

# vonnis

RECHTBANK ALMELO

Sector Kanton  
Locatie Enschede

KOPIE



Zaaknummer : 158791 CV EXPL 190/04  
Uitspraak : 5 september 2006

**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 'VNI' te noemen  
aanvankelijk verschenen bij haar gemachtigde mr. B.N.J. de Wilde, advocaat te Nijmegen  
nadien verschenen bij mr. J.A.A. Diederer en mr. M.S.W. Begheijn, advocaten te Nijmegen  
tegen

1. **de vennootschap onder firma Xenon Computers**, hierna ook wel 'Xenon Computers' te noemen;  
gevestigd te Enschede
2. **Raymond Theodorus Bernardus Hofs**, hierna ook wel 'R.T. Hofs' te noemen;  
wonende te Hengelo (O)
3. **Bernardus Theodorus Hofs**, hierna ook wel 'B.T. Hofs' te noemen;  
wonende te Holten, gemeente Rijssen-Holten
4. **de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Xenon B.V.**, verder ook wel 'Xenon B.V.' te noemen.  
gevestigd te Enschede  
gedaagde partij  
aanvankelijk verschenen bij haar gemachtigde mr. S.J. van Susante, advocaat te Arnhem,  
nadien verschenen bij mr. G.M. Kerpestein, advocaat en procureur te Amsterdam

## 1. procedure

Deze blijkt uit de navolgende stukken:

- de dagvaarding van 23 december 2003 gevolgd door een herstelexploit d.d. 8 januari 2004;
- de conclusie van antwoord aan de zijde van de gedaagden sub 1 t/m 4;
- de procedure jegens gedaagde sub 3 is vervolgens geschorst wegens de bij vonnis van 1 maart 2005 uitgesproken schuldsanering in het kader van de WSNP en jegens gedaagde sub 4 geschorst wegens het op 15 september 2004 uitgesproken faillissement van die partij.
- de procedure tegen gedaagden sub 1 en 2 is voortgezet;
- de conclusie van repliek;
- de conclusie van dupliek;
- de akte uitlating producties aan de zijde van VNI.

Het vonnis is - na eerder te zijn aangehouden - nader bepaald op heden.

## 2. feiten

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

2.1 VNI en Xenon Computers hebben op 14 maart 2002 een schriftelijke huurovereenkomst getekend, waarbij is overeengekomen dat Xenon Computers 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 5 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 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 is per 1 juli 2002 opgeheven met terugwerkende kracht tot 1 januari 2002. Vennoten van Xenon Computers waren B.T. Hofs en R.T. Hofs. De activiteiten van Xenon Computers 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 b.v. 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.

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

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.

2.4 Ervan 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.

2.5 Xenon BV 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.

2.6 B.T. Hofs is toegelaten tot de WSNP. De bewindvoerder heeft de huurovereenkomst bij faxbericht d.d. 16 juni 2005 opgezegd. 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,-.

2.7 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 ad € 28.565,91. Xenon Computers heeft een deel van de nota's betaald. Een bedrag ad € 14.282,75 is onbetaald gebleven.

2.8 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.

2.9 VNI heeft de door Xenon Computers bij het aangaan van de huurovereenkomst afgegeven bankgarantie ten bedrage van € 26.769,50 uitgewormen.

2.10 Bij vonnis in kort geding van de rechtbank Almelo d.d. 30 januari 2004 is de vordering van VNI tot betaling van achterstallige huur tot een bedrag ad € 55.000,- ten titel van voorschot op de aan VNI toekomende huurtermijnen jegens R.T. Hofs en B.T. Hofs toegewezen.

Het vonnis is bekrachtigd bij arrest van het Hof Arnhem d.d.6 juli 2004.

### **3. geschil** de vordering

3.1 VNI vordert, kort en zakelijk weergegeven:

- gedaagden sub 1 t/m 3, hoofdelijk des dat de één betalende de ander zal zijn bevrijd, te veroordelen om aan VNI te betalen:
  - een bedrag ad € 57.661,75 ter zake van achterstallige huur, te vermeerderen met een bedrag ad € 1.835,99 (incl. BTW) ter zake van buitengerechtelijke kosten, de contractuele boete, subsidiair de wettelijke rente, een en ander zoals gespecificeerd in de dagvaarding;
  - de huurpenningen vanaf 1 januari 2004 tot de dag waarop de huurovereenkomst rechtsgeldig zal zijn geëindigd;
  - een bedrag ad € 14.272,78 te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum dat de meerwerknota's opeisbaar zijn geworden;
  - de opvallende huurtermijnen na ontruiming tot en met maart 2007 als schadevergoeding voor het vroegtijdig ontbinden van de huurovereenkomst,
- de huurovereenkomst te ontbinden per ontruimingsdatum dan wel enige andere door de rechtbank te bepalen datum, en
- gedaagden sub 1 t/m 3 te veroordelen om het gehuurde aan de Neptunusstraat 23-25 te Enschede te ontruimen, een en ander zoals gespecificeerd in de dagvaarding en een en ander met veroordeling van gedaagden sub 1 t/m 3 in de kosten van de procedure.
- gedaagde sub 4 te veroordelen om het gehuurde aan de Neptunusstraat 23-25 te Enschede te ontruimen, een en ander zoals gespecificeerd in de dagvaarding.

