

Dit vonnis is gewezen door mr. E. Loesberg en in het openbaar uitgesproken op 14 april 2020.

RVR 2020/56

RECHTBANK OVERIJSEL

12 mei 2020, nr. C/08/246831 / KG ZA 20-78
(Mr. F. Koster)

Art. 3:298 BW

ECLI:NL:RBOVE:2020:1780

Koopovereenkomst. Botsende rechten op levering. Optierecht.

Indien dezelfde onroerende zaak twee keer is verkocht, wie heeft dan het recht op de levering daarvan? Wat is de waarde en betekenis van een optierecht in dit verband?

Deze zaak gaat over de koop en verkoop van een café met omliggende grond c.a. De eigenaar heeft het café vanaf 1 augustus 2015 verhuurd. In de huurovereenkomst is opgenomen dat de huurder bij het einde van de huurovereenkomst het gehuurde zal kunnen kopen tegen een koopsom van € 300.000.

De eigenaar heeft het café op enig moment te koop gezet. De huurder heeft op dat moment geen interesse in de koop getoond. De eigenaar heeft op 29 oktober 2018 een koopovereenkomst met een derde gesloten tegen een koopsom van € 310.000 met als leveringsdatum 1 januari 2020.

In verband met de verkoop aan een derde heeft de eigenaar de huurovereenkomst opgezegd tegen 31 december 2019. De huurder heeft deze huurovereenkomst bij brief van 23 januari 2019 geaccepteerd, zonder daarbij melding te maken van zijn koopoptie in de huurovereenkomst.

Bijna zes maanden later, bij brief van 20 juni 2019, heeft de advocaat van de huurder alsnog een beroep gedaan op de koopoptie uit de huurovereenkomst. De eigenaar weigert levering van het café aan de huurder omdat hij immers al een koopovereenkomst had gesloten met de andere koper.

De huurder legt daarop leveringsbeslag en maakt in rechte aanspraak op levering. Bij vonnis van 25 maart 2020 is geoordeeld dat door het beroep van de huurder op de koopoptie een koopovereenkomst tot stand was gekomen. De eigenaar werd veroordeeld om het café te leveren aan de huurder.

Vervolgens legt echter ook de koper leveringsbeslag op het café en vordert in rechte nakoming van de koopovereenkomst van 29 oktober 2018. Hij stelt een ouder recht op levering te hebben dan de huurder. De koper vordert tevens schor-

sing van de executie van het vonnis van 25 maart 2020.

Vzr.: De voorzieningenrechter oordeelt dat de koper inderdaad een ouder en dus sterker recht op levering heeft (art. 3:298 BW). Het recht op levering van de huurder is namelijk pas ontstaan door het invoeren van de koopoptie op 20 juni 2019, terwijl de koopovereenkomst dateert van 29 oktober 2018.

Het feit dat de koopoptie is opgenomen in een huurovereenkomst van 29 juli 2015 betekent niet dat het recht op levering van de huurder sterker is. Een koopoptie heeft niet meer 'gewicht' dan andere koopovereenkomsten, aldus de voorzieningenrechter. Ook betekent het invoeren van de koopoptie niet dat de datum van de daaruit voortvloeiende koopovereenkomst dan vastgesteld moet worden op de datum waarop de koopoptie oorspronkelijk is overeengekomen.

Kortom, de huurder vist alsnog achter het net. De huurder rest slechts een vordering tot schadevergoeding op de eigenaar wegens het niet meer kunnen nakomen van de overeengekomen koopoptie uit de huurovereenkomst.

Zie ook:

- Hof Amsterdam 22 augustus 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR6835: analoge toepassing van artikel 3:298 BW bij twee huurovereenkomsten voor dezelfde winkelruimte;
- Rb. Limburg 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:8559: in deze zaak werd geoordeeld dat het voorkeursrecht geen recht op levering bevat en dus niet voortgaat op een latere koopovereenkomst;
- Rb. Overijssel 14 maart 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:1169: analoge toepassing artikel 3:298 BW op een tweetal huurovereenkomsten voor dezelfde onroerende zaak;
- Rb. Utrecht 17 maart 2005, ECLI:NL:RBUTR:2005:AT0954: in deze zaak werd ook de koopoptie niet als het oudere recht aangemerkt;
- Parl. Gesch. InvW 3, p. 1397 inzake de invoering van artikel 3:298 BW.

Zie anders:

- Rb. Zwolle-Lelystad 12 augustus 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BH3019, zie ook *TBR* 2010/14: in deze zaak oordeelt de voorzieningenrechter de koopoptie wel een ouder recht was, omdat een andere uitleg zou betekenen dat op eenvoudige wijze het optierecht terzijde zou kunnen worden gesteld.

Wenk:

In deze zaak is sprake van twee botsende rechten op levering van een onroerende zaak. Het ene recht vloeit voort uit een (ingeroepen) koopoptie in een huurovereen-

komst. Het andere recht vloeit voort uit een separaat gesloten koopovereenkomst voor dezelfde onroerende zaak. De vraag is dan: welk recht op levering prevaleert?

Bij botsende rechten van bijvoorbeeld pand of hypotheek geldt het prioriteitsbeginsel; het oudere recht heeft voorrang ten opzichte van het jongere recht (vgl. art. 3:21 BW). Voor persoonlijke rechten geldt het prioriteitsbeginsel in beginsel echter niet. Daar geldt de 'paritas creditorum' of gelijkheid van schuldeisers (vgl. art. 3:277 BW) ongeacht op welk moment de rechten jegens de schuldenaar zijn ontstaan. Dit geldt dus ook voor een persoonlijk recht voortvloeiende uit de nakoming van een overeenkomst.

Sinds 1992 geeft art. 3:298 BW echter een uitzondering op de gelijkheid van schuldeisers indien sprake is van een *recht op levering* van hetzelfde goed. In dergelijke gevallen gaat, evenals bij pand en hypotheek, het oudste recht voor. De wetgever heeft hierbij benadrukt dat art. 3:298 BW niet meer dan een vuistregel is. De rechter heeft dus de vrijheid om in concrete gevallen van deze hoofdregel af te wijken, bijvoorbeeld op grond van de eisen die uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Uit de rechtspraak blijkt dat dit artikel ook analoog wordt toegepast in geval van twee huurovereenkomsten voor dezelfde zaak. Ook dan gaat de oudste huurovereenkomst dus in beginsel voor.

