

De overmacht van Corona

WR 2020/49

75 jaar gelden, aan het einde van de Tweede Wereldoorlog, deed zich in en rond de stad Arnhem een dramatische gebeurtenis voor. Nadat de Engelsen in september 1944 de Slag om Arnhem hadden verloren, werd de bevolking door de Duitse bezetter gedwongen de zwaar beschadigde stad te verlaten. Niemand mocht achterblijven en alle instellingen en bedrijven werden gesloten. Het openbare leven en de plaatselijke economie kwamen volledig stil te liggen. De situatie duurde van september 1944 tot juni 1945.

Een van de bedrijven die door de evacuatie werden getroffen was de N.V. Algemeene Kunstzijde Unie (AKU), het latere AKZO. Kort voor het begin van de gevechten had AKU steigermateriaal gehuurd van de firma Stalen Steiger N.V. te Haarlem. De verhuurder had het materiaal afgeleverd op de terreinen van AKU in Arnhem, maar voordat AKU het materiaal in gebruik had kunnen nemen werd de stad geëvacueerd. Het steigermateriaal bleef ongebruikt liggen tot juni 1945. Het kon niet tussentijds worden opgehaald door Stalen Steiger, aangezien de Duitse weermacht niemand in Arnhem toeliet. Alle zich daar bevindende goederen werden beschouwd als oorlogsbuit.

Na de oorlog maakte Stalen Steiger aanspraak op betaling van de huur over de periode oktober 1944 tot juni 1945. Het ging om een bedrag van f2.328,02. AKU weigerde te betalen en Stalen Steiger stapte naar de rechter. Er werd doorgeprocedeerd tot de Hoge Raad.

Het verweer van AKU tegen de vorderingen van Stalen Steiger was gebaseerd op twee gronden. In de eerste plaats betoogde zij dat de huurovereenkomst van rechtswege was vervallen omdat in september 1944 alle genot van het gehuurde niet slechts voor de huurder, maar voor ieder ander door de bezettende macht onmogelijk was gemaakt, zodat sprake was van 'door enig toeval vergaan zijn van het gehuurde' in de zin van artikel 1589 BW (oud). Het tweede, subsidiaire, verweer was gebaseerd op de stelling dat de omstandigheden ten gevolge hadden gehad dat AKU als huurder van haar verplichtingen tot huurbetaling was ontheven, aangezien – zo stelde haar advocaat Wijckerheld Bisdorf – bij wederkerige overeenkomsten, althans bij huur, de partij, die door haar niet persoonlijk betreffende oorzaken in de onmogelijkheid is komen te verkeren om haar rechten uit te oefenen, van haar verplichtingen is ontslagen.

In zijn arrest van 17 juni 1949 ging de Hoge Raad uitgebreid op deze verweren in. Hij overwoog dat voor de beantwoording van de vraag of het gemis van het genot van het gehuurde ten gevolge van een oorzaak die buiten het toedoen van de huurder en de verhuurder is gelegen meebrengt dat de huurder van zijn betalingsverplichting wordt bevrijd, on-

derscheid moet worden gemaakt tussen de situatie (i) waarbij het verlies van het huurgenot zijn oorsprong vindt aan de zijde van de verhuurder, dan wel (ii) of de oorzaak van de genotsderving is gelegen aan de zijde van de huurder. In het eerste geval, als de oorzaak bij de *verhuurder* is gelegen geldt de regel dat indien bij een wederkerige overeenkomst de ene partij door overmacht is verhinderd te presteren, ook de wederpartij (in dat geval de huurder) van zijn verplichting is ontslagen. Deze regel lag volgens de Hoge Raad ook ten grondslag aan artikel 1589 BW betreffende de gevolgen van het door enig toeval geheel of gedeeltelijk teniet gaan van het verhuurde.¹

De Hoge Raad vervolgde zijn uiteenzetting met de overweging dat indien zich het tweede geval voordoet, waarin de *huurder* door enig toeval verhinderd is in de uitoefening van het huurgenot, de huurder alleen dan van zijn verplichting tot huurbetaling wordt bevrijd wanneer de toevallige verhindering niet is toe te schrijven aan hem persoonlijk betreffende omstandigheden.

In deze zaak, zo oordeelde de Hoge Raad, was de *eerste* situatie niet aan de orde omdat niet kon worden aangenomen dat de evacuatie de verhuurder had verhinderd haar verplichting na te komen om de huurder het rustig genot van het verhuurde te doen hebben. Stalen Steiger had het steigermateriaal immers keurig afgeleverd bij AKU, terwijl het onmogelijk maken van het huurgenot door de maatregelen van de bezetter ook generlei verband hielden met de verhuurde zaak zelf, bijvoorbeeld "haar plaatselijke bepaaldheid of haar verloren gaan voor de verhuurder".

