

# Gebreken in winkelcentra.

## Niet iedere teleurstelling is een gebrek, maar de gebrekenregeling biedt mogelijkheden

mr. M. van Heeren en mr. L. Spronck\*

### 1. Inleiding

In de praktijk wil het wel eens voorkomen dat een nieuw winkelcentrum voor wat betreft bezoekersaantallen en omzet tegenvalt. Het komt ook voor dat bestaande winkelcentra sterk verouderd zijn en te kampen hebben met leegstand. Kan dan sprake zijn van een gebrek of een tekortkoming van de verhuurder? In deze bijdrage zullen wij achtereenvolgens het begrip 'gebrek' kort behandelen alsmede de reikwijdte die de Hoge Raad daaraan geeft. Vervolgens zullen wij enkele uitspraken over gebreken in winkelcentra behandelen, waarna wij dit artikel afsluiten met enkele conclusies en aanbevelingen.

### 2. De definitie van 'gebrek'

Art. 7:204 lid 2 BW omschrijft een gebrek als '(...) 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 aangaan van de overeenkomst mag verwachten van een goed onderhouden zaak van de soort als waarop de overeenkomst betrekking heeft'.<sup>1</sup>

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever het begrip gebrek bewust niet gelijk heeft willen stellen aan het begrip tekortkoming, dat maatgevend is in de bepalingen van boek 6 BW.<sup>2</sup> Een concrete afbakening tussen beide begrippen maakt de wetgever in de parlementaire geschiedenis overigens niet. Bij de beoordeling van het begrip 'gebrek' komt in ieder geval veel gewicht toe aan de omstandigheden van het geval en de verwachtingen die de huurder van het gehuurde mocht hebben. Hoewel de wet formeel spreekt over de verwachtingen van 'een huurder' - en dus een objectieve maatstaf lijkt te bedoelen - blijkt uit de rechtspraak dat ook het subjectieve verwachtingspatroon van de specifieke huurder ten aanzien van het gehuurde van belang kan zijn.<sup>3</sup> Bij de beoordeling of een gebrek aan de huurder is toe te rekenen, wordt de maatstaf van art. 6:75 BW toegepast. Opvallend is dat de Hoge Raad in het hierna te bespreken Amicitia-arrest overweegt dat van toerekening aan de huurder 'onder meer' sprake kan zijn wanneer de omstandigheid op grond van art. 6:75 BW voor rekening van de huurder komt. Deze bewoordingen vinden we ook terug in een later eindvonnis van de Kantonrechter Roermond d.d. 10 augustus 2011 (WR 2011, 124). Deze formulering lijkt erop te duiden dat ook andere aan huurder toe te rekenen situaties denkbaar zijn.

Waar art. 7:204 lid 2 BW op het eerste gezicht geen aandacht aan lijkt te schenken, is dat een huurder ook genotsderving kan ondervinden van gebreken die niet zozeer aan het gehuurde kleven, als wel aan het complex of winkelcentrum waartoe het gehuurde behoort. Een belangrijke vraag voor huurders binnen winkelcentra is dan ook in hoeverre ook gebreken aan het winkelcentrum onder de wettelijke definitie van een 'gebrek' kunnen worden gebracht. Gedacht kan worden aan tegenvallende bezoekersaantallen, een slechte bereikbaarheid of een verouderde uitstraling van het winkelcentrum.

### 3. De Hoge Raad staat een ruime interpretatie voor

In de parlementaire geschiedenis zijn aanknopingspunten te vinden voor een ruime interpretatie van het begrip 'gebrek', die zich niet beperkt tot het fysieke gehuurde. Zo vermeldt de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Vaststelling van titel 7.4 (Huur): 'Alle genotbeperkende omstandigheden die niet aan de huurder zijn toe te rekenen, vormen een gebrek. Slechts duidelijkheidshalve (...) noemt lid 2 van deze omstandigheden nog in het bijzonder die welke het meest voorkomen (...)'.<sup>4</sup> Blijkens de Nota n.a.v. het verslag kwalificeert niet alleen een feitelijke genotsbeperking als een gebrek, maar kan ook een dreiging van de verstoring van het huurgenot als zodanig kwalificeren.<sup>5</sup>

In een recent arrest d.d. 27 april 2012<sup>6</sup> heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de reikwijdte van het begrip gebrek. In

\* Mark van Heeren en Linda Spronck zijn werkzaam als advocaat bij Deterink advocaten en notarissen.

1. De gebrekenregeling is veel uitgebreider behandeld in dit tijdschrift in 2011 door mrs. J.M. Winter-Bossink en E.T. de Boer, in: 'De gebrekenregeling', *TvHB* 2011, p. 164 t/m 180.
2. *Kamerstukken II* 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 13.
3. Zie bijvoorbeeld HR 20 april 2007, *LJN* AZ6092 (Zweedsestraat / Stichting Torenstad), waarin de bemoeilijkte mogelijkheid om het gehuurde onder te verhuren als een gebrek werd beschouwd en HR 3 september 2010, *NJ* 2010, 476 (KPN / Tamminga), waar de bewustheid van het risico bij de huurder werd meegewogen.
4. *Kamerstukken II* 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 14.
5. *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 089, nr. 8, p. 12.
6. HR 27 april 2012, *WR* 2012, 84 en *LJN* BV7337.

