

Coronacrisis en bouwcontracten

BR 2020/38

Het is een open deur dat de coronacrisis gevolgen kan hebben voor het uitvoeren en sluiten van bouwcontracten. Maar welke gevolgen voor welke partijen? Bij die vraag staan we in deze bijdrage stil vanuit het bouwcontractenrecht. Uit de adviespraktijk over corona die inmiddels is ontstaan, blijkt een zodanige caleidoscoop aan casusposities dat het ondoenlijk is een definitief antwoord te formuleren op alle mogelijke vragen, zeker in het bestek van een artikel als dit. Wij beperken ons daarom tot hoofdlijnen. We belichten mogelijke gevolgen voor contracten die nu worden uitgevoerd (§ 1), en wijzen daarna op aandachtspunten voor contracten die in voorbereiding zijn (§ 2). Wij ronden af met enkele afsluitende opmerkingen (§ 3).

1. Contracten in uitvoering

Wij plaatsen eerst enkele algemene opmerkingen (§ 1.1), en gaan daarna in op veiligheid en gezondheid (§ 1.2), overlegverplichtingen (§ 1.3), kostenverhogende omstandigheden (§ 1.4), onvoorziene omstandigheden (§ 1.5), overmacht (§ 1.6), betalingsperikelen (§ 1.7), redelijkheid en billijkheid (§ 1.8), en de positie van onderaannemers (§ 1.9).

1.1 Algemene opmerkingen

In het vervolg van dit artikel gaan wij ervan uit dat de (gevolgen van de) coronapandemie de uitvoering van een contract op enigerlei wijze nadelig beïnvloeden. Dat is natuurlijk niet per definitie het geval. Er zijn ook contracten die daarvan geen (significante) hinder ondervinden.

Daarnaast worden initiatieven ontplooid om nadelige gevolgen te beperken. Denk bijvoorbeeld aan de Gemeenschappelijke verklaring ‘Samen doorbouwen aan Nederland’ die op 22 april 2020 werd gepubliceerd en door een groot aantal betrokken partijen wordt ondersteund.² Partijen verklaren – kort samengevat – zich te zullen inzetten en inspannen voor goede afspraken met betrekking tot veilig doorwerken en tot continuïteit in de bouwproductie in al zijn (bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke) facetten, ook met het oog op het treffen van maatregelen voor de langere termijn gericht op een spoedig herstel na de crisis. Daarbij verklaren partijen zich ook in te zetten voor tijdige facturatie en betaling door de hele keten heen.

Verder kan worden gewezen op twee handelingskaders die door Rijkswaterstaat zijn opgesteld.³ Ten eerste het ‘Handelingskader liquiditeit en betalingen’ d.d. 14 april 2020 dat tot doel heeft “de snelheid en continuïteit van de betalingen aan de opdrachtnemers van RWS zeker te stellen”. RWS gaat daartoe – waar nodig – betaaltermijnen zoveel mogelijk terugbrengen naar 1 maand binnen haar werken en diensten en overigens ook maatwerk bieden met betrekking tot haar betaalritmes. Daarnaast stelt RWS voor om in voorkomend geval in overleg te treden over de voorwaarden, hoogte en duur van bankgaranties. Ten tweede het ‘Handelingskader coronavirus voor GWW-contracten en aanbestedingen van Rijkswaterstaat’ d.d. 21 april 2020, waarin RWS handvatten meegeeft voor haar handelingslijn. Ten aanzien van werk in uitvoering schrijft RWS onder meer:

“Rijkswaterstaat wil samen met marktpartijen doortastend handelen naar wat het beste is voor de voortgang van het project. Problemen als gevolg van het coronavirus willen we bij voorkeur niet benaderen vanuit een juridisch kader. Een beroep op contractuele gronden zoals bijvoorbeeld bijzondere of onvoorziene omstandigheden of overmacht kunnen beklemmend werken. Dat willen we niet als uitgangspunt. Er zijn verschillende mogelijkheden om samen tot een oplossing te komen voor problemen of knelpunten als gevolg van overheidsmaatregelen of RIVM richtlijnen in verband met het coronavirus. Daarbij zal Rijkswaterstaat zich redelijk en billijk opstellen en wordt ook een redelijke en flexibele opstelling van de marktpartijen verwacht.

Onder een redelijke en billijke opstelling verstaat Rijkswaterstaat: Wij stellen ons soepeler op in het toepassen van contractuele boeteregimes. Wij vergoeden in redelijkheid de extra kosten die een contractpartij moet maken als gevolg van overheidsmaatregelen of RIVM-richtlijnen in verband met het coronavirus. Daarnaast verlenen we waar mogelijk uitstel van termijnen en bekijken we mogelijkheden om de duur van werkbare uren te verlengen en hinder beperkende maatregelen aan te passen nu er veel minder verkeer is. Zowel Rijkswaterstaat als opdrachtnemers zullen redelijke en billijke opstellingen aan de dag leggen waar het gaat om de bepaling en onderbouwing van de omvang van de extra kosten en de tijdsconsequenties ten behoeve van termijnsverlenging.”

In dit verband kan verder de brief van minister Van Nieuwenhuizen d.d. 22 april 2020 worden gelezen, waarin zij de Tweede Kamer informeert dat zij bestaande infraprojecten

1 Arjan ter Mors en Erik Plas zijn advocaat resp. wetenschappelijk medewerker bij Infense advocaten. De redactie van dit artikel is afgesloten op 24 april 2020.