In onderhavige zaak dateerde de huurovereenkomst met daarin de koopoptie, van 29 juli 2015. De koopovereenkomst met de koper was gedateerd op 29 oktober 2018. De huurder had de koopoptie echter pas ingeroepen op 20 juni 2019. De voorzieningenrechter oordeelde dat de koper het oudste recht op levering had, omdat de koopoptie op zichzelf geen recht op levering inhoudt. Pas als de koopoptie wordt ingeroepen komt een overeenkomst tot stand en ontstaat het recht op levering. De koopoptie is dus slechts een contractuele verplichting. Wanneer de koopoptie niet wordt nagekomen, zal zich dat moeten oplossen in de vorm van een schadevergoeding.

Deze redenering van de voorzieningenrechter is goed te volgen en lijkt in lijn met bestendige rechtspraak (zie onder 'Zie ook'). In een zaak voor de Rechtbank Utrecht werd daarbij nog een aanvullend argument gebruikt. De rechter wees hier op art. 7:2 BW waarin – sinds 2003 – is bepaald dat de koopovereenkomst schriftelijk tot stand moet komen. Deze bepaling is bedoeld (i) als bescherming van de koper, (ii) om vast te kunnen stellen op welk moment de ter-

mijn van drie dagen ingaat en (iii) ter bevordering van de rechtszekerheid. Het gelijkstellen van een koopoptie met een koopovereenkomst voor de toepassing van art. 3:298 BW, zou afbreuk doen aan de ratio van artikel 7:2 BW.

Toch is het niet vanzelfsprekend dat een koopoptie pas een recht op levering doet ontstaan als deze daadwerkelijk wordt ingeroepen. In een bijzondere zaak voor de Rechtbank Zwolle-Lelystad uit 2008 werd anders geoordeeld (zie onder 'Zie anders'). De rechter in deze zaak oordeelde dat het leveringsrecht zodanig 'zijn wortels vindt' in het optierecht dat het optierecht toch voor diende te gaan. Daarbij nam de rechter mede in aanmerking dat het anders vrij eenvoudig zou zijn om de onherroepelijke koopoptie ter zijde te schuiven. In dergelijke uitzonderingsgevallen kunnen de eisen van redelijkheid en billijkheid dus toch eisen dat een (nog niet ingeroepen) optierecht prevaleert.

Voor de praktijk is van belang zich te realiseren dat in de regel een optierecht op zichzelf nog niet als een recht op levering wordt beschouwd in de zin art. 3:298 BW. Pas als de optie wordt ingeroepen ontstaat de koopovereenkomst en dus het recht op levering. Indien de eigenaar in weerwil van een koopoptie toch een koopovereenkomst met een derde sluit, rest de optiegerechtigde in beginsel dus slechts een vordering tot schadevergoeding. Het verdient dan ook steeds aanbeveling om een forse boete te stellen op de eventuele schending van een optierecht.

W. den Harder

1. [A],
2. [B],
eisers in conventie, verweerders in reconventie, hierna gezamenlijk: [A c.s.], advocaat mr. R.V. Montulet te Zwolle, tegen
 1. [X], gedaagde in conventie, eiseres in (voorwaardelijke) reconventie, advocaat mr. J.F.M. Hanus te Groningen,
 2. [Y], gedaagde in conventie, eiseres in reconventie, advocaat mr. H.C.J. Coumou.

Voorzieningenrechter Zwolle:

- 1 *De procedure*
 - 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
 - de dagvaarding
 - de mondelinge behandeling
 - de pleitnota van [A c.s.]
 - conclusie van antwoord van [X]
 - conclusie van antwoord in conventie en eis in reconventie en akte overleggen producties van [Y].

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. *Waar gaat het om?*

2.1. [X] is eigenares van een drietal onroerende zaken, te weten die aan [adres 1], [adres 2] en de [adres 3], kadastraal bekend bij de gemeente [plaats 1], sectie E nummers [1], [2] en [3]. Deze worden hierna gezamenlijk aangeduid als “de onroerende zaken”.

2.2. [Y] heeft de onroerende zaken vanaf 1 augustus 2015 van [X] gehuurd. [Y] heeft een deel onderverhuurd en een deel in gebruik gehad als café. De huurovereenkomst is per 31 december 2019 beëindigd. In de huurovereenkomst tussen [X] en [Y] was onder meer bepaald:

“3.4. huurder mag na afloop van het overeengekomen huurcontract het object van verhuurd kopen voor het bedrag van € 300.000 zegge driehonderdduizend euro.”

2.3. Bij brief d.d. 20 juni 2019 van haar advocaat mr. Coumou heeft [Y] aan [X] onder meer het volgende laten weten:

“Hierbij verklaart cliënte dat zij krachtens artikel 3.4. van de overeenkomst na afloop van het huurcontract het object, zoals omschreven en thans door haar gehuurd (...) van u wenst te kopen voor de in de huurovereenkomst vermelde koopsom van € 300,000,00 (zegge: driehonderdduizend euro), kosten koper.”

2.4. [A c.s.] heeft met [X] een koopovereenkomst gesloten met betrekking tot de onroerende zaken. De koopsom bedraagt € 310.000. [A c.s.] wil de onroerende zaken verbouwen en er meerdere appartementen in vestigen om die met winst te kunnen verkopen of verhuren. In de koopovereenkomst is bepaald dat [X] de onroerende zaken uiterlijk 31 december 2019 aan [A c.s.] moet leveren. [A c.s.] en [X] hebben deze termijn op 10 december 2019 in onderling overleg verlengd tot 2 maart 2020.

