

# Jurisprudentiebespreking

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

**TvHB 2021/21**

**Gerechtshof Amsterdam**  
14 september 2021

**ECLI:NL:GHAMS:2021:2728**

**Dam Square B.V. / Swissôtel Amsterdam B.V.**

**Met noot van mr. K. Bol<sup>1</sup>**

**Hoger beroep van het vonnis van de Voorzieningenrechter Amsterdam 21 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:120**

## Samenvatting

### **Corona, huurkorting, huuropschorting, gebrekenregeling, onvoorziene omstandigheden, kort geding, TVL, onderverhuur**

De huurder exploiteert in de gehuurde bedrijfsruimte een hotel, met bijbehorende restaurantvoorzieningen. Het restaurantgedeelte is aan een aan huurder gelieerde partij onderverhuurd, die tijdens de coronacrisis geen huur heeft betaald. De huurder vordert in kort geding 50% huuropschorting - onder meer - op grond van onvoorziene omstandigheden ex art. 6:258 BW. In eerste aanleg heeft de voorzieningenrechter deze vordering toegewezen en geoordeeld dat, omdat het beroep van huurder op art. 6:258 BW slaagt en geen van partijen een verwijt kan worden gemaakt van de crisis, een 50/50 verdeling van het financiële nadeel voor de hand ligt. In hoger beroep oordeelt het hof dat het voor de beoordeling van deze zaak niet uitmaakt of de gevolgen van de coronacrisis in deze huurrelatie nu wel of niet als gebrek kunnen worden aangemerkt, nu in beide situaties art. 6:258 BW van toepassing is. Omdat de verhuurder in hoger beroep (uitdrukkelijk) niet de principiële vraag aan de orde heeft gesteld of de coronacrisis en de gevolgen in de huurrelatie van partijen zijn te kwalificeren als onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 BW, ziet de beoordeling van het hof in overwegende mate op de omstandigheden waarop acht moet worden geslagen bij de toepassing van art. 6:258 BW. Het hof oordeelt dat de huurder aannemelijk heeft gemaakt dat door de coronacrisis zijn omzet- en/of winstcijfers zodanig zijn gedaald, dat aanleiding bestaat voor toepassing van art. 6:258 BW. De in de jurisprudentie inmiddels ontwikkelde 50/50-formule om het huurkortingspercentage vast te stellen (te weten 50% van het percentage omzetzaling)

komt het hof juist voor en wordt hier toegepast. De vrijwillige sluiting van het hotel gedurende korte periode tijdens het begin van de coronacrisis kan de huurder niet worden verweten, omdat dit kostenbesparend heeft gewerkt. Het hof overweegt dat een extreem lage huur een element kan zijn dat bij de toepassing van art. 6:258 BW onder ogen moet worden gezien, maar dit kort geding leent zich niet voor nader onderzoek op dit punt. Ten aanzien van de rol van de Tegemoetkoming Vaste Lasten ('TVL') overweegt het hof dat de TVL (waarop de huurder aanspraak kan maken) in mindering moet worden gebracht op de werkelijke totale vaste lasten. Van het restantbedrag aan vaste lasten moet worden bepaald welk deel daarvan betrekking heeft op de huurprijs. Op dat bedrag dient de hiervoor genoemde huurkortingsformule te worden toegepast. Omdat de TVL waarop de huurder aanspraak heeft in de eerste twee kwartalen van 2021 hoger is dan haar vaste lasten in die periode, wordt de vordering tot opschorting met betrekking tot die periode afgewezen. Volgens het hof valt niet in te zien waarom de onderhuurder tijdens de coronacrisis niet minstens 50% van de onderhuur zou moeten betalen. Bij de berekening van het percentage van de omzetzaling wordt daarom de helft van de onderhuurinkomsten bij de (tijdens de coronacrisis) gerealiseerde omzet opgeteld.

## Gerechtshof

**Dam Square B.V.**  
gevestigd te Heerhugowaard,  
appellante,  
advocaat: mr. E.C.A. Brand te Amsterdam,  
tegen  
**Swissôtel Amsterdam B.V.**  
gevestigd te Amsterdam,  
geïntimeerde,  
advocaat: mr. D.A.W. van Dijk te Amsterdam.

(...)

## 2 Feiten

2.1 De voorzieningenrechter heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.6 de feiten opgesomd die zij tot uitgangspunt heeft genomen.

2.2 Met grief 1 heeft Dam Square bezwaar gemaakt tegen de overweging onder 2.4 dat Swissôtel haar hotel van 25 maart tot en met 31 mei 2020 gesloten heeft gehouden. Onder verwijzing naar een door haar overgelegde getuigenverklaring en een, naar zij meent, onverklaarbaar verschil tussen de medio december 2020 geprognoseerde totale bezetting in 2020 en de begin januari 2021 opgegeven gerealiseerde totale bezetting in 2020 betoogt zij dat het hotel in de periode maart tot en met mei 2020 wel degelijk gasten heeft ontvangen. Swissôtel heeft dit bestreden. Zij heeft aangevoerd dat de uiteindelijk

1. Karima Bol is werkzaam als advocaat bij Houthoff te Amsterdam.

gerealiseerde bezetting lager was dan de prognose, doordat de feitelijke bezetting rond de jaarwisseling sterk is tegengevallen. Zij heeft ter onderbouwing van haar stelling dat het hotel gesloten is geweest, verwezen naar de door haar in eerste aanleg overgelegde kopie van informatie uit het hotelmanagementsysteem OPERA, een e-mailwisseling met de franchisegever van het hotel en een schriftelijke verklaring van de general manager van het hotel. Op grond van een en ander acht het hof voorshands voldoende aannemelijk dat het hotel inderdaad, zoals Swissôtel stelt, tussen 25 maart en 31 mei 2020 gesloten is geweest.

2.3 Voor het overige zijn de in het vonnis opgesomde feiten in hoger beroep niet in geschil. Die feiten dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt. Waar nodig aangevuld met andere onomstreden feiten, zijn die feiten de volgende.

a. Swissôtel huurt sinds 1997 van (thans) Dam Square een bedrijfsruimte aan het Damrak en de Nieuwendijk in Amsterdam. Het gehuurde is in artikel 1.1 van de huurovereenkomst omschreven als: *[e]en gedeelte van de percelen met aan- en toebehoren staande en gelegen te (...), een en ander zoals aangegeven op de (...) tekeningen en omschrijving van het gehuurde, zoals opgenomen in de (...) rapportage (...).*

Artikel 1.2 van de huurovereenkomst bepaalt dat het gehuurde uitsluitend mag worden gebruikt als "first class business hotel" met bijbehorende restauratieve voorzieningen. Swissôtel exploiteert in het gehuurde een hotel met 114 kamers. Onderdeel van de bedrijfsruimte is een restaurant dat Swissôtel met toestemming van Dam Square onderverhuurt aan haar zustersvereniging Azure F&B Services B.V.

b. De geldende huurovereenkomst loopt tot en met 29 februari 2032. De huidige huurprijs bedraagt € 1.008.418,56 (exclusief btw) per jaar. De huur moet per kwartaal worden voldaan. In verband met de coronacrisis hebben partijen afgesproken dat Swissôtel de huur per maand mag voldoen.

c. Artikel 9.16a van de huurovereenkomst luidt: *In afwijking van het bepaalde in artikel 14.1 van de Algemene Bepalingen komen partijen uitdrukkelijk overeen dat huurder gerechtigd is tot opschorting in de zin van artikel 6:52 e.v. B.W., en tot het leggen van eigenbeslag. (...)*

d. Op de huurovereenkomst zijn Algemene Bepalingen (ROZ model 1994) van toepassing. Artikel 2.6.1 daarvan luidt:

*Huurder is verplicht te zorgen voor het verkrijgen van de voor de uitoefening van het bedrijf, waarvoor het gehuurde is bestemd, vereiste vergunningen en/of ontheffingen. Weigering of intrekking daarvan zal geen aanleiding kunnen geven tot ontbinding of nietigverklaring van de huurovereenkomst of tot enige verder actie tegen verhuurder.*

e. In verband met de coronacrisis is het restaurant op last van de overheid gesloten geweest van 15 maart 2020 tot en met 31 mei 2020. Vanwege wegvallende omzet heeft Swissôtel ook het hotel gesloten gehouden van 25 maart 2020 tot en met 31 mei 2020. Op 14 oktober 2020 is het restaurant op last van de overheid opnieuw gesloten. Op 15 december 2020 zijn ook de voor de hotelgasten bestemde eet- en drinkgelegenheden in het hotel op last van de

overheid gesloten. Deze maatregelen zijn van kracht gebleven tot 5 juni 2021.

f. Partijen hebben met elkaar overlegd over een regeling om de nadelige financiële gevolgen van de coronacrisis voor Swissôtel te verlichten. In dat kader heeft Swissôtel een aantal voorstellen gedaan, onder meer bij brief van haar advocaat van 12 oktober 2020, waarin zij voorstelt de huurbetaling met 50% op te schorten en wel met terugwerkende kracht vanaf maart 2020. Dam Square heeft een aantal tegenvoorstellen gedaan. Partijen hebben hierover geen overeenstemming bereikt.

g. Ten tijde van het bestreden vonnis had Swissôtel de huur tot en met januari 2021 volledig voldaan.

### 3 Beoordeling

#### *De procedure in eerste aanleg*

3.1 Samengevat en voor zover in hoger beroep nog van belang heeft Swissôtel in eerste aanleg gevorderd opschorting van betaling van 50% van de door haar verschuldigde huur, althans van een in goede justitie te bepalen percentage daarvan, over de periode vanaf 15 maart 2020 totdat in een door haar aan te spannen bodemprocedure is beslist, althans over een in goede justitie te bepalen periode en veroordeling van Dam Square tot terugbetaling van 50% van de reeds betaalde huur over de periode van 15 maart 2020 tot en met 31 december 2020, althans een in goede justitie te bepalen percentage daarvan, een en ander onder de voorwaarde dat Swissôtel binnen één maand na het te wijzen vonnis een bodemprocedure aanhangig maakt over de vraag in hoeverre Swissôtel aan haar verplichtingen moet voldoen in de periode dat zij als gevolg van de coronacrisis wordt beperkt in de exploitatie van het gehuurde.

