

De "eiswijziging" door V.N.I. en het bezwaar ertegen

Hofs jr. begint met betreffende die "eiswijziging" te stellen, dat het Hof onder r.o. 2.9 van zijn tussenarrest d.d. 8 december 2009 een zeer vergezochte en tevens ongeloofwaardige argumentatie heeft gebruikt. Uit de stelling van het Hof blijkt bovendien, dat vaststaat, dat het Hof het bezwaar van Hofs tegen de "wijziging van eis" in zijn Akte na Comparitie d.d. 16 december 2008 heeft genegeerd, evenals zijn uitgebreide betoog tegen de "wijziging van eis" in zijn pleitaantekeningen d.d. 16 december 2008.

Hofs jr. stelt in de eerste plaats, dat V.N.I. wanneer zij bij haar Memorie van Grieven een wijziging van eis had willen doorvoeren zij om geen enkele misverstand naar Hofs jr. en het Hof te laten ontstaan haar Memorie van Grieven d.d. 24 juli 2007 had moeten noemen: **Memorie van Grieven tevens wijziging van eis.**

In de tweede plaats stelt Hofs jr. , dat V.N.I. in haar Memorie van Grieven helemaal geen duidelijke wijziging van eis heeft doorgevoerd, doch slechts via de laatste zin van punt 43. een stelling heeft geponeerd, die volstrekt onduidelijk is en bovendien is gebaseerd op een vaststelling betreffende de beëindigingsdatum van de huurovereenkomst, die in strijd is met de feitelijke en juridische werkelijkheid. Daardoor is de door V.N.I. gemaakte gevolgtrekking, dat de vordering tot vervangende schadevergoeding wijzigt in een vordering tot betaling van huurpenningen eveneens onjuist.

De onder MET CONCLUSIE verwoorde eisen kunnen zodoende onmogelijk van enige relevantie zijn.

Hofs jr. betoogt betreffende die zogenaamde wijziging van eis:

- In haar appeldagvaarding van 14 mei 2007 ten aanzien van hem, waarin V.N.I. het hoger beroep aankondigt betreffende het vonnis van de kantonrechter d.d. 24 april 2007, handhaaft V.N.I. uitdrukkelijk haar in eerste aanleg ingestelde vorderingen betreffende betaling van achterstallige huur en schadevergoeding na ontruiming ter hoogte van de gederfde huurpenningen.
- V.N.I. heeft vervolgens in haar Memorie van Grieven d.d. 24 juli 2007 onder punt 43. evenmin om een eiswijziging verzocht. Zij heeft onder dit punt eerst het volgende betoogd (letterlijk citaat):

"Wanneer de namens V.N.I. ingestelde grieven slagen, zal alsnog een inhoudelijke beoordeling van de overige geschilpunten tussen partijen moeten plaatsvinden. V.N.I. refereert in dat verband aan haar eerdere stellingen en standpunten in eerste aanleg en wenst deze als hier herhaald en ingelast te beschouwen. Het komt er op neer, dat Hofs jr. alsnog zou moeten worden veroordeeld tot betaling aan V.N.I. van de in eerste aanleg gevorderde bedragen wegens huurpenningen (bedoeld worden de achterstallige huurpenningen, adv.), meerwerknota's en schadevergoeding"

- V.N.I. (evenals haar gemachtigde) realiseerden zich echter heel goed, dat zij vanaf het vonnis in kortgeding d.d. 30 januari 2004 de vader van Hofs jr. zijnde B.Th. Hofs en daarmee ook zijn moeder, die aanvankelijk op geen enkele manier op de hoogte waren van de gang van zaken rond de huurkwestie, ten onrechte hebben voorgehouden, dat Hofs jr. en zijn vader door de voorzieningenrechter reeds

