

ECLI:NL:GHSGR:2008:BD1820

Instantie	Gerechtshof 's-Gravenhage
Datum uitspraak	08-05-2008
Datum publicatie	19-05-2008
Zaaknummer	105.005.839
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Projectontwikkeling. Uitleg koopovereenkomsten en leveringsakte.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE

Sector handel

Zaaknummer : 105.005.839/01

Rolnummer (oud) : 06/1628

Rolnummer rechtbank : 05-2075

arrest van de eerste civiele kamer d.d. 8 mei 2008

inzake

SOTEL INVESTMENT B.V.,
gevestigd te Soest,
appellante,
hierna te noemen: Sotel,
procureur: mr. B.A. Boer,

tegen

[Naam],
wonende te Barendrecht,
geïntimeerde,
hierna te noemen: [geïntimeerde],
procureur: mr. E.H. van Staden ten Brink.

Het geding

Bij exploit van 13 november 2006 is Sotel in hoger beroep gekomen van het tussenvonnis van 30 augustus 2006, door de rechtbank Rotterdam gewezen tussen partijen, nadat die rechtbank bij vonnis van 25 oktober 2006 tussentijds hoger beroep tegen het eerstgenoemde vonnis heeft opengesteld. Bij memorie van grieven tevens houdende vermeerdering van eis (met producties) heeft Sotel twaalf grieven tegen het vonnis aangevoerd, welke door [geïntimeerde] bij memorie van antwoord zijn bestreden. Ten slotte hebben partijen de stukken overgelegd en arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep

1. Het gaat in deze zaak om het volgende.

1.1 Sotel initieert bouwplannen en verkoopt deze vervolgens aan projectontwikkelaars. [Geïntimeerde] is eigenaar van een tweetal percelen grond met opstallen te Barendrecht, het eerste groot 1.28.65 ha (verder: perceel 1), en het tweede groot 0.08.15 ha (verder: perceel 2). Partijen hebben in 2003 onderhandeld over de koop van die percelen door Sotel en daartoe op 4 maart 2003 twee schriftelijke, door beide partijen getekende overeenkomsten gesloten, welke nagenoeg gelijkkluidend zijn. De totale koopprijs bedraagt (€ 1.361.340,65 + € 272.268,13 =) € 1.633.608,78. De overeenkomsten houden verder voor zover van belang het volgende in.

De betaling van de koopprijs vindt plaats in de volgende termijnen:

- 1e betaling: tien procent (10%) van de totale koopsom, na ontvangst brief van de gemeente Barendrecht in het kader van het voorbereidingsbesluit, doch uiterlijk 1 mei 2003;
- 2e betaling: vijftien procent (15%) van de totale koopsom, na ontvangst van de verklaring van geen bezwaar van de provincie, doch uiterlijk 1 maart 2004;
- 3e betaling: 25 procent (25%) van de totale koopsom, na verlening bouwvergunning, doch uiterlijk 1 juni 2004;
- 4e betaling: vijftig procent (50%) van de totale koopsom, na start bouw.

Vanaf 1 augustus 2004 is door koper de aldan geldende wettelijke rente verschuldigd over (het restant van) de koopsom.

(...)

Artikel 1

De voor de overdracht vereiste akte van levering zal worden verleden (...) op een door koper te bepalen tijdstip doch uiterlijk op 1 januari 2007 of zoveel later als partijen zullen overeenkomen.

(...)

Artikel 13

1. Een partij is in verzuim jegens de wederpartij als hij, na in gebreke te zijn gesteld, nalatig is of blijft aan zijn verplichtingen uit hoofde van deze overeenkomst te voldoen. Ingebrekestelling moet schriftelijk geschieden met inachtneming van een termijn van acht dagen. Gemelde termijn kan reeds lopen voordat een partij nalatig is.

2. Wanneer een partij in verzuim is, is deze verplicht de schade die de wederpartij dientengevolge lijdt te vergoeden en kan deze de overeenkomst zonder gerechtelijke tussenkomst ontbinden.

