

Rechtbank Almelo
Zitting in kort geding d.d. 21 januari 2004
te 13.30 uur
Rolnummer:

PLEITNOTITIES

inzake:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid V.N.I. ENSCHEDE B.V.
gevestigd te Geesteren, gemeente Tubbergen,
eiseres,
advocaat: mr. ir. J.A.A. Diederens en
mr. B.N.J. de Wilde
procureur: mr. A.J. Spoor,

contra:

- 1)
de vennootschap onder firma XENON COMPUTERS,
gevestigd te Enschede,
gedaagde sub 1,
 - 2)
Raymond Theodorus Bernardus HOFs,
wonende te Hengelo,
gedaagde sub 2,
 - 3)
Bernardus Theodorus HOFs,
wonende te Holten, gemeente Rijssen-Holten,
gedaagde sub 3,
 - 4)
XENON B.V.,
gevestigd te Enschede,
gedaagde sub 4
advocaat: mr. S. van Susante
procureur: mr. H.A.A. Kienhuis
-

I. Xenon Computers Vof als contractspartij

Inleiding

- 1 Als gedaagde sub 1 is de vennootschap onder firma Xenon Computers (hierna: 'Xenon Computers') in dit kort geding gedagvaard. Xenon Computers is blijkens uittreksel van de Kamer van Koophandel (productie 1 bij verzoekschrift tot beslaglegging **productie 13**) opgeheven per 1 juli 2002. Derhalve is onterecht Xenon Computers gedagvaard. V.N.I. trekt derhalve de vordering in ten opzichte van Xenon Computers. De beide vennoten van Xenon Computers, te weten de heren R.T.B. Hofs en B.T. Hofs (hierna: 'Xenon Computers' of 'de beide heren Hofs'), waren destijds vennoten van Xenon Computers en derhalve zijn zij nog steeds hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden en verplichtingen aangegaan door Xenon Computers (artikel 18 Wetboek van Koophandel).

Partij bij de huurovereenkomst

- 2 Op grond van de huurovereenkomst (**productie 1**) is eiseres, V.N.I. Enschede B.V. (hierna: 'V.N.I. '), verhuurder van het pand aan de Neptunusstraat 23-25 te Enschede en is Xenon Computers huurder. De vennoot R.T.B. Hofs heeft namens Xenon Computers destijds de huurovereenkomst ondertekend. Ook de staat van oplevering (**productie 16**) is ondertekend door de heer Hofs als vertegenwoordiger van Xenon Computers. Vaststaat tussen partijen dat bij aanvang van de huurovereenkomst de contractspartijen V.N.I. Enschede B.V. en Xenon Computers waren.
- 3 Xenon Computers stelt zich op het standpunt dat Xenon Webstore B.V. de nieuwe huurder is van het pand aan de Neptunusstraat 23-25. De beide heren Hofs stellen dat aan V.N.I. is medegedeeld dat Xenon Computers is opgeheven en is ingebracht in Xenon Webstore B.V. Xenon Computers stelt zich op het standpunt dat hierdoor een huurovereenkomst geldt tussen V.N.I. en Xenon Webstore B.V.
- 4 Dit is pertinent onjuist! Voor contractsovername door Xenon Webstore B.V. van de huurovereenkomst gesloten met V.N.I. is vereist dat op grond van artikel 6:159 BW de verhuurder, te weten V.N.I., medewerking aan de contractsovername verleent en daarnaast is vereist dat tussen V.N.I. en de derde, in dit geval zou dat zijn Xenon Webstore B.V., een akte wordt opgemaakt. Zolang niet aan de vereisten van artikel 6:159 BW is voldaan is er geen sprake van contractsovername van de huurovereenkomst door Xenon Webstore B.V.
- 5 V.N.I. heeft geen toestemming gegeven voor de contractsovername. Xenon Computers zal dez toestemming moeten bewijzen. Op grond van artikel 3.1 van de algemene bepalingen is het verboden* de vennootschap onder firma in te brengen in een rechtspersoon zonder toestemming van de verhuurder. Ook onderhuur is verboden. V.N.I. heeft op het verzoek van Xenon Computers om de huurovereenkomst op naam van Xenon Webstore B.V. te zetten, aangegeven dat hiervan alleen sprake kan zijn indien Xenon Webstore B.V. voldoende solvabel is. Dat deze eis werd gesteld door V.N.I. blijkt ook uit de verklaring van de makelaar (**productie 14**)
- 6 Ten tijde van het sluiten van de huurovereenkomst en kort daarna bestond Xenon Webstore B.V. nog niet. De huurovereenkomst is aangegaan op 15 maart 2002 en eerst op 1 juli 2002 is

