

De coronapandemie en huur van bedrijfsruimte: *don't believe the hype*

WR 2020/48

1. Inleiding

De wereldwijde uitbraak van het coronavirus SARS-CoV-2 – de coronapandemie – heeft in het voorjaar van 2020 binnen enkele weken geleid tot een samenloop van grootschalige gevolgen voor mens en maatschappij. Centraal daarbij staan – nog los van de dramatische effecten op de gezondheid van velen – de ingrijpende, veelal vrijheidsbeperkende, maatregelen die overheden hebben genomen om de pandemie te beheersen en verdere verspreiding van het virus tegen te gaan. De overheidsmaatregelen die worden getroffen ter bestrijding van de coronapandemie en hun maatschappelijke en economische gevolgen worden in dit artikel gezamenlijk de coronacrisis genoemd. De Nederlandse overheidsmaatregelen zijn te onderscheiden in twee categorieën. De eerste categorie zijn de dwingende maatregelen met een wettelijke grondslag.² Daarbij valt te denken aan de verboden openstelling van inrichtingen als cafés, restaurants en sportscholen, onderwijsinstellingen en kinderopvang; het verbod op het uitoefenen van een contactberoep en het verbod op meldings- en vergunningsplichtige evenementen.³ Hieronder valt ook het verbod om zich in de publieke ruimte in een groep van drie of meer personen op te houden zonder 1,5 meter afstand te houden. De tweede categorie zijn dringende aanbevelingen zonder wettelijke grondslag. Dit pakket van maatregelen wordt vaak aangeduid als sociale onthouding of *social distancing*: de oproepen om zo veel mogelijk thuis te blijven (waaronder thuiswerken) en het advies te allen tijde 1,5 meter afstand houden.⁴ Uit onderzoek blijkt dat deze maatregelen in het algemeen vrijwillig worden nageleefd.⁵

Veel bedrijven (waaronder de middenstand) zijn ondertussen in zwaar weer geraakt door de coronacrisis. De bedrijven en ambachten die getroffen worden door eerste categorie

overheidsmaatregelen zijn verplicht gesloten. De collectieve sociale onthouding heeft ook grote gevolgen voor de bedrijven die wel open mogen blijven. De passantenstroom in de winkelstraten is opgedroogd.⁶ Hoewel supermarkten en doe-het-zelfzaken de omzet zien stijgen, zien veel andere winkels de omzet sterk dalen. Zij zijn daardoor in bedrijfs-economische zin gedwongen te sluiten of de openingstijden te beperken. Locatus schat dat 15.000 tot 20.000 winkeliers een dergelijke beslissing hebben genomen.⁷ Hierdoor zijn veel ondernemingen in acute liquiditeitsproblemen komen te verkeren. In de praktijk is de huurprijs vaak één van de belangrijkste vaste bedrijfslasten die blijven doorlopen.⁸ Huurders van bedrijfsruimten hebben daarom de afgelopen weken in groten getale een moreel (en juridisch) appel gedaan op hun verhuurders om de betalingsverplichting van de huur te versoepelen en een tijdelijk huurprijsverlaging door te voeren.⁹ Wellicht aangespoord door een stortvloed aan internetpublicaties van onder andere advocatenkantoren, makelaars en vastgoedadviseurs waarin huurders en verhuurders worden geadviseerd over welke rechten geldend gemaakt zouden kunnen worden in verband met de coronacrisis, beroepen de huurders zich op onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW); op overmacht (art. 6:75 BW); of (zij het beduidend minder) op het bestaan van een gebrek (art. 7:204 lid 2 BW).¹⁰ Verhuurders van bedrijfsruimte voelen zich voor het blok gezet en constateren dat sommige huurders misbruik van de situatie proberen te maken. Afgezien van het feit dat genoeg verhuurders vanuit moreel plichtsbesef de helpende hand richting hun huurders willen uitsteken, vragen zij zich inmiddels hardop af wat hun juridische positie in dit verband is.

1 De auteurs zijn advocaat te Amsterdam en danken Frank van der Hoek, Menno Griffiths en Aemile van Rappard voor hun nuttige commentaar op de conceptversie van dit artikel.

2 De minister geeft daarbij aan de voorzitters van de veiligheidsregio's de aanwijzing op voet van art. 7 Wet publieke gezondheid in samenhang met art. 39 lid 1 Wet veiligheidsregio's om door de minister voorgeschreven maatregelen bij noodverordening ex art. 176 Gemeentewet te verplichten.

3 De besluiten van de minister voor Medische Zorg en Sport van 13 maart 2020, nr. 1662578-203166-PG, van 15 maart, nr. 1663097-203238PG en van 17 maart, nr. 1663666-203280-PG, de besluiten van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 20 maart 2020, nr. 1665126-203432-PG, van 23 maart 2020, nr. 1665182-203445-PG, en van 24 maart 2020, nr. 1666478-203555-PG

4 <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/coronavirus-covid-19/veel-gestelde-vragen-over-de-aanpak-van-het-nieuwe-coronavirus-in-nederland>.

5 99% van de ondervraagden zegt 1,5 meter afstand te houden en 93% blijft zoveel mogelijk thuis, aldus I&O Research in samenwerking met Universiteit Twente, <https://www.ioresearch.nl/actueel/nederlanders-houden-zich-aan-corona-regels-vooral-jongeren-eenzaam/>.

6 <https://locatus.com/blog/corona-virus-binnensteden-leeg-maar-wijk-winkelcentra-profiteren-van-hamstergedrag/>.

7 <https://locatus.com/blog/schatting-locatus-15-000-tot-20-000-winkels-inmiddels-dicht/>.

8 Afhankelijk van de branche waarin de huurder actief is, bedraagt de huurprijs idealiter gemiddeld tussen 3% (supermarkten) en 30% (hotels) van de onder normale omstandigheden te verwachten omzet. Zie verder: W. Raas, 'Het hoe en waarom van een omzethuur en waarom een wetswijziging nodig is', *TvHB* 2010/1.

9 Nederlandse Winkelraad (NRW), Vereniging van Institutionele Beleggers in Nederland (IVBN), VastgoedBelang, VastGoedOverleg & Detailhandel Nederland, 'Oproep aan alle huurders en verhuurders van winkelruimte in Nederland', <https://www.ivbn.nl/actueel-artikel-detail/oproep-aan-alle-huurders-en-verhuurders-van-winkelruimte-in-nederland>. Zie ook: 'De huur betalen als je omzet weg is: 'Betalen of je riskeert ontruiming'', <https://nos.nl/artikel/2328892-de-huur-betalen-als-je-omzet-weg-is-betalen-of-je-riskeert-ontruiming.html>; 'Horeca langer dicht, maar de huur moet betaald worden', <https://www.deondernemer.nl/corona/coronavirus/horeca-langer-dicht-maar-de-huur-moet-betaald-worden-2070609>.

10 In internetpublicaties wordt vaak op deze drie mogelijkheden gewezen, ziebijv. Koninklijke Horeca Nederland, <https://www.khn.nl/kennis/update-huur-khn-helpt-en-geeft-tips>; Kennedy Van der Laan, <https://kvdI.com/artikelen/huurrecht-bedrijfsruimte-en-het-corona-virus-wie-draagt-de-risico's> Bleinheim, <http://www.advocaten-amsterdam.nl/1649/sluiting-horeca-overmacht-corona>.

Indachtig het gegeven dat de volle omvang van de coronacrisis nog onduidelijk is, wordt in dit artikel een eerste poging gedaan om de impact van de coronacrisis op de rechten en verplichtingen van verhuurder en huurder van bedrijfsruimte te schetsen. In paragraaf 2 wordt ingegaan op de vraag of (de gevolgen van) de overheidsmaatregelen uit beide categorieën een gebrek opleveren in de zin van art. 7:204 lid 2 BW. In paragraaf 3 wordt aan de orde gesteld welke rechten de huurder richting de verhuurder geldend kan maken als dit een gebrek is. In paragraaf 4 wordt besproken of de coronacrisis een onvoorziene omstandigheid oplevert in de zin van art. 6:258 BW. In paragraaf 5 wordt beschreven of de huurder vanwege de coronacrisis zijn betalings en exploitatieverplichting kan 'opschorten' met een beroep op overmacht (ex art. 6:75 BW). Tot besluit volgt een korte conclusie (paragraaf 6).

