

bijl. 2

(6)

6 juli 2004  
eerste civiele kamer  
rolnummer 2004/0215 SKG

# Copie

## GERECHTSHOF TE ARNHEM

### Arrest

in de zaak van:

1. de vennootschap onder firma **Xenon Computers**,  
gevestigd te Enschede,
2. **Raymond Theodorus Bernardus Hofs**,  
wonende te Hengelo,
3. **Bernardus Theodorus Hofs**,  
wonende te Holten,
4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**Xenon B.V.**, gevestigd te Enschede,  
appellanten,  
procureur: mr. J.M.J. Huver,

tegen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**V.N.I. Enschede B.V.**, gevestigd te Geesteren,  
geïntimeerde,  
procureur: mr. W.J.G.M. van den Broek.

2004/0215 SKG

2

## 1 Het geding in eerste aanleg

Voor het verloop van het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Almelo, uitgesproken op 30 januari 2004 en in kort geding gewezen tusschen geïntimeerde (hierna te noemen: VNI) als eiseres in conventie / verweerster in reconventie en appellanten (hierna allen gezamenlijk in enkelvoud te noemen: Xenon en afzonderlijk aan te duiden als respectievelijk Xenon vof, R.T.B. Hofs, B.T. Hofs en Xenon BV) als gedaagden in conventie en B.T. Hofs tevens als eiser in reconventie. Xenon vof, R.T.B. Hofs en B.T. Hofs zullen gezamenlijk ook wel als Xenon Computers worden aangeduid. Van het hiervoor genoemde vonnis is een fotokopie aan dit arrest gehecht.

## 2 Het geding in hoger beroep

2.1 Xenon heeft bij exploit van 26 februari 2004 aangezegd van genoemd vonnis van 30 januari 2004 in hoger beroep te komen, met dagvaarding van VNI voor dit hof. Daarbij heeft Xenon acht grieven aangevoerd en toegelicht, bewijs aangeboden en aangekondigd te zullen concluderen dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende, bij arrest, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, in conventie VNI in haar vorderingen niet-ontvankelijk zal verklaren, althans haar die zal ontzeggen, en in reconventie het namens VNI op 8 december 2003 op de woning aan de Jeurlinksweg 2 te (7451 CL) Holten (gemeente Rijssen-Holten) gelegde conservatoir beslag zal opheffen, in conventie en in reconventie met veroordeling van VNI in de proceskosten in beide instanties. 16/12/11

2.2 Op de rolzitting van 9 maart 2004 heeft Xenon overeenkomstig bovengenoemd exploit geconcludeerd en een productie in het geding gebracht.

2.3 Bij memorie van antwoord heeft VNI verweer gevoerd, bewijs aangeboden, producties in het geding gebracht en geconcludeerd dat het hof de vordering van Xenon in hoger beroep zal afwijzen met veroordeling van Xenon in de kosten van het geding in beide instanties (het hof leest: de kosten van het geding in hoger beroep).

2.4 Vervolgens heeft Xenon bij akte het ontbrekende deel van haar onder 2.2 genoemde productie in het geding gebracht.

2.5 Ten slotte hebben partijen de stukken voor het wijzen van arrest aan het hof overgelegd.

2004/0215 SKG

### 3 De grieven

Xenon heeft tegen het bestreden vonnis de volgende grieven aangevoerd:

Grief I: Ten aanzien van de feiten

Als derde feit constateert de voorzieningenrechter ten onrechte dat de v.o.f. per 1 juli 2002 opgeheven is met terugwerkende kracht tot 1 januari 2002. Ten onrechte constateert de voorzieningenrechter voorts dat Xenon Webstore de door VNI gestuurde onderzoeker in eerste instantie niet tot de airconditioningsinstallatie (verder: de airco) heeft toegelaten.

Grief II: Identiteit van huurders / contractspartij

Ten onrechte komt de voorzieningenrechter tot de slotsom dat Xenon vof partij was bij het aangaan van de huurovereenkomst.

Grief III: Indeplaatsstelling huurder

Ten onrechte overweegt de voorzieningenrechter dat geen sprake is van overname van het huurcontract door Xenon Webstore.

Grief IV: (Onder)huur Xenon BV en veroordeling tot ontruiming

Ten onrechte overweegt de voorzieningenrechter dat geen sprake kan zijn van onderhuur door Xenon Webstore aan Xenon BV en dat Xenon BV derhalve zonder recht of titel in het gehuurde verblijft. In dat verband overweegt de voorzieningenrechter tevens ten onrechte dat afweging van belangen tussen VNI enerzijds en Xenon BV anderzijds in het nadeel van Xenon BV uit moet vallen.

