

# Jurisprudentiebespreking

mr. J.R.M. Nelen, prof. mr. A.W. Jongbloed en mr. N. Amiel

TvHB 2022/01

Hoge Raad

24 december 2021

ECLI:NL:HR:2021:1974

Met noot van mr. N. Amiel en mr. M.S. Moosa<sup>1</sup>

Prejudiciële beslissing op Ktr. Roermond 31 maart

2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:2982

Verzoeker / Heineken Nederland B.V.

## Samenvatting

**Corona, huurkorting, huurprijsvermindering, gebrekenregeling, onvoorziene omstandigheden, TVL, vastelastenmethode**

In deze prejudiciële beslissing geeft de Hoge Raad antwoord op de vraag of en, zo ja, op welke wijze de huurprijs kan worden verminderd als een huurder van bedrijfsruimte als bedoeld in art. 7:290 BW, die voor zijn omzet afhankelijk is van de komst van publiek, deze ruimte niet of slechts in geringe mate kan exploiteren als gevolg van de overheidsmaatregelen in verband met de coronapandemie.

De hoofdverhuurder verhuurde een pand aan een onderverhuurder. De onderverhuurder verhuurde dit pand weer door aan de onderhuurder, die een horecabedrijf in het pand exploiteerde. Zowel de tussen hoofdverhuurder en onderverhuurder als de tussen onderverhuurder en onderhuurder gesloten huurovereenkomst zag op een 290-bedrijfsruimte. De onderverhuurder is de onderhuurder in verband met de coronamaatregelen tegemoetgekomen door twee maanden huur kwijt te schelden. In verband hiermee heeft de onderverhuurder de hoofdverhuurder verzocht af te zien van de huurprijs over één van die twee maanden, zodat de door de onderverhuurder aan de onderhuurder verschafte tegemoetkoming gelijkelijk over de hoofdverhuurder en de onderverhuurder zou worden verdeeld. De hoofdverhuurder stemde hier niet mee in, waarna de onderverhuurder de verzochte korting zelf doorvoerde door deze (verspreid over een periode van zes maanden) in te houden op de aan de hoofdverhuurder verschuldigde huurprijs. Daarom vorderde de hoofdverhuurder een verklaring voor recht dat de onderverhuurder niet bevoegd was de door hem aan de onderhuurder verstrekte huurkorting aan de hoofdverhuurder door te berekenen.

Naar aanleiding van dit, aan hem voorgelegde, geschil stelde de Kantonrechter Roermond prejudiciële vragen

aan de Hoge Raad over de gevolgen van de coronapandemie voor de horeca.

In deze prejudiciële beslissing overweegt de Hoge Raad allereerst dat de omstandigheid dat een huurder als gevolg van de coronamaatregelen de door hem gehuurde 290-bedrijfsruimte niet of slechts in geringe mate kan exploiteren, een uitzonderlijke, de volksgezondheid betreffende omstandigheid van algemene aard is. Behoudens concrete aanwijzingen voor het tegendeel, moet worden aangenomen dat deze omstandigheid in elk geval niet is verdisconteerd in huurovereenkomsten die vóór 15 maart 2020 zijn gesloten. Met betrekking tot huurovereenkomsten die vóór 15 maart 2020 zijn gesloten (met huurders van 290-bedrijfsruimte die voor hun omzet afhankelijk zijn van de komst van publiek), kan een verhuurder daarom in beginsel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen aanspraak maken op volledige betaling van de huurprijs en kan de rechter de huurovereenkomst op grond van art. 6:258 BW aanpassen door de huurprijs te verminderen. Hierbij is van belang dat het nadeel door de coronamaatregelen in de regel noch in de risicosfeer van de huurder, noch in de risicosfeer van de verhuurder, valt. Het nadeel moet daarom in beginsel gelijk over de verhuurder en de huurder worden verdeeld. De vermindering van de huurprijs kan worden berekend aan de hand van de zogenoemde vastelastenmethode. Hierbij wordt de volgende formule gehanteerd: (overeengekomen huurprijs - gedeelte van de tegemoetkoming vaste lasten (TVL) dat aan de huur wordt toegerekend) x percentage omzetvermindering x 50%. Tot slot overweegt de Hoge Raad dat de verplichte sluiting van 290-bedrijfsruimten als gevolg van de coronamaatregelen niet als een gebrek als bedoeld in art. 7:204 lid 2 BW is aan te merken, omdat de sluiting geen betrekking heeft op de verhuurde zaak zelf.

## Hoge Raad

[verzoeker],

wonende te [woonplaats],

in eerste aanleg eiser in conventie en verweerder in reconventie

tegen

Heineken Nederland B.V.,

gevestigd te Amsterdam,

in eerste aanleg gedaagde in conventie en eiseres in reconventie

(...)

## 2 Uitgangspunten en feiten

2.1 In deze prejudiciële procedure staat centraal of en, zo ja, op welke wijze de overeengekomen huurprijs kan worden verminderd als een huurder van bedrijfsruimte als bedoeld in art. 7:290 BW die voor zijn omzet afhankelijk is van de komst van publiek, deze ruimte niet of slechts in geringe mate kan exploiteren als gevolg van overheidsmaatregelen in

1. Nathalie Amiel en Marvin Moosa zijn werkzaam als advocaat bij Houthoff te Amsterdam.

verband met de coronapandemie.

2.2 Bij de beantwoording van de prejudiciële vragen gaat de Hoge Raad uit van de volgende feiten:

(i) [verzoeker] verhuurt aan Heineken een pand. Heineken verhuurt dat pand aan de vennootschap onder firma [A] (hierna: [A]), die daarin een horecabedrijf exploiteert. Zowel de tussen [verzoeker] en Heineken als de tussen Heineken en [A] gesloten huurovereenkomst betreft bedrijfsruimte als bedoeld in art. 7:290 BW (hierna: 290-bedrijfsruimte).

(ii) Heineken heeft ongeveer 130 panden in eigendom die zij aan horecaondernemers verhuurt en ongeveer 600 panden die zij huurt en vervolgens onderverhuurt aan horecaondernemers.

(iii) In verband met de uitbraak van COVID-19 is de horeca van overheidswege gedwongen gesloten geweest in de periode van 15 maart 2020 tot 1 juni 2020.

(iv) Daartoe aangespoord door Koninklijke Horeca Nederland heeft Heineken besloten haar huurders tegemoet te komen (onder andere) door twee maanden huur (april en mei 2020) kwijt te schelden. In verband daarmee heeft Heineken aan haar verhuurders, onder wie [verzoeker], het voorstel gedaan dat de verhuurder afziet van de huurprijs over een van die twee maanden. [verzoeker] heeft aan Heineken laten weten niet met dit voorstel akkoord te gaan.

2.3 In deze procedure vordert [verzoeker] in conventie, samengevat, een verklaring voor recht dat Heineken niet bevoegd is om een door haar aan [A] verstrekte huurkorting aan [verzoeker] door te berekenen, en veroordeling van Heineken tot betaling van het door haar reeds ingehouden bedrag.

Heineken vordert in reconventie primair de huurprijs over de maanden april en mei 2020 met 50% te verminderen en subsidiair de huurovereenkomst te wijzigen in die zin dat de huurprijs over de maanden april en mei 2020 50% bedraagt van de overeengekomen huurprijs.

2.4 De kantonrechter heeft op de voet van art. 392 e.v. Rv de hierna in 2.5 te vermelden prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld. Hieraan heeft de kantonrechter, samengevat, de volgende overwegingen ten grondslag gelegd.

In reeds bestaande rechtspraak wordt een huurkorting in verband met de corona-overheidsmaatregelen doorgaans bereikt door toepassing van art. 6:258 BW of art. 6:248 BW. Dat is ook het geval als eerst is aangenomen dat de corona-overheidsmaatregelen leiden tot een genotsvermindering van het gehuurde die niet aan de huurder is toe te rekenen en die kan worden aangemerkt als een gebrek als bedoeld in art. 7:204 BW. De redenen daarvoor zijn dat de verhuurder zich veelal beroept op een beding in de huurovereenkomst dat huurprijzvermindering op grond van de gebrekenregeling van art. 7:204 BW uitsluit en dat de in art. 7:207 BW geregelde huurprijzvermindering aanknoopt bij de aard en omvang van het gebrek terwijl in het bijzonder art. 6:258 BW een ruimer beoordelingskader biedt. (rov. 4.3-4.4)

In de maatschappij bestaat behoefte om de schade van de coronaoverheidsmaatregelen voor huurders van bedrijfsruimte te verdelen over huurders en verhuurders. De juridische inbedding is bepalend voor de maatstaven aan de hand waarvan kwesties als in dit geding aan de orde moeten worden beoordeeld,

maar het is niet duidelijk hoe deze inbedding kan en mag plaatsvinden. (rov. 4.5)

2.5 De prejudiciële vragen luiden als volgt:

"1. Dient de als gevolg van de coronacrisis van overheidswege opgelegde sluiting van de horeca beschouwd te worden als een gebrek in de zin van artikel 7:204 lid 2 BW?

2. Zo ja, aan de hand van welke criteria moet dan de mate van huurprijzvermindering worden beoordeeld?

3. (Of) vormt de beperking in het gebruik van het gehuurde een onvoorziene omstandigheid die tot huurprijzvermindering kan leiden?

4. Zo ja, welke omstandigheden van het geval wegen mee bij het bepalen of verdelen van de schade?"

### 3 Beantwoording van de prejudiciële vragen

3.1 De Hoge Raad ziet aanleiding de derde en vierde prejudiciële vraag eerst te beantwoorden. Deze beantwoording zal mede betrekking hebben op andere 290-bedrijfsruimte dan horeca, en niet alleen op sluiting maar ook op andere overheidsmaatregelen – waaronder begrepen overheidshandelen zoals adviezen – in verband met de coronapandemie als gevolg waarvan het gehuurde niet of slechts in geringe mate kan worden geëxploiteerd. Onder het niet of slechts in geringe mate kunnen exploiteren van het gehuurde wordt in deze uitspraak ook begrepen dat geen of veel minder publiek in de gehuurde 290-bedrijfsruimte komt als gevolg van overheidsmaatregelen in verband met de coronapandemie.

*De derde prejudiciële vraag: onvoorziene omstandigheden?*

3.2.1 De derde prejudiciële vraag stelt aan de orde of het niet of slechts in geringe mate kunnen exploiteren van de gehuurde 290-bedrijfsruimte als gevolg van de overheidsmaatregelen in verband met de coronapandemie een onvoorziene omstandigheid als bedoeld in art. 6:258 BW is die tot huurprijzvermindering kan leiden.

3.2.2 Ingevolge art. 6:258 lid 1 BW kan de rechter op vordering van een huurder van 290-bedrijfsruimte de gevolgen van een huurovereenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de verhuurder naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Aan de wijziging of ontbinding kan terugwerkende kracht worden verleend. Uit art. 6:258 lid 2 BW volgt dat een dergelijke wijziging of ontbinding niet wordt uitgesproken voor zover de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van de huurder.

3.2.3 Een onvoorziene omstandigheid als bedoeld in art. 6:258 BW is een omstandigheid die op het moment van totstandkoming van de overeenkomst nog in de toekomst is gelegen en die daarin niet is verdisconteerd. Of dat laatste het geval is moet door uitleg van de overeenkomst worden vastgesteld.

3.2.4 De omstandigheid dat een huurder die voor zijn omzet afhankelijk is van de komst van publiek, als gevolg van overheidsmaatregelen in verband met de coronapandemie de door hem gehuurde 290-be-

drijfsruimte niet of slechts in geringe mate kan exploiteren, is een uitzonderlijke, de volksgezondheid betreffende omstandigheid van algemene aard. Behoudens concrete aanwijzingen voor het tegendeel, moet aangenomen worden dat deze omstandigheid in elk geval niet is verdisconteerd in huurovereenkomsten die voor 15 maart 2020 zijn gesloten. Dit geldt evenzeer als de huurovereenkomst bijvoorbeeld het recht op huurprijzvermindering wegens gebreken die de verhuurder bij het aangaan van de huurovereenkomst niet kende of behoorde te kennen uitsluit, of de huurder verantwoordelijk houdt voor het verkrijgen en behouden van vergunningen, ontheffingen en toestemmingen die benodigd zijn voor het gebruik van het gehuurde in overeenstemming met de overeengekomen bestemming, of voorziet in een basishuurprijs die afhankelijk van de omzet wordt aangevuld.

3.2.5 Indien de hiervoor in 3.2.4, eerste volzin, bedoelde omstandigheid zich voordoet en de huurovereenkomst voor 15 maart 2020 is gesloten, kan aangenomen worden dat de waarde van het gebruiksrecht van het gehuurde zo sterk is verminderd dat de waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties van de verhuurder en de huurder in ernstige mate is verstoord. Krachtens de aard van de overeenkomst en de in het verkeer geldende opvattingen komt deze omstandigheid in de regel niet voor rekening van de huurder, zodat art. 6:258 lid 2 BW niet aan huurprijzvermindering in de weg staat. Indien aan deze voorwaarden is voldaan, kan de verhuurder naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen aanspraak maken op volledige betaling van de overeengekomen huurprijs en kan de rechter de overeenkomst aanpassen aan de gewijzigde omstandigheden door de huurprijs te verminderen.

3.2.6 Het antwoord op de derde prejudiciële vraag luidt als volgt. De omstandigheid dat een huurder die voor zijn omzet afhankelijk is van de komst van publiek, als gevolg van overheidsmaatregelen in verband met de coronapandemie de door hem gehuurde 290-bedrijfsruimte niet of slechts in geringe mate kan exploiteren, is bij een huurovereenkomst gesloten voor 15 maart 2020, behoudens concrete aanwijzingen voor het tegendeel, een onvoorziene omstandigheid als bedoeld in art. 6:258 BW op grond waarvan de rechter de huurovereenkomst kan aanpassen door de huurprijs te verminderen.

Voor nadien gesloten overeenkomsten dient per geval te worden beoordeeld of sprake is van een dergelijke onvoorziene omstandigheid.

*De vierde prejudiciële vraag: berekening huurprijzvermindering*

3.3.1 De vierde prejudiciële vraag stelt in de kern aan de orde op welke wijze een huurprijzvermindering op de voet van art. 6:258 lid 1 BW kan worden berekend. Gelet op het grote aantal gevallen waarin de hiervoor in 3.2.6 bedoelde onvoorziene omstandigheid zich voordoet, ziet de Hoge Raad aanleiding om een model te geven dat voor veel van die gevallen een handvat biedt voor de berekening van de huurprijzvermindering.

3.3.2 Nadeel veroorzaakt door de hiervoor in 3.2.4 bedoelde omstandigheid, valt in de regel noch in de risicosfeer van de huurder, noch in die van de verhuur-

der. De verstoring van de waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties wordt daarom in beginsel het beste ondervangen door dit nadeel – voor zover niet reeds gecompenseerd door de financiële steun van de overheid aan de huurder in de vorm van de Tegemoetkoming Vaste Lasten (hierna: TVL) – gelijk te verdelen over de verhuurder en de huurder.

3.3.3 De in art. 6:258 lid 1 BW bedoelde redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat op grond van omstandigheden gelegen in bijvoorbeeld de hoedanigheid van een huurder of verhuurder of de financiële positie van een der partijen, wordt afgeweken van de hiervoor in 3.3.2 bedoelde gelijke verdeling van het nadeel.

3.3.4 Als het verdelen van het nadeel gerechtvaardigd wordt bevonden, kan de vermindering van de huurprijs berekend worden overeenkomstig de zogenoemde vastelastenmethode. De toepassing daarvan resulteert in een percentage waarmee de contractueel verschuldigde huurprijs wordt verminderd. Voor de hand ligt om de huurprijzvermindering te berekenen per termijn waarover de huurprijs is verschuldigd.

De vastelastenmethode kent de volgende stappen ter berekening van de huurprijzvermindering.

- a. De overeengekomen huurprijs wordt uitgedrukt in een percentage van het totaalbedrag aan vaste lasten.
- b. Het met dat percentage overeenstemmende deel van de TVL waarop de huurder aanspraak kan maken, wordt afgetrokken van het bedrag van de overeengekomen huurprijs.
- c. De procentuele omzetvermindering wordt vastgesteld door de omzet in de periode waarover de huurprijzvermindering berekend wordt (hierna: de lagere omzet) te vergelijken met de omzet in een vergelijkbaar tijdvak voorafgaand aan de coronapandemie (hierna: de referentieomzet) volgens de formule:  $100\% - (100\% \times (\text{de lagere omzet} : \text{de referentieomzet}))$ .

d. Het met de verstoring van de waardeverhouding samenhangende nadeel wordt gelijk verdeeld over de verhuurder en de huurder (ieder 50% van het nadeel), tenzij uit de in art. 6:258 lid 1 BW bedoelde redelijkheid en billijkheid een andere verdeling volgt. Het bedrag van de huurkorting kan vervolgens worden berekend volgens de formule: (overeengekomen huurprijs – gedeelte van de TVL dat aan de huur wordt toegerekend) x percentage omzetvermindering x 50%.

Uitgewerkt aan de hand van fictieve bedragen, waarbij de huurprijs € 4.500, de vaste lasten € 25.000, de TVL € 10.000, de behaalde lagere omzet € 20.000 en de referentieomzet € 100.000 belopen, ziet de berekening er als volgt uit.

- a. Eerst wordt bepaald welk percentage van de vaste lasten is gemoed met betaling van de overeengekomen huurprijs ( $100\% \times (\text{€ } 4.500 : \text{€ } 25.000) = 18\%$ ).
- b. Omdat de huurder aanspraak kan maken op TVL, wordt op het bedrag van de overeengekomen huurprijs 18% van de TVL van € 10.000 (= € 1.800) in mindering gebracht.
- c. Vervolgens wordt het percentage van de omzetdaling berekend ( $100\% - (100\% \times (\text{€ } 20.000 : \text{€ } 100.000)) = 80\%$ ), en wordt aan de hand van dit percentage

vastgesteld welk deel van de na stap b resterende huur wordt gerelateerd aan de omzetzaling.

d. Ten slotte wordt het met de verstoring van de waardeverhouding samenhangende nadeel gelijk verdeeld over de verhuurder en de huurder (ieder 50% van het nadeel).

Een en ander resulteert in dit voorbeeld in de volgende huurprijzvermindering: (€ 4.500 – € 1.800) x 80% x 50% = € 1.080, derhalve 24% van de overeengekomen huurprijs.

3.3.5 Het antwoord op de vierde prejudiciële vraag luidt dat huurprijzvermindering op de voet van art. 6:258 lid 1 BW in de hiervoor in 3.2.5 bedoelde gevallen kan worden berekend volgens de hiervoor in 3.3.4 bedoelde vastelastenmethode.

3.4 Hetgeen hiervoor ten aanzien van de derde en de vierde prejudiciële vraag is overwogen, beoogt tevens een handvat te bieden waarmee partijen in onderling overleg de huurprijs aan de gewijzigde omstandigheden kunnen aanpassen.

*De eerste prejudiciële vraag: is een door de overheid opgelegde sluiting van 290-bedrijfsruimte een gebrek als bedoeld in art. 7:204 lid 2 BW?*

3.5.1 De eerste prejudiciële vraag stelt aan de orde of de door de overheid opgelegde sluiting van de horeca in geval van huur van 290-bedrijfsruimte, aangemerkt moet worden als een gebrek als bedoeld in art. 7:204 lid 2 BW. De Hoge Raad zal de beantwoording van deze vraag mede betrekken op de sluiting van andere 290-bedrijfsruimten dan horeca.

3.5.2 Art. 7:204 lid 2 BW bepaalt dat een gebrek is een staat of eigenschap van een zaak of een andere niet aan de huurder toe te rekenen omstandigheid, waardoor de zaak aan de huurder niet het genot kan verschaffen dat een huurder bij het aangaan van de overeenkomst mag verwachten van een goed onderhouden zaak van de soort als waarop de overeenkomst betrekking heeft.

3.5.3 De door de overheid opgelegde sluiting van de horeca en andere bedrijfsruimten als gevolg van de coronapandemie is een van de met de coronapandemie samenhangende overheidsmaatregelen. Deze sluiting is het gevolg van uitzonderlijke, de volksgezondheid betreffende omstandigheden van algemene aard, die verstrekende gevolgen hebben voor de gehele maatschappij. Zij beperkt in het belang van de volksgezondheid de mogelijkheid tot exploitatie van 290-bedrijfsruimten. De sluiting heeft geen betrekking op de verhuurde zaak.

Uit de wetsgeschiedenis van art. 7:204 BW volgt niet dat bedoeld is algemene overheidsmaatregelen die voor partijen onvoorzienbaar zijn en zijn gericht op beperkingen in de uitoefening van het bedrijf, aan te merken als een gebrek. Evenmin volgt daaruit dat de huurder mag verwachten dat de verhuurder hem van dergelijke beperkingen vrijwaart. Tegen deze achtergrond moet worden geoordeeld dat de verplichte sluiting van 290-bedrijfsruimten als gevolg van de coronapandemie niet is aan te merken als een gebrek als bedoeld in art. 7:204 lid 2 BW.

Een en ander staat aan de toepassing van bepalingen als art. 6:248 lid 2 BW en art. 6:258 BW niet in de weg.

3.5.4 De rechter kan de huurder in voorkomend geval gelegenheid bieden om zijn op een gebrek als bedoeld in art. 7:204 BW gebaseerde stellingen aan te

passen in het licht van hetgeen hiervoor in 3.2.4-3.2.5 is overwogen.

3.5.5 Het antwoord op de eerste prejudiciële vraag luidt dat de door de overheid naar aanleiding van de coronapandemie opgelegde sluiting van 290-bedrijfsruimte niet is aan te merken als een gebrek als bedoeld in art. 7:204 lid 2 BW.

3.5.6 Bij deze stand van zaken behoeft de tweede prejudiciële vraag geen beantwoording.

(...)

Deze beslissing is gegeven door de vicepresident C.A. Streefkerk als voorzitter en de raadsheren T.H. Tanja-van den Broek, M.J. Kroeze, C.H. Sieburgh en G.C. Makkink (...).

## Conclusie plv. P-G Wissink<sup>2</sup>

(...)

### 1 Inleiding en samenvatting

1.1 De wereldwijde uitbraak van het coronavirus SARS-CoV-2 dat de ziekte COVID-19 veroorzaakt (hierna: de coronapandemie), heeft sinds het voorjaar van 2020 in korte tijd verstrekende gevolgen voor individuen en de maatschappij als geheel teweeggebracht (hierna: de coronacrisis). Naast ziekte, gezondheidsschade en sterfgevallen worden die gevolgen voor een belangrijk deel bepaald door de ingrijpende maatregelen die overheden in verschillende periodes hebben genomen om de verspreiding van het coronavirus tegen te gaan. Zo heeft de regering alle inwoners van Nederland opgeroepen om zoveel mogelijk thuis te werken en drukte te mijden, is een verbod ingevoerd om in de avonden ochtenduren buiten te zijn (avondklok) en zijn onder meer scholen gesloten zodat onderwijs op afstand moest worden gegeven. Hele branches (zoals horeca, sportscholen, contactberoepen, 'niet-essentiële winkels') werden verplicht om hun deuren te sluiten of onderworpen aan beperkingen op het gebied van onder meer openingstijden, anderhalve meter afstand bewaren en het aantal aanwezige klanten.

1.2 In de huursector heeft de coronacrisis onder meer geleid tot discussie over de vraag of de huurders van bepaalde bedrijfsruimten aanspraak kunnen maken op vermindering van de huurprijs. In een procedure tussen een hoofdverhuurder en een hoofdhuurder/onderverhuurder van een horecagelegenheid, heeft de kantonrechter te Roermond de Hoge Raad de volgende prejudiciële vragen gesteld:

1. Dient de als gevolg van de coronacrisis van overheidswege opgelegde sluiting van de horeca beschouwd te worden als een gebrek in de zin van artikel 7:204 lid 2 BW?
2. Zo ja, aan de hand van welke criteria moet dan de mate van huurprijzvermindering worden beoordeeld?
3. (Of) vormt de beperking in het gebruik van het gehuurde een onvoorzienbare omstandigheid die tot huurprijzvermindering kan leiden?

2. De conclusie is zonder de voetnoten weergegeven. De integrale versie met voetnoten is te vinden op ECLI:NL:PHR:2021:902 (concl. M.H. Wissink).

4. Zo ja, welke omstandigheden van het geval wegen mee bij het bepalen of verdelen van de schade?

1.3 De rechtspraktijk heeft behoefte aan een beantwoording van de prejudiciële vragen die partijen bij huurovereenkomsten dan wel de rechter voor zover mogelijk houvast geeft bij het oplossen van concrete gevallen.

1.4 Na een weergave van de feiten en het procesverloop (onder 2), volgt een eerste verkenning van de gestelde vragen en wordt het te onderzoeken gebied afgebakend (onder 3). Ik bespreek in verband met art. 7:204 BW de gedwongen sluiting van de horeca, maar in verband met art. 6:258 BW behandel ik in het algemeen de betekenis van de coronacrisis voor de huur van bedrijfsruimten zoals horeca en winkels. Vervolgens worden de vragen ten aanzien van een 'gebrek' (onder 4) en van een 'onvoorziene omstandigheden' (onder 5) behandeld. Ik meen, kort gezegd, dat in beginsel sprake is van een gebrek en van een onvoorziene omstandigheid en dat de rechtsgevolgen daarvan uiteindelijk aan de hand van art. 6:258 BW beoordeeld dienen te worden. Ik bespreek een aantal uitgangspunten voor het bepalen van de mate van huurprijzvermindering. Onder 6 volgt de conclusie.

1.5 Ik kom in deze conclusie tot de volgende beantwoording van de prejudiciële vragen.

Behoudens een afwijkende contractuele regeling, is een gedwongen sluiting van de horeca in verband met de coronapandemie in beginsel aan te merken als een niet volledig aan de huurder toe te rekenen omstandigheid waardoor de zaak aan de huurder niet het genot kan verschaffen dat de huurder mag verwachten, zodat in zoverre sprake is van een gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW (vraag 1). De rechtsgevolgen hiervan voor wat betreft de verschuldigdheid van de huurprijs dienen te worden beoordeeld aan de hand van (art. 7:207 BW in verbinding met) art. 6:258 BW (vraag 2).

Ten aanzien van vóór de coronacrisis gesloten overeenkomsten voor de huur van bedrijfsruimten waarbij de huurder voor diens omzet in het gehuurde afhankelijk is van de komst van het publiek, zoals bij horeca en winkels, kan als uitgangspunt worden aangenomen dat de coronapandemie en haar gevolgen (de coronacrisis) een onvoorziene omstandigheid is die kan meebrengen dat de verhuurder naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding van de huurovereenkomst mag verwachten (vraag 3).

De aan de coronacrisis te verbinden gevolgen voor de ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst zijn afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De coronacrisis kan in beginsel leiden tot een tijdelijke huurprijzvermindering die is gebaseerd op het nadeel dat de huurder lijdt als gevolg van het aan de coronacrisis toe te rekenen, voldoende ernstige omzetverlies van de huurder in de gehuurde zaak. Bij de bepaling van het nadeel kan het door de huurder ter zake van het gehuurde ontvangen bedrag aan Tegemoetkoming Vaste Lasten (TVL) worden verdisconteerd op de wijze van Hof Amsterdam 14 september 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2728. Als uitgangspunt dient het bedoelde nadeel gelijkelijk (50/50) tussen verhuurder en huurder te worden verdeeld. Om-

standigheden die als zodanig losstaan van de verstoring van het contractuele evenwicht tussen de prestaties van verhuurder en huurder bij de huur van bedrijfsruimte door de coronacrisis, kunnen een afwijking van dit uitgangspunt rechtvaardigen (vraag 4).

## 2 Feiten en procesverloop

2.1 In zijn vonnis heeft de kantonrechter de volgende feiten vastgesteld:

(i) [verzoeker] verhuurt aan Heineken het pand gelegen aan de [a-straat 1] in [plaats] tegen een huurprijs van € 2.444,54 per maand, inclusief btw.

(ii) Heineken heeft ongeveer 130 eigen panden die zij rechtstreeks aan horecaondernemers verhuurt en ongeveer 600 panden die zij zelf huurt en weer onderverhuurt aan horecaondernemers. Zo verhuurt Heineken het door haar van [verzoeker] gehuurde pand aan de [a-straat 1] in [plaats] aan de vennootschap onder firma " [A] " (verder: " [A] "). [A] exploiteert in het gehuurde een horecabedrijf.

(iii) Voor beide huurovereenkomsten geldt dat sprake is van bedrijfsruimte als bedoeld in artikel 7:290 BW.

(iv) In verband met de uitbraak van het coronavirus is de horeca van overheidswege gedwongen gesloten geweest in de periode van 15 maart 2020 tot 1 juni 2020.

(v) Daarin aangespoord door Koninklijke Horeca Nederland heeft dit Heineken doen besluiten haar horecaklanten tegemoet te komen (onder andere) door aan de klanten die van haar huren twee maanden huur (april en mei 2020) kwijt te schelden. In verband daarmee heeft Heineken aan haar verhuurders, onder wie [verzoeker], op 23 april 2020 per e-mail een generieke brief gestuurd waarin zij (Heineken) verzoekt akkoord te gaan met haar voorstel om één van die twee maanden aan hen (de pandeigenaren) door te belasten. Dit zou dan gebeuren door middel van inhouding door Heineken van telkens een/zesde deel van de verschuldigde maandhuur over de periode juli tot en met december 2020. [verzoeker] heeft onder meer bij e-mail van 24 april 2020 aan Heineken laten weten niet met dit voorstel akkoord te gaan.

(vi) Op 18 juni 2020 heeft Heineken een generieke brief gestuurd aan de verhuurders die nog niet op de brief van 23 april 2020 hadden gereageerd dan wel hadden laten weten met de inhoud daarvan niet akkoord te zijn. Heineken geeft in de brief aan haar plan door te zetten, gelet op de bijzondere en extreme situatie en gesterkt door het feit dat het merendeel van de pandeigenaren positief heeft gereageerd op haar plan. [verzoeker] heeft Heineken daarop wederom laten weten niet akkoord te gaan. Eind juni 2020 heeft Heineken een en ander herhaald in een brief aan de betreffende verhuurders, waarin zij tevens heeft aangegeven dat er ook juridische gronden zijn voor haar voorstel.

