

Due Diligence in het huurrecht; red flags en andere aandachtspunten

mr. M. van Schoonhoven-Sloot en mr. K.J.M. Corten¹

Steeds vaker worden (huurrecht)advocaten ingeschakeld om voor een cliënt een due diligence onderzoek uit te voeren. Hierbij wordt vaak (onder meer) waarde gehecht aan de inhoud van huurovereenkomsten. Deze moeten dan op zowel juridisch als op commercieel vlak worden bekeken. Bij het uitvoeren van een due diligence ten aanzien van huurovereenkomsten is het van groot belang het doel van het due diligence in het oog te houden. Wat wil de cliënt met de (ver)koop van de aandelen of 'stenen' bereiken? Een onderzoek met betrekking tot huurovereenkomsten verschaft de cliënt niet alleen inzicht in de inhoud van de overeenkomsten, het kan ook zijn onderhandelingspositie versterken of hem doen besluiten de voorgenomen deal niet te sluiten.

In dit artikel zullen we ingaan op de aandachtspunten bij een huurrechtelijk due diligence. We richten ons hierbij op zowel kantoorruimte als winkelruimte. Wat betreft de (volgorde van de) onderwerpen hebben we geprobeerd zoveel mogelijk aansluiting te vinden bij het standaard ROZ-model. Indien geen gebruik is gemaakt van een ROZ-model, is het uiteraard belangrijk om na te gaan in hoeverre (nadelige) afwijkingen ten aanzien van dit model zijn gemaakt.

1. Standaard ROZ-bepalingen

1.1. KvK-nummers en vertegenwoordiging

De KvK-nummers van de partijen bij de huurovereenkomst dienen opgezocht te worden in de Kamer van Koophandel. De kans bestaat immers dat onjuiste gegevens zijn opgenomen of dat de naam of het KvK-nummer van (één van) de partijen, door bijvoorbeeld een fusie of splitsing, is gewijzigd. Indien blijkt dat een KvK-nummer en/of een naam onjuist is, kan dit door middel van een allonge of een ondertekende brief worden rechtgezet. Indien de huurovereenkomst tussen partijen nog niet is ingegaan dient (voor zover mogelijk) te worden onderzocht of degenen die de overeenkomst hebben ondertekend ten tijde van ondertekening bevoegd waren om de vennootschap te vertegenwoordigen. Ingevolge art. 2:6 lid 2 BW kan een rechtspersoon slechts een beroep doen op de statutaire onbevoegdheid van het bestuur of van een bestuurder tot vertegenwoordiging van de betreffende rechtspersoon indien de beperking of uitsluiting van de bevoegdheid ten tijde van het verrichten van die rechtshandeling op de door de wet voorgeschreven wijzen openbaar was gemaakt. Dit geldt ook voor een beroep op een beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van anderen dan bestuurders, aan wie die bevoegdheid bij de statuten is toege-

kend.² Beperkingen in de vertegenwoordigingsbevoegdheid hebben dus (slechts) externe werking indien deze zijn ingeschreven in het Handelsregister bij de Kamer van Koophandel.

1.2. Het gehuurde

Uiteraard moet worden nagegaan op welke onroerende zaak de huurovereenkomst betrekking heeft. In de praktijk wordt meestal zowel de plaatselijke aanduiding (het adres) als de kadastrale gegevens in de huurovereenkomst opgenomen. In het kader van een due diligence zal (door een notaris) moeten worden bekeken of de kadastrale gegevens in de huurovereenkomst overeenkomen met de kadastrale gegevens in het kadaster. Indien een afwijking bestaat tussen de kadastrale gegevens in de huurovereenkomst en de gegevens in het kadaster, kan dit verschillende oorzaken hebben. Het kan natuurlijk het geval zijn dat er een fout is gemaakt bij het opstellen van de huurovereenkomst, maar het is ook mogelijk dat de nummering van de betreffende percelen in het kadaster is gewijzigd. In beide gevallen kan de afwijking met een allonge of een door beide partijen ondertekende brief worden vastgelegd. Naast het controleren van de kadastrale aanduiding raden wij ook aan in het kadaster te controleren of de verhuurder daadwerkelijk de rechthebbende (eigenaar of erfpachter) is van het gehuurde. Indien dit niet het geval is, kan dit dui-

1. Marlies van Schoonhoven-Sloot is advocaat/partner bij Wintertaling te Amsterdam en Kirsy Corten is advocaat bij DLA Piper Nederland N.V. te Amsterdam.

2. Zie ook M.B. Kassenaar, 'Schijn bedriegt – of toch niet? Het grijze gebied van vertegenwoordigingsbevoegdheid', *TvHB* 2016, nr. 3.

den op een onderhuursituatie of kan zelfs geconstateerd worden dat het gehuurde reeds is verkocht.

1.3. Aantal vierkante meters en onder- of bovenmaat

In de praktijk komt het steeds vaker voor dat potentiële kopers van vastgoed zich mede focussen op de mogelijkheid tot verhoging van de huurprijs van het gehuurde indien dit meer vierkante meters betreft dan het aantal vierkante meters opgenomen in de huurovereenkomst. Het aantal vierkante meters kan eenvoudig worden afgeleid uit een NEN-meetcertificaat. In de meest recente ROZ-bepalingen is standaard een bepaling omtrent de wijziging van de huurprijs in geval van onder- of bovenmaat opgenomen.³ In deze modellen is opgenomen dat de in de huurovereenkomst opgenomen oppervlakte van het gehuurde een schatting betreft.