3.2 Swissôtel heeft aan haar vorderingen samengevat het volgende ten grondslag gelegd. Door de overheidsmaatregelen in het kader van de coronacrisis is de omzet van het hotel aanzienlijk gedaald, met als gevolg dat zij in 2020 een verlies heeft geleden van ruim 1,2 miljoen euro, terwijl ook de vooruitzichten voor 2021 uiterst somber zijn. De genotsbeperking als gevolg van de coronamaatregelen is te beschouwen als een gebrek in de zin van artikel 7:204 BW en geeft recht op huurprijsvermindering, dan wel is de coronacrisis een onvoorziene omstandigheid in de zin van artikel 6:258 BW, op grond waarvan de huurovereenkomst moet worden aangepast op een wijze die meebrengt dat het nadeel gelijkelijk over de partijen wordt verdeeld. Onder de gegeven omstandigheden kan Swissôtel gebruik maken van haar contractuele opschortingsrecht, aldus nog steeds Swissôtel.

3.3 Dam Square heeft de vorderingen van Swissôtel betreden. Zij heeft betwist dat de genotsbeperking die het gevolg is van de coronamaatregelen als een gebrek is aan te merken. Zij heeft hiertoe verwezen naar de omschrijving in de huurovereenkomst van het gehuurde en van de bestemming en naar artikel 2.6.1 van de Algemene Bepalingen. Verder heeft zij bestreden dat de coronacrisis onder de gegeven omstandigheden, waaronder de inhoud van de overeenkomst, de financiële situatie van partijen, de resultaten van het hotel in de voorgaande jaren en de redelijke voorstellen die Dam Square heeft gedaan om

Swissôtel in de crisis tegemoet te komen, kan worden beschouwd als een onvoorziene omstandigheid die aanleiding geeft tot aanpassing van de overeenkomst. Volgens Dam Square kan Swissôtel bovendien niet terugkomen van de regeling die partijen in verband met de coronamaatregelen al in het voorjaar van 2020 hebben getroffen en die inhoudt dat Swissôtel per maand de huur mocht betalen, en zeker niet met terugwerkende kracht. Ten slotte heeft zij de door Swissôtel overgelegde cijfers in twijfel getrokken en betoogd dat de berekening van het opschortingspercentage onjuist is.

3.4 Bij het bestreden vonnis heeft de voorzieningenrechter de vordering tot opschorting van 50% van de huur toegewezen vanaf 1 november 2020, zijnde de eerste vervaldatum van de huur na de (hiervoor onder 2.3.f. genoemde) brief van 12 oktober 2020, waarin Swissôtel voor het eerst aanspraak heeft gemaakt op (huuropschorting met) terugwerkende kracht, tot 1 juni 2021. Verder heeft de voorzieningenrechter bepaald dat de reeds betaalde huur over de maanden vanaf november 2020 mocht worden verrekend met de huur over de maanden daarna. Zij heeft hiertoe overwogen dat de coronacrisis door de verplichte sluiting van restaurants en de reisbeperkingen voor Swissôtel klemmende gevolgen heeft, waardoor de waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties ernstig is verstoord. Dit betekent dat zich hier onvoorziene omstandigheden voordoen die van dien aard zijn dat Dam Square redelijkerwijs geen ongewijzigde instandhouding van de huurovereenkomst mag verwachten. De argumenten van Dam Square kunnen aan die conclusie niet afdoen, omdat die nader onderzoek vergen waarvoor een kort geding niet geschikt is. De juistheid van de door Swissôtel overgelegde cijfers is onvoldoende gemotiveerd door Dam Square bestreden. Omdat geen van partijen een verwijt kan worden gemaakt van de crisis ligt een 50/50 verdeling van het financiële nadeel voor de hand, aldus nog steeds de voorzieningenrechter.

#### *De procedure in hoger beroep*

3.5 Dam Square heeft tegen het bestreden vonnis acht grieven aangevoerd. Zij heeft uitdrukkelijk in dit hoger beroep niet de principiële vraag aan de orde gesteld of de coronacrisis en de gevolgen in de huurrelatie van partijen zijn te kwalificeren als onvoorziene omstandigheden in de zin van artikel 6:258 BW, maar die kwestie gereserveerd voor de bodemprocedure die inmiddels bij de rechtbank loopt. De grieven van Dam Square gaan uitsluitend over het spoedeisend belang (grief 2), de gegevens waarvan de voorzieningenrechter bij de toepassing van de 50/50-formule is uitgegaan (grieven 1, 3, 4, 5, 7), de wijze waarop de voorzieningenrechter die formule heeft toegepast (grief 6) en de kostenveroordeling (grief 8).

3.6 Swissôtel heeft de grieven bestreden en daarnaast als meest verstrekkend verweer aangevoerd dat Dam Square niet voldoende belang heeft bij haar hoger beroep, omdat op 9 september 2021 de mondelinge behandeling in de bodemprocedure plaatsvindt en dus valt te verwachten dat de bodemrechter op korte termijn zal oordelen over de vraag of Swissôtel recht heeft op huurkorting. Door een ver-

nietiging van het bestreden vonnis op dit moment kan een chaotische situatie ontstaan, waarin binnen korte tijd eerst opgeschorte huurpenningen alsnog zouden moeten worden betaald en vervolgens weer zouden moeten worden terugbetaald. Ook zou een vernietiging van het bestreden vonnis op dit moment onduidelijkheid creëren in de markt, die zich nu net heeft ingesteld op een voorlopige opschorting van 50% van de huur in coronatijd, aldus Swissôtel. 3.7 Dit verweer gaat niet op. Dam Square is in de kosten van de eerste aanleg veroordeeld. Alleen die omstandigheid geeft haar al een voldoende belang bij haar hoger beroep. Maar ook het alsnog willen ontvangen van opgeschorte huurpenningen is een gerechtvaardigd belang, zeker omdat niet valt te voorzien wanneer de rechtbank in de bodemzaak een eindvonnis zal wijzen. Hieraan kan eventuele verwarring bij andere partijen niet afdoen. Dit betekent dat Dam Square kan worden ontvangen in het hoger beroep.

#### *Spoedeisend belang*

3.8 Grief 2 houdt in dat de voorzieningenrechter ten onrechte heeft aangenomen dat Swissôtel een spoedeisend belang heeft bij haar vordering tot opschorting van 50% van de huur. Dam Square betoogt dat Swissôtel haar spoedeisend belang in het geheel niet heeft onderbouwd. Volgens haar moet daarbij in aanmerking worden genomen dat Swissôtel uiteindelijk eigendom is van een zeer vermogende private familie-investeringsmaatschappij en behoort tot een groep waarin in de afgelopen tien jaar hoteltransacties tot een bedrag van € 1,5 miljard hebben plaatsgevonden, waarbij zestig hotels betrokken waren. Deze goede financiële positie maakt dat de nadelige gevolgen van corona voor Swissôtel slechts relatief zijn, aldus Dam Square.

3.9 Deze grief heeft geen succes. Swissôtel heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat door de coronacrisis zij meer dan 90% van haar omzet heeft verloren en haar winst geheel of nagenoeg geheel is verdwenen, ook als rekening wordt gehouden met de tegemoetkomingen van de overheid waarop zij recht heeft. Onder die omstandigheden heeft zij een spoedeisend belang om te laten beoordelen of zij een deel van de huur voorlopig onbetaald mag laten. Dat belang wordt niet weggenomen door de veronderstelling dat aan Swissôtel gelieerde (rechts)personen haar financiële nood - naar moet worden aangenomen onverplicht - zouden kunnen lenigen. Of mede gezien de financiële positie van die (rechts)personen de vordering tot opschorting in kort geding toewijsbaar is, is overigens een andere kwestie.

#### *Gebrek of niet*

3.10 Swissôtel heeft haar vordering tot opschorting primair gegrond op de stelling dat de gevolgen van de coronacrisis een gebrek vormen in de zin van artikel 7:204 BW. De voorzieningenrechter heeft wel overwogen dat geen van beide partijen een verwijt kan worden gemaakt van de coronacrisis (zodat een 50/50-verdeling van de nadelige gevolgen voor de hand ligt), maar zij heeft zich niet uitgesproken over de vraag of zich hier ook een gebrek voordoet. De voorzieningenrechter heeft de vordering beoordeeld langs de lijnen van artikel 6:258 BW. Hieraan ligt kennelijk de gedachte ten grondslag dat het voor de

beoordeling van deze zaak niet uitmaakt of de gevolgen van de coronacrisis in deze huurrelatie nu wel of niet als gebrek kunnen worden aangemerkt, omdat in beide situaties artikel 6:258 BW van toepassing is en tot dezelfde resultaten leidt. Het hof kiest dezelfde benadering. Er zou reden kunnen zijn voor een andere benaderingswijze, als de huurovereenkomst van partijen een bepaling zou bevatten die rechtstreeks is te relateren aan een crisis als de huidige, maar dat is niet het geval.

*In acht te nemen omstandigheden*

3.11 Dat de coronacrisis in deze huurrelatie grond kan geven voor toepassing van artikel 6:258 BW is, zoals gezegd, in dit kort geding tussen partijen niet in geschil. Daarmee komt het hof toe aan de omstandigheden waarop acht moet worden geslagen bij de toepassing van dat artikel op de overeenkomst van partijen.

3.12 Grief 3 behelst de klacht dat de voorzieningenrechter de regels van stelplicht en bewijslast onjuist heeft toegepast door te overwegen dat op de juistheid van de verweren van Dam Square in dit kort geding niet vooruit kan worden gelopen, omdat de beoordeling daarvan onderzoek vergt waartoe het kort geding zich niet leent. Volgens Dam Square miskent de voorzieningenrechter aldus dat Swissôtel heeft te stellen en te bewijzen/aannemelijk te maken dat de omstandigheden zodanig zijn dat huurkorting of opschorting van de huur gerechtvaardigd is.

