


Bouwrecht, De financiële en economische crisis: een onvoorziene omstandigheid bij projectontwikkeling? Een overzicht van (recente) jurisprudentie op het gebied van vastgoed

Vindplaats: BR 2010, p. 711
Auteur: Mr. B.D.A. Zwart 

Bijgewerkt tot: 01-09-2010

Een overzicht van (recente) jurisprudentie op het gebied van vastgoed

1. Inleiding

Sinds het uitbreken van de crisis is het aantal verkochte woningen aanzienlijk gedaald. In 2009 was sprake van een daling van het aantal woningtransacties ten opzichte van 2008 van circa 40%. [\[1\]](#) Volgens cijfers van het CBS is het aantal verkochte woningen in het eerste kwartaal van 2010 ten opzichte van het laatste kwartaal van 2009 (nog verder) gedaald met 24,6%. [\[2\]](#) Ook de kantorenmarkt is na het uitbreken van de crisis op vergelijkbare wijze getroffen. Uiteraard heeft deze tendens grote financiële gevolgen voor partijen op het gebied van projectontwikkeling, met name voor projectontwikkelaars en grondeigenaren. Volgens cijfers van het CBS is de omzet in de projectontwikkeling in het eerste kwartaal van 2010 met 40% gedaald ten opzichte van het laatste kwartaal van 2009, waarin na een initiële omzetzakking in 2009 een stijging had plaatsgevonden. De omzetzakking is in de maanden april en mei 2010 toegenomen. [\[3\]](#)

De daling van de woningverkoop heeft niet alleen directe gevolgen voor de inkomsten van projectontwikkelaars, maar heeft ook gevolgen voor nog te realiseren projecten. In wat oudere contracten was het gebruikelijk de verkoopprijs te delen door overeen te komen dat de projectontwikkelaar de grond pas hoefde af te nemen en pas daadwerkelijk aanzienlijke investeringen diende te doen zodra een bepaald percentage van het project - vaak 70% - was voorverkocht. Recent komen grondeigenaren en projectontwikkelaars echter steeds vaker overeen dat de projectontwikkelaar direct de grond dient af te nemen en dient over te gaan tot realisatie van het project, zonder dat zeker is hoe de verkoop zal gaan. Reeds door de crisis verstrekken banken veel restrictiever krediet. Als gevolg van de weinig rooskleurige vooruitzichten van nieuwbouwprojecten geldt dat bij nog te ontwikkelen projecten temeer. Voor veel ontwikkelaars is daardoor financiering van de grondprijs en van andere initiële investeringen in verband met het project aanmerkelijk lastiger geworden.

De hiervoor geschetste gevolgen van de crisis betekenen in de praktijk dat projectontwikkelaars die vóór de crisis overeenkomsten hebben gesloten met grondeigenaren - vaak (lokale) overheden - waarbij de

projectontwikkelaar zich heeft verplicht de grond af te nemen tegen een bepaalde prijs en daarop een bepaald project te realiseren, niet in staat zijn om het project te realiseren conform de overeengekomen voorwaarden of dat niet langer wensen. Met het oog daarop uiten steeds meer projectontwikkelaars de wens om bestaande overeenkomsten te wijzigen of zelfs te ontbinden. Het gaat dan vaak om aanpassing van de financiële voorwaarden, zoals de grondprijs, en om aanpassing van de planning of zelfs van het project. Om wijziging van de overeenkomst te bewerkstelligen, doen projectontwikkelaars in veel gevallen een beroep op art. 6:258 BW, waarbij de crisis als onvoorziene omstandigheid wordt opgeworpen.

In dit artikel geef ik antwoord op de vraag of projectontwikkelaars dit beroep met succes kunnen doen. In paragraaf 2 zet ik eerst het algemene kader voor toepassing van art. 6:258 BW uiteen. Daarbij ga ik in op de eisen die de wet en jurisprudentie in het algemeen aan een geslaagd beroep op art. 6:258 BW stellen. In paragraaf 3 behandel ik de jurisprudentie op het gebied van koop en ontwikkeling van vastgoed. Daarbij bespreek ik eerst een aantal uitspraken ten tijde van de crisis op de woningmarkt eind jaren 70 en begin jaren 80 van de vorige eeuw. Tot slot ga ik in op de recente uitspraken op het gebied van art. 6:258 BW in het licht van de huidige crisis.

2. Juridisch kader art. 6:258 BW

In de jurisprudentie die in paragraaf 3 aan de orde komt, doen projectontwikkelaars een beroep op de crisis als zodanig als onvoorziene omstandigheid. Voordat ik toekom aan beantwoording van de vraag of dat beroep succesvol is, kan men de vraag stellen of de crisis in zijn algemeenheid wel een grondslag kan zijn voor wijziging of ontbinding van overeenkomsten op grond van art. 6:258 BW. In de literatuur worden in het kader van geldontwaarding en art. 6:258 BW bedenkingen geuit tegen rechterlijk ingrijpen. Incidenteel ingrijpen in een rechtsverhouding bij een omstandigheid van algemene aard, waar talloze burgers en bedrijven invloed van ondervinden, zou niet overeenstemmen met de redelijkheid en billijkheid. Bij dergelijke omstandigheden zou slechts de wetgever en dus niet de rechter mogen ingrijpen. ^[4]