*slachtofferdracht  
aan partijen*

Grief V: Xenon Computers (vrijwel) geen opschortingsbevoegdheid, veroordeling tot betaling van (gehele) huurachterstand en toekomstige huurtermijnen

Ten onrechte heeft de voorzieningenrechter betaling van de huurachterstand (vrijwel) toegewezen en Xenon Computers voor het overige veroordeeld tot betaling van – gedurende de resterende looptijd van de huurovereenkomst – nog te verschijnen huurtermijnen.

Grief VI: Meerwerknota's

Ten onrechte heeft de voorzieningenrechter Xenon Computers veroordeeld tot betaling van de nog openstaande meerwerknota's.

2004/0215 SKG

Grief VII: Afwijzing reconventie; opheffing beslag

Ten onrechte heeft de voorzieningenrechter de zijdens Xenon BV in reconventie ingestelde vordering tot opheffing van het door VNI gelegde conservatoir beslag afgewezen.

Grief VIII

Ten onrechte heeft de voorzieningenrechter in conventie R.T.B. Hofs, B.T. Hofs en Xenon BV, alsmede in reconventie B.T. Hofs, in de kosten van de procedure veroordeeld.

#### 4 De vaststaande feiten

Tussen partijen staan in hoger beroep als enerzijds gesteld en anderzijds erkend, dan wel niet of onvoldoende weersproken en op grond van de in zoverre niet bestreden inhoud van overgelegde producties dan wel als door de rechtbank vastgesteld en in hoger beroep niet bestreden, de navolgende feiten vast.

- a. VNI als verhuurster en Xenon vof als huurster sloten op 14 maart 2002 schriftelijk voor een huurprijs van € 86.381,60 per jaar met een jaarlijkse indexering een huurovereenkomst voor vijf jaar met ingang van 15 maart 2002 met betrekking tot een bedrijfsruimte aan de Neptunusstraat 23-25 te Enschede (verder: de bedrijfsruimte). Op 20 maart 2002 stelden Xenon Webstore vof, vertegenwoordigd door R. Hofs, en VNI een proces-verbaal van levering met betrekking tot de bedrijfsruimte op.
- b. Ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst waren R.T.B. Hofs en B.T. Hofs vennoten van Xenon vof.
- c. Xenon vof werd op 1 juli 2002 ontbonden. Bij brief van 15 oktober 2002 deelden R. Hofs en M. Mensink aan onder andere 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.
- d. Op 22 september 2003 verkocht Xenon Webstore B.V. haar bedrijfsactiviteiten en activa aan Xenon BV, die de onderneming van Xenon Webstore B.V. vanaf die datum voortzette en tevens de feitelijke gebruiker van de bedrijfsruimte werd.
- e. Xenon Webstore B.V. werd op 4 december 2003 in staat van faillissement verklaard. De curator zegde de huurovereenkomst met betrekking tot de bedrijfsruimte per 10 maart 2004 op.

2004/0215 SKG

## 5 De beoordeling in hoger beroep

5.1 Vast staat dat Xenon vof per 1 juli 2002 is ontbonden. Zij kan dus niet meer als (proces)partij optreden en zal in haar vordering niet-ontvankelijk worden verklaard.

5.2 De vraag die partijen in de eerste plaats verdeeld houdt, is wie als huurder van de bedrijfsruimte moet worden aangemerkt. Xenon stelt dat Xenon Webstore B.V. bij de ontbinding van Xenon vof, overeenkomstig de bedoeling van partijen, als huurster in plaats van laatstgenoemde is opgetreden en dat vervolgens Xenon BV op haar beurt de rechten en verplichtingen uit de huurovereenkomst van Xenon Webstore B.V. heeft overgenomen. Xenon wijst erop dat de aanvaarding door VNI van Xenon Webstore B.V. als huurster onder meer blijkt uit de omstandigheid dat VNI meermalen met Xenon Webstore B.V. heeft gecorrespondeerd, rekeningen en een bevestiging van een offerte voor meerwerk aan haar heeft gestuurd en betalingen van Xenon Webstore B.V. heeft ontvangen en geaccepteerd. Voorts blijkt de juistheid van haar standpunt volgens haar uit een brief van 14 oktober 2003 van makelaar R.S. Duijn aan VNI (prod. 14 bij dagvaarding in eerste aanleg). Duijn meldt daarin dat Xenon vof VNI in de periode voorafgaand aan het sluiten van de huurovereenkomst had gezocht deze met een BV aan te gaan. Dat Xenon vof als partij in de huurovereenkomst staat, komt uitsluitend, doordat (de makelaar van) VNI op het moment van ondertekening nog geen b.v. in het handelsregister zal hebben aangetroffen. VNI bestrijdt het standpunt van Xenon gemotiveerd.