3.13 Dam Square heeft daarin in zoverre gelijk, dat het in dit kort geding op de weg van Swissôtel ligt om aannemelijk te maken dat door de coronacrisis haar omzet- en/of winstcijfers zodanig zijn gedaald, dat aanleiding bestaat voor toepassing van artikel 6:258 BW. Wanneer die exceptionele omzet- en/of winstdaling en het verband daarvan met de coronacrisis voldoende aannemelijk zijn geworden, geeft dat in beginsel grond voor toepassing van de in de jurisprudentie inmiddels ontwikkelde 50/50-formule, die ook het hof voorshands juist voorkomt. Dit is anders als blijkt van bijzondere omstandigheden die maken dat huurkorting of huuropschorting (toch) niet op haar plaats is. Degelijke omstandigheden zullen dan door Dam Square moeten worden aangedragen en zo nodig aannemelijk moeten worden gemaakt. Op deze manier zal het hof ook de door Dam Square opgeworpen verweren bezien.

3.14 Met grief 1, voor zover nog niet behandeld, voert Dam Square aan dat de voorzieningenrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat de keuze van Swissôtel om het hotel van 25 maart tot en met 31 mei 2020 gesloten te houden een redelijke beslissing is geweest. Volgens Dam Square was die keuze niet redelijk omdat niet is aangetoond dat de bezettingsgraad in de desbetreffende periode zeer laag was, en had Swissôtel de terugloop van haar omzet kunnen beperken door zich te richten op andere soorten gasten dan buitenlandse toeristen en zakenreizigers.

3.15 Swissôtel heeft ter onderbouwing van haar stelling dat de bezetting tot de sluiting zeer laag was, verwezen naar de overgelegde informatie uit het hotelmanagementsysteem OPERA. Zij betwist dat er in de desbetreffende periode een alternatieve categorie potentiële gasten was waarop zij zich had kunnen richten. Zij meent dat zij door de sluiting juist kos-

ten heeft bespaard. Op grond van het door Swissôtel overgelegde cijfermateriaal acht het hof voldoende aannemelijk dat in de maanden van maart tot en met mei 2020 het aantal potentiële hotelgasten zeer laag was. Ook is het aannemelijk dat de sluiting kostenbesparend heeft gewerkt. Grief 1 faalt derhalve in haar geheel.

3.16 Dam Square heeft in eerste aanleg betoogd dat de contractuele huur zo ver onder de marktwaarde ligt, dat het onredelijk zou zijn dat de huur in verband met de coronacrisis nog verder zou worden verlaagd. De voorzieningenrechter heeft dit argument verworpen op de grond dat de juistheid van de stelling dat de huur ver onder de marktwaarde ligt, in dit kort geding niet kan worden vastgesteld. Met grief 4 voert Dam Square aan dat de juistheid van haar stelling blijkt uit het door haar overgelegde taxatierapport uit 2016 en dat de extreme laagte van de huur een van de omstandigheden is die bij de toepassing van artikel 6:258 BW een rol moeten spelen.

3.17 Het hof volgt Dam Square in haar betoog dat een extreem lage huur een element kan zijn dat bij de toepassing van artikel 6:258 BW onder ogen moet worden gezien. Ook het hof acht zich echter in dit kort geding niet in staat met voldoende zekerheid een oordeel te geven over de hoogte van de contractuele huur ten opzichte van de markthuurl. Daarop stuit dit deel van de grief af.

3.18 Dam Square heeft in eerste aanleg ook een beroep gedaan op de goede financiële positie van de groep waarvan Swissôtel deel uitmaakt en van de uiteindelijke belanghebbenden bij die groep. De voorzieningenrechter heeft dat argument verworpen met de overweging dat niet aannemelijk is geworden dat de financiële positie van Dam Square veel slechter is dan die van Swissôtel. Ook tegen die overweging is grief 4 gericht. Volgens Dam Square had de voorzieningenrechter wel rekening moeten houden met de vermogenspositie nu en in het verleden van Swissôtel en de belanghebbenden achter dit bedrijf.

3.19 Ook in hoger beroep is niet aannemelijk geworden dat de financiële situatie van Dam Square zoveel slechter is dan die van Swissôtel, dat dit een relevante omstandigheid vormt bij de toepassing van artikel 6:258 BW. Daarom faalt ook dit deel van grief 4.

3.20 Grief 5 betreft de betrouwbaarheid van de door Swissôtel in eerste aanleg gepresenteerde omzet- en winstcijfers. Dam Square voert aan dat Swissôtel die cijfers onvoldoende met correcte financiële onderleggers heeft onderbouwd en dat daarin de overheidssteun waarop Swissôtel in verband met de coronacrisis recht heeft, ten onrechte niet is meegenomen.

3.21 Bij haar memorie van antwoord heeft Swissôtel nieuwe financiële stukken overgelegd, namelijk een voorlopige winst- en verliesrekening over het eerste kwartaal van 2021, een voorlopig jaarverslag over 2020, een gecontroleerde jaarverslag over 2019, een income statement over 2020, alle aanvragen voor de Tegemoetkoming Vaste Lasten (TVL) over 2020 en 2021 en de btw-aangiften over 2020 en de maanden januari en februari van 2021. Naar het oordeel van het hof heeft Swissôtel aldus voldaan aan haar ver-

plichting de door haar gestelde cijfers met voldoende financiële stukken te adstrueren. Het hof heeft geen aanleiding aan de juistheid van die cijfers te twijfelen. Bij gelegenheid van de mondelinge behandeling heeft Dam Square de betrouwbaarheid van de overgelegde stukken ook niet betwist - daargelaten de hiervoor reeds behandelde kwestie van de betwiste sluiting in maart tot en met mei 2020. Met name heeft Dam Square niet betwist dat in die stukken ook de door Swissôtel ontvangen TVL en de uitkering op grond van de Tijdelijke Noodmaatregel Overbrugging voor Werkgelegenheid zijn verwerkt. Het hof zal bij de toepassing van de 50/50-formule dan ook uitgaan van de gegevens die blijken uit deze nieuwe stukken.

3.22 Ten slotte voert Dam Square in het kader van deze grief nog aan dat niet valt in te zien waarom van alle crediteuren van Swissôtel alleen Dam Square zou moeten meedelen in de nadelige gevolgen die de coronacrisis voor Swissôtel heeft.

3.23 Met dit betoog miskent Dam Square dat de toepassing in huurzaken van artikel 6:258 BW in verband met de coronacrisis met name is ingegeven door de overweging dat, zoals ook in het bestreden vonnis is te lezen, door de gevolgen van de coronacrisis de waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties ernstig is verstoord; er wordt betaald voor een ruimte die gedurende langere tijd (nagenoeg) onbruikbaar is. Deze overweging geldt niet voor alle crediteuren van Swissôtel. In dit geding is niet voldoende aannemelijk geworden dat Swissôtel met redelijke kans op succes andere crediteuren kan aanspreken om een zodanig deel van de nadelige gevolgen van de coronacrisis op zich te nemen, dat de bijdrage van Dam Square zou behoren te worden verlaagd. Die andere crediteuren zullen derhalve buiten beschouwing blijven.

3.24 Grief 7 houdt in dat de voorzieningenrechter ten onrechte heeft overwogen dat de door Dam Square gedane voorstellen voorshands niet als redelijk zijn aan te merken, omdat Dam Square is blijven vasthouden aan haar wens de huurprijsherzieningsdatum zeven jaar naar voren te halen. Dam Square betoogt dat haar voorstellen wel redelijk waren, omdat zij de eis van vervroeging van de huurprijsherziening uitsluitend heeft verbonden aan een aanbod tot een harde huurkorting en niet aan haar voorstellen tot huuropschorting. Zij wijst bovendien op haar toestemming voor maandelijkse betaling van de huur in plaats van betaling per kwartaal, hetgeen al een vorm van opschorting is.

3.25 Het hof is voorshands niet van oordeel dat Dam Square zich in de onderhandelingen onredelijk heeft opgesteld. Zij heeft, net als haar wederpartij, geprobeerd gebruik te maken van de omstandigheden om voor de toekomst een goede deal te sluiten. Waar het om gaat is dat zij geen voorstellen heeft gedaan waarvan kan worden gezegd dat die zo redelijk waren dat Swissôtel die niet had mogen weigeren. De 50/50-regel geeft Swissôtel in beginsel recht op huurkorting (en dus niet alleen op huuropschorting), terwijl anderzijds Dam Square in beginsel geen aanspraak heeft op de door haar gewenste vervroeging van de herzieningsdatum. Ook grief 7 is tevergeefs voorgedragen.

#### *Toepassing van de 50/50-formule in concreto*

3.26 Daarmee komt het hof toe aan de wijze waarop de voorzieningenrechter de 50/50-formule heeft toegepast. In grief 6 voert Dam Square daartegen drie bezwaren aan: de TVL waarop Swissôtel recht heeft, is niet op de juiste wijze verwerkt, evenals het bedrag van de onderhuur van het restaurant en ten onrechte is het opschortingspercentage op 50% gesteld. 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. Bovendien meent Swissôtel dat het niet gaat om de TVL waarop recht bestaat, maar om de daadwerkelijk al ontvangen TVL, omdat in dit kort geding een ordemaatregel wordt getroffen voor de actuele situatie, waarbij dus niet dient te worden vooruitgelopen op de beslissing van de bodemrechter. 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 omzetzalingspercentage. Bovendien moet volgens haar wel degelijk worden uitgegaan van de TVL waarop recht bestaat, ongeacht of deze inmiddels al is ontvangen.

