

COPIE

arrest

GERECHTSHOF ARNHEM

Sector civiel recht

zaaknummer gerechtshof 104.003.717
(zaaknummer rechtbank 158791 CV EXPL 190/04)

arrest van de vijfde civiele kamer van 8 december 2009

inzake

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
V.N.I. Enschede B.V.,
gevestigd te Geesteren, gemeente Tubbergen,
appellante,
advocaat: mr. W.J.G.M. van den Brock,

tegen:

Raymond Theodorus Bernardus Hofs,
wonende te Hengelo (O.),
geïntimeerde,
advocaat: mr. P.M. Wilmink.

1. Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

1.1 Het hof verwijst naar zijn tussenarrest van 10 juni 2008. In gevolge dat tussenarrest heeft op 10 november 2008 een comparitie van partijen plaatsgevonden. Het hiervan opgemaakte proces-verbaal bevindt zich in afschrift bij de stukken.

1.2 Daarna heeft Hofs jr. akte verzocht van schriftelijke opmerkingen. Daarbij heeft hij twee producties in het geding gebracht en bewijs van zijn stellingen aangeboden.

1.3 Vervolgens heeft V.N.I. een antwoordmemorie na comparitie genomen.

1.4 Ten slotte zijn de stukken opnieuw overgelegd voor het wijzen van arrest en heeft het hof weer arrest bepaald.

2. De verdere motivering van de beslissing in hoger beroep

2.1 Het hof verwijst naar de inhoud van het tussenarrest van 10 juni 2008.

2.2 Aan het proces-verbaal van de comparitie van partijen zijn vier akten van bedrijfsoverdracht, alle gedateerd 3 september 2002, alsmede een zogenaamde voorverklaring van 20 december 2000 gehecht. Deze stukken, die Hofs jr. vóór de comparitie aan V.N.I. en de raadshere-commissaris heeft gezonden, zijn ter comparitie besproken.

zaaknummer 104.003.717

blad 2

2.3 Volgens de voorverklaring van 20 december 2000 heeft Hofs jr. besloten een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid met de naam R.T.B. Hofs Beheer B.V. op te richten en de aandelen in die vennootschap vol te storten door inbreng van zijn aandeel in Xenon Computers v.o.f. Volgens twee van de door Hofs jr. overgelegde akten heeft hij zijn aandeel in Xenon Computers v.o.f. echter op 31 december 2000 met instemming van Hofs sr. verkocht en geleverd aan Argon B.V., waarna Argon B.V. dit aandeel vervolgens heeft verkocht en geleverd, ook op 31 december 2000, aan Xenon Webstore B.V. i.o. Volgens de andere akten heeft Hofs sr. zijn aandeel in Xenon Computers v.o.f. op 31 december 2000 met instemming van Hofs jr. verkocht en geleverd aan Egelantier B.V., waarna die vennootschap dat aandeel vervolgens, ook op 31 december 2000, heeft verkocht en geleverd aan Xenon Webstore B.V. i.o.

2.4 Het hof begrijpt het betoog van Hofs jr. bij zijn akte na comparitie aldus, dat hij meent dat Xenon Computers v.o.f. van rechtswege is ontbonden per 31 december 2000, toen is geëindigd en dat de huurovereenkomst van 14 maart 2002 daarom niet kan zijn gesloten tussen V.N.I. en Xenon Computers v.o.f.

2.5 Het hof volgt Hofs jr. niet in dit betoog. Zoals V.N.I. terecht heeft aangevoerd, zijn de akten alle opgemaakt op 3 september 2002, dus geruime tijd na de ondertekening van de huurovereenkomst. Op zichzelf is mogelijk dat, zoals Hofs jr. heeft aangevoerd, in die akten de situatie per 31 december 2000 is vastgelegd, maar het betoog van Hofs jr. ter comparitie in zijn "pleitaantekeningen", overgelegd bij zijn akte na comparitie, vormt geen bevestiging van de inhoud van de akten:

"1 juli 2002

R.T.B. Hofs (het hof: Hofs jr.) koopt Argon B.V. en de aandelenoverdracht vindt plaats.
B.Th. Hofs (het hof: Hofs sr.) 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."

2.6 Ook het betoog van Hofs jr. bij zijn akte na comparitie dat op 31 december 2000 een eind is gekomen aan Xenon Computers v.o.f., omdat die vennootschap toen is ontbonden en geen vereffening behoeft plaats te vinden, kan het hof niet volgen. Hofs jr. heeft immers zelf ter comparitie aangevoerd:

"De reden dat de oprichting van de B.V. (het hof: Xenon Webstore 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."

