

Wij dienen 11 oktober te antwoorden
in een incidenteel appel. Groes
moeten



IN INCIDENTEEL APPEL

79. Al hetgeen hiervoor bij antwoord in principaal appel naar voren is gebracht dient als hier herhaald en ingelast te worden beschouwd.

80. VNI kan zich in grote lijnen vinden in de vonnissen van de kantonrechter, maar wenst - zoals hiervoor al aangekondigd - op enkele punten incidenteel te appeleren.

Grief 1

81. In r.o. 2.3 van het tussenvonnis d.d. 17 november 2009 heeft de kantonrechter ten onrechte geoordeeld als volgt:

"(...) Beide vennoten zijn even zo goed ook zelfstandig bevoegd de huurovereenkomst op te zeggen, immers zij mochten Xenon Computers vof zelfstandig vertegenwoordigen, beperkingen ter zake zijn gesteld noch gebleken. Nadat Hofs sr in de WSNP terecht is gekomen, kon de bewindvoerder, mr. Daniëls, die bevoegdheid uitoefenen. Dat heeft de bewindvoerder gedaan bij brief van 16 juni 2005. Op grond van art. 305 Faillissementswet (Fw) bedraagt de opzegtermijn (de maximale in dit geval) drie maanden, dus eindigde de huurovereenkomst tussen VNI en Xenon Computers vof rechtsgeldig op 16 september 2005. Derhalve is Hofs sr in beginsel (mede) gehouden de huur tot 16 september 2005 te voldoen (...)"

en r.o. 2.4

"De vordering van VNI tot afgifte van een verklaring voor recht dat de huurovereenkomst per 14 maart 2007 is geëindigd dient derhalve te worden afgewezen. Nu is komen vast te staan dat de huurovereenkomst eerder, door opzegging door de bewindvoerder, rechtsgeldig is geëindigd."

82. Naar de mening van VNI beïnvloedt de brief van mr. Daniëls d.d. 16 juni 2005 (de afloop van) deze procedure niet. Ter toelichting verwijst VNI naar de alinea's 3 t/m 6 van haar akte d.d. 23 juni 2009, waarvan de inhoud als hier herhaald en ingelast dient te worden beschouwd. Die redenering leidt ertoe dat de huurovereenkomst, bij gebrek aan een tussentijdse beëindiging, van rechtswege is geëindigd op 14 maart 2007. In de procedure tegen Hofs jr. heeft uw hof dienovereenkomstig geoordeeld in het eindarrest d.d. 19 april 2011 (productie 19).

Grief 2

83. In r.o. 2.3 van het eindvonnis d.d. 13 april 2010 heeft de kantonrechter ten onrechte geoordeeld als volgt:

"(...) deze omstandigheden in onderlinge samenhang bezien, leiden tot het oordeel dat sprake is van een situatie waarbij de billijkheid klaarblijkelijk matiging vereist. De kantonrechter zal derhalve tot matiging overgaan en wel tot een bedrag van € 15.000."

84. Krachtens het bepaalde in 6:94 lid 1 BW kan de rechter op verlangen van de schuldenaar een boete matigen, indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist.

85. Zoals hiervoor reeds is opgemerkt, heeft Hofs sr. geen beroep op matiging gedaan en ook thans in appel is dat niet het geval (zie hiervoor alinea 70). Matiging is derhalve niet aan de orde.

86. Ook in het geval Hofs sr. alsnog een beroep zou doen op matiging, geldt dat zich geen situatie voordoet waarin de billijkheid dit klaarblijkelijk eist. De door de kantonrechter aangevoerde omstandigheden (eindvonnis r.o. 2.3) komen er alle op neer dat in casu met de boetes een aanzienlijk bedrag gemoeid is, maar deze omstandigheid is op zichzelf onvoldoende om een beroep op matiging te honoreren. Partijen zijn de onderhavige boeteclausule expliciet met elkaar overeengekomen en worden geacht de gevolgen daarvan te hebben overzien en geaccepteerd. Anders dan Hofs sr. lijkt te betogen doet de omstandigheid dat de clausule is opgenomen in de Algemene Bepalingen (en dus niet in de huurovereenkomst) niet ter zake. Toepassing van de boeteclausule leidt in het onderhavige geval niet tot een buitensporig c.q. onaanvaardbaar resultaat. Daarbij speelt mede een rol dat de proceshouding van Hofs sr. een belangrijke bijdrage heeft geleverd aan de looptijd van de onderhavige procedure. Tegen die achtergrond is onjuist c.q. onbegrijpelijk dat de kantonrechter oordeelde dat de boete gezien deze langdurige procedure zijn doel voorbij schiet.

87. Daarnaast merkt VNI op dat uw hof in de procedure tegen Hofs jr. evenmin aanleiding heeft gezien om de boete te matigen. Verwezen wordt naar r.o. 2.22 van het tussenaarrest d.d. 8 december 2009 jo r.o. 2.2 van het eindarrest d.d. 19 april 2011.

Grief 3

88. In het eindvonnis d.d. 13 april 2010 heeft de kantonrechter ten onrechte nagelaten om Hofs sr. te veroordelen in de beslagkosten, hoewel daarom door VNI expliciet was verzocht. Nu Hofs sr. als de in het ongelijk gesteld partij terecht is veroordeeld in de proceskosten, dienen de beslagkosten daaraan te worden toegevoegd.

Bewijsaanbod

89. VNI biedt, doch slechts voor zover op grond van artikel 150 Rv. de bewijslast op haar zou rusten, bewijs aan van al haar stellingen, meer in het bijzonder door het horen van de heren P.B.M. Silderhuis, H.J.B. Silderhuis en R.S. Duijn als getuigen.

Met conclusie

Dat het uw gerechtshof moge behagen om bij arrest, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

In principaal appel

1. Appellant niet ontvankelijk te verklaringen, althans zijn vorderingen af te wijzen, met bekrachtiging van de vonnissen waarvan beroep;
2. Appellant te veroordelen in de kosten van beide instanties;

In incidenteel appel