(vii) [verzoeker] heeft volhard in zijn weigering om met het voorstel van Heineken akkoord te gaan. Desondanks is Heineken gestart met de uitvoering van haar voorstel, dat inmiddels volledig is uitgevoerd.

2.2 [verzoeker] heeft Heineken voor de kantonrechter gedagvaard en, kort gezegd, gevorderd een verklaring voor recht dat Heineken niet bevoegd is om

een door haar aan [A] verstrekte huurkorting aan [verzoeker] door te berekenen en veroordeling van Heineken tot betaling van het door haar reeds ingehouden bedrag, een en ander met nevenvorderingen. Hieraan heeft [verzoeker], samengevat, het volgende ten grondslag gelegd. [verzoeker] exploiteert diverse horecagelegenheden in [plaats]. Hij is als ondernemer dus ook zwaar getroffen door de coronamaatregelen. [verzoeker] is zelf eigenaar van de panden waarin hij de horecagelegenheden exploiteert. De hypotheeklasten van die panden lopen gewoon door. Doordat [verzoeker] als pandeigenaar dient bij te dragen in het voorstel van Heineken, ondersteunt hij zijn concurrent [A] die een paar deuren verder gevestigd is, terwijl hij zelf geen huurkorting krijgt, maar wel de hypotheeklasten moet blijven voldoen. [A] daarentegen draagt zelf niet bij in de huur voor de betreffende twee maanden. Bovendien blijkt nergens uit dat [A] bij Heineken heeft verzocht om een huurkorting. Heineken loopt aldus uit zichzelf "cadeautjes" uit te delen. [verzoeker] daarentegen is eenvoudigweg geconfronteerd met de mededeling van Heineken dat één maand huur door Heineken niet betaald zou gaan worden. [verzoeker] is het niet eens met deze eenzijdig opgelegde huurkorting - van overleg is geen sprake geweest - waardoor hij feitelijk gedwongen wordt een maand huur kwijt te schelden aan Heineken.

2.3 Heineken voert, samengevat, het volgende verweer. Heineken is van mening dat zij in verband met de van overheidswege opgelegde sluiting van de horeca terecht het door [verzoeker] bestreden plan doorvoert. Immers, als gevolg van de gedwongen horecasluiting kan Heineken op verschillende rechtsgronden aanspraak maken op een huurprijsvermindering van minimaal 50% van de huurprijs gedurende de periode 15 maart 2020 tot 1 juni 2020. Allereerst meent Heineken dat als gevolg van de overheidsmaatregelen sprake is van genotsvermindering van het gehuurde, wat een gebrek aan het gehuurde oplevert als bedoeld in art. 7:204 lid 2 BW. Dat een dergelijke overheidsmaatregel een gebrek kan opleveren, volgt uitdrukkelijk uit de wetsgeschiedenis en is in de rechtspraak en literatuur al diverse malen uitdrukkelijk aangenomen. Een en ander brengt met zich dat Heineken de rechter kan vragen de huurprijs op grond van art. 7:207 BW te verminderen. Voorts is Heineken van mening dat de COVID-19-pandemie en de crisis die daarvan het gevolg is evident onvoorziene omstandigheden zijn als bedoeld in art. 6:258 BW. Ook dit is al herhaalde malen in de literatuur en jurisprudentie aan de orde geweest, waarbij veelal een huurkorting van 50% redelijk is geacht. Voorts heeft Heineken in reconventie gevorderd: (primair) de huurprijs over de maanden april en mei 2020 met 50% te verminderen, (subsidiar) de huurovereenkomst te wijzigen in die zin dat de huur over de maanden april en mei 2020 50% bedraagt van de contractuele huurprijs.

2.4 [verzoeker] voert, samengevat, het volgende verweer tegen de vordering in reconventie. Op basis van de jurisprudentie zou weliswaar gesteld kunnen worden dat, gelet op de gevolgen van de coronacrisis, de huurlasten over de betreffende twee maanden gelijkelijk over (onder)huurder [A] en (onder)ver-

huurder Heineken verdeeld dienen te worden. In het voorstel van Heineken worden de huurlasten echter gelijkelijk verdeeld over (hoofd)verhuurder [verzoeker] en (hoofd)huurder Heineken en draagt [A] niets bij. De reeds gewezen vonnissen (merendeels in kort geding) bieden voor een dergelijke verdeling in het geheel geen grondslag. Deze vonnissen, voor zover hier al van toepassing, zouden ertoe moeten leiden dat [A] in ieder geval 50% voor eigen rekening neemt en dat de andere 50% voor rekening van Heineken komt. Als Heineken [verzoeker] al zou kunnen aanspreken een bijdrage te leveren, zou dat hooguit betrekking kunnen hebben op de helft van de door Heineken te dragen maandlasten. En zelfs als ieder van de drie partijen gelijkelijk zouden moeten bijdragen, dan nog zou [verzoeker] slechts gehouden zijn om een/derde deel bij te dragen, maar niet zonder meer de helft. [verzoeker] is van mening dat bij de vaststelling van de huurkorting hoe dan ook alle relevante omstandigheden (als bedoeld in art. 6:258 BW) een rol dienen te spelen. [verzoeker] wijst in dat verband op ECLI:NL:RBAMS:2020:2914. Hij noemt de volgende omstandigheden: (i) [A] draagt niet bij in de huur over de betreffende twee maanden; (ii) [A] heeft niet om een huurkorting verzocht bij Heineken, dat blijkt althans nergens uit; (iii) niet is gebleken van een financiële noodzaak bij [A] of bij Heineken die zou moeten leiden tot het verlenen van een huurkorting; en (iv) de maatschappelijke en financiële positie van [verzoeker] enerzijds en Heineken anderzijds die ertoe zou moeten leiden dat [verzoeker] niet, althans aanmerkelijk minder dient bij te dragen aan enige huurkorting, voor zover daarvan al sprake mocht zijn.

2.5 De kantonrechter heeft partijen de mogelijkheid voorgehouden prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen over de maatstaven voor het beoordelen van aanspraken op vermindering van de huurprijs naar aanleiding van de door de overheid getroffen corona-maatregelen. Na de zitting heeft Heineken bij akte medegedeeld, gelet op de reeds bestaande jurisprudentie en het financiële belang van deze zaak, het niet opportuun te vinden dat prejudiciële vragen worden gesteld. [verzoeker] heeft bij akte prejudiciële vragen voorgesteld.

2.6 In zijn vonnis van 31 maart 2021 heeft de kantonrechter de hiervoor (in 1.2) genoemde vragen gesteld, na te hebben overwogen:

"4.3. In de reeds bestaande jurisprudentie wordt, onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis in veel gevallen aangenomen dat de corona overheidsmaatregelen leiden tot een genotsvermindering van het gehuurde die niet aan de huurder is toe te rekenen en aldus te kwalificeren is als een gebrek in de zin van artikel 7:204 BW. Dit wordt echter niet verder onderbouwd dan dat in de memorie van toelichting is bepaald dat met een gebrek niet enkel de stoffelijke toestand van de zaak wordt bedoeld, maar dat het gaat om elke op de zaak betrekking hebbende omstandigheid die het genot ervan beperkt (Kamerstukken II 1997/98, 26089, 3, p.14). De dwingende overheidsmaatregelen zouden dan een dergelijke omstandigheid vormen. Daartegen kan worden aangevoerd dat de corona overheidsmaatregelen zien op de uitoefening van de horeca en niet op het gehuurde zelf. Het

is dan ook de vraag of van een op de zaak betrekking hebbende omstandigheid die het genot ervan beperkt als bedoeld in de MvT sprake is. Overigens ziet de kantonrechter in dit verband ook een parallel met het eveneens op genoemde pagina genoemde arrest dat wordt genoemd als voorbeeld van een geval waarin geen sprake was van een gebrek aan de gehuurde zaak (HR 17 juni 1949, 544 en 545).

4.4. Voorts wordt in de reeds bestaande jurisprudentie in de zaken waarin de rechter aanneemt dat de coronamaatregelen een gebrek vormen in de zin van artikel 7:204 lid 2 BW, doorgaans niet langs de weg van artikel 7:207 BW, maar langs de weg van 6:258 BW of 6:248 BW tot een huurkorting gekomen. Dat heeft veelal te maken met een beroep van de verhuurder op een bepaling in de huurovereenkomst of de algemene voorwaarden die huurprijzvermindering op grond van de gebrekenregeling uitsluit. Daarnaast lijkt met name artikel 6:258 BW een ruimer beoordelingskader te bieden dan art. 7:207 BW in de zin dat bij de gebrekenregeling de focus ligt op de aard en omvang van het gebrek en bij de onvoorziene omstandigheden rekening kan worden gehouden met alle omstandigheden van het geval.

4.5. Hoewel er maatschappelijk een zekere behoefte wordt gevoeld om de enorme schade van de corona maatregelen voor winkeliers op een bepaalde manier te verdelen tussen huurders en verhuurders, is niet helder of en hoe dat juridisch vorm gegeven kan en mag worden. Omdat de juridische inbedding bepalend is voor de maatstaven waarlangs deze en soortgelijke kwesties moeten worden beoordeeld, acht de kantonrechter het zinvol om daarover prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen. Voorts zijn er over deze kwestie momenteel landelijk veel rechtszaken en de verwachting is dat er nog vele zullen volgen. Ook dat rechtvaardigt het stellen van prejudiciële vragen."

2.7 In de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door derden: op 18 juni 2021 door mrs. B.T.M. van der Wiel, T. van Tatenhove en L.A. Burwick namens Charlius Amsterdam Hotel Property B.V. (hierna: Charlius), op 1 juli 2021 door mr. P.A. Fruytier namens de vereniging INretail (hierna: INretail) en op 30 juli 2021 door mrs. T.T. van Zanten en M.E. ten Brinke namens Hudson's Bay Company ULC (hierna: HBC). [verzoeker] en Heineken hebben afgezien van het indienen van schriftelijke opmerkingen en van een reactie op de door derden ingediende schriftelijke opmerkingen.

### 3 Afbakening en verkenning

3.1 Ik maak eerst enige opmerkingen over de reikwijdte van de prejudiciële vragen en vermeld dan een paar voor de beantwoording van deze vragen relevante gevolgen van de coronapandemie. De vragen veronderstellen m.i. dat het gaat om huurovereenkomsten die zijn gesloten voor het ontstaan van de coronapandemie, of althans om overeenkomsten die niet expliciet met deze pandemie rekening houden.

3.2 De prejudiciële vragen 1 en 2 met betrekking tot art. 7:204 BW hebben specifieke betrekking op de door de overheid verplichte sluiting van de horeca als gevolg van de coronacrisis. Ik beperk mijn be-

spreking van art. 7:204 BW tot dat geval, maar zal concluderen dat de gebreksdiscussie ook in andere gevallen speelt.

3.3 De vragen 3 en 4 met betrekking tot art. 6:258 BW kunnen in dezelfde zin als de vragen 1 en 2 worden opgevat, maar dwingend is dit niet. De kantonrechter verwijst immers ook naar de schade van de coronamaatregelen voor winkeliers en acht het stellen van vragen ook van belang in verband met soortgelijke kwesties (rov. 4.5). Ik denk dat er reden is om de bespreking van de vragen 3 en 4 niet te beperken tot de verplichte sluiting van de horeca. In de praktijk is er immers behoefte aan meer duidelijkheid over de juridische gevolgen van de coronacrisis voor huurders van bedrijfsruimten die voor hun omzet afhankelijk zijn van de komst van het publiek.

De bespreking van art 6:258 BW betreft daarom niet alleen de horeca, maar in beginsel bedrijfsruimten in de zin van art. 7:290 BW, in het bijzonder de horeca en de detailhandel (hiermee is overigens niet bedoeld dat het probleemveld exact kan worden afgebakend aan de hand van de omschrijving van 'middenstandsbedrijfsruimte' in art. 7:290 BW, al was het maar omdat de daarin opgenomen wettelijke definitie niet is geschreven met het oog op de coronacrisis). De bespreking betreft voorts niet alleen het geval van door de overheid opgelegde bedrijfssluiting. De in art. 6:258 BW bedoelde 'onvoorziene omstandigheid' die inwerkt op het contractuele evenwicht is in beginsel de coronacrisis, dat wil zeggen de coronapandemie met haar gevolgen in het algemeen.

3.4 Ik vat de vragen 2 en 4 zo op dat zij niet alleen betrekking hebben op de relevante gezichtspunten voor de financiële vertaling van de aanwezigheid van een 'gebrek' of van 'onvoorziene omstandigheden', maar ook ruimte laten voor eventuele suggesties voor percentages die in dit verband gehanteerd zouden kunnen worden en voor de verdiscontering van overheidssteun. Dergelijke suggesties bieden de praktijk een handvat, een en ander uiteraard onder het voorbehoud dat elk geval op zijn merites beoordeeld moet worden zodat afwijking ervan steeds mogelijk is.

3.5 Ik meen dat de beantwoording van de vragen beperkt kan blijven tot de art. 7:204 en 6:258 BW. Een afzonderlijk onderzoek naar de toepassing van art. 6:2 lid 2 of 6:248 lid 2 BW is m.i. niet nodig. Art. 6:258 BW biedt een goed toepasbaar beoordelingskader, dat een verbijzondering is van de (beperkende werking van de) redelijkheid en billijkheid.

3.6 In verband met de coronacrisis zijn in het bijzonder van belang de door de overheid afgekondigde maatregelen om de pandemie te bestrijden, de gevolgen daarvan voor de omzetten van horeca en detailhandel, en de steunmaatregelen van de overheid om ondernemers financieel tegemoet te komen. Ik vermeld daarover het volgende.

3.7.1 Teneinde de coronapandemie in te dammen zijn in verschillende perioden maatregelen van verschillende aard getroffen. Vanaf maart 2020 werden aanvankelijk maatregelen ingevoerd die werden aangeduid als een 'intelligente lockdown'. Onderdeel daarvan was de gedwongen sluiting van de horeca. Deze maatregelen werden vanaf 1 juni en 1 juli 2020

deels versoepeld. Na de invoering van een beperkt aantal maatregelen in september werden de maatregelen vanaf 14 oktober 2020 verder uitgebreid; de 'gedeeltelijke lockdown'. Een aanzienlijk verdere aanscherping van de maatregelen volgde per 15 december 2020, de 'harde lockdown'. Per 20 januari 2021 werd hieraan de avondklok toegevoegd. Vervolgens werden per 28 april 2021 enkele versoepelingen doorgevoerd, waaronder de afschaffing van de avondklok. Verdere versoepelingen volgden in mei en juni 2021. Een groot aantal versoepelingen volgde per 25 september 2021.

3.7.2 Al deze maatregelen kunnen in beginsel gevolgen hebben (gehad) voor ondernemingen die voor hun omzet afhankelijk zijn van de komst van het publiek. Dwingende overheidsmaatregelen kunnen direct (zoals verplichte sluiting of beperking van het aantal klanten) dan wel indirect (zoals reisbeperkingen) gevolgen hebben voor het aantal klanten dat een bedrijf kan bedienen. Maar ook dringende adviezen van de overheid kunnen gevolgen hebben voor de passantenstroom of bezoekersaantallen, zoals bijvoorbeeld adviezen om zoveel mogelijk thuis te werken, om drukte te vermijden of om alleen noodzakelijke boodschappen te doen en niet te gaan 'funshoppen'.

3.7.3 Verder zijn er andersoortige gevolgen (bijvoorbeeld problemen met bevoorradings) die aan de coronapandemie gerelateerd kunnen worden.

3.7.4 Sommige ondernemers kunnen zich in het licht van de omstandigheden genoodzaakt voelen hun zaak gedurende enige tijd 'vrijwillig' – dat wil zeggen: zonder dat een overheidsmaatregel sluiting verplicht stelt – te sluiten. Daaraan kunnen verschillende overwegingen ten grondslag liggen, zoals het vermijden van gezondheidsrisico's (voor de ondernemer en diens naasten, het personeel of de klanten) of een bedrijfseconomische afweging van de kosten en opbrengsten van het openhouden van de zaak gedurende een bepaalde tijd.

3.8.1 Uit de omzetcijfers van bedrijfstakken die het CBS per maand, kwartaal en jaar bijhoudt, kan worden afgeleid dat de gevolgen van de coronacrisis voor verschillende soorten ondernemingen (per periode) kunnen uiteenlopen.

3.8.2 Over de omzet van de horeca vermeldt het CBS onder meer het volgende. In 2020 was het omzetverlies ten opzichte van 2019 bij hotels 50,8%, bij overige logiesverstrekkers (zoals vakantieparken) 13,1%, bij cafés 41,7%, bij restaurants 34,6% en bij fastfoodrestaurants 13,5%. In het eerste kwartaal van 2021 was de verandering in de omzet ten opzichte van het laatste kwartaal van 2020 bij hotels -27%, bij overige logiesverstrekkers +21,7%, bij cafés -25,5%, bij restaurants 8,3% en bij fastfoodrestaurants +3,4%. In het tweede kwartaal van 2021 steeg de omzet van logiesverstrekkers met 25,4% ten opzichte van een kwartaal eerder; de omzet van de horeca veerde sterk terug, maar ligt ten opzichte van twee jaar geleden nog ruim 35 procent lager.

3.8.3 Over de omzet van de detailhandel vermeldt het CBS onder meer het volgende. In 2020 heeft de detailhandel 5,9% meer omgezet dan in 2019. Door de maatregelen tegen de verspreiding van corona zijn de verschillen binnen de detailhandel echter bijzon-

der groot. De foodsector zette 6,9% meer om, terwijl de omzet van de non-foodsector nagenoeg hetzelfde bleef (-0,1%). De contrasten binnen de non-foodsector zijn in 2020 groot. De winkels in doe-het-zelf-artikelen, keukens en vloeren, consumentenelektronica en witgoed, meubels en woninginrichting hebben recordomzetten geboekt. Daarentegen kampten de winkels in kleding, schoenen en lederwaren met zware verliezen, onder meer door de winkelsluitingen in het voorjaar en december. In 2020 is voorts online 43,5% meer omgezet. In het eerste kwartaal van 2021 daalde de omzet in de non-foodsector met meer dan 22% ten opzichte van een jaar eerder (met minder contrasten binnen deze sector dan in 2020) en nam die van de foodsector toe met bijna 5%. De online-omzet steeg opnieuw sterk. In het tweede kwartaal van 2021 was de omzet van de detailhandel ruim 8 procent hoger dan in dezelfde periode een jaar eerder. In de foodsector lag de omzet minder dan een procent hoger dan een jaar eerder. De stijging valt met name toe te schrijven aan de non-foodsector, met name kledingwinkels en winkels in schoenen en lederwaren. De omzet daalde bij winkels in doe-het-zelfartikelen, keukens en vloeren en consumentenelektronica en witgoed. De groei van de online-omzet is weer vergelijkbaar met de jaren voorafgaand aan de coronacrisis.

3.8.4 Het voorgaande laat uiteraard onverlet dat steeds per geval moet worden bezien hoe de coronacrisis een individuele ondernemer die een bedrijfsruimte huurt, treft.

3.9 Om de economische schok van de coronacrisis te dempen, zijn door de Rijksoverheid, als onderdeel van opeenvolgende 'noodpakketten' en 'steun- en herstellpakketten', verschillende generieke financiële steunmaatregelen getroffen ten behoeve van ondernemers en bedrijven.

(i) De Tegemoetkoming Ondernemers Getroffen Sectoren Covid 19 (TOGS) betreft een eenmalige forfaitaire tegemoetkoming van € 4.000,-, als noodvoorziening naast de overige regelingen, voor (MKB)ondernemers die direct getroffen zijn door overheidsmaatregelen ter bestrijding van de coronacrisis.

(ii) De Tijdelijke Overbruggingsregeling zelfstandige ondernemers (Tozo) ondersteunt zelfstandige ondernemers in financiële problemen door middel van een aanvullende uitkering voor levensonderhoud tot het sociaal minimum en/of een lening voor bedrijfskapitaal ter oplossing van liquiditeitsproblemen.

(iii) De Tijdelijke Noodmaatregel Overbrugging Werkgelegenheid (NOW) voorziet in een tegemoetkoming tot een bepaald maximum in de loonkosten van werkgevers, gerelateerd aan het omzetverlies (dat minimaal 20% dient te zijn). Beoogd is dat werknemers met een vast of een flexibel contract in dienst gehouden kunnen worden.

(iv) De Tegemoetkoming Vaste Lasten (TVL). De regering heeft besloten dat de generieke steunmaatregelen vanaf 1 oktober 2021 niet meer worden verlengd.

3.10.1 Ik zie de TVL nader, omdat zij in de rechtspraak een rol speelt bij de toepassing van art. 6:258 BW. De subsidieregeling TVL is eind juni 2020 ingevoerd en voor het eerst opengesteld. De TVL behelst een bijdrage aan de financiering van de vaste lasten



van ondernemingen in een kalenderkwartaal. De doelgroep was oorspronkelijk het midden- en kleinbedrijf (MKB) in de meest getroffen sectoren, maar dit is vanaf het vierde kwartaal 2020 uitgebreid tot het gehele MKB en vanaf het eerste kwartaal 2021 tot vrijwel alle ondernemingen.

3.10.2 De subsidie wordt toegekend aan 'de onderneming', dus niet aan een vestiging of filiaal. Om in aanmerking te komen geldt een drempel van 30% omzetverlies. Het omzetverlies wordt vastgesteld op basis van het verschil tussen de omzet in de subsidieperiode en in een referentieperiode (kort gezegd: een corresponderend kwartaal in 2019 of het derde kwartaal van 2020).

3.10.3 Het deel van de vaste lasten dat voor subsidiëring in aanmerking komt (het subsidiepercentage) is in de opeenvolgende kwartalen als volgt veruimd: 50% bij TVL Q3 (juni-sept) 2020, 50-70% bij TVL Q4 (okt-dec) 2020, 85% bij TVL Q1 (jan-maart) 2021, 100% bij TVL Q2 (april-juni) 2021 en bij TVL Q3 (juli-sept) 2021. Het maximumbedrag aan subsidie is in de loop van de tijd verhoogd van € 50.000,- (TVL Q3 2020) naar € 90.000 (TVL Q4 2020) en vervolgens naar € 550.000,- voor MKB en € 600.000 voor niet-MKB (TVL Q1 2021 en TVL Q3 2021). Het maximumbedrag is voor niet-MKB bij TVL Q2 2021 eenmalig verhoogd naar € 1.200.000.

3.10.4 De hoogte van de TVL-subsidie wordt berekend aan de hand van de omzet in de referentieperiode (A), het percentage omzetverlies in de subsidieperiode (B), het aandeel vaste lasten in de omzet in de desbetreffende branche zoals bepaald door het CBS (C) en het toepasselijke subsidiepercentage (D), als volgt:  $A \times B \times C \times D$ .

Voor het bieden van extra ondersteuning aan specifieke sectoren zijn aparte opslagen en modules toegevoegd. Zo is aan TVL Q4 2020 ten behoeve van horecabedrijven een eenmalige opslag voor de kosten van verloren voorraden en aanpassingen aan coronamaatregelen (zoals overkapping ban het terras voor de winter) toegevoegd. Aan TVL Q4 2020 en TVL Q1 2021 is ten behoeve van de gesloten ('niet-essentiële') detailhandel een subsidie voor waardevermindering van voorraden toegevoegd.

3.10.5 Voor de toepassing van de TVL geldt dat andere coronagerelateerde subsidies of steun die de onderneming heeft ontvangen niet worden gerekend tot de omzet in de subsidieperiode. Daarentegen telt de subsidie vanuit de TVL wel mee als omzet voor de berekening van de NOW. Dat betekent dat een hogere subsidie onder de TVL leidt tot een lagere subsidie onder de NOW. Door het als omzet beschouwen van TVL-subsidie wordt dubbelfinanciering vanuit de Rijksoverheid voorkomen.

#### 4 De gebrekenregeling

4.1 De vragen 1 en 2 betreffen de toepasselijkheid en toepassing van de gebrekenregeling. Indien de als gevolg van de coronacrisis van overheidswege opgelegde sluiting van de horeca een gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW oplevert, dan heeft de huurder in beginsel recht op een met de vermindering van het huurgenot evenredige vermindering van de huurprijs. Of sprake is van een gebrek, is afhankelijk van de hierna te bespreken vragen of een dergelijke

overheidsmaatregel het genot van de zaak aantast dan wel behoort tot de risicosfeer van de huurder c.q. moet worden aangemerkt als een feitelijke stoornis door derden zonder bewering van recht in de zin van art. 7:204 lid 3 BW.

4.2 Het recht op prijsvermindering kan bij huur van bedrijfsruimte contractueel worden uitgesloten en de in de praktijk veel gebruikte ROZ-modellen bevatten bijvoorbeeld zo'n uitsluiting. In dat geval schiet de huurder die huurprijsvermindering wil nog niets op met het oordeel dat sprake is van een gebrek (al kan dat oordeel nog wel een rol spelen bij de toepassing van art. 6:258 BW). Om deze reden heeft de vraag of de coronacrisis dan wel de beperkende overheidsmaatregelen als een gebrek kwalificeren in de rechtspraak tot dusver slechts een beperkte rol gespeeld en spitst het geschil zich meestal toe op wijziging van de huurprijs over de band van onvoorziene omstandigheden. In de kort geding- en bodemuitspraken waarin de kwalificatievraag wel is beantwoord, luidt het antwoord vrijwel unaniem bevestigend op grond van de overweging(en) dat iedere omstandigheid die het huurgenot beperkt een gebrek oplevert, sprake is van een onvoorziene overheidsmaatregel die het gebruik van de zaak verhindert en/of de huurder deze beperking bij het aangaan van de overeenkomst niet behoefde te verwachten. In de literatuur is de kwalificatie als gebrek daarentegen vrij uitvoerig bediscussieerd.

#### Algemeen

4.3 Art. 7:204 BW bepaalt:

"2. Een gebrek is een staat of eigenschap van de zaak of een andere niet aan de huurder toe te rekenen omstandigheid, waardoor de zaak aan de huurder niet het genot kan verschaffen dat een huurder bij het aangaan van de overeenkomst mag verwachten van een goed onderhouden zaak van de soort als waarop de overeenkomst betrekking heeft.

3. Een feitelijk stoornis door derden zonder bewering van recht als bedoeld in artikel 211 en een bewering van recht zonder feitelijke stoornis zijn geen gebreken in de zin van lid 2."

4.4 De term gebrek betreft (niet zozeer de verhuurde zaak, maar) de door de verhuurder te leveren prestatie, namelijk het verschaffen van het huurgenot dat de huurder mag verwachten. Een gebrek is dan ook niet beperkt tot manco's in de materiele toestand, maar omvat ook 'immateriële' gebreken. Onder een gebrek kunnen daarom bijvoorbeeld ook vallen omstandigheden die betrekking hebben op de omgeving van de zaak of de exploitatieverwachtingen van de huurder – maar of dit het geval is, is afhankelijk van de omstandigheden. Het begrip gebrek heeft een ruime strekking. Volgens HR 27 april 2012, ECLI: NL:HR:2012:BV7337, biedt de tekst van art. 7:204 lid 2 BW noch de wetsgeschiedenis een aanknopingspunt voor een enge uitleg van het begrip gebrek. Daarbij wees de Hoge Raad op de volgende passages uit de parlementaire geschiedenis:

"Alle genotbeperkende omstandigheden die niet aan de huurder zijn toe te rekenen, vormen een gebrek. Slechts duidelijkheidshalve en zonder tot het maken van onderscheid te nopen noemt lid 2 van deze omstandigheden nog in het bijzonder die welke het meest voorkomen: een staat of eigenschap van de

gehuurde zaak. Daarmee is niet enkel de stoffelijke toestand van de zaak op zichzelf bedoeld, maar elke op de zaak betrekking hebbende omstandigheid die het genot ervan beperkt: een slechte staat van onderhoud, materiële beschadigingen, constructiefouten, ongedierte, een erfdiensbaarheid dat enig gebruik uitsluit, een wettelijk voorschrift dat, al of niet in verband met de gesteldheid van de zaak - bijv. te geringe afmetingen -, een bepaald gebruik verbiedt." (MvT, Kamerstukken II, 1997-1998, 26 089, nr. 3, p. 14) en

"Blijkens de omschrijving in lid 2 heeft het begrip "gebrek", zoals ook in de toelichting is uiteengezet, een ruime betekenis: daarbij gaat het niet alleen om de staat van de gehuurde zaak of de materiële eigenschappen daarvan, maar ook om iedere andere omstandigheid die eraan in de weg staat dat de huurder het verwachte genot van de zaak heeft. Door deze in de wet neergelegde omschrijving bestaat niet het gevaar dat het begrip "gebrek", zoals men wellicht op het eerste gezicht geneigd zou zijn te doen, louter in materiële zin wordt opgevat." (Nota n.a.v. het Verslag, Kamerstukken II, 1999-2000, 26 089, nr. 6, p. 6). 4.5 Art. 7:204 BW bevat een objectivering: het komt aan op de genotsverwachting van *een* huurder ten aanzien van *een* goed onderhouden zaak van de soort als is verhuurd. Deze objectivering beoogt te bewerkstelligen dat de huurder aanspraak kan maken op een huurobject van behoorlijke kwaliteit. Dat is vooral van belang voor woonruimte, waarvoor de regeling van semi-dwingend recht is (art. 7:242 BW). Hiermee beoogt de wetgever vooral de kwaliteit van het woningbestand te bevorderen. Bij huur van bedrijfsruimte kunnen partijen echter afwijken van de wettelijke definitie van een gebrek, zodat de vraag kan worden gesteld welk genot *deze* huurder redelijkerwijs van *dit* object mag verwachten. Ook bij deze aan de hand van de Haviltexmaatstaf te beantwoorden uitlegvraag zullen echter algemene verwachtingspatronen een rol kunnen spelen, voor zover partijen geen daarvan afwijkende regeling hebben getroffen.

4.6 Uit art. 7:204 lid 2 BW volgt dat voor de vraag of sprake is van een gebrek, irrelevant is of de aanwezigheid ervan aan de *verhuurder* kan worden toegerekend. Dit is in het overeenkomstenrecht op zichzelf een bekend verschijnsel (denk aan resultaatsverbintenissen) en komt bijvoorbeeld ook terug in de regeling van de conformiteit bij koop (art. 7:17 BW).

