

**NJ 2008, 219**

**NJ 2008, 219**

Instantie: Hoge Raad (Civiele kamer)  
Magistraten: Mrs. D.H. Beukenhorst, P.C. Kop, E.J. Numann, A.  
Hammerstein, J.C. van Oven

Datum: 16 maart 2007

Zaaknr: C05/255HR

Conclusie: A-G Huydecoper

LJN: AZ0613

Roepnaam: -

Noot: C.J.M. Klaassen

Rv art. 151, 152, 157

Essentie

|

Samenvatting

|

Partijen

Snel naar: |

Conclusie

|

Uitspraak

|

Noot

Essentie

Naar boven

Bewijskracht authentieke of onderhandse akte.

Ingevolge art. 157 lid 2 Rv levert een authentieke of onderhandse akte, behoudens de in de bepaling vermelde uitzondering, ten aanzien van de verklaring van een partij omtrent hetgeen de akte bestemd is ten behoeve van de wederpartij te bewijzen, tussen partijen dwingend bewijs op van de waarheid van deze verklaring. Op grond van art. 151 lid 2 Rv staat tegen dit dwingend bewijs tegenbewijs open en dit tegenbewijs mag volgens art. 152 lid 1 Rv door alle middelen geleverd worden, tenzij de wet anders bepaalt. Het staat de rechter vrij dit bewijs geleverd te achten indien hij op grond van de in het geding gebleken feiten bewezen acht dat de in de akte opgenomen verklaring onjuist is. De rechter mag daarbij aan ieder gebleken feitelijk gegeven in het geding de bewijskracht hechten die hem goeddunkt. Het hof heeft uit het oog verloren dat het te leveren tegenbewijs geslaagd mag worden geacht als op grond daarvan het door de akte geleverde bewijs is ontzenuwd.

Samenvatting

Naar boven

In 1990 heeft de overdracht van een perceel grond van thans verweerster in cassatie Aad Wooning aan thans eiser tot cassatie Herbert Wooning plaatsgevonden. In de transportakte is onder meer een voorkeursrecht en een boetebeding opgenomen. In deze procedure heeft Herbert Wooning gevorderd een verklaring voor recht dat het voorkeursrecht is vervallen en dat aan het boetebeding geen gelding toekomt. De rechtbank heeft Herbert Wooning toegelaten te bewijzen dat partijen een van het in de transportakte vermelde voorkeursrecht afwijkend voorkeursrecht zijn overeengekomen en zij heeft vervolgens in haar eindvonnis geoordeeld dat dit bewijs was geleverd. Het hof heeft dit vonnis vernietigd. Het heeft geoordeeld dat Herbert Wooning niet in zijn bewijsopdracht is geslaagd. Het hiertegen gerichte cassatiemiddel treft doel.

Ingevolge art. 157 (184 oud) lid 2 Rv levert een authentieke of onderhandse akte, behoudens

de in de bepaling vermelde uitzondering, ten aanzien van de verklaring van een partij omtrent hetgeen de akte bestemd is ten behoeve van de wederpartij te bewijzen, tussen partijen dwingend bewijs op van de waarheid van deze verklaring. Op grond van art. 151 lid 2 Rv staat tegen dit dwingend bewijs tegenbewijs open en dit tegenbewijs mag volgens art. 152 lid 1 Rv door alle middelen geleverd worden, tenzij de wet anders bepaalt. Het staat de rechter vrij dit bewijs geleverd te achten indien hij op grond van de in het geding gebleken feiten bewezen acht dat de in de akte opgenomen verklaring onjuist is. De rechter mag daarbij aan ieder gebleken feitelijk gegeven in het geding de bewijskracht hechten die hem goedgevoelt (vgl. HR 5 januari 2001, NJ 2001, 612, m.nt. DA). In het onderhavige geval betekent dit dat Herbert bewijs moest leveren van feiten en omstandigheden waaruit valt af te leiden dat de in de akte opgenomen tekst van de door partijen afgelegde verklaringen niet strookt met de werkelijke bedoeling van partijen. Het hof heeft uit het oog verloren dat het door Herbert te leveren tegenbewijs geslaagd mag worden geacht als op grond daarvan het door de akte geleverde bewijs is ontzenuwd.

Partij(en)

Naar boven

H.T.M. Wooning, te Bleiswijk, eiser tot cassatie, adv. mr. P.J.L.J. Duijsens,

tegen

A.M.A. Wooning, te Bleiswijk, verweerder in cassatie, niet verschenen.

Uitspraak

Naar boven

Hof:

Beoordeling van het hoger beroep

1

Het gaat in dit geding om het volgende.

1.1

De persoonlijke vennootschappen van Herbert en Aad (Herbert Wooning B.V. en Aad Wooning B.V.) zijn in 1989 een vennootschap onder firma (hierna: de vof) aangegaan ter exploitatie van een tuinbouwbedrijf. Aad heeft een in de nabijheid van dit bedrijf gelegen perceel grond aan Herbert verkocht. Op 13 september 1990 heeft de belastingadviseur van in elk geval Aad, Van Eldonk, aan notaris E.H. Jansen (hierna: de notaris) een brief geschreven met het verzoek om hiervan de obligatoire overeenkomst op te maken en daarin tevens vast te leggen dat Herbert verplicht is om het perceel aan Aad terug te verkopen in het geval de vof wordt beëindigd vóór 1 januari 1999 en Aad Wooning B.V. gebruikt maakt van het haar eerder toegekende recht om het door de vof geëxploiteerde tuinbouwbedrijf voort te zetten. In deze brief is de notaris verder verzocht om de transportakte op te stellen.

1.2

Op 15 oktober 1990 is door de notaris de transportakte (hierna: de akte) verleden. Onder D van deze akte is vermeld dat Herbert het perceel aan Aad zal aanbieden indien

a. Herbert het perceel wenst te vervreemden

b. de vof tussen Aad Wooning B.V. en Herbert Wooning BV wordt beëindigd voor 1 januari 1999,

zulks onder, onder meer, de bedingen dat

1) Herbert verplicht is om Aad van het voornemen als sub D.a. bedoeld dan wel van de situatie sub D.b. bedoeld schriftelijk in kennis te stellen

2) Aad dan het recht van voorkeur heeft om het perceel te kopen (...) en

7) indien een van de partijen enige op grond van het onderhavige voorkeursrecht gegronde verplichting niet nakomt, deze een boete verbeurt van f. 500.000,-.

1.3

In 1992 heeft Herbert de aandelen van Aad in Aad Wooning B.V. overgenomen en zijn Aad Wooning B.V. en Herbert Wooning B.V. gefuseerd.

1.4

Herbert heeft inmiddels een huis op het perceel laten bouwen en wenst dit thans aan een derde te verkopen.

1.5

Stellende dat Aad het voorkeursrecht dreigt in te roepen heeft Herbert gevorderd een verklaring voor recht dat het voorkeursrecht en het boetebeding zoals neergelegd onder D van de akte zijn vervallen althans dat daaraan geen gelding toekomt. Hij heeft daartoe het volgende aangevoerd. Weliswaar is aan de letterlijke voorwaarden onder D a. en b. van de akte voldaan, doch deze akte geeft de bedoeling van partijen niet juist weer. Zoals ook blijkt uit de brief van Van Eldonk van 13 september 1990 was het de bedoeling van partijen dat het voorkeursrecht slechts betekenis zou hebben in de situatie dat de vof vóór 1 januari 1999 zou worden ontbonden en tevens Aad Wooning B.V. (en Aad als directeur/aandeelhouder) het tuinbouwbedrijf zou voortzetten. Aan deze laatste voorwaarde is, gezien de gebeurtenissen in 1992, niet voldaan, zodat het voorkeursrecht is vervallen althans geen gelding meer heeft. Aad heeft de vorderingen betwist onder verwijzing naar, met name, het bepaalde onder D.a van de akte, die, naar hij opmerkt, dwingende bewijskracht heeft. Ook afgezien hiervan bestrijdt Aad de door Herbert genoemde bedoeling van partijen; volgens Aad was het voorkeursrecht een soort anti-speculatiebeding.

1.6

De rechtbank heeft in het tussenvonnissen van 20 september 2001 overwogen dat Herbert op grond van het bepaalde in de artikelen 184 en 178 Rv (oud) dient te bewijzen dat partijen anders zijn overeengekomen dan in de akte staat en dat als hij dat bewijs niet levert, zal worden geoordeeld dat de akte de afspraken tussen partijen juist weergeeft. Zij heeft vervolgens Herbert opgedragen het bewijs van feiten en omstandigheden waaruit kan worden afgeleid dat partijen (in weerwil van hetgeen in de akte staat) zijn overeengekomen dat het voorkeursrecht van Aad slechts zou bestaan ingeval de vof zou worden beëindigd en Aad Wooning B.V. gebruik zou maken van haar recht om het tuinbouwbedrijf voort te zetten. Bij eindvonnis van 24 september 2003 heeft de rechtbank, na Aad, Herbert, de notaris en Van Eldonk als getuigen te hebben gehoord, Herbert geslaagd geacht in het hem opgedragen bewijs en verklaard voor recht dat Aad, ondanks het bepaalde onder D van de akte, geen voorkeursrecht heeft met betrekking tot het perceel en Herbert mitsdien terzake geen boete aan Aad verschuldigd is geworden.

2

De door de rechtbank onder 2.1 t/m 2.12 van het vonnis van 20 september 2001 vastgestelde feiten zijn in hoger beroep niet betwist, zodat het hof hiervan zal uitgaan. Het hof neemt verder als vaststaand aan dat Herbert bij het passeren van de akte in persoon aanwezig is geweest en dat Aad zich daarbij heeft laten vertegenwoordigen.

3

De grieven III t/m XI richten zich tegen het oordeel van de rechtbank in haar vonnis van 24 september 2003, dat Herbert in het hem opgedragen bewijs is geslaagd en tegen (onderdelen van) de motivering van dat oordeel.

