

Rechtbank Almelo
Sector Kanton, locatie Enschede
Rolnummer: 04/190
Zitting: 3 februari 2009

CONCLUSIE VAN DUPLIEK

inzake:

Bernardus Theodorus Hofs
wonende te Holten,
gedaagde.
(in persoon)

tegen

V.N.I. Enschede
gevestigd te Geesteren,
eiseres,
gemachtigde: mr. J.P.M.M. Naus

Gedaagde B.Th.Hofs, nader te noemen Hofs sr., doet het volgende zeggen voor dupliek.

Hofs sr. ontkent al hetgeen eiseres V.N.I. Enschede B.V., nader te noemen: V.N.I. bij Conclusie van Repliek heeft gesteld tenzij en voorzover hierna één of meerdere stellingen van V.N.I. uitdrukkelijk wordt of worden erkend.

Hofs sr. biedt aan al zijn stellingen te bewijzen met alle middelen rechtens, in het bijzonder door middel van getuigenbewijs, zonder daarbij enige bewijslast op zich te nemen die rechtens niet op hem rust.

Inleiding

Hofs sr. kan door omstandigheden zoals verwoord onder punt 17. van deze Conclusie van Dupliek niet anders dan zelf tegen V.N.I. verweer voeren. Hofs sr. heeft eigenlijk recht op gefinancierde rechtsbijstand, echter hij is er niet in geslaagd, ook niet na heel veel moeite, een advocaat te vinden, die hem op basis van een "toevoeging" wilde bijstaan. De benaderde advocaten stelden allen, dat de zaak te complex is geworden en/of dat zij door op toevoegingsbasis te werken veel te weinig verdienen en/of hun kantoor dat niet toestond.

Hofs sr. realiseert zich, dat hij hierbij een zeer uitgebreide Conclusie van Dupliek uitbrengt. Hij kan echter niet anders, dit vanwege de complexiteit en de duur van de zaak, die zich reeds jarenlang voortsleept. Met name is van groot belang, dat het Hof in zijn tussenarrest d.d. 10 juni 2008 de gehele Memorie van Antwoord van gedaagde Hofs jr. , als reactie op de Memorie van Grieven van V.N.I., als ook de Conclusie van Dupliek d.d. 28 maart 2006 van Hofs jr. in deze bodemprocedure inhoudelijk vrijwel geheel buiten beschouwing heeft gelaten en uitspraken heeft gedaan die van rechtswege onmogelijk zijn, daarbij ook stellingen van de voorzieningenrechter verkeerd interpreterend.

Tevens heeft het Hof ten gunste van V.N.I. en ten nadele van R.T.B.Hofs (nader te noemen Hofs jr.) V.N.I. zelfs een "eiswijziging" toegekend, die V.N.I. helemaal niet heeft verzocht. Daarop komt Hofs sr. verderop in deze Conclusie van Dupliek terug.

Naar de mening van Hofs sr. is de handelwijze van het Hof aan te merken als in strijd met een goede rechtspleging.

1. Op 10 november 2008 is er een comparitie van partijen gehouden tussen V.N.I. en Hofs jr. Het proces-verbaal van deze comparitie wordt hierbij als **produktie 17** overgelegd. Hofs jr. heeft op 16 december 2008 bij het Hof een Akte na comparitie met produkties ingediend (**produktie 18**), waarin wordt ingegaan op alle naar de mening van Hofs jr. onterechte stellingen van het Hof.

Onder andere heeft Hofs jr. in deze Akte gesteld, dat het Hof onterecht heeft miskend, dat er op 25 februari 2004 een einde is gekomen aan de huurovereenkomst, hetgeen aldus Hofs jr. moet worden beschouwd als een juridische misslag, waardoor het Hof op zijn eindbeslissing in het tussenarrest dient terug te komen. Daarbij verwijst Hofs jr. naar een uitspraak van de HR d.d. 5 januari 1996, NJ 1996, 597.

Aannemelijk is dan ook, dat het eindvonnis anders zal luiden dan het tussenvonnis.

De gehele inhoud van het proces-verbaal en de Akte met bijbehorende produkties dient hier als herhaald en ingelast te worden beschouwd.

Een uitspraak, die gebaseerd is op een dergelijke handelwijze van het Hof kan niet beklijven, is de mening van Hofs sr., zeker niet nu het om zeer grote financiële en mentale belangen gaat, zowel voor hem als zijn zoon.

Hofs jr. heeft al aangekondigd in cassatie te gaan, wanneer het eindarrest niet andersluidend is.

2. Hofs sr. merkt op, dat V.N.I. het onder punt 6. van haar Conclusie van Repliek ten onrechte doet voorkomen alsof de comparitie van partijen slechts bedoeld was ter verdere bepaling van de exacte omvang van de aan V.N.I. toekomende bedragen, hetgeen onjuist is gezien de inhoud van het proces-verbaal en al het gestelde onder punt 1. Ook doet V.N.I. het voorkomen alsof het Hof ondermeer Hofs sr. reeds aansprakelijk heeft gehouden voor de uit de huurovereenkomst voortvloeiende verplichtingen, hetgeen sowieso onmogelijk is, daar Hofs sr. in de hoger beroep procedure bij het Hof geen partij is.

3. Bij inleidende dagvaarding d.d. 23 december 2003 heeft V.N.I. o.a. gedaagde Hofs sr. in de onderhavige procedure betrokken. Ter rolle d.d. 13 april 2004 werd (mede) namens Hofs jr. een Conclusie van Antwoord ingediend. Als gevolg van toelating tot de WSNP van Hofs sr. werd de procedure tegen hem van rechtswege geschorst.

4. In de procedure tegen de toenmalige gedaagden sub 1 en 2 werd ter rolle d.d. 31 januari 2006 namens V.N.I. een Conclusie van Repliek ingediend, die door V.N.I. als produktie 14 is overgelegd bij haar Conclusie van Repliek d.d. 12 december 2008. Ter rolle d.d. 9 mei 2006 werd namens V.N.I. een aanvullende akte ingediend, die door V.N.I. als produktie 15 is overgelegd bij haar Conclusie van Repliek d.d. 12 december 2008.

5. Op 28 maart 2006 heeft Hofs jr. als reactie op de Conclusie van Repliek van V.N.I. een Conclusie van Dupliek ingediend, die thans als **produktie 19** wordt overgelegd en welke inhoud thans als herhaald en ingelast dient te worden beschouwd ten aanzien van Hofs sr.

6. In haar tussenvonnis d.d. 5 september 2006 (produktie 16 bij de Conclusie van Repliek van V.N.I. d.d. 12 december 2008) heeft de kantonrechter aan Hofs jr. de bewijslast opgedragen van zijn stellingen.

7. Op 3 oktober 2006 heeft Hofs jr. een akte ter rolle ingebracht, de inhoud waarvan ook voor Hofs sr. van belang is en welker inhoud hier als herhaald en ingelast moet worden beschouwd. Deze wordt thans overgelegd als **produktie 20**.

8. Na de getuigenverhoren d.d. 13 november 2006 aan de zijde van Hofs jr en d.d. 15 december 2006 aan de zijde van V.N.I. heeft de kantonrechter in haar eindvonnis d.d. 24 april 2007 (productie 19 bij de Conclusie van Repliek van V.N.I. d.d. 12 december 2008)de vorderingen van V.N.I. afgewezen.

9. In de door V.N.I. gevoerde hoger beroep procedure voor het gerechtshof te Arnhem d.d. 24 juli 2007 (produktie 20 bij de Conclusie van Repliek van V.N.I. d.d. 12 december 2008), waarbij alleen Hofs jr. was gedagvaard, heeft V.N.I. o.a. grieven gericht tegen de conclusie van de kantonrechter, dat V.N.I. achteraf gezien, geacht moet worden stilzwijgend te hebben ingestemd met contractsoverneming door Xenon Webstore B.V.

10. In de Memorie van Antwoord d.d. 4 september 2007, welke thans als **produktie 21** wordt bijgesloten en welker inhoud hier als herhaald en ingelast dient te worden beschouwd, heeft Hofs jr. zich uitgebreid en zeer gemotiveerd verweerd tegen alle stellingen van V.N.I. in haar Memorie van Grieven.

Met name wenst Hofs sr. thans nogmaals nadrukkelijk te verwijzen naar hetgeen Hofs jr. heeft gesteld onder de punten 16 t/m 27 en onder de punten 47 t/m 55 en 75 van deze Memorie van Antwoord, waarin bewezen wordt, dat de heren Silderhuis en Duijn, ondanks het feit, dat zij “onder ede c.q. belofte stonden”, welbewust over tal van zaken hebben gelogen.