* m.z. de huurverrechten van de VOF

Xenon Webstore B.V. opgericht, waarvan V.N.I. pas in oktober 2002 in kennis is gesteld. Dit blijkt ook uit productie 2 behorend bij de pleitnota van mr. Van Susante.

- 7 Ook werd daarvoor niet gehandeld door Xenon Webstore B.V. i.o.. Ook op latere verzoeken van Xenon Webstore B.V. heeft V.N.I. geweigerd de huurovereenkomst op naam van Xenon Webstore B.V. te zetten. Reeds vanaf het begin van de huurovereenkomst was Xenon Computers slecht met betalingen waaruit afgeleid kon worden dat de onderneming Xenon Webstore B.V. niet voldoende zekerheden zou kunnen verschaffen voor V.N.I. De nota's betreffende het meerwerk werden niet betaald en vanaf april 2002 begon Xenon Computers veel te laat te betalen. Dit blijkt uit het overzicht wat als **productie 21** wordt overgelegd. V.N.I. is derhalve op geen enkel moment akkoord gegaan met contractovername door Xenon Webstore B.V. Het is aan de heren Hofs om te bewijzen dat deze toestemming door V.N.I. is verleend.
- 8 Door de heren Hofs is bij brief van 24 november 2003 (**productie 18**)^{m. 2 15-10-03} aan V.N.I. medegedeeld dat de toekomstige correspondentie aan de juiste rechtspersoon dient te worden gericht omdat Xenon Computers per 1 juli 2002 is ingebracht in Xenon Webstore B.V. Uit deze brief blijkt dat V.N.I. tot aan 24 november 2003 correspondentie niet aan Xenon Webstore B.V. heeft gericht en hieruit dus geen impliciete toestemming kan worden gelezen dat Xenon Webstore B.V. huurder is geworden. Zoals uit **productie 15** blijkt heeft V.N.I. niet Xenon Webstore B.V. aangeschreven om de huurpenningen te betalen. De brieven zijn gericht aan Xenon of Xenon Webstore. Xenon Webstore was destijds de handelsnaam van Xenon Computers zoals ook blijkt uit **productie 19**. Productie 19 bevat een faxbrief van Xenon Computers. Uit het kopje blijkt dat Xenon Webstore de handelsnaam van Xenon Computers is. Het webadres was destijds www.Xenon.nl . Dit webadres werd eerst gebruikt door Xenon Computers, toen door Xenon Webstore B.V. en nu door Xenon B.V. Dat V.N.I. brieven heeft gericht aan Xenon Webstore wil niet zeggen dat daarmee is ingestemd met contractovername door Xenon Webstore B.V. De naam Xenon Webstore werd reeds door de Xenon Computers gebruikt, lang voordat Xenon Webstore B.V. werd opgericht. Zoals uit de overgelegde producties blijkt heeft V.N.I. meestal Xenon of Xenon Webstore, ter attentie van de heren Hofs aangeschreven. V.N.I. heeft een aantal keren de B.V. aangeschreven. Dit was een slordigheidfout van V.N.I. en hieruit kan geen impliciete toestemming tot contractovername worden gelezen. Dit met name niet omdat het verzoek om contractovername tussen partijen expliciet aan de orde is geweest (zie **productie 14**: brief makelaar) en door V.N.I. is afgewezen. Opgemerkt moet worden dat V.N.I. telkens met dezelfde personen te maken had, die blijkbaar dan weer onder de naam Xenon Computers of onder de naam Xenon Webstore handelden.
- 9 Xenon Computers probeert op allerlei manieren onder de verplichtingen uit hoofde van de huurovereenkomst tot het betalen van de huurpenningen te ontkomen en af te schuiven op Xenon Webstore B.V. Xenon Webstore B.V. is in december 2003 failliet verklaard. De beide heren Hofs proberen de huurschuld af te schuiven op de boedel van de failliete Xenon Webstore B.V. V.N.I. heeft nimmer toestemming gegeven tot contractovername door de failliete Xenon Webstore B.V. De beide heren Hofs zijn nog steeds verplicht de huurpenningen te betalen. Beide vennoten zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de verplichtingen uit hoofde van de huurovereenkomst aangegaan door de inmiddels opgeheven Xenon Computers.