Hoewel geen sprake is van geldontwaarding, is ook de crisis een omstandigheid van algemene aard en raakt zij talloze burgers en bedrijven. De overheid neemt daartegen op allerlei gebieden ook maatregelen. ^[5] De vraag is of ook in geval van een beroep op art. 6:258 BW in verband met de crisis slechts de overheid mag ingrijpen en niet de rechter. Peletier meent dat de rechter mag ingrijpen, omdat de crisis niet iedereen in gelijke mate treft. ^[6] Ik kan dat wel volgen. Immers, de projectontwikkeling zal zwaarder getroffen zijn dan bijvoorbeeld de incassobranche, welke branche wellicht zelfs welvaart bij de crisis. Bakker en De Groot menen ook dat de rechter mag ingrijpen, tenzij de overheid reeds maatregelen heeft genomen die rechtstreeks doorwerken in de rechtsverhouding tussen contractspartijen en welke maatregelen zien op de onvoorziene omstandigheden waarop een van die partijen een beroep doet. ^[7] Ook daar kan ik mij in vinden. Indien geen overheidsmaatregelen zijn genomen of wel genomen maatregelen in een bepaalde rechtsverhouding geen effect hebben, kan nog altijd sprake zijn van onvoorziene omstandigheden en de nadelige gevolgen daarvan. Dan moet ook een beroep op onvoorziene omstandigheden kunnen worden gedaan. Indien overheidsmaatregelen, kort gezegd, het nadeel al hebben weggenomen, dan bestaat geen grondslag meer voor nader ingrijpen door de rechter. Voor zover ik weet, is over deze subvraag in het licht van de crisis nog geen jurisprudentie verschenen. In de in paragraaf 3 te bespreken jurisprudentie is steeds een inhoudelijk oordeel geveld over de toepassing van art. 6:258 BW. Daar is dus (stilzwijgend) uitgegaan van toepassing van art. 6:258 BW in geval van de crisis.

Vereisten art. 6:258 BW

Op grond van art. 6:258 lid 1 BW kan de rechter:

'op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.'

Op verlangen van een der partijen

Het eerste vereiste is dat een van de contractspartijen in de procedure kenbaar moet maken dat zij wijziging of ontbinding van de overeenkomst wenst. De rechter mag daartoe dus niet ambtshalve overgaan. Een projectontwikkelaar die de door hem gesloten overeenkomst gewijzigd of ontbonden wil zien, kan een bodemprocedure starten waarin hij wijziging of ontbinding vordert. ^[8] Hoewel wijziging of ontbinding van de overeenkomst slechts mogelijk is bij constitutief vonnis, en dus niet in kort geding, kan in kort geding wel een beroep worden gedaan op art. 6:258 BW indien een partij met spoed een oordeel wenst over de haalbaarheid van wijziging of ontbinding van bepaalde verplichtingen. In kort geding dient dan ontheffing van nakoming van die verplichtingen te worden gevraagd, in afwachting van de uitkomst van een in de bodemprocedure gevorderde wijziging of ontbinding van de overeenkomst op grond van art. 6:258 BW. Het kenbaar maken van de wens de overeenkomst te wijzigen of te ontbinden, behoeft niet zonder meer te geschieden door middel van een op art. 6:258 BW gegronde rechtsvordering, maar kan ook bij wijze van verweer geschieden. ^[9] Indien een projectontwikkelaar wordt geconfronteerd met een vordering tot nakoming, kan hij wijziging of ontbinding van de overeenkomst op grond van art. 6:258 BW en afwijzing van de nakomingsvordering vragen.

Onvoorziene omstandigheden

Het tweede vereiste is dat sprake moet zijn van onvoorziene omstandigheden. Voor de vraag of daarvan sprake is, is niet (primair) van belang of omstandigheden voor partijen voorzienbaar waren (anders gezegd: of partijen omstandigheden al dan niet hadden moeten zien aankomen), maar of partijen in de mogelijkheid dat de onvoorziene omstandigheden zich zouden voordoen, bij overeenkomst hebben willen voorzien c.q. die mogelijkheid (stilzwijgend) in de overeenkomst hebben verdisconteerd. ^[10] De vraag of projectontwikkelaars de crisis en de gevolgen daarvan voor projecten hadden voorzien of kunnen voorzien, is dus niet (primair) van belang. Van belang is of in de overeenkomst rekening is gehouden met de crisis, bijvoorbeeld door het opnemen van een risicoverdeling ter zake van aanzienlijke waardedalingen. Uiteraard kan het feit dat een omstandigheid ten tijde van het sluiten van de overeenkomst onvoorzienbaar was, wel een indicatie zijn dat partijen die omstandigheid niet in de overeenkomst hebben verdisconteerd en dat sprake is van een onvoorziene omstandigheid. Het feit dat een omstandigheid ten tijde van het sluiten van de overeenkomst was te voorzien, kan een indicatie zijn dat partijen die omstandigheid hebben geaccepteerd en dus verdisconteerd en dat geen sprake is van een onvoorziene omstandigheid. ^[11] Op grond van art. 6:250 BW is art. 6:258 BW van dwingend recht. Dat wil zeggen dat partijen een beroep op art. 6:258 BW niet kunnen uitsluiten. De werking van art. 6:258 BW kan wel feitelijk worden 'uitgesloten' door in de overeenkomst omstandigheden op te nemen en die te kwalificeren

als juist wel of juist niet voorzien. Met name in (internationale) overnamecontracten wordt wel gebruikgemaakt van deze mogelijkheid. [12] In ontwikkelovereenkomsten ben ik nog geen uitgebreide clausules tegengekomen, zoals die wel in overnamecontracten staan, maar vaak wordt een risicoverdeling opgenomen ter zake bijvoorbeeld vertraging bij het verlenen van vergunningen, ontheffingen, enz. Indien het desbetreffende risico in de overeenkomst niet specifiek bij één partij wordt neergelegd, wordt in zulke gevallen ook wel overeengekomen dat partijen verplicht zijn met elkaar te heronderhandelen teneinde de gevolgen te verdisconteren. Een interessante situatie doet zich voor wanneer een der partijen de overeengekomen heronderhandelingsplicht niet of onvoldoende nakomt. In beginsel zou dat slechts wanprestatie opleveren en zou de andere partij slechts nakoming van de heronderhandelingsplicht kunnen vorderen. Ik ben het echter met Bakker en De Groot eens dat in dat geval de andere partij (toch) ook wijziging van de overeenkomst zou mogen vorderen op grond van art. 6:258 BW. [13] Niet-nakoming van de heronderhandelingsplicht heeft immers tot gevolg dat de omstandigheid die veroorzaakte dat moest worden heronderhandeld, de facto niet is verdisconteerd. Bovendien heeft de heronderhandelingsplicht als doel wijziging van de overeenkomst.

