

# Coronaprivaatrecht 2020-2021

Prof. mr. dr. W.H. van Boom\*

## 1. Inleiding

De uitbraak van de coronapandemie in 2020 heeft onmiddellijk grote gevolgen gehad voor mens en maatschappij. De wereldeconomie kreeg in betrekkelijk korte tijd klappen die sinds de Tweede Wereldoorlog niet waren ervaren.<sup>1</sup> De acute economische en dus contractgerelateerde disruptie was en is aanzienlijk. De Staat pompte in no-time vele miljarden in de economie. Er werden regelingen ingevoerd voor bedrijven om loondoorbetaling mogelijk te maken, om overbruggingskrediet te faciliteren, om tegemoet te komen, om belastinginvordering te temporiseren en om investeringen te stimuleren.<sup>2</sup> De overheid ondersteunt genereus maar niet volledig en hoe langer de crisis duurt, hoe kwetsbaarder de financiële buffers worden.<sup>3</sup> Banken gaven miljarden aan steun aan bedrijven en consumenten in de vorm van tijdelijk betalingsuitstel en gaven bovendien met overheidsgarantie geldleningen.<sup>4</sup> De langetermijngevolgen van de coronacrisis hebben zich nog niet in volle omvang gemanifesteerd en zijn moeilijk te overzien. Dacht men misschien in de eerste helft van 2020 nog dat de coronacrisis ‘over enkele maanden tot een jaar opgelost’ zou zijn, inmiddels is wel duidelijk dat die gevolgen zich nog lang niet in volle omvang hebben gemanifesteerd. Naast acute problemen variërend van gezondheidsschade, vermindering van sociaal welzijn en leerachterstand, is er vermoedelijk ook aanzienlijke chronische sociaaleconomische schade die zich nog in alle akeligheid moet ontvouwen, zoals een toename van sociale tweedeling, werkeloosheid en armoede.<sup>5</sup> De implicaties laten zich op dit moment moeilijk overzien.<sup>6</sup> Naarmate de pandemie langer duurt, ‘muteert’ namelijk ook de aard van de schade die al wel zichtbaar wordt. De chronische ontwrichting eist weer andere slachtoffers.<sup>7</sup> Dat alles heeft ook gevolgen voor de reactie die het privaatrecht te bieden heeft. De sociaaleconomische gevolgen van de pandemie zijn uiteraard ook in het overeenkomstenrecht voelbaar, en het eind van de ontwikkelingen is nog niet in zicht. Toch is het een jaar na de uitbraak goed

om een eerste tussenstand op te maken. In deze bijdrage wordt daarom teruggeblikt op één jaar ‘coronaprivaatrecht’ en wordt een momentopname gemaakt. De nadruk ligt op het vermogensrecht, in het bijzonder op contracten en de schulden die daaruit ontstaan. Daarmee wordt een voorzichtige en zeker niet uitputtende inventarisatie geboden van onmiddellijke en de indirecte gevolgen van de coronacrisis voor het vermogensrecht. De opbouw van deze bijdrage is als volgt. In par. 2 worden enkele algemene indrukken gegeven van wat het afgelopen jaar is gebeurd in sociaaleconomische zin en hoe zich dat verhoudt tot het vermogensrecht. In par. 3 wordt vervolgens ingezoomd op het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW), omdat het een van de voornaamste contractenrechtelijke leerstukken is die nu in de belangstelling staan en omdat te verwachten valt dat het leerstuk ook in de nabije toekomst relevantie zal hebben in het ‘coronaprivaatrecht’. In par. 4 wordt aandacht geschonken aan de mogelijkheden en beperkingen van tijdelijk betalingsuitstel en aan het wenkend perspectief van schuldsanering voor ondernemingen. Ik sluit af in par. 5 met een korte bespiegeling over wat ons mogelijk nog te wachten staat.

## 2. Van krapte en hysterie naar chronische ontwrichting

In het voorjaar van 2020 voerden in de beeldvorming gemeenschapsgevoel en solidariteit (en het gebrek daarvan),<sup>8</sup> alsook sentimenten tegen profiteurs, woekeraars

\* Willem van Boom is hoogleraar civiel recht te Leiden.

Onderzoeksassistentie werd verleend door Milou Bonewit. Leidse masterstudenten civiel recht schreven in oktober 2020 bij mij een paper over het thema ‘corona en onvoorziene omstandigheden’ en hielpen mij mijn gedachten over het onderwerp verder te ordenen. Gewaardeerd commentaar op een concept van deze bijdrage kreeg ik van Ruben van Uden en Hetty de Rooij. De tekst werd afgesloten op 1 april 2021. Weblinks functioneerden op die datum. Latere ontwikkelingen werden niet meer verwerkt.

1. ‘Economieën wereldwijd onderuit door coronavirus’, *FD* 25 maart 2020.

2. Zie bijv. Noodmaatregel Overbrugging voor Werkbehoud (NOW), de Baangerelateerde Investeringskorting (BIK, een fiscale faciliteit), het Klein Krediet Corona (KKC, een bancaire overbruggingskrediet met overheidsgarantie), de Tegemoetkoming Ondernemers Getroffen Sectoren (TOGS), Besluit Noodmaatregelen Coronacrisis. Particulieren werden gecompenseerd voor bijv. doorlopende kinderopvangkosten.

3. *Perspectief op herstel* (Advies Denktank Coronacrisis SER 2021), p. 10.

4. Zie bijv. NVB Coronamonitor op nvb.nl.

5. Bijv. *Verwachte gevolgen van corona voor scholing, werk en armoede* (rapport Sociaal en Cultureel Planbureau 2020).

6. ‘De ontwrichting XXXL gaat dit jaar beginnen’, *NRC* 2 januari 2021.

7. ‘Nederlandse economie zit in een spagaat, want ook de recessie blijkt te muteren’, *FD* 5 februari 2021.

8. Over gemeenschapszin bij eerdere crises bijv. C.J.H. Jansen, ‘Noodwetgeving en privaatrecht. Ervaringen naar aanleiding van eerdere mondiale crises’, *NJB* 2020, afl. 21, p. 1508 e.v. Vgl. voor beeldvorming rondom een vermeend gebrek aan solidariteit de discussie over de

én hamsteraars de boventoon.<sup>9</sup> In werkelijkheid zochten veel markten echter nerveus naar een equilibrium. Krapte en hysterie ontstonden op bepaalde markten waar de vraag plotseling het aanbod oversteeg. Op andere markten viel de vraag opeens vrijwel geheel weg. Er waren winnaars en verliezers, zoals altijd bij marktfluctuaties, maar nu waren de winsten en verliezen wel heel extreem. De prijs van isopropylalcohol, grondstof voor desinfecteringsmiddel, ging binnen enkele weken met 300% omhoog.<sup>10</sup> De grondstof voor mondkapjes steeg 400% in prijs.<sup>11</sup> Fabrikanten van plexiglas beleefden een topjaar.<sup>12</sup> De internationale markt voor persoonlijke beschermingsmiddelen raakte in het voorjaar van 2020 oververhit, met woekerprijzen, fraude, diefstal en verduistering tot gevolg.<sup>13</sup> De vraag naar ruwe olie stortte in (en kreeg op enig moment zelfs een negatieve prijs), met als gevolg dat olietankers werkeloos rondboorden.<sup>14</sup> Hetzelfde gebeurde met cruisevakanties en dus met cruiseschepen.<sup>15</sup> De reis- en recreatiesector, evenementensector en detailhandel zagen tijdens de lockdowns hun omzet dramatisch teruglopen.<sup>16</sup> De beurswaarde van luchtvaartmaatschappijen is verdampt.<sup>17</sup> Supermarkten en producenten van beademingsapparatuur deden het aanmerkelijk beter. Toen de fabriek van de wereld China weer openging, bleken de containers niet aan te slepen; de prijs voor containervervoer verdrievoudigde tussen medio en eind

2020. Het was het beste jaar voor de containervervoer sinds decennia,<sup>18</sup> en de krapte gaf aanleiding tot toename van klachten over oneerlijke handelspraktijken zoals eenzijdige wijziging van voorwaarden en tarieven of het simpelweg niet nakomen van afspraken in de containervervoer.<sup>19</sup> In de begindagen van de coronacrisis werd er flink ‘gepolderd’, vaak uit welbegrepen eigenbelang. Dat was de motor achter vrijwillige coulance van bijvoorbeeld verhuurders tegenover huurders, van brouwers tegenover cafés en van banken tegenover kredietnemers. Internetwinkels traden op als marktmeester: als de prijs van producten van een ‘verkooppartner’ te snel steeg, werd de verkoop stilgelegd.<sup>20</sup> Woekerprijzen voor mondkapjes werden door de marktmeesters in de ban gedaan, zonder dat er ook maar een wetswijziging of rechter bij aan te pas kwam.<sup>21</sup> Door deurwaarders en de rechtspraak werd ook ‘gepolderd’ door op min of meer informele wijze terughoudendheid te betrachten waar het ging om beslag- en executiemaatregelen.<sup>22</sup> In de loop van 2020 werd duidelijk dat er naast acute problemen ook minder zichtbare, maar daarom niet minder ingrijpende ontwrichting gaande was. Bijvoorbeeld: de markt voor leaseauto’s blijkt te krimpen,<sup>23</sup> en spaargeld blijft op de bank staan met alle ‘bewaarkosten’ voor banken van dien. Ook in de commerciële vastgoedsector slaat de coronacrisis hard toe: gebouwen die wor-

jaarlijkse huurverhoging ‘Woningverhuurders verhogen huren ondanks coronacrisis’, *FD* 8 mei 2020 en de saneringspraktijken binnen bepaalde ondernemingen ‘Op zoek naar de grens: hoeveel wil werknemer inleveren?’, *FD* 9 mei 2020.