Partijen bij de meerwerk nota's

- 10 V.N.I. heeft tevens een vordering uit hoofde van twee overeenkomsten van opdracht tot meerwerk. Als **producties 3, 4 en 5** zijn door de heer R. Hofs voor akkoord getekende offertes

voor meerwerk overgelegd. Als **producties 7 en 8** zijn overgelegd de facturen die door V.N.I. zijn verzonden aan Xenon Computers handelend onder de handelsnaam Xenon Webstore. Zoals reeds hiervoor betoogd, was op het moment van de verstrekking van de opdracht tot meerwerk door de heer Hofs als vertegenwoordiger van Xenon Computers nog geen Xenon Webstore B.V. opgericht. Dit is pas later gebeurd. De opdrachtgever voor de meerwerk nota's was Xenon Computers en niet Xenon Webstore B.V. Xenon Computers had als handelsnaam Xenon Webstore. Xenon Webstore B.V. heeft niets te maken met de verleende opdracht. Ook in dit geval is er geen sprake van contractovername door Xenon Webstore B.V. Derhalve zijn de beide heren Hofs gehouden de nog openstaande bedragen in verband met de meerwerk nota's te betalen. Ook op dit punt zullen de heren Hofs moeten bewijzen dat Xenon Webstore B.V. contractspartij is in plaats van Xenon Computers.

- 11 De openstaande som aan meerwerk nota's bedraagt € 14.272,78 te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf opeisbaarheid. De bankgarantie die is ingewonnen wordt afgehaald van de openstaande huurpenningen en niet van de meerwerk nota's zodat dit bedrag aan meerwerk nota's open blijft staan. Op het moment dat de opdracht door Xenon Computers werd gegeven aan V.N.I. kon V.N.I. in de handelsregisters van de Kamer van Koophandel alleen de vennootschap onder firma Xenon Computers terugvinden handelend onder de naam Xenon Webstore.* In die tijd was er nog geen sprake van een B.V. en ook geen B.V. i.o.

II. Opschorting

** als handelsnaam staat
meer duidelijk vermeld:
Xenon Computers*

Huurpenningen

- 12 Primair stelt V.N.I. zich op het standpunt dat Xenon Computers of de beide heren Hofs niet bevoegd waren de opeisbare verplichtingen tot het betalen van de huurpenningen op te schorten op grond van artikel 14 lid 1 van de algemene bepalingen die op de huurovereenkomst van toepassing zijn verklaard. Dit artikel sluit een beroep op opschorting van huurpenningen door de huurder uit.
- 13 Subsidiair stelt V.N.I. zich op het standpunt dat Xenon Computers niet bevoegd is haar opeisbare verplichtingen tot het betalen van de huurpenningen op te schorten op de navolgende gronden.
- 14 Allereerst stelt V.N.I. zich op het standpunt dat de airconditioning naar behoren functioneert. Bij brief van 21 mei 2003 (**productie 9**) heeft Xenon Computers aangekondigd de huur te zullen opschorten indien er geen adequate maatregelen zouden worden genomen aangaande de nog bestaande problemen. Niet werd aangegeven wat de problemen op dat moment waren. Tot die tijd ging V.N.I. ervan uit dat de airco naar behoren functioneerde omdat sinds september 2002 V.N.I. geen enkele klacht heeft ontvangen over het niet functioneren van de airconditioning. Reeds voor 23 mei 2003 werden door Xenon Computers geen huurpenningen meer betaald. Zo er al een opschortingrecht bestaat kan dit pas na 23 mei 2003 worden ingeroepen. De huurpenningen en/of meerwerk nota's kunnen niet worden opgeschort zonder dat de schuldeiser daarvan schriftelijk in kennis is gesteld.
- 15 De meerwerk nota's dateren van december 2001 en januari 2002 en hadden allang betaald moeten zijn. Opschorting van de meerwerk nota's is ongeoorloofd.

