

arrest

GERECHTSHOF ARNHEM

Sector civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.071.583
(zaaknummer rechtbank 158791)

arrest van de derde kamer van 2 oktober 2012

in de zaak van

Bernardus Theodorus Hofs,
wonende te Holten, gemeente Rijssen-Holten,
appellant in het principaal hoger beroep,
geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep,
hierna: Hofs sr.,
advocaat: mr. M. van der Veen,

tegen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
VNI Enschede B.V.,
gevestigd te Geesteren, gemeente Tubbergen,
geïntimeerde in het principaal hoger beroep,
appellante in het incidenteel hoger beroep,
hierna: VNI,
advocaat: mr. J.P.J.M. Naus.

1. Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

1.1 Het hof verwijst naar zijn tussenarrest van 1 maart 2011 in het incident tot schorsing van de tenuitvoerlegging, waarbij de daartoe strekkende incidentele vordering van Hofs sr. is afgewezen.

1.2 Vervolgens heeft VNI bij memorie van antwoord in het principaal appel de grieven bestreden, enkele producties overgelegd en bewijs aangeboden. Bij dezelfde memorie heeft VNI incidenteel appel ingesteld tegen het tussenvonniss van 17 november 2009 en het eindvonnis van 13 april 2010 onder aanvoering van drie grieven. VNI heeft in het principaal appel geconcludeerd dat het hof Hofs sr. niet-ontvankelijk zal verklaren, althans zijn vorderingen zal afwijzen, met inachtneming van de bestreden vonnissen, en Hofs sr. zal veroordelen in de kosten van (bedoeld zal zijn:) het hoger beroep, en in het incidenteel appel dat het hof

1. zal vaststellen dat de huurovereenkomst tussen partijen per 14 maart 2007 is geëindigd;
2. Hofs sr. zal veroordelen om, tegen behoorlijk bewijs van kwijting, binnen zeven dagen na betekening van het in deze te wijzen arrest aan VNI te betalen de achterstallige

huur met betrekking tot het pand aan de Neptunusstraat 23-25 te Enschede vanaf april 2003 t/m 14 maart 2007, telkens te vermeerderen met wettelijke rente over de huurtermijnen vanaf de datum dat de huurpenningen opeisbaar zijn geworden, tot aan de dag der algehele voldoening, althans vanaf de dag der dagvaarding in eerste aanleg tot aan de dag der algehele voldoening;

3. Hofs sr. zal veroordelen om, tegen behoorlijk bewijs van kwijting, binnen zeven dagen na betekening van het in dezen te wijzen arrest aan VNI te betalen de contractueel overeengekomen boetes wegens te late betaling van de huurpenningen (conform artikel 14.2 van de Algemene Bepalingen), telkens vanaf de datum dat de huurpenningen opeisbaar zijn geworden tot aan de dag der algehele voldoening, althans vanaf de dag der dagvaarding in eerste aanleg tot aan de dag der algehele voldoening;
4. Hofs sr. zal veroordelen om, tegen behoorlijk bewijs van kwijting, binnen zeven dagen na betekening van het in deze te wijzen arrest aan VNI te betalen een bedrag van € 1.835,99 (inclusief BTW) aan buitengerechtelijke incassokosten, conform rapport voorwerk 2;
5. Hofs sr. zal veroordelen in de kosten van de onderhavige procedure, de kosten in eerste instantie en de beslagkosten daaronder uitdrukkelijk begrepen.

- 1.3 Hofs sr. heeft op de daartoe vastgestelde roldatum, na enkele uitstellen te hebben verkregen, geen memorie van antwoord in het incidenteel appel genomen, waarna aan VNI akte niet-dienen is verleend.
- 1.4 Vervolgens heeft VNI de stukken wederom overgelegd voor het wijzen van arrest en heeft het hof arrest bepaald op één dossier.

2. De vaststaande feiten

In hoger beroep staan, als enerzijds gesteld en anderzijds niet, althans onvoldoende (gemotiveerd) weersproken, dan wel op grond van de – in zoverre niet bestreden – inhoud van de overgelegde producties, de volgende feiten vast.

- 2.1 De vennootschap onder firma Xenon Computers v.o.f. had als vennoten de zoon van Hofs sr., verder te noemen: Hofs jr., en ene I.B. Süß. Deze vennootschap onder firma dreef een computerbedrijf.
- 2.2 Op enig moment in het jaar 2000 is Hofs sr. toegetreden als vennoot van Xenon Computers v.o.f.
- 2.3 Volgens een schriftelijke huurovereenkomst, ondertekend op 14 maart 2002 door Hofs jr. namens de huurder, tussen VNI als verhuurder en Xenon Computers v.o.f. als huurder heeft laatstgenoemde van VNI met ingang van 15 maart 2002 ca. 530 m² bedrijfsruimte en ca. 220m² kantoorruimte aan de Neptunusstraat 23-25 te Enschede gehuurd voor een huurprijs van € 86.381,60 per jaar voor de duur van vijf jaren, met een opzegtermijn van 12 maanden en met verlengingsmogelijkheden telkens voor vijf jaar.
- 2.4 Op enig moment is de onder 2.1 genoemde Süß als vennoot van Xenon Computers v.o.f. uitgetreden.
- 2.5 In september 2002 heeft Hofs jr. samen met M.C. Mensink (verder: Mensink) de

besloten vennootschap Xenon Webstore B.V. opgericht, althans zijn Hofs jr. en Mensink tezamen met Hofs sr. de (indirecte) aandeelhouders geworden van een besloten vennootschap met die naam. Hofs jr. en Mensink werden op dat moment tevens de (indirecte) bestuurders van Xenon Webstore B.V.

