

Reçoit les demandes incidentes et nouvelles formées par les parties et y fait droit comme suit:

Dit la demande incidente en paiement des arriérés de loyer formée par l'appelante au n° 62 de ses conclusions d'appel après renvoi devant le tribunal de commerce fondée et condamnée en conséquence l'intimée à payer à l'appelante la somme de 4.647,02 EUR;

Dit la demande nouvelle de l'intimée fondée et condamnée la SA I.F.J. à payer à l'intimée une somme équivalente à 25% du montant du loyer depuis le 26 octobre 2005 jusqu'au 6 mars 2009;

Dit la demande nouvelle de la SA I.F.J. fondée et condamnée l'intimée à lui payer la somme de 27.117,11 EUR;

Dit pour droit que les éventuels intérêts de retard au taux de 10% l'an et la clause pénale de 10% ne seront dus que sur le solde dû par l'intimée à la SA I.F.J. après déduction du montant mensuel de 25% du loyer qui lui est dû par I.F.J. en réparation du dommage découlant du vice du bien loué;

Ordonne la compensation judiciaire entre les condamnations;

Eu égard aux qualités respectives des parties et à la teneur du présent jugement, dit que chaque partie supportera ses propres dépens;

Déboute les parties des surplus de leurs appels et demandes.

(...)

## Noot

### ***Leegstand in een winkelcentrum: maakt dit een tekortkoming uit van de verhuurder aan zijn vrijwaringsplicht?***

*Yves Delacroix en Sylvie Dugardyn<sup>1</sup>*

## I. FEITEN

1. De feiten die aan de grondslag liggen van deze zaak kunnen als volgt worden samengevat. Door de huurder van een winkelruimte in een commercieel centrum werd aangeklaagd dat hij niet het verwachte genot van zijn gehuurde goed verkreeg, omwille van het feit dat de winkelgalerij een hoge graad van onderbezetting kende. Deze onderbezetting, en de daarmee gepaard gaande achteruitgang van de winkelgalerij die leidde tot tegenvallende bezoekersaantallen, oefende een negatieve invloed uit op de commerciële activiteit van de huurder.

De huurder vorderde een schadevergoeding omwille van het feit dat de verhuurder, in zijn hoedanigheid als eigenaar van de galerij, was tekort gekomen aan zijn verplichting tot het verschaffen van het rustig en vreedzaam genot van het gehuurde goed. Meer bepaald vorderde hij de tekortkoming van de verhuurder aan zijn verplichting tot vrijwaring voor verborgen gebreken, daar hij meende dat de onderbezetting een gebrek uitmaakte aan de gehuurde winkelruimte.

Verder werd onder meer ook een vordering ingesteld tot herziening van de huurprijs omwille van nieuwe omstandigheden (art. 6 handelshuurwet), welke werd afgewezen wegens

een gebrek aan duurzaamheid van de nieuwe omstandigheden. We gaan hier niet verder op in.

2. De vrederechter van Ukkel had geoordeeld dat wanneer een winkelcentrum een gedeeltelijke leegstand kent, zij een groot deel van haar aantrekkingskracht verliest en dat vanaf een zekere graad van onderbezetting, er sprake is van een gebrek aan de gehuurde winkelruimte in het winkelcentrum<sup>2</sup>.

De vrederechter stelde vervolgens dat, aangezien het winkelcentrum in casu een graad van bezetting kende van minder dan 75%, de gehuurde winkelruimte hierin behept was met een gebrek<sup>3</sup>. De verhuurder was bijgevolg tekort gekomen aan zijn verplichting het rustig gebruik en genot van het goed te verschaffen en in het bijzonder aan zijn verplichting tot vrijwaring voor verborgen gebreken.

3. Merkwaardig genoeg heeft de verhuurder, in graad van beroep, het standpunt van de vrederechter, zijnde dat de gehuurde ruimte gebrekkig was, blijkbaar niet principieel betwist. Wel werd aangekaart dat het gebrek reeds zichtbaar was op het moment van de ondertekening van het huurcontract, en werd de wijze van berekening van de bezettingsgraad betwist.

<sup>1</sup> Advocaten bij Liedekerke Wolters Waelbroek Kirkpatrick.

<sup>2</sup> Letterlijk: "Une galerie partiellement vide d'occupants commerciaux perd une bonne part de son attractivité, et l'on peut considérer qu'à partir d'un certain taux d'occupation de la galerie, la chose louée (à savoir un emplacement dans une galerie commerciale) est affectée d'un vice." (Vred. Ukkel 23 juni 2006, onuitgeg.).

<sup>3</sup> Letterlijk: "Nous estimons que, lorsque le taux d'occupation de la galerie, tel que défini ci-avant, est inférieur à 75%, les emplacements commerciaux situés à l'intérieur de celle-ci et donnés en location sont affectés d'un vice." (Vred. Ukkel 23 juni 2006, onuitgeg.).

De rechtbank van koophandel van Brussel is niet dieper ingegaan op bovenstaande argumenten van de verhuurder, maar heeft het standpunt van de vrederechter bevestigd, nl. dat omwille van de leegstand in de winkelgalerij, de daarin gehuurde ruimte gebrekkig was, en veroordeelde de verhuurder tot schadeloosstelling.

4. Het geannoteerde vonnis is opmerkelijk aangezien door de vrederechter en de rechtbank van koophandel een zeer ruime draagwijdte werd gegeven aan het begrip 'gebrek'. De vraag rijst echter of alle noodzakelijke elementen hier inderdaad voorhanden waren om te kunnen spreken van een gebrek in de zin van artikel 1721 BW.

## II. DE VRIJWARINGSPLICHT VOOR VERBORGEN GEBREKEN

5. Op grond van *artikel 1719 BW* rust op de verhuurder de verplichting het rustig gebruik en genot te verschaffen aan de huurder zolang de huur duurt. Deze verplichting komt tot uiting in (i) het verbod voor de verhuurder om zelf het rustig gebruik en genot van de huurder te verstoren (hij dient te vrijwaren voor eigen daad), (ii) in de plicht te vrijwaren voor aanspraken van derden op het goed, en (iii) in de plicht de huurder een goed te verschaffen zonder gebreken. Deze laatste verplichting voor de verhuurder tot vrijwaring voor verborgen gebreken, vindt men terug in *artikel 1721 BW*, en maakt deel uit van de algemene verbintenis van de verhuurder tot vrijwaring van het rustig genot<sup>4</sup>.

De verplichtingen voor de verhuurder die voortvloeien uit artikelen 1719 en 1721 BW bestaan zonder dat daartoe enig bijzonder beding vereist is. Ze zijn van contractuele aard en maken een *resultaatsverbintenis* uit<sup>5</sup>.

6. Het is partijen echter wel toegestaan hiervan van af te wijken in hun contract<sup>6</sup>. In de praktijk komen partijen vaak overeen om af te wijken van de gemeenrechtelijke verplichting tot het vrijwaren voor verborgen gebreken. Dit is geoorloofd, daar de vrijwaringsverplichtingen van suppletieve aard zijn<sup>7</sup>.

De contractuele afwijkingen moeten evenwel zeker zijn, en worden steeds op restrictieve wijze geïnterpreteerd<sup>8</sup>. Zo zal de clausule waarin gesteld wordt dat "de huurder de zaak in goede staat heeft bevonden" enkel de zichtbare gebreken dekken. Bovendien pleegt de verhuurder bedrog indien hij een algemene niet-vrijwaring bedingt en het gebrek kende<sup>9</sup>. Verder is het ook niet mogelijk om via een exoneratiebeding de essentie van het contract uit te hollen, door bijvoorbeeld

de vrijwaring voor eigen daad volledig uit te sluiten<sup>10</sup>. Partijen hebben uiteraard ook de mogelijkheid de verplichtingen van de verhuurder te verzwaren.

