

Het aangaan van aannemingsovereenkomsten in tijden van corona

– Mr. M.A. Moolhuizen en mr. L.E. van Hellenberg Hubar¹

1. Inleiding

De coronacrisis heeft een flinke impact op alle sectoren, waaronder de bouwsector. Hoewel sommige sectoren, zoals de horeca, door de overheidsmaatregelen volledig stilgelegd zijn geweest, konden bouwprojecten steeds doorgang vinden. De Rijksoverheid heeft daarnaast aangegeven zich in te zullen spannen om aanbestedingen voor nieuwe bouwprojecten zoveel mogelijk te continueren en provincies en gemeenten aan te sporen door te gaan met de vergunningverlening.² Verder is afgesproken dat private partijen gezamenlijk zullen blijven investeren in bouwprojecten voor de toekomst.³

Op 27 maart 2020 heeft de Rijksoverheid samen met de overkoepelende partijen uit de bouwsector het protocol: 'Samen veilig doorwerken' gepubliceerd om ervoor te zorgen dat bouwprojecten kunnen worden voortgezet met inachtneming van de richtlijnen van het RIVM.⁴ Het protocol beschrijft de technische en organisatorische maatregelen en de benodigde beschermingsmiddelen waardoor werknemers veilig en gezond op de bouwplaats kunnen doorwerken.

Evengoed ondervindt de bouwsector negatieve gevolgen van de coronacrisis. Deze gevolgen bestaan onder andere uit het oplopen van levertijden van bouwmaterialen doordat deze bijvoorbeeld uit het buitenland moeten komen.⁵ Daarnaast is personeel teruggegaan naar het thuisland.⁶ Bovendien dient personeel thuis te blijven indien er sprake is van bepaalde coronasymptomen.⁷ Dit leidt ertoe dat bij twee op de drie bedrijven het ziekteverzuim nu hoger ligt dan gebruikelijk.⁸

Ook leveranciers en transporteurs ervaren de gevolgen van de coronacrisis. Meer dan de helft van de bedrijven ervaart problemen met de aanvoer van bouwmaterialen.⁹ Verder moet bij de uitvoering van bouwprojecten de verspreiding van het virus voorkomen worden, onder andere door toepassing van de anderhalvemetermaatregel. Hierdoor bestaat de kans dat er minder personeel op een bouwplaats kan werken of dat bepaalde handelingen langer duren. Al deze gevolgen van de coronacrisis kunnen leiden tot vertraging in de bouwprojecten en/of meerkosten. Deze effecten zijn nu al voor een deel zichtbaar in lopende bouwprojecten.¹⁰

5 J. Meesters, 'COVID-19 in de bouw: laven tussen juridische risicoverdeling en praktische oplossingen', *Bb* 2020/41, A. ter Mors en H. Plas, 'Coronacrisis en bouwcontracten', *BR* 2020/38, C.E. Drion, 'Corona en het recht', *NJB* 2020/761.

6 J. Meesters, 'COVID-19 in de bouw: laven tussen juridische risicoverdeling en praktische oplossingen', *Bb* 2020/41, Van Doorne update 31 maart 2020, 'Coronavirus en bouwprojecten – enkele juridische beschouwingen', zie: <<https://www.vandoorne.com/Kennisbank/Coronavirus-bouwprojecten-enkele-juridische-beschouwingen/>>.

7 Zie: <<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2020/03/27/protocol-samen-veilig-doorwerken>>. Zie voor de recentste versie: <<https://www.helpdeskcorona-bt.nl/downloads/protocol/>>.

8 T. van Hoek, 'Eerste ervaringen bouw tijdens corona', Notitie Economisch Instituut voor de Bouw, 16 april 2020.

9 T. van Hoek, 'Eerste ervaringen bouw tijdens corona', Notitie Economisch Instituut voor de Bouw, 16 april 2020.

10 Onderzoek Cobouw naar impact corona: 'na de bouwvak wordt het spannend', zie: <<https://www.cobouw.nl/bouwbreed/nieuws/2020/04/onderzoek-cobouw-naar-impact-corona-na-de-bouwvak-wordt-het-spanning-101284059>>.

1 Mark Moolhuizen en Lara van Hellenberg Hubar zijn beiden advocaat bij Van Doorne. Zij danken Carlijn van Eerde, juridisch assistent bij Van Doorne, voor haar bijdrage aan dit artikel. Dit artikel is afgesloten op 16 juli 2020.

2 Zie: <<https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/coronavirus-covid-19/ondernemers-en-bedrijven/bouw-en-techniek>>.

3 Gemeenschappelijke verklaring 'Samen doorbouwen aan Nederland', gepubliceerd door de Rijksoverheid op: <<https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2020/04/22/gemeenschappelijke-verklaring-samen-doorbouwen-aan-nederland#:~:text=Het%20belang%20van%20doorbouwen%20aan, Samen%20doorbouwen%20aan%20Nederland%20opgesteld>>.

4 Zie: <<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2020/03/27/protocol-samen-veilig-doorwerken>>. Zie voor de recentste versie: <<https://www.helpdeskcorona-bt.nl/downloads/protocol/>>.