Hier deed zich volgens de Hoge Raad het *tweede* geval voor, waarin de oorzaak van de genotsderving was gelegen aan de zijde van de huurder. Het was immers AKU zelf die door de evacuatie van Arnhem tijdelijk in de onmogelijkheid was gebracht gebruik te maken van het huurgenot dat haar ter beschikking stond. Omdat de terreinen waarop AKU het steigermateriaal wilde gebruiken in Arnhem waren gelegen en de verhuurder niet afkomstig was uit Arnhem, moesten de gevolgen van de evacuatie worden aangemerkt als omstandigheden die AKU persoonlijk betroffen, zodat Stalen Steiger ondanks het gestelde gemis van het huurgenot haar recht op huurbetaling jegens AKU had behouden. AKU moest de huur dus alsnog voldoen.

In zijn noot onder het arrest in *NJ* 1949/544 merkte niemand minder dan annotator Houwing op dat de Hoge Raad in dit arrest voor het eerst de regel formuleerde dat indien bij een wederkerige overeenkomst de ene partij door overmacht is verhinderd te presteren, ook de wederpartij van zijn verplichting is ontslagen.

¹ In het nieuwe huurrecht is die regel in aangepaste vorm terug te vinden in art. 7:210 BW.

De in het arrest *AKU/Stalen Steiger* geformuleerde regel kwam nadien terug in uitspraken van verschillende hoven. Bijvoorbeeld in Gerechtshof 's-Gravenhage 14 februari 1952, *NJ* 1953/182. Hier ging het om een militair oefenterrein dat de Staat voor het uitbreken van de oorlog had gehuurd van de gemeente Roermond. Het terrein was tijdens de bezetting in 1941 door de Duitse weermacht in gebruik genomen. De Staat had zich daar begrijpelijkerwijs bij moeten neerleggen. Na de bevrijding vorderde de gemeente betaling van de huurpenningen door de Staat, stellende dat de door de Staat gedurende de bezetting ondervonden genotsderving te wijten was geweest aan een de Staat persoonlijk betreffende omstandigheid, ingevolge waarvan zij niet van haar betalingsverplichting zou zijn ontheven. Het hof ging daar niet in mee, overwegende dat de door de oorlog en de vijandelijke bezetting van ons land voor de Staat ontstane verhindering om die terreinen als militaire oefenterreinen te blijven gebruiken, niet kon worden beschouwd als een verhindering die was toe te schrijven aan de Staat persoonlijk betreffende omstandigheden, doch een beletsel opleverde “hetwelk was gebaseerd op het door partijen overeengekomen gebruik van de terreinen en door hetwelk ook de verplichting van de Staat tot het betalen van de huurpenningen werd opgeschort”.

Ongeveer in dezelfde zin luidde het oordeel van het Gerechtshof Amsterdam van 31 december 1958, *NJ* 1959/591, waarbij de huurder van een door een zware storm op de Vinkeveense Plassen gezonken zuigerschip van zijn verplichting tot betaling van de huur was vrijgesteld omdat de verhindering van de huurder in het rustig genot van de zandzuiger niet was toe te schrijven aan de huurder persoonlijk betreffende omstandigheden. Dat het zinken van het schip de verhuurder evenmin kon worden aangerekend maakte dat naar het oordeel van het hof niet anders.

In zijn bewerking van titel 7.4 bij het ontwerp voor het NBW heeft Houwing in 1972 bij de formulering van het begrip gebrek aansluiting gezocht bij de zojuist aangehaalde regel, zoals die in de rechtspraak tot ontwikkeling was gekomen. Het tweede lid van artikel 7.4.2.2. luidde als volgt:

“Een gebrek is een staat of eigenschap van het goed of een andere niet de huurder persoonlijk betreffende omstandigheid waardoor het goed aan de huurder niet het genot kan verschaffen, dat deze bij het aangaan van de overeenkomst ervan mocht verwachten.”