Dit had tot gevolg, dat de kantonrechter in haar eindvonnis Hofs jr. op een aantal punten in zijn bewijsvoering niet geslaagd heeft geacht. Zij stelt daartoe in haar eindvonnis:

” Nu beide heren Silderhuis en Duijn de verklaringen van Hofs jr. en Mensink bestrijden dat, daar waar het gaat om de vraag of vooraf met contractsoverneming door Xenon Webstore B.V. is ingestemd, het ervoor gehouden dient te worden, dat Hofs jr. niet in de hem gegeven bewijsopdracht op dit onderdeel is geslaagd.”

11. Onder de punten 46 en 73. van de Memorie van Antwoord heeft Hofs jr. het Hof dan ook verzocht om verbetering van het vonnis van de kantonrechter, waarop het Hof niet heeft gereageerd, omdat de hele Memorie van Antwoord door het Hof, zoals onder **Inleiding** is aangegeven, in zijn arrest buiten beschouwing is gelaten.

Vaststelling partijen huurovereenkomst

12. Hofs sr. geeft onderstaand een uitgebreide toelichting, als volgt:

18 december 2000

B.Th. Hofs tekent een intentieverklaring (ook genoemd: voorovereenkomst) om zijn firma-aandeel in Xenon Computers v.o.f. per 31 december 2000 via een Holding B.V. in te brengen in de nog op te richten Xenon Webstore B.V.

20 december 2000

R.T.B. Hofs tekent een intentieverklaring (ook genoemd: voorovereenkomst) om zijn firma-aandeel in Xenon Computers v.o.f. per 31 december 2000 via een Holding B.V. in te brengen in de nog op te richten Xenon Webstore B.V.

21 december 2000

Beide intentieverklaringen zijn geregistreerd bij de belastingdienst.

1 januari 2001

Volgens afspraak zijn per 1 januari 2001 de firma-aandelen verkocht en geleverd aan de nog op te richten Xenon Webstore B.V.. Als direct gevolg hiervan is op deze datum Xenon Webstore B.V. i.o. opgericht. Xenon Computers v.o.f. houdt op te bestaan.

Quote uit boek 'Elementair belastingrecht voor economen en bedrijfsjuristen' door L. G. M. Stevens:

"In de voorovereenkomst wordt veelal bepaald dat de bedrijfsresultaten van de in te brengen onderneming voor rekening en risico van de BV komen vanaf een datum die doorgaans is gelegen vóór de datum waarop de BV juridisch tot stand is gekomen. Op deze datum gaat het belang in de onderneming van de oorspronkelijke ondernemer(s) over op de B.V. in oprichting. Door deze overdracht staakt de oorspronkelijke ondernemer op dat aangegeven moment dus zijn onderneming."

Opmerking: het tijdstip van uitschrijving bij de Kamer van Koophandel is juridisch van geen enkel belang.

Van 1 januari 2001 tot 1 juli 2002 (de oprichting van Xenon Webstore B.V.) worden de bedrijfsactiviteiten uitgeoefend door Xenon Webstore B.V. i.o. (ook wel genoemd: Xenon Webstore v.o.f.).

Xenon Webstore B.V. i.o. had ingeschreven kunnen worden bij de Kamer van Koophandel, maar dat is niet verplicht en is ook niet gebeurd.

De reden dat de oprichting van de B.V. 1,5 jaar op zich heeft laten wachten is gelegen in een juridisch geschil met een voormalige vennoot van Xenon Computers v.o.f., de heer I.B. Süß. Deze claimde een substantiële vordering te hebben op het bedrijf. Doordat de hoogte van deze vordering niet vaststond was de accountant niet in staat om een balans per 31 december 2000 op te stellen. Na bemiddeling is de vordering van de heer Süß vastgesteld op nul euro. Na deze uitspraak is het proces van de inbreng zo snel mogelijk weer voortgezet.

De oprichters van Xenon Webstore B.V. i.o. zijn de heren R.T.B. Hofs en B. Th. Hofs. Zij waren bevoegd om te handelen namens de B.V. i.o.. Feitelijk handelden zij al namens de nog op te richten B.V.

Quote uit boek 'Hoofdzaken NV en BV' door M. M. Mendel en W. J. Oostwouder:

"De wet regelt hoe de vennootschap na haar oprichting aan dergelijke in de voorperiode verrichte rechtshandelingen kan worden gebonden (art. 93/203). Dat kan ten eerste door bekrachtiging van de rechtshandeling door de vennootschap nadat zij is opgericht. Deze bekrachtiging hoeft niet uitdrukkelijk te geschieden. Zij kan ook besloten liggen in daden en soms zelf in een stilzitten."

"In het belang van de rechtszekerheid heeft de HR (17 september 1982, NJ 1983, 120, Heufkens/Bonaventura) een hoofdregel opgesteld die als volgt kan worden weergegeven: is in de voorperiode b.v. door oprichters gehandeld op naam van de vennootschap i.o., dan wordt in beginsel aangenomen dat zij uitsluitend hebben gehandeld ten name van en ten behoeve van de op te richten vennootschap, dus niet (mede) ten name en ten behoeve van zichzelf."

Opmerking: Uitdrukkelijk wordt gesproken over een oprichter die handelt (b.v. het zetten van een handtekening). Een oprichter die niet handelt kan dus per definitie niet verantwoordelijk worden gesteld.

1 juli 2002

R.T.B. Hofs koopt Argon B.V. en de aandelenoverdracht vindt plaats.

B. Th. Hofs koopt Egelantier B.V. en de aandelenoverdracht vindt plaats.

Argon B.V. en Egelantier B.V. kopen Xenon Webstore B.V. en de aandelenoverdracht vindt plaats.

Hiermee is de oprichting van Xenon Webstore B.V., zijnde de B.V. waarin Xenon Computers v.o.f. per 31 december 2000 is ingebracht, een feit.

Bestuurders van Xenon Webstore B.V. zijn de heren R.T.B. Hofs en M.C. Mensink.

3 september 2002

Aktes van bedrijfsoverdracht zijn getekend.

Dit betreft slechts een vaststelling van feiten. Deze aktes kunnen pas worden getekend na oprichting van de B.V.. Het is dus gebruikelijk om een v.o.f. al voor de oprichting van een B.V. in te brengen in de betreffende B.V., daarvoor is de B.V. i.o. bij uitstek bedoeld. De inbreng, zowel verkoop als levering, vindt dus plaats per overdrachtsdatum, in dit geval 31 december 2000.

Artikel 2.1 uit de Akte van bedrijfsoverdracht:

“Verkoper heeft het verkochte op de opleverdatum ten titel van levering ter beschikking gesteld aan Koper, hetgeen eveneens op de overdrachtsdatum door Koper in bezit is genomen, zodat de baten en lasten van het verkochte vanaf de overgangdatum voor rekening van Koper zullen komen.”

Artikel 2.3 uit de Akte van bedrijfsoverdracht:

“Levering van het verkochte heeft plaatsgevonden door terbeschikkingstelling daarvan door Koper aan Verkoper”

Opmerking: De datum 3 september 2002 is juridisch van geen enkel belang.

Conclusies:

1. De inbreng heeft volledig volgens de (eenvoudige) juridische procedures per 31 december 2000 plaatsgevonden.
2. Xenon Computers v.o.f. is per 31 december 2000 opgehouden te bestaan.
3. R.T.B. Hofs kon tussen 1 januari 2001 en 1 juli 2002 alleen rechtsgeldig handelen namens Xenon Webstore B.V. i.o..
4. Rechtshandelingen namens Xenon Webstore B.V. i.o. zijn juridisch gezien verricht namens Xenon Webstore B.V. en alle daaruit voortvloeiende verplichtingen zijn na oprichting per 1 juli 2002 naadloos overgenomen door Xenon Webstore B.V..
5. V.N.I. is in de periode voor tekening van het huurcontract uiteraard volledig op de hoogte gesteld van deze gang van zaken, wat ontegenzeggelijk blijkt uit het handelen van V.N.I.
6. De enige fout in het geheel: het huurcontract is foutief op naam van Xenon Computers v.o.f. gesteld, dit om administratieve redenen vanwege het directe beschikbaar zijn van een KvK-nummer en een B.T.W.nummer. Deze fout is zowel R.T.B. Hofs, V.N.I. als makelaar Snelder Zijlstra de Groot Bedrijfsmakelaars aan te rekenen.

In het (door V.N.I. niet bestreden) vonnis van 5 september 2006 van de kantonrechter in de onderhavige procedure, is in r.o. 4.2 op zichzelf terecht overwogen, dat Xenon Computers V.o.f. is ontbonden. Overigens niet met terugwerkende kracht, maar van rechtswege per 31 december 2000.

