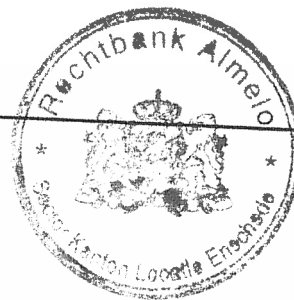


vonnis



RECHTBANK ALMELO

Sector Kanton
Locatie Enschede

Zaaknummer : 158791 CV EXPL 190/04
Uitspraak : 19 mei 2009

Vonnis in de zaak van:

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid V.N.I. Enschede B.V.,
gevestigd te Geesteren, gemeente Tubbergen,
eisende partij, hierna ook wel 'VNI' te noemen,
gemachtigde: mr. J.P.J.M. Naus, advocaat te Nijmegen,
tegen

de heer **Bernardus Theodorus Hofs**,
wonende te Holten, gemeente Rijssen-Holten,
gedaagde partij, hierna ook wel 'Hofs sr' te noemen,
procederend in persoon.

1. procedure

Deze blijkt uit de navolgende stukken:

- de dagvaarding aan de zijde van VNI van 8 januari 2004;
- de conclusie van antwoord aan de zijde van Hofs sr van 13 april 2004;
- de schorsing van de procedure jegens Hofs sr in verband met de uitgesproken schuldsanering (WSNP), zoals blijkt uit het tussenvonnis van 5 september 2006;
- het op 24 september 2008 namens VNI aan Hofs sr betekende exploit strekkende tot oproeping van Hofs sr ten einde voort te procederen nu de schuldsanering in het kader van de WSNP is opgeheven;
- de conclusie van repliek, tevens akte wijziging van eis aan de zijde van VNI van 2 december 2008;
- de conclusie van dupliek, voorzien van producties (waaronder processtukken van de zijde van Hofs jr in de procedure tussen VNI/Hofs jr zoals in eerste aanleg bij de kantonrechter te Enschede, alsmede in appel bij het gerechtshof te Arnhem gevoerd) aan de zijde van Hofs sr van 3 februari 2009;
- de akte uitlating producties aan de zijde van VNI van 3 maart 2009.

Het vonnis is bepaald op heden.

2. feiten

De navolgende feiten die enerzijds zijn gesteld en anderzijds niet, dan wel onvoldoende gemotiveerd zijn bestreden, worden als vaststaand aangenomen.

2.1 VNI en Xenon Computers v.o.f. hebben op 14 maart 2002 een schriftelijke huurovereenkomst getekend, waarbij is overeengekomen dat Xenon Computers v.o.f. van VNI in huur zou ontvangen het bedrijfspand staande en gelegen aan de Neptunusstraat 23-25 te Enschede (verder te noemen het gehuurde). De huurovereenkomst is aangegaan voor de duur van vijf jaar, derhalve eindigend op 14 maart 2007. De huurprijs bedraagt € 86.381,60 per jaar, jaarlijks te indexeren per 15 maart. De huurovereenkomst is aan de zijde van Xenon Computers v.o.f. getekend door R.T. Hofs. Op de huurovereenkomst zijn de algemene bepalingen huurovereenkomst kantoorruimte en andere bedrijfsruimte van VNI, verder te noemen de 'algemene bepalingen', van toepassing verklaard.

2.2 Xenon Computers v.o.f. is per 1 juli 2002 opgeheven met terugwerkende kracht tot 1 januari 2002. De vennoten van Xenon Computers v.o.f. waren B.T. Hofs (Hofs sr) en R.T. Hofs (Hofs jr). De activiteiten van Xenon Computers v.o.f. zijn voortgezet door Xenon Webstore B.V. Aandeelhouders en bestuurders van Xenon Webstore B.V. zijn R.T. Hofs en M.C. Mensink. Bij brief van 15 oktober 2002 deelden R.T. Hofs en M.C. Mensink onder meer aan VNI mee dat de bedrijfsvorm per 1 juli 2002 in een besloten vennootschap was omgezet en dat Xenon Webstore B.V. de nieuwe naam was.

2.3 Bij overeenkomst van 22 september 2003 heeft Xenon Webstore B.V. haar bedrijfsactiviteiten en activa verkocht aan Xenon B.V., die de onderneming van Xenon Webstore B.V. vanaf die datum heeft voortgezet.

