

Speelbal der omstandigheden

Enige rechtshistorische en rechtsvergelijkende opmerkingen over bedrijfsruimten en huurkorting in tijden van een pandemie.

‘We kunnen wetten maken zoveel we willen, maar uiteindelijk zijn het allerlei onvoorziene omstandigheden en rampen die ons de wet voorschrijven’, liet Plato een inwoner van Athene zeggen in de vierde eeuw voor Christus.¹ Hij verwees daarbij naar epidemieën, zoals de pest, die dwongen tot nieuwe maatregelen om vervolgens te concluderen:

‘Wie met zulke factoren rekening houdt, kan gemakkelijk tot de conclusie komen die ik onder woorden heb gebracht: geen sterveling kan de wet stellen, want iedere menselijke activiteit is speelbal van de omstandigheden.’²

Vandaag de dag heeft de coronapandemie de wereld al ruim twee jaar in haar greep. Overheden hebben allerlei maatregelen genomen teneinde de verspreiding van het coronavirus in te dammen. Zo zijn horecaondernemingen en winkels gedurende bepaalde periodes gesloten geweest, of slechts beperkt open. De getroffen ondernemers hebben hun inkomsten dientengevolge zien kelderen, terwijl de vaste lasten gelijk zijn gebleven. In geval van een gehuurd bedrijfspand, is de vraag opgekomen of gegeven de omstandigheden huurders van bepaalde bedrijfsruimten recht hebben op een tijdelijke vermindering van de huurprijs: is wellicht sprake van een gebrek in de zin van artikel 7:204 lid 2 BW op grond waarvan de huurders huurprijsvermindering kunnen vorderen of is er sprake van onvoorziene omstandigheden die maken dat de rechter de overeenkomst kan wijzigen?

De Hoge Raad heeft 2021 afgesloten met het beantwoorden van een aantal prejudiciële vragen van de rechtbank Roermond over deze kwestie. Ons hoogste rechtscollege oordeelt dat er geen sprake is van een gebrek in de zin van artikel 7:204 BW.³ Wél is het niet of slechts in geringe mate kunnen exploiteren van het gehuurde als gevolg van de coronamaatregelen doorgaans een onvoorziene omstandigheid op grond waarvan de rechter de huurprijs kan verminderen.⁴ De Hoge Raad geeft daarbij bovendien handvatten voor de

1 Zie Plato, *De Wetten* [vert. uit het Grieks door de School voor Filosofie, uit de serie: Verzameld werk/Platoon deel 11 – Nomoi], Amsterdam: Ars Floreat 1993, p. 177 (Boek IV, 709a).

2 Zie Plato, *De Wetten* [o.c. nt. 1], p. 178 (Boek IV, 709a/709b).

3 Zie Hoge Raad 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974.

4 Zie Hoge Raad 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, r.o. 3.2.6: ‘De omstandigheid dat een huurder die voor zijn omzet afhankelijk is van de komst van publiek, als gevolg van overheidsmaatregelen in verband met de coronapandemie de door hem gehuurde 290-bedrijfsruimte niet of slechts in geringe mate kan exploiteren, is bij een huurovereenkomst gesloten voor 15 maart 2020, behoudens concrete aanwijzingen voor het tegendeel, een onvoorziene omstandigheid als bedoeld in art. 6:258 BW op grond waarvan de rechter de huurovereenkomst kan aanpassen door de huurprijs te verminderen.’

berekening van de huurprijsvermindering.⁵

Hierna plaats ik enige Groninger opmerkingen en mededelingen bij de uitspraak van de Hoge Raad zonder daarbij het gehele debat te willen herhalen dat de afgelopen twee jaren in juridisch Nederland is gevoerd. In plaats daarvan plaats ik deze uitspraak in een historisch en rechtsvergelijkend perspectief. Uit de aard van de zaak volgt dat de kwestie één is van alle tijden en alle plaatsen. De coronacrisis leidt elders tot dezelfde rechtsvragen. Epidemieën zijn bovendien niets nieuws. De Athener uit de tijd van Plato stond de pest nog helder voor ogen. Het was een volstrekte ramp die zich afspeelde terwijl Athene was belegerd door de Spartanen.⁶ Hetgeen Thucydides optekende in zijn verslag van de Peloponnesische oorlog over de Atheense pest van rond 430 v. Chr. zou zo geschreven kunnen zijn gedurende het voorjaar van 2020:

‘Men zei dat ze al eerder op verschillende plaatsen had toegeslagen, zowel in de buurt van Lemnos als in andere gebieden, maar zo’n omvangrijke epidemie en zo’n zwaar verlies aan mensenlevens kon men zich van geen enkele plaats herinneren. Artsen waren er namelijk niet tegen opgewassen, daar ze de ziekte voor de eerste maal behandelden, zonder haar te kennen – ze werden vooral zelf het slachtoffer, omdat zij er ook vooral mee in aanraking kwamen – en elke andere menselijke kunde schoot tekort.’⁷

Huurkorting in coronatijd op grond van HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974

De Hoge Raad is Kerstavond met een sterk staaltje rechtsvorming begonnen. Het arrest is dan weliswaar geen *arrêt de règlement* maar zal door huurders, verhuurders en hun juridische adviseurs wel zo zijn onthaald.⁸ De Hoge Raad beoogt dan ook een handvat te bieden waarmee partijen in onderling overleg de huurprijs aan de gewijzigde omstandigheden kunnen aanpassen.⁹ Het arrest betreft niet enkel horecaondernemingen, die geheel gesloten zijn geweest, zoals in het geval waarover de rechtbank Roermond heeft te beslissen aan de hand van antwoorden die de Hoge Raad heeft gegeven op de door die

5 Zie Hoge Raad 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, r.o. 3.3.1 en verder.

6 Zie het tweede citaat aan het begin uit Plato, *Deel XVII. Wetten (Nomoi) in de vertaling van Mario Molengraaf*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2008, p. 110 (Boek IV, nr. 709a). Het is de vraag of de Atheense pest van 430 v. Chr. de builenpest was, die wij doorgaans kortweg als ‘pest’ aanduiden, of dat het ging om bijvoorbeeld pokken of tyfus. Zie over deze kwestie bijvoorbeeld: R.J. Littman, ‘The Plague of Athens: Epidemiology and Paleopathology’, *Mount Sinai Journal of Medicine* 2009 (vol. 76), afl. 5, p. 456-467.

7 Zie Thucydides, *De Peloponnesische Oorlog* [vert. uit het Grieks door W. Kassies], Amsterdam: Athenaeum-Polak & Van Gennep 2013, p. 201 (Boek 2, 47-48).

8 Zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974. Sinds 1 oktober 1838 geldt in ons land artikel 12 van de Wet algemene bepalingen: ‘Geen regter mag bij wege van algemeene verordening, dispositie of reglement, uitspraak doen in zaken welke aan zijne beslissing onderworpen zijn.’

9 Zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, r.o. 3.4.

SPEELBAL DER OMSTANDIGHEDEN

rechtbank gestelde prejudiciële vragen. De antwoorden zien ook op andere 290-bedrijfsruimten dan horeca: het gaat om alle huurders van bedrijfsruimten in de zin van artikel 7:290 BW die voor hun omzet afhankelijk zijn van de komst van publiek. Het gaat dus, naast horeca, bijvoorbeeld ook om detailhandel.¹⁰ Bovendien merkt de Hoge Raad op dat de gestelde regels voor huurprijsvermindering eveneens gelden in perioden waarin het gehuurde niet is gesloten, maar slechts beperkt kan worden geëxploiteerd, bijvoorbeeld doordat er geen of veel minder publiek komt als gevolg van adviezen of ander overheidshandelen in verband met de coronapandemie.¹¹ De Hoge Raad laat er zodoende geen twijfel over bestaan dat huurkorting mogelijk is als de gehuurde bedrijfsruimten zonder beperkingen zijn geopend, maar er bedroevend weinig mensen komen, bijvoorbeeld omdat de overheid mensen het advies geeft zo veel mogelijk thuis te blijven of doordat potentiële klanten in quarantaine zitten op grond van overheidsmaatregelen.

Juristen die de afgelopen twee jaren de discussie over huurkorting in coronatijd hebben gevolgd, zal in het bijzonder zijn opgevallen dat de Hoge Raad oordeelt dat geen sprake is van een gebrek in de zin van artikel 7:204 lid 2 BW.¹² Een gebrek in de zin van dit artikel is een staat of eigenschap van de verhuurde 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 mag verwachten van een goed onderhouden zaak van de soort als waarop de overeenkomst betrekking heeft. De Hoge Raad stelt ten aanzien van de sluiting van bedrijfsruimten als gevolg van de coronapandemie vast dat de sluiting het gevolg is van ‘uitzonderlijke, de volksgezondheid betreffende omstandigheden van algemene aard, die verstrekkende gevolgen hebben voor de gehele maatschappij.’¹³ De sluiting beperkt de exploitatie in het belang van de volksgezondheid.¹⁴ De Hoge Raad benadrukt dat de sluiting geen betrekking heeft op de verhuurde zaak en concludeert dat de huurder niet mag verwachten dat de verhuurder hem vrijwaart van beperkingen in de uitoefening van het bedrijf als gevolg van overheidsmaatregelen, zoals die tegen de verspreiding van COVID-19.¹⁵

De Hoge Raad geeft in zijn prejudiciële beslissing de rechtspraak handvatten om tot een huurprijsvermindering te komen op grond van artikel 6:258 BW. De Hoge Raad bepaalt dat ervan uit mag worden gegaan dat sprake is van onvoorziene omstandigheden op grond waarvan de rechter de huurprijs kan verminderen als de huurovereenkomst is gesloten voor 15 maart 2020.¹⁶ Vanzelfsprekend blijft er ruimte om te bewijzen dat de pandemie en haar

10 Zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, r.o. 2.1.

11 Zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, r.o. 3.4 en r.o. 3.1.

12 Zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, r.o. 3.5.1 t/m 3.5.6.

13 Zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, r.o. 3.5.3.

14 Zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, r.o. 3.5.3.

15 Zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, r.o. 3.5.3. Zie voor de overweging van de Hoge Raad hierna p. 62.

16 Zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, r.o. 3.2.3 t/m 3.2.6.

gevolgen in overeenkomsten van voor die datum zijn verdisconteerd, maar de lat ligt hoog aangezien dergelijk bewijs pas is geleverd als er concrete aanwijzingen voor zijn.¹⁷ Het is haast onvoorstelbaar dat partijen voorafgaande aan de pandemie dergelijke ingrijpende overheidsmaatregelen ten behoeve van de volksgezondheid hebben voorzien. Als de huurovereenkomst is gesloten na 15 maart 2020 moet per geval worden beoordeeld of de gevolgen van de coronapandemie zijn aan te merken als onvoorziene omstandigheden in de zin van artikel 6:258 BW.¹⁸

Indien er sprake is van onvoorziene omstandigheden in de zin van artikel 6:258 BW, dan is het de vraag of de omstandigheden van dien aard zijn dat de verhuurder naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst mag verwachten. Bij het overeenkomen van de huurprijs zullen partijen zijn uitgegaan van de omzet die de huurder verwachtte te kunnen behalen in een wereld zonder pandemie. In dat kader overweegt de Hoge Raad:

‘dat de waarde van het gebruiksrecht van het gehuurde zo sterk is verminderd dat de waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties van de verhuurder en de huurder in ernstige mate is verstoord.’¹⁹

Nu exploitatie niet of slechts beperkt mogelijk is, blijft de verwachte omzet uit. De Hoge Raad oordeelt dat de verhuurder op grond van de redelijkheid en de billijkheid geen ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst mag verwachten nu deze disbalans wordt veroorzaakt door onvoorziene omstandigheden die niet krachtens de aard van de overeenkomst of de verkeersopvattingen voor rekening van de huurder komen.²⁰

De Hoge Raad geeft een model aan de hand waarvan de huurprijsvermindering kan worden berekend.²¹ Hij is zich terdege bewust van het grote aantal gevallen waarin huurprijsvermindering aan de orde is en wil met het model een handvat bieden waarmee partijen

17 Zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, r.o. 3.2.4 en 3.2.6. De Hoge Raad geeft daarbij aan (zie r.o. 3.2.4) dat de gevolgen van een eventuele pandemie niet zijn verwerkt in de overeenkomst als bijvoorbeeld een basishuurprijs is overeengekomen die afhankelijk van de omzet wordt aangevuld of als is overeengekomen dat het voor rekening van de huurder komt vergunningen, ontheffingen of toestemmingen te verkrijgen en te behouden die benodigd zijn voor het gebruik van het gehuurde in overeenstemming met de overeengekomen bestemming. Huurprijsvermindering is vanzelfsprekend ook in dat soort gevallen aan de orde, aangezien ook in die gevallen geldt dat partijen de pandemie en haar gevolgen niet hebben voorzien en niet hebben verdisconteerd in de overeenkomst.

18 Zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, r.o. 3.2.6.

19 Zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, r.o. 3.2.5.

20 Zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, r.o. 3.2.5.

21 Zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, r.o. 3.3.1 t/m 3.3.5. Het model gaat uit van de zogenoemde vastelastenmethode en komt erop neer dat het deel van de Tegemoetkoming Vaste Lasten (hierna: TVL) dat betrekking heeft op de huur eerst van de huurprijs wordt afgetrokken. Welk deel van de TVL betrekking heeft op de huur wordt berekend door vast te stellen hoeveel procent de huur bedraagt van de vaste lasten. Dat percentage bepaalt hoeveel procent van de TVL betrekking heeft op de huur. Als de huurprijs, bijvoorbeeld, 2000 Euro bedraagt en de vaste lasten totaal 10.000 Euro bedragen dan

SPEELBAL DER OMSTANDIGHEDEN

onderling de huurprijs kunnen aanpassen aan de gewijzigde omstandigheden.²² Het model zal in de meeste gevallen uitkomst bieden. De redelijkheid en billijkheid die ten grondslag liggen aan artikel 6:258 BW kunnen echter een andere verdeling meebrengen als dit gerechtvaardigd is gelet op de omstandigheden van het geval.²³ Denk bijvoorbeeld aan de hoedanigheid of de financiële positie van één van de partijen.²⁴ Partijen zullen deze strohalm, die inherent is aan artikel 6:258 BW, ongetwijfeld aangrijpen om tot een voor hen gunstigere verdeling te komen.

Het is dan ook zeker niet zo dat de Hoge Raad met deze uitspraak voor altijd conflicten over huurprijsvermindering de wereld uit heeft geholpen. Zo zijn discussies over de hoogte van het geleden omzetverlies niet ondenkbaar. Wat, bijvoorbeeld, als de huurder die een restaurant uitbaat ervoor kiest om niet open te gaan voor afhalen in tijden van een lockdown, of wat als de winkelier ervoor kiest om geen gebruik te maken van click & collect? Dat lijkt op het eerste gezicht een omstandigheid die krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komt van de huurder.²⁵ De redelijkheid en de billijkheid die ten grondslag liggen aan artikel 6:258 BW brengen mee dat de verhuurder in zo'n geval niet de dupe zou mogen worden van een onnodig hoge omzetvermindering, maar wat is onnodig? Hoewel een volledige sluiting de omzet niet ten goede komt, kan het bedrijfseconomisch gerechtvaardigd zijn geheel gesloten te blijven als de verwachte omzet niet opweegt tegen op uitgaven die nodig zijn om deze omzet te genereren. Hoe valt echter vast te stellen wat voor omzet er behaald zou kunnen zijn door wel van bepaalde mogelijkheden, zoals click & collect, gebruik te maken? Het moet niet zo zijn dat de verhuurder op de stoel van de ondernemende huurder gaat zitten, maar discussies zijn

maakt de huur 20% van de totale vaste lasten uit en moet dientengevolge 20% van de ontvangen TVL worden gezien als tegemoetkoming in de huurkosten. Stel dat er 4000 Euro TVL is ontvangen dan moet er eerst (20% van 4000 Euro) 800 Euro van de huur worden afgetrokken. Daarna wordt vastgesteld welk deel van de huur in aanmerking komt voor compensatie. Dat deel wordt bepaald door de omzetzijding, die wordt berekend door de omzet te vergelijken met de omzet in een vergelijkbaar tijdvak voordat de coronapandemie uitbrak. Als de omzetzijding bijvoorbeeld, 80% is dan is het met de verstoring van de waardeverhouding tussen de prestatie van de huurder en de prestatie van de verhuurder samenhangende nadeel 80% van de huurprijs die resteert nadat daar het deel TVL dat betrekking heeft op de huur vanaf is getrokken. Dat nadeel moet in beginsel gelijk worden verdeeld over de verhuurder en de huurder. De formule luidt dientengevolge: '(overeengekomen huurprijs – gedeelte van de TVL dat aan de huur wordt toegerekend) x percentage omzetvermindering x 50%' (zie r.o. 3.3.4). De Hoge Raad geeft een voorbeeld aan de hand van de volgende fictieve bedragen: een overeengekomen huurprijs van 4500 Euro, vaste lasten à 25.000 Euro, 10.000 Euro TVL en een omzetzijding van 80%. In dat geval maakt de huur 18% uit van de vaste lasten, waardoor 18% van de TVL moet worden gezien als een tegemoetkoming in de huurkosten, hetgeen betekent dat 1800 Euro van de overeengekomen huurprijs wordt afgetrokken. De huurprijsvermindering bedraagt:

$(4500 \text{ Euro} - 1800 \text{ Euro}) \times 80\% \times 50\% = 1080 \text{ Euro}$, hetgeen neerkomt op een vermindering van 24% van de overeengekomen huurprijs.

22 Zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, r.o. 3.3.1 en r.o. 3.4.

23 Zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, r.o. 3.3.3.

24 Zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, r.o. 3.3.3.

25 Zie het tweede lid van artikel 6:258 BW.

onvermijdelijk aangezien het tegelijkertijd niet redelijk is de verhuurder mee te laten delen in het nadeel als dit nadeel de huurder kan worden toegerekend.

Meer in het algemeen valt op dat het model van de Hoge Raad geen minimum omzetverlies vereist voor huurkorting, terwijl het maar de vraag is of er wel sprake is van onvoorziene omstandigheden van dien aard dat geen ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst mag worden verwacht als het omzetverlies, bijvoorbeeld, ‘slechts’ vijftien procent is.²⁶ Is de waardeverhouding tussen de verplichtingen van de huurder en de verhuurder dan zo verstoord dat een aanpassing van de overeenkomst gerechtvaardigd is? De omzet zal altijd enigszins fluctueren. Het is bovendien in veruit de meeste gevallen niet de bedoeling van partijen geweest om de huurprijs omzetafhankelijk te maken. Het model van de Hoge Raad leidt er echter toe dat de huurprijs omzetafhankelijk is zo lang de coronapandemie ervoor zorgt dat publiek de weg naar de bedrijfsruimten niet weet te vinden. Het betekent daarnaast dat de hoogte van de huurprijsvermindering pas na afloop van een bepaalde periode vast te stellen is, namelijk als het omzetverlies bekend is. Partijen kunnen dus lang in onzekerheid zitten nu de pandemie voortduurt en nieuwe maatregelen dreigen als het virus opleeft.

Of een precisering van het door de Hoge Raad gekozen model passend is, valt te bezien. Interessant is in dat kader of huurders van bedrijfsruimten recht hadden op vermindering van de huurprijs gedurende pandemieën in het verleden en zo ja, hoe deze vermindering werd berekend. Een pestepidemie vond plaats in de tijd van keizer Justinianus, wiens codificatie, het *Corpus Iuris Civilis*, bepalend is geweest voor het recht op het continent van Europa.²⁷

De Justiniaanse pest

Procopius, de hofschrijver van Justinianus, vertelde dat de pest de hele wereld omarmde en de mensheid welhaast uitroeide.²⁸ Uit zijn beschrijving volgt dat het ging om de builenpest.

26 De TVL-regeling vereist, in tegenstelling tot de Hoge Raad, wél een minimum percentage omzetverlies. Zie voor de vereiste percentages omzetverlies <https://www.rvo.nl/subsidie-en-financieringswijzer/tvl> (voor het laatst geraadpleegd 18 april 2022). In vrijwel alle kwartalen waarin tot nu toe TVL kon worden aangevraagd, was minimaal 30% omzetverlies vereist. Enkel in het vierde kwartaal van 2021 was 20% omzetverlies voldoende.

27 Zie over de pest in de tijd van Justinianus: W. Rosen, *Justinian's flea. Plague, Empire and the Birth of Europe*, Londen: Jonathan Cape 2007. Zie over de economische gevolgen in het bijzonder M. Meier, ‘The “Justinianic Plague”: the economic consequences of the pandemic in the eastern Roman empire and its cultural and religious effects’, *Early Medieval Europe* 2016 24 (3), p. 267-292.

28 Zie boek 2,22 en 23 van Procopius, *History of the wars* [vert. uit het Grieks door H.B. Dewing], Vol. 1: Books 1-2 (Persian War), Loeb Classical Library 48, Cambridge, MA: Harvard University Press 1914. Procopius vertelde over talloze doden in Constantinopel, op het hoogtepunt van de pandemie wel 10.000 per dag (zie boek 2,23,1 van Procopius, *History of the wars*). In de tijd van Justinianus' pest stierven minstens 25 miljoen mensen, zie Rosen 2007 [o.c. nt. 27], p. 3.

SPEELBAL DER OMSTANDIGHEDEN

De oorzaak van de ziekte was indertijd onduidelijk, al waren er theorieën te over.²⁹ Zo waren er mensen die ziek zeiden te zijn geworden na verschijningen van bovennatuurlijke wezens, die vermomd waren als mensen. Procopius zelf zocht de oorzaak bij God.³⁰ Volgens Procopius verspreidde de ziekte zich vanuit Egypte tot aan de uiteinden van de wereld, alsof ze bang was dat een uithoek van de aarde eraan zou kunnen ontsnappen, want ze liet geen eiland, geen grot of bewoonde bergrug ongemoeid.³¹

Net als in geval van de coronapandemie, had de ziekte een desastreuze uitwerking op ondernemers: alle werk hield op.³² Van de keizer, die overigens zelf ook ziek werd met een buil in zijn lies, hoefden de getroffen en financieel geen heil te verwachten.³³ Wat betreft landeigenaren schreef Procopius:

‘Toen de pest rondwaarde door de hele bewoonde wereld, niet in de laatste plaats door het Romeinse Rijk, en het grootste deel van de boeren de dood injoeg, en toen als gevolg van dit alles – hoe kon het anders? – de landerijen vereenzaamd en verwaarloosd bleven liggen, zelfs toen had de keizer geen enkele, maar dan ook geen enkele consideratie met de eigenaars van deze landerijen. De jaarlijkse belasting moest namelijk onverwijld doorbetaald worden, niet alleen het bedrag dat iedereen afzonderlijk verplicht was te betalen, maar daarbij ook nog eens de portie van de jammerlijk omgekomen bureu.’³⁴

29 Zie Procopius, *History of the Wars*, boek 2, 22 [o.c. nt. 28]. Procopius schreef over mannen die het waagden een verklaring te geven. Hoewel de mannen er verstand van leken te hebben, was de verklaring volgens Procopius onbegrijpelijk.

30 Zie Procopius, *History of the Wars*, boek 2, 22, 1-7 [o.c. nt. 28].

31 Zie Procopius, *History of the Wars*, boek 2, 22, 7-11 [o.c. nt. 28].

32 Zie Procopius, *History of the Wars*, boek 2,23,17 [o.c. nt. 28].

33 Procopius vertelde over de keizers' ziekte, zie Procopius, *History of the Wars*, boek 2,23,18 [o.c. nt. 28]. Het was kommer en kwel aan het keizerlijke hof. Zo schreef een bisschop uit Syrië, Johannes van Efeze (in de vertaling van Witakowski): ‘*The (imperial) palace was overwhelmed and overcome by sorrow. The emperor and the empress to whom myriads and thousands of commanders and the whole great senate had bowed and paid honour every day, (now) were miserable, and like everybody sank into grief, being served only by few.*’ Van Efeze schreef verder dat Justinianus ervoor zorgde dat de doden werden begraven. Het verslag van Johannes van Efeze is ons overigens enkel uit geschriften van anderen bekend. Zie voor een Engelse vertaling van wat ons dankzij pseudo-Dionysius of Tel-Mahre is overgeleverd: Pseudo-Dionysius of Tel-Mahre, *Chronicle (known also as the Chronicle of Zuqnin), Part III*, vertaald door W. Witakowski, uit de serie *Translated Texts for Historians, Volume 22*, Liverpool: Liverpool University Press 1996. Zie in deze vertaling p. 74 en verder over de Justiniaanse pest in het algemeen en meer specifiek p. 84 en verder over de pest in Constantinopel. Zie p. 91 voor Justinianus' beleid ten aanzien van begrafenissen in die tijd. De doden werden geplaatst in massagraven, op elkaar gestapeld en zelfs aangestampt zodat er ruimte was voor meer lijken in de graven. Zo werd de stad geleidelijk van haar lijken ontdaan. De inwoners hielden op met het tellen van de lijken toen er 300.000 doden van de straat waren gehaald, zie p. 87. Een enkeling bleef over in de grootse stad die ontelbaar veel inwoners had gehad.

34 Dit fragment is afkomstig uit het drieëntwintigste hoofdstuk van de *Anekdotia* van Procopius en uit het Oudgrieks vertaald door Komrij. Zie Procopius, *Geheime geschiedenis van Byzantium (6^e eeuw)*, Klassieke curiosa nr. 7, Amsterdam: Uitgeverij De Arbeiderspers 1970, p. 136.

Wat betreft de economische toestand in Constantinopel bevestigde een bisschop uit Syrië, Johannes van Efeze, hetgeen Procopius schreef: ‘De hele stad kwam tot stilstand alsof ze was vergaan.’³⁵ Winkels waren gesloten en de voedselvoorziening stopte. Hongersnood en economische malaise volgden.³⁶ Zo kreeg Constantinopel te maken met een torenhoge inflatie in de nasleep van de pandemie.³⁷

De huurders van bedrijfsruimten in Constantinopel in die tijd hadden wel wat anders aan hun hoofd dan de vraag of ze recht hadden op een vermindering van de huurprijs.³⁸ Justinianus’ codificatie die nog geen tien jaar eerder het licht zag, bevatte echter wel een aantal bepalingen die de huurders van bedrijfsruimten in Constantinopel een economisch sprankje hoop zou hebben kunnen bieden, zo zij daarin geïnteresseerd zouden zijn geweest. Het was namelijk goed gebruik in het Romeinse recht om de huur te verminderen in geval van buitengewone omstandigheden.

Onze huurovereenkomst gaat terug op de Romeinse consensuele overeenkomst die bekend stond als *locatio-conductio*.³⁹ *Locatio-conductio* omvatte niet alleen huur en verhuur van zaken, maar ook aanneming van werk, de arbeidsovereenkomst en pacht van landbouwgrond.⁴⁰ De aanbesteder, werknemer, verpachter of verhuurder kon als *locator* de *actio locati* instellen tegen de *conductor*, die op zijn beurt met de *actio conducti* kon ageren.

Verhuur van bedrijfsruimten, zoals cafés en winkels, kwam veel voor.⁴¹ Zo zijn in Pompeï inscripties gevonden waarin bedrijfsruimten te huur werden aangeboden: ‘Herberg te huur.

35 Zie in de vertaling van Witakowski [o.c. nt. 33], p. 88.

36 Zie Meier 2016 [o.c. nt. 27], p. 280.

37 De prijzen en lonen vertwee- of drievoudigden. Justinianus - die Gods hand zag in de pest en van mening was dat de overlevenden hun leven moesten beteren en niet moesten handelen uit winstbejag - greep in door te bepalen dat geen enkele handelaar, landarbeider of ambachtsman het mocht wagen om uit hoofde van welk beroep dan ook naar hogere prijzen of lonen te streven dan vanouds gebruikelijk was, zoals blijkt uit Novelle 122. In de preambule van deze Novelle verwees Justinianus naar de pestepidemie van 541-542. Wie in strijd met het bepaalde handelde, kreeg boetes en andere straffen, zie onder 1 en het slot van Novelle 122.

38 Zo schreef Johannes van Efeze (in de vertaling van Witakowski, zie o.c. nt. 33): ‘*from now on gold, silver and also all material goods were despised in everybody’s eyes. A frightful and zealous power laid hold of everything and therefore from now on nobody relied on either gold or other riches, but the faces of all were turned toward and prepared for the grave.*’

39 Titel 19,2 van de Digesten is gewijd aan de acties op grond van *locatio-conductio*.

40 Zie over de reikwijdte van de *locatio-conductio* bijvoorbeeld M. Kaser, *Handbuch der Altertumswissenschaft. Rechtsgeschichte des Altertums. Band X, 3.3.1. Das römische Privatrecht I: Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht*, München: C.H. Beck 1971, p. 562 en verder (§ 132).

41 Zie over de huurmarkt in het oude Rome bijvoorbeeld B.W. Frier, *Landlords and Tenants in Imperial Rome*, Princeton: Princeton University Press 2016 (herdruk van 1980). Een voorbeeld van een huurovereenkomst voor vijf jaar betreffende ‘*tabernae, pergulae*’ is te vinden in CIL iv. I136.

SPEELBAL DER OMSTANDIGHEDEN

Triclinium (d.w.z. eetkamer) met drie banken'.⁴² Ene Gnaeus bood winkels met de verdiepingen erboven te huur vanaf de eerste dag van juli.⁴³ Julia Felix zocht een huurder voor haar badhuis, dat bekend stond als het Venus badhuis en dat – volgens de adverteerder – was ingericht voor de beste mensen, met winkels, kamers boven de winkels en appartementen op de tweede verdieping.⁴⁴ Gnaeus en Julia zochten, net als veel andere eigenaren, een huurder voor het gehele pand. Die huurder verhuurde het pand op zijn beurt in delen.⁴⁵ Alfenus gaf een voorbeeld waarin een huurder een pand voor 30.000 sestertiën huurde en het vervolgens in delen onderverhuurde voor totaal 40.000 sestertiën.⁴⁶ Zo exploiteerden de eigenaar, de huurder en de onderhuurder, bijvoorbeeld de uitbater van een winkel, het pand in de hoop winst te maken, net zoals de pachter van landbouwgrond het land cultiveerde omwille van de verwachte opbrengst.

De Romeinen maakten tussen pacht van landbouwgrond en huur van bedrijfsruimten terminologisch geen onderscheid, zoals wij doen.⁴⁷ In beide gevallen verschaftte de *locator* tegen betaling het ongestoorde genot van een zaak aan de *conductor*, die recht had op de vruchten. In overeenstemming met het commerciële doel van de overeenkomst ging het om *uti et frui*.⁴⁸ In geval van pacht spraken de juristen dan ook van pacht ter vruchttrekking.⁴⁹ De Romeinen verstonden onder vruchten niet alleen de natuurlijke vruchten, zoals die groeiden in een tuintje of op een akker: huuropbrengsten van stedelijke erven waren ook vruchten.⁵⁰ Wat betreft de vruchten van een akker gold dat de pachter de eigendom verkreeg

42 Deze advertentie is gevonden op de zogenoemde 'olifanten'-herberg, dat wil zeggen de herberg die was versierd met een afbeelding van een olifant. De inscriptie luidde: '*Hospitium hic locatur – triclinium cum tribus lectis.*' Zie A. Mau, vertaald door F. Kelsey, *Pompeii. Its life and art*, New York/London: The Macmillan Company 1902, p. 400. Dit boek is sindsdien vaak herdrukt.