Toerekenbaarheid aan de verhuurder kan wel van belang zijn bij de remedies bij een gebrek. Ook in dit opzicht sluit de gebrekenregeling aan bij de uitgangspunten van het algemene verbintenissenrecht ten aanzien van schadevergoeding, ontbinding en (nadere) nakoming. Toerekenbaarheid aan de verhuurder van een gebrek is, kort gezegd, wel een voorwaarde voor schadeplichtigheid van de verhuurder (art. 7:208 BW; vgl. art. 6:74 en 6:75 BW), maar geen voorwaarde voor een vordering van de huurder tot evenredige huurprijzvermindering, een vorm van gedeeltelijke ontbinding (art. 7:207; vgl. art. 6:265 en 6:270 BW), en evenmin voor de herstelplicht van de verhuurder binnen de grenzen van het redelijkerwijs mogelijke (art. 7:206; vgl. art. 3:296 en 7:21 BW). Bij gebreken in verband met de coronacrisis zal op de

verhuurder normaliter geen herstelplicht (art. 7:207 lid 1 BW) of schadevergoedingsplicht (art. 7:208 BW) rusten. Voor een recht op huurprijzvermindering is niet vereist dat de verhuurder tot herstel verplicht is of in verzuim is met het verhelpen van het gebrek.

4.7 Omgekeerd is er geen sprake van een gebrek, althans heeft de huurder ter zake bepaalde remedies niet, indien het gaat om genotsbeperkende omstandigheden die aan de *huurder* zijn toe te rekenen. Dit volgt in de eerste plaats uit art. 7:204 lid 2 BW. Verder worden door wetsduiding de in art. 7:204 lid 3 BW bedoelde genotsbeperkingen voor risico van de huurder gebracht.

Voorts bepalen de art. 7:206 en 7:207 BW dat de huurder geen aanspraak heeft op herstel of huurprijzvermindering ter zake van gebreken die hij zelf moet herstellen (vgl. art. 7:217 BW) of voor het ontstaan waarvan hij jegens de verhuurder aansprakelijk is (vgl. art. 7:218-219 BW). Voor zover hierdoor sprake is van minder genot dan de huurder mag verwachten, is de oorzaak daarvan te herleiden tot een tekortschieten van de huurder of van anderen voor wie hij verantwoordelijk is.

4.8 Uit het voorgaande volgt dat de risicosfeer van de verhuurder op verschillende wijzen wordt afgebakend. Voor de vraag of sprake is van een gebrek is bepalend of een genotsbeperkende omstandigheid valt in de risicosfeer van de huurder. Indien dat niet het geval is:

(i) heeft de huurder in beginsel aanspraak op huurprijzvermindering; in *dit* opzicht begint de risicosfeer van de verhuurder dus waar de risicosfeer van de huurder eindigt; en

(ii) heeft de huurder recht op schadevergoeding indien de genotsbeperkende omstandigheid wel aan de verhuurder kan worden toegerekend (art. 7:208 en 6:75 BW); in *dit* opzicht behoeft de risicosfeer van de verhuurder dus niet te beginnen waar de risicosfeer van de huurder eindigt, omdat denkbaar is dat een bepaalde omstandigheid noch aan de huurder noch aan de verhuurder kan worden toegerekend.

Het onder (i) bedoelde risico betreft het risico ter zake van de *tegenprestatie*. Dit risico loopt de schuldenaar (verhuurder) voor zover de schuldeiser (huurder) de overeenkomst kan ontbinden (in de vorm van een huurprijzvermindering).

Het onder (ii) bedoelde risico betreft het risico ter zake van de *prestatie*. Dit risico loopt de schuldeiser (huurder) indien de schuldenaar (verhuurder) niet schadeplichtig is omdat hij zich op niet-toerekenbaarheid in de zin van art. 6:75 BW kan beroepen.

4.9 Het begrip gebrek wordt veelal omlinjd aan de hand van de toerekeningsvraag die in art. 7:204 lid 2 BW besloten ligt: welke oorzaken van een beperking van het huurgenoet kunnen aan de huurder worden toegerekend? Men kan het begrip gebrek ook benaderen als een uitlegvraag: houdt het verwachtingspatroon van de huurder redelijkerwijs in dat hij in bepaalde gevallen een beperking van het huurgenoet voor lief dient te nemen ook al is die beperking niet aan hem toerekenbaar? De toerekeningsvraag en de uitlegvraag zijn mijns inziens complementaire, of althans in elkaar overlappende vragen (zeker als wordt bedacht dat partijen bij huur van bedrijfsruimte contractueel bepaalde situaties voor

rekening van de huurder kunnen laten komen).

4.10 Ik volg hierna het stramen van de toerekeningsvraag, waar nodig aangevuld met het uitlegperspectief.

#### *Toerekening aan de huurder*

4.11 Volgens art. 7:204 lid 2 BW wordt de reikwijdte van het begrip gebrek begrensd door oorzaken van een beperking van het huurgenot die aan de huurder moeten worden toegerekend.

4.12 In het door Ph.A.N. Houwing opgestelde voorontwerp van de algemene bepalingen van het huidige huurrecht uit 1972 (het 'Ontwerp Houwing') luidde de definitie van een gebrek in art. 7.4.2.2 lid 2:

"Een gebrek is een staat of eigenschap van het goed of een andere niet de huurder persoonlijk betreffende omstandigheid waardoor het goed aan de huurder niet het genot kan verschaffen, dat deze bij het aangaan van de overeenkomst er van mocht verwachten." (onderstreping toegevoegd)

In afwijking hiervan bepaalde het oorspronkelijk voorgestelde art. 7:204 lid 2:

"Een gebrek is een staat of eigenschap van de zaak of een andere omstandigheid, waardoor de zaak aan de huurder niet het genot kan verschaffen dat een huurder bij het aangaan van de overeenkomst mag verwachten van een goed onderhouden zaak van de soort als waarop de overeenkomst betrekking heeft." Nadat de Vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer aan de orde had gesteld dat naar de letter van deze definitie ook persoonlijke omstandigheden van de huurder een gebrek zouden opleveren, is aan art. 7:204 lid 2 toegevoegd "*of een andere niet aan de huurder toe te rekenen omstandigheid*". De minister heeft deze wijziging als volgt toegelicht:

"De Commissie merkt op dat naar de letter van lid 2 alle eigenschappen of omstandigheden waardoor de zaak aan de huurder niet het verwachte genot kan verschaffen, derhalve ook omstandigheden die aan de huurder kunnen worden toegerekend en voor deze crediteursverzuim betekenen, een gebrek opleveren en dus op de voet van artikel 206 een aanspraak vestigen op herstel door de verhuurder. Zoals ook blijkt uit de memorie van toelichting bij dit artikel, onder 2, zijn wij met de Commissie van mening dat dergelijke omstandigheden – bijvoorbeeld wanneer een huurder door hem persoonlijk betreffende omstandigheden het gehuurde huis niet kan betrekken – niet als een gebrek moeten worden aangemerkt. Ter vermijding van misverstand is de omschrijving van gebrek in artikel 204 lid 2 op overeenkomstige wijze als in het voorontwerp, maar met een op artikel 6:58 aansluitende formulering aangevuld. In artikel 204 lid 2 wordt voor «omstandigheid» toegevoegd: niet aan de huurder toe te rekenen."

4.13 In HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB8098 (*Amicitia*) is geoordeeld dat van een "aan de huurder toe te rekenen omstandigheid" in de zin van art. 7:204 lid 2 onder meer ook sprake is indien het gaat om een omstandigheid die ingevolge art. 6:75 BW krachtens in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de huurder komt.

Dit arrest wordt in de literatuur vrij algemeen geïdentificeerd als een bevestiging dat de Hoge Raad de toerekenbaarheid aan de huurder invult met het over-

machtbegrip van art. 6:75 BW, dus aan de hand van schuld (verwijtbaarheid aan de huurder) of risico (krachtens wet, rechtshandeling of verkeersopvatting voor rekening van de huurder). Uiteraard gaat het hier niet om een toepassing van art. 6:75 BW als zodanig (wat ziet op de vraag of een tekortkoming van de huurder aan deze kan worden toegerekend), maar om een inventarisatie van de redenen – rechtshandeling, wet of verkeersopvatting – die kunnen rechtvaardigen dat een beperking van het huurgenot aan de huurder moet worden toegerekend. Ik loop dit rijtje redenen hierna af.

#### *Toerekening aan de huurder krachtens rechtshandeling*

4.14 De afbakening van de risicosfeer van de huurder krachtens rechtshandeling vergt per definitie een analyse van de omstandigheden van het geval. Rosel & Heisterkamp wijzen in verband met overheidsmaatregelen op omstandigheden als de aard van de belemmering, het huurobject en het voorgenomen gebruik daarvan door de huurder, de kenbaarheid van dat voornemen voor de verhuurder, het vertrouwen dat de huurder voor het overige aan de omstandigheden van het geval kon ontnemen, de eigen kennis van zaken van de huurder en de kennis die hij bij de verhuurder mocht veronderstellen.

4.15 De vraag is gerezen of de in de praktijk veel gebruikte ROZ-contracten meebrengen dat het risico van gedwongen sluiting bij de huurder is neergelegd.

4.16 De modellen en daarbij behorende algemene bepalingen van de vereniging Raad voor Onroerende Zaken (ROZ) voor 290- of 230a-bedrijfsruimte bevatten een risicoverdeling tussen huurder en verhuurder. In de ROZ-modelovereenkomst art. 290-ruimte versie 2012 benoemt art. 1.1 wat wordt verhuurd en art. 1.3 de hieraan door de huurder te geven bestemming. In de algemene bepalingen worden vervolgens bepaalde risico's ten aanzien van het in art. 1.1 omschreven huurobject aan de verhuurder toebedeeld en ten aanzien van de in art. 1.3 omschreven bestemming aan de huurder:

"4.1 (...) is verhuurder verantwoordelijk voor het verkrijgen en behouden van de vereiste vergunningen, ontheffingen en toestemmingen die benodigd zijn voor het gebruik van het gehuurde zoals genoemd in artikel 1.1 van de huurovereenkomst" (...)

4.3 (...) is huurder verantwoordelijk voor het verkrijgen en het behouden van alle overige vereiste, niet onder 4.1 vallende vergunningen, ontheffingen en toestemmingen die benodigd zijn voor het gebruik van het gehuurde in overeenstemming met de in artikel 1.3 van de huurovereenkomst overeengekomen bestemming die huurder daaraan moet geven.

4.4 Weigering of intrekking van een vergunning, ontheffing of toestemming als bedoeld in 4.3 levert geen gebrek op, tenzij deze het gevolg is van een doen of nalaten van verhuurder."

4.17 Van Lochem wijst op deze risicoverdeling om te beargumenteren dat de door de overheid voorgeschreven sluiting van de horeca en winkels voor risico van de huurder komt, (mede) omdat die maatregel (niet de gehuurde zaak als zodanig, maar) de exploitatie conform de bestemming van het gehuurde betreft. Zij geeft overigens aan dat hier tegenin kan worden gebracht dat de huurder het pand niet meer kan gebruiken voor het doel waarvoor het is ge-

huurd en dat dit gekenmerkt zou kunnen worden als een 'omstandigheid ten aanzien van het gehuurde'. Maar zij oordeelt dat, nu de omstandigheid in kwestie (de overheidsmaatregel) geen verband houdt met het gehuurde, maar zich uitsluitend richt op de bevoegdheid van de huurder ten aanzien van een deel van zijn exploitatie, deze omstandigheid niet kan worden aangemerkt als een gebrek dat zich buiten de risicosfeer van de huurder bevindt.

4.18 Ik meen dat de hiervoor (in 4.16) bedoelde ROZ-bepalingen onvoldoende zijn om te worden beschouwd als een aanwijzing dat de coronamaatregelen voor risico van de huurder komen.

Ten eerste is de gedwongen sluiting van horeca en niet-essentiële winkels gericht op het beperken van bewegingen van het publiek en daarmee van het aantal contactmomenten tussen mensen. Dat de formulering van de desbetreffende maatregel het toelaat een verband te leggen met de exploitatie van het gehuurde is in zekere zin een toevalligheid. Met kan zich ook voorstellen dat een dergelijke maatregel zodanig wordt geformuleerd dat zij eigenaren of bezitters van panden waarin horeca of niet-essentiële winkels zijn gevestigd, opdraagt deze gesloten te (doen) houden voor het publiek.

Ten tweede moet worden bedacht dat de (standaard) ROZ-bepalingen zijn opgesteld voordat sprake was van de coronapandemie met haar gevolgen. Tegen die achtergrond kan naar mijn mening in beginsel niet worden aangenomen dat de partijen die deze bepalingen van toepassing hebben verklaard op hun huurovereenkomst, geacht moeten worden daarmee ook een risicoverdeling voor de situatie van de coronapandemie te hebben afgesproken. In de literatuur wordt veelal aangenomen dat de bedoelde ROZ-bepalingen die strekking niet hebben, omdat zij de huurder alleen verantwoordelijk maken voor de vereiste vergunningen, ontheffingen en toestemmingen die verband houden met de overeengekomen bestemming.

Een dergelijke contractuele taak- en risicoverdeling brengt voorts in de regel niet mee, dat de verhuurder slechts belang heeft bij het gegeven dat het gaat om de verhuur van een bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 of 7:230a BW. Normaliter wil de verhuurder immers ook weten wat voor soort bedrijf in het gehuurde wordt uitgeoefend, legt hij deze bestemming met de huurder contractueel vast (zoals art. 7:214 BW toelaat) en verplicht hij de huurder contractueel om het gehuurde ook daadwerkelijk in overeenstemming met die bestemming te exploiteren.

*Toerekening aan de huurder krachtens de wet*

4.19 De huurder kan zich, kort gezegd, niet wenden tot de verhuurder ter zake van gebreken voor het ontstaan of voortbestaan waarvan hij zelf krachtens de art. 7:217-219 BW verantwoordelijk is (zie hiervoor in 4.7). Voorts worden de in art. 7:204 lid 3 BW bedoelde storingen in het huurgenot door wetsduiding voor zijn risico gebracht en daarmee buiten het begrip gebrek geplaatst. In dit verband is de vraag gerezen of de coronamaatregel moeten worden beschouwd al een "feitelijk stoornis door derden zonder bewering van recht als bedoeld in artikel 211".

4.20 Een feitelijke stoornis die niet gepaard gaat met een bewering van recht (zoals geluidshinder door

druk verkeer of overlast van de burenen) is geen gebrek. Het is in beginsel aan de huurder om, indien mogelijk, daartegen op te treden. Dit is onder meer anders indien de verhuurder ter zake verwachtingen bij de huurder heeft gewekt of tegenover de derden zodanige bevoegdheden heeft om in verband met de door hen veroorzaakte hinder maatregelen te treffen, dat kan worden gezegd dat hij mede tot de stoornis in het huurgenot bijdraagt door niet van die bevoegdheden gebruik te maken.

4.21.1 Een feitelijke stoornis die gepaard gaat met een bewering van recht als bedoeld in art. 7:211 BW is wel een gebrek. Uit art. 7:211 lid 1 BW volgt dat met 'bewering van recht' in art. 7:204 lid 3 BW wordt bedoeld een rechtsvordering tot uitwinning of tot verlening van een recht waarmee de verhuurde zaak volgens de huurovereenkomst niet belast mocht zijn. Over de afbakening hiervan bestaat enige discussie. 4.21.2 In het Ontwerp Houwing bepaalde het corresponderende art. 7.4.2.2 lid 3 dat een feitelijke stoornis door derden "zonder bewering van recht op het gehuurde" geen gebrek is. De toelichting op deze bepaling vermeldt:

"Op de regel dat de verhuurder voor elke niet de huurder persoonlijk betreffende oorzaak van genotsbeperking aansprakelijk is, maakt lid 3 één uitzondering: geen gebrek is feitelijke stoornis in het genot door derden. De verhuurder is daarvoor in het geheel niet aansprakelijk, zij blijft voor risico van de huurder. Het ontwerp handhaaft hier het bestaande recht, artikel 1592, welks beginsel geen bestrijding heeft ondervonden.

Deze uitzondering moet uiteraard niet gelden als de derde die de huurder in zijn genot stoort daartoe krachtens een hem toekomend recht gerechtigd is. Lid 3 spreekt daarom van een feitelijke stoornis zonder bewering van recht en wel conform artikel 1592 van een 'recht op het gehuurde'. De overheid die maatregelen met betrekking tot het gehuurde treft krachtens haar overheidsgezag, handelt wel krachtens een haar toekomend recht, maar dat is geen recht op het gehuurde, daarvoor is de verhuurder niet aansprakelijk."

4.21.3 In het oorspronkelijke wetsvoorstel was art. 7:204 lid 3 identiek met art. 7.4.2.2 lid 3. Met betrekking tot deze bepaling heeft de Vaste Kamercommissie aan de minister gevraagd:

"Komt een stoornis door de overheid, die krachtens haar overheidsgezag maatregelen met betrekking tot het gehuurde treft (bijv. een saneringsbevel), voor rekening van de verhuurder? De overheid handelt wel krachtens een haar toekomend recht, maar dat is geen «recht op het gehuurde»."

De minister antwoordde als volgt:

"In lid 3 wordt met «een recht op het gehuurde» bedoeld op een zakelijk recht, evenals in artikel 211 met de woorden «een recht op de zaak». De door de Commissie ter sprake gebrachte voorbeelden van een overheidsmaatregel of een beding als bedoeld in artikel 6:252 BW hebben er evenwel toe geleid dat opnieuw is nagegaan of beide, onderling samenhangende bepalingen de grens op juiste wijze trekken. Zoals bij artikel 211 zal worden uiteengezet behoort de daar bedoelde regel alle gevallen te omvatten van rechtsgebreken die de huurder blootstellen aan een

vordering van een derde, waartegen hij zich zonder processuele bijstand van de verhuurder niet of moeilijk kan verweren. Deze gedachte heeft tot een nieuwe redactie van artikel 211 lid 1 geleid, waarbij in artikel 204 lid 3 behoort te worden aangesloten. Voorgesteld wordt dan ook de zinsnede «een bewering van recht op het gehuurde» te vervangen door: een bewering van recht als bedoeld in artikel 211.

Deze wijziging heeft tot gevolg dat een feitelijke stoornis, gebaseerd op de hier bedoelde rechten, een gebrek in de zin van lid 2 oplevert. Dat ligt ook voor de hand, omdat het in beginsel aan de verhuurder is om tegen een dergelijke stoornis op te treden, zij het dat de huurder dat desgewenst ook zelf kan (...).

Naar aanleiding van de vraag van de Kamercommissie of art. 7:211 BW ook van toepassing is op een vordering van een derde die niet is gebaseerd op een zakelijk recht, heeft de minister nog opgemerkt dat onder art. 7:211 BW ook behoort te vallen het "door de Commissie bij artikel 204 lid 3 vermelde geval van een maatregel ter uitvoering van een saneringsbevel".

4.22 Uit deze passages blijkt naar mijn mening dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om de in de parlementaire geschiedenis bedoelde 'door de overheid krachtens haar overheidsgezag met betrekking tot het gehuurde getroffen maatregelen', niet onder de in art. 7:204 lid 3 BW bedoelde uitzondering op het begrip 'gebrek' te laten vallen.

In de gedachtewisseling tussen de Vaste Kamercommissie en de minister is bij de hier bedoelde overheidsmaatregelen het voorbeeld van een saneringsbevel gegeven. Daaruit kan naar mijn mening niet worden afgeleid, dat het de bedoeling van de wetgever zou zijn geweest om alleen overheidsmaatregelen met betrekking tot (materiële aspecten van) van de verhuurde zaak zelf buiten het toepassingsbereik van art. 7:204 lid 3 BW te laten vallen (met als implicatie dat art. 7:204 lid 3 BW wel voor risico van de huurder brengt overheidsmaatregelen die zien op het gebruik van de verhuurde zaak).

Art. 7:204 lid 3 BW staat daarom niet in de weg aan de kwalificatie van bedoelde overheidsmaatregelen als een gebrek. Dit impliceert dat er ruimte is te onderzoeken of dergelijke maatregelen om een andere reden aan de huurder moeten worden toegerekend in de zin van art. 7:204 lid 2 BW.

#### *Toerekening aan de huurder overigens*

4.23 Ervan uitgaande dat er geen bijzondere partijafspraken is die het risico van gedwongen sluiting als gevolg van coronamaatregelen bij een van partijen legt, en dat dit risico ook niet door art. 7:204 lid 3 BW bij de huurder wordt gelegd, resteert de vraag of dit risico om een andere reden bij de huurder ligt. Ik bespreek achtereenvolgens (i) of uit de parlementaire geschiedenis dan wel het arrest *AKU/Stalen Steiger* volgt dat bedoeld risico een 'de huurder persoonlijk betreffende omstandigheid' betreft, (ii) of uit de parlementaire geschiedenis volgt dat wettelijke voorschriften die een bepaald gebruik van de zaak verbieden, niet aan de huurder toerekenbaar zijn, (iii) of het gaat om tegenvallende bezoekersaantallen die voor risico van de huurder komen, (iv) of relevant is dat het risico een belemmering in het huurgenot betreft waaraan de verhuurder part noch

deel heeft en (v) of het gaat om een belemmering die de verhuurde zaak betreft dan wel de exploitatie daarvan. Vervolgens kom ik tot een standpuntbepaling.

4.24.1 (i) Een de huurder persoonlijk betreffende omstandigheid; *AKU/Stalen Steiger*. Voor de beantwoording van de risicovraag die in deze zaak aan de orde is, biedt de parlementaire geschiedenis van art. 7:204 BW in zoverre weinig houvast, dat de daarin genoemde aangrijpingspunten voor de afbakening van de risicosfeer van de huurder weinig informatief zijn. Afgezien van de gevallen waarin het (voort)bestaan van het gebrek de verantwoordelijkheid van de huurder is (zie hiervoor in 4.7), wordt verwezen naar genotsverminderingen als gevolg van een de huurder 'persoonlijk betreffende omstandigheid'. In het verlengde hiervan betrekken Rossel & Heisterkamp de risicosfeer van de huurder op omstandigheden 'opkomend aan zijn of haar zijde'. Rossel maakt in dit verband ook een onderscheid tussen omstandigheden die eraan in de weg staan dat de zaak aan de huurder het verwachte genot verschaft respectievelijk dat de huurder het genot uitoefent.

4.24.2 Men kan zich afvragen of een de huurder 'persoonlijk betreffende omstandigheid' een subcategorie afbakt van de in HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB8098 (*Amicitia*) bedoelde omstandigheden die ingevolge art. 6:75 BW krachtens in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de huurder komen, dan wel daarmee samenvallen. Ik meen dat het laatste het geval is, maar het antwoord kan in het middel blijven. Indien de categorie 'de huurder persoonlijke betreffen de omstandigheden' een subcategorie van de verkeersopvattingen vormt, komt het uiteindelijk aan op de verkeersopvattingen. Indien 'de huurder persoonlijke betreffende omstandigheden' en de verkeersopvattingen samenvallen, dan impliceert een referte aan de onbepaalde categorie 'de huurder persoonlijke betreffende omstandigheden' m.i. geen beperkingen van hetgeen, zonder een dergelijke referte, uit de verkeersopvattingen zou voortvloeien.

4.25.1 In de parlementaire geschiedenis wordt in verband met de huurder persoonlijke betreffende omstandigheden verwezen naar HR 17 juni 1949, NJ 1949/544 m.nt. Ph.A.N. Houwing (*AKU/Stalen Steiger*). Deze zaak betrof de betaling van de huur van steiger materiaal dat AKU in 1944 van Stalen Steiger had gehuurd en dat was overgebracht naar terreinen van AKU in Arnhem. Door de evacuatie van Arnhem op bevel van de Duitse bezetter was het huurgenot voor AKU onmogelijk gemaakt. De Hoge Raad overwoog in algemene zin:

"dat voor de beantwoording der vraag, of het gemis van het genot van een gehuurde zaak — tengevolge van een oorzaak buiten het toedoen van huurder en verhuurder gelegen — medebrengt, dat de huurder van de verplichting tot huurbetaling bevrijd wordt, te onderscheiden valt of het verlies van het huurgenot zijn oorsprong vindt aan zijde van den verhuurder, die door enig toeval verhinderd is geworden zijn verplichting na te komen om den huurder het rustig genot van het verhuurde te doen hebben, dan wel of de oorzaak van de genotsderving is gelegen aan zijde van den huurder zelf, die in de onmogelijkheid is ko-

men te verkeren om van zijn recht op huurgenot gebruik te maken;

dat, indien het eerste geval aanwezig is, de regel geldt (...) dat, indien bij een wederkerige overeenkomst de ene partij door overmacht verhinderd is te presteren, ook de wederpartij (in het hier veronderstelde geval: de huurder) van zijn verplichting is ontslagen; dat indien zich voordoet het in de tweede plaats veronderstelde geval, waarin de huurder door enig toeval verhinderd is in de uitoefening van het huurgenot, de huurder alleen dan van zijn verplichting tot huurbetaling wordt bevrijd wanneer de toevallige verhindering niet is toe te schrijven aan hem persoonlijk betreffende omstandigheden;"

De Hoge Raad overwoog voorts dat de reden waarom AKU ten gevolge van de evacuatie verhinderd was het huurgenot uit te oefenen, niet gelegen was in omstandigheden aan de zijde van de verhuurder:

"O. dat, gegeven deze omstandigheden, niet kan worden aangenomen, dat de maatregel van den bezetter den verhuurder, Stalen Steiger, heeft verhinderd zijn verplichting na te komen om de huurster het rustig genot van het verhuurde te doen hebben; dat toch Stalen Steiger al datgene verricht heeft wat zijnerzijds nodig was om dit genot voor de huurster mogelijk te maken door het steiger materiaal aan de A.K.U. ter beschikking te stellen, terwijl het onmogelijk maken van het huurgenot door genoemden maatregel ook generlei verband hield met de verhuurde zaak zelve, b.v. haar plaatselijke bepaaldheid of haar verloren gaan voor den verhuurder;"

maar gelegen was in omstandigheden die de huurder persoonlijk betroffen en dat daarom Stalen Steiger haar recht op huurbetaling had behouden:

"dat toch de reden, waarom juist de A.K.U. als huurster van materialen van Stalen Steiger door deze evacuatie in haar huurgenot getroffen werd, is gelegen in de omstandigheid, dat de terreinen, waarop zij de werkzaamheden liet verrichten, waarvoor zij het steiger materiaal nodig had, te Arnhem gelegen waren, en dat daarom het gehuurde naar deze terreinen, ten behoeve van huursters werkzaamheden aldaar, waren overgebracht; dat de evacuatie van Arnhem de mogelijkheid van het gebruik van het steiger materiaal, indien het elders in Nederland aanwezig ware geweest onder een anderen huurder van Stalen Steiger, ongemoeid zou hebben gelaten; dat ook de omstandigheid, dat de evacuatie van Arnhem niet alleen de A.K.U. maar alle inwoners van deze gemeente trof, te dezen onverschillig is, nu niet de verhuurder in Arnhem een plaatselijk verhuurbedrijf uitoefende;

4.25.2 In de literatuur wordt verschillend geoordeeld over de betekenis van het arrest *AKU/Stalen Steiger* voor de gedwongen sluiting ter bestrijding van de coronapandemie.

4.25.3 Volgens Heikens was in deze zaak de evacuatie alleen daarom niet een gebrek, omdat deze een plaatselijke aangelegenheid betrof en daarom moest worden aangemerkt als een de huurder persoonlijke betreffende omstandigheid. Daarentegen betreft de coronacrisis niet een lokale aangelegenheid.

4.25.4 Van Lochem meent daarentegen dat de overwegingen uit het arrest *AKU/Stalen Steiger* zouden kunnen pleiten voor de opvatting dat ten aanzien

van de coronamaatregelen van de overheid geen sprake is van een gebrek. Zij wijst erop dat, evenmin als het evacuatiebevel in dit arrest, de coronamaatregelen geen verband houden met de gehuurde panden en ook niet met de locatie van die panden; de huurder mag een bepaalde vorm van exploitatie niet meer uitvoeren, niet in het gehuurde en niet daarbuiten. Een andere parallel met de positie van door coronamaatregelen getroffen huurders is volgens Van Lochem dat huurder AKU in dit arrest niet de enige was die moest evacueren, maar dat dit niettemin binnen de huurrelatie een aan de huurder toekomende persoonlijke omstandigheid was.

4.25.5 Het arrest *AKU/Stalen Steiger* illustreert dat de risicosfeer van de huurder niet beperkt is tot in diens privésfeer gelegen omstandigheden die kunnen meebrengen dat hij niet in staat is om het genot van de zaak te hebben, zoals bijvoorbeeld ziekte (die belemmert om naar een gehuurd vakantiehuisje te gaan) of de noodzaak om in verband met werk of familieomstandigheden te verhuizen (en die belemmert om de gehuurde woning te betrekken). Ook bepaalde omstandigheden die volledig buiten de *invloeds*sfeer van de huurder liggen, kunnen worden toegerekend indien zij vallen binnen zijn *risicosfeer*, zoals weersomstandigheden en stakingen of het evacuatiebevel in de zaak *AKU/Stalen Steiger*.

4.25.6 Voor het overige meen ik dat uit het arrest *AKU/Stalen Steiger* niet de conclusie kan worden getrokken dat een gedwongen sluiting vanwege de coronapandemie naar verkeersopvatting voor rekening van de huurder komt. Het arrest betrof een ander geval (dat meer dan zeventig jaar geleden is beoordeeld). Het ging om de verhuur van roerende zaken die in beginsel door het hele land ter beschikking kunnen worden gesteld. Anders dan bij de verhuur van bedrijfsruimte het geval zou kunnen zijn, speelt de locatiegebondenheid van de verhuurde zaak ("haar plaatselijke bepaaldheid") in de discussie over de betekenis van een lokale maatregel daarom in beginsel geen rol. De locatie waar de huurder de zaken had ontvangen en wilde gebruiken, speelde bij de evacuatiemaatregel daarentegen wel een rol (ook al was het evacuatiebevel niet gericht tegen bepaalde activiteiten op de desbetreffende locatie, maar tot personen op de locatie). De locatie waar AKU zich bevindt en het gehuurde wil gebruiken, ligt volgens het arrest *AKU/Stalen Steiger* in de sfeer van huurder AKU. Hieraan doet niet af dat ook andere inwoners van Arnhem moesten evacueren.