Uit onderliggend vonnis blijkt niet of het huurcontract zulke afwijkende bedingen bevatte.

7. Het feit dat de verplichtingen van contractuele aard zijn en een resultaatsverbintenis uitmaken heeft tot gevolg dat, indien er sprake is van een gebrek in de zin van artikel 1721 BW, de verhuurder tekort is gekomen aan zijn vrijwaringsplicht en zijn aansprakelijkheid in het gedrang komt ongeacht welke oorzaak aan de basis ligt van een gebrek aan het gehuurde goed<sup>11</sup>. Immers hij heeft beloofd het goed ter beschikking te stellen zonder verborgen gebreken; doet hij dit wel, dan begaat hij een contractuele fout<sup>12</sup>.

Het is hierbij van belang dat het gaat om een gebrek in de zin van *artikel 1721 BW*, met name een gebrek dat uit de zaak zelf voortkomt. Dit is noodzakelijk om de aansprakelijkheid op basis van artikel 1721 BW te onderscheiden van andere aansprakelijkheidsgrond zoals de vrijwaring voor eigen daad, of de vrijwaring voor daden van derden, of nog, van de risicoleer op basis van artikel 1722 BW<sup>13</sup>.

Het weze benadrukt dat de verhuurder enkel aansprakelijk is voor stoornissen die te wijten zijn aan zichzelf (aansprakelijkheid voor eigen daad), aan 'het gebouw' zelf (aansprakelijkheid voor gebreken eigen aan de gehuurde zaak) of aan aanspraken van derden. Bovendien stellen gebreken die het gevolg zijn van toeval of overmacht de verhuurder vrij van zijn aansprakelijkheid op basis van artikel 1721

4. S. BEYAERT, "Commentaar bij artikel 1721 BW" in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, afl. 52, p. 108; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, IV, *Les principaux contrats*, Brussel, Bruylant, 1972, pp. 637-638; M. LA HAYE en J. VANKERCKHOVE, m.m.v. P. COECKELBERGHS, *Le louage des choses*, I, *Les baux en général* in *Novelles*, Brussel, Larcier, 2000, p. 471; Y. MERCHERS, *Le bail en général* in *Rép.not.*, Brussel, Larcier, 1997, p. 188.

5. Luik 15 maart 1999, *TBBR* 2000, noot B. HUBEAU; Vred. Jumet 16 september 1997, *JT* 1998, p. 292; S. Beyaert, o.c., p. 114; H. DE PAGE, o.c., p. 643.

6. S. BEYAERT, o.c., p. 116; X, *Overeenkomstenrecht 1999-2000*, XXVI<sup>ste</sup> postuniversitaire cyclus Willy Delva 1999-2000, Antwerpen, Kluwer, 2000, p. 279; M. LA HAYE en J. VANKERCKHOVE, m.m.v. P. COECKELBERGHS, o.c., p. 481; B. LOUVEAUX, *Le droit du bail. Régime général*, p. 195, nr. 320; Y. MERCHERS, *Le bail en général* in *Rép.not.*, Brussel, Larcier, 1997, p. 191.

7. Dit is niet het geval bij pacht (art. 56 pachtwet).

8. M. LA HAYE en J. VANKERCKHOVE, m.m.v. P. COECKELBERGHS, o.c., pp. 481-482; J. NYCKEES, "Commentaar bij artikel 1719-1720 BW" in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, afl. 52, p. 41.

9. Y. MERCHERS, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Kluwer, 2000, p. 129.

10. X, *Overeenkomstenrecht 1999-2000*, XXVI<sup>ste</sup> postuniversitaire cyclus Willy Delva 1999-2000, Antwerpen, Kluwer, 2000, p. 279.

11. Y. MERCHERS, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Kluwer, 2000, p. 128.

12. H. DE PAGE, o.c., p. 640.

13. S. BEYAERT, o.c., p. 109; H. DE PAGE, o.c., p. 639.

BW<sup>14</sup>. In dat geval speelt eventueel wel de risicoleer op basis van artikel 1722 BW (waarover verder meer).

### a. ‘Gebrek’ in de zin van artikel 1721 BW

8. In de wet zelf wordt geen definitie gegeven. Vaste rechtspraak en rechtsleer omschrijven een gebrek als “*elk nadeel, elke tekortkoming die uit de zaak zelf voortkomt, waardoor deze ongeschikt wordt tot het normale of het door het contract beoogde gebruik ervan, of het gebruik zodanig belemmert dat de huurder niet of althans tegen een mindere prijs zou hebben gehuurd, had hij het gebrek gekend*”<sup>15</sup>.

9. Om aldus te kunnen spreken van een gebrek in de zin van artikel 1721 BW is het noodzakelijk dat het gebrek voortvloeit uit de zaak zelf, dat het met andere woorden *eigen is aan het gehuurde goed*. Vanaf het ogenblik dat een gebrek eigen is aan het gehuurde goed, dient de verhuurder hiervoor vrijwaring te bieden, hij begaat dan immers een contractuele fout (de terbeschikkingstelling van een gebrek-kig goed)<sup>16</sup>. De oorzaak van het gebrek is hierbij niet relevant: de verhuurder kan worden aangesproken indien hij zelf het gebrek heeft veroorzaakt (bv. door een tekortkoming in het onderhoud) of indien het gebrek te wijten is aan een derde (bv. architect, aannemer, ...) <sup>17</sup>.

10. De verhuurder dient echter niet in te staan voor gebreken die niet uit de verhuurde zaak zelf voortkomen<sup>18</sup>. Men kan de verhuurder immers niet verwijten zijn contractuele verplichting tot het verschaffen van het rustig en vreedzaam genot te schenden, indien het verhuurde goed zelf niet gebrekkig is en de stoornis in het huurgenot het gevolg is van omstandigheden die niet aan de verhuurder kunnen worden aangerekend<sup>19</sup>. Zo is er bijvoorbeeld geen sprake van een gebrek aan het gehuurde goed wanneer hinder wordt veroorzaakt door werken uitgevoerd aan een naburig goed<sup>20</sup>. Het gehuurde goed is in dat geval *zelf* niet gebrekkig; het wordt slechts ‘gebrekkig’ door een externe omstandigheid<sup>21</sup>.

Bovendien loopt de verhuurder geen contractuele aansprakelijkheid op indien het gebrek is ontstaan door *toeval of overmacht*. In dat geval wordt de toepassing van artikel 1721 BW

uitgesloten en zal de risicoleer dienen te worden toegepast (*cf. infra*)<sup>22</sup>.

11. Een andere voorwaarde om te kunnen spreken van een gebrek in de zin van artikel 1721 BW, is dat de huurder het gebrek niet kende op het moment dat hij het contract afsloot. Een verhuurder dient niet in te staan voor gebreken die zichtbaar waren op het moment van de contractsluiting<sup>23</sup>.

### b. Een lage bezettingsgraad als verborgen gebrek?

12. Zoals reeds gezegd, werd in voorliggende zaak de *lage bezettingsgraad* van de winkelgalerij beschouwd als een gebrek aan de daarin gehuurde winkelruimte. Er werd geoordeeld dat *vanaf een zekere graad van onderbezetting*, er sprake is van een gebrek aan een gehuurde winkelruimte in een winkelcentrum (in casu minder dan 75%). Dit standpunt werd echter door de rechtbank van koophandel op geen enkele manier juridisch gestaafd.

