

Een uitzonderlijke, de volksgezondheid betreffende omstandigheid van algemene aard

Beschouwingen over de Hoge Raad, corona en huur

WR 2022/20

1. Inleiding

Het onderstaande arrest van 24 december 2021¹ is gewezen naar aanleiding van de prejudiciële vragen in het vonnis van de rechtbank Limburg.² De onderliggende casus had geen groot materieel belang, maar het geschil bood een goede gelegenheid om de vele vragen over de relatie tussen de coronapandemie en een huurprijskorting van bedrijfsruimte ex art. 7:290 BW snel aan de Hoge Raad voor te leggen, al dan niet ingefluisterd door de contactraadsheer van de Raad. De vier prejudiciële vragen hebben betrekking op de gelding van de gebrekenregeling ex art. 7:204-210 BW en de onvoorziene omstandigheden ex art. 6:258 BW. In de literatuur en de rechtspraak is ook de vraag naar de betekenis van de overmachtsregeling van art. 6:75 BW aan de orde geweest – en meestal buiten toepassing gebleven. Dat onderwerp vormde geen onderdeel van de prejudiciële vragen en is in het arrest ook niet besproken.

De casus is wat atypisch. Heineken is huurder van een horecabedrijfsruimte en verhuurt haar met een brouwerijcontract onder. Heineken heeft de onderhuurder over de eerste lockdownperiode van 15 maart 2020 tot 1 juni 2020 twee maanden huur kwijtgescholden. Heineken heeft haar verhuurder voorgesteld om een maand daarvan voor haar rekening te nemen, welk voorstel is geweigerd. De verhuurder vorderde, samengevat, betaling van de ingehouden huur. De partijen in dat geschil zijn in de procedure bij de Hoge Raad niet verschenen. Wel hebben enkele marktpartijen en een brancheorganisatie conclusies ingediend.

In zijn conclusie³ heeft plv. P-G Wissink (die wij hierna gemakshalve zullen aanduiden als P-G Wissink) een uitvoerige, diepgaande beschouwing over het onderwerp gegeven. De Hoge Raad behandelt de vragen in een andere volgorde dan de vragensteller, zoals voor de hand ligt, gelet op de uitkomst. In de lijn van het arrest worden hieronder achtereenvolgens de thema's van de onvoorziene omstandigheden (**H 2**) en van de gebrekenregeling besproken (**H 3**), met vergelijkingen tussen de conclusie P-G en het arrest. In **H 4** komt de verdeling van het nadeel en in **H 5** de effecten voor de praktijk van schikken en procederen aan de orde. In **H 6** volgt de conclusie.

2. Onvoorziene omstandigheden

2.1 Als een van de eerste auteurs heeft Tjittes in een LinkedIn bericht van maart 2020, in navolging op een eerdere gedachte van Nieuwenhuis, gesuggereerd om het financiële nadeel als gevolg van de pandemie in beginsel gelijkelijk tussen partijen te verdelen. Deze 'share the pain'-gedachte is door de meerderheid van de feitenrechters gevolgd, uitgaande van de toepasselijkheid van art. 6:258 BW.⁴

2.2 De derde prejudiciële vraag naar de onvoorziene omstandigheid en de vierde naar de toepassing daarvan worden door Wissink besproken in hoofdstuk 5 van zijn conclusie.⁵ Wissink laat hieraan voorafgaan dat hij er, ook als de beperkingen in de exploitatie van het gehuurde als gebrek worden gekwalificeerd, toch de voorkeur aan geeft om bij de toepassing van art. 7:207 BW aan te sluiten bij de toepassing van art. 6:258 BW.⁶ Hij beargumenteert dat uitvoerig, onder meer stellend dat het in zijn algemeenheid te ver gaat om ervan uit te gaan dat de gevolgen van de overheidsmaatregelen altijd volledig buiten de risicosfeer van de huurder vallen.⁷ Als dat toch moet worden aangenomen, beschikt het verbintenissenrecht over voldoende instrumenten om in de omstandigheden van het geval tot een uitkomst te komen waarin niet slechts de evenredigheidsmaatstaf van art. 7:207 BW voorop staat. Aan deze dubbel-slag geeft Wissink uitdrukking in de beantwoording van de tweede vraag: *"De rechtsgevolgen hiervan [van de afweging dat in beginsel sprake is van een gebrek] 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"*.⁸ Anders dan Wissink komt de Hoge Raad niet toe aan de beantwoording van de tweede vraag over de criteria van een huurprijsvermindering in dit kader, omdat de Raad de door de overheid opgelegde sluiting van 290-bedrijfsruimte niet aanmerkt als een gebrek.

1 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, WR 2022/21.

2 Rb. Limburg (ktr. Roermond) 31 maart 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:2982, WR 2021/85.

3 30 september 2021, ECLI:NL:PHR:2021:902.

4 Een van de eerste uitspraken ter zake is Rb. Amsterdam 28 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4280, WR 2020/137, m.nt. J.Ph. van Lochem: "De kern van het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden is dat sprake is van een fundamentele verstoring van het evenwicht van de overeenkomst. De verhuurder is wel in staat om het gehuurde feitelijk beschikbaar te stellen, maar die beschikbaarstelling heeft voor de huurder iedere zin verloren, omdat het gehuurde niet geëxploiteerd kan worden als gevolg van een voor risico van de verhuurder komend gebrek. Herstel van het evenwicht kan bereikt worden doordat de rechter met behulp van art. 6:258 BW de overeenkomst wijzigt of ontbindt. Geen van beide partijen heeft bijgedragen aan het ontstaan van de coronacrisis. In beginsel is redelijk dat de tegenvaller gelijkelijk over beide partijen wordt verdeeld. Bij de beoordeling daarvan dienen alle omstandigheden van het geval betrokken te worden".

5 Conclusie P-G, randnummers 5.1 tot en met 5.37.6.

6 Conclusie P-G, randnummers 4.34 tot en met 4.43.4.

7 Conclusie P-G, randnummers 4.36.2 en 4.36.3.

8 Conclusie P-G, randnummer 4.44.

2.3 Een tussenconclusie is dat de P-G en de Hoge Raad eigenlijk alleen ten aanzien van de eerste vraag tot een uiteenlopende beantwoording komen. Ten aanzien van de derde en de vierde vraag zitten zij wel op (min of meer) dezelfde lijn. Het verschil in hun benadering is niettemin interessant. De Hoge Raad oordeelt in zeven betrekkelijk bondige en stellige overwegingen⁹ dat – kort gezegd – de overheidsmaatregelen onvoorziene omstandigheden zijn als bedoeld in art. 6:258 BW op grond waarvan de rechter tot huurprijsvermindering kan komen. Wissink is op onderdelen voorzichtiger. Het belangrijkste verschil is dat hij het onderwerp ook in breder perspectief beschouwt, zowel dogmatisch als praktisch. De stelligheid van de Hoge Raad in combinatie met de door de P-G gekozen verdieping resulteert in een bruikbare richtsnoer voor de praktijk. Toch zijn er nog blinde vlekken; onderwerpen waar de Hoge Raad niet op ingaat en waarvoor Wissink geen pakkende oplossing kan bieden; zie daarover H 4 en H 5.

