

**Ingebruikgeving gehuurde aan derden; forse matiging contractuele boetes; vordering tot winstafdracht ex artikel 6:104 BW afgewezen**

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden  
22 januari 2019, 200.205.057/01,  
ECLI:NL:GHARL:2019:490  
(mr. H. de Hek, mr. O.E. Mulder, mr. W.A. Zondag)  
Noot mr. Dirk van den Berg

**Contractuele boetes. Matiging.**

[BW art. 6:91, 6:94, 6:104]

*De Stichting Carinova Thuiszorg huurt kantoorruimte met bijbehorend magazijn. De Algemene Bepalingen ROZ kantoorruimte 2003 (hierna 'AB') zijn van toepassing. Daaruit volgen een exploitatieplicht en verbod op onderverhuur op straffe van contractuele boetes en vergoeding van werkelijke (buiten)gerechtelijke kosten.*

*De verhuurder ageert tegen ingebruikgeving door Carinova aan gelieerde entiteiten, de onderverhuur aan een leverancier van zorg hulpmiddelen en de ruim een jaar daarvoor door die leverancier in het gehuurde geopende outlet voor hulpmiddelen. Dit levert volgens verhuurder overtreding van het onderverhuurverbod en een ongeoorloofde bestemmingswijziging op. De verhuurder maakt aanspraak op inmiddels verbeurde boetes op grond van artikel 7 en 8.2 AB als niet binnen veertien dagen het met de contractuele bestemming strijdige gebruik van het gehuurde als outlet wordt gestaakt. Carinova betaalt de boetes niet, maar beëindigt wel het gebruik door de leverancier binnen de gestelde termijn. De verhuurder dagvaardt Carinova vervolgens voor de kantonrechter en stelt een groot aantal vorderingen in, onder andere tot het betalen van contractuele boetes.*

*De kantonrechter wijst in het eindvonnis (de huurovereenkomst was toen al geëindigd en Carinova had het gehuurde al ontruimd) een gematigde boete toe voor het zonder toestemming onderverhuren en een evenzeer gematigde boete voor het gebruik in strijd met de bestemming.*

*Het hof bekrachtigt grotendeels en stelt boete wegens ongeoorloofde onderhuur op het werkelijk genoten voordeel.*

*[appellant],  
wonende te [A] ,  
appellant in het principaal hoger beroep,  
geïntimeerde in het voorwaardelijk incidenteel hoger beroep,  
in eerste aanleg: eiser in conventie en verweerder in reconventie,  
hierna: [appellant],  
advocaat: mr. J.G.A. Linssen, kantoorhoudend te Tilburg,  
tegen  
Stichting Carinova Thuiszorg,  
gevestigd te Raalte,  
geïntimeerde in het principaal hoger beroep,  
appellante in het voorwaardelijk incidenteel hoger beroep,  
in eerste aanleg: gedaagde in conventie en eiseres in reconventie,  
hierna: Carinova,  
advocaat: mr. A. Bonder, kantoorhoudend te Rotterdam.*

Het hof neemt het tussenarrest van 29 mei 2018 hier over.

*1. Het verdere verloop van de procedure in hoger beroep*

1.1 In genoemd tussenarrest heeft het hof een comparitie van partijen gelast. Deze comparitie heeft op 30 november 2018 plaatsgevonden. Het proces-verbaal van de comparitie bevindt zich bij de stukken.

1.2 Bij gelegenheid van de comparitie heeft Carinova een akte uitlating genomen en [appellant] een akte indienen aanvullende producties (met de producties 52 t/m 67).

1.3 Aan het einde van de comparitie heeft het hof arrest bepaald.

*2. De vaststaande feiten*

2.1 Het hof zal uitgaan van de volgende feiten.

2.2 [appellant] is eigenaar van het bedrijfspand [a-straat 1] te [B] . Hij verhuurt het pand aan diverse huurders.

2.3 Carinova heette aanvankelijk Stichting Carinova. Volgens haar op 28 juni 2006 gewijzigde statuten heeft zij ten doel het (doen) voeren van een gemeenschappelijk bestuur en beheer over

een achttal stichtingen, waaronder Stichting Carinova Thuiszorg Zuidwest Overijssel en Stichting Carinova Regionale Alarmservice voor Hulpzoekende, en het oprichten en verwerven van, het deelnemen in, het samenwerken met, het voeren van directie over en het (doen) financieren van andere instellingen en ondernemingen. Volgens artikel 3 van deze statuten is Stichting Carinova hoofdelijk aansprakelijk voor de verplichtingen van de acht in de statuten genoemde stichtingen. Met ingang van 31 maart 2011 heeft Carinova haar huidige naam aangenomen. Volgens haar per die datum gewijzigde statuten heeft zij ten doel het bevorderen van de gezondheidszorg in haar werkgebied, onder meer door het (doen) bieden van professionele hulp- en dienstverlening op het gebied van de gezondheidszorg. Daarnaast heeft zij tot doel het voeren van gemeenschappelijk beheer en bestuur over, het oprichten van, deelnemen in, het voeren van de directie over en het financieren van andere instellingen en ondernemingen met eenzelfde of een vergelijkbare doelstelling op het gebied van de gezondheidszorg.

Daarnaast is Carinova bestuurder van Carinova WMO Diensten B.V. (hierna: Carinova B.V.).

2.4 Op 14 juni 2006 zijn [appellant] en Carinova een schriftelijk vastgelegde huurovereenkomst aangegaan betreffende "ca. 988 m<sup>2</sup> kantoorruimte en ca. 846 m<sup>2</sup> bedrijfsruimte" (hierna: het gehuurde) in het genoemde bedrijfspand. De huurovereenkomst is aangegaan voor een periode van 10 jaar met ingang van 1 juli 2006, met de mogelijkheid van verlenging voor de duur van 5 jaar. De overeengekomen (te indexeren) huurprijs bedroeg € 122.760,- per jaar. Op de huurovereenkomst worden de "Algemene Bepalingen Huurovereenkomst kantoorruimte en andere bedrijfsruimte" (hierna: de algemene voorwaarden) van 11 juli 2003 toepasselijk verklaard.

In het huurcontract is verder onder meer het volgende bepaald:

"1.2 Het gehuurde zal door of vanwege huurder uitsluitend worden bestemd om te worden gebruikt als regiokantoor met bijbehorend magazijn.

1.3 het is huurder niet toegestaan zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van verhuurder een andere bestemming aan het gehuurde te geven dan omschreven in 1.2.

(...)

8. Het gehuurde wordt in fasen opgeleverd, waarbij de op bijgaande tekening met geel gemarkeerde

ruimte (magazijnen) later wordt opgeleverd, afhankelijk van de nieuwbouw van de benodigde bedrijfsruimte voor (...). Bij het aangaan van deze overeenkomst wordt een oplevering in december 2006 mogelijk geacht.

(...)

10. Huurder zal voor haar rekening en risico een aantal wijzigingen in het gehuurde doorvoeren c.q. een aantal investeringen in het gehuurde doen. (...) Overigens geldt dat alle (bouwkundige) wijzigingen aan het gehuurde vooraf schriftelijke goedkeuring van verhuurder behoeven. Verhuurder zal zijn toestemming niet op onredelijke gronden weigeren, waarbij met name gekeken zal worden op de verhuurbaarheid c.q. de bruikbaarheid voor een opvolgend huurder."

2.5 In de algemene voorwaarden is onder meer het volgende bepaald:

"Gebruik

6.1 Huurder zal het gehuurde - gedurende de gehele duur van de huurovereenkomst - daadwerkelijk, geheel, behoorlijk en zelf gebruiken uitsluitend overeenkomstig de in de huurovereenkomst aangegeven bestemming (...).

Boetebeding

7. Indien huurder zich, na door verhuurder behoorlijk in gebreke te zijn gesteld, niet houdt aan de in de huurovereenkomst en de in deze algemene bepalingen opgenomen voorschriften, verbeurt huurder aan verhuurder, voor zover geen specifieke boete is overeengekomen, een direct opeisbare boete van € 250,00 per dag voor elke dag dat huurder in verzuim is. Het bovenstaande laat onverlet het recht van verhuurder op volledige schadevergoeding, voor zover de geleden schade de verbeurde boete overtreft.

Onderhuur

8.1 Behoudens voorafgaande schriftelijke toestemming van verhuurder is het huurder niet toegestaan het gehuurde geheel of gedeeltelijk aan derden in huur, onderhuur of gebruik af te staan, ofwel de huurrechten geheel of gedeeltelijk aan derden over te dragen of in te brengen in een personenvennootschap of rechtspersoon.

8.2 Ingeval huurder handelt in strijd met bovenstaande bepaling, verbeurt huurder aan verhuurder per kalenderdag dat de overtreding voortduurt een direct opeisbare boete, gelijk aan tweemaal de op dat moment voor huurder geldende huurprijs per dag, onverminderd het recht van verhuurder om nakoming dan wel ontbinding van de huurovereenkomst, alsmede schadevergoeding te vorderen."

2.6 Met ingang van 26 april 2007 is het aantal gehuurde m2 van de kantoorruimte op de begane grond uitgebreid met 71,37 m2.

2.7 In april/mei 2012 hebben Carinova en Vegro Verpleegartikelen B.V. te Lisse (hierna: Vegro) een huurcontract ondertekend, inhoudende dat Vegro met ingang van 1 januari 2012 een deel van het gehuurde van Carinova huurt tegen een huurprijs van € 210.000,- per jaar. In het huurcontract is onder meer bepaald:

*"1.2 Het gehuurde zal door of vanwege huurder uitsluitend worden bestemd om te worden gebruikt als ruimte ten behoeve van het door gebruik maken van medewerkers van Hulpmiddelen.*

(...)

*8.7 Onderverhuur is alleen mogelijk als schriftelijke toestemming verkregen is van de oorspronkelijke verhuurder/eigenaar te weten de heer [appellant]."*

2.8 Vegro heeft omstreeks september 2012 in het gehuurde een outlet geopend voor hulpmiddelen, zoals rolstoelen, krukken en dergelijke.

2.9 Uit het handelsregister blijkt dat het kantooradres van Carinova gedurende de looptijd van de huurovereenkomst Zwolseweg 180 te Deventer is (gebleven). Op het adres van het gehuurde stonden, volgt uit het Handelsregister, wel Carinova B.V. en de hiervoor in rechtsoverweging 2.3 genoemde 'dochterstichtingen' ingeschreven.

2.10 In een brief van 7 november 2013 aan Carinova heeft de toenmalige advocaat van [appellant] geschreven dat Carinova in strijd met het bepaalde in de artikelen 1.2 en 1.3 van de huurovereenkomst en artikel 8.1 van de algemene voorwaarden heeft gehandeld door het gehuurde in gebruik te geven aan Vegro, aan Carinova B.V. en aan de genoemde dochterstichtingen en ook door het gehuurde een andere bestemming te geven. In de brief wordt aanspraak gemaakt op een inmiddels verbeurde boete op grond van artikel 8.2 van de algemene voorwaarden (uitgaande van de ingangsdatum 1 januari 2012) van € 542.331,84, nog te vermeerderen met een boete van € 250,- per dag (op grond van artikel 7 van de algemene voorwaarden) indien niet binnen veertien dagen na dagtekening van de brief het met de contractuele bestemming strijdige gebruik van het gehuurde als outlet wordt gestaakt.

2.11 Carinova heeft voor wat betreft de betaling van de boetebedragen niet aan deze sommatie voldaan, waarop [appellant] na verkregen verlof conservatoir derdenbeslag heeft laten leggen voor een op ruim € 2.300.000,- begrote vordering. Wel

is de huurovereenkomst tussen Carinova en Vegro buitengerechtelijk ontbonden en heeft Vegro haar activiteiten in het gehuurde per 13 december 2013 gestaakt.

2.12 Nadat [appellant] deze procedure aanhangig had gemaakt, heeft hij in een brief van 6 januari 2014 aan Carinova melding gemaakt van (mogelijke) overtreding van een aantal bepalingen uit de huurovereenkomst (onder meer het aanbrengen van wijzigingen waarvoor geen toestemming was gegeven, het achterwege laten van onderhoud aan technische installaties, overtreding van de brandweervoorschriften en de verplichting de door Vegro ontruimde ruimten in gebruik te nemen) en heeft hij Carinova gesommeerd een en ander in orde te maken op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 250,- per dag.

2.13 De huurovereenkomst tussen partijen is op 30 juni 2016 beëindigd. Carinova heeft het gehuurde toen ontruimd.

### *3. De vorderingen en de beslissingen in eerste aanleg*

3.1 [appellant] heeft Carinova gedagvaard en, na vermeerdering van eis, gevorderd:

a. Te verklaren voor recht dat Carinova toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de tussen partijen gesloten huurovereenkomst.

b. Te verklaren voor recht dat Carinova aan [appellant] verschuldigd is alle in het kader van het geschil in en buiten rechte gemaakte advocatenkosten.

c. Carinova te veroordelen om een voorschot van € 11.000,- op deze kosten te voldoen;

d. Te verklaren voor recht dat Carinova per 1 juli 2006 is verschuldigd een huur voor de oppervlakte conform de berekening van BouwMeester huisvestingsadviseurs d.d. 8 april 2014 met een bijbehorende huurprijs conform de berekening van [appellant] van 10 april 2014, met veroordeling van Carinova tot betaling van de achterstallige huur tot en met kwartaal 2 van 2014 van € 141.469,20 (subsidiar € 68.308,32), te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente.

e. Carinova te veroordelen het gehuurde zelf in overeenstemming met de huurovereenkomst in gebruik te nemen.

f. Carinova te veroordelen tot betaling van de boete op grond van artikel 8 van de algemene voorwaarden over de periode van 1 juli 2006 tot en met 31 maart 2014 van € 2.379.989,77 (subsidiar € 2.097.051,37), een en ander zolang de over-

trekking voortduurt te vermeederen met tweemaal de op dat moment geldende huurprijs te dag, alles te vermeederen met de wettelijke (handels)rente.

g. Carinova te veroordelen tot betaling van de boete op grond van artikel 7 van de algemene voorwaarden van € 1.500,-, te vermeederen vanaf 28 november 2013 met € 250,- voor elke dag dat Carinova in verzuim blijft met nakoming van haar verplichtingen, alles te vermeederen met de wettelijke (handels)rente.

h. Carinova te veroordelen binnen 14 dagen na het vonnis te beginnen met een groot aantal aanpassingen/herstellingen aan het gehuurde.

i. Carinova te veroordelen in de proces- en beslagkosten. Ook heeft [appellant] een incidentele vordering op grond van artikel 843 Rv ingesteld, strekkende tot het overleggen door Carinova van de overeenkomsten tussen haar en Vegro.

3.2 Carinova heeft verweer gevoerd en in reconventie de volgende vorderingen ingesteld:

aa. Te verklaren voor recht dat [appellant] wederrechtelijk geweigerd heeft toestemming te verlenen om het tot het gehuurde behorende magazijn met bijbehorende kantooruimte aan Vegro onder te verhuren.

bb. [appellant] te veroordelen tot vergoeding van de daardoor door Carinova geleden en nog te lijden schade, nader op te maken bij staat.

cc. Te verklaren voor recht dat voor het gebruik van het gehuurde door medewerkers van Carinova B.V. geen toestemming van [appellant] nodig is, althans dat [appellant] toestemming dient te verlenen voor dit gebruik dan wel dit gebruik dient te gedogen.

dd. [appellant] te veroordelen in de kosten van het geding in reconventie.

3.3 De kantonrechter heeft, na enkele tussenvonnissen waarin een comparitie van partijen is gelast en bewijsopdrachten zijn verstrekt betreffende de hiervoor onder g. en h. vermelde vorderingen - in het tussenvonnis van 2 februari 2016 de incidentele vordering afgewezen. In het eindvonnis van 2 augustus 2016 heeft de kantonrechter over de vorderingen in conventie het volgende beslist (waarbij het hof de hiervoor vermelde aanduidingen zal aanhouden):

a. De vordering is toewijsbaar voor zover het betreft de onderverhuur aan Vegro zonder toestemming van [appellant] en het gebruik dat Vegro van het gehuurde heeft gemaakt.

b. De vordering is niet toewijsbaar.

c. De vordering is niet toewijsbaar, behoudens een bedrag van € 2.453,28 aan buitengerechtelijke kosten.

d. De vordering is niet toewijsbaar.

e. De vordering is niet toewijsbaar (bij gebrek aan belang omdat de huurovereenkomst inmiddels is geëindigd).

f. De vordering is - met matiging van de boete - toewijsbaar tot een bedrag van € 120.000,-, te vermeederen met wettelijke rente.

g. De vordering is toewijsbaar tot een bedrag van € 5.250,- (€ 250,- per dag gedurende de periode 22 november 2013 tot 13 december 2013 voor het gebruik door Vegro in strijd met de bestemming), te vermeederen met wettelijke rente.

h. De vordering is niet toewijsbaar.

i. De vordering is toewijsbaar tot een bedrag van € 8.747,95.

In laatstgenoemd vonnis heeft de kantonrechter de vorderingen in reconventie afgewezen, met veroordeling van Carinova in de proceskosten.

#### 4. De vorderingen in hoger beroep

4.1 [appellant] heeft in hoger beroep zijn vorderingen gewijzigd. Er is dan ook reden om eerst vast te stellen welke vorderingen in hoger beroep (nog) aan de orde zijn. Het hof stelt op dit punt het volgende vast:

a. Deze vordering is gehandhaafd.

b. Deze vordering is gehandhaafd.

c. Deze vordering is gehandhaafd.

d. Deze vordering is gehandhaafd. [appellant] heeft echter geen grief gericht tegen de afwijzing door de kantonrechter van deze vordering, zodat de vordering in hoger beroep niet inhoudelijk behandeld hoeft te worden.

e. Deze vordering is niet gehandhaafd.

f. Deze vordering is gehandhaafd en vermeederd. [appellant] vordert nu allereerst een bedrag van € 2.455.200,- aan boete op grond van overtreding van artikel 8 lid 1 van de algemene voorwaarden vanwege onderverhuur door Carinova aan Carinova B.V. en gelieerde stichtingen, vervolgens een bedrag van € 1.331.874,02 aan boete op grond van overtreding van artikel 8 lid 1 van de algemene voorwaarden vanwege de onderverhuur aan Vegro en, ten slotte, een bedrag van € 238.000,- aan boete op grond van overtreding van artikel 6.1 van de algemene voorwaarden (€ 250,- per dag vanaf 22 november 2013 tot aan het einde van de huurovereenkomst).

g. Deze vordering is gehandhaafd. Bij gelegenheid van de comparitie in hoger beroep heeft de advocaat van [appellant], desgevraagd, toegelicht dat de vordering betrekking heeft op het gebruik in strijd met de bestemming door Vegro - de outletactiviteiten - en dus is gebaseerd op overtreding van artikel 6 lid 1 van de algemene voorwaarden (€ 1.500,- voor de periode tot 28 november 2013 en € 250,- per dag voor de periode nadien).

h. Deze vordering is niet gehandhaafd.

i. Deze vordering is gehandhaafd en uitgebreid met de kosten van de appelprocedure.

Daarnaast heeft [appellant] in hoger beroep een nieuwe vordering ingesteld - vordering j. -, strekkende tot veroordeling van Carinova in de door hem geleden en nog te lijden schade te berekenen op basis van artikel 6:104 BW en te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente, welke schade dient te worden opgemaakt bij staat. Ten slotte heeft [appellant] een incidentele vordering ingesteld, tot veroordeling van Carinova op straffe van verbeurte van een dwangsom om inzage, afschrift of uittreksel te verschaffen van alle bescheiden die direct of indirect verband houden met de onderhuur- en samenwerkingsovereenkomst tussen Carinova en Vegro.

4.2 Carinova heeft haar afgewezen reconventionele vorderingen in hoger beroep niet gehandhaafd. Dat betekent dat deze vorderingen in hoger beroep buiten beschouwing blijven.

4.3 Carinova heeft bezwaar gemaakt tegen de vermeerdering van eis in hoger beroep. Het hof gaat aan dit bezwaar voorbij. [appellant] heeft zijn eis in het eerste inhoudelijke processtuk in hoger beroep, dus tijdig, vermeerderd. De eisvermeerdering ligt, anders dan Carinova lijkt te betogen, in het verlengde van de al ingestelde vorderingen. De feitelijke grondslag van de vermeerderde eis is gelijk aan de feitelijke grondslag van de al ingestelde vorderingen. Carinova stelt slechts op basis van deze feitelijke grondslag een extra vordering in. Het hof ziet dan ook geen reden de eisvermeerdering, die tijdig (in het eerste inhoudelijke processtuk in hoger beroep) heeft plaatsgevonden, buiten beschouwing te laten, zodat het recht zal doen op de gewijzigde eis.

### 5. De bespreking van de grieven in principaal en incidenteel appel

5.1 De grieven III tot en met VII in het principaal appel betreffen het geschil tussen partijen over de vraag of Carinova onbevoegd wijzigingen heeft

aangebracht aan het verhuurde en om die reden de contractuele boete van artikel 7 van de algemene voorwaarden verschuldigd is. De kantonrechter heeft die vraag uiteindelijk, na enkele tussenvonnissen en bewijslevering, ontkennend beantwoord. Met de grieven komt [appellant] tegen dat oordeel op.

5.2 De grieven falen bij gebrek aan belang. Hiervoor heeft het hof aangegeven welke vorderingen in hoger beroep nog aan de orde zijn. De vordering van [appellant] betreffende de boete van € 250,- per dag (vordering g.) heeft betrekking op de gestelde overtreding door Carinova van artikel 6.1 van de algemene voorwaarden (gebruik in strijd met de bestemming), maar niet op en overtreding van artikel 10 van de huurovereenkomst (het aanbrenge van wijzigingen zonder voorafgaande schriftelijke toestemming). Omdat het petitum van de memorie van grieven op dit punt niet aansloot bij de grieven, heeft het hof de advocaat van [appellant] bij gelegenheid van de comparitie van partijen gevraagd naar de reikwijdte van de vordering onder g. (in de memorie van grieven als 4 genummerd), waarop de advocaat van [appellant] heeft bevestigd dat deze vordering ziet op het handelen in strijd met de bestemming (de outletactiviteiten). Het petitum biedt met deze toelichting geen ruimte voor de interpretatie dat [appellant] ook een boete vordert vanwege overtreding van artikel 10 van de huurovereenkomst.

Overigens heeft de kantonrechter de vordering betreffende de outletactiviteiten beperkt tot 13 december 2013. Tegen deze beperking is geen grief gericht, zodat daarvan in hoger beroep moet worden uitgegaan.

5.3 In het tussenvonnis van 9 december 2014 heeft de kantonrechter overwogen dat het gebruik van het gehuurde door aan Carinova gelieerde rechtspersonen niet leidt tot verschuldigdheid van de contractuele boete van artikel 8 van de algemene voorwaarden. Met grief II in het principaal appel komt [appellant] op tegen dit oordeel.

5.4 Bij de bespreking van de grief kan van de volgende feiten en omstandigheden worden uitgegaan:

- Carinova heeft in het handelsregister nooit ingeschreven gestaan op het adres van het gehuurde;
- op het gehuurde stond wel ingeschreven Stichting Carinova Leiboom Groep, een stichting die op 28 juni 2006 is opgericht door Carinova en Stichting Zorggroep De Leiboom, met als doel het

(doen) voeren van een gemeenschappelijk bestuur over Carinova en Stichting Zorggroep De Leiboom (die sinds een statutenwijziging in 2011 Stichting Carinova Groep heet). Stichting Carinova Leiboom Groep benoemt de bestuurder van Carinova;

- Carinova is bestuurder van Carinova B.V. Deze vennootschap en Stichting Carinova Thuiszorg Zuidwest Overijssel en Stichting Carinova Regionale Alarmservice voor Hulpzoekenden stonden ingeschreven op het adres van het gehuurde;

- het gehuurde is (mede) gebruikt ten behoeve van activiteiten van de aan Carinova gelieerde stichtingen en van Carinova B.V.

5.5 Carinova heeft in eerste aanleg en in haar memorie van antwoord een toelichting gegeven op de structuur en de werkwijze van de 'Carinova-groep'. Die toelichting komt erop neer dat Carinova aan het hoofd staat van een aantal stichtingen, die actief zijn in de zorgverlening, en een meerderheidsbelang heeft in en bestuurder is van Carinova B.V., waarin de WMO-activiteiten van de groep zijn ondergebracht. Aan het hoofd van Carinova staat weer Stichting Carinova Groep (voorheen Stichting Zorggroep De Leiboom). Volgens Carinova zijn de medewerkers van de onder haar ressorterende stichtingen bij haar in dienst, maar heeft Carinova B.V. wel eigen medewerkers in dienst. De verschillende stichtingen werken intensief met elkaar samen en maken gebruik van dezelfde centrale diensten.

Deze toelichting van Carinova vindt steun in de overgelegde stukken over de structuur van de Carinova-groep. In het overgelegde directieverslag 2013 van Stichting Carinova Groep is uiteengezet dat een achttal stichtingen en Carinova B.V. onder Carinova vallen en in het van dat verslag deel uitmakende organogram zijn de relaties tussen Carinova en deze stichtingen en Carinova B.V. verder inzichtelijk gemaakt. De informatie in dit verslag komt overeen met wat in rechtsoverweging 2.3 is vermeld over de statuten van Carinova. Het hof gaat er dan ook vanuit dat Carinova een holdingstichting is. Het hof gaat er eveneens vanuit dat de verschillende van de Carinova-groep deel uitmakende rechtspersonen intensief met elkaar samenwerken en dat hun activiteiten met elkaar verweven zijn. Uit het genoemde organogram volgt dat de stichtingen gebruik maken van dezelfde centrale diensten, bijvoorbeeld voor personeel en organisatie, ICT en financiën. Dat volgt ook uit de overgelegde jaarrekening 2013 van

Carinova, waarin onder het kopje "grondslagen van segmentering" het volgende is vermeld:

*"Bij de verdeling van de resultatenrekening per bedrijfssegment is aangesloten op de activiteiten van het bedrijfsproces. De verdeling van indirecte kosten over de onderscheiden zorgsoorten geschiedt op basis van werkplekken, fte's, omzet en vierkante meters.(...)"*

Verder is in deze jaarrekening vermeld dat Carinova geen zelfstandig vermogen heeft, maar enerzijds een lening heeft verstrekt aan Carinova B.V. en anderzijds geld heeft geleend bij twee gelieerde stichtingen. Ten slotte volgt uit deze jaarrekening dat Carinova al haar personeelslasten doorbelast aan twee gelieerde stichtingen, waaronder de genoemde Stichting Carinova Thuiszorg Zuidwest Overijssel. Dat biedt steun voor de stelling van Carinova dat zij zelf geen personeel in dienst heeft.

In het licht van wat hiervoor is overwogen, heeft [appellant] de stellingen van Carinova over haar structuur onvoldoende weersproken.

5.6 Verder gaat het hof ervan uit dat de gelieerde stichtingen al dan niet via een rekening-courantverhouding hebben bijgedragen aan de huur die Carinova voor het gehuurde diende te voldoen. Een aanknopingspunt daarvoor is te vinden in de in de vorige rechtsoverweging aangehaalde passages uit de jaarrekening 2013 van Carinova. Uit haar eigen jaarrekening volgt dat de indirecte kosten binnen de groep verdeeld worden, onder meer op basis van vierkante meters, en dat Carinova zelf geen vermogen heeft. Het ligt dan ook voor de hand dat intern verrekeningen plaatsvinden, waardoor de door Carinova verschuldigde huur wordt doorbelast aan de rechtspersonen die gebruik maken van het gehuurde. Hoewel dat op haar weg lag, heeft Carinova deze op basis van de bekende gegevens voor de hand liggende conclusie niet gemotiveerd weersproken door gedetailleerde informatie te verstrekken over de financiële verhouding tussen de verschillende entiteiten binnen de groep, de wijze van verrekening, etc.

5.7 Op grond van artikel 8.1 van de algemene voorwaarden is het de huurder verboden het gehuurde "geheel of gedeeltelijk aan derden in huur, onderhuur of gebruik af te staan". Naar het oordeel van het hof heeft [appellant] in het licht van wat hiervoor is overwogen over de structuur van de Carinova-groep onvoldoende onderbouwd dat daarvan sprake is geweest. Het enkele feit dat het gehuurde ook gebruikt is ten behoeve van activi-

teiten van aan Carinova gelieerde rechtspersonen en dat medewerkers van deze rechtspersonen in het gehuurde hebben gewerkt, is daarvoor onvoldoende, ook niet wanneer in aanmerking wordt genomen dat Carinova voor dat gebruik een vergoeding heeft ontvangen. De verwevenheid tussen Carinova en de rechtspersonen die, of ten behoeve van wier activiteiten, gebruik is gemaakt van het gehuurde in combinatie met het feit dat Carinova, als bestuurder van deze rechtspersonen, de regie voerde over deze rechtspersonen en hun activiteiten maakt dat het gehuurde niet aan deze (gelieerde) rechtspersonen in gebruik is “afgestaan”. [appellant] heeft onvoldoende onderbouwd dat Carinova door het gebruik dat is gemaakt van het gehuurde de (feitelijke) zeggenschap over het gehuurde heeft overgelaten (laat staan overgedragen) aan de gelieerde rechtspersonen. Indien het pand ook is gebruikt door of ten behoeve van Stichting Carinova Groep geldt dat de activiteiten van deze stichting niet los kunnen worden gezien van de activiteiten van Carinova, omdat Stichting Carinova Groep de zeggenschap heeft over Carinova en haar activiteiten daardoor mede ten behoeve van Carinova worden verricht.

In dit verband merkt het hof op dat het in het rechtsverkeer gebruikelijk is dat (zeker wat) grotere ondernemingen hun activiteiten via een holdingstructuur onderbrengen in verschillende rechtspersonen. Wanneer een van de tot de holding behorende rechtspersonen, bijvoorbeeld de onroerend goed B.V., een pand huurt, zal dat pand doorgaans ook worden gebruikt door de medewerkers van gelieerde rechtspersonen (bijvoorbeeld de vennootschappen waarin de verschillende activiteiten zijn ondergebracht) en ten behoeve van de activiteiten van de holding. De uitleg die [appellant] geeft aan artikel 8.1, die erop neerkomt dat ook in een dergelijke situatie sprake is van het in gebruik geven van het gehuurde aan een derde, leidt tot een ongewenste juridisering van het handelsverkeer en komt ook niet overeen met de rechtspraktijk, waarin holdingvennootschappen die een pand huren de verhuurder geen toestemming (hoeven) vragen voor de oprichting van een dochtervennootschap, waarvan de activiteiten (mede) vanuit het gehuurde zullen gaan plaatsvinden, naast de activiteiten die daar al plaatsvonden. Dat is uiteraard anders wanneer het pand wordt gebruikt ten behoeve van activiteiten die niet overeenkomen met de contractuele

bestemming. Dat die situatie zich heeft voorgedaan is echter niet aangevoerd en evenmin gebleken en artikel 8.1 ziet ook niet op die situatie.

5.8 Daarmee komt het hof toe aan de stelling van [appellant] dat het gebruik van het gehuurde door (werknemers van) gelieerde rechtspersonen dan wel ten behoeve van activiteiten van gelieerde rechtspersonen ook in strijd is met artikel 6.1 van de algemene voorwaarden, die de huurder verplichten om het gehuurde daadwerkelijk zelf te gebruiken overeenkomstig de bestemming, zodat Carinova vanwege dit gebruik de boete van artikel 7 van de algemene voorwaarden verschuldigd is. Tussen partijen staat in hoger beroep niet ter discussie dat het gehuurde afgezien van de kwestie van de outlet-activiteiten, waarvoor [appellant] een aparte vordering heeft ingesteld, overeenkomstig de bestemming is gebruikt. Doordat het gehuurde ook door of ten behoeve van gelieerde rechtspersonen is gebruikt, heeft Carinova het gehuurde echter niet zelf gebruikt, meent [appellant].

5.9 Het hof volgt [appellant] niet in dit betoog. Gelet op wat hiervoor is overwogen over het feitelijk gebruik van het gehuurde door en ten behoeve van de gelieerde rechtspersonen heeft [appellant] onvoldoende onderbouwd dat Carinova het gehuurde niet daadwerkelijk zelf heeft gebruikt in de zin van artikel 6.1 van de algemene voorwaarden. Carinova is, gelet op haar positie binnen de Carinova-groep, zodanig betrokken geweest bij het gebruik dat door of ten behoeve van de activiteiten van de gelieerde rechtspersonen is gemaakt, dat zij het gehuurde zelf is blijven gebruiken.

5.10 De grief faalt dan ook.

5.11 Grief I betreft het gebruik van het gehuurde door Vegro. Tussen partijen staat niet ter discussie dat dit gebruik, dat is gebaseerd op een overeenkomst van onderhuur, in strijd is met artikel 8.1 van de algemene voorwaarden. De kantonrechter heeft de boete die op grond van artikel 8.2 van deze voorwaarden verschuldigd is bij overtreding van artikel 8.1 echter gematigd tot € 120.000,-. Met de grief komt [appellant] op tegen deze matiging. Carinova wil met haar grief in het incidenteel appel, die anders dan [appellant] betoogt volstrekt helder is, ingang doen vinden dat ondanks de overtreding geen boete verschuldigd is geworden.

5.12 Carinova betoogt allereerst dat de kantonrechter er ten onrechte van is uitgegaan dat de onderhuur aan Vegro heeft plaatsgevonden van 1

mei 2012 tot 13 december 2013. Volgens [appellant] is de onderhuur ingegaan per 1 januari 2012 en na 13 december 2013 voortgezet, zij het in de vorm van een samenwerkingsovereenkomst tussen Vegro en Carinova.

5.13 Het hof stelt vast dat in het huurcontract tussen Vegro en Carinova 1 januari 2012 als ingangsdatum wordt genoemd. Deze datum wordt ook genoemd in een brief die Carinova op 6 november 2013 heeft geschreven aan de echtgenote van [appellant]. Volgens deze brief zijn Carinova en Vegro overeengekomen dat Vegro met ingang van 1 januari 2012 de activiteiten van Carinova met betrekking tot AWBA-hulpmiddelen heeft overgenomen en dat deze activiteiten vanaf dezelfde locatie - dus in het gehuurde - zullen plaatsvinden. Bij gelegenheid van de comparitie in eerste aanleg is namens Carinova verklaard dat Carinova en Vegro in december 2011 intensief hebben onderhandeld met Vegro over de overname van het hulpmiddelendepot, dat de overeenkomst tussen Carinova en Vegro per 1 januari 2012 is ingegaan, dat Vegro de eerste maanden in onderaanneming heeft gewerkt en vanaf maart 2012 werknemers van Carinova in dienst heeft genomen. In het licht van deze omstandigheden heeft Carinova haar ook in hoger beroep gevoerde verweer, dat de onderhuur pas per 1 mei 2013 is ingegaan, onvoldoende onderbouwd. Het hof overweegt in dit verband dat Carinova niet aanvoert dat Vegro pas vanaf 1 mei 2013 een vergoeding verschuldigd was voor het gebruik van het magazijn. Ook indien moet worden aangenomen dat de periode tussen 1 januari en 1 mei 2013 een overgangperiode was, waarin de activiteiten en het daarbij betrokken personeel geleidelijk overgingen van Carinova naar Vegro, is het magazijn in deze periode gebruikt ten behoeve van de economische activiteiten van Vegro en was Vegro voor dit gebruik een vergoeding verschuldigd. Het gebruik valt dan ook onder het bereik van artikel 8.1 van de algemene voorwaarden. De grief van [appellant] slaagt in zoverre.

5.14 [appellant] voert vervolgens aan dat de onderhuur niet per 13 december 2013 is geëindigd. Ook na 13 december 2013 zou Vegro het gehuurde nog hebben gebruikt als uitgiftepunt voor hulpmiddelen. [appellant] verwijst naar gegevens van websites van Carinova en Vegro waarop in 2014 nog melding wordt gemaakt van het adres van het gehuurde als uitgiftepunt van Vegro.

Carinova heeft gemotiveerd bestreden dat na 13 december 2013 nog sprake was van onderverhuur. Carinova stelt dat zij, in het kader van de brede, strategische samenwerking met Vegro op het gebied van de verstrekking van hulpmiddelen, nadat bleek dat Vegro niet mocht onderhuren afspraken met Vegro heeft gemaakt die erop neerkomen dat zijzelf vanuit het gehuurde de Vegro-producten heeft uitgegeven. Het uitgiftepunt is toen vanaf mei 2014 door haar, en niet door Vegro, gebruikt en geëxploiteerd. Daarbij speelde een rol dat [appellant] wilde dat Carinova het magazijn ook ging gebruiken, omdat het contract daartoe verplichtte. Carinova heeft in dit verband verwezen naar een brief van 20 mei 2014 aan [appellant], waarin zij [appellant] het volgende schreef:

*“Ter beantwoording van vragen het volgende. Stichting Carinova Thuiszorg neemt het magazijn per 1 juni a.s. in gebruik als hulpmiddelendepot. Het gaat hier om dezelfde activiteit die begin 2012 door Vegro is voortgezet en die in december 2013 is beëindigd. Carinova Thuiszorg exploiteert dit hulpmiddelendepot voor eigen rekening en risico met werknemers die bij haar in dienst zijn. De administratieve en financiële afhandeling wordt uitbesteed aan Vegro. Er zullen geen medewerkers van Vegro in het magazijn werkzaam zijn. Ook anderszins maakt Vegro geen gebruik van enige faciliteit, die in de van u gehuurde ruimten aanwezig zijn.”*

5.15 Naar het oordeel van het hof is het in het licht van dit verweer van Carinova op zichzelf niet verwonderlijk dat in 2014 het gehuurde op internet nog werd aangeduid als Vegro-uitgiftepunt. Uit deze aanduidingen volgt niet dat het gehuurde nog werd onderverhuurd of in gebruik was afgestaan aan Vegro. Gesteld noch gebleken is dat na 13 december 2013 nog medewerkers van Vegro in het tot dat moment onderverhuurde deel van het gehuurde hebben gewerkt, of dat dat deel toen een Vegro karakter had. Evenmin is gesteld of gebleken dat [appellant] naar aanleiding van de brief van Carinova van 20 mei 2014 onderzoek heeft gedaan in het gehuurde en daarbij is gestuit op medewerkers van Vegro. Op basis van de vaststaande gegevens heeft [appellant] niet aannemelijk gemaakt dat na 13 december 2013 nog sprake was van onderhuur of ingebruikgeving aan Vegro. De vaststaande feiten bieden daarvoor ook onvoldoende aanknopingspunten.

5.16 [appellant] heeft weliswaar bewijs door getuigen aangeboden van zijn stellingen over het



voortgezette gebruik door Vegro van het gehuurde. Hij wil zelf als getuige gehoord worden, maar geeft niet aan wat hij over het door hem gestelde voortgezette gebruik door Vegro zou kunnen verklaren. Het hof zal dit aanbod dan ook, als onvoldoende specifiek, passeren.

Het hof ziet ook geen reden om Carinova op grond van artikel 22 Rv te gelasten bescheiden in het geding te brengen betreffende de samenwerking tussen haar en Vegro. Voor een dergelijke opdracht bieden de vaststaande gegevens onvoldoende grond.

5.17 De slotsom is dat het hof er, met de kantonrechter, vanuit gaat dat de onderverhuur aan Vegro per 13 december 2013 is beëindigd. Dat betekent dat het hof uitgaat van een periode van onderverhuur van 1 januari 2012 tot 13 december 2013. [appellant] heeft berekend dat bij deze periode de boete op grond van artikel 8.2 van de algemene voorwaarden € 565.033,52 bedraagt. Carinova heeft deze berekening niet weersproken, zodat het hof daarvan uitgaat.

5.18 Partijen hebben uitgebreide beschouwingen gegeven over de vraag of het bedrag van de boete gematigd dient te worden. Uitgangspunt is dat de rechter pas van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik mag maken als de toepassing van het boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt. Daarbij dient de rechter verschillende omstandigheden in zijn oordeel te betrekken, zoals de verhouding tussen de boete en de werkelijke schade, de aard van de overeenkomst, de inhoud en strekking van het beding en de omstandigheden waaronder het is ingeroepen (vgl. Hoge Raad 16 februari 2018, ECLI:HR:2018:207). Het hof overweegt over deze omstandigheden het volgende.

5.19 Naar het oordeel van het hof heeft [appellant] niet aannemelijk gemaakt dat hij substantiële schade heeft geleden door de onderhuur. [appellant] heeft weliswaar betoogd dat hij omzet heeft misgelopen doordat Vegro nu geen ruimte van hem heeft gehuurd, maar hij heeft op geen enkele manier aannemelijk gemaakt dat Vegro indien zij niet van Carinova zou hebben ondergehuurd van [appellant] (elders in het gebouw) een alternatieve ruimte zou hebben gehuurd. De stelling dat Vegro dat in dat geval zou hebben gedaan, berust op speculatie en wordt weersproken door het feit dat Vegro toen haar eind 2013 bleek dat

onderverhuur niet mogelijk was zich niet tot [appellant] heeft gewend voor een alternatief.

heeft ook aangegeven dat Carinova vanwege de onderverhuur allerlei wijzigingen aan het gehuurde heeft aangebracht, waardoor schade is ontstaan, maar hij heeft deze stelling onvoldoende onderbouwd. Zo heeft hij niet aangegeven welke verbouwingen het betreft, dat deze verbouwingen tot schade aan of waardevermindering van het gebouw hebben geleid en dus ongedaan moeten worden gemaakt en welke kosten daarmee zijn gemoeid. Het hof laat dan nog daar dat partijen bij het einde van de huurovereenkomst afspraken hebben gemaakt over de oplevering van het gehuurde en dat Carinova in dat verband een bedrag van € 83.500,- heeft betaald. Gesteld noch gebleken is dat de kosten van de wijzigingen aan het gehuurde niet in dit bedrag begrepen zijn. Verder heeft [appellant] aangegeven dat hij forse (buitengerechtelijke) kosten heeft moeten maken voor de handhaving van de huurovereenkomst. Het hof neemt aan dat [appellant] aanzienlijke kosten heeft moeten maken in verband met het geschil met Carinova, maar deze kosten betreffen vooral de procedure. De buitengerechtelijke fase is beperkt gebleven, omdat [appellant] korte tijd na het 'ontdekken' van de onderverhuur een procedure is begonnen. In die procedure lag het zwaartepunt op de in het gehuurde aangebrachte wijzigingen, niet op de onderhuur. De kosten die [appellant] heeft moeten maken, zullen dan ook vooral met dit onderwerp verband houden. Het is niet aannemelijk dat de kosten die verband houden met de onderverhuur meer dan 10% bedragen van het berekende boetebedrag. Dat deze kosten wel hoger zijn, heeft [appellant] niet aannemelijk gemaakt.

De slotsom is dan ook dat de berekende boete aanzienlijk (zeker een factor 10) hoger is dan de door [appellant] geleden schade.

5.20 [appellant] heeft echter betoogd dat zijn schade ook begroot kan worden op grond van artikel 6:104 BW. De Hoge Raad overwoog in zijn arrest van 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893) dat de rechter in een situatie van verboden onderverhuur een discretionaire bevoegdheid (niet de verplichting) heeft om, ingeval schadevergoeding is gevorderd, de schade te begroten op het bedrag van de door de verboden onderverhuur genoten winst of op een gedeelte daarvan. Daarvoor is niet noodzakelijk dat door de benadeelde (verhuurder) concreet

nadeel wordt aangetoond; voldoende is dat de aanwezigheid van enige (vorm van) schade aanneemelijk is. De rechter kan niet tot toepassing van art. 6:104 overgaan, indien de aangesprokene aanneemelijk maakt dat door de gedragingen waarvoor hij aansprakelijk gesteld wordt, geen schade kan zijn ontstaan.

Omdat de wijze van schadebegroting waarin art. 6:104 BW voorziet niet (mede) het karakter heeft van een punitieve maatregel, behoort de rechter bij de toepassing van deze bepaling in zoverre terughoudendheid in acht te nemen dat, indien aanneemelijk is dat het door de schuldenaar behaalde financiële voordeel de vermoedelijke omvang van de schade aanmerkelijk te boven gaat, de schade in beginsel wordt begroot op een door de rechter te bepalen gedeelte van de winst, aldus de Hoge Raad.

Uit dit arrest volgt dat ook indien het hof gebruik zou maken van zijn discretionaire bevoegdheid om de schade op de voet van artikel 6:104 BW te begroten en vastgesteld zou worden dat de winst van Carinova aanzienlijk meer zou zijn dan de vermoedelijke omvang van de schade van [appellant] (de door hem gemaakte (buiten)gerechtelijke kosten), het hof slechts een deel van de winst als schadevergoeding zou kunnen toewijzen.

5.21 Volgens [appellant] heeft Carinova, uitgaande van een huurprijs van € 210.000,- per jaar en rekening houdend met de huurprijs die zij zelf voor het door haar onderverhuurde deel aan [appellant] diende te betalen (€ 39.357,- per jaar), over de periode tot 13 december 2013 een voordeel genoten van € 332.403,- (€ 170.643,- per jaar).

5.22 Carinova heeft deze berekening bestreden. Zij heeft, allereerst, aangevoerd dat de met Vegro overeengekomen huur achteraf is verminderd met € 45.000,- per jaar. Zij heeft een creditnota overgelegd van 29 december 2014 betreffende een bedrag van € 90.000,- met als omschrijving "Creditering huur [a-straat 1] [B] 2012 en 2013 vlg. Afspraak".

[appellant] heeft ontkend dat de huur is verminderd. Het hof volgt [appellant] in diens bedenkingen. Carinova heeft onvoldoende duidelijk gemaakt wat - een jaar na het einde van de huur - de reden was van een afspraak met Vegro om de huur met terugwerkende kracht te verminderen. Ook heeft zij niet duidelijk gemaakt waarom zij pas in hoger beroep, ruim twee jaren nadat de afspraak zou zijn gemaakt, ervan melding heeft ge-

maakt, temeer omdat partijen ook in eerste aanleg al van mening verschilden over het voordeel van Carinova. Ten slotte heeft Carinova niet onderbouwd, bijvoorbeeld door het in het geding brengen van een betalingsbewijs of een bewijs van verrekening, dat de creditnota daadwerkelijk is voldaan. Het hof houdt dan ook geen rekening met de door Carinova gestelde vermindering van de huur.

5.23 Carinova heeft vervolgens aangevoerd dat de overeengekomen huurprijs met Vegro slechts voor een gering deel (€ 90.000,-, later beweerdelijk verminderd tot € 45.000,-) betrekking had op de kale huur. Het overgrote deel, € 120.000,- per jaar, betrof een vergoeding voor afschrijving, onderhoud, gebouwenbeheer, gas/water/licht, en overige kosten. [appellant] bestrijdt niet dat Carinova enige kosten heeft moeten maken ten behoeve van de onderverhuur, maar zij betoogt dat de door Carinova opgevoerde kosten veel te hoog zijn. Zij wijst er bijvoorbeeld op dat Carinova uitgaat van kosten voor de nutsvoorzieningen van € 23.909,- per jaar, terwijl de werkelijke kosten van een ander (tweemaal zo groot) deel van het pand waarvan het gehuurde deel uitmaakt € 4.240,- per jaar bedragen hebben.

5.24 Carinova heeft een deel van het pand waarvoor zij een kale huur van € 39.357,- per jaar betaalde onderverhuurd aan Vegro voor een bedrag van € 210.000,- inclusief een aantal voorzieningen. Dat betekent dat om het voordeel van Carinova te kunnen bepalen de met Vegro overeengekomen huur niet alleen moet worden verminderd met de door Carinova voor het onderverhuurde deel verschuldigde kale huur, maar ook met de kosten die op het onderverhuurde deel drukken.

Carinova heeft weliswaar een opstelling van deze kosten in het geding gebracht, maar zij heeft niet onderbouwd dat deze kosten daadwerkelijk zijn gemaakt. De opstelling lijkt - zo begrijpt het hof de niet erg duidelijke stellingen van Carinova - te zijn gebruikt in de onderhandelingen met Vegro eind 2011. Het gaat dan om een (gelet op de positie van Carinova in de onderhandelingen) royale inschatting van die kosten. Een berekening achteraf, op basis van de werkelijke kosten, ontbreekt. Het had op de weg van Carinova gelegen die berekening te verstrekken. Het hof zal met inachtneming van het bovenstaande vaststellen met welke kosten rekening kan worden gehouden. Het hof houdt geen rekening met de post afschrijving van ruim € 35.000,- per jaar. Carinova heeft zelf ge-

steld (MvA nr. 3.40) dat in het kader van de onderverhuur geen verbouwingen aan het gehuurde hebben plaatsgevonden. Het ligt dan ook niet voor de hand dat zij heeft bedongen dat Vegro een deel van de kosten van de al gerealiseerde verbouwing voor haar rekening zou nemen. In randnummer 16 van de conclusie van antwoord lijkt Carinova dat ook te suggereren. Die kosten zouden anders voor haar eigen rekening zijn gekomen, zodat het doorbelasten van deze kosten aan Vegro een voordeel voor Carinova opleverde.

Het hof acht aannemelijk dat Carinova enige onderhoudskosten heeft gehad aan het onderverhuurde gedeelte. Het door Carinova vermelde bedrag van € 12.454,- is echter, zonder enige onderbouwing, excessief. Het hof gaat uit van € 5.000,- per jaar.

Het is het hof onduidelijk wat Carinova bedoelt met de post “gebouwenbeheer”, waaraan zij een bedrag koppelt van € 26.751,- per jaar. Het hof houdt geen rekening met deze post.

Carinova gaat uit van € 23.909,- per jaar aan gas/water/elektra. Het hof zal, gelet op het door [appellant] gevoerde verweer, met een bedrag van € 5.000,- rekening houden.

Ook de post “overig” is niet onderbouwd. Dat er enige kosten zijn, zoals die voor beveiliging, het afvoeren van bedrijfsafval en het wassen van de ramen (de door [appellant] genoemde posten) en mogelijk nog wat andere posten, acht het hof aannemelijk, maar het door [appellant] opgenomen bedrag van € 21.400,- is, gelet op het ontbreken van enige toelichting, excessief. Het hof zal rekening houden met een bedrag van € 5.000,- per jaar.

De totale kosten komen daarmee uit op € 15.000,- per jaar. Over de gehele huurperiode is dat - afgerond - € 29.275,-. Het voordeel komt daarmee uit op € 332.403,- -/- € 29.275,- = (afgerond) € 303.000,-.

5.25 De overeenkomst is een huurovereenkomst tussen twee professionele partijen. Carinova is een holding-stichting van een grote, professionele organisatie op het gebied van de zorg, met - zo blijkt het organogram - een stafbureau met deskundigen op (in elk geval) administratief en financieel gebied. [appellant] is een zakenman, die een fors bedrijfspand aan diverse bedrijven en instellingen verhuurt. De huurovereenkomst betreft bedrijfsruimte en heeft daardoor een zakelijk karakter.

5.26 Het boetebeding waar het hier om gaat is opgenomen in de algemene voorwaarden. Over de inhoud van het beding is niet onderhandeld. De boete in het beding betreft (anders dan de boete in artikel 7 van der algemene voorwaarde) één specifieke contractuele verplichting van de huurder, neergelegd in artikel 8.2, en heeft dus geen betrekking op meerdere, in aard en ernst van elkaar verschillende schendingen van contractuele verplichtingen.

5.27 Ook indien, zoals Carinova stelt maar [appellant] betwist, het de bedoeling van Carinova was om toestemming voor de onderhuur te vragen maar dat door een vergissing van een medewerker niet is gebeurd - de desbetreffende medewerker zou wel een e-mailbericht hebben opgesteld, maar niet hebben verstuurd - is overtreding van artikel 8.1 van de huurovereenkomst een ernstige overtreding. Het is voor de verhuurder in zijn algemeenheid essentieel dat het gehuurde niet zonder zijn toestemming wordt onderverhuurd aan derden. Dat de toestemming door een vergissing niet zou zijn gevraagd, ontnemt aan de verboden onderhuur niet het ernstige karakter; Carinova is, zoals overwogen, een professionele organisatie en omissies van haar medewerkers verschonen haar niet.

5.28 Carinova heeft aangevoerd dat indien zij [appellant] om toestemming zou hebben gevraagd [appellant] de onderverhuur in redelijkheid niet had mogen weigeren. De kern van de door haar begane overtreding is dan ook niet gelegen in de verboden onderhuur, maar in een administratief verzuim, het vragen van toestemming, aldus Carinova. Het hof volgt [appellant] niet in dit betoog. Dat betoog is door de kantonrechter, mede gelet op de uitkomst van de getuigenverhoren, in de rechtsoverwegingen 5.1 tot en met 5.6 van het eindvonnis met een uitgebreide motivering verworpen. De kantonrechter is er daarbij vanuit gegaan dat Carinova groot belang had bij de onderverhuur, maar oordeelde toch dat [appellant] belang had bij zijn weigering toestemming te geven, om ieder risico op wijziging van het huurregime - gelet op de door Vegro uitgeoefende detailhandelsactiviteiten - te voorkomen. Het hof verenigt zich met dit oordeel van de kantonrechter, dat door Carinova in hoger beroep overigens niet (uitdrukkelijk) is bestreden, en maakt dit tot het zijne.

5.29 Gelet op wat eerder is overwogen, moet ervan worden uitgegaan dat Carinova afgezien van

de onderverhuur aan Vegro en het gebruik van het gehuurde door Vegro voor outletactiviteiten, haar verplichtingen uit de huurovereenkomst stipt is nagekomen. Er kan, anders dan door [appellant] is betoogd, niet van worden uitgegaan dat Carinova een huurder was die haar verplichtingen uit de huurovereenkomst geregeld, laat staan structureel, niet nakwam.

5.30 Wanneer de balans wordt opgemaakt, staat allereerst vast dat Carinova, ook als sprake is van een administratieve vergissing, een kernverplichting uit de huurovereenkomst heeft overtreden, waarop in de algemene voorwaarden een aparte boete is bepaald. Deze omstandigheid pleit niet voor matiging van de boete, ook niet wanneer in aanmerking wordt genomen dat over de boete niet apart is onderhandeld.

Vervolgens staat vast dat niet kan worden vastgesteld dat [appellant] substantiële schade heeft geleden door de overtreding. Buiten de schade ten gevolge van de kosten voor het afdwingen van nakoming van het beding en het opvorderen van de boete, is geen schade aannemelijk geworden. Het boetebedrag van € 565.033,52 is in verhouding tot de betrekkelijk geringe schade van [appellant] dan ook buitenproportioneel, zeker wanneer in aanmerking wordt genomen dat niet is vastgesteld dat Carinova verder nog tekortgeschoten is in haar verplichtingen als huurder. Toewijzing van de vordering betreffende de boete zou erop neerkomen dat [appellant] over de periode waarop de boete betrekking heeft naast de, tijdig betaalde, huur over die periode nog tweemaal de huur zou ontvangen.

De zeer forse onevenredigheid tussen schade en boete rechtvaardigt in dit geval, alle omstandigheden in aanmerking genomen, een matiging van de boete. Die matiging mag er niet toe leiden dat Carinova, achteraf, nog een voordeel behoudt bij de overtreding van het verbod op onderverhuur. Om die reden zal het hof de boete matigen tot het hiervoor berekende bedrag van het voordeel, € 303.000,-.

5.31 Grief I in het principaal appel slaagt dan ook gedeeltelijk, de grief in het incidenteel appel faalt.

5.32 Grief VIII in principaal appel betreft de afwijzing van de incidentele vordering op grond van artikel 843a Rv. door de kantonrechter in het tussenvonnis van 2 februari 2016. Het hof volgt [appellant] in diens betoog over de ontvankelijkheid van het appel tegen deze beslissing. Gelet op het karakter van de vordering - een vordering in

een lopende procedure met het oog op de instructie van de zaak - moet de beslissing van de kantonrechter op de vordering worden gezien als een tussenvonnis waarop het bepaalde in artikel 337 lid 2 Rv. van toepassing is en niet als een eindvonnis waarmee in het dictum over enig deel van het gevorderde een einde wordt gemaakt aan het geschil (vgl. Hoge Raad 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3263).

5.33 De grief faalt. In de toelichting op de grief geeft [appellant] aan dat hij belang heeft bij de gevorderde informatie om zijn vordering tot vergoeding van de schade ten gevolge van het gebruik door Vegro van het gehuurde na 13 december 2013 te onderbouwen. Bij de bespreking van grief I heeft het hof overwogen dat niet aannemelijk is dat Vegro na 13 december 2013 het gehuurde is blijven gebruiken en dat daarvoor ook onvoldoende aanknopingspunten bestaan. [appellant] heeft dan ook onvoldoende aannemelijk gemaakt dat hij een rechtmatig belang heeft bij het verkrijgen van informatie over de verhouding tussen Carinova en Vegro in de genoemde periode. De vordering strandt daar al op.

5.34 [appellant] heeft in appel zijn vordering vermeerderd, in die zin dat hij nu ook schadevergoeding te begroten op basis van artikel 6:104 BW vordert. Voor de periode 1 januari 2012 tot 13 december 2013 begroot hij deze vordering op € 332.403,30, het door hem berekende voordeel van Carinova. Bij de bespreking van grief I in principaal appel heeft het hof het voordeel op € 303.000,- begroot, dus op een wat lager bedrag. De vordering is niet toewijsbaar. Zoals hiervoor is overwogen, heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893 bepaald dat de begroting van de schade op de voet van artikel 6:104 BW een discretionaire bevoegdheid van de rechter is. Het hof ziet geen reden om in dit geval van deze bevoegdheid gebruik te maken, omdat de schade van [appellant], zoals hiervoor is overwogen, beperkt is en [appellant] al aanspraak heeft op een boete die de door hem geleden schade vele malen overtreft.

Gezien het bovenstaande ten overvloede merkt het hof op dat dat wanneer rekening wordt gehouden met de door Carinova verschuldigde boete Carinova per saldo geen winst meer heeft genoten door de onderverhuur; boete en (bruto) voordeel vallen tegenover elkaar weg. Het hof neemt in dit verband in aanmerking dat de Hoge Raad in een (ander dan het eerder aangehaalde) arrest van

18 juni 2010 (ECLI:NL:HR:2010:BL9662) heeft overwogen dat onder winst moet worden verstaan "ieder financieel voordeel dat de schuldenaar door zijn onrechtmatig handelen of tekortkoming heeft genoten" en dat voor de begroting van de winst in bovenvermelde zin "moet worden uitgegaan van het netto-voordeel, dat wil zeggen het voordeel dat resulteert na aftrek van de kosten en lasten die aan het verkrijgen daarvan verbonden zijn geweest."

Bij gelegenheid van de comparitie van partijen is van de zijde van [appellant] betoogd dat bij de begroting van het voordeel geen rekening moet worden gehouden met de boete, omdat deze boete het karakter heeft van een prikkel tot nakoming. Het hof volgt [appellant] daarin niet. Allereerst betreft de boete van artikel 8.2 van de algemene voorwaarden een boete over een periode die toen [appellant] er aanspraak op maakte voor het overgrote deel in het verleden lag. Voor de opeisbaarheid van deze boete is ook geen voorafgaande aanzegging of ingebrekestelling vereist. Vervolgens volgt uit het aangehaalde arrest dat voor de bepaling van de winst moet worden uitgegaan van het netto-voordeel en dat dus rekening moet worden gehouden met de kosten en lasten die aan het behalen van dat voordeel verbonden zijn geweest. Niet valt in te zien dat bij deze stand van zaken het karakter van de boete bepalend is voor de vraag of met de boete rekening moet worden gehouden. Doorslaggevend is dat de boete een last vormt die verbonden is geweest aan het verkrijgen van het voordeel.

5.35 Over de periode tot 13 december 2013 heeft [appellant] derhalve geen aanspraak op schade begroot op de wijze van artikel 6:104 BW (nog daargelaten dat [appellant] , gelet op wat het hof bij de bespreking van de eerste grief al heeft overwogen, nauwelijks schade heeft geleden, zodat als hij al enige aanspraak zou hebben die aanspraak beperkt zou zijn tot een deel van de door Carinova behaalde winst). Over de periode na 13 december 2013 is niet aannemelijk geworden dat sprake is geweest van verboden onderverhuur, zodat voor zover de vordering op die periode betrekking heeft deze evenmin toewijsbaar is.

5.36 Grief IX in principaal appel betreft de vorderingen tot vergoeding van de werkelijke (buiten) gerechtelijke kosten (hiervoor aangeduid als b. en c.). De kantonrechter heeft deze vorderingen afgewezen, behoudens een bedrag van € 2.453,28, berekend overeenkomstig het Besluit buitenge-

rechtelijke incassokosten op basis van het door hem toewijsbaar geoordeelde bedrag.

5.37 De kantonrechter heeft aan zijn beslissing ten grondslag gelegd dat hij bevoegd is de gevorderde kosten te matigen op grond van het bepaalde in artikel 241 Rv. Tegen dit oordeel richt de grief zich niet, zodat daarvan kan worden uitgegaan.

5.38 Het hof stelt vast dat [appellant] , hoewel dat wel op zijn weg zou hebben gelegen en ook mogelijk zou zijn geweest, zijn vordering niet heeft gekwantificeerd. Dat was wel mogelijk geweest. Het betreft de kosten van juridische bijstand die in het verleden (voor een groot deel enkele jaren geleden) zijn gemaakt. [appellant] heeft volstaan met het in het geding brengen van twee nota's van zijn voormalige advocaat, maar dat betreft nota's uit december 2013 en januari 2014, dus uit de beginfase van het geschil tussen partijen. Tot nu toe is dan ook onduidelijk welke kosten [appellant] heeft gemaakt, op welke buitengerechtelijke activiteiten en procedures deze kosten betrekking hebben en welke bedragen daarmee zijn gemoeid. De kantonrechter heeft over de overgelegde nota's overwogen dat aannemelijk is dat deze nota's verband houden met een (eerste) kortgedingprocedure tussen partijen, waarin de vorderingen van [appellant] zijn afgewezen. Ook tegen deze overweging richt de grief zich niet, zodat van de juistheid daarvan kan worden uitgegaan. Datzelfde geldt voor de overweging van de kantonrechter over een tweede procedure in kortgeding, waarin de vorderingen van [appellant] (tot in hoger beroep toe) zijn afgewezen.

In deze procedure worden partijen in het principaal hoger beroep over en weer in het ongelijk gesteld. Carinova heeft weliswaar op twee punten (de onderverhuur aan Vegro en de aard van het gebruik van het gehuurde door Vegro) in strijd met haar verplichtingen uit het huurcontract gehandeld, maar diverse andere verwijten van [appellant] zijn ongegrond verklaard. Bovendien is slechts een fractie van de door [appellant] gevorderde boetebedragen (nog geen 10%) toewijsbaar geoordeeld.