13. Wanneer we vooreerst de *vereiste* nagaan “*dat het gebrek eigen moet zijn aan het goed*”, valt toch te betwijfelen of aan deze vereiste voldaan is. De gehuurde ruimte *op zichzelf* is niet gebrekkig: er is slechts sprake van een stoornis in het huurgenot door een externe omstandigheid. Het feit dat er leegstand is in het winkelcentrum waarin de winkelruimte zich bevindt maakt een nadeel uit voor de huurder, maar heeft niet tot gevolg dat de ruimte op zich gebrekkig wordt: de leegstand is een externe omstandigheid, net zoals bijvoorbeeld het geval waarbij er werken worden uitgevoerd aan een naburig goed.

De situatie waarbij werken worden uitgevoerd aan een naburig goed en hierdoor hinder wordt veroorzaakt aan het gehuurde goed, is een typevoorbeeld van een situatie waarbij er geen sprake is van een gebrek dat eigen is aan het gehuurde goed zelf: er is geen sprake van een gebrek in de zin van artikel 1721 BW<sup>24</sup>. Ondanks de ernstige stoornis in het huurgenot kan de contractuele garantieverplichting van de verhuurder om een goed zonder gebrek te verschaffen dan

<sup>14</sup> S. BEYAERT, *o.c.*, p. 112; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 640; Y. MERCHERS, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Kluwer, 2000, p. 128.

<sup>15</sup> H. DE PAGE, *o.c.*, p. 638; Y. MERCHERS, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Kluwer, 2000, p. 128; bv. Vred. J. 16 september 1997, *JT* 1998, p. 292.

<sup>16</sup> Als gebreken eigen aan het goed worden onder andere beschouwd: constructiegebreken, onvoldoende geluidsisolatie van een appartement, insijpelen van regenwater, overstrooming kelder als gevolg van gebrekkig onderhoud afwateringssysteem, wateroverlast door gebrekkige waterleiding, voortdurend defecte lift, geurhinder door slechte installatie afwateringssysteem, huiszwam, schoorsteen die niet trekt, ... (zie S. BEYAERT, *o.c.*, p. 110; X, *Overeenkomstenrecht 1999-2000*, XXVI<sup>ste</sup> postuniversitaire cyclus Willy Delva 1999-2000, Antwerpen, Kluwer, 2000, p. 276).

<sup>17</sup> S. BEYAERT, *o.c.*, p. 114; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 642-643.

<sup>18</sup> S. BEYAERT, *o.c.*, p. 111; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 618-619.

<sup>19</sup> Cass. 1 februari 1974, *Arr.Cass.* 1974, 599, *RW* 1973-74, p. 1767.

<sup>20</sup> S. BEYAERT, *o.c.*, p. 112.

<sup>21</sup> H. DE PAGE, *o.c.*, p. 639.

<sup>22</sup> S. BEYAERT, *o.c.*, p. 112; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 640; M. LA HAYE en J. VANKERCKHOVE, m.m.v. P. COECKELBERGHS, *o.c.*, p. 479; X, *Overeenkomstenrecht 1999-2000*, XXVI<sup>ste</sup> postuniversitaire cyclus Willy Delva 1999-2000, Antwerpen, Kluwer, 2000, p. 276.

<sup>23</sup> Cass. 4 februari 1960, *Arr.Cass.* 1960, p. 507, *Pas.* 1960, I, p. 631, *RW* 1960-61, 990; S. BEYAERT, *o.c.*, p. 110; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 643.

<sup>24</sup> Cass. 1 februari 1974, *Arr.Cass.* 1974, 599, *RW* 1973-74, p. 1767.

ook niet worden ingeroepen. Indien de werken echter zouden worden uitgevoerd in opdracht van de verhuurder, kan zijn aansprakelijkheid eventueel toch in het gedrang komen op basis van de vrijwaringsplicht voor eigen daad (waarover verder meer).

In dezelfde zin kan ook in casu de oorsprong van de genotsderving van de huurder niet gevonden worden in een gebrek in het goed zelf, maar in een feit dat zich voordoet buiten het gehuurde goed, en kan dit niet de contractuele aansprakelijkheid van de verhuurder *op basis van artikel 1721 BW* in het gedrang brengen.

**14.** De enige redenering waarbij men eventueel zou kunnen stellen dat er in onderhavige zaak sprake is van een gebrek *aan het gehuurde goed zelf*, is wanneer men zou redeneren dat het voorwerp van de huurovereenkomst niet alleen de winkelruimte zelf, doch ook het winkelcentrum in zijn geheel beslaat en dat een gebrek aan het winkelcentrum bijgevolg ook een gebrek betekent voor de winkelruimte in dit centrum.

Het is inderdaad zo dat een huurder zijn winkelruimte kiest in functie van de omgeving; in een winkelcentrum wenst hij uiteraard voordeel te halen uit de faciliteiten en de bezetting van het centrum<sup>25</sup>. Men kan dus stellen dat daardoor het winkelcentrum in zijn geheel binnen de contractuele sfeer valt. In deze zin verwijst de rechtbank van koophandel in casu terecht naar artikel 13, A, 1 van het huurcontract waarin staat dat *“een commercieel centrum een entiteit is waarvan het succes voornamelijk te wijten is aan een evenwichtige verdeling van de verschillende handelszaken die hierin vertegenwoordigd zijn”*<sup>26</sup>.

Wij menen echter dat, het enkele feit dat de huurder voordeel verwacht te halen uit het winkelcentrum in zijn geheel nog niet tot gevolg heeft dat hij hierop exclusieve rechten zou

bezitten en dat het winkelcentrum als dusdanig deel uitmaakt van het voorwerp van de huur.

Bovendien, wanneer we er toch zouden vanuit gaan dat het voorwerp van de huurovereenkomst niet alleen de winkelruimte zelf, doch ook het winkelcentrum in zijn geheel beslaat, dan nog stelt zich de vraag of leegstand hier wel als een gebrek kan gekwalificeerd worden dat eigen is aan het goed. Leegstand maakt het winkelcentrum *op zich* niet gebrekkig. Wel zou de leegstand een gevolg kunnen zijn van een gebrek in het winkelcentrum, maar dat is dan weer een ander verhaal.

Het moge echter duidelijk zijn dat het feit dat er geen sprake is van een gebrek, niet wegneemt dat de verhuurder toch aansprakelijk zou gesteld kunnen worden. Zoals verder zal besproken worden heeft de verhuurder, eigenaar van een winkelcomplex, verplichtingen met betrekking tot het goed functioneren van dit winkelcentrum. Er is in dit geval echter sprake van de vrijwaringsplicht voor eigen daad, waarover verder meer, en niet van de vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken.

**15.** In vergelijkbare zin kan worden verwezen naar een vonnis van de vrederechter van Waver<sup>27</sup>. In deze zaak werd door een restaurantuitbater een ruimte gehuurd in een winkelstraat gelegen vlakbij een commercieel centrum en een bioscoopcomplex. Het huurcontract omschrijft dat de gehuurde ruimte zich bevindt in het winkelcomplex ‘l’Esplanade’ en dat dit winkelcomplex in zijn geheel zowel het winkelcentrum, als het bioscoopcomplex als de winkelstraat omvat. Omwille van de sluiting van het bioscoopcomplex (en de negatieve invloed hiervan op de omzet van het restaurant), werd door de huurder onder meer aangekaart dat zijn gehuurde ruimte een gebrek vertoonde en de verhuurder bijgevolg tekort was gekomen aan zijn vrijwaringsplicht<sup>28</sup>. Door de verhuurder werd echter gesteld dat een gebrek eigen moet zijn aan het goed<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> G. DE CRAYENCOUR, “Les contrats annexes. Les centres commerciaux” in X, *Le bail commercial*, Brussel, la Charte, 2008, p. 826: “(...) le preneur a choisi l’emplacement en raison de son environnement. Il est clair que le locataire compte bénéficier de l’ensemble des aménagements tels que le ‘mall’ ou galerie commun, (...) même s’il n’en dispose nullement d’un usage exclusif. La présence et le maintien de ces aménagements entrent d’une manière dans le champ contractuel.”