2.4 Xenon Webstore B.V. is op 4 december 2003 in staat van faillissement verklaard.

2.5 Xenon Webstore B.V. heeft het gehuurde feitelijk in gebruik gehad vanaf haar oprichting totdat zij haar activiteiten in september 2003 heeft overgedragen aan Xenon B.V. Gedurende de periode van gebruik heeft Xenon Webstore B.V. huur aan VNI betaald.

2.6 Er van uitgaande dat de huurovereenkomst tussen Xenon Webstore B.V. en VNI bestaat heeft de curator in het faillissement van Xenon Webstore B.V. de huurovereenkomst opgezegd tegen de kortst mogelijke termijn, te weten 10 maart 2004.

2.7 Xenon B.V. heeft het gehuurde ten tijde van het aanhangig maken van de onderhavige procedure feitelijk in gebruik gehad. Nadat bij vonnis in kort geding van de rechtbank Almelo d.d. 30 januari 2004 (bekrachtigd door het hof Arnhem, bij arrest van 4 juli 2004) de ontruiming door Xenon B.V. was bevolen, heeft Xenon B.V. het gehuurde ontruimd.

2.8 Hofs sr is toegelaten tot de WSNP. De bewindvoerder heeft de huurovereenkomst bij brief van 16 juni 2005 opgezegd tegen de datum waarop de WSNP is uitgesproken (1 maart 2005) dan wel de rechtens eerst mogelijke datum. Voorts heeft de bewindvoerder de vordering van VNI in het kader van de schuldsanering 'voorlopig' erkend per fax d.d. 13 januari 2006 voor een bedrag van € 241.000,-. De WSNP is inmiddels opgeheven.

2.9 Op 17 december 2001 en op 15 februari 2002 heeft VNI aan Xenon Webstore B.V. nota's gezonden voor verricht meerwerk aan het gehuurde voor in totaal een bedrag van € 28.565,91. Xenon Computers v.o.f. heeft een deel van de nota's betaald. Een bedrag van € 14.282,75 is onbetaald gebleven.

2.10 Bij brief van 21 mei 2003 heeft Xenon Webstore B.V. aan VNI medegedeeld de huur op te zullen schorten omdat volgens Xenon Webstore B.V. de airconditioning niet naar behoren functioneerde. VNI heeft vervolgens een adviesbureau, te weten Kamperman te Groenlo, verzocht onderzoek te doen en eventuele gebreken te herstellen.

2.11 VNI heeft de door Xenon Computers v.o.f. bij het aangaan van de huurovereenkomst afgegeven bankgarantie ten bedrage van € 26.769,50 uitgewonnen.

2.12 Bij vonnis in kort geding van de rechtbank Almelo d.d. 30 januari 2004 is de vordering van VNI tot betaling van de achterstallige huur tot een bedrag van € 55.000 ten titel van voorschot op de aan VNI toekomende huurtermijn jegens Hofs sr en Hofs jr toegewezen. Het vonnis is bekrachtigd bij arrest van het gerechtshof te Arnhem van 6 juli 2004.

2.13 De kantonrechter te Enschede heeft na het tussenvonnis van 5 september 2006 op 24 april 2007 bij vonnis de vorderingen van VNI jegens Hofs jr afgewezen en VNI veroordeeld in de kosten van de procedure. VNI heeft van dat vonnis hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Arnhem.

Het hof heeft bij tussenarrest van 10 juni 2008, voor zover hier van belang overwogen dat

“[...]”

5.11 Ook wanneer er van zal worden uitgegaan dat een akte is opgemaakt als bedoeld in artikel 6: 159 BW, zal, gelet op de stellingen van Hofs jr, niet kunnen worden aangenomen dat dat een akte tussen Xenon Computers v.o.f. en Xenon Webstore B.V. betreft.