2.4 Wissink en de Hoge Raad starten met een duidelijke omkadering van de vraagstelling. In feite herformuleert de Hoge Raad zelfs de derde vraag. In r.o. 3.1 overweegt hij dat de beantwoording van de derde en de vierde vraag (inzake onvoorziene omstandigheden) mede betrekking zal hebben op andere 290-bedrijfsruimte dan horeca, en niet alleen op sluiting maar ook op andere overheidsmaatregelen – waaronder begrepen overheidshandelen zoals adviezen – als gevolg waarvan het gehuurde niet of slechts in geringe mate kan worden geëxploiteerd.¹⁰ Onder het niet of slechts in geringe mate kunnen exploiteren van het gehuurde wordt ook begrepen dat het bedrijf door (veel) minder publiek wordt bezocht. Wissink drukt zich in de randnummers 3.3, 4.18 en 5.4 van zijn conclusie op ongeveer dezelfde wijze uit, maar geeft meer uitleg en verwijst naar recente rechtspraak. Het probleemveld beslaat volgens hem in ieder geval niet het volledige begrip ‘middenstandsbetrijfsruimte’ van art. 7:290 BW, “al was het maar omdat de daarin opgenomen wettelijke definitie niet is geschreven met het oog op de coronacrisis”. Het gaat wat hem betreft om ondernemingen die voor hun omzet afhankelijk zijn van de komst van het publiek.¹¹ In dit belang worden zij getroffen juist doordat de overheid met de sluiting van hun onderneming en het advies om thuis te blijven beoogt de aanloop van het publiek en het aantal contactmomenten tussen mensen te beperken.¹² De Hoge Raad gaat mee in die lijn.

2.5 In r.o. 3.2.1 tot en met 3.2.3 beschrijft de Hoge Raad in het kort het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden van art. 6:258 BW. Opvallend is dat hij in deze inleidende rechtsoverwegingen in een voetnoot verwijst naar HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587 (*Briljant*

Schreuders/ABP), waarin nog werd benadrukt dat de rechter bij de aanvaarding van een beroep op onvoorziene omstandigheden terughoudendheid moet betrachten.¹³ Niet wordt verwezen naar HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2615 (*Gemeente Bronckhorst*).¹⁴ Uit dat arrest kan worden afgeleid dat het begrip ‘verdisconteerd’ extensief moet worden uitgelegd,¹⁵ in die zin dat de omstandigheid waarop een partij zich op de voet van art. 6:258 BW beroept, daadwerkelijk na het sluiten van de overeenkomst moet zijn ingetreden. Het gaat echter te ver om uit het wel vermelden van het eerste en het weglaten van het tweede arrest conclusies te trekken. Als de Hoge Raad bedoelt dat het arrest uit 2017 in het kader van de coronacrisis aan betekenis heeft ingeboet, was hij daarop expliciet teruggekomen. In ieder geval bevestigt de Hoge Raad in r.o. 3.2.3 de regel dat door uitleg van de overeenkomst moet worden vastgesteld of een toekomstige omstandigheid in de overeenkomst is verdisconteerd.¹⁶

2.6 In r.o. 3.2.4 past de Hoge Raad de theorie toe op de concrete situatie door de als gevolg van overheidsmaatregelen verhinderde of beperkte exploitatie zonder omhaal aan te merken als onvoorziene omstandigheid. Essentieel is het oordeel dat het een uitzonderlijke, de volksgezondheid betreffende omstandigheid van algemene aard betreft.¹⁷ Die omstandigheid wordt, behoudens concrete aanwijzingen voor het tegendeel, niet geacht te zijn verdisconteerd in huurovereenkomsten die voor 15 maart 2020 zijn gesloten. De laatste overweging is een uitstapje naar huurovereenkomsten met een beding dat huurprijsvermindering uitsluit of de huurder verantwoordelijk houdt voor vergunningen en cetera die benodigd zijn voor het gebruik van het gehuurde.¹⁸ Ook met die exoneration is niet gezegd dat de gevolgen van de coronapandemie in de huurovereenkomst zijn verdisconteerd. Dat geldt volgens de Hoge Raad ook voor

9 R.o. 3.1 tot en met 3.2.6.

10 De formulering van vraag 3 door de kantonrechter was ook breder dan de eerste vraag inzake de gebrekenregeling: “(Of) vormt de beperking in het gebruik van het gehuurde een onvoorziene omstandigheid die tot huurprijsvermindering kan leiden?” (WR 2021/85, r.o. 5.1 sub 3).

11 Conclusie P-G, randnummer 3.7.2.

12 Conclusie P-G, randnummer 4.36.3.

13 R.o. 4.3.2: “[...] redelijkheid en billijkheid verlangen immers in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord en laten afwijking daarvan slechts bij hoge uitzondering toe [...]”.

14 Conclusie P-G, voetnoot 141.

15 Schelhaas en Spanjaard, ‘Contract en coronacrisis’, *NJB* 2020/881.

16 Conclusie P-G, randnummer 5.7: “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 ‘voortuitziende’ blik hebben gehad. En ten slotte is denkbaar dat partijen (ieder voor zich) wellicht een bepaalde inschatting van bepaalde coronagerelateerde 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.”

Zie ook Asser/Sieburgh 6-III/441: “Naarmate de desbetreffende omstandigheid minder ver buiten het voorstellingsvermogen c.q. de feitelijke voorstellingen van partijen liggen, zal eerder het vertrouwen opgewekt worden dat ermee rekening is gehouden (art. 3:35 BW)”.

17 Conclusie P-G, randnummer 5.9. Schelhaas en Spanjaard brengen in een recent webinar van AVDR over contract en corona de stelling naar voren dat de financiële crisis als een endemisch verschijnsel (geboren in het systeem) aan te merken is en de coronacrisis niet.

18 De goede verstaander begrijpt dat het hier gaat over de modelovereenkomsten en Algemene Bepalingen van de ROZ.

huurovereenkomsten met een basishuurprijs in combinatie met een omzetafhankelijke huurprijs. Duidelijk is dat de Hoge Raad refereert aan de randnummers 4.16-4.18 van de conclusie P-G, met min of meer gelijke, maar uitgebreidere overwegingen over de risicoverdeling tussen een huurder en de verhuurder in de ROZ-modelovereenkomsten. Ook Wissink meent dat die risicoverdeling niet bedoeld kan zijn voor de gevolgen van de coronapandemie.¹⁹ Ten aanzien van de betekenis van een omzethuurprijs is Wissink voorzichtigter dan de Hoge Raad. In randnummer 5.6.4 betoogt hij dat door uitleg van de overeenkomst zal moeten worden vastgesteld of het omzetafhankelijke gedeelte van de huurprijs geldt ongeacht de redenen voor de fluctuaties in de omzet. Hetzelfde geldt voor de vaste basishuurprijs, ook als sprake zou zijn van een gebrek.²⁰