Er is vanaf het begin van de coronacrisis veel geschreven over de impact van de crisis op bestaande aannemingsovereenkomsten. Hierbij is veelal de vraag behandeld of er sprake kan zijn van overmacht (art. 6:75 BW), onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW) of kostenverhogende omstandigheden (art. 7:753 BW).

Wij zullen in dit artikel juist ingaan op de vraag hoe er in nu, of in de toekomst, te sluiten aannemingsovereenkomsten rekening dient te worden gehouden met de gevolgen van de coronacrisis.

We zullen deze vraag in dit artikel behandelen aan de hand van de volgende onderwerpen:

1. De impact van de coronacrisis op bestaande aannemingsovereenkomsten;
2. De vraag of de wet uitkomst biedt voor nieuwe aannemingsovereenkomsten;
3. Het sluiten van nieuwe aannemingsovereenkomsten tijdens de coronacrisis.

2. De impact van de coronacrisis op bestaande aannemingsovereenkomsten

Zoals wij in de inleiding al aangaven, is er inmiddels veel geschreven over de rechtspositie van partijen wanneer zij bij de uitvoering van reeds bestaande (aannemings-)overeenkomsten geconfronteerd worden met de gevolgen van de coronacrisis. We zullen in deze paragraaf uiteenzetten welke tendens er in de door ons bestudeerde literatuur zichtbaar is.

2.1 Overmacht

In de juridische literatuur over de coronacrisis is overmacht de meest besproken mogelijkheid om (tijdelijk) ontheven te worden van verplichtingen uit een overeenkomst. Een beroep hierop is mogelijk indien de tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst niet kan worden toegerekend aan de schuldenaar, omdat zij niet is te wijten aan zijn schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt, aldus art. 6:75 BW. Hierbij moet worden gedacht aan omstandigheden die onvermijdelijk, ongecontroleerd en niet te voorzien zijn. Enkele voorbeelden van overmacht die in de literatuur worden genoemd zijn natuurgeweld, een algemene staking van personeel, in- en uitvoerverboden en onverwachte overheidsmaatregelen.¹¹

Een geslaagd beroep op overmacht vanwege de coronacrisis wordt in de door ons bestudeerde literatuur niet erg haalbaar geacht. Overmacht zou slechts in beeld kunnen komen indien nakoming van de overeenkomst verhinderd of praktisch

te bezwaarlijk is.¹² Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn indien door wettelijke coronamaatregelen een schuldenaar wordt belemmerd de prestatie (tijdig) te verrichten.¹³ Bovendien wordt een geslaagd beroep op overmacht in de Nederlandse bouwpraktijk lastig geacht, aangezien de getroffen overheidsmaatregelen de uitvoering van de werkzaamheden in de bouw niet belemmeren.¹⁴ Slechts in het geval de aannemer dusdanig door de coronacrisis wordt getroffen dat het voor hem onmogelijk wordt zijn contractuele verplichtingen na te komen, bijvoorbeeld door maatregelen van de overheid of tekorten aan materiaal of personeel, kan een rechtsgeldig beroep op overmacht worden gedaan.¹⁵

Daarentegen wordt ook geoordeeld dat een beroep op overmacht in verband met de gevolgen van de bestrijding van het coronavirus onder bepaalde omstandigheden juist wel een goede kans maakt.¹⁶ Het gaat om de vraag in hoeverre in het concrete geval de gevolgen van de uitbraak van het virus nakoming van de overeenkomst daadwerkelijk in de weg staan.¹⁷ Het is voorstelbaar dat de gevolgen van de coronacrisis de nakoming van een overeenkomst dermate verhinderen dat een beroep op overmacht te rechtvaardigen is. Om deze rechtvaardiging mogelijk te maken wordt echter wel een ruimere toepassing van het leerstuk van overmacht voorgesteld.¹⁸

2.2 Onvoorziene omstandigheden

Een andere vraag die veelal wordt gesteld is of er door de coronacrisis sprake is van onvoorziene omstandigheden op grond van art. 6:258 BW. 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; hebben partijen in de mogelijkheid van het optreden van de onvoorziene omstandigheden voorzien of hebben zij deze mogelijkheid bijvoorbeeld stilzwijgend

¹² B.D.A. Zwart, 'De coronacrisis; nu wél onvoorziene omstandigheden? De lockdown, praktische onmogelijkheden in bouwprojecten en de recessie', *TBR* 2020/63.

¹³ R.P.J.L. Tjittes, 'Commerciële contracten en corona: uitgangspunt 50/50 verdeling nadeel', *LinkedIn* 17 maart 2020, nr. 4 (<<https://www.linkedin.com/pulse/commerci%C3%ABle-contracten-en-corona-uitgangspunt-5050-nadeel-tjittes/>>>).

¹⁴ B.D.A. Zwart, 'De coronacrisis; nu wél onvoorziene omstandigheden? De lockdown, praktische onmogelijkheden in bouwprojecten en de recessie', *TBR* 2020/63.

¹⁵ Van Doorne update 31 maart 2020, 'Coronavirus en bouwprojecten – enkele juridische beschouwingen', zie: <<https://www.vandoorne.com/Kennisbank/Coronavirus-bouwprojecten-enkele-juridische-beschouwingen/>>>.

