

## RECHTBANK ALMELO

Kort Geding

zaaknummer: 61748 / KG ZA 03-333

datum uitspraak vonnis: 30 januari 2004 (r.d.)

Vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Almelo, rechtdoende in kort geding, in de zaak van:

**De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
V.N.I. Enschede BV,**  
gevestigd te Geesteren (O),  
eiseres in conventie,  
verweerster in reconventie,  
verder te noemen: VNI,  
advocaten: mr. ir. J.A.A. Diederer en mw. mr. B.N.J. de Wilde te Nijmegen,  
procureur: mr. A.J. Spoor,

tegen

1. **de vennootschap onder firma Xenon Computers,**  
gevestigd te Enschede,  
verder te noemen: de vof,
2. **Raymond Theodorus Bernardus Hofs,**  
wonende te Hengelo (O),  
vennoot van gedaagde sub 1,
3. **Bernardus Theodorus Hofs,**  
wonende te Holten,  
vennoot van gedaagde sub 1,
4. **de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Xenon BV,**  
gevestigd te Enschede,  
gedaagden in conventie,  
gedaagde sub 3 tevens eiser in reconventie,  
advocaat: mr. S.J. van Susante te Arnhem,  
procureur: mr. H.A.A. Kienhuis.

### Het procesverloop

VNI heeft gevorderd als vermeld in de – bij herstelexploit d.d. 13 januari 2004 gewijzigde – dagvaarding.

Ter zitting van 21 januari 2004 zijn verschenen: de heer H. Silderhuis en de heer P. Silderhuis, namens VNI, bijgestaan door mr. Diederer en mr. De Wilde, en voor gedaagden de heer R.T.H. Hofs en de heer B.T. Hofs, bijgestaan door mr. Van Susante. Van hetgeen is besproken is aantekening gemaakt. Ter zitting heeft VNI haar eis vermeerderd.

Het vonnis is bepaald op vandaag.

## De beoordeling van het geschil en de motivering van de beslissing

### In conventie en in reconventie

#### Vaststaande feiten

1.

- VNI en de vof hebben op 14 maart 2002 een huurovereenkomst gesloten, waarbij is overeengekomen dat de vof de bedrijfsruimte van VNI aan de Neptunusstraat 23-25 te Enschede huurt voor een periode van 5 jaar. De overeenkomst voorziet niet in tussentijdse opzegging van de huur. Voordat partijen deze overeenkomst hebben gesloten was de bedrijfsruimte opgedeeld in twee afzonderlijke units en bestonden er twee afzonderlijke huurovereenkomsten tussen de vof en VNI. De vof heeft bij het sluiten van de overeenkomst een bankgarantie afgegeven.
- De huurprijs, die jaarlijks per 15 maart wordt geïndexeerd, bedraagt thans € 9.197,30 per maand (inclusief BTW en servicekosten). De huurprijs dient telkens de eerste dag van iedere maand te worden voldaan.
- De vof is per 1 juli 2002 opgeheven met terugwerking tot 1 januari 2002; haar activiteiten zijn voortgezet door Xenon Webstore BV.
- Bij overeenkomst van 22 september 2003 heeft Xenon Webstore BV haar bedrijfsactiviteiten en activa verkocht aan Xenon BV, die de onderneming van Webstore BV vanaf die datum heeft voortgezet.
- Xenon Webstore BV is op 4 december 2003 in staat van faillissement verklaard.
- Ervan uitgaande dat er een huurovereenkomst VNI-Webstore BV bestaat, heeft de curator heeft de huurovereenkomst opgezegd tegen de kortst mogelijke termijn, zijnde per 10 maart 2004. Xenon BV is thans de feitelijke gebruiker van het pand aan de Neptunusstraat.
- Op 17 december 2001 en op 15 februari 2002 heeft VNI aan Xenon Webstore nota's verzonden voor verricht meerwerk. Xenon heeft een gedeelte van het totale gefactureerde bedrag voldaan.
- Bij brief van 21 mei 2003 heeft Xenon Webstore BV aan VNI aangekondigd de huur te zullen opschorten omdat volgens haar de airconditioning op dat moment niet goed functioneerde. VNI heeft vervolgens een adviesbureau geconsulteerd om een onderzoek naar het functioneren van de airconditioning uit te voeren. Xenon Webstore BV heeft in eerste instantie deze onderzoeker niet tot de airco toegelaten. Nadien in augustus 2003 toch uitgevoerd onderzoek vermeldt als conclusie dat de airconditioning niet optimaal functioneerde door slecht onderhoud. De heer R. Hofs heeft op 9 december 2003 een onderzoek naar de airconditioning laten uitvoeren.
- Op 11 december 2003 heeft VNI ten laste van B. Hofs conservatoir beslag laten leggen op de woning van B. Hofs.

