00	7,00
16-07-13	LD/MD	9:00	17:00	8,00
17-08-13	LD/MD	11:00	21:00	10,00
19-08-13	LD/MD	10:00	12:00	2,00
13-11-13	LD	23:00		
14-11-13	LD		5:00	6,00
Totaal				39,00

4.45.

Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, staan enkel nog ter beoordeling de periodes, waarin door REC gedurende meer dan 12 uren geen of onvoldoende LD-stoom is geleverd. In dit verband overweegt de rechtbank dat REC ingevolge de Energielieferingsovereenkomst gehouden was om op twee verschillende drukniveaus, te weten MD en LD, stoom te leveren

en dat ten aanzien van die levering een bepaalde bandbreedte per uur is overeengekomen, hetgeen erop duidt dat zekere fluctuaties in de levering van stoom door REC zijn toegestaan. Voorts is van belang dat partijen in artikel 2, lid 1 van de Energieleveringsovereenkomst met elkaar zijn overeengekomen dat REC instaat voor een operationele beschikbaarheid van de Centrale en de WKC van 98,9%, hetgeen inhoudt dat REC in een kalenderjaar de Centrale en de WKC 4 keer 24 uren mag stilleggen zonder dat jegens Frisia sprake is van een toerekenbare tekortkoming aan de zijde van REC.

4.46.

In het door Frisia bij akte overlegging producties, tevens akte wijziging eis, overgelegde overzicht van "bedrijfsonderbrekingen 2013" is niet voor alle thans nog resterende periodes inzichtelijk om hoeveel uren MD- dan wel LD-stoom het gaat, nu daarbij "LD/MD" is vermeld. Evenmin is duidelijk hoe de hoeveelheid geleverde LD-stoom zich verhoudt tot de overeengekomen bandbreedte. De rechtbank zal Frisia opdragen bij akte een uitsplitsing te maken naar MD- en LD-stoom ten aanzien van de nog resterende periodes en haar daarbij tevens opdragen aan te geven in hoeverre de geleverde hoeveelheid LD-stoom afwijkt van de overeengekomen bandbreedte.

4.47.

De rechtbank zal de zaak daartoe verwijzen naar de rolzitting van 20 mei 2015. De rechtbank zal Frisia daarbij tevens in de gelegenheid stellen zich uit te laten over de antwoordakte van 17 december 2014 van REC.

2014

4.48.

Frisia heeft in reconventie tevens betrokken de periode van 1 januari 2014 tot en met 30 juni 2014. Zij heeft ten aanzien van die periode gesteld dat REC gedurende 220,00 uren geen of onvoldoende stoom heeft geleverd. Rekening houdend met de toegestane stilstanduren van 4 x 24 uren, heeft Frisia zich op het standpunt gesteld dat REC gedurende 124 uren toerekenbaar tekortgeschoten is in haar verplichtingen jegens Frisia voldoende stoom te leveren.

4.49.

Met inachtneming van hetgeen de rechtbank in haar overwegingen 4.43 tot en met 4.45 heeft overwogen, is de rechtbank ten aanzien van het jaar 2014 van oordeel dat de volgende data en daarbij behorende uren waarin REC geen of onvoldoende stoom heeft geleverd aan Frisia buiten beschouwing moeten worden gelaten:

Datum	LD/MD	Onvoldoende stoom	Stoom naar saline	Duur onvoldoende stoom
11-02-14	LD	12:00	13:00	1,00
11-02-14	LD	20:00		
12-02-14	LD		6:00	10,00
12-02-14	LD	19:00	20:00	1,00
12-02-14	LD	21:00	0:00	3,00
20-03-14	LD	16:00	19:00	3,00

21-03-14 LD	12:00	14:00	2,00
21-03-14 LD	18:00	19:00	1,00
21-03-14 LD	23:00	0:00	1,00
22-03-14 LD	1:00	8:00	7,00
22-03-14 LD	9:00	10:00	1,00
22-03-14 LD	19:00	20:00	1,00
21-05-14 LD/MD	17:00	19:00	2,00
06-06-14 LD/MD	3:00	4:00	1,00
Totaal			34,00

4.50.

Voor het jaar 2014 geldt derhalve dat nog ter beoordeling staan de periode van

13 april 2014 tot en met 20 april 2014, waarin gedurende 160,00 uren onvoldoende MD- en LD-stoom is geleverd en de periode van 27 mei 2014 tot en met 28 mei 2014, waarin gedurende 26,00 uren onvoldoende MD- en LD-stoom is geleverd. Ook hiervoor geldt dat niet voor alle thans nog resterende periodes inzichtelijk is om hoeveel uren MD- dan wel LD-stoom het gaat, nu daarbij "LD/MD" is vermeld. Evenmin is duidelijk hoe de hoeveelheid geleverde LD-stoom zich verhoudt tot de overeengekomen bandbreedte. De rechtbank zal Frisia opdragen bij akte een uitsplitsing te maken naar MD- en LD-stoom ten aanzien van de nog resterende periodes en haar daarbij tevens opdragen aan te geven in hoeverre de geleverde hoeveelheid LD-stoom afwijkt van de overeengekomen bandbreedte.

4.51.