2.7 De Hoge Raad bouwt in r.o. 3.2.5 voort op zijn algemene overwegingen over de onvoorziene omstandigheden. Hij overweegt dat krachtens de aard van de overeenkomst en de in het verkeer geldende opvattingen het niet of slechts in geringe mate kunnen exploiteren van het gehuurde als gevolg van de coronamaatregelen in de regel niet voor rekening komt van de huurder. Daarmee wordt in de context van de coronapandemie invulling gegeven aan de uitzonderingsbepaling van het tweede lid van art. 6:258 BW. Wel lijkt de Hoge Raad met het gebruik van de woorden "in de regel" enige ruimte te bieden voor een andere verdeling van het risico, zoals die ook in r.o. 3.3.3 van het arrest terugkomt. Daarnaast geldt de voorwaarde dat de beperkte exploitatie leidt tot een ernstige verstoring van de waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties.²¹ In dat geval kan de verhuurder volgens r.o. 3.2.5 naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen aanspraak maken op volledige betaling van de huurprijs en kan de rechter de overeenkomst aanpassen door de huurprijs te verminderen.²² Over de grenslijn tussen wat wel en wat niet als een ernstige verstoring van de waardeverhouding moet worden gezien

sprekt de Hoge Raad zich, evenals Wissink²³ niet uit. Die zal door de feitenrechter ingevuld moeten worden. De overweging biedt niettemin voldoende houvast voor de praktijk, zeker in combinatie met de uitvoerige beschouwingen van Wissink.

2.8 En daarmee is het principiële pleit eigenlijk wel beslecht. In r.o. 3.2.6 geeft de Hoge Raad antwoord op de derde prejudiciële vraag in de vorm van een samenvatting van zijn eerdere overwegingen. Hij voegt daaraan nog toe dat voor overeenkomsten die na 15 maart 2020 zijn gesloten per geval dient te worden beoordeeld of sprake is van een onvoorziene omstandigheid. Dat zal mede moeten gebeuren door uitleg van de overeenkomst, waarbij voorzichtigheid moet worden betracht omdat de rechter daarbij niet mag invullen wat partijen zouden hebben afgesproken indien zij van alle feiten op de hoogte waren geweest.²⁴

3. Gebrek

3.1 Het is een van de meest besproken onderwerpen onder huurrechtjuristen sinds de coronapandemie Nederland overviel. Zijn de coronamaatregelen te kwalificeren als een gebrek in een huurrelatie die ziet op een bedrijfsruimte? Diverse auteurs spraken zich voor of tegen uit. Deze nadere analyses van de gebrekenregeling hebben een waardevolle impuls aan de rechtsontwikkeling gegeven.²⁵

3.2 Het door de kantonrechter Roermond behandelde geschil ziet als gezegd op een verhuurde horecaruimte en daar zijn de prejudiciële vragen ook op gericht. P-G Wissink en de Hoge Raad trekken de beantwoording gelukkig breder.²⁶ Wat opvalt is dat de eerste prejudiciële vraag, inzake de toepasbaarheid van de gebrekenregeling, enkel ziet op sluiting van het gehuurde pand. De derde vraag, over een eventuele huurprijsvermindering op grond van onvoorziene

19 Conclusie P-G, randnummer 4.18. Zie ook H 3, randnummer 3.3.

20 Waarbij volgens Wissink nog een rol kan spelen of partijen zijn uitgegaan van een bepaalde bandbreedte van de verhouding tussen de basishuurprijs en de omzetafhankelijke huurprijs.

21 Conclusie P-G, randnummer 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". Zie in dit verband ook randnummer 5.14 van de conclusie.

22 Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht*, 12^e druk, 25.6.3, Onvoorziene omstandigheden: "De wijzigingsbevoegdheid betreft 'de gevolgen van de overeenkomst', dat wil zeggen alle rechtsgevolgen die op grond van art. 6:258 uit de overeenkomst voortvloeien. Zij betreft dus niet alleen het overeengekomen, maar ook bijvoorbeeld regelende en dwingende wetbepalingen die op grond van de overeenkomst tussen partijen gelden".

23 Wissink biedt evenwel enkele aanknopingspunten: zie Conclusie P-G, randnummer 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 [zie ook randnummers 5.20.3 en 5.27, aut.]. 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." Zie ook randnummer 5.17: "(...) Een dergelijk verlies (de voor toekenning van TV geldende drempel van 30% omzetverlies op kwartaalbasis) is zeker voldoende ernstig te noemen, maar kan m.i. niet als ondergrens worden gebruikt bij toepassing van art. 6:258 BW".

24 Spanjaard, *Contracteren 2018/1.6*, Actualia contractspraktijk – "Verwacht altijd het onverwachte".

25 Zie onder meer J.A. Tuinman en T.Q. de Booy, 'De coronapandemie en huur van bedrijfsruimte, don't believe the hype', *WR* 2020/48; Z.H. Duijnsteek-van Imhoff, 'Huurrecht en de coronacrisis', *MvV* 2020/12; J.M. Heikens, 'De overmacht van corona', *WR* 2020/49; H.N. Schelhaas en J. Spanjaard, 'Contract en coronacrisis', *NJB* 2020/5; J.Ph. van Lochem, 'De gebrekenregeling in de tijd van noodverordeningen', *WR* 2020/100.

26 De reikwijdte is in ieder geval 290-bedrijfsruimte, zie conclusie P-G, randnummer 3.3, en HR, r.o. 3.1.

omstandigheden, ziet op (alle) beperkingen in het gebruik van het gehuurde. De kantonrechter licht toe waarom er onzekerheid bestaat over de vraag of de sluiting van het horecapand een gebrek oplevert door enerzijds te verwijzen naar de in de jurisprudentie veelvuldig aangehaalde citaten uit de wetsgeschiedenis²⁷ en anderzijds naar het argument dat de overheidsmaatregel om de horeca te sluiten ziet op de uitoefening daarvan en niet op het gehuurde zelf.²⁸

3.3 Het advies van Wissink luidt dat een gedwongen sluiting als onderdeel van de door de overheid opgelegde overheidsmaatregelen als een gebrek zou dienen te worden gekwalificeerd.²⁹ Wissink komt tot die conclusie door eerst de vereisten van 'een gebrek' door te nemen. Vervolgens geeft hij een ontkennend antwoord op de vraag of de uitzondering dat de sluiting aan de huurder toerekenbaar is, zich voordoet. Die toerekeningsvraag vult Wissink aan met het 'uitlegperspectief': is er wellicht sprake van een genotsvermindering die niet aan de huurder toerekenbaar is, maar die de huurder voor lief dient te nemen?³⁰ Bij het behandelen van de toerekening aan de huurder krachtens rechtshandeling komt de risicoverdeling uit de standaard ROZ-model huurovereenkomsten³¹ aan de orde.³² Van Lochem heeft tegen die achtergrond (maar ook in het kader van art. 7:204 BW) bepleit dat de overheidsmaatregel tot sluiting geen betrekking heeft op het ter beschikking stellen van het gehuurde, maar enkel op de exploitatie door de huurder, en daarom binnen de risicosfeer van de huurder valt. Wissink beargumenteert dat de ROZ-bepalingen, die een onderscheid maken tussen het gehuurde enerzijds en het gebruik anderzijds, onvoldoende zijn om te worden beschouwd als een aanwijzing voor de risicoverdeling ter zake de coronamaatregelen. Enerzijds omdat de wijze waarop de coronamaatregel is geformuleerd min of meer toevallig een verband met de exploitatie inhoudt en anderzijds omdat bij het opstellen van de betreffende modelovereenkomst door de ROZ nog geen rekening zal zijn gehouden met een

pandemie.³³ Wissink adviseert voorts ook om de sluiting van overheidswege niet aan te merken als een inbreuk door een derde.³⁴