¹⁶ Zie: <<https://www.heijltjes.nl/nieuws/2597-rechtvaardigt-corona-een-beroep-op-overmacht.>>>

¹⁷ 'Redactionele bijdrage: Bouw - aanbesteden en Covid-19', *Actualiteiten Bouwrecht* 2020.

¹⁸ A. ter Mors en H. Plas, 'Coronacrisis en bouwcontracten', *BR* 2020/38, C.E. Drion, 'Corona en het recht', *NJB* 2020/761.

verdisconteerd¹⁹ Het gaat om een omstandigheid die niet in het contract is opgenomen.²⁰ Van onvoorziene omstandigheden kan alleen sprake zijn voor zover het omstandigheden betreffen die op het ogenblik van het tot stand komen van de overeenkomst nog in de toekomst lagen.²¹ De rechter kan de gevolgen van een overeenkomst vervolgens wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden. Voor vrijwel alle bestaande (aannemings-) overeenkomsten zal gelden dat daarin niet is voorzien in een regeling betreffende de gevolgen van de coronacrisis, of algemener, de gevolgen van een pandemie.

Uit de rechtspraak volgt dat de rechter slechts in (zeer) uitzonderlijke omstandigheden tot aantasting van de overeenkomst overgaat. Toch wordt in de door ons bestudeerde literatuur vrij algemeen geoordeeld dat (de gevolgen van) de coronacrisis een beroep op onvoorziene omstandigheden kan rechtvaardigen.²² De coronacrisis zal in beginsel een beroep op onvoorziene omstandigheden rechtvaardigen aangezien de genomen overheidsmaatregelen en de praktische en economische gevolgen daarvan zodanig uitzonderlijk en extreem zijn dat ongewijzigde instandhouding van overeenkomsten in beginsel niet mag worden verwacht.²³ Ook wordt gesteld dat partijen geen rekening hebben gehouden met de coronapandemie en met de vergaande gevolgen die deze nu heeft.²⁴

De coronacrisis wordt in de literatuur vergeleken met de economische crisis uit 2008, waarbij het standpunt wordt ingenomen dat de kaart van het eigen ondernemersrisico in de coronacrisis minder snel kan worden getrokken. De huidige crisis zou zijn oorsprong namelijk hebben in grote gezondheidsproblemen, die buiten iedere vorm van menselijk en economisch handelen zijn opgetreden, waardoor vervolgens ongekende overheidsmaatregelen zijn uitgevaardigd, die ook ongekend grote financiële en bedrijfseconomische consequenties hebben gehad over de volle breedte van de mondiale maatschappij.²⁵ Er wordt zelfs overwogen dat indien deze crisis een succesvol beroep op onvoorziene omstandigheden niet zou rechtvaardigen,

er beter kan worden overwogen om het artikel te schrappen uit het Burgerlijk Wetboek.²⁶

Daarentegen wordt ook verdedigd dat het niet zo makkelijk is om vanwege de coronacrisis een beroep te doen op onvoorziene omstandigheden.²⁷ Er zal, om de gevolgen van de coronacrisis onder onvoorziene omstandigheden te scharen, een koerswijziging nodig zijn ten aanzien van de bestaande terughoudendheid bij de toepassing van het artikel.²⁸

2.3 Kostenverhogende omstandigheden

Tot slot wordt in de literatuur veelvuldig de vraag behandeld of de gevolgen van de coronacrisis kunnen leiden tot kostenverhogende omstandigheden op grond van art. 7:753 BW. De rechter kan op vordering van de aannemer de overeengekomen prijs aanpassen indien na het sluiten van de overeenkomst kostenverhogende omstandigheden ontstaan (of aan het licht komen) zonder dat dit aan de aannemer kan worden toegerekend, en de aannemer bij het bepalen van zijn prijs geen rekening heeft hoeven houden met de kans op zulke omstandigheden. Van belang is dat de aannemer een verplichting heeft om de opdrachtgever te waarschuwen voor de benodigde prijsaanpassing, zodat de opdrachtgever de mogelijkheid heeft om in plaats daarvan het werk te vereenvoudigen of te beperken (dan wel te beëindigen).²⁹

Het is inmiddels duidelijk dat de coronacrisis tot gevolg kan hebben dat de kosten van het werk toenemen.³⁰ Een beroep op kostenverhogende omstandigheden wordt in het algemeen een stuk kansrijker geacht dan een beroep op overmacht.³¹ Er wordt geoordeeld dat indien de coronacrisis leidt tot kostenverhoging, art. 7:753 BW een grondslag voor de aannemer biedt om bijbetaling te vorderen van de opdrachtgever, aangezien de aannemer bij het bepalen van de prijs nog geen rekening had hoeven houden met de coronacrisis.³² Een beroep op kostenverhogende omstandigheden zou voor bestaande aannemingsovereenkomsten een uitkomst kunnen bieden.

19 TM, Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 968; MvA II, Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 973.