De rechtbank zal de zaak daartoe eveneens verwijzen naar de rolzitting van 20 mei 2015.

in voorwaardelijke reconventie

4.52.

Frisia heeft in voorwaardelijke reconventie gevorderd dat de rechtbank bij vonnis, voor het geval aan haar geen geslaagd beroep op overmacht toekomt, de gevolgen van de top-bepaling wijzigt (artikel 2.4 van de Energieleveringsovereenkomst) met terugwerkende kracht tot aan 1 juli 2011, in die zin dat REC tot het moment dat BAS3 Original is gerealiseerd en volledig operationeel is, geen beroep toekomt op deze bepaling, dan wel dat Frisia tot het moment dat BAS3 Original is gerealiseerd en volledig operationeel is, slechts dat aantal MWh stoom behoeft af te nemen dat zij in het betreffende jaar redelijkerwijs met de productie uit BAS4 en uit andere haar te beschikking staande bronnen kon produceren, dan wel wijzigt op een manier die de rechtbank gerechtvaardigd acht. Frisia heeft ter onderbouwing van haar vordering - samengevat - gesteld dat sprake is van uitzonderlijke omstandigheden die partijen bij het sluiten van de overeenkomst niet hebben voorzien en waarvoor partijen geen voorziening hebben getroffen en dat de omstandigheden niet als een regulier bedrijfsrisico kunnen worden gezien. Voorts heeft zij aangevoerd dat de top-hoeveelheid is gebaseerd op de productiecapaciteit van BAS3 en BAS4.

4.53.

REC heeft ten verweere - samengevat - aangevoerd dat de top-bepaling voor REC een essentiële waarborg was en is om (destijds) de investering van ongeveer

€ 150.000.000,00 in de Centrale te kunnen doen en om tot een rendabele exploitatie van de Centrale te komen. Volgens REC is de top-bepaling een belangrijke pijler van de samenwerking tussen haar en Frisia en is daarover intensief door partijen onderhandeld, zodat thans niet achteraf tot een wijziging van de overeenkomst kan worden gekomen. In dat verband heeft REC voorts aangevoerd dat tussen partijen in de onderhandelingen expliciet de beschikbaarheid van één caveau in relatie tot de top-verplichting is besproken. De omstandigheden die zich nu voordoen, zijn door partijen voorzien, in die zin dat zij die omstandigheden hebben verdisconteerd dan wel hebben kunnen verdisconteren in hun afweging bij de top-verplichting.

4.54.

De rechtbank heeft in conventie geoordeeld dat Frisia ten aanzien van BAS3 geen beroep op overmacht toekomt. Voorts heeft de rechtbank geoordeeld dat het beroep van Frisia op onvoorziene omstandigheden als bedoeld in artikel 6:258 BW niet slaagt. De rechtbank verwijst naar hetgeen zij hieromtrent heeft overwogen in haar overwegingen 4.9 tot en met 4.13, die hier als herhaald en ingelast moeten worden geacht. De rechtbank ziet dan ook geen aanleiding om de gevolgen van de top-bepaling te wijzigen dan wel te oordelen dat REC geen beroep toekomt op deze bepaling, dan wel dat Frisia tot het moment dat BAS3 Original is gerealiseerd en volledig operationeel is, slechts dat aantal MWh stoom behoeft af te nemen dat zij in het betreffende jaar redelijkerwijs met de productie uit BAS4 en uit andere haar te beschikking staande bronnen kon produceren. De rechtbank zal de vordering in voorwaardelijke reconventie dan ook afwijzen.

4.55.

De rechtbank zal met het oog op de nog door Frisia te nemen akte iedere verdere beslissing in (voorwaardelijke) reconventie aanhouden.

5 De beslissing

De rechtbank

in conventie

5.1.

veroordeelt Frisia om aan REC te betalen een bedrag van € 1.463.408,23 (één miljoen vierhonderd drieënzestig duizend vierhonderdacht euro en drieëntwintig cent), vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119a BW over het toegewezen bedrag met ingang van 18 januari 2013 tot de dag van volledige betaling;

5.2.

veroordeelt Frisia om aan REC te betalen een bedrag van € 908.225,19 (negenhonderdacht duizend tweehonderd vijfentwintig euro en negentien cent), vermeerderd met de wettelijke

rente als bedoeld in art. 6:119a BW over het toegewezen bedrag met ingang van 17 januari 2014 tot de dag van volledige betaling;

5.3.

veroordeelt Frisia in de proceskosten, aan de zijde van REC tot op heden vastgesteld op een bedrag van € 19.846,71;

5.4.

verklaart dit vonnis in conventie tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.5.

wijst het meer of anders gevorderde af;

in (voorwaardelijke) reconventie

5.6.

verwijst de zaak naar de rolzitting van 20 mei 2015 om Frisia in de gelegenheid te stellen zich bij akte uit te laten met betrekking tot hetgeen is overwogen in rechtsoverwegingen 4.46, 4.47 en 4.50;

5.7.

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mr. J.A. Werkema, mr. S.B. van Baalen en mr. E.Th.M. Zwart-Sneek en in het openbaar uitgesproken op 6 mei 2015 in tegenwoordigheid van de griffier mr. S. Ambachtsheer. [1](#)

1 type: coll: 613.