3.4 Een andere grondslag om de gedwongen sluiting toe te rekenen aan de huurder ziet Wissink evenmin.³⁵ Hij benadrukt overigens wel dat niet iedere overheidsmaatregel die het gebruik van het gehuurde verhindert zonder meer een gebrek oplevert. In die zin is een verwijzing naar de inmiddels veel aangehaalde zin uit de wetsgeschiedenis³⁶ in zijn optiek onvoldoende.³⁷

3.5 In lijn met de vraagstelling wordt enkel de gedwongen sluiting als eventueel gebrek behandeld en blijven overige voor exploitanten beperkende overheidsmaatregelen, die bijvoorbeeld leiden tot minder bezoekers/klanten, buiten beschouwing. Als de Hoge Raad zou hebben geoordeeld dat sluiting een gebrek oplevert, was dit een gemis geweest. Met enkel een antwoord op de vraag ten aanzien van sluiting hadden we immers nog niet geweten of minder ingrijpende maatregelen dan ook een gebrek zouden hebben opgeleverd of niet. In veel gevallen doen huurders ook een beroep op de gebrekenregeling als er geen gedwongen sluiting is, maar er wel andere, minder verstrekkende, coronagerelateerde beperkingen zijn. En de aanname dat de meest verstrekkende maatregel, het gedwongen dicht houden van een 290-bedrijfsruimte, een gebrek zou opleveren, betekent nog niet dat minder ingrijpende maatregelen die bijvoorbeeld het aantal bezoekers of de voorraad van een winkel beperken daar dan ook onder te scharen zouden zijn. Andersom wordt overigens niet gezegd dat nu het oordeel is dat sluiting geen gebrek is, andere mogelijke (toekomstige) overheidsmaatregelen (ook) zonder meer geen zaaksgebonden kenmerken kunnen hebben. Wellicht zullen die wel onder de gebrekenregeling te scharen zijn.

3.6 Als gezegd volgt de Hoge Raad het advies van Wissink niet en wijdt daar weinig woorden aan. Overwogen wordt dat de sluiting geen betrekking heeft op het gehuurde, want:

27 *Kamerstukken II 1999/00, 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."* en (bijvoorbeeld) *Kamerstukken II 1997/98, 26089, nr. 3, p. 14: "Alle genotbeperkende omstandigheden die niet aan de huurder zijn toe te rekenen, vormen een gebrek. [...] 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: [...]".*

28 Ktr. Roermond 31 maart 2021, r.o. 4.3.

29 Conclusie P-G, paragraaf 4.

30 Conclusie P-G, randnummer 4.9.

31 Met name artikel 1.1 van de ROZ huurovereenkomst 290-bedrijfsruimte versie 2012 (wat is het gehuurde) dat op grond van art. 4.1 van de bijbehorende algemene bepalingen de verantwoordelijkheid van de verhuurder is versus art. 1.3 van de genoemde modelhuurovereenkomst (wat is de contractuele bestemming) dat op grond van art. 4.1 van de algemene bepalingen de verantwoordelijkheid van de huurder is.

32 Zie hiervoor, randnummer 2.6.

33 Conclusie P-G, randnummer 4.18. In de rechtspraak tot dat moment valt het vonnis van de kantonrechter te Zwolle op, die in tegenstelling tot deze bevinding van Wissink overwoog: "Voorshands is de kantonrechter van oordeel dat de sluiting voor rekening van Urbana komt, omdat artikel 2.5.1 van de toepasselijke algemene bepalingen erop neerkomt dat de huurder moet zorgen voor de vergunningen die hij voor de uitoefening van het bedrijf nodig heeft en dat intrekking van een vergunning geen aanleiding kan geven tot enige actie tegen de verhuurder. Contractueel gezien is daarmee het risico van de gedwongen sluiting bij de huurder gelegd." (Vzr. Zwolle 3 juni 2020, WR 2020/104).

34 Conclusie P-G, randnummer 4.22.

35 Conclusie P-G, randnummer 4.23 e.v. waarin onder meer het arrest AKU/Stalen Steiger (HR 17 juni 1949, NJ 1949/544 m.nt. Ph.A.N. Houwing) wordt behandeld.

36 "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.", *Kamerstukken II 1999/00, 26089, nr. 6, p. 15.*

37 Conclusie P-G, randnummer 4.26.

“Deze sluiting is het gevolg van uitzonderlijke, de volksgezondheid betreffende omstandigheden van algemene aard, die verstreckende 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.”³⁸

3.7 De Hoge Raad verwijst aan het slot van deze overweging in een voetnoot naar de wetsgeschiedenis waarin is toegelicht dat een gebrek ‘elke op de zaak betrekking hebbende omstandigheid’ die het genot ervan beperkt omvat.³⁹ De Hoge Raad houdt in dit arrest vast aan het in de wetsgeschiedenis genoemde verband met ‘de zaak’. De vraag is of de Hoge Raad hiermee een nieuw pad is ingeslagen, omdat in eerdere arresten ook omstandigheden onder de gebrekenregeling zijn geschaard die buiten het gehuurde lagen (bijvoorbeeld de toegangswegen naar een gehuurde stuk strand).⁴⁰ Daar kan tegenin worden gebracht dat die omstandigheden, hoewel buiten het gehuurde gelegen, betrekking hadden op het gehuurde (in het genoemde voorbeeld op de bereikbaarheid en toegankelijkheid van het gehuurde). De Hoge Raad oordeelt in het onderhavige arrest dat de coronamaatregelen los staan van het gehuurde pand en uitsluitend de uitoefening van het bedrijf van de huurder treffen.

3.8 Wissink ziet dit nadrukkelijk anders. Hij meent dat een gedwongen sluiting van het gehuurde wel (mede) het pand betreft en niet alleen de bevoegdheid van de huurder om daarin te exploiteren. Het is de locatie waar de exploitatie door de huurder plaatsvindt.⁴¹ Wissink plaatst deze argumentatie in de context van de (al dan niet) toerekenbaarheid aan de huurder. De Hoge Raad komt niet aan de gebrekenregeling toe en in het verlengde daarvan ook niet aan de vraag of sprake is van toerekenbaarheid aan de huurder.

3.9 Onvoorziene algemene overheidsmaatregelen die zich richten op het uitoefenen van het bedrijf van de huurder zijn niet als gebrek aan te merken, aldus de Hoge Raad.

38 R.o. 3.5.3. Zie ook Rossel en Heisterkamp: “Toepassing van art. 7:207 BW is gerechtvaardigd als de verhuurder een bijdrage heeft geleverd aan de genotsvermindering of als de oorzaak van de genotsvermindering samenhangt met de verhuurde zaak (vgl. [33a]). Buiten die gevallen ligt die toepassing minder voor de hand.” (Asser 7-II Huur, 2021/67a.)