Tot slot merk ik op dat onvoorziene omstandigheden slechts toekomstige omstandigheden kunnen betreffen, dus omstandigheden die zich voordoen na het sluiten van de overeenkomst. In zekere zin is dat logisch, maar er zou ook sprake kunnen zijn van reeds bestaande omstandigheden waarvan partijen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst niet op de hoogte waren. Die omstandigheden zijn dan niet in de overeenkomst voorzien. Op die situatie is echter in beginsel het leerstuk dwaling van toepassing (art. 6:228 BW) en dus niet onvoorziene omstandigheden. [14] Het voorgaande betekent dat bij overeenkomsten die zijn gesloten na het intreden van de crisis in beginsel geen beroep kan worden gedaan op de kredietcrisis als onvoorziene omstandigheid. Daarbij moet wel worden bedacht dat de crisis en de gevolgen daarvan niet voor iedere branche op het zelfde moment zijn ingetreden.

Wederpartij mag geen instandhouding verwachten

Het derde vereiste is dat de wederpartij van degene die een beroep doet op onvoorziene omstandigheden geen instandhouding van de overeenkomst mag verwachten. Dat zal niet snel het geval zijn, zo blijkt reeds uit de volgende passages uit de parlementaire geschiedenis: [15]

'De rechter zal het artikel [art. 6:258 BW, BZ] dan ook met terughoudendheid moeten hanteren, zoals hij dat ook zal moeten met artikel 6.1.1.2 lid 2 en 6.5.3.1 lid 2 [het huidige art. 6:2 lid 2 BW en art. 6:248 lid 2 BW, BZ].'

'Aan dit vereiste [dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van het contract niet mag verwachten, BZ] zal niet spoedig voldaan zijn; redelijkheid en billijkheid verlangen immers in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord en laten afwijking daarvan slechts bij hoge uitzondering toe.'

Laatstgenoemde passage is door de Hoge Raad letterlijk overgenomen in het standaardarrest in verband met art. 6:258 BW, *Brijlant Schreuders/ABP*. [16] In dat arrest heeft de Hoge Raad bevestigd dat de rechter terughoudendheid moet betrachten bij het aanvaarden van een beroep op onvoorziene omstandigheden.

In de doctrine wordt aangenomen dat art. 6:258 BW als een *lex specialis* ten opzichte van art. 6:248 BW kan worden beschouwd. [17] Hoewel daarover discussie bestaat, [18] mag in ieder geval worden

aangenomen dat rechtspraak en literatuur in verband met art. 6:248 lid 2 BW ook belangrijke aanknopingspunten bieden voor de toepassing van art. 6:258 BW. Dit wordt gesteund door de hiervoor geciteerde passages uit de parlementaire geschiedenis. In verband met art. 6:248 lid 2 BW zijn onder meer de arresten *Matatag/De Schelde* [19] en *GTI/Zürich* [20] van belang. Daaruit volgt dat juist in het professionele handelsverkeer grote terughoudendheid moet worden betracht bij toepassing van art. 6:248 lid 2 BW (en dus art. 6:258 BW). Op zich is dat ook logisch, aangezien commerciële partijen belang hebben aan een strikte en duidelijke risicoverdeling, waarbij een contractenrecht dat zekerheid biedt, essentieel is. [21]

Niet voor rekening van de partij die zich erop beroept

Daarmee houdt ook verband het vierde vereiste van art. 6:258 BW. Lid 2 van art. 6:258 BW bepaalt namelijk dat geen wijziging of ontbinding wordt uitgesproken:

'voor zover de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich erop beroept.'

Een voorbeeld van omstandigheden die naar de aard van de overeenkomst voor rekening zijn van degene die zich erop beroept, volgt uit het arrest *Briljant Schreuders/ABP*. [22] Briljant Schreuders, huurder van ABP, verwachtte dat, nadat bepaalde voorzieningen in de straat van het gehuurde zouden zijn aangebracht, zich veel bedrijven in de straat zouden vestigen en een grote hoeveelheid publiek langs het gehuurde zou komen. Maar die verwachting kwam niet uit en Briljant Schreuders stond op het punt van faillissement. Hij vorderde vervolgens onder meer op grond van art. 6:258 BW ontbinding van de huurovereenkomst. Een dergelijke omstandigheid komt volgens de Hoge Raad (echter) voor rekening van de huurder. Zie in vergelijkbare zin de zaak over het nieuw ontwikkelde Amersfoortse winkelcentrum *Amicitia*. Daar was sprake van tegenvallende bezoekersstromen als gevolg van de (ongunstige) ligging en opzet van het winkelcentrum. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat die omstandigheden naar verkeersopvattingen in beginsel voor rekening van de huurders komen. [23] Hoewel deze uitspraken niet zozeer gaan over projectontwikkeling, kunnen deze ook daarop worden toegepast. Behoudens andersluidende afspraken verwerft een projectontwikkelaar de grond en realiseert en verkoopt en/of verhuurt hij het project voor eigen rekening en risico. Tegenvallende afname van woningen of tegenvallende verkoopprijzen zijn - evenals eventuele resultaten die boven verwachting zijn - in beginsel voor rekening en risico van de projectontwikkelaar.

3. Jurisprudentie ter zake koop en ontwikkeling vastgoed

Oude jurisprudentie

Voordat ik een overzicht geef van de recente uitspraken in verband met de huidige crisis, ga ik in op oude jurisprudentie die is geweest in verband met de recessie op de markt van koopwoningen eind jaren 70 en begin jaren 80 van de vorige eeuw. Dat is interessant, met name om te bezien of de jurisprudentie van nu in lijn is met de jurisprudentie van toen.

