

Corona blijft invloed houden op de rechtspraak (IV)

A.W. JONGBLOED*

De belangrijkste ontwikkelingen in de afgelopen twee maanden zijn een huurrechtelijk arrest van het gerechtshof in Amsterdam en een conclusie van advocaat-generaal (A-G) Wissink.

1. Huurrecht

Het gerechtshof (Hof Amsterdam 14 september 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2728, NJF 2021/413 (*Dam Square en Swissôtel*)) meende in een kortgedinguitspraak dat de tegemoetkoming vaste lasten (TVL) voor de berekening van de huurkorting als gevolg van corona zoals die door rechtbanken werd toegepast niet juist geschiedde. Rechtbanken hadden geoordeeld dat de omzetzaling van een bedrijf bepaalt hoeveel korting er moet worden gegeven op de huur van bedrijfspanden. Overheidssteun in de vorm van de TVL-regeling zou bij de omzet opgeteld moeten worden. Een veelgehoorde klacht van verhuurders was dat de coronahuurkortingsformule op die manier te ongunstiger werd toegepast. Het Amsterdamse hof oordeelde dat de door de kantonrechters gevolgde handelwijze onjuist is en dat ondernemers de TVL moeten gebruiken om hun vaste lasten zoals de huur en energie te dekken (ook de overheid zelf gaat ervan uit dat de toegekende TVL wordt gebruikt om daadwerkelijk de huur te betalen). Dit betekent bij de berekening van de huurkorting dat de TVL niet bij de omzet moet worden opgeteld. Het gevolg is dat huurders alleen recht op korting op de huur hebben die na het gebruik van de TVL overblijft. Dat betekent dat de huurkorting (veel) lager kan uitvallen. De methode van het hof is gunstiger voor huurders die meer vaste lasten hebben dan waar in de TVL rekening mee is gehouden.

Allereerst is van belang dat de TVL niet moet worden opgeteld bij de omzet, maar moet worden afgetrokken van de totale vaste lasten van de huurder, waarna het percentage huurkorting wordt berekend. Heeft de uitbetaling van de TVL nog niet plaatsgevonden, maar bestaat hier wel aanspraak op, dan dient de TVL wel te worden betrokken in de berekening van de eventuele huurkorting. Ontstaan daardoor liquiditeitsproblemen, dan levert dat in kort geding in beginsel geen grond op voor ontheffing van de betalingsverplichtingen. Is sprake van geoorloofde onderverhuur, dan is het redelijk rekening te houden met de terugval in de onderhuurinkomsten door de coronacrisis. Daarbij is uitgangspunt dat ten minste 50% van de onderhuurprijs bij de omzet wordt opgeteld, ook indien de huurder

de facto minder dan 50% van de onderhuurprijs ontvangt.

Schematisch bezien komt het erop neer dat achtereenvolgens de volgende stappen moeten worden gezet:

- a. Eerst wordt, bij voorkeur per maand, aan de hand van het totaalbedrag aan vaste lasten en de contractuele huurprijs berekend wat het aandeel is van de contractueel verschuldigde huurprijs in het totaal aan vaste lasten, uitgedrukt in een percentage van die vaste lasten (hierna: *Percentage A*).
- b. Dan wordt berekend wat resteert aan totale vaste lasten na aftrek van het bedrag aan TVL waarop aanspraak bestaat. Dit restant wordt benoemd als *Resterende vaste lasten*.
- c. Voor de berekening van een huurkorting wordt uitgegaan van Percentage A maal het bedrag aan Resterende vaste lasten. Daaruit komt de *Resterende huurprijs*.
- d. Vervolgens wordt berekend wat het percentage aan omzetzaling is ten opzichte van de vergelijkbare periode in 2019 (*Percentage omzetzaling*).
- e. Dan wordt het bedrag van de huurkorting berekend: deze is gelijk aan 50% x het Percentage omzetzaling x de Resterende huurprijs als hiervoor bedoeld.
- f. Ten slotte wordt berekend wat de huurprijs voor de betreffende periode is na toepassing van de huurkorting.