2. Is sprake van een gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW?

2.1 Inleiding

Een relevante vraag voor de huurrechtpraktijk is of de overheidsmaatregelen als een 'gebrek' kwalificeren in de zin van de wet; bijvoorbeeld omdat de huurder dan in beginsel een evenredige vermindering van de huurprijs kan verlangen.¹¹ Een gebrek is volgens art. 7:204 lid 2 BW – voor zover hier van belang – een staat of eigenschap van de zaak of een andere niet aan de huurder toe te rekenen omstandigheid, waardoor de zaak aan de huurder niet het genot kan verschaffen dat een huurder bij het aangaan van de overeenkomst mocht verwachten.¹² Het is uitdrukkelijk de bedoeling geweest van de wetgever dat de juridische betekenis van het huurrechtelijke begrip 'gebrek' ruimer strekt dan het gewone spraakgebruik.¹³ Een gebrek heeft namelijk niet noodzakelijkerwijs te maken met een tekortkoming aan de fysieke eigenschappen van de zaak, maar kan bestaan uit iedere omstandigheid die het genot beperkt.¹⁴ Daar staat tegenover dat een huurder in beginsel niet mag verwachten dat alle externe omstandigheden ongewijzigd blijven.¹⁵ Wanneer de verwachtingen van de huurder eraan in de weg staan om externe factoren als gebrek te kwalificeren, verschild van geval tot geval.¹⁶

De kernvraag hier is dus of de coronacrisis – de overheidsmaatregelen met hun gevolgen – onder het bereik van art.

7:204 BW valt. In de parlementaire geschiedenis is expliciet aan de orde gekomen dat onvoorziene overheidsmaatregelen die het gebruik van het gehuurde verhinderen, volgens de wetgever aangemerkt moeten worden als een gebrek in de zin van art. 7:204.¹⁷ Hieronder vallen in ieder geval de dwingende overheidsmaatregelen uit de eerste categorie. Uit de literatuur volgt bovendien dat de tweede categorie – overheidsmaatregelen zonder wettelijke grondslag maar met feitelijk dezelfde gevolgen – hieraan gelijk gesteld zijn.¹⁸ Huurders die wezenlijk nadeel ondervinden van deze maatregelen hebben evenmin het genot dat zij bij het aangaan van de huur mochten verwachten.

In veel internetpublicaties en nieuwsbrieven die de afgelopen tijd zijn uitgebracht, wordt verdedigd dat de coronacrisis geen gebrek oplevert.¹⁹ De argumenten die daarvoor worden aangedragen zijn hoofdzakelijk de volgende drie:

- (i) de overheidsmaatregelen kwalificeren als een feitelijke stoornis door een derde zonder bewering van recht;
- (ii) de coronacrisis wordt op grond van de verkeersopvattingen toegerekend aan de huurder;
- (iii) voor zover al geen toerekening aan de huurder plaatsvindt op grond van de verkeersopvatting, zal dit in verreweg de meeste gevallen alsnog op grond van de huurovereenkomst het geval zijn.

Wij zullen hieronder dieper ingaan op deze argumenten. Daarbij komen wij echter tot de conclusie dat deze argumenten er niet aan in de weg staan om de coronacrisis aan te merken als een gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW.

2.2 Vormen de overheidsmaatregelen een feitelijke stoornis als bedoeld in art. 7:204 lid 3 BW?

Art. 7:204 lid 3 BW bepaalt dat een feitelijke stoornis van derden zonder bewering van recht (in de zin van in art. 211) geen gebrek is. De vraag dient zich dan aan wat de reikwijdte is van het begrip 'een feitelijke stoornis door derden'. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat daarmee wordt bedoeld directe overlast of hinder door derden, zoals ver-

11 Art. 7:207 lid 1 BW. Zie hierna par. 3.2.

12 In het vervolg van deze bepaling wordt hetgeen de huurder bij het aangaan van de huur mag verwachten geobjectiveerd met de bepaling "mag verwachten van een goed onderhouden zaak van de soort als waarop de overeenkomst betrekking heeft". Deze objectivering is in de algemene bepalingen van de ROZ voor bedrijfsruimten gesubjectieerd. Gelet op het voor iedereen onverwachte karakter van de coronapandemie, maakt dat geen verschil van uitkomst tussen de geobjectiveerde en de subjectieve benadering.

13 *Kamerstukken II 1999/2000*, 26089, nr. 6, p. 6; *Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2017/30*; J.A. Tuinman, *T&C Huurrecht*, art. 7:204 aant. 3, sub b.

14 Zie bijv. *Kamerstukken II 1997/98*, 26089, nr. 3, p. 14.

15 *Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2017/34*.

16 HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7337, *WR 2012/84 (Gemeente Den Haag/Strandpaviljoen Zuid)*.

17 "De vraag van de Commissie of het onderhavige artikel [210, red.] 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 art. 204, dat het genot dat de huurder mocht verwachten geheel onmogelijk maakt.", *Kamerstukken II 1999/2000*, 26089, nr. 6, p. 9, en "(...) een wettelijk voorschrift dat, al of niet in verband met de gesteldheid van de zaak – bijv. te geringe afmetingen – een bepaald gebruik verbiedt", *Kamerstukken II 1997/98*, 26089, nr. 3, p. 13.

18 *Asser/Sieburgh 6-I 2016/359*; H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, 'Contract en coronacrisis', *NJB 2020/881*, p. 963-964.

19 Zie Dentons <https://www.dentons.com/en/insights/newsletters/2020/march/19/commercial-real-estate/ams-the-real-estate-industry-during-corona-times/rent-reduction-legal-impossibilities-and-possibilities> en <https://www.propertynl.com/Nieuws/Dentons-Alle-winkels-sluiten-wegens-corona--wie-betaalt-de-huur/707feb84-ac7f-4de6-a318-a25e3e474481>; Loyens & Loeff op <https://www.loyensloeff.com/nl/nieuws/nieuwsartikelen/het-coronavirus-en-het-huurrecht-3-veelgestelde-vragen-n18638/> en <https://www.vastgoedmarkt.nl/financieel/nieuws/2020/03/het-coronavirus-en-het-huurrecht-3-veelgestelde-vragen-101152581>; Houthoff <https://www.houthoff.com/insights/News-Update/Real-Estate-Maart-2020---News-Update>.

keerslawaaï, een bal door de ruit of burengerucht.²⁰ De ratio daarvan is dat de huurder in de regel de overlastveroorzaker rechtstreeks kan en moet aanspreken.²¹ In aanvulling daarop is in de jurisprudentie aangenomen dat overlast in het gehuurde als gevolg van fouten van derden buiten het gehuurde – zoals een gesprongen waterleiding – eveneens feitelijke stoornissen zijn.²² In de laatste categorie wordt dan uitsluitend de directe hinder als feitelijke stoornis aangemerkt; schade aan het gehuurde die is veroorzaakt door de feitelijke stoornis levert wél een gebrek op.²³ Andere genotsbeperkende omstandigheden vormen geen feitelijke stoornis. Zo zijn bijvoorbeeld oprukkende bebouwing die het uitzicht belemmert en externe omstandigheden waardoor de huurder het gehuurde niet kan bereiken geen feitelijke stoornis.²⁴ De overheidsmaatregelen zijn niet te scharen onder deze aanvaarde categorieën van feitelijke stoornis, zodat art. 7:204 lid 3 BW toepassing mist.

2.3 *Moeten (de gevolgen van) de overheidsmaatregelen aan de huurder worden toegerekend?*

In de internetliteratuur zien wij globaal twee argumenten voor het standpunt dat de coronacrisis op grond van de verkeersopvatting voor risico van de huurder zou komen. Volgens het eerste argument is de coronapandemie een zogenoemde ‘act of God’,²⁵ die – vanwege gebrek aan toerekenbaarheid aan de verhuurder – binnen de risicosfeer van de huurder valt.²⁶ Bij het tweede argument wordt verwezen naar het *Amicitia*-arrest, waaruit zou volgen dat de coronacrisis aan de huurder moeten worden toegerekend.

2.3.1 *Toerekening als bestanddeel van het begrip ‘gebrek’*

Toerekening op grond van de verkeersopvatting heeft zijn achtergrond in overmacht in de zin van art. 6:75 en 6:58 BW. Toerekening heeft hierbij de rol van verdeling van risico's. De complicatie daarbij is de volgende: bij de verdeling van risico's geeft de verkeersopvatting vaak geen eenduidig antwoord, omdat er in de maatschappij geregeld geen helder omliggende opvattingen leven.²⁷

Hoewel de uitgangspunten die bij overmacht gelden houvast kunnen bieden om te bepalen of een genotsbeperking

toerekenbaar is aan de huurder,²⁸ heeft ‘toerekenbaarheid’ in de zin van art. 7:204 lid 2 BW een andere functie dan bij overmacht (ex art. 6:75 BW). Binnen het kader van art. 7:204 BW wordt de niet-toerekenbaarheid aan de huurder gebruikt om te bepalen of sprake is van een tekortkoming van zijn wederpartij: de verhuurder.²⁹ Toerekenbaarheid aan de verhuurder (ex art. 6:75 BW) komt pas om de hoek bij de vraag of de verhuurder schadelijkt is (vgl. art. 7:208 BW).³⁰ Deze systematiek brengt mee dat een genotsbelemmerende omstandigheid als een natuurramp of een economische crisis op de voet art. 7:204 lid 2 BW in de risicosfeer van de verhuurder kan vallen, maar dat op de voet van art. 7:208 BW de schade die daarvan het gevolg is naar de risicosfeer van de huurder verspringt. Een dergelijk verschil in afbakening van risicosfeer per remedie is overigens een afgeleide van de systematiek in het algemene verbintenisrecht. In geval van overmacht kan een schuldeiser immers wel aanspraak maken op ontbinding,³¹ opschorting³² en verrekening,³³ maar heeft hij geen recht op nakoming³⁴ of schadevergoeding.³⁵

Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat het de wetgever in beginsel voor ogen stond dat iedere genotsbelemmerende omstandigheid een gebrek oplevert, met daarop als uitzondering een de huurder persoonlijk betreffende omstandigheid.³⁶ Die moet aan de huurder worden toegerekend en is uitgesloten van het begrip ‘gebrek’. In de parlementaire behandeling wordt dit geïllustreerd met twee voorbeelden. Allereerst noemt de wetgever tweemaal het voorbeeld van een gehuurde woning die een huurder door persoonlijke omstandigheden niet kan betrekken, bijvoorbeeld bij ziekte, slechte weersomstandigheden, stakingen of tegen de huurder gerichte overheidsmaatregelen.³⁷ In de tweede plaats wordt verwezen naar het arrest van de Hoge Raad van 17 juni 1949 in *AKU/Stalen Steiger*,³⁸ waar AKU de deugdelijk door de Haarlemse firma Stalen Steiger ter beschik-

20 *Kamerstukken II* 1997/98, 26089, nr. 3, p. 14. Zie ook de voorbeelden in H.J. Rossel, *Huurrecht Algemeen* (R&P nr. VG4) 2013/4.3.5.1.

21 *Kamerstukken I* 2001/02, 26089, nr. 162, p. 16.

22 Zie voor een overzicht Conclusie A-G (Rank-Berenschot) vóór HR 2 juni 2017, ECLI:NL:PHR:2017:486.

23 *Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II* 2017/37.

24 *Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II* 2017/37.

25 Een ‘Act of God’ is naar het *common law* van Engeland en Wales een overmachtssituatie als gevolg van een volledig natuurlijke oorzaak is, zonder menselijk handelen, terwijl het redelijkerwijs niet mogelijk was voor personen om zich ertegen te beschermen of deze redelijkerwijs te voorzien, zie bijv. *Transco plc v Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61.

26 Zie bijv. Loyens & Loeff op <https://www.loyensloeff.com/nl/nl/nieuws/nieuwsartikelen/het-coronavirus-en-het-huurrecht-3-veelgestelde-vragen-18638/>.

27 P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden 2009), p. 131.

28 HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB8098, *NJ* 2008/85, *WR* 2008/38 (*Amicitia*), r.o. 3.4.2.

29 Zie A.M. Kloosterman, ‘Gebreken en ingebrekestelling’ *WR* 2007/53; Hof Den Haag 22 januari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BY9447.

30 Over deze zgn. dubbele toerekenbaarheidstoets in de gebrekeverordening bestaat verschil inzicht in de literatuur. Vgl. bijv. par. 13 van de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 1 februari 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BB8098, *WR* 2008/38 (*Amicitia*); J.L.R.A. Huydecoper, ‘Schade en Schande’, *WR* 2015/78 en: A.M. Kloosterman, ‘Reactie op Artikel van Huydecoper’, *WR* 2015/79.

31 Art. 6:258 BW; *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 1010.

32 *Asser/Sieburgh 6-I* 2016/273.

33 Art. 6:79 BW.

34 D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming* (R&P nr. 167) 2008/5.2.2.

35 Art. 6:74, in fine, BW.

36 Zie *Parl. Gesch. Huurrecht*, De Jonge, De Wijckersloot, p. 164-168: Uit de Toelichting ontwerp Houwing valt reeds af te leiden dat tal van buiten de stoffelijke gesteldheid van de zaak gelegen omstandigheden zijn voorzien als omstandigheden die het genot van een verhuurde zaak kunnen belemmeren. Genoemd worden o.a. de ligging van de zaak (uitzicht, stand, bereikbaarheid) en wettelijke voorschriften die, al of niet in verband met de gesteldheid van de zaak, een bepaald gebruik verbieden. Alleen genotsbelemmeringen die de huurder persoonlijk betreffen en een feitelijke stoornis door een derde zonder bewering van recht dienen buiten het bereik van het begrip “gebrek” te vallen. Zie hierover ook de MvT, *Kamerstukken II*, 1997/98, 26089, nr. 3, p. 13.

37 *Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II* 2017/33.

38 HR 17 juni 1949, *NJ* 1949/544 en 545 (*AKU/Stalen Steiger*).

king gestelde steigermaterialen wilde gebruiken op haar fabrieksterrein in Arnhem, maar daar door de evacuatie van Arnhem niet toe in staat was. Volgens de Hoge Raad was de evacuatie van Arnhem binnen deze context een huurder AKU “persoonlijk betreffende omstandigheid”.³⁹

2.3.2 *Moet de coronapandemie als een act of God aan de huurder worden toegerekend?*

Er is volgens ons geen algemeen aanvaarde regel die inhoudt dat acts of God als ‘natuurrampen’ in de verhouding verhuurder/huurder van bedrijfsruimte specifiek toegerekend moeten worden aan één van partijen. Kenmerkend aan een act of God is immers dat geen van de partijen een verwijt kan worden gemaakt.⁴⁰ In het licht van de parlementaire geschiedenis achten wij het onaannemelijk dat een onvoorziene economische crisis of een natuurramp aangemerkt dient te worden als een “de huurder persoonlijk betreffende omstandigheid” en daarmee voor rekening van de huurder zou moeten komen. De overheidsmaatregelen die zijn getroffen om de coronapandemie in te dammen richten zich niet tot de huurders van bedrijfsruimten persoonlijk, maar tot de maatschappij in brede zin en lijken daarom niet op de voet van art. 7:204 lid 2 BW toegerekend te kunnen worden aan de huurder. Voor de bepaling of er sprake is van een gebrek is het vervolgens niet van belang dat de coronapandemie ook niet aan de verhuurder kan worden toegerekend.

2.3.3 *Volgt uit het Amicitia-arrest dat de coronacrisis aan de huurder moeten worden toegerekend?*

Volgens het bovengenoemde tweede argument zou in het *Amicitia*-arrest zijn beslist dat tegenvallende bezoekersaantallen een ondernemersrisico vormen dat volgens de verkeersopvatting voor rekening van de huurder komt. Dit veronderstelde principe zou ook opgeld doen als de handel stopt door onvoorziene overheidsmaatregelen.⁴¹ Ons inziens moet het arrest anders gelezen worden. De Hoge Raad liet het oordeel van het gerechtshof in stand dat tegenvallende bezoekersaantallen “op zichzelf” geen toereikend aanknopingspunt bieden om te veronderstellen dat sprake is van een gebrek. In dat specifieke geval kwamen “de in teleurstellende bezoekersaantallen tot uiting komende nadelen” die verbonden waren aan de opzet en ligging van een nieuw

winkelcentrum naar verkeersopvatting “in beginsel” voor rekening van de huurder (ex art. 6:75 BW).⁴²

In het *Amicitia*-arrest stond centraal de omstandigheid dat een (nieuw) winkelcentrum niet aansloeg bij het winkelend publiek. Hoewel bezoekersstromen bepalend zijn voor het genot van de huurders die bedrijfsruimte huren in dat winkelcentrum, is de onjuist gebleken verwachting dat het publiek zijn weg naar het winkelcentrum zou vinden een omstandigheid die volgens verkeersopvatting voor rekening dient te komen van de huurder (als zijn ondernemersrisico). Evenals de verwachting dat een ingekochte kledinglijn aanslaat bij het publiek voor rekening blijft van de inkopende winkelier.⁴³ Verwachtingen over omzet- of winstresultaten en de eventuele teleurstelling over het uiteindelijk resultaat zijn normaal gesproken dan ook typisch de huurder “persoonlijk betreffende omstandigheden”. Dit laat echter onverlet dat tegenvallende bezoekersaantallen wel degelijk hun oorzaak kunnen vinden in een gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW. Op grond van het *Amicitia*-arrest kan daarom niet in zijn algemeenheid gesteld worden dat (te) lage bezoekersaantallen categorisch tot het ondernemersrisico van de huurder behoren.