waren veroordeeld tot het doorbetalen van huurpenningen na ontruimingsdatum tot 14 maart 2007. Daarbij heeft V.N.I. op tal van manieren geprobeerd hen grote bedragen afhandig te maken, daarbij zelfs een executoriaal beslag op de woning van de ouders van Hofs jr. verzinnend. Bovendien wist V.N.I. zeer goed, dat de door haar geleverde airco-installatie nooit naar behoren had gefunctioneerd en ongeschikt was voor het pand en dat Hofs jr. en zijn vader dit in de bodemprocedure hadden bewezen aan de hand van tal van deskundigenrapporten en getuigen. Om het aan het licht komen van haar fraude ten opzichte van B.Th.Hofs en zijn echtgenote te voorkomen en om uit te sluiten, dat de problemen met de airco door Hofs jr. bewezen zouden worden en erkend door de rechters heeft V.N.I. in het staartje van punt 43. plotseling de juridisch onmogelijke vaststelling gedaan, dat het huurcontract van rechtswege is geëindigd op 14 maart 2007, daarmee hopende te bereiken, dat zij betreffende de bovengenoemde punten niet door de mand zou vallen. Afgezien van haar vergezochte trucje is de vaststelling van V.N.I. betreffende de beëindigingsdatum van de huurovereenkomst ook nog eens niet in overeenstemming met de juridische werkelijkheid en is de daaruit getrokken conclusie, dat daardoor de vordering tot vervangende schadevergoeding thans overgaat in een vordering tot betaling van huurpenningen eveneens juridisch en feitelijk onmogelijk.

Daaruit vloeit voort, dat de onder MET CONCLUSIE door V.N.I. gestelde eisen evenmin door het Hof gehonoreerd hadden kunnen worden.

- Dat het Hof de verkapte en onmogelijke stellingen van V.N.I. en de door haar gestelde eisen onder MET CONCLUSIE onder r.o. 5.14 van zijn tussenarrest d.d. 10 juni 2008 toch als een correct verzoek tot eiswijziging heeft beschouwd is naar de mening van Hofs jr. in strijd met alle rechtsregels.
Vaststaat, dat het Hof in de zin van artikel 130 Rv. nooit had kunnen spreken van een eiswijziging.
- De handelwijze van het Hof zal ongetwijfeld ook V.N.I. en haar gemachtigde ten zeerste hebben verbaasd en natuurlijk ook verheugd. Ook zij wisten uiteraard, dat er door hun formuleringen en de juridische werkelijkheid helemaal geen sprake kon zijn van een eiswijziging op grond van artikel 130 Rv.. Vandaar dat zij in de voortgezette bodemprocedure ten aanzien van B.Th.Hofs het betreffende stuk d.d. 12 december 2008 hebben genoemd: **Conclusie van Repliek tevens wijziging van eis** en tevens in elk geval wel een correct geformuleerde eiswijziging hebben gedaan, wat er verder ook zij van de foutieve inhoud en de onmogelijkheid van toekenning daarvan. Onder punt 14 staat hier vermeld:

“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.”

(onderstreping door adv.)

Onder r.o. 5.14 van het tussenarrest van 10 juni 2008 heeft het Hof dus gesteld, dat Hofs jr. tegen de “eiswijziging” van V.N.I. geen bezwaar heeft gemaakt en in zijn tussenarrest d.d. 8 december 2009 heeft het Hof vervolgens onder 2.9 de zeer vergezochte stelling geponeerd, dat Hofs jr. weliswaar de gewijzigde eis inhoudelijk heeft bestreden, maar geen bezwaar heeft gemaakt tegen de wijziging van de eis op zichzelf.

In de eerste plaats stelt Hofs jr., dat hij om ieder misverstand uit te sluiten, ondanks het feit dat V.N.I. geen duidelijke en juiste eiswijziging in haar Memorie van Grieven d.d. 24 juli 2007 heeft gedaan, in zijn Memorie van Antwoord d.d. 4 september 2007 onder de punten 82, 83 en 84. wel degelijk uitdrukkelijk bezwaar heeft gemaakt tegen de van rechtswege onmogelijke stellingen en eisen van V.N.I. betreffende haar "eiswijziging", als volgt:

"De eiswijziging in appèl treft reeds hierom geen doel en dient derhalve te worden afgewezen"

en

"Het is op dit punt dus niet wel voorstelbaar dat V.N.I. onder punt 44 MvG over een vordering ten titel van huur van in totaal € 423.385,-- p.m. durft te spreken.."