20 M. Fokkema, 'De coronacrisis: een onvoorzienbare kater voor project- en gebiedsontwikkeling', *Grondzaken* 2020/3.

21 HR 20 februari 1998, NJ 1998/493 (Brijlant Schreuders/ABP).

22 M. Fokkema, 'De coronacrisis: een onvoorzienbare kater voor project- en gebiedsontwikkeling', *Grondzaken* 2020/3, A. ter Mors en H. Plas, 'Coronacrisis en bouwcontracten', *BR* 2020/38.

23 B.D.A. Zwart, 'De coronacrisis; nu wél onvoorziene omstandigheden? De lockdown, praktische onmogelijkheden in bouwprojecten en de recessie', *TBR* 2020/63.

24 R.P.J.L. Tijtjes, 'Commerciële contracten en corona: uitgangspunt 50/50 verdeling naadeel', LinkedIn 17 maart 2020, nr. 4 (<<https://www.linkedin.com/pulse/commerci%C3%ABle-contracten-en-corona-uitgangspunt-5050-naadeel-tijtjes/>>).

25 H. Schelhaas en J. Spanjaard, 'Contract en coronacrisis', *NJB* 2020/881.

26 M. Fokkema, 'De coronacrisis: een onvoorzienbare kater voor project- en gebiedsontwikkeling', *Grondzaken* 2020/3.

27 W.H. van Boom, 'Onvoorziene omstandigheden en coronacrisis: #sharetheburden?', *NTBR* 2020/11.

28 C.E. Drion, 'Corona en het recht', *NJB* 2020/761.

29 Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, art. 7:753 BW, aant. 7.

30 A. ter Mors en H. Plas, 'Coronacrisis en bouwcontracten', *BR* 2020/38.

31 J. Meesters, 'COVID-19 in de bouw: lavenen tussen juridische risicoverdeling en praktische oplossingen', *Bb* 2020/41.

32 L. van Egteren, 'Wijzigen van contracten in de coronacrisis', *VGFC* 2020/3, B.D.A. Zwart, 'De coronacrisis; nu wél onvoorziene omstandigheden? De lockdown, praktische onmogelijkheden in bouwprojecten en de recessie', *TBR* 2020/63.

Overigens is art. 7:753 BW niet altijd van toepassing op aannemingsovereenkomsten, bijvoorbeeld indien algemene voorwaarden worden overeengekomen, zoals de UAV 2012, die in de plaats komen van deze wettelijke regeling.³³ Paragraaf 47 UAV 2012 geeft de aannemer een soortgelijke aanspraak, zonder tussenkomst van de rechter, waarbij sprake moet zijn van omstandigheden die de kosten van het werk aanzienlijk verhogen. Over hoe het begrip 'aanzienlijk' moet worden ingevuld is discussie mogelijk, maar een kostenstijging die overeenkomt met 5% van de aanneemsom lijkt in de regel als aanzienlijk te worden aangemerkt.³⁴

3. Biedt de wet uitkomst voor nieuwe aannemingsovereenkomsten?

Allereerst is de vraag van belang of de wet al bepalingen bevat die volstaan bij het sluiten van nieuwe overeenkomsten in de huidige crisis. Bij het aangaan van nieuwe aannemingsovereenkomsten kunnen de problemen die zich de komende tijd vanwege de coronacrisis zullen voordoen immers in meer of mindere mate worden ingeschat.

Zoals wij in de vorige paragraaf aangaven moet het bij onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW) gaan om omstandigheden die plaatsvinden in de toekomst en waarvan partijen bij het aangaan van de overeenkomst nog geen wetenschap kunnen hebben. Dit is bij het aangaan van nieuwe overeenkomsten voor wat betreft de coronacrisis (waarschijnlijk) voor een belangrijk deel niet meer het geval. Zo zal het heel lastig worden de coronacrisis met succes als onvoorziene omstandigheid in te roepen indien partijen de overeenkomst hebben gesloten na aanvang daarvan.³⁵ De coronacrisis is momenteel een feit, waardoor de crisis in het algemeen niet meer als onvoorziene omstandigheid is aan te merken.³⁶

Een beroep op overmacht vanwege de gevolgen van de coronacrisis wordt bij bestaande overeenkomsten al lastig, laat staan bij overeenkomsten die nu worden gesloten waarbij de gevolgen van de coronacrisis al zijn in te schatten. Alleen als het voor de aannemer feitelijk onmogelijk is geworden om aan zijn contractuele verplichtingen te voldoen, is een dergelijk beroep op overmacht bij bestaande overeenkomsten gerechtvaardigd.

Van kostenverhogende omstandigheden zal bij nieuwe aannemingsovereenkomsten geen sprake (meer) kunnen zijn aangezien art. 7:753 BW de eis stelt dat het moet gaan om na het sluiten van de overeenkomst ontstane of aan het licht komende omstandigheden. Dat zal voor de huidige maatregelen niet het geval zijn en over eventuele toekomstige omstandigheden zal de discussie kunnen ontstaan over de vraag of de aannemer daarmee reeds rekening had behoren te houden bij het bepalen van de prijs.