het geval waarover de Hoge Raad zich mocht buigen ging het om de huur van een deel van een strand van een gemeente, waarop de huurder een strandpaviljoen exploiteerde. Conform eerder gemaakte plannen was de gemeente samen met de betrokken woningcorporatie enkele jaren na het ingaan van de huurovereenkomst betrokken bij de herontwikkeling van een nabij het strandpaviljoen gelegen woonwijk. Als gevolg van die werkzaamheden waren twee van de duinpaden die toegang gaven tot het strandpaviljoen bijna drie jaar lang niet toegankelijk. De kern van het geschil tussen partijen was vervolgens - kort gezegd - of de beperkte toegankelijkheid, bereikbaarheid en uitstraling van het gehuurde kwalificeerden als een gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW. Zowel de Kantonrechter als het Hof oordeelden van wel. Vervolgens ging de gemeente in cassatie, waarbij ze in haar cassatiemiddelen een enge uitleg van het begrip gebrek verdedigde. Volgens de gemeente kon er in dit geval geen sprake zijn van een gebrek, omdat het gehuurde zelf onverminderd geschikt was gebleven voor het overeengekomen gebruik (de exploitatie van het strandpaviljoen). De Hoge Raad volgde dit oordeel van de gemeente echter niet en overwoog dat 'voor (...) die enge opvatting inzake art. 7:204 lid 2 BW (...) noch de tekst van die bepaling noch de wetsgeschiedenis een aanknopingspunt [biedt]. (...)'.<sup>7</sup> Volgens de Hoge Raad is veeleer 'het tegendeel' het geval, waarbij hij verwees naar een aantal passages uit de wetsgeschiedenis. Op grond hiervan getuigde het oordeel van het Hof dat de huurder mocht verwachten dat de bereikbaarheid, toegankelijkheid en uitstraling van (de omgeving van) het gehuurde geen relevante wijziging zouden ondergaan, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, aldus de Hoge Raad.<sup>8</sup> De lezing van art. 7:204 BW die de Hoge Raad in het strandpaviljoenarrest geeft, suggereert dat er in beginsel ruimte is om ook tekortkomingen of gebreken aan voorzieningen die niet tot het gehuurde behoren onder het begrip gebrek te brengen. Daarvoor is uiteraard wel vereist dat de huurder de genotsderving bij het aangaan van de huurovereenkomst niet behoefde te verwachten én dat het een gebrek betreft dat niet aan de huurder kan worden toegerekend. De beoordeling van deze punten vormde de kern van het geschil in het spraakmakende Amicitia-arrest.<sup>9</sup> Dat betrof het nieuw ontwikkelde winkelcentrum Amicitia in Amersfoort, waar de bezoekersaantallen en omzetten van de winkeliers lager uitvielen dan werd verwacht. De huurders stelden zich (primaair) op het standpunt dat de tegenvallende resultaten kwalificeerden als een gebrek aan het gehuurde. Op grond daarvan schortten zij hun huurbetalingen op en startten zij een procedure ten overstaan van de Kantonrechter te Amersfoort.<sup>10</sup> In die procedure voerden de huurders - zeer kort gezegd - aan dat het gehuurde, althans de prestaties van de verhuurder, niet voldeed c.q. voldeden aan wat de huurders daarvan mochten verwachten. Volgens de huurders waren de teleurstellende bezoekersaantallen verbonden aan de opzet en ligging van het winkelcentrum en kwamen ze daarom krachtens art. 7:204 lid 2 BW voor rekening en risico van de verhuurder.

Nadat de Kantonrechter te Amersfoort de vorderingen van de huurders had afgewezen, gingen zij in hoger beroep bij het Hof Amsterdam. In het tussenarrest van 1 juli 2006<sup>11</sup> overwoog het Hof dat de nadelen van de ligging van het winkelcentrum tot het ondernemersrisico van de huurders behoren en dat zij met die risico's rekening hadden moeten houden bij de keuze van hun vestigingslocatie. Daarmee

is volgens het Hof overigens niet gezegd dat een uitblijvende passantenstroom nooit een gebrek kan opleveren. Als de uitblijvende passantenstroom een gevolg zou zijn van concrete gebreken in het gehuurde object zelf of het grotere geheel waarvan het deel uitmaakt en de huurders daarop niet bedacht hoefden te zijn, zou wél sprake kunnen zijn van een gebrek en zal op de verhuurder wel een herstelverplichting rusten, aldus het Hof.<sup>12</sup>

De huurders hebben vervolgens bij de Hoge Raad beroep in cassatie ingesteld tegen het tussenarrest van het Hof. In zijn beoordeling daarvan benadrukt de Hoge Raad dat in beginsel alle genotbeperkende omstandigheden die niet aan de huurder zijn toe te rekenen, een gebrek kunnen vormen in de zin van art. 7:204 BW, tenzij het een feitelijke stoornis door een derde betreft. Voorwaarde voor het vaststellen van een gebrek is echter wel dat de omstandigheid niet aan de huurder is toe te rekenen.<sup>13</sup> Wat dat betreft verwijst de Hoge Raad naar de toerekeningsmaatstaf van art. 6:75 BW. Daarop borduurt de Hoge Raad vervolgens voort door te overwegen dat het Hof terecht heeft geoordeeld dat de nadelen die voortvloeien uit de opzet en ligging van het nieuwe winkelcentrum naar verkeersopvattingen voor rekening van de huurders komen.<sup>14</sup>

Hoewel in het Amicitia-arrest geoordeeld werd dat geen sprake was van een gebrek, volgt uit deze uitspraak en uit het recente arrest over het strandpaviljoen dat de Hoge Raad een ruime interpretatie voorstaat van de omstandigheden die kunnen kwalificeren als een 'gebrek'. Deze omstandigheden beperken zich blijkens deze uitspraken niet uitsluitend tot fysieke gebreken aan het gehuurde zelf, maar kunnen ook bestaan uit genotsdervingen in de omgeving en/of het winkelcentrum waartoe het gehuurde behoort.

#### 4. Jurisprudentie gebreken bij winkelcentra

Hierna zullen wij enkele uitspraken over gebreken bij winkelcentra behandelen.