39 Kamerstukken II 1997/98, 26089, nr. 3, p.14 onder 3: “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 erfdienstbaarheid 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. Men denke ook aan een vakantiehuisje dat volgens de prospectus in een rustig natuurgebied ligt, maar zich in werkelijkheid naast een lawaaiig industriegebied blijkt te bevinden.”

40 HR 27 april 2012, WR 2012/84 (gemeente Den Haag/Jacobs c.s. – Strandpaviljoen).

41 Conclusie P-G, randnummer 4.33.

Voorts wordt overwogen dat de huurder ook niet mag verwachten dat de verhuurder hem van dergelijke beperkende overheidsmaatregelen vrijwaart.⁴² Het is niet helemaal duidelijk hoe dit gebruik van de term ‘vrijwaren’ begrepen moet worden tegen de achtergrond van de gebrekenregeling. Wellicht ziet dit op het onderscheid met omstandigheden die niet toe te rekenen zijn aan de huurder en ook niet aan de verhuurder, maar wel als gebrek kwalificeren.

3.10 Ten overvloede overweegt de Hoge Raad dat rechters actief aan huurders de mogelijkheid kunnen bieden hun grondslag te wijzigen (vgl. artikel 130 Rv) als zij hun vordering tot huurprijsvermindering (uitsluitend) op de gebrekenregeling zouden hebben gebaseerd.⁴³ Omdat de onvoorziene omstandigheden, afhankelijk van het geval, wel een mogelijkheid tot (tijdelijke) huurprijsvermindering bieden, kan een rechter zo voorkomen dat een procedure opnieuw, op een andere grondslag, gevoerd zou moeten worden. Praktisch gezien werd in de rechtspraak de huurprijsvermindering al gebaseerd op van het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden of werd de huurkorting conform art. 7:207 BW gecorrigeerd onder verwijzing naar de onvoorziene omstandigheden en/of de redelijkheid en billijkheid.⁴⁴ Het uitsluitend toepassen van art. 7:207 BW (huurvermindering evenredig aan de genotsvermindering) wordt in de jurisprudentie niet passend geacht.⁴⁵

3.11 Kortom: de langdurige discussie omtrent de gebrekenregeling is beslecht met de korte overweging dat de gedwongen sluiting het gevolg is van ‘uitzonderlijke, de volksgezondheid betreffende omstandigheden van algemene aard, die verstreckende gevolgen hebben voor de gehele maatschappij’. Deze overheidsmaatregel ziet niet op het gehuurde, maar op de onderneming van de huurder. Hier lijkt de Hoge Raad onderscheid te maken met bijvoorbeeld het geval waarin benodigde toestemming van overheidswege voor het gebruik van het gehuurde ontbreekt en verkrijgen van die toestemming geen (contractuele) verplichting van de huurder is. Dan is in beginsel wel sprake van een gebrek, omdat het ziet op het mogen gebruiken van de het gehuurde voor het door partijen beoogde doel. De onderhavige overheidsmaatregelen zien echter op het beperken van de uitoefening van het bedrijf van de huurder gelet op de volksgezondheid.

3.12 Het is een wel erg korte motivering voor een discussie die zo uitgebreid gevoerd is, waarover de rechtspraak (nagenoeg)⁴⁶ consequent anders heeft geoordeeld en Wissink

42 R.o. 3.5.3 tweede alinea.

43 R.o. 3.5.4.

44 Ook Wissink kiest voor deze oplossing, zie Conclusie P-G, randnummers 4.36.3-4.36.4.

45 Duijnste-van Imhoff wijst onder meer op de systematiek van art. 7:207 BW om te duiden dat de gebrekenregeling niet goed toepasbaar lijkt te zijn op de coronacrisis (MvV 2020/12, p. 441). Zie ook Rossel en Heisterkamp, Asser 7-II Huur, 2021/33a.

46 De enige duidelijk andersluidende uitspraak betreft het eerdergenoemde vonnis van de kantonrechter te Zwolle (Vzr. Zwolle 3 juni 2020, WR 2020/104, r.o. 6.2).

anders adviseert. Ook besteedt de Hoge Raad geen overweging aan de vraag of omstandigheden die niet direct betrekking hebben op het gehuurde, maar die wel invloed hebben op het gebruik van het gehuurde, een gebrek zouden kunnen opleveren. In de literatuur is wel aandacht geschonken aan dat aspect, door voor- en tegenstanders.⁴⁷

3.13 De slotsom is dat de Hoge Raad de gebrekenregeling niet van toepassing acht op beperkingen in de uitoefening van het bedrijf van de huurder. Omdat de Hoge Raad niet heeft geoordeeld dat de coronamaatregelen in de risicosfeer van de huurder vallen, staat een huurprijsvermindering op grond van onvoorziene omstandigheden nog open. Lid 2 van art. 6:258 BW zou anders immers tot de conclusie hebben geleid dat de huurovereenkomst niet gewijzigd kan worden (in de vorm van een tijdelijke huurprijsverlaging) omdat de onvoorziene omstandigheid voor rekening komt van de huurder als de partij die zich erop beroept.⁴⁸

4. Verdeling van het nadeel: een spoorboekje

4.1 De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.3.1 aanleiding te zien om een model te ontwikkelen als handvat voor de huurprijsvermindering ex art. 6:258 BW. Dat is zinvol als richtlijn voor schikkingen en procedures. Bijzonder is dat de Hoge Raad concrete aanwijzingen voor de praktijk geeft, anders dan meer algemeen geformuleerde, dogmatische overwegingen. Nieuw is dat overigens niet.⁴⁹

4.2 Alvorens het model uit te werken, overweegt de Hoge Raad in navolging van Wissink⁵⁰ dat de verstoring van de waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties

als gevolg van de maatregelen in beginsel het beste wordt ondervangen door dit nadeel gelijk te verdelen over de huurder en de verhuurder ('share the pain'). Wel moet volgens r.o. 3.3.2 bij de vaststelling van dat nadeel rekening gehouden worden met de door de overheid verleende financiële steun in de vorm van de Tegemoetkoming Vaste Lasten (TVL).⁵¹

4.3 Niet verbazend is dat de Hoge Raad in r.o. 3.3.3. ruimte laat voor een andere verdeling van het nadeel dan op basis van gelijkheid in de zin van 50/50. Art. 6:258 BW is immers niets anders dan een bijzondere toepassing van de beperkende werking van de eisen van redelijkheid en billijkheid voor zover zulks in de weg staat aan de volledige werking van het contract (en van de aanvullende werking voor zover aan de overeenkomst op grond van art. 6:258 BW bepalingen worden toegevoegd).⁵² De Hoge Raad geeft dit handen en voeten door als voorbeeld de hoedanigheid van een huurder of verhuurder te noemen of de financiële positie van een van partijen. Hoe dit in het concrete geval verder moet worden ingekleurd, wordt overgelaten aan de feitenrechter; zie verder het onderstaande in H 5. Het was behulpzaam geweest als de Hoge Raad zich had gewaagd aan de vraag of bij die beoordeling rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval of dat daarin een zekere beperking passend is, bijvoorbeeld dat door de huurder gestelde omstandigheden in direct verband dienen te staan tot de exploitatie vanuit deze specifieke gehuurde bedrijfsruimte. Wissink besteedt daaraan in de randnummers 5.13-5.20.5 van zijn conclusie veel aandacht. Zie ook H 5, randnummer 5.2.6.