2.3.4 *Tussenconclusie*

In de systematiek van art. 7:204 lid 2 BW is niet-toerekenbaarheid aan de huurder het uitgangspunt en toerekening de uitzondering. Wij begrijpen de gedachte dat de coronacrisis in een te ver verwijderd verband lijkt te staan tot de te verwachten prestaties van de verhuurder en de neiging om deze omstandigheid daarom aan de huurder toe te rekenen.⁴⁴ Bij nadere beschouwing moet echter geconcludeerd worden dat de coronacrisis niet een de huurder persoonlijk betreffende omstandigheid is. In de parlementaire geschiedenis is expliciet genoemd dat onvoorziene overheidsmaatregelen die het gebruik verhinderen een gebrek vormen. De ruime betekenis van het begrip brengt daarom in onze optiek mee dat de coronacrisis een gebrek oplevert in de zin van art. 7:204 lid 2 BW indien de huurder een merkbare geconsvermindering heeft.

2.4 *Kan de coronacrisis op grond van de huurovereenkomst toegerekend worden aan de huurder?*

De coronacrisis levert dus in beginsel een gebrek op. In beginsel, want niet uitgesloten is dat in de huurovereenkomst deze specifieke oorzaak van verhindering van het genot

39 Zie, het artikel van J.M. Heikens in deze publicatie (WR 2020/49) voor een uitvoerige toelichting op de context en de omstandigheden waarom dit een persoonlijk betreffende omstandigheid van AKU opleverde. *Parl. Gesch. Huurrecht*, De Jonge, De Wijkersloot, p. 169 (nr. 3). Zie verder *Asser/Sieburgh 6-I 2016/297* en C.A. Streefkerk, *Schuldeisersverzuim* (Monografieën BW nr. B32c), 10.5 en de daar aangehaalde auteurs, over de vraag of deze situatie daadwerkelijk schuldeisersovermacht oplevert of dat het gaat om een onmogelijkheid van rechtsuitoefening die wordt beheerst door art. 6:258 BW.

40 Zie anders: Huydecoper, in: *GS Huurrecht*, art. 7:204, aant. 34, waar hij bepleit dat bij elke Act of God aan de hand van de verkeersopvatting moet worden beoordeeld of deze aan de verhuurder of aan de huurder moet worden toegerekend.

41 Zie bijv. Dentons, noot 19.

42 HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB8098, WR 2008/38 (*Amicitia*) r.o.3.4.2. Overigens had de Hoge Raad al in zijn arrest van 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587 (*Weena-Zuid; Briljant Schreuders/ABP*) in stand gelaten dat dergelijke teleurgestelde verwachtingen over bezoekerstaantallen bij een beroep op onvoorziene omstandigheden voor rekening van de huurder komen.

43 Vgl. alinea 10 van de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 1 februari 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BB8098, WR 2008/38 (*Amicitia*).

44 Vgl. *Kamerstukken I 2000/01*, 26089, nr. 162, p. 11 en 12.

voor risico van de huurder is gebracht.⁴⁵ Of een huurder het risico dat samenhangt met de coronacrisis op zich heeft genomen, moet worden vastgesteld op basis van de desbetreffende overeenkomst, zo nodig met toepassing van de *Haviltex*-maatstaf.⁴⁶

Zoals gezegd, wordt in internetpublicaties het standpunt verdedigd dat op grond van de modelovereenkomsten en algemene bepalingen van de Raad voor onroerende zaken (ROZ) de overheidsmaatregelen – of in bredere zin: de coronacrisis – voor risico worden gebracht van de huurder. (Ook) om die reden zou er (bij toepasselijkheid van die voorwaarden) geen sprake zijn van een gebrek.⁴⁷ De gedachte daarachter zal zijn dat binnen het systeem van de ROZ de risico's die verbonden zijn aan de contractuele bestemming – het gebruik van het gehuurde – voor rekening van de huurder zijn.⁴⁸ Dit standpunt verdient op grond van de algemene bepalingen echter nuancering.

De risicoverdeling uit de ROZ-bepalingen vindt haar beslag in twee verplichtingen van de huurder. Ten eerste leggen de ROZ-bepalingen op de huurder een plicht om vóór het aangaan van de huur te onderzoeken of het gehuurde geschikt is voor de contractuele bestemming.⁴⁹ Wat de huurder op dat moment had behoren te ontdekken, dient aan hem toegerekend te worden op grond van de overeenkomst en verhindert dat sprake is van een gebrek. Aan deze onderzoeksplicht komt in het kader van de coronapandemie uiteraard geen betekenis toe. Ten tweede brengen de ROZ-bepalingen de publiekrechtelijke mogelijkheid van de contractuele bestemming voor risico van de huurder. Dit heeft echter uitsluitend tot doel de huurder verantwoordelijk te maken voor “de vereiste vergunningen, ontheffingen en toestemmingen” in verband met de contractuele bestemming.⁵⁰ Risico's van algehele gebruiksbeperkingen door gewijzigde regelgeving zijn daarmee niet naar de huurder verlegd.⁵¹ Kortom: in de ROZ-modelcontracten en de daarop toepasselijke algemene bepalingen worden noch de overheidsmaatregelen noch de gevolgen daarvan toegerekend

aan de huurder. Ook bij toepasselijkheid van de ROZ-bepalingen kan dus sprake zijn van een gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW. Anders dan een prima vista gedachte hoeft dit overigens niet nadelig voor de verhuurder uit te pakken, want die mag (en zal) zich exonereren voor gebreken die ná het aangaan van de huur ontstaan. Zie daarover paragraaf 3.

2.5 Samenvattend

De coronacrisis levert in beginsel een gebrek op in de zin van artikel 7:204 lid 2 BW voor zover de huurder daardoor wordt beperkt in het genot van het gehuurde. Het is niet ondenkbaar dat in specifieke gevallen op grond van de huurovereenkomst de gevolgen van de coronacrisis toch voor rekening van de huurder komen. In de modelcontracten van de ROZ wordt dit risico echter niet (ondubbelzinnig) aan de huurder toegerekend. Behoudens enig andersluidend bevestiging in de bijzondere bepalingen is er ook dan sprake van een gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW.

3. Wat zijn de gevolgen van de kwalificatie als gebrek?

3.1 Algemeen

De vraag rijst vervolgens welke rechten de huurder van bedrijfsruimte richting zijn verhuurder geldend kan maken als de coronacrisis in zijn geval als een gebrek kwalificeert. Titel 7.4 BW kent aan de huurder enkele specifieke rechten toe: herstel (art. 206), huurprijzvermindering (art. 207), schadevergoeding (art. 208) en ontbinding bij geheel onmogelijk genot (art. 210).⁵² Aangezien het voor de verhuurder onmogelijk zal zijn om (de gevolgen van) de overheidsmaatregelen weg te nemen,⁵³ kan de huurder niet verlangen dat de verhuurder het gebrek herstelt.⁵⁴ Art. 7:208 BW verhindert dat de huurder schadevergoeding op grond van de coronacrisis toekomt. Het gebrek is ontstaan na het aangaan van de huur en zoals besproken, zijn de overheidsmaatregelen niet aan de verhuurder toe te rekenen. Tenzij de verhuurder de gebruiksmogelijkheden ongeclausuleerd heeft gegarandeerd, zullen huurders van bedrijfsruimte daarom geen recht op schadevergoeding geldend kunnen maken. De kans is groot dat de tijdelijkheid van de overheidsmaatregelen bij een reguliere huurovereenkomst in de weg zal staan aan een beroep op ontbinding ex art. 7:210 BW.⁵⁵ Dit ligt anders in het geval van (zeer) kortlopende huurovereenkomsten; bijvoorbeeld bij verhuur aan een pop-up restaurant of een terrein of zaal voor een evenement dat door de maatregelen geen doorgang kan vinden.⁵⁶

45 *Parl. Gesch. Boek 6 BW* 1982, p. 264-265 en het feit dat bijv. Wimbledon zich specifiek verzekerd heeft tegen schade als gevolg van een wereldwijde pandemie bewijst dat er in B2B-contracten soms rekening wordt gehouden met dit risico: <https://www.theguardian.com/sport/2020/apr/02/wimbledon-chief-says-tennis-may-not-return-until-2021-due-to-coronavirus>.

46 HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Ermes/Haviltex*).

47 Zo begrijpen wij bijvoorbeeld Houthoffs bericht op <https://www.houthoff.com/insights/News-Update/Real-Estate-Maart-2020---News-Update>.

48 J.J. Dammingsh, 'Drafting tips & skills: het gebruik van een modelcontract bij de verhuur en de verkoop van bedrijfsruimte en de publiekrechtelijke bestemming', *ORP* 2020/3; J. van Lochem, 'Geschiktheid van het gehuurde/definitie gebrek in de ROZ modellen', *TvHB* 2016/1; A. de Fouw & W. Lever, 'De verantwoordelijkheid voor de bestemming van het gehuurde', *TvHB* 2016/1.

49 Voor 290-bedrijfsruimte in artikel 4 van versie 2003; in artikel 4.1 van versie 2008; en in artikel 2.3 van versie 2012. Voor 230a-bedrijfsruimte in artikel 4 van versie 2003 en in artikel 2.3 van versie 2015.