9. Zie bijv. over een niet-verboden verkooppraktijk ‘Mondkapjeswinkel in centrum Amsterdam, politie neemt poolshoogte’, nos.nl 18 april 2020. Bij de steunmaatregelen van overheidswege werd wel de vraag gesteld of grote bedrijven waar het geld tot voor kort tegen de plinten klotste, wel mochten profiteren van deze solidariteit. Zie daarover bijv. ‘We moeten helder zijn, dit gaat niet alle bedrijven redden’, *FD* 18 april 2020; ‘Goed en fout in het bedrijfsleven’, *FD* 23 mei 2020; ‘Meeste geld naar NS, KLM, Booking’, *NRC* 11 juli 2020. Ook in Duitsland, waar huurders van winkelruimte een wettelijke huurpauze mochten invoeren, kwam het grote multinationals op maatschappelijke kritiek te staan toen ook zij dit recht wilden uitoefenen (‘Adidas loopt in coronacrisis zware imagoschade op’, *NRC* 31 maart 2020). Daarover bijv. J.D. Brinkmann, ‘Niemand zahlt mehr Miete?! Die Corona-Krise und ihre Auswirkungen auf die Pflicht zur Mietzahlung’, in: D. Effer-Uhe & A. Mohnert (red.), *Vertragsrecht in der Coronakrise*, Baden-Baden: Nomos 2020, p. 147 e.v. Minder opvallend profijt was er ook. In bepaalde verzekeringsmarkten liep de schadelast fenomenaal terug (m.n. auto en inbraak), met als gevolg een roep om verzekeringspremies terug te geven aan klanten en zodoende een onverdiend voordeel terug te geven. ‘Car insurers under pressure to pay back drivers as claims fall’, *The Times* 23 april 2020; ‘Minder autoschade door corona, verzekering toch niet goedkoper’, *geld.nl* 8 februari 2021.
10. ‘Isopropylalcohol is nog gewilder dan wc-papier’, *FD* 31 maart 2020.
11. ‘Het nieuwe goud: meltblown, de grondstof voor mondkapjes’, *NRC* 19 mei 2020.
12. ‘Van Uber tot kantoortuin: heel de wereld jaagt op plexiglas’, *VK* 26 april 2020.
13. ‘Handel in mondkapjes is wildwest’, *VK* 23 maart 2020; ‘Protection “racket” as carers pay 1,000% more for masks’, *The Times* 2 april 2020; ‘Nederland vindt zijn weg op vechtmakten voor maskers en mondkapjes’, *FD* 1 mei 2020; ‘Ziekenhuizen moeten niet hoeven hamsteren’, *NRC* 9 december 2020. Zie ook de gecoördineerde actie in Europa tegen oneerlijke online handelspraktijken, beschreven in het wetgevingsoverzicht van S.S. van Kampen, *TvC* 2020, afl. 3, p. 173-174.
14. ‘Voor de kust wacht een lange file’, *FD* 11 mei 2020.
15. ‘Stilliggen kost een vermogen en is funest voor schepen’, *FD* 27 juli 2020.
16. Ook abonnementhouders bij sportscholen hielden het voor gezien; 30% van de leden zegde het sportabonnement op (‘Sportscholen in het nauw: leden zeggen op, maar de kosten lopen door’, *omroepzeeland.nl* 11 februari 2021).
17. Het aandeel Air France KLM zakte tussen januari en maart 2020 van ongeveer € 10 naar € 5 en vervolgens naar ongeveer € 3 in oktober 2020.
18. Zie de Shanghai Containerized Freight Index (SCFI) voor 2020. Vgl. ‘Containervervoer heeft medicijn tegen corona’, *FD* 11 november 2020; ‘Shipping costs quadruple to record highs on China-Europe “bottleneck”’, *FT* 19 januari 2021. Door deze krapte nam ook transport per vliegtuig toe (terwijl het passagiervervoer instortte).
19. ‘Boosheid over prijs en prestaties containervervoer loopt hoog op’, *FD* 11 januari 2021.
20. ‘Bol.com weert mondkapjes die “te duur” worden aangeboden door partners’, *nu.nl* 9 juni 2020.
21. ‘Webshops betugelen verkoop mondkapjes tegen woekerprijzen’, *FD* 10 juni 2020.
22. *Kamerstukken II* 2019/20, 35557, nr. 3, p. 4, p. 5-6; Tijdelijke afwijkende regeling insolventiezaken rechtbanken vanwege de bijzondere omstandigheden door de coronacrisis’ versie 29 april 2020, versie 26 juli 2020; Rb. Amsterdam 15 september 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4572 (afwijzing faillissementsrekwest). Vgl. D. Beunk & W.P.I. Overgoor, ‘Het wetsvoorstel Tijdelijke voorziening betalingsuitstel COVID-19: een overzicht’, *TvCu* 2020, afl. 5/6, p. 149; W. van der Donk, ‘Corona en gerechtsdeurwaarders in Nederland, een terugblik’, *TvPP* 2020, afl. 6, p. 192 e.v.; F. van Dijk & E. Bauw, ‘Coronacrisis en rechtspleging’, *RdW* 2020, afl. 3, p. 14 e.v.; K. van der Kraats, ‘Corona en de civiele rechtspraak: elk nadeel heeft een voordeel?’, *AA* 2021, afl. 3, p. 301 e.v.
23. ‘Zakelijke leasevloot krimpt na jaren met sterke groei’, *FD* 19 februari 2021.

den geëxploiteerd door sectoren zoals horeca en winkels werden door de lockdowns van omzetkanon tot bodemloze put. Tussen verhuurder en huurder geldt dat een vaste huursom die niet gerelateerd is aan omzetcijfers alle lusten en lasten bij de huurder legt; deze draagt dus ook het risico van fluctuatie van de omzet die met het gehuurde wordt gerealiseerd. Dat risico levert in coronatijden een ongelooflijke klap op voor deze huurders: wel betalen maar niets of veel minder verdienen. Uiteindelijk kregen het afgelopen jaar ook verhuurders het voor de kiezen. Zo kwamen vastgoedeigenaren al snel onder een vergrootglas te liggen van geldschietters. Deze voorzagen namelijk waardedaling van vastgoed door daling van huuropbrengsten en vraaguitval. Herfinancieringsruimte werd knapper.<sup>24</sup> Bepaalde vastgoedexploitanten kwamen in acute betalingsproblemen, terwijl grote kantorendeals onder druk kwamen te staan en vastgoedprijzen daalden.<sup>25</sup> Of op langere termijn blijvende schade is aangericht, zal moeten worden bezien maar de verwachting is wel dat bijvoorbeeld veel winkels niet meer terugkeren in het straatbeeld.<sup>26</sup>

Bij lopende huurcontracten werd zo mogelijk door middel van informeel overleg tot huurvermindering of -uitstel gekomen.<sup>27</sup> Waar overleg geen uitkomst bood, was de

voorlopigevoorzieningsprocedure aangewezen.<sup>28</sup> Er was het afgelopen jaar daarom een relatief groot aantal coronahuurgeschillen dat in kort geding werd behandeld. In de rechtszaal werden vooral bij wijze van voorlopige voorziening tijdelijke opschorting of huurvermindering gevraagd, veelal vooruitlopend op een oordeel in een bodemprocedure. Met name (anticipatie op toepassing van) art. 6:258 BW speelde daarbij een belangrijke rol.<sup>29</sup>

De problemen waar de coronacrisis bepaalde privaatrechtelijke verhoudingen voor stelde, bleken een uitdaging voor bestaande rechtsstructuren. Als op grote schaal evenementen niet doorgaan, sportscholen dichtgaan en vluchten worden geannuleerd, ontstaat al snel in één keer een cashflowprobleem bij restitutieaanvragen. Zoals een bank een 'bankrun' niet aankan, konden deze dienstverleners een 'refund run' niet aan.<sup>30</sup> De pandemie was dus ook een 'stresstest' voor de houdbaarheid van consumentenbescherming.<sup>31</sup> Net zoals in oorlogstijd wel gebruik werd gemaakt van moratoria voor geldschulden, was nu de neiging om restitutieverplichtingen op te schorten. Veel dienstverleners weigerden feitelijk te betalen, stelden in het gunstigste geval een voucher voor, te besteden op een later tijdstip, en riepen om beschermingsmaatregelen door de overheid.<sup>32</sup> Toezichthouders zoals de ACM