2.6 Bij twee akten, beide met als opschrift "akte van bedrijfsoverdracht", beide gedateerd 3 september 2002, verklaren Hofs jr. respectievelijk Hofs sr. hun respectieve vennootschapsaandelen in Xenon Computers v.o.f. te hebben verkocht en per 31 december 2000 te hebben geleverd aan de besloten vennootschappen Argon B.V. (Argon) respectievelijk Egelantier B.V. (Egelantier). In twee akten van eveneens 3 september 2002 verklaren Argon en Egelantier die vennootschapsaandelen te hebben verkocht en per 31 december 2000 te hebben geleverd aan Xenon Webstore B.V.

2.7 De onderneming van Xenon Computers v.o.f. is voortgezet door Xenon Webstore B.V.

2.8 Bij brief van 15 oktober 2002 hebben Hofs jr. en Mensink aan onder anderen VNI geschreven:

"Geachte relatie,

Sinds enige tijd is Xenon Webstore klant bij uw onderneming.

De afgelopen tijd is er bij Xenon veel veranderd. De omzet is in 2001 verviervoudigd tot € 2,7 mln. In 2002 verwachten wij een groei tot € 4,5 mln. Om deze groei aan te kunnen is Xenon per 1 juni 2002 verhuisd naar een nieuwe locatie van 800m² in Enschede. Per 1 juli 2002 is de bedrijfsvorm omgezet in een BV. Onze nieuwe naam is Xenon Webstore BV. Er zijn twee volledig bevoegde directieleden, de heren Mark Mensink en Raymond Hofs (Hofs jr., hof).

De actuele bedrijfsgegevens zijn:

naam:	Xenon Webstore BV
adres:	Neptunusstraat 23-25
(...)	
ING Bank:	65.52.73.417
Postbank:	8408302
KvK-nr.:	06069032
BTW-nr.:	NL 8016.14.247.B01
(...)	

Ik wil u verzoeken om eventuele automatische incasso's vanaf nu te laten lopen via ons nieuwe rekeningnummer bij de ING Bank en kredietlimieten opnieuw aan te vragen op naam van de BV.

(...)"

2.9 Vanaf de datum van inbreng van Xenon Computers v.o.f. in Xenon Webstore B.V. heeft laatstgenoemde de huurpenningen aan VNI overgemaakt vanaf het onder 2.8 genoemde bankrekeningnummer bij ING Bank en heeft laatstgenoemde het gehuurde feitelijk in gebruik gehad.

2.10 Op 28 oktober 2002 heeft een gesprek tussen VNI als verhuurder en Hofs jr. en Mensink namens de huurder plaatsgevonden. Bij brief van 4 november 2002, gericht aan Xenon Webstore B.V., ter attentie van Hofs jr. en Mensink, heeft VNI onder meer

geschreven:

“Mijne heren,

Hierbij bevestigen wij u het constructieve gesprek van maandag 28 oktober jl., inzake afhandeling van uw opmerkingen met betrekking tot het pand Neptunusweg 23-25 te Enschede, hetgeen u huurt van VNI Enschede BV (VNI).

Bij deze bespreking waren aanwezig: van Xenon de heren R. Hofs, M. Mensink en Kant (advocaat Kienhuis & Hoving) en van VNI de heren H. Silderhuis, P. Silderhuis en R. Duijn (makelaar Snelder & Zijlstra).

Over en weer hebben we enkele lopende klachten besproken. Beide partijen geven aan deze te willen afhandelen. Hierover zijn de volgende afspraken gemaakt, te weten:

(...)

Wij vertrouwen erop dat de gemaakte afspraken op de juiste wijze zijn weergegeven. Wij verzoeken u, indien u kunt instemmen met bovengenoemde, één exemplaar voor akkoord getekend te retourneren.

Met vriendelijke groet,
VNI Enschede BV

voor accoord, d.d.

(handtekening)
P. Silderhuis

(niet ondertekend)
Xenon Webstore B.V.”

2.11 Bij brief van 14 maart 2003, gericht aan “de directie van Xenon Webstore BV”, schrijft (H.J.B. Silderhuis namens) VNI:

“Geachte heren Mensink en Hofs,

Hedenmorgen hebben wij van onze bank bericht ontvangen dat de huur termijn van Maart alsmede de 3^e termijn van het meerwerk niet via de ING Bank konden worden geïncasseerd.

Begin maart hebben wij de 1^e incasso's laten lopen via de ABN-AMRO, deze bankrekening heeft u ons aanbevolen, doch zonder resultaat.