50 Voor 290-bedrijfsruimte in art. 6.8.1 van versie 2003; in art. 5.2 van versie 2008; en in art. 4.3 van versie 2012. Voor 230a-bedrijfsruimte in art. 6.7.1 van versie 2003 en in art. 4.3 van versie 2015. In de meest recente versies zijn “meldingen” aan deze opsomming toegevoegd; in eerdere versie ontbreekt “toestemmingen”.

51 Vergelijk de beperkte uitleg van deze bepaling in Hof Amsterdam 10 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ4844, *WR* 2011/109 (*JC Decaux/Villa Betty*).

52 Deze rechten gelden in aanvulling op de rechten op grond van Boek 6 BW, aldus art. 7:205 BW.

53 Als de verhuurder de publiekrechtelijke rechtspersoon is waartoe het bevoegde overheidsorgaan behoort, kan onder omstandigheden wel een beroep gedaan worden op art. 206, zie bijvoorbeeld Rechtbank Den Haag 17 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:415, *WR* 2017/63 (*Neeltje Jans*).

54 Zie J.A. Tuinman, *T&C Huurrecht*, 2018, Art. 7:206 aant. 2 en Hof Den Haag 16 februari 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BA1581 (publiekrechtelijke belemmering maakt herstel onmogelijk).

55 Heikens, in: *GS Huurrecht*, art. 7:210 BW, aant. 6.

56 Vergelijk Hof Amsterdam 10 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ4844, *WR* 2011/109 (*JC Decaux/Villa Betty*).

3.2 *Huurprijvermindering*

De huurder van bedrijfsruimte heeft op grond van art. 7:207 BW recht op een evenredige vermindering van de huurprijs als de coronacrisis in zijn geval een gebrek oplevert en er sprake is van een wezenlijke vermindering van huurgenot. Bij de vaststelling van de mate van vermindering zal daarom de omvang van het overgebleven genot moeten worden vastgesteld. Dit zal met name bij de huurders die zelf niet worden getroffen door dwingende overheidsmaatregelen sterk afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval.

Huurprijvermindering is een *specialis* van het recht op partiële ontbinding (art. 6:265 BW).⁵⁷ De gedachte erachter is dat de huurder zich door ontbinding kan bevrijden van de betalingsverplichting die staat tegenover het genot dat hij niet heeft gehad.⁵⁸ Het gegeven dat huurprijvermindering een vorm van ontbinding is, brengt met zich dat de huurder deze bevoegdheid ook heeft als er sprake is van overmacht aan de zijde van de verhuurder.⁵⁹ In beginsel heeft de huurder dus recht op huurprijvermindering. Het feit dat de coronacrisis net zo min aan de verhuurder valt toe te rekenen⁶⁰ doet daar niet aan af.⁶¹

Art. 7:207 BW is bij de huur van bedrijfsruimte echter van regelen recht en in professionele huurovereenkomsten wordt het recht op huurprijvermindering vrijwel standaard – voor zoveel als mogelijk – uitgesloten.⁶² Ook in de algemene bepalingen van de ROZ-modellen is het recht op huurprijvermindering uitgesloten, behoudens in geval van een aantal specifieke tekortkomingen van de verhuurder.⁶³ Voor zover in dit kader relevant zou op grond van de ROZ-bepalingen de huurder alleen aanspraak kunnen maken op huurprijvermindering, als het ontstaan van het gebrek aan de verhuurder ernstig kan worden toegerekend. Dit zal zich ten aanzien van de coronacrisis alleen onder zeer uitzonderlijke omstandigheden kunnen voordoen. De overheidsmaatregelen zijn bovendien ná het aangaan van de huur genomen en niet een gebrek dat de verhuurder bij het aangaan van de huur kende of behoorde te kennen en de beperkingen die voortvloeien uit art. 7:209 BW spelen geen rol.

De meeste verhuurders van bedrijfsruimte zullen daarom normaal gesproken met succes een beroep kunnen doen op de uitsluiting van het recht op huurprijvermindering. Daarop zijn slechts twee uitzonderingen denkbaar: een beroep op de uitsluiting is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar (zie par. 3.3) of de huurover-

57 *Kamerstukken II* 1997/98, 26089, nr. 3, p. 7.

58 HR 6 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2389 (*Van Bommel/Ruijgrok*).

59 Huydecoper, in: *GS Huurrecht*, art. 7:207 BW, aant. 4.

60 Keirse & Beukers, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 75, aant. 8.8.

61 Schelhaas & Spanjaard, 'Contract en coronacrisis', *NJB* 2020/881, p. 963, bepleiten in dit verband dat de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid een correctie op de mate van huurprijsherziening met zich brengt.

62 *Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II* 2017/50.

63 Voor 290-bedrijfsruimte in art. 11.6 van versie 2003; in art. 11.3 van versie 2008; en in art. 11.3 van versie 2012. Voor 230a-bedrijfsruimte in art. 11.6 van versie 2003 en in art. 10.3 van versie 2015.

eenkomst moet op dit onderdeel worden aangepast wegens onvoorziene omstandigheden (zie par. 4).

3.3 *Een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid*

Het uitgangspunt is dat contracten moeten worden nagekomen. Dit uitgangspunt is een hoeksteen van het burgerlijk recht en geldt in sterkere mate als het gaat om een contract tussen commerciële partijen, zoals bij de verhuur van bedrijfsruimte veelal het geval is. Aan een succesvol beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (ex art. 6:248 lid 2 BW) of – indien de omvang van de huurder dat toelaat⁶⁴ – op de onredelijk bezwarendheid (ex art. 6:233 onder a BW) worden daarom hoge eisen gesteld.⁶⁵ Daarvoor is vereist dat onverkorte toepassing van een regel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is. Voor de vraag wat redelijkheid en billijkheid met zich brengen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuiging en de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het geval betrokken zijn (art. 3:13 BW). Het gegeven dat huur een duurovereenkomst is, is tevens van belang.⁶⁶ De uitkomst van de beoordeling verschilt van contract tot contract. Daarbij zijn alle omstandigheden van het geval van belang.⁶⁷ De vraag of een beroep van verhuurders op de contractuele uitsluiting van het recht op huurprijvermindering voor het verminderd huurgenot als gevolg van de coronacrisis naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, valt daarom in zijn algemeenheid lastig te beantwoorden. Gelet op de vuistregels van de Hoge Raad bij toetsing van exoneratiebedingen zal dat echter zelden het geval zijn.⁶⁸ Immers, ten aanzien van het ontstaan van de coronapandemie kan de verhuurder geen verwijt worden gemaakt. Daarnaast gaat het om een in de branche gebruikelijk contractueel beding, opgenomen in een contract tussen twee commerciële partijen.⁶⁹ Dit maakt dat de toets van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een hoge drempel voor de huurder vormt om onder een exoneratie uit te komen.

64 Zie art. 6:235 BW.

65 HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2683, *WR* 2003/34 m.nt. J.K. Six-Hummel (*Westerheide/Van Wageningen*). Zie ook over de gelijkstelling tussen de criteria "onredelijk bezwarend" en "naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar", Conclusie A-G (Langemeijer) vóór HR 14 juni 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AE0659 (*Bramer/Colpro*).

66 M.M. van Rossem, 'Onvoorziene omstandigheden en redelijkheid en billijkheid', *THvB* 2019/5, p. 352 e.v.

67 In het algemeen wijst de Hoge Raad op omstandigheden als de zwaarte van de schuld aan de zijde van de wederpartij, de aard en de ernst van de voorzienbare schade, de wijze waarop het beding is tot stand gekomen, de strekking van het beding, het gedrag van de partij met betrekking tot de gebreken of de daardoor veroorzaakte schade, zie o.m. HR 19 mei 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4745 (*Saladin/HBU*) en HR 20 februari 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5695 (*Pseudo-vogelpest*).

68 HR 15 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1664 (*GTI/Zürich*) *NJ* 2005/141, r.o. 3.5; W.L. Valk, Tien jaar redelijkheid en billijkheid, *WPNR* 2002/6472 en HR 12 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2524, *NJ* 1998/208 (*Gemeente Stein/Driessen*) en HR 31 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1202, *NJ* 1995/389 (*Matatag/De Schelde*).

69 Vgl. H.N. Schelhaas, 'Redelijkheid en billijkheid aan de Amstel', *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraak* 2018, p. 20 e.v.

3.4 Conclusie

In de regel zal de huurder weinig opschieten met de kwalificatie van de coronacrisis als gebrek. Herstel en schadevergoeding zijn niet aan de orde. De huurder heeft in beginsel wél recht op huurprijzvermindering, maar dit wordt op grond van vrijwel alle huurovereenkomsten uitgesloten. Dit neemt niet weg dat de kwalificatie als gebrek relevant is, omdat dit van invloed kan zijn bij de beoordeling of een huurder wijziging van de overeenkomst kan vorderen wegens onvoorziene omstandigheden.