Zoals bekend is de uiteindelijke tekst van art. 7:204 lid 2 BW enigszins anders komen te luiden. Belangrijkste verschil is dat de zinsnede “of een andere niet de huurder persoonlijk betreffende omstandigheid” is vervangen door de woorden “of een andere niet aan de huurder toe te rekenen omstandigheid”. Materieel komt dat op hetzelfde neer, zoals blijkt uit de verwijzing in de memorie van toelichting bij Wetsvoorstel 26089 (*Kamerstukken II 1997/98* nr. 3, p. 13), waar de wetgever opnieuw (of beter: nog steeds) verwijst naar de persoonlijke omstandigheden van de huurder “die kunnen

maken dat de huurder het gehuurde huis niet kan betrekken [...] welke omstandigheden voor zijn rekening komen en als gevolg waarvan hij alsdan als crediteur in verzuim is [...]”. Meteen daarop volgt in de tekst een verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 17 juni 1949 (*AKU/Stalen Steiger*). Uit die verwijzing in de MvT volgt echter (desnoods a contrario) dat wanneer de verhindering in het huurgenot *niet* het gevolg is van de huurder persoonlijk betreffende omstandigheden, hij op grond van diezelfde regel uit zijn betalingsverplichting is ontslagen.

Op dit punt gekomen merk ik op dat ik verder niet zal ingaan op de mogelijke remedies tegen een eenmaal geconstateerd gebrek, ook wel aangeduid als de gebrekenregeling, zoals neergelegd in de art. 7:206 tot en met 211 BW. In de kern zijn deze remedies niet anders dan onder het oude recht. Met één bijzondere uitzondering die om vermelding vraagt, namelijk dat de huurder die op grond van een gebrek (geheel of gedeeltelijk) ontslagen wil worden uit zijn verplichting tot betaling van de huurpenningen, daartoe sinds de invoering van het nieuwe huurrecht op grond van art. 7:207 BW een vordering dient in te stellen bij de rechter.² Het effect is nagenoeg hetzelfde, maar de weg ernaartoe is anders dan onder het oude recht. Met die bril moeten ook de hierboven weergegeven arresten worden gelezen.

Zoomen wij verder in op die niet aan de huurder toe te schrijven omstandigheden dan belanden wij onherroepelijk bij het begrip overmacht van art. 6:75 BW. Voor de invulling van het begrip ‘gebrek’ is dit een essentieel element. Daarover bestaat in de rechtspraak en de literatuur geen verschil van mening.³ Het is ook de opvatting van de Hoge Raad, die in zijn arrest van 1 februari 2008, *NJ* 2008/85 (*Amicitia*) in r.ov. 3.4.2 met zoveel woorden overweegt dat [...]

“van een aan de huurder toe te rekenen omstandigheid in de zin van het tweede lid van artikel 7:204 BW onder meer ook dan sprake is indien het gaat om een omstandigheid die ingevolge art. 6:75 BW krachtens de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de huurder komt”.

Men zij gewaarschuwd: het gaat hier niet om de vraag of de desbetreffende oorzaak *wel* aan de verhuurder toerekenbaar is, maar om de vraag of die oorzaak *niet* tot de risicosfeer van de huurder moet worden gerekend.⁴ Anders dan men wellicht zou vermoeden beoogt art. 7:204 lid 2 BW niet de omstandigheden die volgens de maatstaven van art. 6:75 BW niet voor rekening van de huurder komen naar de verhuurder te verplaatsen, in die zin dat dan dus die omstandigheden voor diens rekening moeten komen.⁵

² Gebaseerd op HR 6 juni 1997, *NJ* 1998/128 (*Van Bommel/Ruijgrok*).

³ Zie bijvoorbeeld Kloosterman, *Hoofdpijnen Huurrecht* 2014, nr. 3.3.1, p. 58; Huydecoper, in: *GS Huurrecht*, art. 204 aant. 34.

⁴ Huydecoper, t.a.p.

⁵ Vgl. Huydecoper in zijn conclusie voor HR 1 februari 2008, *NJ* 2008/85, alinea 19.

Dat brengt ons bij de vraag hoe de gevolgen van een massieve, landelijk doorwerkende en niemand ontziende gebeurtenis als de huidige Coronacrisis in het licht van art. 6:75 BW moeten worden beschouwd. Ik houd het voor onwaarschijnlijk dat deze gevolgen in hun algemeenheid krachtens in het verkeer geldende opvattingen aan de huurder moeten worden toegerekend. Dat die gevolgen evenmin aan de verhuurder kunnen worden toegerekend is even evident, als irrelevant voor de invulling van het gebrek. Hoofddregel is dat wanneer een huurder door overmacht in de zin van niet hem persoonlijk betreffende omstandigheden wordt verhinderd gebruik te maken van zijn huurgenot, de grondgedachte van art. 7:204 BW voorschrijft dat (dus) sprake is van een gebrek.