2.7 Indien al zou moeten worden aangenomen dat Xenon Computers v.o.f. was ontbonden per 31 december 2000, staat daarmee geenszins vast dat deze vennootschap toen ook niet meer bestond. In verband met de door de heer Süß gepretendeerde vordering was vereffening immers nog noodzakelijk.

zaaknummer 104.003.717

blad 3

2.8 Het hof volhardt dan ook bij zijn oordeel in het tussenarrest, dat ervan dient te worden uitgegaan dat Xenon Computers v.o.f. partij was bij de op 14 maart 2002 met V.N.I. gesloten huurovereenkomst.

2.9 Hofs jr. heeft bij zijn memorie van antwoord de door V.N.I. in rechtsoverweging 5.14 van het tussenarrest omschreven gewijzigde eis inhoudelijk bestreden, maar geen bezwaar gemaakt tegen de wijziging van de eis op zichzelf. De omstandigheid dat het gehuurde op 25 februari 2004 is ontruimd en de sleutels van het gehuurde toen ter beschikking van V.N.I. zijn gesteld, leidt niet tot een ander oordeel omtrent het tijdstip waarop een einde is gekomen aan de huurovereenkomst. Hetzelfde geldt voor het betoog van Hofs jr. omtrent de aard van de door V.N.I. in eerste aanleg ingestelde vordering. Ook in hoger beroep is wijziging van een vordering immers mogelijk. Ook het oordeel van het hof in het in kort geding gewezen arrest van 6 juli 2004 leidt niet tot een ander oordeel.

2.10 Het betoog van Hofs jr. dat V.N.I. na 1 juli 2005 geen facturen meer heeft gestuurd, omdat de huurovereenkomst met ingang van die datum door de bewindvoerder van Hofs sr. was opgezegd ("voorzover nog niet geschied"), leidt evenmin tot een ander oordeel omtrent het einde van de huurovereenkomst tussen V.N.I. en Xenon Computers v.o.f. Overigens leidt het hof uit het door Hofs jr. als productie 1 bij zijn akte na comparitie overgelegde stuk af, dat Hofs jr. zelf zich tegenover de belastinginspecteur op het standpunt heeft gesteld dat recht op voorafrek van de huurpenningen bestond tot maart 2007.

2.11 Gelet op het voorgaande volhardt het hof dan ook bij zijn oordeel in het tussenarrest dat de huurovereenkomst niet eerder dan op 14 maart 2007 is geëindigd.

2.12 Na de ontruiming van het pand op 25 februari 2004 heeft V.N.I. getracht het pand te verhuren via drie bedrijfsmakelaars uit het bedrijfsgebied. Dat is echter niet gelukt. In december 2007 heeft V.N.I. het pand leeg verkocht. Het hof gaat er daarom van uit dat Xenon Computers v.o.f. - en dus Hofs jr. - gehouden is tot betaling van de door V.N.I. gevorderde huurpenningen tot het einde van de huurovereenkomst op 14 maart 2007. Het in eerste aanleg door Hofs jr. gevoerde verweer, dat V.N.I. onvoldoende heeft gedaan om haar schade te beperken, gaat niet op, reeds omdat de (gewijzigde) vordering van V.N.I. geen vordering tot betaling van schadevergoeding, maar een vordering tot nakoming betreft. Met betrekking tot de overige door Hofs jr. tegen de hoogte van de vordering van V.N.I. gevoerde verweren overweegt het hof het volgende.

2.13 Op grond van de huurovereenkomst was Xenon Computers v.o.f. BTW verschuldigd over de huurpenningen. De omstandigheid, indien juist, dat V.N.I. (een deel van) de BTW nog niet heeft afgedragen aan de fiscus, ontslaat Xenon Computers v.o.f. (en dus Hofs jr.) niet van de verplichting tot betaling van BTW over de huurpenningen.

2.14 Het betoog van Hofs jr. omtrent ongerechtvaardigde verrijking faalt. Dit verweer dient als tardief te worden gepasseerd, nu het pas is gedaan na de memorie van antwoord. Overigens is zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet duidelijk waarop het door Hofs jr. gestelde bedrag van € 1.344,30 per maand ter zake van een "koopcomponent" is gebaseerd. Dit bedrag blijkt in ieder geval niet uit de in eerste aanleg door V.N.I. overgelegde huurovereenkomst. Hetzelfde geldt voor het betoog van Hofs jr. ter zake van de meerwerknota's. V.N.I. heeft overigens gemotiveerd bestreden dat zij zich zaken heeft toegeëigend.

zaaknummer 104.003.717

blad 4

2.15 Op grond van de huurovereenkomst was Xenon Computers v.o.f. als voorschot op de vergoeding voor door of vanwege V.N.I. verzorgde bijkomende leveringen en diensten een bedrag van € 300,- per maand verschuldigd. Al in eerste aanleg heeft Hofs jr. aangevoerd dat niet of nauwelijks tuin- en/of terreinonderhoud is verricht rondom het pand. Andere servicekosten zouden ook niet zijn gemaakt. Hofs jr. heeft verder aangevoerd dat V.N.I. geen specificaties heeft verstrekt over 2002 en 2003, hoewel zij daartoe was gehouden op grond van artikel 12 lid 3 van de Algemene Bepalingen Huurovereenkomst Kantoorruimte die deel uitmaakt van de huurovereenkomst.