2.5. [X] en [Y] hebben eerder in een procedure voor de rechtbank Overijssel geprocedeerd over de vraag of er tussen hen ook een koopovereenkomst tot stand is gekomen. Bij vonnis van 25 maart 2020 heeft de rechtbank overwogen dat door de (bovengenoemde) brief van 20 juni 2019 op grond van het bepaalde in artikel 3.4 van de huurovereenkomst een koopovereenkomst tot stand is gekomen tussen [X] en [Y]. De rechtbank heeft [X] – kort gezegd – veroordeeld om tot levering over te gaan en voorts bepaald dat het vonnis in de plaats treedt van door [X] te verrichten leveringshandelingen, als zij daartoe niet binnen 40 dagen na betekening van het vonnis is overgegaan. [X] heeft tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld. Maar de rechtbank heeft het vonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaard. Dat betekent dat het hoger beroep niet automatisch als

rechtsgevolg heeft dat de tenuitvoerlegging van het vonnis wordt opgeschort.

2.6. [Y] heeft op 6 augustus 2019 beslag gelegd op de onroerende zaken, met het oog op levering. [A c.s.] heeft op 24 maart 2020 eveneens beslag gelegd, ook met het oog op levering.

2.7. Er zijn dus met betrekking tot de onroerende zaken twee koopovereenkomsten gesloten. Zowel [A c.s.] als [Y] maken nu aanspraak op levering. Het gaat in dit kort geding om een voorlopig oordeel omtrent de vraag wie van beiden de sterkste rechten heeft.

3 *De vorderingen over en weer (in conventie en reconventie)*

3.1. [A c.s.] wil dat de voorzieningenrechter (kort gezegd):

a. [X] veroordeelt tot nakoming van de koopovereenkomst door de onroerende zaken aan hem te leveren, op straffe van een dwangsom van € 10.000 per dag vanaf betekening van dit vonnis;

b. bepaalt dat dit vonnis dezelfde kracht toekomt als een in wettige vorm opgemaakte leveringsakte, vanaf de 15e dag na betekening van dit vonnis, dan wel dat [A c.s.] kan optreden als vertegenwoordiger van [X] om de voor nakoming benodigde rechtshandelingen namens [X] te verrichten;

c. [X] veroordeelt tot betaling van een voorschot op de contractuele boete van € 930 per dag vanaf 13 maart 2020 tot aan de dag van de nakoming van de koopovereenkomst;

d. het beslag op te heffen, dat [Y] op 6 augustus 2019 heeft gelegd;

e. [Y] te verbieden om tot executie over te gaan van het tussen [X] en [Y] gewezen vonnis op straffe van een dwangsom van € 100.000 voor het geval [Y] wel tot executie overgaat en de onroerende zaken aan zichzelf zal doen leveren, alsmede op straffe van een dwangsom van € 10.000 per dag dat [Y] de door de onrechtmatige executie in het leven geroepen toestand niet herstelt;

f. [X] en [Y] veroordeelt in de kosten van het door [A c.s.] gelegd beslag tot levering, tot een bedrag van € 398,52, verhoogd met wettelijke rente;

een en ander met veroordeling van [X] en [Y] in de kosten van de procedure, alsmede de nakosten.

3.2. [X] wil dat de voorzieningenrechter (kort gezegd) de vorderingen van [A c.s.] afwijst, dan wel (subsidiar) de contractuele boete matigt tot een bedrag van € 31.000 en [A c.s.] veroordeelt in de kosten van deze procedure, verhoogd met wettelijke rente;

3.3. In een tevoren toegestuurde schriftelijke conclusie van antwoord, heeft [X] ook verzocht om te bepalen dat [X] tegenover [A c.s.] niet in verzuim is ten aanzien van de levering

van de onroerende zaken aan [A c.s.]. Maar tijdens de mondelinge behandeling heeft [X] ervan afgezien om dit als een reconventionele vordering in te dienen.

3.4. [Y] wil – in reconventie – dat de voorzieningenrechter (kort gezegd) de vorderingen van [A c.s.] afwijst en dat de voorzieningenrechter verder (in reconventie):

a. het beslag opheft, dat [A c.s.] op 24 maart 2020 op de onroerende zaken heeft gelegd;

b. [A c.s.] verbiedt om opnieuw een koopovereenkomst te laten inschrijven, andermaal beslag op de onroerende zaken zal leggen, dan wel op hetgeen waartoe [X] in het vonnis van 25 maart 2020 door de rechtbank Overijssel is veroordeeld, op straffe van een dwangsom van € 25.000 per dag, tot een maximum van € 500.000;

met veroordeling van [A c.s.] in de kosten van deze procedure, met de nakosten.

3.5. Partijen hebben over en weer verweer gevoerd. In het navolgende gaat de voorzieningenrechter nader op de standpunten en stellingen van partijen in.

4 De beoordeling

Er bestaat voldoende spoedeisend belang bij dit kort geding

4.1. De vorderingen over en weer lenen zich voor een behandeling in kort geding. Daarvoor is nodig dat er sprake is van een spoedeisend belang. Doordat [Y] het tussen [X] en [Y] gewezen vonnis d.d. 25 maart 2020 van de rechtbank Overijssel op zeer korte termijn ten uitvoer kan leggen, maakt deze zaak naar het oordeel van de voorzieningenrechter voldoende spoedeisend. Dat [A c.s.] ook eerder al rechtsmaatregelen had kunnen treffen, zoals [Y] heeft aangevoerd, maakt dat op zichzelf nog niet anders. Zo valt zeer wel te billijken dat [A c.s.] eerst het vonnis van 25 maart 2020 van de rechtbank Overijssel in de procedure tussen [X] en [Y] heeft afgewacht.

Het gaat in dit kort geding om een voorlopige voorziening, gebaseerd op een voorlopig oordeel

4.2. Het gaat in deze procedure om een voorlopige voorziening, gebaseerd op een voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter. Bij de beoordeling van vorderingen in een kort geding moet worden vooropgesteld, dat een voorlopige voorziening alleen dan voor toewijzing in aanmerking komt als voldoende aanneemelijk is dat een zelfde vordering in een bodemprocedure zal worden toegewezen.

Wie heeft het sterkste recht op levering?

4.3. Zoals in het voorgaande al is aangegeven, zijn de onroerende zaken tweemaal verkocht en gaat het nu om de vraag wie van de

kopers het sterkste recht op levering heeft: [A c.s.] of [Y].