##### *Kantonrechter 's-Gravenhage 20 september 2005*<sup>15</sup>

Dit betrof een kwestie die in de praktijk wel vaker voorkomt. Het ging om het nieuw ontwikkelde winkelcentrum 'Haagsche Bluf'. Dit nieuwbouwproject werd, aldus de huurder, door de ontwikkelaar gepresenteerd als een A1-locatie met hoogwaardige zogenaamde 'single brand'-winkels. Net als bij Amicitia was dit nieuwe winkelcentrum (in ieder geval in de aanvangsperiode) kennelijk geen succes en bleven de omzetverwachtingen achter. De huurder stelde zich onder meer op het standpunt dat aan het winkelcentrum een aantal gebreken kleefden, zoals een ondeugdelijke opzet en positionering, onvoldoende zichtbaarheid, verkeerde branchemix, en onaantrekkelijke entreepartijen. Volgens de huurder was als gevolg hiervan de winkelfunctie van het

7. HR 27 april 2012, L/JN BV7337, r.o. 3.4.4.

8. HR 27 april 2012, L/JN BV7337, r.o. 3.4.5.

9. HR 1 februari 2008, NJ 2008,85, WR 2008,38 en L/JN BB8098.

10. Ktr. Amersfoort 15 december 2004, TvHB 2005, 1, 16.

11. Hof Amsterdam 1 juni 2006, L/JN AY7023, r.o. 4.7.

12. Hof Amsterdam 1 juni 2006, L/JN AY7023, r.o. 4.9.

13. Hof Amsterdam 1 juni 2006, L/JN AY7023, r.o. 3.4.2.

14. Hof Amsterdam 1 juni 2006, L/JN AY7023, r.o. 3.4.2.

15. Ktr. 's-Gravenhage 20 september 2005, WR 2006, 32.

winkelcentrum onherkenbaar, kwam er nauwelijks publiek en was er daardoor ook leegstand. De vraag was of sprake was van een gebrek in de zin van art. 7:204 BW. De Kantonrechter deed het vrij gemakkelijk af door te overwegen dat de huurovereenkomst ten aanzien van deze omstandigheden niets bepaalde en als de huurder dit had willen afdwingen, hij maar bepalingen hierover in het huurcontract had moeten laten opnemen. Verder oordeelde de Kantonrechter dat het gehuurde en het daarbij behorende huurgenot zich beperkt tot de winkelunit zelf en niet het winkelcentrum, althans de aard daarvan.<sup>16</sup> Deze kantonrechter legde het begrip 'gebrek' met andere woorden beperkt uit.

#### **Kantonrechter Amsterdam 14 augustus 2008<sup>17</sup>**

Deze kwestie betrof een huurder in winkelcentrum Amsterdamse Poort die een aanmerkelijke betalingsachterstand had. De huurder stelde zich (in reconventie) op het standpunt dat hij wegens de hoge huurprijzen die de verhuurder voor de ruimtes verlangde, mocht verwachten dat het een zodanig aantal bezoekers zou trekken dat de omzet hoog genoeg is om die huurprijzen te voldoen. Omdat het winkelcentrum echter voor bezoekers onvoldoende toegankelijk zou zijn, bleven de bezoekersaantallen achter en kleefde aan het gehuurde een gebrek, aldus de huurder.<sup>18</sup> De Kantonrechter stelde bij zijn beoordeling voorop dat eerst moet worden nagegaan of de afnemende c.q. teleurstellende bezoekersaantallen het gevolg zijn van een aan de huurder toe te rekenen omstandigheid. In dat kader verwees de Kantonrechter naar het Amicitia-arrest van de Hoge Raad, waaruit de Kantonrechter concludeerde dat van een gebrek alleen sprake is wanneer de omstandigheid op grond van art. 6:75 BW voor rekening van de verhuurder komt.<sup>19</sup> Op grond daarvan oordeelde de Kantonrechter dat de winkelunit van de huurder al vanaf het begin onvoldoende toegankelijk was, zodat dit in het licht van de Amicitia-maatstaf geen gebrek kon vormen.<sup>20</sup> Daaraan voegde de Kantonrechter vervolgens nog toe dat ook de noodzaak van een renovatie op zichzelf onvoldoende is om een gebrek aan te nemen, zeker nu de verhuurder *in casu* zijn renovatieplannen niet welbewust had vertraagd.<sup>21</sup> Aangezien aanvullende omstandigheden niet waren gesteld, wees de Kantonrechter de door de huurder gevorderde huurprijzervermindering en schadevergoeding af. De Kantonrechter overwoog ten slotte nog dat er wel ruimte zou kunnen bestaan om al deze omstandigheden te laten meewegen bij een (neerwaartse) huurprijzaanpassing, maar daarvoor is de procedure van art. 7:304 jo. 303 BW aangewezen.<sup>22</sup> In het concrete geval zal het zo ver niet meer komen, aangezien de Kantonrechter in conventie de ontbinding van de huurovereenkomst uitsprak wegens het betalingsgedrag van de huurder.<sup>23</sup>

#### **Kantonrechter Rotterdam 15 juli 2011<sup>24</sup>**

Deze huurder huurde een winkelruimte in een winkelcentrum in de directe omgeving van het Centraal Station te Rotterdam. Dat station wordt momenteel volledig vernieuwd en dat gaat gepaard met veel (bouw)overlast. De huurder in kwestie stelde dat als gevolg van de bouwput bij het Stationsplein sprake is van een langdurige beperkte bereikbaarheid van het gehuurde en dat die omstandigheid kwalificeert als een gebrek in de zin van art. 7:204 BW, dat een vermindering van de huurprijs rechtvaardigt. Subsidiarisch doet de huurder een beroep op onvoorziene omstandigheden, te weten de teruglopende bezoekersaantallen door de leeg-

stand van de boven het winkelcentrum gelegen kantoren, de bouwput en de economische crisis. De verhuurder was overigens niet de NS, noch een aan de NS gelieerde onderneming. Anders dan in de zaak van het strandpaviljoen, waar eveneens de slechte bereikbaarheid van het gehuurde aan de orde was gesteld, werd in dit geval geoordeeld dat de door de huurder genoemde omstandigheden (slechte bereikbaarheid als gevolg van de bouwput en leegstand van bovengestegen kantooruimte) niet kunnen kwalificeren als een gebrek, omdat deze tot het bedrijfsrisico van de huurder behoren. De Kantonrechter overwoog: *'De beide geschetste omstandigheden zijn externe ontwikkelingen die inherent zijn aan de dynamiek die in een stad als Rotterdam nu eenmaal aanwezig is. Mogelijk hebben de beide ontwikkelingen invloed gehad op de omzet, maar evengoed had het winkelcentrum kunnen profiteren van voor de omzet positieve ontwikkelingen. De dynamiek van de stad neemt uit haar aard onzekerheden met zich mee en het is aan de huurder om haar bedrijfsvoering aan deze ontwikkelingen aan te passen.'*<sup>25</sup> Evenmin was sprake van onvoorziene omstandigheden omdat deze naar verkeersopvattingen voor rekening en risico van de huurder komen, aldus de Kantonrechter.<sup>26</sup>