24. 'Banken draaien geldkraan dicht voor hotels en winkelvastgoed', *FD* 9 april 2020; 'Unibail-Rodamco herstructureert voor €9 mrd', *FD* 17 september 2020; 'Beleggingen in kantoren en hotels ingestort door corona', *FD* 21 januari 2021; 'Banken doen moeilijker over herfinanciering van vastgoed', *FD* 13 januari 2021.
25. 'Gedwongen verkopen op komst in hotelvastgoed', *FD* 2 oktober 2020; 'Grote kantorendeal op losse schroeven wegens corona', *FD* 1 september 2020.
26. 'Komt vaccin op tijd voor winkelvastgoed?', *FD* 17 november 2020.
27. Sommige verhuurders riepen al snel op tot solidariteit en tot een 'landelijke huurpauze', een 'moreel appel' van belangenorganisaties IVBN (institutionele vastgoedbeleggers) en Vastgoed Belang (particuliere verhuurders) aan hun leden. Zie 'Koepels van winkeliers en verhuurders eens over oproep tot huurverlaging', *NRC* 25 maart 2020; 'Oproep van beleggers en verhuurders tot landelijke huurpauze', *FD* 11 april 2020; 'Moreel appèl, maar geen verbod op huisuitzettingen', *NRC* 16 april 2020. In het najaar van 2020 werd deze roep nog sterker; zie 'Huurlasten nu samen dragen', *FD* 19 december 2020. Een aantal verhuurders wist in goed overleg met de huurder tot tijdelijke opschorting of kwijtschelding te komen; zie 'De huur betalen als je omzet weg is: "Betalen of je riskeert ontruiming"', nos.nl 31 maart 2020; 'Met weinig geld toch kunnen huren', *NRC* 25 mei 2020. Zie als resultaat hiervan bijv. het 'Steuakkoord voor en door de Nederlandse retailsector' (april 2020; partijen: IVBM, INretail, Vastgoed Belang, Detailhandel Nederland, EZK, NVB, VGO). Bij nieuw gesloten huurcontracten wisten huurders lagere huren te bedingen en clausules om de risico's van toekomstige coronamaatregelen evenwichtiger te verdelen. Zie 'Stabiliteit maakt plaats voor flexibiliteit', *FD* 14 augustus 2020.
28. Goed overleg was lang niet altijd de route die huurders kozen; sommige winkelketens zetten veel kwaad bloed door huurbetalingen op te schorten. 'HEMA eist lagere huur om voortbestaan te redden', *NRC* 2 april 2020; 'Winkelketens stoppen opnieuw met betalen huur', *FD* 15 januari 2021. Vgl. A.W. Jongbloed, 'Eendracht maakt macht? Over Nederlandse wetgeving, aanbevelingen en convenanten en Belgische koninklijke besluiten', *TvPP* 2020, afl. 6, p. 209.
29. In deze procedures vindt overigens geregeld vervlechting plaats van een beroep op art. 6:258 BW met de gebrekenregeling van art. 7:204 BW. Dat artikel bepaalt blijkens zijn totstandkomingsgeschiedenis (met een curieuze verwijzing naar HR 17 juni 1949, *NJ* 1949/544 (*AKU/Stalen Steiger*) waarin juist het tegenovergestelde werd beslist) dat overheidsmaatregelen die het onmogelijk maken om genot te hebben van het gehuurde een gebrek opleveren, en wel een gebrek dat voor risico van de verhuurder is. Daarmee is het gebrek wellicht een breekbijzender om proportionele huurvermindering mogelijk te maken (art. 7:207 BW). Zie *Kamerstukken II* 1997/98, 26089, nr. 3, p. 14; *Kamerstukken II* 1999/2000, 26089, nr. 6, p. 15. Vgl. hierover ook H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, 'Contract en coronacrisis', *NJB* 2020, afl. 14, p. 962-964; J.A. Tuinman & T.Q. De Booy, 'De coronapandemie en huur van bedrijfsruimte: don't believe the hype', *WR* 2020, afl. 4, p. 197 e.v.; M. van Schoonhoven-Sloot & E.H.H. Schelhaas, 'De impact van Corona op de huur van bedrijfsruimte – geen business as usual', *TvHB* 2020, afl. 3, p. 145 e.v.; J.P. van Lochem, 'De gebreken-discussie in de tijd van noodverordeningen', *WR* 2020, afl. 8, p. 473 e.v.; Z.H. Duijnsteek-van Imhoff, 'Huurrecht en de coronacrisis', *MvV* 2020, afl. 12, p. 439 e.v. Hoewel art. 7:204 BW van regelen recht is en dus door verhuurders in hun algemene voorwaarden veelal is uitgesloten, wordt die contractuele uitsluiting door sommige rechters met weinig omhaal opzijgezet in het kader van de dwingendrechtelijke toetsing aan art. 6:248 lid 2 en/of art. 6:258 BW. Zie bijv. Rb. Amsterdam 11 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2914; Rb. Amsterdam 11 november 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5593; Rb. Amsterdam 2 december 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:6156.
30. V. Mak, 'Consumentenrecht in tijden van crisis. Moet de consument kiezen tussen recht en solidariteit?', *TvC* 2020, afl. 3, p. 116-118.
31. Zie ook het rapport 'On the Front Row – Consumer organisations' work to support consumers in the COVID-19 crisis and the fight against unfair practices' (BEUC 2020).
32. Bijv. 'Waarom je tijdens de coronacrisis vaak je geld niet terugkrijgt', nos.nl 3 april 2020; 'Coronavirus travel: Banks block billions in lost holiday repayments', *The Times* 29 april 2020.

toonden begrip voor het voucherinitiatief van verschillende branches.<sup>33</sup> Zij stelden zich in de begindagen, gesteund door de Minister van Infrastructuur en Waterstaat, op het standpunt dat zij niet zouden handhaven.<sup>34</sup> De Europese Commissie ging hier niet in mee. Ze heeft op enig moment de nationale toezichthouders tot de orde geroepen en gevorderd dat Europese regels die reizigers recht op restitutie geven,<sup>35</sup> zonder uitzondering zouden worden toegepast;<sup>36</sup> terugbetalingen werden toen weer mogelijk, zij het vaak met vertraging en vertragingstactieken.<sup>37</sup> Toen het stof begon neer te dalen, wilden veel consumenten alsnog hun voucher in geld omgezet zien.<sup>38</sup> Later werd ook gewaarschuwd voor het stuwmeer aan vouchers dat in 2020 werd uitgegeven: de schuldenopbouw die daarmee gepaard gaat, kan op enig moment onhoudbaar blijken te zijn.<sup>39</sup> Vandaar dat ook gekeken werd naar de mogelijkheden van (overheids)garantiefondsen.<sup>40</sup> In het voorjaar van 2021 werd daarom in ons land een ‘voucherfonds’ ingesteld om consumenten de terugbetaling van deze vouchers te garanderen aangezien een aantal reisorganisaties onder de schuldenlast leken te bezwijken.<sup>41</sup>

### 3. Corona als onvoorziene omstandigheid

#### 3.1. Van onmogelijkheid naar bezwaarlijkheid

Een contract moet worden nagekomen en die nakoming kan worden afgedwongen (art. 3:296 BW), ook als nakoming onverwacht duurder, bezwaarlijker of ongemakkelijker is geworden. Dat risico ligt bij de debiteur.<sup>42</sup> De

coronacrisis heeft de nakoming van bepaalde contracten echter onmogelijk gemaakt, bijvoorbeeld omdat overheidsregels de nakoming verboden hebben. Die onmogelijkheid zal vaak buiten de invloedssfeer van beide partijen liggen. De risicoverdeling die daarbij past is ontbinding en over en weer ongedaan maken van de verrichte prestaties. Die verdeling ligt besloten in art. 6:265 e.v. BW, nu het begrip ‘tekortkoming’ dat daarin wordt gebruikt een neutraal begrip is en dus ook overmachtsituaties bestrijkt. Het risico dat de crediteur schade lijdt door de tekortkoming zal in de regel bij hem blijven, omdat overmacht in de regel elk recht op schadevergoeding blokkeert (art. 6:75 BW/art. 6:277 BW, met een kleine uitzondering in art. 6:78 BW/art. 6:277 lid 2 BW). Partijen kunnen overigens van dit alles afwijken in hun contract.<sup>43</sup>

Ik denk dat het leerstuk van de onmogelijkheid geen bijzondere rol zal spelen in het coronaprivaatrecht. De coronacrisis zal misschien in de eerste dagen in bepaalde gevallen tot *daadwerkelijke* onmogelijkheid van nakoming hebben geleid (*impossibilitas*), maar de langetermijneffecten ervan zullen meer in de sfeer van de *economische* onmogelijkheid (*difficultas*) moeten worden gezocht. Het idee van economische onmogelijkheid – het idee dat nakoming zo bezwaarlijk is geworden voor de debiteur dat deze in redelijkheid niet kan worden gevegd – is niet goed ontwikkeld in ons recht, hoewel in de literatuur en oudere rechtspraak deze praktische bezwaarlijkheid nog

33. ‘ACM biedt branches houvast bij opstellen voucherregeling’ (ACM nieuwsbericht 2 april 2020); ‘ACM controleert corona-voucherregelingen’ (ACM nieuwsbericht 28 mei 2020). Zie ook V. Mak, ‘Consumentenrecht in tijden van crisis. Moet de consument kiezen tussen recht en solidariteit?’, *TvC* 2020, afl. 3, p. 116-118.

34. Zie *Kamerstukken II* 2019/20, 31936, nr. 731 (aanwijzing Minister I&W aan ILT), 740 (intrekking), 783, 801, 808 (voortgang handhaving). Een aantal lidstaten heeft in april de Europese Commissie gevraagd om de restitutieregels snel te wijzigen zodat met name luchtvaartmaatschappijen werden beschermd tegen acute geldnood. Zie [europa-nu.nl/id/vl88jpl6u2zr/nieuws/zestien\\_eu\\_landen\\_vragen\\_brussel](http://europa-nu.nl/id/vl88jpl6u2zr/nieuws/zestien_eu_landen_vragen_brussel).

35. Verordening (EG) 261/2004 (passagiersrechten luchtreizigers); Verordening (EG) 1371/2007 (treinpassagiers); Verordening (EU) 1177/2010 (passagiersrechten zee en binnenwateren); Verordening (EU) 181/2011 (autobus- en touringcarpassagiers); Richtlijn (EU) 2015/2302 (pakketreizen).

36. Aanbeveling van de Commissie van 13 mei 2020 inzake vouchers die aan passagiers en reizigers worden aangeboden als alternatief voor terugbetaling van geannuleerde pakketreizen en vervoersdiensten in het kader van de COVID-19-pandemie, C(2020) 3125 final. Zie ‘Moet ik een voucher accepteren na geannuleerde vlucht?’, *NRC* 6 april 2020; ‘Geld terug voor ticket moet kunnen’, *NRC* 21 april 2020; ‘Brussel acht vlieg vouchers in strijd met de wet’, *FD* 14 mei 2020. De Inspectie Leefomgeving en Transport van het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat kwam na onderzoek tot werkafspraken met de grote luchtvaartmaatschappijen. Zie ‘Vouchers en terugbetaling van vliegticket’, [ilent.nl/onderwerpen/passagiersrechten/luchtvaart/coronavirus-en-passagiersrechten-luchtvaart/vouchers-en-terugbetaling-van-vliegticket](http://ilent.nl/onderwerpen/passagiersrechten/luchtvaart/coronavirus-en-passagiersrechten-luchtvaart/vouchers-en-terugbetaling-van-vliegticket).

37. ‘Coronavirus: Tour operators accused of stalling on £7bn in refunds for holidaymakers’, *The Times* 23 april 2020. Zie ook ‘Moet ik een voucher accepteren na geannuleerde vlucht?’, *NRC* 6 april 2020.

38. ‘Veel vakantiegegers met voucher willen nog geld zien’, [amweb.nl](http://amweb.nl) 10 februari 2021.

39. ‘Financiering bedrijven door banken in coronatijd loopt op tot 30,6 miljard euro’, (persbericht NVB 27 november 2020, zie [nvb.nl](http://nvb.nl)).

40. Zie voor de reisbranche bijv. het overzicht van S.S. van Kampen, *TvC* 2020, afl. 4, p. 236. De EU deed aanbevelingen om het voucheraanbod te ondersteunen met een garantiefonds. Zie Aanbeveling van de Commissie van 13 mei 2020 inzake vouchers die aan passagiers en reizigers worden aangeboden als alternatief voor terugbetaling van geannuleerde pakketreizen en vervoersdiensten in het kader van de COVID-19-pandemie, C(2020) 3125 final. Sommige reisorganisaties waren zich overigens ook bewust van het feit dat het geld dat ze niet teruggaven, door sommige klanten goed gebruikt kon worden. “‘Totaalvakantie’ is nu molensteen”, *NRC* 24 maart 2020.

