

# De coronacrisis: een onvoorziene kater voor project- en gebiedsontwikkeling

Het coronavirus heeft op ons dagelijkse leven een meer dan stevige impact. De (wereld)economie moet een enorme dreun verwerken. Tot voor kort onbekende zaken als een 'intelligente lockdown' en de '1,5 meter-samenleving' hebben hun intrede gedaan. We hebben een heftige COVID-19-kater, die (bijna) niemand heeft voorzien. Deze crisis raakt ook de praktijk van project- en gebiedsontwikkeling waardoor nogal wat bouwprojecten in de vertraging schieten of zelfs beëindigd moeten worden. Is het in deze tijd nog wel redelijk om als gemeente of projectontwikkelaar onverkort nakoming te eisen van je contractuele wederpartij? Of zou je in goed overleg gewijzigde afspraken moeten maken, om daarmee de coronakater te bestrijden?

Mr. M. Fokkema'

## **Uitgangspunt = nakomen, tenzij ...**

In uitgangspunt geldt voor overeenkomsten dat deze nagekomen moeten worden. Alleen bij hoge uitzondering kan nakoming niet worden verlangd. Denk bijvoorbeeld aan een situatie waarin sprake is van overmacht, een tekortkoming van de wederpartij of een in een wet of overeenkomst opgenomen beëindigingsmogelijkheid, zoals opzegging of ontbinding. Een uitzondering kan ook gelegen zijn in de aanwezigheid van een zogenoemde onvoorziene omstandigheid. Uit art. 6:258 BW volgt dat de rechter bij een onvoorziene omstandigheid op verlangen van één van de contractpartijen:

- (i) de gevolgen van een overeenkomst kan wijzigen; of
- (ii) de overeenkomst geheel of gedeeltelijk kan ontbinden.

Let op: een onvoorziene omstandigheid is geen onvoorzienbare omstandigheid, maar een omstandigheid die niet in het contract is verdisconteerd. Voor veel bestaande overeenkomsten, gesloten ten behoeve van een project- of gebiedsontwikkeling zoals uitgifte-, grondexploitatie-, bouwclaim- of samenwerkingsovereenkomsten, zal gelden dat de coronacrisis daarin niet is verdisconteerd. Simpelweg omdat bij het aangaan van het contract niemand ooit al had gehoord van COVID-19.

## **De voorziene, verdisconteerde en onzuivere 'onvoorziene omstandigheid'**

Het komt in de praktijk nogal eens voor dat een bepaalde omstandigheid in een overeenkomst wordt bestempeld als onvoorzien, bijvoorbeeld: 'Als situatie X, Y of Z zich voordoet, dan zien partijen dat als een onvoorziene omstandigheid' en voor welke omstandigheid de gevolgen dan ook (onvoldoende) zijn uitgewerkt, bijvoorbeeld: 'Alsdan treden partijen in overleg over wijziging of beëindiging van de overeenkomst'.<sup>2</sup> Dergelijke omstandigheden, inclusief de gevolgen daarvan, zijn dan door partijen voorzien én verdisconteerd in de overeenkomst, zodat geen sprake is van onvoorziene omstandigheden als bedoeld in art. 6:258 BW.

Dit laatste geldt uiteraard ook voor de volgende bepaling: 'Als het bestemmingplan niet onherroepelijk wordt, dan beschouwen partijen dat als een onvoorziene omstandigheid als bedoeld in art. 6:258 BW'. Ook hier is immers sprake van een door partijen in het contract verdisconteerde omstandigheid. Het is juridisch niet zuiver om deze als onvoorzien te bestemmen. Een dergelijke onzuiverheid hoeft niet erg te zijn. Risicovol wordt het echter als partijen hierbij ook nog het volgende overeenkomen: 'Doet de hiervoor bedoelde situatie zich voor, dan is het bepaald in art. 6:258 BW derhalve van overeenkomstige toepassing.' Bij een beroep op een derge-

lijke bepaling kun je van een koude kermis thuiskomen, want je moet dan – afhankelijk van hoe de overeenkomst precies moet worden uitgelegd – wellicht verplicht naar de rechter om te laten bepalen wat het gevolg van de (on)voorzien omstandigheid zal zijn, waarbij je blijkaar vindt dat de wettelijke maatstaven en gevolgen uit art. 6:258 BW hebben te gelden.