3. Wanneer het verzuim betrekking heeft op het meewerken aan de feitelijke en/of juridische levering danwel op de voldoening van de koopprijs, zal de nalatige partij daarnaast ten behoeve van de wederpartij een zonder rechterlijke tussenkomst opeisbare boete verbeuren. De hoogte van deze boete is gelijk aan tien procent van de totale koopprijs. Voor zover de wederpartij meer schade lijdt, heeft hij, naast de boete, recht op aanvullende schadevergoeding. (...)

(...)

Artikel 20

Tot zekerheid van de nakoming van zijn verplichtingen is koper verplicht op uiterlijk 1 mei 2003 een garantieverklaring van Strabag Development B.V. te verstrekken aan de verkoper, waarin staat dat Strabag Development B.V. de verplichtingen jegens verkoper overneemt ingeval de koper niet aan zijn verplichtingen uit dit contract voortvloeiende kan voldoen. Deze garantieverklaring dient onvoorwaardelijk en onherroepelijk te zijn en gedurende tenminste één maand na de in artikel 1 genoemde uiterste datum haar geldigheid te behouden. Bij niet-nakoming van de bij dit artikel aan koper opgelegde verplichting is artikel 13 van overeenkomstige toepassing.

1.2 Bij brief van 7 mei 2003 heeft [geïntimeerde] aan Sotel het volgende bericht:

(...)

Op 1 mei jl. had ik 10% van de totale koopsom op mijn rekening moeten hebben (Euro 163.360,88) Ondanks mijn herhaaldelijk telefonisch verzoek om betaling heb ik tot op vandaag niets ontvangen. Ook de garantie van Strabag Development moet ik dringend hebben. Gisteren heb je mij telefonisch beloofd onmiddellijk zorg te dragen voor betaling. Je bent nu ruimschoots in verzuim op twee belangrijke punten en ik wijs je op de consequenties. Ik zal je hiervoor een rente en boetes aanrekenen overeenkomstig de bepaling van de op 4 maart jl. getekende overeenkomsten.

(...)

1.3 Van de eerste betalingstermijn heeft Sotel op 19 mei 2003 € 59.500,- betaald, op 27 mei 2003 € 40.000,-, op 4 augustus 2003 € 20.000,- en op 29 september 2003 (als onderdeel van de betaling ter zake van de in rechtsoverweging 1.4 te vermelden levering) € 43.860,87.

1.4 Op 29 september 2003 heeft blijkens een daartoe opgestelde en ondertekende notariële leveringsakte [geïntimeerde] via Sotel aan G.K. [V] (verder: [V]) perceel 2 en een gedeelte van perceel 1 geleverd, waarbij de koopprijs voor het geleverde tussen [geïntimeerde] en Sotel € 475.000,- bedroeg en die tussen Sotel en [V] € 575.000,-. [Geïntimeerde] en Sotel hebben daarbij verklaard dat al hetgeen in hun onderliggende, op 4 maart 2003 opgemaakte koopovereenkomsten is overeengekomen, van kracht blijft voor zover daarvan niet bij de onderhavige leveringsakte uitdrukkelijk is afgeweken.

1.5 Bij brief van 18 maart 2004 heeft [geïntimeerde] aan Sotel bericht:

(...)

Ik verwijs naar ons gesprek van woensdag 17 maart jl. Tijdens dit gesprek heb ik u meegedeeld niet langer op de betaling overeenkomstig genoemde koopovereenkomst te willen wachten. Ook bevestig ik u nog eens dat uw betaling aangaande het reeds geleverde en getransporteerde perceel niets afdoet aan uw algemeen geldende betalingsverplichting voortvloeiend uit de koopovereenkomst. Ik verwacht uw betaling per omgaande in gebreke waarvan ik mij vrij acht die maatregelen te treffen die ik nodig acht, zonder nadere aankondiging daarvan.

1.6 Bij fax van 4 juni 2004 is namens [geïntimeerde] onder meer jegens Sotel aanspraak gemaakt op betaling van de dubbel verbeurde boete terzake van het niet en/of niet tijdig voldoen aan (i) de verplichting tot het verstrekken van de overeengekomen garantieverklaring van Strabag Development B.V. en (ii) de overeengekomen termijnbetalingen. Bij fax van dezelfde dag is namens Sotel medegedeeld dat zij aan [geïntimeerde] geen boetes verschuldigd is.