4. Onvoorziene omstandigheden

4.1 Algemeen

Contracteren is een spel waarvan de inzet niet alleen wordt bepaald door het behalen van voordeel, maar ook door – en niet minder belangrijk – het scheppen van zekerheid.⁷⁰ Het uitgangspunt dat contracten moeten worden nageleefd⁷¹ kent wel grenzen. Contractspartijen dienen rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen en kunnen, ongeacht wat is overeengekomen, van elkaar niet het onmogelijke verlangen. Art. 6:258 BW maakt het mogelijk dat de rechter op vordering van de huurder de huurovereenkomst wijzigt wegens onvoorziene omstandigheden op grond waarvan onverkorte nakoming onmogelijk of uiterst bezwaarlijk is geworden. Voor een succesvol beroep op art. 6:258 BW is vereist dat bij het aangaan van de overeenkomst de toekomstige omstandigheden niet in de overeenkomst zijn verdisconteerd⁷² en dat de omstandigheden “van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten” (eerste lid). Bovendien moeten deze omstandigheden naar de aard van de overeenkomst of de verkeersopvatting niet voor rekening van de huurder komen (tweede lid). De coronacrisis zou bij uitstek zo'n onvoorziene omstandigheid kunnen zijn. Het feit dat de coronacrisis als een gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW kwalificeert en er exoneraties in de huurovereenkomst zijn opgenomen die aan huurprijzvermindering (of ontbinding) in de weg staan, verhinderen dat niet. Art. 6:258 BW is namelijk van dwingend recht (ingevolge art. 6:250 BW).

4.2 Is de coronacrisis aan te merken als een onvoorziene omstandigheid in de zin van art. 6:258 BW?

Hoewel bij het aangaan van sommige huurcontracten misschien rekening is gehouden met de mogelijkheid van een ramp en in sommige contracten misschien zelfs een specifiek beding voor een griepepidemie is opgenomen, is het moeilijk voorstelbaar dat er partijen zijn geweest die bij het aangaan van hun huurovereenkomst de huidige wereldwijde ramp voor ogen hebben gehad. Overheidsmaatregelen die op nationaal en internationaal niveau het gebruik van

vrijwel alle middenstandsbedrijfsruimten voor een langere periode juridisch of feitelijk onmogelijk maken, dan wel ernstig belemmeren, zijn in de moderne geschiedenis niet eerder voorgekomen. Gelet hierop is goed denkbaar dat de coronacrisis een omstandigheid zal zijn die partijen bij het aangaan van de huur niet hebben verdisconteerd in hun huurovereenkomst, terwijl het bij het sluiten van de huur tevens om een toekomstige gebeurtenis ging.⁷³

4.3 Wijziging van de huurovereenkomst

Aan toepassing van art. 6:258 BW worden echter hoge eisen gesteld, zodat hieraan slechts bij uitzondering zal worden voldaan.⁷⁴ Op dit vlak geldt, net als bij de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, een hoge drempel.⁷⁵

In het algemeen pleit in het voordeel van de huurder dat het gaat om een risico dat op grond van de wet (art. 7:204 lid 2 BW) voor wat betreft de huurverplichting in beginsel voor rekening van de verhuurder komt. Verder kan betoogd worden dat partijen zich in de regel bij het aangaan van de huur niet bewust zullen zijn geweest van de volledige strekking van de uitsluiting van het recht op huurprijzvermindering en vooral hoe deze uitpakt in de coronacrisis. Feitelijk zal door beide partijen onvoorzien zijn dat de huurder niet alleen zijn eigen schade moet dragen, maar daarnaast onverkort huurpenningen moet blijven betalen terwijl sprake is van een onvoorziene omstandigheid waardoor het gebruik tijdelijk wordt verhinderd. Als de overheidsmaatregelen een overeenkomst als het ware in het hart treffen kan onverkorte nakoming op den duur disproportioneel zijn. De verhuurder zal als verweer voeren dat de desbetreffende exoneraties aan te merken zijn als in de branche gebruikelijk bedingen.⁷⁶ Indien er niet is gekozen voor een (gedeeltelijk) omzet-gerelateerde huurprijs, ligt daarin een risicoverdeling besloten die door twee commerciële partijen is aanvaard. Hierdoor heeft de verhuurder ook geen recht op huurprijzverhoging ten tijde van exceptionele economische voorspoed; het risico dat er enige tijd geen of minder omzet wordt gerealiseerd kan daarom niet (snel) op de verhuurder worden afgewenteld.

Per concreet geval zal moeten worden bekeken of door de onvoorziene omstandigheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst te bezwaarlijk is geworden. Dat zal telkens afhangen van alle omstandigheden van het geval. Daarbij zal gekeken worden naar de gezichtspunten die ook bij toetsing van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid een rol spelen: de aard en ernst van betrok-

⁷⁰ J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie & Compromis*, Kluwer 1997, p. 36.

⁷¹ Het beginsel van *pacta sunt servanda* werd in het oud BW krachtig verwoord: “Alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dengenen die dezelve hebben aangegaan tot wet” (art. 1374 lid 1 oud BW).

⁷² *Asser/Sieburgh 6-III 2018/441 en 442.*

⁷³ Dit is anders bij huurovereenkomsten die gesloten zijn terwijl er zicht was op de gevolgen van de coronapandemie. Schelhaas en Spanjaard (*NJB 2020/881*) bepleiten om de eerste besmetting in Nederland op 28 februari 2020 als grens te stellen, zie p. 965.

⁷⁴ *Parl. Gesch. BW Boek 6 1982*, p. 974. Zie ook: *Asser/Sieburgh 6-III 2018/444*; 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587 (*Weena-Zuid*); HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2615 (*Gemeente Bronckhorst*).

⁷⁵ *Asser/Sieburgh 6-III 2018/456 en 457.*

⁷⁶ HR 15 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1664, *NJ 2005/141 (GTI/Zürich)*, r.o. 3.5 en HR 31 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1210 (*Matatag/De Schelde*).

ken belangen (hoe groot is het omzetverlies van de huurder op jaarbasis; in hoeverre is de verhuurder afhankelijk van de huur voor bijvoorbeeld financieringslasten, etc.); de mate van schuld; de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen (grote retailer of kleine eenmanszaak als huurder versus een institutionele belegger of particuliere belegger als verhuurder); en de verkeersopvattingen.⁷⁷ Het publieke belang speelt daarnaast een rol. Bij de coronacrisis zal ook gekeken moeten worden of de huurder getroffen wordt door een overheidsmaatregel van de eerste categorie (verplichte sluitingen) of van de tweede (nadeel door de grootschalige naleving van de dringende adviezen). Eenduidige richtsnoeren zijn dus lastig. Wel is de verwachting dat onder omstandigheden op grond van onvoorziene omstandigheden (ex art. 6:258 BW) de coronacrisis bij verhuur niet (volledig) voor rekening en risico zou moeten komen van de huurder. In deze lijn heeft Tjittes betoogd dat de grote financiële gevolgen van de coronacrisis geen normaal bedrijfsrisico vormen dat de benadeelde partij naar verkeersopvatting moet dragen.⁷⁸ Schelhaas en Spanjaard bepleiten dat de oorsprong van de maatregelen – bescherming van de publieke gezondheid – en de omvang van de gevolgen nopen tot terughoudendheid om de gevolgen als ondernemersrisico aan te merken.⁷⁹ Ook heeft de vereniging van institutionele verhuurders IVBN in haar verklaring van 20 maart 2020 gesteld dat de grote financiële gevolgen van de coronacrisis onder omstandigheden tussen verhuurder en huurder moeten worden gedeeld.⁸⁰ De vraag blijft wel of een 50/50-verdeling in het specifieke geval daadwerkelijk een evenredige oplossing biedt.⁸¹

Bij de beoordeling van een vordering tot wijziging van een overeenkomst, komt de rechter grote vrijheid toe en kan hij terugwerkende kracht aan de wijziging verlenen.⁸² Deze vrijheid is echter niet onbeperkt. De rechter zal rekening moeten houden met hetgeen op grond van de overeenkomst zonder onvoorziene omstandigheden tot het normale ondernemersrisico van een partij hoort.⁸³ Voor zich spreekt dat een huurder die al voor de coronacrisis in zwaar weer verkeerde, zijn toch al bestaande problemen niet met een beroep op de overheidsmaatregelen op de verhuurder mag afwentelen. Tenslotte wijzen wij erop dat wijziging niet uitsluitend vermindering of nihilstelling van de huurprijs be-

hoeft te behelzen. De rechter kan ook de betalingstermijnen wijzigen⁸⁴ en/of de contractuele verschuldigdheid van rentes of boetes beperken of uitsluiten.