In een zaak die heeft geleid tot een arrest van het Hof 's-Gravenhage, had de vrouw zich verplicht tot ontruiming van de echtelijke woning tegen uitbetaling van een vast bedrag ad f 60 000, in verwachting van een verkoopopbrengst van de woning van f 255 000 à f 260 000. Toen als gevolg van het intreden van de recessie de verkoopwaarde uiteindelijk f 135 000, dus bijna de

helpt, bedroeg, waarmee de hypotheek ter hoogte van f 95 000 à f 100 000 nog moest worden afgelost, bleef de vrouw aanspraak maken op het overeengekomen bedrag van f 60 000. Het Hof heeft geoordeeld dat een na het sluiten van de overeenkomst ingetreden waardevermindering van vastgoed als gevolg van het instorten van de woningmarkt, een onvoorziene omstandigheid van zodanige aard vormde, dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen onverkorte nakoming van de overeenkomst mocht worden gevorderd, en heeft bepaald dat de vordering van de vrouw beperkt diende te blijven tot de helft van de gerealiseerde netto-opbrengst ad f 22 775. [\[24\]](#)

In een andere zaak, die wel speelde in de tijd van de recessie, maar daar in beginsel los van stond, was juist sprake van een aanzienlijke waardevermeerdering van het vastgoed in kwestie. In die zaak vorderde de vrouw na echtscheiding betaling van een deel van de waardevermeerdering van het vastgoed, dat eigendom was van de man, maar dat zij jaren eerder gedeeltelijk had meegefinancierd. Nadat rechtbank en hof deze vordering hadden afgewezen, heeft de Hoge Raad als volgt geoordeeld: [\[25\]](#)

'Zoals hiervoor onder 3.3 is overwogen, strekt een vergoedingsrecht als daar bedoeld [vergoedingsrechten ontstaan doordat de goederen die gedurende het huwelijk op naam van de een zijn verkregen, geheel of ten dele met geld van de ander zijn gefinancierd, BZ] in beginsel tot terugbetaling van een gelijk bedrag als destijds ten laste van de ene echtgenoot voor de financiering van het goed op naam van de andere echtgenoot is gebezigd. Uitzonderingen op grond van de eisen van de goede trouw zijn evenwel niet geheel uitgesloten.

In het bijzonder kan, voor zover voor de onderhavige zaak van belang, een uitzondering op haar plaats zijn in een geval waarin de betreffende gelden zijn gebruikt voor de aankoop van de echtelijke woning en vervolgens door ten tijde van die aankoop niet voorziene omstandigheden, zoals de ontwikkeling van de Nederlandse onroerend goedmarkt sedert die aankoop, een zo aanzienlijke waardevermeerdering van die woning heeft plaatsgevonden dat bij gebreke van enige correctie het gevolg daarvan zou zijn dat bij het uiteengaan van pp. als gevolg van echtscheiding het evenwicht tussen de vordering van de ene partij tot terugbetaling van de destijds verschaft, nadien in koopkracht verminderde geldsom en het uitzonderlijk gunstige resultaat van de belegging daarvan, dat aan de andere partij ten goede komt, geheel zou zijn verbroken. Daarbij zal het aankomen op de vraag of de betreffende onvoorziene omstandigheden van dien aard zijn dat de echtgenoot op wiens naam het huis staat, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag verwachten dat hij met de enkele teruggave van het destijds ter beschikking gestelde bedrag zonder enige verrekening van de waardevermeerdering van de woning kan volstaan.'

Het Hof 's-Gravenhage, waarnaar de zaak is terugverwezen, heeft vervolgens geoordeeld dat gelet op de excessieve, niet voorzienbare prijsstijging, sprake was van een uitzonderlijk gunstig resultaat van de aanvankelijke belegging, met het gevolg dat het evenwicht tussen de oorspronkelijke inbreng en de uiteindelijke opbrengst geheel was verbroken, en dat de man een 'correctievergoeding' diende te betalen. [\[26\]](#)

Ik wijs erop dat deze uitspraken zijn geweest onder het oude Burgerlijk Wetboek. Destijds bestond geen met art. 6:258 BW vergelijkbare bepaling, maar art. 1374 lid 3 BW, welk artikel bepaalde dat overeenkomsten te goeder trouw ten uitvoer moesten worden gebracht. Hoewel in de rechtspraak wel werd geanticipeerd op de komst van art. 6:258 BW, kon de rechter de overeenkomst juridisch niet wijzigen, maar slechts oordelen hoe deze te goeder trouw moest worden uitgevoerd.

Hoewel deze arresten ook in het licht van de huidige crisis interessant zijn, meen ik dat ze voor de

beantwoording van de vraag of projectontwikkelaars met succes een beroep kunnen doen op de crisis als onvoorziene omstandigheid, slechts in beperkte mate van belang zijn. In deze arresten was naar mijn oordeel van (groot) belang dat sprake was van natuurlijke personen in familieverband, en dat het vermogensdeling in het kader van echtscheidingen betrof. Bij dergelijke rechtsverhoudingen kan eerder een beroep worden gedaan op redelijkheid en billijkheid dan bij commerciële rechtsverhoudingen tussen professionele partijen zoals projectontwikkelaars. Natuurlijke personen hebben vaak ook meer behoefte aan de bescherming die redelijkheid en billijkheid bieden. ^[27] Bovendien heeft de wetgever bij invoering en de Hoge Raad na invoering van art. 6:258 BW geoordeeld dat niet spoedig zal zijn voldaan aan de vereisten van art. 6:258 BW en dat het artikel met (grote) terughoudendheid moet worden toegepast. Dat geldt temeer in het professionele handelsverkeer.

Naast in de in paragraaf 2 genoemde jurisprudentie en literatuur, vind ik daarvoor steun in een (ook wat ouder, maar niet minder actueel) arrest van het Hof 's-Hertogenbosch, eveneens gewezen onder oud Burgerlijk Wetboek. In die zaak verkocht een bouwmaatschappij haar gronden in verband met de ontwikkeling van een bestemmingsplan aan de gemeente, waarbij de gemeente en de ontwikkelaar zijn overeengekomen dat de bouwmaatschappij de gronden, nadat deze door de gemeente bouwrijp zouden zijn gemaakt, zou terugkopen tegen een vooraf bepaalde prijs. Toen de gemeente jegens de bouwmaatschappij aanspraak maakte op nakoming van deze terugkoopverplichting, wenste de bouwmaatschappij niet na te komen. Zij beriep zich erop dat de bouwmarkt na het sluiten van de overeenkomst in 1979 zodanig verslechterd was dat partijen dat niet in de overeenkomst hadden voorzien, en dat de overeenkomst op grond van onvoorziene omstandigheden zou moeten worden gewijzigd, althans dat de gemeente de bouwmaatschappij, gelet op de goede trouw, niet aan de overeenkomst zou mogen houden. Het Hof heeft dat beroep van de bouwmaatschappij afgewezen en geoordeeld dat: ^[28]

'(...) de aankoop van bouwgrond met het oogmerk die met winst te verkopen dan wel met het oogmerk daarop te bouwen en dan met winst tot verkoop over te gaan, naar haar aard een speculatief karakter draagt en een risico oplevert dat, bijzondere omstandigheden daargelaten, als normaal ondernemersrisico voor een bouwondernemer moet worden gekwalificeerd.