1.7 In de zomer van 2004 heeft Sotel [geïntimeerde] verzocht haar (het resterende deel van) perceel 1 te leveren. Een zodanige levering heeft niet plaats gevonden.

2. Sotel heeft bij de rechtbank in conventie in hoofdzaak gevorderd dat deze

a. een aantal verklaringen voor recht zal doen, onder meer inhoudende dat zij geen boetes verschuldigd is;

b. primair [geïntimeerde] zal veroordelen mee te werken aan de levering van perceel 1 en subsidiair de overeenkomst zal ontbinden en [geïntimeerde] zal veroordelen tot terugbetaling;

c. [geïntimeerde] zal veroordelen tot schadevergoeding, op te maken bij staat.

[geïntimeerde] heeft in reconventie bij de rechtbank in hoofdzaak gevorderd dat deze de overeenkomsten van 4 maart 2003 zal ontbinden, Sotel zal veroordelen aan hem verbeurde boetes, kosten van juridische en fiscale bijstand en rente te betalen en Sotel zal veroordelen de door haar gelegde beslagen op te heffen.

De overwegingen van de rechtbank komen er kort gezegd op neer

- dat het betoog van Sotel dat [geïntimeerde] zich niet op de verschuldigdheid van een boete inzake de termijnbetalingen kan beroepen, niet opgaat en dat voor wat betreft de geclaimde boete in verband met de garantiebepaling elk verder oordeel wordt aangehouden in afwachting van uitlating door Sotel,

- dat, nu [geïntimeerde] terecht een beroep heeft gedaan op de contractuele regeling inzake de termijnbetaling, hij bevoegd was zijn leveringsverplichting op te schorten en

- dat [geïntimeerde] in beginsel de bevoegdheid heeft verkregen zich op ontbinding van de overeenkomsten van 4 maart 2003 te beroepen.

De rechtbank heeft beslist dat zij Sotel in de gelegenheid stelt zich nader uit te laten over wat zich bij de notaris heeft voorgedaan ter zake van de door Strabag te verstrekken garantie. De rechtbank heeft voorts beslist dat [geïntimeerde] daarop zal mogen reageren en dat hij daarbij tevens mag ingaan op de stelling van Sotel dat ontbinding van de overeenkomsten van 4 maart 2003 niet in verhouding staat tot de gevolgen daarvan, dat [geïntimeerde] geen gerechtvaardigd belang heeft bij ontbinding en dat geen sprake is van verzuim, over het beroep van Sotel op matiging van de boetes en over de wijze en datum van de buitengerechtelijke ontbinding.

3. Sotel heeft in hoger beroep haar eis aldus vermeerderd, dat zij nu ook, in het kader van haar subsidiaire vordering als weergegeven in rechtsoverweging 2, onder b, rente vordert. [Geïntimeerde] heeft die vermeerdering bestreden.

4. De eerste grief klaagt over de feitenvaststelling door de rechtbank. Sotel somt een groot aantal feiten en omstandigheden op die de rechtbank ook in het vonnis had moeten noemen, en andere, die de rechtbank niet als van belang had mogen vermelden. De grief faalt. De rechtbank is niet verplicht alle vaststaande feiten, ook die welke voor een goede motivering van de beslissing niet nodig zijn, in het vonnis op te nemen. Voorts geldt het volgende. Het door Sotel onder a, b en i naar voren gebrachte betreft feiten die niet rechtstreeks van belang zijn voor de rechten en plichten tussen Sotel en [geïntimeerde]. Onderdeel c berust op een uitleg van de aangehaalde producties die de rechtbank daaraan niet behoefde te geven, zoals in het vervolg nader zal worden overwogen. De onderdelen d en j miskennen hetgeen de rechtbank in het tussenvonnis in rechtsoverweging 3.1, onder d en j, heeft overwogen (wat in het kort overeenkomt met het door Sotel gestelde). De onderdelen f en g behoefde de rechtbank niet onder de feiten op te nemen, reeds omdat de betekenis van de betreffende betaling tussen partijen niet vaststaat (zie rechtsoverweging 3.6 van het tussenvonnis) en [geïntimeerde] geen boetes heeft gevorderd ter zake van andere deelbetalingen dan die welke op 1 mei 2003 hadden moeten zijn betaald. Ter zake van de rentevordering van [geïntimeerde] en de daarvoor van belang zijnde feiten en omstandigheden heeft de rechtbank iedere verdere beslissing aangehouden. Daarbij kan ook de in onderdeel h bedoelde brief aan de orde komen.