4

Het hof stelt voorop dat Aad zich (ook) in hoger beroep niet op het standpunt heeft gesteld dat de rechtbank — aanstonds, zonder tot verstrekking van een bewijsopdracht over te gaan — had moeten oordelen dat bij gelegenheid van het verlijden van de akte tussen hem en Herbert (alsnog) is overeengekomen zoals onder D van de akte is vermeld.

5

Gelet op de grieven III t/m XI heeft het hof opnieuw te beoordelen of Herbert in zijn

bewijsopdracht is geslaagd.

6

Bij tegenbewijs tegen de dwingende (materiele) bewijskracht van een akte gaat het om wat wel wordt genoemd ‘tegendeelbewijs’, dit is een vorm van tegenbewijs waarbij, anders dan bij ‘gewoon’ tegenbewijs, het bewijsrisico rust op degene die het tegenbewijs dient te leveren. Tegendeelbewijs kan worden geleverd door vermoedens, waartegen weer ‘gewoon’ tegenbewijs kan worden geleverd, indien aangeboden.

7

Op grond van de verklaring van Aad dat, toen de samenwerking met Herbert was geregeld, hij vaak op kantoor bij Van Eldonk is geweest om aan te geven hoe hij de dingen geregeld wilde hebben, op grond van de verklaring van Van Eldonk, dat uit zijn dossier blijkt dat hij over de koop/verkoop van het perceel een gesprek heeft gehad met Aad en dat hij van een gesprek met Herbert niet weet, en op grond van het feit dat Van Eldonk in zijn brief van 13 september 1990 schrijft dat hij zich op verzoek van Aad tot de notaris wendt, is in elk geval aannemelijk dat, zoals de rechtbank heeft overwogen, Aad instructies aan Van Eldonk heeft gegeven en dat Van Eldonk op basis daarvan zijn brief van 13 september 1990 aan de notaris heeft opgesteld. Herbert heeft verklaard, dat Aad en hij het eens waren over, en dat hij het eens was met, de formulering in de brief Van Eldonk aan de notaris. Mede omdat Van Eldonk bij zijn getuigenverhoor heeft overhandigd een concept van de akte met een begeleidend faxbericht, waarop staat vermeld: ‘(o)p uw verzoek stuur ik u toe de koopakte van de grond, Herbert Wooning’, acht het hof geloofwaardig de verklaring van de notaris, dat (uit zijn dossier blijkt dat) hij één conceptakte heeft opgesteld en dat hij dit concept op 26 september aan Herbert en Aad heeft gefaxt respectievelijk verstuurd. Vaststaat dat de tekst van de concept-akte (voorzover in dit geding relevant) overeenstemt met die van de definitieve akte en dat de concept-akte en de akte op het punt van het voorkeursrecht wezenlijk afwijken van de omschrijving daarvan in de brief van Van Eldonk van 13 september 1990.

8

In de periode 13 september–26 september 1990 is er dus iets gebeurd. De notaris heeft dienaangaande verklaard dat hij de meest logische verklaring voor het verschil tussen de brief van Van Eldonk van 13 september 1990 en de (concept-)akte vindt, dat hij op grond van die brief ervan uitging dat als de vof vervroegd zou eindigen, de onderneming per definitie door Aad Wooning B.V. zou worden voortgezet, waardoor, zo begrijpt het hof de gedachtegang van de notaris, het niet meer nodig was om ook nog de voorwaarde op te nemen dat de onderneming door Aad Wooning B.V. zou worden voortgezet. De notaris heeft verder verklaard dat hij zich herinnert dat hij bij het opstellen van de (concept-)akte heeft zitten denken: ‘hoe krijg ik de formulering netjes voor elkaar’, en dat hij het waarschijnlijk acht dat het boetebeding op zijn initiatief in de (concept-) akte is opgenomen,

9

Gelet op het zojuist onder 7 en 8 overwogene zou het vermoeden gerechtvaardigd kunnen zijn dat punt D van de *concept*-akte de tussen Aad en Herbert gesloten overeenkomst met betrekking tot het voorkeursrecht niet juist weergeeft. Hierbij merkt het hof nog op dat het — evenals de rechtbank — niet geloofwaardig acht de verklaring van de notaris, dat de kans dat de precieze formulering van het voorkeursrecht niet met partijen is besproken, hem onbestaanbaar lijkt. De onder 8 weergegeven verklaringen van de notaris duiden er immers juist op dat hij zelfstandig te werk is gegaan. Indien genoemd vermoeden zou worden gehanteerd, dan is dat — zelfs nu Aad hiertegen geen ‘gewoon’ tegenbewijs heeft aangeboden — echter nog niet voldoende om Herberts tegendeelbewijs geleverd te achten, gelet op het navolgende.

10

Zoals eerder is overwogen acht het hof — op grond van de verklaring van de notaris —

bewezen dat de notaris de concept-akte op 26 september 1990 aan Herbert en Aad heeft gezonden. In aansluiting hierop heeft Aad gesteld dat Herbert dus van de concept akte heeft kunnen kennisnemen, dat hij zelfs drie weken (namelijk tot het moment van het verlijden van de uiteindelijke akte op 15 oktober 1990) de tijd heeft gehad om deze te kunnen beoordelen en om hierop te reageren, maar dat hij niet heeft aangegeven dat hij het met de tekst niet eens was. Verder heeft Aad onweersproken gesteld, dat hij, Aad, de concept-akte onder ogen heeft gekregen, dat hij zich kon verenigen met hetgeen in de concept akte was opgenomen en dat hij daarom niet zelf bij het passeren van de akte aanwezig is geweest. Ook al staat vast (zie rov. 2.12 van het vonnis van 20 september 2001) dat Aad en Herbert tussen 13 september 1990 en het verlijden van de akte op 15 oktober 2001 het niet over de inhoud van het voorkeursrecht hebben gehad, in het licht van artikel 3:35 BW is het bij deze stand van zaken toch zeer wel mogelijk dat in de periode 26 september 1990 – 15 oktober 1990 tussen Aad en Herbert een (nadere) overeenkomst tot stand is gekomen met de inhoud als vermeld in de concept-akte. Dit betekent dat op basis van de processtukken niet bewezen kan worden geacht of vermoed kan worden dat artikel D van de akte de overeenkomst tussen partijen niet juist weergeeft. Het hof merkt hierbij op dat Aad niet hoeft te stellen wanneer en op welke wijze de overeenkomst die in de akte is weergegeven, tot stand is gekomen. Hij kan immers volstaan met te verwijzen naar de akte, die dwingende bewijskracht heeft. Vanwege de dwingende bewijskracht van de akte is het aan Herbert om te bewijzen dat *ook* tussen 26 september 1990 en 15 oktober 1990 geen overeenkomst conform de akte tot stand is gekomen. Dit is door de rechtbank niet onder ogen gezien.

11

In hoger beroep heeft Herbert aanvullend tegenbewijs door middel van getuigenverhoor aangeboden. In beginsel hoeft een aanbod tot tegenbewijs niet te worden gespecificeerd, ook niet als het tegendeelbewijs betreft. In een situatie als de onderhavige, die zich daardoor kenmerkt dat een partij in hoger beroep aanvullend tegenbewijs aanbiedt nadat zij in eerste aanleg al was toegelaten tot tegenbewijs en in verband daarmee al een aantal getuigen zijn gehoord, mag evenwel worden verwacht dat deze partij zijn aanbod in hoger beroep nader toelicht, bijvoorbeeld door te specificeren waarom zij (bepaalde) getuigen (opnieuw) wil doen horen ( *RvdW* 2003, 144).

12

Herbert heeft zijn bewijsaanbod in hoger beroep toegelicht met de opmerkingen dat hijzelf, de notaris en Van Eldonk wederom/nader zouden kunnen verklaren omtrent hetgeen zich precies *voorafgaand aan 13 september 1990* heeft afgespeeld en dat de notaris precies zou kunnen verklaren over hetgeen is geschied bij het passeren van de akte *op 15 oktober 1990*. Het hof constateert dat Herbert niet heeft aangegeven dat hij andermaal getuigen wil doen horen in verband met hetgeen is voorgevallen *tussen 26 september 1990 en 15 oktober 1990*. Zijn bewijsaanbod is derhalve niet terzake dienend en zal daarom worden gepasseerd. Hieruit volgt dat Herbert niet geslaagd is in zijn tegendeelbewijs ten aanzien van de materiële bewijskracht van de akte.

13

Grievens III en V van Aad, inhoudend de klacht dat de rechtbank Herbert ten onrechte in het hem opgedragen bewijs geslaagd heeft geacht, treffen derhalve doel. Ambtshalve wordt overwogen dat de rechtbank in haar tussenvonnissen van 20 september 2001 de bewijslast juist heeft verdeeld.

14

Thans zijn aan de orde de andere standpunten, die Herbert in hoger beroep en in eerste aanleg ter onderbouwing van zijn vorderingen heeft ingenomen.

15

In hoger beroep heeft Herbert gesteld dat hij bij het passeren van de akte op 15 oktober 1990

zich niet bewust was van hetgeen hij ondertekende. Hij wijst er daarbij op dat — hoewel hij ook heeft opgemerkt dat de akte beperkt is voorgelezen — de notaris met hem niet heeft gesproken over de inhoud van de akte, en dat het aspect van het voorkeursrecht in zijn ogen maar een ondergeschikt punt was, hetgeen de reden voor onoplettendheid aan zijn zijde was. Het hof begrijpt dat Herbert hiermee wil betogen dat het niet waar is dat, zoals in de akte als verklaring van de notaris staat vermeld, Herbert heeft verklaard, als weergegeven onder D van de akte. Herbert ontkent derhalve wat wel wordt genoemd de formele bewijskracht van de akte.