43 Zie voor een beschrijving van de inscriptie Mau 1902 [o.c. nt. 42], p. 489.

44 Zie voor een beschrijving van de inscriptie Mau 1902 [o.c. nt. 42], p. 490.

45 Zie over onderhuur in het Romeinse recht P.J. du Plessis, 'Subletting and the Roman law of Letting and Hiring: Interpreting C.4.65.6', *Revue Internationale des droits de l'Antiquité (RIDA)* 52 (2005), p. 131-144.

46 Zie D. 19,2,30pr.

47 Zie Kaser RP I [o.c. nt. 40], p. 565. Zie bijvoorbeeld D. 19,2,35pr., D. 19,2,24,2 en D. 19,2,25,1 [hierna nt. 49]. Deze fragmenten hebben zowel betrekking op huizen als op percelen grond.

48 Zie eveneens Kaser RP I [o.c. nt. 40], p. 565. De term *frui* kwam enkel voor in geval van commerciële huur of pacht, zie Du Plessis 2005 [o.c. nt. 45], p. 139: '*Where letting and hiring occurred purely for personal (as opposed to commercial) purposes such as habitation, different terminology was used and the term frui does not feature.*'

49 De term 'pacht tot vruchttrekking', *fruentum locavit* of *locaverit*, komt meermaals voor in de bronnen. Zie bijvoorbeeld D. 19,2,25,1, D. 19,2,35pr. en D. 24,3,7,1.

50 Zie D. 22,1,36, Ulpianus, *Het Edict LXI*: '*Praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur.*' Vertaling: 'Huuropbrengsten van stedelijke erven worden als vruchten beschouwd.' Deze vertaling is net als de vertalingen van andere fragmenten uit het *Corpus Iuris Civilis* die ik hierna gebruik afkomstig uit de serie *Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling* van Spruit c.s. Zie voor de term *frui* in geval van stedelijke erven bijvoorbeeld ook D. 19,2,35pr. In geval van dit laatste fragment kon de huurder de vruchten niet trekken, omdat hij de inkomsten uit onderhuur misliep nadat de eigenaar het door hem gehuurde pand had afgebroken. Zie over het begrip vruchten: P.J. du Plessis, *A history of remissio mercedis and related legal institutions* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2003, p. 139. Zie ook p. 303

van, bijvoorbeeld, het graan dat hij had verbouwd op het gepachte land na de oogst.⁵¹

De verpachter was verplicht het land in zodanige staat aan de pachter ter beschikking te stellen dat hij er vruchten van kon trekken.⁵² Er was sprake van wanprestatie als hij niet aan deze plicht voldeed en deze tekortkoming hem kon worden toegerekend. Er was eveneens sprake van wanprestatie als de verpachter de pachter stoorde, of als een derde die hij had kunnen tegenhouden de pachter stoorde.⁵³ De verpachter moest in zo'n geval het positieve contractsbelang vergoeden, dat wil zeggen dat hij niet alleen de pacht die de pachter had betaald, moest vergoeden, maar ook de de vruchten oftewel de winst die de pachter misliep door de wanprestatie van de verpachter. Hetzelfde gold als een huurder het door hem gehuurde gebouw had onderverhuurd, waarna de verhuurder het gebouw sloopte omdat hij er iets beters wilde bouwen zonder dat dit noodzakelijk was. De huurder kreeg niet slechts het bedrag dat hij zelf had betaald als huur (bijvoorbeeld 30.000 sestertiën), maar het bedrag dat hij zou hebben ontvangen van zijn onderhuurders (bijvoorbeeld 40.000 sestertiën).⁵⁴

Wat echter als een aardbeving, een uitzonderlijke storm, een oorlog of bijvoorbeeld een noodlottige brand roet in het eten gooide? Als de *locator* een garantie had gegeven, dan was hij daaraan gehouden, ook in geval van overmacht, aangezien er dan sprake was van een resultaatsverbintenis.⁵⁵ Als de *locator* geen garantie had gegeven, dan stond hij niet in voor de hoogte van de opbrengst. Op de *locator* rustte enkel de plicht om de zaak in zo'n staat ter beschikking te stellen aan de *conductor* dat hij er de vruchten van kon trekken.⁵⁶ Tegelijkertijd beseften de Romeinen dat de *conductor* met de handen in het haar zat als de opbrengst sterk gereduceerd was door één of andere ramp, zoals een hevige storm, een buitengewone hittegolf, een roofoverval, een sprinkhanen-, kraaien- of spreuwenplaag.⁵⁷

van P.W. de Neeve, 'Remissio Mercedis', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung* 100 (1983), p. 296-339.

51 Zolang het graan op het land stond, behoorde het toe aan de grondeigenaar. De opbrengst van het graan gebruikte de pachter onder meer voor het betalen van de pacht. Het kon zelfs zijn dat een deel van het graan bij wijze van pacht voor de verpachter was. Zie bijvoorbeeld C. 4,65,8. De keizer paste ook in dit geval de hierna te bespreken leer ten aanzien van huurprijzvermindering toe.

52 Zie bijvoorbeeld hierna op p. 21 het slot van D. 19,2,15,2.

53 Zie bijvoorbeeld D. 19,2,33 (*in fine*). Zie eveneens D. 19,2,15,8 betreffende een geval waarin een eigenaar het niet toeliet dat de pachter het pachtgenot uitoefende en zie, ten slotte, D. 19,2,24,5, een fragment over de erfgenaam van een verpachter die niet dulde dat de pachter de vruchten trok.

54 Zie D. 19,2,30*pr.*

55 Zie D. 19,2,9,2, Ulpianus, *Het Edict XXXII*: '*Julianus libro quinto decimo digestorum dicit, si quis fundum locaverit, ut etiam si quid vi maiori accidisset, hoc ei praestaretur, pacto standum esse.*' Vertaling: 'Julianus zegt in het vijftiende boek van zijn Digesten dat als iemand een perceel grond heeft verpacht met het beding dat ook zal worden ingestaan voor het geval dat zich enige overmachtssituatie zal voordoen, men zich aan die afspraak dient te houden.'

56 Zie hiervoor nt. 52.

57 Zie D. 19,2,15 (zie voor de tekst van dit fragment hierna p. 20). Zie voor wat betreft een roofoverval D. 19,2,34. Huurvermindering was bijvoorbeeld ook mogelijk in geval van een brand, zo blijkt uit D. 19,2,15,3. Mijns inziens impliceert deze tekst dat het ging om een noodlottige brand, dat wil zeggen dat

SPEELBAL DER OMSTANDIGHEDEN

De pachter had geïnvesteerd in zaaigoed en het cultiveren van het land. Als hij in zo'n geval de pachtsom onverminderd verschuldigd zou zijn, dan was het de vraag of hij dit financieel aankon.

De *conductor* had ingestemd met de pacht- of huursom in de veronderstelling dat een bepaalde opbrengst kon worden verwerkelijkt.⁵⁸ De pachter en de commerciële huurder waren de overeenkomst aangegaan ter vruchttrekking.⁵⁹ Zij hadden recht op het genot en de vruchten, *uti et frui*, net zoals de vruchtgebruiker.⁶⁰ De overeenkomst was gegrond op een zekere equivalentie tussen de pacht- of huursom en de verwachte opbrengst in geval van pacht of commerciële huur. De balans raakte niet verstoord in geval van een klein ongemak. Zoiets moest een *conductor* dapper dragen.⁶¹ Het mocht echter niet te gek worden.⁶²

geen van beide partijen iets hadden kunnen doen tegen het vuur. Zelfs gegronde angst voor een ramp was voldoende, zie D. 19,2,27,1, een fragment dat huur in de stad betreft. Een voorbeeld van huurvermindering in geval van een sprinkhanenplaag is te vinden in C. 4,65,18.

58 Zie Du Plessis 2003 [o.c. nt. 50], p. 13: ‘*The economic value of the property depended on its natural ability (frui) to produce a harvest capable of sustaining the financial expectations of both the landlord and tenant.*’

59 Zie hiervoor nt. 49.

60 Zie wat betreft vruchtgebruik D. 7,1,1, Paulus, *Op Vitellius* III: ‘*Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruenti salva rerum substantia.*’ Vertaling: ‘Vruchtgebruik is het recht om andermans zaken te gebruiken en er de vruchten van te trekken, mits de zaken zelf in stand blijven.’ Het zakelijke recht van gebruik en bewoning gaf daarentegen enkel recht op gebruik, *uti*, niet op *frui*, zo blijkt uit D. 7,8,1 en D. 7,8,2*pr.*, een fragment van Ulpianus, dat als volgt begint: ‘*Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest.*’ Vertaling: ‘Degene aan wie het recht van gebruik nagelaten is, kan gebruiken, maar de vruchten trekken kan hij niet.’

61 Zie D. 19,2,27*pr.*, een fragment van Alfenus, die naar aanleiding van een onvoorziene gebeurtenis die ertoe had geleid dat een deel van het appartement moest worden gesloopt het volgende schreef: ‘*Habitatores non, si paulo minus commode aliqua parte caenaculi uterentur, statim deductionem ex mercede facere oportet: ea enim condicione habitatorem esse, ut, si quid transversarium incidisset, quamobrem dominum aliquid demoliri oporteret, aliquam partem parvulam incommodi sustineret: non ita tamen, ut eam partem caenaculi dominus aperuisset, in quam magnam partem usus habitator haberet.*’ Vertaling: ‘Als gedurende een korte tijd enig deel van een appartement door de bewoners minder gemakkelijk gebruikt kan worden, behoren zij niet terstond een korting op de huurprijs toe te passen. Men is immers bewoner onder de voorwaarde dat men, mocht zich een onvoorziene gebeurtenis voordoen waardoor de eigenaar iets zou moeten slopen, een klein ongemak zal dragen. Dit gaat echter niet zo ver dat de eigenaar dat gedeelte van een vertrek zou mogen openbreken dat de bewoner in intensief gebruik had.’

62 Aldus Stefanus in scholion 2 op Basilica 20,1,15 (D. 19,2,15), BS 1180/24-31 (editie Scheltema). Het scholion luidt: ‘*Εἰ δὲ γέγονεν ὀλίσθημα ἢ ἐπὶ κλυσις πολλῶν ὑδάτων καὶ τὸ γόνιμον τῆς γῆς καρπῶν ἐντεῦθεν ἀπόλετο, τότε φαμὲν τὴν ζημίαν ἐπιγινώσκειν τὸν δεσπότην. Ὁ γὰρ μισθωσάμενος τὰ σπέρματα μόνον ζημιούται καὶ ἄτοπον αὐτὸν ἀπολοῦντα τὰ σπέρματα πρὸς τῇ ζημίᾳ ταύτῃ ἀναγκάζεσθαι καὶ τὸ μίσθωμα παρασχεῖν τοῦ ἀγροῦ. Εἰ δὲ γέγονεν ἡ λεγομένη ἐρυσίβη, ἥτις τὸν τῆς ἐλαίας καρπὸν εἴωθε διαφθεῖρειν, ἢ θερμότης ἡλίου παρὰ σύνηθεσ συμβάσα ἔβλαψε τοὺς καρπούς, ὁ δεσπότης ἐντεῦθεν βλαβήσεται.*’ Vertaling (met dank aan R. Meijering): ‘Als er een aardverschuiving heeft plaatsgevonden of een hevige overstroming en de vruchtbaarheid van het land daardoor teniet is gegaan, dan zeggen wij dat de eigenaar opdraait voor de schade. De pachter verliest namelijk alleen zijn zaaigoed; het zou al te gek zijn als hij nadat hij zijn zaaigoed al had verloren, gedwongen zou zijn bovenop deze schade ook nog eens de pachtsom te betalen. Als er roest [=schimmelinfectie] is

De overeenkomst ging teniet op grond van overmacht als genot van het gehuurde of gepachte onmogelijk was geworden op grond van buitengewone omstandigheden die buiten de macht lagen van de *locator* en de *conductor*.⁶³ Niemand, ook de *locator* niet, was gehouden het onmogelijke te presteren.⁶⁴ Zo was een verhuurder wiens woonkazerne noodlottig was afgebrand niet langer gehouden de huurder het huurgenot te verschaffen, net zo min als een verpachter verplicht was de verpachte akker ter beschikking te stellen aan de pachter als deze was verzwolgen bij een aardbeving.⁶⁵ Het tenietgaan van de overeenkomst hield in dat de huurder of de pachter niet langer hoefde te betalen. De *locator* droeg, met andere woorden, het risico van overmacht.⁶⁶ Ulpianus schreef:

‘Laten wij bezien of een verpachter aan zijn pachter iets moet vergoeden, indien een zware storm schade heeft aangericht. Servius meent dat de eigenaar jegens de pachter moet instaan voor ieder geweld waaraan geen weerstand kan worden geboden, bijvoorbeeld een overstroming, een kraaien- of spreuwenplaag en dergelijke gebeurtenissen, of een inval van de vijand; maar gebreken die uit de zaak zelf voortkomen komen ten nadele van de pachter, zoals wanneer wijn zuur wordt of wanneer gewassen bedorven worden door wormen of onkruid. Daarentegen is ook wanneer er een aardverschuiving plaatsvindt en deze de oogst heeft weggevaagd, de schade volgens Servius niet voor de pachter, om te voorkomen dat hij bovenop het verlies van het zaad ook nog eens gedwongen wordt de pachtsom voor het land te betalen. Zo is ook de schade voor de eigenaar, wanneer vorstschade de olijvenoogst heeft vernietigd of wanneer dit is gebeurd door een ongebruikelijke hittegolf. Als er echter niets buitengewoons gebeurt, is de schade voor de pachter. Dezelfde conclusie dient getrokken te worden, wanneer voorbijtrekkende soldaten in brooddrunkenheid iets wegnemen. Als daarentegen bouwland zo

opgetreden, die nogal eens de olijven wil aantasten, of een uitzonderlijke hitte de vruchten heeft bedorven, dan zal de eigenaar de schade daarvan dragen.’

- 63 Zie D. 19,2,15, hierna op p. 21. Zie ook D. 19,2,9,4, een fragment betreffende een kudde die was geroofd zonder dat de huurder of de verhuurder hier iets tegen had kunnen doen. Er was sprake van overmacht waardoor de overeenkomst tenietging, hetgeen ertoe leidde dat de huurder de al betaalde huursom als onverschuldigd kon terugvorderen.
- 64 Zie het adagium *Impossibilium nulla obligatio est* in D. 50,17,185. Wat betreft de door een aardbeving verzwolgen grond uit D. 19,2,15 verwoordde Stefanus de onmogelijkheid beeldend in het eerdergenoemde scholion [zie nt. 62] BS 1180/35-1181/3: ‘Εἰ δὲ καὶ σεισμοῦ γενομένου τῆς γῆς διαστάσης ὁ ἀγρὸς καταποθῆ, ὡς μηκέτι αὐτὸν φαίνεσθαι, ὁμοίως ὁ δεσπότης ζημιούται. Λέγει γὰρ ὁ μισθωσάμενος τῷ δεσπότη· δός μοι τὸν ἀγρὸν, ἵνα αὐτὸν καρπώσωμαι. Αὐτὸς δὲ ἀδυνατεῖ τὸν ἥδη καταποθέντα δοῦναι.’ Vertaling: ‘Ook als er een aardbeving is geweest waardoor de aarde uiteen is gespleten en de akker daarbij naar beneden is gestort, zodat hij niet meer zichtbaar is, dan is het wederom de eigenaar die de schade lijdt. De pachter zegt namelijk tegen de eigenaar: “Geef mij de akker, zodat ik er vruchten van kan oogsten!”, maar deze is niet in staat het reeds naar beneden gestorte te geven.’ Wederom is de vertaling afkomstig van R. Meijering.
- 65 Zie D. 19,2,9,1. Ook hier [zie hiervoor nt. 57] ging het ongetwijfeld om een noodlottige brand die niet kon worden toegerekend aan een van beide partijen. Stefanus benadrukte in het eerdergenoemde scholion [zie hiervoor nt. 62] dat het moest gaan om een noodlottige brand.
- 66 Deze risicoverdeling heeft in de literatuur geleid tot de term *periculum locatoris*. Zie bijvoorbeeld M. Kaser, ‘Periculum locatoris’, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung* 74 (1957), p. 155-200.

SPEELBAL DER OMSTANDIGHEDEN

door een aardbeving is getroffen dat het niet meer als zodanig bestaat, moet de eigenaar de schade dragen: het land behoort immers in een zodanige staat aan de pachter ter beschikking te worden gesteld dat deze er vruchten van kan trekken.⁶⁷

Ulpianus verwees, net als Africanus, wat betreft de oorsprong van de regel naar Servius Sulpicius Rufus.⁶⁸ Van een niet toerekenbare tekortkoming, oftewel van overmacht, was enkel sprake in geval van geweld waaraan geen weerstand kon worden geboden, *vis cui resisti non potest*.⁶⁹ De pachter bleef onverminderd verplicht tot het betalen van de pachtsom als de oorzaak voor het uitblijven van de vruchten in de zaak zelf lag, bijvoorbeeld als de wijn zuur was geworden of als de wijnranken minder opbrachten vanwege hun hoge leeftijd.⁷⁰ Gebreken van de zaak zelf, *vitia ex ipsa re*, stonden in dat opzicht tegenover geweld waaraan geen weerstand kon worden geboden, *vis cui resisti non potest*.

Het geweld waaraan geen weerstand kon worden geboden, moest bovendien buitengewoon zijn.⁷¹ Wat gewoon was, verschilde van plaats tot plaats. Stefanus gaf een toelichting naar aanleiding van Ulpianus' opmerking ten aanzien van een niet ongebruikelijke hittegolf door

67 Zie D. 19,2,15,2: '*Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. Sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. Sed et si uredo fructum oleae corruperit aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. Idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. Sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit.*'

68 Zie voor het schrijven van Africanus D. 19,2,35pr. Servius zou het onderscheid hebben ingevoerd naar het voorbeeld van bestaande agrarische gebruiken. Zie Du Plessis 2003 [o.c. nt. 50], p. 7 en p. 11. Huurprijvermindering zou zijn ontstaan in de praktijk omdat locator en conductor van elkaar afhankelijk waren. Zo was de Romeinse aristocratie voor haar inkomsten grotendeels afhankelijk van huur- en pachtopbrengsten. Zij had baat bij betrouwbare pachters en huurders. De landeigenaren waren in de praktijk in uitzonderlijke omstandigheden dan ook bereid gebleken om een betrouwbare huurder of pachter tegemoet te komen, als hij een ondraaglijk verlies leed, teneinde een financiële ondergang te voorkomen en het zodoende mogelijk te maken dat de pacht- of huurovereenkomst voort kon worden gezet, want daar hadden beide partijen op de lange termijn baat bij. Zie hierover ook hierna p. 23.

69 Zie voor de verhouding tussen de begrippen *vis cui resisti non potest* en *vis maior* Du Plessis 2003 [o.c. nt. 50], p. 21 en verder.

70 Zie voor het eerste voorbeeld D. 19,2,15 [zie hiervoor p. 20]. Zie voor het voorbeeld van de verouderde wijnranken: D. 19,2,15,5. Stefanus voegde hier in het eerdergenoemde scholion [zie nt. 62] nog een voorbeeld aan toe: als het gewas was vergrast ten gevolge van bremraap. Bremraap is een plant die parasiteerde op het gewas en eerder opkwam dan het gewas waardoor het de kieming van het gewas verhinderde (met dank aan R. Meijering).

71 Opvallend is dat schade door voorbijtrekkende soldaten in brooddronkenheid niet buitengewoon was, in tegenstelling tot een inval van de vijand. Ook elders in Justinianus' wetgeving blijkt dat voorbijtrekkende dronken soldaten niet buitengewoon zijn. Zo bepaalde de keizer in Novelle 130 dat hetgeen werd weggenomen door soldaten in die toestand telde als het hebben voldaan van een belasting. Zie hierover Du Plessis 2003 [o.c. nt. 50], p. 25.

te wijzen op een geval waarin uitzonderlijke hitte normaal was, aangezien hitte elke twee of drie jaar de vruchten een keer bedierf. In zo'n geval bleef de pachter verplicht tot het betalen van de pachtsom, aangezien het voorzienbaar was dat het zou gebeuren.⁷² De pachter hoefde de pachtsom daarentegen niet te betalen, indien zijn oogst was mislukt als gevolg van een buitengewone hittegolf.

Als de pacht- of huursom niet hoefde te worden betaald ten gevolge van geweld waaraan geen weerstand kon worden geboden, *vis cui resisti non potest*, dan had de *conductor* daarnaast geen recht op vergoeding van misgelopen winsten of gemaakte kosten, zoals de kosten van het zaaigoed.⁷³ Het ging, met andere woorden, niet om de vergoeding van het positieve contractsbelang, zoals in geval van wanprestatie. Africanus legde het verschil uit aan de hand van een geval waarin een pachter zijn verpachter - de 'u' in het fragment - vroeg om terugbetaling van de pachtsom:

‘dat u wel de door mij betaalde pachtsom moet teruggeven - vanzelfsprekend voor de periode dat ik het vruchtgenot niet hebt gehad -, maar met de actie uit pacht niet gedwongen kunt worden om nog meer te presteren. Want ook⁷⁴ als uw pachter door u of door een derde die u kunt beletten dit te doen verhinderd wordt van het perceel grond de vruchten te trekken, moet u hem een schadevergoeding betalen ter hoogte van het belang dat hij bij de vruchttrekking had, waarbij ook zijn winst meegerekend zal worden. Als hij daarentegen wordt gestoord door iemand die u als gevolg van een overmachtssituatie of door diens machtspositie niet kunt tegenhouden, bent u hem niet meer verschuldigd dan kwijtschelding of teruggave van de pachtsom.⁷⁵

72 Zie het eerdergenoemde scholion van Stefanus [zie o.c. nt. 62]. De voorzienbaarheid speelde eveneens een rol in D. 19,2,9,1, een ander geval dat Ulpianus besprak. Dit geval betrof een vijfjarige pachtvereenkomst, die voortijdig eindigde, omdat de vruchtgebruiker overleed die het land had verpacht. Marcellus vroeg zich af of de pachter recht had op een vergoeding van de uitgaven die hij had gedaan in de veronderstelling dat hij het perceel vijf jaar zou pachten. Een vergoeding was niet aan de orde volgens Marcellus omdat hij had moeten voorzien dat dit kon gebeuren. Ulpianus plaatste dit geval tegenover het geval van een verhuurde woonkazerne die plotseling was afgebrand.

73 Zie D. 19,2,15,7 en D. 19,2,33 (*in fine*). Beide fragmenten staan meteen hierna in de hoofdtekst.

74 Het woordje 'ook' slaat terug op het eerste deel van D. 19,2,33. Het fragment van Africanus begint namelijk met een verwijzing naar een geval waarin sprake was van onteigening en waarin het positieve contractsbelang moest worden vergoed. Africanus gaf eerst de mening van zijn leermeester Julianus, die opvallend genoeg tegengesteld lijkt te zijn aan die van Africanus. D. 19,2,33 roept dan ook veel vragen op. Het gaat echter het bestek van dit artikel te buiten deze vragen hier te beantwoorden. Voor dit artikel is enkel van belang dat Africanus' mening overeenkomt met de andere fragmenten uit het *Corpus Iuris* die zien op huurprijzvermindering in geval van buitengewone omstandigheden, zoals D. 19,2,15,2. Zie over de problemen bij de uitleg van D. 19,2,33 bijvoorbeeld A. Wacke, 'Dig. 19,2,33: Afrikans Verhältnis zu Julian und die Haftung für höhere Gewalt', in: H. Temporini & W. Haase (red.), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt: Geschichte u. Kultur Roms im Spiegel d. neueren Forschung. II Principat, Bd. 15. Recht (Methoden, Schulen, Einzelne Juristen)*, Berlin/New York: De Gruyter 1976, p. 456-496.

75 Zie D. 19,2,33 (*in fine*): '(...) *ut mercedem quam praestiterim restituas, eius scilicet temporis, quo fructus non fuerim, nec ultra actione ex conducto praestare cogaris. Nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui,*

SPEELBAL DER OMSTANDIGHEDEN

Vanzelfsprekend was het mogelijk dat niet alle vruchten verwoest waren als gevolg van de buitengewone omstandigheden die buiten de macht lagen van *locator* en *conductor*. In zo'n geval werd de pachtsom evenredig aan het verlies verminderd. Ulpianus:

'In alle gevallen waarin om bovengenoemde redenen met een pachtreductie rekening gehouden wordt, krijgt de pachter niet het bedrag van zijn belang, maar een evenredige kwijtschelding van de pachtsom. Tenslotte is hierboven uiteengezet dat schade aan het zaaigoed voor rekening van de pachter is.'⁷⁶

Door in zo'n geval van buitengewone omstandigheden, die aan geen van beide partijen konden worden toegerekend, de huur- of pachtsom naar evenredigheid te verminderen werd recht gedaan aan de grondslag van de overeenkomst die uitging van een zekere equivalentie tussen de pacht- of huursom en de verwachte opbrengst in geval van pacht of commerciële huur.⁷⁷ De balans werd als het ware hersteld. Een vermindering van de huur- of pachtsom verzachtte het verlies van de *conductor*, die er er net zomin als de *locator* iets aan kon doen dat de verwachte opbrengst uitbleef indien sprake was van geweld waaraan geen weerstand kon worden geboden, *vis cui resisti non potest*. Een pachter kon het geld dat hij uitspaarde dankzij de vermindering van de pachtsom onder meer gebruiken om zaad aan te schaffen teneinde nieuwe gewassen te laten groeien.

Het was niet alleen in het belang van de pachter, maar ook in het belang van de verpachter dat de pachter de bedrijfsvoering kon voortzetten.⁷⁸ Als de pachter de schade niet kon dragen, dan moest de verpachter op zoek naar een nieuwe pachter. Betrouwbare pachters waren niet altijd gemakkelijk te vinden.⁷⁹ Het kwam dientengevolge voor dat verpachters akkoord gingen met huurprijzvermindering, ook in gevallen waarin geen sprake was van buitengewone omstandigheden.⁸⁰ Het Romeinse recht bood partijen de mogelijkheid tot maatwerk, onderling of als partijen er zelf niet uitkwamen met behulp van de acties die werden beheerst door de goede trouw en die maakten dat de redelijkheid en de billijkheid

in quo etiam lucrum eius continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis.' De compilatoren van het Corpus Iuris lieten hierop een fragment van Gaius volgen (D. 19,2,34) dat aangaf dat hetzelfde geschiedde in geval van een roofoverval.

76 Zie D. 19,2,15,7, Ulpianus, Het Edict XXXII: '*Ubicumque tamen remissionis ratio habetur ex causis supra relatis, non id quod sua interest conductor consequitur, sed mercedis exonerationem pro rata: supra denique damnum seminis ad colonum pertinere declaratur.*'

77 Zie Du Plessis 2003 [o.c. nt. 50], p. 29.

78 Zie hiervoor nt. 68.

79 Zie Du Plessis 2003 [o.c. nt. 50], p. 8.

80 Zie C. 4,65,19. In deze constitutie geven de keizers Diocletianus en Maximianus duidelijk aan dat dit geen precedent schiep. Zie over vrijwillige huurprijzvermindering Du Plessis 2003 [o.c. nt. 50], p. 17.

uiteindelijk bepalend waren.⁸¹ Hetgeen Ulpianus schreef over *vis cui resisti non potest* schreef hij niet voor niets in zijn commentaar op de acties die werden beheerst door de goede trouw, zoals de *actio locati* en de *actio conducti*.⁸² De redelijkheid en billijkheid klinken eveneens door in de woorden van Gaius, die erop wees dat de schade draaglijk moest blijven in geval van *vis maior*, oftewel in geval van geweld groter dan de mensen, hetgeen de Grieken “godsgeweld” noemden:

‘*Vis maior*, door de Grieken “godsgeweld” genoemd, mag de pachter niet tot nadeel zijn, als de vruchten ernstiger zijn beschadigd dan draaglijk is. Voor het overige dient een pachter een matige schade gelijkmoedig te dragen; een overmatige winst wordt hem immers ook niet ontnomen...’⁸³

Wat betreft een overmatige winst was het echter in bepaalde gevallen redelijk dat de *conductor* de overmatige winst van latere jaren gebruikte om alsnog het bedrag te betalen waarmee de pachtsom in een eerder jaar was verminderd als gevolg van een misoogst.⁸⁴ Op

81 Zie Gaius’ opmerking dat men zich - onder meer in geval van *locatio conductio* - verbond jegens elkaar tot datgene wat men naar redelijkheid en billijkheid jegens elkaar behoorde te presteren. Zie Gaius’ Instituten 3,137.

82 Het fragment van Ulpianus was afkomstig uit het 32^e boek van zijn commentaar op het Edict van de praetor dat ging over de overeenkomsten die werden beheerst door de goede trouw. Uit een ander fragment van Ulpianus, D. 50,8,3,2, volgt eveneens hoe groot het belang was van de goede trouw, zelfs als partijen afspraken hadden gemaakt over huurprijzvermindering in geval van een misoogst. Het wederkerige karakter van de overeenkomst van *locatio conductio* maakte dat de overeenkomst werd beheerst door de redelijkheid en de billijkheid, oftewel de goede trouw, zie het in de vorige noot genoemde fragment uit Gaius’ Instituten.

83 Zie D. 19,2,25,6, Gaius, *Het Provincie-edict X*: ‘*Vis maior, quam Graeci θεοῦ βίαν appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus, quam tolerabile est, laesi fuerint fructus: alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur.*’ Het fragment eindigt met de, in het citaat niet opgenome, opmerking dat het voorgaande zag op de pachter die voor gereed geld pachtte.

84 Zie D. 19,2,15,4, Ulpianus, *Het Edict XXXII*: ‘*Papinianus libro quarto responsorum ait, si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit uberitas, nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem etiam eius anni quo remisit exigendam. Hoc idem et in vectigalis damno respondit. Sed et si verbo donationis dominus ob sterilitatem anni remisit, idem erit dicendum, quasi non sit donatio, sed transactio. Quid tamen, si novissimus erat annus sterilis, in quo ei remisit? Verius dicetur et si superiores uberes fuerunt et scit locator, non debere eum ad computationem vocari.*’ Vertaling: ‘Indien iemand zijn pachter wegens een misoogst voor één jaar een pachtreductie heeft verleend en er in de daaropvolgende jaren sprake is van een overvloedige oogst, dan zal, naar Papinianus in het vierde boek van zijn Adviezen zegt, de eigenaar van die reductie geen nadeel ondervinden; de gehele pachtsom dient dan namelijk ook voor het jaar waarin hij de reductie heeft verleend te worden geïnd. Hetzelfde advies heeft hij met betrekking tot schade inzake de cijns van overheidsgrond gegeven. En ook als de eigenaar wegens de misoogst van een bepaald jaar pachtreductie heeft verleend, moet hetzelfde gesteld worden, als ware dit geen schenking maar een schikking. Maar wat te doen als het onvruchtbare jaar, waarvoor hij hem de reductie heeft verleend, het laatste pachtjaar was? De meest juiste conclusie is dat de pachter, ook al waren de voorafgaande jaren overvloedig en weet de verpachter daarvan, dan niet voor verrekening aangesproken dient te worden.’ Wat betreft het laatste jaar gold dat de verpachter akkoord was gegaan met de vermindering wetende van de overvloedige voorafgaande jaren. Overmatige winst in eerdere jaren kon namelijk in de weg staan aan *remissio*, zie hierna in de hoofdtekst.