5. De tweede tot en met achtste grief vallen de overwegingen van de rechtbank aan waarin deze de door Sotel aan haar vordering ten grondslag gelegde stellingen weergeeft en die stellingen beoordeelt. Zij komen erop neer dat Sotel naar voren brengt dat de rechtbank haar stellingen niet goed heeft weergegeven en/of dat zij het om daarbij aangegeven redenen niet eens is met het oordeel van de

rechtbank daarover. Zij lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

6. Het hof neemt als uitgangspunt de tussen partijen op 3 maart 2003 gesloten koopovereenkomsten, nu deze dwingend bewijs opleveren van de tussen partijen over en weer overeengekomen verplichtingen en deze blijken de leveringsakte van 29 september 2003 behoudens daarin opgenomen uitdrukkelijke afwijkingen onverkort tussen partijen gelden. Dat houdt in dat in beginsel – behoudens voor zover kan worden vastgesteld dat partijen van de koopovereenkomst zijn afgeweken – de voor Sotel opgenomen betalingsverplichtingen (vanaf 29 september 2003 verminderd met de ontvangen betaling voor het op die dag aan [V] geleverde) en garantstellingsverplichting met de daaraan verbonden regeling over ingebrekestelling, verzuim, ontbinding en boeteclausule, alsmede de voor [geïntimeerde] geldende verplichting tot medewerking aan de levering van het resterende deel van perceel 1 van kracht zijn.

7. Sotel heeft aangevoerd dat de in haar betalingsverplichtingen opgenomen uiterste data niet meer van toepassing zijn omdat na 4 maart 2003 tussen partijen is afgesproken dat de betaling zou plaatsvinden zodra de daarin opgenomen “ijkmomenten” (brief gemeente, verklaring provincie, bouwvergunning) zouden zijn ontvangen. [Geïntimeerde] heeft betwist dat zodanige afspraken zijn gemaakt en heeft daarbij verwezen naar de koopovereenkomsten van 4 maart 2003 en de leveringsakte van 29 september 2003. Gelet op deze gemotiveerde betwisting (geen blote ontkenning, zoals Sotel stelt), had het op de weg van Sotel gelegen om haar stelling te onderbouwen. Wat zij daartoe heeft aangevoerd vormt niet de voor toelating tot bewijs benodigde minimale onderbouwing. Noch de door haar aangehaalde brief van Strabag Development B.V. (verder: Strabag), noch die van de notaris houdt ook maar enige aanwijzing in dat over wijziging van de betalingsdata tussen partijen overeenstemming is bereikt. Ook de door [geïntimeerde] als productie 10 bij de conclusie van antwoord overgelegde renteberekening, waarnaar Sotel eveneens verwijst, levert daartoe niets op, aangezien daaruit niet blijkt dat de daarin voor de renteberekening opgenomen feitelijke betalingsdata en betalingsbedragen tussen partijen als zodanig zijn overeengekomen. Sotel heeft noch in eerste aanleg, noch in hoger beroep aangegeven wanneer, waar en door wie de door haar gestelde mondelinge afspraken hierover zijn gemaakt. Evenmin heeft zij gesteld waarom die afspraken, als ze zouden zijn gemaakt, in de leveringsakte van 29 september 2003 onvermeld zijn gebleven. Onder deze omstandigheden is het hof met de rechtbank van oordeel dat er geen aanleiding is Sotel op dit punt nog tot bewijslevering toe te laten en dat voor de betalingstermijnen onverkort van de overeenkomsten van 4 maart 2003 moet worden uitgegaan. Aangezien de transactie met [V] pas op 29 september 2003 is geëffectueerd, bedroeg de uiterlijk 1 mei 2003 te betalen eerste termijn € 163.360,87.