#### **Hof Amsterdam 19 juli 2011<sup>27</sup>**

Deze kwestie betrof het buurtwinkelcentrum 'De Bloemkorf' te Zaandam. Dit winkelcentrum, dat in maart 2009 door een brand geheel verloren is gegaan, bevatte 16 winkelruimten en lag in een achterstandswijk, die is aangemerkt als een zogenaamde 'Vogelaarwijk'. Omstreeks 2008 was er op initiatief van de ondernemersvereniging met betrekking tot het winkelcentrum een enquête gehouden onder de winkeliers. Zij kwalificeerden het winkelcentrum als oud, vies, saai, verouderd en slecht en stelden dat deze slechte toestand van het winkelcentrum een negatieve invloed had op hun omzet. Twee huurders sloten eind 2008 hun winkels en hielden hun verhuurder vervolgens aansprakelijk voor de schade (omzeterderving) die zij hadden geleden en die veroorzaakt zou zijn door de – kort samengevat – verpaupering van het winkelcentrum. Aan die vordering legden deze huurders ten grondslag dat de verhuurder tekortgeschoten zou zijn in het onderhoud van het door haar verhuurde winkelcentrum, met inbegrip van noodzakelijke vernieuwing, waardoor de door hen gehuurde winkelruimten gebrekkig waren in de zin van art. 7:204 BW. De Kantonrechter wees de vorderingen van de huurders af, waarna zij in hoger beroep zijn gegaan. Bij de beantwoording van de rechtsvraag of sprake is van een gebrek, stelde het Hof voorop dat niet alleen acht moet wor-

16. Zie de rechtsoverwegingen onder de kop 'beoordeling in conventie en in reconventie' op p. 3 onderaan en p. 4 bovenaan het vonnis.

17. Ktr. Amsterdam, 14 augustus 2008, *LJN* BG1534.

18. *LJN* BG1534, r.o. 15.

19. *LJN* BG1534, r.o. 17.

20. *LJN* BG1534, r.o. 18.

21. *LJN* BG1534, r.o. 19.

22. *LJN* BG1534, r.o. 26.

23. *LJN* BG1534, r.o. 39.

24. Ktr. Rotterdam 15 juli 2011, *PRG* 2012, 55.

25. *PRG* 2012,55, r.o. 7.3.

26. *PRG* 2012,55, r.o. 7.4.

27. Hof Amsterdam 19 juli 2011, *WR* 2012, 21 en *LJN* BU1994.

den geslagen op de winkelruimten op zichzelf maar ook op het winkelcentrum waarvan deze deel uitmaken.<sup>28</sup> Het Hof vervolgde dat bij deze rechtsvraag een tegenvallend ondernemingsresultaat op zichzelf niet beslissend is, omdat als uitgangspunt geldt dat dit tot het ondernemersrisico behoort, maar dat als die tegenvallende resultaten het gevolg zijn van een gebrek, dan komt aan die tegenvallende resultaten wel betekenis toe.<sup>29</sup> De klachten van de huurders waren: (i) de aanwezigheid van bepaalde onderhoudsgebreken (noodzakelijk onderhoud was achterwege gebleven); (ii) het niet-zorgdragen voor vernieuwing door de verhuurder teneinde de aan veroudering van het winkelcentrum verbonden nadelen voor te zijn; (iii) onvoldoende schoonmaak van de algemene ruimten van het winkelcentrum en (iv) het niet-zorgdragen van de verhuurder voor (voldoende) veiligheid in het winkelcentrum.

Dit arrest is een tussenarrest en van de behandelend advocaten hebben wij begrepen dat de zaak na dit tussenarrest is geschikt zodat een eindarrest helaas niet zal volgen. Het tussenarrest bevat echter wel enkele interessante overwegingen. In rechtsoverweging 4.7 geeft het Hof aan dat partijen twisten over de vraag of tot de onderhoudsverplichting van de verhuurder ook moet worden gerekend dat hij tijdig zorgdraagt voor vernieuwing teneinde de aan veroudering van het winkelcentrum verbonden nadelen voor te zijn. De huurders hadden gesteld dat het bij overeenkomsten als in deze kwestie aan de orde zijn, het gemeengoed is dat de huurder mag rekenen op tijdige vernieuwing en de huurders hadden van deze stelling ook bewijs aangeboden. Het Hof overwoog dat het zonder nader onderzoek hierover geen beslissing kon nemen. Een dergelijke vernieuwingsverplichting van de verhuurder werd met andere woorden niet bij voorbaat uitgesloten door het Hof. Dit is een interessante vraag. Heeft een verhuurder een dergelijke vernieuwingsverplichting en dient een verhuurder preventief onderhoud uit te voeren? Op deze vragen komen wij hierna nog terug. Ten aanzien van de veiligheid van het winkelcentrum overwoog het Hof dat uit de huurovereenkomst niet kon worden afgeleid dat er op de verhuurder een zelfstandige verplichting rustte om zorg te dragen voor veiligheid in het winkelcentrum,<sup>30</sup> maar dat niet uitgesloten was dat een tekortschietend onderhoud een negatieve invloed had gehad op de veiligheid in het winkelcentrum. Was dat wel zo geweest, dan kon het gebrek aan veiligheid wel kwalificeren als een gebrek.<sup>31</sup>