1.4. Bestemming

De verhuurder zal in beginsel de voorkeur geven aan een zo beperkt mogelijke beschrijving, zodat de huurder minder gemakkelijk een andere vennootschap in de plaats kan stellen. Indien de bestemming in de huurovereenkomst echter te nauw is omschreven, bijvoorbeeld als is aangegeven dat huurder het gehuurde slechts kan gebruiken binnen een bepaalde franchiseketen of (winkel)formule, kan deze contractuele bestemming (gedeeltelijk) door de rechter worden vernietigd.⁴

Voor de huurder is daarentegen een ruime omschrijving van de bestemming gewenst. De huurder kan dan immers gemakkelijker een indeplaatsstelling realiseren of kan de activiteiten die hij in het gehuurde uitvoert danwel de producten die hij aanbiedt gedurende de looptijd van de huurovereenkomst (binnen de bestemming) aanpassen.

In sommige gevallen zal de cliënt ook verwachten/verzoeken dat bekeken wordt of de bestemming van het gehuurde overeenkomt met het ter plaatse geldende bestemmingsplan.⁵ Dan zal in ieder geval moeten worden bekeken of het type huurovereenkomst (kantoorruimte of winkelruimte) en de bestemming in de huurovereenkomst overeenkomen met de publiekrechtelijke bestemming van het gehuurde. Indien wordt vermoed dat de huurder het gehuurde niet conform de bestemming gebruikt moet dat uiteraard worden gerapporteerd.

3. Zie art. 1.7 van ROZ winkelruimte 2012 en art. 1.6 van ROZ kantoorruimte 2015. In art. 1.6 van ROZ kantoorruimte 2015 is overigens tevens de mogelijkheid opgenomen dat alleen een herberekening van de huurprijs zal plaatsvinden indien de afwijking in het aantal vierkante meters meer is dan een bepaald percentage.

4. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam (vzr.) 18 februari 2013, WR 2013, 61, *TvHB* 2013/15, m.nt. M. van Heeren, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ9325 en Ktr. Heerenveen 18 december 2007, ECLI:NL:RBLEE:2007:PC0642.

5. Het merendeel van de bestemmingsplannen kan gratis bekeken worden op de website www.ruimtelijkeplannen.nl.

1.5. Duur en opzeggingsmogelijkheden

De duur van de huurovereenkomst en de bijbehorende opzeggingsmogelijkheden zijn uiteraard voor zowel huurder als verhuurder van belang. In hoeverre de potentiële verhuurder/huurder de voorkeur geeft aan een langlopende of kortlopende overeenkomst hangt in sterke mate af van diens toekomstplannen met het gehuurde. Zo zal een toekomstige verhuurder die het gehuurde ziet als een langlopende belegging voorkeur hebben voor langlopende overeenkomsten, terwijl een toekomstige verhuurder die het gehuurde wenst te verbouwen/renoveren de mogelijkheid zal willen hebben om op korte termijn op te zeggen. Indien discussie bestaat over de looptijd van een huurovereenkomst, bijvoorbeeld omdat tegengestelde informatie in de huurovereenkomst is opgenomen, is het verstandig om de looptijd van de overeenkomst in een allonge of in schriftelijke correspondentie te laten bevestigen.

In het kader van de looptijd van de huurovereenkomst moet ook bekeken worden of sprake is van tussentijdse opzeggingsmogelijkheden voor de huurder (zogenoeten 'break-opties'), huurdersopties en de uitsluiting van opzeggingsmogelijkheden voor een verhuurder in het geval het gehuurde als winkelruimte kwalificeert. Dergelijke bedingen zijn meestal in de bijzondere bepalingen van de huurovereenkomst opgenomen.

1.6. Omzetbelaste verhuur

Indien partijen een omzetbelaste (ver)huur overeen wens te komen, dan zijn er in beginsel vijf vereisten, te weten i) kadastrale en plaatselijke aanduiding van het gehuurde, ii) boekjaar huurder en omzetbelastingnummer huurder, iii) ondertekende verklaring huurder dat het gehuurde zal worden gebruikt voor doeleinden waarvan voor 90% of meer recht van vooraftrek geldt en iv) ingebruikname door huurder voor doeleinden, waarvoor voor 90% of meer recht van vooraftrek geldt voor het einde van het boekjaar, waarin hij is gaan huren. Indien aan deze vereisten is voldaan, dan kan vanuit een fiscaal oogpunt omzetbelast verhuurd worden.

Indien niet aan alle vereisten is voldaan, is het onzeker of vanuit een fiscaal perspectief sprake is van omzetbelaste verhuur. In een dergelijk geval adviseren wij (in het belang van de verhuurder) een allonge op de huurovereenkomst te doen opmaken waarin de ontbrekende informatie wordt opgenomen. Een dergelijke allonge kan zowel voorafgaand aan als na afloop van de transactie worden opgesteld en ondertekend. Opgemerkt moet worden dat het niet mogelijk is om voor een periode te opteren die meer dan drie maanden in het verleden ligt.

1.7. Huurprijs en betaalperiode

Uit de praktijk volgt dat het merendeel van de huurovereenkomsten de huur vooruit per maand of per kwartaal wordt voldaan. Een huurder zal in beginsel de voorkeur geven aan een betaling per maand,

een verhuurder aan een betaling per kwartaal. In het kader van een due diligence (van een verhuurende partij) worden vaak een rent roll⁶ en recente facturen ter inzage verstrekt. Het zal tussen de verschillende adviseurs van cliënt moeten worden afgestemd welke adviseur dient te bekijken of deze stukken overeenkomen met de huurovereenkomst(en) en of de huur tijdig is betaald.