Omdat met ingang van die datum de onderneming als zodanig gewoon werd voortgezet is op die datum niet alleen Xenon Computers v.o.f. ontbonden, maar is ook aan deze vennootschap een einde gekomen. Vereffening heeft dus ook niet plaats behoeven te vinden.

Zie A.L.Mohr, Van maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap, 5^e herziene druk, p. 276 e.v.

Eindconclusie:

Nu moet worden vastgesteld, dat Xenon Computers V.o.f. per 31 december 2000 is ontbonden en tevens heeft opgehouden te bestaan (dus geëindigd is), is de onderhavige huurovereenkomst niet gesloten en kán zelfs niet gesloten zijn door Xenon Computers V.o.f. en dus ook niet door de voormalige vennoten van deze V.o.f.

De enige conclusie, die uit dit alles getrokken kan worden is, dat de huurovereenkomst van 14 maart 2002 gesloten is tussen V.N.I. als verhuurder en Xenon Webstore B.V. i.o. als huurster. Nu Xenon Webstore B.V. later alsnog is opgericht en zij de rechtshandelingen die in de i.o.-fase zijn verricht, waaronder het sluiten van de onderhavige huurovereenkomst, voor haar rekening heeft genomen (heeft bekrachtigd, hetgeen V.N.I. bekend was) moet worden vastgesteld, dat de huurovereenkomst van 14 maart 2002- uiteindelijk- tot stand is gekomen tussen V.N.I. als verhuurder en Xenon Webstore B.V. als huurster.

Hofs sr. wenst hier aan toe te voegen, dat V.N.I. nooit heeft betwist, dat Xenon Webstore B.V. het aangaan van de huurovereenkomst heeft bekrachtigd.

Dat Hofs jr., louter om administratieve redenen in overleg met V.N.I. en de makelaar, als vennoot van Xenon Computers V.o.f. de onderhavige huurovereenkomst heeft ondertekend, doet aan het vorenstaande niet af. Waar een vennootschap onder firma van rechtswege heeft opgehouden te bestaan, dus geëindigd is, bestaat zij de jure niet meer en kan zij geen rechtshandelingen meer verrichten en dus ook niet overgaan tot het sluiten van een huurovereenkomst.

Betreffende de administratieve redenen wenst Hofs sr. te verwijzen naar hetgeen Hofs jr. heeft gesteld in zijn Memorie van Antwoord d.d. 4 september 2007 onder de punten 6 t/m 9.

Ten onrechte meent V.N.I. in punt 11 van haar Conclusie dan ook, dat Hofs sr. hoofdelijk aansprakelijk medevennoot is. Zowel Hofs jr. als Hofs sr. zijn niet aansprakelijk voor de door V.N.I. verwoorde vordering. Op de eiswijziging komt Hofs sr. nog terug.

Uit het bovenstaande vloeit voort, dat de discussie omtrent de identiteit van de huurder inderdaad beslecht is zoals V.N.I. stelt, maar niet in de door V.N.I. bedoelde zin.

Hierbij als **produktie 22** de akten van bedrijfsoverdracht, de genoemde voorverklaring (**produktie 23**) en de registratie bij de belastingdienst (**produktie 24**).

Hofs sr. betoogt, dat nu de akte(n) waarvan het Hof onder punt 5.13 in zijn tussenarrest ten onrechte heeft aangenomen, dat deze niet bestaat (bestaan), het Hof ten onrechte heeft gesteld dat Hofs jr. niet geslaagd is in het aan hem opgedragen bewijs en tevens ten onrechte heeft gesteld dat de grieven van V.N.I. geslaagd zijn.

Ten overvloede wijst Hofs sr., wanneer, wat niet te verwachten is, de discussie betreffende de stilzwijgende contractsovername na al het bovenstaande nog van belang zou zijn, naar al de bewijsvoering van hem en zijn zoon in de CvA, de CvD, de akte ter rolle van 3 oktober 2006 en de MvA, waaruit moet blijken, dat de stilzwijgende contractsovername een feit is, hetgeen al is vastgesteld door de kantonrechter in haar vonnis van 24 april 2007. Deze vaststelling van de kantonrechter is in het tussenarrest van het Hof d.d. 10 juni 2008 niet weersproken en dus voor juist gehouden.

Saillant detail is, dat V.N.I. blijkens haar pleitnotities ten behoeve van het kortgeding d.d. 21 januari 2004 van mening is, dat artikel 6:159 behelst, dat er een akte moet zijn opgemaakt tussen V.N.I. en Xenon Webstore B.V., waarin duidelijk wordt verwoord, dat V.N.I. medewerking verleent aan de contractsovername betreffende het huurcontract. Deze zienswijze van V.N.I. is een foutieve, met die akte wordt namelijk bedoeld een akte tussen Xenon Computers V.o.f. en Xenon Webstore B.V.. Betreffende een contractsovername is er geen officiële akte benodigd, deze contractsovername kan ook stilzwijgend gebeuren, (zoals in de onderhavige huurkwestie is geschied), of middels een schriftelijke of mondelinge verklaring dan wel door een aanvulling op de huurovereenkomst, zoals het Hof zelf stelt in zijn arrest d.d. 6 juli 2004 onder 5.3. Een dergelijke verklaring hoeft niet bij uitdrukkelijke verklaring te gebeuren, aldus ook de kantonrechter in haar vonnis van 24 april 2007, waarbij zij verwijst naar een uitspraak van de HR van 23 april 1999, NJ 1999, 497.

Voor iedere objectieve buitenstaander zijn de feiten zonneklaar. Ter illustratie wordt hierbij als **produktie 25** overgelegd een getekende verklaring van het echtpaar Hofs d.d. 21 november 2008, waaruit blijkt dat de belastingdienst, in de persoon van inspecteur mevr. H.G. Ligtenberg, de mening is toegedaan dat vanaf het begin van het huurcontract d.d. 14 maart 2002 Xenon Webstore B.V. de huurster van het pand van V.N.I. is geweest.

Nu de identiteit van de huurster, zijnde Xenon Webstore B.V., vastligt behoeven de overige discussiepunten betreffende de door V.N.I. gevraagde schadevergoeding niet meer aan de orde te komen, immers Hofs sr. kan niet de huurder zijn en is dit evenmin ooit geweest. Volledigheidshalve wil Hofs sr. op deze punten verderop in deze conclusie echter toch ingaan.

13. In zijn tussenarrest veronderstelt het Hof, dat de kantonrechter zich bij haar oordeel, dat het ervoor moet worden gehouden dat de huurovereenkomst door stilzwijgende bekrachtiging door V.N.I. is overgegaan van Xenon Computers v.o.f. op Xenon Webstore B.V. (kort weergegeven) heeft aangenomen, dat er een akte zoals bedoeld in artikel 6:159 bestaat tussen Xenon Computers V.o.f. en Xenon Webstore B.V. . Het Hof stelt vervolgens, dat er geen akte als bedoeld in artikel 6:159 BW is opgemaakt tussen Xenon Computers V.o.f. en Xenon Webstore B.V.

14. Hofs sr. betoogt, dat de betreffende aanneming van de kantonrechter juist was, hetgeen logisch is, aangezien de kantonrechter twee van de desbetreffende akte(n) op 3 oktober 2006 als bijlagen 1 en 2 reeds ter rolzitting van Hofs sr. had ontvangen, hetgeen het Hof ook had kunnen constateren.

De stelling van het Hof, dat een dergelijke akte tussen Xenon Computers V.o.f. en Xenon Webstore B.V. niet is opgemaakt, is dus onjuist.

15. Om ieder misverstand betreffende de volgens artikel 6:159 BW vereiste akten en de totstandkoming daarvan uit te sluiten heeft Hofs jr. deze ter gelegenheid van de comparitie van partijen d.d. 10 november 2008 aan het Hof toegezonden met tevens daarbij de Voorverklaring van de belastingdienst. Daarna is er door Hofs jr. in produktie 2 bij de Akte d.d. 16 december 2008 nog zeer uitgebreide uitleg aan het Hof gegeven betreffende de hele gang van zaken met betrekking tot het ontstaan van Xenon Webstore B.V., zoals in deze Conclusie verwoord onder punt 12.