4.4 De Hoge Raad betitelt het model als de vastelastenmethode, in navolging van Wissink in randnummer 5.26.1 van zijn conclusie, waarin wordt verwezen naar het arrest van 14 september 2021 van het Hof Amsterdam.⁵³ Het model wordt in r.o. 3.3.4 uitgewerkt. De verschillende onderdelen leiden enerzijds tot een concrete berekening, maar bieden anderzijds ruimte voor individueel maatwerk. Het spoorboekje luidt als volgt.

47 Zie bijvoorbeeld Huydecoper in de Groene Serie Huurrecht, waarin hij hoog water als voorbeeld noemt dat geen schade aan het gehuurde veroorzaakt, maar wel de toegang ernaartoe belemmert. Huydecoper geeft aan dat je naar de verkeersopvattingen zou moeten beoordelen voor wiens risico een dergelijke omstandigheid komt en lijkt er geen voorstander van om dergelijke oorzaken onder de gebrekenregeling te scharen. (*GS Huurrecht*, aant. 34 bij art. 7:204 BW.) Rossel en Heisterkamp beschrijven in de Asser-serie diverse omstandigheden die geen betrekking op het fysieke gehuurde hebben, bijvoorbeeld de omgeving van het gehuurde, en een gebrek kunnen opleveren (*Asser 7-II Huur*, nr. 2021/31). Zie ook de stelling van Tuinman en De Booy dat de coronacrisis weliswaar ver van de prestatie van de verhuurder lijkt af te staan, maar dat die niet te kwalificeren is als een de huurder persoonlijk betreffende omstandigheid, dus dat de conclusie toch dient te zijn dat hier sprake is van een gebrek (J.A. Tuinman en T.Q. De Booy, 'De coronapandemie en huur van bedrijfsruimte: don't believe the hype', *WR 2020/48*, 2.3.4). Daartegenover Van Lochem die beargumenteert dat de omstandigheden (materieel of anderszins) wel betrekking moeten hebben op het gehuurde (en niet enkel op de exploitatie door de huurder) om als gebrek aangemerkt te kunnen worden (*WR 2020/100*). Wissink wijst dit van de hand (Conclusie P-G, randnummers 4.31-4.33).

48 Zie hierover ook Conclusie P-G, randnummer 4.38. Rossel en Heisterkamp bespreken ook de toerekenbaarheid in de zin van art. 7:204 lid 2 BW en van art. 6:258 lid 2 BW. Zij zijn wel van mening dat een beroep op onvoorziene omstandigheden ter verkrijging van een tijdelijke huurprijsverlaging in verband met de coronamaatregelen kan slagen, ook als een beroep op de gebrekenregeling zou zijn gestrand op de toerekenbaarheid aan de zijde van de huurder (*Asser 7-II Huur*, 2021/33a en 67a).

49 In de beantwoording van prejudiciële vragen over de uitleg van de Richtlijn 93/13/EEG jo. art. 6:230 BW heeft de Hoge Raad recent drie gedetailleerde schema's opgesteld voor de methodes van ambtshalve toetsing van de nakoming van verplichtingen van gebruikers van algemene voorwaarden jegens consumenten: HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677.

50 Conclusie P-G randnummer 5.12.

51 Zuiver beschouwd is op dit onderdeel wel iets aan te merken, voor zover met het nadeel uitsluitend wordt bedoeld op het wegvallen van (een deel van) de omzet van de huurder. Daarin brengt de TVL immers geen verandering. Waar het dan om gaat is dat in de berekening van de huurkorting die de huurder verlangt in verband met dat nadeel rekening wordt gehouden met het feit dat de huurder door de TVL-subsidie al een deel van zijn huurlasten gecompenseerd krijgt van de overheid. Strikt genomen is dat niet een nadeel, maar een voordeel. Door dat voordeel in aftrek te brengen op het over diezelfde periode door de huurder verschuldigde huurbedrag neemt het bedrag waarover de korting kan worden berekend af, zodat beide partijen per saldo in gelijke mate van dat voordeel profiteren. Het belang van deze observatie is overigens gering, enerzijds omdat het nadeel van de huurder wel degelijk ook kan voortvloeien uit andere omstandigheden, zoals het doorlopen van kosten zonder dat daar opbrengsten tegenover staan, anderzijds omdat het model al rekening houdt met het door de huurder genoten voordeel van de toekenning van TVL.

52 Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Mon. BW nr. A5) 2017/48.1.

53 Hof Amsterdam 14 september 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2728, *WR 2021/138*.

4.4.1 De eerste aanname is dat een huurprijsvermindering gerechtvaardigd is. De rechtvaardiging ligt hier in het causale verband met een al of niet van overheidswege gedwongen sluiting van het gehuurde en een relevante verlaging van de omzet, vergelijkbaar met randnummer 5.14 van de conclusie P-G. De mate van die verlaging, bijvoorbeeld in de zin van een ondergrens zoals in de TVL, komt in het arrest niet aan de orde. Andere bedrijfseconomische factoren, zoals een al slecht draaiende onderneming in het gehuurde, behoren geen rol te spelen.

4.4.2 De huurprijsvermindering wordt berekend in relatie tot de geldende betalingstermijn, dus bijvoorbeeld per maand of kwartaal. Dat betekent niet dat een vermindering slechts over een volle termijn kan worden uitgesproken. Dat kan ook pro rata, als een overheidsmaatregel of een andere omstandigheid daartoe aanleiding geeft. De lockdowns verschillen in diverse periodes tijdens de pandemie van aard en termijn. Bovendien is denkbaar dat de huurder tijdens een huurperiode zijn bedrijfsmodel heeft aangepast, zoals door afhaal- of online-verkoop te starten of uit te breiden, met invloed op zijn nadeel.

4.4.3 De overheidssteun in de vorm van de TVL vormt onderdeel van de vastelastenmethode. Dat ligt voor de hand omdat die steun van invloed is op de huurlasten van de huurder. De TVL wordt in het arrest terecht gedifferentieerd: die bevat immers niet alleen een component voor de huur, maar ook voor gerelateerde lasten als energiekosten, schoonmaak et cetera. De TVL is een generieke maatregel, gebaseerd op de branchegegevens van het CBS, en onafhankelijk van de werkelijke kosten van de individuele huurder. De maatregel is wel bekritiseerd, onder meer ten aanzien van de branche-indeling en de omvang van de steun, die in de loop van de pandemie overigens sterk is uitgebreid. Niettemin moet de feitelijk toegekende TVL het uitgangspunt voor de berekening vormen, tenzij blijkt dat de hoogte ervan nog in geschil is. De Hoge Raad laat de steunmaatregelen met een andere aard, zoals de TOGS, Tozo en NOW in navolging van Wissink en de lagere rechtspraak buiten beschouwing.