1.8. Indexatie

In de huurovereenkomst en algemene bepalingen is vaak een jaarlijkse indexeringsmogelijkheid voor de verhuurder opgenomen. Meestal vindt de eerste indexatie een jaar na de ingangsdatum van de huurovereenkomst plaats. De indexatie van de huurprijs vindt plaats op basis van de wijziging van het maandprijsindexcijfer volgens de consumentenprijsindex (CPI) reeks alle huishoudens gepubliceerd door het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS).⁷ Het basisjaar kan variëren, hoewel niet ieder jaar als basisjaar kan worden gekozen.⁸

Soms is de mogelijkheid tot indexering in de huurovereenkomst beperkt. Vaak wordt in een dergelijk geval met percentages aangegeven welk gedeelte van de indexatie kan worden doorbelast aan de huurder en welk gedeelte niet of in mindere mate kan worden doorbelast. Een dergelijke beperking van de mogelijkheid tot indexatie is uiteraard voordelig voor de huurder en nadelig voor de verhuurder en kan c.q. moet worden gerapporteerd.

Tevens moet in een due diligence met betrekking tot de indexatie worden geverifieerd of de huidige verhuurder de huur gedurende de looptijd daadwerkelijk heeft geïndexeerd. Dit kan worden nagegaan aan de hand van (recente) indexeringsbrieven, de rent roll of eventueel op basis van recente huurfacturen. Indien de verhuurder de huurprijs niet heeft geïndexeerd kan dit gevolgen met zich brengen. De verhuurder heeft namelijk tot vijf jaar na de indexeringsdatum de mogelijkheid de indexatie bij de huurder in rekening te brengen.⁹ Voor de huurder kan het gegeven dat geen gebruik is gemaakt van de indexeringsmogelijkheid in de huurovereenkomst ongewenste gevolgen hebben indien de (nieuwe)

verhuurder de huurprijs alsnog met terugwerkende kracht indexeert. De verhuurder heeft altijd de bevoegdheid om de nieuwe huurprijs vast te stellen als ware er jaarlijks geïndexeerd, ook al heeft hij dat lange tijd niet gedaan.¹⁰

1.9. Servicekosten/onderhoud

In het merendeel van de huurovereenkomsten zijn partijen overeengekomen dat verhuurder bepaalde leveringen en diensten voor huurder verzorgt. Huurder voldoet hiervoor per betaalperiode een voorschotbedrag, welk bedrag (in beginsel jaarlijks) achteraf met de daadwerkelijk gemaakte kosten wordt verrekend. Het is van belang in het achterhoofd te houden dat bepalingen omtrent servicekosten regelen wie welke leveringen en diensten levert, maar niet wie hier uiteindelijk voor betaalt. In de praktijk wordt regelmatig een zogeheten 'service level agreement' gesloten, welke dan vaak als bijlage bij de huurovereenkomst wordt gevoegd. In deze overeenkomst komen verhuurder en huurder overeen wie welke services en diensten verzorgt en vaak ook hoe de onderhoudsverdeling is. Een (van ROZ) afwijkende onderhoudsverdeling kan uiteraard invloed hebben op de waarde van het object.

In het kader van een due diligence voor huurder dient te worden uitgezocht wat de hoogte van de servicekosten is. Het voorschotbedrag kan in de huurovereenkomst worden opgezocht, maar de daadwerkelijke kosten kunnen bijvoorbeeld aan de hand van eindafrekeningen van vorige jaren worden bekeken. Het kan voordelig zijn voor een huurder indien de verhuurder veel leveringen en diensten verzorgt, alhoewel dit ook betekent dat de verhuurder veel kosten (gemakkelijk) kan doorberekenen.

Voor de toekomstige verhuurder is het dus juist van belang in hoeverre door de verhuurder ten behoeve van het gehuurde gemaakte kosten kunnen worden doorberekend aan de huurder via de servicekosten. Daarnaast moet vanuit het gezichtspunt van de verhuurder worden vastgesteld welke leveringen en diensten verhuurder dient te verzorgen en welke contracten hiervoor dienen te worden afgesloten of overgenomen.

Indien een transactie van vastgoed gedurende een kalenderjaar plaatsvindt ontstaat de situatie dat door de huurder(s) reeds een voorschot voor de servicekosten is voldaan, terwijl onduidelijk is wat de daadwerkelijk servicekosten ten behoeve van de betreffende huurder(s) bedroegen. Dit issue moet bij de koper worden aangekaart. In de praktijk wordt hier op twee verschillende manieren mee omgegaan, ofwel i) de servicekosten worden afgerekend per de datum van de overdracht van het pand, ofwel ii) de koper neemt alle rechten en verplichtingen van de verkoper met betrekking tot de servicekosten over.

6. Een overzicht van een gedeelte van de afspraken die zijn opgenomen in de huurovereenkomst(en) van de verhuurende partij. De rent roll wordt vaak als uitgangspunt gebruikt bij het vaststellen van de koopprijs van een pand.

7. De gewijzigde huurprijs wordt berekend volgens de formule: de gewijzigde huurprijs is gelijk aan de geldende huurprijs op de wijzigingsdatum, vermenigvuldigd met het indexcijfer van de kalendermaand die ligt vier kalendermaanden voor de kalendermaand waarin de huurprijs wordt aangepast, gedeeld door het indexcijfer van de kalendermaand die ligt zestien kalendermaanden voor de kalendermaand waarin de huurprijs wordt aangepast.