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.*

3.29 Het hof volgt Swissôtel ook niet in haar betoog dat in kort geding geen rekening moet worden gehouden met de TVL waarop recht bestaat, maar uitsluitend met de reeds uitgekeerde TVL. Een eventueel liquiditeitsprobleem dat ontstaat doordat de TVL met vertraging wordt uitgekeerd, geeft geen grond Swissôtel in kort geding voorlopig te ontheffen van haar betalingsverplichtingen. Dat eventuele liquiditeitsprobleem is, zeker in de gegeven omstandighe-

den van een hotel dat jarenlang zeer goede resultaten heeft geboekt, niet een noodsituatie die aanleiding geeft tot het treffen van een zuivere ordemaatregel. Bij het geven van de voorlopige voorziening tot opschorting van een deel van de huur dient daarom wel degelijk te worden vooruitgelopen op de van de bodemrechter te verwachten beslissing over de huurkorting.

3.30 Partijen zijn ook verdeeld over de manier waarop de onderhuur van het restaurant, die sinds maart 2020 niet meer is betaald, moet worden verwerkt in de berekening van de eventuele huurkorting. In haar berekening heeft Dam Square de overeengekomen onderhuur in haar geheel van de huur afgetrokken, omdat zij het standpunt inneemt dat het haar niet aangaat dat Swissôtel een deel van het hotel heeft onderverhuurd en de onderhuurpenningen niet bij haar zustervereniging incasseert. Swissôtel van haar kant betoogt primair dat met het vervallen van de onderhuur wel rekening moet worden gehouden, omdat de ruimte met toestemming van Dam Square is onderverhuurd en de onderhuurder de huur niet meer kan betalen als gevolg van de coronacrisis. Subsidiar meent zij dat het bedrag van de onderhuur bij de berekening van het percentage omzetzijding geheel buiten beschouwing moet worden gelaten.

3.31 Aangezien Dam Square toestemming heeft gegeven voor de onderverhuur, is het redelijk dat met de terugval in de onderhuurinkomsten door de coronacrisis rekening wordt gehouden. Niet valt echter in te zien waarom de onderhuurder, een zustervereniging van Swissôtel, tijdens de coronacrisis niet minstens 50% van de onderhuur zou moeten betalen. Blijkens de overgelegde jaarstukken maken de onderhuurinkomsten deel uit van de omzet. Daarom zal bij de berekening van het percentage van de omzetzijding de helft van de onderhuur bij de gerealiseerde omzet worden opgeteld.

3.32 Het hof volgt de voorzieningenrechter in haar keuze om in dit kort geding alleen opschorting toe te staan met ingang van het moment waarop Swissôtel aanspraak heeft gemaakt op huuropschorting met terugwerkende kracht, dus vanaf 1 november 2020. Hetgeen Swissôtel in de periode daaraan voorafgaand heeft betaald (en kennelijk ook heeft kunnen betalen) zal dus buiten beschouwing blijven.

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.

3.35 Grief 6 is dus grotendeels succesvol.

3.36 Grief 8 ziet op de proceskostenveroordeling. Omdat partijen over en weer gedeeltelijk in het ongelijk worden gesteld is het redelijk dat de proceskosten in eerste aanleg worden gecompenseerd.

#### *Slotsom en kosten*

3.37 De grieven slagen gedeeltelijk. Het bestreden vonnis kan niet geheel in stand blijven. Voor de leesbaarheid zal het (dictum van) het vonnis in zijn geheel worden vernietigd. Het verbinden van een voorwaarde aan de opschorting is nu niet meer zinvol, omdat die voorwaarde reeds is vervuld. De opschorting zal alleen over de maanden november en december 2020 worden toegewezen en wel tot een bedrag van € 32.547,= per maand en voor het overige worden afgewezen. De kosten van de procedure in beide instanties worden gecompenseerd.

3.38 Dam Square is bij het bestreden vonnis niet tot betaling veroordeeld. Zij heeft onverplicht 50% van de over november en december 2020 en januari 2021 volledig betaalde huur aan Swissôtel gerestitueerd. Haar in hoger beroep ingestelde vordering tot (terug)betaling van die 50% en tot betaling van de opgeschorte huur komt in dit geval neer op een vordering in reconventie die voor het eerst in hoger beroep is ingesteld. Omdat dat niet is toegestaan, is die vordering niet toewijsbaar.

## **4 Beslissing**

Het hof:

vernietigt het bestreden vonnis;

en opnieuw rechtdoende:

schort de verplichting van Swissôtel tot betaling van de huur over de maanden november en december 2020 op voor een bedrag van € 32.547,= per maand; verklaart dit arrest tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

bepaalt dat ieder van partijen de eigen proceskosten van beide instanties draagt;

wijst af het over en weer meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.C. Toorman, J.C.W. Rang en M.A. Wabeke (...)

## **Commentaar**

### *1. Inleiding*

Sinds we in maart 2020 werden geconfronteerd met de coronapandemie en de overheidsmaatregelen die in verband daarmee werden getroffen, is er veel geprocedeerd over de vraag in hoeverre de coronacrisis gevolgen heeft voor (verplichtingen uit) huurovereenkomsten en met name of de huurder in aanmerking komt voor huurprijzvermindering.<sup>2</sup> Het meren-

2. Hoewel het grootste deel van deze jurisprudentie ziet op door huurders - in verband met de coronacrisis - gevorderde

deel van de op dit moment verschenen rechtspraak is in eerste aanleg geweest. Op 14 september 2020 werd door het Hof Amsterdam voor het eerst<sup>3</sup> in hoger beroep geoordeeld over huurkorting (althans huuropschorting, omdat het een kort geding betrof) in verband met de coronacrisis.<sup>4</sup> Exact een jaar later volgde het arrest dat ik in dit commentaar zal bespreken. Onder meer het toepasselijke toetsingskader, de in de veel gebruikte ROZ modellen neergelegde risicoverdeling en de relevante omstandigheden bij een concrete toepassing van art. 6:258 BW (zoals de rol van de TVL en onderhuurinkomsten) zullen hierna aan bod komen. Daarbij zal ik ook aandacht besteden aan de (recente<sup>5</sup>) ontwikkelingen in de rechtspraak over deze problematiek. Belangrijkste in dit kader is dat we aan de vooravond staan van het verschijnen van een prejudiciële beslissing van de Hoge Raad over dit onderwerp. De Hoge Raad buigt zich op dit moment namelijk over de door de Kantonrechter Limburg op 31 maart 2021 gestelde prejudiciële vragen, die - kort gezegd - luiden: (1) is de in verband met

de coronacrisis van overheidswege opgelegde sluiting van de horeca een gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW?, (2) zo ja, aan de hand van welke criteria moet de huurprijzvermindering worden vastgesteld, (3) vormt de beperking in het gebruik van het gehuurde een onvoorziene omstandigheid die tot huurprijzvermindering kan leiden en (4) zo ja, welke omstandigheden dienen in dat geval mee te wegen?<sup>6</sup>

## 2. Conclusie plv. procureur-generaal in prejudiciële procedure

De conclusie van plv. procureur-generaal M.H. Wissink (hierna: 'Wissink') in de hiervoor genoemde prejudiciële procedure is op 30 september 2021 gepubliceerd.<sup>7</sup> Wissink bespreekt de hiervoor genoemde prejudiciële vragen in deze lezenswaardige conclusie uitvoerig, waarbij in circa 54 a4-tjes onder meer de tot op heden verschenen (lagere) rechtspraak over deze problematiek alsmede de voor dit onderwerp relevante passages uit de wetsgeschiedenis en literatuur de revue passeren. Bij de bespreking van de eerste twee prejudiciële vragen met betrekking tot art. 7:204 BW (zie vraag 1 en 2 in de vorige alinea) beperkt Wissink zich tot de door overheid verplichte sluiting van de horeca.<sup>8</sup> Heel kort samengevat,<sup>9</sup> concludeert Wissink dat een gedwongen sluiting van de horeca in verband met de coronapandemie - behoudens een afwijkende contractuele regeling - in beginsel is aan te merken als een niet volledig aan de huurder toe te rekenen omstandigheid waardoor de zaak niet het genot kan verschaffen dat de huurder mag verwachten, zodat sprake is van een gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW. De mate van huurprijzvermindering in geval van een dergelijk gebrek dient volgens Wissink te worden beoordeeld aan de hand van (art. 7:207 BW in verbinding met) art. 6:258 BW.

In het kader van de derde en vierde prejudiciële vraag met betrekking tot de toepassing van art. 6:258 BW (zie hierboven) ziet Wissink aanleiding (en ruimte) voor een bredere bespreking; niet alleen de horeca, maar ook andere 290-bedrijfsruimten, zoals detailhandel, komen daarbij aan bod.<sup>10</sup> Hij overweegt dat ten aanzien van vóór de coronacrisis gesloten huurovereenkomsten met betrekking tot bedrijfsruimten waarbij de huurder voor zijn omzet in

---

derde huurprijzvermindering, zijn er ook andere huurrechtelijke uitspraken waarin corona-omstandigheden een rol speelden. Zie Ktr. Rotterdam, 15 oktober 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:10247, voor een voorbeeld van een zaak waarin niet de huurder, maar de verhuurder in verband met de coronacrisis een beroep op het leerstuk van onvoorziene omstandigheden deed. In die kwestie ging het om een overeenkomst met betrekking tot zaalhuur (ten behoeve van de organisatie van een bruiloft). De kantonrechter oordeelde dat geen sprake was van annulering door de huurder, maar dat de verhuurder zijn verplichting tot het ter beschikking stellen van de zaal niet was nagekomen, welke tekortkoming ontbinding van de overeenkomst rechtvaardigde. Het beroep van de verhuurder op onvoorziene omstandigheden teneinde onder zijn verplichting tot het terugbetalen van het door de huurder betaalde voorschot uit te komen, slaagde niet. Verder zijn er inmiddels ook enkele uitspraken gepubliceerd waaruit blijkt dat corona-omstandigheden gevolgen kunnen hebben voor de tenuitvoerlegging van ontruimingsvonnissen; zie bijv. Ktr. Rotterdam (kort geding) 21 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4374 en Hof Amsterdam (kort geding) 13 april 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1037; in beide zaken werd de tenuitvoerlegging van een ontruimingsvonnis in verband met corona-omstandigheden geschorst.