De "eiswijziging" van V.N.I. in de Memorie van Grieven

16. Onder punt 43. van haar Memorie van Grieven d.d. 24 april 2007 heeft V.N.I. het volgende gesteld:

"Het geschil in eerste aanleg heeft zich vrijwel volledig geconcentreerd op de discussie omtrent de identiteit van de huurder. Wanneer de namens VNI ingestelde grieven slagen, zal alsnog een inhoudelijke beoordeling van de overige discussiepunten tussen partijen moeten plaatsvinden. VNI refereert in dat verband aan haar eerste stellingen en standpunten in eerste aanleg en wenst deze als hier herhaald en ingelast te beschouwen. Het komt erop neer dat Hofs jr. alsnog zou moeten worden veroordeeld tot betaling aan VNI van de in eerste aanleg gevorderde bedragen (wegens huurpenningen, meerwerknota's en schadevergoeding), alsmede in de proceskosten in eerste aanleg en thans in hoger beroep. Inmiddels is de huurovereenkomst van rechtswege geëindigd per 14 maart 2007, waardoor de vordering tot vervangende schadevergoeding die in eerste aanleg werd ingesteld thans wijzigt in een vordering tot betaling van huurpenningen."

17. De "vaststelling" in de laatste zin was een "must" voor V.N.I., daar V.N.I. vanaf het vonnis in kortgeding d.d. 30 januari 2004 tegenover Hofs sr. onterecht heeft volgehouden en daarnaar ook heeft gehandeld, zoals reeds uitgelegd onder de punten 36 en 76 t/m 81 van de Memorie van Antwoord (zie produktie 21), dat deze door de voorzieningenrechter reeds was veroordeeld tot doorbetaling van alle huurpenningen t/m 14 maart 2007, zijnde de contractueel overeengekomen beëindigingsdatum van het huurcontract betreffende de eerste vijf jaren, met overigens een stilzwijgende verlenging met wederom vijf jaren. Ook heeft V.N.I. een niet bestaand executoriaal beslag op de woning van Hofs sr. en zijn echtgenote betekend aan de beide hypotheekhouders van het echtpaar met desastreuze gevolgen voor het echtpaar. Vervolgens heeft V.N.I. onterecht de faillissementen van de beide heren Hofs aangevraagd, daarbij gebruikmakend van niet bestaande en onrechtmatig verkregen steunvorderingen. Tenslotte is het echtpaar Hofs geheel door toedoen van V.N.I. in de WSNP beland, waardoor ook hun bedrijf De Hofakker B.V. grote schade leed en onverkoopbaar is geworden. Bewust heeft V.N.I. er voor gezorgd, dat de procedure thans reeds meer dan vijf jaren voortduurt met zeer veel ellende voor beide echtelieden en hun zoon.

In separate procedures zullen zowel het echtpaar als hun zoon de door de handelwijze van V.N.I. veroorzaakte schade op haar en haar concernrelaties verhalen.

18. De "eiswijziging" van V.N.I. in de Memorie van Grieven betreffende betaling van achterstallige huur, een meerwerknota en schadevergoeding voor het vroegtijdig ontbinden van de huurovereenkomst in een vordering tot betaling van huurpenningen is geen duidelijke eiswijziging, maar een foutieve vaststelling.

Deze foutieve vaststelling is door het Hof om onduidelijke redenen ongevraagd en uit eigener beweging als eiswijziging aangemerkt en daarbij heeft het Hof in strijd met de waarheid gesteld, dat tegen deze "eiswijziging" door Hofs jr. geen bezwaar is gemaakt, dit door onder punt 5.14 van zijn arrest te stellen: "*Van die wijziging van eis, **waartegen geen bezwaar is gemaakt**, zal het hof uitgaan*".

Hofs jr. heeft deze “eiswijziging” zoals de kantonrechter kan constateren wel degelijk uitdrukkelijk bestreden in zijn Memorie van Antwoord d.d. 4 september 2007 onder de punten 82, 83 en 84, waaraan het Hof dus geen enkele aandacht heeft besteed.

19. Uit de Conclusie van Replik d.d. 12 december 2008 blijkt duidelijk, dat V.N.I. zelf ook van mening is, dat in de Memorie van Grieven de zogenaamde eiswijziging niet duidelijk is verwoord. V.N.I. doet thans wel een correct geformuleerde eiswijziging als volgt:

“Nu het gehuurde inmiddels is ontruimd en de huurovereenkomst van rechtswege is geëindigd per 14 maart 2007, dient de vordering van V.N.I. als weergegeven in de inleidende dagvaarding d.d. 23 december 2003 te worden gewijzigd. Met name wenst V.N.I. haar vordering tot vervangende schadevergoeding te veranderen in een vordering tot betaling van huurpenningen.”

20. Onder punt 16 stelt V.N.I. dat, mocht worden geoordeeld dat de huurovereenkomst is geëindigd op een tijdstip vóór 14 maart 2007, zij haar oorspronkelijke vordering handhaaft (dus een vordering tot schadevergoeding), ‘een en ander conform de door V.N.I. overgelegde berekeningen’. Haar berekeningen gaan echter volgens V.N.I. zelf uit van de primaire vordering op basis van huurpenningen. Daarmee is de subsidiaire vordering van V.N.I. - de vordering tot schadevergoeding - in ieder geval niet onderbouwd en zijn alle discussiepunten dienaangaande onbehandeld gebleven. Uit de overgelegde berekeningen in produktie 25 blijkt tevens de onjuistheid van deze berekeningen, omdat deze uitgaan van een einde van de huurovereenkomst per 14 maart 2007.

21. Hofs sr. betoogt, dat V.N.I. slechts ten aanzien van R.T.B.Hofs (weliswaar onterecht) heeft gesteld, dat de huurovereenkomst per 14 maart 2007 is geëindigd.

Ten aanzien van B.Th.Hofs, die dus de gedaagde is in de onderhavige procedure, heeft V.N.I. de beëindiging van het huurcontract uitdrukkelijk diverse keren zelf op een andere datum gesteld, als volgt:

a) Op 04-07-2005 in een brief aan Hofs jr. (**produktie 26**), waarin V.N.I. o.a. meldt, dat de bewindvoerder van zijn vader mr. Daniëls de huurovereenkomst van de onroerende zaak aan de Neptunusstraat 23-25 te Enschede heeft opgezegd en dat daardoor de huurovereenkomst met zijn vader is beëindigd. Als bijlage bij deze brief ontvangt Hofs jr. de opzeggingsbrief van de bewindvoerder (**produktie 27**).

b) In de Conclusie van Replik d.d. 31-01-2006 (produktie 14 bij de Conclusie van Replik d.d.12 december 2008) meldt V.N.I. eveneens onder het hoofdstuk **Algemeen** punt 3., dat de bewindvoerder van Hofs sr. bij brief d.d. 4 juli 2005 de huurovereenkomst heeft beëindigd. De juiste datum van de opzeggingsbrief is overigens 16 juni 2005 (zie produktie 27). In deze brief staat duidelijk, dat de bewindvoerder de huurovereenkomst opzegt voor de onroerende zaak aan de Neptunusstraat 23-25 te Enschede (met de toevoeging: “zover nog niet geschied”). V.N.I. suggereert ten onrechte, dat de huurovereenkomst alleen betreffende Hofs sr. is opgezegd, hetgeen feitelijk en juridisch onmogelijk is.

Tevens verzoekt V.N.I. onder dit punt de kantonrechter, zoals bij dagvaarding gesteld, om de huurovereenkomst met Hofs jr. te beëindigen.

22. Hofs sr. betoogt bovendien, dat het Hof door uit te gaan van de “eiswijziging” door V.N.I. in strijd handelt met hetgeen het Hof zelf heeft geschreven onder het kopje **De vaststaande feiten**. Daar staat namelijk, dat het Hof in hoger beroep zal uitgaan van de feiten, zoals de kantonrechter die in haar vonnis van 5 september 2006 onder 2.1 tot en met 2.10 heeft vastgesteld.

23. Betreffende de beëindiging van het huurcontract meldt de kantonrechter daar onder punt 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 kortstmogelijke termijn, te weten 10 maart 2004.”

en onder punt 2.6:

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

De kantonrechter heeft overigens weggelaten: *“zover nog niet geschied”*, deze zinsnede stond ook nog in de fax van de bewindvoerder.

Ook in de CvD van 28 maart 2006 is de beëindiging door de curator van de huurovereenkomst per 10 maart 2004 door Hofs jr. reeds expliciet genoemd onder punt 98.

Rechtsgeldige beëindiging van het huurcontract

24. De “eiswijziging” van V.N.I. is gebaseerd op de verkeerde aanname, dat het huurcontract per 14 maart 2007 van rechtswege geëindigd zou zijn, hetgeen bewezen niet zo is.

De rechtsgeldige beëindiging van het huurcontract heeft plaatsgevonden op 25 februari 2004, zijnde de ontruimingsdatum. Het Hof overweegt, dat het feit dat het gehuurde na het vonnis van de voorzieningenrechter van 30 januari 2004 is ontruimd op zichzelf onvoldoende is om te concluderen dat op de datum van ontruiming een einde is gekomen aan de huurovereenkomst, omdat die ontruiming is geschied ter uitvoering van een vonnis waarin een voorlopige voorziening was gegeven.