8. Het meest recente basisjaar is 2015.

9. De verjaringstermijn van art. 3:308 BW is van toepassing. Zie ook A. Bergers, 'Huurprijswijziging in de ROZ-modellen', *TvHB* 2016, nr. 4.

10. Hof Amsterdam 10 april 2012, WR 2013, 45, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW7821.

Voor zowel de (nieuwe) verhuurder als de (nieuwe) huurder is het van belang of de servicekosten over de voorgaande jaren reeds zijn afgerekend. Indien dit niet het geval is kunnen beide partijen immers voor ongewenste verrassingen komen te staan.¹¹

1.10. Zekerheid

De huurder dient vaak zekerheid te stellen onder de huurovereenkomst, zodat de verhuurder verhaalsmogelijkheden heeft in het geval van een betalingsachterstand van de betreffende huurder. In het merendeel van de gevallen is de hoogte van de zekerheid gelijk aan het bedrag van drie maanden huur (op de huuringsdatum) inclusief servicekosten en btw (indien van toepassing).

Wat betreft de te stellen zekerheid, kennen we in beginsel drie 'smaken', i) een bankgarantie, ii) een concerngarantie of iii) een waarborgsom.

Bij een bankgarantie staat een bank voor een bepaald bedrag en een bepaalde tijd garant voor de nakoming van de verplichtingen uit de huurovereenkomst door de huurder. In het geval het gehuurde (en daarmee tevens de huurovereenkomst) wordt overgedragen aan een andere partij, is het van groot belang dat de bankgarantie overdraagbaar is. Veelal staat in de bankgarantie dat deze ook ten behoeve van rechtsopvolgers van verhuurder wordt gesteld.

Een concerngarantie lijkt op een bankgarantie, alleen staat in plaats van de bank een moedermaatschappij van de huurder garant voor de nakoming van de verplichtingen van de huurder. In het handelsregister van de Kamer van Koophandel kan worden nagegaan door welke vennootschappen ten behoeve van welke vennootschappen een zogeheten 403-verklaring is afgegeven.¹² De vennootschap die de concerngarantie afgeeft zal in beginsel niet wensen dat de garantie overdraagbaar is indien de identiteit van de huurder wijzigt.

Een waarborgsom wordt in de praktijk met name gestort door 'kleinere' vennootschappen. De waarborgsom wordt in depot gestort op een derdenrekening van de verhuurder en zal na afloop van de huurovereenkomst binnen een bepaalde termijn moeten worden teruggestort.¹³

In het kader van de due diligence moet worden nagegaan of de overeengekomen zekerheid daadwerkelijk en op de juiste wijze is verstrekt. Waarborgsommen kunnen verrekend worden in de koop prijs van het vastgoed of in een afzonderlijke transactie aan de koper worden 'uitbetaald'. Indien sprake is

van een nieuwe huurder, zal (in beginsel) nieuwe zekerheid moeten worden gesteld.

1.11. Beheerder

In een standaard ROZ-contract zijn vaak de contactgegevens van de beheerder van de verhuurder opgenomen (indien van toepassing). Dit vormt tevens een indicatie dat er ook een beheerovereenkomst/asset management overeenkomst tussen de verhuurder en een derde partij bestaat. Deze overeenkomsten gaan ingeval van een verkoop van het vastgoed in beginsel niet mee over. Indien de koper de overeenkomst wenst over te nemen, dan dient dit te gebeuren op grond van contractovername. Het is wenselijk om in dat geval alsnog na te gaan of de contactgegevens van de beheerder in de huurovereenkomst nog steeds up-to-date zijn. Indien de koper van het vastgoed niet voornemens is de bestaande beheerovereenkomst over te nemen en deze kan worden beëindigd, dient de huurder uiteraard na de transactie geïnformeerd te worden over de contactgegevens van de nieuwe beheerder van het gehuurde. Indien de nieuwe verhuurder zelf als beheerder zal optreden, dient dit uiteraard ook schriftelijk met de huurder te worden gecommuniceerd, tegelijk met de mededeling van eigendomsverkrijging.

1.12. Incentives

In het huurrecht bestaan diverse soorten 'incentives'.¹⁴ In het huurrecht betekent dit een incentive van de verhuurder aan de huurder. Te denken valt aan een huurvrije periode, huurkorting, een break-optie of een investeringsbijdrage. In het kader van een due diligence is het van belang na te gaan of de incentives daadwerkelijk zijn verstrekt. Ook dient de potentiële koper van de onroerende zaak gewezen te worden op incentives die in de toekomst geld zullen kosten of risico's met zich mee zullen brengen. Incentives die nog niet zijn voldaan door de huidige verhuurder kunnen een lagere taxatiewaarde van het betreffende vastgoed tot gevolg hebben en daarmee doorwerken in de koopsom.

1.13. Asbest/milieu/bodemverontreiniging

In de ROZ-modellen vanaf 2012 is standaard een milieubepaling opgenomen.¹⁵ De praktijk leert dat de standaardtekst van deze bepaling vaak wordt aangepast. Verhuurders zijn immers terughoudend met het geven van garanties ten aanzien van bijvoorbeeld asbest en bodemvervuiling. In het kader

11. Zie met betrekking tot de verjaring van servicekosten bijvoorbeeld A. van der Hilst, 'ROZ-modellen; overige onderwerpen (bodemverontreiniging, onthouden van toestemming, organisatiewijzigingen en servicekosten)', *TvHB* 2016, nr. 6.

12. Een 403-verklaring is de schriftelijke verklaring waarin het hoofd van een groep zich aansprakelijk stelt voor de schulden van de rechtspersoon.