(...) als een bijzondere omstandigheid in casu niet kan gelden dat de eerst zo aantrekkelijke bouwmarkt volstrekt is omgeslagen, waar ook dit, hoezeer ook wellicht in 1979 niet in de lijn der verwachtingen liggend, niet een zo uitzonderlijk evenement oplevert dat het de gemeente redelijkerwijs van de mogelijkheid tot het vorderen van nakoming zou behoren te versteken.'

Kortom, de risico's bij de koop, ontwikkeling en verkoop van grond betreffen volgens het Hof 's-Hertogenbosch een normaal ondernemersrisico, behoudens bijzondere omstandigheden. De volstrekt omgeslagen bouwmarkt (lees: de crisis) kan niet als een dergelijke bijzondere omstandigheid gelden.

Recente jurisprudentie

Zoals gezegd is de door het Hof 's-Hertogenbosch behandelde casus weer actueel. Zeer recent heeft de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam zich uitgelaten over twee zaken waarin projectontwikkelaars zich jegens de gemeente hadden verplicht grond af te nemen en daarop een bouwprogramma te realiseren, en om in afwachting van de juridische levering van de grond een zogenaamde 'reserveringsvergoeding' voor de grond te betalen. ^[29] Het is niet ongebruikelijk dat grondeigenaren (vaak gemeentes) die de grond al voor de levering aan de

projectontwikkelaar voor de projectontwikkelaar reserveren en soms zelfs al ter beschikking stellen, daarvoor een vergoeding vragen. De eerste zaak betrof de ontwikkeling van een woon- en werkwijk in de gemeente. De projectontwikkelaars betaalden de reserveringsvergoeding niet en wensten wijziging van de overeenkomst, onder meer voor wat betreft de planning en het bouwprogramma. De gemeente heeft in kort geding betaling van de reserveringsvergoeding gevorderd. De projectontwikkelaars beriepen zich onder meer op de crisis die de financiering alsmede de verkoop van de nieuwbouwwerken bemoeilijkte, en stelden dat het onder die omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was dat de gemeente aanspraak maakte op de reserveringsvergoeding, althans dat die omstandigheden onvoorzien waren en dat de overeenkomsten dienden te worden gewijzigd. De voorzieningenrechter heeft naar aanleiding daarvan als volgt geoordeeld: [\[30\]](#)

'4.4. LSI/NL voert het verweer dat de regel ex artikel 13.4. van de Overeenkomst, inhoudende dat de Gemeente aanspraak kan maken op de reserveringsvergoeding over 18 mei 2009 tot 18 mei 2010, niet van toepassing is nu dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Deze omstandigheden bestaan uit de na het aangaan van de Overeenkomst gebleken: vertraging in de ontwikkeling van de andere bouwdelen, gewijzigde volgorde van de planning en gevolgen van de financiële en economische crisis die de financiering alsmede de verkoop van de nieuwbouwwerken bemoeilijken. In het verlengde hiervan doet LSI/NL een beroep op onvoorzien omstandigheden ex artikel 6:258 BW. De mogelijkheid van vertraging in andere bouwdelen, althans het niet gelijktijdig ontwikkeld worden van de verschillende bouwdelen en de gewijzigde planning zijn in wezen, zie hiervoor onder 4.2.4., in de Overeenkomst verdisconteerd [Op grond van de overeenkomsten tussen gemeente en ontwikkelaars was de planning indicatief, hadden de ontwikkelaars de inspanningsverplichting zo veel mogelijk de planning te waarborgen, en rustte op de gemeente ter zake de planning ook slechts een inspanningsverplichting, BZ]. Er bestaat geen aanleiding om deze omstandigheden niet voor rekening van de Ontwikkelaars te laten, ook niet indien deze mede als gevolg van de financiële en economische crisis zijn opgetreden. De Overeenkomsten dragen naar hun aard een speculatief karakter, zodat de risico's die zich voordoen als normale ondernemersrisico's voor ontwikkelaars moeten worden beschouwd (vgl. Hof 's-Hertogenbosch 17 november 1983, *BR* 1984/152). Dit geldt ook voor het risico van de huidige financiële en economische crisis.'

In de tweede zaak, die de ontwikkeling van een kantoorgebouw betrof, speelde min of meer hetzelfde. Een interessant bijkomstig detail in deze procedure was dat de gemeente de overeenkomst met de projectontwikkelaar had ontbonden in verband met (onder meer) het niet betalen van de reserveringsvergoeding. De gemeente vorderde derhalve de reeds verschuldigde reserveringsvergoeding terwijl de projectontwikkelaar als gevolg van de ontbinding de grond niet geleverd zou krijgen en het project niet meer zou kunnen ontwikkelen. Dat speelde geen rol bij de beoordeling van de voorzieningenrechter; dat oordeel was nagenoeg hetzelfde als het hiervoor geciteerde rechtsoordeel, en hield in dat de ontwikkelovereenkomst naar zijn aard een speculatief karakter draagt en dat de risico's die zich ter zake voordoen, waaronder de crisis, als normale ondernemersrisico's voor projectontwikkelaars moeten worden beschouwd. [\[31\]](#) In beide zaken sluit de voorzieningenrechter dus aan bij het voornoemde arrest van het Hof 's-Hertogenbosch. In de procedures bij de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam werd geen nakoming gevraagd van de plicht het bouwprogramma te realiseren. De gemeente was in de eerste zaak in overleg met de projectontwikkelaars over gewijzigde planning. Niettemin zijn projectontwikkelaars