Wat hier ook van zij, wijziging van de gevolgen – of (gedeeltelijke) ontbinding van een overeenkomst, kan lucht of in ieder geval onderhandelingsruimte geven voor een ontwikkelaar die bijvoorbeeld stelt een grondafnameverplichting, bouwplicht of plicht tot het betalen van een exploitatiebijdrage niet te kunnen nakomen vanwege een (contractueel overeengekomen) (on)voorzien omstandigheid, zoals vertraging of vraaguitval door de eerdere kredietcrisis of de huidige coronacrisis. Omgekeerd is het ook denkbaar dat een gemeente bepaalde (inspannings)verplichtingen jegens een ontwikkelaar nu niet kan nakomen en daarom behoefte zal voelen aan gewijzigde afspraken.

### Coronacrisis = onvoorzien, maar ...

In uitgangspunt is het denkbaar – ik zou menen: zelfs goed verdedigbaar – dat een rechter (de gevolgen van) de coronacrisis ziet als een onvoorzien omstandigheid.<sup>3</sup> Dat zal in uitgangspunt niet meer het geval kunnen zijn als de overeenkomst gesloten is na inwerkingtreding van de ‘intelligente lockdown’. Op dat moment lag de coronacrisis niet meer in de toekomst, maar in het heden. Dan is er geen sprake van een onvoorzien omstandigheid.<sup>4</sup>

Ik roep hierbij in herinnering dat de Hoge Raad in het Bronckhorst-arrest heeft uitgemaakt dat bij gemeentelijke wetenschap van bevolkingskrimp bij het aangaan van een overeenkomst, dit nadien verhindert dat met succes door de gemeente een beroep kan worden gedaan op de onvoorzien omstandigheid van gewijzigd beleid dat uit die krimp voortvloeit.<sup>5</sup> Voorziena krimp en daaruit voortvloeiende beleidswijzigingen zijn geen onvoorzien omstandigheden.<sup>6</sup> Voor de goede orde: een beleidswijziging wegens bevolkingskrimp kan wel degelijk een beroep op onvoorzien omstandigheden rechtvaardigen.<sup>7</sup> Maar dan moet die beleidswijziging in uitgangspunt niet zijn ingegeven door reeds bij het aangaan van een overeenkomst bestaande verwachtingen over afname van de bevolking. Dit geldt mijns inziens idem dito voor eventuele bestaande verwachtingen over de gevolgen van de coronacrisis.

### Onvoorzien omstandigheden = een hordenloop

Als de coronacrisis wordt aangemerkt als een onvoorzien omstandigheid, dan is daarmee een eerste van drie horden genomen om te kunnen komen tot een succesvol beroep op onvoorzien omstandigheden. Een dergelijke omstandigheid moet – dit is de tweede horde – namelijk ook van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van ‘redelijkheid en billijkheid’ ongewijzigde instandhouding niet mag verwachten. Daarna volgt nog een derde horde. De omstandigheid mag niet van dien aard zijn dat deze vanwege ‘de aard van de overeenkomst’ of ‘de in het verkeer geldende opvattingen’ voor rekening dient te komen van degene die zich erop beroept.