#### *Kantonrechter Roermond 10 augustus 2011*<sup>32</sup>

In deze kwestie werd een unit gehuurd in een winkelcentrum te Gennep waarin een supermarkt werd geëxploiteerd. Op enig moment heeft de verhuurder het winkelcentrum grootschalig verbouwd, waarbij de voormalige zij-ingang werd omgezet in een winkelruimte die als 'doorloopwinkel' kon en mocht worden gebruikt. De huurder stelde zich op het standpunt dat de sluiting van de zij-ingang kwalificeerde als een gebrek waarvoor de verhuurder aansprakelijk was. Weliswaar was er nog steeds een ontsluitingsmogelijkheid via deze doorloopwinkel, maar de huurder was van mening dat die veel slechter was dan de voormalige zij-ingang en bovendien was de toegang vanwege de openingstijden van deze doorloopwinkel beperkter dan voorheen. In zijn beoordeling zocht de Kantonrechter aansluiting bij het Amicitia-arrest, door te overwegen dat in beginsel alle genotbepalende omstandigheden een gebrek in de zin van de wet kunnen vormen, mits de derving niet ligt in 'een feitelijke

stoornis door een derde, niet mede-huur (art. 7:204 lid 3), dan wel in een tekortkoming van het gehuurde waarvan het herstel krachtens art. 7:217 BW voor rekening van de huurder komt' en dat van toerekening aan de huurder onder meer sprake kan zijn wanneer de omstandigheid op grond van art. 6:75 BW voor rekening van de huurder komt.<sup>33</sup> Of in het concrete geval sprake was van een gebrek, beoordeelde de Kantonrechter door de situatie vóór en na de verbouwing met elkaar te vergelijken.<sup>34</sup> Daarbij overwoog de Kantonrechter dat een huurder mag verwachten dat de verhuurder zorg draagt voor een representatief uiterlijk, althans dat uiterlijk dat men van een winkelcentrum mag verwachten, en voor een goede bereikbaarheid van de winkel voor het winkelend publiek.<sup>35</sup> Van een gebrek was volgens de Kantonrechter evenwel geen sprake, nu het winkelend publiek nog steeds gebruik kon maken van de zij-ingang in de vorm van de doorloopwinkel. Dat de supermarkt wekelijks 18 uren langer geopend was dan de doorloopwinkel, kon daaraan volgens de Kantonrechter niet afdoen, omdat de winkel dan bereikbaar bleef via de hoofdingang.<sup>36</sup> Tot slot overwoog de Kantonrechter nog dat ook het causale verband tussen de omzetzaling en het door de huurder gestelde gebrek onvoldoende aanwezig was, nu gegevens daarvoor ontbraken. Dat er na de verbouwing een supermarkt in het winkelcentrum was bijgekomen, kon om dezelfde reden niet als een gebrek worden aangemerkt.<sup>37</sup>

#### *Hof 's-Gravenhage 30 augustus 2011*<sup>38</sup>

Dat bij de beoordeling van het genot dat een huurder van een winkelunit mag verwachten tevens moet worden gekeken naar de eigenschappen van het gehele winkelcentrum als zodanig, werd ook bevestigd door het Hof 's-Gravenhage in haar arrest d.d. 30 augustus 2011. In deze procedure vorderden de huurders van winkelcentrum Spazio in Zoetermeer huurprijzvermindering ex art. 7:207 BW in verband met de windhinder die zij aldaar ondervonden. Het winkelcentrum in kwestie bestond uit een open winkelgalerij met daarboven een zogenaamde 'UFO', die fungeerde als gedeeltelijke overkapping. Voorafgaand aan de bouw had TNO de verhuurder er al op gewezen dat het ontwerp een ongunstig windklimaat met zich mee zou brengen. TNO heeft toen ook enkele aanpassingen aan de verhuurder voorgesteld. Vervolgens heeft de verhuurder de door TNO voorgestelde aanpassingen grotendeels overgenomen, maar het definitieve ontwerp toch op meerdere punten laten aanpassen, zonder TNO opnieuw te benaderen voor de gevolgen daarvan voor het windklimaat. Na realisatie en ingebruikneming van het winkelcentrum ervaren de huurders een hevige windhinder. De overlast van het windklimaat was zelfs zo ernstig dat het winkelcentrum op last van de gemeente drie keer moest worden gesloten wegens een dreigende wind-

28. *WR* 2012, 21, r.o. 4.4.

29. *WR* 2012, 21, r.o. 4.5.

30. *WR* 2012, 21, r.o. 4.7 (slot).

31. *WR* 2012, 21, r.o. 4.7 (slot).

32. Ktr. Roermond 10 augustus 2011, *WR* 2011, 124.

33. *WR* 2011, 124, r.o. 5.3.

34. *WR* 2011, 124, r.o. 5.5.

35. *WR* 2011, 124, r.o. 5.6.

36. *WR* 2011, 124, r.o. 5.6.

37. *WR* 2011, 124, r.o. 5.8.

38. Hof 's-Gravenhage 30 augustus 2011, *RvR* 2011, 107.

kracht 7 of meer. TNO weet de oorzaak van de windhinder aan de aanpassingen die de verhuurder had laten uitvoeren aan het ontwerp en aan het niet-volledig implementeren van de eerdere aanbevelingen van TNO. Vervolgens heeft TNO nog een aantal verbetervoorstellen gedaan, die door de verhuurder werden overgenomen. Tussen partijen stond in deze procedure vast dat de abnormale windhinder zich nadien niet meer had voorgedaan. Huurders maakten dan ook uitsluitend aanspraak op huurprijsvermindering voor de periode dat de overlast had voortgeduurd. Bij de beoordeling daarvan oordeelde het Hof dat de enkele aanwezigheid van windhinder onvoldoende is om van een gebrek te spreken, maar dat in het onderhavige geval wel genoegzaam was komen vast te staan dat de windhinder kwalificeerde als een genotsbeperking die een evenredige huurprijsvermindering rechtvaardigt. In dat kader merkte het Hof op dat - anders dan in *Amicitia* - in het Zoetermeerse geval geen sprake was van een bewuste ontwerpkeuze die van te voren kenbaar was voor de huurders, maar daarentegen van een kennelijke constructiefout die niet aan de huurders kan worden toegerekend.<sup>39</sup>