Heikens wijst in dit verband nog op Gerechtshof 's-Gravenhage 14 februari 1952, ECLI:NL:GHSGR:1952:13, NJ 1953/182. Die zaak betrof militaire oefenterreinen die de Staat voor de Tweede Wereldoorlog had gehuurd van de gemeente Roermond. De terreinen waren tijdens de bezetting door de Duitse Wehrmacht in gebruik genomen. Na de bevrijding oordeelde het hof dat de Staat geen huur aan de gemeente verschuldigd was over de periode dat de Staat de terreinen niet kon gebruiken, aangezien de Staat genoodzaakt was zich bij de overneming van de terreinen neer te leggen en "*de door de oorlog en de vijandelijke bezetting van ons land voor de Staat ontstane*

*verhinderend om die terreinen als militaire oefenterreinen te blijven gebruiken, niet kan worden beschouwd als een verhindering, welke is toe te schrijven aan de Staat persoonlijk betreffende omstandigheden (...)*".

4.26.1 (ii) Wettelijke voorschriften die een bepaald gebruik van de zaak verbieden. In de parlementaire geschiedenis (zie hiervoor in 4.4) wordt als voorbeeld van een gebrek genoemd een wettelijk voorschrift dat, al of niet in verband met de gesteldheid van de zaak, een bepaald gebruik verbiedt. Nog stilliger leest de Nota naar aanleiding van het Verslag waarin de minister ter toelichting op art. 7:210 BW heeft opgemerkt:

"De vraag van de Commissie of het onderhavige artikel ook van toepassing is indien een (onvoorziene) overheidsmaatregel het gebruik van de zaak verhindert, moet bevestigend worden beantwoord. Er is dan immers sprake van een gebrek in de zin van artikel 204, dat het genot dat de huurder mocht verwachten geheel onmogelijk maakt."

Verder is tijdens de behandeling door de Eerste Kamer herhaald dat bij gebreken mede dient te worden gedacht aan "*ongeschiktheid voor het gebruik waarvoor verhuurd is als gevolg van een wettelijk voorschrift*".

4.26.2 Hieruit kan naar mijn mening niet worden afgeleid dat elke overheidsmaatregel c.q. wettelijk voorschrift dat een bepaald gebruik verhindert per definitie niet aan de huurder is toe te rekenen en daarmee een gebrek vormt. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt immers ook dat een maatregel zoals die aan de orde was in de zaak *AKU/Stalen Steiger*, een de huurder persoonlijke betreffende omstandigheid kan opleveren. Het ligt daarom voor de hand om aan te nemen dat sommige overheidsmaatregelen wel in de risicosfeer van de huurder kunnen liggen (ook zonder dat daarover specifieke afspraken zijn gemaakt in het contract).

4.26.3 In literatuur en rechtspraak wordt dan ook uitgegaan van een meer genuanceerde benadering waarbij, kort gezegd, wordt onderscheiden tussen specifiek de huurder betreffende overheidsmaatregelen (voor rekening huurder) en overheidsmaatregelen die betrekking hebben op de materiële staat van de verhuurde zaak (voor rekening verhuurder). Huydecoper onderscheidt specifieke overheidsmaatregelen (de vergunningverlening voor het gehuurde bedrijf, bestuursdwang tegen de in het gehuurde beoefende activiteit) en generieke maatregelen (evacuatie, transportverboden wegens epidemiegevaar). Het hangt naar zijn mening sterk van de omstandigheden af voor risico van welke partij deze behoren te komen. Zo acht hij van belang of eigenschappen van het huurobject op de vergunningverlening van invloed zijn, en zo ja op wiens weg het lag om daarmee rekening te houden. Ik vermeldde reeds (in 4.14) de genuanceerde benadering van deze kwestie door Rossel & Heisterkamp indien het probleem wordt beschouwd als een uitlegvraag.

4.27.1 (iii) Tegenvallende bezoekersaantallen. Enkele schrijvers zien in het *Amicitia*-arrest steun voor het standpunt dat achterblijvende bezoekersaantallen als gevolg van de coronacrisis naar verkeersopvatting in de risicosfeer van de huurder vallen. De casus van dit arrest betrof een nieuw winkelcentrum

dat een verdiepte ligging had en via trappen toegankelijk was. Volgens de Hoge Raad had het hof terecht geoordeeld "*dat de in teleurstellende bezoekersaantallen tot uiting komende nadelen die verbonden blijken te zijn aan de opzet en ligging van een (nieuw) winkelcentrum (...) naar verkeersopvatting in beginsel voor rekening van de huurders komen*". De Hoge Raad betrok dus in zijn oordeel dat de tegenvallende bezoekersaantallen verband hielden met de locatie en opzet van het winkelcentrum. Dat zijn voor het aangaan van de huur zichtbare aspecten van het gehuurde.

4.27.2 Meer in het algemeen geldt dat bij tegenvallende bezoekersaantallen of exploitatieresultaten een rol speelt welke oorzaken daaraan ten grondslag liggen. Een achteraf onjuist gebleken inschatten van de commerciële potentie van een locatie, zoals aan de orde was in het *Amicitia*-arrest, kan niet over een kam worden geschoren met de coronapandemie als achterliggende oorzaak van de maatregelen die leiden tot verminderde bezoekersaantallen. Naar mijn mening kan uit het *Amicitia*-arrest niet worden geconcludeerd dat tegenvallende bezoekersaantallen in het algemeen of als gevolg van overheidsmaatregelen naar verkeersopvatting voor risico van de huurder komen.

4.28.1 (iv) De positie van de verhuurder. Er lijkt soms enige aarzeling te bestaan om een omstandigheid die het huurgenot beperkt en waaraan de verhuurder 'niets kan doen', aan te merken als een gebrek.

4.28.2 Inderdaad kan ten aanzien van veel omstandigheden die niet aan de huurder toerekenbaar zijn, worden beargumenteerd dat de verhuurder daar 'wel iets aan kan doen', althans daarvoor verantwoordelijkheid draagt. Zo is de verhuurder niet verantwoordelijk voor weersomstandigheden zoals een storm, maar in beginsel wel voor beschadigingen aan de zaak als gevolg van een storm die het normaal te verwachten huurgenot aantasten en die de verhuurder kan verhelpen. Voorts is de verhuurder verantwoordelijk voor gebreken die ontstaan door zijn handelen, zoals bijvoorbeeld schending van de privacy van de huurder.

4.28.3 Daarentegen is de verhuurder niet aansprakelijk voor bepaalde omstandigheden die niet materieel op de zaak zelf inwerken, maar alleen op het genot daarvan, waarvan de huurder de afwezigheid niet mag verwachten. De verhuurder van een zeilboot, is niet verantwoordelijk voor goed zeilweer. De verhuurder van een woning is niet verantwoordelijk voor burengerucht (een feitelijke stoornis door derden zonder bewering van recht) of voor ontwikkelingen als verpaupering van de buurt en drugsoverlast. De verhuurder van een woning of bedrijfsruimte is niet verantwoordelijk voor ontwikkelingen in de omgeving die bijvoorbeeld het uitzicht of de toegankelijkheid van het gehuurde negatief beïnvloeden.

Maar dit kan anders zijn indien de betreffende externe omstandigheid in de invloedssfeer van de verhuurder ligt, zoals wanneer het burengerucht wordt veroorzaakt door een andere huurder van dezelfde verhuurder. Indien sprake is van een feitelijke stoornis door derden met bewering van recht, is dat de verantwoordelijkheid van de verhuurder voor zover hij jegens de huurder moet instaan voor de afwe-

zigheid daarvan (art. 7:211 BW), dus bijvoorbeeld wel voor de aanspraak van de onderhuurder die met dezelfde verhuurder een overeenkomst sloot, maar niet voor de aanspraak van de onderhuurder die met de huurder contracteerde. Voorts kunnen ontwikkelingen in de omgeving waarin de verhuurder een aandeel heeft, blijkens bijvoorbeeld HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7337, NJ 2012/278 (*Gemeente 's-Gravenhage/Strandpaviljoen Zuid*), wel een gebrek opleveren.

4.28.4 Ten slotte kan de verhuurder contractueel een verantwoordelijkheid op zich nemen, die hij anders in beginsel niet heeft. Indien de verhuurder een rustig gelegen vakantiewoning verhuurd, behoeft de huurder bijvoorbeeld geen drukke verkeersweg te verwachten.

4.29 Hoewel ten aanzien van veel genotsbeperkende omstandigheden die niet aan de huurder toerekenbaar zijn en dus een gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW vormen, kan worden beargumenteerd dat de verhuurder daar 'wel iets aan kan doen', althans daarvoor verantwoordelijkheid draagt, moet er voor worden gewaakt om alleen deze gedachte als onderliggende maatstaf te hanteren ter afbakening van het begrip 'gebrek'. Zoals eerder is opgemerkt (in 4.6 e.v.), gaat het bij de bepaling van de vraag of er een gebrek is niet om de vraag of de oorzaak van de genotsbeperking aan de verhuurder is toe te rekenen, maar of deze niet aan de huurder kan worden toegerekend.

4.30 (v) De gehuurde zaak of de exploitatie daarvan. Voorts wordt betoogd dat de coronamaatregelen voor risico van de huurder dienen te komen, omdat met de verhuurde zaak niets mis is. De zaak is nog steeds geschikt is om te worden gebruikt voor het overeengekomen doel. De coronamaatregelen betreffen niet de gehuurde zaak als zodanig. Deze maatregelen betreffen de exploitatie van de zaak door de huurder. Van Lochem stelt:

"de verhuurde panden zijn niet ongeschikt voor het overeengekomen gebruik, de belemmering ligt uitsluitend bij (de exploitatie door) de huurder zelf. De overheidsmaatregelen betreffen geen omstandigheid ten aanzien van het gehuurde (zoals bijvoorbeeld het bestemmingsplan dat wel is) die het gehuurde zelf ongeschikt maakt voor het overeengekomen gebruik. (...) Als we de horeca als voorbeeld nemen: nergens mocht de gelegenheid worden geboden om eten en drinken dat werd verkocht ter plaatse te nuttigen. Niet binnen en niet buiten. De maatregel zag niet op de locatie, niet op het gehuurde pand, en valt mijns inziens binnen de risicosfeer van de huurder. Daar zou tegenin kunnen worden gebracht dat de huurder het pand niet meer kan gebruiken voor het doel waarvoor het is gehuurd en dat dit gekenmerkt zou kunnen worden als een 'omstandigheid ten aanzien van het gehuurde'. Nu de omstandigheid in kwestie (de overheidsmaatregelen) echter geen verband houdt met het gehuurde, maar zich uitsluitend richt op de bevoegdheid van de huurder ten aanzien van een deel van zijn exploitatie, kan het mijns inziens niet worden aangemerkt als een gebrek dat zich buiten de risicosfeer van de huurder bevindt."

4.31 De gedachte dat een gedwongen sluiting in ver-

band met de coronapandemie voor risico van de huurder komt omdat de zaak nog steeds geschikt is om te worden gebruikt voor het overeengekomen doel, trekt de sfeer van de verantwoordelijkheid van de verhuurder naar mijn mening te nauw. Ook veranderingen in de omgeving van de verhuurde zaak kunnen onder omstandigheden een gebrek opleveren. Voorts kan een gebrek gelegen zijn in een wettelijk voorschrift dat, al of niet in verband met de gesteldheid van de zaak, een bepaald gebruik verbiedt. 4.32 Zoals eerder aan de orde kwam, biedt de formulering van de coronamaatregelen geen betrouwbaar kompas om de gebreksvraag te beantwoorden. Bij de bespreking van de ROZ-contracten kwam aan de orde dat contractueel een onderscheid kan worden gemaakt tussen het ter beschikking stellen als bedrijfsruimte en het exploiteren van een bepaald soort bedrijf in die ruimte. Ik concludeerde dat die contracten op zichzelf onvoldoende zijn om te worden beschouwd als een aanwijzing dat de coronamaatregelen voor risico van de huurder komen. Zij bieden daarom mijns inziens ook geen aanwijzing over het bestaan van een bepaalde verkeersopvatting op dit punt. Zie hiervoor in 4.18.

4.33 Ook overigens kan naar mijn mening niet gezegd worden dat een gedwongen sluiting van de horeca *niet* het gehuurde betreft, maar *alleen* de bevoegdheid van de huurder om het gehuurde te exploiteren. De coronamaatregelen richten zich tot de maatschappij in brede zin en zijn er op gericht om bewegingen van het publiek en contactmomenten tussen mensen te beperken. Indien een gedwongen sluiting van de horeca en van winkels alleen wordt toegerekend aan de exploitant van het betrokken bedrijf, wordt daarbij uit het oog verloren dat die exploitatie geschiedt in een pand. Het is de combinatie van het pand (op een bepaalde locatie) en het daarin uitgeoefende bedrijf (in een bepaald uitgaans- en/of winkelgebied), die normaliter zorgt voor de aanloop van het publiek. Het publiek komt niet naar lege panden, maar zonder panden komt het publiek ook niet naar een horecagelegenheid of een winkel. Het publiek kan wel zijn weg vinden naar bepaalde (meer) plaatsonafhankelijke horeca- of winkelactiviteiten, zoals een maaltijdbezorgservice of een webwinkel, maar die activiteiten worden in principe niet getroffen door een gedwongen horeca- of winkelsluiting. Een gedwongen sluiting betreft daarom in ieder geval niet alleen de exploitatie, maar ook het pand waar die exploitatie plaatsvindt (of, algemener gezegd, de locatie waar de exploitatie plaatsvindt, bijvoorbeeld een marktkraam). In zoverre kan naar mijn mening gezegd worden dat de huurder het pand niet meer kan gebruiken voor het doel waarvoor het is gehuurd.

#### *Standpuntbepaling*

4.34 De hiervoor genoemde lijnen samentrekkend, kom ik tot de volgende bevindingen. Daarbij geldt uiteraard het voorbehoud dat in een concreet geval de omstandigheden tot een andere conclusie kunnen leiden. Maar als uitgangspunt dient m.i. het volgende.

4.35.1 Volgens de wet is sprake van een gebrek indien een omstandigheid die het huurgenoet beperkt, voor zover thans van belang, *niet* voor risico van de



huurder komt. De gedwongen sluiting van de horeca in verband met de coronapandemie is een omstandigheid waar huurder noch verhuurder iets aan kan doen. Het komt daarmee volgens het denkschema van art. 7:204 lid 2 BW – primair (want op de achtergrond speelt nog de uitlegvraag) – aan op de vraag of er voldoende argumenten zijn, om deze omstandigheid in de risicosfeer van de huurder te plaatsen.

4.35.2 De parlementaire geschiedenis dwingt niet tot een bevestigende of een ontkennende beantwoording van de vraag of een gedwongen sluiting in verband met de coronapandemie een omstandigheid is, die al dan niet aan huurder kan worden toegerekend. De gedwongen sluiting van de horeca in verband met de coronapandemie is wel een voorbeeld van een onvoorziene wettelijke maatregel die het gebruik van het gehuurde belemmert, maar dat alleen is onvoldoende om te concluderen dat deze sluiting niet in de risicosfeer van de huurder valt.

4.35.3 De gedwongen sluiting is geen overheidsbelemmering die specifiek de persoon van de huurder betreft.

De maatregel is niet een de huurder persoonlijke betreffende omstandigheid op de grond dat deze lokaal van aard is. In de eerste plaats betreft de gedwongen sluiting een landelijke maatregel. Maar ook indien het zou gaan om een gedwongen sluiting in een deel van het land, is geen sprake van een lokale maatregel die specifiek de huurder betreft. Immers ook het verhuurde pand bevindt zich in de getroffen locatie. Bij de verhuur van onroerende zaken is de locatie van het gehuurde geen 'toevallige' omstandigheid, zoals bijvoorbeeld wel het geval was met de steigers die aan AKU waren verhuurd.

De maatregel is niet, of althans niet louter, een de huurder persoonlijke betreffende omstandigheid op de grond dat deze niet de verhuurde zaak, maar slechts de exploitatie daarvan betreft. Een gedwongen horeca- of winkelsluiting om de aanloop van het publiek en contactmomenten beperken, treft een horeca- of winkelbedrijf dat in een pand respectievelijk op een bepaalde locatie wordt geëxploiteerd.

4.35.4 De gedwongen sluiting in verband met de coronapandemie moet m.i. voorts worden onderscheiden van externe omstandigheden die het huurgenot negatief beïnvloeden, zoals slecht weer of verpaupering van de buurt. Hierbij gaat het weliswaar ook om omstandigheden waarop verhuurder en huurder geen invloed kunnen uitoefenen, maar daarmee is niet alles gezegd.

Immers de huurder van een zeilboot of vakantie-huisje weet, of althans behoort te weten, dat het weer kan tegenvallen. Indien hij desondanks een boot of huisje huurt, dan neemt hij daarmee het risico dat het weer tegenvalt. De huurder van een woning dient rekening te houden met de mogelijkheid dat bepaalde maatschappelijke verschijnselen, zoals verpaupering of drugsoverlast, zich in zijn buurt zullen kunnen voordoen. De huurder van een bedrijfsruimte dient rekening te houden met de mogelijkheid dat zijn zaak niet de aanloop zal hebben die hij verwachtte, omdat hij behoort te weten dat inschattingen over de aanloop van het publiek onjuist kunnen blijken te zijn en/of de voorkeuren van het publiek kunnen veranderen.

Daarentegen hoeft de huurder van een bedrijfsruimte – althans voordat de coronapandemie uitbrak en grote maatschappelijke gevolgen kreeg – geen rekening te houden met de mogelijkheid dat een dergelijke pandemie uitbreekt en de overheid in verband daarmee vergaande maatregelen als een gedwongen sluiting voor langere tijd treft.

4.36.1 Ik vind de argumenten voor het standpunt dat de gedwongen sluiting in verband met de coronapandemie (volledig) in de risicosfeer van de huurder valt, al met al onvoldoende overtuigend.

4.36.2 Het lijkt mij eerder denkbaar dat wordt geoordeeld dat de gedwongen sluiting in verband met de coronapandemie (volledig) buiten de risicosfeer van de huurder valt.

4.36.3 Ik neig nog meer naar het oordeel, dat het een risico betreft dat gedeeltelijk in de risicosfeer van de huurder valt op grond van de overweging dat deze sluiting beoogt de aanloop van het publiek en het aantal contactmomenten tussen mensen te beperken en daarmee betrekking heeft op een bedrijf dat wordt geëxploiteerd in een pand. Daarmee valt de maatregel enerzijds in de risicosfeer van de huurder omdat zij de exploitatiemogelijkheid betreft en anderzijds buiten de risicosfeer van de huurder omdat zij het pand betreft waarin die exploitatie moet plaatsvinden. Dat een omstandigheid gedeeltelijk aan de huurder en gedeeltelijk aan de verhuurder kan worden toegerekend, is in de rechtspraak in andere gevallen voor mogelijk gehouden en wordt door sommige auteurs ook verdedigd in verband met de gevolgen van de coronapandemie. Het voordeel van deze oplossing is dat er een bodem wordt gelegd voor een resultaat dat het nadeel verdeelt tussen huurder en verhuurder. Dat resultaat wordt ook bereikt bij toepassing van art. 6:258 BW, alleen dan met het argument dat de coronapandemie niet voor risico van een van beide partijen bij de huurovereenkomst komt. Omdat met het oog op een eventuele huurprijzvermindering op de voet van art. 7:207 BW de risicosfeer van de verhuurder begint waar de risicosfeer van de huurder eindigt (zie hiervoor in 4.8), is dit argument minder geschikt bij toepassing van de gebrekenregeling.

4.36.4 Als alternatief zou kunnen worden overwogen om de gebrekenregeling in een geval als het onderhavige slechts toe te passen in combinatie met art. 6:258 BW.

4.36.5 Een laatste alternatief is om art. 7:204 BW niet toe te passen. In de rechtspraak wordt hier soms onomwonden voor gekozen op grond van het argument dat het voor de uitkomst niet uitmaakt of sprake is van een gebrek, omdat in beide situaties art. 6:258 BW van toepassing is en tot dezelfde resultaten leidt.

4.37 Ik inventariseer enige consequenties van een keuze tussen de vijf hiervoor geschetste uitkomsten.

4.38 Indien (anders dan in 4.36.1 bedoeld) wordt geoordeeld dat de gedwongen sluiting volledig in de risicosfeer van de huurder valt, zou dit oordeel de toepassing van art. 6:258 BW kunnen compliceren. Bij toepassing van art. 6:258 BW zou immers de vraag kunnen rijzen of de coronacrisis, kort gezegd, een onvoorziene omstandigheid oplevert die op de voet van art. 6:258 lid 2 BW in de risicosfeer van de huurder valt. Net zoals bij de gebreksvraag, gaat het

dan ook om de afbakening van de risicosfeer van de huurder. De argumenten die bij de beantwoording van de gebreksvraag een rol hebben gespeeld, zullen bij toepassing van art. 6:258 BW een vergelijkbare rol spelen. Het oordeel dat geen sprake is van een gebrek maar wel van een omstandigheid als bedoeld in art. 6:258 BW die niet voor rekening van de huurder komt, zal dan in beginsel een nadere motivering vergen, als men voor wat betreft de risicosfeer van de huurder zou willen onderscheiden tussen art. 7:204 en art. 6:258 BW. (In de rechtspraak wordt overigens veelal voorkómen dat dit probleem praktisch geadresseerd moet worden, door het geschil alleen op de voet van art. 6:258 BW te beoordelen.)

4.39.1 Indien (zoals in 4.36.2 denkbaar werd geacht) zou worden geoordeeld dat gedwongen sluiting in verband met de coronapandemie geheel buiten de risicosfeer van de huurder valt en dus een gebrek in de zin van art. 7:204 BW oplevert, dan heeft de huurder recht op huurprijzvermindering op de voet van art. 7:207 BW.

4.39.2 De huurprijzvermindering kan ingevolge art. 7:207 lid 1 BW pas ingaan vanaf de dag waarop de verhuurder behoorlijk over het gebrek is geïnformeerd of het gebrek reeds in voldoende mate bekend was om tot maatregelen over te gaan, tot die waarop het gebrek is verholpen. Dit is restrictiever dan art. 6:258 BW, dat de rechter de mogelijkheid biedt de overeenkomst met terugwerkende kracht aan te passen.

4.39.3 Volgens art. 7:207 lid 1 kan de huurder "*in geval van vermindering van huurgenot ten gevolge van een gebrek een daaraan evenredige vermindering van de huurprijs vorderen (...)*". De bepaling kan worden gezien als een *lex specialis* ten opzichte van de bevoegdheid tot partiële ontbinding op grond van een tekortkoming (art. 6:265 en 6:270 BW). Op overeenkomstige wijze als bij een op partiële ontbinding gebaseerde prijsreductie dient de rechter bij toepassing van art. 7:207 lid 1 BW aan de hand van de gegevens uit het dossier en stellingen van partijen tot een schatting te komen welke huurprijzvermindering als evenredig heeft te gelden. Daarbij is de rechter niet gebonden aan de regels van stelplicht en bewijslast.

4.39.4 Het oordeel over de evenredigheid van de huurprijzvermindering is sterk afhankelijk van een waardering van de omstandigheden van het geval. In verband met de gedwongen sluiting zullen omstandigheden een rol spelen als de aard en inrichting van het gehuurde, het contractueel voorziene gebruik ervan en de mate waarin dit gebruik door de sluiting in verband met de coronapandemie wordt verhinderd. Indien bijvoorbeeld een winkel met opslagruimte is verhuurd en de huurder de opslagruimte gebruikt zowel voor verkoop in de fysieke winkel als in een webwinkel, dan heeft de huurder nog het genot van de opslagruimte voor zover het betreft de webwinkel. Een restaurant heeft om dezelfde reden nog enig nut van de keuken, indien daarin tijdens de sluiting van het restaurant voor het publiek afhaalmaaltijden worden bereid.

4.39.5 Gezien de aard van het onderhavige gebrek (indien wordt geoordeeld dat daarvan sprake is), komt het m.i. per saldo aan op de vraag in hoeverre de gedwongen sluiting de mogelijkheden voor een nor-

male (althans gezien de omstandigheden, zo normaal mogelijke) bedrijfsvoering van de huurder aantast. Daarom ligt het in de rede om bij het vaststellen van de omvang van het verminderde huurgenot in beginsel te refereren aan het verlies van omzet voor zover dat kan worden toegerekend aan de gedwongen sluiting, over een bepaalde periode in vergelijking met voordien behaalde omzetten. Dit verlies geeft een indicatie van de last die de huurder ondervindt van de beperking in zijn bedrijfsvoering als gevolg van de gedwongen sluiting. In zoverre kan de toepassing van art. 7:207 BW aansluiten bij de hierna te bespreken toepassing van art. 6:258 BW.

4.39.6 Toepassing van art. 7:207 BW leidt er in beginsel toe dat het door de huurder ondervonden nadeel volledig ten laste van de huurder wordt gebracht. Indien wordt geoordeeld dat het huurgenot gedurende een bepaalde tijd volledig (of bijvoorbeeld voor de helft) is weggefallen, dan volgt uit art. 7:207 BW dat de huurprijs voor die tijd niet (of slechts voor de helft) verschuldigd is. Dat is logisch, omdat de vermindering van de huurprijs overeenstemt met de vermindering van het huurgenot. In zoverre is het resultaat, per definitie, evenredig. Het is echter de vraag of volledig recht wordt gedaan aan het type geval indien uitsluitend de vermindering van het huurgenot wordt gehanteerd als maatstaf. Er is immers, zoals hierna (in 5.5 en 5.9) zal blijken, ook sprake van onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 BW.

4.39.7 Het is de vraag of art. 7:204 lid 2 in verbinding met art. 7:207 BW ruimte laat (zoals art. 6:258 BW doet) om de 'pijn' van een gedwongen sluiting tussen huurder en verhuurder te verdelen. De maatstaf van vermindering van het huurgenot biedt die ruimte als zodanig niet, zodat een correctie op het resultaat van toepassing van die maatstaf BW dient te worden gebaseerd op andere omstandigheden. De ruimte daarvoor kan in beginsel op verschillende manieren worden gevonden.

In de eerste plaats kan art. 7:207 BW worden gelezen tegen de achtergrond van de algemene regeling van art. 6:265 BW. Dan volgt uit het *Tenzij-arrest* dat bij beantwoording van de vraag of de tekortkoming de (hier: gedeeltelijke) ontbinding met haar gevolgen rechtvaardigt, alle omstandigheden van het geval van belang kunnen zijn. De *tenzij-clausule* van art. 6:265 lid 1 BW is gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid, zodat daarnaast weinig behoefte bestaat aan, en dus weinig ruimte over blijft voor, een daarvan te onderscheiden werking van de redelijkheid en billijkheid. Men kan dit laatste ook omdraaien: de *tenzij-clausule* biedt kennelijk behoorlijk wat ruimte voor een op de omstandigheden van het geval toegesneden afweging.

In de tweede plaats kan (ook indien art. 7:207 BW niet wordt gelezen tegen de achtergrond van art. 6:265 BW) een andere uitkomst dan op basis van louter de in art. 7:207 BW genoemde evenredigheidsmaatstaf worden bereikt, indien onverkorte toepassing van art. 7:207 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:248 lid 2 BW).

In beide gevallen rijst de vraag welke gronden het oordeel rechtvaardigen dat wordt afgeweken van

het uitgangspunt van een met de beperking van het huurgenot evenredige prijsvermindering. De beoordeling op dit punt zal mijns inziens gelijkenis vertonen met die in het kader van een beroep op onvoorziene omstandigheden. Men zou daarom ook kunnen denken aan een gecombineerde toepassing van art. 7:204, 7:207 en 6:258 BW om een nuancering op de maatstaf van art. 7:207 BW te bereiken.

4.40 Nu rijst het zojuist (in 4.39.7) besproken punt indien ervan wordt uitgegaan dat de gedwongen sluiting van de horeca in het geheel niet in de risicosfeer van de huurder valt. Indien (zoals in 4.36.3 mogelijk werd geacht) wordt geoordeeld dat de gedwongen sluiting deels in de risicosfeer van de huurder valt, dan geldt het bij 4.39.1 e.v. opgemerkte mutatis mutandis. Aansluiting bij art. 6:258 BW ligt m.i. dan nog meer in de rede.

4.41.1 De bespreking van de mogelijkheid dat de gedwongen sluiting niet dan wel gedeeltelijk niet in de risicosfeer van de huurder valt, sorteert al voor op het (in 4.36.4 genoemde) alternatief om de gebrekenregeling in een geval als het onderhavige slechts toe te passen in combinatie met art. 6:258 BW.

4.41.2 Voor dit alternatief pleit dat art. 7:204 lid 2 BW in verbinding met art. 7:207 BW ervan lijkt uit te gaan dat een niet aan de huurder toerekenbare verstoring van het huurgenot steeds een gebrek oplevert en recht op huurvermindering geeft, terwijl het algemene verbintenissenrecht meer varianten kent.

4.41.3 In het algemene verbintenissenrecht wordt het geval dat een verhindering van de nakoming door de schuldenaar zijn oorzaak vindt in een omstandigheid aan de zijde van de schuldeiser die aan deze laatste kan worden toegerekend, geregeld in de art. 6:58 e.v. inzake het schuldeisersverzuim.

Daarnaast kent het algemene verbintenissenrecht de figuur van 'schuldeisersovermacht'. Dit is het geval dat een verhindering van de nakoming door de schuldenaar zijn oorzaak vindt in een omstandigheid aan de zijde van de schuldeiser die aan deze laatste niet kan worden toegerekend. Dit geval is niet wettelijk geregeld. De rechtsgevolgen van schuldeisersovermacht worden volgens de parlementaire geschiedenis bepaald door de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2, 6:248 en 6:258 BW). Naast het geval van schuldeisersovermacht wordt wel het geval van 'onmogelijkheid van rechtsuitoefening' onderscheiden, al is de afbakening tussen beide begrippen niet duidelijk. Ik versta eronder dat de schuldeiser weliswaar niet verhinderd is om de prestatie in ontvangst te nemen, maar de prestatie door omstandigheden geen of veel minder waarde voor de schuldeiser heeft gekregen. De rechtsgevolgen hiervan worden beheerst door de redelijkheid en billijkheid, in het bijzonder art. 6:258 BW.