### De lat ligt bij onvoorzien omstandigheden (erg) hoog

Doordat hier achtereenvolgens drie horden genomen moeten worden, is het zeker niet eenvoudig om met succes (jegens een gemeente) een (gerechtelijk) beroep te doen op onvoorzien omstandigheden.<sup>8</sup> Dit blijkt onder meer uit een al eens eerder in dit tijdschrift door mij besproken vonnis van de Rechtbank Amsterdam<sup>9</sup>, waarin allerlei in de praktijk telkens terugkomende argumenten samenkomen.<sup>10</sup>

Ter opfrissing van het geheugen: aan het Amsterdamse vonnis ligt de volgende casus ten grondslag. De gemeente Amsterdam en een projectontwikkelaar sluiten ten behoeve van een kantorenontwikkeling in juli 2007 een reserveringsovereenkomst. De ontwikkelaar betaalt voor de reservering een bedrag van ruim € 1 miljoen. Daarnaast is er een reserveringsvergoeding verschuldigd ten bedrage van de jaarlijkse erfpachtcanon. Over de jaren 2008 en 2009 worden de reserveringsvergoedingen niet voldaan. De projectontwikkelaar vordert bij de rechtbank, mede vanwege leegstand en de (krediet) crisis als onvoorzien omstandigheid, aanpassing van de reserveringsovereenkomst. Een situatie die ook in de huidige crisis beslist niet ondenkbaar is.

Het oordeel van de Rechtbank Amsterdam luidt – vrij exemplarisch – als volgt:

*‘(...) De rechtbank is met de Gemeente Amsterdam van oordeel dat de kredietcrisis geen omstandigheid is die van dien aard is dat de Gemeente Amsterdam jegens MV191 naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onverminderd aanspraak mag maken op de contractueel overeengekomen reserveringsvergoedingen over de jaren 2008 en 2009 alsmede op de contractueel overeengekomen (verbeurde) waarborgsom. De rechter dient terughoudendheid te betrachten bij de aanvaarding van een beroep op onvoorzien omstandigheden. De redelijkheid en billijkheid verlangen immers in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord en laten afwijking daarvan slechts bij hoge uitzondering toe. De Multi Vastgoed groep is een ervaren en professionele speler op de vastgoedmarkt. Zij is in die hoedanigheid akkoord gegaan met de overeenkomst en alle voorwaarden die daar deel van uitmaken. De overeenkomst heeft naar zijn aard een speculatief karakter. Op het moment dat de overeenkomst werd gesloten moest MV191 nog gegadigden vinden voor de op het perceel te realiseren gebouwen en moest zij de financiering voor het project nog regelen. MV191 heeft daarmee een risico genomen. De markt kan altijd omslaan. Gezien de aard van de overeenkomst komen de veranderde marktomstandigheden tengevolge van de kredietcrisis geheel voor rekening van MV191. De rechtbank ziet dus geen aanleiding om de overeenkomst op grond van artikel 6:258 BW te wijzigen of te ontbinden.’*

De uitspraak laat zich voor wat betreft de inhoudelijke argumenten als volgt samenvatten:

- terughoudendheid geldt bij de aanvaarding van onvoorzien omstandigheden, omdat de redelijkheid en billijkheid allereerst trouw verlangen aan het gegeven woord en afwijking slechts is toegelaten bij hoge uitzondering;<sup>11</sup>
- de ontwikkelaar is een ervaren en professionele speler op de vastgoedmarkt en is in die hoedanigheid akkoord gegaan met (alle voorwaarden in) de overeenkomst;<sup>12</sup>
- de overeenkomst heeft naar zijn aard een speculatief karakter;<sup>13</sup>
- het risico op leegstand en financiering is genomen;<sup>14</sup>
- de markt kan altijd omslaan;<sup>15</sup>
- de veranderende marktomstandigheden ten gevolge van de kredietcrisis komen gezien de aard van de overeenkomst voor rekening van de projectontwikkelaar.<sup>16</sup>

### Uitzondering maken in coronatijden?

Het is beslist denkbaar dat de denklijn van de Rechtbank Amsterdam, waarvan onderdelen niet alleen in eerdere uitspraken<sup>7</sup>, maar ook in latere jurisprudentie terug te lezen zijn<sup>18</sup>, wederom toegepast zal worden in tijden van de coronacrisis. Dat zou betekenen dat het nog altijd niet eenvoudig zal blijken te zijn om wél met succes onder gemaakte afspraken uit te komen met een beroep op onvoorzien omstandigheden.<sup>19</sup>