16

Als niet betwist staat vast dat Herbert bij het passeren van de akte aanwezig was en daarbij persoonlijk zijn handtekening onder het origineel van de akte heeft gezet. Het zetten van een handtekening onder een akte is een gedraging die in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als een aanvaarding van hetgeen in die akte is vermeld aangezien anderen (waaronder de wederpartij en de notaris) ervan uit mogen gaan dat degene die zijn handtekening onder een akte plaatst, zich met de inhoud daarvan verenigt. Aldus wordt door het zetten van een handtekening onder een akte het in deze akte weergegevene een verklaring van de ondertekenende persoon (waarmee overigens niet zonder meer is gezegd dat deze verklaring ook waar is, maar dat betreft de eerder besproken kwestie van de materiële bewijskracht). Dit is niet anders wanneer de ondertekenende persoon zich van de inhoud van bepaalde onderdelen van de akte niet bewust was en/of wanneer deze onderdelen niet met hem zijn besproken. Door te ondertekenen zonder op volledige voorlezing of kennisneming aan te dringen heeft de ondertekenende persoon welbewust het risico genomen dat anderen meenden — en mochten menen — dat hij de gehele inhoud van de akte onderschreef.

17

De verklaring van de notaris, dat partijen hebben verklaard hetgeen in de akte staat, heeft dwingende bewijskracht, zij het dat daartegen tegen(deel-)bewijs openstaat. Herbert heeft in hoger beroep op dit punt specifiek — en daarnaast niet ook nog algemeen — tegenbewijs aangeboden; hij heeft aangeboden te bewijzen, door het horen van de notaris en zichzelf, dat het voorkeursbeding niet is voorgelezen door de notaris en, door het horen van Van Eldonk en zichzelf, dat het voorkeursrecht maar een punt van ondergeschikt belang was. Verder wenst Herbert de notaris te doen horen ‘teneinde precies te vernemen hetgeen is geschied bij het passeren van de akte teneinde aan te tonen dat op dat moment Herbert zich niet bewust was van het in de akte opgenomen voorkeursbeding’. Deze specifieke bewijsaanboden zijn echter, gelet op het onder 16 overwogene, niet terzake dienend en omdat Herbert geen verderstrekkend bewijsaanbod heeft gedaan is voor tegenbewijslevering door hem dan ook plaats. De formele rechtskracht van de akte blijft derhalve onaangetast.

18

In eerste aanleg heeft Herbert aangevoerd, dat Aad geen belang heeft bij het invoeren van het voorkeursrecht omdat Aad, kort gezegd, niets met het perceel zou kunnen doen. Het hof kan Herbert hierin niet volgen nu Herbert ten pleidooie zelf heeft aangegeven dat het voorkeursrecht Aad de mogelijkheid geeft zijn positie uit te buiten en zich te verrijken, hetgeen moeilijk anders kan worden gezien dan als een erkenning van Aad's belang. In elk geval heeft Herbert, gezien ook deze opmerking van hem ten pleidooie, de gemotiveerde stellingname van Aad onder 15 bij conclusie van antwoord, dat hij een privé-belang heeft bij uitoefening van het voorkeursrecht, onvoldoende weersproken. Bovendien ziet Herbert over het hoofd dat iemand belang in de zin van artikel 3:303 BW heeft bij verkrijging van een zaak zelf, ongeacht wat hij daarmee kan doen.

19

In eerste aanleg heeft Herbert verder betoogd dat het beroep op/de uitoefening van het voorkeursrecht door Aad in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Voorzover dit betoog

berust op het ontbreken van belang van Aad, gaat het niet op om de in rov. 18 genoemde redenen. Voorzover dit betoog berust op de stelling dat destijds het enige oogmerk van het voorkeursrecht was het zorgdragen dat de woning bij Aad zou terugkeren wanneer hij het tuinbouwbedrijf zou gaan exploiteren, gaat het niet op omdat deze stelling, gelet op het onder 4 t/m 17 overwogene, onbewezen is gebleven. Het hof voegt hieraan toe dat Herbert niet heeft aangevoerd dat de uitoefening van het voorkeursrecht in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is, zoals voor terzijdestelling van het voorkeursrecht zou zijn vereist.

20

Tenslotte heeft Herbert in eerste aanleg aangevoerd dat Aad in 1992 afstand heeft gedaan van het voorkeursrecht. Bij repliek op blz. 5 heeft hij Herbert dit toegelicht met de stelling dat er in 1992 van uit is gegaan dat het voorkeursrecht verviel. Dat, zoals Herbert aldaar verder heeft gesteld, Aad niet had aangegeven het voorkeursrecht te willen handhaven en/of dat het verval van het voorkeursrecht aan de orde is geweest/is besproken kan zonder nadere toelichting, die ontbreekt, evenwel niet leiden tot de conclusie dat bij Herbert het *gerechtvaardigd* vertrouwen is gewekt, dat Aad afstand deed van zijn voorkeursrecht, in aanmerking ook genomen dat afstand van recht niet snel kan worden aangenomen. Uit het geheel van de stellingen van Herbert op blz. 5 van zijn conclusie van repliek leidt het hof af dat hij in wezen beoogt te stellen dat hij er van uit ging dat het voorkeursrecht zou vervallen omdat Aad daarbij geen belang meer had en omdat dit recht, gezien de bedoeling die partijen daarmee volgens Herbert hadden, geen betekenis meer voor Aad had. Zoals hiervoor is uiteengezet kan Herbert zich evenwel niet met vrucht beroepen op het ontbreken van belang van Aad bij het voorkeursrecht en op de door hem, Herbert, voorgestane partijbedoeling. In het licht van zijn zojuist weergegeven stellingen bij repliek alsook zijn stelling op blz. 2 van zijn pleitnota, dat ten tijde van de overname van de aandelen het vervallen van het voorkeursrecht slechts 'aan de orde is geweest', komt het aanbod van Herbert ten pleidooie om met getuigen aan te tonen dat ten tijde van de overname van de aandelen was 'afgesproken dat Aad afstand zou doen van het voorkeursrecht' min of meer uit de lucht vallen, althans indien Herbert hiermee zou doelen op een afspraak in strikte zin, door uitdrukkelijke op elkaar aansluitende wilsverklaringen. In aanmerking ook genomen dat Herbert niets heeft vermeld over de tijd en plaats waarop en de omstandigheden waaronder zulke afspraak zou zijn gemaakt, gaat het hof er daarom vanuit dat Herbert met zijn bewijsaanbod en de daarin besloten liggende stelling niet meer of anders voor ogen heeft gehad dan de bij repliek genoemde feiten. Deze feiten kunnen, naar uit het hiervoor overwogene blijkt, de stelling dat Aad afstand heeft gedaan van zijn voorkeursrecht, echter niet dragen, zodat het aanbod om deze feiten te bewijzen als niet terzake dienend zal worden gepasseerd. Indien Herbert wel een afspraak in strikte zin voor ogen zou hebben gehad, is zijn desbetreffende stelling, gelet op zijn andersluidende stellingen bij repliek en de niet-vermelding van plaats, tijd en omstandigheden van de afspraak onvoldoende onderbouwd te achten, terwijl bovendien Herbert alleen maar heeft gesteld dat de afspraak was gemaakt dat Aad afstand 'zou doen' van zijn voorkeursrecht, maar niet dat hij daarvan afstand deed. Dit alles leidt tot de slotsom dat de stelling van Herbert, dat Aad in 1992 afstand heeft gedaan van zijn voorkeursrecht, een toereikende onderbouwing mist.

21

Uit het voorgaande volgt dat grief XII, inhoudende dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de door Herbert gevorderde verklaringen voor recht kunnen worden gegeven, doel treft. Het vonnis van de rechtbank van 24 september 2003 kan dus niet in stand kan blijven en zal worden vernietigd. Het hof zal de vorderingen van Herbert alsnog afwijzen onder veroordeling van Herbert in de proceskosten van beide instanties. De proceskostenveroordeling zal uitvoerbaar bij voorraad verklaard worden aangezien Aad dit

(eerst) in hoger beroep heeft gevorderd.

22

Bij zijn overige grieven heeft Aad nu geen belang meer, zodat deze onbesproken kunnen blijven. Aan de verklaringen voor recht, die Aad in hoger beroep onder de kop ‘*vordering/vermeerdering van eis*’ heeft gevorderd gaat het hof voorbij. Aad had immers niet tijdig, dat wil zeggen bij conclusie van antwoord, een eis in reconventie ingesteld.

Naar boven

Cassatiemiddelen:

Middel I: Overeenkomst tussen partijen met betrekking tot voorkeursrecht

Schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, doordat het Hof in rechtsoverweging 7 tot en met 10 en 15 tot en met 17 van het arrest en in het dictum van het bestreden arrest onjuist en/of onbegrijpelijk heeft overwogen cq beslist als vervat in de bestreden arresten, gelet op een of meer van de volgende zonodig in onderling verband en in onderlinge samenhang te lezen redenen:

Ten onrechte, althans onbegrijpelijk, althans onvoldoende, althans onvoldoende inzichtelijk gemotiveerd, heeft het Hof in genoemde rechtsoverweging(en) overwogen en in het dictum beslist dat Aad Wooning niet hoeft te stellen wanneer en op welke wijze de overeenkomst die in de akte is weergegeven in de akte is gekomen en dat hij kan volstaan met te verwijzen naar de notariële akte die dwingende bewijskracht heeft van die overeenkomst tussen partijen, en dat door te tekenen Herbert Wooning aanvaard heeft wat in de akte stond.

Toelichting

Inleiding

1)

Partijen zijn familie en zouden samen een onderneming drijven. De onderneming was gevestigd te Bleiswijk. Bij het bedrijf was geen bedrijfswoning meer omdat die was onteigend. Aad Wooning was een stuk ouder dan Herbert Wooning. de bedoeling van partijen was dat Herbert Wooning te zijner tijd de onderneming voort zou zetten, maar dat was toen nog niet zeker.

2)

Het gaat in deze zaak om een voorkeursrecht voor een verkoper — Aad Wooning — in de notariële akte van 15 oktober 1990[1.] dat in de akte aanzienlijk stringenter terecht is gekomen dan in enkele weken eerder in de instructie aan de notaris werd opgegeven en voordien summier tussen partijen besproken was[2.] [3.]. Het voorkeursrecht zag op grond bij de onderneming van de vof waarop een bedrijfswoning kon worden opgericht voor Herbert Wooning.