8. Sotel heeft voorts naar voren gebracht dat de brief tot ingebrekestelling van [geïntimeerde] van 7 mei 2003 in dit verband niet meer van belang is. Zij verwijst daartoe naar de brief van diens gemachtigde en naar de in rechtsoverweging 7 genoemde renteberekening. Uit deze stukken volgt dat evenwel niet. Zoals reeds overwogen bewijst de renteberekening niets ter zake van een nadere overeenkomst tussen partijen; deze houdt ook niet in dat de ingebrekestelling is ingetrokken. Evenmin valt dat te lezen in de bedoelde brief van de gemachtigde. Voor zover daarin de bereidheid van [geïntimeerde] is uitgesproken om onder van de overeenkomsten van 4 maart 2003 afwijkende voorwaarden af te zien van ontbinding van de overeenkomsten, betreft dat slechts een uit coulance gedaan voorstel dat kennelijk door Sotel niet is aanvaard.

9. Uit het in rechtsoverweging 1.3 weergegeven betalingsoverzicht volgt dat Sotel niet voor 1 mei 2003 en evenmin binnen 8 dagen nadat zij daaromtrent op 7 mei 2003 in gebreke is gesteld, de verschuldigde eerste termijn heeft voldaan. Zij is daarom, zoals de rechtbank terecht overweegt, in beginsel de voor dat geval overeengekomen boete van 10% van de koopsom verschuldigd.

10. Sotel heeft tevens naar voren gebracht dat tussen haar en [geïntimeerde] op 8 juli 2003 is overeengekomen dat [geïntimeerde] zekerheid zou stellen voor de ontvangen en nog te ontvangen betalingstermijnen. Zij beroept zich daartoe wederom op de reeds genoemde brieven van Strabag en de notaris. [Geïntimeerde] heeft erkend dat over deze zekerheidstelling is gesproken, maar betwist dat daarover overeenstemming is bereikt, aangezien de ingeschakelde deskundigen niet tot een constructie konden komen die aan zijn verlangen tot behoud van recht tegemoet kwam. Anders dan Sotel is het hof

van oordeel dat dit een voldoende gemotiveerde betwisting vormt van de door Sotel op dit punt ingenomen stelling. Uit deze stelling van Sotel volgt in elk geval dat deze eventuele verplichting tot zekerheidstelling niet afdoet aan de verschuldigdheid van de in rechtsoverweging 9 bedoelde boete, aangezien die boete al was vervallen voordat de beweerde nadere overeenkomst was gesloten en, zoals gemeld, ervan moet worden uitgegaan dat nadien niet is afgedaan aan de betalingstermijnen en de aan overschrijding daarvan verbonden boete. Uit de door Sotel aangehaalde brieven blijkt wel dat rond 8 juli 2003 over zekerheidstelling door [geïntimeerde] is gesproken, maar zij leveren niet het bewijs dat daarover overeenstemming is bereikt. Daaruit, en in het bijzonder uit de brief van Strabag, valt veeleer af te leiden dat de bereidheid van [geïntimeerde] om zekerheid te stellen voor de terugbetaling van de ontvangen termijnen door hem consequent afhankelijk is gehouden van de voldoening door Sotel aan de op 4 maart 2003 overeengekomen voorwaarde dat Sotel zou zorgen voor een garantstelling door Strabag voor de door Sotel te verrichten betalingen. De overwegingen van de rechtbank op dit punt zijn juist.