<sup>26</sup> Letterlijk: “Un centre commercial constitue une entité dont la réussite commerciale est essentiellement liée à une répartition équilibrée des divers commerces qui y sont représentés.”

<sup>27</sup> Vred. Waver (2<sup>de</sup> kanton) 26 april 2011, AR 10A11879, *Compagnie Immobilière du Brabant Wallon / SPRL Woke Noodle Bar*, onuitgeg.

<sup>28</sup> Vred. Waver (2<sup>de</sup> kanton) 26 april 2011, AR 10A11879, *Compagnie Immobilière du Brabant Wallon / SPRL Woke Noodle Bar*, onuitgeg.; “La SPRL Woke Noodle Bar fait valoir que dans le cadre d’une location d’une surface dans une galerie commerciale les éléments communs peuvent entrer dans le champ contractuel et qu’il appartient dès lors au bailleur de s’assurer que le but poursuivi est réalisable. Elle voit dans la fermeture des cinémas un vice de la chose contre lequel la bailleuse se devait de la garantir.”

<sup>29</sup> Vred. Waver (2<sup>de</sup> kanton) 26 april 2011, AR 10A11879, *Compagnie Immobilière du Brabant Wallon / SPRL Woke Noodle Bar*, onuitgeg.: “(...) la SPRL Noodle Bar n’indique pas de quel vice serait atteint le bien loué. Le vice dont question dans la garantie imposée au bailleur tient à la chose elle-même. Il s’agit de vices de construction, de défaut d’isolation, de mэрule, de vermine, etc. (...). La locataire ne l’a jamais avisée de la survenance d’un vice et elle ne prouve pas que celui-ci existe.”

De vrederechter oordeelde dat het bioscoopcomplex effectief *binnen de contractuele sfeer* valt<sup>30</sup>, echter stelde dat de gehuurde ruimte geen gebrek vertoonde<sup>31</sup>. Er was evenwel toch sprake van een tekortkoming in hoofde van de verhuurder; blijkbaar (impliciet) gebaseerd op de vrijwaringsplicht voor eigen daad<sup>32</sup>.

16. Overigens, zelfs indien men in casu zou aanvaarden dat de winkelruimte op zich een gebrek vertoont (de winkelruimte op zich, of de winkelruimte als deel van het grotere geheel), dan nog kunnen hierbij enkele bedenkingen gemaakt worden.

Ten eerste valt het te betwijfelen of er aan de tweede vereiste om te kunnen spreken van een gebrek voldaan is, *met name de vereiste dat het gebrek onzichtbaar moet zijn op het moment van de contractsluiting*. In hoger beroep werd immers opgeworpen door de verhuurder, dat de lage bezettingsgraad reeds aanwezig was op het moment van de ondertekening van het huurcontract. Indien dit inderdaad het geval was, kan de verhuurder niet aansprakelijk worden gesteld op basis van een tekortkoming aan de vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken. Dit argument van de verhuurder wordt echter op geen enkele manier beantwoord door de rechtbank van koophandel.

Ten tweede dient opgemerkt te worden dat het criterium dat in casu gehanteerd werd om te oordelen of er sprake zou zijn van een gebrek, zijnde een bezettingsgraad van minder dan 75%, te absoluut was. Zelfs wanneer leegstand een gebrek

zou kunnen uitmaken, moet men dit beoordelen door te vergelijken met de situatie zoals ze bestond en gekend was bij het sluiten van het huurcontract. Stel dat een bezettingsgraad reeds bij het begin van de huurovereenkomst ongeveer 75% bedroeg, dan kan men bij een verlaging van dit percentage niet automatisch besluiten dat er sprake zou zijn van een gebrek.

Ten slotte, zelfs indien het om een gebrek zou gaan dat zou voldoen aan beide voorwaarden van artikel 1721 BW (eigen aan het gehuurde goed én onzichtbaar op het moment van contractsluiting), dan nog valt op te merken dat de verhuurder zou kunnen ontsnappen aan een veroordeling op basis van artikel 1721 BW door aan te tonen dat het gebrek het gevolg is van *toeval of overmacht*.

17. Uit bovenstaande overwegingen dient te blijken, dat er in de geannoteerde zaak o.i. verkeerdelijk werd geoordeeld dat de winkelruimte behept was met een gebrek.

18. Dit neemt niet weg dat in casu de aansprakelijkheid van de verhuurder in het gedrang had kunnen komen op basis van een andere aansprakelijkheidsgrond of dat het contract werd ontbonden of er een huurprijnsvermindering werd bekomen op basis van andere gronden. Hierna worden dan ook volgende pistes onderzocht: de aansprakelijkheid op basis van de vrijwaringsplicht voor eigen daad, de toepasselijkheid van de risicoleer en de toepasselijkheid van de leer van de wilsgebreken (meer bepaald dwaling).

### III. DE VRIJWARINGSPLICHT VOOR EIGEN DAAD

19. Zoals hierboven reeds aangehaald, dient de verhuurder op basis van artikel 1719 BW tevens te vrijwaren voor eigen daad. Dit betekent dat hij zelf in geen geval daden mag stellen die het genot van het gehuurde goed zouden kunnen belemmeren. De verhuurder moet zich onthouden van elke handeling die het rustig genot van de huurder verstoort<sup>33</sup>. Een toepassing van de vrijwaringsplicht voor eigen daad vindt men o.a. terug in artikel 1723 BW: het verbod om de

gedaante van het gehuurde goed te veranderen<sup>34</sup>. Dit verbod doet geen afbreuk aan het recht van de verhuurder om *buiten de gehuurde locatie gelegen delen van het onroerend goed* te veranderen, maar dit recht is niet absoluut; de verhuurder moet zich onthouden van overmatig storende ingrepen waarvan de veroorzaakte hinder niet in verhouding staat tot het nut voor de verhuurder<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> Vred. Waver (2<sup>de</sup> kanton) 26 april 2011, AR 10A11879, *Compagnie Immobilière du Brabant Wallon / SPRL Woke Noodle Bar*, onuitgeg.: “Il est certain qu’en présentant l’espace commercial et de loisirs comme un ensemble composé de trois entités, le bailleur entend offrir au locataire de faire partie de cet ensemble; il ne loue pas une surface commerciale isolée et sans le moindre lien avec autres commerces voisins.”

<sup>31</sup> Vred. Waver (2<sup>de</sup> kanton) 26 april 2011, AR 10A11879, *Compagnie Immobilière du Brabant Wallon / SPRL Woke Noodle Bar*, onuitgeg.: “La lecture des conclusions ou des courriers de la SPRL Woke Noodle Bar ne permet pas de considérer que les lieux loués auraient été affectés d’un vice dans le sens où l’entend la SA Coimbra. Il n’est pas allégué que le bailleur aurait apporté des modifications à la chose louée et, par là, attenté à la jouissance paisible de son locataire, fût-ce par son fait personnel.”