Inmiddels hebben diverse kantonrechters deze berekeningwijze overgenomen. Vgl. Rb. Amsterdam (ktr.) 14 oktober 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5971 (*Hotel Rembrandt 17*); Rb. Amsterdam (ktr.) 15 oktober 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5961; Rb. Utrecht (ktr.) 20 oktober 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5185 en Rb. Alkmaar (ktr.) 20 oktober 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:9410. Ook A-G Wissink heeft zich hierbij in zijn hieronder nader te noemen conclusie van 30 september 2021 onder 5.38 aangesloten. Er zijn echter (nog?) andersluidende uitspraken. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam (ktr.) 8 oktober 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:9919 (*Kingfisher/X*), waarin werd overwogen: '(...) Tussen partijen is niet in geschil dat [gedaagde] in totaal een bedrag van € 4.616,27 heeft ontvangen aan TVL. Dit bedrag

* Prof. mr. A.W. Jongbloed is hoogleraar Executie- en beslagrecht aan de Universiteit Utrecht en hoofdredacteur van dit tijdschrift.

dient te worden opgeteld bij de behaalde “coronaomzet” in 2020 (...).

De tweede belangrijke ontwikkeling is de conclusie van A-G Wissink (ECLI:NL:PHR:2021:902) van 30 september 2021 naar aanleiding van de vier prejudiciële vragen van de kantonrechter te Roermond d.d. 31 maart 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:2982, *NJF* 2021/229 (*verzoeker/Heineken*). Drie organisaties hebben conform artikel 393 lid 2 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) schriftelijke opmerkingen ingediend: Charlius Amsterdam Hotel Property B.V., de vereniging INretail en Hudson’s Bay Company ULC. Zowel verzoeker als Heineken heeft afgezien van het indienen van schriftelijke opmerkingen en van een reactie op de door deze derden ingediende schriftelijke opmerkingen.

Gemakshalve vermeld ik de vragen gevolgd door de beantwoording door A-G Wissink.

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

A-G Wissink: ‘4.44 Behoudens een afwijkende contractuele regeling, is een gedwongen sluiting van de horeca in verband met de coronapandemie in beginsel aan te merken als een niet volledig aan de huurder toe te rekenen omstandigheid waardoor de zaak aan de huurder niet het genot kan verschaffen dat de huurder mag verwachten, zodat in zoverre sprake is van een gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW.’

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

A-G Wissink: ‘4.44 De rechtsgevolgen hiervan voor wat betreft de verschuldigdheid van de huurprijs dienen te worden beoordeeld aan de hand van (art. 7:207 BW in verbinding met) art. 6:258 BW.’

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

A-G Wissink: ‘5.38 Ten aanzien van vóór de coronacrisis gesloten overeenkomsten voor de huur van bedrijfsruimten waarbij de huurder voor diens omzet in het gehuurde afhankelijk is van de komst van het publiek, zoals bij horeca en winkels, kan als uitgangspunt worden aangenomen dat de coronapandemie en haar gevolgen (de coronacrisis) een onvoorziene omstandigheid is die kan meebrengen dat de verhuurder naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding van de huurovereenkomst mag verwachten.’

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

A-G Wissink: ‘5.38 De aan de coronacrisis te verbinden gevolgen voor de ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst zijn afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De coronacrisis kan in beginsel leiden tot een tijdelijke huurprijsvermindering die is gebaseerd op het nadeel dat de huurder lijdt als gevolg van het aan de coronacrisis toe te rekenen, voldoende ernstige omzetverlies van de huurder in de gehuurde

zaak. Bij de bepaling van het nadeel kan het door de huurder ter zake van het gehuurde ontvangen bedrag aan Tegemoetkoming Vaste Lasten (TVL) worden verdisconteerd op de wijze van Hof Amsterdam 14 september 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2728. Als uitgangspunt dient het bedoelde nadeel gelijkelijk (50/50) tussen verhuurder en huurder te worden verdeeld. Omstandigheden die als zodanig losstaan van de verstoring van het contractuele evenwicht tussen de prestaties van verhuurder en huurder bij de huur van bedrijfsruimte door de coronacrisis, kunnen een afwijking van dit uitgangspunt rechtvaardigen.’

Voorop moet worden gesteld dat Wissink de vraag aangaande de toepassing van artikel 6:258 Burgerlijk Wetboek (BW) in breder perspectief plaatst; niet alleen de horeca, maar ook andere 290-bedrijfsruimten, zoals detailhandel, komen daarbij aan bod (vgl. 3.3), omdat ook zij voor omzet in het gehuurde afhankelijk zijn van de komst van publiek.