SPEELBAL DER OMSTANDIGHEDEN

dezelfde wijze kon overmatige winst behaald in eerdere jaren in de weg staan aan een vordering tot *remissio*.⁸⁵

De redelijkheid en de billijkheid maakten het mogelijk oog te hebben voor de belangen van beide partijen over een langere termijn. Zo liet Ulpianus geen twijfel bestaan over de - zoals wij zouden zeggen - aanvullende werking van de redelijkheid en de billijkheid met betrekking tot bedingen betreffende de betaling van de pachtsom in geval van misoogsten. De *bona fides*, oftewel de goede trouw, was bepalend:

‘Als echter bij de verpachting van percelen grond voor het geval van misoogsten ter beoordeling van een verstandig man een beding betreffende de betaling van de pacht van ieder jaar opgenomen is, moet na onderzoek van de in de pachtovereenkomst opgenomen regeling de goede trouw worden gevolgd.’⁸⁶

Keizer Alexander Severus bepaalde hetzelfde in het jaar 231, toen hij aan een pachter schreef dat er in overeenstemming met de goede trouw rekening met hem moest worden gehouden in geval van enig onheil van slechte weersomstandigheden of een ander gebrek in de atmosfeer.⁸⁷

De goede trouw bood de Romeinen zo de gelegenheid maatwerk te leveren in geval van buitengewone omstandigheden die aan geen van beide partijen waren toe te rekenen. Een enkele maal kwam het daarnaast voor dat van hogerhand huurprijzvermindering werd opgelegd zonder dat daarbij oog was voor maatwerk.⁸⁸ Zo vermeldde Caesar in zijn verslag van de burgeroorlog een maatregel die erop neerkwam dat bepaalde huurders een jaar lang geen huur hoefden te betalen.⁸⁹ Volgens de geschiedschrijver Suetonius ging het om huurders in Rome die minder dan 2000 sestertiën huur per jaar betaalden en huurders in

85 Zie bijvoorbeeld C. 4,65,8 (zie voor de tekst van deze constitutie hierna nt. 87). Zie over deze kwestie Du Plessis 2003 [o.c. nt. 50], p. 37.

86 Zie D. 50,8,3,2, Ulpianus, *Opinies* III: ‘*Sed si in locatione fundorum pro sterilitate temporis boni viri arbitrato in solvenda pensione cuiusque anni pacto comprehensum est, explorata lege conductionis fides bona sequenda est.*’

87 Zie C. 4,65,8, een rescript van keizer Alexander Severus uit het jaar 231 aan ene Sabinianus Hyginus: ‘*Licet certis annuis quantitibus fundum conduxeris, si tamen expressum non est in locatione aut mos regionis postulat, ut, si qua labe tempestatis vel alio caeli vitio damna accidissent, ad onus tuum pertinent, et quae evenerunt sterilitates ubertate aliorum annorum repensatae non probabuntur, rationem tui iuxta bonam fidem haberi recte postulabis, eamque formam qui ex appellatione cognoscet sequitur.*’ Vertaling: ‘Ook al hebt u het perceel grond voor een vast bedrag per jaar gepacht, indien ten minste in de verpachting niet tot uitdrukking is gebracht dan wel de regionale gewoonte vereist dat schade, als deze zich door enig onheil van slechte weersomstandigheden of een ander gebrek in de atmosfeer zou hebben voorgedaan, ten uwen laste zou komen, en niet zal worden aangetoond dat de misoogsten die zich hebben voorgedaan, gecompenseerd worden met de overvloed van andere jaren, zult u met recht eisen dat in overeenstemming met de goede trouw rekening met u wordt gehouden; en de rechter die op grond van het hoger beroep [hiervan] kennis zal nemen, zal deze regel volgen.’

88 Zie hierover bijvoorbeeld Du Plessis 2003 [o.c. nt. 50], p. 16.

89 Zie Caesar, *De Bello Civili* III, 21,1.

Italië tot een bedrag van 500 sestertiën.⁹⁰ Op steun van Cicero hoefde een dergelijke maatregel niet te rekenen:

“Laat ze in het huis van een ander wonen zonder huur te betalen.”

“Hoezo? Om je tegen mijn zin te laten profiteren van iets wat ik heb gekocht, gebouwd, onderhouden en bekostigd? Dat is toch hetzelfde als de een zijn eigendommen afpakken en de ander iets geven wat niet van hem is?”⁹¹

‘De zwarte dood’

Huurprijsvermindering in geval van de pest in het *ius commune*

In 1347 overviel de ‘zwarte dood’ het Europese continent. Tussen één derde en de helft van de bevolking kwam om door de pest.⁹² De grootste jurist in die tijd was Bartolus de Saxoferrato (1313-1357). Zijn aanzien was zo groot dat latere generaties zeiden dat niemand een goed jurist was als hij niet een Bartolus was: ‘*Nemo bonus iurista nisi bartolista*’.⁹³ Bartolus zag wat de pest aanrichtte in de Noord-Italiaanse steden waarin hij leefde en werkte. Hij sprak over de tijd van de sterfte in het jaar 1348, toen er zo’n grote pestepidemie was dat talloze mensen stierven. De pest was in zijn ogen een oorlog van God tegen de mensen, een strijd die voor de laatsten niet te winnen was. De vijandigheid van God was sterker dan de vijandigheid van de mensen, meende hij: ‘*hostilitas Dei fortior, quam hostilitas hominum*’.⁹⁴ De machteloosheid klinkt door in zijn woorden: geen mens kon tegen God op. De epidemie was, met andere woorden, een *vis cui resisti non potest*, zoals Gaspare Calderini (1345-

90 Zie Suetonius, *Divus Iulius* 38,2. De maatregel maakte volgens Suetonius onderdeel uit van een groot pakket aan giften dat volgde op Caesars “Ik kwam, ik zag, ik overwon”, zie Suetonius, *Divus Iulius* 37/38. Het is echter de vraag of de maatregel aan Caesar is toe te schrijven. Dio Cassius schreef de maatregel toe aan Marcus Caelius, die boos was omdat hij niet tot *praetor urbanus* was benoemd, zie Dio Cassius, *Historiarum* XLII, 22, 3-4. Zie hierover bijvoorbeeld T. Mayer-Maly, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht* (Wiener rechtsgeschichtliche Arbeiten Band IV), Wien/München: Verlag Herold 1956, p. 141.

91 Zie Cicero, *De officiis*, II,83. De vertaling is afkomstig van P. Silverentand, *Fatsoen*, Amsterdam: Athenaeum – Polak & Van Gennep 2019, p. 160.

92 Zie D. Harrison, *De Zwarte Dood: de Pandemie van de Pest*, Utrecht: Omniboek 2021, p. 19.

93 Zie O. Cavallar & J. Kirshner, *Jurists and Jurisprudence in Medieval Italy*, Toronto: University of Toronto Press 2020, p. 522. De Italiaanse manier, de ‘*mos italicus*’ waarop het recht werd beoefend naar het voorbeeld van Bartolus was van groot belang in de Middeleeuwen. Zie hierover, bijvoorbeeld, J.H.A. Lokin, W.J. Zwalve & C.J.H. Jansen, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 161 en verder. Zie ook F. Treggiari, in: S. Dauchy e.a., *The Formation and Transmission of Western Legal Culture: 150 Books that made the Law in the Age of Printing* (Studies in the History of Law and Justice. Volume 7), Cham: Springer 2016, p. 40 en verder.

94 Zie Bartolus’ *Commentaria in Digesti Novi ad D. 41,3,5* (lex Naturaliter, folium 109 in de editie die het eerste deel van het Bartolus’ commentaar op het *Digestum Novum* besloeg en is gedrukt in Lyon in 1555): ‘*Idem forte dicendum esset ex eadem aequitate, quod tempore mortalitatis instantis de anno domini 1348 pro ut scitis erat tanta pestilentia, iura non reddebantur in civitatibus et moriebant infiniti homines (...) illa hostilitas Dei fortior quam hostilitas hominum.*’

SPEELBAL DER OMSTANDIGHEDEN

1399) in Bologna schreef.⁹⁵ Gaspare was een jongeman toen zijn rechtsgeleerde vader Johannes in 1365 overleed aan de pest.⁹⁶ De epidemie was volgens Gaspare Calderini een *casus fortuitus*.⁹⁷

De kwalificatie van de pest als oorlog, oftewel als een *casus fortuitus*, zou het antwoord bepalen dat in de eeuwen die volgden, werd gegeven op de vraag of een huurder recht had op huurprijzvermindering vanwege de pest. De pest was namelijk niet een eenmalig verschijnsel. De ziekte greep bij vlagen om zich heen. Als we naar ons land kijken, dan zien we met name in de zeventiende eeuw grote uitbraken van de pest. Veel ondernemers zagen hun inkomsten kelderen. Zo verklaarden een aantal Amsterdamse herbergiers in 1618, dat zij door de pest het voorafgaande jaar slechts de helft van hun normale inkomsten hadden, niet alleen omdat vaste klanten waren gestorven, maar ook omdat anderen de stad meden.⁹⁸

Tegen die tijd was de *communis opinio* dat de pest hoorde tot de omstandigheden die kwijtschelding of vermindering van de huurprijs rechtvaardigden, in het Latijn *remissio mercedis*. Calderini had die conclusie reeds getrokken: Een *conductor* van een molen had wat hem betreft recht op vermindering van de huur als er een oorlog of een epidemie uitbrak waardoor hij geen gebruik kon maken van het gehuurde.⁹⁹ Gedupeerde huurders dankten het recht op *remissio mercedis* met name aan de gelijkstelling van de pest met een oorlog.¹⁰⁰ Zij

95 Zie voor de term ‘*vis cui resisti non potest*’ in het Romeinse recht hiervoor p. 21. Zie Calderini’s vijfde consilium in de titel ‘*De locato*’ onder ‘*Secundo*’ in I. Calderini & G. Calderini, *Consilia*, Rome: Adam Rot 1472. Dit boek bevat consilia van vader en zoon Calderini. Deze druk is een incunabel. De adviezen van vader en zoon zijn later bijvoorbeeld uitgegeven in Venetië in 1582 bij Bernardum Iuntam en zijn broers.

96 Zie https://amesfoundation.law.harvard.edu/BioBibCanonists/Report_Biobib2.php?record_id=r347 (voor het laatst geraadpleegd op 18 april 2022).

97 Zie eveneens consilium V in de titel ‘*De locato*’. Zie o.c. nt. 95.

98 Zie L. Noordegraaf & G. Valk, *De gave Gods. De pest in Holland vanaf de late Middeleeuwen*, Amsterdam: Bert Bakker 1996, p. 139.

99 Zie eveneens consilium V in de titel ‘*De locato*’. Zie o.c. nt.95.

100 Dat sprake was van een goddelijke oorlog was de *communis opinio*, zo bijvoorbeeld Della Ripa, *De peste libri tres*, Avignon: Jean de Channey 1522, folium 2 recto. Zie over hem in de hoofdtekst hierna p. 28, zie wat betreft de kwalificatie van de pest als oorlog hierna nt. 113. Ook van Previdelli verscheen een monografie over de pest, zijn *Tractatus legalis de peste* (Bologna: Giovanni Battista Faelli 1524). Hij noemde de pest eveneens een ‘*divina violentia*’ (zie p. 21 van zijn traktaat), daarbij verwijzend naar de glosse *minantur* bij D. 43,23,2, een tekst van Ulpianus over interdicten die de reiniging van het riool regelden. De reiniging was nodig, aldus Ulpianus, **want de vuiligheid van de riolen dreigde onder meer de lucht te verpesten als deze niet zouden worden gereinigd**: ‘*Nam et caelum pestilens et ruinas minantur immunditiae cloacarum, si non reficiantur.*’ De glosse *minantur* sprak van ‘*coelestes pestilentias*’, oftewel hemelse plagen. Previdelli vond God in de hemel en trok zo een conclusie die Ulpianus met geen mogelijkheid had kunnen voorzien. Previdelli’s traktaat was veel minder invloedrijk dan dat van Della Ripa. Naar deze laatste werd standaard verwezen door latere juristen. Hoe gemeengoed de kwalificatie van de pest als oorlog was, blijkt ook uit latere werken, zoals A. Wegens, *De locatione et conductione*. *Tractatus*, Leipzig/Eisleben: Johannis Diezel 1696, p. 370 en A. Barbosa & J.O. Tabor, *Thesaurus Locorum Communium Iurisprudentiae*, Cologne: Marci-Michaelis Bousquet et sociorum 1737, p. 111, nr. XIII.

toonden zich uitstekende Bartolisten toen zij, geheel in de geest van Bartolus, het *Corpus Iuris Civilis* ruim interpreteerden met het oog op de behoeften van de samenleving waarin zij leefden door te stellen dat de pest, zijnde een oorlog van God tegen de mensen, net zo goed als elke andere oorlog recht gaf op *remissio mercedis*.¹⁰¹

Wat betreft de pest en *remissio mercedis* verwijzen latere vijftiende-, zestiende- en zeventiende eeuwse juristen steevast naar Della Ripa, een heuse *maestro* van de Bartolistische methode, oftewel de *mos italicus*.¹⁰² Della Ripa (c. 1480-1535), die in Pavia de doctorstitel in beide rechten had verworven, was hoogleraar te Avignon toen die stad werd getroffen door de pest.¹⁰³ Hij publiceerde als eerste een monografie over de pest in 1522.¹⁰⁴ Op dat moment was het niet vanzelfsprekend dat hij zonder enige twijfel de *conductor* recht op *remissio* gaf.

Zo verbood koning Alfonso de Tweede van Napels in 1494 kwijtschelding van de huur in

101 Het *Corpus Iuris Civilis* bepaalde uitdrukkelijk dat een *conductor* recht had op *remissio mercedis* in geval van oorlog, zie bv. 19,2,15,2 [zie hiervoor op p. 20] waarin Ulpianus sprak over een inval van een vijand. Zie voor deze redenering bijvoorbeeld Petrus Pacionus die een monografie schreef over de *locatio conductio* in 1677: ‘*Pestis est bellum Divinum, et ideo valet argumentum à bello ad pestem.*’ Hij voegde vele verwijzingen toe teneinde duidelijk te maken dat het de heersende leer was. Zie P. Pacionus, *De locatione et conductione. Tractatus*, Roma: Nicolai Angeli Tinassij 1677, folium 459, Cap. XLVI, nr. 7, p. 459. Als gevolg van de kwalificatie als oorlog behandelden veel juristen de pest samen met oorlog als *casus fortuitus*, zie naast Della Ripa en Previdelli [o.c. nt. 100] bijvoorbeeld Egidio Bossi (1488-1546) uit Milaan die pest en oorlog gelijkstelde, zie zijn *Tractatus Varii*, Lyon: Jacobi Juntae 1562, p. 716. Zie ook Vincenzo Caroccio (1547-1623), *Tractatus de locatione et conductione*, Keulen: Kinckius 1631, p. 1067. De eerste editie van dit werk verscheen in 1584. Zie voorts Francisco Vivio (1532-1616), *Communium Opinionum Doctorum Utriusque (Liber Primus)*, ed. Aquilae 1582, opinio CXXX, p. 122 en Horatius Carpanus (1496-1549), *Iurisconsulti in alteram partem iuris municipalis Mediolanensis*, Milaan: Paulus Gottardus Pontius 1585, p. 172.

102 Ascheri noemde Della Ripa een *maestro* van de *mos italicus*, zie: M. Ascheri, *Un maestro del ‘mos italicus’*: *Gianfrancesco Sannazari della Ripa (1480c.-1535)*, Studi Senesi 22, Milaan: A. Giuffrè 1970.

103 Dat Della Ripa had gestudeerd in Pavia en daar de doctorstitel behaalde, blijkt uit het voorblad van zijn monografie over de pest (te vinden na de inhoudsopgave). Het opleven van de pest blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat in veel Zuid-Franse steden indertijd speciale pest ziekenhuizen werden gebouwd. Zie voor een overzicht p. 3 van N. Murphy, ‘Plague Hospitals, Poverty and the Provision of Medical Care in France, c. 1450–c.1650’, *Journal of Social History* 2021, p. 1-29.

104 Dat Della Ripa de eerste was die een monografie over de pest schreef, blijkt uit de chronologie van de monografieën over de pest. Zijn werk kreeg de titel ‘*De peste libri tres*’ en werd voor het eerst gedrukt in Avignon in 1522 [o.c. nt. 100]. Zie hierover ook W. Druwé, ‘De rechtsgeleerde omgang met pestepidemieën’, *Pro Memoria. Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis der Nederlanden* 22/2 (2020), p. 83-102, p. 85. Da Ripa’s tractaat was zo populair dat het meerdere malen is herdrukt, in verschillende plaatsen: Lyon (1538 en 1542), Venetië (1551), Turijn (1574) en Leipzig (1598). Zie voor de details van deze herdrukken Druwé, p. 85, nt. 12. Mijn indruk is dat de herdrukken doorgaans de titel kregen ‘*Tractatus de peste*’. Uit de voorbladen van de herdrukken blijkt bovendien dat Della Ripa als hoogleraar was teruggekeerd naar zijn *alma mater*, de universiteit van Pavia. Hij was daar in 1532 of 1533 hoogleraar geworden. Zie over het leven van Gianfrancesco Sannazari della Ripa: Ascheri [o.c. nt. 102].

geval van pest.¹⁰⁵ Er was indertijd in Napels een geschil ontstaan tussen de huurders en de verhuurders, oftewel de eigenaren van de huizen. Toen de pest voorbij was, vroegen de eigenaren om betaling van de huur. De huurders zeiden echter dat ze niet in de huizen hadden kunnen wonen vanwege de pest die over hen kwam. Ze waren de stad uitgetrokken. De koning en zijn raad twijfelden of de huurders recht hadden op kwijtschelding van de huur. De koning besloot, op verzoek van de heren van de raad, dat er geen grond was voor kwijtschelding.¹⁰⁶ Zouden de heren van de raad hier zelf belang bij hebben gehad als eigenaren van verhuurde huizen?

Anderen zagen in de pest wél een grond voor kwijtschelding of vermindering van de huur. Naast Calderini, valt Baldus (1327-1400) op, de bekendste leerling van Bartolus. Baldus noemde overvallen door rovers in één adem met een *alia pestis* als omstandigheden die aanleiding gaven tot *remissio*.¹⁰⁷ Gelet op zijn woordkeuze lijkt Baldus met *pestis* niet de pestepidemie, maar meer in het algemeen een of andere plaag te bedoelen. Eén van de voorbeelden die hij gaf, duidt echter wel op de pest. Baldus besprak het geval van een *conductor* die een pachtsom betaalde om tol te mogen innen.¹⁰⁸ Hij had volgens Baldus recht op vermindering van de pachtsom toen er niemand meer langskwam vanwege *mortalitas*. Baldus had het hoogstwaarschijnlijk over de pest gelet op de inhoud van het fragment, gelet op de tijd waarin hij leefde en gelet op het feit dat de term *mortalitas* toen werd gebruikt ter aanduiding van de pest.¹⁰⁹

Ook Panormitanus (1386-1445) zag in de pest een grond voor kwijtschelding of vermindering van de huur.¹¹⁰ Hij achtte *remissio mercedis* redelijk, aangezien er sprake was

105 Zo blijkt uit een besluit van het hof te Napels, opgetekend door Matthaëus de Afflictis (c. 1447-1523). Zie *Decisiones sacri regii consilii Neapolitani*, Lyon: L.A. Junctae 1552, decis. 258 (p. 440). De Afflictis werkte vanaf 1490 bij het hof in Napels en was lid van de koninklijke raad van 1495 tot 1501. Zie E. Holthöfer, 'de Afflictis, Matthaëus', in: M. Stolleis (red.), *Juristen: ein biographisches Lexikon; von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, München: Beck 1995, p. 153-155. Zijn verzameling is voortgezet door Thomas Grammaticus, die leefde van 1473-1556.

106 Dat besluit werd ingeschreven op 13 juni 1494.

107 Zie Baldus' commentaar op C. 4,65,8 folium 126 recto, nr. 3 in de editie van 1551, die in delen is gedrukt in Lyon. Dit deel bevat het commentaar op het vierde en vijfde boek van de Codex.

108 Zie eveneens Baldus' commentaar op 4,65,8 (zie o.c. nt. 107). Zie voor de *conductor* van een *pegadium*: folium 126, recto, nr. 5.

109 Zie s.v. *mortalitas* in C. du Cange et. al., *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, éd. augm., Niort: L. Favre 1883-1887, t. 5, col. 524a. Het woord werd op dezelfde wijze gebruikt in Britse Middeleeuwse bronnen, zie s.v. *mortalitas* nr. 3 in *The Dictionary of Medieval Latin from British Sources (DMLBS)*, online beschikbaar via <http://www.dmlbs.ox.ac.uk/web/online.html> (voor het laatst geraadpleegd 22 maart 2022).

110 Panormitanus was een abt, wiens naam Niccolò Tedeschi was. Hij hield zich met name bezig met het canonieke recht. Zie over hem K.W. Nörr, *Kirche und Konzil bei Nicolaus de Tudeschis (Panormitanus), Forschungen zur kirchlichen Rechtsgeschichte und zum Kirchenrecht IV*, Keulen: Böhlau 1964. Panormitanus schreef over de *remissio mercedis* naar aanleiding van een decreetale van Paus Gregorius IX (c. 1170-1241): de decreetale 'Propter sterilitatem' (X. 3.18.3). Zie het zesde deel van zijn *Commentaria in tertium decretalium librum*, Venetië: Juntas 1588, folium 137, recto. Gregorius IX

van angst voor de dood, waarmee hij verwees naar een Digestenfragment van Alfenus over huurders die uit vrees waren verhuisd: Alfenus schreef dat er geen huur was vereist, indien er reden was geweest om gevaar te vrezen.¹¹¹ Panormitanus achtte het verder van belang dat de pest een wettige reden was om niet in de rechtbank te verschijnen.¹¹²

Toen Della Ripa zijn monografie over de pest schreef in 1522, bouwde hij voort op onder meer Bartolus, Baldus, Calderini en Panormitanus. Hij verwees naar de *communis opinio* dat de pest een oorlog van God was, waaraan menselijke machten geen weerstand konden bieden.¹¹³ Della Ripa leidde hieruit kennelijk af dat hij de gevallen kon overnemen, waarin de *conductor* recht had op *remissio mercedis* als gevolg van oorlog. Wat betreft commerciële huur valt het geval op dat Bartolus besprak waarin een groot huis was gehuurd om studenten en reizigers in te huisvesten, een soort herberg. Bartolus besprak wat rechtens was als er een oorlog uitbrak die ervoor zorgde dat de studenten vertrokken en de reizigers niet kwamen.¹¹⁴ De huurder bleef met zijn familie in het huis wonen. Della Ripa nam dit voorbeeld over, maar liet de studenten vertrekken en de reizigers niet komen vanwege de pest.¹¹⁵ Moest de huurder nu de hele huursom betalen of had hij recht op vermindering van de huursom? Het beoogde gebruik (*'usus destinatus'*) was doorslaggevend volgens Bartolus en, in navolging van hem, Della Ripa.¹¹⁶ De huurder had geen recht op *remissio* als hij het huis hoofdzakelijk (*'principaliter'*) had gehuurd als woning. Als echter uit de overeenkomst of uit de omstandigheden bleek dat het gebouw in de eerste plaats was gehuurd om dienst te doen als herberg, dan had de huurder recht op *remissio*, indien het inkomensverlies zo groot was dat er geen sprake meer was van een gematigde schade, oftewel een *damnum modicum*, want die moest de huurder dapper dragen.¹¹⁷ Volgens Della Ripa gold hetzelfde

bepaalde wat betreft pachters van kerken (kort samengevat) dat *sterilitas* door een *casus fortuitus* recht gaf op *remissio*, tenzij de *sterilitas* werd gecompenseerd met de *ubertas* van het voorgaande of het volgende jaar. Zie voor Panormitanus' opvatting betreffende huurprijsvermindering in geval van pest folium 137, verso, nr. 8.

111 Zie D. 19,2,27,1.

112 Zie eveneens folium 137, verso, nr. 8 van Panormitanus' *Commentaria* [o.c. nt. 110].

113 Hij verwees hiervoor onder meer naar Bartolus (zie hiervoor p. 26 voor Bartolus' stelling dat de pest een oorlog van God tegen de mensen was), naar Bartolus' leerling Baldus (1327-1400) en diens leerling Johannes van Imola (c. 1370-1436). Johannes van Imola hield zich met name bezig met het canonieke recht. Zie wat betreft Imola's schrijven dat de pest een goddelijke oorlog was zijn vierde opmerking bij de decretale *'Cum non liceat'* in de titel *'De praescriptionibus'* (X.2.26.12), die te vinden is in zijn boek *Super Secundo Decretalium*, verschenen in 1549 te Lyon, folium 163, recto, nr. 4. Della Ripa stelde de vraag wat de pest eigenlijk was (zie in zijn boek folium 1, verso, nr. 4). Hij meende dat het ging om een besmettelijke ziekte, die werd veroorzaakt door de besmetting van lucht of voedsel en gaf vervolgens aan dat de ziekte te omschrijven was als een oorlog van God. Zie Di Ripa 1522, folium 2, nr. 9-11.

114 Bartolus *ad* (D. 19,2,60*pr.*) *Cum in plures* (folium 126, verso, in de editie van zijn commentaar op het *Digestum Vetus* die is gedrukt te Lyon in 1581).

115 Zie vanaf *'Sed pone'*, folium 6, recto, in de editie van 1522 [o.c. nt. 100].

116 Zie folium 6, verso, nr. 18 in de editie van 1522 [o.c. nt. 100].

117 Zie D. 19,2,25,6 (zie hiervoor p. 24). Della Ripa noemde een aantal omstandigheden die een indicatie waren dat het pand hoofdzakelijk als herberg was gehuurd, bijvoorbeeld dat het gebouw een herberg was, dat de huurder een herbergier was of dat het een enorm pand betrof dat was gehuurd door een kleine

voor de aan een oorlog gelijkgestelde pest als voor elke *casus fortuitus* in het *Corpus Iuris Civilis*.

Della Ripa volgde Bartolus en Baldus wat betreft de vaststelling wanneer een *damnum modicum* omsloeg in een ondraaglijke schade die recht gaf op kwijtschelding of vermindering van de huur- of pachtsom.¹¹⁸ Baldus stelde op grond van de Romeins-rechtelijke bronnen dat de *conductor* recht had op *remissio* in geval van *sterilitas*.¹¹⁹ *Sterilitas* vereiste volgens Baldus in de eerste plaats dat het werk en de uitgaven *inutil*, oftewel onrendabel, waren.¹²⁰ Dat was echter niet voldoende: voor de vaststelling van *sterilitas* werd in zijn tijd namelijk aansluiting gezocht bij het begrip *laesio enormis*, oftewel buitengewone benadeling, een begrip uit het recht met betrekking tot de koopovereenkomst. Een constitutie uit het jaar 285 bepaalde dat de rechter een koopovereenkomst kon ontbinden op grond van buitengewone benadeling als de koopprijs lager was dan de helft van de werkelijke waarde oftewel de rechtvaardige prijs, de *iustum pretium*.¹²¹

Jacques de Révigny (c. 1230-1296), hoogleraar te Orléans, lijkt de eerste te zijn geweest, die het *laesio enormis*-criterium toepaste in het kader van de *remissio mercedis* door te stellen dat van *sterilitas* sprake was als het gehuurde minder dan de helft opbracht van wat normaal was.¹²² Bartolus hanteerde hetzelfde vereiste (*‘ultra dimidiam iusti pretii’*).¹²³ Bartolus vond kennelijk dat hij moest uitleggen waarom een regel uit het kooprecht werd toegepast in het kader van de *locatio conductio*: hij schreef dat het op een bepaalde manier leek alsof de *conductor* de toekomstige vruchten kocht.¹²⁴ Zijn voorbeeld betrof de pacht van een landgoed. Hij schreef: ‘U weet dat als toekomstige vruchten worden verkocht en

familie. Zie folium 7, recto in de editie van 1522 [o.c. nt. 100]. Zie voor Della Ripa’s onderscheid *damnum modicum-damnum immodicum* folium 5, verso, nr. 17 in de editie van 1522 [o.c. nt. 100].

118 Zie folium 5, verso, nr. 17 in de editie van 1522 [o.c. nt. 100].

119 Zie Baldus’ commentaar op C. 4,65,8 folium 126, recto, in de editie van 1551 [o.c. nt. 107].

120 Zie voor Baldus’ definitie van *sterilitas* nr. 2 van zijn commentaar op C. 4,65,8, folium 126, recto [o.c. nt. 119].

121 Zie C. 4,44,2, een rescript van de keizers Diocletianus en Maximianus, dat wellicht door Justinianus is geïnterpoleerd, zie R. Zimmermann, *The law of obligations: Roman foundations of the civil law tradition*, Oxford: Oxford University Press 1996, p. 260. De koper kon aan ontbinding ontkomen door de prijs aan te vullen tot de *iustum pretium*.

122 Zie hierover Du Plessis 2003 [o.c. nt. 50], p. 82 en J.-D. Harke, *Locatio conductio, Kolonat, Pacht, Landpacht* (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte Band 48), Berlijn: Duncker & Humblot 2005, p. 43.

123 Zie Bartolus’ *ad* (D. 19,2,25,6) ‘*Vis maior*’, folium 124, recto, in de editie van zijn commentaar op het *Digestum Vetus*, die is gedrukt te Lyon in 1581. Volgens Bartolus was niet langer sprake van een *damnum modicum*, maar van schade ‘*intolerabile*’ als aan dit criterium was voldaan. Zie over het door Bartolus gehanteerde criterium Du Plessis 2003, p. 86 [o.c. nt. 50] en Harke 2005 [o.c. nt. 122], p. 44.

124 Zie Bartolus’ *ad* (D. 19,2,25,6) ‘*Vis maior*’, folium 124, recto [o.c. nt. 123].

niet groeien, de prijs niet is verschuldigd.’¹²⁵ De prijs die werd betaald, was volgens Bartolus afgestemd op de verwachte opbrengst. Zo stelde hij met betrekking tot het geval van de herbergier dat het huren van een herberg meer kost dan een huis om in te wonen. Bartolus ging er, met andere woorden, vanuit dat er een bepaalde equivalentie was tussen de huur- of pachtsom en de verwachte opbrengst.

Dit was geen nieuwe gedachte: De glosse van Accursius (+/- 1240) introduceerde het beginsel van een zekere equivalentie tussen de wederzijdse prestaties als grondslag voor de *remissio mercedis*.¹²⁶ De glosse meende dat de balans hersteld moest worden als deze was verstoord. Het mechanisme werkte wat de glosse betreft beide kanten op: naast het kwijtschelden of verminderen van de huurprijs in geval van onvoorziene omstandigheden die buiten de macht van partijen lagen en voor verlies zorgden, moest de huur- of pachtsom volgens de glosse worden verhoogd als de *conductor* bovenmatige winst maakte, een gedachte die moeilijk verenigbaar lijkt met het *Corpus Iuris Civilis*.