Foto: Annie van Roekel

Het is zeer wel de vraag of dat in alle gevallen terecht zou zijn, want deze wereldwijde coronacrisis kent haar gelijke niet. Een dergelijke crisis heeft zich in ieder geval niet voorgedaan sinds de inwerkingtreding van het huidige Burgerlijk Wetboek. Maar als zelfs deze crisis al niet een succesvol beroep zou rechtvaardigen op art. 6:258 BW, kunnen we dan niet beter overwegen om dit artikel te schrappen uit het Burgerlijk Wetboek of in ieder geval de daarin opgeworpen drempels enigszins verlagen? Ik zou menen van wel, want wat heb je aan een (bijna) dode wetsbepaling? Een dergelijke wetswijziging zit er vooralsnog niet in. Daarom zal het in ultimo wel eens kunnen aankomen op de rechterlijke macht om de gevolgen van de coronacrisis op een overeenkomst in het licht van art. 6:258 BW op waarde te schatten.

Allereerst zijn de contractpartijen, zoals gemeenten, corporaties, beleggers en ontwikkelaars, echter aan zet. Die kunnen en moeten in deze tijd, mede afhankelijk van de inhoud van hetgeen zij eerder hebben afgesproken, het moment waarop die afspraken zijn gemaakt en hoe men daarmee nadien is omgegaan, wellicht bereid zijn tot bepaalde (on)voorzienende contractaanpassingen, zoals bijvoorbeeld:

- het verlengen van de contractuele termijn van een (inspannings) verplichting om een bestemmingsplan vast te stellen;
- het overeenkomen van een latere afname- en/of bouwverplichting;
- aanpassing (van de fasering) van het bouwprogramma en herziening van de onderliggende planning van de gronduitgifte en het bouw- en woonrijp maken;
- het loslaten van kostprijsverhogende en Bouwbesluit overstijgende duurzaamheidseisen, die toch al snel op gespannen voet staan met

het contracteerverbod uit art. 122 Woningwet en zodoende mogelijk nietig zijn;

- uitstel van betaling van een exploitatiebijdrage en de plicht tot het stellen van zekerheden, zoals een bank- of concerngarantie, of;
- aanpassing van financiële afspraken, bijvoorbeeld over de grondprijs of de aan de gemeente verschuldigde bijdragen in het kader van kostenverhaal en ten behoeve van bovenwijkse voorzieningen en/of bovenplanse/ruimtelijke ontwikkelingen.

Met dergelijke aanpassingen kan mogelijk voorkomen worden dat de stekker geheel en definitief uit het desbetreffende contract en daarmee ook uit het project moet worden getrokken, terwijl partijen met de uitvoering daarvan soms al jarenlang bezig zijn. De winst van dergelijke aanpassingen zou al snel groter kunnen blijken te zijn dan het verlies dat geleden zal worden zonder die aanpassingen. Het is juist ook om deze reden belangrijk om te beseffen dat beslist niet elke financiële aanpassing in een overeenkomst met een gemeente (zoals verlaging van de gronduitgifteprijs) uitmondt in ontoelaatbare staatssteun. Er moet namelijk rekening worden gehouden met alle aspecten van de transactie en de context daarvan.<sup>20</sup>

Ook is van belang dat met een contractaanpassing of het bijvoorbeeld niet toepassen van contractuele boeteregimes juridische procedures en verslechterde onderlinge verhoudingen voorkomen kunnen worden. Een redelijke en billijke opstelling van partijen in deze uitzonderlijke crisisperiode is wettelijk en kan een mogelijk langjarige en onzekere rechtsgang voorkomen.<sup>21</sup>

Lukt het bereiken van overeenstemming over een contractwijziging niet, dan resteert wellicht de weg naar de civiele rechter. Wat mij betreft zou die rechter best wat sneller en ruimhartiger toepassing mogen geven aan de regeling voor onvoorziene omstandigheden. Met name voor die gevallen waarin aangetoond kan worden dat er geen bereidheid is geweest tot heronderhandeling, terwijl één van partijen onevenredig hard wordt getroffen door de gevolgen van de coronacrisis.<sup>22</sup> Een uitzonderlijke situatie als de coronacrisis vraagt wellicht ook om uitzonderlijke uitspraken.