41. ‘Voor reiswereld begint het voucherdrama een jaar na het begin van de crisis pas echt’, *VK* 16 maart 2021. Zie nader [rijksoverheid.nl/onderwerpen/coronavirus-financiele-regelingen/overzicht-financiele-regelingen/voucher-kredietregeling](http://rijksoverheid.nl/onderwerpen/coronavirus-financiele-regelingen/overzicht-financiele-regelingen/voucher-kredietregeling).

42. Frappant om te zien is dat sommigen proberen om in de eerste consternatie van deze verplichting af te komen met een beroep op de coronacrisis terwijl geen sprake is van onmogelijkheid van nakoming maar hooguit van een minder gunstige uitwerking van de overeenkomst. Vgl. Rb. Amsterdam 14 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2644 (plicht tot ondertekenen SPA niet opzijgezet door uitbraak coronacrisis); Rb. Overijssel 6 mei 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1688 (professionele grondontwikkelaar moet gewoon afnemen). Exact hetzelfde gebeurde bij aanvang van de Eerste Wereldoorlog, dus in die zin is er weinig nieuws onder de zon. Zie bijv. C. Jansen, ‘De Impact van de Eerste Wereldoorlog op het Nederlandse privaatrecht’, *NJB* 2014, afl. 22, p. 1491 e.v.; W.H. van Boom, ‘De Grote Oorlog en het Nederlandse Overeenkomstenrecht – Neutraliteit, Weerstand en Responsiviteit’, *TPR* 2018, afl. 1/2, p. 55 e.v.

43. Zo bepalen supermarkten kort gezegd dat overmacht van toeleveranciers tot de risicosfeer van laatstgenoemde behoren (‘Leveranciers Albert Heijn hangt “coronaboete” boven het hoofd’, *FD* 23 februari 2021).

wel gelijk wordt gesteld met onmogelijkheid.<sup>44</sup> Inmiddels is het belang ervan misschien minder groot omdat economische onmogelijkheid ook door art. 6:258 BW kan worden bestreken; de debiteur zal dan stellen dat het misschien niet feitelijk onmogelijk maar wel uiterst bezwaarlijk is om na te komen door onvoorziene omstandigheden.<sup>45</sup>

Er zijn ook gevallen waarin het voor de crediteur onmogelijk is om de prestatie in ontvangst te nemen. Als het in ontvangst nemen nodig is om de debiteur te laten presteren, spreken we vaak van creditorsverzuim. Als het voor de crediteur onmogelijk is om van de prestatie te genieten, wordt wel van onmogelijkheid van rechtsuitoefening gesproken. Beide rechtsfiguren zijn stiefmoederlijk bedeed in ons privaatrecht. Het concept van creditorsverzuim moge een regeling in het BW hebben, crediteursovermacht en de onmogelijkheid van rechtsuitoefening zijn onderontwikkelde leerstukken. De rechtsgevolgen van de niet-toerekenbare onmogelijkheid voor de crediteur om de noodzakelijke medewerking te verlenen aan de nakoming door de debiteur (crediteursovermacht) en de onmogelijkheid voor de crediteur om gebruik te maken van de prestatie van de debiteur als gevolg van een niet-toerekenbare oorzaak (onmogelijkheid van rechtsuitoefening) zijn, zo wordt geleerd, aan de redelijkheid en billijkheid overgelaten.<sup>46</sup> Ik ga ervan uit dat deze leerstukken eigenlijk min of meer opgegaan zijn in het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden. Het lijkt er dus op dat vele, zo niet alle wegen naar het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden leiden.

### 3.2. Risico en de overdracht ervan

Het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden heeft een plaats gekregen in art. 6:258 BW. Is een pandemie onvoorziensbaar? De meeste bedrijven hadden in hun bedrijfsvoering geen rekening gehouden met het risico van een pandemie,<sup>47</sup> en overheden bleken ook niet in alle opzichten goed voorbereid voor deze 'unknown known'. In abstracte zin was een pandemie natuurlijk geen onvoorziensbaar gebeurtenis. Dat er ooit een pandemie zou kunnen uitbreken was en is niet onvoorziensbaar en zal ook in de toekomst niet onvoorziensbaar zijn.<sup>48</sup> Die voorzienbaarheid maakt juist dat overdraagbare ziekten als SARS, H1N1, MERS en Ebola worden bestreden en geld wordt gestoken in virologie. Maar hoe specifieker de uitspraken die men wil doen over een pandemie, hoe moeilijker het wordt om goed te voorspellen en dus om

correct te voorzien wat wel of niet gaat gebeuren. In juni 2020 schreven juristen nog dat de economische gevolgen van de coronacrisis 'over enkele maanden tot een jaar opgelost' zouden zijn.<sup>49</sup> Inmiddels is wel duidelijk dat die gevolgen zich nog lang niet in volle omvang hebben gemanifesteerd.

Die frictie tussen wat in abstracto voorzienbaar is en wat in concreto werkelijk wordt verdisconteerd, zien we ook in het overeenkomstenrecht. Contracten zijn in de kern instrumenten van risico-overdracht, zeker als ze een duurelement in zich dragen en de prijs min of meer vast is of er relatief veel tijd zit tussen het sluiten van de overeenkomst en de uitvoering ervan. De ene partij betaalt een prijs voor zekerheid en de andere neemt voor die prijs het risico over. Contracten waarin onmiskenbaar elementen van een dergelijke risico-overdracht zijn te vinden, zijn bijvoorbeeld verzekering, garantie en borgtocht, aankoop en verkoop van een later te leveren goed tegen een nu al vastgestelde prijs (opties, futures etc.). Maar ook bij andere contracten kan sprake zijn van allocatie van het risico door het afgesproken prijsmechanisme. Een verhuurder of franchisegever die akkoord gaat met betaling van een periodieke geldsom die afhankelijk is van de omzet die de huurder of franchisenemer realiseert, draagt mee in de lusten en lasten van marktfluctuaties. Zou een vaste som worden afgesproken, dan is duidelijk dat het contract het risico van die fluctuaties bij de andere partij plaatst.

In abstracto verdisconteren markten op deze manier onzekerheden, maar bij contractvorming in concrete zin wordt lang niet altijd rekening gehouden met zeer onwaarschijnlijke maar uiterst ontwrichtende gebeurtenissen zoals het uitbreken van een pandemie.<sup>50</sup> Zou men een leek de vraag stellen in wiens risicosfeer een dergelijke 'unknown known' ligt, dan zal deze vermoedelijk de aard en maatschappelijke functie van de betreffende overeenkomst meewegen. Ik denk bijvoorbeeld dat een verzekeraar die een verzekeringspolis heeft afgegeven waarin geen uitsluiting is opgenomen voor het pandemierisico, weinig coulance hoeft te verwachten. We zullen vermoedelijk snel menen dat de aard van de overeenkomst er een van risico-overdracht is, dat de verzekeraar dus ook de pandemie moet dekken en dat hij desgewenst voor de

44. Asser/Sieburgh 6-I 2021/340 e.v.; D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2009, p. 94. Zie ook de discussie bij W.H. van Boom, 'The Great War and Dutch contract law – resistance, responsiveness and neutrality', *Comparative Legal History* 2014, afl. 2, p. 309 e.v. Het probleem met de erkenning van economische onmogelijkheid is onder meer dat ook geldschulden eronder kunnen vallen en dat staat haaks op het idee dat geldschulden altijd betaalbaar zijn omdat geld niet vergaat en de betaling ervan niet onmogelijk is terwijl betalingsonmacht geacht wordt voor risico te zijn van een debiteur. C.E. Drion, 'Corona en het recht', *NJB* 2020, afl. 12, p. 813 bepleit verruiming van het begrip 'overmacht' op dit punt.

45. Asser/Sieburgh 6-I 2021/343. Ook in het Duitse recht is 'wirtschaftliche Unmöglichkeit' onderworpen aan de regels van onvoorziene omstandigheid (§ 313 BGB) en niet aan die van § 275 BGB (geen veroordeling tot nakoming in geval van onmogelijkheid).

46. Hierover bijv. M. Ruygvoorn, 'Kan ik van mijn overeenkomst af met een beroep op de coronacrisis?', *NJB* 2020, afl. 14, p. 970 e.v.

47. De jaarverslagen van 7 van de 25 beursbedrijven hadden het risico van een pandemie in hun risicoparagrafen benoemd. Zie 'Veel AEX-fondsen zagen risico's pandemie niet', *FD* 31 augustus 2020.

48. C. Twigg-Flesner, 'A comparative Perspective on Commercial Contracts and the impact of COVID-19 – Change of Circumstances, Force Majeure, or what?', in: K. Pistor (red.), *Law in the Time of COVID-19*, New York: Columbia Law School 2020, p. 162. Vgl. M.V.R. Snel, 'Coronacrisis als onvoorziene omstandigheid in het overeenkomstenrecht', *WPNR* 2020, afl. 7300, p. 766.

49. R.P.J.L. Tjittes & A. Hogeterp, 'De coronacrisis en MAC-clausules in M&A-contracten', *Ondernemingsrecht* 2020, afl. 7, p. 366.

50. Over 'zwarte zwanen' N. Taleb, *The black swan: the impact of the highly improbable*, London: Penguin 2008.

toekomst maar een aanpassing in de dekkingsomvang moet zien te bedingen.<sup>51</sup>

### 3.3. De rol van art. 6:258 BW

Bij toepassing van art. 6:258 BW moet eerst de hoge drempel worden gehaald: de ten tijde van het contracteren toekomstige omstandigheden die door partijen niet bij de totstandkoming zijn verdisconteerd, moeten een zodanige wijziging teweegbrengen dat nakoming zodanig zinloos, economisch of anderszins bezwaarlijk of onvoor- delig is geworden dat ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag worden verwacht. Dat is een hoge drempel.<sup>52</sup> In de literatuur is wel verdedigd dat een per- centuele drempelwaarde dienst kan doen, bijvoorbeeld als de waardeverhouding tussen de prestaties van partijen met meer dan 50% is gewijzigd in het nadeel van een van hen.<sup>53</sup> Dat doet denken aan het idee van de *laesio enormis* (onevenredige benadeling) dat het in het verlengde van het *iustum pretium*-idee mogelijk maakt om een uitruil- evenwicht tussen prestaties te handhaven.<sup>54</sup> Geen van beide ideeën kent overigens een vaste plek in ons privaatrecht.