Schuldeisersverzuim, schuldeisersovermacht en onmogelijkheid van rechtsuitoefening hebben gemeen dat er geen tekortkoming is aan de zijde van de schuldenaar, omdat deze zijn prestatie heeft vervuld, althans bereid en in staat is om zijn prestatie te verrichten.

4.41.4 In een klassiek geval van schuldeisersverzuim, zoals de verhindering om de prestatie wegens ziekte in ontvangst te nemen, zou volgens de gebrekenregeling sprake zijn van een aan de huurder toe te rekenen

('hem persoonlijk betreffende') omstandigheid, zodat geen sprake is van een gebrek en de verhuurder dus niet tekortschiet. In zoverre lopen het algemene verbintenissenrecht en de gebrekenregeling gelijk op. Daarentegen lijkt art. 7:204 lid 2 BW gevallen van 'schuldeisersovermacht' en niet aan de huurder toerekenbare gevallen van 'onmogelijkheid van rechtsuitoefening' binnen de omschrijving van een gebrek te brengen en dus (anders dan het algemene verbintenissenrecht) automatisch als een tekortkoming van de verhuurder aan te merken. Dit kan de risicosfeer van de verhuurder ter zake van de tegenprestatie echter behoorlijk oprekken.

4.41.5 In het licht van het algemene verbintenissenrecht moet worden geconstateerd dat het gebrek/geen gebrek-schema van art. 7:204 lid 2 BW, dat nog voortbouwt op het arrest *AKU/Stalen Steiger*, slecht past op bepaalde gevallen waarin

(i) de huurder "in de onmogelijkheid is komen te verkeren om van zijn recht op huurgenot gebruik te maken", en

(ii) overtuigende argumenten ontbreken om het risico van de aan die onmogelijkheid ten grondslag liggende omstandigheden op de gronden als genoemd in art. 6:75 BW uitsluitend toe te rekenen aan de huurder, terwijl

(iii) dergelijke argumenten ook ontbreken voor toerekening op de gronden als genoemd in art. 6:75 BW aan de verhuurder (al is dit laatste geen vraag die volgens art. 7:204 lid 2 BW beantwoording behoeft).

In een dergelijk geval ligt het meer in de rede om de oplossing te zoeken in toepassing van art. 6:258 BW, dat nuanceringen toelaat. Deze bepaling lijkt beter geschikt als kader voor de beoordeling van de gevolgen van de coronapandemie voor gesloten overeenkomsten, dan specifieke regels zoals art. 7:204 in verbinding met art. 7:207 BW. Ik meen daarom dat, voor zover sprake is van een gebrek, toepassing van art. 7:207 BW niet tot andere resultaten dient te leiden dan toepassing van art. 6:258 BW.

4.42.1 In dit verband kan nog worden gewezen op het met de huur van bedrijfsruimte enigszins verwante pachtrecht. Dat kent de regel dat de pachter aanspraak heeft op een vermindering van de pacht prijs over een pachtjaar of een pachtseizoen, gedurende hetwelk ten gevolge van buitengewone omstandigheden de opbrengst van het bedrijf aanzienlijk minder is geweest dan bij het aangaan van de overeenkomst te verwachten was of de pachter tijdelijk het genot van het gepachte geheel of gedeeltelijk heeft moeten missen (art. 7:330 lid 1 BW). Tot vermindering geven geen aanleiding een verlaging van de prijs van de voortbrengselen van het bedrijf, omstandigheden welke aan de pachter zijn toe te rekenen of waarvan hij de gevolgen door verzekering of op andere wijze redelijkerwijs had kunnen voorkomen en schade, welke de pachter op een ander kan verhalen (art. 7:330 lid 2 BW). Mede gezien de regeling van art. 7:330 BW, sluit art. 7:335 BW uit dat bij pacht op grond van art. 6:258 BW een wijziging van de tegenprestatie dan wel van de vergoeding wordt gevorderd. Valk betoogt dat dit alleen de herziening door de Grondkamer voor de toekomst betreft en niet in de weg staat aan toepassing van art. 6:258 BW over een reeds verschenen tijdvak.

4.42.2 Art. 7:330 BW biedt steun voor de gedachte dat het risico dat de huurder ten gevolge van buitengewone omstandigheden de verhuurde bedrijfsruimte niet normaal kan exploiteren, niet uitsluitend in de risicosfeer van de huurder ligt en in zoverre ook de verhuurder aangaat. Dit kan dienen als argument bij de bevestigende beantwoording van de vraag of de verplichte sluiting van de horeca een gebrek oplevert.

4.42.3 Men kan deze overweging echter ook breder trekken, en haar toepassen op alle gevolgen van de coronapandemie ("buitengewone omstandigheden") die een aanzienlijke invloed hebben op de exploitatie van het gehuurde. De argumenten die pleiten voor een bevestigende beantwoording van de door de kantonrechter gestelde prejudiciële vraag 1 (en in het verlengde daarvan voor de hieronder voorgestelde beantwoording van vraag 2), gelden mutatis mutandis daarom ook voor dergelijke gevolgen.

4.43.1 Na dit alles kan de vraag rijzen of het niet praktischer is om art. 7:204 BW niet toe te passen op de gevolgen van de coronapandemie, zoals in de rechtspraak wel gebeurt (zoals vermeld in 4.36.5), en alleen art. 6:258 BW te gebruiken. Ik zie hier de volgende aandachtspunten.

4.43.2 In denk dat de bedoelde vraag kan rijzen, omdat er (impliciet) van wordt uitgegaan dat het beroep op art. 6:258 BW in bedrijfsruimtehuurzaken wordt gebaseerd op de grond, dat het gehuurde door gedwongen sluiting of andere gevolgen van de coronapandemie niet de normale exploitatiemogelijkheid oplevert voor de huurder. Dit lijkt mij een terechte veronderstelling (zie hierna in 5.5 en 5.9). Het gaat dan om een aantasting van het contractuele evenwicht. Dit raakt echter de sfeer van art. 7:204 BW of, ruimer gezegd, de sfeer waarin de huurder ten gevolge van buitengewone omstandigheden de verhuurde bedrijfsruimte niet normaal kan exploiteren. Dit lijkt mij niet onbelangrijk voor de afbakening van het soort gevallen waarop art. 6:258 BW wordt toegepast bij bedrijfsruimtehuur.

De aanwezigheid van art. 7:204 BW verklaart immers waarom er een verschil bestaat tussen enerzijds een huurder van een pand die als ondernemer een horecagelegenheid exploiteert en huurprijzvermindering wenst over de periode van gedwongen sluiting, en anderzijds de eigenaar van een pand die als ondernemer een horecagelegenheid exploiteert en die wordt geconfronteerd met tijdens de gedwongen sluiting doorlopende financieringslasten.

Indien een beroep op art. 6:258 BW door de huurder daarentegen bijvoorbeeld zou worden gegrond op (uitsluitend) door de coronacrisis ontstane betalingsonmacht, dan betreft dat een omstandigheid die als zodanig niet specifiek gerelateerd is aan de exploitatiemogelijkheid van een gehuurde bedrijfsruimte omdat betalingsonmacht bij allerlei soorten overeenkomsten kan spelen.

4.43.3 De gedachte dat art. 7:204 BW geen rol hoeft te spelen, berust voorts wellicht op de overweging dat op grond van het dwingende karakter van art. 6:258 BW een van art. 7:204 e.v. BW afwijkende contractuele regeling kan worden genegeerd (zoals wellicht in veel tot nu toe door de rechter beslechte gevallen aan de orde is geweest).

Zoals eerder is opgemerkt (in 4.38), veronderstelt toepassing van art. 6:258 BW echter dat de gebreksvraag niet (volledig) ontkennend wordt beantwoord op de grond, kort gezegd, dat de coronacrisis naar verkeersopvattingen voor risico van de huurder komt. In zoverre ontkomt men denk ik niet aan de invloed van art. 7:204 BW.

4.43.4 Met inachtneming van het voorgaande kunnen bij een geheel of gedeeltelijk bevestigende beantwoording van de gebreksvraag, zoals opgemerkt (in 4.41.1), de rechtsgevolgen daarvan worden afgestemd op die van art. 6:258 BW.

*Beantwoording van de vragen 1 en 2*

4.44 Ik kom tot de slotsom dat de vragen 1 en 2 als volgt beantwoord kunnen worden.

Vraag 1: Behoudens een afwijkende contractuele regeling, is een gedwongen sluiting van de horeca in verband met de coronapandemie in beginsel aan te merken als een niet volledig aan de huurder toe te rekenen omstandigheid waardoor de zaak aan de huurder niet het genot kan verschaffen dat de huurder mag verwachten, zodat in zoverre sprake is van een gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW.

Vraag 2: De rechtsgevolgen hiervan voor wat betreft de verschuldigdheid van de huurprijz dienen te worden beoordeeld aan de hand van (art. 7:207 BW in verbinding met) art. 6:258 BW.

## 5 Onvoorziene omstandigheden

5.1 De vragen 3 en 4 betreffen de regeling van de onvoorziene omstandigheden. Ik ben ik het voorgaande al een beetje op deze regeling vooruitgelopen. Wat betreft het algemene overeenkomstenrecht wordt de regeling voor onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW) vrij algemeen beschouwd als de meest voor de hand liggende remedie voor aanpassing van een contractuele verhouding op grond van de coronacrisis. Dit artikel is van dwingend recht (art. 6:250 BW), zodat bijvoorbeeld contractuele uitsluitingen van het recht op prijsvermindering (art. 7:207 BW) niet aan toepassing ervan in de weg staan. De rechter kan op grond van art. 6:258 BW de gevolgen van de overeenkomst wijzigen of (al dan niet gedeeltelijk) ontbinden en hieraan terugwerkende kracht verbinden, en aldus tot een maatwerkoplossing komen rekening houdend met alle omstandigheden van het geval.

5.2 Van onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 kan alleen sprake zijn voor zover het omstandigheden betreft die op het ogenblik van tot stand komen van de overeenkomst nog in de toekomst lagen. Voor de kwalificatie als 'onvoorzien' komt het aan op de vraag of partijen de mogelijkheid van het optreden van de omstandigheden hebben willen voorzien of althans stilzwijgend die mogelijkheid hebben verdisconteerd.

De onvoorziene omstandigheden moeten van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst mag verwachten (art. 6:258 lid 1 BW). Aan dit vereiste zal niet snel zijn voldaan: redelijkheid en billijkheid verlangen in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord en laten afwijking daarvan slechts bij hoge uitzondering toe. Daaruit volgt dat de rechter terughoudendheid moet

betrachten ten aanzien van de aanvaarding van een beroep op onvoorziene omstandigheden. Een wijziging of ontbinding van de overeenkomst is niet in overeenstemming met de redelijkheid en billijkheid wanneer de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich daarop beroept (art. 6:258 lid 2 BW). Een belangrijke categorie gevallen waarin art. 6:258 wordt toegepast betreft een ernstige verstoring in de waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties bij wederkerige overeenkomsten.

Bij een wijziging of ontbinding op de voet van art. 6:258 moet de rechter concretiseren wat de redelijkheid en billijkheid van partijen in hun verhouding eisen. De rechter moet in zijn beslissing zoveel mogelijk rekening houden met de oorspronkelijke bedoeling van partijen en de strekking van de overeenkomst.

*Onvoorziene omstandigheid als bedoeld in art. 6:258 BW?*

5.3 In eerste instantie moet worden bezien of de coronacrisis een onvoorziene omstandigheid oplevert en, zo ja, of de verhuurder dan ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst kan verwachten respectievelijk of deze omstandigheid voor risico van de huurder komt. Daarna komen de rechtsgevolgen van toepassing van art. 6:258 BW aan de orde.

5.4 Zoals hiervoor vermeld (in 3.3) gaat het bij toepassing van art. 6:258 BW niet specifiek om de door een overheidsmaatregel gedwongen sluiting van winkel of horecabedrijf, maar meer in het algemeen om de vraag of de coronacrisis, dat wil zeggen de coronapandemie met haar gevolgen, als 'onvoorziene omstandigheid' inwerkt op het contractuele evenwicht. In de gepubliceerde rechtspraak wordt bij de kwalificatie als onvoorziene omstandigheid geen strikt onderscheid gemaakt tussen dwingende coronamaatregelen van de overheid en andere gevolgen van de coronacrisis. In de uitspraken wordt in dit verband verwezen naar 'de coronacrisis' of 'beperkende (overheids)maatregelen' of beide.

5.5 De coronacrisis is naar mijn mening een omstandigheid waarvan in de regel kan worden aangeneomen dat zij niet is verdisconteerd in huurovereenkomsten die zijn aangegaan voordat zicht bestond op het ontstaan en de mogelijke gevolgen van de coronapandemie. Dit volgt m.i. uit het gegeven dat een gezondheidscrisis met de ernst, omvang, impact en duur van de coronapandemie alsmede de tegen de verspreiding van het virus getroffen overheidsmaatregelen ongekend zijn. Het ligt daarom in beginsel niet in de rede om te veronderstellen dat partijen deze buitengewone omstandigheden waardoor de huurder de verhuurde bedrijfsruimte niet normaal kan exploiteren, in hun overeenkomst hebben verdisconteerd.

Ook in de mij bekende rechtspraak, in zowel kort geding als bodemzaken, wordt in deze zin geoordeeld ten aanzien van de coronacrisis en/of de beperkende overheidsmaatregelen. Het Duitse recht bevat een wettelijk vermoeden dat bij huur van bedrijfsruimte en pacht sprake is van een '*Wegfall der Geschäftsrundlage*' in de zin van § 313 BGB indien overheidsmaatregelen in verband met de coronapandemie het

gebruik van de zaak onmogelijk maken of ernstig bemoeilijken.

5.6.1 Niet ondenkbaar is dat uitleg van de overeenkomst tot de conclusie leidt dat de coronacrisis daarin wel is verdisconteerd. Bij huurovereenkomsten voor bedrijfsruimte die voorafgaand aan de coronacrisis zijn gesloten, zal dit in beginsel niet het geval zijn, vermoed ik. Bij uitleg van de overeenkomst aan de hand van de Haviltexmaatstaf dient immers de vraag beantwoord te worden of partijen er over en weer redelijkerwijs van mochten uitgaan of een eventuele in hun overeenkomst opgenomen risicoverdeling ook bedoeld is om voor een situatie als de coronacrisis. Het beroep op algemene bepalingen in 'pre-corona overeenkomsten' dient in dit licht te worden bezien.

5.6.2 Zo is, indien in een voor de coronapandemie gesloten overeenkomst een exoneratie voor ziekte of een epidemie is bedongen, niet zonder meer gegeven dat daarmee bedoeld is ook de extreme impact van de coronapandemie daaronder te laten vallen.

5.6.3 Voorts is in de rechtspraak verworpen het argument dat de coronamaatregelen van de overheid in de huurovereenkomst zijn verdisconteerd nu deze maatregelen als een gebrek kwalificeren en een vordering tot huurprijsvermindering vanwege een gebrek contractueel is uitgesloten.

5.6.4 Eveneens is verworpen het argument dat de coronacrisis en in verband daarmee genomen overheidsmaatregelen in de huurovereenkomst zijn verdisconteerd omdat partijen een vaste huurprijs zijn overeengekomen. Dat ligt m.i. voor de hand, omdat een vaste huurprijs als zodanig niets zegt over de vraag of daarin het 'coronarisco' is verdisconteerd. Diezelfde vraag kan gesteld worden ten aanzien van overeenkomsten die voorzien in omzethuur met een vaste basishuur. Door uitleg van de overeenkomst zal m.i. moeten worden vastgesteld of het omzetafhankelijke gedeelte van de huurprijs geldt ongeacht de redenen voor de fluctuaties in de omzet en of hetzelfde geldt voor de vaste basishuurprijs, ook indien sprake zou zijn van een gebrek. Daarbij kan mede een rol spelen of partijen zijn uitgegaan van een bepaalde bandbreedte van de verhouding tussen de basishuurprijs en de omzetafhankelijke huurprijs.

5.7 Een afbakeningsvraag is vanaf welk moment voor de contractspartijen zicht bestond op het ontstaan en de gevolgen van de coronapandemie. De prejudiciële vragen stellen dit punt niet aan de orde, zodat ik er kort over kan zijn. In dit verband kan bijvoorbeeld worden gedacht aan 27 februari 2020 (de datum waarop zich de eerste besmetting in Nederland voordeed), 11 maart 2020 (de datum waarop de WHO de uitbraak van het coronavirus als een pandemie heeft erkend) of 15 maart 2020 (het begin van de 'intelligente lockdown'). Ook wordt wel, minder specifiek, verwezen naar het moment dat de situatie in Nederland en de rest van Europa in volle omvang duidelijk is geworden.

Gezien art. 6:258 BW komt het uiteindelijk aan op de vraag wat de partijen in het concrete geval in hun overeenkomst hebben voorzien. Dit kan mede afhangen van de aard en inhoud van de overeenkomst, omdat niet elke overeenkomst op gelijke wijze wordt geraakt door op een bepaald moment in verband

met de coronapandemie aangekondigde of getroffen maatregelen. Bovendien kunnen partijen een meer of minder dan gemiddelde 'vooruitziende' blik hebben gehad. En ten slotte is denkbaar dat partijen (ieder voor zich) wellicht een bepaalde inschatting van bepaalde corona-gerelateerde risico's hebben gemaakt, maar dat zij daaromtrent geen (stilzwijgende) afspraken in hun overeenkomst hebben gemaakt. Weliswaar zal de vraag of een omstandigheid voorzienbaar was, in de regel medebepalend zijn voor de vraag wat partijen over en weer mochten verwachten, maar het is geen automatisme dat alle omstandigheden die partijen hebben (kunnen) voorzien ook in hun overeenkomst zijn verdisconteerd.

5.8 Indien sprake is van een onvoorziene omstandigheid, komt het vervolgens aan op de vraag of de verhuurder naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid al dan niet ongewijzigde instandhouding van de huurovereenkomst mag verwachten. Onderdeel van deze vraag is of de onvoorziene omstandigheid voor risico komt van de huurder die wijziging of ontbinding verlangt.

5.9 Ik meen dat als uitgangspunt kan worden aangenomen dat de coronacrisis een onvoorziene omstandigheid is die kan meebrengen dat de verhuurder naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding van de huurovereenkomst mag verwachten.

In de literatuur is erop gewezen dat vanwege de in acht te nemen terughoudendheid ook in verband met de coronacrisis een geslaagd beroep op onvoorziene omstandigheden uitzondering zal zijn. Onder meer Schelhaas & Spanjaard wijzen er m.i. terecht op dat de coronacrisis anders is dan voorgaande crises, omdat ze als een gezondheids crisis is begonnen en door veelomvattend overheidsingrijpen ter bescherming van de volksgezondheid is verdiept. Dit uitzonderlijke karakter brengt mee dat de coronacrisis, anders dan een economische crisis, minder snel tot het ondernemersrisico van de huurder wordt gerekend. Uit de bespreking van de gebreksvraag is gebleken dat de coronacrisis een wezenlijk element van de overeenkomst voor de huur van bedrijfsruimte kan treffen. Ten aanzien van de gebreksvraag is hiervoor geconcludeerd dat overtuigende argumenten ontbreken om het risico van de aan die onmogelijkheid ten grondslag liggende omstandigheden uitsluitend toe te rekenen aan de huurder en dat dergelijke argumenten ook ontbreken voor toerekening aan de verhuurder. Dit volstaat voor de inschakeling van art. 6:258 BW.

#### *Huurprijzvermindering*

5.10 Het hangt af van de omstandigheden van het geval of en in hoeverre het in 5.9 bedoelde uitgangspunt dient te leiden tot aanpassing van een overeenkomst.

5.11 In de regel ligt een tijdelijke wijziging of gedeeltelijke ontbinding meer voor de hand dan blijvende aanpassingen, omdat het bij huur gaat om een duurovereenkomst en de coronacrisis geacht kan worden in haar huidige vorm tijdelijk van aard te zijn. Ten aanzien van huurprijzverlaging op grond van de coronacrisis is in de mij bekende bodemuitspraken tot dusver ook steeds gekozen voor een tijdelijke wijziging van de huurprijzovereenkomst. Overigens be-

hoeft bij een wijziging in dit verband niet alleen te worden gedacht aan een vermindering van de huurprijs, maar ook een verruiming van betalingstermijnen en/of een beperking of uitsluiting van de contractuele verschuldigdheid van rentes of boetes.

Ik bespreek hierna de huurprijzvermindering, omdat de prejudiciële vragen daarop gericht zijn. Ik maak daarbij geen onderscheid tussen de wijziging van de contractuele huurprijs op de voet van art. 6:258 BW die de rechter in een bodemzaak kan uitspreken en de daarop anticiperende ordemaatregel zoals een huuropschorting die de voorzieningenrechter kan uitspreken.

5.12 In de literatuur heeft Tjittes de suggestie gedaan om het nadeel van de coronacrisis gelijkkelijk te verdelen tussen beide contractspartijen nu geen van hen blaam treft. Van dit uitgangspunt zou echter moeten worden afgeweken indien oorspronkelijk een andere risico-verdeling is overeengekomen. Deze 'share the pain' (ofwel 'share the burden' of '50/50') benadering is door andere schrijvers als uitgangspunt positief beoordeeld met de kanttekening dat het nadeel in veel contractuele relaties niet evenredig of gelijksoortig zal zijn. Kritischer zijn Van Boom en Snel, die benadrukken dat de toepassing van art. 6:258 vraagt om maatwerk.

Met het oog op een tijdelijke huurprijzvermindering, lijkt mij als uitgangspunt aanvaardbaar om de 'pijn' in beginsel gelijkkelijk over verhuurder en huurder te verdelen. Bij gebrek aan contra-indicaties komt men nu eenmaal op een 50/50-benadering uit. Het uitgangspunt berust dus op de afwezigheid van argumenten voor een andere verdeling. In concrete gevallen kunnen die argumenten wel aanwezig zijn. De 50/50-benadering is m.i. dan ook geen 'hard' uitgangspunt, maar een vertrekpunt waarmee kan worden gewerkt zolang er geen omstandigheden zijn die een afwijking daarvan rechtvaardigen.

5.13 De beoordeling of en in hoeverre de coronacrisis dient te leiden tot tijdelijke huurprijzvermindering is, zoals gezegd, afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. Deze constatering is nogal onbepaald. Ik orden de omstandigheden als volgt:

(i) belemmeringen in de bedrijfsvoering van de huurder;

(ii) het omzetverlies; en

(iii) overige omstandigheden.

#### *(i) Belemmeringen in de bedrijfsvoering van de huurder*

5.14 Als gevolg van de coronacrisis wordt het contractuele evenwicht verstoord omdat de huurder niet dan wel beperkt gebruik kan maken van de gehuurde bedrijfsruimte. Dit kan gaan om een sluiting, maar ook om andere belemmeringen. Er is m.i. in dit opzicht geen principieel verschil tussen een huurder die wordt getroffen door een dwingende overheidsmaatregel (zoals de verplichte sluiting van de horeca) en een huurder die wordt getroffen door een dringend advies van de overheid of andere gevolgen van de coronapandemie. In de rechtspraak is m.i. terecht niet uitgesloten dat een beroep op onvoorziene omstandigheden ook bij een 'vrijwillige' sluiting denkbaar is.

Dit wil niet zeggen dat het verschil tussen een van overheidswege verplichte sluiting en een door de omstandigheden gedwongen 'vrijwillige' sluiting of

andere belemmering per definitie irrelevant is. Dit ziet dan echter op de vraag of aannemelijk is dat de huurder in zijn bedrijfsvoering is getroffen door oorzaken die te herleiden zijn tot de coronapandemie. De stelplicht en bewijslast daarvan rusten volgens de hoofdregel van art. 150 Rv op de huurder die huurprijzvermindering vordert. Bij een verplichte sluiting is dat bewijs eenvoudig geleverd. In andere gevallen kan dat bewijs lastiger zijn.

5.15 Bij toepassing van art. 6:258 BW kan de vraag rijzen of de huurder de mogelijkheid heeft benut om door aanpassingen van zijn bedrijfsvoering in te spelen op de coronacrisis. Ik vermoed dat een ondernemer in beginsel zal zoeken naar mogelijkheden om de bedrijfsvoering aan te passen aan de belemmeringen als gevolg van de coronapandemie, bijvoorbeeld door het gehuurde (meer) te gebruiken voor het bezorgen en afhalen van eten en drinken of door click-and-collect voor winkels. Voor zover de huurder daarin slaagt, vermindert dit het nadeel dat hij lijdt doordat aanvullende inkomsten worden gegenereerd of kosten worden bespaard.

Mocht discussie ontstaan of de huurder in dit opzicht het redelijkerwijs mogelijke heeft gedaan, dan dient m.i. bedacht te worden dat wellicht verschillende keuzes ten aanzien van een aangepaste bedrijfsvoering denkbaar zijn. Het is aan de huurder om die keuzes te maken. De huurder kent immers zijn bedrijf en de daarin werkzame mensen het beste en heeft ook jegens hen verantwoordelijkheden.

Mocht de verhuurder echter aannemelijk kunnen maken dat er serieuze aanwijzingen zijn dat de huurder een voor de hand liggende keuze om de bedrijfsvoering aan te passen niet heeft gemaakt en kan de huurder daarvoor geen aannemelijk verklaring geven, dan is denkbaar dat wordt geoordeeld dat de gevolgen van de belemmeringen in de bedrijfsvoering in zoverre aan hem moeten worden toegerekend op grond van art. 6:258 lid 2 BW. Hetzelfde geldt voor kostenbesparingen die de huurder als gevolg van de beperking van de exploitatie van het gehuurde volgens de verhuurder had kunnen realiseren.

#### (ii) *Het omzetverlies*

5.16 Het uitgangspunt dat art. 6:258 BW terughoudend moet worden toegepast, brengt mee dat ingrijpen in het contract slechts gerechtvaardigd is indien de gevolgen van de coronacrisis voor de exploitatie van het gehuurde voldoende ernstig zijn. Die gevolgen kunnen tot uitdrukking komen in het omzetverlies dat de huurder in het gehuurde heeft geleden als gevolg van de coronacrisis. Het is aan de huurder om te stellen en, bij betwisting, voldoende aannemelijk te maken wat het omzetverlies is en dat dit kan worden toegerekend aan de coronacrisis. Daartoe kan de huurder bijvoorbeeld financiële of boekhoudkundige gegevens in het geding te brengen.

In de rechtspraak wordt wel overwogen dat indien gedurende enige periode sprake is geweest van een omzetsdaling van minder dan 30% ten opzichte van een vergelijkbare periode in het verleden, de huurder dient te onderbouwen dat die omzetsdaling het gevolg is geweest van de coronamaatregelen.

5.17 Het oordeel dat de gevolgen van c.q. het omzetverlies door de coronacrisis voor de huurder voldoende ernstig zijn om ingrijpen op de voet van art.

6:258 BW te rechtvaardigen, vergt uiteindelijk een waardering door de rechter van de omstandigheden van het geval. Een harde drempel voor het omzetverlies kan daarom m.i. niet gegeven worden. Het gaat immers niet alleen om het omzetverlies per periode (van bijvoorbeeld een maand), maar ook om de duur van het omzetverlies. Voor toekenning van de TVL geldt een drempel van een omzetverlies van 30% op kwartaalbasis (dit verdisconteert dus enige fluctuaties per maand). Een dergelijk verlies is zeker voldoende ernstig te noemen, maar kan m.i. niet als ondergrens worden gebruikt bij toepassing van art. 6:258 BW.

5.18 Een voor de praktijk belangrijke vraag is hoe het omzetverlies moet worden vastgesteld. Omwille van de hanteerbaarheid en een zoveel mogelijk uniforme toepassing van de rekenmethode is het wellicht goed om hiervoor enige uitgangspunten te formuleren.

5.19.1 Art. 6:258 BW grijpt aan op een verstoring van het contractuele evenwicht door de coronacrisis. Het omzetverlies dient daarom te worden bepaald voor het huurobject waarop de overeenkomst betrekking heeft. Het gaat dus niet om de omzet die de huurder met andere activiteiten heeft behaald of de omzet die door met de huurder gelieerde vennootschappen is behaald. Een afwijking van dit uitgangspunt zal gemotiveerd dienen te worden.

5.19.2 Mocht een huurovereenkomst betrekking hebben op meerdere huurobjecten, dan zal in beginsel een splitsing moeten worden gemaakt per huurobject. Dit is anders indien één huurprijs is afgesproken voor de huur van verschillende objecten, omdat het contractuele evenwicht dan bestaat uit enerzijds het genot van die objecten en anderzijds de daarvoor te betalen totaalprijs.

5.19.3 De omstandigheid dat sprake is van onderhuur is op zich geen reden voor een verdeling van het coronagerelateerde nadeel (33/33/33) tussen verhuurder, huurder en onderhuurder. In beide huurrelaties (hoofdhuur en onderhuur) dient zelfstandig te worden beoordeeld of en, zo ja, op welke wijze het nadeel verdeeld dient te worden.

5.20.1 Omdat het gaat om een verstoring van het contractuele evenwicht door de coronacrisis, dient het omzetverlies te worden bepaald door vergelijking van de omzet in de periode(n) waarop de huurvermindering betrekking zou hebben met de omzet in de corresponderende periode(n) vóór de coronacrisis. Als uitgangspunt kan dienen een vergelijking met de meest nabij gelegen periode waarin de coronacrisis zich nog niet deed voelen. Als uitgangspunt ligt een vergelijking met het jaar 2019 daarom voor de hand, al is voor januari en februari 2021 ook denkbaar dat januari en februari 2020 als referentieperiode kunnen dienen.

5.20.2 Als uitgangspunt kan voorts dienen dat een vergelijking van omzetten per (ongeveer een) maand geschikt is. Omzetten kunnen bij een normale bedrijfsvoering door de loop van het jaar heen fluctueren en de verschillende coronamaatregelen hebben veelal een beperkte geldingsduur. De maand mei 2020 dient daarom te worden vergeleken met de maand mei 2019 en niet met een gemiddelde maandomzet van 2019. Deze benadering laat uiteraard ook toe om een bepaalde periode in 2020 te vergelijken

met dezelfde periode in 2019.

5.20.3 Het omzetverlies als gevolg van de coronacrisis fungeert, kort gezegd, als uitdrukking van de aantasting van het huurgenot (de exploitatiemogelijkheid) door de coronacrisis. Indien het beroep op art. 6:258 BW hierop wordt gegrond (vgl. hiervoor in 4.43.2), dan is er in beginsel geen reden om ook voor de periode na afloop van de beperkende maatregelen in te grijpen in de overeenkomst.