Dit resulteert erin dat in nieuwe aannemingsovereenkomsten expliciet rekening dient te worden gehouden met de bestaande verwachtingen over de gevolgen van de coronacrisis. Een beroep op overmacht, onvoorziene omstandigheden en kostenverhogende omstandigheden zal niet mogelijk zijn ten aanzien van omstandigheden die partijen bij het sluiten van de overeenkomst redelijkerwijs hadden kunnen voorzien. De coronacrisis is inmiddels een voorzienbare omstandigheid, zodat partijen geacht worden ook de gevolgen daarvan (voor zover bekend) in hun contracten te verdisconteren.³⁷

We kunnen concluderen dat opdrachtgever en aannemer er bij het sluiten van nieuwe aannemingsovereenkomsten verstandig aan doen expliciet de gevolgen van de coronacrisis te benoemen. De wet bood partijen al weinig bescherming tegen de gevolgen van de coronacrisis bij bestaande aannemingsovereenkomsten, voor nieuwe overeenkomsten zal dit nog minder zijn.

4. Het sluiten van nieuwe aannemingsovereenkomsten tijdens de coronacrisis

4.1 Risicoallocatie

Gelet op het voorgaande menen wij dat het verstandig is bij het aangaan van nieuwe aannemingsovereenkomsten rekening te houden met de coronapandemie en de gevolgen daarvan. Voordat we kijken naar oplossingen en juridische formuleringen daarvan zouden we een stap terug willen doen en stil willen staan bij de vraag naar een juiste verdeling van risico's tussen opdrachtgever en aannemer. Hierbij willen we de vuistregel hanteren dat risico's worden neergelegd bij de partij die het beste in staat is om deze risico's te dragen, te beperken of te beheersen.³⁸ Gelet hierop zal niemand beweren dat een opdrachtgever of een aannemer verantwoordelijk zal zijn voor het uitbreken van de coronapandemie en zal het eerder de opdrachtgever dan de aannemer zijn die de gevolgen van de co-

³³ B.D.A. Zwart, 'De coronacrisis; nu wél onvoorziene omstandigheden? De lockdown, praktische onmogelijkheden in bouwprojecten en de recessie', *TBR* 2020/63.

³⁴ Tekst & Commentaar Bouwrecht, par. 47 UAV 2012, aant. 1.

³⁵ B.D.A. Zwart, 'De coronacrisis; nu wél onvoorziene omstandigheden? De lockdown, praktische onmogelijkheden in bouwprojecten en de recessie', *TBR* 2020/63.

³⁶ M. Fokkema, 'De coronacrisis: een onvoorziene kater voor project- en gebiedsontwikkeling', *Grondzaken* 2020/3.

³⁷ J. Meesters, 'COVID-19 in de bouw: lavenen tussen juridische risicoverdeling en praktische oplossingen', *Bb* 2020/41.

³⁸ Zie hiervoor o.a. A. van Wassenaer, 'Nieuwe ontwikkelingen bij conflictpreventie en conflictmanagement in de bouw', *Tijdschrift voor Mediation*, nr. 3, 2000, p. 56 e.v. en C. Wijkamp, 'Risicoallocatie in de bouw', *Vastgoedrecht* 2016-2, p. 49 e.v.

ronapandemie voor een concreet project zal moeten dragen. Immers, het is de opdrachtgever die besluit in tijden van corona een opdracht te geven waardoor de uitvoering van een project als gevolg van de maatregelen waarschijnlijk langer in beslag zal nemen en gepaard zal gaan met hogere kosten.

Dat wil echter niet zeggen dat de aannemer geen invloed kan uitoefenen op de gevolgen van de coronacrisis en de daarmee samenhangende maatregelen. Zo is het denkbaar dat een aannemer, of zijn onderaannemers, (buitenlands) personeel zodanig huisvest dat de kans op besmetting met het coronavirus wel heel groot is.³⁹ Ook op het tijdig beschikbaar zijn van de juiste materialen heeft de aannemer wel degelijk invloed door het vroegtijdig bestellen van materialen, het werken met een ruimere voorraad en het inventariseren en beheersen van de bevoorradingsketen en het bedenken van alternatieven voor het geval leveranciers niet (tijdig) nakomen.

Kortom, een redelijke risicoverdeling zal met zich meebrengen dat de opdrachtgever de generale gevolgen van de coronapandemie draagt, terwijl de aannemer de specifiek voor het project geldende omstandigheden voor zijn rekening zal moeten nemen. Daarnaast is er wat voor te zeggen om de belangen van de opdrachtgever en de aannemer (deels) gelijk te schakelen door beide partijen een deel van het risico van extra kosten te laten dragen. Hierdoor zijn beide partijen erbij gebaat zich (gezamenlijk) in te spannen om oplossingen te bedenken die de gevolgen van de coronacrisis op het project zo klein mogelijk houden.

4.2 Voorgestelde regelingen in literatuur en de praktijk

In de recente literatuur worden al voorzichtig wat suggesties gedaan voor regelingen in nieuwe aannemingsovereenkomsten.