De gedachte van een zekere equivalentie tussen de wederzijdse prestaties was in Bartolus' tijd dus niet vreemd: niet alleen volgde het idee uit de glosse, maar ook, meer in het algemeen, won de *iustum pretium*-leer aan populariteit dankzij het canonieke recht dat vereiste dat bij wederkerige overeenkomsten de prestaties van partijen over en weer met elkaar in balans waren.¹²⁷ De gedachte ging in het kerkelijke recht terug op filosoof en theoloog Thomas van Aquino (c. 1225-1274), die onder meer aan de hand van Aristoteles uitging van wederzijdse rechtvaardigheid. Elke afwijking van de *iustum pretium* was volgens hem een zonde.¹²⁸ De juristen gingen om die reden de Romeinsrechtelijke teksten zo interpreteren dat ze meer in overeenstemming werden gebracht met het recht van de kerk. De gedachte dat wederzijdse prestaties evenredig moesten zijn, leidde tot extensieve interpretatie van de *iustum pretium*-leer.¹²⁹ Zo kon niet alleen de verkoper die een te lage

125 Zie Bartolus' *ad* (D. 19,2,25,6) '*Vis maior*', folium 124, recto [zie o.c. nt. 123]: '*Vos scitis quod si fructus futuri venduntur et non nascuntur, pretium non debetur.*' Bartolus doelde met deze opmerking op D. 18,1,8*pr.*

126 Zie hierover Du Plessis 2003 [o.c. nt. 50], p. 77.

127 Zie hierover Du Plessis 2003 [o.c. nt. 50], p. 66. Zie meer in het algemeen ook J. Hallebeek, 'De *iustum pretium*-leer en het evenredigheidsbeginsel' (uit de serie: Rode draad 'Historische wortels van het recht'), AA 2013, p. 59-64.

128 Zie hierover W. Decock, *Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius Commune*, Leiden: Brill 2013, p. 532/533.

129 Zie Hallebeek 2013 [o.c. nt. 127], p. 60. De kerkelijke rechtbanken hadden van de paus de bevoegdheid gekregen om in te grijpen als de verhouding tussen de wederzijdse prestaties was verstoord. Hallebeek: 'De legisten stonden derhalve voor een dilemma. Moesten zij erkennen dat het Romeinse recht, buiten het geval van de verkoop van een onroerende zaak voor minder dan de helft van de gerechte prijs, geen mogelijkheden kende om benadeelde contractanten te hulp te komen, waar de kerkelijke gerechten dat met de restitutie-leer wel konden? Of moesten zij door (mis)interpretatie van Romeinse teksten aantonen dat het *Corpus iuris* zelf ook de gewenste oplossing kon bieden? Veelal werd voor het laatste gekozen, zonder overigens het onderliggende motief – in de literatuur treffend aangeduid als *saving the face of Roman law* – te onthullen.' De Middeleeuwse legisten kozen derhalve voor extensieve interpretatie van

prijs had ontvangen zich op de regel beroepen, maar ook de koper die te veel had betaald.¹³⁰ Bovendien gingen de Middeleeuwse juristen de *iustum pretium*-leer toepassen als er geen sprake was van een koopovereenkomst, maar van een andere overeenkomst, zoals een huurovereenkomst, hetgeen het mogelijk maakte dat het *laesio enormis*-criterium uit de *iustum pretium*-leer een rol speelde bij de *remissio mercedis* zonder dat daarvoor een twijfelachtige constructie nodig was, zoals die van Bartolus, die de *conductor* probeerde te kwalificeren als de koper van de toekomstige vruchten.¹³¹

Zo verbaast het niet dat Della Ripa en andere juristen naar het voorbeeld van De Révigny en Bartolus stelden dat er sprake was van ondraaglijke schade als de opbrengst minder was dan de helft.¹³² De grote vraag was of het ging om minder dan de helft van de huursom, om minder dan de helft van de gebruikelijke opbrengst, of om nog wat anders?¹³³

Zonder kritiek bleef de toepassing van het *laesio enormis*-criterium niet in het gemene recht. Zo erkende Glück (1755-1831) dat de toepassing van het vereiste weliswaar de heersende leer was, maar hoorde het criterium wat hem betreft niet thuis in het kader van de *remissio mercedis*, omdat de oorzaak van de benadeling, de *laesio*, gelegen was in een ‘*bloß Zufall*’ dat pas opkwam na het sluiten van de overeenkomst en *unafwendbar* was.¹³⁴ Ook in de Nederlanden klonk kritiek, bijvoorbeeld van Abraham van Wesel (1635-1680), die een

de *iustum pretium*-leer. Zie over extensieve interpretatie van de *iustum pretium*-leer ook Zimmermann 1996 [o.c. nt. 121], p. 262.

¹³⁰ Zie over de extensieve interpretatie Decock 2013 [o.c. nt. 128], p. 531.

¹³¹ Bartolus' constructie was mijns inziens twijfelachtig, omdat deze de *locatio conductio* in het hart raakte en er weinig van heel liet: de *locator* maakte een metamorfose door tot verkoper en de *conductor* werd koper. Dat de *conductor* recht had op *uti en frui* (zie hiervoor p. 17) betekende naar mijn mening niet dat hij de vruchten kocht. Het betekende dat eventuele vruchten hem toekwamen.

¹³² Zie Della Ripa 1522 [o.c. nt. 100], folium 5, verso, nr. 17. Zie hierover Ascheri 1970 [o.c. nt. 102], p. 28 en Du Plessis 2003 [o.c. nt. 50], p. 138. Verder noemden bijvoorbeeld Pacionus 1677 [o.c. nt. 101], Cap. XLVII, nr. 34, p. 474 en Cosmo Nepita, een jurist van Sicilië, het de *communis opinio*. Nepita schreef een commentaar op de gebruiken van Catania en het koninkrijk Sicilië, ed. 1594, p. 256, nr. 6. Ook de Duitser Glück gaf aan dat de meesten deze mening waren toegedaan: ‘*Die meisten wollen daher die Größe des Schadens nach den Grundsätzen einer Verletzung über die Hälfte beurtheilt wissen.*’ Glück zelf achtte de *laesio enormis*-regel niet van toepassing, zie C.F. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Ein Commentar* (17^e deel, 1^e afdeling), Erlangen: Johann Jacob Palm 1815, § 1056, p. 464/465.

¹³³ Della Ripa gaf verschillende mogelijkheden met verwijzingen, zie Della Ripa 1522 [o.c. nt. 100], folium 5, verso, nr. 17. Della Ripa verwees in de eerste plaats naar juristen die meenden dat het ging om minder dan de helft van de huursom. Hem leek het echter beter te kijken naar de gebruikelijke opbrengst. Ook andere opvattingen gaf hij weer: zo vereiste Panormitanus (zie over hem hiervoor nt. 110) zelfs dat de opbrengst minder was dan een derde. Onder meer Vivio (ed. 1582 -o.c. nt. 101-, opinio CXXI, p. 122) stelde wel de huurprijs centraal: hij meende dat de *conductor* geen *remissio* kreeg als de schade niet meer dan de helft van de ‘juiste prijs’ bedroeg, dat wilde volgens hem zeggen dat de *conductor* na aftrek van de kosten minder had verdiend dan de helft van de te betalen huursom. Daarnaast was er een stroming die het oordeel of er sprake was van ondraaglijke schade aan de rechter wilde laten, zie hierover Glück 1815 [o.c. nt. 132], p. 466, nt. 72. Zo in ons land bijvoorbeeld Van Wesel, zie hierna p. 34.

¹³⁴ Zie Glück 1815 [o.c. nt. 132], p. 465.

tractaat schreef over de *remissio mercedis*.¹³⁵ Hij meende dat het aan de rechter was om - zoals wij zouden zeggen - aan de hand van alle omstandigheden van het geval te beoordelen of er sprake was van ondraaglijke schade.¹³⁶ Hij moest daarbij de aard van de overeenkomst meewegen: daaruit volgde dat de huur- of pachtsom werd betaald ‘*in compensationem fructuum percipiendorum*’, oftewel als compensatie voor de te ontvangen vruchten.¹³⁷

Van Wesel was, overigens, in nog een ander opzicht iemand die zich weinig aantrok van de heersende leer. Hij trok de grondslag in twijfel waarop het gemene recht de huurder recht gaf op *remissio*. In zijn ogen had de huurder recht op vermindering of kwijtschelding van de huur, maar wat hem betreft moest niet overhaast worden aanvaard dat dit zo was omdat de pest hetzelfde was als een oorlog. Dat was, volgens Van Wesel, niet in de wet te vinden.¹³⁸ Van Wesels twijfels passen in de tijdgeest, aangezien in zijn tijd met name in de Duitse landen een alternatieve grondslag voor de *remissio mercedis* werd aangevoerd, namelijk de in de Middeleeuwen ontwikkelde *clausula rebus sic stantibus*-leer, die inhield dat elke overeenkomst een stilzwijgende voorwaarde, een *clausula*, bevatte dat de overeenkomst enkel bindend was, indien de omstandigheden gelijk bleven.¹³⁹ Verschillende juristen legden een verband tussen de *clausula*-leer en de *remissio*, bijvoorbeeld Gaill (1526-1587), een Duitse jurist uit Keulen, die in Orléans en Leuven had gestudeerd en het doctoraat in de rechten had weten te behalen in Bologna. Hij werkte onder meer bij het Reichskammergericht, de hoogste rechterlijke instantie in het Heilige Roomse Rijk. Gaill

135 Zie A. van Wesel, *Tractatus de Remissione Mercedis*, Amsterdam: Henricus & Theodorus Boom 1678.

136 Zie Van Wesel 1678 [o.c. nt. 135], p. 44: ‘*Nobis eorum sententia placet, qui arbitrio iudicis relinquunt, ut ille circa remissionem mercedis ex lato damno statuatur, id quod aequum videbitur. Cum enim tum demum jure conductor succursum sit, si plus quam tolerabile, laesi fuerint fructus, nec sit definitum, quale et quantum damnum sit tolerabile, tutius erit ad religionem iudicis configure, qui habita ratione eius, quod, deductis expensis, ex fructibus remanserit, arbitrabitur, an et quanta mercedis exoneratio conductor sit danda.*’

137 Zie Van Wesel 1678 [o.c. nt. 135], p. 63.

138 Zie Van Wesel 1678 [o.c. nt. 135], p. 39, nr. 6. Van Wesel nam dit standpunt over van een eerdere *criticaster*, Hubert van Giffen (1534-1604), een humanist, die afkomstig was uit Gelderland maar onder meer in Frankrijk onder Cujas had gestudeerd. Zie H. van Giffen, *Explanatio difficiliorum & Celebriorum Legum Codicis Iustiniani*, Basel: 1614, p. 335.

139 Zie over de ontwikkeling van deze leer De Cock 2013 [o.c. nt. 128], p. 202-208. Deze leer was niet als zodanig terug te vinden in het klassieke Romeinse recht, maar was ontwikkeld naar aanleiding van teksten van Cicero, Seneca en kerkvader Augustinus (354-430), wiens tekst belandde in het *Decretum* van Gratianus (c. 1140). Een glosse bij deze tekst vormde het vertrekpunt van de leer. Ook bij de ontwikkeling van dit leerstuk speelden Thomas van Aquino, Bartolus, en Baldus een rol, net als bij de ontwikkeling van de *iustum pretium*-leer, zie hiervoor p. 32. Thomas van Aquino stelde dat het geen zonde was een belofte niet na te komen als de omstandigheden nadien waren gewijzigd. Hij schreef dit naar aanleiding van de apostel Paulus, die niet nogmaals naar Corinthe was afgereisd, ook al had hij dat wel beloofd. Bartolus schreef, bijvoorbeeld, over de stilzwijgende voorwaarde ‘*rebus sic se habentibus*’ in een specifiek geval en Baldus betrok die voorwaarde op alle beloften. De achtergrond van de *clausula*-leer was de wil van de getroffen contractspartij: die wil was gevormd in de veronderstelling dat de omstandigheden zouden blijven zoals ze waren ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. Wat onvoorzien was, kon niet gewild en dientengevolge niet overeengekomen zijn.

besprak het - inmiddels bekende - geval van de herbergier die het pand niet huurde om te bewonen, maar ‘*emolument gratia*’, zoals Gaill schreef, dat zoiets betekent als ‘omwille van het voordeel’ oftewel met het oog op de te behalen winst.¹⁴⁰ Gaill ging ervan uit dat de overeenkomst gesloten was onder de voorwaarde dat de omstandigheden dezelfde bleven: ‘*quasi sub ea conditione contractum sit, si res manserit in eodem statu*’.¹⁴¹ Ook een andere Duitser, Leyser (1683-1752) verwees voor wat betreft de grondslag van de *remissio* naar de *rebus sic stantibus*-leer.¹⁴² Wat de pest betreft, besprak hij een geval waarin een huurovereenkomst de bepaling bevatte dat er kwijtschelding van de huur zou zijn in geval van een oorlog of een overstroming. Een oorlog of een overstroming bleef de huurder bespaard, maar de pest sloeg in alle hevigheid toe. Het één noemen, was niet het ander uitsluiten, aldus Leyser.¹⁴³

Ook in de Nederlanden was de pest een grond voor kwijtschelding of vermindering van de huur: zo noemde het Placaet van de Kamer van Rekening van Holland uit 1593 de pest als grond voor *remissio* voor pachters.¹⁴⁴ Naast Van Wesel bespraken onder meer Wissenbach (1607-1665), hoogleraar te Franeker en Böckelmann (1633-1681), hoogleraar te Leiden, de pest als reden voor kwijtschelding of vermindering van de huur- en pachtsom.¹⁴⁵ Wat betreft de Zuidelijke Nederlanden deed zich bovendien in Antwerpen aan het einde van de vijftiende eeuw ten gevolge van de pest een geval voor dat nagenoeg gelijk was aan het geval van de tollenaar waarover Baldus in de veertiende eeuw berichtte.¹⁴⁶ Druwé schreef onlangs over een consultatie van De Beecka, hoogleraar te Leuven, betreffende een pachter van ‘craengelt’ van de stad Antwerpen, die veel minder kraangeld kon innen dan voorzien was door de pest.¹⁴⁷ De pachter hield haast niets over aangezien de kosten van de paarden en de bedienden doorliepen. Volgens De Beecka beriep de pachter zich terecht op *remissio mercedis*. De pachtsommen moesten *pro rata* van de *sterilitas* worden kwijtgescholden.¹⁴⁸

140 Zie A. Gaill, *Practicarum Observationum, tam ad Processum Judicarium, praesertim imperialis camerae, quam causarum decisiones*, Amsterdam: Johannes Stammius 1663, p. 318 (Observatio XXIII), nr. 3. Zie nr. 7 op diezelfde pagina over de pest in het kader van de *remissio mercedis*.

141 Zie Gaill 1663 [o.c. nt. 140], p. 319, nr. 9.

142 Zie A. Leyser, *Meditationes ad Pandectas* (Volumen III & IV), Leipzig & Wolfenbüttel: Christoph Meisnerus 1735, Specimen CCXVII, nr. 6, p. 679.

143 Zie voor dit geval Leyser 1735, Specimen CCXVII, nr. 7, p. 680.

144 Zie het Placaet van 27 maart 1593 getiteld ‘Instructie voor de Heeren van de Reeckeninge der Domeynen van Hollandt’, sectie XCV, te vinden op p. 732 (6. Boeck 1. Tit.) van het derde deel van het Groot Placaet-Boeck, samengesteld door Simon van Leeuwen, uitgegeven in Den Haag te 1683 bij Jacobus Scheltus. Zie over dit Placaet bijvoorbeeld Du Plessis 2003 [o.c. nt. 50], p. 149.

145 Zie over Van Wesel hiervoor p. 33. Zie Wissenbach ad C. 4,65,3 (ed. Franker: Jacobus Horreus 1701, p. 348) en Böckelmann’s commentaar op het negentiende boek van de *Digesten* in zijn serie *Commentariorum in Digesta Justiniani*, ed. Leiden: Lopez 1708, p. 659.

146 Zie hiervoor p. 29.

147 Zie Druwé 2020 [o.c. nt. 104], p. 94/95.

148 Idem.

De receptie van de *remissio mercedis* in het *ius commune* betekende dat in beginsel dezelfde grenzen en uitzonderingen golden als in het Romeinse recht. Zo moest het gaan om *locatio conductio* en niet om koop, zoals Della Ripa benadrukte toen hij in 1522 sprak over een tollenaar in Avignon, die weinig tot niks meer ontving toen de pest toesloeg in de stad.¹⁴⁹ Della Ripa wees erop dat het risico voor de koper was als het ging om de koop van - wat wij zouden noemen - een concessie.¹⁵⁰ Verder stond bijvoorbeeld overmatige winst (*ubertas*) in eerdere jaren in de weg aan *remissio* en had een huurder geen recht op kwijtschelding of vermindering als de huurovereenkomst was gesloten ten tijde van de pest.¹⁵¹ De huurder van een woonhuis moest bovendien de verhuurder op de hoogte stellen van zijn vertrek en zijn sleutel inleveren.¹⁵² Dit vereiste gold echter niet voor een herbergier, die zelf in de herberg woonde, maar geen gasten kon ontvangen vanwege de pest.¹⁵³ Wat betreft het geval van de herbergier werd overigens gesteld dat er geen recht was op *remissio* als de herbergier, of een van zijn familieleden, zelf de pest had meegebracht naar huis, omdat het dan - zo was de redenering - de schuld van de herbergier zelf was dat hij verhinderd was gebruik te maken van het gehuurde.¹⁵⁴

Het *ius commune* volgde, kort samengevat, het Romeinse recht. De Middeleeuwse juristen kwalificeerden de pest als een oorlog van God tegen de mensen, waardoor het mogelijk was in geval van de pest het Romeinse recht toe te passen dat bepaalde dat de huurder in geval van buitengewone omstandigheden, zoals een oorlog, recht had op kwijtschelding of vermindering van de huur. De Romeinsrechtelijke regeling werd in het *ius commune* nader ingevuld aan de hand van leerstukken die zich ontwikkelden onder invloed van het kerkelijke recht. Zo speelde de *iustum pretium*-leer een rol bij de uitleg van de bepaling dat een huurder een gematigde schade zelf moest dragen. Wat een gematigde schade was, werd vastgesteld aan de hand van het *laesio enormis*-criterium: de huurder had enkel recht op

149 Zie Della Ripa 1522 [o.c. nt. 100], folium 8, recto, nr. 31. Baldus en De Beecka waren niet de enigen die berichtten over een tollenaar in tijden van pest. Zie verder onder meer Bossi 1562 [o.c. nt. 101], p. 743; Nepita 1594 [o.c. nt. 132], p. 256, nr. 8; Pacionus 1677 [o.c. nt. 101], p. 459, nr. 9-10 en Horatius Carpani (1496-1549) in zijn boek *In alteram Partem Iuris Municipalis Mediolanensis, quae novissima dicitur, absolutissima Commentaria*, Milaan: Paulus Gottardus Pontius 1585, folium 173, recto, nr. 287. Zie over het geval van de tollenaar in het *ius commune* in het algemeen Ascheri 1970 [o.c. nt. 102], p. 25.

150 Zie Della Ripa 1522 [o.c. nt. 100], folium 8, verso. De juristen concludeerden niet snel dat er sprake was van de koop van een concessie. Zij meenden doorgaans dat een tollenaar als huurder was aan te merken, zie Ascheri 1970 [o.c. nt. 102], p. 25.

151 Zie over *ubertas* bijvoorbeeld Gaill, die dit als eerste uitzondering noemde, zie Gaill 1663 [o.c. nt. 140], p. 319 (Observatio XXIII), nr. 12. Overeenkomsten die waren gesloten ten tijde van pest waren uitgesloten van *remissio*, omdat één van de kenmerken van een *casus fortuitus*, zoals de pest, was dat deze onvoorzienbaar was geweest, zie onder meer Della Ripa 1522 [o.c. nt. 100], folium 7, verso, nr. 26 en Gaill 1663, p. 320, nr. 21 en Pacionus 1677 [o.c. nt. 101], p. 461, nr. 32.

152 Zie De Afflictis 1552 [o.c. nt. 105], decis. 258, p. 441, onder b, Della Ripa 1522 [o.c. nt. 100], folium 5, verso, nr. 16, Pacionus 1677 [o.c. nt. 101], p. 468 (i.f. nr. 101) en B. Carpzovius, *Opus Decisionum Illustrium Saxonicarum*, Leipzig: Augustus Martinus 1730, decisio 136, p. 265, nr. 15.

153 Zie Pacionus 1677 [o.c. nt. 101], p. 462, nr. 38.

154 Zie Della Ripa 1522 [o.c. nt. 100], folium 7, verso, nr. 27.

huurprijsvermindering, indien de benadeling ten minste de helft van de huursom of van de gebruikelijke opbrengst bedroeg. In het *ius commune* ontwikkelde zich bovendien de *clausula rebus sic stantibus*-leer, die gebruikt werd ter rechtvaardiging van de *remissio mercedis*. Verschillende leerstukken kwamen zodoende samen in de praktijk teneinde het recht aan te laten sluiten op de behoeften van de door de pest geteisterde samenleving. Wat betreft commerciële huur profiteerden tollenaars en herbergiers, die hun inkomsten flink zagen dalen als gevolg van de pest. Zij kregen kwijtschelding of vermindering van de huur- of pachtsom *pro rata* van het door hen geleden verlies.

Van pest naar corona. Van *ius commune* naar nationale codificaties. Oostenrijk

Voor een deel is het *ius commune* wat betreft de regels omtrent huurprijsvermindering in buitengewone omstandigheden terug te vinden in de nationale codificaties. Zo valt op dat het Oostenrijkse *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, kortweg het ABGB, in §1104 *Seuche*, epidemieën, noemt als voorbeeld van een buitengewone toevalligheid, die maakt dat de huurder geen huur en de pachter geen pacht hoeft te betalen als een gehuurde of gepachte zaak daardoor niet ‘*gebraucht oder benutzt werden kann*’.¹⁵⁵ Als gebruik beperkt mogelijk is, dan wordt de huur- of de pachtsom evenredig verminderd, zo voegt §1105 ABGB hieraan toe.¹⁵⁶ Deze bepalingen gaan terug op de *remissio mercedis* van het gemene recht, zoals ook blijkt uit het verband met de *laesio enormis*, dat zichtbaar is in geval van éénjarige pacht, aangezien dan is vereist dat meer dan de helft van de gebruikelijke inkomsten is weggefallen.¹⁵⁷

Het hoogste rechterlijke college van Oostenrijk, het *Oberste Gerichtshof*, oftewel het OGH, beschouwt de coronapandemie als een epidemie in de zin van § 1104 ABGB, waardoor de huurders van bedrijfsruimten geen huur hoeven te betalen als de bedrijfsruimte volledig onbruikbaar is in verband met een van overheidswege opgelegde lockdown.¹⁵⁸ De zaak waarin het OGH dit oordeel velde, betrof een zonnestudio. De verhuurder voerde aan dat de

155 § 1104 ABGB luidt: ‘*Wenn die in Bestand genommene Sache wegen außerordentlicher Zufälle, als Feuer, Krieg oder Seuche, großer Überschwemmungen, Wetterschläge, oder wegen gänzlichen Mißwachses gar nicht gebraucht oder benutzt werden kann, so ist der Bestandgeber zur Wiederherstellung nicht verpflichtet, doch ist auch kein Miet- oder Pachtzins zu entrichten.*’

156 Wat betreft pacht geldt dit enkel voor de pacht die voor één jaar is overeengekomen. § 1105 ABGB luidt: ‘*Behält der Mieter trotz eines solchen Zufalls einen beschränkten Gebrauch des Mietstückes, so wird ihm auch ein verhältnismäßiger Teil des Mietzinses erlassen. Dem Pächter gebührt ein Erlaß an dem Pachtzinse, wenn durch außerordentliche Zufälle die Nutzungen des nur auf ein Jahr gepachteten Gutes um mehr als die Hälfte des gewöhnlichen Ertrages gefallen sind. Der Verpächter ist so viel zu erlassen schuldig, als durch diesen Abfall an dem Pachtzinse mangelt.*’

157 Zie § 1105 ABGB in de vorige noot.

158 Zie OGH 21 oktober 2021, ECLI:AT:OGH0002:2022:E133082 (in Oostenrijk vooral bekend onder zaaknummer 3 Ob 78/21y, Solarstudio).

studio deels te gebruiken was geweest, bijvoorbeeld voor administratie of opslag, maar die redenering ging niet op naar het oordeel van het gerechtshof omdat vaststond dat dit voor de huurster noch noodzakelijk, noch zinvol was.¹⁵⁹ Evenmin leidde het feit dat de ruimte niet volledig was ontruimd tot het oordeel dat deze deels was gebruikt: *‘Der bloße Verbleib der für den Betrieb erforderlichen Einrichtung ist keine “Nutzung” des Lokals zum vertraglich vereinbarten (Geschäfts-)Zweck.’*¹⁶⁰

Een gehuurde ruimte is naar het oordeel van de hoogste Oostenrijkse rechter onbruikbaar in de zin van § 1104 ABGB als het onmogelijk is deze te gebruiken in overeenstemming met het door partijen overeengekomen gebruik.¹⁶¹ Welk gebruik partijen zijn overeengekomen moet worden vastgesteld niet alleen aan de hand de schriftelijke huurovereenkomst, maar ook aan de hand van de mondelinge afspraken en de omstandigheden van het geval. Het OGH benadrukte dit onlangs in een zaak betreffende een bedrijfsruimte die was verhuurd als ‘bakkerij-café’.¹⁶² Het was partijen duidelijk dat het hoofdzakelijk ging om het uitbaten van een koffiehuis. Zowel de verhuurder, als de huurder was zich ervan bewust dat de enkele verkoop van bakkerijproducten op de locatie van het gehuurde pand economisch niet rendabel zou zijn, aangezien het was gelegen in een winkelcentrum. Gedurende de eerste en de tweede lockdown hield de huurder zijn zaak volledig gesloten, hoewel het was toegestaan om brood en dergelijke bakkerijproducten aan te bieden gelet op de geldende

159 Zie OGH 21 oktober 2021, ECLI:AT:OGH0002:2022:E133082, r.o. 5.4.1.

160 Zie OGH 21 oktober 2021, ECLI:AT:OGH0002:2022:E133082, r.o. 5.4.2.

161 Het OGH hanteerde de wetssystematische interpretatiemethode: het hof koos ervoor de interpretatie te laten aansluiten op hetzelfde begrip in het eerste lid van § 1096 ABGB, waarin een verband wordt gelegd tussen het overeengekomen gebruik en de onbruikbaarheid. Zo onlangs bijvoorbeeld OGH 25 januari 2022, ECLI:AT:OGH0002:2022:00800B00131.21D.0125.000 (zaaknr. 8Ob131/21d), r.o. 14. Zie eerder reeds OGH 25 november 2021, ECLI:AT:OGH0002:2022:E133218 (zaaknr. 3Ob184/21m), r.o. 18: *‘Für die Frage der Unbenutzbarkeit des Bestandgegenstands kommt es auf die Erfüllung des vertraglichen Geschäftszwecks an. Wenn der Kundenbereich eines gemieteten Geschäftslokals von den Kunden nicht betreten werden darf, so kann der bestimmungsgemäße Geschäftszweck nicht erfüllt werden. Das Gesetz verlangt zwar einen Zusammenhang zwischen Unbenutzbarkeit und “Seuche” (arg: “wegen”), besagt aber nicht, dass dieser Zusammenhang, wie etwa bei einem Schädlingsbefall, “objektbezogen” sein muss. Er ist daher auch dann gegeben, wenn die Unbenutzbarkeit auf hoheitliche (gesetzliche oder behördliche) Maßnahmen zurückzuführen ist.’* Zie ook r.o. 20: *‘Ist der bedungene Gebrauch des Bestandobjekts durch Kundenverkehr gekennzeichnet, so führt ein Betretungsverbot aus Anlass der COVID-19-Pandemie zur gänzlichen Unbenutzbarkeit des Bestandobjekts im Sinn des § 1104 ABGB. Ist die vertragsgemäße charakteristische Nutzung hingegen nur eingeschränkt, so kommt es gemäß § 1105 ABGB zu einer Mietzinsminderung im Umfang der Gebrauchsbeeinträchtigung nach der relativen Berechnungsmethode.’* Zie voor het criterium dat moet worden toegepast in geval van evenredige vermindering van de huur: OGH 1 september 2021, ECLI:AT:OGH0002:2021:00300B00109.21G.0901.000 (zaaknr. 3Ob109/21g), r.o. 3.2, nr. 6: *‘Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass sich das Ausmaß der Mietzinsminderung nach Grad und Dauer der Unbrauchbarkeit des Bestandobjekts richtet, wobei es dafür vor allem auf den Vertragszweck, also den bedungenen Gebrauch ankommt (RS0021054; RS0020926). Letztlich hängt das Ausmaß einer berechtigten Mietzinsminderung von den Umständen des Einzelfalls ab, weshalb diese Beurteilung in der Regel keine erhebliche Rechtsfrage begründet.’*

162 Zie OGH 19 mei 2022, ECLI:AT:OGH0002:2022:00300B00036.22Y.0519.000 (zaaknr. 3 Ob 36/22y).

SPEELBAL DER OMSTANDIGHEDEN

overheidsregels. Het OGH oordeelde dat er geen huur was verschuldigd op grond van § 1104 ABGB, aangezien het pand niet gebruikt kon worden in overeenstemming met het door partijen overeengekomen gebruik.

De afbakening van § 1104 ABGB ten opzichte van § 1105 ABGB leverde meermaals vragen op gedurende de pandemie. Zo had de huurder van een restaurant in Wenen geen huur betaald van november 2020 tot januari 2021 vanwege een lockdown, die begin november 2020 was ingegaan. De verhuurder was van mening dat § 1104 ABGB niet van toepassing was, omdat gebruik van het gehuurde mogelijk was geweest gelet op de regeling dat restaurants tot acht uur 's avonds open mochten zijn voor afhaal.¹⁶³ Daarentegen stelde de huurder dat een afhaal- en bezorgservice niet het overeengekomen gebruik was en wees hij er bovendien op dat het restaurant nooit een dergelijke service had gehad.¹⁶⁴ In eerste aanleg kreeg de huurder gelijk: het overeengekomen gebruik, het uitbaten van een '*Gastwirtschaft*', vereist dat het mogelijk is gasten te ontvangen in het pand. Van de huurder kon niet verlangd worden dat hij zijn aanbod ombouwde tot een afhaal- en/of bezorgservice.¹⁶⁵ De appèlrechter bevestigde deze uitspraak, waarbij hij opmerkte dat qua bruikbaarheid enkel moest worden gekeken of tot dan toe toegestane- en uitgeoefende activiteiten mogelijk waren.¹⁶⁶ Het OGH vernietigde echter de uitspraak van de appèlrechter en stelde in lijn met eerdere jurisprudentie dat het *Vertragszweck* bepalend was, dat wil zeggen het gebruik dat partijen voor ogen hadden bij het sluiten van de overeenkomst.¹⁶⁷ Het OGH beantwoordde vervolgens de vraag of het door partijen beoogde gebruik, een *Gastwirtschaft*, een afhaal- en/of bezorgservice omvat. In de eerste plaats wees het OGH erop dat uit § 111 van de *Gewerbeordnung* betreffende de *Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe* volgt dat een *Gastwirt* bevoegd is om alles wat hij de gasten serveert in de zaak ook *über die Gasse* te verkopen zonder dat hiervoor toestemming van de verhuurder nodig is.¹⁶⁸ Volgens de beroepsgroep, zo stelde het OGH, omvat het begrip *Gastwirtschaft* alle activiteiten waar een horecaondernemer toe bevoegd is op grond van de *Gewerbeordnung*, dus ook een afhaal- en/of bezorgservice.¹⁶⁹ Partijen hadden niet aangevoerd dat ze het begrip *Gastwirtschaft* beperkt hadden ten opzichte van hetgeen is toegestaan op grond van de *Gewerbeordnung*.¹⁷⁰ Aangezien de huurder dientengevolge het restaurant had kunnen gebruiken in

163 Zie OGH 25 januari 2022, ECLI:AT:OGH0002:2022:0080OB00131.21D.0125.000 (zaaknr. 8 Ob131/21d), r.o. 2-4.

164 Zie OGH 25 januari 2022, ECLI:AT:OGH0002:2022:0080OB00131.21D.0125.000, r.o. 5.

165 Zie OGH 25 januari 2022, ECLI:AT:OGH0002:2022:0080OB00131.21D.0125.000, r.o. 6.

166 Zie OGH 25 januari 2022, ECLI:AT:OGH0002:2022:0080OB00131.21D.0125.000, r.o. 7.

167 Zie OGH 25 januari 2022, ECLI:AT:OGH0002:2022:0080OB00131.21D.0125.000, r.o. 14 (zie voor deze overweging hiervoor nt. 161).