2 Beschikbaar op <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2020/04/22/getekende-verklaring-samen-doorbouwen-aan-nederland> [laatst bezocht op 24 april 2020].

3 Beide handelingskaders zijn in ieder geval gepubliceerd op de website van Techniek Nederland, zie <https://www.technieknederland.nl/nieuwsberichten/samen-met-minister-van-nieuwenhuizen-houden-we-de-infra-op-gang> [laatst bezocht op 24 april 2020].

versneld wil laten uitvoeren en de mogelijkheden onderzoekt om nieuwe projecten in de planning naar voren te halen.⁴

“De sterk verminderde verkeersintensiteit biedt bij lopende werkzaamheden per direct mogelijkheden om te versnellen. Dit gebeurt in samenspraak met de aannemer, Rijkswaterstaat en andere wegbeheerders. Zo zijn de onderhoudswerkzaamheden aan de A1 richting Apeldoorn tussen knooppunt Hoevelaken en Barneveld naar voren gehaald. En kunnen de werkzaamheden op de A12 aan het viaduct Stadsbosch, dankzij een gehele afsluiting in twee weekenden worden afgerond. Waar onder normale omstandigheden drie weekenden nodig zouden zijn geweest. [...] Naast het doorzetten van de reeds geplande aanbestedingen onderzoekt Rijkswaterstaat samen met de brancheorganisaties de mogelijkheden om werkzaamheden die voor latere jaren gepland stonden, naar voren te halen. In een gezamenlijke ‘Taskforce Infra’ van mijn ministerie en brancheorganisaties wordt gekeken naar maatregelen die direct uitvoerbaar zijn, naar maatregelen voor over een half jaar en voor 2021.”

Vanuit diverse hoeken wordt dus de wil uitgesproken om nadelige gevolgen van de coronacrisis voor de uitvoering en aanbesteding van werken zoveel mogelijk in te dammen en de mogelijkheden te benutten, en samen de schouders er onder te zetten.

Tegelijkertijd neemt dat niet weg dat projecten wel degelijk geraakt (kunnen) worden. De negatieve gevolgen laten zich in essentie in een paar scenario's vatten: vertraging, meerkosten, beëindiging van het contract. De gekozen bewoordingen zijn bewust neutraal gelet op de veelheid aan denkbare casusposities, met een navenant aantal mogelijkheden qua risico-allocatie. Vanuit juridisch oogpunt bestaan diverse instrumenten om met die scenario's om te gaan. Wij beperken ons tot een schets op hoofdlijnen. Wij signaleren daarbij dat van veel van de hierna genoemde regelingen contractueel kan worden afgeweken. De (uitleg van) dergelijke afwijkingen valt buiten het bestek van deze bijdrage.

Toepassing van deze regelingen resulteert overigens veelal in de wijziging van de overeenkomst. Veel aannemingsovereenkomsten komen tot stand via een aanbesteding. Bij de wijziging van aanbestede overeenkomsten speelt ook het leerstuk van de wezenlijke wijziging een zekere rol. Een uitvoerige behandeling van dit leerstuk valt buiten het bestek van deze bijdrage. Wel wijzen wij er op dat de oorzaak van de wijziging – de gevolgen van de coronacrisis – aanleiding kan geven voor een beroep op art. 2.163e Aanbestedings-

wet,⁵ op grond waarvan wijziging is toegestaan vanwege onvoorzienbare omstandigheden.⁶ Dit overigens los van de overige wettelijk toegestane vormen van wijziging voor aanbestede overeenkomsten die in voorkomend geval kunnen worden ingeroepen.

1.2 Veiligheid en gezondheid

Het belang van een veilige en gezonde werkomgeving kan, zeker in deze tijden, moeilijk onderschat worden. Het is ook tegen die achtergrond dat op 27 maart 2020 het protocol ‘Samen veilig doorwerken’ is gepubliceerd, dat als doel heeft richtlijnen te geven over veilig werken op de bouwplaats en bij mensen thuis.⁷ Uit de inleiding ervan blijkt dat sprake is van een ‘levend document’ dat gewijzigd kan worden wanneer nieuwe adviezen of maatregelen van kracht worden.⁸ Op de inhoud van dit protocol gaan wij niet nader in. Wel wijzen wij erop dat dit protocol een nadere inkleuring kan geven aan de verplichting te zorgen voor een veilige bouwplaats. Die verplichting ligt in de UAV 2012 en de UAV-GC in uitgangspunt bij de aannemer/Opdrachtnemer:

- Zo bepaalt § 6 lid 16 UAV 2012: “De aannemer zorgt voor orde en veiligheid op het werk. Hij zorgt tevens voor een zodanige verlichting, dat een goede uitvoering van het werk gewaarborgd is.”
- § 12 UAV-GC bevat een uitvoerigere regeling. Wij citeren § 12 lid 1: “De Opdrachtnemer is verantwoordelijk voor orde, veiligheid en gezondheid op alle plaatsen waar door of namens hem Werkzaamheden worden verricht, in het bijzonder op de in § 3 lid 1 sub b en § 17 bedoelde terreinen. Die verantwoordelijkheid omvat de veiligheid en gezondheid van alle gemachtigden en hulppersonen die hij voor de nakoming van de Overeenkomst aanwijst of inschakelt, de veiligheid en gezondheid van derden, alsmede de veiligheid van alle goederen die hij voor de nakoming van de Overeenkomst gebruikt.”