25. Hofs sr. betoogt, dat afgezien van het feit, dat een ontruiming van een pand onmogelijk een voorlopige voorziening kan betekenen, V.N.I. in de dagvaarding van het KG onder het kopje **Spoeideisendheid** o.a. heeft gesteld, dat zij recht en spoedeisend belang heeft bij een ontruiming op korte termijn van het gehuurde, zodat verdere schade kan worden voorkomen, omdat V.N.I. dan een nieuwe huurder, die wel huur betaalt, het pand kan laten betrekken. Hieruit blijkt, dat V.N.I. zelf de ontruimingsdatum ook beschouwt als de datum waarop er een einde aan de huurovereenkomst zal komen. Hofs sr. verwijst eveneens naar het uitgebreide betoog onder de punten 79 t/m 81 van de Memorie van Antwoord d.d. 4 september 2007, welk betoog door het Hof in zijn geheel is genegeerd. Onder punt IV van **De Beslissing** (in conventie) heeft de voorzieningenrechter in zijn vonnis van 30 januari 2004 de eis van V.N.I. ingewilligd.

26. Hofs sr. stelt bovendien dat, even de hypothetische stelling aangenomen, dat er geen rechtsgeldige beëindiging van het huurcontract per 25 februari 2004 had plaatsgevonden, én curator mr. Haafkes het huurcontract voor het bedrijfspand niet per 10 maart 2004 had opgezegd én ook bewindvoerder mr. Daniels het huurcontract niet had opgezegd tegen de kortstmogelijke termijn (voor zover nog niet geschied), het huurcontract dan in elk geval niet op 14 maart 2007 van rechtswege geëindigd kan zijn.

27. De vaststelling van V.N.I. (en van het Hof) vindt namelijk geen steun in het recht en evenmin in het afgesloten huurcontract.

Het huurcontract vermeldt een huurtermijn van 5 jaar met verlengingsmogelijkheden van telkenmale 5 jaar. Ook vermeldt het huurcontract een opzegtermijn van twaalf maanden. Wetsartikel 7:292 lid 2 BW geeft aan, dat een huurovereenkomst die voor vijf jaar geldt, na het verstrijken daarvan van rechtswege met vijf jaar wordt verlengd.

Krachtens het bepaalde in artikel 7:293 lid 2 BW moet een huuropzegging -of deze nu door de huurder of door de verhuurder gedaan wordt- bij deurwaardersexploot dan wel door middel van een aangetekende brief worden verricht.

Vaststaat, dat deze opzeggingsformaliteiten nooit hebben plaatsgevonden.

Evenmin is het huurcontract ontbonden door de kantonrechter in haar vonnis d.d. 24 april 2007, omdat de kantonrechter daarin heeft vastgesteld, dat Hof's jr. vanaf in elk geval na 2 november 2002 niet de huurder van het bedrijfspand is geweest.

Het spreekt voor zich dat ook het Hof de genoemde wetsartikelen in acht dient te nemen.

28. In de Memorie van Antwoord d.d. 4 september 2007 heeft Hof's jr. onder de punten 36. en 82. reeds uitdrukkelijk gesteld en bewezen, dat de huurovereenkomst op 25 februari 2004 rechtsgeldig is beëindigd.

29. Op 10 december 2004 had mr. Haafkes, de curator van het failliete Xenon Webstore B.V., de huurovereenkomst voor het bedrijfspand van V.N.I. dus reeds opgezegd per 10 maart 2004 (produktie 14 bij de Conclusie van Antwoord d.d. 13 april 2004).

In de Conclusie van Dupliek d.d. 28 maart 2006 heeft Hof's jr. wederom vermeld, dat de huurovereenkomst per 10 maart 2004 is beëindigd door opzegging van curator mr. Haafkes op grond van artikel 39 Fw.

30. V.N.I. hangt de wel zeer vreemde stelling aan, dat de opzegging van de huurovereenkomst door mr. Haafkes, zijnde de curator van het failliete Xenon Webstore B.V. niet rechtsgeldig is geschied, omdat mr. Haafkes het huurcontract voor het bedrijfspand namens deze B.V. heeft opgezegd en niet namens de heren Hof's. Deze stelling is onjuist. Primair stelt Hof's sr., dat Xenon Webstore B.V. de huurster van het bedrijfspand was en subsidiair stelt hij, dat wanneer het zo zou zijn, dat de heren Hof's de huurders zouden zijn, de opzegging door mr. Haafkes wel degelijk een rechtsgeldige beëindiging van het huurcontract betekende, ook voor de heren Hof's.

31. Hof's sr. stelt, dat de curator een inschatting heeft gemaakt betreffende de identiteit van de huurder. Het spreekt voor zich, dat een curator in de beginfase van een faillissement geen diepgaand onderzoek kan instellen naar de identiteit van de huurder. Hij heeft aan de hand van de administratie en correspondentie correct geconstateerd, dat Xenon Webstore B.V. de huurster was (produktie 15 bij de Conclusie van Antwoord d.d. 13 april 2004).

32. Dat mr. Haafkes heeft opgezegd namens Xenon Webstore B.V. is van geen enkel belang, slechts de opzegging van de huurovereenkomst voor het bedrijfspand is van belang, hetgeen ook door het Hof op 6 juli 2004 in zijn arrest is bevestigd en erkend.

33. De voorzieningenrechter heeft in zijn vonnis d.d. 30 januari 2004 daarentegen voorlopig aangenomen, dat de heren Hof's de huurders zijn maar dit moest in de bodemprocedure nog bevestigd worden of als onjuist worden bevonden.

34. De bewindvoerder van Hof's sr. in de WSNP, zijnde mr. J.A.D.M. Daniëls, heeft de huur voor het bedrijfspand van V.N.I. per fax d.d. 15 juni 2005 voor alle zekerheid opgezegd per eerst mogelijke datum, daarbij uitdrukkelijk vermeldend: "*zover nog niet geschied*".

V.N.I. is daar zeer goed van op de hoogte en heeft de betreffende fax zelf als productie 16 overgelegd bij haar Conclusie van Replik d.d. 31 januari 2006 in de procedure tegen Hofs jr.

35. Afgezien van de opzeggingen van de curator en bewindvoerder achteraf (en voor zover nog niet geschied) heeft de rechtsgeldige beëindiging feitelijk dus plaatsgevonden per 25 februari 2004, nadat tot tevredenheid van de verhuurder en in samenspraak met de gemachtigden van beide partijen de huurster het pand geheel volgens de Algemene Bepalingen Huurovereenkomst Kantoorruimte par. 5.1 t/m 5.7 had opgeleverd.

36. Volledigheidshalve geeft Hofs sr. hier een uitvoerig verslag, waaruit blijkt, dat het huurcontract tussen V.N.I. en Xenon per 25 februari 2004 inderdaad rechtsgeldig is beëindigd en dat er na deze datum in elk geval geen huurpenningen meer zijn verschuldigd aan V.N.I. Ook V.N.I. zelf heeft meerdere malen naar de ontruimingsdatum verwezen als datum van beëindiging en daar ook naar gehandeld.

37. In de DAGVAARDING d.d. 23-12-2003 stelt mr. De Wilde namens haar cliënte V.N.I.:

Onder punt 34 van de Feiten:

Schadevergoeding:

“V.N.I. vordert in deze procedure ontbinding van de huurovereenkomst op grond van wanprestatie. V.N.I. mocht er bij het sluiten van de overeenkomst vanuit gaan dat de huurovereenkomst voor tenminste vijf jaren zou worden volgemaakt. Nu de huurovereenkomst wordt ontbonden op grond van wanprestatie van Xenon Computers is V.N.I. gerechtigd om schadevergoeding te vragen voor het feit dat het pand aan de Neptunusstraat 23-25 te Enschede leeg staat. In de huidige economische tijden en de grote leegstand met betrekking tot kantoorruimte zal dit tot gevolg hebben dat hoogstwaarschijnlijk het pand gedurende het restant van de huurperiode zal leegstaan. V.N.I. vordert derhalve dat Xenon Computers wordt verplicht de huurpenningen per maand door te betalen als schadevergoeding tot het moment dat V.N.I. een nieuwe huurder voor het pand heeft gevonden.”

Onder MITSDIEN in deze dagvaarding staat o.a.:

2. tot betaling van de nog openvallende huurtermijnen ingaande per 1 januari 2004 tot en met de dag waarop de huurovereenkomst rechtsgeldig tussen partijen zal zijn beëindigd
5. tot betaling van de openvallende huurtermijnen na ontruiming tot en met maart 2007 als schadevergoeding voor het feit dat de huurovereenkomst anders zou doorlopen.