Uiteraard zijn we er daarmee nog niet. In de eerste plaats moet onderscheid worden gemaakt in de gevolgen van de crisis. Er zijn er vele. De meest in het oog springende is het verbod op het exploiteren van cafés en restaurants in Nederland als een van de maatregelen ter voorkoming van verdere verspreiding van het virus. Dat komt mij voor als een vorm van absolute onmogelijkheid om het gehuurde te gebruiken.⁶ Maar wat geldt voor huurders van winkels die niet door de gedwongen sluiting worden getroffen? Als gevolg van het dringende verzoek van de regering om thuis te blijven zijn winkelstraten veranderd in verlaten woestijnen en zien veel ondernemers zich genoodzaakt hun winkels te sluiten. Ook hier lijkt sprake te zijn van overmacht, aangezien in veel gevallen van deze ondernemers in redelijkheid niet kan worden verwacht dat zij hun economische activiteiten voortzetten terwijl zij intussen moeten vaststellen dat de door de overheid getroffen maatregelen hun bedrijfsvoering praktisch onmogelijk en daardoor buitengewoon bezwarend maken.

In het kader van deze verkenning resteert nog een volgend punt, namelijk de vraag of bij huurders van bedrijfsruimten überhaupt sprake is van *huurgenot* dat door de gevolgen van de crisis wordt verhinderd. Deze vraag raakt in wezen nog meer aan de kern van de zaak dan de vraag aan wie die verhindering moet worden toegerekend. In positieve zin gesteld laat zich in dit verband de vraag stellen in hoeverre de aanwezigheid van een min of meer constante doorloop van winkelend publiek onderdeel is van het genot dat de huurder bij het aangaan van de huurovereenkomst van het gehuurde mocht verwachten. Velen zullen die vraag beantwoorden door op te werpen dat het niet tot de verplichtingen van de verhuurder behoort om ervoor in te staan dat de winkelstraat waarin de gehuurde bedrijfsruimte is gelegen niet 'droogvalt'. En dat het evenmin de verantwoordelijkheid is van de verhuurder dat het gehuurde steeds aan de primaire doelstelling van de huurder kan blijven voldoen, te weten dat deze op min of meer economische en bij voorkeur rendabele wijze zijn bedrijf in het gehuurde kan voeren. Maar daarmee gaat de vraagsteller aan de kern voorbij, aangezien hij dan ingaat op een geheel andere kwestie, na-

melijk de vraag in hoeverre de verhuurder verantwoordelijk is voor het genot dat de huurder mag verwachten. Van dat onderdeel hadden wij inmiddels al vastgesteld dat dat voor het antwoord op de vraag of sprake is van een gebrek niet relevant is. Men wake er overigens voor de aanwezigheid van een gebrek per definitie gelijk te stellen met een tekortkoming van de verhuurder.

Uit de wetsgeschiedenis van art. 7:204 BW komt naar voren dat het begrip gebrek ruim moet worden uitgelegd en dat daarmee niet alleen de stoffelijke kant van de zaak wordt bedoeld.⁷ Het heeft een ruimere betekenis dan in het spraakgebruik en beslaat alle omstandigheden die het genot van het gehuurde beperken.⁸ Bepalend voor een gebrek is het genot.⁹ Het genot van een zaak is als het ware de afgeleide van het gebruik dat *een* huurder (als objectief begrip) mag verwachten van *een goed onderhouden zaak* (eveneens objectief) van de soort waarop de huurovereenkomst betrekking heeft. Van een woonruimte mag de huurder verwachten dat hij deze kan gebruiken om er ongestoord en in de beslotenheid van zijn gezin te kunnen wonen, van een gehuurd zuigerschip mag de huurder verwachten dat hij er baggerwerkzaamheden mee kan verrichten, van het gehuurde steigermateriaal mocht AKU verwachten dat zij het voor de daarmee beoogde onderhoudswerkzaamheden kon gebruiken en van een bedrijfsruimte in een winkelstraat mag de huurder verwachten dat hij deze kan gebruiken om er zijn bedrijf te voeren. Alle omstandigheden die aan dat te verwachten gebruik in de weg staan kunnen in beginsel als gebrek worden gekwalificeerd, behoudens de wettelijke uitzondering van de feitelijke stoornis door derden.¹⁰

Zoals we hierboven hebben gezien heeft de rechtspraak van de Hoge Raad al aangetoond dat het gebrek zo ruim is dat ook een gedwongen evacuatie in beginsel een omstandigheid is die onder het gebrek kan worden begrepen. Dat op zich was ook geen onderwerp van het geschil. In het arrest van 17 juni 1949 was de evacuatie alleen daarom niet een gebrek omdat deze een plaatselijke aangelegenheid betrof en daardoor moest worden aangemerkt als een de huurder persoonlijk betreffende omstandigheid.