4.4. De voorzieningenrechter komt tot het oordeel dat [A c.s.] een sterker recht heeft op levering van de onroerende zaken, omdat de koopovereenkomst tussen [X] en [A c.s.] van oudere datum is dan de koopovereenkomst tussen [X] en [Y] en in art. 3:298 BW (artikel 298 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek) is bepaald:

“Art. 298.

Vervolgen twee of meer schuldeisers ten aanzien van één goed met elkaar botsende rechten op levering, dan gaat in hun onderlinge verhouding het oudste recht op levering voor, tenzij uit de wet, uit de aard van hun rechten, of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid anders voortvloeit.”

De koopovereenkomst tussen [X] en [Y] is van 20 juni 2019

4.5. De voorzieningenrechter gaat er vanuit dat de koopovereenkomst tussen [X] en [Y] op 20 juni 2019 is gesloten. Redengevend daarvoor is het tussen [X] en [Y] gewezen vonnis van 25 maart 2020, waarin de rechtbank in rechtsoverweging 4.9. heeft overwogen dat door de brief van 20 juni 2019 op grond van het bepaalde in artikel 3.4. van de huurovereenkomst een koopovereenkomst tot stand is gekomen. Dat dat zo is, komt doordat een (koop) overeenkomst tot stand komt door aanbod en aanvaarding (art. 6:217 BW). De in artikel 3.4. van de huurovereenkomst tussen [X] en [Y] opgenomen koopoptie moet worden aangemerkt als een aanbod, dat niet eerder dan door aanvaarding daarvan heeft geresulteerd in een koopovereenkomst. Er is geen juridische reden te bedenken waarom de datum van de koopovereenkomst tussen [X] en [Y] op een andere, oudere datum vastgesteld zou moeten worden.

De koopovereenkomst tussen [X] en [A c.s.] is van 15 oktober en/of 29 oktober 2018

4.6. Met betrekking tot de koopovereenkomst tussen [A c.s.] en [X] gaat de voorzieningenrechter ervan uit dat die op 15 oktober 2018 tussen partijen is gesloten en op 29 oktober 2018 schriftelijk is vastgelegd.

4.6.1. Redengevend daarvoor is op de eerste plaats de schriftelijke koopovereenkomst die als productie 2 door [A c.s.] is overgelegd en die namens [X] door haar [Z], alsmede door beide eisers [A] en [B] is ondertekend en gedagtekend op 29 oktober 2018. Zowel [A c.s.] als [X] hebben in dit kort geding gesteld dat die koopovereenkomst op die datum is gesloten. In de koopovereenkomst staat bovenaan pagina 2 dat partijen “verklaaren dat zij op 15 oktober 2018 een koopovereenkomst hebben gesloten”.

4.6.2. Dit wordt bevestigd door een e-mail¹ d.d. 15-10-2018 van [Z] aan [A], waarin [Z] aan [A] bericht:

“Hallo [A]

In de bijlage copy id bewijs

We hebben het volgende afgesproken

Verkoopprijs € 310.000,00

Datum overdracht 01-01-2020,”

alsmede de e-mail d.d. 17-10-2018² van een zekere [C] aan [A c.s.], waarin deze bericht:

“Hallo [A] en [B],

Hierbij de door mij gemaakte koopovereenkomst.

Willen jullie deze doorlezen? Met name is van belang de dik gedrukte teksten.

Van een volmacht van [X] aan haar zoon heb ik nog niets gezien. [A], wil jij daar nog achteraan gaan?

Groet,

[C]”

4.6.3. Voorts blijkt uit de vergunningverlening van de gemeente Zwolle d.d. 24-12-2019,³ dat [A c.s.] met betrekking tot de onroerende zaken op 9 mei 2019 een omgevingsvergunning heeft aangevraagd voor de realisatie van 11 appartementen. Dat is ook aan aanwijzing, dat er op dat moment een onvoorwaardelijke koopovereenkomst met [X] bestond, omdat het weinig voor de hand ligt dat [A c.s.] een vergunningsaanvraag zou indienen als hij niet een dergelijke koopovereenkomst had afgesloten.

Het door [Y] geschetste scenario overtuigt de voorzieningenrechter niet

4.7. [Y] betwijfelt of de koopovereenkomst tussen [A c.s.] en [X] daadwerkelijk al op 29 oktober 2018 is tot stand gekomen en schetst het volgende scenario: [A c.s.] en [X] hebben vanaf het najaar van 2018 gesproken over de aankoop van de onroerende zaken door [A c.s.]. In dat verband hebben er op 19 en 26 september 2018 oriënterende gesprekken plaatsgevonden tussen [A c.s.] en [Y] (waarbij op 26 september 2018 ook haar [boekhouder] aanwezig was), over de mogelijkheid om de huurovereenkomst eerder te beëindigen dan 31 december 2019. Dat was voor [Y] echter onbespreekbaar. Over (het lichten van) de koopoptie is toen niet gesproken. [A c.s.] en [X] hebben vervolgens in verband met een koopovereenkomst een “1e concept/praatstuk”⁴ laten opstellen. Maar tot een definitieve verkoop was het nog niet gekomen. De heer [D] van O.G.M. De Moriaan B.V., die ook in de aankoop van de onroerende zaken was geïnteresseerd, heeft in een brief d.d. 6 januari 2020⁵ aan de advocaat van [Y] beves-