3)

De notaris heeft het concept, dat de notaris zonder overleg met of tussen partijen aanzienlijk scherper heeft opgezet dan de instructies aan de notaris, toegezonden aan partijen. Partijen onderling hebben daarover geen overleg meer gehad[4.]; ook niet met de notaris. Alleen Herbert Wooning was bij het passeren van de akte aanwezig; Aad Wooning heeft bij volmacht aan het passeren van de akte meegewerkt. De notaris heeft de akte slechts beperkt voorgelezen, onder andere niet het voorkeursrecht. Herbert Wooning heeft de akte ondertekend.

4)

In de akte[5.] was opgenomen een voorkeursrecht dat inzet is van deze procedure: naar de mening van Herbert Wooning was het voorkeursrecht bedoeld om Aad Wooning in staat te stellen de grond en de woning daarop waar het voorkeursrecht op ziet terug te nemen om een bedrijfsleider te huisvesten die bij het bedrijf zou wonen, indien Aad Wooning de onderneming van de VOF zou overnemen[6.]. Bij pleidooi in hoger beroep heeft Aad Wooning betoogd dat hij eenvoudigweg winst wilde kunnen maken met de grond en het



woonhuis dat Herbert Wooning zou bouwen doordat hij het woonhuis van Herbert Wooning via het voorkeursrecht weer terug zou kunnen eisen.

5)

Dat Aad Wooning de onderneming voortzet is uitgesloten. Twee jaar na de overdracht van de grond is Aad Wooning uitgetreden uit de vof. De vof is toen niet ontbonden tussen Herbert Wooning en Aad Wooning maar Herbert Wooning heeft de aandelen overgenomen in de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid van Aad Wooning, zodat Aad Wooning geen belang meer had in de onderneming[7.].

6)

De rechtbank had de vordering van Herbert Wooning toegewezen. Aad Wooning is hiertegen in hoger beroep opgekomen bij het hof. Het hof heeft de vordering van Herbert Wooning dat het voorkeursrecht is vervallen althans dat daaraan geen gelding toekomt naar de mening van Herbert Wooning ten onrechte afgewezen.

7)

Aad Wooning vordert thans boeten van Herbert Wooning in verband met schending van het voorkeursrecht waar Aad Wooning het bedrijf al twaalf jaar geleden heeft overgedragen aan Herbert Wooning.

Onderdeel a

8)

Op zich correct heeft het hof overwogen in rechtsoverweging 6 dat het gaat om het tegendeelbewijs waarvan het bewijsrisico op Herbert Wooning rust[8.]. Dit betekent dat voor wat betreft de waarheid van die verklaring de akte geacht wordt dwingen bewijs op te leveren[9.]. Rechtens onjuist heeft het hof echter niet in het licht van die bewijsregel de Haviltex norm toegepast, althans de Haviltex norm toegepast, geclausuleerd dat voor wat betreft de waarheid van de verklaring de bewijskracht van de notariële akte geldt.

9)

Althans is de uitspraak van het hof onbegrijpelijk althans onvoldoende gemotiveerd waar het hof niet duidelijk maakt aan partijen en de hogere rechter dat, waar het gaat om een overeenkomst, ook al ligt deze vast in een authentieke akte, toch de Haviltex norm van toepassing is althans deze norm niet uitgesloten wordt doordat sprake is van een overeenkomst in een authentieke akte maar hoogstens wordt geclausuleerd door de bewijskracht van de notariële akte. Dit had temeer voor de hand gelegen gelet op de uitdrukkelijke stellingen van met name Aad Wooning dat de Haviltex norm niet van toepassing is[10.] waar Aad Wooning zich in zijn verweer tegen de stellingen van Herbert Wooning beperkt tot een beroep op de bewijskracht van de authentieke akte van 15 oktober 1990.

Onderdeel b

10)

Op zich correct heeft het hof overwogen in rechtsoverweging 6 dat het gaat om het tegendeelbewijs waarvan het bewijsrisico op Herbert Wooning rust[11.]. Rechtens onjuist heeft het hof echter geoordeeld in rechtsoverweging 10 van het bestreden arrest dat Aad niet hoeft te stellen wanneer en op welke wijze de overeenkomst die in de akte is weergegeven tot stand is gekomen en dat hij kan volstaan naar de akte die dwingende bewijskracht heeft, wanneer Herbert Wooning stelt dat de akte niet de overeenkomst tussen partijen weergeeft en toelicht waarom dat zo is. Aad Wooning heeft dit gedaan onder andere bij pleidooi bij de rechtbank[12.]

11)

Deze rechtsoverweging van het hof is onder andere in strijd met artikel 157, 150 en 149 Rv alsmede artikel 21 en 22 Rv. Door de dwingende bewijskracht van de authentieke akte rust het bewijs van het tegendeel op Herbert Wooning. Daardoor is hij degene die de bewijslast

heeft van het tegendeel van hetgeen in de akte is opgenomen en ook het bewijsrisico draagt. Indien Aad Wooning dat wil betwisten gaat dat om tegenbewijs tegen die bewijslast van het tegendeel.

12)

Vast staat tussen partijen hetgeen de rechtbank al oordeelde in het vonnis van september 2001[13.], dat partijen het tussen ontvangst van de brief van mr Van Eldonk en het verlijden van de transportakte niet over de inhoud van het voorkeursrecht hebben gehad en dat in het kader van de (voorgenomen) structuur overeenkomst het voorkeursrecht geen onderwerp van gesprek is geweest. Het hof heeft in het bestreden arrest geoordeeld dat in ieder geval op 13 september 1990 (ontvangst van de brief van de notaris met het afwijkende concept akte) en 15 oktober 1990 partijen het niet over het voorkeursrecht hebben gehad[14.].

13)

Het hof heeft miskend, dat de bewijslast van het tegendeel, die op Herbert Wooning rust niet zo ver gaat, dat Aad Wooning niet gehouden zou zijn de stellingen van Herbert Wooning gemotiveerd te betwisten, wanneer hij de stellingen van Herbert Wooning bestrijdt respectievelijk verplicht zijn eigen stellingen toe te lichten. Waar vast staat dat er met name geen verklaringen zijn geweest tussen Herbert Wooning en Aad Wooning tussen 13 september 1990 en 15 oktober 1990 in het licht van het voorgaande komt het met name aan op gedragingen, waaruit alsnog een overeenkomst tussen Herbert Wooning en Aad Wooning tussen 13 september 1990 en 15 oktober 1990 moet worden afgeleid ex artikel 3:35 BW. Herbert Wooning heeft betwist respectievelijk moet geacht worden te hebben betwist dat zodanige gedragingen van hem er waren, waar hij heeft gesteld dat hij zich niet bewust was wat hij ondertekende[15.] en dat hij zich er niet van bewust was niet tussentijds en ook niet bij het passeren van de akte, dat het voorkeursrecht met boetebepaling zo luidde als de notaris in het concept had gezet en dat partijen het hierover in het geheel niet hebben gehad[16.], waardoor gedragingen van Herbert Wooning tot aanvaarding van de eigenmachtige wijziging door de notaris niet vast staan of zelfs maar gesteld zijn. Aad Wooning heeft niet gemotiveerd betwist dat wel degelijk Herbert Wooning ten opzichte van hem zich zodanig gedragen heeft of zodanig verklaard heeft dat Aad Wooning ervan uit mocht gaan dat Herbert Wooning toch instemde met het door de notaris eigenmachtig aangepaste voorstel voor het voorkeursrecht. Aad Wooning heeft zich er slechts toe beperkt aan te geven dat voor wat betreft hem de akte van de notaris, die afweek van de eerdere instructies, accoord was. Dat laatste is echter onvoldoende voor een overeenkomst waar het gaat om beide partijen over en weer. Het gaat erom of een overeenkomst tot stand is gekomen tussen partijen.

14)

Tevens is deze rechtsoverweging van het hof dat Aad Wooning alleen maar ongemotiveerd hoeft te ontkennen in strijd met artikel 21 en 22 Rv. Indien Aad Wooning zou menen uit verklaringen of gedragingen van Herbert Wooning te hebben afgeleid dat Herbert Wooning instemde dat had het hof Aad Wooning dienen op te dragen dit te motiveren en toe te lichten hetgeen Aad Wooning niet heeft gedaan.

15)

Voor zover het hof heeft willen aanvullen gedragingen is het hof getreden buiten de grenzen van de rechtstrijd en de lijdelijkheid van de rechter en heeft het hof met name artikel 24 Rv geschonden althans zonder nadere toelichting, die ontbreekt, is onbegrijpelijk waarom het hof in het licht van de gedingstukken heeft geoordeeld dat niet uitgesloten is te achten dat toch een nadere overeenkomst tussen Herbert Wooning en Aad Wooning tot stand is gekomen tussen 13 september 1990 en 15 oktober 1990 in afwijking van de eerdere afspraken tussen hen, waar vast staat dat er geen verklaringen tussen Herbert Wooning en Aad Wooning over en weer zijn geweest tussen 13 september 1990 en 15 oktober 1990 omdat er niet is onderhandeld en Herbert Wooning gedragingen van overeenstemming betwist heeft en Aad

Wooning die niet gesteld heeft maar zich steeds beperkt heeft tot een beroep op de bewijskracht van de akte[17.].

Onderdeel c

16)

In het licht van stellingen van partijen en de vast staande feiten hierboven in de inleiding van dit middel en in onderdeel b genoemd is voorts hofs rechtsoverweging 10 onbegrijpelijk gemotiveerd, waar het hof op grond van die stellingen en feiten heeft geoordeeld dat tussen partijen wel een nadere overeenkomst tot stand kan zijn gekomen tussen 13 september 1990 en 15 oktober 1990, ook al staat vast dat er tussen hen geen onderhandelingen meer hebben plaats gevonden in die periode en over gedragingen van Herbert Wooning en Aad Wooning niets gesteld is noch door Herbert Wooning (die dit heeft betwist) noch door Aad Wooning (die zich slechts heeft beroepen op de bewijskracht van de akte voor wat betreft de totstandkoming van de overeenkomst tussen partijen).