13. De termijn opgenomen in de algemene bepalingen uit de ROZ bedraagt zes maanden.

14. Volgens Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal 14e editie is een incentive een 'beloning of andere stimulans waarmee men iemand een prikkel geeft om extra zijn best te doen.'

15. Zie ook A. De Fouw en K. Keij, 'De recente ontwikkelingen rondom asbest in de nieuwste ROZ-modellen en in de jurisprudentie', *TvHB* 2016, nr. 3.

van een due diligence worden dan ook vaak asbestonderzoeken en bodemrapporten verstrekt. Hoewel deze in de praktijk vaak worden bekeken door de technische adviseurs van cliënt, kan ook een advocaat uit de conclusies van dergelijke rapporten al een en ander afleiden.

Ook in de koopovereenkomst van onroerend goed worden vaak specifieke milieubepalingen opgenomen. Er kan in dit kader grofweg een onderscheid worden gemaakt tussen zogenaamde 'as-is' transactie, waarbij verkoper in beginsel geen garanties afgeeft met betrekking tot het vastgoed, en overige transacties waarbij de door verkoper gegeven garanties de uitkomst vormt van de onderhandelingen tussen koper en verkoper.

1.14. Duurzaamheid/Green lease

Green lease kan gedefinieerd worden als 'een prestatiegerichte huurovereenkomst, waarin de verhuurder en de huurder afspraken vastleggen over het duurzaam gebruik en de duurzame exploitatie van een gebouw'.¹⁶ In het meest recente ROZ-model is standaard ook een artikel opgenomen over duurzaamheid/green lease.

Indien partijen over dit onderwerp geen specifieke afspraken hebben gemaakt, wordt dit artikel regelmatig in zijn geheel uit de huurovereenkomst geschrapt. Het is ook mogelijk dat de duurzaamheidsafspraken in een separaat document zijn vastgelegd.

2. Bijzondere bepalingen

In het merendeel van de huurovereenkomsten overeenkomstig een ROZ-model worden aanvullende bepalingen aan de standaardbepalingen toegevoegd. Deze bijzondere bepalingen vormen ofwel afwijkingen ofwel toevoegingen op de standaard artikelen in de huurovereenkomst ofwel op de algemene bepalingen behorende bij de huurovereenkomst en kunnen derhalve betrekking hebben op een breed scala aan onderwerpen. Hieronder zetten wij de risico's van verschillende typen bijzondere bepalingen uiteen.

2.1. Onderhuur

Op grond van art. 7:221 BW is onderverhuur van bedrijfsruimte (al dan niet gedeeltelijk) toegestaan, tenzij de huurder moet aannemen dat de verhuurder bezwaren heeft tegen deze onderverhuur. In ROZ wordt van dit wetsartikel afgeweken; op grond van ROZ is het de huurder namelijk, zonder voorafgaande (schriftelijke) toestemming van de verhuurder, niet toegestaan het gehuurde (al dan niet gedeeltelijk) in onderhuur of in gebruik te geven

16. E. Quispel en C.F.J. Heemskerck, 'De intrede van 'green lease' op de Nederlandse vastgoedmarkt? Inzicht in de 'groenheid' van Nederlandse huurovereenkomsten', *TvHB* 2011, nr. 5.

aan derden.¹⁷ Slechts in het meest recente ROZ-kantoormodel (2015) is onderhuur aan gelieerde ondernemingen zonder voorafgaande toestemming van de verhuurder toegestaan.¹⁸

Indien uit (bijvoorbeeld de Q&A van) het due diligence blijkt dat sprake is van onderhuur en de vereiste toestemming hiervoor ontbreekt, dient de partij die de aandelen in de huurder wenst te kopen hieromtrent te worden geadviseerd. Voor een huurder bestaat immers het risico dat de verhuurder een gerechtelijke procedure entameert tot ontbinding van de huurovereenkomst wegens niet toegestane onderverhuur. Een dergelijke vordering zal worden toegewezen indien geen sprake is van misbruik van recht door de verhuurder en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ingevolge art. 6:248 lid 2 BW zich hier niet tegen verzet.¹⁹ De potentiële opvolgend verhuurder dient erop gewezen te worden dat indien de huurder zonder toestemming onderverhuurt een mogelijkheid tot ontbinding wegens wanprestatie bestaat, hoewel een dergelijke vordering uiteraard kan worden afgewezen.²⁰

2.2. Opleveringsverplichting einde huurovereenkomst

Een ander onderwerp waar regelmatig een bijzondere bepaling aan wordt gewijd is de wijze waarop het gehuurde aan het einde van de huurovereenkomst door huurder aan verhuurder mag worden opgeleverd. In dit kader is in beginsel art. 7:224 BW van toepassing, waarin in lid 2 een onderscheid wordt gemaakt tussen de situatie waarin wel en de situatie waarin niet een beschrijving van het gehuurde is gemaakt bij aanvang van de huurovereenkomst. Dit artikel is echter van regelend recht en hiervan kan dus worden afgeweken, wat ROZ ook doet in de algemene bepalingen.