3.2A. VNI heeft ter onderbouwing van haar vorderingen jegens gedaagden 1 t/m 3, kort en zakelijk weergegeven, het navolgende aangevoerd.

3.2A.1 Sinds april 2003 is Xenon Computers, op grond van een schriftelijk tussen partijen gesloten huurovereenkomst, huurder van het in eigendom van VNI toebehorende pand aan de Neptunusstraat 23-25 te Enschede in gebreke om de huurpenningen te voldoen.

De huurprijs bedroeg, na indexering en inclusief servicekosten en BTW, per datum dagvaarding € 9.197,30 per maand, telkens bij vooruitbetaling te voldoen.

Nu Xenon Computers vanaf april 2003 in gebreke is gebleven de huurpenningen te voldoen, is zij als gevolg daarvan de in artikel 14 lid 2 van de algemene bepalingen neergelegde boete van 2% per maand verschuldigd. Subsidiair vordert VNI de wettelijke rente over de verschuldigde huurpenningen.

De stelling van gedaagden dat niet Xenon Computers doch Xenon Webstore B.V. partij bij de huurovereenkomst was en de vordering reeds om die reden dient te worden afgewezen wordt nadrukkelijk door VNI bestreden. Xenon Computers was haar huurder, zoals blijkt uit de schriftelijk tussen partijen gesloten huurovereenkomst. Die strekt partijen tot bewijs.

3.2A.2 Bij brief van 21 mei 2003 heeft Xenon Computers aangekondigd de huur op te zullen schorten indien 'er geen adequate maatregelen zouden worden genomen aangaande de nog bestaande problemen'. Xenon Computers maakt melding van het niet goed functioneren van de airco. Deze brief is pas gezonden nadat de huur over april reeds feitelijk was opgeschort. Naar aanleiding van deze brief heeft VNI een deskundig bedrijf, Kamperman BV te Groenlo, ingeschakeld. Aanvankelijk heeft Xenon Computers dit bedrijf de toegang tot het gehuurde ontzegd, zodat VNI niet de mogelijkheid heeft gehad de airco na te laten kijken en waar nodig te laten herstellen. Uiteindelijk heeft Xenon Computers in augustus 2003 Kamperman in de gelegenheid gesteld de airco te onderzoeken. De waterdruk in de installatie bleek te laag, verder was er met de installatie niets mis. Het bijvullen hoort tot het gebruikelijke onderhoud waarvoor de huurder zelf verantwoordelijk is (zie artikel 9.2.1 en 9.5 van de algemene bepalingen) en een onderhoudscontract dient af te sluiten. Als Xenon Computers Kamperman direct in mei toegang had verleend, was het probleem in mei 2003 opgelost geweest, noch daargelaten dat het tot de eigen onderhoudsverplichting van de huurder hoorde.

Ondanks het herstel, is Xenon Computers in gebreke gebleven de huurtermijnen te voldoen. De achterstand in de huurtermijnen bedroeg per datum dagvaarding, derhalve tot en met december 2003 in totaal € 82.959,65 (blijkens alinea 8 bij dagvaarding).

Gedaagden beroepen zich ten onrechte op een opschortingrecht vanwege (vermeende) gebreken aan de airco en/ of andere gebreken. Op grond van het bepaalde in artikel 14.1 van de algemene bepalingen komt aan de huurder geen opschortingrecht toe.

Afgezien daarvan komt gedaagden ook geen opschortingrecht toe nu er geen sprake is van een tekortkoming aan de zijde van VNI, niet voor wat betreft de airco en niet met betrekking tot andere op haar rustende verplichtingen. Voor zover er toch sprake van enige tekortkoming aan de zijde van VNI mocht zijn, rechtvaardigt die niet een totale opschorting van de huur vanaf april 2003.

3.2A.3 Ter zake van door VNI, in het kader van de gesloten huurovereenkomst geleverd meerwerk zijn nota's gezonden, ter zake waarvan nog steeds een bedrag ad € 14.282,75 onbetaald is gebleven.