5.20.4 Om dezelfde reden is er op zichzelf geen grond om omzet die wordt behaald na het einde van de beperkende overheidsmaatregelen te betrekken bij het omzetverlies als gevolg van de coronacrisis (hierna: latere omzet). Ontwikkelingen in de omzet na het einde van de beperkende overheidsmaatregelen staan in beginsel los van het omzetverlies als gevolg van de aantasting van het huurgenot (de exploitatiemogelijkheid) door de coronacrisis. Dat in de periode na het einde van de beperkende overheidsmaatregelen het huurgenot niet meer wordt aangetast, neemt niet weg dat dit wel was aangetast gedurende de periode dat deze maatregelen golden.

Latere omzet zou vanuit een soort schadeperspectief wellicht wel relevant kunnen zijn. De redenering is dan dat bepaalde omzet weliswaar later is behaald, maar bij afwezigheid van de beperkende maatregelen zou zijn behaald in de periode dat de beperkende maatregelen golden, en verder geen effect heeft op toekomstige omzet. Het probleem met deze redenering is dat bij een terugkerende vraag naar een bepaald product of dienst (bijvoorbeeld het gaan naar de kapper) het heel moeilijk is om vast te stellen dat latere omzet in de plaats komt van eerdere omzet en geen effect heeft op toekomstige omzet. Om een voorbeeld te geven: iemand die elke zes weken naar de kapper gaat (in week 6, 12, 18 etc.) en in week 6 niet naar de kapper kon omdat de kapper gesloten was in verband met de corona maar in week 12 weer open kan gaan, pakt in de weken 12 en 18 zijn reguliere patroon weer op. Daarmee wordt de verloren omzet van week 6 niet ingehaald. Hetzelfde geldt als deze klant in week 10 weer naar de kapper kan gaan, en vervolgens zijn patroon voortzet door in de weken 16 en 22 weer te komen.

5.20.5 Aan de stelling (van de huurder) dat later omzetverlies toch moet worden verdisconteerd, zullen dus hoge motiveringseisen moeten worden gesteld. Hetzelfde geldt voor de stelling (van de verhuurder) dat latere omzet toch moet worden verdisconteerd.

5.21 Bij het bepalen van het omzetverlies speelt voorts de vraag of, en zo ja hoe, rekening dient te worden gehouden met door de huurder ontvangen overheidssubsidies. Het debat betreft vooral de TVL. Zoals hiervoor is vermeld (in 3.10.1 e.v.) is de TVL een bijdrage in de financiering van de vaste lasten van de onderneming, dus ook de huur, en is het subsidiepercentage in de opeenvolgende kwartalen verhoogd van 50% naar 100% vanaf het tweede kwartaal 2021. In de feitenrechtspraak is, m.i. terecht, vrijwel eensluidend geoordeeld dat de TVL dient te worden betrokken in de huurprijzvermindering. Over de wijze waarop dit dient te plaats te vinden, bestaat echter geen overeenstemming.

5.22.1 Ik stel voorop dat een over een bepaalde periode toegekend bedrag aan TVL niet kan worden ver-

eenzelvigd met de door de huurder in die periode volgens de huurovereenkomst verschuldigde huurprijs. 5.22.2 In de eerste plaats ziet een bedrag aan TVL op de onderneming die het aangaat. Indien de TVL is toegekend aan een onderneming met verschillende vestigingen waarvoor afzonderlijke huurovereenkomsten gelden, zal het bedrag moeten worden verdeeld over de daarvoor in aanmerking komende vestigingen. Indien partijen hierover geen informatie verschaffen, zal de rechter een deel van het bedrag kunnen toerekenen aan de betrokken vestiging, bijvoorbeeld door dit bedrag te delen door het aantal vestigingen.

5.22.3 In de tweede plaats wordt het bedrag aan TVL gebaseerd op het aandeel vaste lasten in de omzet in de desbetreffende branche zoals bepaald door het CBS, bijvoorbeeld 25% voor 'Eet- en drinkgelegenheden' en 15% voor 'Detailhandel' (zie hiervoor in 3.10.4). Er wordt dus geabstraheerd van de vraag of een ondernemer in werkelijkheid hogere of lagere lasten heeft. Dit geldt ook voor het deel van de TVL dat kan worden toegerekend aan de huurlasten (hierna: het huurdeel).

5.23 In de rechtspraak zijn verschillende methoden ontwikkeld om het bedrag aan TVL dat over een bepaalde periode is ontvangen te verdisconteren, steeds rekening houdend met het omzetverlies in een bepaalde periode en het uitgangspunt dat 'de pijn' in beginsel 50/50 tussen partijen verdeeld moet worden.

5.24.1 In de eerste plaats is er een lijn in de rechtspraak volgens welke de TVL bij de omzet wordt opgeteld (verder: 'de omzetsmethode').

5.24.2 Exemplarisch voor deze methode is het vonnis van 9 maart 2021 van de kantonrechter te Amsterdam. Hierin is geoordeeld dat het deel van de TVL dat verband houdt met de huur bij de omzet moet worden opgeteld omdat dat deel bedoeld is ter dekking van de lopende huur en dus een directe dempende werking heeft op de negatieve gevolgen van het afgenomen huurgenot (rov. 14). Nu de huurder echter de gehele TVL bij de omzet van 2020 heeft opgeteld en niet kan worden vastgesteld welk deel van de TVL gerelateerd is aan de huur, wordt inzake de wijziging van de huurprijs voor het jaar 2020 uitgegaan van dit omzetcijfer (rov. 15). Voorts werd overwogen:

"20. (...) dat als sprake is van een omzetsdaling als gevolg van de coronacrisis (hierna: *d*), de huurprijs in beginsel wordt gewijzigd, waarbij als uitgangspunt geldt dat de tegenvaller gelijkelijk over de huurder en de verhuurder moet worden verdeeld. Indien sprake is van een omzetsdaling van 100% wordt de oorspronkelijke huurprijs (hierna: *oh*) in beginsel verminderd met 50%. De gewijzigde huurprijs (hierna: *gh*) kan dan worden berekend volgens deze formule:  $oh - (d\% \div 2) = gh$ .

21. In onderhavig geval dient de omzet afgezet te worden tegen de omzet die is gemaakt in 2019. In 2020 is ten opzichte van 2019 een omzetsdaling van 75% vastgesteld. Dit leidt tot een vermindering van de huurprijs met 37,5%. Dit betekent concreet voor bijvoorbeeld de huurovereenkomst inzake de 48 hoteltkamers dat de gewijzigde huur na 16 maart 2020 tot en met december 2020 € 25.955,53 exclusief btw



per maand bedraagt, te weten € 41.528,84 – (75% ÷ 2 = 37,5%)."

Deze methode is in andere vonnissen overgenomen, waarin de formule ook wel is herschreven als:

(oude) huurprijs x percentage omzetvermindering x 50%  
5.24.3 In deze methode wordt de NOW, anders dan (een deel van) de TVL, niet bij de in 'coronatijd' behaalde omzet opgeteld. Het argument hiervoor is dat deze subsidie buiten beschouwing dient worden gelaten omdat de tegemoetkoming weliswaar in boekhoudkundige zin deel uitmaakt van de omzet maar uitdrukkelijk bedoeld is om bij te dragen aan de loonkosten. Dit strookt met de gedachte dat, zo mogelijk, alleen het huurdeel van de TVL bij de omzet moet worden opgeteld.

5.24.4 Een eerste variant op de omzetmethode is om de gehele TVL bij de omzet op te tellen, met als argument dat met de TVL-uitkering, net als bij de gemaakte omzet, de kosten die de huurder maakt, kunnen worden bestreden (de NOW werd niet bij de omzet opgeteld omdat dit de loonkosten betreft). Het is in deze variant niet nodig om op zoek te gaan naar het huurdeel in de TVL vergoeding.

5.24.5 Een tweede variant op de omzetmethode blijkt uit Rb. Rotterdam 16 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6652 (Herbel/Kadine). Hier wordt de omzet tijdens corona bepaald inclusief TVL en NOW:

"3.4 Onder 'omzet' moet wat de formule om de huurprijsvermindering te kunnen berekenen betreft echter niet alleen worden verstaan 'het bedrag aan verkochte goederen'. Bij die, om het zo te noemen, 'gewone omzet' moet opgeteld worden het bedrag aan steun dat Kadine in die maanden van de overheid heeft gekregen. Het gaat dan om de vergoeding voor de vaste lasten (TVL) én om de loonkostenvergoeding (NOW). Normaal gesproken worden immers van de omzet (het inkomen) ook alle kosten (loon, huur, andere vaste lasten) betaald. In de coronatijd verstrekt de overheid aan in dit geval Kadine 'extra inkomen' om die kosten mee te kunnen (blijven) betalen. De kantonrechter ziet niet in waarom dit 'extra inkomen' bij de vraag hoeveel de huurprijsvermindering bedraagt buiten beschouwing zou moeten worden gelaten. Onder 'coronaomzet' moet dan ook worden verstaan de 'gewone omzet + de TVL + de NOW'. Die 'coronaomzet' moet worden vergeleken met de 'gewone omzet' in dezelfde maand van het jaar daarvoor. De 'coronaomzetdaling' is het percentage waarmee de omzet in vergelijking met die andere maand gedaald is."

5.24.6 Deze varianten kunnen tot aanzienlijk verschillende uitkomsten leiden. Stel :

A: de omzet voor corona is 240.

B: de omzet tijdens corona is 60. Het percentage omzetverlies is dan  $(240-60) = 180/240$ , dus 75%.

C: het huurdeel in het TVL bedrag is 30. Indien dit naast B wordt meegenomen, is het percentage omzetverlies  $(240-90) = 150/240$ , dus afgerond 62%.

D: het TVL bedrag is 100. Indien dit naast B wordt meegenomen, is het percentage omzetverlies  $(240 - 160) = 80/240$ , dus 33%.

E: het NOW bedrag is 50. Indien dit naast B en D wordt meegenomen, is het percentage omzetverlies  $(240 - 210) = 30/240$ , dus 12%.

Stel dat de oude huurprijs 40 is, dan leidt de omzetmethode tot de volgende uitkomsten:

Korting = $40 \times 62\% \times 50\% = 12,4$	De huurprijs wordt $40 - 12,4 = 27,6$
Korting = $40 \times 33\% \times 50\% = 6,6$	De huurprijs wordt $40 - 6,6 = 33,4$
Korting = $40 \times 12\% \times 50\% = 2,4$	De huurprijs wordt $40 - 2,4 = 37,6$

5.24.7 Er is in de omzetmethode ruimte voor discussie over de vraag of alleen het huurdeel van de TVL, de gehele TVL, dan wel de TVL en NOW bij de omzet moet worden opgeteld, omdat de methode enigszins op twee gedachten lijkt te hinken. Alleen rekening houden met het huurdeel van de TVL strookt met de gedachte dat door de coronacrisis het huurgenoet is aangetast en dat daartegenover een bepaalde huurprijsvermindering gerechtvaardigd is, dit laatste uiteraard voor de zover huurkosten niet door de overheid zijn gecompenseerd. Het optellen van de vergoeding bij de omzet, leidt echter tot de m.i. terecht vraag waarom niet alle subsidies bij de omzet worden opgeteld.

Voorts vergt de oorspronkelijke omzetmethode dat het huurdeel in de TVL wordt vastgesteld. De TVL werkt echter niet met een bepaald huurdeel. Korevaar heeft voorgesteld om ook voor het huurdeel te varen op CBS-cijfers over de gemeten gemiddelde huisvestingslasten als percentage van de overige vaste kosten. Dat past op zichzelf bij de 'abstracte' wijze waarop de TVL wordt berekend, maar voegt een verdere abstractie toe aan de bepaling van het nadeel.

5.25.1 In de tweede plaats is er de door de kantonrechter te Enschede ontwikkelde methode om de TVL bij de hoogte van de huur te betrekken (verder: 'de huurprijsmethode').

5.25.2 Het gaat hier niet om het bedrag aan TVL (zoals in de omzetmethode), maar om het subsidiepercentage van de vaste lasten dat de TVL in een bepaald kwartaal biedt. Volgens deze methode wordt op basis van het subsidiepercentage van de TVL bepaald welk deel van de huur niet door de TVL wordt gedekt. Zo was het subsidiepercentage TVL Q1 2021 85%, zodat het niet-gedekte deel van de huur 15% bedraagt. Deze 15% is de te verdelen 'pijn'. In de kwartalen dat het subsidiepercentage 100% is, is er volgens deze methode geen 'pijn' te verdelen. Rb. Overijssel 8 april 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:1502, overwoog: **197** "4.8. Er zijn echter ook argumenten te vinden om de TVL-vergoeding bij de hoogte van de huur te betrekken in plaats van bij de omzet. Met name nu het subsidiepercentage fors is uitgebreid (85% en 100%) leidt dit tot grote verschillen. Die verschillen waren eerder, bij het lagere subsidiepercentage, niet zo groot. Voor de onderhavige situatie zou dit betekenen - voor het eerste kwartaal - dat 85% van de huur wordt vergoed, zodat 15% van de huur geldt als de te verdelen pijn. Pan zou dan een huurprijsvermindering toekomen van 6% (omzetverlies 80% : 2 x 15% huur) (...).

Voor het tweede kwartaal (Q2) komt Pan dan geen huurprijsvermindering toe omdat de tegemoetkoming voor die periode 100% bedraagt. Nu de TVL-

vergoeding per januari 2021 flink is uitgebreid acht de kantonrechter het toepassen van deze laatste manier hier het meest rechtvaardig. De te verdelen pijn is immers het deel dat nog nadeel oplevert doordat het niet wordt gedekt door de TVL. Bovendien kan bij een 100% tegemoetkoming niet langer worden volgehouden dat naar de maatstaven van de redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de huurovereenkomst niet mag worden verwacht. Van 'pijn' die nog verdeeld moet worden is dan geen sprake.

4.9. Voor de berekening van het omzetverlies ziet de kantonrechter aanleiding om uit te gaan van de omzetcijfers op basis van de maanden januari en februari als vermeld in productie 14 (€ 74.812: € 352.274 = 0,21, wat neer komt op afgerond 80% omzetverlies).

4.10. Uit het bovenstaande volgt dat de kantonrechter voor de periode vanaf datum dagvaarding tot 1 april een huurprijsvermindering van 6% redelijk acht (80% : 2 x 15% huur). Pan kan dan volstaan met betaling van 94% van de huur voor deze periode. Voor een hogere korting ziet de kantonrechter op dit moment onvoldoende aanknopingspunten."

Als een soort vroege variant van de huurprijsmethode kan worden beschouwd het vonnis van de kantonrechter te Nijmegen van 2 februari 2021 waarin voor de periode dat de horeca volledig gesloten was een huurkorting van 25% redelijk werd geacht, rekening houdend met het TVL-subsidiepercentage van 50%. Een latere variant is Rb. Overijssel 24 augustus 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:3383, rov. 5.19, waarin werd gerekend met het gemiddelde subsidiepercentage over 15 maart 2020 tot en met maart 2021.

5.25.3 Om het verschil met de omzetmethode te illustreren verwijs ik naar het in 5.24.6 gegeven voorbeeld. Daaraan moet nog het toepasselijke TVL-subsidiepercentage worden toegevoegd. Stel dat dit 85% is. Volgens de huurprijsmethode is de te verdelen pijn (100% oude huurprijs) – (subsidiepercentage TVL 85%) = 15% van de oude huur. Dit percentage wordt vermenigvuldigd met het omzetverliespercentage. Ik ga ervan uit dat dit het omzetverlies is zonder dat nog rekening wordt gehouden met andere overheidssubsidies dan de TVL. In mijn voorbeeld is (bij A 240, B 60) het omzetverlies 75%. De oude huur is 40. De pijn wordt 50/50 verdeeld.

De huurkorting is dan (oude huurprijs) 40 x (niet gecompenseerd subsidiepercentage) 15% x (omzetverlies) 75% x (de pijn delen) 50% = 2,25. De huurprijs wordt 40 – 2,25 = 37,75.

5.25.4 Tegen de huurprijsmethode kan naar mijn mening worden ingebracht dat de TVL is gebaseerd op een door het CBS per branche berekend gemiddeld percentage aan vaste lasten, en niet op het werkelijke aandeel vaste lasten in de omzet van een bepaalde huurder. Om die reden lijkt onzeker dat de huurlasten in werkelijkheid tot het subsidiepercentage zijn gedekt. Die onzekerheid volgt ook uit het gegeven dat de TVL aan de onderneming c.q. groep wordt toegekend en niet aan een bepaalde vestiging.

5.26.1 In de derde plaats is er de methode die de TVL afrekt van de werkelijke vaste lasten (verder: 'de vastelastenmethode').

5.26.2 Deze methode is aanvaard in Hof Amsterdam

14 september 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2728 (Dam Square/Swissôtel):

"3.27 Partijen verschillen van mening over de wijze waarop de TVL bij de toepassing van de 50/50-formule moet worden verwerkt. Volgens Swissôtel moet die bij de behaalde omzet worden opgeteld. (...) Dam Square meent daarentegen dat de TVL van de totale vaste lasten moet worden afgetrokken, waarna het percentage huurkorting wordt berekend door het aan de huur toe te rekenen gedeelte van het restant van de vaste lasten te vermenigvuldigen met 50% van het omzetalingspercentage. (...)

3.28 Het hof is voorshands van oordeel, dat de TVL niet moet worden opgeteld bij de omzet, maar moet worden afgetrokken van de totale vaste lasten op de wijze die Dam Square voorstaat. Indien en voor zover een huurder voor de huurlast wordt gecompenseerd door de overheid, heeft dat immers effect op de eerder bedoelde verstoring van de waardeverhouding. Die verstoorde waardeverhouding is nu juist de grond voor de toepassing van artikel 6:258 BW in huurrelaties. "Sharing the pain" betekent immers niet dat de verhuurder vanwege Corona uit solidariteit altijd een deel van de omzetterugloop van de huurder zou moeten compenseren. In dit verband is van belang dat inmiddels duidelijk is geworden dat de overheid zelf ervan uitgaat dat de toegekende TVL wordt gebruikt om daadwerkelijk de huur te betalen. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de brief van de betrokken ministers en staatssecretarissen aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 12 maart 2021, waarin zij schrijven:

*Bedrijven die onder het gemiddelde zitten krijgen de facto meer dan 100% van hun vaste lasten vergoed in relatie tot het omzetverlies. Het omgekeerde geldt ook. Bedrijven die hogere vaste lasten hebben dan het gemiddelde van de sector zullen ook na deze intensivering hun vaste lasten niet voor 100% vergoed krijgen. Met name voor deze situaties blijft het kabinet dan ook een beroep doen op partijen verderop in de keten om hun bijdrage te leveren waar mogelijk. (...)*

3.33 Swissôtel heeft niet betwist dat het bedrag aan TVL waarop zij aanspraak heeft in de eerste twee kwartalen van 2021, hoger is dan haar vaste lasten in die periode. Uit de uitgangspunten die hiervoor zijn geformuleerd vloeit dan voort dat over de periode vanaf 1 januari 2021 de vordering tot opschorting zal worden afgewezen.

3.34 Voor de maanden november en december 2020 is de berekening van de huurkorting als volgt. Totale vaste lasten (2 x € 141.107,= is) € 282.214,=. Daarvan af de ontvangen TVL (twee derden van € 90.000,= is) € 60.000,=. Van het restant ad € 222.214,= heeft (afgerond) 62% (zijnde 87.481 : 141.107) betrekking op de huur, dat is € 137.763,=.

De winstdaling in het laatste kwartaal van 2020 kan op basis van bladzijde 5 van de aangifte voor de TVL over dat kwartaal met bijtelling van de helft van de onderhuur over die drie maanden, aldus worden berekend. De gecorrigeerde gerealiseerde omzet is € 71.687+ € 27.288,=, totaal dus € 98.975,=. Dit betekent ten opzichte van de omzet over datzelfde kwartaal in 2019 van € 1.804.436 een daling van 94,5%. 50% van 94,5% van € 137.763,= levert over november en december 2020 een korting op van (naar boven

afgerond) € 65.093,=, dat is € 32.547,= per maand." Volgens deze methode wordt de huurkorting als volgt berekend:

*(totale werkelijke vaste lasten – TVL bedrag) x (huurdeel van de werkelijke vaste lasten) x percentage omzetvermindering x 50%*

5.26.3 Om het verschil met de andere methoden te illustreren verwijs ik naar het in 5.24.6 gegeven voorbeeld. Het TVL bedrag is 100, het omzetverlies 75% en de bestaande huur 40. Daaraan moet nog het bedrag aan totale werkelijke vaste lasten worden toegevoegd. Stel dat dit 160 is. Dan is het huurdeel van de totale werkelijke vaste lasten 25%.

De huurkorting is dan  $(160 - 100) = 60 \times 25\% \times 75\% \times 50\% = 5,6$ . De huurprijs wordt dan  $40 - 5,6 = 34,4$ .

5.27 De vastelastmethode sluit aan bij de overwegingen

(i) dat door de coronacrisis het huurgenot (de exploitatiemogelijkheid) is aangetast, zoals dat tot uitdrukking komt in gedaalde omzetcijfers, en

(ii) dat tegenover die aantasting van het huurgenot een bepaalde huurprijsvermindering gerechtvaardigd is, echter voor zover de huurkosten niet reeds door een overheidssubsidie worden gecompenseerd, en waarbij voorts

(iii) de pijn in beginsel 50/50 tussen verhuurder en huurder wordt verdeeld.

5.28 In de vastelastmethode wordt gewerkt met de werkelijke bedragen aan totale vaste lasten, huurlasten en TVL-vergoeding. Het is daarom niet nodig om uit te wijken naar een door het CBS berekend percentage huurlasten als onderdeel van de vaste lasten, dat uiteraard kan afwijken van de werkelijke verhouding die voor een bepaalde huurder geldt.

Voorts is de vastelastmethode toepasbaar ongeacht of het door het CBS berekende aandeel vaste lasten overeenkomt met de werkelijke vaste lasten van de huurder en ongeacht de hoogte van het subsidiepercentage aan TVL in een bepaald kwartaal (50, 85 of 100%).

5.29.1 In lijn met de door het Hof Amsterdam toegepaste methode kan het volgende worden opgemerkt over andere overheidssubsidies.

5.29.2 Wat betreft de NOW ben ik het eens met de lijn in de feitenrechtspraak dat deze subsidie buiten beschouwing dient worden gelaten. Anders dan in de omzetsmethode is in de vastelastmethode meteen duidelijk waarom de NOW niet wordt verdisconteerd. De NOW ziet op de loonkosten en staat dus los van de aantasting van het evenwicht in de huurovereenkomst tussen huurgenot en huurprijs door de coronacrisis.

5.29.3 De Tozo houdt evenmin (rechtstreeks) verband met de huurlasten maar beoogt het inkomen van de ontvanger te verhogen tot het bestaansminimum en dient daarom naar mijn mening buiten beschouwing te blijven.

5.29.4 De TOGS is bedoeld als een tegemoetkoming in de totale vaste lasten. De TOGS is eenmalig in 2020 toegekend, omvat niet alleen de huurlasten en betreft een relatief beperkt bedrag (€ 4.000). In verband met de omzetsmethode is in de rechtspraak wel geoordeeld dat het effect van deze subsidie op het totale omzetverlies verwaarloosbaar is en dat dit uit een oogpunt van hanteerbaarheid buiten beschou-

wing kan worden gelaten. De TOGS kan in de vastelastmethode van het Hof Amsterdam m.i. op dezelfde wijze worden behandeld als de TVL. Dit zal echter alleen (een bepaalde periode in) 2020 betreffen.

5.30 Ik kom tot een afronding. In de rechtspraak zijn huurkortingspercentages in verschillende orden van grootte gehanteerd (zoals eerder gezegd, versta ik daaronder in deze conclusie ook in kort geding bepaalde huuropschortingspercentages). Daarbij was veelal het (geschatte) percentage omzetverlies indicatief voor het percentage huurkorting, waarbij soms extra omstandigheden werden verdisconteerd, of werd gerefereerd aan de periode dat geen respectievelijk beperkt exploitatie mogelijk was.

Daarna zijn in de rechtspraak verschillende formules ontwikkeld, die hiervoor zijn besproken. Het bepalen van de huurprijsvermindering volgens een formule verdient naar mijn mening de voorkeur omdat daarmee het toegepaste percentage huurkorting beter voorspelbaar zal zijn en uniformiteit in de wijze van beoordeling wordt bevorderd. Naar mijn mening is de door het Hof Amsterdam toegepaste methode van de drie besproken methodes (en hun varianten) als uitgangspunt de meeste geschikte om de TVL te verdisconteren.

Omdat de toepassing van art. 6:258 BW afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, is denkbaar dat in een concreet geval voor een andere aanpak wordt gekozen.

5.31 In de rechtspraak is als uitgangspunt algemeen aanvaard dat 'het nadeel' – dat m.i. dient te worden vastgesteld op de hiervoor (in 5.14-5.30) besproken wijze – tussen partijen 50/50 wordt verdeeld, tenzij op grond van de omstandigheden van het geval tot een andere verdeling moet worden gekomen. Deze benadering is in de uitzonderlijke context van de coronacrisis naar mijn mening juist, mits de rechter bij de toepassing daarvan de omstandigheden van het geval niet uit het oog verliest. In dit verband kunnen de overige omstandigheden van het geval een rol spelen.

*(iii) Overige omstandigheden*

5.32 Toepassing van de redelijkheid en billijkheid veronderstelt dat het mogelijk is om rekening te houden met alle omstandigheden van het geval. In de literatuur wordt geopperd dat in de beoordeling de gezichtspunten betrokken kunnen worden die een rol spelen bij de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. In de context van huurprijsvermindering op grond van de coronacrisis lijkt het dan met name te gaan om de aard en ernst van de betrokken belangen (de omvang van het omzetverlies van de huurder, in hoeverre is verhuurder afhankelijk van de huur voor bijvoorbeeld diens financieringslasten) en de maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van partijen (grote retailer of kleine eenmanszaak als huurder versus een institutionele belegger of een particuliere belegger). Deze benadering blijkt ook uit bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 10 december 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:12434, rov. 3.11:

"Met name zal van belang zijn wat partijen zijn overeengekomen, de hoedanigheid van partijen, in hoeverre de huurder door de overheidsmaatregelen werd geraakt, de mate waarin de huurder van door

de overheid is gecompenseerd en, in hoeverre de huurder anders had kunnen of moeten handelen, alsmede de belangen en de financiële positie van de verhuurder. Het enkele verlies van omzet in die periode is van groot belang, maar niet zonder meer doorslaggevend."

In de rechtspraak wordt echter ook wel een restrictiever beleid gevoerd ten aanzien van de te verdisconteren omstandigheden. Zo overwoog Rb. Rotterdam 29 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7530:

"3.2 (...) Door zowel een huurder als een verhuurder kunnen begrijpelijkerwijze tal van nuanceringen en alternatieve benaderingen worden bepleit, zoals ook in deze zaak is gebeurd, maar naar mate fijnmaziger beoordeeld wordt, roept dat niet alleen ook steeds fijnmaziger debat op, maar leidt het er ook toe dat de verhuurder als het ware met terugwerkende kracht de bedrijfsvoering van de huurder gaat heroverwegen en dat roept zoveel vragen op, dat die benaderingswijze in de rechtspraak in het algemeen niet wordt gevolgd, omdat zij praktisch in redelijkheid niet werkbaar is."

5.33 In verband met het type geval dat hier aan de orde is – door corona is het huurgenot (de exploitatiemogelijkheid) aangetast, zoals dat tot uitdrukking komt in gedaalde omzetcijfers – is hiervoor reeds ingegaan op:

- het verband met de kwalificatie als gebrek (4.37 e.v.);
- de mogelijkheid dat het contract een regeling van het coronarisico kan inhouden (5.6.1 e.v.);
- het ontbreken van een principieel verschil tussen verplichtende en andere overheidsmaatregelen (5.14);
- de mogelijkheid dat het gedrag van de huurder, die onvoldoende inspeelt op de crisis, in de afweging een rol kan spelen (5.15);
- de situatie van onderhuur (5.19.3); en
- de mate waarin de huurder in zijn exploitatiemogelijkheid (omzet) wordt geraakt en de wijze waarop overheidssteun daarbij kan worden verdisconteerd (o.m. 5.19.1 e.v. en 5.27--5.30).

5.34 Zoals vermeld dient bij onderhuur in beide huurrelaties (hoofdhuur en onderhuur) zelfstandig te worden beoordeeld of en, zo ja, op welke wijze het nadeel verdeeld dient te worden. Het is denkbaar dat het exploitatienadeel dat de hoofdhuurder lijdt bestaat uit het nadeel dat hij als onderverhuurder lijdt. De huurkorting die de onderhuurder toekomt, levert een nadeel in de exploitatie van de hoofdhuurder/onderverhuurder op.

De omstandigheid dat de onderverhuurder op eigen initiatief genoeg genomen heeft met een lagere huurprijs van de onderhuurder, komt mij op zichzelf niet relevant voor. Het gaat erom om of de door de onderverhuurder aan de onderhuurder toegestane huurkorting overeenstemt met hetgeen voortvloeit uit de wet. Dit dient de onderverhuurder in zijn verhouding tot de hoofdhuurder aannemelijk te maken. Indien dat het geval is, dan heeft de onderverhuurder – niet alleen in zijn verhouding met de onderhuurder, maar ook voor zover hij redelijkerwijs rekening dient te houden met de belangen van de hoofdhuurder – in beginsel redelijk gehandeld door deze korting te verlenen, ook zonder dat de onderhuurder daarom heeft verzocht of zonder dat

daarover tussen onderverhuurder en onderhuurder is geprocedeerd. Dit laatste kan anders liggen indien zou blijken dat de onderhuurder geen aanspraak op een huurkorting zou hebben willen of kunnen maken.