tigd, dat [Z] hem de onroerende zaken in begin 2019 nog heeft aangeboden voor € 350.000 en dat hij daarna telkens heeft geprobeerd om met [Z] een nieuwe afspraak te maken en dat hij ervan uitging dat hij nog met [Z] in onderhandeling was. Verder heeft diezelfde [D] in een brief d.d. 21 april 2020⁶ aan de advocaat van [Y] bevestigd, dat hij in de week voor 13 maart 2019 met de heer [A] had gebeld en hem had gevraagd of [A] de panden van café [naam] had gekocht, waarop [A] toen heeft gezegd dat hij deze niet had gekocht. Voorts heeft één van de onderhuurders, de heer [F], in een e-mail⁷ aan (de man van) [Y] bevestigd, dat [Z] – tijdens een vergadering op 5 november 2018 met [Y] en haar boekhouder, [Z] en de twee onderhuurders – desgevraagd tegen [F] heeft gezegd dat de onroerende zaken nog niet waren verkocht. Dat alles duidt er volgens [Y] op, dat de onroerende zaken toen nog niet aan [A c.s.] waren verkocht. Nadat [Y] in de brief d.d. 20 juni 2019 van haar advocaat aan [X] had laten weten dat zij de koopoptie wenste te lichten, hebben [A c.s.] en [X] alsnog de koopovereenkomst ondertekend en op 5 juli 2019 laten inschrijven in de kadastrale registers. In de gauwigheid zijn er in geheel geen wijzigingen meer doorgevoerd ten opzichte van het 1e concept/praatstuk, waar heeft [X] een voor haar nadelige koopovereenkomst ondertekend. Zo verklaart zij onder 5.8. van de koopovereenkomst dat ten aanzien van de onroerende zaken geen verplichtingen ten opzichte van derden bestaan wegens voorkeursrecht, optierecht, recht van wederinkoop, terwijl er nu juist op grond van art. 3.4. van de huurovereenkomst wel een koopoptie bestond en dit bij [A c.s.] bekend was. Voorts heeft [X] in art. 6.1 van de koopovereenkomst de verplichting op zich genomen om de onroerende zaken vrij van huur te leveren, terwijl dit mogelijk niet zou stroken met de rechten van onderhuurders, en dit bij [A c.s.] bekend was. Dit zijn volgens [Y] allemaal omstandigheden die maken dat getwijfeld moet worden of [A c.s.] wel daadwerkelijk een ouder recht op levering hebben verworven dan [Y].

4.8. Hoewel de voorzieningenrechter geen antwoord heeft op de vraag, waarom [A] en [Z] tegenover respectievelijk [D] en [E] niet open en eerlijk zijn geweest over de koopovereenkomst tussen [A c.s.] en [X] (als tenminste van de waarheidsgetrouwheid mag worden uitgegaan van de brieven van [D] en [E] dienaangaande), kan het door [Y] geschetste alternatieve scenario de voorzieningenrechter niet overtuigen.

4.8.1. Zoals in de schriftelijke koopovereenkomst is opgenomen, hebben [A c.s.] en [X] de

1 Productie 19 van [A c.s.]

2 Productie 18 van [A c.s.]

3 Productie 20 van [A c.s.]

4 Productie 18 van [A c.s.]

5 Productie 7 van [Y]

6 Productie 9 van [Y]

7 Productie 8 van [Y]

koopovereenkomst reeds op 15 oktober 2018 gesloten. Dat wordt bevestigd door de als producties 18 en 19 overgelegde e-mails van [C] en [Z]. In die e-mails blijkt van overeenstemming over koopprijs en leveringsdatum. Daarmee is aan de essentialia van een koopovereenkomst voldaan. Er zijn geen aanwijzingen dat er met de namen en data van die e-mails is gefraudeerd.

4.8.2. Het klopt dat in de schriftelijke koopovereenkomst van 29 oktober 2019 onder 5.8. een bepaling is opgenomen, die niet strookt met de koopoptie, die in de huurovereenkomst tussen [X] en [Y] was opgenomen. Maar over die koopoptie is pas door het vonnis d.d. 25 maart 2020 van de rechtbank Overijssel duidelijkheid ontstaan. Vóór dat vonnis verkeerden [A c.s.] en [X] (althans haar gevolmachtigde zoon [Z]) kennelijk in de veronderstelling dat er sprake was van een voorkeursrecht en dat [Y] daarvan geen gebruik wilde maken. Vanuit die veronderstelling is te begrijpen dat de bepaling onder 5.8. in de schriftelijke koopovereenkomst is opgenomen (hoewel juristen dit misschien anders hadden opgelost). Weliswaar heeft [Y] – volgens het tussen [Y] en [X] gewezen vonnis d.d. 25 maart 2020 – nooit nadrukkelijk afstand van de koopoptie gedaan, maar het is anderzijds – en dit geldt te meer vanuit de veronderstelling dat sprake was van een voorkeursrecht – geenszins verwonderlijk dat [A c.s.] en [X] ervan zijn uitgegaan dat [Y] geen animo had om de onroerende zaken aan te kopen. Nergens blijkt immers uit dat [Y] in de richting van [X] of [A c.s.] het signaal heeft afgegeven dat zij de aankoop van de onroerende zaken nog wilde overwegen. Dit ondanks het feit dat het [Y] bekend was dat de onroerende zaken in de verkoop stonden en dat [A c.s.] daarvoor concrete belangstelling had. Dat signaal heeft [Y] ook niet afgegeven in de brief d.d. 23 januari 2019,⁸ waarin zij de huuropzegging per 31-12-2019 accepteerde, terwijl dit op dat moment wel voor de hand had gelegen. Deze niet proactieve opstelling van [Y] strookt met het schriftelijke verslag van [A] van het gesprek dat hij op 26 september 2019 met [Y] en haar [boekhouder] had. In dat verslag verklaart hij dat [Y] had aangegeven “er zat van te zijn” en niet verder te willen. Dus weliswaar heeft [Y] in dat gesprek geen afstand gedaan van de koopoptie in de huurovereenkomst (zoals in het vonnis van 25 maart 2020 is overwogen), maar dat [A c.s.] ervan uitging dat [Y] zelf geen animo had om tot aankoop over te gaan, is geenszins verwonderlijk.

4.8.3. Dat de schriftelijke koopovereenkomst geantedateerd zou zijn, baseert [Y] mede op het feit dat zij over een print van de ingeschreven kopie van de koopovereenkomst beschikt, waarin zou staan dat [A] deze pas op 24 de-

cember 2018 (hoewel mr. Coumou in zijn conclusie van antwoord 24 december “2019” heeft geschreven, gaat de voorzieningenrechter er vanuit dat 24 december 2018 bedoeld is) heeft ondertekend. Maar naar het oordeel van de voorzieningenrechter moet dit toch echt aan de kwaliteit van de scan worden geweten. In de door [Y] overgelegde versie⁹ lijkt onder de naam en de handtekening van [A] inderdaad 24-12-2018 te staan. Maar bij vergelijking met de door [A c.s.] overgelegde versie¹⁰ blijkt toch wel duidelijk genoeg dat dit om een en dezelfde akte gaat en dat de datum van ondertekening ook voor [A] 29 oktober 2018 is. De voorzieningenrechter heeft geen aanwijzingen dat de koopovereenkomst van [A c.s.] en [X] is geantedateerd.