Voorbeelden van bepalingen omtrent de oplevering van het gehuurde aan het einde van de huurovereenkomst zijn bijvoorbeeld de mogelijkheid om het inrichtingspakket te laten zitten of zelfs aan een nieuwe huurder te verkopen. Het is zowel bij een due diligence vanuit de positie van de huurder als

17. I.C.K. Mol, 'Onderhuur door de ROZ jaren heen', *TvHB* 2016, nr. 6.

18. In art. 6.3 van de bijbehorende algemene bepalingen is immers opgenomen: 'Het is Huurder toegestaan onder te verhuren of ruimte in gebruik te geven aan een groepsmaatschappij in de zin van artikel 2:24b Burgerlijk Wetboek mits dat past binnen het gebruik zoals bedoeld in artikel 1.2 van de huurovereenkomst en deze onderhuurder/gebruiker de ruimte niet zal onderverhuren en/of in gebruik zal geven aan een derde. Huurder mag in de onderverhuurovereenkomst niet ten nadele van de hoofdhuurovereenkomst afwijken. Het voorgaande laat onverlet de verplichtingen van Huurder uit de huurovereenkomst. Huurder blijft het enige aanspreekpunt voor Verhuurder.'

19. Rb. Den Haag 18 maart 2015, *WR* 2015, 133, ECLI:NL:RBDHA:2015:5139.

20. Zie bijvoorbeeld Rb. Utrecht 18 april 2003, *KG* 2003, 126.

van de verhuurder zinnig om vast te stellen op welke wijze het gehuurde aan het einde van de huurovereenkomst mag worden opgeleverd. Dit voorkomt immers (financiële) verrassingen wanneer het einde van de huurovereenkomst in zicht komt.

2.3. Koopoptie/ voorkeursrecht van koop

Een koopoptie geeft de huurder de mogelijkheid het gehuurde op elk moment van de eigenaar te kopen. Een voorkeursrecht van koop²¹ daarentegen, biedt de huurder de eerste mogelijkheid het gehuurde te kopen indien de verhuurder het gehuurde in de toekomst wenst te verkopen. De verhuurder is op grond van voorkeursrecht van koop dus verplicht om het gehuurde in een dergelijk geval als eerst (onder bepaalde voorwaarden) aan de huurder aan te bieden. Alleen indien de huurder het gehuurde niet (onder de voorwaarden) wil kopen, heeft verhuurder de vrijheid het gehuurde aan een derde partij te verkopen.

Aan de zijde van verhuurder zal een koopoptie of een voorkeursrecht van koop van een huurder vrijwel altijd als een 'red flag' worden gelabeld.

Indien de aandelen in de hurende of verharende vennootschap worden gekocht zal dit in beginsel geen gevolgen hebben voor de koopoptie en het voorkeursrecht van koop.

In geval het gehuurde wordt verkocht, kan het discutabel zijn of een voorkeursrecht van koop of een koopoptie mee over gaat naar de relatie tussen de huurder en de nieuwe verhuurder.²² Uit de memorie van toelichting blijkt dat het uitgangspunt is dat een koopoptie in het algemeen binnen het bereik van de wettelijke regeling van art. 7:226 BW valt, hetgeen betekent dat de koopoptie mee over gaat.²³ De huidige stand van de rechtspraak op dit gebied is echter dat indien in de huurprijs een tegenprestatie is 'opgenomen' voor de te zijner tijd te verwezenlijken eigendomsverkrijging, een kooprecht onder het bereik van art. 7:226 BW valt en anders in beginsel niet.²⁴ Dit moet in een due diligence derhalve goed worden uitgezocht.

Wat betreft een voorkeursrecht van koop blijkt ook uit de rechtspraak dat een dergelijk beding niet altijd voldoende verband heeft met het doen hebben van het gebruik van de zaak tegen een door de huurder te betalen tegenprestatie en als gevolg hiervan niet altijd van rechtswege mee over gaat.²⁵

Indien de huurder er zeker van wil zijn dat bepaalde bedingen mee over worden gedragen, kan ervoor gekozen worden om een kwalitatieve verplichting van de verhuurder ingevolge art. 6:252 BW in de huurovereenkomst op te nemen en deze verplichting in te laten schrijven in de openbare registers. Het is in dit kader ook mogelijk om een kettingsbeding met boetebepaling in de huurovereenkomst op te nemen.²⁶

Daarnaast moet worden opgemerkt dat een notaris normaliter niet een pand zal overdragen zonder schriftelijke toestemming van de huurder die een voorkeursrecht van koop heeft.

2.4. Huuroptie/ eerste recht van van huur

Een eerste recht van huur²⁷ is de mogelijkheid die de huurder heeft om in de toekomst (ook) andere ruimtes of verdiepingen in het gebouw of winkelcentrum waarin het gehuurde gesitueerd is te huren. In het geval van een eerste recht van huur zal een verhuurder – onder bepaalde omstandigheden die tussen partijen zijn overeengekomen – een ruimte of verdieping die vrijkomt eerst aan de betreffende huurder moeten aanbieden alvorens deze aan een derde partij te verhuren. De huurder dient dit aanbod binnen een bepaald aantal dagen te accepteren, doet deze dit niet dan vervalt diens huuroptie. Het is mogelijk dat een eerste recht van huur terugkerend is (en dus van toepassing blijft gedurende de gehele duur van de huurovereenkomst), maar het is ook mogelijk dat de verhuurder slechts één keer een dergelijk aanbod aan de huurder hoeft te doen. Het is mogelijk dat verschillende huurders deze optie hebben, er zal dan in de huurovereenkomst zijn opgenomen als hoeveelste de betreffende huurder in aanmerking komt.

Voor een huurder is een voorkeursrecht van huur sowieso voordelig, in tegenstelling tot voor een verhuurder. Bij de huuroptie is immers vaak reeds een huurprijs per vierkante meter opgenomen, waardoor verhuurder niet de vrijheid heeft het gehuurde voor een hogere prijs aan de betreffende huurder te verhuren. Bovendien moet verhuurder bepaalde voorschriften en termijnen in acht nemen, waardoor verhuurder minder gemakkelijk en minder snel aan een derde partij kan verhuren. De huurder heeft het voordeel dat deze indien gewenst meer ruimte kan gaan huren onder reeds vastgestelde voorwaarden.