(...)”

2.12 Bij brief van 21 mei 2003 heeft Xenon Webstore B.V. aan VNI medegedeeld dat zij de huurbetaling zou opschorten omdat volgens Xenon Webstore B.V. de airconditioning niet naar behoren functioneerde. Deze brief is namens Xenon Webstore B.V. ondertekend door Hofs jr. met onder diens naam de vermelding “alg. directeur” en Mensink met eveneens onder diens naam de vermelding “alg. directeur”. De brief is gesteld op briefpapier van Xenon Webstore B.V., met als adres: Neptunusstraat 23-25 te Enschede en met vermelding van de onder 2.8 genoemde bankrekening-, KvK en BTW-nummers.

2.13 Bij faxbrief van 3 juni 2003, gericht aan Xenon Webstore B.V. ter attentie van de heren R. Hofs en /of M. Mensink, heeft VNI onder meer geschreven:

“Geachte heer Hofs en/of Mensink;

Wij willen u ten aanzien van het pand Neptunusstraat 23-25 te Enschede informeren over de volgende zaken, te weten:

(...)

In het gesprek van 28 oktober 2002 hebben wij afgesproken dat beide partijen een offerte gingen opvragen en dat wij dit in januari 2003 zouden afhandelen (...)

Eveneens hebben we in de bespreking van 28 oktober 2002 afgesproken dat indien u klachten heeft ten aanzien van het functioneren van het pand Neptunusstraat 23-25 dit direct schriftelijk meldt aan ondergetekende (...)

(...)

Met vriendelijke groet,
VNI Enschede B.V.
Paul Silderhuis"

2.14 Bij faxbrief van 7 augustus 2003, gericht aan Xenon Webstore B.V. ter attentie van de heer M. Mensink, heeft VNI onder meer geschreven:

"Geachte heer Mensink;

Hedenmiddag hebben wij elkaar gesproken bij uw pand Neptunusstraat 23-25 te Enschede.

U verzocht mij, om in uw pand te komen en te oordelen over het binnenklimaat.

We hebben de bewuste kwestie over en weer besproken.

Uiteindelijk hebben we geconcludeerd dat het toch verstandig is om de airconditioning door adviesbureau Kamperman te laten inspecteren.

(...)

Hopende u hierbij op de juiste wijze geïnformeerd te hebben,

Met vriendelijke groet,

VNI Enschede B.V.
Paul Silderhuis"

2.15 Bij overeenkomst van 22 september 2003 heeft Xenon Webstore B.V. haar bedrijfsactiviteiten en activa verkocht aan de besloten vennootschap Xenon B.V., die de onderneming van Xenon Webstore B.V. vanaf die datum heeft voortgezet.

2.16 Xenon Webstore B.V. is op 4 december 2003 in staat van faillissement verklaard.

2.17 Bij vonnis in kort geding van de rechtbank Almelo van 30 januari 2004 zijn Hofs jr. en Hofs sr. hoofdelijk veroordeeld onder meer tot betaling aan VNI van een bedrag van € 55.000,- ten titel van voorschot op aan VNI toekomende huurpenningen en tot betaling van de nog openvallende huurtermijnen vanaf 1 januari 2004 tot en met de dag dat de huurovereenkomst en Xenon Computers v.o.f rechtsgeëdig zal zijn beëindigd. Tevens is Xenon B.V. bij dit vonnis veroordeeld tot ontruiming van het onder 2.3 genoemde huurobject. Dit vonnis is bekrachtigd bij arrest in kort geding van dit hof van 6 juli 2004.

2.18 Bij vonnis van 1 maart 2005 is op Hofs sr. de schuldsaneringsregeling op grond van de

Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen van toepassing verklaard.

3. De beoordeling in hoger beroep

3.1 VNI heeft onder meer Hofs jr. (als vennoot van Xenon Computers v.o.f.) en Hofs sr. (als vennoot van Xenon Computers v.o.f.) gedagvaard en onder meer betaling van de achterstallige en toekomstige huurpenningen gevorderd alsmede ontruiming van het gehuurde. Na de conclusie van antwoord is het geding tussen VNI en Hofs sr. geschorst wegens de jegens Hofs sr. uitgesproken schuldsanering. De procedure tegen Hofs jr. is voortgezet. Nadat de schuldsanering van Hofs sr. was beëindigd, heeft VNI het geding jegens Hofs sr. hervat. De procedures tegen Hofs sr. en Hofs jr. zijn vervolgens gescheiden gevoerd, waarbij die tegen Hofs jr. vóórleef en als eerste in een vonnis in eerste aanleg en vervolgens arresten in hoger beroep uitmondde. Bij het eindarrest van dit hof van 19 april 2011 in het geding tussen VNI en Hofs jr. heeft het hof vastgesteld dat de huurovereenkomst tussen VNI en Xenon Computers v.o.f. op 14 maart 2007 is geëindigd en Hofs jr. veroordeeld tot betaling aan VNI van een bedrag van € 531.710,41, vermeerderd met rente en kosten.