naar mijn opvatting, op basis van deze uitspraken in combinatie met het voornoemde arrest van het Hof 's-Hertogenbosch en met het in paragraaf 2 behandelde algemene toetsingskader voor art. 6:258 BW, in beginsel ook gehouden om die verplichting na te komen. De daadwerkelijke afname van de grond en de start van de bouw brengen extra financiële lasten en dus risico's met zich mee, maar die risico's zijn voor de projectontwikkelaar. Financiering is uiteraard, althans naar de aard van de overeenkomst, voor risico van de projectontwikkelaar. De projectontwikkelaar kan dat risico (in zekere mate) ook beperken door het opnemen van een financieringsvoorbehoud in de overeenkomst.

Dat financiering wordt bemoeilijkt door de crisis, zou het voorgaande niet anders maken. Zie de hiervoor behandelde uitspraken en een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Zwolle-Lelystad. In die zaak beriep een koper zich op de onmogelijkheid van financiering als gevolg van de crisis, maar vorderde de verkoper (desalniettemin) nakoming. Naar aanleiding daarvan oordeelde de voorzieningenrechter als volgt: [\[32\]](#)

4.4. NPM wordt evenmin gevolgd in haar betoog, dat de overeenkomst kan worden ontbonden op grond van onvoorziene omstandigheden.

4.5. In de eerste plaats heeft NPM geenszins aannemelijk gemaakt, dat zij geen financiering kan verkrijgen. Zij heeft daartoe slechts een brief van één bank (ING) in het geding gebracht. Voorts blijkt uit de overgelegde brief enkel dat de bank op basis van de beschikbare gegevens niet tot financiering kon overgaan en aldus niet van onmogelijkheid van financiering.

4.6. Voorts geldt dat, indien al moet worden aangenomen dat NPM geen financiering kan krijgen, dit geen beroep op onvoorziene omstandigheden rechtvaardigt. Indien juist is dat op het moment waarop NPM haar aanbod aan Achmea deed de huidige omvang van de crisis nog niet zichtbaar was en zij deze omvang niet heeft voorzien, kan van een geslaagd beroep op onvoorziene omstandigheden desondanks geen sprake zijn.

Ingevolge het bepaalde in artikel 6:258 lid 2 BW wordt immers een wijziging of ontbinding niet uitgesproken, voor zover de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van degene komen die zich op de onvoorziene omstandigheden beroept. De onderhavige omstandigheden die financiering bemoeilijken, komen naar de aard van de overeenkomst voor rekening van NPM. Bij de koop van registergoederen is het immers gebruikelijk om een financieringsvoorbehoud op te nemen teneinde het risico van het niet verkrijgen van financiering te ondervangen. Dit is een voorzienbaar en bekend risico bij het aangaan van een vastgoedtransactie. Indien, zoals in het onderhavige geval, een partij ervoor kiest een dergelijk voorbehoud niet te maken, aanvaardt zij welbewust de kans dat zij indien zij, om welke reden dan ook, geen financiering zal kunnen verkrijgen, toch zal moeten nakomen. Het beroep op onvoorziene omstandigheden faalt derhalve.

Volgens deze voorzieningenrechter kan de crisis onder omstandigheden dus als onvoorziene omstandigheid worden aangemerkt, maar komt deze voor rekening van de koper. De koper dient de onroerende zaak gewoon af te nemen.

Een vergelijkbare zaak speelde zich in 2008 af bij de voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem. [\[33\]](#) In die zaak kwam een koper van een nieuw te ontwikkelen kantoorpand de overeenkomst niet na. Hij beriep zich op de crisis en de moeilijke financierbaarheid als overmachtsituatie althans als onvoorziene omstandigheden. De verkoper vorderde ook in deze zaak nakoming van de overeenkomst. Naar aanleiding van het verweer van de koper stelt de voorzieningenrechter voorop dat financieel onvermogen in beginsel geen overmacht of onvoorziene

omstandigheden oplevert. Daarnaast oordeelt de voorzieningenrechter dat de crisis niet als onvoorziene omstandigheid kwalificeert, waarbij hij van belang acht dat de koper tussen het moment van aangaan van de overeenkomst en het intreden van de crisis, ruim de tijd heeft gehad om financiering voor het project te regelen en dat de koper een financieringsvoorbehoud had opgenomen, maar daarop geen beroep heeft gedaan.

Tot slot wijs ik op een eveneens vergelijkbare procedure bij de voorzieningenrechter van de Rechtbank Zutphen. In de zaak die daar aan de orde was, kwam de koper van een te ontwikkelen appartementencomplex niet na, en heeft de verkoper de overeenkomst ontbonden en betaling van de contractuele boeten en aanvullende schadevergoeding gevorderd. Ter verweer stelde de koper dat de appartementenmarkt als gevolg van de crisis was ingestort en dat zijn plannen niet meer haalbaar waren. (Ook) de voorzieningenrechter in Zutphen passeert die verweren, en wel als volgt:

'Slechts indien de gevolgen van de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn, kan de overeenkomst geheel of gedeeltelijk worden ontbonden. Dit betekent dat alleen omstandigheden die werkelijk exceptioneel zijn, als 'onvoorzien' zijn aan te merken (...).'

'Een feit van algemene bekendheid is dat de economie in het algemeen en de onroerendgoedmarkt in het bijzonder aan schommelingen onderhevig is. Periodes van economische voorspoed worden vroeg of laat afgewisseld door economisch mindere tijden. Periodes van stijgende huizenprijzen worden afgewisseld door stabiliserende of zelfs dalende huizenprijzen. Wanneer de economische situatie op een zeker moment verslechtert en/of de huizenprijzen dalen, kan dan ook niet worden gesproken van een werkelijk exceptionele situatie. Dit betekent dat een dergelijke wijziging niet is aan te merken als een onvoorziene omstandigheid in de zin van eerdergenoemde bepalingen, ook niet indien sprake is van substantiële wijzigingen. Bovendien geldt dat, naar de in het verkeer geldende opvattingen, een daling van de onroerendgoedprijzen na sluiting van een koopovereenkomst in beginsel voor rekening de koper komen.'