Onderdeel d

17)

Rechtens onjuist is hof in rechtsoverweging 15 en 16 met name rechtsoverweging 16 in het oordeel dat het tekenen van de akte steeds geldt als een aanvaarding van het in de akte gestelde en door te ondertekenen van de akte zonder op volledige voorlezing of kennisneming aan te dringen de ondertekenende persoon welbewust het risico heeft genomen dat anderen menen — en mochten menen — dat hij de gehele inhoud van de akte onderschreef, althans in deze situatie waar de anderen op wie de akte in deze zaak ziet Aad Wooning was, die geen onwetende derde was, maar mede comparant (bij volmacht) bij de akte. Ook hier geldt de Haviltex norm althans geldt deze in geclausuleerde vorm ten opzichte van de contractuele tegenpartij die ook partij is bij de akte. Derdenbescherming speelt ten opzichte van de tegenpartij niet althans de tegenpartij kan op derdenbescherming geen beroep doen. Waar de tegenpartij bij de onderhandelingen om te komen tot de overeenkomst die is neergelegd in de notariële akte betrokken was, is er ook geen noodzaak tot dergelijke derdenbescherming.

18)

Met deze redenering maakt het hof ieder bewijs van het tegendeel onmogelijk, zulks in strijd met artikel 157 Rv, welke bepaling voornoemd bewijs van het tegendeel wel degelijk openlaat

19)

Althans bedoelde rechtsoverweging van het hof is rechtens onbegrijpelijk in de omstandigheden van het geval genoemd bij onderdeel b en de inleiding bij dit middel dat ten opzichte van Aad Wooning Herbert Wooning een nader aanbod aanvaard heeft, waar vast staat dat er geen verklaringen tussen Herbert Wooning en Aad Wooning over en weer zijn geweest tussen 13 september 1990 en 15 oktober 1990 omdat er niet is onderhandeld en Herbert Wooning gedragingen van overeenstemming betwist heeft en Aad Wooning die niet gesteld heeft maar zich steeds beperkt heeft tot een beroep op de bewijskracht van de akte[18.]. Onbegrijpelijk althans onvoldoende gemotiveerd is dan waarom Aad Wooning mocht menen dat Herbert Wooning wel ineens accoord was gegaan met de afwijkende afspraken zoals de notaris die eigenmachtig had aangepast begin september 1990 buiten partijen om.

Middel 2: Onaanvaardbaar op grond van regels van redelijkheid en billijkheid

Schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, doordat het Hof in rechtsoverweging 19 van het arrest en in het dictum van het bestreden arrest onjuist en/of onbegrijpelijk heeft overwogen cq beslist als vervat in de bestreden arresten, gelet op een of meer van de volgende zonodig in onderling verband en in onderlinge samenhang te lezen redenen:

Ten onrechte, althans onbegrijpelijk, althans onvoldoende, althans onvoldoende inzichtelijk gemotiveerd, heeft het Hof in genoemde rechtsoverweging(en) overwogen en in het dictum afgewezen het beroep van Herbert Wooning dat beroep door Aad Wooning op het voorkeursrecht naar regels van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Toelichting

20)

Het hof overweegt ten onrechte althans onbegrijpelijk dat het voorkeursrecht niet in strijd met redelijkheid en billijkheid is althans naar regels van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

21)

Aan het einde van rechtsoverweging 19 van het eindarrest geeft het hof aan dat Herbert Wooning niet heeft aangevoerd dat de uitoefening van het voorkeursrecht in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is daarmee aanhakende bij de letterlijke tekst van lid 2 van artikel 6:248 BW. Het Hof heeft hierbij met name gerefereerd naar de conclusie van repliek van Herbert Wooning[19.]. In het licht van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid in lid 1 van artikel 6:248 BW en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in lid 2 van artikel 6:248 BW is volstrekt helder dat Herbert Wooning daarmee een beroep heeft gedaan op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en dat toepassing van het voorkeursrecht in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar was. Vergelijk het petitum van de inleidende dagvaarding waarin Herbert Wooning heeft gevorderd dat wordt verklaard dat aan het beding geen gelding toekomt[20.]. Ook Aad Wooning heeft dit zo begrepen[21.]. Artikel 25 Rv verplicht het hof tot aanvulling van rechtsgronden. Zo het hof dit heeft nagelaten is dit ten onrechte.

22)

Ervan uitgaande dat het hof de klachten van Herbert Wooning wel heeft gelezen als zijnde een beroep dat in de gegeven omstandigheden het beroep van Aad Wooning op het voorkeursrecht naar regels van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, is het oordeel van het hof in het licht van de gegeven omstandigheden onbegrijpelijk gemotiveerd. Met name gaat het om de rechtsoverweging van het hof dat niet vast staat dat het enige oogmerk van het voorkeursrecht was het zorgdragen dat de woning bij Aad Wooning zou terugkeren wanneer het tuinbouwbedrijf zou gaan exploiteren, waarbij het hof verwijst naar rechtsoverweging 4 tot 17 van het bestreden arrest, welke het hof op de gronden als uiteengezet in het vorige middel ten onrechte heeft gewezen.

23)

Derhalve dient de zaak te worden terugverwezen.

Naar boven

Conclusie A-G mr. Huydecoper:

Feiten[1.] en procesverloop

1)

Het gaat in deze zaak om de strekking van een in een notariële (transport)akte opgenomen voorkeursrecht ten gunste van de verweerder in cassatie, Aad[2.], en ten laste van de eiser tot cassatie, Herbert. Het transport waarbij dit voorkeursrecht werd vastgelegd vond plaats in het kader van een overeenkomst waarbij de partijen, via hun 'persoonlijke vennootschappen'[3.], een vennootschap onder firma aangingen met het oog op de exploitatie van een tuinbouwbedrijf. Aad droeg in verband hiermee een stuk grond aan Herbert over, waarop later een bedrijfswoning voor Herbert zou worden gebouwd. Tegelijk werd aan Aad een voorkeursrecht verleend voor het geval Herbert de verkregen onroerende zaak zou (willen) vervreemden. Over de strekking van dit voorkeursrecht verschillen partijen van mening.

2)

Over de totstandkoming van het voorkeursrecht is het volgende vastgesteld:

- Val Elsdonk, destijds belastingadviseur van (in elk geval) Aad, heeft bij brief van 13 september 1990 de voor het transport ingeschakelde notaris verzocht een voorkeursrecht op te stellen voor het geval het bedrijf (dat was het eerder aangeduide tuinbouwbedrijf) voor 1 januari 1999 (dat was de datum waarop de tijdsduur van de door partijen beoogde vennootschap zou verstrijken) zou eindigen en de persoonlijke vennootschap van Aad gebruik zou maken van het recht om het bedrijf van de vennootschap voort te zetten. Van Elsdonk deed dit aan de hand van instructies van Aad.
- In de door het notaris-kantoor ontworpen concepttekst is het voorkeursrecht aldus geformuleerd dat dat van kracht zou zijn indien de vennootschap voor 1 januari 1999 werd beëindigd; dat Herbert verplicht werd om een voornemen tot verkoop schriftelijk aan Aad kenbaar te maken; en dat aan niet-nakoming van 'enige op grond van het onderhavige voorkeursrecht (op een partij) rustende verplichting' een forse boetesanctie werd verbonden.
- De concept akte, met het voorkeursrecht dat wezenlijk afweek van het door Van Elsdonk overgebrachte verzoek, is op 26 september 1990 aan Herbert en Aad gefaxt, respectievelijk verstuurd.
- De transportakte, met daarin opgenomen het voorkeursrecht conform het eerder verzonden concept, is (ongeveer drie weken na die verzending) op 15 oktober 1990 gepasseerd. Herbert was daarbij persoonlijk tegenwoordig. (Aad verscheen bij volmacht.)
- Aad en Herbert hebben het tussen 13 september (datum van de genoemde brief van Van Elsdonk) en 15 oktober (datum transport) niet over de inhoud van het voorkeursrecht gehad.

3)

In 1992 is de vennootschap waarover partijen in 1990 gecontracteerd hadden geëindigd. De beëindiging is mede aldus verwezenlijkt, dat Herbert de aandelen van Aad in diens 'persoonlijke vennootschap' overnam en dat beide B.V.'s zijn gefuseerd. (Geruime tijd) later heeft Herbert besloten de onroerende zaak waarop het voorkeursrecht betrekking heeft (en waarop inmiddels een bedrijfswoning was gebouwd) te verkopen. Aad heeft toen een beroep op het voorkeursrecht gedaan. Herbert heeft betwist dat het voorkeursrecht nog zou gelden. Hij heeft een vordering ingesteld, gericht op een met zijn standpunt overeenkomende verklaring voor recht.

4)

In de eerste aanleg werd geoordeeld dat de akte waarin het voorkeursrecht was neergelegd als dwingend bewijs van het overeengekomene had te gelden (en dat dat niet verenigbaar was met het standpunt van Herbert); Herbert werd echter toegelaten tot bewijs dat de overeenkomst van partijen een andere inhoud had dan uit de akte bleek. Na getuigenverhoren oordeelde de rechtbank dat Herbert in dit bewijs geslaagd was.

Op van de kant van Aad ingesteld hoger beroep kwam het hof echter tot het oordeel dat Herbert er niet in geslaagd was, het hem opgedragen bewijs te leveren. Het hof wees de door Herbert ingestelde vordering dus alsnog af.

5)

Van de kant van Herbert is tijdig en regelmatig cassatieberoep ingesteld[4.]. Aad is in cassatie niet verschenen. Namens Herbert is een stuk ingediend dat als 'schriftelijke toelichting' is aangeduid; maar waarvan ik, ter vermijding van misverstand, vermeld dat daarin de klachten van het cassatiemiddel niet worden toegelicht.

Bespreking van het cassatiemiddel

6)

Voor ik de klachten van het middel bespreek lijkt het mij goed dat ik aangeef, hoe ik de beslissing van het hof waartegen die klachten gericht zijn, heb begrepen.

Het hof heeft tot uitgangspunt genomen dat de notariële transportakte dwingend bewijs oplevert van de daaruit blijkende verklaringen; dat daaruit een voorkeursrecht viel op te

maken zoals dat van de kant van Aad werd verdedigd; en dat het aan Herbert was om bewijs te leveren van zijn stelling dat partijen in werkelijkheid een voorkeursrecht van een andere strekking waren overeengekomen.