In de tweede plaats stelt Hofs jr., dat uit de stelling van het Hof in zijn tussenarrest d.d. 8 december 2009 onder r.o. 2.9 ook op dit punt wederom blijkt, dat het zijn bewijsvoering terzijde schuift als van geen enkel belang. Immers in zijn Akte na Comparitie d.d. 16 december 2008 en in zijn pleitaantekeningen, die Hofs jr. als produktie 2 had bijgesloten bij deze akte heeft Hofs jr. ten overvloede uitgebreid bezwaar gemaakt tegen de "eiswijziging" van V.N.I.

Vanwege het grote belang citeert Hofs jr. hierbij zijn daarin aangedragen stellingen:

In zijn Akte na Comparitie d.d. 16 december 2008:

Hierin heeft Hofs onder punt 12. gesteld, dat in verband met diverse feiten en omstandigheden (door V.N.I. onbetwist) de conclusie moet worden getrokken, dat de huurovereenkomst op 25 februari 2004 tot een einde is gekomen. Vervolgens heeft Hofs gesteld (letterlijk citaat):

"Nu de vordering van V.N.I. is gewijzigd in een vordering tot betaling van huurpenningen dient reeds op die grond die vordering, voor wat betreft de periode vanaf 25 februari 2004, te worden afgewezen"

Ook deze stelling is naar de mening van Hofs jr. een uitgesproken bezwaar tegen de eiswijziging van V.N.I.

In zijn pleitaantekeningen heeft Hofs jr. het volgende gesteld(letterlijke citaten):

"(..)

6) De eiswijziging van V.N.I. betreffende betaling van achterstallige huur, een meerwerknota en schadevergoeding voor het vroegtijdig ontbinden van de huurovereenkomst in een vordering tot betaling van huurpenningen is onmogelijk en bovendien uitdrukkelijk door mij bestreden in de Memorie van Antwoord d.d. 4 september 2007 onder de punten 82, 83 en 84.

7) Onbegrijpelijk en onterecht heeft het Hof betreffende deze eiszijziging van V.N.I. onder punt 5.14 van zijn tussen-Arrest d.d. 10 juni 2008 gezegd, dat ik hiertegen geen bezwaar heb gemaakt.

en

Punt 5.14

16. Het Hof begint onder dit punt met te zeggen, dat één van de vorderingen, zoals opgenomen in het tussenvonnis (van de kantonrechter d.d. 5 september 2006) onder 3.1, betaling betreft van de openvallende huurtermijnen na ontruiming tot en met maart 2007 als schadevergoeding voor het vroegtijdig ontbinden van de huurovereenkomst. Dat is juist, echter het Hof verzuimt te vermelden, dat in dit tussenvonnis ook de hier geciteerde vordering van V.N.I. wordt genoemd, namelijk: *“de huurovereenkomst te ontbinden per ontruimingsdatum dan wel enige andere door de rechtbank te bepalen datum”*.

Ik merk op, dat het evident is, dat deze beide vorderingen in samenhang door de rechtbank hadden moeten worden gezien. Aangezien de kantonrechter in haar vonnis van 24 april 2007 echter heeft geoordeeld dat ik niet de huurder van het pand van V.N.I. was, is aan deze vordering door de kantonrechter logischerwijs verder geen aandacht besteed.

17. Vervolgens stelt het Hof (kort weergegeven), dat V.N.I. haar vordering tot schadevergoeding zoals ingesteld bij dagvaardingsexploot van 23 december 2003 bij de memorie van grieven d.d. 24 juli 2007 heeft gewijzigd in een vordering tot betaling van de nog niet betaalde meerwerknota's (€ 14.282,75) en de nog verschuldigde huurtermijnen tot 14 maart 2007 en dat het Hof van die wijziging van eis zal uitgaan, omdat daartegen geen bezwaar is gemaakt.