Volgens de voorzieningenrechter zijn slechts 'werkelijk exceptionele omstandigheden' onvoorzien. Naar mijn oordeel hanteert de voorzieningenrechter ten onrechte dat (extra) criterium. Het criterium is immers of de omstandigheden in de overeenkomst verdisconteerd zijn en of de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding mag verwachten. Die omstandigheden kunnen, maar moeten niet (altijd) exceptioneel zijn. Onvoorziene omstandigheden kunnen bijvoorbeeld zijn gelegen in wetswijzigingen of veranderde weersomstandigheden, welke omstandigheden niet (werkelijk) exceptioneel zijn te noemen. Mogelijk heeft de voorzieningenrechter bedoeld te oordelen dat geen sprake is van omstandigheden op basis waarvan de wederpartij geen ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst mocht verwachten (het derde vereiste). Het was in dat geval zuiverder geweest indien de voorzieningenrechter zou hebben geoordeeld dat slechts in 'exceptionele gevallen' een beroep op onvoorziene omstandigheden kan worden gedaan, hetgeen meer in overeenstemming zou zijn met de systematiek van art. 6:258 BW. Daarmee zou worden aangesloten bij het uitgangspunt dat art. 6:258 BW terughoudend moet worden toegepast. Hoe dan ook is de uitkomst van deze procedure in lijn met de eerdergenoemde jurisprudentie en de algemene leer over art. 6:258 BW. Een ander interessant detail van deze zaak is dat een natuurlijk persoon zich hoofdelijk had verbonden voor de nakoming van de verplichtingen van de vennootschap/koper. Naar aanleiding van het verweer van de natuurlijke persoon dat ten aanzien van zijn aansprakelijkheid in privé een andere afweging van factoren zou moeten plaatsvinden bij het beroep op overmacht en

onvoorziene omstandigheden, en dat bij het aangaan van de hoofdelijke aansprakelijkheid het afwegingskader 'heel anders' en de risico's 'veel kleiner' waren, heeft de voorzieningenrechter (echter) geoordeeld dat niet valt in te zien waarom ten aanzien van de privéaansprakelijkheid anders zou moeten worden geoordeeld dan ten aanzien van de vennootschap. Daarbij wijst de voorzieningenrechter erop dat de natuurlijke persoon zich onvoorwaardelijk heeft verbonden. Hoewel de in de eerste alinea's van deze paragraaf genoemde jurisprudentie nog een opening bood voor een geslaagd beroep op onvoorziene omstandigheden door natuurlijke personen, is dat op basis van deze uitspraak dus mogelijk anders. Het betrof in deze uitspraak, anders dan in de eerder genoemde jurisprudentie ook geen familieverhoudingen. Hoewel de uitspraak daarover geen uitsluitel geeft, ga ik ervan uit dat de natuurlijke persoon in deze zaak in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf handelde en dat dit een rol speelde bij de beoordeling van de rechter.

In de uitspraken van het Hof 's-Hertogenbosch en de voorzieningenrechters van de Rechtbanken Amsterdam, Arnhem en Zutphen lees ik het oordeel dat noch de crisis noch de gevolgen daarvan (bemoeilijkt financiering en afzet van het project) als onvoorziene omstandigheden kwalificeren, omdat het normale ondernemersrisico's betreft. Deze omstandigheden worden om die reden geacht in de overeenkomst te zijn verdisconteerd. Er wordt in de uitspraken geen duidelijk onderscheid gemaakt tussen de respectieve criteria van art. 6:258 BW, althans de verwerping van het beroep daarop wordt niet haarscherp gemotiveerd. Op zich is dat verklaarbaar door het feit dat het voorlopige voorzieningen betreft, en strookt dit met de gedachte dat een afwijzing van een beroep op onvoorziene omstandigheden summier mag worden gemotiveerd, ³⁵ maar daardoor komt na lezing van de uitspraken wel de vraag op of het nu situaties betreft waarin geen sprake is van een onvoorziene omstandigheid (het tweede vereiste), of waarin wel sprake is van een onvoorziene omstandigheid, maar niet van een zodanige omstandigheid dat de wederpartij geen instandhouding mag verwachten (het derde vereiste), of dat de crisis een omstandigheid is die voor risico komt van de projectontwikkelaar (het vierde vereiste).

Ik denk dat de crisis - in ieder geval voor haar ontstaan - in geen enkele overeenkomst is voorzien, tenzij het feit dat zo nu en dan een crisis optreedt zo normaal is dat zij geacht wordt door partijen te zijn verdisconteerd. Dat laatste lijkt in de voornoemde uitspraken als uitgangspunt te worden genomen. Ik ben zelf eerder geneigd de crisis als onvoorziene omstandigheid te laten 'sneuelen' op grond van het derde of vierde vereiste voor een geslaagd beroep op art. 6:258 BW (zie par. 2 hiervoor). In het handelsverkeer, waaronder projectontwikkeling, gaan professionele partijen nu eenmaal voor eigen rekening en risico projecten aangaan die voor- of nadelig kunnen uitpakken. In dat geval mag de wederpartij ongewijzigde instandhouding verwachten, althans komen voor- en nadelen voor rekening van de projectontwikkelaar. Hoe dan ook is ook dat laatste in de behandelde uitspraken als uitgangspunt genomen.