In de rechtspraak en literatuur is de overdraagbaarheid van een huuroptie of eerste recht van huur in mindere mate besproken. Het Hof Amsterdam oordeelde onlangs dat een eerste recht van huur over was gegaan op de rechtsopvolger van de verhuurder.²⁸ Het is interessant dat het hof geen doorslagge-

21. Een voorkeursrecht van koop wordt ook wel een 'right of first refusal to buy' genoemd.

22. Zie in dit kader bijvoorbeeld A.S. Rueb, *GS Huurrecht*, art. 226 Boek 7 BW, aant. 26f.

23. *Kamerstukken II 1997/98*, 26089, nr. 3, p. 36 (*Memorie van Toelichting*).

24. Zie bijvoorbeeld HR 26 maart 2010, NJ 2010, 368, ECLI:NL:HR:2010:BK9632 m.nt. P.A. Stein (*Rijbroek / Verstappen*) en HR 15 juni 2007, NJ 2007, 445 (*Maxeda / CAS Kampen*) en R.A. Dozy 2003, *T&C BW*, art. 7:226 BW, aant. 4.

25. Zie bijvoorbeeld HR 15 juni 2007, NJ 2007, 445 m.nt. P.A. Stein.

26. Zie ook T.W. de Waard, 'Praktijkvoorbeelden van problematiek rond art. 7:226 BW', *TvHB* 2016, nr. 5.

27. Een eerste recht van huur wordt ook wel een 'right of first refusal to lease' genoemd.

28. Hof Amsterdam 18 oktober 2016, *WR* 2017, 14, ECLI:NL:GHAMS:2016:4196. Het hof achtte onder meer van be-

vende betekenis heeft toegekend aan de vraag of dit recht in de huurprijs was verdisconteerd.

2.5. Exclusiviteit / concurrentieverbod

In sommige huurovereenkomsten staat een bijzondere bepaling omtrent de 'exclusiviteit' van het gehuurde in de omgeving (binnen een straal van een aantal kilometers) of binnen het betreffende winkelcentrum. Een dergelijke bepaling kan twee kanten uitwerken; de hurende vennootschap mag niet een soortgelijke winkel exploiteren in de nabijheid van het gehuurde, of de verhuurder mag niet aan een concurrerende vennootschap verhuren in de nabijheid van het gehuurde. Beide varianten dienen in aanmerking te worden genomen.

In het geval van de tweede variant, waarbij de verhuurder een beperking wordt opgelegd in zijn keuze voor andere huurders, dient bekeken te worden of geen mededingingsrechtelijke beginselen worden geschonden. Een dergelijke exclusiviteitsclausule in de huurovereenkomst kan kwalificeren als branchebescherming²⁹ en valt in dat geval mogelijk onder het verbod van art. 6 lid 1 Mededingingswet (Mw)³⁰ met het gevolg dat de desbetreffende clausule van rechtswege nietig is. Uit de rechtspraak blijkt dat een branchebeschermingsovereenkomst niet altijd een overeenkomst is met een mededingsbeperkend doel, hetgeen betekent dat dus altijd worden gekeken naar de vraag of een specifieke branchebeschermingsovereenkomst daadwerkelijk tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt.³¹ Daarnaast beperkt een exclusiviteitsclausule de verhuurbaarheid van winkelunits in een winkelcentrum. Een dergelijke clausule kan dan ook negatieve gevolgen hebben voor een winkelier, zeker in het huidige tijdperk waarin veel winkeliers failliet gaan en steeds minder 'fysieke' winkels in het straatbeeld aanwezig zijn.

lang dat het eerste recht van huur voor huurster een belangrijke voorwaarde was bij het aangaan van de huurovereenkomst, omdat zij verwachtte in de toekomst te zullen (blijven) groeien en de mogelijkheid wilde hebben haar bedrijf uit te breiden zonder te moeten verhuizen. Het eerste recht van huur bepaalt het genot dat huurster op grond van de overeenkomst mocht verwachten van de gehuurde zaak.

29. Er is dan sprake van een branchebeschermingsclausule, welke in het mededingingsrecht wordt bestempeld als een branchebeschermingsovereenkomst.
30. Art. 6 lid 1 Mw is van toepassing indien i) sprake is van twee of meer ondernemingen, ii) een overeenkomst of hun gedrag feitelijk op elkaar afstemmen, iii) welke overeenkomst of afstemming tot doel heeft de mededinging te beperken, en iv) de concurrentiebeperking merkbaar is. Het vierde vereiste volgt niet rechtstreeks uit de Mw, maar uit de rechtspraak. Voorts geldt dat als is voldaan aan art. 6 lid 1 Mw er alsdan nog een aantal uitzonderingen gelden (waaronder bijvoorbeeld een specifieke uitzondering voor branchebeschermingsafspraken in een nieuw winkelcentrum voor de eerste zes jaar).
31. Hof van Justitie van de Europese Unie 26 november 2015, C-345/14, ECLI:EU:C:2015:784 (*Maxima Latvija*).