3. Althans, voor zover we op basis van de gepubliceerde rechtspraak kunnen vaststellen.
4. Hof Amsterdam (kort geding) 14 september 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2604. In deze zaak ging het om een huurder die een event- en congrescentrum exploiteerde. Het hof oordeelde dat de coronacrisis en in verband daarmee opgelegde exploitatiebeperkingen onvoorziene omstandigheden vormen, op grond waarvan de huurder in aanmerking kwam voor een huurkorting. Voor wat betreft de hoogte van de huurkorting, sloot het hof aan bij de door de kantonrechter toepaste percentages, waarbij het overwoog dat voor de vaststelling van de huurkorting geen maatstaf bestaat en dit naar zijn aard enigszins arbitrair is. In de volgende twee hofarresten speelde de coronacrisis in het kader van een huurgeschil eveneens een rol: Hof Amsterdam (kort geding) 11 mei 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1387 en Hof Amsterdam (kort geding) 20 juli 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2300.
5. De relevante tot en met 15 november 2021 (moment van indiening van dit commentaar bij de redactie) gepubliceerde rechtspraak is bekeken.

- 
6. Ktr. Limburg 31 maart 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:2982.
  7. Conclusie plv. P-G 30 september 2021, ECI:NL:PHR:2021:902.
  8. Conclusie plv. P-G 30 september 2021, ECI:NL:PHR:2021:902, nr. 3.2. Daarbij wordt in dit commentaar de kanttekening geplaatst dat niet alle 'horeca' verplicht gesloten was. Met 'horeca' wordt immers de bedrijfstak bestaande uit hotels, restaurants en cafés aangeduid en ten aanzien van de hotels was geen sprake van verplichte sluiting (zulks, gedurende een bepaalde periode, met uitzondering van de bij de hotels behorende restauratieve voorzieningen).
  9. Conclusie plv. P-G 30 september 2021, ECI:NL:PHR:2021:902: Zie voor een korte samenvatting van de antwoorden van Wissink op de prejudiciële vragen nr. 1.5 van de conclusie.
  10. Conclusie plv. P-G 30 september 2021, ECI:NL:PHR:2021:902, nr. 3.3.

het gehuurde afhankelijk is van de komst van publiek, 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. Wat in dit verband de gevolgen kunnen zijn voor de uit de huurovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De coronacrisis kan in beginsel leiden tot een tijdelijke huurprijzvermindering die gebaseerd is op het nadeel dat de huurder lijdt als gevolg van (voldoende) ernstig, aan de coronacrisis toe te rekenen omzetverlies. Voor wat betreft de rol van de Tegemoetkoming Vaste Lasten ('TVL') sluit Wissink onder 5.38 aan bij het oordeel van het Amsterdamse hof in het in dit commentaar te bespreken arrest. Dit oordeel houdt in dat de TVL in mindering moet worden gebracht op de werkelijke totale vaste lasten, waarna van het restantbedrag aan vaste lasten moet worden bepaald welk deel daarvan betrekking heeft op de huurprijs. Op het laatstgenoemde bedrag dient de hiervoor genoemde huurkortingsformule (te weten 50% van het percentage omzetsdaling) te worden toegepast. Een afwijking van dit uitgangspunt kan onder omstandigheden (die los kunnen staan van de verstoring van het contractuele evenwicht tussen de wederzijdse prestaties van huurder en verhuurder) gerechtvaardigd zijn, aldus Wissink. Het valt buiten het bestek van dit commentaar om de overwegingen en onderbouwingen van Wissink die tot zijn voorgaande conclusies hebben geleid, volledig te bespreken, maar in het kader van de bespreking van het arrest van het Hof Amsterdam zullen enkele (interessante) elementen worden uitgelicht.

### 3. Feiten / eerste aanleg

Swissôtel Amsterdam B.V. ('Swissôtel') huurt sinds 1997 van (thans) Dam Square B.V. ('Dam Square') bedrijfsruimte in Amsterdam waarin zij een hotel met 114 kamers exploiteert. In de huurovereenkomst is bepaald dat het gehuurde uitsluitend mag worden gebruikt als *first class business* hotel met bijbehorende restauratieve voorzieningen. Het restaurantgedeelte van het gehuurde verhuurt Swissôtel onder aan een aan haar gelieerde vennootschap. In verband met de coronacrisis is het restaurant op last van de overheid gesloten geweest van 15 maart 2020 tot en met 31 mei 2020. Swissôtel heeft - vanwege wegvallende omzet - zelf besloten het hotel gesloten te houden in de periode van 25 maart 2020 tot en met 31 mei 2020. Op 14 oktober 2020 is het restaurant wederom op last van de overheid gesloten en op 15 december 2020 is het restaurant ook voor de hotelgasten gesloten. Deze maatregelen golden tot 5 juni 2021.

Swissôtel vorderde in kort geding 50% huuropschorting waartoe zij drie alternatieve zelfstandige grondslagen aanvoerde, te weten dat (i) haar huurgenot als gevolg van de overheidsmaatregelen ter bestrijding van het coronavirus is verminderd waardoor sprake is van een gebrek, (ii) de coronacrisis gelet op de ingrijpende gevolgen daarvan als een onvoorziene om-

standigheid in de zin van art. 6:258 BW kan worden aangemerkt en (iii) zij een contractueel opschortingsrecht heeft dat hier toepassing vindt.

In eerste aanleg is de vordering van Swissôtel tot opschorting van 50% van de huur toegewezen vanaf 1 november 2020, zijnde de eerste vervaldatum van de huur na de brief van 12 oktober 2020, waarin Swissôtel voor het eerst aanspraak heeft gemaakt op huuropschorting met terugwerkende kracht.<sup>11</sup> De voorzieningenrechter heeft daarbij enkel het beroep op onvoorziene omstandigheden in de beoordeling betrokken en overwogen dat de coronacrisis door de verplichte sluiting van restaurants en de reisbeperkingen voor Swissôtel klemmende gevolgen heeft, waardoor de waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties ernstig is verstoord. De conclusie volgde dat zich hier onvoorziene omstandigheden voordoen die van dien aard zijn dat Dam Square redelijkerwijs geen ongewijzigde instandhouding van de huurovereenkomst mocht verwachten. De argumenten die Dam Square daartegen aanvoerde, konden aan die conclusie niet afdoen, omdat die nader onderzoek vergden waarvoor een kort geding niet geschikt is. Omdat geen van partijen een verwijt kan worden gemaakt van de crisis ligt volgens de voorzieningenrechter een 50/50 verdeling van het financiële nadeel voor de hand, waarna 50% huuropschorting tot 1 juni 2021 werd toegewezen. Dam Square is tegen deze uitspraak in hoger beroep gegaan.

### 4. Toetsingskader: gebrekenregeling of art. 6:258 BW?

In r.o. 3.5 heeft het hof vastgesteld dat Dam Square in hoger beroep uitdrukkelijk niet de principiële vraag aan de orde heeft gesteld of de coronacrisis en de gevolgen in de huurrelatie van partijen zijn te kwalificeren als onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 BW.<sup>12</sup> Die kwestie is gereserveerd voor de inmiddels tussen partijen aanhangige bodemprocedure. Daardoor zag de beoordeling van het hof in overwegende mate op de toepassing van art. 6:258 BW, alsmede op de omstandigheden waarop in dat kader acht moet worden geslagen. Vooruitlopend daarop overwoog het hof kort iets over de gebrekenregeling. Volgens het hof heeft Swissôtel haar vordering tot opschorting *primair* gegrond op de stelling dat de gevolgen van de coronacrisis een gebrek vormen in de zin van art. 7:204 lid 2 BW. Het is de vraag of deze constatering juist is. Blijkens het vonnis in eerste aanleg (zoals hierboven toegelicht) heeft Swissôtel drie *alternatieve zelfstandige* grondslagen aan de vordering ten grondslag gelegd.<sup>13</sup> Desalniettemin is de overweging van het hof die volgde interessant. Het hof stelde vast dat de voorzieningenrechter zich niet heeft uitgesproken over de vraag of hier sprake is van een gebrek, maar de vordering heeft beoordeeld langs de lijnen van art. 6:258 BW. Volgens het

11. Rb. Amsterdam (kort geding) 21 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:120.

12. Die vraag is in de tot op heden gepubliceerde rechtspraak steeds bevestigend beantwoord.

13. Rb. Amsterdam (kort geding) 21 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:120, r.o. 3.2.



hof lag hier kennelijk de gedachte aan ten grondslag - en het hof volgt deze benadering - dat het voor de beoordeling van deze zaak niet uitmaakt of de gevolgen van de coronacrisis in deze huurrelatie nu wel of niet als gebrek kunnen worden aangemerkt, omdat in beide situaties art. 6:258 BW van toepassing is en tot dezelfde resultaten leidt. Deze overweging (die overigens ook in de lagere rechtspraak is overgenomen<sup>14</sup>) heeft het hof niet nader uitgewerkt, terwijl er over dit aspect het nodige valt te zeggen, zo blijkt uit de conclusie van Wissink, waarin voormelde overweging van het hof ook als zodanig wordt aangehaald,<sup>15</sup> maar uiteindelijk niet wordt gevolgd. Wissink heeft in dit verband toegelicht dat de toetsingskaders van de gebrekenregeling en art. 6:258 BW in zekere zin dicht bij elkaar liggen, met name daar waar het de afbakening van de risicosfeer van de huurder betreft. In art. 7:204 lid 2 BW is bepaald dat een gebrek een staat of eigenschap van de zaak is of *een andere niet aan de huurder toe te rekenen omstandigheid*, waardoor - kort gezegd - het huurgenot van de huurder is verminderd. In art. 6:258 lid 2 BW is bepaald dat een wijziging of ontbinding van de huurovereenkomst niet wordt uitgesproken, voor zover de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen *voor rekening komen van degene die zich op die omstandigheden beroept*. Als zou worden geoordeeld dat geen sprake is van een gebrek, omdat de gedwongen sluiting volledig in de risicosfeer van de huurder valt, zou dit toepassing van art. 6:258 BW - gezien het bepaalde in art. 6:258 lid 2 BW - kunnen compliceren,<sup>16</sup> aldus Wissink. Toepassing van art. 6:258 BW veronderstelt volgens Wissink dat de vraag of sprake is van een gebrek niet (volledig) ontkenend wordt beantwoord op de grond dat de coronacrisis naar verkeersopvattingen voor risico van de huurder komt. In zoverre ontkomt men niet aan de invloed van art. 7:204 BW, aldus Wissink en om die reden kiest hij een iets andere benadering dan die van het hof ('het maakt niet uit of sprake is van een gebrek; art. 6:258 BW is in beide situaties van toepassing').<sup>17</sup> Wissink vraagt zich af of volledig recht wordt gedaan aan de door de coronacrisis ontstane situatie als voor de gevolgen van het gebrek vervolgens uitsluitend de in art. 7:207 BW neergelegde maatstaf van vermindering van het huurgenot (en een daaraan evenredige huurprijsvermindering) wordt gehanteerd.<sup>18</sup> Om die reden pleit Wissink ervoor om de gebrekenregeling slechts toe te