4.4 Geen wijziging bij huurspecifieke overheidsmaatregelen

Bij het schrijven van dit artikel zijn in de media berichten verschenen dat de regering de mogelijkheid overweegt om bij noodwetgeving huuruitstel of huurverlagingen op te leggen.⁸⁵ Die wetgeving zal in de huurovereenkomsten doorwerken en heeft tot gevolg dat de huurovereenkomst vanaf het moment van inwerkingtreding voorziet in deze omstandigheid.⁸⁶ Er zal dan niet snel meer plaats zijn voor een wijziging wegens onvoorziene omstandigheden.⁸⁷

4.5 Onderhandelingsplicht

Tenslotte is het belangrijk dat verhuurder en huurder erop bedacht zijn dat de eisen van redelijkheid en billijkheid een (her)onderhandelingsplicht met zich kunnen brengen. Die verplichting vloeit voort uit de regel dat partijen bij de uitvoering van de overeenkomst hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.⁸⁸ Zij is gebaseerd op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁸⁹ Een onderhandelingsplicht kan daarom ook bestaan indien niet aan alle voorwaarden van art. 6:258 BW is voldaan. In de regel zal een onderhandelingsplicht pas bestaan als de coronacrisis bijzonder zwaar op een partij drukt. Aan de onderhandelingstafel zal ook die partij rekening moeten houden met de belangen van zijn wederpartij.⁹⁰ De rechter kan daarmee rekening houden in de wijze waarop de overeenkomst wordt gewijzigd.⁹¹ Zo kan een huurder die een redelijk aanbod van de verhuurder weigert, vervolgens geen wijziging van de huurovereenkomst vorderen. In het uiterste geval is de weigerachtige partij schadeplichtig.⁹² Een verhuurder of huurder neemt daarom een concreet risico als hij tijdens de coronacrisis weigert redelijke onderhandelingen te voeren.

77 HR 19 mei 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4745, NJ 1967/261, m.nt. G.J. Scholten (*Saladin/HBU*). Zie ook HR 20 februari 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5695, NJ 1976/486, m.nt. G.J. Scholten (*Pseudo-vogelpest*).

78 R.P.J.L. Tjittes, 'Commerciële contracten en corona: uitgangspunt 50/50 verdeling nadeel', 17 maart 2020, <https://www.linkedin.com/pulse/commerciële-contracten-en-corona-uitgangspunt-5050-nadeel-tjittes/>. Zie ook J.H. Nieuwenhuis, 'Vernietigen, ontbinden of aanpassen', *WPNR* 1995/6165, p. 40 e.v. en M.E.M.G. Peletier, *Rechterlijke vrijheid en partijautonomie* (diss. Amsterdam 1999), p. 149 die ook bepleiten dat het nadeel dat veroorzaakt wordt door onvoorziene omstandigheden in beginsel gelijkelijk over partijen dient te worden verdeeld.

79 Schelhaas & Spanjaard, 'Contract en coronacrisis', *NJB* 2020/881, p. 966.

80 IVBN, 'Maatwerk door corona-crisis in de retail', 20 maart 2020, <https://www.ivbn.nl/actueel-art.-detail/maatwerk-door-corona-crisis-in-de-retail>.

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

82 Art. 6:258 lid 1 tweede volzin BW.

83 Bakker, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:258 BW, aant. 14.2.1.

84 Ten aanzien van het verleden kan de rechter met terugwerkende kracht de opschorting van de betaling rechtvaardigen.

85 'Den Haag zet druk op pandeigenaren om huurverlaging winkeliers te slikken', *Het Financieele Dagblad*, 3 april 2020.

86 Vergelijk Hof Den Bosch 25 juni 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:2283, waarin bij de toepassing van het "verdisconteringscriterium" de nadruk wordt gelegd op de vraag of de contactuele verhouding in een bepaalde omstandigheid voorziet. Zie ook voor de gelijkstelling: *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1982, p. 973.

87 Zie in dit verband de discussie tussen de parlementaire commissie en de minister waarin nadrukkelijk is besproken dat art. 6:258 BW alleen kan worden toegepast als de wetgever ervoor kiest géén algemene regeling in het leven te roepen, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1982, p. 971-976. Vergelijk Toelichting Meijers, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1982, p. 968 e.v., waarin wordt benadrukt dat de rechter verplicht is rekening te houden bij de wettelijke risicoverdeling.

88 HR 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7024 (*Vodafone/ETC*).

89 R.P.J.L. Tjittes, 'Spoediger wijziging van commerciële duurcontracten', *Contracteren* 2012-3, p. 95-98.

90 Schelhaas & Spanjaard, 'Contract en coronacrisis', *NJB* 2020/881, p. 964.

91 *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/445.

92 In de algemene bepalingen van de ROZ ná 2003 is de aansprakelijkheidsbeperking van de verhuurder alleen opgenomen voor schade als gevolg van een gebrek, dus niet als gevolg van een andere tekortkoming. Zie bij 290-bedrijfsruimte art. 11.3 van versies 2008 en 2012 en bij 230a-bedrijfsruimte art. 10.3 van versie 2015.

5. Opschorting

5.1 Opschorting van de betalingsverplichting

Veel huurders hebben zich recentelijk richting hun verhuurders beroepen op overmacht als rechtvaardiging voor opschorting van de huurbetaling. Huurders beroepen zich onder meer op betalingsonmacht als gevolg van overmacht. In dat geval is er strikt genomen geen sprake van opschorting in de zin van afdeling 6.1.7 BW, maar doen huurders een beroep op de regel dat de verhuurder bij overmacht geen nakoming kan verlangen. In de wetsgeschiedenis en de literatuur is algemeen aanvaard dat betalingsonmacht geen beroep op overmacht rechtvaardigt.⁹³ Een dergelijke omstandigheid moet op grond van de verkeersopvatting worden toegerekend aan de schuldenaar. De oorzaak van de betalingsonmacht wordt daarbij niet van belang gevonden. Enkele huurders hebben zich niet op betalingsonmacht beroepen, maar op overmacht ten aanzien van de exploitatie van het gehuurde. Dit rechtvaardigt opschorting van de betaling niet. Hoe dan ook is de bevoegdheid tot opschorting van de betalingsverplichtingen in de meeste huurovereenkomst uitgesloten. Een dergelijke uitsluiting is toegestaan.⁹⁴ Ook de algemene bepalingen van de ROZ kent een dergelijk opschortingsverbod.⁹⁵ Huurders zijn daarom in de regel niet bevoegd tot opschorting van de huurbetaling. In de praktijk is een (groot) deel van de verhuurders bereid gehoor te geven aan de oproep van de diverse belangenorganisaties om de betalingstermijnen tijdelijk te versoepelen; vertegenwoordigers van verhuurders en van retailorganisaties hebben daar ook toe opgeroepen.⁹⁶ Dergelijke regelingen zijn het gevolg van onderhandelingen. Huurders zijn niet eenzijdig bevoegd om een opschorting of betalingsregeling aan de verhuurder op te leggen. Huurders die dat wel doen, lopen het risico aansprakelijk te raken. Dit geldt in versterkte mate voor grotere huurders waarvan verwacht mag worden dat zij over voldoende liquide middelen beschikken.

5.2 Tijdelijke staking van de exploitatie

Veel huurovereenkomsten, waaronder de algemene bepalingen van de ROZ, leggen aan de huurder de verplichting op om het gehuurde gedurende de gehele duur van de overeenkomst daadwerkelijk te gebruiken,⁹⁷ bij 290-bedrijfsruimte

specifiek op de overeengekomen of gebruikelijke openingstijden.⁹⁸ Veel huurders hebben kenbaar gemaakt de nakoming van deze exploitatieplicht "op te schorten". Aangezien de exploitatieplicht een voortdurende verplichting is, kan zij naar haar aard niet worden opgeschort. Het uitstel kan later niet meer worden ingehaald, zodat er onherroepelijk sprake is van afstel.⁹⁹

Om zich voor de duur van de sluiting van de verbintenis tot exploitatie te bevrijden, zal de huurder de huurovereenkomst gedeeltelijk moeten ontbinden op voet van art. 6:265 BW. De aanwezigheid van een gebrek is naar onze mening een tekortkoming van voldoende gewicht om een dergelijke beperkte ontbinding te rechtvaardigen.¹⁰⁰ Het gaat daarbij om een tekortkoming van de verhuurder in de nakoming van een voortdurende verbintenis, waardoor verzuim niet is vereist.¹⁰¹ Wel is een schriftelijke verklaring van de huurder nodig en heeft partiële ontbinding geen terugwerkende kracht.¹⁰² In de algemene bepalingen van de ROZ is de wettelijke bevoegdheid tot gedeeltelijke ontbinding ten aanzien van de exploitatieplicht niet beperkt of uitgesloten.¹⁰³ Huurders die door de coronacrisis juridisch of bedrijfseconomisch genoodzaakt zijn om het gehuurde tijdelijk te sluiten, staan daarom sterk.¹⁰⁴

In het geval van de eerste categorie van overheidsmaatregelen lijkt het ons overigens niet nodig om partieel te ontbinden. In de zin de ROZ-bepalingen wordt de exploitatieverplichting omschreven als de plicht om "hierbij de van overheidswege nog te stellen eisen (waaronder eisen ten aanzien van het gebruik van het gehuurde) in acht ne-

93 Toelichting Meijers, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 265; Asser/Sieburgh 6-I 2016/355; Cauffman & Croes, in *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:75 BW, aant. 8.4; Memelink 2009, p. 67-68. In het kader van de huidige pandemie spreekt C.E. Drion spreekt over "vrijwel nooit succesvol" in: 'Corona en het recht', *NJB* 2020/761.