3.2 Hofs jr. en Hofs sr. hebben zich tegen de vorderingen van VNI primair verweerd met de stelling dat niet Xenon Computers v.o.f., maar de besloten vennootschap Xenon Webstore B.V. de huurder is. Primair voeren Hofs jr. en Hofs sr. aan dat Hofs jr. reeds bij de ondertekening van de huurovereenkomst handelde namens de nog op te richten besloten vennootschap Xenon Webstore B.V. en dat de huurovereenkomst alleen op naam van Xenon Computers v.o.f. was gesteld omdat die besloten vennootschap nog niet was opgericht dan wel nog niet beschikbaar was, en Xenon Webstore i.o. dan wel de v.o.f. Xenon Webstore (nog) niet was ingeschreven bij de Kamer van Koophandel en dus nog geen nummer van de Kamer van Koophandel had, welk nummer op het huurcontract diende te worden vermeld. Om deze reden is er volgens Hofs jr. en Hofs sr. voor gekozen om Xenon Computers v.o.f. als huurder op het huurcontract te vermelden. Subsidiair stellen Hofs jr. en Hofs sr. zich op het standpunt dat na het aangaan van de huurovereenkomst tussen Xenon Computers v.o.f. en VNI een contractoverneming heeft plaatsgevonden door Xenon Webstore B.V., waarmee VNI hetzij reeds vooraf had ingestemd, hetzij achteraf stilzwijgend heeft ingestemd.

3.3 De kantonrechter heeft in het onderhavige geding tussen VNI en Hofs sr. dit primaire verweer zowel in zijn primaire als in zijn subsidiaire vorm verworpen in het bestreden tussenvonnis van 19 mei 2009. De kantonrechter heeft overwogen (onder 4.1) dat niet is komen vast te staan dat reeds bij de aanvang van de huurovereenkomst – in weerwil van de schriftelijke huurovereenkomst – tussen Xenon Computers v.o.f. (dan wel Hofs jr.) en VNI is overeengekomen dat Xenon Webstore B.V. met terugwerkende kracht als huurder zou worden aangemerkt zodra deze vennootschap zou zijn opgericht.

3.4 De kantonrechter heeft de vraag of de huurovereenkomst gedurende de loop daarvan door contractoverneming als bedoeld in artikel 6:159 BW op Xenon Webstore B.V. is overgegaan, ontkennend beantwoord op grond van haar oordeel dat de daartoe vereiste akte niet is opgemaakt. De kantonrechter heeft daarbij overwogen (onder 4.2) dat uit de door Hofs sr. overgelegde akten (zie hiervoor onder 2.6) niet anders blijkt dan dat Hofs sr. en Hofs jr. hun vennootschapsaandeel in Xenon Computers v.o.f. in een besloten vennootschap hebben ingebracht, dat de overige aktes betrekking hebben op het inbrengen van het vennootschapsaandeel in Xenon Computers v.o.f. door Egelantier B.V. en Argon B.V. in Xenon Webstore B.V., dat de kantonrechter geen akte heeft aangetroffen die tot onderwerp

heeft om de rechten en verplichtingen uit de huurovereenkomst van Xenon Computers v.o.f. over te dragen aan Xenon Webstore B.V. en dat de in het geding gebrachte akten niet voldoen aan de daaraan in het kader van genoemde contractsoverneming te stellen eisen. Dit betekent, aldus de kantonrechter, dat Xenon Computers v.o.f. en daarmee haar vennoten Hofs jr. en Hofs sr. gehouden zijn de verplichtingen voortvloeiend uit de huurovereenkomst te voldoen.

3.5 Het hof ziet aanleiding grief 10 van Hofs sr. in het principaal hoger beroep, die is gericht tegen het onder 3.4 weergegeven oordeel, als eerste te behandelen. Met (de toelichting op) deze grief betoogt Hofs sr. dat de kantonrechter een foutieve uitleg aan artikel 6:159 BW heeft gegeven door te stellen dat dit artikel een akte eist die tot onderwerp heeft de rechten en verplichtingen uit de huurovereenkomst van Xenon Computers v.o.f. over te dragen aan Xenon Webstore B.V. Tevens verwijt Hofs sr. de kantonrechter met (de toelichting op) deze grief ten onrechte te hebben aangenomen dat er op grond van dat wetsartikel een akte dient te zijn waarin de overdracht van de huurovereenkomst wordt geregeld en dat niet voldoende is een akte waarin de overdracht van het bedrijf als zodanig wordt geregeld.

3.6 Aan de door artikel 6:159 BW voor contractsoverneming geëiste akte kan niet steeds de eis worden gesteld dat daarin de over te dragen overeenkomst specifiek en met zoveel woorden wordt aangeduid. Of die eis in een gegeven geval kan worden gesteld, hangt af van de omstandigheden van dat geval. Voor contractsoverneming is - naast de medewerking van de wederpartij bij de over te dragen overeenkomst - vereist, maar ook voldoende dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke overeenkomst(en) het gaat. Door uitleg van de akte aan de hand van het Haviltex-criterium moet worden vastgesteld of daarbij een overeenkomst, en zo ja welke, wordt overgedragen.