<sup>32</sup> Vred. Waver (2<sup>de</sup> kanton) 26 april 2011, AR 10A11879, *Compagnie Immobilière du Brabant Wallon / SPRL Woke Noodle Bar*, onuitgeg.: “Elle ne répond pas au reproche que lui fait la SPRL Woke Noodle Bar à propos de son apparente apathie dans la recherche d’une solution à la fermeture pendant de nombreux mois de ces salles de cinéma qu’elle avait pourtant présentées comme partie intégrante du complexe commercial et de loisirs dans lequel devait s’insérer sa locataire. Il en découle qu’elle a manqué à son obligation et que ce manquement peut l’obliger à indemniser le dommage subi par sa locataire. Ce préjudice, la SPRL Woke Noodle Bar le voit dans la perte des gains manqués pendant la fermeture des salles.”

<sup>33</sup> H. DE PAGE, o.c., p. 622; M. LA HAYE en J. VANKERCKHOVE, m.m.v. P. COECKELBERGHS, o.c., p. 448.

<sup>34</sup> N. PUISSANT, *Manuel permanent des baux à loyer et commerciaux*, Gent, Story Publishers, 2008, B-III-1-23; Y. MERCHIEERS, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Kluwer, 2000, pp. 124-125.

<sup>35</sup> Vred. Brugge 29 januari 2004, *JJP* 2005, p. 151.

20. De vraag stelt zich of men in casu had kunnen inroepen dat de verhuurder zijn vrijwaringsplicht voor eigen daad had geschonden, door als eigenaar van de winkelgalerij een slecht commercieel beleid te voeren en te verzuimen alle beschikbare winkelruimten te verhuren?

In de procedure voor de vrederechter, werd door de huurder kort opgeworpen dat de achteruitgang van de galerij te wijten zou geweest zijn aan het feit dat de verhuurder de galerij niet voldoende zou gepromoot hebben bij potentiële huurders<sup>36</sup>. Op dit aspect werd echter niet verder ingegaan; noch door de vrederechter, noch door de rechtbank van koophandel werd de verhuurder op basis van een tekortkoming aan de vrijwaringsplicht voor eigen daad veroordeeld.

21. Toch valt het, o.i., niet volledig uit te sluiten dat het (wan)beleid van de verhuurder kan gekwalificeerd worden als een tekortkoming aan de verplichting tot het vrijwaren voor eigen daad. Er zal dan in elk geval wel voldoende bewijs op tafel moeten gelegd worden dat de leegstand in de galerij te wijten is aan *een daad of een verzuim* van de verhuurder; het loutere gegeven dat er een zekere graad van leegstand is in een winkelgalerij, zal immers niet automatisch aan de verhuurder te wijten zijn, maar kan evengoed toe te schrijven zijn aan externe factoren zoals het economische klimaat, de ligging van de galerij of andere economische factoren<sup>37</sup>. Enkel bij de *foutieve niet-nakoming* door de verhuurder van zijn verplichtingen, zou zijn aansprakelijkheid, op basis van de vrijwaringsplicht voor eigen daad, in het gedrang kunnen komen<sup>38</sup>. Wanneer de verhuurder echter zijn verplichtingen niet kan nakomen wegens overmacht of een vreemde oorzaak, is de vrijwaring voor eigen daad niet van

toepassing, doch dient eventueel de risicoleer te worden toegepast (*cf. infra*).

22. Een andere, maar gelijkaardige, situatie is deze waarbij een verhuurder renovatiewerken laat uitvoeren aan de gangen van een winkelcentrum, waardoor de commerciële aantrekkingskracht van de galerij vermindert en er leegstand optreedt. Hierover werd in een vonnis van de vrederechter van Brugge (waarnaar verwezen werd in onderliggende zaak) geoordeeld dat “*gelet op de principes van artikelen 1719, 1721 en 1723 BW de vordering in vermindering van de huur gedurende de werken en ook nadien tot op het ogenblik dat alle winkelpanden in het gehuurde goed opnieuw betrokken worden en bijgevolg de situatie van rustig genot van de huurster gerestaureerd is, gegrond is*”<sup>39</sup>.

Er werd door de vrederechter van Brugge enerzijds verwezen naar het principe van artikel 1721 BW (de vrijwaring voor de gebreken van het gehuurde goed), en anderzijds naar het principe van artikel 1723 BW (het verbod de gedaante van het verhuurde goed gedurende de huurtijd te veranderen), zonder evenwel concreet te specificeren op welke basis de verhuurder aansprakelijk werd gesteld. Ook hier dient echter te worden opgemerkt dat, wanneer het gaat om *werken buiten het gehuurde goed*, er in feite geen sprake is van een gebrek *aan het gehuurde goed zelf* en een verwijzing naar artikel 1721 BW in principe dus niet correct is. Wanneer deze renovatiewerken worden uitgevoerd op initiatief van de verhuurder, dan kan zijn aansprakelijkheid in het gedrang komen, echter niet op basis van de vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken, maar wel op basis van de vrijwaringsplicht voor eigen daad, en enkel voor zover hierbij een fout van de verhuurder kan worden aangetoond.

#### IV. DE RISICOLEER

23. Tot nog toe werd enkel gesproken over de *contractuele aansprakelijkheid* van de verhuurder op basis van de vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken en voor eigen daad. Men mag echter de toepassing van de risicoleer niet uit het oog verliezen.

Immers, in het geval er sprake is van een stoornis in het huurgenot, en deze stoornis niet het gevolg is van een daad van de verhuurder, noch van een verborgen gebrek of van een aanspraak van derden, dan is er geen sprake van een contrac-

tuele aansprakelijkheid; niettemin zou de risicoleer hier eventueel wel kunnen spelen<sup>40</sup>.

##### a. Principe

24. De risicoleer beantwoordt de vraag wat er met de overeenstemmende tegenprestatie gebeurt, wanneer de prestatie van één der contractanten onmogelijk is geworden wegens een vreemde oorzaak. Volgens de theorie gaat een wederke-

<sup>36</sup>. Letterlijk: “*Que depuis l’entrée en vigueur du bail, la galerie commerciale se désertifie de plus en plus, principalement en raison d’une défaillance de la bailleuse à promouvoir cette galerie ... Qu’en effet la galerie se vide peu à peu de tous ses locataires, et ce en raison d’une politique commerciale déplorable.*” (Vred. Ukkel 23 juni 2006, onuitgeg.).

<sup>37</sup>. Vred. Gent 16 april 1999, TGR 2000, 62 waarin gesteld wordt dat: “*de verbintenis om een goed gevuld winkelcentrum te realiseren geen resultaatsverbintenis is, doch slechts een middelenverbintenis, die zij (de verhuurder) klaarblijkelijk wel vervuld heeft gelet op het veelvoud van affiches ‘te koop’ en ‘te huur’ (...).*”; Vred. Waver (2<sup>de</sup> kanton) 12 juni 2007, AR 06A1536, *Compagnie Immobilière du Brabant Wallon / Luxo-Belge de Restauration, onuitgeg.*; G. DE CRAYENCOUR, *o.c.*, p. 812.

<sup>38</sup>. J. NYCKEES, *o.c.*, p. 39. Voor een voorbeeld zie Vred. Waver (2<sup>de</sup> kanton) 26 april 2011, AR 10A11879, *Compagnie Immobilière du Brabant Wallon / SPRL Woke Noodle Bar, onuitgeg.*, zoals hierboven reeds besproken onder randnr. 15.

<sup>39</sup>. Vred. Brugge 29 januari 2004, JJP 2005, pp. 149-153.

<sup>40</sup>. H. DE PAGE, *o.c.*, pp. 655-656.

rig contract van ‘rechtsweg’ teniet, wanneer de uitvoering van het contract door een vreemde oorzaak definitief onmogelijk blijkt<sup>41</sup>.