94 HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0345 (ANVR c.s./IATA-NL).

95 Voor 290-bedrijfsruimte in art. 18.1 van versie 2003; in art. 26.1 van versie 2008; en in art. 25.1 van versie 2012. Voor 230a-bedrijfsruimte in art. 18.1 van versie 2003 en in art. 23.1 van versie 2015.

96 Zie Vereniging van Institutionele Beleggers in Nederland (IVBN), INretail, Vastgoed Belang, Detailhandel Nederland, ministerie van Economische Zaken en Klimaat, NVB & VastGoedOverleg, 'Steunakkoord voor en door de Nederlandse retailsector', https://www.inretail.nl/Uploaded_files/Zelf/200410-steunakkoord-retailsector-10-april-2020.cb6bdf.pdf en eerder: 'Oproep aan alle huurders en verhuurders van winkelruimte in Nederland', <https://www.ivbn.nl/actueel-artikel-detail/oproep-aan-alle-huurders-en-verhuurders-van-winkelruimte-in-nederland>.

97 Voor 290-bedrijfsruimte in art. 6.1 van versie 2003; in art. 6.1 van versie 2008; en in art. 5.1 van versie 2012. Voor 230a-bedrijfsruimte in art. 18.1 van versie 2003 en in art. 23.1 van versie 2015.

98 Art. 6.4 van versie 2003; in art. 9.7 van versie 2008; en in art. 9.7 van versie 2012.

99 Hof Arnhem-Leeuwarden 7 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7133, *WR* 2019/9, m.nt. J.A. Tuinman.

100 Zie art. 6:270 BW in samenhang met HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810, *WR* 2018/143 (*Eigen Haard/K; 'tenzij'-arrest*). Zie ook: J.P. Heering, 'Herijking van het ontbindingsrecht (art. 6:265 BW): het *Tenzij*-arrest', *WR* 2019/92.

101 A.M. Kloosterman, 'Gebreken en ingebrekestelling' *WR* 2007/53.

102 Artt. 6:267 en 6:269 BW.

103 Uitzondering hierop kan mogelijk bestaan bij toepasselijkheid van de algemene bepalingen versie 2003 voor 290-bedrijfsruimte en 230a-bedrijfsruimte. Daar is in art. 11.6 het recht op 'ontbinding van de huurovereenkomst' in het geval van vermindering van het huurgenot ten gevolge van gebreken uitgesloten. Deze uitsluiting treft echter niet een gedeeltelijke ontbinding en lijkt naar de bewoording uitsluitend bedoeld om te voorkomen dat de huurder zich van de gehele huurovereenkomst ontdoet. Zie: H.K. Strikwerda, 'Sluit een verbod op ontbinding de mogelijkheid van gedeeltelijke ontbinding uit?', *V&O* 2008/7-8, p. 142. Anders: M.J.E. van den Bergh, 'Uitsluiten van ontbinding en vernietiging in overnamecontracten', *Contracteren* 2018/1, p. 16.

104 De huurder die wordt getroffen door maatregelen in de eerste categorie kan zich aanvullend op absolute onmogelijkheid tot nakoming beroepen. Bij onmogelijkheid kan de verhuurder geen nakoming verlangen, zie: Asser/Sieburgh 6-I 2016/355; Asser/Sieburgh 6-II 2017/344; HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2401 (*Budde/Tao Moa Cruising Limited*). Een huurder in de tweede categorie kan zich op relatieve onmogelijkheid beroepen indien de nakoming alleen kan geschieden door offers die, alle omstandigheden in aanmerking genomen, in redelijkheid van de huurder kunnen worden verlangd, zie HR 21 mei 1977, ECLI:NL:HR:1976:AC5738 (*Offerhuis/Unigro*) en N. van Deinsen, 'De afdwingbaarheid van een contractuele exploitatieverplichting - Remedies bij het schenden van contractuele exploitatieverplichtingen', *TvHB* 2019/3, 189-198.

men.¹⁰⁵ Die omschrijving zal met name betrekking hebben op geregleerde openingstijden en zal naar de nieuwe omstandigheden uitgelegd moeten worden. Naar de letter genomen voldoet de huurder met tijdelijke staking van de exploitatie echter aan de verplichting om bij het gebruik de geldende overheidsvoorschriften in acht te nemen.

6. Conclusie

Na deze tour de horizon langs de juridische implicaties van de coronacrisis op de huur van bedrijfsruimte komen wij vooral tot de volgende zes conclusies:

- (1) De coronacrisis levert bij de huurder van bedrijfsruimte die negatieve gevolgen van de overheidsmaatregelen ondervindt een gebrek op in de zin van art. 7:204 lid 2 BW.
- (2) Als de coronacrisis een gebrek oplevert, dan kan de huurder (eventueel ná partiële ontbinding) tijdelijk de exploitatie staken.
- (3) De kwalificatie als gebrek staat laat onverlet dat in de meeste huurovereenkomsten het recht op huurprijsvermindering en op opschorting van de huurbetaling rechtsgeldig zijn uitgesloten. Het zonder absolute noodzaak opschorten van de betalingsverplichting kan – ook tijdens de coronacrisis – een ernstige tekortkoming opleveren, met alle gevolgen van dien voor de huurder. Grotere huurders dienen wat dit betreft extra terughoudend te zijn.
- (4) De contractuele uitsluiting van het recht op huurprijsvermindering en op opschorting van de huurbetaling zal zelden buiten werking kunnen worden gesteld; noch met een beroep op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, noch met een beroep op onvoorziene omstandigheden.
- (5) Dezelfde hoge drempels gelden bij een beroep op onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW) om de huurovereenkomst te wijzigen om het nadeel van de coronacrisis op te heffen. Maar, indien het bijvoorbeeld gaat om een relatief kleinere huurder, die door de overheidsmaatregelen nagenoeg geen genot meer van het gehuurde heeft gehad, moet een geslaagd beroep op onvoorziene omstandigheden voor mogelijk worden gehouden.
- (6) Verhuurder en huurder moeten – vooral tijdens de coronacrisis – rekening houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Dit kan verplichten tot onderhandelingen waarbij partijen in afwijking van de aanvankelijke overeenkomst concessies moeten doen.

Daarbij moet men in het achterhoofd houden dat een oplossing langs de juridische weg op korte termijn lastig te bereiken zal zijn. De rechtspraak is sinds 17 maart 2020 alleen geopend voor “urgente” zaken.¹⁰⁶ Een vordering om achterstallige huurpenningen te incasseren zal onvoldoende ur-

gent zijn om voor behandeling in kort geding in aanmerking te komen. Bij zaken die wel voldoende urgent zijn om in kort geding behandeld te worden zullen voorzieningenrechtters (onder andere vanwege de angst voor precedentwerking) terughoudend zijn om van contractuele afspraken af te wijken. Partijen zullen het voor nu dus vooral moeten hebben van een minnelijk akkoord en er dus verstandig aan doen het gesprek met elkaar aan te gaan. Hoe succesvol of kansrijk onderhandelingen daarover in het concrete geval zijn, zal (mede) afhangen van de onderlinge machtsverhouding, maar vooral ook van de opstelling van partijen.¹⁰⁷ Tenslotte raden wij een ieder aan behoedzaam om te springen met de vele (goedbedoelde) corona-adviezen die op het internet circuleren. Of beter gezegd: “*Some media is the whack... don't believe the hype*”.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Weglatingen omwille van de leesbaarheid niet weergegeven.

¹⁰⁶ <https://www.rechtspraak.nl/Paginas/COVID-19-Algemene-regeling-zaaksbehandeling-Rechtspraak.aspx>.

¹⁰⁷ P.S. Bakker en J.W. de Groot, ‘Onvoorziene omstandigheden: de stand van zaken’, *WPNR* 09/2797, p. 371 die erop wijzen dat constructief gedrag in deze situatie de positie versterkt en onverschilligheid de positie verzwakt, met verwijzing naar andere literatuur.

¹⁰⁸ Public Enemy, *It Takes a Nation of Millions to Hold us Back*, track no 3: *Don't Believe the Hype*, 1988.