passen in combinatie met art. 6:258 BW, teneinde een nuancering op de maatstaf van art. 7:207 BW te bereiken.<sup>19</sup> Een en ander brengt dan mee dat de rechtsgevolgen van het bestaan van een gebrek (in geval van gedwongen sluiting van de horeca) voor wat betreft de verschuldigdheid van de huurprijs beoordeeld dienen te worden aan de hand van (art. 7:207 BW in verbinding met) art. 6:258 BW. Onder de streep zal het resultaat van de (verschillende) benaderingen van Wissink en het hof hetzelfde zijn: de (eventuele) huurprijsvermindering wordt in beide gevallen uiteindelijk vastgesteld met toepassing van art. 6:258 BW.

Al met al komt het voorgaande mij voor als een relatief ingewikkelde constructie van een gecombineerde toepassing van twee leerstukken. De vraag is of deze benadering nodig is om in dit soort zaken tot een toepassing van art. 6:258 BW te komen. Indien de toepassing van een evenredige huurprijsvermindering als bedoeld in art. 7:207 BW in de hier besproken coronasituaties niet passend wordt geacht omdat het geen recht doet aan deze bijzondere situatie, wordt daarmee in feite gezegd dat de gebrekenregeling zich in deze situaties niet (goed) voor toepassing leent. Een en ander wringt kennelijk. Wellicht heeft dat ermee te maken dat in dit soort situaties 'eenvoudigweg' geen sprake is van een gebrek. Dat hoeft mijn inziens niet (per definitie) te betekenen dat art. 6:258 BW dan niet meer (met succes) kan worden ingeroepen door een huurder. Ook als zou worden geoordeeld dat geen sprake is van een gebrek, biedt art. 6:258 BW wellicht ruimte voor een maatwerkoplossing. Zoals door Wissink uiteengezet in zijn conclusie, neigt hij naar het oordeel dat de gedwongen sluiting van de horeca een risico betreft dat *gedeeltelijk* in de risicosfeer van de huurder valt, omdat het betrekking heeft op het bedrijf dat in het pand wordt geëxploiteerd.<sup>20</sup> Omdat het (aldus Wissink) in *ieder geval gedeeltelijk* in de risicosfeer huurder valt, zou kunnen worden geconcludeerd dat geen sprake is van een 'zuiver' gebrek als bedoeld in art. 7:204 lid 2 BW, aangezien daarmee niet *volledig* is voldaan aan de maatstaf "*of een andere niet aan de huurder toe te rekenen omstandigheid*". Daar zou dan tegenover kunnen worden gesteld dat de in art. 6:258 lid 2 BW omschreven beperking *wel* ruimte laat om art. 6:258 lid 1 BW (gedeeltelijk) toe te passen in verband met gedeeltelijke toerekening van de omstandigheden aan de huurder. In art. 6:258 lid 2 BW is (kort gezegd) bepaald dat de wijziging of ontbinding van de huurovereenkomst niet wordt uitgesproken, *voor zover* de omstandigheden voor rekening komen van degene die zich op die omstandigheden beroept. In lijn daarmee zou kunnen worden betoogd, dat *voor zover* de omstandigheden gedeeltelijk *niet* voor rekening van de huurder komen, wijziging van de huurovereenkomst op grond van art. 6:258 lid 1 BW in beginsel dus wel kan plaatsvinden.

14. Zie bijv. Ktr. Noord-Holland 20 oktober 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:9410, r.o. 5.2 en Ktr. Amsterdam 15 oktober 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5961 (tweede overweging van de beoordeling).

15. Conclusie plv. P-G 30 september 2021, ECI:NL:PHR:2021:902, nr. 4.36.5.

16. Conclusie plv. P-G 30 september 2021, ECI:NL:PHR:2021:902, nr. 4.38, waarbij de kanttekening kan worden geplaatst dat als geen sprake is van een gebrek omdat de verplichte sluiting *volledig* in de risicosfeer van de huurder valt, 'compliceren' wellicht nog voorzichtig is uitgedrukt.

17. Conclusie plv. P-G 30 september 2021, ECI:NL:PHR:2021:902, nr. 4.38 en 4.43.3

18. Conclusie plv. P-G 30 september 2021, ECI:NL:PHR:2021:902, nr. 4.39.6 e.v.

19. Conclusie plv. P-G 30 september 2021, ECI:NL:PHR:2021:902, nr. 4.36.4, 4.39.7 en 4.41.1.

20. Conclusie plv. P-G 30 september 2021, ECI:NL:PHR:2021:902, nr. 4.36.3.

En juist bij die gedeeltelijke toepassing past - indien de overige omstandigheden van het geval niet tot een ander oordeel nopen - het 'verdelen van de pijn'.

##### 5. Rol risicoverdeling ROZ modellen?

In het arrest van het hof is onder de feiten vermeld dat op de huurovereenkomst de ROZ algemene bepalingen uit 1994 van toepassing zijn en dat art. 2.6.1 daarvan luidt: "*Huurder is verplicht te zorgen voor het verkrijgen van de voor de uitoefening van het bedrijf, waarvoor het gehuurde is bestemd, vereiste vergunningen en/of ontheffingen. Weigering of intrekking daarvan zal geen aanleiding kunnen geven tot ontbinding of nietigverklaring van de huurovereenkomst of tot enige verder actie tegen verhuurder.*" Ook in recentere versies van de ROZ algemene bepalingen zijn soortgelijke bepalingen terug te vinden.<sup>21</sup> Ondanks de vermelding bij de feiten, speelde deze omstandigheid bij de beoordeling van het hof geen rol (althans, niet kenbaar). Wellicht heeft dat te maken met het feit dat Dam Square ervoor heeft gekozen de meer principiële vragen in de bodemprocedure aan de orde te stellen. Omdat (i) in de discussie over de vraag of een huurder aanspraak kan maken op een huurprijzvermindering in verband met de coronacrisis verhuurders in het kader van hun verweer geregeld op dit soort risicoverdelingen in de huurovereenkomst wijzen,<sup>22</sup> (ii) in het arrest van het hof Amsterdam van 14 september 2020 dit als (mogelijk) relevante omstandigheid werd aangemerkt<sup>23</sup> en (iii) Wissink in zijn conclusie - in het kader van de behandeling van de

(prejudiciële) vraag of sprake is van een gebrek - de nodige aandacht heeft besteed aan dit aspect, sta ik toch kort stil bij de rol van dergelijke veel voorkomende bepalingen.

Wissink bespreekt in zijn conclusie de vraag of deze veel gebruikte ROZ-overeenkomsten meebrengen dat het risico van gedwongen sluiting in verband met de coronapandemie bij de huurder is neergelegd. Dit zou kunnen betekenen dat sprake is van toerekening aan de huurder krachtens rechtshandeling waardoor de conclusie gerechtvaardigd zou kunnen zijn dat geen sprake is van een gebrek. Immers, zoals hiervoor reeds besproken, is bij de beoordeling of sprake is van een gebrek van belang of het een aan de huurder toe te rekenen<sup>24</sup> omstandigheid betreft. Wissink voelt evenwel weinig voor deze benadering. De hiervoor genoemde ROZ-bepalingen zijn wat hem betreft onvoldoende om te kunnen worden beschouwd als een aanwijzing dat de coronamaatregelen voor risico van de huurder komen, omdat - kort gezegd - (i) de gedwongen sluiting van horeca en niet-essentiële winkels (uiteindelijk) gericht was op het beperken van het aantal contactmomenten tussen mensen en (ii) de (standaard) ROZ-bepalingen zijn opgesteld voordat sprake was van de coronapandemie waardoor niet kan worden aangenomen dat partijen geacht moeten worden daarmee ook een risicoverdeling voor de situatie van de coronapandemie te hebben afgesproken.<sup>25</sup> Bij het laatstgenoemde argument komt de vraag op of de in de veel gebruikte ROZ-modellen opgenomen risicoverdeling ten aanzien van vergunningen, ontheffingen e.d. dan dus enkel ziet op de ten tijde van het sluiten van de huurovereenkomst bekende van overheidswege geldende (vergunning)voorschriften en toekomstige vereisten buiten deze verdeling vallen. De tekst van de meest recente versie van de ROZ algemene bepalingen 290-bedrijfsruimte (2012) doet vermoeden dat een dergelijke beperking van de risicoverdeling niet beoogd is.<sup>26</sup> Immers, ook na het aangaan van de huurovereenkomst is huurder verantwoordelijk voor verkrijgen van overige vereiste vergunningen, toestemmingen e.d.<sup>27</sup> In aanvulling daarop is in dit verband wellicht ook het bepaalde in

- 
21. Zo is bijvoorbeeld in de ROZ-modelovereenkomst uit 2012 voor 290-bedrijfsruimte een duidelijk onderscheid aangebracht in het object dat de huurder huurt (art. 1.1) en de bestemming die de huurder aan het gehuurde dient te geven (art. 1.3). In de bij dit model behorende 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. De verhuurder is 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 art. 1.1 van de huurovereenkomst (art. 4.1 van de bijbehorende algemene bepalingen). De huurder is op zijn beurt verantwoordelijk, zowel bij als na het aangaan van de huurovereenkomst, voor het verkrijgen en het behouden van alle overige vereiste vergunningen, ontheffingen en toestemmingen die benodigd zijn voor het gebruik van het gehuurde in overeenstemming met de in art. 1.3 van de huurovereenkomst overeengekomen bestemming (art. 4.3 van de algemene bepalingen). Weigering of intrekking van een vergunning, ontheffing of toestemming waarvoor de huurder verantwoordelijk is, levert geen gebrek op, tenzij deze het gevolg is van een doen of nalaten van de verhuurder (art. 4.4 van de algemene bepalingen).
22. Zie bijv. Ktr. Overijssel (kort geding) 3 juni 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1906, waarin de kantonrechter in r.o. 6.2 oordeelde dat geen sprake was van een gebrek omdat het risico van de gedwongen sluiting contractueel (via de algemene bepalingen waarin was neergelegd dat de huurder verantwoordelijk was voor de vergunningen) bij de huurder was gelegd.
23. Hof Amsterdam (kort geding) 14 september 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2604, r.o. 3.11.