Artikel 1722 BW maakt een specifieke toepassing uit van de risicoleer, met name voor het geval een gehuurd goed, geheel of gedeeltelijk is tenietgegaan door overmacht, door toevallige factoren of door een vreemde oorzaak. Doordat de verhuurder in een dergelijke situatie zijn hoofdverbintenis om het rustig genot en gebruik te verschaffen niet meer kan nakomen, biedt dit artikel een oplossing voor de huurder, zowel bij het geheel als bij het gedeeltelijk tenietgaan van het goed<sup>42</sup>. Immers, indien het goed geheel is tenietgegaan, is de huur van rechtsweg ontbonden; indien het goed gedeeltelijk is tenietgegaan kan de huurder al naar gelang de omstandigheden, ofwel vermindering van de prijs, ofwel de ontbinding van de huur vorderen. In geen van beide gevallen is schadeloosstelling verschuldigd, wat een belangrijk verschilpunt uitmaakt met de toepassing van de aansprakelijkheid op basis van de vrijwaring voor verborgen gebreken. Immers, op basis van artikel 1721, 2<sup>de</sup> lid BW is de verhuurder verplicht de huurder schadeloos te stellen voor het verlies dat door de gebreken zou zijn ontstaan.

Er is sprake van een tenietgaan van de gehuurde zaak wanneer de huurder in de onmogelijkheid verkeert het gehuurde goed conform de *overeengekomen bestemming* te gebruiken<sup>43</sup>.

## b. Toepassing van de risicoleer op de feiten in casu?

25. De vraag stelt zich of de huurder in casu de toepassing had kunnen vorderen van de risicoleer. Had de huurder kunnen opwerpen dat omwille van de leegstand in de winkelgalerij de gehuurde winkelruimte (gedeeltelijk) was tenietgegaan doordat deze niet meer conform de *overeengekomen bestemming* kon gebruikt worden?

26. In principe, wanneer de rechter de toepassing van artikel 1722 BW onderzoekt, gaat hij na of er sprake is van (i) *een situatie van vreemde oorzaak die de gehuurde zaak zelf aantast* en (ii) *die een definitieve onmogelijkheid voor de verhuurder veroorzaakt*, om (iii) *het in de overeenkomst afgesproken huurgenoet te verschaffen*<sup>44</sup>.

De huurder zal dus eerst en vooral moeten aantonen dat de leegstand de gehuurde zaak zelf aantast. Dit zou eventueel kunnen door te stellen dat het voorwerp van de huurovereenkomst niet alleen de winkelruimte zelf, doch ook het winkelcentrum in zijn geheel bevat (zie *supra*, randnr. 14). Daarenboven moet een definitieve onmogelijkheid om het goed conform de afgesproken bestemming te gebruiken worden aangetoond. Een lage bezettingsgraad brengt in principe niet de (definitieve) onmogelijkheid mee tot het uitbaten van een handelszaak. En bovendien zal de huurder moeten aantonen dat onder de *overeengekomen bestemming* verstaan wordt: het huren van een winkelruimte in een commercieel centrum waarvan de bezettingsgraad een bepaald minimum percentage kent. De huurder zal moeten aantonen dat dit aspect contractueel werd overeengekomen.

Indien de huurder bovenstaande elementen kan hardmaken, wat ons niet evident lijkt, zou er eventueel sprake kunnen zijn van een toepassing van artikel 1722 BW waarbij de huurder dan naar gelang het geval ofwel vermindering van de prijs, ofwel de ontbinding van de huur kan vorderen. In geen geval is er echter schadeloosstelling verschuldigd bij toepassing van artikel 1722 BW.

27. In het verleden werd echter reeds, meer in het algemeen, uitspraak gedaan over de vraag of de *lage omzet van een commerciële activiteit*, die in een gehuurd goed wordt uitgeoefend, een stoornis kan uitmaken in de zin van artikel 1722 BW<sup>45</sup>. Het antwoord is negatief; een vermindering van de verwachte inkomsten uit het gebruik van het goed, overeenkomstig de in de huur geviseerde bestemming, komt niet in aanmerking voor een toepassing van artikel 1722 BW<sup>46</sup>. Economisch verlies staat dus niet gelijk met ‘verlies’ in de zin van artikel 1722 BW<sup>47</sup>.

28. Daarnaast werd in de rechtspraak tevens geoordeeld dat het feit dat *werkzaamheden*, die een *negatieve invloed* hebben op de commerciële activiteit van de huurder, zonder dat de onmogelijkheid om het gebruik en het genot van de zaak te verschaffen kan worden aangetoond, niet in aanmerking komt voor de toepassing van artikel 1722 BW<sup>48</sup>. Indien men deze redenering doortrekt, kan in dezelfde zin worden gesteld dat de *lage bezettingsgraad* van een commercieel centrum die een *negatieve invloed* uitoefent op de commerciële activiteit van de huurder, geen toepassing vormt van artikel 1722 BW.

<sup>41</sup> S. BEYAERT, *o.c.*, p. 119; M. DAMBRE, B. HUBEAU en S. STIJNS, *Handboek algemeen huurrecht*, Brugge, die Keure, 2006, p. 589.

<sup>42</sup> M. DAMBRE, B. HUBEAU en S. STIJNS, *o.c.*, p. 589.

<sup>43</sup> S. BEYAERT, *o.c.*, p. 120; Y. MERCHERS, *Le bail en général* in *Rép.not.*, Brussel, Larcier, 1997, p. 328.

<sup>44</sup> M. DAMBRE, B. HUBEAU en S. STIJNS, *o.c.*, p. 592.

<sup>45</sup> H. DE PAGE, *o.c.*, p. 619-620.

<sup>46</sup> S. BEYAERT, *o.c.*, p. 121; Y. MERCHERS, *Le bail en général* in *Rép.not.*, Brussel, Larcier, 1997, p. 328.

<sup>47</sup> Vred. Gent 16 april 1999, *TGR* 2000, 62: “Het niet behalen van een verhoopte omzet is niet gelijk te stellen met het werkelijk of juridisch tenietgaan van het verhuurde goed door toeval of overmacht”; G. DE CRAYENCOUR, *o.c.*, p. 813; M. DAMBRE, B. HUBEAU en S. STIJNS, *o.c.*, p. 592; Y. MERCHERS, *Le bail en général* in *Rép.not.*, Brussel, Larcier, 1997, p. 328.

<sup>48</sup> Cass. 5 december 1996, *Arr.Cass.* 1996, 1165, *JLMB* 1997, 64, *AJT* 1997-98, noot K. VAN RAEMDONCK, *Pas.* 1996, I, p. 1237; Vred. Brussel 27 januari 1995, *Rev.not.b.* 1995, p. 159.

In gelijkaardige zin stelde de vrederechter van Waver dat indien door de verhuurder van een winkelruimte in een commercieel centrum slechts een schatting werd gegeven van het te verwachten bezoekersaantal, en dit aantal niet gerealiseerd werd, dit geen reden uitmaakt voor de huurder om zijn betalingen op te schorten. Indien dit niet expliciet wordt afgesloten, garandeert de verhuurder geen minimale bezoekersgraad. In feite wordt hier dus ook het risico van *tegenvallende bezoekerscijfers* bij de huurder gelegd<sup>49</sup>.

29. Bovenstaande rechtspraak in acht genomen, komt een lage bezettingsgraad, naar onze mening, in beginsel dus niet in aanmerking voor een toepassing van de risicoeler van artikel 1722 BW, maar behoort dit tot het ondernemersrisico van de huurder.