4) 5.3 Voorop staat dat niet is gebleken van een – schriftelijke of mondelinge – verklaring, al dan niet bij wijze van een aanvulling op de huurovereenkomst, waarbij VNI uitdrukkelijk ermee instemt dat Xenon Webstore B.V. of enige andere b.v. als huurster in de plaats van Xenon vof treedt. Uit de door Xenon aangehaalde brief van makelaar Duijn van 14 oktober 2003 valt, integendeel, af te leiden dat VNI met de acceptatie van een b.v. als huurster wilde wachten, totdat van voldoende solvabiliteit zou zijn gebleken. Steun voor Xenons standpunt valt, anders dan zij betoogt, evenmin te putten uit de door haar genoemde correspondentie, rekeningen en betalingen. Weliswaar komt daarin een aantal malen de naam Xenon Webstore B.V. voor, maar evenzeer richt VNI stukken aan Xenon of aan Xenon Webstore. Mede gelet op het wisselende gebruik van haar eigen aanduiding door Xenon, kan op grond van een en ander niet worden vastgesteld dat VNI Xenon Webstore B.V. als contractpartij bij de huurovereenkomst heeft geaccepteerd. Ook de omstandigheid dat Xenon Webstore B.V. een aantal malen de huur aan VNI heeft betaald, brengt dit gevolg niet mee. Ten slotte dient nog in aanmerking te worden genomen dat Xenon Webstore B.V., zij het onder een andere

reg.  
 gele  
 +  
 kom!

a)  
 +  
 b)

2004/0215 SKG

naam, als vennootschap reeds bestond. Van een situatie waarin een vennootschap onder firma (al dan niet aangeduid als "B.V. i.o.") in een b.v. overgaat, is dus evenmin sprake. Xenon vof en, na haar ontbinding, R.T.B. Hofs en B.T. Hofs moeten dus als huurders van de bedrijfsruimte worden aangemerkt en niet Xenon Webstore B.V. Ook Xenon BV kan niet als huurster worden beschouwd, omdat die positie uitsluitend kan zijn voortgekomen uit het huurderschap van Xenon Webstore B.V., dat niet heeft bestaan. Het feit dat Xenon BV zich als feitelijk gebruiker van de bedrijfsruimte is gaan gedragen, doet hieraan niet af. Hetgeen hiervoor is overwogen, brengt een verwerping mee van het eerste deel van grief I en van de grieven II, III en het eerste deel van grief IV. \*

5.4 Met het tweede deel van grief IV betoogt Xenon, zo begrijpt het hof, dat, ook als Xenon BV formeel niet als huurster kan worden aangemerkt, een afweging van haar belangen en die van VNI meebrengt dat zij niet tot ontruiming van het gehuurde kan worden verplicht. Xenon stelt echter tevens dat Xenon BV 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 het verder onbesproken blijven.

5.5 Het tweede onderdeel van het geschil tussen partijen betreft -- de verplichting tot -- het inlossen van de huurachterstand en het mogelijke recht op verrekening van Xenon Computers wegens gebreken in de voorzieningen van het gehuurde (in het bijzonder de airco). Xenon stelt dat de airco vanaf het begin van de huurovereenkomst in maart 2002 niet goed functioneerde en dat daarover ook onmiddellijk bij VNI is geklaagd. Bij brief van 21 mei 2003 aan VNI kondigde Xenon (in de hoedanigheid van Xenon Webstore B.V., maar het hof gaat ervan uit dat het Xenon Computers betreft) aan de huurbetalingen te zullen opschorten, als geen adequate maatregelen ten aanzien van de nog bestaande problemen zouden worden genomen (zoals zij ook al bij haar brief van 14 oktober 2002 had aangekondigd). Deze brief kwam na uitvoerige discussies tussen partijen; zij was dus niet de eerste melding van de problemen. Xenon merkt daarbij op dat VNI bij haar brief van 30 augustus 2002 zelf toegaf dat de airco niet goed werkte.