Evenmin heeft de Hoge Raad in het *Amicitia*-arrest geoordeeld dat tegenvallende bezoekersaantallen per definitie zijn uitgesloten van het begrip gebrek. Zij kunnen allicht genotsverhinderend zijn. In de casus van 'Amicitia', waarbij de tegenvallende bezoekersaantallen het gevolg waren van een zichtbaar onhandig aangelegd nieuw winkelcentrum, werden die bezoekersaantallen echter niet als gebrek aangemerkt omdat zij in dit geval "naar verkeersopvattingen *in beginsel* voor rekening van de huurders kwamen".¹¹

7 Kamerstukken II 1997/98, 26089, nr. 3, p. 14.

8 Kloosterman t.a.p.

9 *Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2017/28*: "Bij het begrip 'gebrek' gaat het om de genotsverwachting die de desbetreffende huurder mag hebben, gelet op het gebruik dat partijen zijn overeengekomen."

10 Zie art. 7:204 lid 3 BW.

11 HR 1 februari 2008, NJ 2008/85 r.o. 3.4.2.

6 Schelhaas & Spanjaard, 'Contract en coronacrisis', *NJB* 2020/881.

Van de Coronacrisis kan naar mijn overtuiging niet gezegd worden dat haar gevolgen naar verkeersopvattingen voor rekening van de huurder komen. Anders dan in *AKU/Stalen Steiger* betreft het niet een lokale aangelegenheid. Dat geldt in gelijke zin voor alle daarop volgende overheidsmaatregelen, of dat nu de gedwongen sluitingen betreft of het bevel om thuis te blijven en anderhalve meter afstand te bewaren; zij zijn alle slechts een noodzakelijk en logisch gevolg van de uitbraak van het Corona-virus en niet een oorzaak in zichzelf.

Dit zo zijnde constateer ik dat de unieke situatie waarin wij ons op het moment van het schrijven van deze bijdrage bevinden (half april 2020) zozeer heeft te gelden als een absolute vorm van overmacht dat hieraan voor wat betreft het huurrecht maar één conclusie kan worden verbonden, namelijk dat in ieder geval het merendeel van de daaruit voortvloeiende genotsverhinderingen bij bedrijfsruimte moet worden aangemerkt als gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW.

Dat staat los van de vraag wat daarvan de consequenties behoren te zijn. Binnen het systeem van de wet is het wegvallen van de verplichting tot betaling van (een gedeelte van) de huur, althans de mogelijkheid om een vordering tot huurprijzvermindering in te stellen daar slechts één van – voor zover die mogelijkheid niet al in de huurovereenkomst is weg gecontracteerd.¹²

Een andere mogelijkheid voor de huurder (en de verhuurder) zou kunnen zijn om de huurovereenkomst met een beroep op art. 7:210 BW buitengerechtelijk te ontbinden indien het gebrek het genot dat de huurder mocht verwachten geheel onmogelijk maakt en de verhuurder ingevolge art. 7:206 BW niet verplicht is het gebrek te verhelpen. Dat laatste zal in overmacht situaties als gevolg van Corona meestal het geval zijn. Aan de verplichting tot herstel van het gebrek op grond van art. 7:206 BW komt in deze context nauwelijks betekenis toe, evenals dat het geval zal zijn met betrekking tot de schadevergoedingsplicht uit hoofde van art. 7:208 BW.¹³

Hoe de hiervoor genoemde consequenties van de kwalificatie als gebrek zich verhouden tot het algemene gevoel van rechtvaardigheid zal zich in de komende jaren vooral moeten uitkristalliseren in de toepassing van de correctiemechanismen die de wet biedt in de vorm van bijvoorbeeld de aanvullende en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en het daarop gebaseerde leerstuk van de onvoorziene omstandigheden. Voor nu geldt echter als beginpunt dat binnen de door de wetgever ontworpen constructie van art. 7:204 lid 2 BW heeft te gelden dat wanneer een gebeurtenis als de Coronacrisis een substantiële vermindering van het genot van het gehuurde tot gevolg heeft, deze vermindering als gebrek moet worden aangemerkt zodra

vaststaat dat die verhindering niet kan worden aangemerkt als een de huurder persoonlijk betreffende omstandigheid.

¹² Hetgeen in de meeste versies van de ROZ modellen voor bedrijfsruimte het geval is.

¹³ Van toerekenbaarheid aan de zijde van de verhuurder is immers (ook) geen sprake.