3.2A.4 Op de totale vordering ter zake van achterstallige huur en openstaande facturen 'meerwerk' dient in mindering te strekken de bankgarantie ad € 26.769,50, welke door VNI

is uitgewonnen.

3.2A.5 Nu Xenon Computers in verzuim is met de tijdige betaling van de huurpenningen en de nota's ter zake van meerwerk, is er sprake van een zodanige toerekenbare tekortkoming dat de huurovereenkomst om die reden dient te worden ontbonden. 6)

3.2A.6 VNI heeft buitengerechtelijke incassokosten moeten maken welke zij op Xenon Computers wenst te verhalen.

3.2A.7 R.T. Hofs en B.T. Hofs zijn als (voormalige) vennoten van Xenon Computers (hoofdelijk) aansprakelijk voor de huurpenningen, weshalve tevens veroordeling van hen wordt gevorderd.

3.2B. VNI heeft ter onderbouwing van haar vordering jegens gedaagde sub 4, kort en zakelijk weergegeven, aangevoerd dat zij zonder recht of titel in het door Xenon Computers gehuurde pand verblijft en aldus onrechtmatig jegens VNI handelt, zodat VNI recht en belang heeft ontruiming door gedaagde sub 4, Xenon B.V., te vorderen.

#### het verweer

3.3 Gedaagden concluderen tot niet-ontvankelijk verklaring althans afwijzing van de vordering met veroordeling van VNI in de kosten van de procedure.

3.4 Gedaagden sub 1 t/m 3 hebben daartoe met betrekking tot de tegen hen gerichte vorderingen, kort en zakelijk weergegeven, het navolgende aangevoerd.

3.4.1 Onjuist is de stelling van VNI dat Xenon Computers huurder is/ was van het bedrijfspand aan de Neptunusstraat 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 maar Xenon Webstore BV de huurder zou zijn/worden. Alleen omdat laatstgenoemde toen feitelijk nog niet was opgericht is Xenon Computers 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 R.T. Hofs en M.C. Mensink.

Dat het voor partijen zonder meer duidelijk was dat Xenon Webstore B.V. na oprichting de huurder zou zijn blijkt onder meer uit het feit dat VNI zowel voor 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 R.T. Hofs en M.C. Mensink. Gedaagden verwijzen ter onderbouwing van hun 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. en diverse brieven uit 2001 t/m 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 R.T. Hofs en M.C. Mensink.

Uit het feit dat werd gecorrespondeerd en onderhandeld met R.T. Hofs en M.C. Mensink (beiden aandeelhouder en bestuurder van Xenon Webstore B.V., terwijl Mensink met Xenon

*Computers niets van doen had*), en brieven en andere stukken (waaronder de 'oplevering' bij *aanvang van de huur*) was gericht aan Xenon Webstore blijkt dat VNI heel wel wist dat niet Xenon Computers maar Xenon Webstore B.V. i.o. haar huurder was en VNI zulks ook heeft erkend, althans heeft aanvaard.

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

3.4.3 Niet alleen R.T. Hofs / Xenon Computers maar ook VNI zijn er vanuit gegaan dat Xenon Webstore B.V. na haar oprichting huurder zou zijn. Subsidiar stelt Xenon Computers 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 van de aanvang af als huurder aan te merken, er sprake is geweest van (stilzwijgende/ achteraf bekrachtigde) contractsovername dan wel een indeplaatsstelling.

3.5 Voorts hebben gedaagden sub 1 t/m 3 aangevoerd dat hen, anders dan door VNI is betoogd, wel degelijk een opschortingrecht toekwam, dat er naast de airco een veelheid aan tekortkomingen was, zoals uitvoerig gespecificeerd bij conclusie van antwoord en conclusie van dupliek.

#### 4. beoordeling

4.1 De procedure jegens gedaagde sub 3, B.T. Hofs en jegens gedaagde sub 4, Xenon B.V. is van rechtswege geschorst. De procedure is voortgezet jegens gedaagde sub 1 (Xenon Computers) en gedaagde sub 2 (R.T. Hofs).

4.2 De vennootschap onder firma Xenon Computers is per 1 juli 2002 (met terugwerkende kracht) ontbonden. Zij kan derhalve niet meer als (proces-)partij optreden. VNI zal dan ook in haar vorderingen jegens Xenon Computers niet ontvankelijk worden verklaard.

#### 4.3 Wie is huurder?

4.3.1 De eerste vraag die ter beantwoording voorligt is wie huurder van het gehuurde pand aan de Neptunusstraat 23-25 was en wie derhalve als wederpartij van VNI dient te worden aangemerkt.