#### In conventie:

#### De vordering van VNI

2.

VNI vordert een geldbedrag aan achterstallige huurpenningen, inclusief verbeurde boete danwel rente en kosten en een geldbedrag ter voldoening van de meerwerknota's, inclusief rente. Daarnaast vordert VNI nakoming van de huurovereenkomst totdat deze rechtsgeldig zal zijn beëindigd. VNI vordert ten aanzien van Xenon BV ontruiming van het pand van VNI.

VNI heeft haar vorderingen ten aanzien van gedaagde sub 1, de vof, ingetrokken, nu deze is opgeheven.

3. VNI stelt daartoe dat zij met de vof een huurovereenkomst heeft gesloten. De vennoten zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de door de vof aangegane verplichtingen. De vof is haar verplichtingen uit de huurovereenkomst en uit het verrichte meerwerk niet nagekomen. VNI heeft geen toestemming verleend voor de overname van het huurcontract met de vof door Xenon Webstore BV, zodat Xenon BV zonder recht of titel in het pand van VNI verblijft. VNI stelt ten slotte een spoedeisend belang te hebben bij haar vordering.

#### **De verweren van gedaagden**

4. Gedaagden zijn van mening dat de vordering van VNI dient te worden afgewezen. Xenon Webstore BV heeft het huurcontract van de vof overgenomen. Xenon BV heeft op grond van afspraken met de curator van Xenon Webstore BV een titel om het pand van VNI voor haar bedrijfsactiviteiten te gebruiken. Gedaagden betwisten voorts de aard en omvang van de door VNI gepretendeerde geldvorderingen en het door VNI gestelde spoedeisende belang bij haar ontruimingsvordering.

#### **In reconventie**

##### **De vordering van B. Hofs en het verweer van VNI**

5. Gedaagde sub 3, B. Hofs, vordert in reconventie opheffing van het door VNI gelegde conservatoir beslag op zijn woning en stelt daartoe dat VNI geen deugdelijke vordering op hem heeft. Volgens B. Hofs is hij niet betrokken geweest bij Xenon Webstore BV.
6. VNI heeft tegen deze vordering verweer gevoerd. VNI stelt dat het conservatoir beslag gehandhaafd dient te blijven, nu zij een deugdelijke vordering heeft op B. Hofs als vennoot van de vof. Het beslag is gerechtvaardigd nu er gegronde vrees bestaat dat B. Hofs het pand zal vervreemden danwel bezwaren en VNI geen verhaalsvermogelijkheden voor haar vordering zal hebben.

#### **De beoordeling**

##### **In conventie:**

##### **Partijen bij de huurovereenkomst**

7. In geschil is vooreerst wie thans de huurder is van het pand van VNI aan de Neptunusstraat 23-25. Uit de overgelegde huurovereenkomst blijkt dat op 14 maart 2002 een huurovereenkomst is gesloten tussen VNI Enschede BV en Xenon Computers V.O.F., rechtsgeldig vertegenwoordigd door de heer R.T.B. Hofs. De overeenkomst is namens de vof getekend door R.T.B. Hofs. Door ondertekening door partijen van deze schriftelijk vastgelegde overeenkomst, staat de huurovereenkomst tussen de vof en VNI vast. Het schriftelijk stuk waarin de overeenkomst is vastgelegd, is immers een onderhandse akte, bestemd om tot bewijs te dienen van hetgeen partijen hebben afgesproken. Die akte levert tussen partijen dwingend bewijs op van de waarheid en de juistheid van die verklaring. De overeenkomst vermeldt uitdrukkelijk de naam van de vof en de naam van R.T.B. Hofs handelend namens de vof.