168 Zie OGH 25 januari 2022, ECLI:AT:OGH0002:2022:0080OB00131.21D.0125.000, r.o. 17-18. In eerste aanleg was geoordeeld dat de verhuurder wél toestemming had moeten geven voor een bestel- en afhaalservice, zie OGH 25 januari 2022, ECLI:AT:OGH0002:2022:0080OB00131.21D.0125.000, r.o. 19.

169 Zie OGH 25 januari 2022, ECLI:AT:OGH0002:2022:0080OB00131.21D.0125.000, r.o. 19.

170 Zie OGH 25 januari 2022, ECLI:AT:OGH0002:2022:0080OB00131.21D.0125.000, r.o. 19.

overeenstemming met de overeengekomen bestemming was het pand gedurende de lockdown gedeeltelijk bruikbaar geweest in de zin van § 1105 ABGB.¹⁷¹ Het deed daarbij niet ter zake dat de huurder van deze objectief bestaande mogelijkheid geen gebruik maakte.¹⁷² Het OGH wees tegelijkertijd echter op de redelijkheid: de huurder had naar aanleiding van een door hem gemaakte opmerking in eerste aanleg de gelegenheid moeten hebben om te bewijzen dat het naar maatstaven van redelijkheid niet van hem gevraagd kon worden om een afhaal- en/of bezorgservice te beginnen, waarbij het OGH opmerkte dat het in ieder geval onredelijk zou zijn geweest, indien een dergelijke service verliesgevend zou zijn, bijvoorbeeld door het ontbreken van een klantenkring.¹⁷³ De zaak in kwestie werd teruggewezen naar de rechter in eerste aanleg om de daar gemaakte opmerking van de huurder te onderzoeken dat zijn gasten niet vroegen om een afhaal- en/of bezorgservice en deze ook niet zouden hebben aanvaard.¹⁷⁴

Al met al, verschilt het Oostenrijkse recht sterk van het Nederlandse recht, aangezien het in Oostenrijk niet gaat om het gelijkelijk verdelen van het nadeel dat voortvloeit uit de coronapandemie over de verhuurder en de huurder. Het Oostenrijkse recht is gunstiger voor de huurder dan het Nederlandse recht. De Oostenrijkse huurder is in het geheel geen huur verschuldigd als de gehuurde bedrijfsruimte geheel onbruikbaar is ten gevolge van een lockdown.

Frankrijk

Ten tijde van de invoering van de Franse *Code civil* (Cc) was het Franse huurrecht grotendeels gebaseerd op het Romeinse recht.¹⁷⁵ De opstellers putten het voornamelijk uit de geschriften van Pothier, een hoogleraar te Orléans, die niet alleen een meesterwerk over de Digesten van Justinianus had geschreven, maar bijvoorbeeld ook een monografie over het huurrecht, zijn *Traité du contrat de louage*.¹⁷⁶ Het genot of het gebruik van het gehuurde was volgens Pothier het object van de huurovereenkomst.¹⁷⁷ Indien door een onvoorzien

171 Het OGH beantwoordde de vraag of reeds de abstracte gebruiksmogelijkheid moest leiden tot de conclusie dat het pand ten minste gedeeltelijk bruikbaar was aan de hand van de literatuur, zie OGH 25 januari 2022, ECLI:AT:OGH0002:2022:0080OB00131.21D.0125.000, r.o. 21-35.

172 Zie OGH 25 januari 2022, ECLI:AT:OGH0002:2022:0080OB00131.21D.0125.000, r.o. 35: ‘Daraus folgt, dass die hier objektiv bestehende Möglichkeit der Beklagten, ein Liefer- oder Abholservice anzubieten, eine zumindest teilweise Brauchbarkeit des Geschäftslokals begründet.’

173 Zie OGH 25 januari 2022, ECLI:AT:OGH0002:2022:0080OB00131.21D.0125.000, r.o. 35-36.

174 Zie OGH 25 januari 2022, ECLI:AT:OGH0002:2022:0080OB00131.21D.0125.000, r.o. 37-38.

175 Het Romeinse recht, oftewel het *droit écrit*, wordt als eerste bron genoemd in de toelichting op de titel betreffende het huurrecht in de *Code civil*, zie het veertiende deel van P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris: Videcoq 1836, p. 312.

176 Pothier schreef de *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae* in meerdere delen die verschenen tussen 1748 en 1752. Zijn *Du contrat de louage* verscheen in 1764.

177 Zie R.J. Pothier, *Traité du contrat de louage*, Paris/Orléans: Debure (Paris) en Rouzeau-Montaut (Orléans) 1778, p. 21.

SPEELBAL DER OMSTANDIGHEDEN

ongeval het genot aanzienlijk verminderde, had de huurder recht op een vermindering van de huurprijs.¹⁷⁸ Pothier vergeleek, net als Bartolus, huur met de koop van toekomstige vruchten, waarvoor gold dat een dergelijke koop enkel geldig was en de prijs alleen betaald hoefde te worden indien de vruchten ontstonden.¹⁷⁹ Voor de huursom gold volgens Pothier hetzelfde, aangezien de huursom de prijs was voor het genot en deze hoefde enkel betaald te worden als van genot sprake was geweest.¹⁸⁰

Wat betreft de oplevering van een gehuurd huis in geval van de pest merkte Pothier bijvoorbeeld op dat de huurder geen huur hoefde te betalen als hij niet het genot van het gehuurde kon krijgen, omdat de stad afgesloten was vanwege de pest.¹⁸¹ Hetzelfde gold als er zich een of andere *force majeure* voordeed die de huurder dwong te verhuizen nadat hij zijn intrek in het huis had genomen.¹⁸² Pothier interpreteerde het begrip *force majeure* ruim. Zo gaf hij het voorbeeld van een huurder van een herberg langs een grote weg: als de grote weg onverwachts werd verlegd, dan had de huurder recht op huurprijsvermindering.¹⁸³ Pothier's schrijven was doorspekt van Romeinsrechtelijke voorbeelden en bevatte zo ook de regel dat buitengewone winst in het ene jaar kon dienen als compensatie voor verlies in een ander jaar.¹⁸⁴ Verder besprak Pothier het *laesio enormis*-criterium uit het gemene recht, waarbij hij aangaf dat de meningen uiteenliepen over de precieze toepassing hiervan: ging het om minder dan de helft van de hoeveelheid in een gewoon jaar of was vereist dat de waardie die overbleef minder dan de helft was van de huursom?¹⁸⁵ Wat Pothier betrof, was het aan de rechter.¹⁸⁶

178 Zie Pothier ed. 1778 [o.c. nt. 177], p. 137: '*Lorsque le conducteur n'a pas été privé absolument de la jouissance de la chose, mais que par un accident imprévu, sa jouissance a souffert une altération et une diminution très considérables, il peut demander une diminution proportionnée dans le loyer, du temps où sa jouissance a souffert cette diminution.*'

179 Zie Pothier ed. 1778 [o.c. nt. 177], p. 135/136. Zie over Bartolus' standpunt hiervoor p. 31.

180 Zie Pothier ed. 1778 [o.c. nt. 177], p. 135/136.

181 Zie Pothier ed. 1778 [o.c. nt. 177], p. 139: '*Si au temps que le locataire doit entrer dans la maison, la ville où est la maison se trouve assiégée par les ennemis, ou infectée de la peste, le locataire qui se trouve hors de la ville, et qui par conséquent ne peut entrer en jouissance de la maison, dont l'accès lui est fermé par la guerre ou par la peste, n'en doit pas les loyers.*'

182 Zie Pothier ed. 1778 [o.c. nt. 177], p. 139/140: '*Suivant les mêmes principes, lorsque le locataire, après être entré en jouissance de la maison, est, par quelque force majeure, contraint d'en déloger, il cesse d'en devoir les loyers depuis le jour qu'il a été contraint de déloger.*' Pothier besprak vervolgens voorbeelden aan de hand van het Romeinse recht, zoals het geval dat Alfenus behandelde waarin een huurder uit angst voortijdig vertrok, zie D. 19,27,1.

183 Zie Pothier ed. 1778 [o.c. nt. 177], p. 143. Pothier maakte duidelijk dat de voorzienbaarheid van belang was door het geval te vergelijken met een ander geval waarin de klandizie van de herberg terugliep, namelijk het geval waarin er andere herbergen werden gevestigd in hetzelfde dorp: dat was voorzienbaar en in dat geval had de huurder dan ook geen recht op huurprijsvermindering.

184 Zie Pothier ed. 1778 [o.c. nt. 177], p. 151. Hij legde uit dat de meningen over de toepassing van deze regel in het gemene recht uiteenliepen, zie p. 152 en verder.

185 Zie Pothier ed. 1778 [o.c. nt. 177], p. 149.

186 Idem.

Wat betreft de *remissio mercedis* stelde Pothier verder dat de huurovereenkomst van rechtswege werd ontbonden vóór het verstrijken van de overeengekomen huurtermijn als het gehuurde door een *cas fortuit* was vergaan. Hij gaf hierbij het voorbeeld van een verhuurd huis dat door de bliksem, *le feu du ciel*, was afgebrand.¹⁸⁷ Het risico van overmacht drukte in geval van huur namelijk op de verhuurder en niet, zoals in geval van een koopovereenkomst, op de koper.¹⁸⁸

De door Pothier gekozen formulering is terug te vinden in artikel 1722 Cc. Wat betreft de *remissio mercedis* bepaalt artikel 1722 Cc dat de huur van rechtswege is ontbonden als het verhuurde goed gedurende de huurtijd door een *cas fortuit* teniet is gegaan. Indien het goed slechts ten dele teniet is gegaan, kan de huurder vermindering van de huursom vorderen of ontbinding van de huur, al naar gelang de omstandigheden.¹⁸⁹ In geen van beide gevallen is schadeloosstelling verschuldigd.¹⁹⁰ Het artikel maakt onderdeel uit van de achtste titel van het derde boek van de *Code civil*: ‘*Du contrat de louage*’, waarin naar het voorbeeld van het Romeinse recht huur en pacht gezamenlijk worden behandeld. De *remissio mercedis* is niet enkel te vinden in het algemene artikel 1722 Cc, maar ook in de bijzondere bepalingen betreffende de pacht, de afdeling ‘*des règles particulières aux baux à ferme*’. Zo zijn in de regeling betreffende de pacht zowel de Romeinsrechtelijke *ubertas* in eerdere jaren, als het *laesio enormis*-criterium terug te vinden: een pachter heeft recht op vermindering van de pachtsom als ten minste de helft van een oogst door een *cas fortuit* is weggenomen, mits de schade niet wordt gecompenseerd door eerdere buitengewoon goede oogsten.¹⁹¹

Hoewel § 1104 ABGB en artikel 1722 Cc dezelfde herkomst hebben, verschillen de bepalingen aanzienlijk qua formulering. Het Franse wetboek vereist dat het gehuurde tenminste gedeeltelijk teniet is gegaan, terwijl het criterium in het ABGB is dat het gehuurde niet ‘*gebraucht oder benutzt werden kann*’.¹⁹²

Eén van de vragen die opkwam tijdens de pandemie was de vraag of artikel 1722 een grond was waarop huurders van bedrijfsruimten zich met succes konden beroepen teneinde huurprijzvermindering af te dwingen voor de periodes van de lockdowns. De oordelen over

187 Zie Pothier ed. 1778 [o.c. nt. 177], p. 283.

188 Dit was één van de grote verschillen tussen koop en huur volgens Pothier, zie Pothier ed. 1778 [o.c. nt. 177], p. 5.

189 Zie artikel 1722 Cc: ‘*Si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit; si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédommagement.*’

190 Zie hiervoor artikel 1722 Cc.

191 Zie artikel 1769 Cc. Zie over *ubertas* in het Romeinse recht hiervoor p. 24. Zie over het *laesio enormis*-criterium hiervoor p. 32/22. De *Code civil* maakt in artikel 1770 een onderscheid tussen pacht voor één jaar en pacht voor meerdere jaren.

192 Zie § 1104 ABGB, zie voor de tekst van deze paragraaf hiervoor nt. 155.

SPEELBAL DER OMSTANDIGHEDEN

de toepasbaarheid van artikel 1722 Cc liepen zo uiteen in de lagere rechtspraak dat er in de Franse literatuur gesproken werd van ‘*schizophrénie*’ onder de rechters, toen één en hetzelfde Hof van Beroep ’s ochtends in naam van het Franse volk oordeelde dat het artikel niet van toepassing was, waarna een andere kamer van datzelfde Hof ’s middags, eveneens in naam van het Franse volk, oordeelde dat het wél van toepassing was.¹⁹³ Er waren twee ‘kampen’ te ontwaren: het ene ‘kamp’ interpreteerde artikel 1722 Cc zo dat het gehuurde tenminste gedeeltelijk materieel teniet moest zijn gegaan en daarvan was geen sprake als gevolg van de lockdowns.¹⁹⁴ Het andere ‘kamp’ interpreteerde artikel 1722 Cc ruimer: zo bepaalde het Hof van Beroep van Parijs dat tenietgaan van het gehuurde meer omvatte dan enkel materieel verlies.¹⁹⁵ Dat Hof meende dat onder 1722 Cc ook ‘*une perte juridique*’ moest worden verstaan, waarvan volgens het Hof van Beroep te Parijs sprake was als een overheidsbeslissing het gebruik van het gehuurde aanzienlijk verminderde.¹⁹⁶ De huurder in de desbetreffende zaak, *Champs Elysées Souvenirs*, had naar het oordeel van het hof een gedeeltelijk verlies van het gehuurde geleden en dus recht op huurprijsvermindering, aangezien hij tijdens de lockdown het gehuurde niet had kunnen gebruiken in overeenstemming met de bestemming.¹⁹⁷

Zo geïnterpreteerd, maakt het verschil in formulering tussen § 1105 ABGB en artikel 1722 Cc niet uit. Voor een ruimere interpretatie van artikel 1722 Cc pleitte dat in het verleden een *perte juridique* was gelijkgesteld aan materieel tenietgaan.¹⁹⁸ Van een *perte juridique* was sprake als het gehuurde ongeschikt was geworden voor het doel waarvoor de huurovereenkomst was aangegaan of als de huurder niet langer het genot van het gehuurde kon hebben als gevolg van van een *cas fortuit*.¹⁹⁹ In Frankrijk laaide de discussie over het

193 Elk oordeel wordt namelijk gegeven in naam van het Franse volk, zoals blijkt uit de aanhef van Franse jurisprudentie. Zie over de *schizophrénie*: P. Jacquot, ‘Covid et perte de la chose louée: premier arrêt au fond’, *Dalloz actualité* 25 mei 2021, online beschikbaar via <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/covid-et-perte-de-chose-louee-premier-arret-au-fond#.Yt1yIC-QIQI> (laatst geraadpleegd 23 juli 2022). Het betrof het Cour d’Appel van Versailles. De uitspraak ’s middags was in kort geding.

194 Idem.

195 Zie Cour d’appel de Paris 12 mei 2021, Pôle 1 - chambre 2, n° 20/16820.

196 Idem.

197 Zie eveneens Cour d’appel de Paris 12 mei 2021, Pôle 1 - chambre 2, n° 20/16820: ‘*La destruction de la chose louée peut s’entendre d’une perte matérielle de la chose louée mais également d’une perte juridique, notamment en raison d’une décision administrative et cette perte peut être totale ou partielle, la perte partielle pouvant s’entendre de toute circonstance diminuant sensiblement l’usage de la chose. Elle peut également n’être que temporaire. En l’espèce, la société Champs Elysées Souvenirs a manifestement subi une perte partielle de la chose louée puisqu’elle n’a pu ni jouir de la chose louée ni en user conformément à sa destination pendant les périodes de fermeture administrative, l’absence de toute faute du bailleur étant indifférente.*’

198 Zie M. Planiol & G. Ripert, *Traité pratique de droit civil Français* (Tome X), Parijs: Pichon & Durand-Auzias 1956, nr. 639, p. 926. Het deel betreffende het huurrecht is in deze tweede editie bewerkt door F. Givord en A. Tunc.

199 Zie Planiol/Ripert 1956 [o.c. nt. 198], nr. 639, p. 926: ‘*A la perte matérielle, la jurisprudence assimile la perte juridique résultant du fait que, en dehors de toute destruction matérielle, le bien loué devient*

begrip op ten tijde van de Tweede Wereldoorlog, toen de vraag opkwam of huurders van gevorderde panden zich met succes konden beroepen op artikel 1722 Cc.²⁰⁰ De jurisprudentie maakte een onderscheid tussen kort- en langdurig gevorderde panden: een korte vordering had vaak enkel schorsing van de overeenkomst tot gevolg, terwijl een langdurige vordering leidde tot beëindiging, omdat het pand was tenietgegaan in de zin van artikel 1722 Cc.²⁰¹ Ook een overheidsbesluit dat de sluiting van een bedrijf gelastte, kon leiden tot een *perte juridique*, maar een sluiting van een bedrijf voor een paar weken stond niet gelijk aan een totaal verlies in de zin van artikel 1722 Cc.²⁰² Artikel 1722 Cc vereiste daarvoor een '*dépossession totale*' en was niet van toepassing als de maatregel slechts tijdelijk was.²⁰³

De hoogste Franse rechter, het *Cour de cassation*, heeft onlangs duidelijkheid geschapen ten aanzien van de vraag of de landelijk opgelegde lockdowns in het kader van de coronapandemie leiden tot een *perte juridique* in de zin van artikel 1722 Cc door te bepalen dat er geen sprake is van tenietgaan in de zin van artikel 1722 Cc, ook niet gedeeltelijk.²⁰⁴ Het *Cour de cassation* benadrukt, net als onze Hoge Raad, dat de overheidsmaatregelen gelden in het belang van de volksgezondheid.²⁰⁵ Het effect van de lockdowns is naar het oordeel van de Franse cassatierechter niet gelijk te stellen met het verlies van de zaak in de zin van artikel 1722 Cc, nu de maatregelen geen rechtstreeks verband houden met de contractuele bestemming van het gehuurde.²⁰⁶ Het *Cour de cassation* wijkt met deze strikte interpretatie van artikel 1722 Cc af van het oude *ius commune*, dat de huurder recht gaf op *remissio* in geval van een epidemie, zoals de herbergier, die recht had op *remissio* als de gasten

impropre à la destination en vue de laquelle le contrat a été conclu ou échappe à la jouissance du locataire.'

200 Zie Planiol/Ripert 1956 [o.c. nt. 198], nr. 639, p. 927.

201 Idem.

202 Zie Planiol/Ripert 1956 [o.c. nt. 198], nr. 639, p. 926/927.

203 Zie Planiol/Ripert 1956 [o.c. nt. 198], nr. 639, p. 926.

204 Er waren bij het *Cour de Cassation* dertig beroepen ingediend betreffende de vraag of de huurders van bedrijfsruimten verplicht zijn de huur te betalen gedurende de lockdowns. De derde kamer van de Franse cassatierechter koos ervoor om drie beroepen met voorrang te behandelen teneinde deze principiële vraag te kunnen beantwoorden. In die drie zaken is op 30 juni 2022 uitspraak gedaan. Het betreft: *Cour de cassation* 30 juni 2022, ECLI:FR:CCASS:2022:C300605 (FS-B, nummer 21-20.127), *Cour de cassation* 30 juni 2022, ECLI:FR:CCASS:2022:C300604 (FS-B, nummer 21-20.190) en *Cour de cassation* 30 juni 2022, ECLI:FR:CCASS:2022:C300603 (FS-D, nummer 21-19.889).

205 Zie *Cour de cassation* 30 juni 2022, ECLI:FR:CCASS:2022:C300603 (FS-D, nummer 21-19.889), r.o. 5-10. Zie *Cour de cassation* 30 juni 2022, ECLI:FR:CCASS:2022:C300604 (FS-B, nummer 21-20.190), r.o. 6-11. Zie, ten slotte, *Cour de cassation* 30 juni 2022, ECLI:FR:CCASS:2022:C300605 (FS-B, nummer 21-20.127), r.o. 6-11. Deze zaak betreft de Franse tak van de oerhollandse winkelketen Action, die in Frankrijk meer dan 600 winkels heeft.

206 Zie bijvoorbeeld de eerste van de drie zaken ECLI:FR:CCASS:2022:C300603 (FS-D, nummer 21-19.889), r.o. 9: '*L'effet de cette mesure générale et temporaire, sans lien direct avec la destination contractuelle du local loué, ne peut donc être assimilé à la perte de la chose, au sens de l'article 1722 du code civil.*'

SPEELBAL DER OMSTANDIGHEDEN

wegbleven vanwege de pest.²⁰⁷

De huurders van bedrijfsruimten in Frankrijk kunnen evenmin op een andere grond huurprijsvermindering afdwingen voor de periodes van de lockdowns.²⁰⁸ Volgens het *Cour de cassation* is er geen sprake van wanprestatie van de verhuurder, aangezien hij het gehuurde ter beschikking heeft gesteld aan de huurder en de onmogelijkheid tot exploitatie niet is veroorzaakt door de verhuurder, maar door een overheidsmaatregel.²⁰⁹ De huurders kunnen zich ook niet met succes beroepen op overmacht, omdat overmacht vereist dat de schuldenaar is verhinderd in de uitvoering van zijn verplichtingen door een *force majeure* en daarvan is geen sprake aangezien de verhuurder aan zijn verplichtingen heeft voldaan. Het *Cour de cassation* wijst de huurders erop dat een schuldeiser die niet kan profiteren van de prestatie van zijn schuldenaar niet door een beroep op overmacht ontbinding van de overeenkomst of opschorting van zijn verplichting kan verkrijgen.²¹⁰

Privaatrechtelijk staan huurders in Frankrijk met lege handen. Publiekrechtelijk verzacht de overheid het verlies enigszins door steunmaatregelen.²¹¹ De overheid stimuleert verhuurders bovendien om tóch een deel van de huursom kwijt te schelden door verhuurders die daartoe overgaan korting te geven op de belastingen.²¹²

Duitsland

De Duitse wetgever heeft er in de negentiende eeuw voor gekozen om de *remissio mercedis* niet op te nemen in het Duitse *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB).²¹³ De wetgever besprak de *remissio* in het kader van de pacht en achtte het ‘*ein des rechtlichen Fundaments entbehrendes, blos auf Billigkeit beruhendes Recht*.’²¹⁴ Het gevaar lag bovendien op de loer dat de

207 Zie hiervoor p. 30.

208 Zie ook de publiekssamenvatting die het *Cour de cassation* geeft van de drie arresten: <https://www.courdecassation.fr/toutes-les-actualites/2022/06/30/baux-commerciaux-et-etat-durgence-sanitaire> (laatst geraadpleegd 23 juli 2022).

209 Zie bijvoorbeeld *Cour de cassation* 30 juni 2022, ECLI:FR:CCASS:2022:C300605 (FS-B, nummer 21-20.127), r.o. 13. De huurder stelde dat de verhuurder wanprestatie pleegde, omdat hij het verhuurde goed niet ter beschikking zou hebben gesteld in een staat die maakte dat hij het ongestoorde genot ervan kon hebben in overeenstemming met de contractuele bestemming.

210 Zie *Cour de cassation* 30 juni 2022, ECLI:FR:CCASS:2022:C300605 (FS-B, nummer 21-20.127), r.o. 15-18.

211 Zie <https://www.economie.gouv.fr/covid19-soutien-entreprises> (laatst geraadpleegd 23 juli 2022).

212 Zie <https://www.economie.gouv.fr/covid19-soutien-entreprises/report-paiement-loyers> (laatst geraadpleegd 23 juli 2022). De verhuurders kunnen gebruik maken van een heffingskorting.

213 Zie hierover Harke 2005 [o.c. nt. 122], p. 71 en verder. Zie ook Du Plessis 2005 [o.c. nt. 45], p. 178/179.

214 Zie *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Band II, *Recht der Schuldverhältnisse*, Verlag von J. Guttentag: Berlin und Leipzig 1888, p. 424 (§ 534).

Billigkeit ten bate van de pachter om zou slaan in *Unbilligkeit* voor de verpachter.²¹⁵ De erkenning van een dergelijk billijkheidsinstrument was volgens de Duitse wetgever enkel rechtvaardig als dat geboden was vanwege een dringende praktische behoefte.²¹⁶ De wetgever meende dat daar geen sprake van was, omdat de huurder zich kon verzekeren tegen schade veroorzaakt door verschillende ongevallen die in het gemene recht aanleiding gaven tot *remissio*, zoals schade door hagelbuien.²¹⁷ Bovendien voorzag wetgeving in de vergoeding van schade die was veroorzaakt door een oorlog, waardoor ook daarvoor *remissio* niet langer nodig was.²¹⁸ Daarnaast was het in de praktijk lastig gebleken om te komen tot een billijke vaststelling van de vermindering van de pachtsom: ter vermijding van ‘*weitausföhender und oft chikanöser Prozesse*’ werd dikwijls overeengekomen dat arbitrage de te volgen procedure was als de pachter meende recht te hebben op *remissio*.²¹⁹ Wat betreft pacht kregen de Duitsers als gevolg van de Eerste Wereldoorlog echter al snel spijt van de afschaffing van de *remissio*: In 1920 werd deze heringevoerd.²²⁰

Het Duitse huurrecht kent geen equivalent van de bepaling die geldt in geval van pacht. Dit betekent echter niet dat huurders van bedrijfsruimten in Duitsland geen recht hebben op huurprijzvermindering als gevolg van de overheidsmaatregelen ter bestrijding van de coronapandemie, omdat het algemene deel van het verbintenissenrecht een mechanisme kent dat in geval van dergelijke buitengewone omstandigheden aanpassing van een overeenkomst mogelijk maakt. Het *Bundesgerichtshof* (hierna: BGH) heeft geoordeeld dat een huurder van een bedrijfsruimte in geval van een lockdown niet verplicht is de huur volledig te betalen, omdat er sprake is van een verstoring van de zogenoemde ‘*große Geschäftsgrundlage*’ in de zin van § 313 BGB.²²¹

215 Zo blijkt uit een opmerking naar aanleiding van het Pruisische wetboek, het Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR) waarin de *remissio* was gebonden aan gedetailleerde voorwaarden, zie *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich* 1888, Band II [o.c. nt. 214], p. 423 (§ 534).

216 Zie *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Band II 1888 [o.c. nt. 214], p. 424 (§ 534).

217 Zie *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Band II 1888 [o.c. nt. 214], p. 424 (§ 534): ‘*In dieser Beziehung kommt namentlich in Betracht, daß der Pächter gegen Verlust durch die hier fraglichen Unglücksfälle in manchen Fällen, insbesondere gegen Verlust durch Hagelschlag, dem häufigsten und gewöhnlichsten der hier in Frage kommenden Unglücksfälle, sich durch Versicherung schützen kann, daß ferner für die Entschädigung wegen durch Krieg verursachter Beschädigungen in anderer Weise von der Gesetzgebung Vorsorge getroffen ist.*’

218 Idem.

219 Zie *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Band II 1888 [o.c. nt. 214], p. 424 (§ 534).

220 Dit gebeurde in eerste instantie in een aparte wet: de Pachtschutzordnung van 9 juni 1920. Zie over de verschillende pachtwetten waarin sindsdien de *remissio* te vinden was Harke 2005 [o.c. nt. 122], p. 81 en verder. Later is de regeling opgenomen in het BGB, in § 593 BGB.

221 Zie BGH 12 januari 2022, ECLI:DE:BGH:2022:120122UXIIZR8.21.0 (XII ZR 8/21). Zie over deze zaak meer hierna in de hoofdstuk. De *große Geschäftsgrundlage* wordt onderscheiden van de *kleine Geschäftsgrundlage*: de *große Geschäftsgrundlage* heeft betrekking op de omstandigheden in de maatschappij in het algemeen, zoals ik hierna zal uitleggen in de hoofdstuk. De *kleine*

SPEELBAL DER OMSTANDIGHEDEN

Een overeenkomst kan in het algemeen worden aangepast op grond van § 313 BGB als de omstandigheden die de basis zijn geweest van de overeenkomst - de *Grundlage* van de overeenkomst - aanzienlijk zijn gewijzigd na het sluiten van de overeenkomst en als de partijen deze overeenkomst niet of met een andere inhoud zouden hebben gesloten als ze deze verandering zouden hebben voorzien.²²² Daarbij vereist § 313 BGB dat rekening wordt gehouden met alle omstandigheden van het geval, in het bijzonder met de contractuele of wettelijke risicoverdeling. Bovendien moet het zo zijn dat redelijkerwijs niet kan worden vastgehouden aan de overeenkomst in ongewijzigde vorm. Als partijen er, met andere woorden, bij het sluiten van de overeenkomst vanuit zijn gegaan dat het ‘normale’ bestaan zal voortduren, dan kan een aanpassing van de overeenkomst geboden zijn als deze basis van de overeenkomst, de ‘*große Geschäftsgrundlage*’, is verstoord. Daarvan is sprake als het sociale bestaan op zijn grondvesten schudt door bijvoorbeeld een natuurramp, hyperinflatie, een pandemie of een oorlog.²²³

De herkomst van de bepaling is de *clausula rebus sic stantibus*-leer van het gemene recht, die er vanuit ging dat elke overeenkomst stilzwijgend de voorwaarde bevatte dat de omstandigheden hetzelfde zouden blijven.²²⁴ De *clausula*-leer van het gemene recht was echter, net als de *remissio mercedis*, afgewezen door de Duitse wetgever bij het opstellen van het BGB en was dan ook oorspronkelijk niet in het wetboek te vinden.²²⁵ Oorlog en hyperinflatie zorgden er evenwel voor dat de Duitsers behoefte hadden aan de mogelijkheid overeenkomsten aan te passen in geval van buitengewone omstandigheden: de leer werd afgestoft en in een nieuw jasje gestoken, dat van de *Geschäftsgrundlage*.²²⁶

Geschäftsgrundlage betreft de overige gevallen, dat wil zeggen de gevallen waarin het gaat om omstandigheden die betrekking hebben op de overeenkomst die in het geding is, zie het *Münchener Kommentar zum BGB*: MüKoBGB/Finkenauer, 9. Aufl. 2022, BGB § 313 Rn. 17, 18.