4.3.2 De schriftelijk gesloten huurovereenkomst is duidelijk. Huurder is Xenon Computers, rechtsgeldig vertegenwoordigd door R.T. Hofs. Een dergelijke schriftelijke akte strekt partijen tot dwingend bewijs (artikel 157 lid 2 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Ingevolge het bepaalde in artikel 151 lid 2 Rv is tegenbewijs toegestaan.

4.3.3 Gelet op de schorsing van de procedure jegens B.T. Hofs en de niet ontvankelijk verklaring van VNI in haar vordering jegens Xenon Computers is thans uitsluitend nog het verweer van R.T. Hofs van belang.

4.3.4 R.T. Hofs heeft nadrukkelijk bestreden dat Xenon Computers huurder was. Hij heeft gemotiveerd en met stukken onderbouwd gesteld dat zowel VNI als R.T. Hofs er bij het

sluiten van de huurovereenkomst vanuit gingen dat Xenon Webstore B.V. - na haar formele oprichting - huurder zou worden en in verband daarmee de huurovereenkomst, in weerwil van de schriftelijke huurovereenkomst is gesloten tussen VNI als verhuurder enerzijds en Xenon Webstore B.V. i.o., althans R.T. Hofs en M.C. Mensink als Xenon Webstore v.o.f., als huurder anderzijds. VNI heeft dit verweer verworpen en houdt vast aan de schriftelijk gesloten huurovereenkomst. De schriftelijke huurovereenkomst is een akte die partijen dwingend tot bewijs strekt. Tegenbewijs is wel toegelaten.

Nu R.T. Hofs tegenbewijs heeft aangeboden middels (onder meer) het horen van getuigen, zal hij in de gelegenheid worden gesteld te bewijzen dat in weerwil van de schriftelijke huurovereenkomst geen huurovereenkomst tussen VNI en Xenon Computers, maar tussen VNI en Xenon Webstore B.V. (i.o) dan wel Xenon Webstore v.o.f. tot stand is gekomen.

4.3.5 Subsidiar heeft R.T. Hofs gesteld dat, voor zover Xenon Webstore B.V. (i.o.) of Xenon Webstore v.o.f. niet reeds bij aanvang van de huurovereenkomst als huurder zou moeten worden aangemerkt, in ieder geval reeds ten tijde van de onderhandelingen en de oplevering van het gehuurde bij partijen bekend en bedoeld was de op te richten vennootschap Xenon Webstore B.V. als enig huurder aan te merken. Er is in dat geval sprake geweest van contractoverneming als bedoeld in artikel 6:157 BW, waarvoor VNI (vooraf dan wel achteraf door bekrachtiging) haar toestemming heeft verleend en waarnaar zij vervolgens ook heeft gehandeld. Nu ook dit door VNI wordt bestreden, zal R.T. Hofs ook op dit punt zijn stellingen dienen te bewijzen. Hij zal ook daartoe in de gelegenheid worden gesteld.

4.3.6 Van een indeplaatsstelling als bedoeld in artikel 7:307 BW (7A:1635 BW oud), zoals bij conclusie van antwoord is betoogd, is geen sprake nu een daartoe strekkende vordering, voor zover bekend niet is ingesteld, althans niet is toegewezen.

#### 4.4 overige geschilpunten:

Aangezien de overige geschilpunten tussen VNI en R.T. Hofs niet aan de orde kunnen komen indien komt te staan dat niet Xenon Computers maar Xenon Webstore B.V. (i.o.) de huurder was, zullen alle verdere beslissingen worden aangehouden.

### 5. beslissing

5.1 Verklaart VNI in haar vordering jegens gedaagde sub 1, Xenon Computers, niet ontvankelijk.

5.2 Verstaat dat de procedure jegens gedaagde sub 3, B.T. Hofs en tegen gedaagde sub 4, Xenon B.V. van rechtswege is geschorst.

5.3 Draagt R.T. Hofs op te bewijzen hetgeen hiervoor in alinea 4.3.4 en 4.3.5 is overwogen.

5.4 Verwijst de zaak naar de rolzitting van 3 oktober 2006 voor het nemen van een akte aan de zijde van R.T. Hofs teneinde zich uit te laten omtrent de wijze waarop hij het opgedragen bewijs wenst te leveren, **ambtshalve poremptoir**, alsmede, indien en voor zover getuigenverhoor wordt verzocht, voor het opgeven van verhinderdata aan de zijde van beide partijen.

5.5 Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

*f* Dit vonnis is gewezen te Enschede door mr. Ellen W. de Groot, kantonrechter, en op 5 september 2006 in het openbaar uitgesproken in tegenwoordigheid van de griffier.



Voor eensluidend afschrift  
De griffier van de Rechtbank Almelo  
Sector Kanton  
Locatie Enschede