Als sprake is van een onvoorziene omstandigheid die niet zonneklaar in de risicosfeer van een van beide partijen valt (zie lid 2), komen wijziging of ontbinding van de overeenkomst in zicht. De rechter dient niet te scheutig te zijn met toepassing van art. 6:258 BW, zo leert de rechtspraak van de Hoge Raad consequent.<sup>55</sup> En als de rechter met gebruikmaking van art. 6:258 BW tot wijzi-

ging overgaat, is hij ook gebonden.<sup>56</sup> Hij moet proberen zo te wijzigen dat de rechtsverhouding die het constitutie- vonnis creëert, het meest aansluit bij wat partijen naar redelijkheid en billijkheid nog van elkaar mogen verwachten.<sup>57</sup> Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de wet- gever het in het bijzonder van belang achtte dat zo veel mogelijk wordt aangesloten bij de oorspronkelijke risico- verdeling zoals die in de overeenkomst besloten lag.<sup>58</sup> In dat verband wordt wel gezegd dat moet worden aangeslo- ten bij het hypothetische contract dat partijen zouden hebben gesloten als zij de omstandigheid wel zouden hebben betrokken bij hun contractonderhandelingen en verdisconteerd in hun overeenkomst.<sup>59</sup>

Een aantal overeenkomsten is door de coronacrisis zo uit het lood geslagen dat de hoge drempel van art. 6:258 BW in die gevallen is bereikt. Sinds maart 2020 zijn er tal van uitspraken van lagere rechters geweest waar een beroep op art. 6:258 BW werd toegewezen; omdat het vrijwel allemaal voorlopigevoorzieningsprocedures betreffen en het artikel alleen in een bodemprocedure kan worden toegepast, zijn deze uitspraken vooralsnog ‘voorlopige uitslagen’. Dat gezegd zijnde, kunnen we vaststellen dat rechters het artikel bijvoorbeeld geregeld toepassen op lopende huurcontracten. De casuïstiek bleek divers.<sup>60</sup> Rechters oordeelden in elk geval unaniem dat het uitbre- ken van de pandemie een niet door partijen in hun huur- overeenkomst voorziene omstandigheid was en dat dus de toegangspoort van art. 6:258 BW werd gepasseerd.<sup>61</sup> Pogingen om de huursom tijdelijk verminderd te krijgen slagen vaak, maar soms ook niet.<sup>62</sup> De meeste uitspraken

51. Vgl. ECLI:NL:RBAMS:2020:3766.

52. Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 969. Vgl. Asser/Sieburgh 6-III 2018/441.

53. Zie de discussie en het pleidooi bij P. Abas, ‘Enige gedachten over de gedeeltelijk ontbinding (aanpassing) in de zin van art. 6:258 BW’, *WPNR* 1998, afl. 6307, p. 211-212.

54. Vgl. over deze twee ideeën bijv. E. Swaenepoel, *Toetsing van het contractuele evenwicht* (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2011, p. 100 e.v.; J. Hallebeek, ‘De iustum pretium-leer en het evenredigheidsbeginsel’, *AA* 2013, afl. 1, p. 59 e.v.; I. van Loo, *Vernietiging van overeenkomsten op grond van laesio enormis, dwaling of misbruik van omstandigheden* (diss. Heerlen), 2013, p. 32 e.v., p. 73 e.v. HR 13 november 1936, *NJ* 1937/433 verwerpt de leer van *iustum pretium*.

55. HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587, *NJ* 1998/493 (*Briljant Schreuders/ABP*): ‘redelijkheid en billijkheid verlangen immers in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord en laten afwijking daarvan slechts bij hoge uitzondering toe (vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 969).’

56. Uitgebreid M.E.M.G. Peletier, ‘Rechterlijk ingrijpen in evenredigheid. Over de keuze van correctie-mechanismen bij imprévision’, *RMThemis* 1995, afl. 10, p. 423 e.v.

57. J. Hijma, *Het constitutieve wijzigingsvonnis in het licht van de algemene werking van redelijkheid en billijkheid* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1989, p. 12. Er is dus niet werkelijk sprake van een grote discretionaire ruimte voor de rechter; Hijma 1989, p. 13; M.E.M.G. Peletier, *Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie. Over de toepassing van discretionaire wijzigingsbevoegdheden in het contractenrecht* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: BJu 1999, p. 129 e.v.; M.V.R. Snel, ‘Coronacrisis als onvoorziene omstandigheid in het overeenkomstenrecht’, *WPNR* 2020, afl. 7300, p. 765.

58. Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 970, p. 974.

59. Zo wordt althans in Duitsland geleerd. Zie MüKo BGB § 313 (Finkenauer) Rz. 89. Vgl. ook J.D. Brinkmann, ‘Niemand zahlt mehr Miete?! Die Corona-Krise und ihre Auswirkungen auf die Pflicht zur Mietzahlung’, in: D. Effer-Uhe & A. Mohnert (red.), *Vertragsrecht in der Coronakrise*, Baden-Baden: Nomos 2020, p. 174, die kort gezegd stelt dat de ‘redelijk handelende verhuurder’ bij aanvang van een huur- overeenkomst in een krappe markt destijds desgevraagd zou hebben ingestemd met een clause die aanzienlijke huurprijsvermindering in geval van een lockdown mogelijk had gemaakt.

60. Er waren huurders die de coronacrisis aangrepen om reeds ontstane of sluimerende betalingsmoeilijkheden toe te schrijven aan de crisis, maar zonder succes. Zie voor gevallen waarin huurders bot vingen omdat het verband met de coronacrisis niet evident was, bijv. Rb. Rotterdam 18 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5589; Rb. Den Haag 19 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:5661; Rb. Amsterdam 17 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3508; Rb. Limburg 18 november 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:8988; Rb. Rotterdam 20 november 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:10964; Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:747.

61. De gevallen waarin het artikel met succes werd ingeroepen, betroffen niet alleen gevallen van directe overheidswang maar ook gevallen van indirecte schade (denk aan hotels en winkels die bij de eerste golf niet werden gesloten maar wel aanzienlijke omzetschade leden).

62. Geen wijziging: Rb. Gelderland 29 mei 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2768; Rb. Overijssel 3 juni 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1906; Rb. Rotterdam 18 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5583; Rb. Rotterdam 7 augustus 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:7089 (bodemzaak); Rb. Rotterdam 19 oktober 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:10799; Rb. Midden-Nederland 3 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:4753. Vgl. ook Rb. Limburg 11 november 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:8834 (uitzetting woonruimte in coronacrisis toegestaan in geval van huurachterstand en hennepkweek).

die recht op vermindering geven zijn tijdelijke verminderingen, en uiteraard bij wijze van voorlopige voorziening (in die zin is elke toegewezen vermindering in essentie een opschorting). We zien verminderingen met 1/3,<sup>63</sup> tijdelijke opschorting van 25%,<sup>64</sup> en heel vaak de ‘share the pain’-verdeling in de zin van 50% *huurvermindering*.<sup>65</sup> Op dat verschijnsel gaat de volgende paragraaf nader in.

### 3.4. ‘Share the pain’ en ondernemersrisico

Het idee achter de slogan ‘share the pain’ is dat met toepassing van art. 6:258 BW ‘het nadeel’ gelijkelijk over partijen moet worden verdeeld als het risico aan geen van beide toe te rekenen valt.<sup>66</sup> Lagere rechters refereren er inmiddels ook aan<sup>67</sup> en passen het vervolgens vaak ook toe, vooral bij huurverminderingzaken. Elders inventariseerde ik een aantal problemen rondom de toepassing van de slogan ‘share the pain’ bij art. 6:258 BW.<sup>68</sup> De slogan klinkt zo sympathiek en solidair dat ze het zicht op een beredeneerde afweging kan ontnemen. Dat betekent natuurlijk niet dat ik niet meevoel met huurders in de horeca die hun pensioen zien verdampen en hun onderneming richting faillissement zien gaan. Maar ik betwijfel of het salomonsoordeel van de 50/50-benadering past bij de contextuele benadering die art. 6:258 BW eist.<sup>69</sup> Voor wederzijdse dwaling heeft de Hoge Raad in elk geval de opvatting dat bij wijziging van de overeenkomst het nadeel bij wijze van hoofdregel 50/50 moet worden verdeeld, verworpen.<sup>70</sup> Problematisch is ook de vraag: *wat* wordt nu precies verdeeld bij een ‘share the pain’-verdeling? Rechters die de 50/50-benadering toepassen, stappen nogal eens te eenvoudig heen over die vraag. In

een zaak waarin een hotel-restaurant bij de eerste lockdown het restaurant moest sluiten en het hotel een flinke klap kreeg wat betreft bezettingsgraad, overwoog de voorzieningenrechter bijvoorbeeld dat ‘de pijn’ bestond uit de onmogelijkheid voor de huurder het gehuurde rendabel te exploiteren.<sup>71</sup> Waarom dát de te verdelen pijn is, is mij niet duidelijk. De pandemie heeft voor beide partijen gevolgen. Bijvoorbeeld: de verwachting van de huurder was dat met betaling van de huursom de beschikking over een object zou worden verkregen waarmee een bedrijfsomzet behaald zou kunnen worden die tot een bedrijfsresultaat leiden moet. De pandemie zet een streep door *die* verwachtingen. De verwachting van de verhuurder is dat de huurovereenkomst toegevoegd kan worden aan zijn portfolio en dat de verwachte huurpenningen hem in staat stellen het object te financieren en hem een nettorendement zullen opleveren. De pandemie leidt tot afwaardering van zijn vastgoed en daardoor tot hogere financieringslasten. Dat is een streep door *zijn* verwachtingen. We moeten met andere woorden scherper onder woorden brengen wat het *aan beide zijden* te verdelen nadeel is als we ons bij wijziging van de overeenkomst een hypothetische overeenkomst voorstellen waar beide partijen mee zouden hebben ingestemd. Daar krijgen we mogelijk zicht op als we twee scenario’s uitdenken: het ongewijzigd voortzetten van de overeenkomst enerzijds en het volledig verval van de verbintenissen bij ontbinding anderzijds. Dat geeft een indicatie van de pijn voor beide

63. Zie bijv. Rb. Noord-Nederland 27 mei 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:1979 (1/3 vermindering).

64. Rb. Amsterdam 11 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2914; Rb. Amsterdam 2 december 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:6156.