30. Bovendien heeft de wetgever bij het opstellen van de handelshuurwet rekening gehouden met de hypothese van een achteruitgang of een falen van de commerciële activiteit van de huurder. Immers, artikel 3 van de handelshuurwet voorziet op dwingende wijze de mogelijkheid voor de huurder om zijn huur vervoegd op te zeggen bij het verstrijken van een driejarige periode, mits het respecteren van een opzeggingstermijn van 6 maanden. Deze bepaling bestaat er juist in de huurder te beschermen tegen allerlei ondernemingsrisico's<sup>50</sup>.

In die zin werd door de vrederechter van Waver beslist dat een huurder, die de huur wou opzeggen omwille van een achteruitgang van de aantrekkingskracht van een galerij maar zijn opzegging gaf zonder de wettelijke termijnen en de vormvereisten van artikel 3 van de handelshuurwet te respecteren, aan zijn opzeggingsmogelijkheid had verzaakt<sup>51</sup>.

## V. DWALING

31. Had de huurder in het geannoteerde vonnis kunnen inroepen dat het huurcontract door dwaling was aangetast daar het niet zijn bedoeling was iets te huren in een onderbezette winkelcentrum?

Opdat dwaling als wilsgebrek in aanmerking kan komen, is het noodzakelijk dat zij betrekking heeft op de zelfstandigheid van de zaak<sup>52</sup>. De zelfstandigheid van de zaak is ieder substantieel element dat de partij er hoofdzakelijk toe heeft bewogen het contract aan te gaan, zodanig dat zonder dit element het contract niet zou zijn gesloten<sup>53</sup>.

In casu had de huurder dus dienen aan te tonen dat het element van de 'bezettingsgraad' doorslaggevend is geweest om het contract aan te gaan. Het lijkt ons in principe mogelijk dat de bezettingsgraad van een winkelcentrum een substantieel element uitmaakt bij het sluiten van een huurovereenkomst. In casu valt echter te betwijfelen of aan de vereiste van zelfstandigheid is voldaan, aangezien de lage bezettingsgraad reeds aanwezig was op het moment van de ondertekening van het huurcontract (zo stelt de verhuurder).

32. Zo werd in een zaak voor de vrederechter van Gent door een huurder aangevoerd dat zijn huurcontract door dwaling was aangetast vermits het de bedoeling was iets te huren in een 'winkelcentrum', dat echter ongeveer één jaar

na de ondertekening van het huurcontract "*nog steeds geen winkelcentrum was maar vooral te huur aangeboden ruimte*". De vrederechter oordeelde hier echter dat het feit dat het winkelcentrum niet of niet voldoende werd gerealiseerd niet de zelfstandigheid van het voorwerp van de huurovereenkomst aantastte, zodat er van een wilsgebrek door dwaling geen sprake kon zijn<sup>54</sup>.

In nog een andere zaak voor de vrederechter van Waver werd door een huurder van een winkelruimte aangevoerd dat hij verwacht had voordeel te halen uit de infrastructuur van de winkelgalerij en dat zijn contract bijgevolg door dwaling was aangetast daar hij deze verwachte voordelen niet verkreeg<sup>55</sup>. De vrederechter oordeelde echter dat er geen sprake was van dwaling die betrekking had op de zelfstandigheid van de zaak. Bovendien merkt de vrederechter op dat de huurder geen ontbinding doch enkel een vermindering van de huurprijs verzoekt, hetgeen niet kan wanneer men zich beroept op dwaling.

33. Indien er zou worden besloten tot dwaling kan dit enkel aanleiding geven tot de ontbinding van het contract en niet tot een vermindering van de huurprijs. Bovendien is het niet mogelijk een vordering voor vrijwaring voor verborgen gebreken gelijktijdig in te stellen met een vordering gebaseerd op dwaling<sup>56</sup>.

49. Vred. Waver (2<sup>de</sup> kanton) 12 juni 2007, AR 06A1536, *Compagnie Immobilière du Brabant Wallon / Luxo-Belge de Restauration, onuitgeg.*: "*La construction d'un centre commercial dans ces conditions comporte inévitablement une part de risques et d'incertitudes que tant le promoteur, que les commerçants ont accepté de prendre (...). Dans la mesure où il n'est pas établi qu'une fréquentation minimale était garantie, le fait de ne pas recevoir ces statistiques ne justifie pas que les loyers, charges et redevances ne soient pas payés.*"

50. G. DE CRAYENCOUR, *o.c.*, p. 814.

51. Vred. Waver 28 juli 1994, nr. 6347, *onuitgeg.*, aangehaald door G. DE CRAYENCOUR, *o.c.*, p. 814.

52. Cass. 31 oktober 1966, *Arr.Cass.* 1967, 301; Cass. 3 maart 1967, *Arr.Cass.* 1967, 829; Cass. 27 oktober 1995, *JT* 1996, 61.

53. Antwerpen 17 november 1982, *RW* 1986-87, 1506.

54. Vred. Gent 16 april 1999, *TGR* 2000, 62.

55. Vred. Waver 28 juli 1993, nr. 4394, *onuitgeg.*

56. Y. MERCHIERS, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Kluwer, 2000, p. 129.



## VI. BUITENLANDSE RECHTSPRAAK

## a. Nederland

34. In Nederland werd aan de Hoge Raad volgende vraag gesteld: kan het feit dat een nieuw winkelcentrum tegenvallende bezoekersaantallen heeft als een gebrek worden beschouwd in de zin van artikel 7:204 van het Nederlands Burgerlijk Wetboek (hierna NBW), en kunnen de gevolgen hiervan op de verhuurder worden afgewenteld<sup>57</sup>?

In artikel 7:204, 2<sup>de</sup> lid NBW wordt een gebrek als volgt omschreven: “Een gebrek is een staat of eigenschap van de zaak of een andere niet aan de huurder toe te rekenen omstandigheid, waardoor de zaak aan de huurder niet het genot kan verschaffen dat een huurder bij het aangaan van de overeenkomst mag verwachten van een goed onderhouden zaak van de soort als waarop de overeenkomst betrekking heeft.”

In deze zaak was het niet gelukt om alle beschikbare ruimte van een nieuw winkelcentrum te verhuren waardoor de bezoekersaantallen tegenvielen. De huurders stelden daarom een vordering tot schadevergoeding in tegen de verhuurder, omwille van zijn tekortkoming aan zijn verplichting om de gebreken aan het verhuurde goed te verhelpen.

In zijn arrest van 1 februari 2008 heeft de Hoge Raad overwogen dat het tussen de partijen gaat om de vraag wat bij gebreke van een specifieke contractuele voorziening, in de rechtsverhouding tussen de huurder en de verhuurder tot het ondernemersrisico van de huurder moet worden gerekend, en om de vraag of de teleurstellende bezoekersaantallen, dan wel bepaalde oorzaken daarvan, op te vatten zijn als een gebrek in de zin van artikel 7: 204, 2<sup>de</sup> lid NBW.

De procureur-generaal stelde: “Ik zie geen reden waarom zou moeten worden aangenomen dat artikel 7:204, 2<sup>de</sup> lid NBW een van het ‘algemene’ burgerlijke recht afwijkende maatstaf beoogt, voor de afgrenzing van overmacht ten opzichte van voor rekening van de crediteur komend risico (...). Ik vermag niet in te zien waarom de wet hier een ‘afwijkende risicoverdeling’ zou (willen) nastreven.”