- 16 V.N.I. heeft getracht de vermeende klachten met betrekking tot de airconditioning zo snel mogelijk de wereld uit te helpen. V.N.I. heeft onmiddellijk na ontvangst van de brief van 21 mei 2003 aan Xenon Computers laten weten dat het probleem aan een onafhankelijk bureau ter beoordeling is voorgelegd (**productie 10**) te weten Adviesbureau Kamperman B.V. te Groenlo. Xenon Computers heeft zelf de toegang tot het bedrijfspand voor technisch onderzoek aan Adviesbureau Kamperman B.V. geweigerd. Dit blijkt uit de brief van Kamperman van 28 juli 2003 (**productie 11**). In augustus heeft Xenon alsnog Adviesbureau Kamperman B.V. toegelaten tot het pand. Deze vertraging van het onderzoek kan niet voor rekening van V.N.I. komen en derhalve waren de heren Hofs verplicht de huurpenningen over die periode te betalen en was opschorting voor die periode niet gerechtvaardigd. Uit de brieven van Kamperman van 13 en 22 augustus (**productie 12**) blijkt dat de waterdruk van de installaties te laag was waardoor de airco niet naar behoren functioneerden. Nadat de installaties waren bijgevuld werkte de koelinstallatie naar behoren. Na controle een week later bleek dat de koelinstallatie nog steeds goed werkte en er geen sprake van lekkage was. De airco functioneerde tot aan augustus 2003 niet in verband met slecht onderhoud. De installaties moesten worden bijgevuld en er was sprake van een los contact. Er zijn wel verbeterpunten naar voren gekomen die de duurzaamheid van de airco bevorderen.

Onderhoudscontract

- 17 Nu sprake was van slecht onderhoud van de airco installatie is het niet functioneren van de airconditioning volledig aan Xenon Computers zelf te wijten. Xenon Computers diende op grond van de huurovereenkomst zelf een onderhoudscontract af te sluiten met betrekking tot het onderhoud van de airconditioning. Dit heeft Xenon Computers tot op heden nagelaten. De verplichting tot het afsluiten van het onderhoudscontract met betrekking tot de airconditioning volgt uit **productie 8**. Het betreft een brief van 4 november 2002 die een bevestiging van het gesprek tussen V.N.I. en Xenon van 28 oktober 2002 is. Uit deze brief blijkt dat Xenon zelf een onderhoudscontract voor de technische installaties diende af te sluiten. Afspraken over de offerte staan in de brief vermeld onder het tweede kopje van de tweede bladzijde van de brief. De verplichting van de huurder om een onderhoudscontract af te sluiten blijkt ook uit artikel 9.2.1 sub g van de algemene bepalingen (**productie 2**), het proces-verbaal van levering (**productie 16**), de in de offerte genoemde opnemings van de kosten voor het onderhoudscontract op kosten van Xenon Computers (**productie 5**) en de hiervoor genoemde brief met bevestiging van het gesprek van 18 oktober 2002. Vaststaat derhalve dat een dergelijk onderhoudscontract door Xenon Computers diende te worden afgesloten en dat dit niet is gebeurd. Xenon Computers is tekortgeschoten in de nakoming van de huurovereenkomst en kan het niet functioneren van de airconditioning niet aan V.N.I. toerekenen. Daarnaast is V.N.I. altijd bereid geweest te onderzoeken en/of de airco te repareren. Xenon Computers heeft er niet voor gezorgd dat het probleem op korte termijn opgelost kon worden. Er is zelfs door Alferink B.V. een concept onderhoudscontract aan Xenon Computers toegestuurd (**productie 16, 2^e brief**).
- 18 Op de zitting worden door de gemachtigde van Xenon Computers ineens andere klachten ten aanzien van het onderhoud van het gehuurde naar voren gebracht. Deze klachten zijn niet eerder aan V.N.I. kenbaar gemaakt zodat V.N.I. aan deze klachten niets heeft kunnen doen. Opschorting van de huurpenningen in verband met deze klachten is niet gerechtvaardigd.