2.6. Ondertekening en bijlagen

Het ligt weliswaar voor de hand, maar het is van belang te controleren of de huurovereenkomst is ondertekend en of alle bijlagen zijn verstrekt en geparafeerd. Met name bijlagen als een bank- of concerngarantie zijn van groot belang. In de Q&A kunnen eventuele ontbrekende of ondertekende documenten worden opgevraagd. Daarnaast is het verstandig bij verkoper te inventariseren of alle originele documenten beschikbaar zijn. Zo kan de verhuurder alleen een beroep doen op een originele bankgarantie, deze documentatie dient derhalve in origineel beschikbaar te zijn.

3. Onderzoek naar positie huurder

Een onderzoek naar de positie van de huurder zal (met name) plaatsvinden indien de aandelen in de hurende vennootschap (of diens moeder) worden verkocht.

3.1. Change of control

Het is bij een overname van de positie van de huurder van belang of er een change of control bepaling in de huurovereenkomst en/of de bijbehorende algemene bepalingen is opgenomen. Indien de overnemende partij de huurovereenkomst wenst voort te zetten, kan een change of control bepaling uiteraard nadelige gevolgen hebben en een ongewenst risico met zich meebrengen.

In de oudere ROZ-modellen³² is niet standaard een change of control bepaling opgenomen. In de nieuwere ROZ-modellen (ROZ 2012 winkelruimte³³ en ROZ 2015 kantoorruimte³⁴) is wel een dergelijke bepaling opgenomen. Partijen zijn bij toepassing van deze algemene bepalingen verplicht om elkaar telkens schriftelijk op de hoogte te stellen van voorgenomen relevante wijzigingen in zijn organisatie. Indien over een dergelijke wijziging in de organisatie geen mededeling wordt gedaan, heeft dit een wanprestatie onder de huurovereenkomst tot gevolg. In de praktijk stellen partijen regelmatig een boete op het niet nakomen van deze verplichting.

4. Onderzoek naar positie verhuurder

Een onderzoek naar de positie van de verhuurder zal plaatsvinden indien de aandelen in de verhuurende vennootschap (of diens moeder) worden verkocht, of indien het pand wordt gekocht ten aanzien waarvan de eigenaar verhuurder is. Het

32. Hiermee wordt bedoeld op ROZ 2003 kantoorruimte en winkelruimte en ROZ 2008 winkelruimte.

33. Zie art. 16 van de algemene bepalingen ROZ winkelruimte 2012 (59/2012).

34. Zie art. 15 van de algemene bepalingen ROZ kantoorruimte 2015 (15/21).

adagium 'koop breekt geen huur' ingevolge 7:226 BW is in een dergelijk geval immers van toepassing.

4.1. Energielabel

Sinds 2008 bestaat de verplichting om bij verkoop, verhuur en oplevering een energielabel te verstrekken. Op grond van art. 2.1 lid 3 Besluit energieprestatie gebouwen (*Beg*) dient bij verhuur de (juridisch) eigenaar van het gehuurde het energielabel aan nieuwe³⁵ huurder(s) te verstrekken. In beginsel was er geen consequentie aan het niet nakomen van deze verplichting verbonden.³⁶ Inmiddels wel, de verkoper/verhuurder loopt een risico op een boete van maximaal € 20.250 (indien het een rechtspersoon betreft). Bovendien kwalificeert het overtreden van de verplichtingen uit het *Beg* als een economisch delict in de zin van de Wet economische delicten. Het is dus bij een due diligence van belang om na te gaan of een energielabel beschikbaar is en reeds aan de ('nieuwe') huurders is verstrekt.

Per 1 januari 2023 dienen eigenaren van (bijna) alle kantoren in Nederland overigens te beschikken over een energielabel C.³⁷ Indien te zijner tijd niet aan deze eis wordt voldaan, dan mag het kantoorgebouw, behoudens enkele uitzonderingen, niet worden gebruikt. Indien u een koper van kantoorruimte met betrekking tot een huurovereenkomst tot en met 2023 adviseert, kunt u deze op deze toekomstige verplichting wijzen. Deze zal immers eventueel in overleg moeten treden met de betreffende huurder(s) om de benodigde werkzaamheden uit te voeren.³⁸ Indien sprake is van ROZ-model 2003/2015 ten aanzien van 230a-ruimte, heeft de verhuurder de bevoegdheid om "op, aan of in het gehuurde werkzaamheden te (doen) verrichten", waarin zijn begrepen "het aanbrengen van extra voorzieningen en wijzigingen of werkzaamheden die nodig zijn in verband met (milieu)eisen of maatregelen van de overheid of nutsbedrijven of andere daartoe bevoegde instanties."

de cliënt worden vastgesteld. Afhankelijk van de positie en de wens van cliënt zullen bepaalde zaken wel of niet bekeken hoeven te worden.

5. Conclusie

In dit artikel worden handvatten geboden voor de uitvoering van een due diligence onderzoek ter zake van een of meerdere huurovereenkomsten. Hierbij zijn de standaard ROZ modellen als uitgangspunt genomen, maar is ook aandacht besteed aan veel voorkomende bijzondere bepalingen.

Bij een due diligence is van groot belang dat allereerst het doel van de due diligence en de wens van

35. De verplichting tot verschaffing van het energielabel bestaat slechts ten aanzien van huurders waarvan de ingangsdatum van de huurovereenkomst 1 januari 2008 of later is.

36. E.M. Moison, 'Energielabel - De verplichtingen bij bedrijfsgerelateerde verhuursituaties', *TvHB* 2016, nr. 3.

37. Brief minister Blok van 28 november 2016, *Kamerstukken II* 2016/17, 30196, nr. 485.

38. Het is mogelijk dat deze werkzaamheden vallen onder de reikwijdte van art. 7:220 BW.