6. vast te stellen dat de huurovereenkomst per de ontruimingsdatum, althans vanaf een door de rechtbank Almelo te bepalen datum, zal worden ontbonden.

Deze dagvaarding is de aanzet tot de bodemprocedure, die nadien gevoerd zal worden en die in de praktijk heel lang kan duren, zeker omdat partijen, zoals ook in de onderhavige procedures is gebeurd, steeds termijnen kunnen opschorten.

IN KORT GEDING GEDAGVAARD d.d. 08-01-2004

Hier staat onder punt 34 van de Feiten:

Spoedeisendheid (met de volgende tekst):

“Uit het vorenstaande blijkt, dat V.N.I. recht en spoedeisend belang heeft bij de hierna te formuleren vorderingen. De spoedeisendheid blijkt o.m. uit het feit, dat de vordering uit hoofde van de te betalen huurpenningen en meerwerknota's niet langer mag oplopen. V.N.I. heeft het geld dringend nodig om de eigen financiële situatie gezond te houden. I.v.m. het faillissement van Xenon Webstore B.V. en een mogelijk dreigend faillissement van Xenon Computers Vof en de vennoten heeft V.N.I. er belang bij, dat op korte termijn het gehuurde kan worden ontruimd, zodat verdere schade kan worden voorkomen. V.N.I. kan dan een nieuwe huurder (die wel huur betaalt) het pand laten betrekken.”

Opmerking: Hetgeen geschreven wordt in punt 34 van de **DAGVAARDING d.d. 23-12-2003** en in punt 5 onder de kop MITSDIEN van deze Dagvaarding wijkt totaal af van hetgeen geschreven wordt onder **Spoedeisend** onder punt 34 van **IN KORT GEDING GEDAGVAARD d.d. 08-01-04 !**

Uit het door V.N.I. gemelde onder het kopje Spoedeisendheid blijkt zonneklaar, dat V.N.I. zelf ook van mening is, dat er na de ontruiming geen huurbetalingen meer gevorderd kunnen worden, immers zij stelt, dat de vordering uit hoofde van te betalen huurpenningen niet verder mag oplopen en tevens stelt zij, dat zij na ontruiming een nieuwe huurder (**die wel huur betaalt**) het pand kan laten betrekken.

Onder MITSDIEN staat weer o.a. het punt:

2. tot betaling van de nog openvallende huurtermijnen ingaande per 1 januari 2004 tot en met de dag waarop de huurovereenkomst rechtsgeldig tussen partijen zal zijn beëindigd.

Punt 5 en 6, die wel in de DAGVAARDING d.d. 23-12-03 zijn vermeld, worden hier niet genoemd.

Dit is correct, n.l. de reden voor V.N.I. om een KORTGEDING aan te spannen werd dus onder punt 34 gemotiveerd (zie bovenstaand).

De reden dat punt 5 is weggelaten is, dat er in dit KORTGEDING geen schadevergoeding kon worden gevraagd op de manier die V.N.I. in gedachten heeft. (dus doorbetaling van de maandelijkse huur tot en met maart 2007 als schadevergoeding voor het feit dat de huurovereenkomst anders zou doorlopen).

Dit punt komt eerst in de bodemprocedure aan de orde.

De reden dat punt 6 is weggelaten is dat, wanneer i.v.m. het spoedeisende belang van V.N.I. de rechter het pand zou laten ontruimen met de ontruimingsdatum de huurovereenkomst feitelijk zou zijn beëindigd, wanneer alle handelingen met betrekking tot de oplevering van het pand volgens de Algemene Bepalingen van de Huurovereenkomst rechtsgeldig zouden zijn verricht.

In de dagvaarding d.d. 23-12-2003 betreffende de bodemprocedure en de dagvaarding d.d. 08-01-2004 betreffende het Kort Geding kan de kantonrechter al het hierboven gestelde op juistheid verifiëren.

Ondanks dat de gang van zaken naar de mening van Hofs sr. thans al geheel duidelijk moet zijn hierbij nog enige citaten uit de tekst van het vonnis in Kort Geding van de Rechtbank Almelo:

Vaststaande feiten:

Ervan uitgaande dat er een huurovereenkomst VNI-Webstore B.V. bestaat, heeft de curator de huurovereenkomst opgezegd tegen de kortstmogelijke termijn, zijnde 10 maart 2004”.

De beoordeling

Eerst volgt dan een stuk met uitleg over de partijen bij de huurovereenkomst

Vervolgens: **gevorderde ontruiming**

Vervolgens: **geldvordering van VNI uit hoofde van achterstallige huur**

Vervolgens: **geldvordering van VNI uit hoofde van meerwerknota's**

Nogmaals: er worden dus pertinent **geen toekomstige huurpenningen na ontruiming gevraagd noch toegewezen.**

Onder punt II van de **beslissing** wordt met de datum van rechtsgeldige beëindiging vanzelfsprekend de datum van 10 maart 2004 (opzegging curator Xenon Webstore B.V.) bedoeld of eventueel later, wanneer de curator, de verhuurder en de huurder dit overeenkomen. Toen de ontruiming reeds op 25 februari 2004 een feit was en de sleutels waren ingeleverd waren er na die datum uiteraard geen huurbetalingsverplichtingen meer. Uit Artikel 201 BW 7 volgt immers dat huurbetalingen onlosmakelijk gekoppeld zijn aan het gebruik van het gehuurde.

Artikel 201

1. Huur is de overeenkomst waarbij de ene partij, de verhuurder, zich verbindt aan de andere partij, de huurder, **een zaak of een gedeelte daarvan in gebruik te verstrekken** en de huurder zich verbindt tot een tegenprestatie.

Deze tekst onder punt II is vrijwel gelijklopend aan de teksten onder 2 in de beide Dagvaardingen en luidt ook:

“tot betaling (voldoening) van de nog openvallende huurtermijnen ingaande per 1 januari 2004 tot en met de dag waarop de huurovereenkomst rechtsgeldig tussen partijen zal zijn beëindigd.”

Zie ook onder IV van de **beslissing**, waar staat:

“Veroordeelt gedaagden sub 2, 3 en 4 (2 en 3 zijn de heren Hofs) om het gehuurde aan de Neptunusstraat 23-25 te Enschede, met al de hunnen en al het hunne, voor zover het laatste niet het eigendom van eiseres is, binnen zeven dagen na betekening van dit vonnis te ontruimen en te verlaten en door afgifte van de sleutels ter vrije en algehele beschikking van V.N.I. te stellen, etc..”

Opmerking: aan het verzoek van V.N.I. onder punt 34 van de kortgedingdagvaarding is dus geheel voldaan, ook in de uitspraak in hoger beroep d.d. 06-07-2004

In DE ALGEMENE BEPALINGEN HUUROVEREENKOMST HUURRUIMTE staat onder:

Einde huurovereenkomst of gebruik

5.1 Behoudens eventuele wettelijke rechten is huurder verplicht bij het einde van de huurovereenkomst, of bij het beëindigen van het gebruik, het gehuurde ten genoegen van de verhuurder in de oorspronkelijke staat, vastgelegd in de bij de aanvang opgemaakte en gewaarmerkte omschrijving als vermeld in 1.2 en bij gebreke daarvan in goede staat, geheel ontruimd, vrij van gebruik en gebruiksrechten en behoorlijk schoongemaakt aan verhuurder op te leveren en alle sleutels, keycards aan de verhuurder te overhandigen. Huurder is verplicht alle zaken die door hem in, aan of op het gehuurde zijn aangebracht op eigen kosten te verwijderen.

5.2 Verhuurder is gerechtigd om, indien huurder het gebruik tijdig of ontijdig heeft beëindigd zonder de sleutels aan de verhuurder te hebben afgegeven, de huur als geëindigd te beschouwen.

Commentaar: zelfs bij het niet inleveren van de sleutels wordt de huurovereenkomst als beëindigd beschouwd.

5.4 Tijdig voor het einde van de huurovereenkomst, dient het gehuurde gezamenlijk door partijen te worden geïnspecteerd.

etc.

In dit geval zijn de oplevering en inspectie bij het einde van de huurovereenkomst geheel volgens bovengenoemde artikelen geschied.

In een fax d.d. 10-02-2004 (**produktie 28**) schrijft mr. De Wilde van Hoge van den Broek namens V.N.I. aan mr. Van Susante van Hekkelman, de gemachtigde van Xenon:

“Ik verzoek u aan uw cliënten mede te delen, dat het voorkeur verdient, dat het pand zo spoedig mogelijk wordt ontruimd. Ik verzoek uw cliënten een afspraak te maken voor de sleuteloverdracht met de heren Silderhuis (de bestuurders van V.N.I.).