4.8.4. Dat [A c.s.] en [X] de koopovereenkomst pas na het lichten van de koopoptie hebben gesloten, ondertekend en laten inschrijven, zoals [Y] wil doen geloven, ligt naar het oordeel van de voorzieningenrechter weinig voor de hand. De voorzieningenrechter kan niet bedenken welk belang [X] heeft gehad om na het lichten van de koopoptie door [Y] de onroerende zaken nog voor een tweede keer te verkopen, voor een koopsom die slechts € 10.000 hoger ligt. Andersom – namelijk dat [X] de onroerende zaken aan [A c.s.] heeft verkocht en dat [Y] vervolgens onverwacht alsnog de koopoptie heeft gelicht – ligt vele malen meer voor de hand. [X] verkeert thans immers in een precare situatie (tussen twee juridische vuren) en het ligt niet voor de hand dat hij daar bewust voor heeft gekozen. Verder ligt het niet voor de hand dat [A c.s.] de koopovereenkomst pas tussen 20 juni 2019 en 5 juli 2019 heeft ondertekend, omdat daarmee de in de koopovereenkomst opgenomen ontbindende voorwaarden – onder meer voor de financiering van 1,75 mio euro – geen enkele betekenis meer zouden hebben, omdat aan die ontbindende voorwaarden in de koopovereenkomst steeds uiterlijk 10 december 2018 moest zijn voldaan. Als ervan uit moet worden gegaan dat die koopovereenkomst pas ná 20 juni 2019 is ondertekend, zouden die ontbindende voorwaarden waardeeloos zijn. En ook dat ligt niet voor de hand.

[A c.s.] heeft het sterkste recht op levering

4.9. De conclusie van het voorgaande moet zijn dat het recht op levering van de onroerende zaken van [A c.s.] van oudere datum is dan dat van [Y] en dat het recht van levering van [A c.s.] daarom voorgaat. Volgens art. 3:298 BW gaat het oudere recht op levering van [A c.s.] echter *niet* voor, indien dat (a) uit de wet, (b)

⁹ Productie 1 van [Y], en wel productie 7 van de daarbij overgelegde dagvaarding d.d. 3 september 2019

¹⁰ Productie 2 van [A c.s.]

⁸ Productie 9 van [A c.s.]

uit de aard van de rechten, of (c) uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit.

4.9.1. Ad a) Er is geen wettelijke regeling waaruit voortvloeit dat het leveringsrecht van [Y] in dit geval toch moet voorgaan.

4.9.2. Ad b) Het recht op levering van zowel [A c.s.] als [Y] vloeit voort uit een koopovereenkomst. Wat dat betreft zijn de beide leveringsrechten gelijksoortig.

De vraag of het recht op levering van [Y] niettemin voor zou moeten gaan, omdat het voortvloeit uit een koopoptie in een huurovereenkomst die dateert van 29 juli 2015, beantwoordt de voorzieningenrechter ontkennend. Er is geen rechtsregel, die meebrengt dat koopovereenkomsten die voortvloeien uit een koopoptie van meer gewicht zijn dan andere koopovereenkomsten en daardoor een sterker recht op levering verschaffen. Evenmin bestaat er een rechtsregel, die meebrengt dat bij het lichten van een koopoptie de datum van de koopovereenkomst vastgesteld moet worden op de datum waarop de koopoptie in het leven is geroepen.

Van de kant van [Y] is in dit verband opgemerkt dat het dan voor een verhuurder wel heel eenvoudig is om een koopoptie te ontduiken. Maar de voorzieningenrechter gaat ervan uit dat een koopoptie niets meer of minder is dan een gewone contractuele verplichting en dat er vanuit het stelsel van het recht geen reden valt te bedenken waarom aan de contractuele verplichtingen die voortvloeien uit een koopoptie andere rechtsgevolgen zouden moeten worden verbonden dan bij het niet nakomen van andere verbintenissen. Wanneer aldus een koopoptie niet wordt nagekomen, dan zal zich dat moeten oplossen in een schadevergoeding.

4.9.3. Ad c) De voorzieningenrechter gaat er voornamelijk van uit dat ook uit de eisen van redelijkheid en billijkheid niet voortvloeit dat het recht op levering van [Y] in dit geval zou moeten prevaleren boven het recht op levering van [A c.s.]. Zoals blijkt uit hetgeen in het voorafgaande is overwogen, was [Y] ervan op de hoogte dat de onroerende zaken in de verkoop stonden. Zo heeft [Y] ook zelf in haar conclusie van antwoord in dit kort geding opgemerkt, dat de onroerende zaken al jaren te koop stonden, dat er vaker aspirant-kopers langskwamen en dat zij deze kopers uit beleefdheid inzage gaf in de administratie. Ook wist [Y] van de belangstelling van [A c.s.], met wie zij immers in september 2018 tweemaal een gesprek heeft gehad. Desondanks heeft zij tot 20 juni 2019 nooit gewag gemaakt van enige belangstelling om de onroerende zaken alsnog zelf te kopen. [A c.s.] en [X] konden ervan uitgaan dat zij hiervoor geen belangstelling had. Om die reden staan de eisen van redelijkheid en billijkheid er niet aan in de weg dat [A c.s.], ondanks

de bepaling in artikel 3.4. in de huurovereenkomst tussen [X] en [Y] (de koopoptie), met [X] een koopovereenkomst heeft afgesloten.