18. Ik stel in de eerste plaats, dat het Hof door uit te gaan van de wijziging van eis 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.

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.....”

Ik meld thans aanvullend, dat de kantonrechter heeft weggelaten: *“zover nog niet geschied”*. Deze zinsnede stond n.l. ook nog in de fax van de bewindvoerder.

19. Het Hof negeert mijn uitgebreide bezwaar tegen deze wijziging van eis in de MvA d.d. 4 september 2007 onder de punten 82, 83 en 84 door onder punt 5.14 van zijn Arrest te stellen: *“Van die wijziging van eis, waartegen geen bezwaar is gemaakt, zal het hof uitgaan*

20. De eisenwijziging 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.

21. Ik betoog, 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. Zie daartoe ook mijn 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 deze eis van V.N.I. ingewilligd.

22. Voorafgaande aan de ontruiming op 25 februari 2004 zijn alle formaliteiten en werkzaamheden met betrekking tot de beëindiging van de huur volgens de Algemene Bepalingen huurovereenkomst door Xenon Webstore B.V. uitgevoerd, waarna tenslotte de sleutels van het pand zijn ingeleverd. Dit alles in overleg met V.N.I. en de gemachtigden van beide partijen. Daarna is er door V.N.I. op 25 februari 2004 een officieel Proces Verbaal van Inventarisatie getekend.

23. Hoewel ik in de CvA, CvD en de Memorie van Antwoord al diverse keren heb betoogd, dat de beëindiging van het huurcontract op 25 februari 2004 rechtsgeldig is geschied, heb ik ter gelegenheid van de door het Hof bevolen zitting op 10 november 2008 een nieuw bescheiden (met bijlagen) ingediend, waarin zeer uitgebreide uitleg wordt gegeven over de gang van zaken met betrekking tot de rechtsgeldige beëindiging van de huurovereenkomst tussen partijen, dit geheel in overeenstemming met punt 5.1 van de Algemene voorwaarden huurovereenkomst.

Ik verwijs daartoe tevens naar de punten 36. en 81. van de MvA van 4 september 2007.

24. Afgezien van de rechtsgeldige beëindiging van het huurcontract op 25 februari 2004 **negeert het Hof ongemotiveerd** de beëindiging van het huurcontract van het bedrijfspand van V.N.I. op 10 maart 2004 door de curator mr. Haafkes in het faillissement van Xenon Webstore B.V..

Vele malen is deze huurbeëindiging in diverse stukken aangegeven, als volgt:

- In het Kort Geding vonnis van 30 januari 2004 staat onder het kopje **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”.*

- In het Arrest d.d. 6 juli 2004 staat onder het kopje **De vaststaande feiten:** *“De curator zegde de huurovereenkomst met betrekking tot de bedrijfsruimte per 10 maart 2004 op”*

Onder 5.4. van dit Arrest staat: *“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 verder onbesproken blijven”.*

- In het Vonnis van de kantonrechter d.d. 5 september 2006 staat uitdrukkelijk als feit vermeld, dat de curator in het faillissement van Xenon Webstore B.V. de huurovereenkomst tegen de kortstmogelijke termijn heeft opgezegd, te weten 10 maart 2004.

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

Concluderend stel ik:

Primair:

Het huurcontract is rechtsgeldig beëindigd per 25 februari 2004.

Secundair:

Het huurcontract is rechtsgeldig beëindigd per 10 maart 2004 door opzegging van curator mr. Haafkes d.d. 10 december 2003.

25. Ten aanzien van de feitelijk onmogelijke eiswijziging van V.N.I stel ik ook nog:

De eis van V.N.I. tot schadevergoeding werd in eerste aanleg als volgt verwoord in haar dagvaardingsexploot d.d. 23 december 2003:

Onder punt 34 van de Feiten staat:

Schadevergoeding: met de volgende tekst:

“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.:

*“tot betaling van de openvallende huurtermijnen na ontruiming tot en met maart 2007 als **schadevergoeding** voor het feit dat de huurovereenkomst anders zou doorlopen”*

(vet en onderstreping door adv.)