Daarnaast sommeer ik uw cliënten om het gehuurde op te leveren, zoals is afgesproken in de huurovereenkomst. Ik wijs u erop dat op grond van art. 5.1 van de Algemene Bepalingen het gehuurde conform de omschrijving van het gehuurde die bij de huurovereenkomst is vastgelegd dient te worden opgeleverd.”

In een fax d.d. 19-02-2004 (**produktie 29**) schrijft mr. De Wilde weer, na tegengas van mr. Van Susante betreffende de aard van oplevering:

“Mijn cliënte houdt vast aan de eis, dat het gehuurde conform de omschrijving van het gehuurde die bij de huurovereenkomst is vastgesteld dient te worden opgeleverd. Indien het pand maandag a.s. niet conform de huurovereenkomst is opgeleverd is Xenon de dwangsom, die staat vermeld in het vonnis van de rechtbank Almelo van 30-01-2004, verschuldigd.”

Verder schrijft mr. De Wilde, dat haar cliënt het pand zo snel mogelijk in de markt wil aanbieden, maar om de verhuurbaarheid te bevorderen moet Xenon nog de volgende zaken afbreken:

- gemetselde wanden ten behoeve van een showroom;
- een sier granieten vloer;
- scheidingswanden en kantoorwanden, die in de benedenverdieping zijn aangebracht.

Vervolgens wordt er in deze brief aan mr. Van Susante verzocht aan zijn cliënten door te geven, dat er een afspraak moet worden gemaakt met de heer P. Silderhuis van V.N.I. teneinde gezamenlijk het pand te inspecteren, waarbij een staat van oplevering zal worden opgemaakt met daarbij behorende foto's om te kunnen vaststellen of het gehuurde correct conform de huurovereenkomst is opgeleverd. Verder wordt er wederom met een dwangsom gedreigd.

De verhuurder heeft tenslotte een Inventarisatierapport opgemaakt, gedateerd 25 februari 2004 (**productie 30**) en getekend. Dat Hofsr. niet getekend heeft komt door het feit, dat V.N.I. een niet bestaande partij, namelijk Xenon V.o.f. , als huurder op dit document heeft vermeld.

38. Verder wijst Hofsr. op de volgende wetsartikelen:

Artikel 7:224 BW en Artikel 7:225 BW

Deze regelen de gang van zaken bij de oplevering op het moment dat de huurovereenkomst tot een einde komt.

Artikel 7:224 lid 1 BW

Het voorschrift van dit artikel is niet verrassend: de huurder is verplicht het gehuurde bij het einde van de huur weer ter beschikking te stellen van de verhuurder.

De oplevering is door de huurder conform Artikel 7:224 en Artikel 7:225 BW gedaan.

39. Ten overvloede wijst Hofsr. nog op de volgende uitspraken in het arrest van het GERECHTSHOF te Arnhem d.d. 6 juli 2004:

Onder het hoofdstuk: **4 De vaststaande feiten:**

Onder e.

“De curator zegde de huurovereenkomst met betrekking tot de bedrijfsruimte per 10 maart 2004 op”

Onder het hoofdstuk: **5 De beoordeling in hoger beroep:**

Onder par.5.1:

“Vast staat dat Xenon vof per 1 juli 2002 is ontbonden. Zij kan dus niet meer als (proces) partij optreden.....”

Onder par.5.4

*“Met het tweede deel van grief IV betoogt Xenon, zo begrijpt het hof, dat ook als Xenon B.V. formeel niet als huurster kan worden aangemerkt, een afweging van haar belangen en die van V.N.I. meebrengt dat zij niet tot ontruiming van het gehuurde kan worden verplicht. Xenon stelt echter tevens dat Xenon B.V. heeft aangegeven het gehuurde voor of uiterlijk bij het einde van de opzegtermijn van de curator te zullen ontruimen. **Nu vaststaat dat de curator de huurovereenkomst per 10 maart 2004 heeft opgezegd** is het onderhavige onderdeel van grief IV dus niet meer van belang en kan dus onbesproken blijven”.*

Uitleg: de appellanten c.q.(proces) partijen in de bovengenoemde hoger beroep procedure zijn:

- 1) Xenon Computers Vof
- 2) R.T.B.Hofs
- 3) B.Th.Hofs
- 4) Xenon B.V.

Dan blijven dus over de partijen 2), 3) en 4), waaronder (let wel !) geen Xenon Webstore B.V. Toch stellen de rechters dus, dat de curator de huurovereenkomst per 10 maart 2004 heeft opgezegd.

Het Hof hecht er terecht geen enkel belang aan dat dit door de curator van Xenon Webstore B.V. is gedaan.

Het gaat, zoals de rechters terecht stellen, om de opzegging van de huur van het bedrijfspan. Wanneer de opzegging door de curator van Xenon Webstore niet relevant was geweest, hadden de rechters dit natuurlijk aangegeven en het betreffende onderdeel onder grief IV gewoon behandeld!

40. Op 5 september 2006 noemt de kantonrechter in haar vonnis de vaststaande feiten betreffende de beëindiging van het huurcontract, zoals verwoord onder punt 18. van deze Conclusie.

Onder het kopje **Geschil** geeft de kantonrechter bovendien correct aan, dat V.N.I. in deze bodemprocedure betaling vordert van de opvallende huurtermijnen na ontruiming t/m maart 2007 als schadevergoeding voor het vroegtijdig ontbinden van de huurovereenkomst.

41. Resumerend:

1) De huurovereenkomst voor het bedrijfspan is door curator mr. Haafkes reeds opgezegd d.d. 10 december 2003, hetgeen is bevestigd door het hof te Arnhem in zijn arrest d.d. 6 juli 2004.

2) De huurovereenkomst is op 25 februari 2004 rechtsgeldig beëindigd zoals overvloedig bewezen.

3) Volgens art. 7.1 van de Algemene Bepalingen Huurovereenkomst Kantoorruimte, die hier van toepassing zijn, heeft verhuurder het recht de huurovereenkomst tussentijds te (laten) beëindigen. Volgens V.N.I. was huurder in gebreke door de door de verschuldigde bedragen niet op de gestelde tijdstippen te voldoen en bovendien is het bedrijf op 4 december 2003 in staat van faillissement verklaard, waarna op 10 december 2003 de huur voor het bedrijfspan van V.N.I. door curator mr. Haafkes is opgezegd.

Tenslotte heeft het bedrijf zijn activiteiten in het gehuurde op 25 februari 2004 moeten staken door het ontruimingsvonnis van de voorzieningenrechter d.d. 30 januari 2004.

Overige punten m.b.t. vaststelling schadevergoeding

42. De overige discussiepunten, die nog besproken zouden moeten worden wanneer het toch zo mocht zijn (wat feitelijk onmogelijk is), dat de heren Hofs de huurders zijn geweest, betreffen:

- de gebreken aan de airco-installatie. Met name verwijst Hofs sr. dienaangaande naar de bewijsvoering onder de punten 25 t/m 53 van de Conclusie van Dupliek d.d. 28 maart 2006 met daarbij een complete weergave van de problemen en diverse deskundigenrapporten als produkties toegevoegd.
- de positieve huurbespreking op 22 oktober 2003.
- het onrechtmatig afbreken van de huurbesprekingen tussen V.N.I. en Xenon B.V., waarbij Xenon B.V. er van uit mocht gaan, dat er een nieuw huurcontract tot stand zou komen.
- de bewering van V.N.I., dat Xenon Webstore c.q. de heren Hofs een onderhoudscontract hadden moeten afsluiten betreffende deze airco-installatie.
- de garantieperiode betreffende deze door de huurder (deels) betaalde en door V.N.I. geleverde airco-installatie.
- het al dan niet verrichten van tuinonderhoud door V.N.I..
- de bepaling voor welk bedrag de huur mocht worden opgeschort. Zowel de voorzieningenrechter als het Hof hebben reeds in een vonnis d.d. 30 januari 2004 c.q. arrest d.d. 6 juli 2004 aangegeven, dat opschorting van huurpenningen wel was toegestaan.
- een groot bedrag aan ongerechtvaardigde verrijking door V.N.I. vanwege het na ontruiming behouden van verbeteringen aan het pand zoals de airco-installatie, hoogwaardige technische installaties, vloerbedekkingen, etc.
- de door V.N.I. onrechtmatig afgedwongen afbraak van door de huurder, met toestemming van de verhuurder, aangebrachte verbeteringen aan het pand.