3.7 Hofs sr. heeft vier akten overgelegd (productie 22 bij conclusie van dupliek, zie ook hiervóór onder 2.6), op welke akten hij zich niet alleen heeft beroepen in het kader van zijn primaire standpunt dat hij bij de ondertekening van de huurovereenkomst handelde namens de nog op te richten besloten vennootschap Xenon Webstore B.V. en niet namens Xenon Computers v.o.f., maar ook ter ondersteuning van zijn subsidiaire beroep op contractsoverneming door Xenon Webstore B.V. (conclusie van dupliek onder 13 en 14; akte Hofs sr. van 18 augustus 2009 onder 21, onder 25, sub 2, onder 26, sub b, c, g, h, i, j, en onder 28; produktie 32 ten behoeve van de comparitie van partijen van 1 april 2010, p. 1 onder A, p. 2 onder C en D, p. 3 onder F en H). Die akten, die alle het opschrift "akte van bedrijfsoverdracht" hebben, zijn er klaarblijkelijk op gericht het door Xenon Computers v.o.f. uitgeoefende bedrijf met de daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen (via de persoonlijke holding-vennootschappen van Hofs jr. en Hofs sr., Argon respectievelijk Egelantier) te doen overgaan op Xenon Webstore B.V., hetgeen VNI ook niet heeft betwist. Onder die aan het bedrijf van Xenon Computers v.o.f. verbonden rechten en verplichtingen vielen ook de rechten en verplichtingen uit de huurovereenkomst met VNI met betrekking tot het bedrijfspand waarin de onderneming werd uitgeoefend. Het hof betreft bij die uitleg van de akten tevens de (telkens gelijklopende) bepaling van artikel 2 lid 4 in de akten: "Indien voor de rechtsgeldige levering van een goed c.q. zaak een schriftelijke overeenkomst is vereist, merken Partijen de onderhavige overeenkomst als zodanig aan." Dat de vennootschap onder firma Xenon Computers v.o.f. zelf als zodanig geen partij is bij de akten staat daaraan niet in de weg, nu haar vennoten Hofs jr. en Hofs sr. als overdragende partijen bij de akten optreden.

3.8 Dat in de akten, die alle vier zijn gedateerd 3 september 2002, wordt bepaald dat de verkoop en levering van het verkochte heeft plaatsgevonden op 31 december 2000 doet evenmin af aan de conclusie dat deze akten tezamen kunnen gelden als de door artikel 6:159 BW voorgeschreven akte. Nadat Hofs jr. en Hofs sr. op 1 juli 2002 via hun persoonlijke holdingvennootschappen Argon en Egelantier de aandelen in Xenon Webstore B.V. hadden verworven (zie de conclusie van dupliek p. 5 bovenaan) en Hofs jr. op die datum via een statutenwijziging (indirect, via Argon) bestuurder was geworden van Xenon Webstore B.V. (samen met Mensink) en na het opmaken van de hiervoor bedoelde akten op 3 september 2002, alsmede nadat VNI haar op grond van artikel 6:159 BW vereiste medewerking aan de contractsovername had verleend (waarover hierna), konden de rechten en verplichtingen van Xenon Computers v.o.f., waaronder die uit de huurovereenkomst met VNI, ingevolge de vier genoemde akten van bedrijfsverdracht overgaan op Xenon Webstore B.V.

3.9 Verder kan aan het vereiste van een akte zoals neergelegd in artikel 6:159 BW, onder omstandigheden en in aanmerking genomen het Haviltex-criterium, ook worden voldaan door een samenstel van meer akten, zoals in het onderhavige geval waarin een huurovereenkomst is aangegaan op naam van een vennootschap onder firma met twee vennoten, waarna elk van beide vennoten bij een afzonderlijke akte zijn contractuele positie bij de huurovereenkomst overdraagt aan een derde. Evenmin staat in dit geval aan het voldaan zijn aan het vereiste van een akte in de weg dat de overdracht van de vennootschapsaandelen van de vennoten heeft plaatsgevonden aan twee besloten vennootschappen (Argon en Egelantier) in elk waarvan een van de beide vennoten enig aandeelhouder en enig bestuurder is, waarna die twee vennootschappen de aan elk van hen overgedragen vennootschapsaandelen op hun beurt hebben overgedragen aan een derde besloten vennootschap (Xenon Webstore B.V.), die daarmee uiteindelijk de overnemende partij is. In elk geval geldt dit wanneer, zoals hier, alle vier de akten op dezelfde datum zijn ondertekend door de daarbij betrokken partijen.

3.10 Uit het onder 3.6 tot en met 3.9 overwogene volgt dat grief 10 slaagt. Het hof zal nu beoordelen of is voldaan aan het andere vereiste dat artikel 6:159 BW aan een contractsovername stelt, te weten medewerking van de wederpartij.