4.9.4. De conclusie moet dus zijn dat [A c.s.] ten opzichte van [Y] het sterkste recht op levering heeft.

[A c.s.] handelt niet onrechtmatig tegenover [Y]

4.10. Van de kant van [Y] is tenslotte nog met klem een beroep gedaan op jurisprudentie van de Hoge Raad in het arrest van 17-11-1967, NJ 1968, 42 (Pos/Van den Bosch), waarin de Hoge Raad heeft beslist dat het onder bijzondere omstandigheden onrechtmatig kan zijn om voordeel te trekken uit de wanprestatie van een ander. In de zaak van Pos/Van den Bosch was het onrechtmatig om, enerzijds in de wetenschap van het bestaan van een koopoptie en bewust van het aanmerkelijk nadeel dat berokkend zou worden door de onmogelijkheid om nog van die koopoptie gebruik te maken, en anderzijds vanwege de vertrouwenspositie ten opzichte van de schenker, een schenking van een onroerende zaak te aanvaarden. Eenzelfde redenering zou gevolgd kunnen worden bij het sluiten van een koopovereenkomst, zoals in de onderhavige zaak. Maar [Y] ziet hierbij over het hoofd dat niet ieder voordeel trekken uit wanprestatie ook meteen een onrechtmatige daad oplevert en dat het in dit geval op de weg van [Y] ligt om bijzondere omstandigheden te stellen en aannemelijk te maken, die tot de conclusie moeten leiden dat [A c.s.] tegenover [Y] onrechtmatig heeft gehandeld door met [X] een koopovereenkomst te sluiten. In dit kort geding is [Y] daarin niet geslaagd. Afgezien van het feit dat [A c.s.] en [X] kennelijk in de veronderstelling verkeerden dat in de huurovereenkomst tussen [X] en [Y] geen koopoptie maar een voorkeursrecht was opgenomen, kon [A c.s.] ervan uitgaan dat [Y] geen belangstelling had voor aankoop van de onroerende zaken en is er voorts van een vertrouwensrelatie tussen [A c.s.] tegenover [X] niets gesteld of gebleken. Ook van andere bijkomende omstandigheden, die het optreden van [A c.s.] onrechtmatig zouden kunnen maken, is de voorzieningenrechter niet gebleken.

De voorzieningenrechter kan er daarom voornamelijk niet van uitgaan dat een beroep van [Y] op de onrechtmatigheid van het handelen van [A c.s.] in een bodemprocedure zal slagen.

De onroerende zaken moeten aan [A c.s.] worden geleverd

4.11. Op grond van al het voorgaande gaat de voorzieningenrechter er voornamelijk van uit dat [A c.s.] het sterkste recht op levering van de onroerende zaken heeft. Dat betekent dat [X] de onroerende zaken aan hem zal moeten leveren. De gevorderde dwangsom zal niet worden

toegewezen, en evenmin de vordering om tot dwangvertegenwoordiger van [X] te worden benoemd. [A c.s.] heeft daarbij geen belang, omdat de eveneens gevorderde indeplaatsstelling zal worden toegewezen, zoals hierna in de beslissing vermeld.

[A c.s.] krijgt geen voorschot op de contractuele boete

4.12. De voorzieningenrechter gaat er voorsnog van uit dat de door [A c.s.] gevorderde contractuele boete van € 930 per dag vanaf 13 maart 2020 voor matiging in aanmerking zal komen. Uit de verslagen¹¹ van de gesprekken die [A] in september 2018 met [Y] heeft gevoerd, blijkt dat [A c.s.] op de hoogte was van het "recht van koop" van [Y]. Op basis van uitspraken van [Y] zijn zowel [A c.s.] als [X] ervan uitgegaan dat [Y] geen beroep op de koopoptie zou doen en hebben zij samen de koopovereenkomst ondertekend. Daarin is onder 5.8. opgenomen dat [X] als verkoper verklaarde "dat ten aanzien van de onroerende zaak geen verplichtingen ten opzichte van derden bestaan wegens voorkeursrecht, optierecht, recht van wederinkoop". Zowel [A c.s.] als [X] konden weten dat dat niet juist was, maar kennelijk gingen beiden ervan uit dat [Y] geen aanspraak op koop zou maken. Beiden zijn er ook van uitgegaan dat er geen sprake was van een koopoptie, maar van een voorkeursrecht. [A c.s.] en [X] waren derhalve in dezelfde mate verrast door de brief d.d. 20 juni 2019, waarin [Y] alsnog de koopoptie lichtte. Hoewel deze onverwachte ontwikkeling in eng juridisch opzicht wellicht voor rekening en risico van [X] moet komen, gaat de voorzieningenrechter er voorsnog van uit dat hier sprake is van zodanig onvoorziene omstandigheden dat [A c.s.] naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding van de boeteclausule uit de koopovereenkomst mag verwachten. In verband met te verwachten matiging en vanwege het feit dat [A c.s.] niet heeft onderbouwd dat hij een spoedeisend belang heeft bij het incasseren van een voorschot van de boetebedragen, zal de voorzieningenrechter het gevorderde voorschot op de contractuele boete als voorlopige voorziening voorsnog afwijzen.

Het door [Y] gelegde beslag wordt opgeheven

4.13. Het door [Y] gelegde beslag op de onroerende zaken moet uiteraard worden opgeheven. Ook de overige vorderingen die ertoe bijdragen dat de onroerende zaken bij [A c.s.] in bezit komen, zullen worden toegewezen.

4.14. Spiegelbeeldig daaraan zullen de gevorderingen van [Y] worden afgewezen.

4.15. De voorzieningenrechter zal de vordering van [A c.s.] om [X] en/of [Y] te veroordelen in de kosten van het door [A c.s.] gelegde beslag voorsnog afwijzen, omdat [A c.s.] in het geheel niet heeft onderbouwd wat de juridische grondslag van deze vordering is, waar de hoogte van het bedrag op is gebaseerd, en wat het spoedeisend belang is om [X] en/of [Y] daar in het bestek van dit kort geding reeds toe te veroordelen.

De proceskosten komen voor rekening van [Y]

4.16. Als grotendeels in het gelijk gestelde partij heeft [A c.s.] recht op vergoeding van de proceskosten. Het verweer van [X] slaagt echter ook. Weliswaar heeft [X] geconcludeerd tot afwijzing van alle vorderingen van [A c.s.], maar goed beschouwd heeft zij zich deels gerefereerd. In ieder geval ligt het, gelet op de proceshouding van [X], niet voor de hand om haar te veroordelen in de proceskosten van [A c.s.]. Dat betekent dat [Y] als de volledig in het ongelijk gestelde partij de proceskosten van [A c.s.] zal moeten vergoeden. [X] dient haar eigen proceskosten te dragen.