222 Zie het eerste lid van § 313 BGB: ‘*Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.*’

223 Zie MüKoBGB/Finkenauer, 9. Aufl. 2022, BGB § 313 Rn. 17, 18: ‘*Unter der “großen” Geschäftsgrundlage versteht man die Erwartung, dass sich die grundlegenden politischen, wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen des Vertrags nicht durch Revolution, Krieg, Vertreibung, Hyperinflation oder eine (Natur-)Katastrophe ändern, dass also die Sozialexistenz nicht erschüttert werde.*’ Zie wat betreft natuurrampen, hyperinflatie of een oorlog eveneens MüKoBGB/Finkenauer, 9. Aufl. 2022, BGB § 313 Rn. 306. Zie wat betreft een pandemie de uitspraak van het BGH van 12 januari 2022 [hiervoor nt. 221].

224 Zie MüKoBGB/Finkenauer, 9. Aufl. 2022, BGB § 313 Rn. 20. Zie over deze leer hiervoor p. 34.

225 Zie MüKoBGB/Finkenauer, 9. Aufl. 2022, BGB § 313 Rn. 21. De *clausula*-leer was enkel terug te vinden in een aantal bijzondere bepalingen.

226 Zie MüKoBGB/Finkenauer, 9. Aufl. 2022, BGB § 313 Rn. 22. Het was Oertmann, die met deze vondst kwam. De leer werd, na verloop van tijd, aangenomen in de rechtspraak en kwam op grond van het *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* van 2001 in het BGB. Finkenauer concludeerde dat de wetgever zo

De jas zit als gegoten, nu het ‘normale’ bestaan tot stilstand is gekomen als gevolg van de coronapandemie. De Duitsers maken dankbaar gebruik van de mogelijkheid overeenkomsten aan te passen op grond van een verstoring van de *Geschäftsgrundlage*. Wat betreft de huur van bedrijfsruimten bevat de wet het vermoeden dat er zich na het sluiten van de overeenkomst een ingrijpende wijziging heeft voorgedaan als gevolg van een omstandigheid in de zin van § 313 lid 1 BGB, die de *Grundlage* van de huurovereenkomst vormt, indien het gehuurde niet of slechts met aanmerkelijke beperkingen kan worden gebruikt ter uitoefening van het bedrijf vanwege overheidsmaatregelen ter bestrijding van de pandemie.²²⁷ De Duitse wetgever heeft dit vermoeden eind 2020 in de wet opgenomen.²²⁸

Huurprijvermindering is echter geen gegeven als er sprake is van een *Störung van de Geschäftsgrundlage* gelet op de overige voorwaarden die het eerste lid van § 313 BGB stelt. Het BGH heeft in een zaak betreffende een gehuurd winkelpand ten tijde van een *lockdown* geoordeeld dat ook aan die voorwaarden is voldaan zodat sprake is van een verstoring van de basis van de overeenkomst in de zin van § 313 BGB die recht geeft op huurprijvermindering.²²⁹ Het BGH benadrukt dat de *lockdown* de verwachtingen van partijen ernstig heeft verstoord: zij hebben de pandemie niet voorzien bij het sluiten van de overeenkomst en zijn ervan uitgegaan dat de fundamentele politieke, economische en sociale randvoorwaarden niet zouden veranderen en dat het sociale bestaan niet zou wankelen, hetgeen wél is gebeurd als gevolg van de pandemie.²³⁰ Partijen zouden de overeenkomst niet in deze vorm hebben gesloten als ze de pandemie hadden voorzien. Bovendien draagt volgens het

in zekere zin het wetgevingsbesluit van 1896 corrigeerde. Zie over de acceptatie van de leer in de rechtspraak en de opname in het BGB: MüKoBGB/Finkenauer, 9. Aufl. 2022, BGB § 313 Rn. 23-25.

227 Zie artikel 240, § 7, lid 1 van het *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (EGBGB): ‘*Sind vermietete Grundstücke oder vermietete Räume, die keine Wohnräume sind, infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie für den Betrieb des Mieters nicht oder nur mit erheblicher Einschränkung verwendbar, so wird vermutet, dass sich insofern ein Umstand im Sinne des § 313 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, der zur Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat.*’ Deze bepaling maakt deel uit van een regeling die de verbintenisrechtelijke gevolgen van de pandemie regelt. De bepaling is ingevoerd na de tweede *lockdown*.

228 Het vermoeden kreeg kracht van wet op 31 december 2020, zie BGBl. 2020 I 3328, dat wil zeggen het *Bundesgesetzblatt* van 22 december 2020, p. 3328 (artikel 240 is te vinden op p. 3332). Zie over deze wetgeving bijvoorbeeld V. Römermann, ‘Mietrechtliche “Blitzgesetzgebung” in Pandemiezeiten. Vermutung einer Geschäftsgrundlagenstörung und Prozessbeschleunigung’, *NJW* 2021, 265.

229 Zie BGH 12 januari 2022, ECLI:DE:BGH:2022:120122UXIIZR8.21.0 (XII ZR 8/21). Het BGH heeft dit oordeel geveld in een zaak betreffende een gehuurd winkelpand, waarin de huurder hoofdzakelijk allerlei soorten textiel, maar ook een aantal andere goederen verkocht. Zie r.o. 41 en verder wat betreft de toepassing van § 313 BGB (met een verwijzing naar § 7 van artikel 240 EGBG in r.o. 46, waarna het BGH in r.o. 47-48 uitlegt dat deze bepaling niet rechtstreeks van toepassing is aangezien de *lockdown* die in het geschil centraal staat de eerste *lockdown* is, in het voorjaar van 2020, dus vóór de invoering van de bepaling. Het was echter wel de bedoeling van de wetgever dat hetzelfde zou gelden voor het begin van de pandemie).

230 Zie BGH 12 januari 2022, ECLI:DE:BGH:2022:120122UXIIZR8.21.0, r.o. 45.

SPEELBAL DER OMSTANDIGHEDEN

BGH geen van de partijen het risico van de *lockdown*.²³¹ Daarnaast is het onredelijk voor de huurder om het contract ongewijzigd in stand te houden. Wat dat vereiste betreft, benadrukt het BGH dat § 313 BGB vereist dat steeds een uitgebreide beoordeling van alle omstandigheden van geval nodig is om te bepalen of het onredelijk is voor de huurder om aan het ongewijzigde contract te worden gehouden.²³² Hetzelfde geldt voor de hoogte van de huurprijzvermindering.²³³ Het *Oberlandesgericht* had er in hoger beroep niet voldoende blijk van gegeven dat met alle omstandigheden rekening was gehouden en dus keurde het BGH het oordeel af waarin de huur met 50% werd verminderd.²³⁴ Er moet er van geval tot geval worden gekeken welke nadelen de huurder heeft geleden als gevolg van de *lockdown*. In geval van commerciële huur zal dit met name de daling van de omzet tijdens de *lockdown* betreffen.²³⁵ Daarbij moet de rechter rekening houden met de overheidsregelingen waarvan de huurder gebruik kon maken ter compensatie van de overheidsmaatregelen ter bestrijding van de pandemie.²³⁶ Ook de belangen van de verhuurder moeten worden meegewogen.²³⁷ Het BGH geeft geen formule, zoals onze Hoge Raad, hetgeen de rechtszekerheid in Duitsland niet ten goede komt.

Ten slotte merk ik op dat een ander deel van de uitspraak van het BGH interessant is gelet op het Nederlandse debat betreffende het begrip ‘gebrek’ in de zin van artikel 7:204 BW. In Duitsland is hetzelfde debat gevoerd, met dien verstande dat het ging om het eerste lid van § 536 BGB, op grond waarvan een huurder geen huur verschuldigd is als het gehuurde een gebrek heeft waardoor het ongeschikt is voor het contractueel overeengekomen gebruik.²³⁸ Het BGH heeft, net als onze Hoge Raad, geoordeeld dat er geen sprake is van

231 Zie BGH 12 januari 2022, ECLI:DE:BGH:2022:120122UXIIZR8.21.0, r.o. 49-52.

232 Zie BGH 12 januari 2022, ECLI:DE:BGH:2022:120122UXIIZR8.21.0, r.o. 53

233 Zie BGH 12 januari 2022, ECLI:DE:BGH:2022:120122UXIIZR8.21.0, r.o. 52 en 57.

234 Het BGH oordeelt dat in het algemeen niet volstaan kan worden met een vast bedrag of een vast percentage korting, zie BGH 12 januari 2022, ECLI:DE:BGH:2022:120122UXIIZR8.21.0, r.o. 57: *‘Ob dem Mieter ein Festhalten an dem unveränderten Vertrag unzumutbar ist, bedarf auch in diesem Fall einer umfassenden Abwägung, bei der sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind (§ 313 Abs. 1 BGB). Eine pauschale Betrachtungsweise wird den Anforderungen an dieses normative Tatbestandsmerkmal der Vorschrift nicht gerecht. Deshalb kommt eine Vertragsanpassung dahingehend, dass ohne Berücksichtigung der konkreten Umstände die Miete für den Zeitraum der Geschäftsschließung grundsätzlich um die Hälfte herabgesetzt wird, weil das Risiko einer pandemiebedingten Gebrauchsbeschränkung der Mietsache keine der beiden Mietvertragsparteien allein trifft, nicht in Betracht.’* Het BGH keurt om die reden het oordeel van het *Oberlandesgericht* af, zie r.o. 63 en legt uit hoe het dan wel moet in r.o. 64.

235 Zie BGH 12 januari 2022, ECLI:DE:BGH:2022:120122UXIIZR8.21.0, r.o. 58.

236 Zie BGH 12 januari 2022, ECLI:DE:BGH:2022:120122UXIIZR8.21.0, r.o. 59.

237 Zie BGH 12 januari 2022, ECLI:DE:BGH:2022:120122UXIIZR8.21.0, r.o. 60.

238 Als het gehuurde verminderd geschikt is voor het overeengekomen gebruik, dan heeft de huurder recht op huurprijzvermindering. Het eerste lid van § 536 BGB luidt als volgt: *‘Hat die Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter einen Mangel, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt, oder entsteht während der Mietzeit ein solcher Mangel, so ist der Mieter für die Zeit, in der die Tauglichkeit aufgehoben ist, von der Entrichtung der Miete befreit. Für die Zeit, während der die*

een gebrek in de zin van § 536 BGB, omdat de door de overheid opgelegde sluitingen niet direct verband houden met de specifieke aard, staat of ligging van het gehuurde, maar met de bedrijfsvoering van de huurder.²³⁹ Bovendien wijst het BGH op de omvang van de prestatieverplichting van de verhuurder wat betreft het overeengekomen gebruik: de precieze omvang is een kwestie van uitleg van de overeenkomst, maar het BGH maakt duidelijk dat de verhuurder doorgaans niet de garantie heeft gegeven dat het overeengekomen gebruik te allen tijde mogelijk is.²⁴⁰

Nederland

Als gevolg van de Eerste Wereldoorlog deed zich in ons land, net zoals eerder in het gemeene recht, een geval voor van een tollenaar, die aanzienlijk minder tol ontving dan gedacht.²⁴¹ De tollenaar in kwestie pachtte op 1 mei 1914 - drie maanden voor het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog - de tolopbrengst van twee trajecten van de weg van 's Graveland naar Soestdijk met daarbij het gebruik van de bijbehorende tolhuizen voor een periode van vijf jaren. Het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog en de daaruit voortvloeiende beperkingen ten aanzien van het gebruik van benzine leidden er volgens de pachter toe dat hij minder tol ontving dan dat hij verplicht was te betalen aan pacht. Hij vorderde om die reden een vermindering van de pachtsom. De rechtbank overwoog dat de pachter niet tot het sluiten van de overeenkomst zou zijn overgegaan als hij de toestand had voorzien. Als de inkomsten inderdaad zo terug waren gelopen als de pachter stelde - hij had aangeboden dit te bewijzen - dan had hij naar het oordeel van de rechtbank recht op een vermindering van de pachtsom.²⁴² In hoger beroep, wees het Hof Amsterdam de vordering van de pachter eveneens toe, echter niet op grond van de goede trouw, zoals de rechtbank had gedaan, maar op grond van artikel 1589 van het oude Burgerlijk Wetboek (hierna: OBW), oftewel het BW van 1838.²⁴³

Artikel 1589 OBW was op Franse leest geschoeid: het bepaalde - in iets andere bewoordingen - hetzelfde als artikel 1486 van het Wetboek Napoleon, ingericht voor het Koninkrijk Holland van 1809 dat om voor de hand liggende redenen verdacht veel leek op artikel 1722

Tauglichkeit gemindert ist, hat er nur eine angemessen herabgesetzte Miete zu entrichten. Eine unerhebliche Minderung der Tauglichkeit bleibt außer Betracht.

239 Zie BGH 12 januari 2022, ECLI:DE:BGH:2022:120122UXIIZR8.21.0, r.o. 32-35.

240 Zie BGH 12 januari 2022, ECLI:DE:BGH:2022:120122UXIIZR8.21.0, r.o. 32-36.

241 Zie over het geval van de tollenaar bijvoorbeeld hiervoor nt. 149. Zie over Baldus' tollenaar in geval van de pest in de veertiende eeuw hiervoor p. 29. Zie over De Beecka's tollenaar in Antwerpen aan het einde van de vijftiende eeuw p. 35 en zie over over Della Ripa's tollenaar in het Avignon van de zestiende eeuw hiervoor p. 36.

242 Zie rechtbank Amsterdam 24 juni 1918, *NJ* 1918, p. 865. Het betrof een tussenvonnis omdat de bewijslevering nog moest volgen.

243 Zie Hof Amsterdam 20 oktober 1920, *NJ* 1921, p. 801.

SPEELBAL DER OMSTANDIGHEDEN

van de Franse *Code civil*.²⁴⁴ Artikel 1589 OBW luidde:

‘Indien, gedurende den huurtijd, het verhuurde goed door eenig toeval geheel en al vergaan is, vervalt de huur-overeenkomst van rechtswege. Indien het goed slechts ten deele vergaan is, heeft de huurder de keus om, naar gelang der omstandigheden, of eene vermindering van den huurprijs, of zelfs de vernietiging van de huur-overeenkomst, te vorderen; doch hij kan, in geen dier beide gevallen, aanspraak op schadevergoeding maken.’

De Hoge Raad kreeg in 1879 de vraag wat moest worden verstaan onder ‘vergaan’ in de zin van artikel 1589: ging het om de ‘absolute beteekenis van het te niet gaan, van den ondergang der zaak zelve’ of was het begrip vergaan ‘relatief’, ging het om ‘het ophouden van het genot van den huurder’?²⁴⁵ De zaak had aanleiding gegeven tot existentiële bespiegelingen: één van de raadsmanen concludeerde met een *reductio ad absurdum* dat ‘in de natuur eigenlijk niets vergaat, maar alleen den vorm verandert, en dat het artikel derhalve nooit zijne toepassing zoude kunnen vinden.’²⁴⁶ Het geschil betrof een boot, die gedurende de huurperiode was gezonken als gevolg van een noodlottige aanvaring. De boot was na afloop van de huurperiode uit het kanaal opgehaald en hersteld. Was deze boot ‘gedurende den huurtijd door eenig toeval geheel en al vergaan’ in de zin van artikel 1589 OBW? De Hoge Raad overwoog:

‘dat uit den aard der zaak volgt, dat onder de aangehaalde woorden niet alleen is begrepen het geheel ophouden van het bestaan der verhuurde zaak als zoodanig en alzoo haar geheel te niet gaan of geheele ondergang, maar ook het geval, dat zij zich bevindt in zoodanigen toestand, dat de huurder van haar geen gebruik meer kan maken.’²⁴⁷

De Hoge Raad koos in 1879 zo voor een ruime interpretatie van artikel 1589 OBW.

Een oordeel van de Hoge Raad was in die tijd echter geenszins zaligmakend. De Nederlandse juristen hechtten in de negentiende eeuw minder waarde aan een arrest van de Hoge Raad, dan aan de drie grote commentaren op het BW van 1838, die van Diephuis,

244 Artikel 1486 van het Wetboek Napoleon, ingericht voor het Koninkrijk Holland luidde: ‘Indien de verhuurde zaak gedurende den huurtijd, bij toeval, geheel en al vergaan is, vervalt het contract van zelf; indien de zaak slechts ten deele vergaan is, kan de huurder naar gelang der omstandigheden, of eene vermindering van den huurprijs, of de vernietiging van de huur zelve, vorderen, doch hij kan in geen dier beide gevallen aanspraak op schadevergoeding maken.’ Ook wat betreft de pacht had het OBW de bepalingen van de Franse *Code civil* overgenomen en wel in artikel 1628 OBW en verder. Zie over de pacht onder het OBW hierna p. 67 en zie over de Franse bepalingen inzake de pacht hiervoor p. 42.

245 Zie de conclusie van de AG bij het arrest van de Hoge Raad van 18 oktober 1872, *Weekblad van het Regt* 18 november 1872, nr. 3519 (middelste kolom, op driekwart van de eerste pagina).

246 Zie de conclusie van de AG bij het arrest van de Hoge Raad van 18 oktober 1872, *Weekblad van het Regt* 18 november 1872, nr. 3519 (middelste kolom, op één derde van de pagina).

247 Zie het arrest van de Hoge Raad van 18 oktober 1872, *Weekblad van het Regt* 18 november 1872, nr. 3519 (zie de eerste kolom op de tweede pagina).

Opzoomer en Land.²⁴⁸ Naar huidige maatstaven bevatten hun werken dan ook weinig wijzigingen naar jurisprudentie: de wet stond centraal, niet de uitleg daarvan in de jurisprudentie.²⁴⁹ Opzoomer meende dat geen sprake was van vergaan in de zin van artikel 1589 als de zaak ‘om eenige buiten den persoonlijken toestand des huurders gelegen redenen’ door de huurder niet kon worden gebruikt.²⁵⁰ De onmogelijkheid een zaak te gebruiken veronderstelde volgens hem juist dat de zaak niet was vergaan, maar nog bestond.²⁵¹ Diephuis meende dat met vergaan niet spoorloos verdwijnen was bedoeld, maar veelmeer dat iets ophield te zijn wat het was.²⁵² Land, de jongste van het drietal en degene die Diephuis opvolgde als hoogleraar burgerlijk recht te Groningen, was ook voor een strikte interpretatie van het artikel:

‘Art. 1589 spreekt alleen van het geheel of gedeeltelijk te niet gaan der zaak, niet van het onbruikbaar worden met betrekking tot het gebruik, waartoe de zaak verhuurd was.’²⁵³

De generatie juristen die na hen kwam, nam meer afstand van de letter van de wet. Limburg, die in 1905 het deel van de Asser-serie voor zijn rekening nam waarin de huurovereenkomst werd behandeld, schreef over artikel 1589 OBW:

‘Een eenigszins breede opvatting van het artikel moet echter er toe leiden het toe te passen overal waar de force majeure het gebruik voor den huurder geheel of gedeeltelijk doet verloren gaan.’²⁵⁴

De bewerker van Land’s werk, Star Busmann, schreef eveneens dat van vergaan in de zin van artikel 1589 niet alleen sprake was als het lichamelijke voorwerp niet meer bestond,

-
- 248 Zie J.H.A. Lokin, ‘Diephuis, Opzoomer, Land (Canon van het Recht deel 10)’, *Ars Aequi* 2009, p. 420.
- 249 Wij duiden hen tegenwoordig aan als legisten vanwege de grote nadruk die zij op de wet legden. Zie in het kort hierover het in de vorige noot genoemde schrijven van Lokin. Zie meer uitgebreid P.C. Kop, *Legisme en privaatrechtswetenschap: legisme in de Nederlandse privaatrechtswetenschap in de negentiende eeuw*, Deventer: Kluwer 1982. Zie over Diephuis in het bijzonder het jubileumnummer van dit tijdschrift dat verscheen in 1992, waarin Brunner de vraag stelde of de benaming legist terecht was: C.J.H. Brunner, ‘Was Diephuis een legist? Een herwaardering na 100 jaar’, GROM jubileumuitgave 1992, p. 1-24.
- 250 Zie C.W. Opzoomer, *Het burgerlijk wetboek. Achtste deel: Art. 1493-1653*, ’s-Gravenhage: gebr. Belinfante 1883, p. 289.
- 251 Idem.
- 252 Zie G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Recht* (12^e deel), Groningen: J.B. Wolters 1889, p. 51.
- 253 Zie N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek* (3^e deel, 2^e stuk), Haarlem: De Erven F. Bohn 1894, p. 96.
- 254 Zie J. Limburg, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht* (Derde deel - eerste stuk), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1905, p. 612. Limburg wees erop dat de Franse rechtspraak het artikel zo uitlegde. Zie over het Franse begrip ‘*perte juridique*’ hiervoor p. 43. Ook wees hij op een arrest van het Hof Den Haag van 7 februari 1898 (W 7130) over een aanlegplaats die was verzand. In dat geval werd volgens Limburg een ‘wettelijk totaal verlies’ gelijkgesteld aan een werkelijk totaal verlies. Hij schreef: ‘De taak van den rechter is het, te beslissen, wanner het gemis aan genot, overeenkomstig het bestemde gebruik van de gehuurde zaak, zóó groot is, dat men de zaak moet beschouwen als geheel teniet gegaan.’

SPEELBAL DER OMSTANDIGHEDEN

maar ook als het gehuurde door toeval ongeschikt was geworden voor het beoogde doel.²⁵⁵ Hij stelde, net als Pothier, het genot van het gehuurde centraal als object van de huurovereenkomst:

‘Onderwerp toch van iedere huurovereenkomst is een bepaald gebruik van het goed, men huurt, zooals reeds werd opgemerkt, strikt genomen niet de lichamelijke zaak, maar het genot er van. De vraag is dus niet, of het stoffelijke voorwerp wel geheel is te niet gegaan, maar deze, of de toestand, waarin het is gebracht, het overeengekomen genot voortaan onmogelijk maakt?’²⁵⁶

Zowel de strikte, als de ruime opvatting van artikel 1589 OBW was te vinden in de jurisprudentie. Zo interpreteerde de rechtbank Amsterdam strikt in een geval dat zich voordeed in de Eerste Wereldoorlog.²⁵⁷ Het betrof een huurder van een huis dat was gelegen op het voorterrein van de vesting Naarden. De vestingwerken werden bij het uitbreken van de oorlog in staat van verdediging gebracht, hetgeen ertoe leidde dat de bewoners in allerijl hun huizen verlieten in de veronderstelling dat hun huizen zouden worden afgebroken om een vrij schootsveld te verwerklijken voor de verdedigers van de vesting. Het bleek echter niet nodig de huizen af te breken en de bewoners mochten terug. Eén van de huurders beriep zich tevergeefs op artikel 1589. De rechtbank Amsterdam oordeelde dat

‘geenszins kan worden aangenomen, dat het *verhuurde is vergaan* (cursiveringen afkomstig uit het origineel, AJHS), laat staan dat dit *door eenig toeval* zou zijn geschied; dat immers de in meerdere wetsbepalingen voorkomende uitdrukking “te niet gaan”, of “vergaan” niet zoo buiten hare duidelijke en redelijke beteekenis mag worden uitgelegd, dat ze van toepassing zou zijn op een geval als het onderhavige, waarin *aan het gehuurde zelf*, nl. het huis, *niet het minste is veranderd* en zelfs niet van gedeeltelijk te niet gaan of van beschadiging kan worden gesproken, doch alleen *kans op te niet gaan* aanwezig was; dat ook niet in plaats van “vergaan van het *verhuurde*” mag worden gelezen “vergaan of te niet gaan van het *genot van het verhuurde*”, op welke stelling opposants betoog neerkomt, nu het art. duidelijk spreekt van het “*verhuurde goed*” en deze uitdrukking geen ruimte tot twijfel laat.’²⁵⁸

Dat er naar het oordeel van de rechtbank geen sprake was van een ‘toeval’ in de zin van artikel 1589 OBW, kwam voort uit het feit dat de ontruiming voorzienbaar was geweest gelet op een wet uit 1851, de Kringenwet, die bepaalde dat de gebouwen op het terrein van de vesting konden worden weggeruimd in geval van oorlog.²⁵⁹

255 Zie N.K.F. Land, herzien door C.W. Star Busmann, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek* (Deel 5), Haarlem: De Erven F. Bohn 1915, p. 149.

256 Idem.

257 Zie rechtbank Amsterdam 1 mei 1916, *NJ* 1916, p. 629-631, p. 631.

258 Idem.

259 Zie in deze zin ook rechtbank Arnhem 11 mei 1916, *NJ* 1917, p. 1041-1042. De voorzienbaarheid maakte eveneens dat geen sprake was van toeval in de zin van artikel 1589 OBW in een geval dat zich voordeed tijdens de Tweede Wereldoorlog bij het Hof Amsterdam, 29 maart 1944, *NJ* 1944/561, p. 797. Het betrof de huur van verschillende voertuigen. Een paar maanden na het sluiten van de huurovereenkomst brak

Er waren echter ook rechters die kozen voor een ruimere interpretatie van artikel 1589 OBW door niet per se een materieel tenietgaan van het gehuurde te vereisen om te kunnen spreken van ‘vergaan’ in de zin van artikel 1589 OBW: zij meenden dat van ‘vergaan’ ook sprake was als het gehuurde niet langer te gebruiken was voor het overeengekomen doel.²⁶⁰ Zo besloot de kantonrechter van Groningen op 12 september 1946 in het voordeel van een seinhuiswachter die zijn wachthuis had verlaten op 18 september 1944, omdat de Nederlandse regering het spoorwegpersoneel had opgeroepen te staken. De Duitsers hadden nog diezelfde dag de woning verzegeld. Toen de seinhuiswachter op 25 september 1944 zijn huur niet betaalde, maakte zijn verhuurder, woningbouwvereniging Gruno, bezwaar. De Groningse kantonrechter Mulder was echter van oordeel dat het verhuurde was vergaan in de zin van artikel 1589 door de verzegeling, aangezien

‘ook in het onderhavig geval, gelijk in art. 1589 B.W., sprake is van een onttrokken worden van de woning aan het doel, waarvoor partijen haar hadden bestemd, tengevolge van een buiten toedoen van partijen optredende oorzaak.’²⁶¹

Ook in een aantal andere gevallen oordeelden rechtbanken dat een vordering of gedwongen ontruiming van het gehuurde gelijkstond aan ‘vergaan’ in de zin van artikel 1589 OBW.²⁶²

de oorlog uit met als gevolg dat de huurder geen benzine meer kreeg, zodat hij met de gehuurde wagens niets kon beginnen. Het Hof meende dat het voorzienbaar was geweest omdat de oorlog reeds woedde in Europa toen hij de overeenkomst sloot en er indertijd zelfs al beperkingen waren in Nederland wat betreft het gebruik van benzine. Bovendien was het een feit van algemene bekendheid dat ook tijdens de oorlog van 1914 tot 1918 ingrijpende overheidsmaatregelen waren getroffen die hadden geleid tot beperking van het benzinegebruik.

260 Zie bijvoorbeeld het hierna in de hoofdtekst behandelde vonnis van de kantonrechter te Groningen en het tussenvonnis van de rechtbank Middelburg, 26 juni 1948 *NJ* 1948/717. De rechtbank te Middelburg oordeelde dat er sprake was van ‘vergaan’ in de zin van artikel 1589, omdat het gebruik voor de huurder verloren was gegaan als gevolg van het vorderen of in gebruik nemen van het gehuurde buiten of tegen de wil van de huurder om of in. Het was een tussenvonnis omdat er nog bewijs moest worden geleverd. De zaak betrof door de coöperatieve roomboterfabriek ‘Het Hart’ gehuurde melkbussen. De fabriek verloor de controle over de melkbussen, toen de geallieerden Nederland binnentrokken in september 1944 en het vervoer van en naar de fabriek kwam stil te liggen. De bussen werden in die tijd eerst door de Duitsers gebruikt om melk op te halen bij de boeren voor eigen gebruik en na de bevrijding door de provinciale voedselcommissaris, die opdracht gaf melk te vervoeren naar Walcheren. De rechtbank rekende tot vergaan ook het geval ‘dat het gebruik van het gehuurde voor de huurder is verloren gegaan. Als zodanig kan in aanmerking komen een vorderen of in gebruik nemen der bussen hetzij door de bezetters, hetzij door een Nederlandse autoriteit, buiten of tegen de wil van de huurder, hetgeen de Rechtbank in het door Het Hart gestelde opgesloten acht.’

261 Zie Kantong. Groningen 12 september 1946, *NJ* 1947, no. 639.

262 Zie bijvoorbeeld het hiervoor genoemde geval van de gevorderde melkbussen (nt. 260): rechtbank Middelburg, 26 juni 1948 *NJ* 1948/717. Zie ook kantongerecht Haarlem 26 mei 1944, *NJ* 1944, no. 514 (p. 749-750). In de desbetreffende uitspraak kon de huurster zich echter niet met succes op artikel 1589 OBW beroepen, omdat het een – zoals wij zouden zeggen – haar persoonlijk betreffende omstandigheid was dat ze niet van het huurgenot gebruik kon maken. De kantonrechter te Haarlem moest een oordeel vellen in een zaak betreffende een gehuurde villa te Heemstede, die de huurster had verlaten op last van

SPEELBAL DER OMSTANDIGHEDEN

Wat betreft de huur van bedrijfsruimte valt een arrest op van het Hof te 's-Gravenhage betreffende de huurder van een lunchroom, waartoe ook de buffetten hoorden van het naastgelegen theater, dat in gebruik was als bioscoop.²⁶³ De huurovereenkomst was in 1931 gesloten, in 1938 voor 7 jaar verlengd en bepaalde onder meer 'dat verhuurder tegenover huurster instaat voor de regelmatige en dagelijksche mogelijkheid van consumptieverkoop aan de bezoekers van het theater zoowel in het theater als gedurende de pauzes in de foyer, alles met regeling van den duur dier pauzes.'²⁶⁴ De bioscoopbond verbood echter in 1942 pauzes. De bioscoop was hieraan gehouden, waardoor de huurder de inkomsten van de exploitatie van de buffetten tijdens de pauzes misliep. Hij beriep zich op artikel 1589 OBW, maar het Hof oordeelde:

'dat ook bij ruimte interpretatie van dit art. toch eerst dan bij gemis aan profijt van geheel of gedeeltelijk vergaan gesproken kan worden, wanneer dat gemis gevolg is of verband houdt met het geheel of gedeeltelijk verminderen van het gehuurde stoffelijke goed, welk laatste niet is gesteld en hetwelk ook niet het geval is.'²⁶⁵

Het Hof legde de overeenkomst bovendien zo uit dat deze geen garantie inhield voor een dagelijkse exploitatie van de buffetten tijdens de pauzes. Het gaf de huurder enkel het recht om tijdens de pauzes consumpties te verkopen.

de autoriteiten. Van vergaan in de zin van artikel 1589 was naar het oordeel van de kantonrechter enkel sprake als de woning in beslag was genomen of in een sfergebied was komen te liggen, waardoor deze niet langer bewoonbaar was. Daarvan was in dit geval geen sprake, want de woning bleef beschikbaar voor de verhuur, alleen mocht de huurster niet in de woning blijven, waarschijnlijk omdat het een op leeftijd zijnde weduwe betrof, die niet aan het arbeidsproces deelnam en daarom plaats moest maken voor evacuées uit de kuststreek die wel in het gebied aan het werk waren, maar die niet langer in hun huizen konden blijven in verband met de aanleg van de *Atlantikwall*. De huurster was volgens de rechter door overmacht verhinderd haar rechten als huurster uit te oefenen.