3.11 Het hof stelt daarbij voorop dat de door artikel 6:159 BW geëiste medewerking vormvrij is en onder omstandigheden ook in een of meer gedragingen, waaronder een stilzwijgen, van de wederpartij besloten kan liggen. De vraag of de wederpartij haar medewerking aan een contractsovername heeft gegeven, dient te worden beantwoord aan de hand van de artikelen 3:33 en 3:35 BW. Het hof neemt verder tot uitgangspunt dat niet is vereist dat de wederpartij kennis draagt van de inhoud van de akte(n) waarin de contractsovername is neergelegd.

3.12 VNI heeft niet betwist dat zij ervan op de hoogte was dat Xenon Computers v.o.f. haar activiteiten zou inbrengen in Xenon Webstore B.V. Van belang is hierbij hetgeen P.B.M. Silderhuis, H.J.B. Silderhuis en Duijn als getuigen hebben verklaard in de procedure tussen VNI en Hofs jr., van welke getuigenverklaringen VNI het proces-verbaal d.d. 15 december 2006 heeft overgelegd als productie 18 bij conclusie van repliek tevens wijziging van eis. Uit deze verklaringen, alsmede uit de schriftelijke verklaring van Duijn (productie 18 bij de conclusie van dupliek van Hofs jr. welke conclusie met producties is overgelegd als productie 19 bij conclusie van dupliek van Hofs sr.) valt af te leiden dat VNI bij het aangaan

van de huurovereenkomst op de hoogte was van de wens van Hofs jr. en Mensink om de door hen op te richten dan wel te verwerven besloten vennootschap Xenon Webstore B.V. als huurder te laten optreden, dat VNI dat toen heeft geweigerd, maar daarbij te kennen heeft gegeven dat dat op termijn niet was uitgesloten, mits die besloten vennootschap die status zou hebben verdiend, in die zin dat zij voldoende solvabel zou zijn gebleken om de huurpenningen structureel te kunnen voldoen. Het hof wijst ook op de overeenkomstige stelling van VNI bij memorie van grieven onder 4 in het geding tegen Hofs jr., overgelegd als productie 20 bij conclusie van repliek tevens wijziging van eis.

3.13 Tegen die achtergrond moest VNI (in elk geval) uit de brief 15 oktober 2002 (zie onder 2.8) en uit het feit dat die brief (ook) aan haar als verhuurster werd gezonden, begrijpen dat de door Hofs jr. en Mensink beoogde besloten vennootschap Xenon Webstore B.V. was opgericht althans verworven en dat Hofs jr. en Mensink (in elk geval) vanaf dat moment die besloten vennootschap als huurster van het bedrijfspand wilden laten gelden. Uit het uitblijven van protest van VNI en het sindsdien integendeel door VNI sturen van brieven aan "Xenon Webstore B.V." over zaken betreffende de huurrelatie mochten Hofs jr. en Mensink redelijkerwijs afleiden dat VNI instemde met de contractsoverneming en dus met Xenon Webstore B.V. als huurster. Het hof wijst in dit verband op de (fax)brieven van VNI van 4 november 2002 (productie 20 bij conclusie van dupliek van Hofs jr.), 14 maart 2003 (productie 5 bij de conclusie van antwoord, zie ook hiervóór onder 2.11), 26 mei 2003 (bijlage 5 bij de als productie 44 bij de akte van Hofs jr. d.d. 3 oktober 2006 [welke akte is overgelegd als productie 20 bij conclusie van dupliek] overgelegde schriftelijke verklaring van Hofs sr.), 3 juni 2003 (productie 25 bij de conclusie van dupliek van Hofs jr.) en 7 augustus 2003 (idem). Met name weegt zwaar dat VNI in haar brief van 4 november 2002 (ook en uitvoeriger geciteerd onder 2.10) aan Xenon Webstore B.V. schrijft: "Hierbij bevestigen wij (...) hetgeen u huurt van VNI (...)" en dat VNI in die brief als volgt vraagt om akkoordverklaring van de afspraken: "voor accoord, d.d. (...) Xenon Webstore B.V.".

3.14 Het hof is derhalve van oordeel dat Hofs jr. en Mensink (eerstgenoemde zowel namens Xenon Webstore B.V. als namens Xenon Computers v.o.f., laatstgenoemde namens Xenon Webstore B.V.) er gerechtvaardigd op hebben vertrouwd en redelijkerwijs ook op mochten vertrouwen dat VNI stilzwijgend haar medewerking had verleend aan de contractsoverneming. Ook de navolgende omstandigheden, in onderling verband en in verband met het onder 3.12 en 3.13 overwogene bezien, spelen hierbij een rol.

3.15 Vanaf de datum van inbreng van Xenon Computers v.o.f. in Xenon Webstore B.V. zijn de huurpenningen aan VNI betaald dan wel door VNI geïncasseerd vanaf het aan VNI bij de brief van 15 oktober 2002 kenbaar gemaakte bankrekeningnummer (zie onder 2.8) bij ING Bank van Xenon Webstore B.V. en gebruikte Xenon Webstore B.V. het gehuurde voor de door haar daarin gedreven onderneming.

3.16 In de brief van Hofs jr. en Mensink aan Silderhuis van 14 oktober 2002 (productie 6 bij conclusie van antwoord) wordt gerefereerd aan een bespreking op 28 augustus 2002 ten kantore van "Xenon Webstore B.V." waarin "wij" een lijst van problemen en klachten aan u hebben overhandigd.