Het verdient opmerking dat, volgens de Toelichting, § 12 UAV-GC een nadere uitwerking vormt van de verplichting uit § 11 lid 1 UAV-GC, namelijk die om op een bepaald moment op de hoogte te zijn met de voor de Werkzaamheden van belang zijnde wettelijke voorschriften en beschikkin-

4 Brief minister Van Nieuwenhuizen d.d. 22 april 2020 met kenmerk RWS-2020/26726.

5 Is sprake van een speciale sectoropdracht, dan is het toepassingsbereik van deze bepaling nog wat ruimer, zie 3.80d Aanbestedingswet. Voor concessies geldt dit ook ten dele, hoewel dit ten onrechte niet blijkt uit art. 2a.53 AW2012, zie daartoe J.M. Hebly & H. Plas in: *T&C Aanbestedingsrecht*, commentaar op art. 2a.53 Aanbestedingswet 2012, aant. 3.

6 Vgl. § 2.3.1 van de mededeling van de Europese Commissie inzake Richtsnoeren betreffende het gebruik van het kader voor overheidsopdrachten in de door de Covid-19-crisis veroorzaakte noodsituatie, (2020/C 108 I/01), alwaar de Commissie in het kader van de keuze voor de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking benadrukt dat – kort gezegd – de corona-pandemie als onvoorzienbare gebeurtenis kan kwalificeren.

7 Het protocol is beschikbaar op <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2020/03/27/protocol-samen-veilig-doorwerken> [laatst bezocht p 22 april 2020].

8 Zo is het Protocol op 17 april 2020 gewijzigd naar aanleiding van het onderdeel samen reizen waarover veel vragen bestonden.

gen van overheidswege.⁹ Met § 11 lid 1 UAV-GC vergelijkbare regelingen zijn te vinden in § 6 leden 11-13 UAV 2012 en art. 5 Model Basisopdracht DNR 2011 samen met art. 2 lid 3h, 9 lid 2 en 55 lid 3 DNR 2011.¹⁰ Daarvan uitgaande, zou de stelling betrokken kunnen worden dat de gevolgen van naleving van het protocol (waaronder verminderde efficiency) niet zonder meer (alleen) voor rekening van de aannemer/Opdrachtnemer/adviseur zou moeten komen. Die verplichting is immers opgekomen tijdens de uitvoering, en kan de voortgang van het werk beïnvloeden, terwijl de aannemer/Opdrachtnemer/adviseur met die verplichting ten tijde van het doen van zijn aanbieding geen rekening hoefde te houden.

Met betrekking tot UAV-GC contracten, kan ook op het volgende worden gewezen. Gesteld kan worden, dat het gebruik in § 12 UAV-GC van het begrip ‘Werkzaamheden’ (zie § 1 sub s UAV-GC) meebrengt dat ook de plaats waar door of namens de Opdrachtnemer Ontwerpwerkzaamheden worden verricht, onder de reikwijdte van deze verplichting vallen. Dat was ook de bedoeling van de opstellers van de UAV-GC, zo blijkt uit de Toelichting, juist omdat Ontwerpwerkzaamheden uitgevoerd kunnen worden buiten de in § lid 1 sub b en § 17 bedoelde terreinen.¹¹ Naleving van de (RIVM-)richtlijnen met betrekking tot het bestrijden c.q. beperken van (de gevolgen van) het coronavirus kan zodoende ook buiten de klassieke bouwplaats een contractuele dimensie krijgen.

De hiervoor genoemde bepalingen gaan er wel van uit dat de aannemer daadwerkelijk de controle heeft over de bouwplaats. Dat is echter lang niet altijd het geval. Te denken valt aan uitvoering van werkzaamheden in neven- of onderaanneming of het werken in ruimten in gebruik bij (gebruikers van) de opdrachtgever. Indien werkzaamheden dienen te worden uitgevoerd in een omgeving waarbij die controle in handen is van of gedeeld moet worden met derden, wordt de aannemer qua veiligheid van die derden afhankelijk. Indien (werknemers van) die derden besmet zijn met het coronavirus en/of zich niet aan de corona-adviezen houden, ontstaat een andere situatie. Als de aannemer namelijk niet (geheel) de controle heeft over de bouwplaats kan hij in die situatie, gelet op zijn eigen werkgeversverplichtingen, aanvullende maatregelen (moeten) treffen om zijn personeel te beschermen. Die kunnen naargelang de omstandigheden van het geval uiteenlopen van het wijzen op de verantwoordelijkheden van de ander tot mogelijk zelfs het opschorten van de werkzaamheden zolang de veiligheid en gezondheid op de bouwplaats niet gegarandeerd kan worden. Daarmee raken we ook aan de overlegverplichtingen.

1.3 Overlegverplichtingen

Op het eerste oog kan het tegenstrijdig klinken: een verplichting in overleg te treden. Is het niet tegennatuurlijk om partijen te verplichten met elkaar om tafel te gaan? Zouden partijen hier niet eigener beweging toe moeten besluiten? Die aarzeling is niet geheel ongegrond, en het bestaan van een overlegverplichting wordt dan ook niet universeel aangenomen: zo wensten bijvoorbeeld de opstellers van de Draft Common Frame of Reference deze verplichting niet op te nemen.¹²

Anderzijds gaat art. 6:111 lid 2 Principles of European Contract Law wel uit van een overlegverplichting:

“If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it [...]”.