7)

Ik merk op dat het middel op dit uitgangspunt niet afdingt, zodat daarvan ook in cassatie mag worden uitgegaan. Ik merk daarbij op dat de rechtbank in de eerste aanleg al van hetzelfde uitgangspunt was vertrokken, en dat ook in appel daarop geen aanmerking was gemaakt. Al daarom was het hof gehouden, zich daarnaar te richten. Slechts ten overvloede merk ik op dat ik de uitgangspunten van rechtbank en hof — die steunen op art. 157 Rv. — slechts kan onderschrijven, zodat daartegen gerichte klachten, als die wel zouden zijn ingebracht, wat mij betreft tevergeefs zouden zijn geweest[5.].

8)

Vervolgens heeft het hof onderzocht of Herbert erin was geslaagd bewijs te leveren van een andere overeenkomst dan uit de in de akte neergelegde verklaring van partijen blijkt. De kern van 's hofs oordeel hierover ligt, denk ik, besloten in rov. 10: de gang van zaken zoals die door het hof daarvóór was onderzocht laat in het licht van art. 3:35 BW de mogelijkheid open (het hof acht zelfs 'zeer wel mogelijk') dat er tussen de datum van toezending van de concept-akte en de datum van verlijden daarvan (dus 26 september en 15 oktober 1990 respectievelijk) een (nadere) overeenkomst tot stand is gekomen met de inhoud als vermeld in de conceptakte. Daarom zou, zelfs als men ervan uitgaat dat partijen daarvóór een overeenkomst van een andere inhoud op het oog hadden, niet zijn bewezen dat de uiteindelijk gesloten overeenkomst van het in de akte vastgelegde afweek. Als het immers zeer wel mogelijk is dat de werkelijke verhouding anders is dan de te bewijzene, kan niet worden aangenomen dat het te bewijzene ook bewezen is. De reële mogelijkheid dat het anders is dan te bewijzen werd opgedragen, sluit het aannemen van (effectief) bewijs uit.

9)

Ik heb de indruk dat de klachten van het middel voor een belangrijk deel langs deze, door het hof gevolgde gedachtegang heengaan en/of die gedachtegang miskennen; en dat die klachten daardoor hun doel niet treffen (of zelfs in het geheel niet op dat doel gericht zijn). Ik licht dat nader toe:

10)

Onderdeel 1 van het middel begint met zeven inleidende subalinea's, die geen concrete klachten bevatten. De eerste klacht merk ik op in subonderdeel 1 a. Deze klacht steunt vooral op het argument dat het hof de zogenaamde 'Haviltex-norm' zou hebben miskend, of die norm ten onrechte niet of niet juist zou hebben toegepast, of niet begrijpelijk in zijn oordeel zou hebben betrokken.

De norm die met deze naam pleegt te worden aangeduid[6.] strekt ertoe dat bij de uitleg van wat partijen zijn overeengekomen tot richtsnoer dient, de zin die zij (de partijen) redelijkerwijs aan elkaars uitlatingen en gedragingen mochten toekennen, en wat zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten[7.].

11)

Men kan zich afvragen wat de 'Haviltex-norm' in deze zaak voor rol zou (kunnen) spelen. Het ging hier om een geschil waarin, aan de ene kant, buiten kijf was dat het voorkeursrecht zoals het in de transportakte was uitgedrukt, overeenkwam met het namens Aad verdedigde standpunt, terwijl er aan de andere kant aanwijzingen bestonden voor de juistheid van de stelling van Herbert, namelijk dat partijen, althans aanvankelijk, een voorkeursrecht van een wezenlijk andere inhoud waren overeengekomen. De uitleg van datgene wat er tussen partijen verhandeld was, stond dan ook niet, of maar zijdelings, ter discussie. Ter discussie stond wát er daadwerkelijk was verhandeld — en wel, of het verhandelde als instemming met het voorkeursrecht uit de akte, dan wel met het voorkeursrecht van de andere strekking moest

worden geduid (met als uitgangspunt: een bewijslastverdeling in het nadeel van Herbert).  
12)

De klacht van onderdeel 1 a wijst ook niet aan welk nader onderzoek, of welke nadere vraagpunten, het hof bij de door de klacht verlangde toepassing van de ‘Haviltex-norm’ in ogenschouw had behoren te nemen. Nog daargelaten dat dat betekent dat de klacht de ingevolge art. 407 Rv. vereiste precisie mist, bevestigt dat mij in de gedachte dat de ‘Haviltex-norm’ voor deze zaak van ondergeschikte betekenis is. Het gaat hier niet om de uitleg van wat partijen zijn overeengekomen, maar om de vraag over welke (op zichzelf inhoudelijk duidelijke) overeenkomst zij het blijkens hun doen en laten eens zijn geworden. (Ik merk volledigheidshalve op dat, zoals in alinea 16 hierna nader ter sprake zal komen, het hof die laatste vraag — waar zijn partijen het blijkens hun doen en laten over eens geworden? — heeft onderzocht en beantwoord met toepassing van de beginselen die ook aan de ‘Haviltex-norm’ ten grondslag liggen. Voorzover het middel beoogt te klagen dat dat niet zou zijn gebeurd, is het ook daarom niet als deugdelijk aan te merken.)

13)

Onderdeel 1 b klaagt — zo begrijp ik de wat uitvoerige beschouwingen van de klacht — dat het hof zou hebben miskend dat alleen stellingen die van de kant van Aad voldoende onderbouwd waren aangevoerd, in het nadeel van Herbert in aanmerking mochten worden genomen; en dat dat niet het geval zou zijn met betrekking tot de stelling dat uit het voorgevallene tussen 26 september en 15 oktober 1990 zeer wel zou kunnen worden afgeleid dat een nadere overeenkomst tussen partijen, eventueel in afwijking van het daarvoor overeengekomene, tot stand is gekomen.

14)

Deze klacht berust, als ik het goed zie, op het misverstand dat het hof hier bedoeld heeft op een door nadere uitingen of gesties van partijen tussen 26 september en 15 oktober tot stand gekomen overeenkomst. Daarvan uitgaand wordt geklaagd dat Herbert voldoende onderbouwd heeft aangevoerd dat van dergelijke nadere uitlatingen/gesties geen sprake is geweest; en dat van de kant van Aad deze stellingen van Herbert niet (adequaat) zouden zijn betwist.

Het oordeel van het hof berust echter niet op de hier veronderstelde gedachtegang. Het berust erop dat de partij die, zoals Herbert, een concept-akte ontvangt, daarop niets laat horen, en drie weken na de ontvangst bij het passeren van een akte conform het concept compareert (en niet blijk geeft van enig bezwaar tegen de alsdan voorliggende tekst, en de akte ondertekent), een verklaring afgeeft die, zoals het in art. 3:35 BW wordt omschreven, door de andere betrokkenen overeenkomstig de zin die deze(n) onder de gegeven omstandigheden daaraan mochten toekennen, kán — en mag — worden opgevat als een verklaring van de daarin tot uitdrukking komende strekking. Het hof heeft dus niet gedacht aan nadere uitingen of gesties van partijen, naast de ontvangst van de concept-akte, het daarop gevolgde stilzwijgen, en het medewerken aan het verlijden van de definitieve akte. Het heeft geoordeeld dat die uitlatingen/gesties (zeer wel) als instemming met de desbetreffende overeenkomst — ook al zou die afwijken van het eerder overeengekomene — mochten worden opgevat; en dat daarom het bewijs van een overeenkomst van de andere strekking niet voldoende aannemelijk was[8.].

15)

Bij deze beoordeling kon het hof uitgaan van stellingen die van weerszijden waren aangevoerd en die van geen van beide zijden betwist waren[9.]— ik herhaal: de toezending van de concept-akte, het uitblijven van reactie daarop en het zonder protest compareren bij de ‘conform concept’ verleden akte. Daarom faalt de klacht voorzover die inhoudt dat het hof zijn oordeel ten onrechte op niet als vaststaand aan te merken (want: onvoldoende gesubstantieerd te berde gebrachte) gegevens zou hebben gebaseerd.

Wat dit onderdeel in alinea 13 van de cassatiedagvaarding aanvoert — waar het verwijst naar stellingen van de kant van Herbert die er op neerkwamen dat deze niet begreep wat de strekking van het concept en van de door hem mede ondertekende akte was — doet om voor de hand liggende redenen hier niet aan af. Die stellingen staan er immers in het geheel niet aan in de weg dat men de door Herbert aan de dag gelegde gedragingen kan opvatten als (blijken van) instemming.

16)

Het oordeel van het hof dat ik hier op het oog heb geeft er tegelijk blijk van dat het hof zich wél heeft gericht naar de beginselen zoals die ook in de ‘Haviltex-norm’ tot uitdrukking komen. Het hof heeft immers heel duidelijk tot richtsnoer genomen, de zin die een wederpartij — in dit geval Aad— in de gegeven omstandigheden aan de (ten dele stilzwijgende) uitingen en gesties van Herbert in redelijkheid behoorde toe te kennen, en wat partijen in dit verband redelijkerwijs mochten verwachten. Daarbij heeft klaarblijkelijk zwaar gewogen dat men in het algemeen mag verwachten dat iemand die compareert bij het verlijden van een akte waarvan hij het concept ruim van tevoren heeft ontvangen en die de akte dan zonder enig blijk van bezwaar ondertekent, met de inhoud van de akte instemt (zie de beschouwingen van het hof in rov. 16). Bij een en ander geeft het oordeel van het hof blijk van het tegendeel van een onjuiste rechtsopvatting; en het oordeel van deze strekking is ook verre van onbegrijpelijk.

17)

Daarom beoordeel ik ook onderdeel 1 c als ongegrond. Dit onderdeel behelst een motiveringsklacht die, meen ik, op dezelfde misverstanden berust als de voorafgaande onderdelen.