4.17. [Y] zal – in conventie – als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van [A c.s.] worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van [A c.s.] worden begroot op:

betekening oproeping € 100,89
griffierecht 304
overige kosten 0
salaris advocaat 980
Totaal € 1.384,89

4.18. [Y] zal – in reconventie – als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van [A c.s.] worden begroot op:

salaris advocaat € 490 (factor 0,5 × tarief € 980)
overige kosten 0
Totaal € 490

4.19. De nakosten komen voor rekening van [Y] en worden toegewezen op de wijze als in het dictum begroot. De nakosten met betrekking tot de proceskostenveroordeling in reconventie zal de voorzieningenrechter begroten op nihil, nu de werkzaamheden daarvoor gelijk op kunnen gaan met die betreffende de veroordelingen in conventie.

5 De beslissing

De voorzieningenrechter in conventie

5.1. veroordeelt [X] tot nakoming van de tussen [X] en [A c.s.] gesloten koopovereenkomst door de onroerende zaak staande en gelegen te [plaats 1] aan [adres 1] en [adres 2] en [adres 3], kadastraal bekend bij de gemeente [plaats 1], sectie E, nummers [1], [2] en [3],

¹¹ Productie 7 van [A c.s.]

over te dragen en te leveren aan [A c.s.] innen veertien dagen na betekening van dit vonnis;

5.2. bepaalt dat, indien [X] niet binnen de gestelde termijn overgaat tot levering van de onroerende zaak, dit vonnis vanaf de vijftiende dag na betekening van dit vonnis dezelfde kracht toekomt als een in wettige vorm opge- maakte akte van [X];

5.3. heft op het beslag tot levering van de onder 5.1. genoemde onroerende zaken, gelegd door [Y] op 6 augustus 2019;

5.4. verbiedt [Y] over te gaan tot executie van het tussen [Y] en [X] gewezen vonnis van 25 maart 2020 op straffe van een dwangsom van € 100.000,00 voor het geval [Y] deson- danks het vonnis van 25 maart 2020 zal execu- teren en de onroerende zaak aan zichzelf zal doen leveren, alsmede op straffe van een dwangsom van € 10.000 per dag dat [Y] de door de onrechtmatige executie in het leven geroepen toestand niet herstelt;

5.5. veroordeelt [Y] in de proceskosten, aan de zijde van [A c.s.] tot op heden begroot op € 1.384,89, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over dit be- drag met ingang van de vijftiende dag na bete- kening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling;

5.6. veroordeelt [Y] in de na dit vonnis ont- stane kosten, begroot op € 157 aan salaris ad- vocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat [Y] niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsge- vonden, met een bedrag van € 82 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak, en te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over de nakosten met ingang van veertien da- gen na de betekening van dit vonnis tot aan de voldoening;

5.7. verklaart dit vonnis in conventie tot zo- ver uitvoerbaar bij voorraad;

5.8. wijst het meer of anders gevorderde af; *in reconventie*

5.9. wijst de vorderingen af;

5.10. veroordeelt [Y] in de proceskosten, aan de zijde van [A c.s.] tot op heden begroot op € 490;

5.11. veroordeelt [Y] in de na dit vonnis ont- stane kosten, begroot op nihil.

5.12. verklaart dit vonnis in reconventie met betrekking tot de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. F. Koster en in het openbaar uitgesproken op 12 mei 2020.

RVR 2020/57

RECHTBANK OVERIJSEL

29 april 2020, nr. C/08/236217 / HA ZA 19-371
(Mr. J.N. Bartels)

Art. 6:277, 7:408 lid 1, 7:411 BW

ECLI:NL:RBOVE:2020:1727

Overeenkomst van opdracht. Bouwen Zonder Aannemer.

Opzegging overeenkomst van opdracht in strijd met redelijkheid en billijkheid, recht op volle loon? Of een toerekenbare tekort- koming van de opdrachtnemer die recht geeft op schadevergoeding?

Replan biedt onder de methode "Bouwen Zonder Aannemer" diensten aan die het voor een op- drachtgever mogelijk maken om zonder tussen- komst van een aannemer een bouwproject uit te voeren. Replan sluit met Wecovi een hierop ge- richte overeenkomst van opdracht. Als loon komt Replan een bepaald percentage toe van de bouw- kosten, die afhankelijk van de te onderscheiden bouwfases in termijnen zullen worden betaald en die op basis van nacalculatie zullen worden verrekend bij oplevering.

Het beoogde project kan niet worden gereal- seerd door prijsstijgingen. Replan maakt een al- ternatief plan, maar dat is voor Wecovi ook niet (financieel) haalbaar. Uiteindelijk zegt Wecovi de overeenkomst op. Wecovi meent dat een voorbe- houd van financiering deel uitmaakt van de overeenkomst, de prijsstijging fors en onvoorzien was, Replan haar niet heeft gewaarschuwd en daardoor niet de zorg in acht heeft genomen die van een goed opdrachtnemer mag worden ver- wacht.

Replan dagvaardt vervolgens Wecovi tot beta- ling van het volle loon, omdat zij meent dat de opzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is en een toerekenba- re tekortkoming oplevert. Replan stelt verder dat Wecovi hoe dan ook op grond van art. 7:411, lid 2, BW het volle loon moet betalen, maar in ieder ge- val 70% daarvan. Dat laatste, omdat Replan 70% van het opgedragen werk heeft verricht. Wecovi vordert op haar beurt veroordeling van Replan tot betaling van de schade die zij stelt te lijden doordat Replan tekort is geschoten in de zorg die van een goed opdrachtnemer mag worden ver- wacht.

Rb.: In deze zaak is het werk opgedeeld in fa- ses, waarvoor periodiek werd betaald. Dat maakt dat opzegging mogelijk is, zeker als daar- naast voor die opzegging redelijke gronden wor- den aangevoerd, zoals de genoemde prijsstijging, en een alternatief plan voor Wecovi niet aan- vaardbaar was. Verder geldt dat Replan niet vol- ledig afhankelijk was van deze opdracht. Wecovi