- 
24. Een rechtshandeling, de wet of de verkeersopvattingen kunnen rechtvaardigen dat een beperking van het huurgenot aan de huurder moet worden toegerekend.
25. Conclusie plv. P-G 30 september 2021, ECI:NL:PHR:2021:902, nr. 4.18.
26. Waarbij voor de volledigheid wordt opgemerkt dat niet ondenkbaar is dat de uitwerking hiervan per geval kan verschillen; er zijn in dit verband verschillende situaties denkbaar, variërend van een (ten tijde van de contractsluiting onbekende) aanscherping van een wettelijk voorschrift tot een algehele onmogelijkheid om het gehuurde te gebruiken.
27. De tekst van art. 4.3 algemene bepalingen ROZ 290-bedrijfsruimte (versie 2012) luidt: "*Zowel bij als na het aangaan van de huurovereenkomst is huurder verantwoordelijk voor het verkrijgen en het behouden van alle overige vereiste (...) vergunningen, ontheffingen en toestemmingen die benodigd zijn voor het gebruik van het gehuurde in overeenstemming met de in artikel 1.3 van de huurovereenkomst.*" (onderstrepingen annotator).

art. 5.1 van de algemene bepalingen ROZ (2012) relevant, waarin (onder meer) is bepaald dat de huurder bij het gebruik van het gehuurde de van overheidswege gestelde of *nog te stellen eisen* (waaronder eisen ten aanzien van het bedrijf van huurder en ten aanzien van het gebruik van het gehuurde) in acht dient te nemen.

#### 6. Toepassing art. 6:258 BW - relevante omstandigheden & concrete toepassing

Als is vastgesteld dat sprake is van onvoorziene omstandigheden (of daarvan wordt uitgegaan zoals in deze uitspraak) is de volgende vraag die moet worden beantwoord of de verhuurder naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding van de huurovereenkomst mag verwachten en, indien die vraag bevestigend wordt beantwoord, hoe de overeenkomst dan gewijzigd dient te worden. Het hof oordeelde dat Swissôtel aanneemelijk heeft gemaakt dat door de coronacrisis haar omzet- en/of winstcijfers zodanig zijn gedaald, dat (in principe) aanleiding bestaat voor toepassing van art. 6:258 BW. Dat gaf in beginsel grond voor toepassing van de in de jurisprudentie inmiddels ontwikkelde 50/50-formule, die ook het hof voorshands juist voorkomt.<sup>28</sup> Dit kan volgens het hof anders zijn als blijkt van bijzondere omstandigheden die maken dat huurkorting of huuropschorting (toch) niet op zijn plaats is. Dit wordt onderschreven door Wissink, die in zijn conclusie heeft toegelicht dat de 50/50-benadering geen 'hard' uitgangspunt is, maar een vertrekpunt waarmee kan worden gewerkt zolang er geen omstandigheden zijn die een afwijking daarvan rechtvaardigen.<sup>29</sup> Dam Square heeft in dit verband de nodige argumenten aangevoerd, die het hof stuk voor stuk heeft nagelopen in het arrest, hetgeen mijns inziens een terechte benadering is bij toepassing van art. 6:258 BW. In lagere rechtspraak wordt daar soms nog anders over gedacht en wordt een 'fijnmaziger debat' praktisch niet goed werkbaar geacht.<sup>30</sup>

28. Hiermee doelt het hof op de formule: "tijdelijk verlaagde huurprijs = oorspronkelijke huurprijs minus (omzetsdalingspercentage gedeeld door twee)." Bij een aangetoonde omzetsdaling van 80%, krijgt de huurder dus 40% huurkorting. Zie bijv. Ktr. Amsterdam 9 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:937, TvHB 2021/11, UDH:TvHB/16744, m.nt. B.N. Cammelbeeck en P.L. van Manen.

29. Conclusie plv. P-G 30 september 2021, ECI:NL:PHR:2021:902, nr. 5.12.

30. Zie bijv. Ktr. Rotterdam 29 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7530, waarin in r.o. 3.2 werd overwogen: "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."

#### Schadebeperking

Omdat de omzet(daling) de basis vormt van de formule is het begrijpelijk dat verhuurders aandacht vragen voor omstandigheden die van invloed zijn op de omzet van de huurder. Dam Square uitte dan ook bezwaren tegen het feit dat Swissôtel het hotel gedurende een bepaalde periode vrijwillig had gesloten. Het hof ging echter voorbij aan dit verweer, omdat op grond van het door Swissôtel overgelegde cijfermateriaal voldoende aannemelijk werd geacht dat in de maanden van maart tot en met mei 2020 het aantal potentiële hotelgasten zeer laag was en het voorts aannemelijk was dat de sluiting kostenbesparend heeft gewerkt. Ook in andere uitspraken zien we dat er aandacht is voor de vraag wat huurders hebben gedaan om hun schade te beperken, door zich in te spannen om een - ondanks de ingrijpende maatregelen - zo optimaal mogelijke omzet te behalen. Ter illustratie: in het tussenvonnis van de Kantonnierrechter Amsterdam van 13 juli 2021 werd de huurder in de gelegenheid gesteld bij nadere akte bewijs te leveren van (onder meer) het feit dat zij afdoende had gedaan om de schade te beperken, dus om klanten te trekken, andere wijze van verkoop te organiseren (denk aan: To Go of Take Away), en het terras en het café anders in te richten.<sup>31</sup> Wissink heeft in zijn conclusie toegelicht dat dit inderdaad een aspect is dat een rol kan spelen bij de toepassing van art. 6:258 BW. Als de verhuurder aannemelijk kan 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 de huurder daarvoor geen goede verklaring kan geven, dan is denkbaar dat wordt geoordeeld dat de gevolgen van de belemmeringen in de bedrijfsvoering in zoverre aan de huurder moeten worden toegerekend op grond van art. 6:258 lid 2 BW. Hetzelfde geldt voor kostenbesparingen die de huurder volgens de verhuurder had kunnen realiseren, aldus Wissink.<sup>32</sup>

#### Extreem lage huur

Dam Square heeft betoogd dat de contractuele huur zo ver onder de marktwaarde ligt, dat het onredelijk zou zijn dat de huur in verband met de coronacrisis nog verder zou worden verlaagd. Het hof overwoog daarover dat een extreem lage huur een element kan zijn dat bij de toepassing van art. 6:258 BW onder ogen moet worden gezien. Het hof achtte zich in dit kort geding echter niet in staat om met voldoende zekerheid een oordeel te geven over de hoogte van de contractuele huur ten opzichte van de markthuurl. Vermoedelijk zal in toekomstige (bodem)procedures over huurprijzvermindering in verband met de coronacrisis aan dit aspect de nodige aandacht worden besteed. Wat de rol van een extreem lage huurprijs kan zijn, zal nog moeten blijken. De overweging van het hof roept een aantal vragen op, zoals welke maatstaf in dit kader moet worden aangelegd. Wat

31. Ktr. Amsterdam 13 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3765, r.o. 14.

32. Conclusie plv. P-G 30 september 2021, ECI:NL:PHR:2021:902, nr. 5.15.

moet worden verstaan onder *extreem* lage huur? En betekent het feit dat sprake is van een extreem lage huur dat geen huurprijsvermindering wordt toegewezen of is dit een nieuw element dat moet worden verdisconteerd in de hiervoor besproken 50/50-formule? Volgens het hof moet er in dit verband worden vergeleken met de markthuurlast. Gaat het dan om de huurprijs waarvoor vrijkomende vergelijkbare bedrijfsruimten worden verhuurd of moet (indien het 290-bedrijfsruimte betreft) aansluiting worden gezocht bij de systematiek van art. 7:303 lid 2 BW? Als dan eenmaal is vastgesteld dat sprake is van een extreem lage huur, is denkbaar dat bijkomende omstandigheden nog een rol spelen, zoals de omstandigheid dat in het verleden de huurprijs herzieningsmogelijkheid uit art. 7:303 BW niet (optimaal) is benut door de verhuurder.