Xenon stelt verder dat VNI op de klachten wel een installateur langs stuurde, maar dat dit niet tot verbetering leidde. Het adviesbureau Kamperman, dat vervolgens (in mei 2003) werd ingeschakeld, had volgens Xenon een te beperkte opdracht. Zij verzocht Kamperman daarom aan VNI een uitgebreide onderzoekopdracht te vragen. Zij weigerde dus niet mee te werken aan het onderzoek van Kamperman, dat uiteindelijk in augustus 2003 plaats had en tot de conclusie leidde dat de temperaturen in de kantoren tot 38 à 39 graden Celsius opliepen (brief Kamperman 13 augustus 2003). Duidelijk was dat de airco ook toen nog niet

2004/0215 SKG

functioneerde, zoals het door haarzelf ingeschakeld installatiebedrijf HB Groep op 10 juli 2003 eveneens had vastgesteld. Gelat op een brief van Fridina van 6 januari 2004 vertoonde de installatie een half jaar later nog steeds ernstige gebreken.

5.6 VNI voert hiertegenover aan dat zich in het begin wel problemen met de airco voordeden, maar dat deze op 28 oktober 2002 waren verholpen, zoals blijkt uit het door haar opgemaakte besprekingsverslag van 4 november 2002. Voor compensatie is dan ook geen plaats, ook al omdat zij Xenon Computers over die eerste periode een huurkorting heeft gegeven. Vervolgens kwam Xenon Computers pas weer bij haar brief van 21 mei 2003 met klachten. Daarna duurde het door gebrek aan medewerking van Xenon Computers tot augustus 2003, voordat Kamperman de installatie kon onderzoeken en herstellen. VNI voert verder aan dat eventuele tekortkomingen in het functioneren van de airco het gevolg zijn van een gebrek aan - door Xenon Computers te verrichten - onderhoud. Als al compensatie met huurpenningen plaatsheeft, is deze in ieder geval in de wintermaanden niet gerechtvaardigd, omdat de airco dan niet hoeft te functioneren, aldus VNI.

garant  
verl.  
tot 16  
sept. 20  
\*

5.7 Het kort geding leent zich naar zijn aard niet voor een onderzoek naar de mate waarin de airco al of niet heeft voldaan en (de omvang van) de verantwoordelijkheid van ieder dan wel een van partijen. Vast staat dat de airco zowel in de zomer van 2002 als in die van 2003 onvoldoende functioneerde en dat VNI voor eerstgenoemde periode een korting van een maand huur heeft verteend. Niet onaannemelijk is dat de problemen in de zomer van 2003 in elk geval minder ernstig waren geweest, als het adviesbureau Kamperman eerder zijn werk had kunnen doen. Uit de brieven van Kamperman van 28 juli 2003 en 13 augustus 2003 volgt dat Xenon Computers dit adviesbureau daartoe in mei 2003 niet in staat heeft gesteld.

Tevens kan uit de brieven van Kamperman van 13 en 22 augustus 2003 worden afgeleid dat de problemen eerder hadden kunnen zijn verholpen, als Xenon Computers, overeenkomstig haar door VNI gestelde en door haar niet weersproken verplichting (zie de brief van 21 november 2003 van makelaar Duijn, pagina 2, laatste alinea), voor de airco een onderhoudscontract had gesloten. Xenon bestrijdt verder niet dat de airco na de werkzaamheden van Kamperman functioneerde. Onder deze omstandigheden is het hof van oordeel dat voorschands niet aannemelijk is dat een rechter in een bodemprocedure zal oordelen dat Xenon Computers zich ten aanzien van het onvoldoende functioneren van de airco terecht op haar opschortingsrecht heeft beroepen.

\*

5.8 Xenon stelt voorts dat VNI haar steeds € 300,- voor tuinonderhoud heeft gefactureerd, hoewel dit onderhoud nooit heeft plaatsgehad en VNI, in strijd met artikel 12 lid 3 van

2004/0215 SKG

de algemene bepalingen bij de huurovereenkomst, hiervan geen specificatie of facturen heeft verstrekt.

Ook ten aanzien hiervan geldt dat het kort geding zich niet voor uitgebreid onderzoek leent. Mede gelet op het gemotiveerde verweer van VNI en de onderbouwing daarvan door de als productie A en A8 bij haar memorie van antwoord overgelegde stukken, acht het hof voorshands onvoldoende aannemelijk dat in een bodemprocedure zal worden geoordeeld dat Xenon Computers voor de onderhavige servicekosten een opschortingsrecht toekomt. Dit alles brengt mee dat het tweede deel van de eerste grief en de vijfde grief falen.