De eerste te beantwoorden vraag is of de overheidsmaatregelen ter bestrijding van het coronavirus een gebrek in de zin van artikel 7:204 lid 2 BW respectievelijk een onvoorziene omstandigheid in de zin van artikel 6:258 BW opleveren. Dat is naar de mening van Wissink inderdaad het geval. Ook geeft hij aan dat naar zijn mening de huurder mag kiezen tussen wijziging van de overeenkomst op grond van onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW) en huurprijsvermindering op grond van de gebrekenregeling (art. 7:207 lid 1 BW). Weliswaar zal toepassing van de gebrekenregeling vaak gunstig(er) uitpakken voor de huurder, omdat de huurprijsvermindering strikt genomen afhangt van de aard en omvang van het gebrek, en niet van de overige omstandigheden van het geval, terwijl artikel 7:207 lid 1 BW de huurder recht geeft op een aan de vermindering van het huurgenot evenredige vermindering van de huurprijs. Maar in de praktijk wordt het recht op huurprijsvermindering vaak in de overeenkomst uitgesloten. In zo’n geval kan de huurder een beroep op de onvoorzieneomstandighedenbepaling van artikel 6:258 BW doen. Omdat er op grond van artikel 6:250 BW sprake is van dwingend recht kan er geen sprake zijn van contractuele uitsluiting. Verder is het gewenst dat de uitkomst (het aan de huurder te vergoeden bedrag) bij het volgen van de weg van gebrek of onvoorziene omstandigheid gelijk is. Bovendien kan Corona niet geplaagd worden in de risicosfeer van huurder of verhuurder en dient ‘de pijn’ te worden verdeeld. Dit kan worden bereikt door het recht op huurprijsvermindering als een vorm van ontbinding op te vatten. Want dan moet conform artikel 7:207 BW het gebrek de huurprijsvermindering met haar gevolgen rechtvaardigen waarbij alle omstandigheden van het geval van belang kunnen zijn (vgl. de tenzij-clausule van art. 6:265 lid 1 BW). Ook kan onverkorte toepassing van artikel 7:207 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn (vgl. art. 6:248 lid 2 BW). Het betekent ook dat het voor een verhuurder kan lonen om kritische vragen te stellen over bijvoorbeeld de bedrijfsvoering en inkomsten van de huurder, omdat als de huurder geen of te weinig maatregelen heeft getroffen om tot extra aanvullende

inkomsten te komen of om kosten te besparen dit ten nadele van de huurder kan strekken.

Een en ander blijkt ook uit Rb. Amsterdam (ktr.) 23 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4467

(*Abanoub/Nedstede retail*). De kantonrechter overwoog dat Nedstede had aangevoerd dat de sluiting van de winkel een onverplichte eigen keuze van Abanoub was en dat Abanoub niets, althans te weinig heeft gedaan om alternatieve omzet te genereren, bijvoorbeeld door een bezorgdienst te starten en/of andere producten te verkopen. Daarin volgde de kantonrechter Nedstede niet: wanneer een winkel met name is aangewezen op de verkoop aan toeristen en andere bezoekers aan de binnenstad, zal het contraproductief zijn om de winkel open te houden wanneer deze potentiële kopers wegblijven. Nedstede heeft verder onvoldoende (gemotiveerd) betwist dat Abanoub contractueel gebonden is aan het voeren van een bepaald assortiment. Niet gebleken is dat Abanoub redelijke andere mogelijkheden tot het verwerven van omzet onbenut heeft gelaten. Anderzijds had Abanoub onvoldoende onderbouwd dat er sprake is van een omzetsdaling in het eerste kwartaal van 2020 die het rechtstreekse gevolg is van de coronacrisis. Er was sprake van een omzetsdaling van 22% ten opzichte van het eerste kwartaal 2019, dat wil zeggen een omzetsdaling van minder dan 30%. In een dergelijk geval ligt het naar het oordeel van de kantonrechter op de weg van Abanoub om te onderbouwen dat deze omzetsdaling rechtstreeks verband houdt met de coronamaatregelen en niet valt binnen de bandbreedte van de voor hem gebruikelijke fluctuaties van de normaliter behaalde omzetten. Dit heeft Abanoub nagelaten. Abanoub heeft ook niet (gemotiveerd) betwist dat, zoals Nedstede heeft aangevoerd, 2019 een jaar was waarin bijzonder veel toeristen en andere bezoekers in de binnenstad van Amsterdam verschenen, waardoor hoge omzetcijfers kunnen zijn gerealiseerd. Enige omzetsdaling in het eerste kwartaal van 2020 hoeft daarom geen verband te houden met de coronacrisis.