Naar Franse recht bepaalt art. 1195 Code Civil dat onvoorziene omstandigheden die de uitvoering van het contract (zeer) bezwaarlijk maken, de betreffende partij het recht geven om onderhandelingen te verzoeken, met het oog op aanpassing dan wel beëindiging van het contract:¹³

“Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.”

Hoewel dergelijke expliciete regelingen niet in het BW zijn opgenomen, komt het wel regelmatig voor dat partijen overlegbepalingen in hun contract opnemen. De daarin vervatte verplichtingen dienen zij dan ook na te komen. Daaraan doet dus niet zonder meer af dat is bepaald dat partijen met elkaar “in overleg kunnen treden als zij daartoe aanleiding zien”, en een van de partijen om die reden meent niet tot overleg gehouden te zijn. Een overlegbepaling heeft immers vaak als ratio risico's te begrenzen.¹⁴ Overlegverplichtingen

9 Toelichting op de UAV-GC, p. 50.

10 De Toelichting op de DNR (p. 20) wijst erop dat dan ook sprake kan zijn van een situatie van overmacht die aanleiding geeft voor opzegging op grond van art. 28 DNR. Het overmachtsbegrip uit art. 25 en 28 DNR komt overeen met art. 6:75 BW, met dien verstande dat art. 28 lid 2 DNR een aanvulling vormt op art. 6:75 BW, aldus de Toelichting op de DNR, p. 38.

11 Toelichting op de UAV-GC, p. 50.

12 Aldus R. Momberg Uribe, 'Unexpected circumstances and the duty to renegotiate', p. 143-148 in: Ilse Samoy (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Ius Commune Europaeum Vol. 90, Intersentia: Antwerpen 2010.

13 Artikel 6.2.3 UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts kent een partij in dit verband eenzelfde recht toe.

14 Vgl. in het kader van een aanbestede vervoersovereenkomst Rb. Gelderland 12 juli 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4007 (r.o. 4.21).

kunnen daarom bijvoorbeeld ook voortvloeien uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.¹⁵

In de UAV en UAV-GC zijn diverse expliciete overlegverplichtingen terug te vinden, die afhankelijk van de casus relevant kunnen zijn in verband met corona. In de UAV 2012 onder meer in relatie tot: de mogelijkheid tot rechtstreeks contact tussen opdrachtgever en onderaannemer (§ 6 lid 29), het tijdens een schorsing nemen van schadebeperkende maatregelen (§ 14 lid 3), de inrichting van de bouwplaats (§ 15 lid 2), het plaatsen van kennisgevingen op schuttingen en afrasteringen (§ 16 lid 2), bestekwijzigingen (§ 36 lid 4) en kostenverhogende omstandigheden (§ 47 lid 3; vgl. art. 7:753 BW). In de UAV-GC: Wijzigingen OG (§ 14 lid 9-17 en 45 leden 5-13), het tijdens een schorsing nemen van schadebeperkende maatregelen (§ 16 lid 2), de inrichting van het werkterrein (§ 17 lid 2), het plaatsen van kennisgevingen op schuttingen en afrasteringen (§ 18 lid 1) en kostenvergoedingen en/of termijnverlenging (§ 44 leden 7-10).

Er samen uit proberen te komen en daarbij rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen, is en blijft een pijler onder een succesvolle samenwerking. Juridisch gezien kunnen overlegverplichtingen bestaan, maar uiteindelijk zal veel afhangen van de bereidwilligheid van alle betrokken partijen. Juist in deze buitengewone tijd lijkt het ons nog meer aangewezen om (op gepaste afstand) met elkaar in gesprek te gaan en te blijven. De hiervoor benoemde initiatieven geven er blijk van dit (verder) te willen stimuleren, wat natuurlijk aanbevelenswaardig is. “*Pas een beetje op elkaar, ik reken op u*”, zou onze minister-president dan kunnen zeggen. Echter, zowel bij overleg als bij escalatie, zal een rol kunnen toekomen aan regelingen die de inhoud van de verplichting(en) van een partij kunnen wijzigen.

1.4 Kostenverhogende omstandigheden

De coronacrisis kan tot gevolg hebben dat de prijs van het werk toeneemt. Zowel het BW als de UAV 2012 kennen de regeling van kostenverhogende omstandigheden, zij het dat de vereisten voor toepassing van die twee bepalingen verschillen.

Art. 7:753 lid 1 BW bepaalt:

“Indien na het sluiten van de overeenkomst kostenverhogende omstandigheden ontstaan of aan het licht komen zonder dat zulks aan de aannemer kan worden toegerekend, zal de rechter op vordering van de aannemer de overeengekomen prijs geheel of gedeeltelijk aan de kostenverhoging kunnen aanpassen, mits de aannemer bij het bepalen van de prijs geen rekening heeft behoeven te houden met de kans op zulke omstandigheden.”

Rechterlijke tussenkomst is ingevolge lid 2 niet van toepassing in geval van door de opdrachtgever verschafte onjuiste gegevens die voor de prijsbepaling van belang zijn. Op grond van lid 3 dient de aannemer zo spoedig mogelijk te waarschuwen voor de noodzaak tot prijsverhoging, opdat de opdrachtgever tijdig hetzij gebruik kan maken van zijn recht tot opzegging, hetzij een voorstel kan doen tot beperking of vereenvoudiging van het werk.

§ 47 lid 1 UAV 2012 bevat een wat andere regeling:

“Onder kostenverhogende omstandigheden worden in deze paragraaf verstaan omstandigheden die van dien aard zijn dat bij het tot stand komen van de overeenkomst geen rekening behoefde te worden gehouden met de kans dat zij zich zouden voordoen, die de aannemer niet kunnen worden toegerekend en die de kosten van het werk aanzienlijk verhogen.”