5.9 Met haar zesde grief snijdt Xenon het derde punt van geschil aan: de meerwerknota's voor aanpassingen van het gehuurde ten behoeve van Xenon Computers. Het gaat hierbij om facturen van 17 december 2001 en 15 februari 2002, waarvan nog € 14.282,75 openstaat. Xenon stelt dat Xenon Computers ten aanzien van deze nota's een opschortingsrecht toekomt, omdat een aanzienlijk deel van het meerwerk (f 25.000,-) op de airco betrekking heeft. Weliswaar zijn in augustus 2002 afspraken over de betaling van deze nota's gemaakt, maar volgens Xenon op voorwaarde dat de airco deugdelijk zou functioneren.

VNI voert als verweer dat de nota ten aanzien van de airco de plaatsing van de installatie betreft en dat Xenon Computers in de vorm van een korting op de huurprijs, waarin eveneens een component van f 15.000,- per jaar voor de airco is opgenomen, al een compensatie voor het gebrekkig functioneren daarvan is toegekend. Dit verweer treft doel. De zesde grief dient derhalve te worden verworpen. *bedrijfschade verg.*

5.10 De zevende grief heeft betrekking op het door VNI op de woning van B.T. Hofs gelegde conservatoir beslag. Xenon stelt dat B.T. Hofs met de inbreng van het bedrijf van Xenon vof in Xenon Webstore B.V. volledig is teruggetreden en ook op geen enkel moment actief in de huurverhouding met VNI betrokken is geweest. Hij heeft de huurovereenkomst zelfs niet ondertekend. Het beslag dient volgens Xenon dan ook te worden opgeheven. Het hof is van oordeel dat, nu voorshands\* moet worden aangenomen dat Xenon vof de huurovereenkomst met VNI is aangegaan en B.T. Hofs op het moment waarop dat geschiedde, medevenoot in deze vennootschap onder firma was, VNI voor haar vordering op hem verhaal kan zoeken. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, is dan ook niet summierlijk gebleken van de ondeugdelijkheid van de vordering waarvoor het beslag is gelegd. De zevende grief zal daarom worden verworpen.

5.11 Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, dient ook de achtste grief van Xenon te worden verworpen. Het bestreden vonnis zal derhalve worden bekrachtigd. Aangezien

\* voorlopig = volgens van Dale  
wat geschiedt in afwachting van iets  
meer beslits (bodemprocedure)



2004/0215 SKG

9

R.T.B. Hofs, B.T. Hofs en Xenon BV in het ongelijk zijn gesteld, zullen zij in de kosten van het geding in hoger beroep worden veroordeeld.

## 6 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep in kort geding:

verklaart Xenon vof niet-ontvankelijk in haar vordering in hoger beroep;

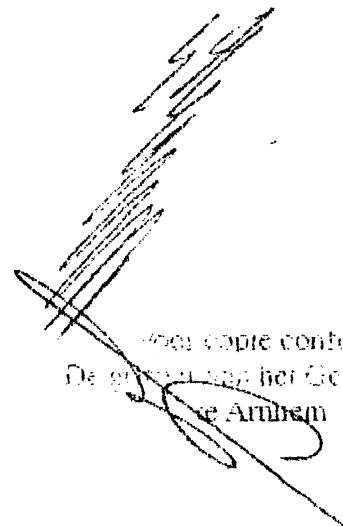
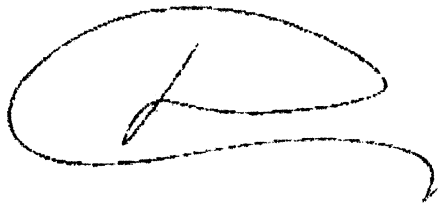
bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Almelo, op 30 januari 2004 in kort geding tussen partijen geweest;

veroordeelt R.T.B. Hofs, B.T. Hofs en Xenon BV in de kosten van het geding in hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van VNI begroot op € 1.406,- voor salaris procureur en op € 2.215,- voor verschotten;

verklaart dit arrest wat de kostenveroordeling betreft uitvoerbaar bij voorraad.

ook

Dit arrest is gewezen door mrs. Rijken, Van der Kwaak en Korhals Altes en in tegenwoordigheid van de griffier uitgesproken ter openbare terechtzitting van 6 juli 2004.



voor copie conform:  
De griffier van het Gerechtshof  
Arnhem