

Rechtbank Almelo
Sector kanton, locatie Enschede
Zitting: 12 december 2008
Rolnummer: 04/190

**CONCLUSIE VAN REPLIEK TEVENS
WIJZIGING VAN EIS**

inzake:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **VNI ENSCHEDE B.V.**, gevestigd en kantoorhoudende te: Geesteren (gemeente Tubbergen); eiseres; gemachtigde: mr. J.P.J.M. Naus

contra:

de heer **BERNARDUS THEODORUS HOF**s, wonende te Holten, gemeente Rijssen-Holten; gedaagde; gemachtigde: mr. B. Benard;

Inleiding

1. Bij inleidende dagvaarding d.d. 23 december 2003 heeft eiseres (hierna: 'VNI') onder andere gedaagde (hierna te noemen: 'Hofs sr.') in de onderhavige procedure betrokken. Ter rolle d.d. 13 april 2004 werd (mede) namens Hofs sr. een conclusie van antwoord ingediend. Vervolgens is Hofs sr. per 1 maart 2005 toegelaten tot de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen, als gevolg waarvan de procedure jegens hem van rechtswege werd geschorst.
2. In de procedure tegen de toenmalige gedaagden sub 1 en 2 werd ter rolle d.d. 31 januari 2006 namens VNI een conclusie van repliek ingediend, die thans wordt overgelegd als **productie 14**. Ter rolle d.d. 9 mei 2006 werd namens VNI een aanvullende akte ingediend, die wordt overgelegd als **productie 15**. De inhoud van de conclusie van repliek en de akte dient als hier herhaald en ingelast te worden beschouwd.
3. Nadat de kantonrechter bij tussenvonnissen d.d. 5 september 2006 (**productie 16**) aan de toenmalige gedaagde sub 2 (hierna te noemen: 'Hofs jr.') de bewijslast had opgedragen van zijn stellingen omtrent de identiteit van de huurder en nadat vervolgens getuigenverhoren hadden plaatsgevonden¹, heeft de kantonrechter bij

¹ De processen-verbaal d.d. 13 november 2006 en 15 december 2006 worden overgelegd als **productie 17 en 18**

eindvonnis d.d. 24 april 2007 (**productie 19**) de vorderingen van VNI afgewezen. De kantonrechter heeft daaraan (onder andere) de navolgende overwegingen ten grondslag gelegd.

4. Ten eerste heeft de kantonrechter (terecht) geoordeeld dat de huurovereenkomst is gesloten tussen VNI en Xenon Computers Vof. De andersluidende stellingen zijdens Hofs c.s., inhoudende dat Xenon Webstore Vof dan wel Xenon B.V. (i.o.) vanaf de aanvang de huurder was, zijn door de kantonrechter - met verwijzing naar de getuigenverklaringen - verworpen. Dat laatste geldt ook voor de stelling van Hofs c.s., dat VNI bij het sluiten van de huurovereenkomst reeds op voorhand zou hebben ingestemd met contractoverneming van Xenon Webstore B.V., vanaf het moment waarop deze B.V. zou zijn opgericht.
5. Voorts heeft de kantonrechter op basis van feiten en omstandigheden (ten onrechte) geconcludeerd dat VNI, achteraf gezien, geacht moet worden stilzwijgend te hebben ingestemd met contractoverneming door Xenon Webstore B.V. Tegen (met name) dit oordeel heeft VNI grieven gericht in de door haar gestarte hoger beroep procedure voor het gerechtshof te Arnhem. De door VNI ingediende memorie van grieven wordt als **productie 20** overgelegd. De inhoud ervan dient als hier herhaald en ingelast te worden beschouwd.
6. In het hoger beroep tegen voornoemd eindvonnis van de kantonrechter heeft VNI enkel Hofs jr. gedagvaard, nu tegen Hofs sr. als gevolg van de schuldsanering immers geen eindvonnis was geweest. Bij tussenarrest d.d. 10 juni 2008 (**productie 21**) heeft het gerechtshof te Arnhem geoordeeld dat de grieven van VNI slagen. Het hof heeft geoordeeld dat de kantonrechter Hofs jr. ten onrechte geslaagd heeft geacht in de aan hem opgedragen bewijsopdracht op het punt van de identiteit van de huurder. Het hof heeft geoordeeld dat de huurovereenkomst is aangegaan tussen VNI en Xenon Computers Vof en dat deze rechtsverhouding noch bij aanvang, noch nadien is overgegaan op Xenon Webstore B.V. De vennoten van de toenmalige vof, Hofs sr. en Hofs jr., zijn derhalve hoofdelijk aansprakelijk voor de daaruit voortvloeiende verplichtingen. Ter verdere bepaling van de exacte omvang van de aan VNI toekomende bedragen, heeft het hof een comparitie van partijen gelast die plaatsvond op 13 november 2008. Het hof zal, alvorens eindarrest te wijzen, partijen nog eenmaal in de gelegenheid stellen om zich bij akte uit te laten.
7. Lopende de hoger beroep procedure is de schuldsanering van het echtpaar Hofs omgezet in een faillissement, omdat het echtpaar Hofs de daaraan verbonden verplichtingen niet (deugdelijk) nakwam. Het echtpaar Hofs is tegen die uitspraak in hoger beroep gegaan en de schuldsanering is vervolgens door het hof te Arnhem op de voet van artikel 350 lid 3 sub b FW beëindigd.
8. Begin september 2008 heeft Hofs sr. VNI plotseling in een kort geding procedure voor de voorzieningenrechter van de rechtbank Almelo betrokken, waarvan de mondelinge behandeling plaatsvond op 29 september 2008. Hofs sr. heeft bij die gelegenheid gevorderd dat VNI zou worden veroordeeld tot opheffing van het beslag op zijn woning (Jeurlinksweg 2 te Holten). Hofs sr. heeft aan zijn vorderingen onder meer ten grondslag gelegd, dat het beslag is gelegd ter zekerstelling van een vordering die niet meer bestaat, althans waarover niet meer wordt geprocedeerd c.q. kan worden geprocedeerd.
9. Namens VNI is ter mondelinge behandeling gewezen op de onderhavige procedure, die in relatie tot het beslag heeft te gelden als de hoofdzaak. Voorts is vermeld dat VNI, toen zij kennis nam van de beëindiging van de schuldsanering,