De voorzieningenrechter verwerpt het verweer van gedaagden dat beide partijen bij het aangaan van de overeenkomst de bedoeling hadden dat Xenon Webstore BV i.o. als huurder zou worden aangemerkt. De overeenkomst noemt niet als partij Xenon Webstore BV i.o., maar de vof Xenon Computers. Het is volstrekt onaannemelijk dat R.T.B. Hofs een overeenkomst tekent voor de vof Xenon Computers, terwijl hij bedoelt te handelen namens een niet met name genoemde Webstore BV i.o.

Daarnaast blijkt uit de overgelegde verklaring van R.S. Duijn, de makelaar die betrokken is geweest bij de verhuur van het pand, dat de vof in de periode dat de huurovereenkomst van 14 maart 2002 werd opgesteld, heeft verzocht de overeenkomst te sluiten met een BV. VNI is hier, aldus de makelaar, niet op ingegaan, omdat zij eerst wilde bezien of de inplaatstredende huurder voldoende solvabel zou zijn.

De voorzieningenrechter komt tot de slotsom dat de vof partij was bij het aangaan van de huurovereenkomst.

8. Vervolgens dient te worden bezien of sprake is geweest van overname van het huurcontract door Xenon Webstore BV. Vast staat dat VNI hiervoor geen uitdrukkelijke toestemming heeft verleend of anderszins heeft laten blijken hieraan haar medewerking te verlenen. Tevens is niet gebleken dat de vof een uitdrukkelijk, in het bijzonder schriftelijk, verzoek tot contractsovername aan VNI heeft gericht, behoudens het verzoek ten tijde van het sluiten van de huurovereenkomst. VNI heeft blijkens de verklaring van de makelaar uitdrukkelijk aangegeven hiervoor geen toestemming te verlenen. Het had op de weg van belanghebbende partijen, de vof en Xenon Webstore BV gelegen om actief en duidelijk te verzoeken dat de huurovereenkomst op naam van de BV kwam te staan. Dat is niet gebeurd.

Ten onrechte stellen gedaagden dat VNI stilzwijgend toestemming heeft verleend voor de contractsovername door de BV. Zij baseren hun stelling op brieven die VNI heeft gestuurd. Een aantal van die brieven is gericht aan Xenon Webstore of aan de directie van Xenon Webstore BV, bestaande uit de heren R.T.B. Hofs en Mensink. Daarnaast is volgens gedaagden in de brief van Xenon Webstore BV d.d. 24 november 2003 aan VNI verzocht voortaan de correspondentie aan de juiste rechtspersoon te richten, zijnde Xenon Webstore BV. Volgens gedaagden heeft VNI tegen deze brief geen bezwaren geuit.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter kan hieruit echter geen impliciete toestemming voor contractsovername door Xenon Webstore BV worden afgeleid. Dat VNI enkele malen Webstore BV heeft aangeschreven is niet van doorslaggevende betekenis. Tussen maart 2002 en september 2003 worden de bedrijfsactiviteiten achtereenvolgens uitgevoerd door een onderneming met de namen Xenon Computers, een vof, zich ook wel noemende Xenon Webstore, Xenon Webstore BV, zich ook wel Xenon Webstore noemende, Xenon BV. Voor de relatieve buitenstaander is dat verwarrend. VNI was blijkens de overgelegde brieven en faxen niet consequent in de wijze van aanschrijven van haar huurder. De niet steeds juiste keuze is gemaakt uit de brij van namen heeft niet tot juridisch gevolg dat daardoor een stilzwijgende contractsovername door Xenon Webstore tot stand is gekomen. Voor een dergelijk rechtsgevolg met ingrijpende gevolgen is meer nodig een paar keer een verkeerde adressering.