Nadat de aannemer de opdrachtgever zo spoedig mogelijk schriftelijk op de hoogte heeft gesteld, treden partijen ingevolge lid 3 in overleg. Via lid 4 mag de opdrachtgever ook besluiten om – in plaats van een vergoeding – tot beperking, vereenvoudiging of beëindiging van het werk over te gaan.

In beide gevallen dient het dus te gaan om a) omstandigheden die zich na contractsluiting hebben voorgedaan, die b) een kostenverhogend effect hebben, terwijl c) die omstandigheden niet aan de aannemer toerekenbaar zijn. De twee regelingen kennen ook enkele verschillen:

- Onder art. 7:753 BW kan een prijsverhoging in uitgangspunt slechts plaatsvinden door middel van rechterlijke tussenkomst.
- § 47 lid 1 UAV 2012 bepaalt expliciet dat sprake dient te zijn van omstandigheden “die de kosten van het werk aanzienlijk verhogen”, waarbij ook rekening gehouden dient met het ondernemersrisico.¹⁶
- Art. 7:753 BW leidt tot een aanpassing van de aanneemsom, terwijl § 47 UAV 2012 recht geeft op bijbetaling.

Niettegenstaande het bestaan van deze verschillen,¹⁷ rijst wel de vraag in hoeverre deze verschillen in de praktijk daadwerkelijk een doorslaggevende rol zullen spelen. Immers, als partijen het erover eens zijn dat sprake is van een situatie als bedoeld in art. 7:753 BW, valt voorshands niet in te zien waarom zij daar buiten rechte geen gebruik van kunnen maken. En als ze er niet uit komen, en een van de partijen een bodemprocedure start waarin hij zich beroept op dit artikel, dan ligt het in de rede dat hij dit niet doet voor wat wisselgeld.

15 Zie uitgebreid over de onderhandelingsverplichting H. Schelhaas & J. Spanjaard, ‘Contract en coronacrisis’, *NJB* 2020/881, 10 april 2020, afl. 14, par. 5. Vgl. K.L. Maes & J. den Hartog, ‘Corona en commerciële contracten: een schets van de (reikwijdte van de) juridisch relevante remedies’, *Bb* 2020/32, par. 4.2 met verwijzingen in voetnoot 30.

16 Zie over de rol van het ondernemersrisico uitvoeriger *Asser/Van den Berg* 7-VI 2017/153.

17 Vgl. RvA 8 februari 2017, nr. 72.067 alinea 41 waar appellarbiters overwegen: “De beoordeling onder de gelding van paragraaf 47 UAV 1989/2012, onder artikel 7:753 BW en onder artikel 6:258 BW is steeds verschillend. Voor zover onderaannemer dat miskent, faalt de grief. [...]”.

1.5 **Onvoorziene omstandigheden**

Nauw verwant met de regeling van kostenverhogende omstandigheden is de regeling omtrent onvoorziene omstandigheden, zie zowel art. 6:258-6:260 BW als in § 44 lid 1 sub c en lid 3 UAV-GC. Die nauwe verwantschap blijkt ook nadrukkelijk in het kader van de laatstgenoemde regeling. Uit de toelichting blijkt enerzijds dat lid 1 sub c “naadloos [aansluit] bij de wettelijke regeling in artikel 6:258 BW (onvoorziene omstandigheden)”, terwijl anderzijds benadrukt wordt dat lid 3 aansluit bij het bepaalde in § 47 lid 4 UAV 1989 (idem in de versie 2012). Ook met betrekking tot het gebruik van het begrip kosten in § 44 lid 5 UAV-GC is gepoogd aansluiting te zoeken bij § 47 UAV.¹⁸

Een beroep op onvoorziene omstandigheden kan slagen als zich een situatie voordoet die bij contractering niet was voorzien en in de overeenkomst verdisconteerd, en die maakt dat de opdrachtgever naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag verwachten dat de overeenkomst ongewijzigd in stand blijft. Die omstandigheid mag niet voor schuld of risico van de aannemer komen. Van Boom en Castermans wijzen erop dat “onvoorziene omstandigheden kunnen bijvoorbeeld gelegen zijn in een ernstige verstoring in de waardeverhouding, de onbereikbaarheid van het doel van de overeenkomst of een aanzienlijke economische verzwaring van de nakoming voor een van de partijen.”¹⁹

Het is in zijn algemeenheid bekend dat een beroep op onvoorziene omstandigheden niet snel slaagt.²⁰ Wat betreft de gevolgen van de coronacrisis is een geslaagd beroep op deze grondslag in voorkomend geval echter wel degelijk denkbaar. Veel partijen zullen de gevolgen van een pandemie immers niet in hun overeenkomst hebben verdisconteerd. Daarvan uitgaande, zal de aannemer/Opdrachtnemer zodanige (financiële) feiten aan moeten dragen die mee brengen dat de overeenkomst niet ongewijzigd in stand dient te blijven.²¹ Daarbij kan betekenis toekomen aan de vraag hoe ernstig een partij getroffen wordt, en in hoeverre hij dit nadeel aannemelijk kan maken. De inzet van de discussie c.q. het geding zal er dan veelal op gericht zijn dit nadeel op te