4. Conclusie

Al met al is het oordeel over de crisis in het kader van projectontwikkeling in (recente) jurisprudentie eensluidend en bestendig: een beroep op de crisis als onvoorziene omstandigheid wordt niet gehonoreerd, omdat de crisis en de gevolgen daarvan tot het ondernemersrisico van de projectontwikkelaar behoren en - zo lees ik het - om die reden moet worden geacht te zijn verdisconteerd in de overeenkomst. Indien zou worden aangenomen dat de crisis wel als onvoorziene omstandigheid kwalificeert, dan komt die omstandigheid voor rekening van de projectontwikkelaar en

kan om die reden geen wijziging of ontbinding worden uitgesproken. Dit is in lijn met de algemene leer met betrekking tot art. 6:258 BW, namelijk dat dit artikel zonder meer terughoudend moet worden toegepast, zeker bij contracten tussen professionele partijen zoals grondeigenaren en projectontwikkelaars. De crisis maakt dat - in ieder geval op het gebied van projectontwikkeling - niet anders.

Er kan een kanttekening bij de recente jurisprudentie worden gemaakt. Die is dat het kort gedingvonnissen betreft. De hiervoor weergegeven rechtsoordelen zijn dus voorlopig en kunnen nog worden achterhaald door de bodemrechter. Ik meen echter dat de voorzieningenrechtters tot een juist oordeel zijn gekomen. De gesignaleerde bestendige lijn steunt mij daarbij. Ik verwacht dan ook niet dat bodemrechtters wezenlijk andere uitspraken zullen doen. Zij zullen hun oordeel waarschijnlijk wel uitgebreider motiveren. In ieder geval moeten overeenkomsten vooralsnog worden nagekomen en zijn projectontwikkelaars, indien zij wijziging of ontbinding daarvan wensen, afhankelijk van de bereidheid van de wederpartij.

Voetnoten

- [*] Mr. B. Zwart is werkzaam als advocaat bij NautaDutilh N.V. te Amsterdam.
- [1] <http://nieuws.nvm.nl/thema/woningmarkt%20in%20tijden%20van%20crisis.aspx>.
- [2] <http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?VW=T&DM=SLNL&PA=71533NED&D1=4&D2=0-6&D3=0&D4=16,33,50,67,84,101,118,135,1&HD=100326-1150&HDR=G2,T,G1&STB=G3>.
- [3] <http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?VW=T&DM=SLNL&PA=72004ned&LA=NL>.
- [4] Asser/Hartkamp 6-III, nr. 450.
- [5] Zie o.a. www.minfin.nl/Onderwerpen/Financi%C3%ABle_markten/Kredietcrisis/Crisis_en_maatregelen_in_beeld.
- [6] M.E.M.G. Peletier, 'Crisis en Contract', *Contracteren* 2009, p. 50.
- [7] P.S. Bakker & J.W. de Groot, 'Onvoorziene omstandigheden: de stand van zaken', *WPNR* 2009, p. 375-376.
- [8] Een andere mogelijkheid is te vorderen dat de wederpartij wordt verplicht in onderhandeling te treden over wijziging van de overeenkomst. Ik ben daar geen voorstander van, omdat vooraf onduidelijk is of die heronderhandeling wel ergens toe zal leiden en omdat onduidelijk is wanneer partijen zich uit die heronderhandeling mogen terugtrekken.
- [9] *Parl. Gesch.*, Inv. Boek 6, p. 1826.
- [10] *Parl. Gesch.*, Boek 6, p. 968 en 975.
- [11] Losbladig commentaar art. 7:658 BW, aant. 19, bewerkt door mr. E. Baan en mr. W.L. Valk met verdere verwijzingen.
- [12] P.S. Bakker & A.J. Kaarls, 'De verhouding tussen art. 6:258 BW en de MAC-clausule, mede in het licht van de huidige krediet- en economische crisis', *MvV* 2009, p. 208-214.
- [13] P.S. Bakker & J.W. de Groot, 'Onvoorziene omstandigheden: de stand van zaken', *WPNR* 2009, p. 371.
- [14] *Parl. Gesch.*, Boek 6, p. 969.
- [15] *Parl. Gesch.*, Boek 6, p. 974 respectievelijk 969.
- [16] HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 493, r.o. 4.3.2.
- [17] Zie bijv. W.L. Valk 2009 (T&C BW), art. 6:258 BW, aant. 1; E.H. Hondius, *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1984, 3, p. 102-103.
- [18] Zie bijv. de conclusie van A-G mr. Hartkamp bij HR 25 juni 1999, *NJ* 1999, 602; losbladig commentaar art. 7:658 BW, aant. 9, bewerkt door mr. E. Baan en mr. W.L. Valk met verdere verwijzingen.
- [19] HR 31 december 1993, *NJ* 1995, 389.
- [20] HR 15 oktober 2004, *NJ* 2005, 141.
- [21] Zie R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Nijmegen 2009, p. 24, en H.N. Schelhaas, 'Pacta sunt servanda bij commerciële contractanten. Over redelijkheid & billijkheid en objectieve uitleg bij handelscontracten', *NTBR* 2008, p. 150-160 en verdere verwijzingen.
- [22] HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 493.
- [23] HR 1 februari 2008, *NJ* 2008, 85.

- [24] Hof 's-Gravenhage 16 mei 1986, *NJ* 1987, 737.
- [25] HR 12 juni 1987, *NJ* 1988, 150, r.o. 3.4.
- [26] Hof 's-Gravenhage 4 november 1988, *NJ* 1989, 540.
- [27] Zie par. 2 hiervoor en R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Nijmegen 2009, p. 24-25.
- [28] Hof 's-Hertogenbosch 17 november 1983, *BR* 1984/152, r.o. 28 en 29.
- [29] De schrijver van dit artikel is behandelend advocaat geweest in deze twee zaken.
- [30] Rb. Amsterdam (vzr.) 11 februari 2010, *LJN* BM0526, r.o. 4.4.
- [31] Rb. Amsterdam (vzr.) 12 maart 2010, *LJN* BL7945, r.o. 5.7.
- [32] Rb. Zwolle-Lelystad (vzr.) 25 mei 2009, *LJN* BI2304, r.o. 4.4.-4.6.
- [33] Rb. Arnhem (vzr.) 24 oktober 2008, *LJN* BG3630, r.o. 4.2-4.5.
- [34] Rb. Zutphen (vzr.) 30 september 2009, *LJN* BK3761, r.o. 4.3-4.5.
- [35] Asser/Hartkamp 6-III, nr. 444.