Meerwerk nota's

- 19 V.N.I. stelt zich in de eerste plaats op het standpunt dat opschorting van betaling van de meerwerk nota's niet gerechtvaardigd is. Allereerst hebben de meerwerk nota's op méér betrekking dan alleen maar het plaatsen van airconditioning. Daarnaast staat de opschorting niet in overeenstemming met de beweerdelijk niet functionerende airconditioning. De opschorting is buitenproportioneel. De meerwerk nota's dateren van december 2001 en januari 2002 en hadden allang betaald moeten zijn. Opschorting van de meerwerk nota's is derhalve ongeoorloofd.

III. Hoogte vordering

- 20 Op dit moment bedraagt het saldo van de openstaande huurpenningen € 91.973,00, te vermeerderen met de contractuele boete en de buitengerechtelijke incassokosten. Van deze huursom kan de inmiddels ingewonnen bankgarantie van € 26.769,50 worden afgehaald zodat totaal een bedrag aan openstaande huurpenningen overblijft van € 65.203,50 te vermeerderen met de contractuele boete en de buitengerechtelijke incassokosten. Daarnaast staat op dit moment nog steeds een bedrag open van € 14.282,78 aan opeisbare meerwerk nota's.
- 21 V.N.I. draagt nader bewijs aan van de buitengerechtelijke incassokosten die gemaakt zijn voordat gedaagden in rechte zijn betrokken. Uit **productie 15** blijkt dat verschillende sommatiebrieven door V.N.I. zijn verstuurd. Deze brieven zijn slechts een greep uit de totale hoeveelheid brieven die zijn verstuurd. Daarnaast zijn door beide heren Silderhuis van V.N.I. verschillende gesprekken met de heren Hofs gevoerd. Dit blijkt ondermeer uit de gespreksverslagen (productie 8 en productie 14 die door Xenon Computers is overgelegd).

IV. Xenon B.V.

- 22 Mr. Haafkes, curator in het faillissement van Xenon Webstore B.V. heeft laten weten dat Xenon Webstore B.V. bij overeenkomst van 22 september 2003 de bedrijfsactiviteiten en activa verkocht heeft aan Xenon B.V. Xenon B.V. heeft volgens mr. Haafkes vanaf laatstgenoemde datum de activiteiten voortgezet. De curator heeft - voor het geval Xenon Webstore B.V. huurder is van het pand aan de Neptunusstraat 23-25 te Enschede - de huur tegen de kortst mogelijke termijn opgezegd, wat inhoudt dat de failliete Xenon Webstore B.V. per 10 maart 2004 het gehuurde dient te ontruimen. Xenon B.V. is op dit moment de feitelijke gebruiker van het pand aan de Neptunusstraat 23-25 te Enschede. V.N.I. was hier tot voor kort niet van op de hoogte. Xenon B.V. voert feitelijk dezelfde bedrijfsuitoefening als Xenon Computers en Xenon Webstore B.V. uit. Xenon B.V. heeft echter geen huurovereenkomst gesloten met V.N.I. en zit derhalve zonder recht of titel in het pand. Derhalve dient Xenon B.V. het pand aan de Neptunusstraat 23-25 te Enschede per direct te ontruimen.
- 23 Voor het geval dat Xenon B.V. stelt dat er een onderhuurovereenkomst tot stand is gekomen met de curator van de failliete Xenon Webstore B.V. stelt V.N.I. zich op het standpunt dat een onderhuurovereenkomst in de eerste plaats alleen tot stand kan zijn gekomen indien de failliete Xenon Webstore B.V. huurder was. Dit wordt ten stelligste betwist door V.N.I. Ook al is er een onderhuurovereenkomst afgesloten, dan dient Xenon alsnog het gehuurde te verlaten per 4 maart 2004. In de huurovereenkomst is een verbod tot onderhuur opgenomen en V.N.I. heeft niet ingestemd met onderhuur. De redelijkheid en billijkheid nopen ertoe dat het pand aan de Neptunusstraat 23-25 te Enschede zo snel mogelijk dient te worden ontruimd in verband met de schade die V.N.I. lijdt. Xenon B.V. heeft tot nu toe geen huurpenningen betaald aan V.N.I.

