

**Gerechtshof Arnhem**

**AKTE NA COMPARITIE**

Rolzitting: 16 december 2008  
Vijfde civiele kamer  
Zaak/rolnummer: 104.003.717

Inzake:

**Raymond Theodorus Bernardus  
Hofs**  
wonende te Hengelo,  
geïntimeerde,  
procesadvocaat: mr P.M. Wilmink  
advocaat: mr B. Benard

tegen:

de besloten vennootschap met beperkte  
aansprakelijkheid  
**V.N.I. Enschede B.V.**  
gevestigd te Geesteren, gemeente  
Tubbergen,  
appellante,  
procesadvocaat: mr W.J.G.M. van den  
Broek  
advocaat: mr J.P.J.M. Naus

Edelgrootachtbaar College,

Geïntimeerde, hierna te noemen 'Hofs', doet eerbiedig het navolgende zeggen:

**De huurovereenkomst van 14 maart 2002 is door VNI gesloten met Xenon Webstore B.V.**

1. Hofs heeft ter gelegenheid van de comparitie van partijen d.d. 10 november 2008 vier akten van bedrijfsoverdracht in het geding gebracht. Tevens heeft Hofs in dat kader een zogenaamde voorverklaring d.d. 20 december 2000 in het geding gebracht. Deze akten tonen aan dat Hofs zijn vennootschapsaandeel in Xenon Computers v.o.f. op 31 december 2000 heeft verkocht en geleverd aan Argon B.V. Argon B.V. heeft dit aandeel vervolgens verkocht en geleverd, eveneens op 31 december 2000, aan Xenon Webstore B.V., op die datum nog 'i.o.'.

2. Ook de andere voormalige vennoot van Xenon Computers v.o.f., de heer B.T. Hofs, heeft zijn vennootschapsaandeel verkocht en geleverd op 31 december 2000 en wel aan Egelantier B.V. Die vennootschap heeft eveneens op 31 december 2000 dat aandeel verkocht en geleverd aan Xenon Webstore B.V., wederom toen nog 'i.o.'.

3. In het (door V.N.I. niet bestreden) vonnis van 5 september 2006 van de kantonrechter, is in r.o. 4.2 terecht overwogen dat Xenon Computers v.o.f. is ontbonden. Overigens niet met terugwerkende kracht, maar van rechtswege per 31 december 2000. Omdat met ingang van die datum de onderneming als zodanig werd voortgezet is op die datum niet alleen Xenon Computers v.o.f. ontbonden maar is ook aan deze vennootschap een einde gekomen. Vereffening heeft dus ook niet plaats behoeven te vinden.

Zie A.L. Mohr, Van maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap, 5<sup>e</sup> herziene druk, p. 276 e.v.

Dat later, te weten op 3 september 2002, slechts is *vastgelegd* dat de verkoop en levering van de vennootschapsaandelen van Xenon Computers v.o.f. op 31 december 2000 hebben plaatsgevonden maakt op zichzelf niet dat er sprake is van een ontbinding van Xenon Computers v.o.f. met terugwerkende kracht, voor zover dat mogelijk zou zijn.

4. Nu moet worden vastgesteld dat Xenon Computers v.o.f. per 31 december 2000 is ontbonden en tevens heeft opgehouden te bestaan (dus beëindigd is), is de onderhavige huurovereenkomst met V.N.I. niet gesloten, kan zelfs niet gesloten zijn, door Xenon Computers v.o.f. en dus ook niet door de voormalige vennoten van deze v.o.f. De enige conclusie die uit dit alles getrokken kan worden is dat de huurovereenkomst van 14 maart 2002 gesloten is tussen V.N.I., als verhuurder, en Xenon Computers B.V. i.o., als huurster. Nu Xenon Computers B.V. later alsnog is opgericht en de rechtshandelingen die in de i.o.-fase zijn verricht, waaronder het sluiten van de onderhavige huurovereenkomst, voor haar rekening heeft genomen, moet worden vastgesteld dat de huurovereenkomst van 14 maart 2002 – uiteindelijk- tot stand is gekomen tussen V.N.I. als verhuurder en Xenon Computers B.V. als huurster. Dat Hofs, om administratieve redenen in overleg met VNI en de makelaar, als vennoot van Xenon Computers v.o.f. de onderhavige huurovereenkomst heeft ondertekend, doet aan het vorenstaande niet af. Waar een vennootschap onder firma van rechtswege heeft opgehouden te bestaan, kan zij geen rechtshandelingen meer verrichten dus ook niet overgaan tot het sluiten van een huurovereenkomst bedrijfsruimte.