Rb. Rotterdam (ktr.) 9 juli 2021,

ECLI:NL:RBROT:2021:7789 (*persoon A/Inbev*) moest oordelen over de vraag of huurder dan wel verhuurder een groter deel van de gevolgen (namelijk de omvang van de huurkorting) van corona moest dragen. Inbev mag een wereldwijd opererende bierbrouwer zijn die in Nederland meer dan zevenhonderd horecabedrijfsruimtes onderverhuurt aan horecaondernemers, maar in casu was de huur die Inbev aan haar onderhuurder in rekening brengt gelijk aan de huur die Inbev met haar verhuurder [persoon A] c.s. is overeengekomen, zodat Inbev niet aan de huur verdient. Inbev is weliswaar een grote speler, maar dat maakt niet dat zij, verhoudingsgewijs als wereldwijd opererend concern met veel werknemers, niet net zo kwetsbaar kan zijn als c.q. kwetsbaarder kan zijn dan horeca- en vastgoedexploitanten [persoon A] c.s. Of dat het geval is, kan alleen inzichtelijk worden als beide partijen (voldoende) open kaart spelen over hun financiële positie. Dat hebben beide partijen niet gedaan. Inbev heeft geen exacte vermogens- en omzetcijfers verstrekt, mede omdat die gegevens concurrentiegevoelige informatie van Inbev als beursgenoteerde onderneming bevatten.

Wel heeft Inbev onweersproken gesteld dat zij niet in aanmerking komt voor TVL, omdat zij zelf geen horecagelegenheden exploiteert, en dat zij alleen voor haar vertegenwoordigers een tegemoetkoming op grond van de Noodmaatregel Overbrugging Werkgelegenheid (NOW) heeft ontvangen. Anderzijds zijn de door [persoon A] overgelegde financiële cijfers onvolledig zodat daar niet van kan worden uitgegaan. [Persoon A] heeft weliswaar gesteld afhankelijk te zijn van de huurinkomsten voor het betalen van de financieringslasten van de panden, maar er is niet duidelijk gemaakt wat de hoogte is van die financieringslasten. Bij gebreke van voldoende gegevens over de financiële positie van partijen gaat de kantonrechter ervan uit dat beide partijen verhoudingsgewijs en relatief gezien ongeveer evenveel en voldoende vlees op de botten hebben om in dit specifieke geval de overheidsmaatregelen het hoofd te kunnen bieden als de pijn fiftyfifty wordt verdeeld.

Rb. Alkmaar (ktr.) 13 oktober 2021,

ECLI:NL:RBNHO:2021:8797 betreft een verzoek tot huurprijsvermindering betreffende een café. De kantonrechter is van oordeel dat in dit geval de coronacrisis en de gevolgen daarvan niet leiden tot huurprijsvermindering. De huurder heeft zijn omzetverlies onvoldoende onderbouwd. De kantonrechter kan daardoor niet vaststellen of de gevraagde huurprijsvermindering gerechtvaardigd is. Dit betekent dat de huurder de huur volledig moet betalen, met rente en kosten.

Anderzijds werd de boete waar de verhuurder aanspraak op maakte gematigd tot nihil. In dit geval zou onverkorte toepassing van het boetebeding leiden tot een onaanvaardbaar en buitensporig resultaat. Het boetebeding is bedoeld als prikkel voor de huurder om de huur op tijd te betalen. Vast staat dat de huurder in verband met de coronacrisis niet volledig aan zijn betalingsverplichtingen heeft voldaan. Partijen hadden met elkaar gesproken over de wijze van betaling van de huur in de eerste coronamaanden en aan de huurder is voor drie maanden uitstel van betaling van 50% van de huur verleend. Partijen zijn het vervolgens niet eens geworden over een eventuele huurkorting. Zij waren het ook niet eens over de verrekening die de huurder had toegepast vanwege de energiekosten, maar gebleken is dat die verrekening terecht was. Daar komt bij dat de verhuurder de energiekosten nog niet aan de huurder had vergoed en deze wel steeds betalingen is blijven verrichten. In deze omstandigheden is het niet redelijk van de verhuurder om aanspraak te maken op de contractuele boete en daarom is de boete in dit geval op nul gesteld.

Vaak is het de huurder die een beroep doet op de regeling van de onvoorziene omstandigheden van artikel 6:258 BW. Rb. Rotterdam (ktr.) 15 oktober 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:10247 (*X/Feest- en Partycentrum Spijkenisse*) is een voorbeeld van een zaak waarin de verhuurder in verband met de coronacrisis een beroep op dit leerstuk deed. Het betrof een overeenkomst met betrekking tot zaalhuur ten behoeve van de organisatie van een bruiloft. Vastgesteld werd dat er geen sprake was van annulering door de huurder, maar dat de verhuurder zijn verplichting tot het ter beschikking stellen van de zaal niet was nagekomen. Deze tekort-

koming rechtvaardigde ontbinding van de overeenkomst, en het beroep van de verhuurder op onvoorziene omstandigheden om onder zijn verplichting tot het terugbetalen van het door de huurder betaalde voorschot uit te komen slaagde niet.