5.12 Bij de beoordeling van de grieven van VNI gaat het hof ervan uit dat de kantonrechter met haar oordeel, dat het ervoor moet worden gehouden dat de huurovereenkomst door stilzwijgende bekrachtiging door VNI is overgegaan van Xenon Computers v.o.f. op Xenon Webstore B.V., heeft aangenomen dat Xenon Computers v.o.f., die partij was bij de huurovereenkomst met VNI, haar rechtsverhouding tot VNI met (stilzwijgende) medewerking van VNI heeft overgedragen aan Xenon Webstore B.V. bij een akte tussen Xenon Computers v.o.f. en Xenon Webstore B.V. Zoals onder 5.11 is overwogen, gaat het hof er echter van uit dat geen akte als bedoeld in artikel 6: 159 BW is opgemaakt tussen Xenon Computers v.o.f. en Xenon Webstore B.V.

5.13 Hofs jr. is niet geslaagd in het - terecht - aan hem opgedragen bewijs. De grieven van VNI slagen.

“[...]”

Vervolgens heeft het hof een comparitie van partijen gelast onder meer ten einde inlichtingen te verkrijgen over de hoogte van de gevorderde bedragen.

Bij akte van bedrijfsoverdracht d.d. 3 september 2002 - zoals door Hofs sr bij repliek in de onderhavige procedure in het geding is gebracht - is tussen Hofs jr, Hofs sr en de besloten vennootschap Egelantier B.V. het navolgende overeengekomen (productie 22 bij conclusie van dupliek):

“[...]”

In aanmerking nemende dat:

B.T. Hofs en R.T.B. Hofs een vennootschap onder firma onder de naam “Xenon Computers V.O.F.” uitoefenen;

B.T. Hofs zijn vennootschapsaandeel met ingang van 31 december 2000 heeft verkocht aan Egelantier van welke besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid B.T. Hofs enig directeur en enig aandeelhouder is.,

R.T.B. Hofs als vennoot van Xenon Computers V.O.F. met de voornoemde verkoop van het vennootschapsaandeel aan Egelantier akkoord gaat;

*Partijen thans de voorwaarden en bedingen waaronder deze overeenkomst van koop en verkoop heeft plaatsgevonden schriftelijk wensen vast te leggen.
[...]*

2.14 Bij een vergelijkbare akte van bedrijfsoverdracht heeft R.T.B. Hofs zijn aandeel in Xenon Computers v.o.f. verkocht aan de besloten vennootschap Argon B.V., met welke overdracht B.T. Hofs heeft ingestemd.

2.15 Bij akte van bedrijfsoverdracht van 3 september 2002 heeft Argon B.V. haar vennootschapsaandeel in Xenon Computers v.o.f. verkocht aan Xenon Webstore B.V. en bij eenzelfde akte van dezelfde datum heeft Egelantier B.V. haar vennootschapsaandeel in Xenon Computers vof eveneens verkocht aan Xenon Webstore B.V.

3. geschil

de vordering

3.1.1 VNI vordert, na wijziging van eis :

Dat het de kantonrechter mogen behagen om bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

1) vast te stellen dat de huurovereenkomst per 14 maart 2007 is geëindigd;

2) primair: Hofs sr te veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van betaling binnen zeven dagen na betekening van het in deze te wijzen vonnis aan VNI te betalen een bedrag van € 906.366,70, te vermeerderen met de contractuele boete ad 2% maand ex artikel 14.2 van de algemene bepalingen vanaf 2 november 2008 tot aan de dag der algehele voldoening, alsmede een bedrag van € 21.240,97, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 2 november 2008 tot aan de dag de algehele voldoening;

3) subsidiair: Hofs sr te veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van betaling binnen zeven dagen na betekening van het in deze te wijzen vonnis aan VNI te betalen een bedrag van € 509.320,07, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 2 november 2008 tot aan de dag de algehele voldoening;

4) Hofs sr te veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van betaling binnen zeven dagen na betekening van het in deze te wijzen vonnis aan VNI te betalen een bedrag van € 1.835,99 (inclusief BTW) aan buitengerechtelijke incassokosten conform rapport Voorwerk II;

5) Hofs sr te veroordelen in de kosten van de onderhavige procedure, de beslagkosten daaronder nadrukkelijk begrepen.