#### Hof 's-Gravenhage 20 december 2011<sup>40</sup>

Hetzelfde Hof heeft een arrest gewezen in een kwestie waarin de huurder van een winkelunit in een winkelcentrum stankoverlast ondervond, welke gepaard ging met rioolmuggen en ongedierteoverlast. Daarnaast beklagde de huurder zich over de verwaarloosde staat waarin het winkelcentrum volgens hem verkeerde. Tijdens een descente stelde de raadsheercommissaris vast dat er meerdere vervelose plekken aanwezig waren in het winkelcentrum. Ook ontbraken aan de achterzijde alle ruiten en was één van de staanders zodanig verrot dat zich brokstukken van het hout op straat bevonden. Het Hof oordeelde dat de verhuurder voldoende was opgetreden tegen de winkeloverlast, rioolmuggen en het ongedierte, maar achtte de verhuurder wel aansprakelijk voor de verpauperde toestand aan de achterzijde van het winkelcentrum. In dat kader overwoog het Hof dat de keuze van de verhuurder om kapotte ruiten niet meer te vervangen ertoe had geleid dat het winkelcentrum aan de achterzijde een armoedige uitstraling had gekregen. Die armoedige uitstraling was volgens het Hof een gebrek dat aan de verhuurder was toe te rekenen. Daaraan deed volgens het Hof overigens niet af dat het geen nieuw winkelcentrum betrof of dat het winkelcentrum - zoals de verhuurder aanvoerde - in een 'moeilijke buurt' was gelegen.<sup>41</sup> Aan deze overwegingen voegde het Hof voorts nog toe dat ook de leegstand in het winkelcentrum een gebrek kan vormen dat voor rekening en risico van de verhuurder komt, wanneer zou komen vast te staan dat die leegstand een gevolg is van de verpaupering. Dat verband was volgens het Hof *in casu* echter onvoldoende aannemelijk geworden.<sup>42</sup> Aan de vastgestelde verpaupering verbond het Hof niettemin verstrekkinge gevolgen, door op basis van dit gebrek - naast een schadevergoeding en huurprijsvermindering van 25% - ook de gevorderde ontbinding van de huurovereenkomst toe te wijzen.

## 5. Conclusies en aanbevelingen

Wat kan uit deze uitspraken voor wat betreft winkelcentra worden afgeleid?

In de eerste plaats dat het begrip *gebrek* ruim moet worden uitgelegd. Dat was de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever en dat wordt door de Hoge Raad bevestigd. Alle *niet*

aan de huurder toe te rekenen omstandigheden die het huurgenot beperken, kwalificeren in beginsel als een gebrek. Ondanks deze voorgestane ruime uitleg van het begrip gebrek, volgt uit de jurisprudentie dat rechtsoverheden van huurders regelmatig stranden op het toerekenbaarheidsvraagstuk. Een omstandigheid is krachtens art. 6:75 BW (overmacht) aan de huurder toe te rekenen indien deze te wijten is aan schuld, of krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening dient te komen. Als een huurder van een winkel in een al dan niet nieuw winkelcentrum geconfronteerd wordt met tegenvallende omzetten of bezoekersaantallen dan kunnen daar soms vele oorzaken voor worden aangewezen. Het nieuwe winkelcentrum kan bijvoorbeeld qua concept, ontwerp, ligging, of branchering niet bij het publiek aanslaan, als gevolg waarvan bepaalde winkelunits weer niet verhuurd raken en er dus sprake is van leegstand, hetgeen weer een negatief effect heeft op de omzet en bezoekersaantallen. Uit de kwesties 'Amicitia'<sup>43</sup> en 'Haagsche Bluf'<sup>44</sup> volgt dat tegenvallende omzet en bezoekersaantallen in beginsel tot het ondernemersrisico van de huurder behoren. Dat is slechts anders als er sprake is van een concreet gebrek of als hierover duidelijke afspraken (garanties) in de huurovereenkomst zijn vastgelegd, maar dit laatste zal zelden het geval zijn.

Verder blijkt uit deze uitspraken dat ook de subjectieve verwachtingen van de betreffende huurder gewicht in de schaal leggen bij de beoordeling of sprake is van een gebrek. Illustratief daarvoor is de overweging van het Hof Amsterdam in de kwestie *Amicitia* dat de verdiepte ligging van het winkelcentrum geen gebrek kon opleveren, omdat die ligging van meet af aan bij de huurders bekend was.<sup>45</sup> Wij leiden hieruit af dat wetenschap van de huurder van bedrijfsruimte over het gehuurde en de inschatting die hij daar redelijkerwijs van mocht maken (rekening houdend met de onderzoeksplicht van een huurder), van (groot) belang kunnen zijn voor het huurgenot dat de huurder bij het aangaan van de huurovereenkomst van de winkelruimte mocht verwachten.

'Huurgenot' zal (ook) bij winkelcentra niet te beperkt mogen worden uitgelegd. Bij de beoordeling hiervan zal naar onze mening ook het winkelcentrum als zodanig en de gemeenschappelijke delen (zoals passages en eventueel tot het winkelcentrum behorende publieke voorzieningen en parkeergelegenheid) van invloed zijn, ook als dit niet expliciet in de huurovereenkomst is opgenomen. Het oordeel van de Kantonrechter Den Haag<sup>46</sup> dat enkel gekeken moet worden naar de winkelunit, achten wij onjuist. Zoals ook het Hof Amsterdam<sup>47</sup> en de Kantonrechter Roermond<sup>48</sup> hebben overwogen, wordt het huurgenot tevens bepaald door