2. Verbintenissenrecht

In huurrechtelijke uitspraken worden boetes vaak gematigd en de financiële gevolgen van corona moeten vaak fiftyfifty worden gedragen. In het verlengde van deze opvattingen ligt Rb. Zaanstad (ktr.) 10 juni 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:4825, *Prg.* 2021/207 (*Essent/Novels*). Tijdens gedwongen sluiting betaalde een horecaonderneming een aantal energienota's van Essent niet binnen de overeengekomen betalingstermijn. Essent verleende uitstel en de achterstand is op 7 mei 2020 alsnog voldaan. Desondanks ontbond Essent de overeenkomst en vorderde de (volledige) opzegvergoeding van € 11.986,73. Ten onrechte, want Essent heeft bij haar besluit om de volledige opzegvergoeding in rekening te brengen onvoldoende rekening gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de horecagelegenheid. Essent was op de hoogte van de financiële situatie als gevolg van de verplichte sluiting van de horeca. Essent zou een voorstel zenden over 'uitstel van betaling', maar voldoende aannemelijk is dat de horecagelegenheid dit bericht nooit heeft ontvangen. Daardoor wist de horecagelegenheid niet dat Essent de uiterste betaaltermijn op 29 april 2020 had vastgesteld. Dit komt voor risico van Essent. Toen bleek dat Essent de overeenkomst had ontbonden en een opzegvergoeding in rekening zou brengen, heeft de horecagelegenheid direct contact opgenomen en het nodige gedaan om tot een afspraak te komen. Daarnaast staat vast dat Essent op 11 mei 2020 betalingen heeft ontvangen van alle nog openstaande facturen. Ook had de horecagelegenheid een aanzienlijk voorschot betaald, waarmee openstaande vorderingen konden worden verrekend. Onder deze omstandigheden brengen de redelijkheid en billijkheid met zich mee dat Essent zich niet ten volle kan beroepen op de in de algemene voorwaarden overeengekomen opzegvergoeding. Dit geldt temeer omdat het gaat om een substantieel bedrag, terwijl niet is gebleken dat Essent zoveel schade lijdt. De kantonrechter zag daarom aanleiding om de hoogte van de opzegvergoeding vast te stellen op 50% van de in rekening gebrachte vergoeding.

3. Personen- en familierecht

De economische gevolgen van corona hebben ook geleid tot verzoeken tot wijziging van alimentatie. Nu is eigen aan dit soort wijzigingsverzoeken dat zij op ieder gewenst moment gedaan kunnen worden. Uit de rechtspraak blijkt dat terugval in inkomen inderdaad leidt tot een verminderde alimentatieplicht nu de draagkracht is verminderd. De vraag is of die terugval in inkomsten tijdelijk is, en daarbij is van belang hoe lang economische maatregelen als gevolg van corona gelden. Het is mogelijk de alimentatie voor een bepaalde periode te verlagen waarna die na het verstrijken van die periode terugkomt op het oude niveau. Het is

ook mogelijk dat een verlaging wordt uitgesproken en dat de alimentatiegerechtigde een (nieuw) verzoek tot verhoging van de alimentatie moet doen. Een derde optie is dat na een verlaging een (getrapte) opbouwregeling wordt bepaald. Uit onderzoek van De Jong en Timmermans ('Wijziging van alimentatie in tijden van (corona)crisis (deel 2); een overzicht van rechtspraak', *REP* 2021, nr. 5, p. 52-62) blijkt dat rechters bereid zijn tot het geven van een tijdelijke verlichting aan ondernemers, maar dat zij wel verwachten dat alimentatieplichtigen binnen afzienbare tijd weer hetzelfde bedrag gaan betalen als vóór de crisis. Ook blijkt dat een tijdelijke verlichting voor een periode van één jaar de norm is. Het betekent dat de alimentatieplichtige zo nodig om verlenging moet vragen, terwijl de alimentatiegerechtigde zo nodig via een nieuw verzoek eerder verhoging kan bewerkstelligen. Met dit 'automatische' mechanisme wordt voorkomen dat in alle gevallen waarin een verlaging van de alimentatie werd vastgesteld via een aparte beschikking de alimentatie weer op het hogere niveau moet worden bepaald. Verder blijkt de rechterlijke macht in een soort 'alles of niets'-systeem voor vaste bedragen te hebben gekozen, want er zijn geen uitspraken bekend waarin een (getrapte) opbouwregeling werd bepaald om een geleidelijk financieel herstel te faciliteren.