heffen, hetzij door wijziging hetzij door ontbinding van de overeenkomst.²²

1.6 **Overmacht**

Het leerstuk overmacht mag zich wegens corona weer in veel belangstelling verheugen. Op grond van art. 6:75 BW neemt overmacht de toerekenbaarheid van een tekortkoming weg en leidt er in beginsel toe dat een vordering tot nakoming of schadevergoeding faalt.²³ De tekortkoming blijft echter, zodat er in uitgangspunt grond aanwezig is voor ontbinding. Op deze plaats leggen wij de nadruk op de mogelijke toepassing van dit leerstuk in het kader van bouwcontracten. Daarbij merken wij op voorhand op dat in § 8 en § 42 UAV 2012 wordt ingegaan op ‘overmacht’, maar dat het begrip ‘overmacht’ in de UAV 2012 niet wordt gedefinieerd.²⁴ De UAV-GC kennen de term ‘overmacht’ niet; wel wordt diverse malen het toerekenbaarheidsbegrip gehanteerd.²⁵ Voor de toepassing van dit vereiste kan wel aansluiting worden gezocht bij art. 6:75 BW.²⁶

Wanneer kan een beroep op overmacht worden gedaan? In ieder geval dient sprake te zijn van een verhindering tot nakoming die de prestatie zelf betreft en die niet voor schuld of risico van de schuldenaar komt. Het gaat dan niet alleen om absolute verhinderingen, maar ook om gevallen waarin nakoming praktisch te bezwaarlijk is geworden.²⁷ Die overmacht kan dus ook tijdelijk of gedeeltelijk zijn.²⁸ De onmogelijkheid kan dus ook relatief zijn: de schuldenaar is wellicht fysiek nog wel in staat na te komen, maar die nakoming is voor hem zo nadelig dat het in redelijkheid niet van hem kan worden gevergd.²⁹ In het kader van UAV-contracten zou wellicht § 42 lid 3 UAV 2012 nog een rol kunnen gaan spelen:

“Vertraging in de voortgang van het werk door bedrijfsstoornissen en – indien de opleveringstermijn niet is bepaald in werkbare werkdagen – door onwerkbaar dagen, wordt daarbij slechts als overmacht aangemerkt, voor zover die vertraging van ongewone duur is geweest.”

18 Toelichting op de UAV-GC, p. 98.

19 W. van Boom & A.G. Castermans, ‘Corona: overmacht, onmogelijkheid, onvoorziene omstandigheden’, Leiden Law Blog, april 2020.

20 Zie uitgebreider: M. Fokkema, ‘De crisis als (on)voorziene omstandigheid bij project- en gebiedsontwikkeling’, BR 2013/124. Vgl. M. Fokkema, ‘De coronacrisis: een onvoorziene kater voor project- en gebiedsontwikkeling’, te verschijnen in *Praktijkblad Grondzaken en gebiedsontwikkeling*.

21 Hierop ging het mis voor een partij die zich – vanwege de gevolgen van de vogelpest – op art. 6:258 BW had beroepen, zie Hof ’s-Hertogenbosch 1 april 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC8909 (r.o. 4.14): “Het had op de weg van [appellante] gelegen feitelijke informatie te verstrekken over de financiële gevolgen van opslag, de hoogte van vergoedingsregelingen voor verschillende spelers in de markt etc., zodat een deugdelijke afweging had kunnen worden gemaakt wat de redelijkheid en billijkheid meebrengen.”

22 Wat dan in lijn zou zijn met de bedoeling van de wetgever in die zin dat de rechter in zijn beslissing zoveel mogelijk dient aan te sluiten bij hetgeen partijen bij contractsluiting hebben bedoeld, vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 970 en 974. Een vergelijkbaar resultaat kan wellicht onder specifieke omstandigheden geboekt worden met een beroep op wederzijdse dwaling, zie art. 6:228 en 6:230 BW. Een geslaagd beroep op dwaling leidt in uitgangspunt echter tot vernietiging, in welk geval de rechtsgevolgen anders zouden zijn dan bij een geslaagd beroep op ontbinding van de overeenkomst vanwege onvoorziene omstandigheden.

23 M.M. Olthof in: *T&C BW*, commentaar op art. 6:75 BW, actueel t/m 31 december 2019. Zie ook art. 6:78 BW.

24 In het verleden is ten aanzien van § 42 lid 3 UAV 1989 wel aangesloten bij art. 6:75 BW, zie bijv. Rb. Arnhem 24 december 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BG9660 (r.o. 5.19).

25 Zie bijvoorbeeld ten aanzien van het niet halen van mijlpaaldata § 36 lid 1 UAV-GC en met betrekking tot een aanspraak op termijnverlenging en/of kostenvergoeding § 44 lid 1 sub a UAV-GC.

26 Zie expliciet hierover de Toelichting bij § 44 lid 1 sub a UAV-GC, p. 97.

27 Asser/Sieburgh 6-I 2016/340-345.

28 Asser/Sieburgh 6-I 2016/372.

29 D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming*, (R&P nr. 167) 2008/5.2.2.

Een aspect dat verder van praktisch belang is, met name gelet op de aard van de coronacrisis, is dat ziekte minder snel overmacht oplevert als de schuldenaar niet persoonlijk hoeft te presteren.³⁰ Van een persoonlijke prestatie kan bijvoorbeeld sprake zijn bij het geven van een concert door een zanger. Trekken we de lijn door naar bouwcontracten, dan lijkt het in uitgangspunt zo te zijn dat een dergelijke persoonlijke verbintenis niet aan de orde is. Zo wijst Van den Berg erop dat het *intuitu personae*-karakter van de aannemingsovereenkomst nog niet maakt dat de aannemer het werk ook persoonlijk moet uitvoeren, aangezien hij ook andere personen (zoals onderaannemers) bij het werk kan betrekken.³¹ Uiteraard ligt dit anders indien er wel opdracht is verleend specifiek met het oog op de persoon, zoals bijvoorbeeld een specifieke architect.