39. Hof 's-Gravenhage 30 augustus 2011, *RvR* 2011, 107, r.o. 11-13.

40. Hof 's-Gravenhage 20 december 2011, *LJN* BU8829.

41. Hof 's-Gravenhage 20 december 2011, *LJN* BU8829, r.o. 12.

42. Hof 's-Gravenhage 20 december 2011, *LJN* BU8829, r.o. 13.

43. HR 1 februari 2008, *LJN* BB8098.

44. Ktr. 's-Gravenhage 20 september 2005, *WR* 2006, 32.

45. Hof Amsterdam 1 juni 2006, *LJN* AY7023, rov. 4.7.

46. Ktr. 's-Gravenhage 20 september 2005, *WR* 2006, 32.

47. Hof Amsterdam, 19 juli 2011, *WR* 2012, 21 en Hof Amsterdam 1 juni 2006, *LJN* AY7023 (*Amicitia*).

48. Ktr. Roermond 10 augustus 2011, *WR* 2011, 124.

het winkelcentrum waarvan de gehuurde winkelunit deel uitmaakt. Ook beperkingen in de bereikbaarheid, toegankelijkheid en uitstraling kunnen, aldus de Hoge Raad,<sup>49</sup> als een gebrek kwalificeren. In de zaak waarover de Hoge Raad moest oordelen was weliswaar relevant - en waarschijnlijk doorslaggevend - dat de gemeente het ook in zijn macht had om de huurgenotbeperkende omstandigheden te beïnvloeden, maar dat kan in bepaalde situaties natuurlijk ook gelden voor een verhuurder die eigenaar is van het gehele winkelcentrum en mogelijk ook het omliggende terrein. Dit bevestigde ook de Kantonrechter te Roermond, die expliciet overwoog dat 'een huurder ook mag verwachten dat zijn winkel goed bereikbaar is voor het winkelend publiek'.<sup>50</sup> Verder volgt uit het arrest van het Hof 's-Gravenhage<sup>51</sup> dat ook leegstand als een gebrek of tekortkoming van verhuurder kan kwalificeren, mits verhuurder ten aanzien van die leegstand iets verweten kan worden. Ook een gebrek aan veiligheid in een winkelcentrum kan onder omstandigheden een gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW zijn.<sup>52</sup>

De uitspraak die ons het meest intrigeert, is het (tussen)arrest van het Hof Amsterdam,<sup>53</sup> waarin de vraag aan de orde was of tot de onderhoudsverplichting van de verhuurder ook hoort dat hij tijdig zorgdraagt voor vernieuwing teneinde de aan veroudering van een winkelcentrum verbonden nadelen voor te zijn. Het Hof overwoog dat deze vraag niet kon worden beantwoord zonder nader onderzoek. Tot een nader onderzoek en een eindarrest kwam het in de betreffende zaak helaas niet omdat de zaak vervolgens geschikt werd, maar wij zijn van mening dat een verhuurder een dergelijke verplichting inderdaad kan hebben. Dit vraagstuk raakt ook de vraag of een verhuurder gehouden is *preventief onderhoud* te verrichten. Deze vraag dient naar onze mening bevestigend te worden beantwoord. In de eerste plaats blijkt uit de parlementaire geschiedenis dat een huurder ook preventief onderhoud van zijn verhuurder kan verlangen.<sup>54</sup> Aldus ook Kerpestein.<sup>55</sup> Dit standpunt wordt verder bevestigd door Huydecoper in zijn conclusie bij het arrest van de Hoge Raad KPN/Tamminga.<sup>56</sup> In dit arrest sneuvelde het oordeel van het Hof<sup>57</sup> dat de enkele aanwezigheid van asbest (*in casu* losgebonden bruine asbest in een tussenplafond) geen gebrek zou zijn en dat pas sprake zou zijn van een gebrek wanneer het asbest vrijkomt.<sup>58</sup> Met andere woorden: latente risico's kunnen volgens de Hoge Raad (ook) een gebrek vormen. In zijn conclusie bij dit arrest nam ook Huydecoper dit standpunt in.<sup>59</sup> Eerder oordeelde de Kantonrechter Rotterdam reeds dat een huurder van zijn verhuurder kan verlangen dat deze preventief onderhoud uitvoert.<sup>60</sup> Verder werd ook onder het oude recht algemeen aangenomen dat preventief onderhoud van de verhuurder kon worden verlangd.<sup>61</sup> Over de vraag of dit onder het huidige recht ook geldt, zijn de meningen echter wel verdeeld.<sup>62,63</sup> Afspraken over het onderhoud zijn bij (ver)huur van bedrijfsruimte van regelend recht, maar uit de bepalingen van het veel gebruikte modelhuurovereenkomst voor winkelruimte en andere bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW, opgesteld door de Raad voor Onroerende Zaken (ROZ), kan naar onze mening *niet* worden afgeleid dat een huurder geen preventief onderhoud van de verhuurder kan verlangen.<sup>64</sup> En tot slot is misschien wel het meest overtuigende argument dat het merkwaardig zou zijn als een huurder eerst zou moeten wachten totdat er een concreet gebrek ontstaat voordat hij tot actie richting zijn verhuurder zou kunnen overgaan. Dan is het kwaad immers al geschied.

49. HR 27 april 2012, *WR* 2012, 84.
50. Ktr. Roermond 10 augustus 2011, *WR* 2011, 124 (r.o. 5.6).
51. Hof 's-Gravenhage, 20 december 2011, *LJN* BU8829.
52. Hof Amsterdam, 19 juli 2011, *WR* 2012, 21.
53. Hof Amsterdam, 19 juli 2011, *WR* 2012, 21.
54. *Kamerstukken I* 2001/02, 26 089, nr. 162, p. 13: 'Zijn er aanwijzingen dat een gebrek dreigt, dan kan de huurder eisen dat de verhuurder de nodige maatregelen treft. Het is immers in ons recht mogelijk om behalve tegen een gepleegde wanprestatie ook op te komen tegen een dreigende wanprestatie. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het geval dat bij andere huurders ongedierte is aangetroffen en dat er een gerede kans bestaat dat dit ongedierte zich naar de woning zal begeven van de huurder die zich tot de verhuurder gewend heeft. Deze laatste zal dan de nodige maatregelen moeten nemen. Een en ander brengt mee dat de vraag van de leden van de GroenLinks-fractie of van de verhuurder ook preventief onderhoud kan worden geveerd, bevestigend moet worden beantwoord.'
55. G.M. Kerpestein, *Huurrecht Bedrijfsruimte*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 300.
56. Huydecoper schrijft hierover in zijn conclusie bij het arrest HR 3 september 2010, *LJN* BM3980 (KPN / Tamminga): '13 Ik merk op dat latente, nog niet werkelijk gebruiksbeperkingen opleverende risico's in de Parlementaire geschiedenis niet onder ogen lijken te zijn gezien (...). Bij De Jonge - De Wijkerslooth-Vinke, *Parlementaire Geschiedenis Huurrecht*, 2008, p. 175 vindt men een passage die terloops suggereert dat nog niet daadwerkelijk ingetreden gebreken geen actie van de huurder kunnen rechtvaardigen. Op p. 236 wordt daarentegen, bij de bespreking van de verplichting tot het uitvoeren van preventief onderhoud, opgemerkt dat waar een voldoende concreet gevaar bestaat dat een gebrek zal ontstaan, preventieve maatregelen ter voorkoming daarvan kunnen worden verlangd. Die gedachte - die mij juist lijkt - sluit tot op zekere hoogte aan bij het hier in deze conclusie betoogde (...). Op de hier aangehaalde plaatsen wordt ogenschijnlijk aangenomen - zoals ik hierna ook zal doen - dat het enkele feit dat het probleem nog niet tot genotstorende gevolgen heeft geleid, niet betekent dat het niet een gebrek zou betreffen (waarvan de huurder dus herstel mag verlangen). (Ook) hier denk ik dat veel gewicht in de schaal legt, of het gehuurde nog aan de geldende overheidsvoorschriften voldoet (...).'
57. Hof Amsterdam 19 augustus 2008, *WR* 2008, 114.
58. Zie ook hierover: I.C.K. Mol, 'Kwalificeert een latent gebrek, zoals de aanwezigheid van asbest, nu wel of niet als een gebrek?', *TvHB* nr. 1 jan/febr. 2009, p. 17 t/m 22.
59. In punt 12 van zijn conclusie schrijft Huydecoper dat het verwachtingspatroon van een huurder er ook toe strekt dat de verhuurde zaak geen latente risico's in zich mag brengen die zich in het kader van normaal gebruik van het gehuurde kunnen openbaren en dan tot gevaar en/of (andere) genotsbeperkingen kunnen leiden.
60. Ktr. Rotterdam 10 maart 2006, *LJN* AV7593: 'Met inachtneming van hetgeen in 4 is overwogen mag [huurder] verlangen dat het gehuurde geen gebreken vertoont en voorts mag zij verlangen dat door [verhuurder] preventief onderhoud wordt verricht ter voorkoming van het ontstaan van gebreken.'