Zo wordt aangeraden dat partijen de voor het betreffende project gesignaleerde coronarisco's uitschrijven en overlegverplichtingen opnemen.⁴⁰ Daarnaast wordt aanbevolen dat partijen de feitelijke consequenties van de coronacrisis in de lopende bouwprojecten goed monitoren en adequaat documenteren. Hierdoor kunnen de coronagerelateerde kosten achteraf worden onderscheiden van de 'reguliere' afwijkingen en verstoringen in het bouwproces, hetgeen behulpzaam is bij de uiteindelijke

allocatie van de kosten conform de overeenkomst.⁴¹ Ook wordt voorgesteld om alvast principes te formuleren ten aanzien van de omgang met de financiële consequenties van de coronacrisis voor het project, door daarvoor bijvoorbeeld een procentuele verdeling overeen te komen of specifiek vast te leggen hoe qua kostenverdeling zal worden omgegaan met eventueel noodzakelijke versnellingsmaatregelen ter voorkoming van vertraging.⁴²

Over de verdeling van de risico's in dit verband is ook al geschreven. De heersende verkeersopvatting en rechtsovertuiging lijkt te zijn dat de risico's die gepaard gaan met de coronacrisis in redelijkheid tussen partijen moeten worden verdeeld.⁴³ Tjittes hanteert als uitgangspunt dat het nadeel 50/50 verdeeld moet worden, waarbij de tussen partijen aanvankelijk overeengekomen contractuele risicoverdeling wel gehandhaafd moet blijven. Een partij mag niet commercieel profiteren van de aanpassing van het contract.⁴⁴ Volgens Ter Mors en Plas zouden de gevolgen van de naleving van het protocol, waaronder minder efficiency door de anderhalvemetermaatregel, niet alleen voor rekening van de aannemer moeten komen.⁴⁵

Vanuit de sector werden ook al regelingen voorgesteld, we zullen die van Bouwend Nederland en ProRail bespreken.

4.2.1 Regeling Bouwend Nederland

De regeling die Bouwend Nederland voorstelde is naar ons oordeel ongeschikt om in aannemingsovereenkomsten op te nemen.⁴⁶ De regeling gaat ervan uit dat de gevolgen van de coronapandemie en in verband daarmee getroffen maatregelen niet verdisconteerd zijn in de aanneemsom. Bovendien wordt als uitgangspunt gehanteerd dat de gevolgen van het coronavirus een omstandigheid vormen die de aannemer niet kan worden toegerekend en dat de aannemer voor die gevolgen recht heeft op kostenvergoeding en termijnverlenging. Daarnaast

⁴¹ J. Meesters, 'COVID-19 in de bouw: laven tussen juridische risicoverdeling en praktische oplossingen', *Bb* 2020/41.

⁴² J. Meesters, 'COVID-19 in de bouw: laven tussen juridische risicoverdeling en praktische oplossingen', *Bb* 2020/41.

⁴³ B.D.A. Zwart, 'De coronacrisis; nu wél onvoorziene omstandigheden? De lockdown, praktische onmogelijkheden in bouwprojecten en de recessie', *TBR* 2020/63.

⁴⁴ R.P.J.L. Tjittes, 'Commerciële contracten en corona: uitgangspunt 50/50 verdeling nadeel', *LinkedIn* 17 maart 2020, nr. 4 (<<https://www.linkedin.com/pulse/commerci%C3%ABle-contracten-en-corona-uitgangspunt-5050-nadeel-tjittes/>>).

⁴⁵ A. ter Mors en H. Plas, 'Coronacrisis en bouwcontracten', *BR* 2020/38.

⁴⁶ De regeling is nog te vinden op: <<https://www.brandveilig.com/nieuws/nieuwe-clausule-aan-coronaclausules-toegevoegd-door-bouwend-nederland-64408>>. De oorspronkelijke pagina van Bouwend Nederland bestaat niet meer: <<https://www.bouwendnederland.nl/actueel/nieuws/11423/update-nieuwe-clausule-aan-coronaclausules-toegevoegd>>. In de praktijk komen we de coronaclausules van Bouwend Nederland nog met enige regelmaat tegen.

³⁹ In ieder geval lijkt dit een rol te spelen in de vleesverwerkende industrie: <<https://www.trouw.nl/binnenland/niemand-weet-of-de-besmette-werknemers-van-het-slachthuis-wel-in-quarantaine-gaan-b-5f9906c/>>.

⁴⁰ A. ter Mors en H. Plas, 'Coronacrisis en bouwcontracten', *BR* 2020/38.

bevat de regeling een overlegverplichting tussen opdrachtgever en aannemer om de gevolgen van de coronapandemie zoveel mogelijk te beperken.