Doordat de beschikbaarheid van voldoende personeel de verantwoordelijkheid van de aannemer is, blijft ziekte in uitgangspunt een omstandigheid die voor zijn eigen risico komt. Zolang andere mogelijkheden voor nakoming blijven bestaan, zoals door middel van het aantrekken van een (andere of extra) onderaannemer of tijdelijk personeel, levert ziekte naar de huidige stand van het recht niet snel overmacht op. Tegelijkertijd is het ontegenzeggelijk zo dat de corona-pandemie zodanig uitzonderlijk van aard is, dat dit pleit voor een zekere versoepeling in voorkomend geval.

Voorstelbaar is dat de gevolgen van de pandemie de nakoming van een overeenkomst dermate verhindert dat een beroep op overmacht is te rechtvaardigen. Hierbij kan – bijvoorbeeld – worden gedacht aan (combinaties van) beperkende overheidsmaatregelen, grootschalige afwezigheid van personeel, niet-tijdige beschikbaarheid van materialen en/of niet-tijdig presteren van onderaannemers als gevolg van ziekte van personeel.

Tot slot in dit verband. Een beroep op overmacht slaagt normaliter niet snel. We kunnen het er echter allemaal wel over eens zijn dat het huidige tijdsgewricht alles behalve normaal is. Een wat ruimere toepassing van het leerstuk van overmacht zou wat dat betreft dan ook niet misplaatst zijn. De oproep van Drion om het overmachtsrecht te nuanceren,³² spreekt ons dan ook wel aan. Net zoals de trouw aan het gegeven woord een fundament onder het Nederlandse contractenrecht is, is het rekening houden met andermans gerechtvaardigde belangen dat ook.

1.7 **Betalingsperikelen**

In het kader van de algemene opmerkingen (§ 1.1) stonden wij al kort stil bij het belang van liquiditeit in tijden van coronacrisis. Goede bedoelingen en overlegstructuren niet-tegenstaande, kan het gebeuren dat een opdrachtgever ten onrechte niet tijdig aan zijn betalingsverplichtingen vol-

doet. Zowel de UAV als de UAV-GC bevatten voor die situatie specifieke regelingen, zie § 40 en 45 UAV 2012 resp. art. 14 Basisovereenkomst en § 33 en 42 UAV-GC. Beide systemen voorzien – op hun eigen wijze – in een escalatiemodel, waarbij zowel de mogelijkheden tot renteopslag, alsmede schorsing en beëindiging van het werk tot de mogelijkheden behoren.

1.8 **Redelijkheid en billijkheid**

De redelijkheid en billijkheid kwamen her en der al ter sprake, zie de algemene opmerkingen, (§ 1.1), de overlegverplichtingen (§ 1.3), de onvoorziene omstandigheden (§ 1.5) en overmacht (§ 1.6). Dat verbaast niet: schuldeiser en schuldenaar zijn ingevolge art. 6:2 lid 1 BW verplicht zich jegens elkaar overeenkomstig de redelijkheid en billijkheid te gedragen. De redelijkheid en billijkheid zijn daarmee een fundament onder het (contractueel) handelen van partijen. Dat blijkt ook uit art. 6:248 BW: een overeenkomst heeft ook die rechtsgevolgen die uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeien (lid 1), en een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing voor zover dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (lid 2; vgl. art. 6:2 lid 2 BW).

Welke rol de redelijkheid en billijkheid in tijden van coronacrisis spelen bij de uitvoering van een contract, zal afhangen van de omstandigheden van het geval. In ieder geval is het zo dat, bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, rekening wordt gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken (art. 3:12 BW).

1.9 **Positie onderaannemers**

Veel hoofdaannemers worden nu geconfronteerd met (de dreiging van) niet-nakoming door een onderaannemer of leverancier. De overeengekomen prestatie kan niet, niet tijdig, of niet (volledig) conform specificaties worden geleverd. In de relatie hoofdaannemer – onderaannemer zullen dan veelal dezelfde discussies spelen als hierboven weergegeven, waarbij in voorkomend geval ook eventuele *back-to-back*-constructies nog een rol kunnen spelen.

De gebrekkige prestatie van de onderaannemer kan in de relatie hoofdaannemer – opdrachtgever een andere lading krijgen. In uitgangspunt is een hoofdaannemer immers verantwoordelijk voor de onderaannemers die hij inschakelt. De gevolgen van de gebrekkige nakoming zijn dan in principe voor risico van de hoofdaannemer, tenzij die hoofdaannemer zich ook jegens zijn opdrachtgever succesvol kan verweren dat de tekortkoming hem niet toerekenbaar is. Hij zal hierbij in veel gevallen ook afhankelijk zijn van de input van zijn onderaannemer.

³⁰ Asser/Sieburgh 6-1 2016/356.

³¹ Asser/Van den Berg 7-VI 2017/84. Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 14 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:21 (r.o. 8.8.6) in het kader van een sloopovereenkomst.

³² C.E. Drion, 'Corona en het recht', *NJB* 2020/761, afl. 12, p. 813.