3.17 De brief van 21 mei 2003 waarin wordt medegedeeld dat wordt overgegaan tot opschorting van de huurbetaling, is geschreven op briefpapier van Xenon Webstore B.V. en onder de brief staan de namen van Hofs jr. en Mensink vermeld, beide met de toevoeging: "alg. directeur" (productie 9 bij de inleidende dagvaarding, zie ook hiervoor onder 2.12).

3.18 Naar Hofs sr. heeft gesteld en VNI niet heeft betwist, vond alle communicatie aan de zijde van de huurder, zowel mondeling als schriftelijk, plaats met Hofs jr. en/of Mensink, de (indirecte statutaire) bestuurders van Xenon Webstore B.V., en – met uitzondering van de hierna nog te noemen bespreking op 28 oktober 2002 – nooit met Hofs sr. Uit de overgelegde producties blijkt dat VNI zich in haar correspondentie steevast richtte tot Hofs jr. en/of Mensink en nooit tot Hofs sr. Het hof wijst, naast de reeds genoemde brieven, op de brieven van VNI van 25 april 2002 (productie 25 bij de conclusie van dupliek van Hofs jr.), 30 augustus 2002 (idem), 29 april 2003 (productie 5 bij de conclusie van antwoord), 23 mei 2003 (productie 13 bij de memorie van antwoord van Hofs jr. die is overgelegd als productie 21 bij de conclusie van dupliek) en 12 juni 2003 (productie 21 bij de conclusie van dupliek van Hofs jr.). Namens de huurder werd VNI benaderd benaderd door Hofs jr. en Mensink; zie bijvoorbeeld de brief van 14 oktober 2002 (productie 32 bij conclusie van dupliek van Hofs jr.).

3.19 Zowel Hofs jr. als Hofs sr. hebben als getuige in de procedure tussen VNI en Hof jr. verklaard (proces-verbaal van 13 november 2006, productie 17 bij conclusie van repliek tevens wijziging van eis) dat tijdens de bespreking op 28 oktober 2002 (zie onder 2.10) door geen van de aanwezigen is gezegd dat Xenon Computers v.o.f. de huurder was en evenmin een gestelde betrokkenheid van Hofs sr. als medevenoot bij die vennootschap onder firma ter sprake is geweest. De brief van VNI van 4 november 2002 waarin het besprokene wordt bevestigd (zie onder 2.10) is, zoals hiervoor reeds aangegeven, gericht aan "Xenon Webstore B.V. T.a.v. dhr. Hofs en/of Mensink".

3.20 Het hof neemt bij zijn oordeel mede in aanmerking dat VNI een bedrijfsmatige verhuurder van (bedrijfs-) onroerende zaken was en is, die geacht mag worden het verschil te kennen tussen een vennootschap onder firma en een besloten vennootschap en de verstrekkende gevolgen van dat verschil voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de vennoten, en die voorts mag worden geacht de strekking van een mededeling als door Hofs jr. en Mensink gedaan bij brief van 15 oktober 2002 (zie hiervoor onder 2.8) te onderkennen. Het hof betreft hier nog bij dat uit het proces-verbaal van getuigenverhoor van 15 december 2006 blijkt dat H.J.B. Silderhuis, bestuurder en aandeelhouder van VNI, die in persoon bij mondelinge en schriftelijke contacten met Hofs jr. en Mensink betrokken was, volgens zijn verklaring fiscalist is en derhalve geen leek op juridisch gebied. Verder is hierbij van belang dat VNI in haar contacten met Hofs jr. en Mensink werd bijgestaan door de makelaar Duijn. VNI heeft overigens zelf aangevoerd dat het verschil tussen beide rechtsvormen haar bekend was, hetgeen volgens VNI de reden was waarom zij niet bij het aangaan van de huur op voorhand wenste in te stemmen met indeplaatsstelling (memorie van grieven in het geding tegen Hofs jr. onder 38, productie 20 bij conclusie van repliek tevens wijziging van eis).

3.21 Tegenover het onder 3.12 tot en met 3.20 overwogene biedt het gegeven dat VNI bij faxbrief van 19 november 2003 alsnog Xenon Computers v.o.f. heeft aangeschreven, onvoldoende tegenwicht. Verdere brieven in de periode 15 oktober 2002 tot november 2003 die gericht zijn aan de vennootschap onder firma Xenon Computers v.o.f. heeft het hof niet aangetroffen. Ook het feit dat van de kant van Hofs sr. en Hofs jr. niet is aangedrongen op wijziging van de afgegeven bankgarantie leidt niet tot een ander oordeel. Zeker nu Hofs sr. mede-aandeelhouder was van Xenon Webstore B.V. en gelet op de familieverhouding tot Hofs jr. wees de handhaving van de bankgarantie niet op voortdurende gebondenheid van Xenon Computers v.o.f.