43. Al hetgeen Hofs sr. zelf en zijn zoon Hofs jr. hebben betoogd in de uitgebreide Conclusie van Antwoord d.d. 13 april 2004, de Conclusie van Dupliek d.d. 26 maart 2006, de akte ter rolle d.d. 3 oktober 2006 en de Memorie van Antwoord d.d. 4 september 2007 betreffende deze punten en nog meer zaken dienen hier als herhaald en ingelast te worden beschouwd.

44. Ook V.N.I. is van mening, dat alle genoemde punten nog inhoudelijk moeten worden beoordeeld, zie daartoe hetgeen zij geschreven heeft onder punt 43 van haar Memorie van Grieven en onder punt 13. van haar Conclusie van Repliek d.d. 12 december 2008.

Ten aanzien van deze inhoudelijke geschilpunten verwijst V.N.I. in haar Conclusie van Repliek d.d. 12 december 2008 onder punt 13 naar hetgeen zij daaromtrent gesteld heeft in haar Conclusie van Repliek d.d. 31 januari 2006(produktie 14 bij CvR) tegen de overige gedaagden.

45. Inmiddels is ook komen vast te staan, dat V.N.I. tegenover de belastingdienst bij een boekenonderzoek en in meerdere gesprekken en correspondentie heeft verklaard, dat het huurcontract betreffende het pand Neptunusstraat 23-25 te Enschede per 1 juli 2005 in ieder geval voor beide vennoten was beëindigd door opzegging door de bewindvoerder van Hofs sr., mr. Daniels, onder toevoeging van het zinnetje; “zover nog niet geschied” en dat V.N.I. vanaf die datum daarom geen huurfacturen meer had verstuurd.

Zie ook de brief van de belastingdienst d.d. 20 oktober 2006, gericht aan het samenwerkingsverband van de beide heren Hofs (**produktie 31**) De heer G.H.Bennink van belastingkantoor Oost te Almelo als de heer M.Velten van de FIOD kunnen als getuigen worden gehoord.

Feit is ook, dat V.N.I. sinds 1 maart 2003 over de verzonden huurnota's de B.T.W. niet heeft afgedragen onder het motto: "er wordt toch niet betaald", waardoor haar bij het Hof ter comparitie ingediende berekening van haar vordering op R.T.B.Hofs in elk geval ettelijke tonnen te hoog is. Tegen deze vordering van V.N.I., wat daar verder ook van zij, is in een Akte na comparitie door R.T.B.Hofs zeer gemotiveerd en zeer goed onderbouwd verweer gevoerd.

Verweer tegen de eisen van V.N.I.

46. Tenslotte voert Hofs sr. hierbij uitdrukkelijk verweer tegen de eisen, zoals die door V.N.I. zijn gesteld onder: MET CONCLUSIE.

1. a) Hofs sr. is zoals overtuigend bewezen primair nooit de huurder van het pand van V.N.I. aan de Neptunusstraat 23-25 te Enschede geweest en subsidiar vanaf 2 november 2002 niet meer de huurder van het pand van V.N.I. geweest, dit laatste zoals vastgesteld door de kantonrechter in haar vonnis d.d. 24 april 2007, welke vaststelling door het Hof in zijn tussens-Arrest d.d. 10 juni 2008 niet is weersproken en dus erkend.

b) De huurovereenkomst kan om meerdere in deze Conclusie genoemde redenen noch feitelijk noch wettelijk beëindigd zijn op 14 maart 2007. Feit is, dat de rechtsgeldige beëindiging van het huurcontract op 25 februari 2004 reeds heeft plaatsgevonden.
2. a) Het door V.N.I. als betaling geëiste bedrag van € 906.366,70 aan huurpenningen (zie berekening produktie 24 bij Conclusie van Repliek) is gebaseerd op de primair verkeerde aanname, dat B.Th.Hofs de huurder van het pand van V.N.I. is geweest, hetgeen bewezen niet zo is en op de subsidiar verkeerde aanname, dat het huurcontract eerst op 14 maart 2007 zou zijn beëindigd, welke beëindiging bewezen reeds op 24 februari 2004 heeft plaatsgevonden. Na rechtsgeldige beëindiging van een huurcontract is het rechtens onmogelijk om huurdoorbetalingen te claimen. Deze vordering dient te worden afgewezen.

b) Wanneer het de bedoeling van V.N.I. is het als betaling geëiste bedrag van € 906.366,70 aan te merken als schadevergoeding dient ook deze vordering te worden afgewezen, omdat de berekeningen betreffende dit bedrag volgens V.N.I. zelf uitgaan van een vordering op basis van huurpenningen t/m 14 maart 2007 (zie produktie 25), hetgeen onmogelijk is en het vermeende recht op schadevergoeding dus in ieder geval niet onderbouwd is.

c) Betreffende het door V.N.I. geëiste bedrag van € 21.240,97 geldt, dat ook dit bedrag niet aan V.N.I. kan worden toegewezen, omdat zoals overtuigend is bewezen Hofs sr. primair nooit de huurder van het pand van V.N.I. aan de Neptunusstraat 23-25 te Enschede geweest en subsidiar niet meer vanaf 2 november 2002, omdat vanaf die datum Xenon Webstore B.V. door stilzwijgende bekrachtiging de huurster van het pand was, zoals vastgesteld door de kantonrechter in haar vonnis van 24 april 2007, welke vaststelling door het Hof in zijn tussens-Arrest d.d. 10 juni 2008 niet is weersproken en dus erkend.

3. Betreffende de eis van V.N.I. onder punt 3. geldt hetzelfde verweer van Hofs sr. als gehouden onder punt 2.
4. Deze vordering dient te worden afgewezen, omdat B.Th.Hofs primair van meet af aan nooit de huurder van het pand van V.N.I. is geweest en subsidiar niet meer vanaf 2 november 2002, omdat vanaf die datum Xenon Webstore B.V. door stilzwijgende bekrachtiging de huurster van het pand was, zoals vastgesteld door de kantonrechter in haar vonnis van 24 april 2007, hetgeen niet door het Hof in zijn tussen-Arrest d.d. 10 juni 2008 is weersproken en dus erkend.

CONCLUSIES:

Dat het de kantontrechter moge behagen om bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

1. De door V.N.I. verzochte vaststelling, dat de huurovereenkomst per 14 maart 2007 is geëindigd, af te wijzen, omdat deze vaststelling feitelijk en wettelijk onmogelijk is.
2. Primair vast te stellen, dat Xenon Webstore B.V., eerst als Xenon Webstore B.V. i.o., van meet af aan de huurster van het bedrijfspand van V.N.I. is geweest.
3. Subsidiar vast te stellen, dat Xenon Webstore B.V. in elk geval door stilzwijgende bekrachtiging vanaf 2 november 2002 de huurster van het bedrijfspand van V.N.I. is geweest, hetgeen door de kantonrechter reeds in haar vonnis van 24 april 2007 is vastgesteld, hetgeen niet door het Hof in zijn tussen-Arrest d.d. 10 juni 2008 is weersproken en dus erkend is.
4. De geldelijke vorderingen onder de punten 2, 3 en 4 gezien al het door Hofs sr. betoogde af te wijzen, als zijnde bewezen onterecht, primair omdat Hofs sr. zoals overtuigend bewezen **nooit** de huurder van het pand van V.N.I. aan de Neptunusstraat 23-25 te Enschede is geweest en subsidiar **vanaf 2 november 2002 niet meer** de huurder van het pand van V.N.I. is geweest, dit laatste zoals vastgesteld door de kantonrechter in haar vonnis d.d. 24 april 2007 en door het Hof in zijn tussen-Arrest d.d. 10 juni 2008 niet weersproken en dus erkend is.
5. Sowieso alle geldelijke vorderingen van V.N.I. af te wijzen, omdat V.N.I. geheel bewust en opzettelijk berekeningen in het geding heeft gebracht (produkties 24 en 25 bij haar Conclusie van Repliek), die welbewust en met voorbedachten rade in strijd met de waarheid zijn opgesteld om de kantonrechter onterecht tot toewijzing van deze bedragen te brengen.
Hofs sr. verwijst met name naar hetgeen dienaangaande door Hofs jr. is gesteld in de Akte na comparitie d.d. 16 december 2008 (zie productie 18 bij deze Conclusie) onder punt 9 a t/m i.
5. V.N.I. te veroordelen in de kosten van de onderhavige procedure.

Deze zaak is behandeld door:

B.Th. Hofs met medewerking van zijn echtgenote H.M.S. Hofs-Akkermans en zijn zoon
R.T.B. Hofs
p/a Jeurlinksweg 2
7451 CL Holten

tel. 0548-367422
fax. 0548-367243

B.Th.Hofs