65. GiEA Curaçao 8 juni 2020, ECLI:NL:OGAC:2020:156; GiEA Curaçao 26 juni 2020, ECLI:NL:OGAC:2020:162; Rb. Noord-Nederland 21 juli 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2540; Rb. Amsterdam 29 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3730; Rb. Amsterdam 28 oktober 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5222; Rb. Amsterdam 27 november 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5827; Rb. Overijssel 11 december 2020, ECLI:NL:ROVE:2020:4215; Rb. Noord-Holland 18 december 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:10695; Rb. Gelderland 24 december 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:6998. Soms wordt de 50/50-verdeling genoemd maar niet toegepast, zie bijv. Rb. Amsterdam 11 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2914; Rb. Amsterdam 17 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3494.

66. Het wordt losjes geopperd door J.H. Nieuwenhuis, ‘Vernietigen, ontbinden of aanpassen’, *WPNR* 1995, afl. 6165, p. 41; onderschreven door o.m. M.E.M.G. Peletier, *Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie. Over de toepassing van discretionaire wijzigingsbevoegdheden in het contractenrecht* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: BJu 1999, p. 120; gepropageerd door o.m. R.P.J.L. Tjittes & J.V. Tetelepta, ‘Lessen uit de eerste rechterlijke uitspraken over de COVID-19-crisis en onvoorziene omstandigheden en overmacht bij commerciële contracten’, *Contracteren* 2020, afl. 3, p. 108; R.P.J.L. Tjittes & J.V. Tetelepta, ‘De COVID-19-crisis en de “share the pain”-benadering bij onvoorziene omstandigheden’, *TOP* 2020, afl. 4, p. 18 e.v. Een op het Duitse recht geïnspireerde variant vinden we bij E.J.M. van Beukering-Rosmuller, ‘Imprévision en zelfregulering’, *NTBR* 2006, afl. 2, p. 43 (‘het door twee delen van het nadeel minus het normale contractrisico’). Genuanceerd zijn H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, ‘Contract en coronacrisis’, *NJB* 2020, afl. 14, p. 966-967 (als ‘uitgangspunt’ en ‘handzaam richtsnoer’ vinden auteurs het niet onlogisch, maar ze voegen eraan toe dat een 50/50-verdeling in veel relaties niet evenredig zal zijn); C.E. Drion, ‘Corona en het recht’, *NJB* 2020, afl. 12, p. 813 (klinkt aantrekkelijk maar zal niet eenvoudig vorm te geven zijn); C.E. Drion, ‘Corona en onvoorziene omstandigheden’, *NJB* 2020, afl. 20, p. 1443 (in bepaalde zaken wenselijk). Vgl. ook F. van Dijk & E. Bauw, ‘Coronacrisis en rechtspleging’, *RdW* 2020, afl. 3, p. 22, die in elk geval het gebruik van vastere ‘richtsnoeren’ bepleiten (‘los van de inhoud’) om kort gezegd zelfredzaamheid te stimuleren en overvraging van de rechterlijke macht te voorkomen.

67. Zo overwoog de Netherlands Commercial Court (kennelijk *obiter*) in een zaak waar een beroep op de coronacrisis werd gedaan om een aandelenkoop op losse schroeven te zetten dat ‘(...) the “share the pain” approach, focusing on the parties’ contractual equilibrium, is the right way to look at the LOI in the specific circumstances in this case at this early stage. (...)’ (NCC 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406 (aandelenkoop)) om overigens vervolgens toch in het licht van de feiten een geheel andere uitkomst te omarmen.

68. W.H. van Boom, ‘Onvoorziene omstandigheden en coronacrisis: #sharetheburden?’, *NTBR* 2020, afl. 4, p. 85 e.v.

69. Ik ben zeker niet de eerste die in dit verband van een ‘salomonsoordeel’ spreekt. Zie bijv. al M.G. Levenbach, *Iets over de spanning van de kontraktsband bij verandering in de omstandigheden* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Paris 1923, p. 293 en meer recent voor het Duitse recht MüKo BGB § 313 (Finkenauer) Rz. 94.

70. HR 18 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7321, *NJ* 2002/106 (*Ruinemans/Heijmeijer*): in cassatie wordt gesteld dat ‘indien sprake is van wederzijdse dwaling en de rechter de overeenkomst niet vernietigt maar wijzigt, het nadeel in beginsel bij helfte over beide partijen moet worden verdeeld’ maar die opvatting vindt ‘in haar algemeenheid geen steun in het recht’ aldus de Hoge Raad in r.o. 3.12.

71. Rb. Amsterdam 11 november 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5697. Vgl. ook Rb. Amsterdam 9 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:937, waar wordt gesproken van ‘de tegenvalser’, waarmee kennelijk wordt bedoeld op de omzetzaling die de huurder (een hotel) ervoer.

partijen en mogelijk dus ook de bandbreedtes van de hypothetische wilsovereenstemming.<sup>72</sup>

De slogan 'share the pain' is overigens net zo kort door de bocht als de gemeenplaats dat 'de coronapandemie niet behoort tot het normale ondernemersrisico'. Risico's worden gedragen door degene bij wie ze zich manifesteren tenzij er een rechtsgrond is om ze naar elders te verschuiven. Het begrip 'normale ondernemersrisico' krijgt vooral kleur binnen de kaders van art. 6:258 BW en kan daarbinnen eigenlijk alleen als *conclusie* fungeren en niet als *beoordelingsmaatstaf*. Bovendien lijkt het mij dat met inachtneming van de concrete feiten moet worden geoordeeld: voor de ene contractuele relatie is 'de' pandemie anders van aard, begintijdstip en gevolg dan voor een andere relatie. Het resultaat van die beoordeling is *wat* tot *wiens* risicosfeer behoort. Om een voorbeeld te geven: een reisverzekeringsovereenkomst die repatriëring dekt en pandemie niet uitsluit, zal gewoon moeten uitkeren als aan de polisvoorwaarden is voldaan. Ik heb nog niemand horen zeggen dat 'de coronapandemie niet behoort tot het normale ondernemersrisico' van verzekeraars. Het aanroepen van het idee van 'het normale ondernemersrisico' is dus vooral een dooddoener; of iets een 'normaal risico' is of niet, creëert in een contractuele verhouding in beginsel geen rechtsgrond voor het verschuiven van geleden schade.<sup>73</sup> Als aan de vereisten van art. 6:258 BW is voldaan, kan dat anders zijn.

#### 4. Van tijdelijk betalingsuitstel naar een schone lei

##### 4.1. Informele maatregelen of noodwetgeving?

In de ons omringende landen werd snel ingegrepen met wettelijke moratoria in de vorm van uitstel van betaling en executie. In Frankrijk kreeg de regering al in maart 2020 de bevoegdheid om nood-*ordonnances* af te kondigen, de gerechtelijke executies werden onderbroken en

bepaalde huurders kregen een huurpauze.<sup>74</sup> In België werd in april 2020 betalingsuitstel voor hypothecair krediet, en een generiek faillissements- en executiemoratorium ingevoerd en in mei volgde een moratorium voor consumentenkrediet.<sup>75</sup> In Duitsland werd ook snel wettelijk ingegrepen: de wetgever schortte in maart 2020 de verplichting om het eigen faillissement aan te vragen op, en gaf consumenten en kleine ondernemers een zeer ruim geformuleerd betalingsuitstel. Ook de opzegbaarheid van huurovereenkomst werd beperkt.<sup>76</sup> Het VK introduceerde een tijdelijke bevrozing van huissuitzettingen en de mogelijkheid om als bedrijf betalingsbescherming en faillissementsbescherming te verkrijgen.<sup>77</sup> Het patroon is in deze landen dat van onverwijd ingevoerde noodwetten die ofwel generieke regels introduceren ofwel een stelsel van bescherming die door de schuldenaar moet worden gevraagd en door de rechter toegewezen moet worden.

In ons land werd vanaf maart 2020 vooral vertrouwd op het zelfregulerend vermogen van de samenleving en informele arrangementen waar het ging om betalingsmoratoria. In de eerste fase werden consumenten en ondernemers zo nodig op informele wijze naar het bijzonder beheer van de geldverstrekker geleid, waar maatregelen als betalingsregeling, aanpassing van de geldlening of het inlassen van een rentepauze werden toegepast.<sup>78</sup> Door de Nederlandse banksector werden mogelijkheden gezocht om afbetalingspauzes te faciliteren.<sup>79</sup> De overheid ondersteunde overbruggingskredieten door de bancaire sector met overheidsborgstelling.<sup>80</sup> Naarmate de economische neergang voortduurde, werd eerder gesproken van 'maatwerk' dan van generieke *coullance* en solidariteit. Zo kondigden de bierbrouwerijen in oktober 2020 aan dat 'maatwerk' bij kwijtschelding zou worden betracht en niet blinde *coullance*.<sup>81</sup> Ook banken werden preciezer in hun steun.<sup>82</sup> In de beginperiode leken polderoplossingen in veel gevallen te werken, maar in het najaar van 2020 sloeg het sen-

72. Van de auteurs die ook uitdrukkelijk kanttekeningen plaatsen bij de 'share the pain'-gedachte noem ik hier M.V.R. Snel, 'Coronacrisis als onvoorziene omstandigheid in het overeenkomstenrecht', *WPNR* 2020, afl. 7300, p. 763 e.v.; T. Hartlief, 'Wonderen verwachten van crisiscontractenrecht?', in: B. Akkermans & A. Berlee (red.), *'Sjef-sache'. Essays in honour of Prof. mr. dr. J.H.M. (Sjef) van Erp on the occasion of his retirement*, Den Haag: Eleven International Publishing 2021, p. 218 e.v.

73. Uitzonderingen vinden we bijv. in art. 7:406 lid 2 BW (vergoeding voor opdrachtnemer van verwezenlijking van 'bijzonder gevaar' verbonden aan de opdracht).

74. Loi n° 2020-290 van 23 maart 2020; Ordonnance n° 2020-306 (executie); Ordonnance n° 2020-316 en 378 (huur). Zie F.T. Schwarz e.a. (red.), *Contractual performance and Covid-19. An In-Depth Comparative Law Analysis*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2020, p. 28 e.v.