5.35 Dan resteren omstandigheden die betrekking hebben op, met name, de hoedanigheid van partijen en hun financiële positie. Hierbij kan men denken aan omstandigheden als:

- (a) de huurder is een grote retailer dan wel een kleine eenmanszaak;
- (b) de verhuurder is een institutionele belegger dan wel een particuliere belegger;
- (c) de verhuurder is voor zijn pensioen afhankelijk van de huurinkomsten;
- (d) de verhuurder kan de pijn niet ergens ander neerleggen;
- (e) de huurder is een ondernemer die ook andere activiteiten heeft die nog renderen;
- (f) de huurder zou met een beter financieel beleid in de voorgaande jaren beter in staat zijn geweest de klappen van de coronacrisis op te vangen (bijvoorbeeld omdat hij ondanks goede resultaten naliet reserves aan te leggen).

5.36 De in 5.35 onder (a)–(f) genoemde omstandigheden zijn naar mijn mening hoogstens van secundair belang.

De afweging op de voet van art. 6:258 BW is er immers op gericht om te bepalen in hoeverre de huurprijs moet worden aangepast om het verlies aan exploitatiemogelijkheden als gevolg van de coronacrisis te verdisconteren. In eerste instantie zal de beoordeling van het beroep op art. 6:258 BW daarom dienen plaats te vinden aan de hand van de omstandigheden die daarop betrekking hebben. Tot dergelijke omstandigheden behoren niet de hiervoor in 5.35 onder (a)–(f) bedoelde omstandigheden.

Een correctie op de uitkomst van de zojuist bedoelde afweging is m.i. denkbaar, omdat art. 6:258 BW in het algemeen verwijst naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid en in dat verband kunnen alle omstandigheden van het geval een rol spelen (het is dus niet nodig om hiervoor uit te wijken naar art. 6:248 lid 2 BW). Het is daarom denkbaar dat in tweede instantie omstandigheden zoals genoemd in 5.35 onder (a)–(f) in de beoordeling worden betrokken, indien daarop een gemotiveerd beroep wordt gedaan door de partij die betoogt dat ook dergelijke omstandigheden een rol behoren te spelen in de beoordeling. Het verdient mijns inziens aanbeveling om de rol van dergelijke omstandigheden afzonderlijk tot uitdrukking te brengen in de motivering van het rechterlijk oordeel.

5.37.1 Ik merk over de afzonderlijke in 5.35 onder (a)–(f) genoemde omstandigheden nog het volgende op.

5.37.2 De onder (a) en (b) genoemde omstandigheden die zien op de 'omvang' van een partij lijken mij in beginsel niet van belang. Zij suggereren dat een grote partij een klap beter kan opvangen dan een kleine partij, maar dat hangt maar af van de situatie (onder meer hoeveel klappen die grote partij nog meer te verduren heeft).

5.37.3 In beginsel lijken mij de onder (c) en (d) bedoelde omstandigheden niet relevant. Dat de verhuurder deelt in de pijn, komt omdat het risico dat

de huurder ten gevolge van buitengewone omstandigheden de verhuurde bedrijfsruimte niet normaal kan exploiteren, niet uitsluitend in de risicosfeer van de huurder ligt en in zoverre ook de verhuurder aangaat. Dat de verhuurder inkomsten derft terwijl hij (financierings)kosten moet blijven maken voor de verhuurde zaak, staat daar los van.

5.37.4 Het feit dat de huurder, buiten het gehuurde, nog activiteiten heeft die wel renderen, staat buiten de rechtsverhouding van huurder en verhuurder (omstandigheid (e)). Voor zover de andere activiteiten ook in het gehuurde plaatsvinden (de winkel is dicht, maar de daarbij behorende opslagruimte wordt nog benut voor de webshop) kan ermee rekening worden gehouden bij de bepaling van het relevante omzetverlies. Voor zover dat niet het geval is, zouden andere activiteiten wellicht relevant kunnen zijn voor zover er een verband bestaat tussen de teruggelopen omzet in het gehuurde en deze andere activiteiten (type: de winkel is dicht en daardoor loopt de elders gevestigde webshop beter); maar het is vermoedelijk lastig om een dergelijk specifiek verband aannemelijk te maken.

5.37.5 Het in het verleden gevoerde financiële beleid (omstandigheid (f)) lijkt mij in beginsel irrelevant. Niemand kon rekening houden met de coronacrisis. Men kan evenmin de verhuurder tegenwerpen dat hij maar grotere buffers had moeten aanleggen.

5.37.6 Ik denk dat de in 5.35 onder (a)-(f) bedoelde omstandigheden eigenlijk draaien om een andere vraag, namelijk in hoeverre elk van partijen in staat is om een bepaald verlies te dragen. De beoordeling of bepaalde omstandigheden een correctie rechtvaardigen op de afweging in hoeverre de huurprijs moet worden aangepast om het verlies aan exploitatiemogelijkheden als gevolg van de coronacrisis te verdisconteren, zit daarmee in de sfeer van de matiging (vgl. art. 6:109 BW).

*Beantwoording van de vragen 3 en 4*

5.38 Ik kom tot de slotsom dat de vragen 3 en 4 als volgt beantwoord kunnen worden.

Vraag 3: Ten aanzien van vóór de coronacrisis gesloten overeenkomsten voor de huur van bedrijfsruimten waarbij de huurder voor diens omzet in het gehuurde afhankelijk is van de komst van het publiek, zoals bij horeca en winkels, kan als uitgangspunt worden aangenomen dat de coronapandemie en haar gevolgen (de coronacrisis) een onvoorziene omstandigheid is die kan meebrengen dat de verhuurder naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding van de huurovereenkomst mag verwachten.

Vraag 4: De aan de coronacrisis te verbinden gevolgen voor de ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst zijn afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De coronacrisis kan in beginsel leiden tot een tijdelijke huurprijsvermindering die is gebaseerd op het nadeel dat de huurder lijdt als gevolg van het aan de coronacrisis toe te rekenen, voldoende ernstige omzetverlies van de huurder in de gehuurde zaak. Bij de bepaling van het nadeel kan het door de huurder ter zake van het gehuurde ontvangen bedrag aan Tegemoetkoming Vaste Lasten (TVL) worden verdisconteerd op de wijze van Hof Amsterdam 14 september 2021,

ECLI:NL:GHAMS:2021:2728. Als uitgangspunt dient het bedoelde nadeel gelijkelijk (50/50) tussen verhuurder en huurder te worden verdeeld. Omstandigheden die als zodanig losstaan van de verstoring van het contractuele evenwicht tussen de prestaties van verhuurder en huurder bij de huur van bedrijfsruimte door de coronacrisis, kunnen een afwijking van dit uitgangspunt rechtvaardigen.

## Commentaar

### 1. Inleiding

In deze prejudiciële beslissing – waar al lange tijd reikhalzend door huurders en verhuurders van 290-bedrijfsruimte naar werd uitgekeken – geeft de Hoge Raad antwoord op de vraag of en, zo ja, op welke manier de huurprijs kan worden verminderd als een huurder van 290-bedrijfsruimte die voor zijn omzet afhankelijk is van de komst van publiek, deze ruimte door de coronamaatregelen niet of slechts in geringe mate kan exploiteren. Wellicht kunt u de prejudiciële vragen van de Kantonrechter Roermond van 31 maart 2021<sup>3</sup> onderhand al dromen, maar voor de leesbaarheid van ons commentaar herhalen wij deze hieronder toch nog een keer:

*"(1) Dient de als gevolg van de coronacrisis van overheidswege opgelegde sluiting van de horeca beschouwd te worden als een gebrek in de zin van artikel 7:204 lid 2 BW?*

*(2) Zo ja, aan de hand van welke criteria moet dan de mate van huurprijsvermindering worden beoordeeld?*

*(3) (Of) vormt de beperking in het gebruik van het gehuurde een onvoorziene omstandigheid die tot huurprijsvermindering kan leiden?*

*(4) Zo ja, welke omstandigheden van het geval wegen mee bij het bepalen of verdelen van de schade?"*

In deze noot zullen wij eerst kort de feiten van de zaak schetsen (paragraaf 2). Vervolgens gaan wij nader in op de niet-toepasselijkheid van de gebrekenregeling in de zin van art. 7:204 e.v. BW (paragraaf 3). Nadien bespreken wij de kwalificatie van de coronapandemie<sup>4</sup> als een onvoorziene omstandigheid in de zin van art. 6:258 BW (paragraaf 4). Aansluitend staan wij stil bij de formule op basis waarvan de huurprijsvermindering blijktens de beslissing van de Hoge Raad in beginsel moet worden berekend (paragraaf 5). Tot slot bespreken we, alvorens in paragraaf 7 af te sluiten met onze conclusie, wat verhuurders die een – naar nu blijkt – te hoge huurprijskorting hebben gegeven, nog kunnen doen om de – ach-

3. Ktr. Roermond 31 maart 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:2982, WR 2021/85.

4. Een 'epidemie' betekent volgens de Van Dale "het heersen van een besmettelijke ziekte." Een 'pandemie' wordt in de Van Dale gedefinieerd als "een besmettelijke ziekte die zich over een groot deel van de aarde (...) verspreidt." Omdat het coronavirus zich over een groot deel van de aarde heeft verspreid, zullen wij in deze noot van 'coronapandemie' spreken. Wissink spreekt eveneens van de coronapandemie in zijn conclusie bij de onderhavige prejudiciële beslissing (concl. plv. P-G M.H. Wissink 30 september 2021, ECLI:NL:PHR:2021:902, nr. 4.18).

teraf bezien – bovenmatige huurprijksorting te bestrijden<sup>5</sup> (paragraaf 6).

## 2. Feiten

Door de wereldwijde uitbraak van het coronavirus sinds het voorjaar van 2020<sup>6</sup> heeft de overheid in verschillende periodes ingrijpende maatregelen genomen om (te trachten) de verspreiding van het coronavirus (zoveel mogelijk) tegen te gaan. Zo heeft de overheid burgers opgeroepen om zoveel mogelijk thuis te blijven en werden vele branches, zoals de horeca,<sup>7</sup> sportscholen en winkels, verplicht om hun deuren te sluiten. Omdat horecaondernemers door de verplichte sluiting amper tot geen omzet meer genereerden, spoorde branchevereniging Koninklijke Horeca Nederland verhuurders aan om hun huurders tegemoet te komen door een deel van de verschuldigde huur kwijt te schelden.<sup>8</sup>

Heineken Nederland B.V. ('Heineken') huurde een 290-bedrijfsruimte en verhuurde deze 290-bedrijfsruimte door aan een onderhuurder. De onderhuurder exploiteerde een horecabedrijf in de bedrijfsruimte. Heineken besloot de onderhuurder vanwege de verplichte sluiting van haar horecabedrijf tegemoet te komen door de gehele huur voor de maanden april en mei 2020 kwijt te schelden. Weliswaar

erg nobel van Heineken, maar zij zag het niet helemaal zitten om zelf volledig voor de twee kwijtgescholden maanden huur op te draaien. Daarom verzocht Heineken haar eigen verhuurder om af te zien van de huurprijs over één maand, zodat de kosten van de kwijtschelding gelijkelijk over de hoofdverhuurder en Heineken als onderverhuurder zouden worden verdeeld. De hoofdverhuurder weigerde echter. Desalniettemin dreef Heineken haar zin door en hield voor een periode van zes maanden telkens een zesde deel van de verschuldigde maandhuur in om aldus één van de twee in de onderhuur kwijtgescholden maanden huur aan de hoofdverhuurder door te berekenen. De hoofdverhuurder besloot daarom een procedure tegen Heineken aanhangig te maken, waarin hij – in de kern – een verklaring voor recht vorderde dat Heineken niet bevoegd was om haar liefdadigheid aan hem door te berekenen.

In de jurisprudentie en literatuur bestond inmiddels consensus dat de coronapandemie en de daarop gebaseerde overheidsmaatregelen bij vóór 15 maart 2020 gesloten huurovereenkomsten (in beginsel) onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 BW opleveren. De meningen verschilden echter over de vraag of de coronamaatregelen (tevens) als een gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW kwalificeren,<sup>9</sup> terwijl in de praktijk bovendien verschillende berekeningswijzen voor huurkortingen waren ontwikkeld.<sup>10</sup> De Kantonrechter Roermond nam toen de – wat ons betreft – toe te juichen beslissing om de Hoge Raad de hierboven onder paragraaf 1 genoemde prejudiciële vragen te stellen.<sup>11</sup>

## 3. Gebrek

De Hoge Raad draait bij het beantwoorden van de prejudiciële vragen de volgorde van de vragen om. De Hoge Raad begint namelijk met het beantwoorden van de derde vraag met betrekking tot de toepasselijkheid van de regeling van de onvoorziene omstandigheden,<sup>12</sup> terwijl de eerste vraag op de toepasselijkheid van de gebrekenregeling ziet. In ons commentaar zullen wij de volgorde van de prejudiciële vragen aanhouden en daarom eerst op de niet-toepasselijkheid van de gebrekenregeling ingaan.

- 
5. Andersom is het uiteraard ook mogelijk dat een huurder een *lagere* huurprijksorting heeft gekregen dan op grond van de door de Hoge Raad voorgeschreven berekening mogelijk zou zijn geweest. De oorzaak hiervan zal echter in de meeste gevallen niet zijn dat de rechter een voor de huurder ongunstiger criterium heeft gehanteerd, maar zal veelal zijn gelegen in een omstandigheid die aan de zijde van de huurder ligt. Hierbij kan bijv. worden gedacht aan het geval dat de huurder (in de visie van de kantonrechter) onvoldoende gegevens heeft aangeleverd en/of de situatie dat zich (ook) andere omstandigheden hebben voorgedaan die maakten dat het ongepast zou zijn om het nadeel gelijkelijk over de huurder en de verhuurder te verdelen. Denk bij dit laatste bijv. aan de situatie dat de huurder ook vóór aanvang van de pandemie al kampte met een huurachterstand (vgl. Ktr. 's-Gravenhage 19 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:5661, *JHV* 2020/34, r.o. 4.17) of dat een grootschalige renovatie reeds bijdroeg aan het omzetverlies van de huurder (zie bijv. Rb. Amsterdam 17 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3508, *NJF* 2020/307, r.o. 4.8). Onzes inziens heeft de onderhavige beslissing van de Hoge Raad geen invloed op deze zaken, omdat het oordeel van de Hoge Raad niet afdoet aan het feit dat er door de huurder voldoende gegevens moeten worden aangeleverd en het oordeel van de Hoge Raad evenmin wegneemt dat andere omstandigheden (dan de coronapandemie) in de weg kunnen staan aan een gelijke verdeling van het nadeel tussen de huurder en de verhuurder. De Hoge Raad laat hiertoe ook met zoveel woorden een opening in r.o. 3.3.3 van zijn prejudiciële beslissing.
  6. Nederland ging voor het eerst deels op slot op 15 maart 2020. Dit was de datum waarop de 'intelligente lockdown' inging.
  7. Het woord 'horeca' is een samentrekking en bestaat uit de woorden hotel, restaurant en café. Voor de volledigheid vermelden wij dat hotels niet verplicht werden om de deuren als gevolg van de coronamaatregelen te sluiten.
  8. [www.khn.nl/nieuws/khn-geef-horecaondernemers-huurkorting-of-ga-huur-kwijtschelden](http://www.khn.nl/nieuws/khn-geef-horecaondernemers-huurkorting-of-ga-huur-kwijtschelden).

- 
9. Zie hierover nader paragraaf 3. In diverse uitspraken werd overigens in het midden gelaten of de coronamaatregelen een gebrek opleverden. Zie bijv. Hof Amsterdam 14 september 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2728, *TvHB* 2021/21, UDH: TvHB/17039 (*Dam Square/Swissôtel*), r.o. 3.10 en Hof Amsterdam 14 september 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2604, *WR* 2020/138, r.o. 3.11.
  10. Zie concl. plv. P-G M.H. Wissink 30 september 2021, ECLI:NL:PHR:2021:902, nr. 5.23 e.v. voor een beschrijving van deze verschillende berekeningswijzen.
  11. Ktr. Roermond 31 maart 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:2982, *WR* 2021/85.
  12. Wij vermoeden dat de Hoge Raad dit heeft gedaan om eerst het wél toepasselijke leerstuk, namelijk dat van de onvoorziene omstandigheden, te bespreken, waarna hij afsluit met de beslissing dat de verplichte sluiting van 290-bedrijfsruimten als gevolg van de coronamaatregelen *niet* als een gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW is aan te merken.

Blijkens art. 7:204 lid 2 BW is een gebrek een staat of eigenschap van de zaak of een andere niet aan de huurder toe te rekenen omstandigheid, waardoor de zaak aan de huurder niet het genot kan verschaffen dat een huurder bij het aangaan van de overeenkomst mocht verwachten van een goed onderhouden zaak van de soort als waarop de overeenkomst betrekking heeft. Indien sprake is van een gebrek, heeft de huurder op grond van art. 7:207 BW (in beginsel<sup>13</sup>) recht op een met de vermindering van het huurgenot evenredige vermindering van de huurprijs.<sup>14</sup> In de lagere jurisprudentie is vaak aangenomen dat de coronamaatregelen tot een genotsvermindering van het gehuurde leiden die niet aan de huurder kan worden toegerekend en dat deze daarom als een gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW kwalificeren.<sup>15</sup> In overeenstemming hiermee pleitte plaatsvervangend procureur-generaal Wissink er eveneens voor om de gedwongen sluiting van de horeca in verband met de coronapandemie in beginsel als een gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW aan te merken.<sup>16</sup> De Hoge Raad

oordeelt met deze prejudiciële beslissing evenwel anders. De Hoge Raad verwijst hierbij naar de wetsgeschiedenis van art. 7:204 BW. Hoewel hierin expliciet is aangegeven dat onvoorziene overheidsmaatregelen een gebrek kunnen opleveren,<sup>17</sup> volgt hieruit volgens ons hoogste rechtscollege *niet* dat bedoeld is om algemene overheidsmaatregelen die voor partijen onvoorzienbaar waren, als gebrek aan te merken.<sup>18</sup> De door de overheid opgelegde sluiting van de horeca is, in de woorden van de Hoge Raad, het gevolg van uitzonderlijke, de volksgezondheid betreffende omstandigheden van algemene aard, die verstrekkende gevolgen hebben voor de gehele maatschappij. De sluiting heeft echter *geen* betrekking op de verhuurde zaak zélf. De Hoge Raad beslist daarom dat de verplichte sluiting van 290-bedrijfsruimten als gevolg van de coronapandemie *niet* als een gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW kan worden aangemerkt.<sup>19</sup> De coronamaatregelen maken het voor de huurder weliswaar onmogelijk om de verhuurde zaak te exploiteren, maar dit doet niet af aan de geschiktheid van de verhuurde zaak zélf. De Hoge Raad lijkt met zijn beslissing aan te sluiten bij het betoog van Van Lochem.<sup>20</sup> Zij heeft immers eveneens betoogd dat de coronamaatregelen niet tot gevolg hebben dat er iets met de verhuurde zaak zelf mis is, nu deze nog steeds geschikt is om te wor-

- 
13. Ingevolge art. 7:207 lid 2 BW heeft de huurder geen aanspraak op huurvermindering ter zake van gebreken die hij krachtens art. 7:217 BW verplicht is te verhelpen of voor het ontstaan waarvan hij jegens de verhuurder aansprakelijk is. Die laatste voorwaarde komt overigens overbodig voor, nu de claim van de huurder in dat geval al eerder zou moeten stranden (überhaupt geen gebrek), gelet op de definitie van art. 7:204 BW ('niet aan de huurder toe te rekenen omstandigheid'). Zie in gelijke zin H.J. Rossel & A.H.T. Heisterkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel II. Huur*, Deventer: Wolters Kluwer 2021/42.
14. Voorts heeft de huurder in beginsel recht op herstel van het gebrek (art. 7:206 BW) en heeft hij onder voorwaarden recht op schadevergoeding (art. 7:208 BW). Als een gebrek, dat de verhuurder niet verplicht is te verhelpen, het genot dat de huurder mocht verwachten, geheel onmogelijk maakt, hebben beide partijen het recht om de huurovereenkomst (in of buiten rechte) te ontbinden (art. 7:210 BW).
15. Zie bijv. Ktr. Arnhem 29 mei 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2768, WR 2020/103, r.o. 4.2; Ktr. Amsterdam 11 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2914, WR 2020/105, r.o. 3.6; Ktr. 's-Gravenhage 21 januari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:461, TvHB 2021/08, UDH: TvHB/16664, r.o. 5.7 en Ktr. Amsterdam 15 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3496, r.o. 10. Zie echter ook Ktr. Zwolle 3 juni 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1906, WR 2020/104, r.o. 6.2, waarin de coronamaatregelen *niet* als een gebrek werden aangemerkt op grond van de overweging dat contractueel het risico van de gedwongen sluiting bij de huurder was gelegd.
16. Concl. plv. P-G M.H. Wissink 30 september 2021, ECLI:NL:PHR:2021:902, nr. 4.44. Wissink schrijft dat voor de vraag of sprake is van een gebrek bepalend is of een genotsbeperkende omstandigheid in de risicosfeer van de huurder valt. Indien dit *niet* het geval is, is in beginsel sprake van een gebrek. Wissink betoogt vervolgens dat, behoudens een afwijkende contractuele regeling, de gedwongen sluiting van de horeca door de coronapandemie *niet* is aan te merken als een volledig aan de huurder toe te rekenen omstandigheid. Daarom is volgens Wissink in beginsel sprake van een gebrek. Dat de coronamaatregelen ook niet aan de verhuurder kunnen worden toegerekend, doet volgens Wissink voor de kwalificatie als gebrek niet ter zake, nu daarvoor irrelevant is of de genotsbeperkende omstandigheid aan de verhuurder kan worden toegerekend.

- 
17. Zie *Kamerstukken II 1999/2000*, 26089, nr. 6, p. 15: "De vraag van de Commissie of het onderhavige artikel ook van toepassing is indien een (onvoorziene) overheidsmaatregel het gebruik van de zaak verhindert, moet bevestigend worden beantwoord. Er is dan immers sprake van een gebrek in de zin van artikel 204, dat het genot dat de huurder mocht verwachten geheel onmogelijk maakt."
18. In de wetsgeschiedenis wordt verwezen naar het *AKU/Stalen Steiger*-arrest (HR 17 juni 1949, ECLI:NL:HR:1949:257, NJ 1949/544). Het ging in deze zaak om de betaling van steiger materiaal dat AKU van Stalen Steiger had gehuurd. Het steiger materiaal was overgebracht naar terreinen van AKU in Arnhem. Door de evacuatie van Arnhem op bevel van de Duitse bezetter was het huurgenot voor AKU echter onmogelijk gemaakt. Niettemin oordeelde de Hoge Raad dat de evacuatie geen gebrek was en dat AKU de huurprijs onverkort moest blijven betalen. In deze zaak had de Hoge Raad dus al beslist dat een algemene, onvoorziene overheidsmaatregel (zoals een evacuatie) *niet* als een gebrek kwalificeert.
19. Zie r.o. 3.5.3 van de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad.
20. J.Ph. van Lochem, 'De gebrekendiscussie in de tijd van noodverordeningen', WR 2020/100. De Hoge Raad lijkt Van Lochem echter niet te volgen in haar betoog dat de coronamaatregelen binnen de risicosfeer van de huurder vallen.

den gebruikt voor het overeengekomen doel.<sup>21</sup> Het Duitse Bundesgerichtshof<sup>22</sup> lijkt in een recente uitspraak eveneens van mening dat de coronamaatregelen niet tot gevolg hebben dat de verhuurde zaak zélf niet deugt.<sup>23</sup>

Uit de parlementaire geschiedenis bij art. 7:204 lid 2 BW volgt dat het begrip 'gebrek' ruim moet worden geïnterpreteerd.<sup>24</sup> Bij een 'gebrek' dient blijkens de parlementaire geschiedenis niet enkel te worden gedacht aan fysieke gebreken aan het gehuurde, zoals een lekkend dak, schimmelvorming in het gehuurde en dergelijke, maar ook aan andere genotsbeperkende omstandigheden die niet aan de huurder zijn toe te rekenen, zoals een legionellabesmetting die het genot van het gehuurde beperkt<sup>25</sup> of een slechte toegankelijkheid van het gehuurde.<sup>26</sup> Toch kunnen wij ons in de beslissing van de Hoge Raad vinden.

Allereerst gaat het bij voornoemde ruime interpretatie steeds om omstandigheden *die specifiek met de gehuurde zaak verband houden*. Dientengevolge (en in overeenstemming met hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen) is een wezenlijk verschil tussen de hiervoor als voorbeeld genoemde gebreken en de coronamaatregelen dat de coronamaatregelen niet op een specifieke zaak zien, maar *alle huurders* van (onder meer) horecagelegenheden en winkels treffen. Volledigheidshalve tekenen wij in dit kader aan dat in de definitie van gebrek in art. 7:204 BW weliswaar

naast over een "*staat of eigenschap van de zaak*", ook wordt gesproken over een "*andere niet aan de huurder toe te rekenen omstandigheid*", doch wij menen dat hiermee onverkort wordt bedoeld op *een omstandigheid die specifiek betrekking heeft op de gehuurde zaak*. Teruggrijpend naar het voorbeeld van de slechte toegankelijkheid: dit lijkt ons geen *staat of eigenschap* van de gehuurde zaak, maar wel een *daarop betrekking hebbende omstandigheid*.

Ten tweede is het uitgangspunt van de gebrekenregeling dat een gebrek kan – en in beginsel ook moet – worden verholpen.<sup>27</sup> In lijn hiermee veronderstelt de formulering van art. 7:207 BW dat het gebrek kan worden verholpen.<sup>28</sup> Het is echter pijnlijk duidelijk dat geen enkele verhuurder het in zijn macht heeft om de coronapandemie te beëindigen (en ook op de daaruit voortvloeiende overheidsmaatregelen heeft een verhuurder geen invloed).<sup>29</sup>

Tot slot: indien de coronamaatregelen als een gebrek zouden kwalificeren, zou het nadeel in beginsel geheel voor de verhuurder zijn, omdat art. 7:207 BW uitgaat van een huurprijsvermindering die evenredig is aan de beperking van het huurgenoet (indien de huurder vanwege een sluiting geen enkel huurgenoet zou hebben, zou hij dientengevolge ook niets hoeven te betalen). Het volledig voor rekening van de verhuurder brengen van het nadeel strookt echter niet met het breed omarmde principe 'share the pain'.<sup>30</sup> Ook dit vormt een indicatie dat de gebrekenregeling niet voor toepassing op een situatie als de onderhavige is bedoeld.<sup>31</sup>

21. J.Ph. van Lochem, 'De gebrekendiscussie in de tijd van noodverordeningen', *WR* 2020/100. Van Lochem las in het *AKU/Stalen Steiger*-arrest steun voor haar betoog dat de coronapandemie *niet* als een gebrek moest worden aangemerkt. Net zoals het evacuatiebevel in deze zaak niet afdeed aan de geschiktheid van de verhuurde zaak, doet de coronapandemie dat evenmin. Het evacuatiebevel en de coronapandemie verhinderen weliswaar de exploitatie van de gehuurde zaak, maar dit heeft niet tot gevolg dat gesproken kan worden van een gebrek, nu met de verhuurde zaak zelf niets aan de hand is. Ook Heikens meende steun te vinden in het *AKU/Stalen Steiger*-arrest, maar dan voor zijn tegengestelde betoog dat de coronapandemie wél als een gebrek moest worden aangemerkt. Volgens Heikens werd in het *AKU/Stalen Steiger*-arrest namelijk alleen beslist dat de evacuatie geen gebrek was, omdat de evacuatie een plaatselijke aangelegenheid betrof (alleen Arnhem werd geëvacueerd) en daarom als een 'de huurder persoonlijk betreffende omstandigheid' moest worden aangemerkt. Omdat de coronapandemie daarentegen géén plaatselijke aangelegenheid is, betoogde Heikens dat de coronapandemie wél als een gebrek kon worden aangemerkt (zie J.M. Heikens, 'De overmacht van corona', *WR* 2020/49).
22. Het Bundesgerichtshof is het hoogste Duitse rechtscollege, althans voor wat betreft de 'gewone rechtspraak'. Voor constitutionele kwesties is er een nóg hoger rechtscollege: het Bundesverfassungsgericht.
23. BGH 12 januari 2022 ([www.iww.de/quellenmaterial/id/226898](http://www.iww.de/quellenmaterial/id/226898)).
24. *Kamerstukken II* 1997-1998, 26 089, nr. 3, p. 14 (MvT). Zie ook A.R. de Jonge & E.E. de Wijckerslooth-Vinke, *Parlementaire Geschiedenis Huurrecht*, Deventer: Kluwer 2008.
25. Ktr. Rotterdam 29 januari 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM9481, *WR* 2010/79 (*Vestia Groep/Van Schaijk*), r.o. 4.8.
26. HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7337, *WR* 2012/84 (*Gemeente Den Haag/Jacobs c.s.*).

27. Dit uitgangspunt is evenwel niet absoluut. Zo voorziet art. 7:206 BW in situaties waarin een gebrek *niet kan* en *niet hoeft* te worden verholpen. Zie ook art. 7:210 BW, dat op art. 7:206 BW aansluit.
28. Ingevolge art. 7:207 BW geldt de huurprijsvermindering van de dag waarop de verhuurder behoorlijk kennis heeft gekregen van het gebrek of waarop het gebrek reeds in voldoende mate bekend was om tot maatregelen over te gaan, "*tot die waarop het gebrek is verholpen*."
29. Zo ook Duijnsteer-van Imhoff, 'Huurrecht en de coronacrisis', *MvV* 2020, afl. 12, p. 441.
30. Vgl. Ktr. Nijmegen 2 februari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:479, r.o. 5.9. In deze zaak oordeelde de kantonrechter dat het gebrek niet in de invloedssfeer van één der partijen lag. Daarom was het volgens de kantonrechter redelijker om een vermindering van de huurprijs te beoordelen in het licht van het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden, met als uitgangspunt een gedeelde verantwoordelijkheid.
31. Hierbij moet wel worden vermeld dat indien de onverkorte toepassing van art. 7:207 BW tot onaantvaardbare gevolgen leidt, een correctie mogelijk is op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Zie concl. plv. P-G.M.H. Wissink 30 september 2021, ECLI:NL:PHR:2021:902, nr. 4.39.7 en P. Visser, annotatie bij Ktr. Amsterdam 11 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2914, *TvHB* 2020, UDH: *TvHB/16289*, afl. 4, p. 295. Indien de onverkorte toepassing van art. 7:207 BW tot onaantvaardbare gevolgen leidt, is tevens een correctie mogelijk op grond van het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden. Zie bijv. Ktr. Nijmegen 2 februari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:479, r.o. 5.9 en Ktr. 's-Gravenhage 21 januari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:461, *TvHB* 2021/08, UDH: *TvHB/16664*, r.o. 5.7.