3.1.2 VNI heeft haar stellingen nader onderbouwd bij dagvaarding en conclusie van repliek. Tevens heeft zij daarbij verwezen naar het arrest dat inmiddels in hoger beroep in de

procedure tussen VNI en Hofs jr is geweest. VNI heeft daarbij aangevoerd dat, nu het hof in hoger beroep heeft geoordeeld dat de huurovereenkomst tussen VNI en Xenon Computers v.o.f. tot stand is gekomen en van een rechtsgeldige indeplaatsstelling dan wel contractsovernemering niet is gebleken, vaststaat dat Hofs sr als (voormalig) vennoot van Xenon Computers v.o.f. gehouden is de huurpenningen dan wel de subsidiair gevorderde schade, indien en voor zover de huurovereenkomst eerder dan wegens het verstrijken van de tijd waarvoor die was aangegaan, aan VNI te voldoen.

het verweer

3.2.1 Hofs sr heeft bij conclusie van antwoord en conclusie van dupliek het navolgende verweer gevoerd.

3.2.2 Onjuist is de stelling van VNI dat Xenon Computers v.o.f. huurder is/was van het bedrijfspand aan de Neptunusstaat 23-25 te Enschede. Weliswaar staat in de huurovereenkomst Xenon Computers als huurder vermeld, maar het was partijen van het begin af aan duidelijk dat niet Xenon Computers v.o.f. maar Xenon Webstore B.V. huurder zou zijn/worden. Alleen omdat laatstgenoemde toen feitelijk nog niet opgericht was is Xenon Computers v.o.f. als partij in de huurovereenkomst genoemd. Ten onrechte is nagelaten als partij te noemen Xenon Webstore B.V. i.o. dan wel Xenon Webstore v.o.f., welke v.o.f. weliswaar niet als zodanig was ingeschreven in het handelsregister maar feitelijk gevormd werd door Hofs jr en M.C. Mensink.

Dat het voor partijen zonder meer duidelijk was dat Xenon Webstore B.V. na oprichting duurder zou zijn blijkt onder meer uit het feit dat VNI zowel vóór als na het sluiten van de huurovereenkomst veelvuldig heeft gecorrespondeerd en onderhandeld, over kwesties met betrekking tot de huurovereenkomst, met 'Xenon Webstore' en de heren Hofs jr en M.C. Mensink. Hofs sr verwijst ter onderbouwing van zijn stelling naar een groot aantal bij conclusie van antwoord en conclusie van dupliek in het geding gebrachte producties. Daaronder bevindt zich onder meer 'het proces-verbaal van levering' d.d. 20 maart 2002, waar als huurder wordt genoemd 'Xenon Webstore v.o.f.'. Voorts een verklaring van Duijn, makelaar bij Snelder Zijlstra de Groot, bedrijfsmakelaars, die spreekt over Xenon Webstore v.o.f. In diverse brieven uit 2001 tot en met 2003 van de zijde van VNI dan wel haar gemachtigde, gericht aan Xenon Webstore of Xenon Webstore v.o.f., dan wel (mede) gericht aan de heren Hofs jr en M.C. Mensink.

3.2.3 Uit het feit dat werd gecorrespondeerd en onderhandeld met Hofs jr en M.C. Mensink (*beiden aandeelhouder en bestuurder van Xenon Webstore B.V.*), terwijl Mensink met Xenon Computers v.o.f. niets van doen had, en brieven en andere stukken (*waaronder de 'oplevering' bij aanvang van de huur*) waren gericht aan Xenon Webstore B.V. blijkt dat VNI heel wel wist dat niet Xenon Computers v.o.f. maar Xenon Webstore B.V. i.o. haar huurder was en VNI heeft dat ook erkend, althans aanvaard.

3.2.4 Eerst toen bleek dat de verhaalsmogelijkheden bij Xenon Webstore B.V. aanzienlijk minder waren dan mogelijk bij Xenon Computers v.o.f. het geval zou zijn heeft VNI zich, tegen beter weten in, gericht tot Xenon Computers v.o.f.. Voorts is de huur feitelijk door Xenon Webstore B.V. betaald.

3.2.5 Niet alleen Hofs jr / Xenon Computers v.o.f. maar ook VNI zijn ervan uitgegaan dat Xenon Webstore B.V. na haar oprichting huurder zou zijn. Subsidiair stelt Hofs sr zich op het standpunt dat, zo niet mocht komen vast te staan dat het de bedoeling van partijen is geweest om Xenon Webstore B.V. reeds vanaf de aanvang af als huurder aan te merken, er

sprake is geweest van (stilzwijgende/achteraf bekrachtigde) contractsovernemings dan wel een in de plaatsstelling.