Gelet hierop komen wij tot de volgende aanbevelingen. Aangezien bij de gebrekenregeling het verwachtingspatroon van de huurder relevant is, doet een huurder er verstandig aan om zijn verwachtingen in de huurovereenkomst vast te leggen en bij voorkeur daar ook afspraken over te maken. Een goede considerans (de overwegingen die tot de huurovereenkomst hebben geleid) is daarbij van groot belang. Onderwerpen als toegankelijkheid, bereikbaarheid, uitstraling, branchering, al dan niet hoogwaardige formules (wel/geen outlets), parkeergelegenheid, goede laad-en losvoorzieningen, leegstand, bezoekersaantallen kunnen daarbij ter sprake komen. Vervolgens is het een kwestie van onderhandelen met de verhuurder om hiervoor concrete afspraken in de huurovereenkomst vast te leggen.

Als een huurder van een winkelruimte in een winkelcentrum van een verhuurder verwacht dat die ook in het winkelcentrum zal blijven investeren teneinde het voor het publiek zo aantrekkelijk mogelijk te maken en te houden, is (volledige) omzethuur een optie. De huurprijs wordt dan volledig (of grotendeels) afhankelijk van de omzet die in de betreffende winkel behaald wordt. Op deze manier zal een verhuurder in de regel voldoende geprikkeld worden om te (blijven) investeren in het winkelcentrum. Daar plukken dan zowel de verhuurder als de huurders in het winkelcentrum de vruchten van.

Over gebreken in winkelcentra zullen mede gelet op de huidige economische omstandigheden ongetwijfeld nog vele discussies volgen. Het Tijdschrift voor Huurrecht Bedrijfsruimte zal u daarvan op de hoogte houden.

- 
61. GS Huurrecht, art. 204 Boek 7 BW, aant. 12: *'Naar het voorheen geldende recht was de 'heersende leer' dat ook preventief onderhoud van de verhuurder mocht worden verlangd, en niet slechts herstel van daadwerkelijk aan het licht getreden gebreken, zie bijv. Handboek Huurrecht, aant. 12 en 13 bij art. 1586 en aant. 6 en 21 bij art. 1587. Erkend moet intussen worden dat de discussie hierover van weinig praktisch belang is: het komt, om voor de hand liggende redenen, zelden voor dat een huurder zich over het onderhoud beklagt voordat er daadwerkelijk genotsbeperkende gebreken aan het licht zijn getreden.'*
  62. Zo schrijft F.C.P. Teeuw in: *Huurgeschillen ontleed*, Deventer: Kluwer 2012, p. 76: *'De verhuurder heeft het recht om te beoordelen op welke wijze preventief onderhoud uitgevoerd moet worden. De huurder heeft dus geen recht om preventief onderhoud af te dwingen. Er is bovendien weinig discussie bekend dat niet uitgevoerd preventief onderhoud tot schending van het huurgenot leidt. Meestal leidt het uitblijven van preventief onderhoud tot gebreken, waartegen de huurder wél gerichte actie kan ondernemen.'*
  63. GS Huurrecht, art. 204 Boek 7 BW, aant. 11: *'Deze tamelijk beperkte formulering [van artikel 7:204 lid 2 BW] sluit niet goed aan bij een verplichting om preventief onderhoud te plegen: ten eerste is er in dit stadium nog geen sprake van een omstandigheid die het genot van de huurder nadelig beïnvloedt, en ten tweede ligt erg weinig voor de hand dat de huurder in dit stadium zijn 'verlangens' kenbaar zal maken. Bovendien werd - en wordt - algemeen aangenomen dat de verhuurder bij het uitvoeren van zijn onderhoudsplicht een aanzienlijke mate van beleidsvrijheid heeft, en daarom maar in beperkte mate gehouden is om zich naar 'verlangens' van de huurder te richten.'*
  64. De onderhoudsverplichting van verhuurder in het ROZ-model van 2012 luidt onder meer: *'12.1 Voor rekening van verhuurder zijn de kosten van de in 12.3 weergegeven onderhouds-, herstel-, en vernieuwingswerkzaamheden aan het gehuurde. .... 12.3 Voor rekening van verhuurder zijn de kosten van:*
    - a. *onderhoud, herstel en vernieuwing van constructieve onderdelen van het gehuurde, zoals funderingen, kolommen, balken, bouwvloeren, daken, platten, bouwmuren en buitengevels;*
    - b. *onderhoud, herstel en vernieuwing van tot het gehuurde behorende trappen, traptreden, rioleringen, afvoeren, goten, buitenkozijnen. ....'* etc.