#### 4. Onvoorziene omstandigheden

Op grond van art. 6:258 BW kan de rechter op vordering van een huurder<sup>32</sup> de gevolgen van een huurovereenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de verhuurder, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Om als 'onvoorziene omstandigheid' te kwalificeren, moet het gaan om een omstandigheid die op het moment van totstandkoming van de overeenkomst nog in de toekomst is gelegen en die niet in de overeenkomst is verdisconteerd.<sup>33</sup> Of dit laatste het geval is, is een kwestie van uitleg van de overeenkomst.<sup>34</sup> Volgens de Hoge Raad is de omstandigheid dat een huurder die voor zijn omzet afhankelijk is van de komst van publiek, als gevolg van de coronamaatregelen de door hem gehuurde 290-bedrijfsruimte niet of slechts in geringe mate kan exploiteren, een uitzonderlijke, de volksgezondheid betreffende omstandigheid van algemene aard. Behoudens concrete aanwijzingen voor het tegendeel, moet worden aangenomen dat deze omstandigheid in elk geval niet is verdisconteerd in huurovereenkomsten die vóór 15 maart 2020 zijn gesloten.<sup>35</sup> Dit geldt evenzeer als (i) de huurovereenkomst het recht op huurprijsvermindering wegens gebreken die de verhuurder bij het aangaan van de huurovereenkomst niet kende of behoorde te kennen uitsluit,<sup>36</sup> (ii) de huurovereenkomst de huurder verantwoordelijk houdt voor het verkrijgen en behouden van vergunningen, ontheffingen en toestemmingen die benodigd zijn voor het gebruik van het gehuurde in overeenstemming met de overeengekomen bestemming<sup>37</sup> en/of (iii) de huurovereenkomst voorziet in een basishuurprijs die afhankelijk van de omzet wordt aangevuld.<sup>38</sup> In

geval van een vóór 15 maart 2020 gesloten huurovereenkomst, kan een verhuurder daarom jegens een huurder die voor zijn omzet afhankelijk is van de komst van publiek – behoudens concrete aanwijzingen dat de coronamaatregelen in de huurovereenkomst zijn verdisconteerd – naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen aanspraak maken op volledige betaling van de huurprijs.<sup>39</sup> De waarde van het gebruiksrecht van het gehuurde is door de coronamaatregelen immers zo sterk verminderd dat de waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties van de contractspartijen in ernstige mate is verstoord. Deze omstandigheid komt, gelet op de aard van de overeenkomst en de in het verkeer geldende opvattingen, in de regel niet voor rekening van de huurder, zodat art. 6:258 lid 2 BW niet aan huurprijsvermindering in de weg staat.<sup>40</sup>

De beslissing van de Hoge Raad is op dit punt in overeenstemming met de conclusie van Wissink, de in lagere instanties gewezen jurisprudentie en de literatuur. In de literatuur werd het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden namelijk ook al beschouwd als de meest voor de hand liggende remedie voor het, als gevolg van de coronacrisis, verstoorde evenwicht in contractuele (huur)verhoudingen.<sup>41</sup> De onvoorziene-omstandigheden-regeling is op grond van art. 6:250 BW van dwingend recht, waardoor een contractuele uitsluiting daarvan geen effect sorteert. Zoals ook uit de hierboven geschetste overwegingen van de Hoge Raad blijkt, zijn de contractuele bepalingen echter wél van belang voor de vraag of al dan niet in een bepaalde omstandigheid (in dit geval de coronapandemie, respectievelijk de op basis daarvan getroffen maatregelen) is voorzien. Indien in een huurovereenkomst een *algemene* exoneratie is opgenomen (die derhalve niet specifiek op pandemieën ziet),<sup>42</sup> menen wij (met de Hoge Raad) dat – behoudens concrete andersluidende aanwijzingen – deze niet bedoeld is te zien op (de overheidsmaatregelen op grond van) de coronapandemie. Indien partijen een *specifieke* bepaling met betrekking tot de coronapandemie in de huurovereenkomst hebben opgenomen, lijkt ons dat de coronapandemie tussen die partijen in beginsel niet meer als onvoorzien zal kwalificeren, óók niet als de coronapandemie een 'extremere impact' heeft dan ten tijde van de contractsluiting werd verwacht. Lastiger wordt het wanneer partijen een *algemene exoneratie met betrekking tot pandemieën en/of epidemieën* in de huurovereenkomst hebben opgenomen. In dat

32. Of op vordering van de verhuurder (omdat de huurder ongewijzigde instandhouding van de huurovereenkomst niet mag verwachten). In de coronahuurprijskwesties betreft het echter telkens de huurder die huurprijsvermindering wil. Overigens staat in art. 6:258 lid 1 BW weliswaar 'op vordering', maar een beroep op art. 6:258 BW is ook mogelijk bij wijze van verweer (zie Hof Leeuwarden 18 oktober 2006, ECLI:NL:GHLEE:2006:AZ0547, r.o. 11).
33. Zie bijv. ook HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587, NJ 1998/493 (*Briljant Schreuders/ABP*).
34. Zie r.o. 3.2.3 van de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad.
35. Ook in de eerdergenoemde recente uitspraak van het Duitse Bundesgerichtshof werd de coronapandemie als een onvoorziene omstandigheid aangemerkt. Zie BGH 12 januari 2022 ([www.iww.de/quellenmaterial/id/226898](http://www.iww.de/quellenmaterial/id/226898)).
36. Met betrekking tot huurovereenkomsten gesloten vóór 15 maart 2020 is de toepasselijkheid van art. 11 van de ROZ Algemene bepalingen huurovereenkomst winkelruimte en andere bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW uit 2012 ('ROZ Algemene bepalingen winkelruimte 2012') dus *geen* concrete aanwijzing dat de coronamaatregelen in de overeenkomst zijn verdisconteerd.
37. Met betrekking tot overeenkomsten gesloten vóór 15 maart 2020 is de toepasselijkheid van art. 4 van de ROZ Algemene bepalingen winkelruimte 2012 dus *geen* concrete aanwijzing dat de coronamaatregelen in de overeenkomst zijn verdisconteerd.
38. Zie r.o. 3.2.4 van de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad.

39. Zie r.o. 3.2.5 van de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad.
40. Zie r.o. 3.2.5 van de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad.
41. Vgl. bijv. J.A. Tuinman & T.Q. de Booy, 'De coronapandemie en huur van bedrijfsruimte: don't believe the hype', *WR* 2020/48; Z.H. Duijnsteve-van Imhoff, 'Huurrecht en de coronacrisis', *MvV* 2020, afl. 12, p. 441 en M. van Schoonhoven & E.H.H. Schelhaas, 'De impact van corona op de huur van bedrijfsruimte - geen business as usual', *TvHB* 2020/3, UDH: TvHB/16182, p. 145-162.
42. Bijvoorbeeld de door de Hoge Raad in r.o. 3.2.4 genoemde bepaling die het recht op huurprijsvermindering uitsluit.

geval menen wij dat de datum van de huurovereenkomst van belang is voor de vraag of partijen hebben bedoeld de coronapandemie, met haar zeer verstrekkende gevolgen, onder de exoneratie te laten vallen. Indien de exoneratie met betrekking tot pandemieën en epidemieën al vóór de coronapandemie was bedongen, zou betoogd kunnen worden dat met deze 'algemene-pandemie-en-epidemie-bepaling' niet is bedoeld te voorzien in een *pandemie van deze omvang*.<sup>43</sup> Dit is wat ons betreft anders indien de bewuste bepaling ná het begin van de coronapandemie<sup>44</sup> is overeengekomen.<sup>45</sup> Partijen zijn nu immers bekend met de mogelijkheid van een zeer ingrijpende pandemie. De Hoge Raad overweegt ten aanzien van overeenkomsten die ná 15 maart 2020 zijn gesloten, dat per geval moet worden beoordeeld of de coronamaatregelen (nog) als een onvoorziene omstandigheid kwalificeren.<sup>46</sup> Gelet op art. 6:258 BW komt het uiteindelijk aan op de vraag wat partijen in het concrete geval (geacht moeten worden) in hun overeenkomst (te) hebben voorzien.<sup>47</sup> Voor nu nog te sluiten overeenkomsten is voor huurders in ieder geval alertheid geboden. Indien met de kennis van nu niets over een mogelijke pandemie in de huurovereenkomst wordt opgenomen, betwijfelen wij sterk of bij een eventuele nieuwe golf van de coronapandemie of een onverhoopte andere pandemie, opnieuw van een 'onvoorziene omstandigheid' zal worden gesproken.

## 5. Formule huurprijskorting

De Hoge Raad gaat in zijn prejudiciële beslissing ook in op de vraag hoe de concrete huurprijksvermindering bij toepassing van art. 6:258 BW moet worden berekend.

Het nadeel veroorzaakt door de coronamaatregelen valt naar het oordeel van de Hoge Raad in de regel noch in de risicosfeer van de huurder, noch in de risicosfeer van de verhuurder. Het nadeel moet daarom in beginsel *gelijkelijk* door de huurder en de verhuurder worden gedragen.<sup>48</sup> De in art. 6:258 lid 1 BW bedoelde redelijkheid en billijkheid kunnen echter meebrengen dat op grond van omstandigheden gelegen in bijvoorbeeld de hoedanigheid van de huurder of de verhuurder, of de financiële positie van een der partijen, wordt afgeweken van deze gelijke verdeling van het nadeel.<sup>49</sup> Het is enigszins gissen waar de Hoge Raad hiermee precies op doelt en hoe beide voorbeelden zich tot elkaar verhouden. Zo lijkt ons dat de grootte van de huurder zowel relevant kan zijn voor de hoedanigheid van de huurder als voor de financiële positie van de huurder. Bij 'de hoedanigheid van de huurder' zou verder wellicht kunnen worden gedacht aan of de huurder tot een groep behoort.<sup>50</sup> Indien dat het geval is, kan dat namelijk tot gevolg hebben dat de huurder (om die reden) minder aanspraak op TVL<sup>51</sup> kan maken. Dit heeft weer tot gevolg dat er minder TVL van de huurprijs wordt afgetrokken, waardoor een hogere huurprijs resteert die gelijkelijk over huurder en verhuurder moet worden verdeeld, hetgeen leidt tot een hogere korting (de helft van een hogere huurprijs). De verhuurder kan hier aldus de dupe van worden, terwijl de reden dat de huurder minder aanspraak op TVL kan maken, gelegen is in de sfeer van de huurder, althans de groep waarvan de huurder deel uitmaakt. De voordelen die voor een huurder zijn verbonden aan het deel uitmaken van een groep, komen bovendien niet mede aan de verhuurder toe. Gesteld zou kunnen worden dat deze 'hoedanigheid van de huurder' dient te worden meegewogen. Daarnaast zou de Hoge Raad wat betreft 'de financiële positie van een der partijen' de financiële draagkracht van

43. Ook Schelhaas heeft betoogd dat een exoneratie voor ziekte of epidemie in een vóór de coronapandemie gesloten overeenkomst niet betekent dat daarmee ook is bedoeld om daar de extreme impact van de coronapandemie onder te laten vallen. Zie H.N. Schelhaas, 'Contractuele vaccinatieplichten, coronaclausules en wijziging van overeenkomsten - Contractsvrijheid in tijden van corona', *MvV* 2021, afl. 6, p. 200.

44. Net als de Hoge Raad zijn wij van mening dat het begin van de coronapandemie op 15 maart 2020 moet worden gesteld, zijnde de datum waarop de 'intelligente lockdown' inging. Weliswaar had het coronavirus zich reeds vóór 15 maart 2020 in het buitenland en in Oost-Brabant gemanifesteerd, maar in februari 2020 werd in het algemeen (nog) niet voorzien dat het coronavirus tot een coronapandemie zou verworden. Eind februari 2020 werd in Nederland bijvoorbeeld nog volop carnaval gevierd. Zie ook Ktr. Rotterdam 7 augustus 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:7089, r.o. 4.2.

45. In Rb. Amsterdam 7 oktober 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4904, *NJF* 2020/434 werd de huurovereenkomst weliswaar ná het begin van de coronapandemie (dus na 15 maart 2020) ondertekend, maar hadden partijen reeds in januari 2020 (dus vóór het begin van de coronapandemie) overeenstemming over de huurovereenkomst bereikt. Daarom achtte de rechter het niet aannemelijk dat partijen de coronapandemie en de gevolgen daarvan in de huurovereenkomst hadden verdisconteerd.

46. Zie r.o. 3.2.6 van de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad.

47. Vgl. R.P.J.L. Tjittes & J.V. Tetelepta, 'Lessen uit de eerste rechterlijke uitspraken over de COVID-19-crisis en onvoorziene omstandigheden en overmacht bij commerciële contracten', *Contracteren* 2020/3, p. 104.

48. Zie r.o. 3.3.2 van de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad.

49. Zie r.o. 3.3.3 van de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad.

50. De professionaliteit van partijen lijkt ons hier (in ieder geval voor tot 15 maart 2020 gesloten huurovereenkomsten) in beginsel niet van belang, nu algemeen wordt aangenomen dat – ook door professionele partijen – bij het redigeren van de huurovereenkomst geen rekening kon / hoefde (te) worden gehouden met een pandemie van deze omvang.

51. De afkorting 'TVL' staat voor 'Tegemoetkoming Vaste Lasten'. De Rijksdienst voor Ondernemend Nederland heeft een handige adviestool voor de TVL ontwikkeld. Deze is te vinden op [www.rvo.nl/subsidie-en-financieringswijzer/tvl/adviestool#](http://www.rvo.nl/subsidie-en-financieringswijzer/tvl/adviestool#). Met deze adviestool kunnen ondernemers bekijken of zij aan de voorwaarden voldoen om in aanmerking te komen voor TVL en, in het bevestigende geval, berekenen hoeveel tegemoetkoming zij kunnen verwachten.

partijen<sup>52</sup> relevant kunnen vinden en – meer specifiek – of de huurder, buiten het gehuurde, nog activiteiten heeft die wél renderen. Hierbij valt te denken aan een webshop van de huurder. Voor zover deze (webshop)activiteiten in of vanuit het gehuurde plaatsvinden (de winkel is dicht voor het winkelen publiek, maar de daarbij behorende opslagruimte, of een deel van de winkel zelf, wordt nog als afhaalpunt voor de webshop gebruikt), moet onzes inziens rekening worden gehouden met de inkomsten uit deze webshop bij het bepalen van het omzetverlies van de huurder.<sup>53</sup> Voor zover deze activiteiten echter losstaan van het gehuurde, menen wij dat de inkomsten hier *niet* bij het bepalen van het omzetverlies van de huurder zouden moeten worden meegerekend.<sup>54</sup>

De huurprijsvermindering moet volgens de Hoge Raad worden berekend aan de hand van de zogenaamde *vastelastenmethode*.<sup>55</sup> De Hoge Raad zet deze vastelastenmethode nader uiteen aan de hand van vier stappen en een concreet voorbeeld.<sup>56</sup> In dit commentaar kiezen wij bewust voor een ander voorbeeld, zodat de lezer nog een extra voorbeeld voor de toepassing van de vastelastenmethode tot zijn beschikking heeft. In ons voorbeeld gaan wij uit van de volgende bedragen:

- de maandelijkse huurprijs voor het gehuurde bedraagt € 6.500;
- de totale maandelijkse vaste lasten van het gehuurde bedragen € 50.000;

- in januari 2021 kan de huurder aanspraak maken op € 14.000 aan TVL;
- de omzet in januari 2020 (vóór de coronamaatregelen) was € 120.000 en de omzet in januari 2021 (tijdens de coronamaatregelen) was € 30.000.

**Stap 1.** De huurprijs wordt uitgedrukt als een percentage van het totaalbedrag aan vaste lasten van de huurder. Uitgaande van ons voorbeeld is dat: € 6.500 / € 50.000 x 100% = 13%.

**Stap 2.** Indien de huurder aanspraak kan maken op financiële steun door de overheid in de vorm van de TVL, wordt het deel van de TVL dat ter compensatie van de huurprijs is bedoeld van de huurprijs afgetrokken.<sup>57</sup> In het voorbeeld bij Stap 1 zagen we dat de huurprijs 13% van de totale vaste lasten uitmaakt. Ervan uitgaande dat de huurder aanspraak kan maken op € 14.000 aan TVL, is 13% hiervan (0,13 x € 14.000 = € 1.820) dus ter compensatie voor de huurprijs bedoeld. Deze compensatie voor de huurprijs trekken we af van de maandelijkse huurprijs, waardoor een huurprijs van € 6.500 - € 1.820 = € 4.680 resteert.

**Stap 3.** Vervolgens wordt de procentuele omzetvermindering berekend door de omzet in de periode waarover de huurprijsvermindering wordt berekend ('de lagere omzet') te vergelijken met de omzet in een vergelijkbaar tijdvak vóór de coronapandemie ('de referentieomzet'). Dit wordt gedaan door middel van de formule 100% - (de lagere omzet / de referentieomzet x 100%). Uitgaande van ons voorbeeld is de procentuele omzetvermindering: 100% - (€ 30.000 / € 120.000 x 100%) = 75%.

**Stap 4.** De procentuele omzetvermindering (in ons voorbeeld 75%) wordt vervolgens vermenigvuldigd met het deel van de huurprijs waar de huurder *niet* door middel van de TVL voor is gecompenseerd. In Stap 2 zagen we dat dit € 4.680 betreft; 0,75 x € 4.680 = € 3.510. Dit nadeel wordt gelijk over de huurder en de verhuurder verdeeld, tenzij uit de uit art. 6:258 lid 1 BW bedoelde redelijkheid en billijkheid een andere verdeling volgt. Zowel huurder als verhuurder moet dus in beginsel 50% van dit nadeel dragen: 0,50 x € 3.510 = € 1.755. Dit alles resulteert er dientengevolge in dat de huurprijs met € 1.755 wordt vermindert, waardoor deze, na toepassing van de vastelastenmethode, € 6.500 - € 1.755 = € 4.745 bedraagt.

In de praktijk is inmiddels al gebleken dat de vastelastenmethode nog wel de nodige vragen oproept. Zo overweegt de Hoge Raad dat het voor de hand ligt om de huurprijsvermindering te berekenen *per termijn waarover de huurprijs is verschuldigd*.<sup>58</sup> Op het eerste gezicht menen wij dat hiermee op de in de huurovereenkomst opgenomen betaalperiode wordt bedoeld, maar geheel duidelijk vinden wij het niet. Er blijft

52. Denk bijv. aan een oudere verhuurder die voor zijn pensioen aangewezen is op de huuropbrengst van het door hem verhuurde pand of een verhuurder die anderszins afhankelijk is van de huuropbrengsten, bijv. in verband met het terugbetalen van een lening.

53. Hierbij moet wel de kanttekening worden geplaatst dat het bouwen en onderhouden van een webshop ook kosten met zich meebrengt. Met deze kosten moet ook weer rekening worden gehouden.

54. Zie Ktr. Rotterdam 9 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6738, JHV 2021/35 (Scotch & Soda/Herbel), r.o. 4.13. In deze zaak achtte de kantonrechter het niet redelijk om de vanuit Nederland behaalde omzet uit de online verkoop via de webshop bij de berekening van de huurprijskorting buiten beschouwing te laten. Zie echter ook Ktr. Rotterdam 26 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12056, r.o. 2.3, waarin de kantonrechter toch een nuance aanbracht: "Gelet hierop zijn voor de beoordeling van de wijze waarop en de mate waarin de huurovereenkomst gewijzigd dient te worden uitsluitend die activiteiten van Scotch & Soda van belang die het gehuurde betreffen, althans die in verband staan met het gehuurde. Dat betekent dat het feit dat Scotch & Soda, althans het concern waartoe zij behoort, buiten het gehuurde, nog andere activiteiten heeft die in de betreffende periode wellicht beter renderden (...) niet van belang zijn, nu die activiteiten in beginsel buiten de rechtsverhouding van huurder en verhuurder staan. (...)" In onze visie zou het overigens niet bij voorbaat onredelijk zijn om op enigerlei wijze rekening te houden met deze omzetten indien de webshop door de lockdown ineens enorm hoge omzetten heeft, die weer inzakken zodra de fysieke winkel opengaat.

55. Zie r.o. 3.3.4 van de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad.

56. Zie r.o. 3.3.4 van de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad.

57. Evenals Wissink en de lagere rechtspraak laat de Hoge Raad andere steunmaatregelen, zoals de Tegemoetkoming schade COVID-19 (TOGS), de Tijdelijke overbruggingsregeling zelfstandig ondernemers (Tozo) en de Noodmaatregel Overbrugging Werkgelegenheid (NOW) buiten beschouwing.

58. Zie r.o. 3.3.4 van de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad.

daarnaast discussie mogelijk over de voorgeschreven vergelijking met "een vergelijkbaar tijdvak voorafgaand aan de coronapandemie".<sup>59</sup> Betreft dit per definitie dezelfde kalendermaanden maar dan in het jaar voorafgaand aan het ontstaan van de coronapandemie, of is hier ruimte voor debat, bijvoorbeeld als blijkt dat de huurder in kwestie in 2019 net een mindere periode heeft gedraaid, terwijl hij in de jaren daarvoor wél veel omzet heeft genoten? In het verlengde hiervan valt er naar onze mening ook wat voor te zeggen om eventuele omzetzijgingen vlak na een heropening (bijvoorbeeld vanwege extra toestroom van het publiek net na een sluiting) evenzeer, op enigerlei wijze, in de berekening van de huurprijskorting mee te nemen.<sup>60</sup>

#### 6. Reeds doorgevoerde huurprijskortingen

In het in paragraaf 5 gegeven voorbeeld zagen we dat de uiteindelijke huurprijsvermindering € 1.755 bedroeg, zijnde ( $\text{€ } 1.755 / \text{€ } 6.500 \times 100\% =$ ) 27% van de huurprijs. Hoewel de Hoge Raad het *uitgangspunt* van de 'pijn gelijk verdelen' duidelijk omarmt, is het simpelweg gelijk verdelen van de huurprijs (50/50) over de huurder en de verhuurder volgens de Hoge Raad dus te kort door de bocht. Anders had huurder immers een huurprijsvermindering van  $\text{€ } 6.500 / 2 = \text{€ } 3.250$  moeten krijgen. De Hoge Raad geeft echter een genuanceerder beeld waarbij onder meer rekening moet worden gehouden met de TVL die de huurder heeft gekregen,<sup>61</sup> althans *had kunnen krijgen*.<sup>62</sup> Ook het Duitse Bundesgerichtshof heeft in de eerdergenoemde uitspraak beslist dat het, naar aanleiding van de coronapandemie, simpelweg gelijk verdelen van de huurprijs over de huurder en de verhuurder te kort door de bocht is, alsmede dat het gaat om de tegemoetkoming die de huurder had *kunnen* ontvangen.<sup>63</sup>

59. Zie r.o. 3.3.4 sub c van de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad.

60. Ook zou kunnen worden gekeken naar de TVL-periode. Zie de Regeling subsidie financiering vaste lasten MKB COVID-19 van 26 juni 2020 (*Stcrt.* 2020, 34295).

61. Dit zal in onze visie niet anders zijn voor andere, met de huurovereenkomst verband houdende, voordelen die de huurder in de betreffende periode toevallen. Denk aan een omzetafhankelijke huurprijs waarbij de huurder, vanwege de coronaomstandigheden, in de relevante periode op grond van de huurovereenkomst al aanzienlijk minder huur moet betalen. Het feit dat een omzethuur is overeengekomen, staat – zo overweegt de Hoge Raad helder – niet aan de toepassing van het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden in de weg. Wij menen echter dat dit gegeven wél in de huurprijsberekening kan (en voor een zuivere berekening *moet*) worden meegenomen.

62. De Hoge Raad spreekt in r.o. 3.3.4 immers over "Het (...) *deel van de TVL waarop de huurder aanspraak kan maken*, (...) [accentuering aangebracht door annotatoren] en dus niet over de TVL die de huurder daadwerkelijk heeft ontvangen. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat het voor een verhuurder veelal niet eenvoudig zal zijn om te achterhalen op hoeveel TVL de huurder aanspraak had kunnen maken.

63. BGH 12 januari 2022 ([www.iww.de/quellenmaterial/id/226898](http://www.iww.de/quellenmaterial/id/226898)).

In tegenstelling tot het bepaalde in de onderhavige beslissing is voorheen in verschillende zaken de huurprijs wel eenvoudigweg in tweeën gedeeld. Zo oordeelde de Kantonrechter Den Haag in januari 2021 dat de huurder over de maanden van de verplichte sluiting van de horeca 50% van de huurprijs verschuldigd was.<sup>64</sup> Voor de desbetreffende verhuurder – en met hem andere verhuurders waarbij lagere rechters op overeenkomstige wijze hebben beslist<sup>65</sup> – kan de onderhavige prejudiciële beslissing wrang aanvoelen. De huurprijsvermindering had met het oog op de onderhavige beslissing in veel gevallen immers lager moeten uitvallen. Toch lijkt het erop dat verhuurders zich hier (voor periodes waar al onherroepelijk over is geoordeeld) bij neer zullen moeten leggen,<sup>66</sup> aangezien de gronden voor herroeping van een in kracht van gewijsde gegane uitspraak beperkt zijn. Herroeping van een uitspraak is ingevolge art. 382 Rv namelijk slechts mogelijk als de rechter in zijn vonnis op het verkeerde been is gezet door (i) bedrog van de zijde van de wederpartij, (ii) valse stukken en/of (iii) achterhouding van beslissende stukken door de wederpartij. De omstandigheid dat de Hoge Raad op een later moment anders oordeelt dan een rechter in het verleden in een inmiddels in kracht van gewijsde gegane uitspraak heeft gedaan, is onvoldoende grond voor herroeping van de uitspraak. Herroeping is namelijk alleen mogelijk indien de rechter een vergissing met betrekking tot de *feiten* van de zaak heeft gemaakt.

Voor *niet* in kracht van gewijsde gegane uitspraken komt de huidige prejudiciële beslissing van de Hoge Raad uiteraard nog wel op tijd. Partijen kunnen dan immers een rechtsmiddel tegen de uitspraak instellen.

#### 7. Conclusie

In velerlei opzichten straalt de uitspraak van de Hoge Raad uit dat ons hoogste rechtscollege zich realiseerde hoezeer er in 'huurrechtland' op zijn beslissing werd gewacht. De Hoge Raad heeft in de onderhavige prejudiciële beslissing namelijk meer gedaan dan van hem was gevraagd. In de eerste plaats heeft hij een ruimer toepassingsgebied aan zijn beslissing gegeven dan strikt uit de prejudiciële vragen volgde, door te benadrukken dat de beslissing (i) ook op andere 290-bedrijfsruimte dan ho-

64. Ktr. 's-Gravenhage 21 januari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:461, *TvHB* 2021/08, UDH: TvHB/16664.

65. Zie bijv. Rb. Rotterdam 16 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6855, r.o. 5.10.

66. Indien in zaken slechts uitspraken *in kort geding* zijn gewezen, kunnen de prejudiciële antwoorden van de Hoge Raad mogelijk nog wel een reden vormen om een bodemprocedure te entameren (tenzij rechten zijn prijsgegeven).

reca ziet<sup>67</sup> en (ii) niet enkel van belang is bij sluitingen, maar ook bij andere overheidsmaatregelen, zoals adviezen,<sup>68</sup> als gevolg waarvan het gehuurde niet of slechts in geringe mate kan worden geëxploiteerd.<sup>69</sup> In de tweede plaats heeft de Hoge Raad "een model" gegeven om de praktijk "een handvat" te bieden "voor de berekening van de huurprijzvermindering."<sup>70</sup> In de derde plaats moedigt de Hoge Raad partijen expliciet aan om te schikken: met zoveel woorden overweegt hij dat met de beantwoording van de derde en vierde prejudiciële vraag tevens is beoogd om "een handvat te bieden waarmee partijen in onderling overleg de huurprijs aan de gewijzigde omstandigheden kunnen aanpassen."<sup>71</sup> Tot slot stelt de Hoge Raad zich proactief op door te benadrukken dat rechters huurders de gelegenheid kunnen bieden om hun op de gebrekenregeling gebaseerde stellingen aan te passen naar stellingen die op het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden zijn gebaseerd.<sup>72</sup>

Uiteraard is inherent aan het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden – dat voor een belangrijk deel op de redelijkheid en billijkheid is gebaseerd – dat er altijd voer voor discussie resteert. Niettemin menen wij dat de Hoge Raad de praktijk, met zijn beslissingen, een 'aardig eind op weg' heeft geholpen, zowel voor de stellingname in procedures als voor pogingen elkaar in der minne te vinden.

- 
67. De prejudiciële beslissing van de Hoge Raad ziet in beginsel niet op 230a-ruimte. Wij kunnen ons echter goed voorstellen dat de beslissingen van de Hoge Raad ook relevant kunnen zijn voor huurders van 230a-ruimte die voor hun omzet afhankelijk zijn van de komst van publiek. Denk bijvoorbeeld aan de exploitant van een sportschool (Rb. Noord-Holland 27 januari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:783). Ook de exploitant van een bioscoop en van een theater is, op een vergelijkbare manier als die van een café/restaurant, voor zijn omzet afhankelijk van de komst van het publiek.
68. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan het advies van de overheid om zoveel mogelijk thuis te blijven. Door dit advies kregen ondernemers immers ook minder publiek over de vloer. Zie r.o. 3.1 van de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad. Zie ook Ktr. Amsterdam 20 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1989, r.o. 4.5 en Ktr. Zeeland-West-Brabant 7 juli 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:3445, r.o. 4.6.
69. Onder het 'niet of slechts in geringe mate kunnen exploiteren van het gehuurde' moet volgens de Hoge Raad ook worden begrepen dat geen of veel minder publiek in de gehuurde 290-bedrijfsruimte komt als gevolg van de overheidsmaatregelen in verband met de coronapandemie. Zie r.o. 3.1 van de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad.
70. Zie r.o. 3.3.1 van de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad.
71. Zie r.o. 3.4 van de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad.
72. Zie r.o. 3.5.4 van de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad.