

178

Dga die zijn aandelen verkoopt aan een derde kort voor het faillissement van de vennootschap is aansprakelijk jegens de schuldeisers van de vennootschap

Gerechtshof Den Haag
1 oktober 2019, nr. 200.217.090,
ECLI:NL:GHDHA:2019:2487
(mr. Van Cleef-Metsaars, mr. Van Dorp, mr. Flipse)
Noot mr. R.A. Wolf

Aandelenoverdracht. Onrechtmatige daad.

[BW art. 6:162]

Essentie: Overdracht van aandelen aan katvanger. Verkopen de aandeelhouder heeft zich onvoldoende de gerechtvaardigde belangen van crediteur(en) aangetrokken. Onderzoeksplicht. Geen bestuurdersaansprakelijkheid, maar art. 6:162 BW-maatstaf. Causaal verband en schade.

Samenvatting: In deze zaak gaat het om de vraag of [appellant] naast de vennootschap Westhagen – waarvan hij bestuurder en aandeelhouder was – aansprakelijk is jegens SNCU als (externe) schuldeiser van die vennootschap voor het onbetaald en onverhaalbaar blijven van de schadeverdering bestaande uit (met name) de vergoeding van niet-betaalde arbeidsinkomsten van uitzendkrachten. Westhagen is inmiddels door de Kamer van Koophandel ambtshalve ontbonden en biedt geen verhaal. SNCU richt haar pijlen thans op [appellant] in privé.

Voorop staat dat – anders dan de kantonrechter heeft overwoogen – het enkele niet-naleven door de vennootschap Westhagen van diverse cao-bepalingen, dan wel het niet zorgdragen voor tijdige salarisbetalingen aan de betrokken (ex-)werknemers onvoldoende is voor het aannemen van bestuurdersaansprakelijkheid van [appellant]. SNCU heeft (ook in hoger beroep) niet nader gemotiveerd welk persoonlijk ernstig verwijt [appellant] als bestuurder in dit verband kan worden gemaakt, anders dan het verwijt jegens de vennootschap Westhagen zelf van niet-betaling van die salarissen.

Daarnaast geldt dat, anders dan de kantonrechter kennelijk heeft gemeend, het verkopen van aandelen in een vennootschap aan een geïnteresseerde koper geen bestuurshandeling is, maar een aandeelhoudersbeslissing. In dit geval heeft de verkoper [appellant] zijn aandelen in Westhagen verkocht aan de koper [bestuurder X] (via zijn vennootschap [X]) en blijkt deze (al dan niet achteraf) een katvanger te zijn. In de kern genomen verwijt SNCU in haar hoedanigheid van externe schuldeiser van de vennootschap [appellant] dat hij als verkopende aandeelhouder geen nader onderzoek heeft gedaan naar de gegoedheid van de koper [bestuurder X]. Dit verwijt valt buiten het leerstuk van de bestuurdersaansprakelijkheid met de daaraan verbonden verhoogde aansprakelijkheidsdrempel. Weliswaar vallen in het geval van [appellant] de bestuurdersfunctie en de hoedanigheid van aandeelhouder samen (hij is immers dga), wat maakt dat op hem onder omstandigheden een zwaardere zorgvuldigheidsverplichting rust, maar het overdragen van aandelen is geen onderdeel van de bestuurstaak, noch een bestuurshandeling.

Daarmee vindt een eventuele succesvolle actie ex art. 6:162 BW haar grondslag in een eigen onrechtmatige daad van de (directeur-groot)aandeelhouder tegenover een individuele schuldeiser van de vennootschap. Daarvoor is vereist dat sprake is van een zodanige onzorgvuldigheid van die aandeelhouder jegens de individuele schuldeiser dat dit als onrechtmatig moet worden aangemerkt. Een persoonlijk ernstig verwijt is in dat geval geen vereiste, en de gewone regels van de onrechtmatige daad gelden. Een aandeelhouder heeft een wezenlijk andere positie in en ten opzichte van de vennootschap en de daardoor gedreven onderneming, zodat de ratio achter de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel voor de bestuurder – kort gezegd erop neerkomend dat voorkomen moet worden dat de bestuurder zich bij het uitoefenen van de bestuurstaak zijn doen en laten te veel laat beïnvloeden door de vrees voor persoonlijke aansprakelijkheden – hier niet aan de orde is.

SNCU heeft naar het oordeel van het hof voldoende feiten en omstandigheden gesteld voor de conclusie dat [appellant] in de gegeven omstandigheden door het overdragen van zijn aandelen aan de vennootschap van [bestuurder X] [X] onrechtmatig heeft gehandeld jegens SNCU.

[appellant],
wonende te [woonplaats],
appellant,
hierna te noemen: [appellant],
advocaat: mr. O. Arslan te Den Haag,
tegen
de Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten,
gevestigd te Barendrecht,
geïntimeerde,
hierna te noemen: SNCU,
advocaat: mr. J. van der Voet te Rotterdam.

Het geding

Voor het verloop van het geding tot 17 oktober 2017 verwijst het hof naar zijn arrest van die datum. Bij dat arrest is een comparitie van partijen gelast. De comparitie heeft plaatsgevonden op 7 december 2017. Van het verhandelde tijdens deze zitting is proces-verbaal opgemaakt. Na de comparitie hebben beide partijen op 19 december 2017 een akte overlegging producties ingediend. Vervolgens hebben zij op 2 januari 2018 op elkaars akte gereageerd. Tot slot hebben partijen de stukken overgelegd en arrest gevraagd.

Partijen hebben voorts het hof voorts laten weten, na daartoe in de gelegenheid te zijn gesteld, dat zij afzien van een meervoudige mondelinge behandeling.

Beoordeling van het hoger beroep

1. De door de rechtbank in het vonnis van 23 februari 2017 (hierna: het vonnis) gestelde feiten zijn niet in geschil. Ook het hof zal daarvan uitgaan.

2. Het gaat in deze zaak om het volgende.

2.1. De besloten vennootschap Uitzendbureau Westhagen B.V. (hierna: Westhagen), gevestigd te Den Haag, is een onderneming in de uitzendbranche. Het bedrijf valt onder de werkingssfeer van de CAO's voor Uitzendkrachten, waaronder begrepen de ABU CAO voor Uitzendkrachten, de NBBU CAO voor Uitzendkrachten en de CAO Sociaal Fonds voor de Uitzendbranche (hierna gezamenlijk aan te duiden als: de CAO's).

2.2. [appellant] is van 25 april 2012 tot en met 14 oktober 2015 directeur-groootaandeelhouder (dga) en enig bestuurder geweest van Westhagen.

2.3. SNCU is in februari 2004 opgericht door werknemersorganisaties en een werkgeversorganisatie in de uitzendbranche. SNCU is in het leven geroepen om activiteiten te bevorderen die gericht zijn op het creëren van goede arbeidsverhoudingen in deze bedrijfstak. De belangrijkste taken van SNCU bestaan uit het geven van voorlichting en informatie, en het toezien op een correcte naleving van de CAO's voor Uitzendkrachten. Dit ter voorkoming van concurrentievervalsing tussen werkgevers en benadeling van werknemers. De taken en verantwoordelijkheden van SNCU zijn vermeld in de CAO Sociaal Fonds voor de Uitzendbranche.

2.4. SNCU heeft haar toezichthoudende taken overgedragen aan de Commissie Naleving CAO voor uitzendkrachten (hierna: CNCU). De oprichting en doelbepaling van de CNCU zijn vermeld in Reglement I en haar werkwijze in Reglement II. Deze beide reglementen zijn onderdeel van de CAO Sociaal Fonds voor de Uitzendbranche.

2.5. In artikel 6 van Reglement II is bepaald:

“8. Voor het door de uitzendonderneming afgegeven van een gemaakte en schriftelijk bevestigde afspraak voor de controle, worden de volgende kosten in rekening gebracht:

– als wordt afgezegd binnen 14 kalenderdagen voor de datum waarop de controle overeenkomstig de afspraak zou gaan plaatsvinden: € 500,= (...)

Deze bedragen gelden met ingang van 1 januari 2013 en worden jaarlijks geïndexeerd overeenkomstig de consumentenprijsindex. (...)”

2.6. In artikel 9 van Reglement II zijn regels bepaald over de verschuldigdheid van een (forfaitaire) schadevergoeding in geval van niet-nakoming door een uitzendonderneming:

“Artikel 9: Schadevergoedingen

1. Indien een uitzendonderneming na ingebrekestelling door of namens de SNCU gedurende tenminste tien werkdagen nalatig blijft in het verstrekken van de door SNCU verzochte gegevens met betrekking tot de wijze waarop zij de CAO's naleeft, dan wel onjuiste gegevens verstrekt, is zij verplicht door dat enkele feit aan de SNCU een forfaitaire schadevergoeding te betalen van € 100.000,=. De SNCU kan besluiten geheel of gedeeltelijk af te zien van het innen van deze schadevergoeding, indien bijzondere omstandigheden daartoe aanleiding geven.

2. Indien een uitzendonderneming na ingebrekestelling door of namens de SNCU gedurende tien werkdagen volhardt bij het niet naleven van de CAO's op de in de ingebrekestelling vermelde punten, is zij — onverminderd het gestelde onder lid 1 — verplicht aan de SNCU een door het bestuur te bepalen schadevergoeding te betalen. Het bestuur van de SNCU heeft een beleid vastgesteld inzake een gestaffelde schadevergoedingsmethodiek, zoals gepubliceerd op de website van de SNCU (www.sncu.nl). Deze methodiek houdt rekening met de aard, de omvang en de duur van de niet-naleving. Daarnaast kan rekening worden gehouden met de mate waarin die uitzendonderneming alsnog achterstallige verplichtingen jegens zijn personeel nakomt dan wel zekerheid stelt voor een correcte naleving van de CAO's.

De schadevergoeding wordt aan de hand van de volgende formule berekend.

(...)

De schadevergoeding bedraagt minimaal € 5.000,= en maximaal € 100.000,=.

(...)

3. De SNCU hoeft niet aan te tonen dat zij de schade in de omvang als door haar gevorderd ook daadwerkelijk heeft geleden.”

2.7. Bij brief van 13 juni 2014 heeft SNCU Westhagen verzocht om binnen twee weken gegevens te verstrekken met betrekking tot dertien door Westhagen aan derden ter beschikking gestelde uitzendkrachten. Op 1 juli 2014 heeft Westhagen aan SNCU de gevraagde gegevens verstrekt.

2.8. Bij brief van 30 september 2014 is door SNCU aan Westhagen medegedeeld dat zij de versochte gegevens ter beoordeling heeft voorgelegd aan de CNCU. Deze toezichthoudende commissie heeft vastgesteld dat er een gegrond vermoeden bestaat dat Westhagen de CAO's voor Uitzendkrachten niet naleeft, dat op grond van de aangeleverde stukken overtredingen zijn geconstateerd als nader in de brief omschreven en dat het dossier zal worden doorgezonden aan controle-instelling VRO, welke instelling bij Westhagen ter plaatse onderzoek zal doen om vast te stellen in welke mate er sprake is van niet naleven van de CAO's voor Uitzendkrachten.

2.9. Volgens de definitieve rapportage van VRO van 30 april 2015 heeft Westhagen in de onderzoeksperiode 17 september 2013 tot en met 31 mei 2014 de CAO's voor Uitzendkrachten niet correct nageleefd en zijn er diverse materiële en immateriële afwijkingen geconstateerd. Een of meer van de CAO's voor Uitzendkrachten was in genoemde periode algemeen verbindend en van toepassing op de onderneming die [appellant] in deze periode dreef.

2.10. Bij brief van 29 juni 2015 heeft SNCU de bevindingen van VRO aan Westhagen medegedeeld en haar gesommeerd om binnen tien werkdagen na dagtekening van de brief schriftelijk te verklaren dat zij onder meer de CAO's voor Uitzendkrachten voortaan volledig zal naleven, dat zij € 30.544,= aan achterstallig salaris zal nabetalen aan de betrokken (ex) medewerkers en dat zij medewerking zal verlenen aan een hercontrole. Westhagen heeft de door SNCU verzochte verklaring ondertekend en op 9 juli 2015 aan SNCU afgegeven.

2.11. Bij brief van 20 juli 2015 heeft SNCU aan Westhagen medegedeeld dat de hercontrole zal worden uitgevoerd door CROP Certificering. Deze hercontrole zou op 18 november 2015 plaatsvinden.

2.12. Op 14 oktober 2015 heeft [appellant] met de heer [bestuurder X] (hierna: [bestuurder X]), sinds 12 augustus 2015 enig aandeelhouder en bestuurder (dga) van Stichting Administratiekantoor [X] (hierna: [X]), een overeenkomst gesloten waarbij hij alle aandelen in Westhagen voor een bedrag van € 1.000,= overdraagt aan [X]. [appellant] is per dezelfde datum als bestuurder afgetreden en [bestuurder X] is sinds die datum indirect bestuurder van Westhagen.

2.13. Op 10 november 2015 heeft de voormalige administrateur van Westhagen de afspraak voor de hercontrole geannuleerd, met als reden dat op 14 oktober 2015 een bestuurswisseling bij Westhagen heeft plaatsgevonden.

2.14. Bij brief van 24 november 2015 heeft SNCU aan Westhagen medegedeeld dat Westhagen een bedrag van € 512,50 verschuldigd is aangezien de afspraak voor de hercontrole binnen veertien kalenderdagen daaraan voorafgaand is geannuleerd. Genoemd bedrag is nooit betaald door Westhagen.

2.15. Bij brief van 30 november 2015 heeft SNCU Westhagen in gebreke gesteld en gesommeerd om binnen vijf werkdagen alsnog een afspraak te maken met CROP Certificering. Tevens is in de brief aangekondigd dat indien Westhagen niet

overgaat tot het maken van een afspraak, dit zal leiden tot liet opleggen van een bedrag van € 5.000,= aan schadevergoeding, het in rechte betrekken van Westhagen en een melding bij de Stichting Normering Arbeid.

2.16. Westhagen heeft geen actie ondernomen naar aanleiding van de brief van de SNCU van 30 november 2015 en sinds de bestuurswisseling is verder niets meer van Westhagen vernomen.

2.17. Bij brief van 14 december 2015 heeft SNCU aan Westhagen medegedeeld dat Westhagen een forfaitaire schadevergoeding van € 5.000,= verschuldigd is, nu zij volhardt in de weigering mee te werken aan een hercontrole. Het dossier is overgedragen aan een advocaat.

2.18. SNCU heeft vervolgens [bestuurder X], Westhagen en [appellant] gedagvaard en (voor zover in dit hoger beroep van belang) hoofdelijke veroordeling gevorderd tot betaling van aanvullende schadevergoeding van (het niet-betaalde arbeidsloon van) € 30.544,=, een forfaitaire schadevergoeding van € 5.000,= (wegens niet-nakoming van de hiervoor in 2.15 vermelde aanmaning), en annuleringskosten van € 512,50 met rente en kosten. [appellant] is volgens SNCU hoofdelijk aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad naast de vennootschap Westhagen. Allereerst (i) treft [appellant] als bestuurder, door zijn bedrijfsvoering, per definitie een persoonlijk ernstig verwijt voor de overtreding van de CAO-bepalingen in de uitzendbranche nu hij moest toezien op de naleving ervan. Daarnaast heeft [appellant] door het overdragen van de bestuurstaken aan [X] in het zicht van de hercontrole door CROP Certificering en zonder zeker te stellen dat deze doorgang kon vinden, onrechtmatig jegens SNCU gehandeld. Het door [bestuurder X] aan [appellant] betaalde bedrag van € 1.000,= is een schijntje tegenover de nog openstaande verplichtingen van Westhagen. Om die reden lijkt het erop alsof [appellant] zich heeft willen ontdoen van Westhagen.

2.19. Westhagen en [bestuurder X] hebben verstek laten gaan. [appellant] heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

3. De kantonrechter heeft in het vonnis van 23 februari 2017 (voor zover van belang) de vorderingen van SNCU toegewezen. [appellant] is daarbij hoofdelijk veroordeeld tot betaling van de in 2.18 gevorderde bedragen.

3.1. Volgens de kantonrechter kan [appellant] als (voormalig) bestuurder van Westhagen een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt. Allereerst (i) omdat vaststaat dat Westhagen diverse CAO-bepalingen niet heeft nageleefd, en juist [appellant] als dga de enige was die kon en behoorde te zorgen voor tijdige salarisbetalingen aan de betrokken (ex-)werknemers. Ten tweede (ii) omdat de door [appellant] bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van Westhagen tot gevolg heeft gehad dat deze haar verplichtingen niet is nagekomen. Die handelwijze bestaat er volgens de kantonrechter uit dat [appellant] wist dat die salarisbetalingen niet waren gedaan, en redelijkerwijs moest begrijpen dat de verkoop van zijn aandelen aan [X] voor een laag bedrag als € 1.000,= mogelijk tot gevolg zou hebben dat Westhagen haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen. Van de verkoop van de aandelen in Westhagen aan [bestuurder X] valt [appellant] een persoonlijk ernstig verwijt te maken.

3.2. In hoger beroep vordert [appellant] vernietiging van het vonnis en alsnog afwijzing van de vorderingen van SNCU, met veroordeling van SNCU in de kosten van beide instanties. [appellant] stelt dat SNCU onvoldoende heeft onderbouwd waarom [appellant] in de gegeven omstandigheden door het verkopen van zijn aandelen in Westhagen onrechtmatig heeft gehandeld. Het staat [appellant] immers vrij om als aandeel-

houder zijn aandelen te verkopen en bovendien is de vermogenstoestand van Westhagen door die aandelenverkoop niet gewijzigd. Ook na de aandelenverkoop is Westhagen met haar gehele vermogen blijven instaan voor de verplichtingen jegens derden. SNCU heeft verder niet onderbouwd dat zij door de aandelenverkoop is benadeeld en dat daardoor schade is ontstaan. Westhagen had ook vóór de aandelenoverdracht onvoldoende vermogen om aan haar verplichtingen te voldoen en SNCU had hoe dan ook een vordering op een inactieve en daarmee lege vennootschap.

3.3. SNCU bestrijdt de grieven en concludeert tot bekrachtiging van het vonnis, met veroordeling van [appellant] in proceskosten in het hoger beroep. SNCU heeft onder meer aangevoerd dat de betaling van € 1.000,= voor de aandelen – afgezet tegen de nog openstaande verplichtingen van Westhagen – “een schijntje” was. Hierdoor lijkt [appellant] zich te hebben willen onttrekken aan zijn verplichtingen jegens SNCU. [appellant] heeft geen nader onderzoek gedaan naar de achtergrond van [bestuurder X], voordat hij zijn bestuurderschap en aandelen heeft overgedragen. Door simpel op internet te “googelen” had [appellant] geconstateerd dat [bestuurder X] meerdere malen betrokken is geweest bij dubieuze praktijken en verschillende faillissementen en dat aangifte tegen [bestuurder X] is gedaan. Door geen nader onderzoek te doen heeft [appellant] willens en wetens het risico aanvaard dat Westhagen daarna haar verplichtingen jegens SNCU niet meer kon nakomen.

3.4. De grieven lenen zich voor gezamenlijke bespreking.

3.5. In deze zaak gaat het om de vraag of [appellant] naast de vennootschap Westhagen – waarvan hij bestuurder en aandeelhouder was – aansprakelijk is jegens SNCU als (externe) schuldeiser van die vennootschap voor het onbetaald en onverhaalbaar blijven van de schadevordering, bestaande uit (met name) de vergoeding van niet-betaalde arbeidsinkomsten van uitzendkrachten. Westhagen is inmiddels door de Kamer van Koophandel ambtshalve ontbonden en biedt geen verhaal. SNCU richt haar pijlen thans op [appellant] in privé.

3.6. Voorop staat dat – anders dan de kantonrechter heeft overwogen – het enkele niet-naleven door de vennootschap Westhagen van diverse CAO-bepalingen, dan wel het niet-zorgdragen voor tijdige salarisbetalingen aan de betrokken (ex-)werknemers onvoldoende is voor het aannemen van bestuurdersaansprakelijkheid van [appellant]. SNCU heeft (ook in hoger beroep) niet nader gemotiveerd welk persoonlijk ernstig verwijt [appellant] als bestuurder in dit verband kan worden gemaakt, anders dan het verwijt jegens de vennootschap Westhagen zelf van niet-betaling van die salarissen.

3.7. Daarnaast geldt dat, anders dan de kantonrechter kennelijk heeft gemeend, het verkopen van aandelen in een vennootschap aan een geïnteresseerde koper geen bestuurshandeling is, maar een aandeelhoudersbeslissing. In dit geval heeft de verkoper [appellant] zijn aandelen in Westhagen verkocht aan de koper (via zijn vennootschap [X]) [bestuurder X] en blijkt deze (al dan niet achteraf) een katvanger te zijn. In de kern genomen verwijt SNCU in haar hoedanigheid van externe schuldeiser van de vennootschap [appellant] dat hij als verkopende aandeelhouder geen nader onderzoek heeft gedaan naar de gegoedheid van de koper [bestuurder X]. Dit verwijt valt buiten het leerstuk van de bestuurdersaansprakelijkheid met de daaraan verbonden verhoogde aansprakelijkheidsdrempel. Weliswaar vallen in het geval van [appellant] de bestuurdersfunctie en de hoedanigheid van aandeelhouder samen (hij is immers dga), wat maakt dat op hem onder om-

standigheden een zwaardere zorgvuldigheidsverplichting rust, maar het overdragen van aandelen is geen onderdeel van de bestuurstaak, noch een bestuurshandeling.

3.8. Daarmee vindt een eventuele succesvolle actie ex artikel 6:162 BW haar grondslag in een eigen onrechtmatige daad van de (directeur-groot)aandeelhouder tegenover een individuele schuldeiser van de vennootschap. Daarvoor is vereist dat sprake is van een zodanige onzorgvuldigheid van die aandeelhouder jegens de individuele schuldeiser dat dit als onrechtmatig moet worden aangemerkt. Een persoonlijk ernstig verwijt is in dat geval geen vereiste, en de gewone regels van de onrechtmatige daad gelden. Een aandeelhouder heeft een wezenlijk andere positie in en ten opzichte van de vennootschap en de daardoor gedreven onderneming, zodat de ratio achter de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel voor de bestuurder – kort gezegd erop neerkomend dat voorkomen moet worden dat de bestuurder zich bij het uitoefenen van de bestuurstaak zijn doen en laten te veel laat beïnvloeden door de vrees voor persoonlijke aansprakelijkheden – hier niet aan de orde is.

3.9. SNCU heeft naar het oordeel van het hof voldoende feiten en omstandigheden gesteld voor de conclusie dat [appellant] in de gegeven omstandigheden door het overdragen van zijn aandelen aan de vennootschap van [bestuurder X] [X] onrechtmatig heeft gehandeld jegens SNCU. Dit wordt als volgt toegelicht.

3.10. [appellant] heeft de aandelen in Westhagen in het zicht van de hercontrole en nadat duidelijk was geworden dat er nabetalingen dienden te worden gedaan, overgedragen aan koper [X] zonder enig onderzoek te doen naar die kopende partij, terwijl daartoe naar het oordeel van het hof wel aanleiding bestond. [appellant] was al geruime tijd bekend met het feit dat de CAO's voor Uitzendkrachten door Westhagen niet correct waren nageleefd en dat de afwijkingen zouden moeten worden gecorrigeerd. Vanaf de verklaring die op 9 juli 2015 werd afgegeven had Westhagen twaalf weken de tijd (tot 1 oktober 2015) om de geconstateerde afwijkingen te herstellen, zo blijkt uit de verklaring. Vervolgens zou een hercontrole plaatsvinden door CROP Certificering om te onderzoeken of het toegezegde herstel zou hebben plaatsgevonden. Westhagen heeft de geconstateerde afwijkingen niet vóór 1 oktober 2015 hersteld. Op het moment dat [appellant] zijn aandelen en bestuurstaken overdroeg aan [bestuurder X] (via Stichting [X]) op 14 oktober 2015 was hij zich dus terdege bewust dat Westhagen haar verplichtingen jegens SNCU nog niet was nagekomen, dat de daarvoor gegeven hersteltermijn al was verstreken en dat op korte termijn een hercontrole zou plaatsvinden. [appellant] heeft ter toelichting op de aandelenverkoop (ter comparitie van het hof, bij monde van zijn advocaat) verklaard dat hij op dat moment "veel aan zijn hoofd had", dat de financiële situatie niet "om over naar huis te schrijven was" en dat hij "het bedrijf van de hand" wilde doen. Hij heeft [bestuurder X] ontmoet via zijn boekhouder, die zei dat [bestuurder X] een bedrijvendokter was die bedrijven opkocht en probeerde ze te herstructureren. [appellant] kende [bestuurder X] verder niet en hij heeft hem één keer ontmoet met zijn boekhouder. Hij heeft niet onderzocht wie [bestuurder X] was. Het bedrag voor de aandelen van € 1.000,- was volgens de eigen verklaring van [appellant] "natte vingerwerk". Voor zover op grond van dit alles al niet kan worden gezegd dat [appellant] zijn aandelen (en daarmee Westhagen) welbewust heeft verkocht aan iemand die zich verder weinig gelegen zou laten liggen aan de belangen van de schuldeisers, hadden deze feiten en omstandigheden hem naar het oordeel van het hof

minst genomen ertoe moeten bewegen om in het belang van de schuldeisers van Westhagen nader onderzoek in te stellen naar de gegoedheid van [bestuurder X] als koper. SNCU heeft in dat verband terecht aangevoerd, onderbouwd met documentatie, dat met een eenvoudig onderzoek op internet meteen duidelijk was geworden dat [bestuurder X] bekend staat als katvanger in vele faillissementen. Overigens is [bestuurder X] hiervoor inmiddels strafrechtelijk veroordeeld.

3.11. Het hof is aldus van oordeel dat [appellant] als aandeelhouder onrechtmatig heeft gehandeld jegens SNCU als schuldeiser van Westhagen, nu hij zich niet voldoende van haar gerechtvaardigde belangen heeft aangetrokken. Voor [appellant] was, gezien de hiervoor genoemde feiten en omstandigheden, op het moment van de verkoop van zijn aandelen voorzienbaar dat SNCU als schuldeiser benadeeld zou worden. In plaats daarvan had [appellant] maatregelen moeten nemen of SNCU op zijn minst moeten waarschuwen. [appellant] kan zich daarbij niet verschuilen achter zijn boekhouder, die [bestuurder X] als kopende partij heeft geïntroduceerd, maar heeft bij deze twijfelachtige gang van zaken een persoonlijke verantwoordelijkheid als verkopende aandeelhouder. Ook de Aanvulling op koopovereenkomst d.d. 14-10-2015' kan [appellant] niet baten; hierin is weliswaar bepaald dat [appellant] en [bestuurder X] het volgende in aanmerking nemen: "Dat verkoper, koper heeft ingelicht over de lopende cao controle dat ingesteld is door SNCU en de daaruit voortvloeiende verplichtingen. Tevens verklaart koper op het hoogste te zijn van het eerder afgegeven verklaring aan SCNU op 9 juli 2015, dit is ook als bijlage aan deze aanvulling gehecht." [appellant] heeft naar het oordeel van het hof niet kunnen volstaan met deze enkele aanvulling op de koopovereenkomst terwijl de hersteltermijn al geruime tijd was verstreken.

3.12. Het hof neemt voorts in overweging dat [appellant] al eerder op 2 juli 2015 een nieuwe vennootschap had opgericht, genaamd Interlanden Detacheringsbureau B.V. (waarvan hij enig aandeelhouder en bestuurder was), kort nadat op 29 juni 2015 duidelijk was geworden dat Westhagen ruim € 30.000,- aan achterstallige salarisbetalingen aan SNCU verschuldigd was (vermeerderd met rente en kosten). Ook deze omstandigheid sterkt het vermoeden dat [appellant] zijn aandelen in de vennootschap – minst genomen – lichtzinnig heeft verkocht aan [bestuurder X] om zich zo op een gemakkelijke manier te kunnen ontdoen van (in dit geval) SNCU als schuldeiser.

3.13. Met het voorgaande komt het hof toe aan het betoog van [appellant] dat hij niet aansprakelijk kan worden gehouden omdat, kort gezegd, ten tijde van de verkoop van de aandelen al (geruime tijd) sprake was van betalingsonmacht bij Westhagen zodat SNCU haar vordering hoe dan ook niet zou hebben kunnen innen. Volgens [appellant] was sprake van een lege en inactieve vennootschap.

3.14. Dit betoog, dat neerkomt op een betwisting van de door SNCU gestelde schade en/of het door SNCU gestelde causale verband tussen de aandelenverkoop en deze schade, moet reeds als onvoldoende onderbouwd worden verworpen. De stelplicht en bewijslast ten aanzien van deze vereisten voor aansprakelijkheid rusten weliswaar op SNCU, maar vrijwel alle informatie met betrekking tot de financiële positie van Westhagen bevinden zich in het domein van [appellant] als (voormalig) directeur-grootaandeelhouder. Tegen deze achtergrond is hetgeen [appellant] ter onderbouwing van de beweerdelijke betalingsonmacht heeft ingebracht, te summier en niet concludent. [appellant] heeft immers niet meer in het geding gebracht dan twee 'resultatenrekeningen' waaruit zou

moeten blijken dat in de eerste 10 maanden van 2015 een verlies van € 43.165,03 (bij een omzet van ruim € 550.000,=) was geleden tegenover een winst in 2014 van € 41.504,97 (bij een omzet van iets meer dan € 670.000,=). Nog daargelaten dat SNCU er terecht op heeft gewezen dat de status en herkomst van deze cijfers niet duidelijk zijn, geven deze cijfers geen enkel inzicht in de financiële positie van Westhagen in oktober 2015. De enkele omstandigheid dat er op dat moment verlies werd geleden, wil immers nog niet zeggen dat SNCU geen betaling had kunnen verkrijgen of verhaal had kunnen nemen op de assets van vennootschap. Dit klemt temeer nu uit de gedeponeerde jaarrekening over 2013 blijkt dat Westhagen begin 2014 nog beschikte over een eigen vermogen van € 97.035,= en vlottende activa ter waarde van € 181.839,= op de balans had staan. Het hof wijst er bij dit alles op dat de (beweerdelijk slechte) financiële positie van Westhagen tijdens de comparitie in hoger beroep onderwerp van gesprek is geweest en dat [appellant] hierna uitdrukkelijk in de gelegenheid is gesteld zijn betoog op dit punt met nadere financiële stukken te onderbouwen. [appellant] is hierin niet geslaagd. De conclusie moet dan ook zijn dat [appellant], hoewel hij daartoe in de positie verkeerde en ook ruimschoots de gelegenheid heeft gekregen, zijn verweer onvoldoende handen en voeten heeft gegeven. Bij deze stand van zaken is het leveren van verder (tegen)bewijs niet aan de orde.

3.15. Het voorgaande betekent dat de grieven 1 tot en met 3 falen. Grief 4 is een veeggrief, waarbij [appellant] geen zelfstandig belang heeft. [appellant] heeft geen grieven aangevoerd tegen de veroordeling tot betaling van de forfaitaire schadevergoeding van € 5.000,=, evenmin als de annuleringskosten van € 512,50 en de buitengerechtelijke kosten van € 726,-. Het vonnis van de kantonrechter zal dan ook worden bekrachtigd, zij het op andere gronden, en [appellant] zal worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep.

Beslissing

Het hof:

– bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter van 23 februari 2017;

– veroordeelt [appellant] in de proceskosten in hoger beroep, aan de zijde van SNCU tot op heden begroot op € 1.952,= aan griffierecht en op € 3.477,50 (2,5 punten x tarief III) aan advocaatkosten;

– verklaart dit arrest ten aanzien van de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Inleiding

1. Dit arrest gaat over de aansprakelijkheid van een dga die zijn aandelen in zijn vennootschap verkoopt aan een derde. Korte tijd daarna gaat de vennootschap failliet en de schuldeisers van de vennootschap blijven onbetaald achter. De vraag is of in dat geval de dga aansprakelijk jegens die schuldeisers is, en zo ja, op welke grond. Is er sprake van bestuurdersaansprakelijkheid? Of is sprake van 'aandeelhouders'-aansprakelijkheid? Eerder wees het Hof Den Haag een daartoe strekkende vordering af. Zie Hof Den Haag 17 oktober 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2857, «JIN» 2018/8, m.nt. R.A. Wolf. Dit keer – spoiler alert – is het een toewijzing.

Feiten

2. Uitzendbureau Westhagen B.V. (hierna: 'Westhagen') drijft een onderneming in de uitzendbranche. De onderneming valt onder de werkingssfeer van diverse cao's voor uitzendkrachten. Appellant is van 25 april 2012 tot en met 14 oktober 2015 directeur-grotaandeelhouder en enig bestuurder geweest van Westhagen (hierna: 'dga'). SNCU is opgericht door werknemersorganisaties en een werkgeversorganisatie in de uitzendbranche. Een van de belangrijkste taken van SNCU is het toezien op een correcte naleving van de cao's voor uitzendkrachten ter voorkoming van concurrentievervalsing tussen werkgevers en benadeling van werknemers.

3. SNCU heeft na onderzoek in juni 2015 Westhagen meegeedeeld dat Westhagen in de periode 17 september 2013 tot en met 31 mei 2014 de cao's voor uitzendkrachten niet correct heeft nageleefd. Een of meer van de cao's voor uitzendkrachten was in die periode algemeen verbindend en van toepassing op Westhagen. SNCU heeft Westhagen gesommeerd te verklaren dat zij (i) de cao's voor uitzendkrachten voortaan zal naleven, (ii) € 30.544,= aan achterstallig salaris zal nabetalen aan de betrokken (ex-)medewerkers en (iii) medewerking zal verlenen aan een hercontrole. Westhagen heeft de verzochte verklaring op 9 juli 2015 aan SNCU afgegeven. De hercontrole zou op 18 november 2015 plaatsvinden.

4. Op 14 oktober 2015 heeft de dga met bestuurder X, enig bestuurder van Stichting Administratiekantoor X (hierna: 'STAK'), een overeenkomst gesloten waarbij hij alle aandelen in Westhagen voor € 1.000,= aan de STAK verkoopt en overdraagt. De dga is op die datum als bestuurder afgetreden en bestuurder X is sindsdien bestuurder van Westhagen.

5. Op 10 november 2015 heeft de voormalige administrateur van Westhagen de afspraak voor de hercontrole geannuleerd met als reden dat op 14 oktober 2015 een bestuurswisseling bij Westhagen heeft plaatsgevonden. Daarop heeft SNCU aan Westhagen medegedeeld dat Westhagen wegens die annulering een bedrag van € 512,50 verschuldigd is. Westhagen heeft dit bedrag niet voldaan. SNCU heeft Westhagen vervolgens gesommeerd alsnog een afspraak voor de hercontrole te maken, bij gebreke waarvan Westhagen een in de cao's geregelde forfaitaire schadevergoeding van € 5.000,= verschuldigd is. SNCU heeft sinds de bestuurswisseling bij Westhagen niets meer van Westhagen vernomen.

6. SNCU heeft bestuurder X, Westhagen en de dga gedagvaard en hoofdelijke veroordeling gevorderd tot betaling van het niet-betaalde arbeidsloon van € 30.544,=, de forfaitaire schadevergoeding van € 5.000,= en de annuleringskosten van € 512,50,=. De dga is volgens SNCU naast Westhagen hoofdelijk aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad. Volgens SNCU treft de dga als bestuurder door zijn bedrijfsvoering een persoonlijk ernstig verwijt voor de overtreding van de cao-bepalingen in de uitzendbranche. Hij moest toezien op de naleving ervan. Daarnaast heeft de dga door het overdragen van de bestuurstaken aan de STAK in het zicht van de hercontrole en zonder zeker te stellen dat die controle doorgang kon vinden onrechtmatig jegens SNCU gehandeld. De koopsom voor de aandelen van € 1.000,= is een schijntje tegenover de nog openstaande verplichtingen van Westhagen. Het lijkt erop dat de dga zich heeft willen ontdoen van Westhagen, aldus SNCU. Westhagen en bestuurder X hebben verstek laten gaan. De dga heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

Oordeel kantonrechter

7. De kantonrechter heeft de vorderingen van SNCU toegevoegd en de dga tot hoofdelijke betaling veroordeeld. Uit r.o. 3.1 blijkt dat de kantonrechter in de motivering van zijn beslissing de stellingen van SNCU, die op bestuurdersaansprakelijkheid neerkomen, volgt.

Oordeel hof en commentaar

8. Het hof bekrachtigt terecht het vonnis van de kantonrechter. De uitkomst is hetzelfde; de weg ernaar toe is – gelukkig, ik kom daarop terug – beter.

9. In r.o. 3.5 geeft het hof eerst de rechtsvraag van deze kwestie weer. Is de dga naast Westhagen aansprakelijk jegens SNCU als (externe) schuldeiser van Westhagen voor het onbetaald en onverhaalbaar blijven van de hiervoor genoemde vorderingen. Wat dat laatste betreft overweegt het hof dat Westhagen door de Kamer van Koophandel ambtshalve ontbonden is en geen verhaal biedt.

10. Vervolgens komt de bestuurdersaansprakelijkheid van de dga aan bod. In r.o. 3.6 overweegt het hof dat, anders dan de kantonrechter heeft overwogen, het enkele niet-naleven door de vennootschap Westhagen van diverse cao-bepalingen, dan wel het niet zorgdragen voor tijdige salarisbetalingen aan de betrokken (ex-)werknemers onvoldoende is voor het aannemen van bestuurdersaansprakelijkheid van de dga. SNCU heeft (ook in hoger beroep) niet nader gemotiveerd welk persoonlijk ernstig verwijt de dga als bestuurder kan worden gemaakt, anders dan het verwijt jegens de vennootschap Westhagen zelf van niet-betaling van die salarissen. Kort en goed komt deze overweging erop neer dat de hoge drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid (*Beklamel, Ontvanger/Roelofsen* etc.) niet wordt gehaald. SNCU heeft niet aan haar stelplicht voldaan. Dat lijkt mij een terechte overweging.

11. In een casus als deze geldt naar mijn mening het volgende. De grondslag van de secundaire aansprakelijkheid van de verkopende aandeelhouder jegens de crediteuren van de vennootschap waarin die aandeelhouder aandelen houdt, is de onrechtmatige daad. Deze daad wordt ingevuld door een zorgvuldigheidsverplichting die deze aandeelhouder jegens de crediteur in acht moet nemen. Het gaat daarbij om de secundaire aansprakelijkheid van de verkopende aandeelhouder jegens een crediteur. Eerder schreef ik dat een verkopend aandeelhouder, die de feitelijke macht in een vennootschap bezit, in voorkomend geval een zorgvuldigheidsverplichting jegens crediteuren van de vennootschap heeft. Deze zorgvuldigheidsverplichting bestaat erin dat hij bij verkoop van zijn aandelen in de vennootschap aan een derde zich de belangen van de crediteuren moet aantrekken als sprake is van voorzienbare benadeling van de crediteuren. Deze voorzienbare benadeling houdt in dat de aandeelhouder op het moment van overdracht van zijn aandelen aan een derde wist of behoorde te weten dat die derde vervolgens zodanig zou handelen of nalaten dat voorzienbaar was dat schuldeisers van de vennootschap zouden worden benadeeld. Er rust op de verkopende aandeelhouder in dat kader een onderzoeksplicht. Door na te laten onderzoek te doen naar de identiteit van de koper en de plannen van de koper met de vennootschap en de door haar gedreven onderneming, heeft de verkopend aandeelhouder de voorzienbare benadeling aanvaard. Wordt deze zorgvuldigheidsverplichting niet nagekomen en komt de vennootschap binnen afzienbare tijd haar verplichtingen jegens haar crediteuren niet na, dan heeft de voormalig aandeelhouder jegens de crediteuren van de vennootschap onrechtmatig gehandeld en is hij aansprakelijk

voor de door de crediteuren als gevolg daarvan geleden schade. Zie voor dit alles: R.A. Wolf, 'Over overdracht van aandelen door de DGA, faillissement van de vennootschap en onbetaalde crediteuren. Bestuurders- of aandeelhoudersaansprakelijkheid?', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2016-2017*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 141, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 271-304, meer in het bijzonder p. 298-299. Ik formuleerde in die bijdrage ook een feiten- en omstandighedencatalogus ter nadere invulling van de hiervoor genoemde zorgvuldigheidsverplichting, zie p. 299-303. Ik besprak ook lagere rechtspraak, waarin in gevallen als deze ten onrechte van bestuurdersaansprakelijkheid is uitgegaan (zie ook ten onrechte: Hof Arnhem-Leeuwarden 31 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9490, r.o. 4.6, hoewel ik met de uitkomst instem).

12. Het hof plaatst de aansprakelijkheid van de dga terecht in dit licht. In r.o. 3.7 overweegt het dat, anders dan de kantonrechter heeft overwogen, het verkopen van aandelen in een vennootschap aan een koper geen bestuurshandeling is, maar een aandeelhoudersbeslissing. In dit geval heeft de verkoper, de dga, zijn aandelen in Westhagen verkocht aan de STAK. Bestuurder X van de STAK blijkt, al dan niet achteraf, een katvanger te zijn. SNCU, als externe schuldeiser van Westhagen, verwijt de dga dat hij als verkopende aandeelhouder geen nader onderzoek heeft gedaan naar de goedgeheid van de koper en bestuurder X. Terecht overweegt het hof dat dit verwijt buiten het leerstuk van de bestuurdersaansprakelijkheid met de daaraan verbonden verhoogde aansprakelijkheidsdrempel valt. Weliswaar vallen in het geval van de dga de bestuurdersfunctie en de hoedanigheid van aandeelhouder samen, wat maakt dat op hem onder omstandigheden een zwaardere zorgvuldigheidsverplichting rust, maar het overdragen van aandelen is geen onderdeel van de bestuurstaak, noch een bestuurshandeling, aldus het hof.

13. Het hof vult vervolgens in r.o. 3.8 het juridisch kader nader in. Het overweegt dat een eventuele succesvolle actie ex art. 6:162 BW haar grondslag vindt in een eigen onrechtmatige daad van de dga tegenover een individuele schuldeiser van de vennootschap. Daarvoor is vereist dat sprake is van een zodanige onzorgvuldigheid van die aandeelhouder jegens de individuele schuldeiser dat dit als onrechtmatig moet worden aangemerkt. Een persoonlijk ernstig verwijt is in dat geval geen vereiste. De gewone regels van de onrechtmatige daad gelden. Een aandeelhouder heeft een wezenlijk andere positie in en ten opzichte van de vennootschap en de door haar gedreven onderneming, zodat de ratio achter de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel voor de bestuurder – kort gezegd erop neerkomend dat voorkomen moet worden dat de bestuurder zich bij het uitoefenen van de bestuurstaak zijn doen en laten te veel laat beïnvloeden door de vrees voor persoonlijke aansprakelijkheden – hier niet aan de orde is, aldus – en terecht – het hof.

14. Vervolgens concludeert het hof in r.o. 3.9 tot aansprakelijkheid van de dga jegens SNCU als gevolg van de overdracht van zijn aandelen. Zie voor de feitelijk onderbouwing daarvan r.o. 3.10 en 3.11, waarin een aantal elementen uit de door mij geformuleerde feiten- en omstandighedencatalogus naar voren komt.

15. De dga heeft nog gesteld dat hij zijn koper heeft gewezen op de cao-controle door SNCU en de daaruit voortvloeiende verplichtingen en de eerder door Westhagen aan SNCU in juli 2015 afgegeven verklaring. Dat mocht hem niet baten. Zie r.o. 3.11. Ook heeft niet geholpen het feit dat de dga op 2 juli

2015 een nieuwe vennootschap heeft opgericht (Interlanden Detacheringsbureau B.V., waarvan hij enig aandeelhouder en bestuurder was), kort nadat op 29 juni 2015 duidelijk was geworden dat Westhagen ruim € 30.000,- aan achterstallige salarisbetalingen aan SNCU verschuldigd was. Volgens het hof sterkt dit het vermoeden dat de dga zijn aandelen in Westhagen lichtzinnig heeft verkocht om zich zo op een gemakkelijke manier te kunnen ontdoen van SNCU als schuldeiser.