3.22 Verder kan in het licht van het vorenoverwogene niet worden gezegd dat Xenon Computers v.o.f. en haar rechtsopvolgster Xenon Webstore B.V. verwarring hebben gezaaid of VNI hebben misleid ten aanzien van de identiteit van de huurder, in elk geval niet na 15 oktober 2002. Uiterlijk vanaf de brief van 15 oktober 2002 moest voor VNI, gecombineerd met haar wetenschap van de wens van Hofs jr. en Mensink om het bedrijf in te brengen in een besloten vennootschap die tevens de huurder van het pand zou worden, voldoende duidelijk zijn dat Hofs jr. en Mensink ervan uitgingen dat de besloten vennootschap Xenon Webstore B.V. de huurder was. Een eventueel bij VNI bestaande verwarring, dan wel onoplettendheid bij de adressering van haar brieven aan de huurder, komt in de gegeven omstandigheden voor risico van VNI. Het hof betreft bij dit oordeel nog dat Xenon Computers v.o.f., indien zij had geweten dat VNI geen medewerking verleende aan de overname van het huurcontract door Xenon Webstore B.V., naar Hofs sr. heeft gesteld (conclusie van antwoord onder 16), op dat moment maatregelen had kunnen treffen om die contractovername te bewerkstelligen.

3.23 Nu het hof, anders dan de kantonrechter in de bestreden vonnissen, tot het oordeel komt dat een geldige contractovername tot stand is gekomen als gevolg waarvan Xenon Webstore B.V. in elk geval vanaf 15 oktober 2002 (de datum van de onder 2.8 en 3.13 bedoelde brief), althans de brief 4 november 2002 (de datum van de onder 2.10 en 3.13 bedoelde brief van VNI met daarin de bevestiging van het besprokene op 28 oktober 2002) als huurder moet worden aangemerkt en Xenon Computers v.o.f. niet langer huurder was, zijn de vorderingen die VNI in dit geding tegen Hofs sr. als (voormalig) vennoot van Xenon Computers v.o.f. heeft ingesteld, niet toewijsbaar. De grieven in het incidenteel hoger beroep stuiten hierop af. Bij bespreking van de overige grieven in het principaal hoger beroep heeft Hofs sr. geen belang. De bestreden vonnissen moeten worden vernietigd en de vorderingen van VNI zullen alsnog worden afgewezen.

4. Slotsom

Grief 10 in het principaal beroep slaagt, zodat de bestreden vonnissen moeten worden vernietigd. De grieven in het incidenteel beroep falen.

Als de in het ongelijk te stellen partij zal het hof VNI veroordelen in de kosten van beide instanties.

De kosten voor de procedure in eerste aanleg aan de zijde van Hofs sr. worden begroot op € 9.030,00 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief (3,5 punten x tarief VII à € 2.580,00 per punt).

De kosten voor de procedure in het principaal beroep aan de zijde van Hofs sr. worden begroot op € 350,93 aan verschotten (€ 87,93 voor dagvaarding en € 263,00 voor griffierecht) en op € 3.895,00 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief (1 punt x tarief VII à € 3.895,00 per punt). De kosten voor de procedure in het incidenteel beroep aan de zijde van Hof sr. worden begroot op nihil.

5. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

In het principaal beroep:

vernietigt de vonnissen van de kantonrechter (rechtbank Almelo, sector kanton, locatie Enschede) van 19 mei 2009, 17 november 2009 en 13 april 2010 en doet opnieuw recht;

wijst de vorderingen van VNI alsnog af;

veroordeelt VNI in de kosten van de eerste aanleg, tot aan de bestreden uitspraak aan de zijde van Hofs sr. wat betreft de eerste aanleg vastgesteld op € 9.030,00 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

veroordeelt VNI in de kosten van het principaal beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Hofs sr. vastgesteld op € 4.245,93 waarvan te voldoen aan de griffier van het gerechtshof (bankrekeningnummer 56.99.90.548 ten name van MvJ arrondissement Arnhem, postbus 9030, 6800 EM Arnhem, onder vermelding van het zaaknummer en de namen van partijen) het bedrag van € 4.180,18 te weten:

- € 197,25 wegens in debet gesteld griffierecht,
- € 87,93 wegens exploiten,
- € 3.895,00 wegens salaris overeenkomstig het liquidatietarief,

en het restant ad € 65,75 aan de advocaat van Hofs sr. wegens diens eigen aandeel in het griffierecht;

wijst het meer of anders gevorderde af;

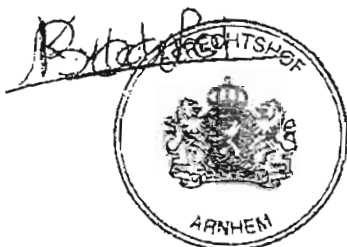
In het incidenteel beroep:

verwerpt het beroep;

veroordeelt VNI in de kosten van het incidenteel beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Hofs sr. vastgesteld op nihil;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. H.C. Frankena, W. Duitemeijer en H.M. Wattendorff en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 2 oktober 2012.



Uitgegeven voor eerste grosse
aan mr. ~~V. de G.~~
advocaat voor A.
De Griffier van het Gerechtshof
te Arnhem.