11. Ter zake van de levering op 29 september 2003 aan [V] overweegt het hof als volgt. Die levering strekt in zoverre tot uitvoering van de overeenkomsten van 4 maart 2003, dat [geïntimeerde] heeft meegewerkt aan de levering van perceel 2 en een deel van perceel 1 op verzoek van Sotel overeenkomstig artikel 1 van die overeenkomsten. Nu niets is overeengekomen omtrent afzonderlijke betalingen bij gedeeltelijke leveringen, strekken de verrichte betalingen alle ter betaling overeenkomstig het ter zake van de betalingstermijnen in die overeenkomsten bepaalde. Aannemende dat [V] geen bouwondernemer is als bedoeld in artikel 3, derde lid, van de overeenkomsten, is bij die levering kennelijk met instemming van [geïntimeerde] een uitbreiding gegeven aan de bepaling dat een ABC-overdracht (alleen) aan een bouwondernemer is toegestaan. Andere afwijkingen van de overeenkomsten blijken niet uit de leveringsakte, zodat het hof er met de rechtbank vanuit gaat dat de overeenkomsten door deze levering verder niet gewijzigd zijn (zoals daarin ook uitdrukkelijk is gestipuleerd). Sotel heeft naar voren gebracht dat deze levering noodzaakte tot een verder aanpassen van de overeenkomsten, maar zij heeft niet aangegeven waarom en op welke punten dat dan nodig was, laat staan dat zij heeft onderbouwd dat over aanpassingen en, zo ja, wanneer en over welke aanpassingen, tussen partijen overeenstemming is bereikt. Dat geldt ook ter zake van de zekerheidstelling door [geïntimeerde], zodat de rechtbank terecht heeft overwogen dat ook uit de levering aan [V] niet voortvloeit dat [geïntimeerde] in schuldeisersverzuim verkeerde door niet voor de volgende termijnbetaling zekerheid te stellen.

12. Uit het voorgaande volgt dat de overeengekomen betalingstermijnen tussen partijen onverkort zijn blijven gelden. Met de rechtbank is het hof van oordeel dat, nu Sotel daarmee en met de bepaling dat de wijziging van de ruimtelijke bestemming voor haar risico komt, heeft ingestemd, er geen redenen van redelijkheid en billijkheid zijn waarom [geïntimeerde] Sotel daaraan nu niet meer zou mogen houden.

13. Evenmin verzetten de redelijkheid en de billijkheid zich er naar het oordeel van het hof tegen dat [geïntimeerde] weigert aan de levering van de rest van perceel 1 mee te werken totdat Sotel aan haar uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen heeft voldaan. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat Sotel in beginsel ten minste een boete van 10% van de koopsom verschuldigd is en dat Sotel nog niet heeft voldaan aan haar verplichting om een garantieverklaring van Strabag over te leggen voor de totale koopsom (waaronder ook die helft van de koopsom valt die Sotel pas na de start van de bouw en derhalve na de levering van het perceel verschuldigd is). Dat aan [geïntimeerde] is meegedeeld dat Sotel deze garantieverklaring niet kon afgeven maakt dat niet anders. Niet is gesteld of gebleken dat Sotel heeft aangeboden daarvoor een andere garantie van gelijke betekenis (bijvoorbeeld een bankgarantie) in de plaats te stellen. Sotel heeft ook gesteld dat met [geïntimeerde] is afgesproken dat Strabag geen garantieverklaring kan afgeven aangezien zij geen partij is bij de overeenkomst. Het hof merkt op dat het constateren dat een partij (Sotel) een onderdeel van de overeenkomst (laten verstrekken van een garantie door Strabag) niet kan nakomen, geen afspraak tussen partijen inhoudt. [geïntimeerde] betwist dat is afgesproken dat de overeengekomen garantie er niet meer hoefde te komen, en erop gewezen dat hij slechts met aanpassing van de overeenkomsten kon instemmen als aan zijn rechten niet tekort zou worden gedaan. Hij heeft daarmee, anders dan Sotel naar voren brengt, de stelling van Sotel op dit punt voldoende gemotiveerd betwist. Een aanwijzing dat [geïntimeerde] ermee zou kunnen hebben ingestemd dat van die garantieverklaring werd afgezien, valt in de brieven van Strabag en van de notaris, waarop

Sotel zich ook voor dit punt beroept, niet te lezen.

14. Over de vraag of de redelijkheid en billijkheid zich ertegen verzetten dat de overeenkomsten door [geïntimeerde] worden ontbonden (waarop Sotel bij de onderbouwing van haar grieven eveneens ingaat) heeft de rechtbank nog niet beslist. Het hof ziet geen aanleiding op die beslissing vooruit te lopen.