Dit onderdeel gaat er, verder, ten onrechte van uit dát het hof heeft geoordeeld dat er tussen 13 september en 15 oktober een nadere overeenkomst tussen partijen tot stand is gekomen. Het hof heeft volgens mij (slechts) geoordeeld dat, voorzover al voordien een andere overeenkomst tussen partijen mocht hebben bestaan of zijn overwogen, de gebeurtenissen in de periode na 13 september het zodanig waarschijnlijk (‘zeer wel mogelijk’) maken dat inderdaad een nadere overeenkomst is gesloten, dat het aan Herbert opgedragen bewijs niet als geleverd kan worden beschouwd. In die gedachtegang speelt de vraag of de nadere overeenkomst is komen vast te staan een wezenlijk andere rol dan in de gedachtegang waarop dit middelonderdeel zinspeelt.

18)

Onderdeel 1 d lijkt mij voor een belangrijk deel een herhaling, zij het in andere bewoordingen, van de klachten van de eerdere onderdelen. Met name waar wordt verwezen naar de ‘Haviltex-norm’ heb ik in het onderdeel geen nieuwe argumenten kunnen opmerken. Ook subparagraaf 19 van dit onderdeel merk ik slechts als herhaling aan.

Het onderdeel doet (in subparagraaf 17) mede een beroep op de leer van de ‘derdenbescherming’, en wijst er op dat Aad ten opzichte van zijn wederpartij bij de onderhavige akte niet als derde is aan te merken. Dat laatste is juist, maar de bescherming die het hof mede in zijn oordeel heeft betrokken (en die o.a. in art. 3:35 BW tot uitdrukking komt), is dan ook niet beperkt tot ‘derden’. Die bescherming is daarentegen juist betrokken op partijen die rechtstreeks op de uitingen of gedragingen van de persoon in kwestie zijn afgegaan. In zeer veel gevallen zal het daarbij om contractuele wederpartijen gaan, en dus niet om ‘derden’.

19)

Het onderdeel lijkt verder steun te zoeken bij de gedachte dat Aad in de omstandigheden die zich rond het in geding zijnde voorkeursrecht hebben voorgedaan, rekening kon en moest houden met de mogelijkheid dat Herbert van dat recht zoals het in de (concept) akte was geformuleerd een verkeerde voorstelling zou hebben; en dat Aad daarom niet (zonder meer)



mocht vertrouwen op de (schijn van) instemming die uit het stilzwijgend reageren op het concept én het compareren en tekenen bij het verlijden van de akte, kon worden opgemaakt. 20)

Men kan de steller van het middel nageven dat het zo kán zijn, dat de ene partij bij een notarieel verleden overeenkomst zodanige kennis heeft omtrent de informatie waarover de andere partij beschikt en/of omtrent de bedoelingen of beweegredenen van die andere partij, dat de eerstbedoelde partij er rekening mee moet houden dat de instemming van de andere partij met de in de akte neergelegde tekst op misverstand berust. Dat is echter een bepaald (zeer) uitzonderlijk geval; er moet 'heel wat aan de hand zijn' wil een beroep op dergelijke omstandigheden slagen. Dat heeft het hof tot uitdrukking gebracht met zijn overwegingen die ertoe strekken dat in het algemeen mag worden afgegaan op de houding van degene die (bij zijn volle verstand en zonder aan exorbitante druk bloot te staan, voeg ik toe) een notariële akte ondertekent. Dan kán het nog zo zijn dat de wederpartij over zodanige bijzondere kennis beschikt dat die de ondertekening niet zonder meer als acceptatie van de in de akte neergelegde overeenkomst mag opvatten — maar ik herhaal dat daarvoor nodig is dat van (hoogst) uitzonderlijke omstandigheden is gebleken. 21)

In deze zaak was aan Herbert gelegenheid gegeven om te bewijzen dat tussen hem, in weerwil van zijn uit de notariële akte blijkende instemming, iets anders was overeengekomen dan uit die akte naar voren kwam. Wat bij de bewijslevering aan het licht is gekomen staat helder weergegeven in 's hofs arrest: er waren aanwijzingen dat partijen vóór 26 september andere gedachten hadden omtrent het voorkeursrecht, dan blijken uit de gepasseerde akte; maar het tussen 26 september en 15 oktober voorgevallene laat dusdanig veel ruimte voor de mogelijkheid dat er — alsnog — met een voorkeursrecht conform de akte is ingestemd (met inachtneming van art. 3:35 BW), dat het bewijs van een andere overeenkomst dan in de akte tot uitdrukking komt, niet als geleverd valt aan te merken. 22)

Daarin ligt (ook) besloten dat het hof onvoldoende aanwijzingen heeft gezien voor de gedachte dat Aad, ook ten tijde van het passeren van de akte, rekening behoorde te houden met de mogelijkheid dat bij Herbert, ofschoon die de akte tekende, een andere bedoeling leefde dan uit de akte bleek. Dit (impliciete) oordeel valt in cassatie niet op juistheid te beoordelen (het lijkt mij overigens geenszins onaannemelijk); en het is goed te begrijpen. De stelling van dit onderdeel (in subparagraaf 18) dat de door het hof aan de dag gelegde beoordelingswijze elk leveren van bewijs van een andere overeenkomst zou uitsluiten, is daarom (ook) niet juist. (Hoogst) uitzonderlijke omstandigheden als in alinea 20 hiervóór bedoeld kunnen, als zij zich voordoen, zeer wel worden bewezen. Omdat die omstandigheden uitzonderlijk zijn, zullen zij zich zelden voordoen (en in de andere gevallen dan ook niet kunnen worden bewezen). Maar 'uitzonderlijk' is niet te vereenzelvigen met 'onmogelijk'. 23)

Onderdeel 2 klaagt over de verwerping, door het hof, van het namens Herbert gedane beroep op (beperkende werking van) de redelijkheid en billijkheid. Ik begrijp de klacht zo, dat het hof zou hebben miskend dat namens Herbert wél de onaanvaardbaarheid van het beroep van Aad op het voorkeursrecht zou zijn verdedigd.

Een eerste kanttekening bij deze klacht is, dat men de hier bestreden overweging van het hof, aan het slot van rov. 19, heel wel kan lezen als ten overvloede gegeven. De verwerping van het beroep op 'redelijkheid en billijkheid' wordt immers, en naar mijn idee: zelfstandig, gedragen door de eerder in rov. 19 gedane vaststellingen, waarin de beide stellingen waarop de namens Herbert aangevoerde billijkheidsargumenten waren gebaseerd, worden verworpen. 24)

In materieel opzicht lijkt de klacht mij ook ongegrond. In de passage die middelonderdeel 2

in subalinea 21 op het oog lijkt te hebben, namelijk het slot van alinea 5 (het middel verwijst, volgens mij per abuis, naar alinea 6) van de conclusie van repliek, wordt inderdaad niet met zoveel woorden gesteld dat een beroep op het voorkeursrecht (met het oog op de maatstaven van redelijkheid en billijkheid) onaanvaardbaar zou zijn. (Al) daarom is niet onbegrijpelijk dat het hof de stellingen van de kant van Herbert niet heeft verstaan in de zin die het middelonderdeel voorstaat. De uitleg van partijstellingen is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt, zodat de juistheid daarvan in cassatie niet aan de orde kan komen[10.].

25)

De klacht dat het hof miskend zou hebben dat de rechter verplicht is de rechtsgronden die in het namens partijen aangevoerde besloten liggen, aan te vullen faalt (al daarom), omdat niet wordt aangegeven welke stellingen van de kant van Herbert op de hier bedoelde voet hadden kunnen of moeten worden aangevuld. Ik heb zulke stellingen overigens niet aangetroffen. De enige stelling die op de in het middel aangehaalde plaats wordt aangevoerd komt erop neer dat Aad (in verband met het eindigen van diens betrokkenheid bij het tuinbouwbedrijf) geen belang meer bij het (geldend maken van het) voorkeursrecht zou hebben. Die stelling heeft het hof op inhoudelijke gronden verworpen. Het valt niet in te zien op welke stellingen daarnaast de in art. 25 Rv. bedoelde aanvulling van rechtsgronden gebaseerd had kunnen worden.

26)

In subparagraaf 22 bestrijdt onderdeel 2 nog de uitkomst van 's hofs toetsing aan de redelijkheid en billijkheid. Voorzover deze klacht in het licht van de hiervóór genoemde bedenkingen nog aan de orde zou kunnen komen, moet ook die volgens mij als ongegrond worden beoordeeld. De klacht bouwt namelijk voort op de eerdere onderdelen, en neemt tot uitgangspunt dat de daarin aangevoerde klachten gegrond zijn. Dat is, zoals hiervóór bleek, volgens mij niet zo.

Conclusie

Ik concludeer tot verwerping.

Naar boven

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

Eiser tot cassatie — verder te noemen: Herbert— heeft bij exploit van 1 februari 2000 verweerder in cassatie — verder te noemen: Aad— gedagvaard voor de rechtbank te Rotterdam en gevorderd:

–te verklaren voor recht dat het voorkeursrecht van Aad zoals neergelegd onder D van de akte, op 15 oktober 1990 door partijen aangegaan, is vervallen, althans daaraan geen gelding komt;

–te verklaren voor recht dat aan het tussen partijen aangegane boetebeding dat is neergelegd onder (D sub) 7 van de akte van 15 oktober 1990 geen gelding toekomt;

–Aad te veroordelen tot betaling aan Herbert van *f* 1500 wegens buitengerechtigde kosten. Aad heeft de vordering bestreden.