263 Zie Hof 's-Gravenhage 20 december 1945, *NJ* 1946/489.

264 Zie Hof 's-Gravenhage 20 december 1945, *NJ* 1946/489, p. 627.

265 Zie Hof 's-Gravenhage 20 december 1945, *NJ* 1946/489, p. 629. Datzelfde hof hanteerde in een andere zaak hetzelfde criterium, namelijk dat de ongeschiktheid voor het overeengekomen gebruik voortvloeyde uit een materiële beschadiging, zie Hof 's-Gravenhage 8 januari 1948, *NJ* 1948/305. Die zaak betrof een op last van de burgemeester ontruimd pand dat kort na de ontruiming zwaargehavend raakte bij een bombardement en daarna succesvol werd hersteld. Het Hof concludeerde 'dat onder het geheel en al vergaan van het gehuurde goed in de zin van artikel 1589 B.W. begrepen is een zodanige beschadiging van het goed, waardoor het ongeschikt is geworden voor het gebruik, waarvoor het verhuurd is.' Het Hof Amsterdam oordeelde over een vergelijkbare zaak op 24 december 1942 (*NJ* 1943/339). Het Amsterdamse hof interpreteerde artikel 1589 OBW als volgt: 'dat naar 's-Hofs oordeel "geheel en al vergaan" in den zin van voormelde bepaling aanwezig is te achten, indien het gehuurde object voor het beoogd gebruik ongeschikt wordt en deze ongeschiktheid - gelet op de kosten die het wederom daarvoor geschikt maken zouden meebrengen in verhouding tot de kosten van een vervangend object, en op den tijd dien dit zou vergen, in verhouding tot den tijd waarvoor de huur is aangegaan - redelijkerwijs als een blijvende moet worden aangemerkt.' Zo ook Hof 's-Gravenhage 8 januari 1948, *NJ* 1948/305.

In 1946 mengde Houwing - de man die later aan de wieg zou staan van het huurrecht in het nieuw Burgerlijk Wetboek - zich in de strijd over de interpretatie van artikel 1589 OBW.²⁶⁶ Houwing stelde dat het huurrecht van het OBW, net als dat van de Franse Cc, 'vrijwel volledig en in onderdelen nauwkeuring aan Pothier' was ontleend om daaraan toe te voegen: 'volledig ook in dien zin, dat *al* zijn beschouwingen in onze wet tot wetsartikelen bekrachtigd zijn.'²⁶⁷ Eén beginsel was volgens Houwing echter uitgezonderd en wel het beginsel dat het risico van het huurgenot op de verhuurder rustte.²⁶⁸ Houwing wees op de door Pothier genoemde gevallen waarin de huurder recht had op *remissio* en noemde zo onder meer het geval dat het gehuurde huis in een met pest besmette stad was gelegen en ook het geval van de 'aan den grooten weg gelegen herberg', die daarvan werd afgesneden door een wegverlegging.²⁶⁹ Houwing meende dat de wetgevers keuze voor het woord 'vergaan' een beperking inhield ten opzichte van de door Pothier besproken gevallen:

'Het is toch waarlijk volstrekt onmogelijk om aan te nemen, dat de wetgever in art. 1589 sprekend van vergaan (art. 1722 C.c.: détruite) van het verhuurde goed, zou hebben bedoeld, *deze* gevallen daaronder samen te vatten. Zou men art. 1589 als den neerslag van Pothier's beschouwingen omtrent remissie zien, dan zou men wel in het woord vergaan een ten volle bedoelde beperking moeten zien.'²⁷⁰

Het beginsel dat de verhuurder het risico droeg van het huurgenot kon Houwing 'zoo billijk niet vinden', enerzijds omdat een niet op schuld gebaseerde risicoregel volgens hem altijd iets willekeurig had en anderzijds omdat de verhuurder nu juist de mogelijkheid van genot afstand aan de huurder 'omdat hij den vasten huurprijs boven deze onvaste mogelijkheid' verkoos: 'De huurder krijgt voor een vast bedrag alle goede kansen, waarom niet ook de slechte?'²⁷¹ Houwing stelde dat niemand zou pleiten voor huurverhoging bij onvoorzien voordeel.²⁷² Hij wees ter onderbouwing van deze stelling naar de ons bekende tekst van Gaius en vroeg zich vervolgens af: 'Maar waarom nog deze incongruentie, dat de huurder het immodicum lucrum ontvangt, doch slechts het modicum damnum heeft te dragen?'²⁷³

Ook een wetssystematische interpretatie leidde volgens Houwing tot een strikte interpretatie van artikel 1589 OBW. Hij wees erop dat 'het verhuurde goed' eveneens in andere bepalingen te vinden was en achtte het onmogelijk om zelfs maar in één van die bepalingen

266 Zie Ph. A.N. Houwing, 'Het risico van het verhuurde goed', in: *Opstellen over hedendaagsch recht. Op 17 november 1946 door vrienden en leerlingen aangeboden aan prof. Mr. J.C. van Oven*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1946, p. 125-153. Wat betreft Houwing en het nieuw BW: zie hierna p. 60.

267 Zie Houwing 1946 [o.c. nt. 266], p. 135.

268 Zie Houwing 1946 [o.c. nt. 266], p. 135-137.

269 Zie Houwing 1946 [o.c. nt. 266], p. 136. Zie over Pothier hiervoor p. 40 en volgende.

270 Zie Houwing 1946 [o.c. nt. 266], p. 136.

271 Zie Houwing 1946 [o.c. nt. 266], p. 137.

272 Zie Houwing 1946 [o.c. nt. 266], p. 138. De glosse pleitte wel degelijk voor huurverhoging in geval van onvoorzien voordeel, zie hiervoor p. 32.

273 Zie Houwing 1946 [o.c. nt. 266], p. 138. Zie voor de tekst van D. 19,2,25,6 hiervoor p. 24.

SPEELBAL DER OMSTANDIGHEDEN

onder het verhuurde goed het genot ervan te verstaan.²⁷⁴ Een dergelijke interpretatie van artikel 1589 OBW noemde hij dan ook ‘evident onjuist’: artikel 1589 OBW vereiste dat het verhuurde goed, niet het genot daarvan, door toeval was vergaan.²⁷⁵ De op de verhuurder rustende verplichting de huurder het rustig genot van het verhuurde te verschaffen hield volgens Houwing slechts het volgende in:

‘Naar mijne meening gaat de verplichting van den verhuurder niet verder dan om al datgene te doen wat gedaan moet worden en na te laten wat nagelaten moet worden, teneinde den huurder het rustig genot te doen hebben. Heeft de verhuurder dit gedaan en heeft de huurder desondanks geen genot van het gehuurde gehad, dan is de verhuurder niet verder verplicht, niet op grond van overmacht, maar (sic. AJHS) omdat hij alles gedaan heeft, wat hij verplicht was te doen.’²⁷⁶

Wat moest er dan wél onder het begrip ‘vergaan’ in de zin van artikel 1589 OBW worden verstaan? Voor het antwoord op die vraag was volgens Houwing geen diepgaand gepeins nodig:

‘Een lichamelijke zaak kan niet vergaan in dien zin, dat de stof, waaruit zij gevormd is, zou ophouden te bestaan. De verhuurde zaak vergaat, als de stof, die haar vormt, ophoudt de verhuurde zaak te zijn. Wat de stof tot de verhuurde zaak maakt, is haar bruikbaarheid voor het doel, waarvoor zij verhuurd wordt. Men kan aldus zonder ontologische en teleologische diepzinnigheid zeggen, dat het verhuurde goed vergaat, indien het door een in het goed zelf gelegen oorzaak (onderstreping AJHS) ophoudt, bruikbaar te zijn voor het doel, waarvoor het verhuurd is.’²⁷⁷

De onbruikbaarheid van het verhuurde hoefde naar Houwings mening niet steeds voort te vloeien uit een materiële aantasting van het goed: de oorzaak van de onbruikbaarheid mocht ook gelegen zijn in andere oorzaken, onder de voorwaarde dat deze met het goed zelf verband hielden.²⁷⁸ Houwing benadrukte dat de verhuurder niet het risico droeg van buiten het verhuurde goed gelegen oorzaken van belemmering van het genot.²⁷⁹ Zo vond hij dat het Hof Amsterdam artikel 1589 OBW ten onrechte had toegepast in het hiervoor besproken geval van de tollenaar, die zijn inkomsten flink had zien dalen vanwege de Eerste Wereldoorlog:

‘Mijns inziens was art. 1589 hier niet toepasselijk, omdat de vermindering van opbrengst niet door een

274 Zie Houwing 1946 [o.c. nt. 266], p. 138.

275 Idem.

276 Zie Houwing 1946 [o.c. nt. 266], p. 135. Artikel 1586, sub 3, OBW bevatte de verplichting om de huurder het rustig genot van het gehuurde te verschaffen.

277 Zie Houwing 1946 [o.c. nt. 266], p. 137.

278 Idem.

279 Zie Houwing 1946 [o.c. nt. 266], p. 137 en p. 138.

in het verhuurde goed - het recht tot tolheffing - gelegen oorzaak was veroorzaakt.²⁸⁰

Wat betreft de verhuur van een café merkte Houwing op dat sprake was van gedeeltelijk vergaan in de zin van artikel 1589 OBW, indien de vergunning van het café werd ingetrokken op grond van de toestand van het verhuurde café.²⁸¹ Houwing vergeleek het met gevallen waarin de wetgever het gebruik van de verhuurde zaak verbood. Ook die leidden wat Houwing betrof tot toepassing van artikel 1589 OBW, indien het verbod ‘rechtstreeks op de zaak zelve’ betrekking had.²⁸² Daarvan was zijns inziens bijvoorbeeld geen sprake in geval van een reisverbod waardoor de huurder het gehuurde huis niet kon bereiken.²⁸³

In zo’n geval sprak Houwing van ‘persoonlijke omstandigheden van den huurder, die het genot van het gehuurde’ beperkten.²⁸⁴ Zo was volgens Houwing de uitspraak van de rechtbank Breda van 28 november 1916 ‘evident onjuist’: de zaak betrof een gehuurd winkelpand in Antwerpen dat door de in Nederland wonende huurder niet langer te bereiken was vanwege de oorlog. De rechtbank overwoog dat artikel 1589 niet alleen zag op het geval dat de verhuurde zaak zelf was vergaan, maar ook op het geval dat de huurder was verhinderd het genot ervan te hebben door overmacht. Houwing:

‘Het geval, dat de persoonlijke omstandigheden des huurders zijn genot beperken, komt in de jurisprudentie herhaaldelijk voor in dezen vorm, dat de huurder van een huis, vaak een buitenhuis, door oorlogsomstandigheden dit niet kan betrekken of wel verlaat. Art. 1589 komt hierbij niet altijd ter sprake. Het is hier ook niet toepasselijk, zoolang de omstandigheden niet het gehuurde zelf betreffen.’²⁸⁵

Kort samengevat moest de verhuurder volgens Houwing alles doen en nalaten wat van hem verwacht kon worden om de huurder het rustig genot van het verhuurde te verschaffen. Als de verhuurder zijn verplichting was nagekomen, maar de huurder desondanks de zaak niet kon gebruiken voor het overeengekomen doel, dan interpreteerde Houwing artikel 1589 OBW zo dat dit artikel enkel van toepassing was als de onbruikbaarheid voortvloeide uit een in het goed zelf gelegen oorzaak. Als hiervan geen sprake was, dan waren het zijns inziens persoonlijke omstandigheden van de huurder die het genot beperkten of derden die de huurder stoorden in zijn genot. Wat dat laatste betreft, wees Houwing op artikel 1592 OBW dat de verhuurder vrij stelde van aansprakelijkheid voor stoornis door feitelijkheden van derden, volgens Houwing typisch een stoornis met een oorzaak, die buiten het

280 Zie Houwing 1946 [o.c. nt. 266], p. 139. Zie over het geval van de tollenaar ten tijde van de Eerste Wereldoorlog hiervoor p. 50.

281 Zie Houwing 1946 [o.c. nt. 266], p. 141.

282 Idem.

283 Zie Houwing 1946 [o.c. nt. 266], p. 141/142.

284 Zie Houwing 1946 [o.c. nt. 266], p. 142.

285 Idem.

SPEELBAL DER OMSTANDIGHEDEN

verhuurde goed was gelegen.²⁸⁶

Toen Houwing zijn opvatting publiceerde, was het niet de heersende leer. Sterker nog, hij erkende dat de jurisprudentie neigde naar een ruimere uitleg van artikel 1589 OBW:

‘Niet ontkend kan intusschen worden, dat een vrij constante jurisprudentie over een lang tijdsverloop duidelijk in andere richting gaat. Maar indien men dan al deswege aanvaardt, dat er behoefte bestaan aan een ruime uitlegging van art. 1589, zoo zou ik toch hieraan vast willen houden, dat de verhuurder geen risico draagt van buiten het verhuurde goed gelegen oorzaken van belemmering van het genot.’

Houwings leer was weliswaar niet de heersende leer in 1946, maar daarin kwam verandering: eerst door het zogenoemde AKU/Stalen steiger-arrest en daarna dankzij het door hem opgestelde nieuwe huurrecht.

Op 17 juni 1949 deed de Hoge Raad uitspraak in de zaak tussen de Algemeene Kunstzijde Unie (AKU) en Stalen Steiger, een verhuurbedrijf uit Haarlem dat steigermateriaal had verhuurd aan AKU.²⁸⁷ De Slag om Arnhem in september 1944 leidde ertoe dat de Duitse bezetters Arnhem eind september evacueerden en eenieder verboden om te beschikken over hetgeen zich te Arnhem bevond. Als gevolg hiervan lag het gehuurde steigermateriaal tot na de bevrijding van Nederland ongebruikt op het verlaten terrein van AKU te Arnhem. AKU meende geen huur verschuldigd te zijn over de periode oktober 1944 tot juni 1945 en beriep zich primair op artikel 1589 OBW.

Naar het oordeel van de Hoge Raad waren er twee gevallen als de huurder het huurgenot was misgelopen tengevolge van een oorzaak, die buiten het toedoen van huurder en verhuurder was gelegen.²⁸⁸ In het eerste geval vond het gemis van het huurgenot zijn oorsprong aan de zijde van de verhuurder. Dit geval deed zich voor indien de verhuurder door enig toeval verhinderd was geweest zijn verplichting na te komen. Als sprake zou zijn van een dergelijke niet toerekenbare tekortkoming, oftewel van overmacht, dan hield het wederkerige karakter van de overeenkomst in dat ook de huurders verplichting tot betalen verviel.²⁸⁹ De Hoge Raad overwoog echter dat Stalen Steiger al datgene had gedaan wat zijnerzijds nodig was om AKU het huurgenot van het steigermateriaal te verschaffen en dat de onmogelijkheid het genot van het steigermateriaal te hebben voortvloeide uit de maatregel van de bezetter, die ‘generlei verband hield met de verhuurde zaak zelve (onderstreping AJHS), bv. haar plaatselijke bepaaldheid of haar verloren gaan voor den

²⁸⁶ Zie Houwing 1946 [o.c. nt. 266], p. 138.

²⁸⁷ Zie Hoge Raad 17 juni 1949, *NJ* 1949/544. Op diezelfde dag wees de Hoge Raad overigens nog een arrest in het nadeel van AKU op dezelfde gronden. Zie Hoge Raad 17 juni 1949, *NJ* 1949/545. Die zaak betrof de huur van drie generatorlocomotieven en twee generatorinstallaties.

²⁸⁸ Zie Hoge Raad 17 juni 1949, *NJ* 1949/544.

²⁸⁹ Idem.

verhuurder.²⁹⁰ AKU was dan ook niet bevrijd van haar betalingsverplichting als gevolg van overmacht aan de zijde van Stalen Steiger.

De Hoge Raad oordeelde dat sprake was van het tweede geval, het geval waarin het gemis van het huurgenot zijn oorsprong vond aan de zijde van de huurder. Vaststond dat AKU door de evacuatie van Arnhem tijdelijk in de onmogelijkheid was gebracht gebruik te maken van het huurgenot. De Hoge Raad kwalificeerde dit als een AKU persoonlijk betreffende omstandigheid, die AKU niet bevrijdde van zijn verplichting tot het betalen van de huursom:

‘dat toch de reden, waarom juist de A.K.U. als huurster van materialen van Stalen Steiger door deze evacuatie in haar huurgenot getroffen werd, is gelegen in de omstandigheid, dat de terreinen, waarop zij de werkzaamheden liet verrichten, waarvoor zij het steiger materiaal nodig had, te Arnhem gelegen waren, en dat daarom het gehuurde naar deze terreinen, ten behoeve van huursters werkzaamheden aldaar, waren overgebracht; dat de evacuatie van Arnhem de mogelijkheid van het gebruik van het steiger materiaal, indien het elders in Nederland aanwezig ware geweest onder een anderen huurder van Stalen Steiger, ongemoeid zou hebben gelaten; dat ook de omstandigheid, dat de evacuatie van Arnhem niet alleen de A.K.U. maar alle inwoners van deze gemeente trof, te dezen onverschillig is, nu niet de verhuurder in Arnhem een plaatselijk verhuurbedrijf uitoefende.’²⁹¹

De Hoge Raad koos er zo voor artikel 1589 OBW te interpreteren in lijn met de leer van Houwing. Houwing kon tevreden zijn en eindigde zijn noot onder het arrest dan ook met de vaststelling dat de Hoge Raad artikel 1589 in beperkte zin uitgelegd wilde zien.²⁹²

Houwings invloed op het huurrecht duurde voort. Hij was het die in het kader van de algehele herziening van het BW belast was met huur en verhuur.²⁹³ Zo verscheen in 1972 het ‘Ontwerp Houwing’, een voorontwerp voor titel 7.4 van het nieuw BW. In zijn toelichting op het ontwerp wees Houwing erop dat het van de omstandigheden zou afhangen of de huurder het genot zou kunnen hebben dat hij mocht verwachten op grond van de huurovereenkomst.²⁹⁴ De aansprakelijkheid van de verhuurder voor die omstandigheden en daarmee voor het genot van de huurder regelde hij met behulp van het begrip ‘gebrek’, dat hij als volgt definieerde in tweede lid van artikel 7.4.2.2:

‘Een gebrek is een staat of eigenschap van het goed of een andere niet de huurder persoonlijk betreffende omstandigheid (onderstreping AJHS) waardoor het goed aan de huurder niet het genot kan

290 Zie Hoge Raad 17 juni 1949, *NJ* 1949/544.

291 Idem.

292 Zie zijn annotatie bij Hoge Raad 17 juni 1949, *NJ* 1949/544. Zijn conclusie is te vinden op p. 998.

293 Zie R. de Jonge, E.E. de Wijkerslooth-Vinke & J.H. Gelink (red.), *Parlementaire Geschiedenis Huurrecht. Invoering van titel 7.4 van het Burgerlijk Wetboek per 1 augustus 2003 en de nadien tot 1 augustus 2006 ingevoerde wijzigingen...[etc.]*, Deventer: Kluwer 2008, p. V.

294 Zie Parl. Gesch. Huurrecht, De Jonge/De Wijkerslooth [o.c. nt. 293], p. 164-168.

SPEELBAL DER OMSTANDIGHEDEN

verschaffen, dat deze bij het aangaan van de overeenkomst er van mocht verwachten.²⁹⁵

In zijn toelichting benadrukte Houwing dat het moest gaan om een omstandigheid die op de gehuurde zaak zelf betrekking had.²⁹⁶ Houwings toelichting en de door hem gekozen formulering van artikel 7.4.2.2 sloten aan op hetgeen hij eerder had geschreven, en dat inmiddels door de Hoge Raad was overgenomen in het arrest AKU/Stalen Steiger. Houwing merkte dan ook op dat de voorgestelde regeling materieel in hoofdzaken overeenkwam met de toepassing van de regeling van het OBW in de rechtspraak.²⁹⁷

De uiteindelijke definitie van het begrip ‘gebrek’ in artikel 7:204 BW wijkt in één opzicht af van hetgeen Houwing voorstelde: de zinsnede ‘of een andere niet de huurder persoonlijk betreffende omstandigheid’ is vervangen door ‘of een andere niet aan de huurder toe te rekenen omstandigheid.’ De aanpassing was echter niet bedoeld als inhoudelijke wijziging, zoals blijkt uit de verwijzing naar het arrest AKU/Stalen Steiger in de Memorie van Toelichting.²⁹⁸ De Memorie van Toelichting was grotendeels een herhaling van Houwings toelichting. Zo eiste de memorie, net als Houwing, dat de omstandigheid die het genot van het gehuurde beperkte op de zaak zelf betrekking had.²⁹⁹

De formulering van artikel 7:204 lid 2 BW is echter zo dat deze beperking er niet in terug is te vinden voor wie het artikel grammaticaal interpreteert:

‘Een gebrek is een staat of eigenschap van de zaak of een andere niet aan de huurder toe te rekenen omstandigheid, waardoor...’

Alle genotsbeperkende omstandigheden die niet aan de huurder zijn toe te rekenen kunnen

295 Zie Parl. Gesch. Huurrecht, De Jonge/De Wijkerslooth [o.c. nt. 293], p. 164-168.

296 Zie Parl. Gesch. Huurrecht, De Jonge/De Wijkerslooth [o.c. nt. 293], p. 164-168. Houwing (met onderstrepingen toegevoegd door AJHS): ‘Alle genotsbeperkende omstandigheden die niet de huurder persoonlijk betreffen, vormen een gebrek. Slechts duidelijkheidshalve en zonder tot het maken van onderscheid te nopen noemt lid 2 van deze omstandigheden nog in het bijzonder die welke het meest voorkomen: een staat of eigenschap van het gehuurde goed. Daarmee is niet enkel de stoffelijke toestand van de zaak op zichzelf bedoeld, maar elke op de zaak betrekking hebbende omstandigheid die het genot ervan beperkt: een slechte staat van onderhoud, materiële beschadigingen, constructiefouten, ongedierte, een servituut dat enig gebruik uitsluit, een wettelijk voorschrift dat, al of niet in verband met de gesteldheid van de zaak - bijv. te geringe afmetingen -, een bepaald gebruik verbiedt, genotsbelemmeringen door andere goederen.’

297 Zie Parl. Gesch. Huurrecht, De Jonge/De Wijkerslooth [o.c. nt. 293], p. 164-168.

298 Zie de Memorie van Toelichting: Kamerstukken II 1997/98, 26089, nr. 3, p.14 (onder punt 2).

299 Zie Kamerstukken II 1997/98, 26089, nr. 3, p. 14: Alle genotsbeperkende omstandigheden die niet aan de huurder zijn toe te rekenen, vormen een gebrek. Slechts duidelijkheidshalve en zonder tot het maken van onderscheid te nopen noemt lid 2 van deze omstandigheden nog in het bijzonder die welke het meest voorkomen: een staat of eigenschap van de gehuurde zaak. Daarmee is niet enkel de stoffelijke toestand van de zaak op zichzelf bedoeld, maar elke op de zaak betrekking hebbende omstandigheid die het genot ervan beperkt.’ (onderstreping AJHS).

grammaticaal gezien een gebrek zijn. Op grond hiervan is het niet verwonderlijk dat huurders een beroep deden op dit artikel, toen de door hen gehuurde bedrijfsruimten op last van de overheid gesloten moesten blijven ter bestrijding van de coronapandemie. Houwing en in navolging van hem de wetgever bedoelden het begrip echter niet zo ruim, zoals de Hoge Raad erkende op 24 december 2021 met een verwijzing naar de wetsgeschiedenis:

‘De sluiting heeft geen betrekking op de verhuurde zaak. Uit de wetsgeschiedenis van art. 7:204 BW volgt niet dat bedoeld is algemene overheidsmaatregelen die voor partijen onvoorzienbaar zijn en zijn gericht op beperkingen in de uitoefening van het bedrijf, aan te merken als een gebrek. Evenmin volgt daaruit dat de huurder mag verwachten dat de verhuurder hem van dergelijke beperkingen vrijwaart. Tegen deze achtergrond moet worden geoordeeld dat de verplichte sluiting van 290-bedrijfsruimten als gevolg van de coronapandemie niet is aan te merken als een gebrek als bedoeld in art. 7:204 lid 2 BW.’³⁰⁰

De beperking tot omstandigheden die betrekking hadden op de zaak zelf paste bij het doel van de nieuwe gebrekenregeling, die de positie van de huurder bij achterstallig onderhoud moest verbeteren.³⁰¹ De wetgever gaf daarbij aan dat het uiteraard een last op de verhuurder zou leggen, maar geen onaanvaardbare.³⁰² De wetgever stelde de verhuurder gerust door, in het bijzonder met betrekking tot woonruimte, op te merken:

‘Onderhoudt de verhuurder de woonruimte immers goed en laat hij het niet tot achterstallig onderhoud komen, dan zal het onderhavige wetsvoorstel nauwelijks tot meer financiële lasten leiden dan thans het geval is.’³⁰³

Zo gezien, was het zeker niet de bedoeling van de wetgever om de verhuurder op grond van artikel 7:204 BW in te laten staan voor de gevolgen van een pandemie.³⁰⁴

300 Zie Hoge Raad 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, r.o. 3.5.3. De Hoge Raad verwees naar Kamerstukken II 1997/98, 26089, nr. 3, p. 14 onder 3.

301 De Memorie van Toelichting begon met de vaststelling dat het wetsvoorstel oplossingen voorstelde voor een aantal actuele problemen, zoals de renovatie van woon- en bedrijfsruimte en de versterking van de positie van de huurder bij achterstallig onderhoud. Zie Kamerstukken II 1997/98, 26089, nr. 3, p. 1. Deze doelstelling kwam terug in de toelichting op artikel 7:204 BW, op p. 14/15 van de Memorie van Toelichting. De wetgever vond de nieuwe regeling zo belangrijk dat voor woonruimte de bepalingen van dwingend recht moesten zijn, zie artikel 7:242 BW (opgenomen in afdeling 5 betreffende de huur van woonruimte. Zie voor een definitie van woonruimte artikel 7:232 BW.) De regeling paste, aldus de wetgever, ‘in het streven om de onderhoudstoestand van het woningenbestand in Nederland op peil te houden en om de positie van de huurder van woonruimte bij achterstallig onderhoud te versterken’ (zie MvT, p. 15 bovenaan). De huurder kreeg ‘een sterker wapen’ in handen door de nieuwe regeling die uitging van herstel van gebreken en van huurprijsvermindering in geval van een gebrek, zie Kamerstukken II 1997/98, 26089, nr. 3, p. 2.

302 Zie Kamerstukken II 1997/98, 26089, nr. 3, p. 2.

303 Zie Kamerstukken II 1997/98, 26089, nr. 3, p. 2.

304 Uit de overige huurrechtbepalingen volgt eveneens dat de wetgever bij het opstellen van de gebrekenregeling geen pandemie voor ogen had als gebrek. Zo eist artikel 7:222 BW dat de huurder de

SPEELBAL DER OMSTANDIGHEDEN

Bovendien hoefde het nieuwe huurrecht niet te regelen wat er zou gelden in geval van een pandemie, omdat het niet in de weg zou staan aan de toepassing van, bijvoorbeeld, artikel 6:258 BW.³⁰⁵ Het nieuwe huurrecht, dat pas in 2003 zou worden ingevoerd, werd namelijk vormgegeven tegen de achtergrond van het reeds in 1992 in werking getreden BW.³⁰⁶ Dat BW was het eerste Nederlandse wetboek met een artikel dat de rechter de bevoegdheid gaf om een overeenkomst te wijzigen of te ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden.³⁰⁷ De vraag of de wet zo'n bevoegdheid zou moeten bevatten, kwam in ons land op ten tijde van de Eerste Wereldoorlog, niet toevallig in dezelfde tijd als in Duitsland de leer van de *Geschäftsgrundlage* tot stand kwam.³⁰⁸ Zo besprak de Nederlandsche Juristen Vereeniging (NJV) in de zomer van 1918 aan de hand van preadviezen van Fruin en Meijers de vraag of een verandering in de feitelijke omstandigheden waaronder een overeenkomst was gesloten invloed zou moeten hebben op haar voortbestaan en zo ja, welke wettelijke regeling te dien aanzien wenselijk zou zijn.³⁰⁹ Een grote meerderheid van de 95 aanwezige meesters in de rechten was van mening dat in de wet als algemeen beginsel van het verbintenissenrecht moest worden opgenomen, dat een niet voorziene verandering in de feitelijke omstandigheden invloed moest kunnen hebben op het voortbestaan van de overeenkomst.³¹⁰ Meijers stelde een algemene wet voor, dat wil zeggen een wet niet speciaal voor de oorlogstijd, zoals Fruin voorstelde.³¹¹ Meijers merkte daarbij overigens op dat zo'n regeling slechts dan nodig was, als de rechter tekortschoot, want hij was van mening dat een billijke oplossing te bereiken was door interpretatie van het OBW.³¹² Meijers:

'Ik zie daarom niet in, dat men een beter stelsel verkrijgt dan het tegenwoordige, dat reeds door art.

verhuurder onverwijd kennisgeeft van een gebrek en is de verhuurder, in beginsel, verplicht gebreken te verhelpen op grond van artikel 7:206 BW. Een kwalificatie als gebrek in de zin van artikel 7:204 lid 2 BW geeft de huurder bovendien recht op huurprijzvermindering op grond van artikel 7:207 BW, tenzij partijen dit hebben uitgesloten. Artikel 7:207 BW bepaalt namelijk dat de huurder in geval van vermindering van huurgenot ten gevolge van een gebrek een daaraan evenredige vermindering van de huurprijs kan vorderen. Het doet daarbij niet ter zake of de verhuurder verplicht is tot herstel van het gebrek en of het gebrek de verhuurder kan worden toegerekend. De bijzondere regeling van artikel 7:207 BW voorziet niet in een redelijke verdeling van de gevolgen van de lockdowns tussen verhuurder en huurder. Die ruimte biedt artikel 6:258 BW wel.

305 Zie Kamerstukken II 1997/98, 26089, nr. 3, p. 7 en p. 13 (sub e).

306 Het nieuwe huurrecht werd tot wet verheven bij wet van 22 mei 2003, zie Staatsblad 2003, 218. Het trad in werking op 1 augustus 2003.

307 Zie de ontwikkeling die ik hierna zal bespreken.

308 Zie over Duitsland hiervoor p. 47.

309 Zie de Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 48e jaargang, Den Haag: Belinfante 1918. Fruins preadvies is als eerste afgedrukt in het eerste deel van de Handelingen van dat jaar (p. 1-84), dat van Meijers volgt daarna. Het tweede deel van de handeling bevat onder meer de bespreking van het onderwerp ter vergadering.