De stelling van gedaagden dat Xenon Webstore BV de huurpenningen heeft betaald, doet aan het voorgaande niet af. Betaling door een derde impliceert immers nog geen contractsovername door die derde.

Op grond van het bovenstaande mocht worden aangenomen dat geen sprake is geweest van contractsovername door Xenon Webstore BV en de vof voortdurend partij is bij de huurovereenkomst.

## **Gevorderde ontruiming.**

9. Nu Xenon Webstore niet kan worden aangemerkt als huurder, kan tevens geen sprake zijn van onderhuur door Xenon Webstore BV aan Xenon BV. Dit brengt met zich mee dat Xenon BV zonder recht of titel in het pand van VNI verblijft. Xenon BV heeft het spoedeisend belang van VNI bij ontruiming betwist. Xenon BV stelt dat met de curator is afgesproken dat Xenon BV het gehuurde op 10 maart 2004 zal opleveren. Xenon heeft groot belang bij tijdelijk gebruik van het gehuurde, nu zij een bedrijf uitoefent met zes werknemers en zij een ander pand dient te vinden. De voorzieningenrechter is van oordeel dat VNI een spoedeisend belang heeft. Xenon BV maakt inbreuk op de eigendomsrechten van VNI en er bestaat geen aanleiding, ook bij belangenafweging, om deze onrechtmatige toestand te laten voortbestaan. VNI geniet immers vanaf april 2003 geen huurinkomsten meer en heeft derhalve belang heeft bij een spoedige ontruiming, zodat een andere huurder kan worden gezocht. De gevorderde ontruiming zal derhalve worden toegewezen. De voorzieningenrechter ziet aanleiding een maximum te verbinden aan de gevorderde dwangsom.

## **Geldvordering van VNI uit hoofde van achterstallige huur**

10. Gedaagden beroepen zich voor wat betreft de huurbetalingsverplichting op een opschortingsrecht aangezien het gehuurde pand volgens gedaagden ernstige gebreken vertoont, met name voor wat betreft de airconditioning. Volgens gedaagden functioneerde de airconditioning in augustus 2002 al niet en heeft VNI de door Xenon gesignaleerde problemen niet adequaat aangepakt. In de huurprijs is een gedeelte voor de airco-installatie begrepen. In mei 2003 werd volgens gedaagden duidelijk dat de airco nog steeds niet functioneerde, dus hebben gedaagden de huurbetaling opgeschort.

VNI stelt zich primair op het standpunt dat opschorting van de huurverplichtingen niet is toegestaan op grond van artikel 14 lid 1 van de algemene bepalingen die op de huurovereenkomst van toepassing zijn verklaard. De voorzieningenrechter deelt dit standpunt van VNI niet. Gelet op de reflexwerking van artikel 6:236 onder c Burgerlijk Wetboek kan het betreffende artikel in de algemene bepalingen naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter onredelijk bezwarend en derhalve vernietigbaar zijn.

Subsidiar stelt VNI zich op het standpunt dat de airconditioning naar behoren functioneert. De problemen die gedaagden stellen te hebben, zijn volgens de monteur van een door VNI ingeschakeld adviesbureau door slecht onderhoud veroorzaakt. Volgens VNI zijn partijen overeengekomen dat Xenon voor een onderhoudscontract diende te zorgen, hetgeen zij heeft nagelaten.