#### **Einde huurovereenkomst per datum ontruiming (25 februari 2004)**

5. In r.o. 5.14 van het tussenarrest van 10 juni 2008 van uw hof wordt, op zichzelf terecht, overwogen 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 onderhavige huurovereenkomst. Met die overweging wordt echter voorbij gezien aan het feit dat er diverse andere aspecten door Hofs gesteld en door V.N.I. niet weersproken zijn die, zowel op zichzelf als in onderlinge samenhang beschouwd, tot de conclusie moeten leiden dat de onderhavige huurovereenkomst op 25 februari 2004 is geëindigd. Het volgende is hierbij van belang.

a) Op de eerste plaats heeft Hofs onweersproken gesteld dat op die datum het gehuurde is *ontruimd* en dat de *sleutels* van het gehuurde *ter beschikking aan V.N.I. zijn gesteld*. Deze

aspecten wijzen niet op een instandhouding van de huurovereenkomst, maar juist op een beëindiging daarvan.

b) Op de tweede plaats geldt dat uit de formulering van de vordering van V.N.I. in eerste aanleg, in hoger beroep uitdrukkelijk gehandhaafd, blijkt dat V.N.I. zelf, net als Hofs, van oordeel was dat er per datum ontruiming een einde aan de onderhavige huurovereenkomst was gekomen. V.N.I. vordert immers onder meer dat Hofs wordt veroordeeld tot betaling van de openvallende huurtermijnen na ontruiming tot en met maart 2007 als *schadevergoeding* voor het feit dat de huurovereenkomst *anders zou doorlopen*. V.N.I. vordert op dit punt derhalve schadevergoeding omdat zij vond dat zij huurtermijnen ging mislopen die zij anders, namelijk als de huurovereenkomst (gewoon) zou zijn doorgelopen, van Xenon Webstore B.V. zou hebben ontvangen. Verder heeft V.N.I. in eerste aanleg expliciet gevorderd dat de rechtbank vaststelt dat de huurovereenkomst per de ontruimingsdatum, althans vanaf de door de rechtbank te bepalen datum, zal worden ontbonden. Deze primaire vordering gaat derhalve uit van een einde aan de huurovereenkomst per ontruimingsdatum. Deze vordering loopt in de pas met de zojuist weergegeven vordering van V.N.I.

c) V.N.I. heeft voorts in kort geding de ontruiming van het gehuurde gevorderd opdat zij in de mogelijkheid zou zijn het pand "weer te verhuren". Zolang het pand immers aan Hofs zou zijn verhuurd, bestond er voor V.N.I. geen mogelijkheid het pand aan een ander te verhuren. Er moest derhalve ontruimd worden en een einde aan de huurovereenkomst komen zodat het pand weer (opnieuw) te huur kon worden aangeboden.

d) De wijze waarop V.N.I. in eerste aanleg haar vorderingen op dit punt heeft geformuleerd, vindt steun in de artikelen 7.1 tot en met 7.3 van de Algemene Bepalingen die onderdeel uitmaken van de onderhavige huurovereenkomst. V.N.I. heeft zich immers op het standpunt gesteld dat Hofs gehouden is aan haar te vergoeden alle schade, kosten en interesten als gevolg van een in 7.1 bedoelde omstandigheid en als gevolg van tussentijdse beëindiging van de huurovereenkomst. Dat blijkt uit de zojuist weergegeven vordering in eerste aanleg.

e) In het hoger beroep in de kort gedingprocedure tussen partijen heeft het Hof in het arrest van 6 juli 2004 onder meer overwogen:

*"... Met het tweede deel van grief IV betoogt Xenon, zo begrijpt het hof, dat ook als Xenon..... 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" .....*

Uit deze overweging blijkt dat (ook) het Hof van oordeel was dat vaststaat dat de onderhavige huurovereenkomst is geëindigd en wel op 10 maart 2004. Anders was het betreffende onderdeel van grief IV wel van belang en was dit wèl door het Hof besproken. Het Hof kan nu niet overwegen dat dit anders is.

f) Tot slot geldt dat V.N.I. na 1 juli 2005 geen facturen meer aan Xenon Webstore B.V. verstuurde. Tegenover een belastinginspecteur heeft V.N.I. bij een boekenonderzoek destijds verklaard dat de onderhavige huurovereenkomst per 1 juli 2005 door de bewindvoerder van B.T. Hofs, mr Daniëls, was opgezegd (onder de toevoeging " voorzover nog niet geschied") en dat V.N.I. om die reden vanaf die datum geen huurfacturen meer had verstuurd. Zie ook de brief van de Belastingdienst d.d. 20 oktober 2006 aan Hofs (**productie 1**).

6. In de memorie van grieven heeft V.N.I. haar in eerste aanleg ingenomen stellingen en standpunten herhaald en ingelast beschouwd. Dat V.N.I. vervolgens haar vordering tot vervangende schadevergoeding die in eerste aanleg werd ingesteld in het staartje van de memorie van grieven heeft gewijzigd in een vordering tot betaling van huurpenningen, geeft de juistheid van het hierboven gestelde aan: in eerste aanleg heeft V.N.I. zich op het standpunt gesteld dat de huurovereenkomst per ontruimingsdatum, 25 februari 2004, was geëindigd. Op die grond vorderde zij immers schadevergoeding, voor, naar zij stelde, vanaf dat moment misgelopen huurpenningen.

7. Het bovenstaande heeft het Hof (nog) niet, althans (nog) niet in voldoende mate, in ogenschouw genomen. Dat zal alsnog moeten gebeuren.

8. De eiswijziging van V.N.I., te weten de vordering tot betaling van huurpenningen, dient op grond van het bovenstaande te worden afgewezen. In ieder geval dient die vordering te worden afgewezen voor zover die betrekking heeft op de periode gelegen na 25 februari 2004. Onterecht stelt het Hof overigens in r.o. 5.14 van zijn tussenarrest betreffende deze eiswijziging van V.N.I., dat daartegen door Hofs geen bezwaar is gemaakt. Deze eiswijziging is echter door Hofs uitdrukkelijk inhoudelijk bestreden in de Memorie van Antwoord onder de punten 82, 83 en 84.

9. Over de periode vóór 25 februari 2004 en de door VNI ter comparitie overgelegde berekeningen, merkt Hofs het volgende op.

**a) de gevorderde btw**

Feit is dat V.N.I. sinds 1 maart 2003 over de verzonden huurnota's de BTW niet heeft afgedragen "omdat deze toch niet betaald zouden worden". Per 1 juli 2005 zijn er door V.N.I. helemaal geen nota's meer opgemaakt en verzonden en is er dus ook geen btw opgegeven en afgedragen aan de Belastingdienst. Bij een boekenonderzoek door de Belastingdienst heeft V.N.I. als verklaring daarvoor gegeven dat het huurcontract per 1 juli 2005 definitief was geëindigd.

Dit is in meerdere gesprekken en correspondentie verklaard door zowel de heer G. H. Bennink van belastingkantoor Oost te Almelo als de heer M. Velten van de FIOD. Deze heren kunnen als getuige worden geroepen.

De btw zal dus uit de berekening van VNI moeten worden gehaald.

Per maand: - € 1.468,48  
Totaal: - € 71.221,28

**b) ongerechtvaardigde verrijking periode 14-3-2002 t/m 28-2-2003**

In het maandelijks huurbedrag was een koopcomponent opgenomen wegens een koop op afbetalingsregeling voor aanpassingen aan het pand zoals een airco-installatie, ventilatie, binnenwanden, zonwering, inbraak- en brand detectie, enz.