310 Zie de Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 48e jaargang (1918), deel 2, p. 81.

311 Zie de Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 48e jaargang (1918), deel 2, p. 79/80.

312 Zie de Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 48e jaargang (1918), deel 2, p. 74 en p. 78.

1374, als veiligheidsklep de mogelijkheid opent om tot het gewenschte resultaat te komen. Men wijzige daarom niet de wet in dien zin, dat men een algemeenen regel naast het algemeene art. 1374, 3^e lid nog in de wet opneemt.³¹³

Het derde lid van artikel 1374 OBW bepaalde dat overeenkomsten te goeder trouw ten uitvoer moesten worden gebracht. Dit lid zou volgens Meijers uitkomst kunnen bieden tezamen met artikel 1375 OBW dat - zoals wij vandaag de dag zouden zeggen - de aanvullende werking van de redelijkheid en de billijkheid bevatte.³¹⁴

De Hoge Raad pakte de handschoen echter niet op, zo bleek in 1926, in een zaak betreffende de koop en verkoop van katoenen sarongs.³¹⁵ De zaak betrof een koper en een verkoper, die reeds voor het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog met elkaar handelden en daarmee doorgingen tijdens de oorlog. Het geschil betrof een overeenkomst, die was gesloten in november 1916, maar waarvan de tenuitvoerlegging werd geschorst in verband met de belemmeringen van de scheepvaart en andere oorlogsprikelen. Na de oorlog eiste de koper alsnog levering van de in 1916 bestelde sarongs. De prijzen van sarongs waren intussen echter sterk gestegen en de productiekosten waren inmiddels nagenoeg verdubbeld, waardoor het uitvoeren van de overeenkomst voor de verkoper een groot verlies zou betekenen. In hoger beroep had het gerechtshof artikel 1374, derde lid jo. artikel 1375 OBW ruim geïnterpreteerd door te concluderen dat op grond van deze artikelen de nakoming van de overeenkomst 'te goeder trouw en in billijkheid' niet meer kon worden gevorderd. De Hoge Raad oordeelde echter dat het hof 'dusdoende aan de artikelen 1374, derde lid en 1375 B.W. eene draagkracht heeft toegekend, welke deze niet bezitten.' Ons hoogste rechtscollege interpreteerde deze artikelen zo dat ze een verbintenis niet teniet konden doen gaan: er ging enkel een aanvullende werking vanuit en geen beperkende.³¹⁶ De Hoge Raad verwees ter onderbouwing van dit oordeel naar Domat, aan wiens werk de inhoud van de betreffende artikelen was ontleend en concludeerde dat hij

'bij de voorbeelden die hij geeft van de natuurlijke gevolgen der overeenkomst en van hetgeen de billijkheid en de goede trouw bij hare totstandkoming en tenuitvoerlegging medebrengen, het in stand gebleven zijn der uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen steeds voor oog en heeft en de gedachte, dat deze, onder de werking der door hem gestelde regelen, zouden kunnen worden opgeheven, hem ganschelijk vreemd is.'³¹⁷

313 Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 48e jaargang (1918), deel 2, p. 74.

314 Het artikel luidde als volgt: 'Overeenkomsten verbinden niet alleen tot datgene hetwelk uitdrukkelijk bij dezelve bepaald is, maar ook tot al hetgeen dat, naar den aard van dezelve overeenkomsten, door de billijkheid, het gebruik, of de wet wordt gevorderd.'

315 Zie Hoge Raad 8 januari 1926, *NJ* 1926, p. 203-209 (m.nt. E.M. Meijers).

316 Zie Hoge Raad 8 januari 1926, *NJ* 1926, p. 207/208.

317 Zie Hoge Raad 8 januari 1926, *NJ* 1926, p. 208.

SPEELBAL DER OMSTANDIGHEDEN

Meijers reageerde furieus op de door de Hoge Raad gekozen strikte interpretatie van de artikelen 1374 en 1375 OBW.³¹⁸ Hij was faliekant tegen op de door de Hoge Raad gegeven interpretatie van de geschriften van Domat, die teruggingen op het Romeinse recht. Alle overeenkomsten hadden volgens Meijers in de tijd van Domat, zowel in Nederland, als in Frankrijk ‘een bonae-fidei-karakter in Romeinschrechtelijken zin.’³¹⁹ Meijers wees erop dat de voorbeelden van Domat uit het *Corpus Iuris* afkomstig waren en dat in meerdere voorbeelden de overeenkomst juist tenietging op grond van de goede trouw:

‘Hoe de Hooge Raad naast deze voorbeelden kan neerschrijven, dat Domat bij zijn voorbeelden het in stand gebleven zijn der uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen steeds voor oogen heeft, is mij niet duidelijk.’³²⁰

Het arrest miskende de Romeinsrechtelijke *bona fides*, aldus Meijers:

‘Acht men voor onzen tijd bij overeenkomsten een enger begrip van goede trouw wenschelijk, dan valt daarover te debatteren, maar men doe daarvoor geen beroep op de in het Romeinsche recht wortelende geschiedenis van ons contractenrecht. Ik voor mij acht nog steeds de wijze, waarop de Romeinsche juristen de bona fides gehanteerd hebben het mooiste wat zij ons als voorbeeld nagelaten hebben.’³²¹

De Hoge Raad bevestigde de enge interpretatie van de artikelen 1374 en 1375 OBW op 19 maart 1926 in een minder uitvoerig gemotiveerd arrest.³²² Zo ontbrak een verwijzing naar Domat. Scholten, die dit tweede arrest annoteerde, was even stellig in zijn kritiek als Meijers:

‘Domat is wijselijk thuisgelaten. Domat, die zich in zijn graf zou omkeeren als hij hoorde dat zijn autoriteit voor beslissingen als deze wordt ingeroepen. (...) Ik ben overtuigd dat de leer van den H.R. onhoudbaar is, ook dat zij niet blijft. Het is slechts de vraag langs welken weg de rechtspraak hier onbillijkheid zal uitsluiten. De royale weg van art. 1374 en 1375 is afgesneden.’³²³

Het heil moest van de wetgever komen. De strenge leer van de Hoge Raad leidde ertoe dat Meijers, toen hij bezig was met het ontwerpen van ons nieuwe BW, de Tweede Kamer vroeg of de wet moest bepalen dat de goede trouw ook een beperkende werking zou kunnen hebben, dat wil zeggen dat deze ertoe zou kunnen leiden dat onder bijzondere

318 Zie Meijers in zijn noot onder Hoge Raad 8 januari 1926, *NJ* 1926, p. 208. Hij wees erop dat een ruimere interpretatie van artikel 1374, derde lid OBW door niet de minste juristen was aanvaard en dat deze bovendien ook in de lagere rechtspraak voorkwam.

319 Zie Meijers in zijn noot onder Hoge Raad 8 januari 1926, *NJ* 1926, p. 208.

320 Zie Meijers in zijn noot onder Hoge Raad 8 januari 1926, *NJ* 1926, p. 209.

321 Idem.

322 Zie Hoge Raad 19 maart 1926, *NJ* 1926, p. 441-444 m. nt. P. Scholten.

323 Zie P. Scholten in zijn noot onder Hoge Raad 19 maart 1926, *NJ* 1926, p. 444.

omstandigheden verbintenissen op grond van de goede trouw zouden kunnen vervallen of zouden kunnen worden beperkt.³²⁴ Wat betreft onvoorziene omstandigheden in het bijzonder voegde Meijers daaraan de volgende vraag toe:

‘Moet behalve het geval, dat nakoming van een overeenkomst door overmacht onmogelijk wordt, ook het geval geregeld worden, waarin door onvoorziene omstandigheden nakoming voor een der partijen uitermate bezwaarlijk wordt?’³²⁵

Hij lichtte deze vraag toe met een verwijzing naar de discussie die sinds de Eerste Wereldoorlog gaande was en noemde als voorbeelden ‘een geheel ander prijsniveau, een onderbreking in de uitvoering der overeenkomst door een tijdelijke overmacht, waarna de algemene economische omstandigheden en het bedrijf van partijen geheel veranderd zijn, enz.’³²⁶ De meerderheid van de leden van de vaste Kamercommissie antwoordde dat de wet in zo’n geval de rechter de bevoegdheid moest geven om af te wijken van het door partijen overeengekomene of om dit zelfs als vervallen te beschouwen, indien en voor zover de billijkheid en de goede trouw dat vorderden. Vereist was dat het ging om

‘onvoorziene wijzigingen in de omstandigheden (...), welke, ware wèl met de mogelijkheid daarvan uitdrukkelijk rekening gehouden, zeker tot een bijzondere voorziening in het contract aanleiding zouden hebben gegeven.’³²⁷

De Kamercommissie stelde zo de veronderstelde wil van partijen centraal, net als in de *rebus sic stantibus*-leer van het oude *ius commune*: als partijen de omstandigheden zouden hebben voorzien, dan zouden ze de overeenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden hebben gesloten, met andere woorden: hun wil was gevormd ervan uitgaande dat de omstandigheden dezelfde zouden blijven.³²⁸ Zowel Fruin, als Meijers was in 1918 ingegaan op de *clausula rebus sic stantibus*-leer.³²⁹ Meijers stemde hartgrondig in met de resultaten waartoe deze leer leidde, maar hij meende dat het onjuist was de overeenkomst aan te passen op

324 Zie vraagpunt 21: ‘Moet de wet bepalen, dat de goede trouw niet alleen de uit overeenkomst en wet voortvloeiende verbintenissen kan aanvullen, maar ook deze onder bijzondere omstandigheden kan doen vervallen of buiten toepassing stellen?’ Zie C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981, p. 43.

325 Zie Van Zeben, Du Pon & Olthof (red.), *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981 [o.c. nt. 324], p. 966.

326 Idem.

327 Zie Van Zeben, Du Pon & Olthof (red.), *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981 [o.c. nt. 324], p. 45.

328 Zie hiervoor p. 34 en in het bijzonder nt. 139.

329 Zie voor Fruins bespreking van de leer: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 48e jaargang, deel 1, Den Haag: Belinfante 1918, p. 4 en verder. Zie voor Meijers’ bespreking van de leer hierna.

SPEELBAL DER OMSTANDIGHEDEN

grond van een veronderstelde wil van partijen, want dat was volgens hem een fictie.³³⁰ In werkelijkheid paste de rechter volgens Meijers in zo'n geval de overeenkomst aan of ontbond deze, omdat hij hetgeen partijen waren overeengekomen onbillijk vond in de gewijzigde omstandigheden.³³¹ De Memorie van Antwoord, die de Minister van Justitie naar de Tweede Kamer stuurde, stelde eveneens dat de beslissing niet genomen mocht worden aan de hand van een hypothetische wil van partijen: volgens de minister ging het uiteindelijk om een belangenafweging aan de hand van de goede trouw.³³²

De Minister van Justitie benadrukte bij het toesturen van de vraagpunten aan de Kamer in zijn voorlopige antwoord dat van de mogelijkheid tot wijziging van de overeenkomst op grond van onvoorziene omstandigheden slechts in uitzonderlijke gevallen gebruik mocht worden gemaakt. Hij wees bij wijze van voorbeeld op de regeling voor de pacht.³³³ Die regeling bevatte de hiervoor besproken *remissio mercedis* uit het gemene recht. De *remissio mercedis* in geval van pacht was zowel in het OBW, als daarbuiten te vinden. Het OBW bevatte bijzondere bepalingen voor het recht met betrekking tot de 'huur van landerijen',

330 Zie Handelingen NJV 1918, deel 2 [o.c. nt. 309], p. 68. Meijers: 'Ik heb gezegd: hetzelfde kan men aannemen en dient men ook aan te nemen, maar niet op grond van dezen veronderstelden wil van partijen, die een fictie is en die niet aanwezig is.'

331 Zie Handelingen NJV 1918, deel 2 [o.c. nt. 309], p. 69. Meijers: 'De rechter doet het, omdat hij de contractuele regeling onbillijk vindt. Dat is juist hetzelfde, dat ik betoogd heb, dat men n.l. niet moet rekenen met een bedoeling van partijen, die er niet is geweest en die men ook niet moet trachten te construeeren. Misschien zou ik, als ik rechter was, ook wel eens daarmee werken, want het hulpmiddel is gemakkelijk en misschien zou ik ook in enkele gevallen geen andere kans zien om te bereiken wat de billijkheid gebiedt. Maar verkeerd blijft het. Is men dan ook bevoegd te zeggen: ik pas de billijkheid toe, omdat ik er het recht toe heb, laat men het dan doen en niet trachten in de overeenkomst te leggen een wil van partijen, die er m.i. niet is.'

332 Zie Van Zeben, Du Pon & Olthof (red.), *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981 [o.c. nt. 324], MvA II (2846), p. 46/47: 'De beslissing mag derhalve niet afhankelijk zijn van een hypothetische, niet te benaderen bedoeling van partijen of van normale personen. Hier gaat het om een vraag, die aan de hand van geheel daarbuiten staande criteria moet beslist worden; men moet tegen elkaar afwegen enerzijds het belang der rechtszekerheid en de waarde van het eens gegeven woord, anderzijds de aan de ene partij toegebrachte schade en het belang van de andere partij om uitvoering van de verbintenis te eisen. Daar, waar een te grote onevenredigheid tussen deze factoren zou ontstaan, kan het een maatschappelijk belang zijn iemand niet meer aan hetgeen een verbintenis inhoudt gebonden te verklaren. M.a.w. het vraagstuk is niet een van interpretatie, maar een, hetwelk de vraag betreft, of men naast het door partijen en de wet bepaalde nog normen dient te erkennen, die de verplichtingen van partijen bepalen. Bepalingen als: overeenkomsten moeten te goeder trouw worden ten uitvoer gelegd of misbruik van recht wordt niet toegelaten, hebben de strekking dit buitenwettelijke recht tot toepassing te brengen.' Vanzelfsprekend betreft het geen buitenwettelijke norm als de wet zelf de goede trouw van toepassing verklaart, zoals in het BW het geval is.

333 Zie Van Zeben, Du Pon & Olthof (red.), *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981 [o.c. nt. 324], p. 966. Zie voor de vraag, die de Kamer werd voorgelegd hiervoor p. 66. Het andere voorbeeld dat de minister gebruikte, was artikel 1639w OBW. Artikel 1639w OBW maakte het mogelijk een arbeidsovereenkomst te ontbinden indien zich veranderingen in de omstandigheden hadden voorgedaan, welke van dien aard waren dat de overeenkomst billijkheidshalve behoorde te eindigen. Beide door de minister aangehaalde voorbeelden vielen in het Romeinse recht niet geheel toevallig onder de *locatio conductio*.

oftewel het pachtrecht, zoals het nu heet.³³⁴ De *remissio mercedis* in geval van pacht was te vinden in artikel 1628 en de twee daaropvolgende artikelen. Deze bijzondere bepalingen bevatten de gemeenrechtelijke leer dat de pachter recht had op vermindering van de pachtsom als tenminste de halve oogst verloren was gegaan door onvermijdelijke toevallen, tenzij er sprake was geweest van overvloed in de voorafgaande jaren.³³⁵ Partijen konden echter van de wettelijke regeling afwijken, hetgeen ertoe leidde dat vrijwel in alle pachtvereenkomsten was vastgelegd dat de pachter het risico droeg van onvoorziene toevallen.³³⁶ Als gevolg van onder meer de crisis rond 1930 kwamen er naast het OBW echter bijzondere regelingen voor de pacht, waarin de *remissio* dwingend recht werd, zoals de Crisispachtwet van 1932, de Pachtwet van 1937 en later die van 1958.³³⁷ De minister zag in de pachtrechtelijke regeling een voorbeeld van een geval waarin buitengewone omstandigheden konden leiden tot aanpassing van de overeenkomst. De *remissio mercedis* droeg op deze wijze bij aan de totstandkoming van artikel 6:258 BW, het artikel op grond waarvan huurders van bedrijfsruimten nu aanspraak kunnen maken op huurprijsvermindering als gevolg van de coronapandemie.³³⁸

334 Zie de artikelen 1624-1636 OBW.

335 Artikel 1628 OBW luidde als volgt: ‘Indien, bij eene huur voor verscheidene jaren, gedurende den huurtijd, de geheele of de halve oogst van een jaar, door onvermijdelijke toevallen, is verloren gegaan, kan de huurder eene vermindering der huurpenningen vorderen, ten ware hij door den oogst der vorige jaren reeds mogt zijn schadeloos gesteld. Indien hij niet schadeloos gesteld is, kan de begroting der vermindering van de huurpenningen niet geschieden, dan op het einde van de huur, wanneer het genot van alle jaren tegen elkander wordt in vergelijking gebracht. De regter kan niettemin den huurder toestaan om voorloopig naar mate van het geleden verlies, een gedeelte der huurpenningen in te houden.’ Artikel 1629 OBW luidde: ‘Indien de huur slechts voor één jaar is aangegaan, en de oogst voor het geheel of voor de helft is verloren, is de huurder ontheven van de betaling van den geheelen huurprijs of van een evenredig gedeelte van denzelfden. Wanneer het verlies minder dan de helft bedraagt, heeft hij geene aanspraak op eenige korting.’ Artikel 1630 OBW bevatte de gebruikelijke uitzonderingen op de *remissio mercedis*, zoals het geval waarin de oorzaak van de schade reeds bekend was ten tijde van het sluiten van de huurovereenkomst.

336 Zie artikel 1631 OBW: ‘De huurder kan, bij een uitdrukkelijk beding, voor de onvoorziene toevallen worden aansprakelijk gesteld.’ Zie hierover C.J.H. Jansen, ‘De Crisispachtwet van 1932, de contractsvrijheid en de eigenaarsvrijheid’, *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2022/6, p. 294-300. Zie ook C.J.H. Jansen, ‘De crisis van de jaren dertig van de vorige eeuw en het Nederlandse privaatrecht’, *RM Themis* 2022/2, p. 53-62 (p. 57-59 van dit artikel heeft betrekking op het crisispachtrecht).

337 Zie over de Crisispachtwet van 1932 Jansen, o.c. nt. 336 en zie over de bijzondere regelingen verder Du Plessis 2005 [o.c. nt. 45], p. 214. De crisispachtwet van 1932 leidde soms tot kortingen van 50% van de pachtsom. Verpachters hadden het als gevolg hiervan vaak moeilijk met het afbetalen van hun hypotheekschuld, hetgeen tot grote problemen leidde. Zie hierover Jansen 2022 [o.c. nt. 336], p. 297.

338 Overigens ging de Hoge Raad reeds voor de invoering van het NBW om wat betreft de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid, zie Hoge Raad 16 december 1977, NJ 1978/156, p. 557: ‘Dit een en ander sluit evenwel niet uit dat uit de goede trouw, bedoeld in art. 1374 lid 3 B.W., kan voortvloeien dat de overeenkomst niettemin voor beëindiging door het Ziekenfonds vatbaar is. Daarvoor kan met name plaats zijn in geval van – niet in de overeenkomst verdisconteerde – omstandigheden van zo ernstige aard dat de arts naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid die in de voormelde goede trouw liggen opgesloten, geen onbeperkte instandhouding van de overeenkomst door het ziekenfonds mag verwachten.’ De Hoge Raad durfde deze stap te zetten in anticipatie op het NBW, zie p. 75 van

SPEELBAL DER OMSTANDIGHEDEN

De invoering van het NBW maakte dan ook dat de *remissio mercedis* wat betreft de huur van bedrijfsruimten als een feniks uit zijn as oprees en een gedaanteverwisseling onderging: huurprijnsvermindering als gevolg van een *casus fortuitus*, zoals een pandemie, kon niet langer geschieden op grond van een bijzondere bepaling van het huurrecht, maar zou voortaan enkel mogelijk zijn op grond van de algemene bepaling betreffende onvoorziene omstandigheden. De bijzondere bepalingen van het huurrecht sloten *remissio* uit in veel gevallen die van oudsher daarvoor in aanmerking kwamen, zoals de herbergier en de tollenaar die gewoon waren geweest vanwege een uitbraak van de pest huurprijnsvermindering te krijgen. Deze uitsluiting kwam voort uit de strenge leer van Houwing, die door de Hoge Raad was overgenomen in het arrest AKU/Stalen Steiger en nadien door Houwing zelf was opgenomen in het huurrecht van het NBW. Tegelijkertijd droeg echter de gemeenrechtelijke *remissio mercedis*, zoals deze was gerecipeerd in het kader van het pachtrecht, bij aan de ontwikkeling van het algemene artikel 6:258 BW.³³⁹ Deze bepaling zou voortaan uitkomst moeten bieden aan herbergiers, tollenaars en andere huurders van bedrijfsruimten als het onverminderd doorbetalen van de huurprijs in strijd zou zijn met de redelijkheid en de billijkheid als gevolg van buitengewone omstandigheden.

De gedaanteverwisseling veranderde dan ook niets aan de grondslag voor huurprijnsvermindering: het was van oudsher de redelijkheid en de billijkheid, oftewel de goede trouw, die aanleiding gaf tot een evenredige huurprijnsvermindering als de huurder ondraaglijke schade leed als gevolg van een *casus fortuitus*, zoals een oorlog, natuurramp of pandemie. De huurder hoefde een dergelijk ondraaglijk verlies niet alleen te dragen, hetgeen op de lange termijn in het belang was van zowel de huurder als de verhuurder. Niemand werd beter van een faillissement van de huurder, ook de verhuurder niet, die gebaat was bij de voortzetting van de huurovereenkomst op de lange termijn, hetgeen enkel denkbaar was als de ondraaglijke schade niet alleen op de schouders van de huurder kwam te rusten.

De redelijkheid en de billijkheid die de grondslag vormen van artikel 6:258 BW bieden de

W.H. van Boom, 'De Grote Oorlog en het Nederlandse Overeenkomstenrecht – Neutraliteit, Weerstand en Responsiviteit', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2018, p. 55-90.

³³⁹ Het pachtrecht speelde voorafgaande aan het arrest van de Hoge Raad van 24 december 2021 overigens ook een rol in de discussie over de vraag of de sluitingen als gevolg van de coronapandemie een gebrek in de zin van artikel 7:204 BW opleverden. Zo gebruikte Procureur-Generaal Wissink het pachtrecht als argument voor een ruime interpretatie van artikel 7:204 BW, zie zijn conclusie van 30 september 2021, ECLI:NL:PHR:2021:902, r.o. 4.42. Wissink wees op artikel 7:330 BW. Dat artikel heeft per 1 september 2007 artikel 16 van de Pachtwet van 1958 vervangen. Wissink (zie r.o. 4.42.2): 'Art. 7:330 BW biedt steun voor de gedachte dat het risico dat de huurder ten gevolge van buitengewone omstandigheden de verhuurde bedrijfsruimte niet normaal kan exploiteren, niet uitsluitend in de risicosfeer van de huurder ligt en in zoverre ook de verhuurder aangaat.' Op grond van artikel 7:330 BW heeft de pachter aanspraak op een vermindering van de pachtprijs indien de opbrengst als gevolg van buitengewone omstandigheden aanzienlijk minder is geweest dan bij het aangaan van de overeenkomst te verwachten was of de pachter tijdelijk het genot van het gepachte geheel of gedeeltelijk heeft moeten missen.

mogelijkheid tot maatwerk in geval van onvoorziene omstandigheden op dezelfde wijze als de goede trouw dit reeds deed in het Romeinse en het gemene recht. Wat betreft de invulling van de redelijkheid en de billijkheid zouden we er dan ook goed aan doen om gebruik te maken van de kennis die is opgedaan in de eeuwen die voor ons liggen. De coronapandemie is niet de eerste pandemie die juristen voor de vraag stelt of een huurder van bedrijfsruimten verplicht is tot het onverminderd doorbetalen van de overeengekomen huurprijs. Meijers merkte naar aanleiding van de Eerste Wereldoorlog op dat hij andere tijden met de tegenwoordige had vergeleken ‘omdat het grootste gevaar van dezen tijd juist is te meenen, dat alles nieuw is, terwijl de oorlog is een zeer oud verschijnsel.’³⁴⁰

Concreet denk ik wat betreft de invulling van de redelijkheid en billijkheid in artikel 6:258 BW aan twee regels die in het gemene recht hun nut hebben bewezen ten tijde van de pestpandemieën en die hetgeen de Hoge Raad heeft geoordeeld op 24 december 2021 goed zouden aanvullen, dan wel preciseren. In de eerste plaats gaat het om de regel uit het Romeinse en het gemene recht dat overmatige winst in eerdere jaren in de weg kon staan aan huurprijsvermindering.³⁴¹ Een dergelijke regel zou een invulling kunnen zijn van de financiële positie, die de Hoge Raad noemt als factor, die op grond van de redelijkheid en de billijkheid kan leiden tot een andere verdeling dan die volgt uit de formule die het arrest bevat voor de ‘standaard’-gevallen.³⁴² Het zou mijns inziens alleszins redelijk zijn om het antwoord op de vraag of de verhuurder naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid een ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst mag verwachten mede afhankelijk te maken van behaalde resultaten uit het verleden, niet alleen omdat die mede bepalend zijn voor de draagkracht van de huurder, maar ook omdat het maatschappelijke rechtvaardigheidsgevoel daarom vraagt, zoals blijkt uit kritiek op de door overheid gegeven financiële steun aan bedrijven, die in de jaren voorafgaande aan de pandemie veel winst hadden gemaakt. Zo leidde de overheidssteun aan het bedrijf booking.com tot de opmerking dat de winsten voor de aandeelhouders zijn en de verliezen voor de belastingbetaler, hetgeen *mutatis mutandis* ook gezegd zou kunnen worden voor de huurder en de verhuurder wat betreft het effect van huurprijsvermindering als overmatige winsten in het verleden niet zouden worden meegewogen bij het antwoord op de vraag of huurprijsvermindering redelijk is.³⁴³

Daarnaast legde ik uit dat het model van de Hoge Raad geen minimum omzetverlies vereist voor huurkorting, terwijl het de vraag is of in geval van een relatief klein omzetverlies de

340 Zie Handelingen NJV 1918, deel 2 [o.c. nt. 309], p. 67.

341 Zie voor het Romeinse recht hiervoor p. 24 en voor het gemene recht p. 36.

342 Zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, r.o. 3.3.3.

343 Zie voor wat betreft de uitspraak naar aanleiding van het schandaal rond booking.com Koelewijn in *Het Parool* van 4 juni 2021, online te raadplegen via <https://www.parool.nl/amsterdam/booking-com-betaalt-coronasteun-terug-na-ophef-over-bonussen~b28fa1cf/?referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F> (voor het laatst geraadpleegd 24 augustus 2022). Booking.com besloot naar aanleiding van de ophef tot het terugbetalen van de steun.

SPEELBAL DER OMSTANDIGHEDEN

waardeverhouding tussen de verplichtingen van de huurder en de verhuurder zo is verstoord dat een aanpassing van de overeenkomst gerechtvaardigd is. De omzet zal altijd enigszins fluctueren en het is niet de bedoeling van partijen geweest om de huurprijs omzetafhankelijk te maken. Vereisen de redelijkheid en de billijkheid niet dat een huurder een matige schade gelijkmoedig draagt, zoals Gaius schreef?³⁴⁴ Het gemene recht hanteerde een ondergrens, die bepaalde wanneer een gematigde schade, een *damnum modicum*, omsloeg in een ondraaglijke schade die recht gaf op huurprijsvermindering.³⁴⁵ Bepalend was het begrip ‘buitengewone benadeling’, oftewel *laesio enormis*, een begrip uit het recht met betrekking tot de koopovereenkomst. Het criterium leidde ertoe dat huurprijsvermindering enkel aan de orde was als de opbrengst minder was dan de helft van wat gebruikelijk was. Het *laesio enormis*-criterium kleurde zo de goede trouw in. Het idee dat een bepaald percentage omzetverlies is vereist om in aanmerking te komen voor huurprijsvermindering zou bovendien aansluiten op de steunmaatregelen vanuit de overheid die in tegenstelling tot de Hoge Raad wél een minimum percentage omzetverlies vereisen als voorwaarde voor een financiële tegemoetkoming.³⁴⁶ De overheid vereiste in de afgelopen kwartalen vrijwel steeds minimaal 30% omzetverlies.³⁴⁷

Ten slotte merk ik op dat huurprijsvermindering ook nu ten tijde van de coronapandemie voorziet in een maatschappelijke behoefte. Huurprijsvermindering in dit soort uitzonderlijke tijden is, net zoals vroeger, in het belang van zowel de huurder, als de verhuurder: de redelijkheid en de billijkheid leidt tot een verdeling van de schade die voor de huurder alléén ondraaglijk zou zijn, hetgeen eraan bijdraagt dat de huurovereenkomst op de lange termijn kan worden voortgezet. Huurprijsvermindering is verder in het belang van de maatschappij als geheel. Landen, zoals Frankrijk en Engeland, waarin de huurders via privaatrechtelijke weg geen recht hebben op huurprijsvermindering, zoeken naarstig naar een manier om de huurder tegemoet te komen ten einde te voorkomen dat de huurders *en masse* failliet gaan, hetgeen zou leiden tot grote economische problemen, denk aan het ontslag van de werknemers, de leegstand van bedrijfsruimten, leningen die niet terug worden betaald etc.³⁴⁸

344 Zie hiervoor p. 24.

345 Zie hiervoor p. 31-33.

346 Zie hiervoor nt. 26.

347 Idem.

348 Zie over Frankrijk hiervoor p. 44. In Engeland staat de *doctrine of frustration* in de weg aan huurprijsvermindering. Beide landen ondersteunen de huurders via het publiekrecht. Zie over de publiekrechtelijke steun voor Franse huurders van bedrijfsruimten hiervoor p. 45. Ook in Engeland krijgen de huurders publiekrechtelijke steun. De Britse overheid spreekt van een ‘*unprecedented package of support*’, zie <https://www.gov.uk/government/publications/commercial-rent-code-of-practice/commercial-rent-code-of-practice-following-the-covid-19-pandemic> (voor het laatst geraadpleegd op 22 augustus 2022). Daarnaast geldt in Engeland sinds 24 maart 2022 een wet, de *Commercial Rent (Coronavirus) Bill*, die verlichting moet brengen voor de huurders van bedrijfsruimten door in bepaalde gevallen arbitrage verplicht te stellen. Zie <https://www.gov.uk/government/publications/commercial-rent-code-of-practice/commercial-rent-code-of-practice-following-the-covid-19-pandemic> (voor het laatst geraadpleegd op 22 augustus 2022). De

De Romeinsrechtelijke *remissio mercedis*, de receptie daarvan in het gemene recht en de hedendaagse leer van de onvoorziene omstandigheden, die is opgenomen in artikel 6:258 BW, maken dat huurders van bedrijfsruimten ten tijde van de coronapandemie niet wanhopig met Plato's inwoner van Athene uit de vierde eeuw voor Christus hoeven uit te roepen:

'We kunnen wetten maken zoveel we willen, maar uiteindelijk zijn het allerlei onvoorziene omstandigheden en rampen die ons de wet voorschrijven.'³⁴⁹

Huurders zijn geen speelbal der omstandigheden, nu de wet voorziet in een regeling betreffende onvoorziene omstandigheden die maakt dat ze op grond van de redelijkheid en de billijkheid recht hebben op huurprijzvermindering als gevolg van de pandemie. Laten we wat betreft de invulling van de redelijkheid en de billijkheid vooral gebruik maken van de ervaringen die juristen door de eeuwen heen hebben opgedaan in vergelijkbare omstandigheden, want zoals koning Salomo lang geleden schreef:

'Wat er was, zal er altijd weer zijn, wat er is gedaan, zal altijd weer worden gedaan. Er is niets nieuws onder de zon. Wanneer men van iets zegt: "Kijk, iets nieuws", dan is het altijd iets dat er sinds lang vervolgen tijden is geweest. De vroegere generaties zijn vergeten, en ook de komende zullen weer worden vergeten.'³⁵⁰

A.J.H. Smit³⁵¹

GRONINGEN

Britse overheid stelt daarbij dat het onverminderd doorbetalen van de huur niet altijd draaglijk zal zijn voor de huurders en roept verhuurders dan ook op om te delen in de last van de huurders, aangezien het hun gezamenlijk belang is dat levensvatbare bedrijven de coronaperiode overleven.

349 Zie hiervoor p. 1. Zie Plato, *De Wetten* [vert. uit het Grieks door de School voor Filosofie, uit de serie: Verzameld werk/Platoon deel 11 – Nomoi], Amsterdam: Ars Floreat 1993, p. 178 (Boek IV, 709a/709b).

350 Zie het bijbelboek Prediker 1:9-11.

351 Universitair docent bij de sectie Rechtsgeschiedenis van de Rijksuniversiteit Groningen