11. Vast staat dat partijen van mening verschillen over het al dan niet goed functioneren van de airconditioning en de oorzaak daarvan. Om vast te stellen of de airconditioning inderdaad niet goed gefunctioneert en wat de oorzaak daarvan is, is uitvoerige bewijslevering nodig, al dan niet met behulp van deskundigen. Voorop gesteld dient te worden dat in een kort gedingprocedure hiervoor geen plaats is. Juist is dat Xenon vof / Xenon Webstore BV al bij het begin van het aangaan van de huur over de airco hebben geklaagd. Uit de stukken blijkt dat VNI daarop snelle actie heeft ondernomen. In deze procedure is niet gebleken dat Xenon daarna nog bijzondere klachten over de airco bij VNI heeft neergelegd. Xenon heeft in verband met de door haar geconstateerde gebreken al vanaf april 2003 geen huur meer betaald. Zij heeft VNI eerst op 21 mei 2003 laten weten haar verplichting tot

huurbetaling op te schorten. Indien Xenon daadwerkelijk hinder ondervond van de door haar gestelde gebreken had het op haar weg gelegen om VNI daarvan onverwijld op de hoogte te stellen, alvorens haar verplichting tot huurbetaling op te schorten. Xenon was derhalve naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter niet bevoegd de betaling van de huurpenningen over april en mei 2003 op te schorten. Ook getuigt het niet van medewerking aan de zijde van Xenon om een door VNI ingeschakelde airco-deskundige in eerste instantie weg te sturen, hoewel partijen zo'n onderzoek hadden afgesproken. Voorts is het niet redelijk om van april 2003 tot de dag van vandaag de volledige huurbetaling op te schorten op grond van de door Xenon vermelde klachten.

VNI heeft immers een adviesbureau ingeschakeld om de klachten over de airconditioning te onderzoeken, zodat niet gezegd kan worden dat zij geen actie heeft ondernomen naar aanleiding van de klachten van Xenon.

Nu in het kader van deze procedure niet kan worden vastgesteld voor welk bedrag Xenon zich terecht op een opschortingsrecht heeft beroepen, zal de voorzieningenrechter slechts een voorschot op de totale schadevergoeding aan VNI toewijzen ten bedrage van € 55.000,-. Van dit bedrag gaat de waarborgsom niet meer af, die is in de toewijzing verdisconteerd. De voorzieningenrechter zal de gevorderde boete op grond van het bovenstaande niet toewijzen, daarentegen wel de gevorderde vertagingsrente vanaf de vervaldatum tot aan de dag der algehele voldoening.

De incassokosten dient VNI in de aanhangige bodemprocedure ter discussie te stellen. Een betaling binnen zeven dagen na betekening, zoals gevorderd, is niet in overeenstemming met de wet. VNI heeft immers met dit vonnis een direct te executeren titel.

#### **Geldvordering van VNI uit hoofde van meerwerknota's**

12. Xenon beroept zich tevens op een opschortingsrecht voor wat betreft de betaling van de meerwerknota's. Xenon verwijst hierbij wederom naar de door haar geconstateerde gebreken. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter is het onredelijk dat Xenon zowel haar huurverplichtingen als haar verplichtingen uit hoofde van het verrichte meerwerk volledig opschort. Daarbij komt dat de door Xenon geaccordeerde meerwerknota's dateren van 17 december 2001 en 15 februari 2002 en Xenon reeds een deel betaald heeft. Uit de overgelegde brief van VNI van 30 augustus 2002 blijkt dat partijen overeengekomen zijn het totale bedrag in vier maandelijks termijnen te betalen, de eerste termijn op 1 september 2003 en de laatste op 1 december 2003. VNI heeft daarbij aangegeven af te zien van de tot die periode vervallen rente. Xenon komt vervolgens – na twee termijnen te hebben voldaan – pas in mei 2003 met klachten op grond waarvan zij de betaling van de resterende termijnen opschort. Het uitblijven van elke betaling door Xenon lijkt voorshand meer gebaseerd op betalingsonmacht dan op gebreken aan het gehuurde, die worden aangegrepen om niet aan de betalingsverplichtingen te hoeven voldoen. In een verslag van 22 oktober 2003 van Webstore BV heet het ook dat (het nieuwe) Xenon BV, de voortzetting van Webstore BV, de hoge huur niet meer kan opbrengen. Vervolgens faillieert Webstore BV op 4 december 2003 met een schuldenlast van rond € 800.000,-.
- De voorzieningenrechter zal de vordering van VNI op dit punt volledig toewijzen, met dien verstande dat de wettelijke rente hierover zal worden toegewezen vanaf de overeengekomen betaaltermijnen, derhalve 1 november en 1 december 2003. De voorzieningenrechter acht het niet aannemelijk dat er voor Xenon een restitueringsrisico bestaat.