3.2.6 Voorts kwam de huurder een opschortingsrecht toe aangezien er naast de airco een veelheid aan tekortkomingen was, zoals uitvoerig gespecificeerd bij conclusie van antwoord en conclusie van dupliek.

3.2.7 Bij dupliek heeft Hofsr onder meer - kort samengevat - nog aangevoerd dat aan de huurovereenkomst reeds op 25 februari 2004 een einde is gekomen aangezien vanaf die datum is ontruimd en het gehuurde niet langer beschikbaar is gesteld. Voorts heeft Hofsr aangevoerd dat er sprake is geweest van contractsovernemings waarbij, anders dan door het hof in de procedure tussen VNI en Hofsjr is overwogen, wel sprake is van daartoe strekkende aktes tussen Xenon Computers v.o.f. en Xenon Webstore B.V. (als productie 22 bij conclusie van dupliek in het geding gebracht). Uit die aktes blijkt dat Hofsjr en Hofsr hun vennootschapsaandeel hebben verkocht aan Argon B.V. respectievelijk Egelantier B.V. en die twee vennootschappen hun aandeel vervolgens hebben verkocht aan Xenon Webstore B.V.

4. beoordeling

4.1 De vaststaande feiten in de onderhavige zaak komen overeen met de vaststaande feiten zoals door de kantonrechter bij tussenvonnis van 5 september 2006 en eindvonnis van 24 april 2007 vastgesteld en in appel door het hof gehandhaafd in de procedure inzake VNI/Hofsjr. Ook de stellingen van partijen komen overeen met die van partijen in de procedure VNI/Hofsjr. De processtukken van de tussen VNI en Hofsjr gevoerde procedures (in eerste aanleg en appel) zijn integraal in de onderhavige procedure overgelegd. Dat brengt met zich, onder verwijzing naar een overnemings van hetgeen door de kantonrechter in haar vonnis van 24 april 2007 en door het hof bij tussenarrest van 10 juni 2008 is overwogen, dat de kantonrechter van oordeel is, dat is komen vast te staan dat Xenon Computers v.o.f. de huurovereenkomst heeft gesloten en niet is komen vast te staan dat reeds bij de aanvang van de huurovereenkomst - in weerwil van de schriftelijke huurovereenkomst - tussen Xenon Computers v.o.f. (dan wel Hofsjr) en VNI is overeengekomen dat Xenon Webstore B.V. met terugwerkende kracht als huurder zou worden aangemerkt zodra Xenon Webstore B.V. zou zijn opgericht. Dit betekent dat nu vaststaat dat Hofsjr bevoegd was Xenon Computers v.o.f. rechtsgeldig te binden, een rechtsgeldige huurovereenkomst tussen VNI en Xenon Computers v.o.f. tot stand is gekomen. Xenon Computers v.o.f. heeft de huurovereenkomst gesloten en Hofsr is als (mede)vennoot in beginsel mede aansprakelijk is voor de uit die huurovereenkomst voortvloeiende verplichtingen.

4.2 Vervolgens dient de vraag beantwoord te worden of gedurende de loop van de huurovereenkomst de huurovereenkomst van Xenon Computers v.o.f. middels contractsovernemings als bedoeld in art. 6: 159 BW op Xenon Computers B.V. is overgegaan. Het hof heeft bij genoemd arrest geoordeeld dat het hof er van uitgaat dat de daartoe vereiste akte tussen Xenon Computers v.o.f. en Xenon Webstore B.V. niet is opgemaakt. Hofsr heeft bij conclusie van dupliek (productie 22) een aantal aktes in het geding gebracht en aangevoerd dat daarmee de door art 6: 159 BW vereiste en door het hof genoemde akte wel is opgemaakt, zodat wel is voldaan aan alle vereisten voor een rechtsgeldige contractsovernemings. Deze stelling treft geen doel. Uit de aktes tussen Hofsr en de besloten