75. Koninklijk besluit nr. 11 houdende maatregelen op het vlak van de modaliteiten inzake hypothecair krediet in het kader van de Coronacrisis, *BS* 27 april 2020; Koninklijk besluit nr. 15 betreffende de tijdelijke opschorting ten voordele van ondernemingen van uitvoeringsmaatregelen en andere maatregelen gedurende de COVID-19 crisis, *BS* 24 april 2020; Wet van 27 mei 2020 betreffende het consumentenkrediet, teneinde de kredietnemers van dergelijke kredieten te helpen de door het coronavirus veroorzaakte crisis te doorstaan, *BS* 29 mei 2020. Zie over e.e.a. bijv. H. Claes, 'Borrowed time? Consumentenmaatregelen voor kredietnemers in het kader van de coronacrisis', *Droit de la consommation – Consumentenrecht (DCCR)* 2020/127, p. 166-168; A.W. Jongbloed, 'Eendracht maakt macht? Over Nederlandse wetgeving, aanbevelingen en convenanten en Belgische koninklijke besluiten', *TvPP* 2020, afl. 6, p. 211-213.

76. Zie art. 240 § 1 resp. § 2 EGBGB zoals gewijzigd door de Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht van 27 maart 2020. Daarover bijv. J. Grote & M. Schaaf, 'Schuldrecht – Moratorium gemäß Art. 240 EGBGB', in: T. Langheid (red.), *COVID-19. Versicherungs- und haftungsrechtliche Aspekte*, Karlsruhe: VVW 2020, p. 33 e.v.

77. S. 81-83 Corona Act 2020; Corporate Insolvency and Governance Act 2020 (dat een soort bijzonder betalingsuitstel en herstructurering voor bedreigde bedrijven mogelijk maakt).

78. Zie bijv. NVB Coronamonitor op [nvb.nl](http://nvb.nl). Ook kwam er voor huiseigenaren een overheidsregeling in de vorm van een Woonlastenfaciliteitsregeling (WLF).

79. 'Banken werken aan pauze voor aflossingen', *FD* 19 maart 2020; 'Sommige bedrijven zullen niet overleven', *NRC* 2 april 2020.

80. Borgstelling MKB (BMKB). Zie bijv. 'Kabinet trekt € 12 mrd uit als extra garantie voor ondernemers', *FD* 7 april 2020; 'Kabinet verliest zo'n €1 mrd op extra garantie ondernemers', *FD* 8 april 2020.

81. 'Bierbrouwers gaan bij tweede horecasluiting voor maatwerk', [nu.nl](http://nu.nl) 16 oktober 2020.

82. 'Zijn banken in de tweede golf nog de reddingsboei van ondernemers?', *FD* 20 november 2020; 'Banken gaan leenvoorwaarden weer aanscherpen', *FD* 20 januari 2021.



timent om.<sup>83</sup> Zo werd een initiatiefwetsvoorstel geïntroduceerd om in Boek 7 BW de huurprijshoogtes in de vrije sector wettelijk te maximeren.<sup>84</sup> Ook werd een tijdelijke wettelijke voorziening betalingsuitstel ingevoerd om onnodige faillissementen van bedrijven in acute liquiditeitsproblemen te voorkomen.<sup>85</sup> In vergelijking met andere landen werd in ons land betrekkelijk laat noodwetgeving ingevoerd.<sup>86</sup> Of daarmee veel schade is aangericht aan het privaatrechtelijk rechtsverkeer, valt moeilijk te zeggen. De overheidssteun heeft een beslag-, executie- en faillissementsgolf tot op heden kennelijk weten tegen te houden en in die zin is een wettelijk moratorium nog niet nodig geweest. Op de lange termijn zal moeten blijken of de schuldenlast die het afgelopen jaar is ontstaan, dragelijk blijft of dat schuldsanering moet volgen, bijvoorbeeld door kwijtschelding van opgebouwde belasting-schuld.<sup>87</sup>

#### 4.2. Tijdelijke voorziening betalingsuitstel COVID-19 en de WHOA

De tijdelijke wettelijke voorziening betalingsuitstel werd van kracht op 17 december 2020 en geldt in ieder geval tot 1 april 2021;<sup>88</sup> ze ziet op schuldenaren die een onderneming drijven, niet op particulieren.<sup>89</sup> De wetgever gaat bij deze tijdelijke wettelijke voorziening van betalingsuitstel ervan uit dat bedrijven die vóór maart 2020 goed functioneerden, niet in liquiditeitsproblemen zouden zijn gekomen en niet in hun bestaan zouden worden bedreigd als de pandemie niet zou zijn uitgebroken. Om te voorkomen dat die bedrijven nu omvallen en een onwenselijk domino-effect teweegbrengen, maakt de wet het mogelijk dat een schuldenaar om aanhouding van een faillissementsaanvraag verzoekt. Kort gezegd moet er bewijs zijn dat de onderneming pre-corona voldoende liquide middelen had om de opeisbare schulden te voldoen, er moet sprake zijn van een omzetverlies van ten minste 20%, het vooruitzicht is dat de schuldenaar na afloop van de gestelde termijn weer kan betalen en de betrokken schuldeisers

worden niet wezenlijk en onredelijk in hun belangen geschaad.<sup>90</sup> Als de rechtbank het verzoek toewijst, wordt de behandeling van de faillissementsaanvraag aangehouden en kan de schuldenaar niet worden gedwongen om opeisbare schulden te voldoen.<sup>91</sup> De wederpartij mag intussen de overeenkomst niet wijzigen, opschorten, ontbinden of opzeggen.<sup>92</sup>

De regeling kent wel een aantal beperkingen: het uitstel betreft alleen de uitwinning voor schulden aan degenen die het faillissement hebben aangevraagd en betreft alleen 'oude' schulden; gaat de schuldenaar nieuwe schulden aan of verschijnen nieuwe termijnen (bijv. bij huur) dan moeten die wél worden voldaan.<sup>93</sup> Een huurdersmoratorium of algeheel moratorium levert deze regeling dus niet op. Ook regelt de wet niet dat eventueel verschuldigde rente over de verschuldigde geldsom niet langer doorloopt.

Ook als geen sprake is van een faillissementsaanvraag, kan de schuldenaar bescherming aan de wet ontnemen tegen zijn schuldeisers. De wet maakt het namelijk ook mogelijk dat een schuldenaar zich verzet tegen een specifieke beslaglegging, executie of opvordering van goederen (bijv. door een pandhouder); als de voortzetting van zijn onderneming in het geding is, kan de schuldenaar bij voorlopige voorziening vorderen dat het beslag wordt opgeheven dan wel een aangevangen executie of opvordering van een goed wordt geschorst.<sup>94</sup> De voorzieningenrechter kan de tijdelijke maatregel afkondigen voor ten hoogste twee maanden en ten hoogste tweemaal verlengen. De uitspraak van de voorzieningenrechter heeft echter geen werking 'erga omnes'. Zouden tussentijds executiemaatregelen worden getroffen door derden die niet in de voorlopigevoorzieningsprocedure waren betrokken, dan kunnen die de aanhouding doorkruisen. Vandaar dat de schuldenaar een mededelingsplicht heeft en de schuldeiser tot wie de schorsing of opheffing zich richtte, de voorzieningenrechter kan verzoeken om zijn

83. De roep om invoering van moratoria was er al eerder. Zie bijv. R.J. van Galen, 'Pleidooi voor uitstel van betaling', *Ondernemingsrecht* 2020, afl. 7, p. 357 e.v..

84. Voorstel van wet van het lid Nijboer tot wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en de Uitvoeringswet huurprijzen woonruimte (Wet maximering huurprijshoogtes geliberaliseerde huurovereenkomsten) (*Kamerstukken I* 2020/21, 35488, A).

85. Zie hoofdstuk 2 ('Tijdelijke voorziening betalingsuitstel Covid-19') van de Tijdelijke wet Covid-19 SZW en JenV, *Stb.* 2020, 522.

86. De Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid (*Stb.* 2020, 124) dateert weliswaar van april 2020 maar deze zag niet op moratoria. De wet maakte digitalisering van een aantal processen mogelijk in het burgerlijke rechtsverkeer, zoals het langs elektronische weg verlijden van notariële akten. Over deze aspecten bijv. P. van der Putt & P. Polter, 'Einde van het papieren plafond', *NJB* 2020, afl. 34, p. 2535-2542. Overigens voerde de overheid wel bijzondere regels in. Zo voerde de belastingdienst een fiscale faciliteit in voor betaalpauses eigen woningen. Zie Besluit 16 juni 2020, nr. 2020-109040 (*Stcrt.* 2020, 33204); Besluit van 22 september 2020, nr. 2020-20122 (*Stcrt.* 2020, 50146).

87. 'Miljarden aan uitgestelde belastingen tikkende tijdbom voor bedrijven in nood', *FD* 17 februari 2021.

88. Zie i.w.tr. KB, *Stb.* 2020, 523. De wet vervalt op 1 februari 2021, maar kan bij KB worden verlengd met twee maanden na 'voorhang' bij het parlement (art. 3.1 lid 3 Tijdelijke wet COVID-19 SZW en JenV). Bij art. 5 KB 29 januari 2021, *Stb.* 2021, 35 is de vervaldatum opgeschoven naar 1 april 2021. De tijdelijke wettelijke voorziening betalingsuitstel moet worden gelezen in samenhang met het Besluit noodmaatregelen coronacrisis (Besluit 21 december 2020, *Stcrt.* 2020, 68989) dat onder andere noodmaatregelen rondom fiscale invordering bevat.

89. Art. 2.1 lid 1 Tijdelijke wet Covid-19 SZW en JenV.

90. De gronden en het afwegingskader zijn te vinden in art. 2.2 lid 2 en lid 3 Tijdelijke wet Covid-19 SZW en JenV.

91. Art. 2.2 lid 4 Tijdelijke wet Covid-19 SZW en JenV. Bij het toewijzen van de aanhouding kan de rechtbank ook bepalen dat individuele (parate) executie ten laste van de schuldenaar alleen met voorafgaande machtiging van de rechtbank is toegestaan en dat eventuele beslaglegging tijdelijk wordt opgeheven (lid 5). De tijdelijkheid van de opheffing volgt uit lid 6: als het goed nog in het vermogen van de schuldenaar aanwezig is op het moment dat de aanhouding eindigt, herleeft het beslag.

92. Art. 2.2 lid 4 Tijdelijke wet Covid-19 SZW en JenV. Zie *Kamerstukken II* 2019/20, 35557, nr. 3, p. 16.

93. *Kamerstukken II* 2019/20, 35557, nr. 3, p. 6. Vgl. D. Beunk & W.P.I. Overgoor, 'Het wetsvoorstel Tijdelijke voorziening betalingsuitstel COVID-19: een overzicht', *TvCU* 2020, afl. 5/6, p. 151.