13. Gedaagden dienen als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van dit geding in conventie te worden veroordeeld.

### In reconventie

14. Gelet op hetgeen is overwogen in conventie is de voorzieningenrechter van oordeel dat voldoende aannemelijk is geworden dat VNI een vordering heeft op B. Hofs, als vennoot van de vof. B. Hofs heeft niet summierlijk de ondeugdelijkheid van deze vordering kunnen aantonen, zodat het conservatoire beslag gehandhaafd dient te blijven. De reconventionele vordering van B. Hofs dient dus te worden afgewezen.
15. B. Hofs dient als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van dit geding in reconventie te worden veroordeeld.

### De beslissing

#### In conventie

- I. Veroordeelt gedaagden sub 2 en 3 hoofdelijk, des dat de één betalende de ander zal zijn bevrijd tot voldoening tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan VNI van een bedrag van € 55.000,= (vijfenvijftigduizend euro) ten titel van voorschot op het aan VNI toekomende bedrag aan huurpenningen, met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de dag der davaarding tot aan die der algehele voldoening.
- II. Veroordeelt gedaagden sub 2 en 3 hoofdelijk, des dat de één betalende de ander zal zijn bevrijd, tot voldoening van de nog openvallende huurtermijnen ingaande per 1 januari 2004 tot en met de dag waarop de huurovereenkomst tussen VNI en de vof rechtsgeldig zal zijn beëindigd.
- III. Veroordeelt gedaagden sub 2 en 3 hoofdelijk, des dat de één betalende de ander zal zijn bevrijd tot voldoening tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan VNI van de nog openstaande meerwerk nota's ter grootte van € 14.272,78 (veertienduizend tweehonderd en tweeënzeventig 78/100 euro), te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum dat de meerwerknotas's opeisbaar zijn geworden (1 november en 1 december 2003) tot aan de dag der algehele voldoening.
- IV. Veroordeelt gedaagden sub 2, 3 en 4 om het gehuurde aan de Neptunusstraat 23-25 te Enschede, met al de hinnen en al het humne, voorzover 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 aan VNI te stellen, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 500,= per dag, of gedeelte van een dag, dat gedaagden in gebreke blijven om aan dit vonnis te voldoen, met een maximum van € 10.000,=, met machtiging aan VNI om gedaagden, ingeval van weigering of nalatigheid om aan dit vonnis te voldoen, tot die ontruiming te noodzaken, zonodig met behulp van de sterke arm van politie en justitie.
- V. Veroordeelt gedaagden sub 2, 3 en 4 in de kosten van dit geding, tot op deze uitspraak aan de zijde van VNI begroot op € 1.888,53 aan verschotten en € 1.500,= aan salaris van de procureur, de kosten van het gelegde beslag inbegrepen.
- VI. Verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad.
- VII. Wijst af het meer of anders gevorderde.

In reconventie:

VIII. Wijst de vordering af.

VIII. Veroordeelt gedaagde sub 3 in de kosten van dit geding, tot op deze uitspraak aan de zijde van VNI begroot op nihil aan verschotten en nihil aan salaris procureur.

Dit vonnis is gewezen te Almelo door mr. Drewes, voorzieningenrechter, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 30 januari 2004, in tegenwoordigheid van mr. Dallinga, griffier.



Atgegeven voor ~~afschrift~~ afschrift/grosse  
op 30-1-04  
De griffier van de Rechterbank Almelo  
Afdeling Civielrecht *WDS*