Per maand: - € 1.344,30  
Totaal: - € 16.803,75

**c) ongerechtvaardigde verrijking periode 1-3-2003 t/m 14-3-2007**

Hier geldt wederom dat in de maandelijkse huur een koopcomponent was opgenomen zoals zojuist is aangegeven.

Per maand: - € 1.344,30

Totaal: - € 65.198,55

**d) meerwerk nota's (ongerechtvaardigde verrijking)**

Ondanks meerdere pogingen van Xenon Webstore B.V. om in goed overleg een regeling te treffen over een vergoeding voor de door de huurder achtergelaten eigendommen, heeft V.N.I. uitdrukkelijk elk gesprek daarover geweigerd. Onder druk van dreigementen heeft V.N.I. zich deze goederen toegeëigend. Hieruit volgt dat nog niet betaalde meerwerk nota's uiteraard niet betaald behoeven te worden en dat de betaalde nota's als onverschuldigd betaald aangemerkt dienen te worden.

Totaal: - € 28.565,91

**e) servicekosten periode 14-3-2002 t/m 14-3-2007**

De servicekosten bestonden feitelijk alleen uit onderhoud aan het terrein, zowel voor wat betreft de bestrating als wat betreft het tuinonderhoud. Aan beide aspecten heeft VNI nooit iets gedaan, dus zijn de betaalde vergoedingen daarvoor ook niet verschuldigd en dienen zij, als onverschuldigd betaald in mindering te strekken, net als de bovenstaande posten, op de gevorderde huurpenningen.

Per maand: - € 300,00

Totaal: - € 18.000,00

**f) diverse niet verrekenende bedragen per 1-3-2003**

Betaling Xenon Webstore BV d.d. 13-06-03	€ 1000,-
Niet gecrediteerde roldeur	€ 3570,-
Niet gecrediteerd bedrag (zie brief d.d. 02-11-02 van V.N.I.)	€ 714,-

Totaal: - € 5.284,00

**g) onterecht in rekening gebrachte rente**

V.N.I. rekent bij de betalingen d.d. 28-04-2008, 13-06-2003 en 01-08-2003 rente terwijl zij daartoe niet gerechtigd is. Dit is een fout in de berekening. De rente strekt in mindering op de het bedrag dat VNI voorschotelt.

**h) huurbetalingen door Xenon B.V.**

Van 4 december 2003 t/m 25 februari 2004 is de volledige huur betaald door Xenon B.V. aan mr. Haafkes, de curator van Xenon Webstore B.V.. Xenon B.V. was de gebruiker van het

pand en Xenon B.V. had de huurbetalingen niet rechtsgeldig opgeschort, dus deze werden gewoon uitgevoerd. Voor deze periode heeft V.N.I. een vordering bij de curator mr. Haafkes ingediend die door hem ook is erkend.

Het betreft hier een bedrag van - € 25.419,00

**i) in totaal in mindering te brengen**

In totaal dient een bedrag van € 230.492,49, vermeerderd met de wettelijke rente hierover, op de berekening van VNI in mindering te strekken. Nu evenwel de berekening op diverse punten aantoonbaar onjuist is en VNI hiermee bekend was, althans had kunnen zijn, is de conclusie gerechtvaardigd dat VNI haar aanspraak op achterstallige huurpenningen kennelijk kracht wil bijzetten door middel van berekeningen die in strijd met de waarheid zijn opgesteld teneinde het Hof tot toewijzing van deze bedragen te brengen. Op die grond dienen alle vorderingen van VNI te worden afgewezen.

**Terugkomen op eventueel bindende eindbeslissingen in het tussenarrest**

**10.** In r.o. 5.13 heeft het Hof overwogen dat Hofs niet geslaagd is in het –terecht- aan hem opgedragen bewijs. De grieven van V.N.I. slagen, aldus het Hof.

Met deze overweging geeft het Hof een eindbeslissing. Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad kan op een dergelijke eindbeslissing in beginsel niet meer worden teruggekomen, tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden die het onaanvaardbaar maken dat het Hof aan een dergelijke eindbeslissing is gebonden.