94. Art. 2.3 Tijdelijke wet Covid-19 SZW en JenV.

rechten te doen herleven om zijn verhaal en rangorde veilig te stellen.<sup>95</sup>

De wet ziet er op papier mooi uit maar het is de vraag of er echt veel gebruik van zal worden gemaakt.<sup>96</sup> De ingangsvoorwaarde is namelijk dat te verwachten valt dat de schuldenaar aan het eind van het gegeven uitstel in staat zal zijn om de schulden alsnog te betalen,<sup>97</sup> en naarmate de crisis langer duurt is een goede voorspelling daarvan moeilijker te maken. En zoals de zaken er nu uitzien, worden er überhaupt nog niet meer faillissementen aangevraagd en uitgesproken dan voor de uitbraak van de coronacrisis het geval was. Als de mist optrekt, zal best wel eens kunnen blijken dat meer gebruik wordt gemaakt van de nieuwe *Wet homologatie onderhands akkoord* (WHOA) dan van deze wet.

Met ingang van 1 januari 2021 geldt de WHOA; de coronacrisis bleek de katalysator voor invoering.<sup>98</sup> De wet voorziet in een behoefte; de eerste toepassing ervan is inmiddels een feit.<sup>99</sup> De WHOA maakt het namelijk mogelijk om zo nodig tegen de zin van bepaalde schuldeisers een akkoord af te dwingen zodat de onhoudbare schuldenlast van de onderneming wordt verminderd en deze de kans krijgt om te bewijzen dat ze levensvatbaar is.<sup>100</sup> Als de schuldenaar verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan, kan een onderhands akkoord worden aangeboden aan zijn schuldeisers (en zijn eventuele aandeelhouders). Dat akkoord kan de schuldenaar zelf aanbieden, maar het kan ook worden uitgelokt door zijn schuldeisers door tussenkomst van een aangewezen herstructureringsdeskundige.<sup>101</sup> De *homologatie* van dat akkoord wil zeggen: de rechterlijke goedkeuring en algemeenverbindendverklaring van dat akkoord. Het akkoord dat de schuldenaar aanbiedt of dat door de deskundige wordt voorgesteld, is erop gericht de onderneming van een onhoudbare schuldenlast te bevrijden en de levensvatbaarheid te optimaliseren. Het akkoord deelt daartoe de schuldeisers en aandeelhouders (als daar sprake van is) in in verschillende

klassen. Schuldeisers met verschillende rang worden in elk geval in verschillende klassen onderverdeeld.<sup>102</sup> Die onderverdeling is van belang in verband met de reikwijdte (het akkoord kan zich beperken tot bepaalde klassen van schuldeisers) en in verband met de stemverhoudingen. De stemming vindt per klasse plaats,<sup>103</sup> en als 2/3 van het totale bedrag aan vorderingen van de schuldeisers die hebben gestemd (resp. 2/3 van het geplaatst kapitaal) heeft ingestemd, heeft de klasse als geheel ingestemd.<sup>104</sup> Als ten minste één klasse het akkoord heeft aanvaard, kan het ter homologatie aan de rechtbank worden aangeboden.<sup>105</sup> De rechtbank toetst vervolgens onder meer of er aanleiding was om een akkoord aan te bieden, of aan de formaliteiten is voldaan en of nakoming van het akkoord voldoende is gewaarborgd.<sup>106</sup> Ook hanteert de rechtbank de 'no creditor worse off'-regel en die houdt in dat de homologatie zal worden geweigerd als een schuldeiser er terecht over klaagt dat hij op basis van het akkoord slechter af zal zijn dan naar verwachting bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement zou zijn geweest.<sup>107</sup>

Overigens biedt ook de WHOA geen panklare oplossing voor het probleem van reductie van schuldenlast uit voortdurende overeenkomsten zoals huurovereenkomsten. Het akkoord kan uiteraard bestaande vorderingen op de schuldenaar bestrijken, maar *toekomstige* vorderingen uit lopende overeenkomsten worden vooral bestreken door de procedure van art. 373 Fw. Die procedure voorziet in de mogelijkheid voor de schuldenaar om zijn contractspartij een voorstel tot wijziging van de overeenkomst te doen. Met het akkoord kunnen contracten die als een molensteen op de nek van de ondernemer hangen, worden losgesneden.<sup>108</sup> De schuldenlast uit duurovereenkomsten kan aldus voor het verleden worden gesaneerd, maar voor de toekomst levert die sanering niet echt een oplossing. Wijziging van een overeenkomst voor de toekomst vergt namelijk de instemming van de schuldeiser; als die niet wil meewerken, rest de schuldenaar alleen maar opzegging ex art. 373 Fw en dat betekent

95. Art. 2.3 lid 2 jo. art. 2.2 lid 9 Tijdelijke wet Covid-19 SZW en JenV.

96. Kritisch over de toegevoegde waarde van de wet J.C.A.T. Frima, 'Betalingssuitstelwet: mosterd na de maaltijd, of mosterd zonder maaltijd?', *FIP* 2020, afl. 8, p. 26 e.v.

97. Art. 2.2 lid 3 Tijdelijke wet Covid-19 SZW en JenV.

98. Wet van 7 oktober 2020 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord), *Stb.* 2020, 414, in werking getreden per 1 januari 2021 (i.w.tr. KB, *Stb.* 2020, 415).

99. Rb. Noord-Holland 19 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1398 (homologatie akkoord Jurlights).

100. Vgl. V.R. Vroom & G. Kreuze, 'Herfinanciering en herstructurering in tijden van Corona', *Ondernemingsrecht* 2020, af. 7, p. 392 e.v.

101. Art. 370 lid 1 Fw (aanbieding door schuldenaar) resp. art. 371 lid 1 Fw (aanbieding door aangewezen deskundige).

102. Art. 374 lid 1 Fw.

103. Art. 381 lid 6 Fw.

104. Art. 381 lid 7 resp. lid 8 Fw. Niet-stemmers worden dus niet meegerekend; zie *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 14.

105. Art. 383 lid 1 Fw.

106. Art. 384 lid 1-2 Fw.

107. Art. 384 lid 3 Fw; zie daarover A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 667 e.v. Men spreekt wel van de 'best interests test' of 'no creditor worse off test'; ikzelf zou 'de theeblaadjes-lezen-test' ook wel een passende term vinden, omdat het vergelijking met een hypothetische werkelijkheid vergt. De 'klachtplicht' is te vinden in art. 383 lid 9 Fw.

108. Art. 373 jo. art. 383 lid 7 Fw. Zie nader A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 528 e.v. De contractuele wederpartij die de bui ziet hangen en verwacht dat een akkoord zal worden aangeboden, kan zich niet beroepen op haar contractuele rechten tot wijziging, opschorting of ontbinding (art. 373 lid 3 Fw). Deze partij mag zich wel mengen in de homologatieprocedure (art. 384 lid 5 Fw).

een einde van het contract.<sup>109</sup> Wordt van de opzeggingsmogelijkheid gebruikgemaakt, dan heeft de wederpartij bovendien recht op een schadevergoeding.<sup>110</sup> Instandhouding van de overeenkomst en wijziging daarvan voor de toekomst in het voordeel van de schuldenaar kan dus hooguit met een beroep op art. 6:258 BW worden bereikt.

## 5. Wat staat ons te wachten?

Sturen met de blik op de achteruitkijkspiegel, met 50% van de kennis 100% van de beslissing moeten nemen. Het zijn metaforen die bestuurders het afgelopen jaar gebruikten om aan te geven dat ze niet nauwkeurig konden voorspellen of hun voorgenomen beleid het juiste was. Eenzelfde beeldspraak is misschien passend voor een analyse van de juridische implicaties van de coronacrisis. Wat coronaprivaatrecht is of zal zijn, is op dit moment namelijk moeilijk te bepalen. Ik volsta daarom met enkele voorzichtige observaties.

Wat betreft het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden is het niet ondenkbaar dat het leerstuk van art. 6:258 BW een impuls zal krijgen door de vaak schrijnende casus die met name horecaondernemers aan de rechter voorleggen, maar in welke richting het leerstuk zich in dat geval bewegen zal, is ongewis.<sup>111</sup> Dat ruimhartiger toepassen van de wijzigingsmogelijkheden die art. 6:258 BW biedt tot consistente ontwikkeling van het leerstuk zal kunnen leiden, is voor mij allerminst zeker. Wat betreft wettelijke betalingsmoratoria is het niet onmogelijk dat deze eventjes lucht geven, maar het zijn begrijpelijkerwijs geen bestendige instrumenten. Dat betaling van geldschulden en executiemaatregelen kunnen worden opgeschort, betekent niet dat de betreffende schulden verdwenen zijn. Kwijtschelding, afschrijving, herstructurering, onderhands akkoord en faillissement zijn mogelijk op langere termijn de meer voor de hand liggende routes. Voor wijziging van duurovereenkomsten voor de toekomst lijkt het er echter op dat een beroep op art. 6:258 BW nodig zal blijven. Dat zou wel eens kunnen betekenen dat deze wetsbepaling de komende tijd nog flink in de belangstelling zal blijven staan. Het is dus zaak dat we scherpere criteria ontwikkelen en beter onderscheid gaan maken in gevaltypen in plaats van een enkel beroep te doen op de slogan 'share the pain'.<sup>112</sup>

---

109. Art. 373 lid 1 Fw bepaalt dat de rechtbank bij homologatie toestemming moet geven voor opzegging, maar weigering zal zich niet snel voordoen gezien de koppeling met de grond voor homologatie (art. 384 lid 5 jo. lid 2 aanhef en onder a Fw).

110. De omvang daarvan kan overigens op voorhand worden betrokken in het akkoord en dus worden gekortwiekt. Zie art. 373 lid 2 Fw. Daarover A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 530-532.

111. C.E. Drion, 'Corona en onvoorziene omstandigheden', *NJB* 2020, afl. 20, p. 1443, voorspelt een 'dialectische rechtsontwikkeling' wat betreft art. 6:258 BW.

112. F. van Dijk & E. Bauw, 'Coronacrisis en rechtspleging', *RdW* 2020, afl. 3, p. 22 bepleiten het ontwikkelen van 'richtsnoeren'. Ik hoop er elders nader op in te kunnen gaan.