4.4.4 Volgens de vastelastenmethode worden eerst de totale vaste lasten van de huurder bepaald. Omdat de invloed van de TVL op het nadeel van de huurder moet worden bepaald, betreft het de aan het huurobject verbonden kosten, niet de aan de onderneming gerelateerde lasten zoals loonkosten.

4.4.5 Vervolgens wordt de overeengekomen huurprijs bepaald als percentage van de totale vaste lasten. Als overeengekomen huurprijs moet worden beschouwd de geldende huurprijs, dus de aanvangshuur met nadien tot stand gekomen contractuele of rechtens geldende aanpassingen.

4.4.6 Als vervolgstap wordt het 'huur'-element van de TVL afgetrokken van de huurprijs, hetgeen de zuivere

huurlast als uitgangspunt voor de berekening van het nadeel oplevert.

4.4.7 De procentuele omzetvermindering wordt volgens de vastelastenmethode bepaald door de omzet over de in het geding zijnde periode te vergelijken met een vergelijkbaar tijdvak vóór de pandemie; door de Hoge Raad de referentieomzet genoemd. Zie hieronder H 5.2.1.

4.4.8 Het nadeel van de verstoring van de huurverhouding wordt volgens r.o. 3.3.4 sub d bepaald op de geldende huurprijs *minus* het huurelement van de TVL *maal* het percentage van de omzetvermindering. Dat nadeel c.q. die last dient in beginsel gelijkelijk door verhuurder en huurder te worden gedragen, zoals in H 2 besproken.

4.4.9 De Hoge Raad licht de methode cijfermatig toe in de rekensom in r.o. 3.3.4 sub a-d, waarnaar hier kortheids halve wordt verwezen.

5. Vragen bij de toepassing van het arrest

5.1 Het in 4.4.9 genoemde beginsel van de gelijke verdeling kent een aantal uitzonderingen. In de eerste plaats beklemtoont de Hoge Raad herhaaldelijk, in r.o. 3.2.2, 3.2.5, 3.3.3 en 3.3.4 sub d, dat de aanpassing van de huurprijs gerechtvaardigd is als zich onvoorziene omstandigheden voordoen en de verhuurder naar redelijkheid en billijkheid geen aanspraak kan maken op volledige betaling van de huurprijs. Er zijn echter omstandigheden in de positie van partijen denkbaar dat – eveneens – op grond van de redelijkheid en billijkheid de gelijke verdeling van het nadeel ongerechtvaardigd is. De Hoge Raad benoemt die omstandigheden niet, vermoedelijk omdat hij die als in de casuïstiek gelegen detailvragen beschouwt. De reikwijdte van het arrest en de vastelastenmethode blijven daarmee beperkt, zoals ook in H 4 besproken. In de tweede plaats maakt de Hoge Raad een uitzondering voor huurovereenkomsten die na 15 maart 2020 zijn ingegaan. Die datum is in het arrest niet gemotiveerd, maar zal zijn grond hebben in de ingangsdatum van de eerste lockdown. Zie daarover H 2.

5.2 De hoofdlijnen in het arrest zijn zinvol, maar de (corona-) praktijk is vol van kleur en specifieke omstandigheden. De betekenis van de redelijkheid en billijkheid kan in dit bestek niet tot in detail worden besproken; enkele belangrijke toepassingsvragen echter wel. Voor de relevante jurisprudentie wordt verwezen naar de conclusie P-G.

5.2.1 Referentieperiode

Voor de hand ligt dat een vergelijking wordt gemaakt voor de bepaling van een omzetverlies, maar daaraan zitten haken en ogen. In de eerste plaats is het niet altijd eenvoudig om een goede referentieperiode te vinden. Dat geldt voor huurders met (sterk) wisselende omzetten, maar in het bijzonder voor huurders die voor de pandemie geen of weinig omzet hadden, bijvoorbeeld omdat ze nog niet of net opgestart

waren.⁵⁴ In de tweede plaats rijst de vraag welke elementen bij het begrip omzet worden betrokken: bijvoorbeeld alleen die uit fysieke verkoop ('bricks') of ook uit online verkoop ('bits'), zie H 5.2.5, of die na heropening, zie H 5.2.7. Die bezwaren betekenen niet dat de huurder geen nadeel van de pandemie heeft ondervonden, maar alleen dat een nadeel niet zonder meer via de vastelastenmethode te bepalen is. De bepaling ervan vergt dan meer maatwerk.

5.2.2 Omzethuurprijis

In r.o. 3.2.4 oordeelt de Hoge Raad dat de overheidsmaatregelen ook als onvoorziene omstandigheid gelden in het geval een omzethuurprijs is overeengekomen: "een basis-huurprijs die kan worden aangevuld" volgens de laatste zin van de overweging. Aangenomen mag worden dat de overweging betrekking heeft op een mogelijke verlaging van de basishuurprijs. Het omzetdeel van de huurprijs zal bij een omzetzaling al verminderen of wegvallen, maar uitgangspunt moet zijn dat partijen dat risico bij het aangaan van de huurovereenkomst onder ogen hebben gezien. Niettemin vergt een omzethuur bijzondere aandacht bij de bepaling van de referentie en het nadeel.

5.2.3 De hoogte van de geldende huurprijs

Niet in het oordeel van de Hoge Raad en de conclusie P-G, maar wel in het arrest van het hof Amsterdam van 14 september 2021⁵⁵ wordt overwogen dat een "extreem lage huurprijs" bij de toepassing van art. 6:258 BW een element kan zijn dat onder ogen moet worden gezien. Daar kan grond voor bestaan, maar terughoudendheid is gepast. Een extreem lage huurprijs is een ander begrip dan een niet-marktconforme huurprijs.⁵⁶ De onderliggende redenen voor een lage huurprijs zouden bij de beoordeling moeten worden betrokken.

5.2.4 Meerdere vestigingen

Uitgangspunt is de vraag of de vermindering van de huurprijs van een bepaald huurobject gerechtvaardigd is. Relevant daarvoor zijn factoren als de sluiting, de aard van de onderneming, de locatie en andere specifiek aan het object en de overeenkomst verbonden omstandigheden. Dat de huurder zijn onderneming ook in andere objecten voert, maakt dat uitgangspunt niet anders: het geschil betreft de aanpassing van één huurovereenkomst. Hetzelfde geldt voor het feit dat de TVL in beginsel aan een concern wordt toegekend, niet aan een enkele vestiging daarvan. Dat maakt een huurprijsvermindering van een vestiging niet ongerechtvaardigd, maar moet leiden tot een berekening pro rata van die steun.