Uitgangspunt bij het op dit moment aangaan van aannemingsovereenkomsten zal, wat ons betreft, moeten zijn dat rekening wordt gehouden met wat we nu weten, zoals hetgeen in de overheidsmaatregelen en in het protocol 'Samen veilig doorwerken' is opgenomen. Dat betekent dat de anderhalvemeter- en andere (hygiëne)maatregelen thans bekend zijn en dus kunnen worden opgenomen in de aanneemsom en in de planning. Vervolgens zijn er twee mogelijkheden: óf de gevolgen van de coronacrisis worden (weer) omvangrijker, óf de gevolgen nemen (geleidelijk) af. In het geval van een (plaatselijke) tweede golf is het goed denkbaar dat er weer strenge (lockdown-)maatregelen worden getroffen.⁴⁷ Ook is het mogelijk dat de maatregelen worden versoepeld op het moment dat er een goed inzetbaar medicijn of vaccin beschikbaar is, zodat de anderhalvemeter- en andere kostenverhogende maatregelen kunnen worden losgelaten. De regeling van Bouwend Nederland voorziet daar niet in, maar stelt dat alle gevolgen voor rekening van de opdrachtgever komen. Daarmee wordt ook niet onderkend dat de aannemer weldegelijk een (beperkende) invloed kan hebben op de gevolgen en de daarmee samenhangende maatregelen als gevolg van de coronacrisis.

4.2.2 Regeling ProRail

Wat dat betreft spreekt de regeling die ProRail hanteert ons meer aan.⁴⁸ Bij het aangaan van nieuwe overeenkomsten wordt een regeling overeengekomen waarin als uitgangspunt wordt genomen dat de coronacrisis niet (meer) als een onvoorziene omstandigheid kan worden beschouwd. Bij de door de aannemer te verrichten werkzaamheden zullen de overheidsmaatregelen en het protocol in acht moeten worden genomen. De tekst van het addendum luidt als volgt:

- Partijen maken daarom de volgende aanvullende afspraken tot onderdeel van de Overeenkomst:
- Partijen nemen tot uitgangspunt dat de Maatregelen tot 1 september 2021 van kracht zijn; behoudens het bepaalde hierna dient de Opdrachtnemer rekening te houden met de Maatregelen en de daaraan verbonden kosten worden geacht begrepen te zijn in de Aanbieding.
- Partijen gaan uit van de fictie dat de navolgende omstandigheden in de Overeenkomst onvoorzien zijn in de zin van paragraaf 44 lid 1 sub c UAV-GC:

- Tijdens de Uitvoeringswerkzaamheden moet anderhalve meter afstand gehouden worden tot andere personen;
- meer dan normale verkoudheids- en koortsklachten ten gevolge waarvan de Werkzaamheden alleen met extra maatregelen uitgevoerd kunnen worden;
- tekortkomingen in de nakoming van de Overeenkomst ten gevolge van niet of niet tijdige levering van materialen en/of niet of niet tijdig presteren van zelfstandige hulppersonen en waarbij de Opdrachtnemer het nodige heeft gedaan om zijn verplichtingen (tijdig) na te komen.
- Partijen spreken af dat de genoemde onvoorziene omstandigheden van dien aard zijn dat de Opdrachtgever naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag verwachten dat de Overeenkomst ongewijzigd in stand blijft.'

Uit de toelichting blijkt dat alleen de anderhalve meter bij uitvoeringswerkzaamheden als onvoorzien wordt beschouwd, dit gelet op het feit dat het effect ervan niet voldoende bepaalbaar is ten tijde van het aangaan van de overeenkomst. Met afstand houden op kantoor of in de bouwkeet wordt geacht al rekening te zijn gehouden in de aanbieding. Dat geldt ook voor de andere hygiënemaatregelen en kosten op grond van de overheidsmaatregelen. Onvoorzien zijn daarnaast meer dan normale verkoudheids- en koortsklachten. Hiervoor geldt, blijkens de toelichting, dat de (extra) ziekte van werknemers niet voor kostenvergoeding en/of termijnverlenging in aanmerking komt, maar slechts de extra maatregelen als gevolg daarvan, zoals het verschuiven van werkzaamheden. Tot slot worden tekortkomingen van hulppersonen niet aan de aannemer toegerekend indien de aannemer het nodige heeft gedaan om zijn verplichtingen (tijdig) na te komen. Hierbij kan onder meer, maar niet uitsluitend, worden gedacht aan het eerder afroepen van leveringen, het aanleggen van voorraad, het inventariseren van de supplychain en beheersen daarvan, alsmede het aanleggen van terugvalscenario's indien hulppersonen niet (tijdig) nakomen, aldus de toelichting.⁴⁹

De regeling van ProRail lijkt volgens ons een juiste invalshoek te hebben: 1) effecten van de coronacrisis die ten tijde van het aangaan van de overeenkomst voorzienbaar zijn, worden geacht in de aanneemsom te zijn opgenomen en 2) effecten die niet of minder voorspelbaar zijn, en waar de aannemer het nodige heeft gedaan om de effecten te verminderen (in ieder geval met betrekking tot hulppersonen), worden als onvoorzien aangemerkt.

4.3 Uitgangspunten voor de praktijk

Gelet op het voorgaande willen wij een aantal uitgangspunten formuleren waaraan nieuwe aan-

⁴⁷ Zoals in Leicester, Verenigd Koninkrijk op 30 juni: <<https://nos.nl/artikel/2339018-leicester-opnieuw-in-lockdown-oorzaak-uitbraak-nog-onduidelijk.html>> en in Gütersloh, Duitsland op 23 juni: <<https://www.trouw.nl/buitenland/besmettingsgraad-in-duitsland-blijft-hoog-regionale-lockdown-ingesteld-ba73db3c/>>.