Anders kan het worden als sprake is van een voorgeschreven onderaannemer of leverancier.³³ Zowel onder toepassing van de UAV 2012 als onder de UAV-GC kan de hoofdaannemer zich in voorkomend geval dan tot de opdrachtgever wenden:

- § 6 lid 27 UAV 2012 bepaalt daartoe onder meer: *“Indien de voorgeschreven onderaannemer of leverancier niet, niet tijdig of niet deugdelijk presteert en de aannemer het redelijkerwijs nodige heeft gedaan om nakoming en/of schadevergoeding te verkrijgen, zal de opdrachtgever de voor de aannemer ontstane meerdere kosten aan hem vergoeden, voor zover deze hem niet zijn vergoed door de onderaannemer of leverancier.”*
- § 6 lid 5 UAV-GC bevat een vergelijkbare bepaling ten aanzien van onderaannemers: *“Indien de hulppersoon niet, niet tijdig of niet deugdelijk presteert en de Opdrachtnemer het redelijkerwijs nodige heeft gedaan om nakoming en/of schadevergoeding van de hulppersoon te verkrijgen, heeft de Opdrachtnemer recht op kostenvergoeding en/of termijnsverlenging, met inachtneming van het bepaalde in § 44 lid 1 sub a.”* Deze regeling geldt ook ten aanzien van voorgeschreven leveranciers, zie § 3 lid 7 UAV-GC.

2. Contracten in voorbereiding

Wij geven enkele wenken die in de onderhandelingsfase c.q. aanbestedingsfase van het contract relevant zijn (§ 2.1). Daarna signaleren wij twee nevengevolgen (§ 2.2).

2.1 *Coronaclausules*

Voor alle ketenpartners is het bij nieuwe contracten van belang duidelijke afspraken te maken over de mogelijke gevolgen van de coronacrisis voor de uitvoering van hun contract. Er kunnen afspraken gemaakt worden over de verantwoordelijkheid voor een veilige en gezonde werkomgeving. Offertes en meerwerk-aanbiedingen kunnen onder bepaalde voorbehouden worden gedaan. Dit wel met dien verstande dat het in het kader van aanmeldingen en/of inschrijvingen op aanbestedingen, in algemene zin af te raden valt een voorwaardelijke inschrijving te doen, vanwege het daarmee samenhangende risico op een ongeldige inschrijving. In het kader van aanbestedingen kan daarentegen wel gebruik worden gemaakt van de mogelijkheid om vragen te stellen teneinde een proportionele verdeling van corona risico's te bewerkstelligen.

Bedacht dient te worden dat bij het aangaan van nieuwe werken het bestaan van corona een feit is, hetgeen waarschijnlijk van invloed zal zijn op de mogelijkheid voor een aannemer om zich met succes te kunnen beroepen op de hiervoor beschreven bepalingen over kostenverhogende en onvoorziene omstandigheden. Het is te overwegen dat partijen de voor het betreffende werk gesignaleerde coronarisico's uitschrijven, en overlegverplichtingen opnemen. In die geest kunnen wij dan ook instemmen met het initiatief van Bouwend Nederland om model-coronaclausules aan haar leden ter beschikking te stellen. Ook anderszins kan flexibiliteit worden opgenomen. Zo valt ten aanzien van bijvoorbeeld Woningborg- en SWK-overeenkomsten te denken aan het verlengen van het aantal werkbare werkdagen.

2.2 *Nevengevolgen: uitstel Omgevingswet en Wkb*

Op 1 april 2020 heeft minister Van Veldhoven de Tweede Kamer per brief erover geïnformeerd dat, mede vanwege de gevolgen van de coronacrisis, de Omgevingswet zal worden uitgesteld.³⁴ In het kielzog daarvan, heeft minister Ollongren op 17 april jl. te kennen gegeven dat ook inwerkingtreding van de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen per 1 januari 2021 niet haalbaar is.³⁵ Op het moment van schrijven is nog onduidelijk wanneer deze wetten naar verwachting wel in werking zullen treden. Het lijkt daarom zaak om bij het aangaan van overeenkomsten voor nieuwe project- en gebiedsontwikkelingen, en bij het aangaan van nieuwe aannemingsovereenkomsten, wel degelijk oog te blijven houden voor de mogelijke implicaties van die nieuwe wetten voor die overeenkomsten.

3. Afsluitende opmerkingen

Als de coronacrisis nadelige gevolgen heeft voor de voortgang van een overeenkomst, dan gaat het veelal om gevolgen in tijd, geld en/of kwaliteit. Hoewel in de kern overzichtelijk, schuilt onder deze betrekkelijk eenduidige rubricering een veelheid aan casusposities. Die veelkleurigheid kan niet toereikend in enkele woorden worden gevat: de coronacrisis leidt tot een veelheid aan vraagstukken, ook bouwcontractenrechtelijk. De tijd zal leren in hoeverre de geschetste instrumenten worden ingezet en hoe die worden beoordeeld in (gerechtelijke) discussies tussen partijen.

³³ Wij gaan in deze bijdrage niet in op de vraag wanneer sprake is van een voorgeschreven onderaannemer of leverancier.

³⁴ Brief minister Van Veldhoven d.d. 1 april 2020 met kenmerk 2020-0000174160.

³⁵ Antwoorden minister Ollongren d.d. 17 april 2020 op vragen van het lid Ronnes, TK 2019-2020, met kenmerk ah-tk-20192020-2506.