heeft overwogen om de onderhavige procedure voort te zetten, maar daarvan aanvankelijk heeft afgezien. VNI en Hofs jr. respectievelijk Hofs sr. zouden dan in twee afzonderlijke procedures bij respectievelijk het hof en de kantonrechter over hetzelfde geschil strijden. De inschatting van VNI was dat de kantonrechter in de onderhavige zaak een eindvonnis zou wijzen dat gelijkloidend zou zijn aan het eindvonnis in de zaak tegen Hofs jr. (het tussenarrest van het hof was nog niet geweest) en VNI zou vervolgens ook tegen dat eindvonnis in hoger beroep moeten gaan.

10. Ter zitting in kort geding d.d. 29 september 2008 is door VNI gewezen op een brief d.d. 1 oktober 2007 van haar raadsman aan de (toenmalige) raadman van Hofs sr., waarin is aangegeven dat het in verband met het voorgaande en uit het oogpunt van kosten verstandig zou zijn om de uitspraak in hoger beroep tegen Hofs jr. af te wachten, alvorens de procedure in eerste aanleg tegen Hofs sr. al dan niet te hervatten. Daaraan is toegevoegd dat de raadsman van VNI graag zou vernemen, wanneer (de raadsman van) Hofs sr. daarover anders zou denken. Namens Hofs sr. is nimmer op deze brief gereageerd, noch heeft Hofs sr. zelf de onderhavige procedure hervat. VNI ging ervan uit dat Hofs sr. inzag dat het wenselijk was om de afloop van de appèlprocedure tegen Hofs jr. af te wachten, maar uit het starten van het kort geding heeft VNI afgeleid dat Hofs sr. zich op dit punt had bedacht. Een en ander is voor VNI aanleiding geweest om bij exploit d.d. 24 september 2008 (**productie 22**) Hofs sr. op te roepen tot hervatting van de onderhavige procedure.
11. Bij vonnis d.d. 6 oktober 2008 (**productie 23**) heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Almelo de vorderingen van Hofs sr. afgewezen en hem veroordeeld in de proceskosten. Zakelijk weergegeven heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat het beslag na beëindiging van de schuldsanering is herleeft en dat de daaraan verbonden hoofdzaak nog bestaat en kan worden voortgezet. Daarbij heeft de voorzieningenrechter overwogen dat het verklaar- en aanvaardbaar is dat VNI uit kostenoverwegingen en om haar verdere proceskansen te kunnen inschatten eerst het arrest van het hof wilde afwachten. Verder heeft de voorzieningenrechter overwogen dat op grond van het tussenarrest van het hof mag worden verwacht dat Hofs jr. zal worden veroordeeld tot betaling van enig bedrag aan VNI en dat de omstandigheid dat laatstgenoemde van Hofs jr. volledige betaling van het gevorderde eist niet in de weg staat aan een vonnis ter zake van dezelfde vordering jegens Hofs sr. (die immers hoofdelijk aansprakelijk medevennoot was), zij het dat uiteindelijk uiteraard slechts eenmaal betaald hoeft te worden.

Het onderhavige geschil

12. De hiervoor geschetste ontwikkelingen (en met name het tussenarrest van het hof te Arnhem d.d. 10 juni 2008, productie 21) hebben hun weerslag op de onderhavige procedure. Naar de mening van VNI kan door Hofs sr. niet langer worden volgehouden dat de onderhavige huurovereenkomst is aangegaan door een andere partij dan Xenon Computers Vof, noch dat VNI in de loop van de huurrelatie op enig moment heeft ingestemd met indeplaatsstelling door een andere huurder. De discussie omtrent de identiteit van de huurder is daarmee beslecht en het nadere debat in de onderhavige procedure zou zich moeten toespitsen op de vraag naar de omvang van de vordering op Hofs sr. als (hoofdelijk aansprakelijk) voormalig vennoot van Xenon Computers Vof.