* zie overgangsrecht

waardoor de huurachterstand alleen maar verder oploopt. V.N.I. heeft derhalve recht en belang bij een snelle ontruiming van het pand aan de Neptunusstraat 23-25 te Enschede zodat het pand opnieuw verhuurd kan worden. V.N.I. gaat niet akkoord met een nieuwe huurovereenkomst met de nieuwe Xenon B.V. omdat tot op heden op geen enkele manier een redelijk voorstel daartoe met een daarbij behorende garantie betreffende de solvabiliteit van de onderneming is overgelegd. Daarnaast dient Xenon B.V. derhalve in ieder geval vanaf het moment van bedrijfsovername in september 2003 de huurpenningen te betalen aan V.N.I. Zolang dit niet is gebeurd zal V.N.I. geen toestemming geven tot huur/onderhuur van Xenon B.V. Op grond van artikel 3.1 van de algemene bepalingen is onderhuur en in de plaatstelling zonder toestemming van de verhuurder verboden. V.N.I. is niet aansprakelijk voor de schade die voortvloeit uit het niet verlenen van de toestemming.

V. Beslag

- 24 V.N.I. heeft beslag laten leggen op de onverdeelde helft van de eigendom van de woning van de heer B.T. Hofs aan de Jeurlinksweg 2 te Holten (**productie 13**). Dit beslag is niet onrechtmatig omdat V.N.I. op de beide heren Hofs een vordering heeft ten aanzien van de huurpenningen en meerwerk nota's.

VI. Spoedeisendheid

- 25 V.N.I. heeft rechtens een spoedeisend belang bij de vorderingen. De spoedeisendheid blijkt onder meer uit het feit dat de vordering uit hoofde van de te betalen huurpenningen en meerwerk nota's niet langer mag oplopen. V.N.I. heeft het geld dringend nodig om de eigen financiële situatie gezond te houden. V.N.I. heeft er belang bij dat op korte termijn het gehuurde wordt ontruimd zodat verdere schade kan worden voorkomen en V.N.I. een nieuwe huurder in het pand kan laten betrekken die wel huurpenningen betaalt.
- 26 Het is volkomen duidelijk dat de vennoten van Xenon Computers, de beide heren Hofs, hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de verschuldigde huurpenningen op grond van de huurovereenkomst gesloten tussen V.N.I. en Xenon Computers. Door de beide heren Hofs is niet aangetoond dat er sprake is van contractovername zodat in kort geding niet anders kan worden geoordeeld dat er een huurovereenkomst bestaat tussen Xenon Computers en V.N.I. en de openstaande huurpenningen en meerwerk nota's betaald dienen te worden. V.N.I. benadrukt met klem dat toch zeker de ontruiming ten aanzien van de beide heren Hofs en Xenon B.V. dient te worden toegewezen.

Conclusie

- 27 De ingestelde vorderingen worden door V.N.I. gehandhaafd.

Deze zaak wordt behandeld door:

mr. ir. J.A.A. Diederer en

mr. B.N.J. de Wilde

Postbus 1126

6501 BC NIJMEGEN

Tel: 024-3810810 Fax: 024-3810820