5.2.5 Omzet uit andere bronnen dan fysieke verkoop

De huurder die met een sluiting wordt geconfronteerd, kan proberen andere bronnen aan te boren die wel zijn toegestaan en kansen op omzet bieden, zoals online verkoop, een afhaalconcept of click & collect. Als daaruit omzet wordt gegenereerd, kan die van invloed zijn op zijn nadeel; zie ook randnummer 5.15 van de conclusie P-G. Van belang behoort te zijn dat uit de omzet feitelijk winst voortvloeit en dat de verkoop gerelateerd is aan het huurobject. Indien een concern online verkoop start of uitbreidt, kan van belang zijn of dat naar aanleiding van de pandemie plaatsvindt en op welke manier dat gebeurt. Denkbaar is dat concernwinst uit andere bronnen pro rata in het nadeel voor een huurobject wordt verrekend, maar dat verband moet met terughoudendheid worden bekeken.⁵⁷

5.2.6 Relatie tussen verhuurder, huurder en onderhuurder

De Hoge Raad wijdt alleen overwegingen aan huurovereenkomsten in algemene zin, niet aan de onderliggende casus van de prejudiciële vragen – waartoe de vragen ook geen aanleiding geven. Eveneens in algemene zin overweegt hij in r.o. 3.3.3 dat van de gelijke verdeling van het nadeel kan worden afgeweken op grond van de hoedanigheid van de huurder of de verhuurder; zie H 4. Uitzonderingen daargelaten bestaat er in beginsel geen grond om (de posities van) alle partijen bij de hoofd- en onderhuur te betrekken bij een huurprijsvermindering. De voorwaarden in de hoofd- en onderhuurovereenkomst en de hoedanigheid en belangen van de partijen, alsmede het relevante omzetverlies, zullen in de regel verschillen zodat een eventuele huurkorting per geval zal moeten worden beoordeeld.

5.2.7 Financiële positie van partijen, reserves

Ook in r.o. 3.3.3 overweegt de Hoge Raad dat de financiële positie van een der partijen aanleiding kan geven voor afwijking van het uitgangspunt van de gelijke verdeling. Denkbaar is dat een partij met brede schouders, voortkomend uit een sterke bedrijfsvoering of opgebouwde reserves, een nadeel gemakkelijker kan dragen dan zijn wederpartij. Terughoudendheid is echter gerechtvaardigd, zoals ook bepleit door Wissink in randnummer 5.35-5.37 van zijn conclusie. De aanpassing van de huurovereenkomst heeft een ex nunc-karakter, te weten de situatie als gevolg van de pandemie. Verder wordt de pandemie in het arrest gekwalificeerd als een uitzonderlijke omstandigheid van algemene aard. Bij die kwalificatie past niet dat individuele belangen over en weer een dominante rol krijgen. De overweging dat de waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties in ernstige mate is verstoord (zie H 2.7) wijst verder op een zekere objectivering. Ook rijst de moeilijk te beantwoorden vraag hoe ver de financiële toets moet gaan: bijvoorbeeld

54 Als tegemoetkoming aan recent gestarte ondernemingen is de referentieperiode voor de TVL later aangepast. Vanaf het tweede kwartaal van 2021 kan de aanvrager kiezen tussen het corresponderende kwartaal in 2019 of het derde kwartaal van 2021; Conclusie P-G, voetnoot 25.

55 ECLI:NL:GHAMS:2021:2728, WR 2021/138.

56 Zie ook rb. Amsterdam 5 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6323, WR 2022/24, r.o. 20.

57 Zie ktr. Rotterdam (bodem) 26 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12056 (Scotch & Soda), WR 2022/22: "Naar het oordeel van de kantonrechter is er geen sprake van een duidelijk verband tussen de omzetzaling van de verkoop in het gehuurde en de ontwikkeling van de relevante omzet van de webshop, in die zin dat niet is gebleken dat de coronamaatregelen en de daardoor veroorzaakte omzetzaling in het gehuurde heeft geleid tot een significante omzetzijging van de on-line-verkopen".

ook die van pensioenreserves van een kleine huurder of de bronnen van moedermaatschappijen.

5.2.8 Omzet na heropening

In de praktijk komt de vraag naar voren welke betekenis 'ingehaalde' omzet heeft: een relatief hogere omzet die wordt behaald na een tijdelijke sluiting. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 19 oktober 2021.⁵⁸ Overwogen wordt dat het inherent is aan de aard van een schoonheidssalon dat klanten die tijdens de sluiting ervan geen behandelingen kunnen ondergaan, (een deel van) de behandelingen op een later moment 'inhalen'. Een omzetverschuiving kan aldus een teruggevallen omzet tijdens de sluiting mogelijk compenseren. In randnummers 5.20.3 tot en met 5.20.5 stelt Wissink zich op het standpunt dat ontwikkelingen in de omzet na het einde van de beperkende overheidsmaatregelen in beginsel los staan van het omzetverlies gedurende de periode dat deze maatregelen golden. De door de Hoge Raad aangehaalde redelijkheid en billijkheid zullen een rol moeten spelen bij de vraag welke aan de huurder toekomende voordelen wel, en welke niet als relevante omstandigheden gelden bij de (gelijke) verdeling tussen partijen.

5.2.9 Stelplicht en bewijslast

Stelplicht en bewijslast van het nadeel, van de TVL en van andere relevante omstandigheden liggen bij de huurder. Hij maakt immers aanspraak op de wijziging van zijn contractuele verplichtingen en hij kan over de benodigde (bedrijfs-) gegevens beschikken.

6. Conclusie

6.1 Het arrest schittert in zijn eenvoud – en haalt hopelijk de angel uit veel geschillen. De schittering vertoont zich in de eerste plaats in de bondige overwegingen dat de gevolgen van de overheidsmaatregelen in het kader van de coronapandemie om ondernemingen te sluiten (of wijdere adviezen die daartoe noodzakelijk zijn) niet kwalificeren als een gebrek in de zin van art. 7:204-210 BW. De sluiting is het gevolg van een uitzonderlijke, de volksgezondheid betreffende omstandigheid van algemene aard, die geen betrekking heeft op de verhuurde zaak. Uit de wetsgeschiedenis volgt niet dat een dergelijke omstandigheid als een gebrek moeten worden beschouwd.

6.2 In de tweede plaats oordeelt de Hoge Raad zonder al teveel woorden dat die gevolgen wel beschouwd moeten worden als een onvoorziene omstandigheid in de zin van art. 6:258 BW, die reden kan geven voor een (tijdelijke) huurprijsvermindering. Uitgangspunt voor de vermindering is de zogeheten vastelastenmethode, kort samengevat:

- van de geldende huurprijs wordt de TVL, voor zover betrekking hebbend op de huurlasten, afgetrokken;
- het omzetverlies van de huurder als gevolg van de coronamaatregelen wordt uitgerekend als percentage

ten opzichte van een vergelijkbare periode zonder die maatregelen;

- de helft van het onder b) genoemde percentage wordt als huurkorting toegekend over het onder a) resterende huurbedrag. Zo wordt het nadeel door verhuurder en huurder in gelijke mate gedragen.

Het arrest bevat een rekensom ter toelichting van die redenering.

6.3 De eenvoud brengt ook beperkingen. De Hoge Raad wijst er nadrukkelijk op dat de redelijkheid en billijkheid kunnen noodzaken tot maatwerk. Het maatwerk ligt natuurlijk in de casuïstiek besloten, maar het arrest had meer handvatten over de invulling ervan kunnen bevatten, zoals in de conclusie P-G is bepleit. Die conclusie en de daarin opgenomen jurisprudentie kunnen behulpzaam zijn bij de beantwoording van verdere rechtsvragen.

⁵⁸ ECLI:NL:GHAMS:2021:3154, WR 2022/23, r.o. 3.4 met redactioneel naschrift.