16. Een punt van kritiek heb ik ten aanzien van de formulering van het hof in r.o. 3.11 ter zake van de vestiging van de aansprakelijkheid van de dga. Ook spreekt het hof in r.o. 3.7 over aandeelhoudersbeslissing, waar het gaat om de verkoop van aandelen. Het woord aandeelhouder moet eigenlijk tussen aanhalingstekens staan: 'aandeelhouder'. In gevallen als deze kan geen sprake zijn van aandeelhoudersaansprakelijkheid, omdat de verkoop van aandelen in een vennootschap een vermogensrechtelijke transactie is en geen sprake is van een gedraging in hoedanigheid van aandeelhouder, waarbij de aan de aandelen verbonden rechten worden uitgeoefend (zie Wolf 2017).

17. Dan nog een opmerking over de schade. Zie r.o. 3.13 en 3.14. De dga heeft de door SNCU gestelde schade en/of het door SNCU gestelde causale verband tussen de aandelenverkoop en deze schade betwist, omdat ten tijde van de verkoop van de aandelen al (geruime tijd) sprake was van betalingsonmacht bij Westhagen, zodat de vordering van SNCU ook niet voldaan zou zijn als de dga zijn aandelen niet overgedragen zou hebben. Volgens de dga was sprake van een lege en inactieve vennootschap. Dit verweer heeft de dga onvoldoende onderbouwd, zodat het is verworpen. Toch is het geen onlogisch verweer. Ik licht dat toe.

18. In het *Beklamel*-arrest heeft de Hoge Raad geen antwoord gegeven op de vraag op welke wijze de schade waarvoor de bestuurder aansprakelijk is, moet worden vastgesteld. Gaat het om de schade die het gevolg is van de wanprestatie van de vennootschap? Of betreft het de schade die het gevolg is van de onrechtmatige daad van de bestuurder? Die schades zijn niet per definitie hetzelfde. In lagere rechtspraak zijn in gevallen waarin sprake was van een Beklamel-aansprakelijkheid aanknopingspunten voor die laatste schade te vinden. Zie Rb. Zwolle-Lelystad 21 september 2005, ECLI:NL:RBZLY:2005:AU3196, r.o. 3.4 e.v.; Rb. Middelburg 31 maart 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BM8669; en Rb. Rotterdam 22 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1671, r.o. 4.12 e.v. Die uitspraken komen erop neer dat in deze gevallen sprake moet zijn van vergoeding van het negatieve contractsbelang, en niet van het positieve contractsbelang. Toegepast op de casus van de dga betekent dit dat SNCU gebracht moet worden in de (vermogens)positie waarin zij verkeerd zou hebben als de dga de hem verweten onrechtmatige daad – het overdragen van de aandelen – niet gepleegd zou hebben. Zie ook: R. Haouli, 'Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van de Beklamel-norm: komt het positieve contractsbelang voor vergoeding in aanmerking?', *JutD* 2019-0152. Hoewel het in deze casus gaat om de aansprakelijkheid op grond van de 'gewone' onrechtmatige daad van een verkopende dga van een vennootschap jegens een schuldeisers, zie ik niet in waarom ten aanzien van de causaliteit en de omvang van de schade er een verschil met een Beklamel-aansprakelijkheid zou zijn.

mr. R.A. Wolf
UdinkScheepel Advocaten

179

Hof honoreert temporele beperking opgenomen in de 403-verklaring

Gerechtshof Amsterdam
22 oktober 2019, nr. 200.240.630/01,
ECLI:NL:GHAMS:2019:3836
(mr. Toorman, mr. Rang, mr. Janssen)
Noot mr. J. van der Kraan

Huur bedrijfsruimte. Overtreding boetebeding. Strekking boetebeding. 403-verklaring. Temporele reikwijdte 403-verklaring.

[BW art. 6:94, 6:248, 2:403]

Essentie: Overtreding verbod tot ingebruikgeving aan derde? Toegestane onderhuurder verhuurt op zijn beurt weer onder. Hoofdverhuurder weet het, maar treedt daartegen feitelijk jarenlang niet op. Dat neemt niet weg dat huurder in beginsel de contractuele boete is verschuldigd, maar geeft, tezamen met onder meer het niet gelimiteerde karakter van de boete, grond voor forse matiging. Uitleg van de 403-verklaring: valt daaronder een huurovereenkomst die vóór die verklaring is gesloten maar daarna doorloopt?

Samenvatting: Het gaat hier om een huurovereenkomst tussen twee professionele partijen, die bovendien beide rechtspersonen zijn. De algemene bepalingen waarvan het boetebeding deel uitmaakt zijn op de huurmarkt voor bedrijfsruimte zeer gebruikelijk. Voorts heeft het boetebeding slechts betrekking op één nauw omschreven categorie van overtredingen, namelijk de verboden onderverhuur of ingebruikgeving van het gehuurde. Pauw heeft dat verbod jarenlang naast zich neergelegd. Dit zijn omstandigheden die pleiten tegen, althans niet vóór, matiging. Dat over dit boetebeding afzonderlijk is onderhandeld, zoals Maison Zen aanvoert, maar Pauw c.s. betwisten, kan uit stellingen van Maison Zen echter niet worden afgeleid; daaruit blijkt slechts dat Maison Zen uitdrukkelijk de toepasselijkheid van het geheel van algemene bepalingen onder de aandacht van Pauw heeft gebracht.

De strekking van het boetebeding is verboden onderhuur of ingebruikgeving tegen te gaan. In abstracto geldt dat een te ruimhartige matiging van boetes de aan (andere) boetes verbonden prikkel tot nakoming kan verminderen. In dit concrete geval kan echter worden vastgesteld dat de prikkel in het geheel niet heeft gewerkt; gedurende minstens 25 jaar (tussen 1994 en 2019) is Pauw doorgedaan met het verboden handelen/nalaten. Hier wreekt zich het feit dat de boete niet is gelimiteerd (behalve onder omstandigheden door het intreden van verjaring). Als een boete zo lang ongelimiteerd kan doorlopen is de kans groot dat het eindresultaat buitensporig moet worden geacht, zeker wanneer die boete cumuleert met de schadevergoeding, zoals hier het geval is.

Het voorgaande klemt temeer nu Pauw niet welbewust ervoor heeft gekozen de bedrijfswoning aan een derde af te staan, doch door [X] in die positie is gebracht. Ook is daarbij van belang de houding die Maison Zen gedurende een groot aantal jaren heeft ingenomen. Uiterlijk in 1997 is Maison Zen van de aanwezigheid van [Y] op de hoogte geraakt, maar in de