#### Noten

- 1 Manfred Fokkema is advocaat bij Infense advocaten te Deventer en redactielid van dit tijdschrift. Dit artikel is afgesloten op 24 april 2020. Ontwikkelingen nadien zijn niet meegenomen.
- 2 Rb. Midden-Nederland 11 september 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3667.
- 3 Zie ook H. Schelhaas en J. Spanjaard, 'Contract en coronacrisis', *NJB* 2020/881, hoofdstuk 5.
- 4 Zie Hof Amsterdam 28 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2495, Hof 's-Hertogenbosch 22 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3668 en Rb. Noord-Nederland 9 december 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5533. Zie ook M. Fokkema, 'De crisis als (on)voorziene omstandigheid bij project- en gebiedsontwikkeling', *BR* 2013/124, hoofdstuk 2.
- 5 HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2615. Zie ook Rb. Overijssel 14 januari 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:534.
- 6 M. Fokkema, 'Voorziene krimp', *Gidp* februari 2018, p. 16. Zie ook Hof Amsterdam 2 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1100.
- 7 Rb. Zeeland-West-Brabant 13 maart 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:1618.
- 8 Zie ook T. Hartlief, 'Crisis? What Crisis?', *NJB* 2013/1603, afl. 27.
- 9 Rb. Amsterdam 25 april 2013, ECLI:RBAMS:2013:CA2158.
- 10 M. Fokkema, 'Verplicht bouwen voor (onvoorziene) leegstand', *Gidp* 2014/1.
- 11 Zie ook Rb. Oost-Brabant 2 april 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1903.
- 12 Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 13 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2418.
- 13 Zie ook Rb. Noord-Holland 27 maart 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:2317 en Rb. Gelderland 1 december 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7471.
- 14 Zie ook Rb. Gelderland 17 mei 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:2722.
- 15 Zie ook Hof Amsterdam 19 maart 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:905 en Hof 's-Hertogenbosch 30 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2299.
- 16 Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 13 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2418 en Rb. Overijssel 14 januari 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:534.
- 17 Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 17 november 1983, BR 1984/152.
- 18 Zie voetnoten 11-16.
- 19 Zie Rb. Gelderland 13 juli 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4572, Rb. Noord-Nederland 4 april 2014, BR 2014/85 en Rb. Overijssel 18 juni 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:3528.
- 20 Zie hierover ook het door mij geschreven artikel 'Staatssteun en de gecontracteerde gebiedsontwikkeling: doeltreffend breek- en nuttig smeedijzer?', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht en staatssteun* 2017/69 en mijn noot bij GvEA 22 mei 2019 (staatssteun Real Madrid), BR 2019/54.
- 21 Zie in dit verband ook de 'Gemeenschappelijke verklaring 'Samen doorbouwen aan Nederland'' en het memo 'Handelingskader coronavirus voor GWW-contracten en aanbestedingen van Rijkswaterstaat' d.d. 21 april 2020.
- 22 Zie in vergelijkbare zin recentelijk H. Schelhaas en J. Spanjaard, 'Contract en coronacrisis', *NJB* 2020/881, hoofdstuk 5.1 en mijn eerdere pleidooi in het tijdschrift *Bouwrecht* 2013/124, hoofdstukken 6 en 7.

# SAOZ uw kompas bij minnelijke verwerving

Van verplaatsing tot bedrijfsbeëindiging; u heeft objectieve taxaties nodig om de juiste keuzes te kunnen maken.

Wij taxeren en begeleiden tijdens het gehele proces van minnelijke verwerving ter voorkoming van onteigening, inclusief de beoordeling van belastingschade.

**Ook een solide basis onder uw grondbeleid?**

Neem contact op met ons via [info@saoz.nl](mailto:info@saoz.nl) of bel met 010 – 469 38 99

[www.saoz.nl](http://www.saoz.nl)



SAOZ

ADVISEUR IN ONROERENDE ZAKEN