5.39 Onder deze omstandigheden, waarin [appellant] in twee kortgedingprocedures aan het kortste eind heeft getrokken en in deze bodemprocedure op tal van punten in het ongelijk is gesteld, ziet het hof reden om de kosten van de gerechtelijke procedures te matigen tot het bedrag van de krachtens de wet te begroten proceskosten. In dit geval leidt dat tot een bekrachtiging van het oor-

deel van de kantonrechter betreffende de proceskosten in eerste aanleg (Carinova heeft daartegen niet incidenteel geappelleerd) en tot een matiging van de proceskosten in het principaal appel tot nihil, waardoor deze kosten worden gecompenseerd. Dat is anders voor de proceskosten in het incidenteel appel. Deze kosten zullen worden begroot conform het toepasselijke liquidatietarief (1,5 punt, tarief VI).

5.40 Voor wat betreft de buitengerechtelijke kosten zal het hof net als de kantonrechter uitgaan van het op grond van het Besluit buitengerechtelijke incassokosten te berekenen bedrag. Bij een vordering van € 303.000,- (boete op grond van artikel 8.2) + € 5.250,- (boete op grond van artikel 7 - vanwege de outletactiviteiten) = € 308.250,- bedraagt de vergoeding € 3.316,25. Dat is hoger dan het door de kantonrechter toewijsbare geoordeelde bedrag, zodat de grief in zoverre slaagt.

5.41 Met grief X in het principaal appel komt [appellant] op tegen het oordeel van de kantonrechter dat over de boetebedragen de wettelijke rente en niet de wettelijke handelsrente van toepassing is. De grief faalt. Zoals de kantonrechter terecht heeft overwogen, ziet de wettelijke handelsrente op vertraging van de voldoening van een geldschuld ter zake van de levering van goederen of diensten op grond van een handelsovereenkomst, maar gaat het bij de boetes om een contractuele verplichting tot betaling bij niet-nakoming die in dit verband gelijkgesteld moet worden aan de vergoeding van schade (vgl. Hoge Raad 15 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:70), en dus niet om de primaire verbintenis uit de overeenkomst.

5.42 De slotsom is dat het hof de vordering van [appellant] toewijsbaar acht tot een bedrag van € 308.250,- + € 3.316,25 = € 311.566,25, te vermeerderen met de wettelijke rente over eerstgenoemd bedrag vanaf 22 november 2013, de door de kantonrechter toewijsbaar geoordeelde ingangsdatum van de wettelijke rente. Daarnaast blijft Carinova de op grond van de proceskostenveroordeling in eerste aanleg verschuldigde bedragen verschuldigd en zal zij worden veroordeeld in de kosten van het incidenteel appel (te vermeerderen met wettelijke rente en nasalaris).

5.43 Het hof zal het eindvonnis van 2 augustus 2016 alleen vernietigen voor zover de kantonrechter een lager bedrag dan € 311.566,25 toewijsbaar heeft geoordeeld en dit vonnis voor het overige bekrachtigen, net als de verschillende tussenvonnissen.

#### 6. De beslissing

Het gerechtshof, rechtdoende in hoger beroep: vernietigt punt 2 van het dictum van het eindvonnis van 2 augustus 2016 in conventie, en in zoverre opnieuw rechtdoende:

Veroordeelt Carinova om aan [appellant] te betalen een bedrag van € 311.566,25 te vermeerderen met de wettelijke rente over € 308.250,- vanaf 22 november 2013 tot aan het tijdstip van voldoening van de vordering;

bekrachtigt het eindvonnis van 2 augustus 2016 voor het overige;

bekrachtigt de bestreden tussenvonnissen; veroordeelt Carinova in de kosten van het incidenteel appel en bepaalt deze kosten, voor zover tot op heden aan de zijde van [appellant] gevallen op € 5.878,50, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf veertien dagen na heden en met een bedrag van € 157,- aan nasalaris, te vermeerderen met € 82,- in het geval Carinova niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak hebben voldaan en betekening heeft plaatsgevonden;

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

#### NOOT

Deze casus levert een mooi overzicht op van de vorderingen die op grond van het ROZ-contract mogelijk zijn en de toets die de rechter daarop loslaat.

Het hof verwerpt de grief tegen de afwijzing van contractuele boetes wegens het in gebruik geven van het gehuurde aan gelieerde entiteiten. De verhuurder heeft in het licht van wat Carinova heeft aangevoerd over haar structuur, onvoldoende onderbouwd dat het pand geheel of gedeeltelijk aan derden in gebruik is afgestaan. Het hof acht het enkele feit dat het gehuurde ook gebruikt is ten behoeve van activiteiten van aan Carinova gelieerde rechtspersonen en dat medewerkers van deze rechtspersonen in het gehuurde hebben gewerkt, daarvoor onvoldoende, ook als Carinova voor dat gebruik een vergoeding heeft ontvangen. Het hof acht de verwevenheid tussen Carinova en de betreffende rechtspersonen doorslaggevend, en merkt nog op dat holdingstructuren bij grotere ondernemingen gebruikelijk zijn, en dat de uitleg die de ver-

huurder aan artikel 8.1 Algemene Bepalingen ROZ kantoorruimte 2003 (hierna 'AB') geeft zou leiden tot een ongewenste juridisering van het handelsverkeer en niet overeenkomt met de rechtspraktijk, waarin holdingvennootschappen die een pand huren hun verhuurder geen toestemming (hoeven) vragen voor de oprichting van een dochtervennootschap die het gehuurde gebruikt conform de contractuele bestemming. De verhuurder grieft ook tegen de matiging van de door de kantonrechter wél opgelegde boete (op grond van artikel 8.2 AB) wegens de onderverhuur aan een (echte) derde. Het hof knoopt voor de bij artikel 6:94 BW aan te leggen maatstaf aan bij HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:207 (*Protec/Easystaff*), waarin de Hoge Raad de overwegingen van HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6638, *NJ 2007/262 (Intrahof/Bart Smit)* herhaalt. In laatstgenoemde zaak, waarin het draaide om min of meer dezelfde algemene bepalingen als hier aan de orde zijn, overweegt de Hoge Raad: 'De maatstaf van art. 6:94 BW, dat voor matiging slechts grond kan zijn indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, brengt mee dat de rechter pas van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik mag maken als de toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt. Daarbij zal de rechter niet alleen moeten letten op de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete, maar ook op de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van het beding en de omstandigheden waaronder het is ingeroepen' (r.o. 5.3).

Na uitgebreide overwegingen over die omstandigheden, waarin het hof doorslaggevend lijkt te vinden dat de verhuurder door de overtreding van Carinova geen noemenswaardige schade heeft geleden, matigt het hof de boete tot het bedrag van het door Carinova genoten voordeel van de onbevoegde onderverhuur. Een dergelijke matiging is bijzonder, omdat rechtspraak en literatuur doorgaans aanknopen bij de schade die de andere partij (in dit geval de verhuurder) heeft geleden als maatstaf voor de matiging (zie bijv. HR 13 februari 1998, *NJ 1998/725 (Monda/Hauer I)*).

In appel heeft de verhuurder zijn eis vermeerderd met de vordering om zijn schade te begroten op basis van artikel 6:104 BW: schadevergoeding op basis van genoten winst. Het hof wijst die vorde-

ring af en haalt daarbij HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893 (illegale onderverhuur van woning van Ymere) aan, waarin is onderstreept dat de begroting van de schade op de voet van artikel 6:104 BW een discretionaire bevoegdheid van de rechter is. Het hof redeneert dan dat er geen reden is om in dit geval van deze bevoegdheid gebruik te maken, omdat de schade van de verhuurder beperkt is en deze al aanspraak heeft op een boete die de door hem geleden schade vele malen overtreft. Het hof redeneert dat Carinova, wanneer rekening wordt gehouden met de door haar verschuldigde boete, per saldo geen winst meer heeft genoten door de onderverhuur. Had het hof hetzelfde resultaat niet via artikel 6:104 BW kunnen bereiken? Dit artikel lijkt bij uitstek geschikt voor het afkomen van het door Carinova genoten voordeel. Vermoedelijk heeft het hof die weg niet gekozen omdat de verhuurder niet aannemelijk heeft gemaakt dat hij schade heeft geleden door de onderverhuur. De verhuurder is er immers volgens het hof niet in geslaagd aannemelijk te maken dat de onderhuurder anders rechtstreeks van hem had gehoord. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever bij dit artikel heeft gedacht aan gevallen waar vermoedelijk wel schade is geleden, maar deze naar haar aard niet goed bewijsbaar is (LvAntw. II, Parl. Gesch., p. 1269). In de jurisprudentie is vervolgens bepaald dat de weg naar toepassing van artikel 6:104 BW is afgesneden indien de rechter vaststelt dat in het geheel geen schade is geleden (HR 24 december 1993, *NJ 1995/421*). Dit artikel wordt buiten het intellectuele-eigendomsrecht weinig gebruikt, maar wél met succes in eerdere huurzaken (Hof Den Haag 15 augustus 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2197 en HR 17 juli 2015, ECLI:NL:HR:2016:1229).

**Zie:** G.M. Kerpestein, *Huurrecht Bedrijfsruimte*, Huurreeks Sdu Uitgevers, editie 2014, Den Haag, ISBN 9789012392457, p. 769 e.v.

mr. Dirk van den Berg  
Advocaat bij Fort Advocaten