⁴⁸ <https://www.prorail.nl/sites/default/files/annexen_ec_0.pdf>.

⁴⁹ <https://www.prorail.nl/sites/default/files/annexen_ec_0.pdf>.

nemingsovereenkomsten zouden moeten voldoen om een adequaat kader te vormen voor de verdeling van met de coronacrisis samenhangende risico's.

Allereerst is van belang om bij het op dit moment aangaan van een aannemingsovereenkomst te onderkennen en expliciet te benoemen dat de coronacrisis er is en dat dit gevolgen heeft voor de (uitvoering van de) overeenkomst. Aannemers zouden in staat moeten zijn te benoemen welke extra kosten zij maken en hoeveel extra tijd zij nodig hebben om het werk te realiseren. Dit alles uitgaande van de situatie ten tijde van het aangaan van de overeenkomst. Wij adviseren dit inzichtelijk te maken, zodat bij bijvoorbeeld een verscherping of versoepeling van de maatregelen tijdens de looptijd van de overeenkomst, kan worden gededuceerd wat hiervan de gevolgen in tijd en in geld zijn.

Daarnaast adviseren wij in de overeenkomst een (wederzijdse) informatie- en overlegverplichting op te nemen, zodat partijen elkaar periodiek en zo nodig tussentijds kunnen informeren over (aanstaande) afwijkingen van de uitgangspunten. Te denken valt aan het niet tijdig beschikbaar zijn van materialen, zodat er naar alternatieven kan worden gekeken. Ook een daarmee samenhangende documentatieplicht lijkt zinvol, zodat (veelal) de aannemer steeds kan aantonen wat op projectniveau de gevolgen zijn van de coronacrisis.

Een verdeling van de financiële gevolgen dient in de overeenkomst ook aan de orde te komen. Het gaat hierbij alleen om de extra of juist verminderde gevolgen van de coronacrisis. Immers, met de op het moment van het sluiten van de overeenkomst kenbare en in de overeenkomst beschreven gevolgen dient in de planning en de aanneemsom al rekening te zijn gehouden. Hiermee komen de reeds voorziene gevolgen voor rekening van de opdrachtgever. Ook de variaties (positief en negatief) in de gevolgen van de coronacrisis dienen, onzes inziens, in beginsel voor rekening van de opdrachtgever te komen. Wel menen wij dat in dat verband de aannemer steeds moet aantonen dat hij, om in Pro-Rail-terminen te spreken, 'het nodige heeft gedaan om zijn verplichtingen (tijdig) na te komen.'

In aanvulling hierop menen wij dat een zekere gelijkgerichtheid van de belangen van de opdrachtgever en de aannemer geraden is. Het gevolg daarvan is dat beide partijen er belang bij hebben de negatieve gevolgen van de coronacrisis zoveel mogelijk te voorkomen. Wij zouden ons in dat verband kunnen voorstellen dat de opdrachtgever 90% - 95% van de extra kosten draagt en de aannemer 5% - 10%. Deze verdeling geldt dan ook voor een vermindering van de kosten als gevolg van bijvoorbeeld het afbouwen van de coronamaatregelen. Beide partijen hebben er zo belang bij zich (gezamenlijk) in te spannen de effecten van de coronacrisis voor het project te verminderen.

Om te voorkomen dat de aannemer hiermee een ongelimiteerd risico loopt, kan worden aangesloten bij par. 47 UAV 2012 door overeen te komen dat de 5% - 10% van de extra kosten die de aannemer draagt, samen met eventuele andere onvoorziene kostenverhogingen, als aanzienlijk worden aangemerkt indien 5% van de aanneemsom wordt overschreden. Hierdoor wordt hetgeen boven die drempel komt door de opdrachtgever gedragen. Hierbij wordt aangesloten bij hetgeen in de regel als een aanzienlijke kostenverhoging wordt gezien.⁵⁰

Het bovenstaande is geen gemakkelijke oplossing, maar naar ons oordeel is die er ook niet voor een dergelijke complexe problematiek. Een generieke oplossing zoals in Angelsaksische overeenkomsten wel wordt gebruikt, is een pandemie als *force majeure* of *act of God* aan te merken. Dit lijkt gemakkelijk. In de praktijk zal dat echter niet het geval zijn aangezien dan nog steeds het causaal verband tussen de pandemie en het door de aannemer in een specifiek project niet (tijdig en tegen dezelfde kosten) kunnen presteren zal moeten worden aangetoond.

We doen met dit artikel een poging uitgangspunten te schetsen voor het contracteren in tijden van corona. We zijn ons er terdege van bewust dat het laatste woord hierover nog niet geschreven is en dat de ideale, alles omvattende oplossing, in ieder geval door ons, nog niet gevonden is. In het beste geval duiden we, net als het RIVM, met voortschrijdend inzicht de coronacrisis.⁵¹ ●

50 Tekst & Commentaar Bouwrecht, par. 47 UAV 2012, aant. 1.

51 <<https://www.nrc.nl/nieuws/2020/03/31/met-voortschrijdend-inzicht-duidt-het-rivm-de-coronacrisis-a3995451>>.