Zie HR 14 december 2001, NJ 2002, 57

Hofs is van mening dat het Hof op zijn in r.o. 5.13 gegeven eindbeslissing dient terug te komen, nu het Hof bij deze rechtsoverweging is uitgegaan van een inmiddels achterhaalde voorstelling van zaken. Hofs wijst hier op de overgang van de onderneming van Xenon Computers v.o.f. naar –uiteindelijk- Xenon Webstore B.V. Het Hof gaat er in r.o. 5.12 van zijn tussenarrest vanuit (kort weergegeven), dat de kantonrechter zich bij haar oordeel, dat het ervoor moet worden gehouden dat de huurovereenkomst door stilzwijgende bekrachtiging door V.N.I. is overgegaan van Xenon Computers v.o.f. op Xenon Webstore B.V. heeft aangenomen, dat er een akte van bedrijfsoverdracht was tussen Xenon Computers V.o.f. en Xenon Webstore B.V. als bedoeld in artikel 6:159 BW. Deze aanname van de kantonrechter is, anders dan het Hof overweegt, juist, nu de kantonrechter deze akten reeds met een akte ter rolzitting d.d. 3 oktober 2006 van Hofs had ontvangen.

Als gezegd is de onderneming van Xenon Computers v.o.f. overgegaan –via Argon B.V.- naar Xenon Webstore B.V., die de door Xenon Webstore B.V. i.o. gesloten huurovereenkomst met V.N.I. heeft bekrachtigd. De bij comparitie overgelegde akten laten dit duidelijk zien.

Aldus is er sprake van een uitzondering die maakt dat het Hof niet gebonden is aan zijn eerder gegeven eindbeslissing in r.o. 5.12/5.13. Gebondenheid aan deze eindbeslissing zou onaanvaardbaar zijn.

Vgl. HR 15 september 2006. RvdW 2006, 855

11. In r.o. 5.14 heeft het Hof een eindbeslissing gegeven over de vraag wanneer de onderhavige huurovereenkomst is beëindigd. Als gezegd kan op een dergelijke eindbeslissing slechts in geval van bijzondere omstandigheden die het onaanvaardbaar zouden maken dat de rechter aan een dergelijke eindbeslissing is gebonden, worden teruggekomen. Door de Hoge Raad is ondermeer aanvaard dat een dergelijke uitzondering zich voordoet in het geval van een evidente feitelijke of juridische misslag. Uit hetgeen Hofs hiervoor heeft aangevoerd over het einde van de huurovereenkomst per 25 februari 2004 blijkt dat het Hof evident ten onrechte slechts is uitgegaan van het feit dat het gehuurde na het vonnis van de voorzieningenrechter van 30 januari 2004 is ontruimd. Dat feit is op zichzelf naar het oordeel van het Hof onvoldoende om te concluderen dat op de datum van ontruiming een einde is gekomen aan de huurovereenkomst.

12. Als gezegd heeft Hofs in dit verband echter diverse andere feiten en omstandigheden gesteld (door VNI onbetwist) die zowel op zichzelf als in onderlinge samenhang beschouwd (moeten) leiden tot de conclusie dat er op 25 februari 2004 een einde is gekomen aan de onderhavige huurovereenkomst. 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. Naar het oordeel van Hofs heeft het Hof dit alles miskend, hetgeen als een juridische misslag moet worden beschouwd. Het Hof dient derhalve op deze eindbeslissing terug te komen.

Vergelijk voor wat betreft een misslag bijv. HR 5 januari 1996, NJ 1996, 597

### Bewijsaanbod

13. Hofs biedt uitdrukkelijk nogmaals aan al zijn stellingen te doen bewijzen, meer specifiek door middel van getuigen, waaronder de hiervoor genoemde belastinginspecteur, maar ook middels anderen en door middel van aanvullende documenten.

14. Tot slot legt Hofs hierbij als **productie 2** over de "pleitaantekeningen" die hij ter comparitie wilde toelichten en die met toestemming van de raadsheer-commissaris hierbij in het geding worden gebracht.

WAARVAN AKTE !

Advocaat