De conclusie kan thans alleen maar zijn, dat de ongegronde eiswijziging van V.N.I. niet door het Hof gehonoreerd had mogen worden.

Zeer belangrijk is hierbij, dat het Hof diende uit te gaan van de door de Kantonrechter in haar vonnis d.d. 5 september 2006 vastgestelde feiten. Ook het Hof zelf stelt daarvan uit te zullen gaan.

Bovendien is door Hofs jr. uitdrukkelijk bezwaar gemaakt tegen deze wijziging in eis onder de punten 82. t/m 84 van de Memorie van Antwoord.

In het Arrest stelt het Hof foutief: “Van die wijziging van eis, waartegen geen bezwaar is gemaakt, zal het Hof uitgaan. (onderstreping door advocaat)

26. In de dagvaarding d.d. 14 mei 2007 betreffende het hoger beroep tegen de vonnissen, gewezen op 5 september 2006 en 24 april 2007 van de kantonrechter, vraagt V.N.I. onder het kopje TENEINDE om “alsnog de in eerste aanleg ingestelde vorderingen van appellante toe te wijzen....”

Hier is dus nog geen sprake van een eiswijziging.

(..)”

Saillant detail: Ten overvloede wijst Hof jr. hierbij nog naar hetgeen V.N.I. heeft gesteld in haar Memorie van Antwoord in het Spoedappell d.d. 23 maart 2004, dus kort na de rechtsgeldige beëindiging van het huurcontract op 25 februari 2004 c.q. de opzegging van het huurcontract door de curator per 10 maart 2004.

Onder punt 48. schrijft V.N.I.: (letterlijk citaat):

“V.N.I. heeft getracht het gehuurde ontruimd te krijgen zodat het gehuurde opnieuw zal kunnen worden verhuurd aan een solvabele partij. V.N.I. heeft, om te voorkomen dat de huurachterstand van Xenon Computers V.o.f. verder zou oplopen, ontruiming gevorderd”

(onderstreeping en vet door adv.)

En onder punt 51. schrijft V.N.I.:

“V.N.I. tracht de schade te beperken door actief werven van een nieuwe huurder om het pand zo snel mogelijk opnieuw verhuurd te krijgen”

Ook hieruit blijkt volgens Hof jr. onomstotelijk, zoals overigens reeds uitdrukkelijk aangetoond, dat V.N.I. op 23 maart 2004 ook zelf vindt, dat het huurcontract met Xenon is beëindigd. Immers een pand kan niet verhuurd worden zo lang er nog een huurcontract op zit !!

De stelling van het Hof dat Hof jr. wel de gewijzigde eis inhoudelijk heeft bestreden, maar geen bezwaar heeft gemaakt tegen de wijziging van de eis op zichzelf is gezien al het bovenstaande niet alleen feitelijk onjuist, maar geeft blijk van een grote vooringenomenheid.

Het gaat werkelijk alle perken te buiten dat het Hof het boven geciteerde en duidelijke verweer van Hof jr., zo dit toch niet helemaal volgens de regels zou zijn gebeurd (hetgeen Hof jr. uitdrukkelijk bestrijdt) niet ambtshalve en in redelijkheid en billijkheid honoreert als bezwaar tegen de eiswijziging op zichzelf en wel een door V.N.I. geponeerde juridisch en feitelijk onmogelijke mededeling c.q. vaststelling honoreert als een correct gedane wijziging van eis.

Er is hier overtuigend sprake van een door het Hof zelf geschapen grote rechtsongelijkheid ten gunste van wederom V.N.I.

Nu het Hof heeft gemeend Hof jr. op een werkelijk onacceptabele manier te moeten onderuit halen betreffende zijn bezwaar tegen de eiswijziging van V.N.I. zal het Hof ook moeten erkennen, dat het de foutieve stelling met gevolgtrekking van V.N.I. in haar Memorie van Antwoord onder punt 43. en haar onmogelijke eisen onder MET CONCLUSIE nooit had kunnen honoreren als zijnde een correcte eiswijziging.