2.16 V.N.I. heeft bestreden dat zij niet heeft voldaan aan haar onderhoudsverplichtingen. Zij heeft echter niet betwist dat zij over de jaren 2002 en 2003 - dus vóór de feitelijke ontruiming van het pand - geen overzicht van de kosten van leveringen en diensten, met vermelding van de wijze van berekening daarvan, heeft verstrekt. Dat V.N.I. dat heeft gedaan over de jaren 2004 en volgende, is gesteld noch gebleken.

2.17 Gelet op het voorgaande is het hof van oordeel dat de vordering van V.N.I. met betrekking tot de servicekosten onvoldoende is onderbouwd en daarom dient te worden afgewezen. In zoverre slaagt het verweer van Hofs jr.

2.18 De door Hofs jr. genoemde "diverse niet verrekenende bedragen per 1-3-2003" zijn naar het oordeel van het hof onvoldoende toegelicht. Daarbij wijst het hof nog op een bedrag van € 4.923,- dat door V.N.I. als betaling d.d. 13 juni 2003 in mindering is gebracht. Bij de in mindering gebrachte bedragen mist het hof echter wel een creditnota van 16 juni 2003 ten bedrage van € 1.943,33 (zie de brief van de advocaat van V.N.I. van 24 juni 2003, productie 22 bij de conclusie van dupliek). Het hof zal de zaak naar de rol verwijzen om V.N.I. in de gelegenheid te stellen zich hierover bij akte uit te laten, alsmede een nieuwe berekening in het geding te brengen, waarbij rekening is gehouden met de niet toewijsbaarheid van de vordering ter zake van de servicekosten.

2.19 Anders dan Hofs jr. heeft aangevoerd, heeft V.N.I. de rente over de betalingen in mindering gebracht op de vordering. De omstandigheid dat Xenon B.V. van 4 december 2003 tot en met 25 februari 2004 de volledige huur heeft betaald aan de curator in het faillissement van Xenon Webstore B.V. brengt - anders dan Hofs jr. heeft aangevoerd - zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet mee dat Hofs jr. niet meer kan worden aangesproken door V.N.I.

2.20 Nu in het tussenarrest al is beslist dat het in artikel 14 lid 1 van de algemene voorwaarden opgenomen beding, dat, kort gezegd, inhoudt dat opschorting niet is toegestaan, niet onredelijk bezwarend is en Hofs jr. geen vordering in reconventie tot betaling van schadevergoeding ter zake van de volgens hem ondeugdelijk functionerende airconditioninginstallatie heeft ingesteld, behoeven de stellingen van Hofs jr. met betrekking tot die installatie geen bespreking meer.

2.21 Hofs jr. heeft in eerste aanleg nog aangevoerd dat de vordering tot vergoeding van schade, rente en kosten dient te worden afgewezen, omdat de opschorting gerechtvaardigd was. Dit betoog verwerpt het hof met verwijzing naar hetgeen hiervoor onder 2.20 en in het tussenarrest is overwogen. Het verweer van Hofs jr. dat sprake was van schuldeisersverzuim gaat evenmin op.

zaaknummer 104.003.717

blad 5

2.22 Verder zal het hof de bedongen boete (2% per maand) niet matigen. Zoals in artikel 6:94 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek is bepaald, kan de rechter op verlangen van de schuldenaar de bedongen boete matigen, indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist. Omstandigheden op grond waarvan moet worden geconcludeerd dat dit laatste het geval is, zijn echter onvoldoende gesteld of gebleken.

3. De slotsom

Het hof zal de zaak verwijzen naar de rol om V.N.I. in de gelegenheid te stellen bij akte zich uit te laten over de in rechtsoverweging 2.18 genoemde creditnota en daarbij een nieuwe berekening van haar vordering in het geding te brengen en wel conform hetgeen hiervoor in de rechtsoverwegingen 2.17, 2.18 en 2.22 door het hof is overwogen. Hofs jr. zal desgewenst bij akte kunnen reageren, maar dient zich wel te beperken tot de hier genoemde punten.

4. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

verwijst de zaak naar de roldatum 5 januari 2010 teneinde V.N.I. in de gelegenheid te stellen bij akte zich uit te laten over de in rechtsoverweging 2.18 genoemde creditnota, alsmede een nieuwe berekening van haar vordering in het geding te brengen conform de door het hof geformuleerde uitgangspunten, op welke akte Hofs jr. desgewenst bij akte zal kunnen reageren;

houdt verder iedere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.P. Fokker, I.A. Katz-Souterbock en H. van Loo en is in tegenwoordigheid van de griffier uitgesproken ter openbare terechtzitting van 8 december 2009.



Voor copie conform:
De griffier van het Gerechtshof
te Arnhem