13. De vorderingen van VNI op het punt van huurpenningen (met nevenvorderingen) spreken voor zich (zie hierna). Ten aanzien van de overige, inhoudelijke geschilpunten tussen partijen inzake (onder meer) de zijdens Hofs sr. gestelde gebreken aan het gehuurde verwijst VNI naar hetgeen zij daaromtrent in haar conclusie van repliek d.d. 31 januari 2006 (productie 14) in de procedure tegen de overige gedaagden (sub 1 en 2) naar voren heeft gebracht. VNI wenst bedoelde stellingen en standpunten als hier herhaald en ingelast te beschouwen. Kort gezegd dienen de stellingen van Hofs sr. als onjuist en onbewezen te worden aangemerkt en dienen de daarop gebaseerde 'tegenvorderingen' te worden afgewezen.

Eiswijziging

14. Nu het gehuurde inmiddels is ontruimd en de huurovereenkomst van rechtswege is geëindigd per 14 maart 2007, dient de vordering van VNI als weergegeven in de inleidende dagvaarding d.d. 23 december 2003 te worden gewijzigd. Met name wenst VNI haar vordering tot vervangende schadevergoeding te veranderen in een vordering tot betaling van huurpenningen.
15. Hofs sr. zal mogelijk betwisten dat de huurovereenkomst is geëindigd op 14 maart 2007 en zich op het (onjuiste) standpunt stellen dat een eerder beëindigingsmoment kan worden aangewezen. Zo heeft Hofs jr. in de appèlprocedure betoogd dat de overeenkomst zou zijn geëindigd op het moment van de (gedwongen) ontruiming, althans door een opzegging van de curator van Xenon Webstore B.V. Het behoeft weinig betoog dat dergelijke standpunten onhoudbaar zijn. De ontruiming vond plaats op grond van de uitspraken in kort geding, waarna VNI nu juist onderhavige bodemprocedure startte om te komen tot een ontbinding van de huurovereenkomst. De curator, ongetwijfeld op de hoogte van de discussie omtrent de identiteit van de huurder, heeft de overeenkomst enkel opgezegd voor de situatie dat de gefailleerde vennootschap daarbij partij was en kon en wilde geen beëindiging bewerkstelligen ten aanzien van de werkelijke huurders, te weten Xenon Computers Vof en haar vennoten.
16. Enkel voor de situatie dat in rechte zou worden geoordeeld dat de overeenkomst, op voormelde of op andere gronden, anders dan met wederzijds goedvinden is geëindigd op een moment voorafgaand aan 14 maart 2007, handhaaft VNI haar oorspronkelijke vordering tot vervangende schadevergoeding, een en ander conform de hiernavolgende berekeningen (die overigens uitgaan van de primaire vordering op basis van huurpenningen).
17. De vordering van VNI omvat allereerst de onbetaald gelaten huurpenningen over de periode april 2003 t/m 14 maart 2007 alsmede de openstaande meerwerknota's, waarop de uitgewonnen bankgarantie in mindering moet worden gebracht. Primair stel VNI zich op het standpunt dat de huurpenningen dienen te worden vermeerderd met de contractueel overeengekomen boetes wegens te late betaling conform artikel 14.2 van de algemene bepalingen en dat de meerwerknota's dienen te worden vermeerderd met de wettelijke rente. Subsidiair, voor het geval het beroep op voormelde boetebepalingen niet zou opgaan, meent VNI dat de huurpenningen en de meerwerknota's dienen te worden vermeerderd met de wettelijke rente.
18. Op grond van haar primaire standpunt komt VNI, berekend tot en met 1 november 2008, een bedrag van € 906.366,70 toe inzake de huurpenningen en een bedrag van € 21.240,97 in verband met de meerwerknota's. De daartoe

opgestelde berekeningen worden door VNI overgelegd als **productie 24**.

19. Uitgaande van het subsidiaire standpunt van VNI belooft haar totale vordering (huurpenningen en meerwerknota's vermeerderd met de wettelijke rente), wederom berekend tot en met 1 november 2008, een bedrag van € 509.320,07. De daaraan ten grondslag liggende berekening wordt overgelegd als **productie 25**.

Bewijsaanbod

- 16 VNI biedt, doch slechts voor zover op grond van artikel 150 Rv. de bewijslast op haar zou rusten bewijs aan van haar stellingen, meer in het bijzonder door het horen van de heren P.B.M. Silderhuis, H.J.B. Silderhuis en R.S. Duijn,

MET CONCLUSIE:

Dat het de kantonrechter moge 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% per 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 wettelijke rente vanaf 2 november 2008 tot aan de dag der 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 der 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.

Gemachtigde

Deze zaak wordt behandeld door:
mr. J.P.J.M. Naus
Postbus 1126
6501 BC Nijmegen
Tel: 024-3810871
Fax: 024-3810873