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat “tegenvallende bezoekersaantallen op zichzelf in beginsel niet kunnen worden aangemerkt als een gebrek, en de gevolgen ervan niet op de verhuurder kunnen worden afgewenteld. Dat kan alleen indien de achterblijvende bezoekersaantallen het gevolg zijn van concrete gebreken in het gehuurde object zelf of het gro-

tere geheel waarvan het deel uitmaakt, waarop de huurders niet bedacht hadden behoeven te zijn.”

35. Kort gesteld: in navolging van bovenstaande Nederlandse rechtspraak worden tegenvallende bezoekersaantallen, ten gevolge van leegstand, in principe niet gekwalificeerd als een gebrek aan de gehuurde zaak, maar behoren zij tot het ondernemersrisico van de huurder<sup>58</sup>.

## b. Frankrijk

36. In een arrest van 12 juli 2000 werd door het Franse Hof van Cassatie een arrest van het hof van beroep van Parijs verboden, waarin de eigenaar van een winkelgalerij veroordeeld was tot schadevergoeding, omdat hij bewust enkele winkelruimten in een commercieel centrum, leeg had laten staan om deze vervolgens in één blok te kunnen verhuren aan één enkele huurder. Het Franse Hof van Cassatie stelde dat, bij gebrek aan een afwijkende clause, de verhuurder enkel gehouden was tot de levering, het onderhoud en het garanderen van het rustige huurgenot en hij geen zwaardere verplichtingen had dan een gewone verhuurder<sup>59</sup>. Het Franse Hof van Cassatie oordeelde dat, volgens het gemeen recht, de verplichtingen van de eigenaar (verhuurder) slechts betrekking hadden op de gehuurde zaak, en niet op de naburige ruimten of de omliggende bedrijvigheid<sup>60</sup>.

37. In een arrest van 13 maart 2002 van het hof van beroep van Parijs, werd de eigenaar van een winkelgalerij toch veroordeeld omwille van de achteruitgang van een winkelcentrum, maar in dit geval was er sprake van een clause in het contract waarin de verhuurder waarborgde geen enkele wijziging aan te brengen aan het concept van het commercieel centrum<sup>61</sup>. Zonder deze clause had de aansprakelijkheid van de verhuurder niet kunnen spelen.

38. Een ommekeer is er gekomen met een arrest van 31 oktober 2006, waarin het Franse Hof van Cassatie een arrest van het hof van beroep van Versailles verbrak waarin gesteld werd dat de verhuurder, bij gebrek aan een specifieke clause, geen verplichting had om een gunstig handelsklimaat in een winkelcentrum te verzekeren door de gezamenlijke ruimten te onderhouden; het Franse Hof van Cassatie oordeelde dat hierbij toch steeds moet worden onderzocht of

57. Arrest Hoge Raad der Nederlanden van 1 februari 2008, beschikbaar op <http://jure.nl/bb8098>.

58. Zie in gelijkaardige zin ook een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg van Amelo van 7 december 2010 (LJN BO6720), waarin geoordeeld werd dat tegenvallende bezoekersaantallen in een winkelcentrum geen vermindering van de huurprijs van de daarin gehuurde bedrijfsruimte rechtvaardigen, en dat een huurder de gevolgen van een economische recessie niet op de verhuurder kan afwentelen. Beschikbaar op <http://jure.nl/b06720>.

59. Cass. fr. (civ. 3<sup>ème</sup> ch.) 12 juillet 2000, *Administrer*, oktober 2000, p. 42; beschikbaar op [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr); G. DE CRAYENCOUR, o.c., p. 812-813; J.-R. BOUYEURE en J.-D. BARBIER, “Le monde à part des centres commerciaux”, *Etudes et commentaires, Bail commercial*, nr. 357, juli 2003, p. 22; L. RUET, *Les baux commerciaux*, Parijs, Defrénois, 2005, p. 63-64.

60. J.-R. BOUYEURE en J.-D. BARBIER, o.c., p. 22.

61. Civ. Parijs (16<sup>ème</sup> ch. A) 13 maart 2002, *Gaz.Pal.*, 1 februari 2003, p. 27.

het gebrek aan onderhoud niet tot gevolg heeft dat het huurgenot van de huurders ontnomen wordt<sup>62</sup>.

Deze rechtspraak laat uitschijnen dat van de verhuurder verwacht wordt dat hij in zekere mate een gunstig handelsklimaat verzekert in een winkelgalerij, en dat hij kan aanspra-

kelijk gesteld worden indien hij aan deze verwachting tekort komt. Het gaat hier dan echter wel, om de aansprakelijkheid van de verhuurder op basis van eigen daad en in geen geval op basis van een gebrek aan het gehuurde goed.

## VII. BESLUIT

**39.** In het geannoteerde vonnis werd zowel door de vrede-rechter als door de rechtbank van koophandel geoordeeld dat vanaf een zekere graad van leegstand in een winkelcentrum, er sprake is van een verborgen gebrek, aan een daarin gehuurde winkelruimte, waarvoor de verhuurder vrijwaring dient te bieden.

**40.** Nochtans beantwoordt het gegeven ‘leegstand’ niet aan de klassieke vereiste van artikel 1721 BW dat een gebrek eigen moet zijn aan het gehuurde goed. De leegstand is, ondanks de hinder die ontwijfelbaar wordt veroorzaakt aan de activiteit van de huurder, een externe omstandigheid die niet voortvloeit uit de zaak zelf. De aansprakelijkheid van de verhuurder kon, o.i., dan ook bezwaarlijk worden ingeroepen op basis van de vrijwaring voor verborgen gebreken.

Bovendien, zelfs indien er sprake zou zijn van een gebrek in de zin van artikel 1721 BW, *quod non*, dan stellen gebreken die het gevolg zijn van overmacht of toeval een verhuurder vrij van zijn aansprakelijkheid op basis van artikel 1721 BW.

De aansprakelijkheid van de verhuurder kan eventueel wel in het gedrang komen op basis van zijn aansprakelijkheid

voor eigen daad. Hiervoor dient echter wel duidelijk een eigen daad en/of een verzuim van de verhuurder aangetoond te worden. Het loutere gegeven dat een winkelgalerij leegstand kent, zal niet noodzakelijk te wijten zijn aan een foutieve gedraging van de verhuurder.

Indien geen fout kan verweten worden aan de verhuurder, dan stelt zich de vraag of de huurder zich op de risicoleer kan beroepen. O.i., en de vergelijkbare rechtspraak in acht genomen, komt een lage bezettingsgraad, die een negatieve invloed uitoefent op de commerciële activiteit van de huurder, in beginsel niet in aanmerking voor een toepassing van de risicoleer van artikel 1722 BW (waarbij de huurder een vermindering van de prijs of de ontbinding van de huur kan vorderen), maar behoort dit tot het ondernemersrisico van de huurder.

**41.** Hoe dan ook, de geannoteerde rechtspraak in acht genomen, is het raadzaam dat partijen bij het opstellen van hun huurcontract met betrekking tot een winkelruimte in een commercieel centrum duidelijke contractuele afspraken maken inzake de vrijwaringsplicht van de verhuurder en de afwijkingen ervan.

<sup>62</sup>. Cass. fr. (civ. 3<sup>ème</sup> ch.) 31 oktober 2006, beschikbaar op [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr); “Ne donne pas de base à sa décision au regard de l’art. 1719 du Code civil, la cour d’appel, qui retient que le bailleur n’a, en l’absence de stipulation spéciale, aucune obligation tenant à assurer au locataire un environnement commercial favorable en entretenant les parties communes du centre commercial, sans rechercher si le défaut d’entretien n’avait pas pour effet de priver les preneurs des avantages qu’ils tenaient du bail.”