#### *Rol van TVL (en andere tegemoetkomingen)*

Ter vaststelling van de huurprijsvermindering in verband met de coronacrisis wordt de hiervoor genoemde 50/50-formule inmiddels veelvuldig toegepast. Bij het vaststellen van de variabelen van deze formule zien we in de rechtspraak nog wel verschillen. In nagenoeg<sup>33</sup> alle uitspraken is op enige wijze rekening gehouden met de TVL. Om de omzetzijde van de huurder te bepalen, tellen sommige rechters de TVL bij de omzet op,<sup>34</sup> daar waar andere rechters de TVL van de huurprijs aftrekken<sup>35</sup> alvorens daar een kortingspercentage op toe te passen. De Kantonrechter Rotterdam telde zowel de TVL als de NOW bij de omzet op.<sup>36</sup> Het hof heeft in deze uitspraak geoordeeld dat de TVL (waarop de huurder aanspraak kan maken; niet is vereist dat de huurder de TVL daadwerkelijk heeft ontvangen) in mindering moet worden gebracht op de werkelijke totale

vaste lasten. Van het restantbedrag aan vaste lasten moet worden bepaald welk deel daarvan betrekking heeft op de huurprijs. Op dat bedrag dient de hiervoor genoemde huurkortingsformule te worden toegepast. Hiertoe heeft het hof overwogen dat indien en voor zover een huurder voor de huurlast wordt gecompenseerd door de overheid, dat effect heeft op de verstoring van de waardeverhouding. Die verstoorte waardeverhouding is nu juist de grond voor de toepassing van art. 6:258 BW in huurrelaties. "Sharing the pain" betekent immers niet dat de verhuurder vanwege de coronacrisis uit solidariteit altijd een deel van de omzetterugloop van de huurder zou moeten compenseren. In dit verband achtte het hof 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. Wissink onderschrijft deze wijze van berekening van huurprijsvermindering, waarbij hij opmerkt dat op grond van de omstandigheden van het geval tot een andere verdeling van 'de pijn' kan worden gekomen, wat betekent dat de rechter bij deze benadering de omstandigheden van het geval niet uit het oog dient te verliezen.<sup>37</sup> Deze wijze van berekening van de huurprijsvermindering is sinds de publicatie van het hier besproken hofarrest en de conclusie van Wissink inmiddels, behoudens een enkele uitzondering,<sup>38</sup> ook in de lagere rechtspraak toegepast.<sup>39</sup>

#### *Rol onderhuurinkomsten*

Tot slot bespreek ik de rol die het wegvallen van onderhuurinkomsten kan hebben bij het vaststellen van de huurprijsvermindering in verband met de coronacrisis op grond van art. 6:258 BW. In de onderhavige zaak had Swissôtel het restaurantgedeelte van

33. Zie voor een uitzondering: Ktr. Den Haag 21 januari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:461, r.o. 5.15, TvHB 2021/08, UDH:TVHB/16664, m.nt. E.D. den Engelsman en Rb. Rotterdam (kort geding) 16 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6855, r.o. 5.10.

34. Zie bijv. Ktr. Amsterdam 13 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3765, r.o. 12, waarin - in het kader van de berekening van de huurprijsvermindering - de TVL alleen voor zover die verband houdt met de huur bij de omzet werd betrokken.

35. Zie bijv. Ktr. Overijssel 8 april 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:1502, r.o. 4.8.

36. Ktr. Rotterdam 16 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6652, TvHB 2021/20, UDH:TVHB/16958 m.nt. V.G.J. Boumans. In r.o. 3.2 werd het volgende overwogen: "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'."

37. Conclusie plv. P-G 30 september 2021, ECLI:NL:PHR:2021:902, nr. 5.30, 5.31 en 5.38.

38. Ktr. Rotterdam 8 oktober 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:9919, waarin werd overwogen: "(...) Tussen partijen is niet in geschil dat [gedaagde] in totaal een bedrag van € 4.616,27 heeft ontvangen aan TVL. Dit bedrag dient te worden opgeteld bij de behaalde "coronaomzet" in 2020 (...)." En ktr. Oost-Brabant 4 november 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:5811, waarin, zo blijkt uit r.o. 4.17, de ontvangen TVL bij de omzet is opgeteld.

39. Ktr. Amsterdam 14 oktober 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5971, r.o. 3.3; Ktr. Noord-Holland 20 oktober 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:9410, r.o. 5.7; Ktr. Midden-Nederland 20 oktober 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5185, r.o. 3.22 en Ktr. Amsterdam 15 oktober 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5961, r.o. 15. In laatstgenoemde uitspraak is in r.o. 15 stapsgewijs de wijze van berekening van de huurprijsvermindering weergegeven: "a. Eerst wordt (...) berekend wat het aandeel is van de contractueel verschuldigde huurprijs in het totaal aan vaste lasten (...) (hierna: **Percentage A**). b. Dan wordt berekend wat resteert aan totale vaste lasten na aftrek van het bedrag aan TVL waarop aanspraak bestaat (...) **Resterende vaste lasten**'. c. (...) Percentage A maal het bedrag aan Resterende vaste lasten. Daaruit komt de **Resterende huurprijs**. d. Vervolgens wordt berekend wat het percentage aan omzetzijde is ten opzichte van de vergelijkbare periode in 2019 (hierna: **Percentage omzetzijde**). e. Dan wordt het bedrag van de huurkorting berekend: deze is gelijk aan 50% x het Percentage omzetzijde x de Resterende huurprijs (...). f. Tenslotte wordt berekend wat de huurprijs voor de betreffende periode is na toepassing van de huurkorting."

het gehuurde onderverhuurd aan een aan haar geïeërde partij. Sinds de aanvang van de coronacrisis heeft deze onderhuurder geen huur meer betaald aan Swissôtel. Dam Square stelde zich op het standpunt dat de overeengekomen onderhuurprijs geheel van de huur afgetrokken diende te worden, omdat het haar niet aangaat dat Swissôtel een deel van het hotel heeft onderverhuurd en de onderhuurpenningen niet bij haar zustervereniging incasseert. Swissôtel meende daarentegen dat wel degelijk rekening moest worden gehouden met het wegvallen van de onderhuurinkomsten, omdat de ruimte met toestemming van Dam Square is onderverhuurd en de onderhuurder de huur niet meer kon betalen als gevolg van de coronacrisis. Het hof overwoog dat, aangezien Dam Square toestemming heeft gegeven voor de onderverhuur, het redelijk is dat met de terugval in de onderhuurinkomsten door de coronacrisis rekening wordt gehouden. Voorts overwoog het hof dat evenwel niet in valt zien waarom de onderhuurder tijdens de coronacrisis niet minstens 50% van de onderhuur zou moeten betalen. Uit de door Swissôtel overgelegde jaarstukken leidde het hof af dat de onderhuurinkomsten (normaal gesproken) deel uitmaken van de omzet. Om die reden telde het hof bij de berekening van het percentage van de omzetsdaling de helft van de onderhuurprijs bij de gerealiseerde omzet op. Mijns inziens valt het nodige af te dingen op deze benadering van het hof. Door zonder nadere onderbouwing van de kant van Swissôtel in dit verband uit te gaan van slechts 50% onderhuurinkomsten is Dam Square vermoedelijk tekortgedaan. Op basis van de lijn in de jurisprudentie, die het hof in deze zaak ook toepaste, is aannemelijk, althans is de kans aanwezig, dat het percentage huurkorting waar de onderhuurder aanspraak op zou kunnen maken lager ligt dan 50% (met hogere onderhuurinkomsten voor Swissôtel als gevolg). Uitgaande van de juistheid van de in de rechtspraak ontwikkelde maatstaf om de pijn te delen, meen ik dat, om daadwerkelijk tot een rechtvaardige verdeling te komen, de (mogelijke) huurkorting in de onderhuursituatie dient te worden berekend aan de hand van diezelfde maatstaf. In dat verband kan van de huurder worden verlangd dat hij afdoende informatie verstrekt met betrekking tot de onderhuurinkomsten, inclusief informatie over wat hij heeft gedaan om zo hoog mogelijke onderhuurinkomsten te generen.<sup>40</sup> De procedures en rekensommen worden met een dergelijke benadering wellicht nog complexer, maar dat kan mijns inziens geen argument

---

40. Deze benadering sluit ook aan bij de overwegingen van Wissink op dit punt in zijn conclusie; zie conclusie plv. P-G 30 september 2021, ECI:NL:PHR:2021:902, nr. 5.19.3 en 5.34. Daarin licht hij toe dat de omstandigheid dat sprake is van onderhuur op zich geen reden is voor verdeling van het coronagerelateerde nadeel (33/33/33) tussen verhuurder, huurder en onderhuurder, maar dat in beide huurrelaties (hoofdhuur en onderhuur) zelfstandig dient te worden beoordeeld of en, zo ja, op welke wijze het nadeel verdeeld dient te worden. Voorts gaat het er volgens Wissink om of de door de onderverhuurder aan de onderhuurder toegestane huurkorting overeenstemt met hetgeen voortvloeit uit de wet, hetgeen de onderverhuurder in zijn verhouding tot de hoofdverhuurder aannemelijk moet maken.

zijn om in het nadeel van een verhuurder uit te gaan van een - in een hoger percentage huurkorting resulterend - te laag bedrag aan onderhuurinkomsten. De strenge maatstaf van art. 6:258 BW vraagt nu eenmaal om een genuanceerde benadering, waarbij specifieke omstandigheden van het geval een rol kunnen spelen en waarbij - gezien de rol die de redelijkheid en billijkheid in dit soort kwesties spelen<sup>41</sup> - past dat van een huurder mag worden verlangd dat hij rekening houdt met de belangen van de verhuurder.

### 7. Afsluitend

Hoewel het hof in deze zaak, omdat het een kort geding betrof, niet in de gelegenheid was om alle mogelijk relevante aspecten te onderzoeken, kan uit deze uitspraak worden afgeleid dat bij toepassing van art. 6:258 BW in beginsel wel aanleiding bestaat voor een gedegen onderzoek. Voor een verhuurder kan het daarom lonen om kritische vragen te stellen (over bijvoorbeeld de bedrijfsvoering en inkomsten van de huurder); de huurder dient op zijn beurt voorbereid te zijn op dergelijke kritische vragen en doet er altijd goed aan om de vordering met betrekking tot huurprijzvermindering gedegen te onderbouwen. Een ander vindt bevestiging in de conclusie van Wissink. Het wachten is nu op de beslissing van de Hoge Raad in de prejudiciële procedure.

---

41. Conclusie plv. P-G 30 september 2021, ECI:NL:PHR:2021:902, nr. 5.2.