15. Het bovenstaande leidt ertoe dat de tweede tot en met de achtste grief slechts in zoverre gegrond zijn dat de betaling uit hoofde van de levering aan [V] moet worden gezien als behorende tot de betalingen uit hoofde van de in de overeenkomsten van 4 maart 2003 opgenomen betalingstermijnen. Dat leidt evenwel niet tot vernietiging van het tussenvonnis omdat dat de door de rechtbank genomen beslissingen niet aantast. De tiende en elfde grief bouwen op de tweede tot en met de achtste grief voort en moeten daarom het lot daarvan delen.

16. De negende grief keert zich tegen de overweging van de rechtbank, ertoe strekkende dat in beginsel ook niet-overlegging van de garantieverklaring van Strabag leidt tot verbeurte van een boete van 10% van de hoofdsom. Sotel voert aan dat artikel 13 in combinatie met artikel 20 niet anders begrepen kan worden dan dat bij niet-nakoming van de garantiebepaling geen boete verschuldigd is omdat niet-nakoming van de garantiebepaling geen betrekking heeft op het meewerken aan de levering danwel op de voldoening van de koopprijs. Het verweer daartegen van [geïntimeerde] houdt in dat uit de tekst van de overeenkomst volgt dat ook op de garantieverklaring de boeteclausule van toepassing is. Nu partijen van mening verschillen over de betekenis van een bepaling van tussen hen gesloten overeenkomsten, is het aan de rechter om de zin na te gaan die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepaling mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Nu deze bepaling op verzoek van [geïntimeerde] in de overeenkomsten is opgenomen en strekte tot zekerheid dat hij de totale koopsom zou ontvangen, moet ook Sotel duidelijk zijn geweest dat deze bepaling voor [geïntimeerde] van essentieel belang was en dat het zijn bedoeling was deze met een gelijke sanctionering te beleggen als de betalingsverplichting van Sotel zelf. Onder deze omstandigheid kan de uitdrukkelijke verklaring in artikel 20 dat artikel 13 (inclusief het derde lid) van overeenkomstige toepassing is, niet anders worden begrepen dan dat die inhoudt dat voor de toepassing van die bepaling bij niet-nakoming van artikel 20 in het derde lid van artikel 13 in plaats van "op het meewerken aan de feitelijke en/of juridische levering danwel op de voldoening van de koopprijs" moet worden gelezen: "op de verstrekking van de garantieverklaring van Strabag Development B.V.". Het oordeel van de rechtbank is juist en de grief faalt.

17. De twaalfde grief strekt ertoe het geschil in volle omvang aan het oordeel van het hof te onderwerpen en mist zelfstandige betekenis. Zij kan daarom verder buiten behandeling blijven en leidt niet tot resultaat.

18. Nu alle grieven falen dient het tussenvonnis te worden bekrachtigd, met veroordeling van Sotel in de kosten van het hoger beroep. De zaak zal worden terugverwezen naar de rechtbank om op de hoofdzaak te worden beslist. Daarbij dient in reconventie te worden beslist op de eis zoals in tussentijds hoger beroep gewijzigd, nu wijziging van eis ingevolge artikel 130, eerste lid, Rv is toegelaten zolang de rechter nog geen eindvonnis heeft gewezen. Het hof is van oordeel dat deze wijziging niet in strijd is met de eisen van een goede procesorde, reeds omdat [geïntimeerde] bij de rechtbank nog in staat kan worden gesteld op de gewijzigde eis te reageren.

Beslissing

Het hof

- bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;
- verwijst de zaak naar de rechtbank Rotterdam om op de hoofdzaak te worden beslist;

- veroordeelt Sotel in de kosten van het hoger beroep, aan de zijde van [geïntimeerde] tot op deze uitspraak vastgesteld op € 296,- aan griffierecht en op € 894,- aan salaris voor de procureur.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.V. van den Berg, A.H. de Wild en G. Dulek-Schermers en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 8 mei 2008 in aanwezigheid van de griffier.