vennootschap Egelantier B.V. respectievelijk Hofs jr en de besloten vennootschap Argon B.V. blijkt niet anders dan dat Hofs sr en Hofs jr hun vennootschapsaandeel in Xenon Computers v.o.f. in een besloten vennootschap hebben ingebracht. De overige aktes hebben betrekking op het inbrengen van het vennootschapsaandeel in Xenon Computers v.o.f. door Egelantier B.V. en Argon B.V. in Xenon Webstore B.V. Een akte die tot onderwerp heeft om de rechten en verplichtingen uit de huurovereenkomst van Xenon Computers v.o.f. over te dragen aan Xenon Webstore B.V. heeft de kantonrechter niet bij de stukken aangetroffen. Een dergelijke akte is ook niet aangekondigd. In ieder geval voldoen de wel in het geding gebrachte aktes niet aan de daaraan in het kader van genoemde contractsoverneming te stellen eisen. Dit brengt met zich dat de kantonrechter - in navolging van het hof in de procedure tussen VNI en Hofs jr - van oordeel is dat niet aan de vereiste akte voor een rechtsgeldige contractsoverneming is voldaan. Dit betekent dat Xenon Computers v.o.f. en daarmee haar vennoten gehouden zijn de verplichtingen voortvloeiend uit de huurovereenkomst te voldoen. Dat Hofs sr zijn vennootschapsaandeel heeft overgedragen aan de besloten vennootschap Egelantier B.V. maakt zulks niet anders.

4.3.1 De bewindvoerder van Hofs sr, mr. Daniëls, heeft bij brief van 16 juni 2005 de huurovereenkomst opgezegd tegen de datum waarop de WSNP is uitgesproken (1 maart 2005) dan wel de rechtens eerst mogelijke datum. Dit brengt met zich dat de huurovereenkomst tussen Hofs sr en VNI uiterlijk na drie maanden is geëindigd en Hofs sr na die datum geen huur meer verschuldigd is. Nu partijen zich over dit aspect en de mogelijke gevolgen voor de verplichtingen van Hofs sr jegens VNI (nu Xenon Computers v.o.f. reeds is ontbonden) niet (expliciet) hebben uitgelaten zal de kantonrechter partijen in de gelegenheid stellen dat alsnog te doen. VNI zal als eisende partij als eerste in de gelegenheid worden gesteld zich bij akte uit te laten. Hofs sr zal vervolgens een antwoordakte kunnen nemen.

4.3.2 Voorts zal, mede afhankelijk van de vraag welke gevolgen de opzegging heeft voor de verplichtingen van Hofs sr jegens VNI ter zake van de duur/hoogte van de te betalen huur, de omvang van de aan VNI te betalen bedragen moeten worden vastgesteld. In de appelprocedure tussen VNI en Hofs jr heeft het hof bij tussenarrest die vraag ook opgeworpen en een comparitie van partijen gelast, welke inmiddels heeft plaatsgevonden. Derhalve zal het hof - naar verwacht mag worden - ter zake een nieuwe tussenarrest dan wel eindarrest wijzen. Het komt de kantonrechter uit proces-economisch oogpunt bezien wenselijk voor dat tussen- dan wel eindarrest af te wachten alvorens in de onderhavige zaak verder te procederen over de exacte hoogte van de verschuldigde huurpenningen. Partijen zullen in de gelegenheid worden gesteld zich ook daarover uit te laten. VNI zal als eisende partij als eerste in de gelegenheid worden gesteld zich bij akte uit te laten. Hofs sr zal vervolgens een antwoordakte kunnen nemen.

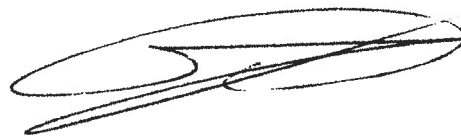

4.4 Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

5. beslissing

Verwijst de zaak naar de rolzitting van 23 juni 2009 voor het nemen van een akte aan de zijde van VNI teneinde zich uit te laten omtrent hetgeen in alinea 4.3.1 en 4.3.2 is overwogen.

Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

Dit vonnis is gewezen te Enschede door mr. E.W. de Groot, kantonrechter, en op 19 mei 2009 in het openbaar uitgesproken in tegenwoordigheid van de griffier.



Voor aanvaardend afschrift
Griffier van de Rechtbank Almelo
Enschede