De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 20 september 2001 Herbert opgedragen te bewijzen: feiten en omstandigheden waaruit kan worden afgeleid dat partijen (in afwijking van hetgeen in de op 15 oktober 1990 verleden transportakte staat) zijn overeengekomen dat het voorkeursrecht van Aad slechts zou bestaan ingeval de v.o.f. ‘V.O.F. Aad Wooning en Herbert Wooning’ voor 1 januari 1999 zou worden beëindigd en Aad Wooning B.V. (een door Aad beheerste vennootschap) gebruik zou maken van haar recht om het tuinbouwbedrijf van de v.o.f. voort te zetten. Na getuigenverhoren en een comparitie van partijen heeft de rechtbank bij eindvonnis van 24 september 2003 voor recht verklaard dat Aad, ondanks het bepaalde onder D van de op 15 oktober 1990 verleden akte, geen voorkeursrecht heeft met

betrekking tot het onderhavige perceel, en Herbert mitsdien terzake geen boete aan Aad verschuldigd is geworden. Het meer of anders gevorderde heeft de rechtbank afgewezen. Tegen beide vonnissen van de rechtbank heeft Aad hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Gravenhage. In hoger beroep heeft Aad gevorderd de vonnissen van de rechtbank te vernietigen en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen van Herbert alsnog af te wijzen, alsmede te verklaren voor recht dat Herbert de verplichtingen die uit hoofde van de akte van 15 oktober 1990 op hem rusten niet is nagekomen en een boete verschuldigd is van f 500.000, te vermeerderen met rente en kosten.

Bij arrest van 7 juni 2005 heeft het hof het vonnis van de rechtbank van 24 september 2003 vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen van Herbert alsnog afgewezen. Aan de vordering van Aad is het hof 'voorbijgegaan'.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

## 2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft Herbert beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Tegen de niet verschenen Aad is verstek verleend.

De zaak is voor Herbert toegelicht door zijn advocaat.

De conclusie van de Advocaat-Generaal J.L.R.A. Huydecoper strekt tot verwerping van het beroep.

## 3. Beoordeling van het middel

### 3.1

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) Aad Wooning en Herbert Wooning, die hierna met hun voornamen worden aangeduid, zijn broers. Zij hebben via de besloten vennootschappen waarvan zij ieder afzonderlijk enig aandeelhouder en bestuurder waren, vanaf 1 januari 1989 in een vennootschap onder firma een tuinbouwbedrijf uitgeoefend. In art. 13 van de vennootschapsakte was bepaald dat indien de vennootschap door opzegging een einde zou nemen, Aad Wooning B.V. het recht had de zaken van de vennootschap voort te zetten.
- (ii) De belastingadviseur Van Eldonk van (in elk geval) Aad heeft bij brief van 13 september 1990 aan notaris E.H. Jansen namens de beide broers het volgende geschreven:  
'Naar aanleiding van het vorenstaande moge ik u verzoeken de volgende stukken op te maken:
  1. een obligatoire overeenkomst waarin is vastgelegd de verkoop door Aad aan Herbert van het perceel grond ... tegen de prijs van f. 100.000. In deze overeenkomst dient tevens te worden vastgelegd de verplichting van Herbert om het perceel grond tegen de waarde in het economisch verkeer te koop aan te bieden aan Aad c.q. Aad Wooning B.V. in het geval dat de firmaovereenkomst tussen Aad Wooning B.V. en Herbert Wooning B.V. wordt beëindigd vóór 1 januari 1999 en Aad Wooning B.V. gebruik maakt van haar recht om het tuinbouwbedrijf voort te zetten.
  2. een akte waarin is vastgelegd de levering van het perceel grond.'
- (iii) Op 15 oktober 1990 heeft ten overstaan van notaris E.H. Jansen de overdracht van het perceel plaatsgevonden, zulks zonder dat in de tussenliggende periode de broers over de inhoud van de op 26 september 1990 aan hen toegestuurde concept-akte hadden gesproken. Alleen Herbert is in persoon bij de notaris verschenen. In de transportakte is onder meer de verplichting van de koper (Herbert) neergelegd het perceel aan de verkoper (Aad) aan te bieden in geval van vervreemding of bezwaring en in geval van beëindiging van de vennootschap onder firma tussen Aad Wooning B.V. en Herbert Wooning B.V. vóór 1 januari 1999, met bepaling op welke wijze de koopprijs tot stand zou komen indien Aad gebruik zou maken van het hem verleende recht van voorkeur, en onder bepaling dat degene die de op hem rustende verplichting niet of onvolledig zou

nakomen een onmiddellijk opeisbare boete van f 500.000 zou verbeuren.

- (iv) Herbert heeft op het perceel een woning gebouwd waarin hij is gaan wonen.
- (v) Op 24 december 1992 is een overeenkomst tot stand gekomen die ertoe leidde dat het door de v.o.f. geëxploiteerde tuinbouwbedrijf volledig aan Herbert is overgedragen. Herbert heeft toen aan Aad verzocht te erkennen dat het hiervoor in (ii) en (iii) vermelde voorkeursrecht was vervallen, doch Aad heeft geweigerd aan dit verzoek te voldoen.
- (vi) Herbert heeft het tuinbouwbedrijf verkocht aan zijn broer Van Eldonk, die ook de op het perceel gebouwde woning in gebruik heeft genomen.

### 3.2

Herbert heeft tegen Aad een vordering ingesteld die strekt tot het geven van een verklaring voor recht dat diens voorkeursrecht is vervallen en dat aan het tussen partijen overeengekomen boetebeding geen gelding toekomt. De rechtbank heeft Herbert toegelaten te bewijzen dat partijen, in afwijking van hetgeen in de transportakte van 15 oktober 1990 is vermeld, zijn overeengekomen dat het voorkeursrecht van Aad slechts zou bestaan als de hiervoor in 3.1 onder (ii) genoemde v.o.f. vóór 1 januari 1999 zou worden beëindigd en Aad Wooning B.V. gebruik zou maken van haar recht het tuinbouwbedrijf van de v.o.f. voort te zetten. In haar eindvonnis heeft de rechtbank geoordeeld dat Herbert dit bewijs heeft geleverd en heeft zij diens vorderingen toegewezen als hiervoor onder 1 is vermeld. Het hof heeft dit vonnis vernietigd en de vorderingen van Herbert afgewezen.

Daartoe heeft het hof, kort samengevat, als volgt overwogen.

- (a) Het hof moet op grond van de grieven opnieuw beoordelen of Herbert in zijn bewijsopdracht is geslaagd.
- (b) Aannemelijk is dat Aad instructies aan Van Eldonk heeft gegeven en dat deze op basis daarvan zijn brief aan de notaris heeft opgesteld. De notaris heeft een concept-akte opgesteld, die op het punt van het voorkeursrecht wezenlijk afwijkt van de inhoud van deze brief, en dit concept, dat op het hier van belang zijnde punt overeenstemt met de definitieve akte, op 26 september 1990 aan partijen gestuurd. In de periode tussen 13 september 1990 (de datum van de brief) en 26 september 1990, zo overweegt het hof, 'is er dus iets gebeurd'. De notaris heeft daarover verklaard dat hij op grond van de brief ervan uitging dat als de v.o.f. vervroegd zou eindigen, de onderneming per definitie door Aad Wooning B.V. zou worden voortgezet, waardoor, naar het hof begrijpt, het niet nodig was ook nog de daarop betrekking hebbende voorwaarde op te nemen, en dat hij (notaris) het waarschijnlijk acht dat het boetebeding op zijn initiatief in de (concept-)akte is opgenomen. (rov. 8)
- (c) Het vermoeden zou gerechtvaardigd kunnen zijn dat de concept-akte de tussen partijen gesloten overeenkomst met betrekking tot het voorkeursrecht niet juist weergeeft, waarbij het hof, evenals de rechtbank, de verklaring van de notaris niet geloofwaardig acht dat de kans dat de precieze formulering niet met partijen is besproken hem onbestaanbaar lijkt. (rov. 9)
- (d) Herbert heeft de tijd gehad van de concept-akte kennis te nemen, deze te beoordelen en daarop te reageren. Aad heeft verklaard dat hij zich met de inhoud van de concept-akte kon verenigen. Ook al staat vast dat Aad en Herbert het in de periode tussen 26 september 1990 en het verlijden van de akte op 15 oktober 1990 niet over de inhoud van de akte hebben gehad, in het licht van art. 3:35 BW is het bij deze stand van zaken, aldus het hof, 'zeer wel mogelijk' dat in deze periode tussen Aad en Herbert een (nadere) overeenkomst tot stand is gekomen met de inhoud als in de concept-akte vermeld. Dit betekent dat op basis van de processtukken niet bewezen kan worden geacht of vermoed kan worden dat de akte de overeenkomst tussen partijen op het onderhavige punt niet juist weergeeft. Aad kan volstaan met te verwijzen naar de akte die dwingende bewijskracht heeft. Vanwege deze dwingende bewijskracht is het aan Herbert te bewijzen dat ook tussen 26 september

1990 en 15 oktober 1990 geen overeenkomst conform de akte tot stand is gekomen. (rov. 10)

- (e) Nu het bewijsaanbod van Herbert niet betrekking heeft op hetgeen in deze laatstbedoelde periode is voorgevallen, wordt het als niet ter zake dienend gepasseerd. (rov. 12)
- (f) Het hof verwerpt ook de overige stellingen van Herbert. Deze stellingen houden in dat Herbert zich niet van het voorkeursrecht bewust was, dat Aad bij een beroep op dit recht geen belang heeft, dat hij daarvan afstand heeft gedaan, en dat uitoefening van dit recht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

### 3.3

Middel 1 voert in de onderdelen b en c tegen de hiervoor in 3.2 onder (d) weergegeven overwegingen van het hof klachten aan die doel treffen. De overige onderdelen van het middel en middel 2 kunnen daarom onbehandeld blijven.

### 3.4

Bij de beoordeling van de onderdelen moet het volgende worden vooropgesteld. Ingevolge art. 157 (184 oud) lid 2 Rv. levert een authentieke of onderhandse akte, behoudens de in de bepaling vermelde uitzondering, ten aanzien van de verklaring van een partij omtrent hetgeen de akte bestemd is ten behoeve van de wederpartij te bewijzen, tussen partijen dwingend bewijs op van de waarheid van deze verklaring. Op grond van art. 151 lid 2 Rv. staat tegen dit dwingend bewijs tegenbewijs open en dit tegenbewijs mag volgens art. 152 lid 1 Rv. door alle middelen geleverd worden, tenzij de wet anders bepaalt. Het staat de rechter vrij dit bewijs geleverd te achten indien hij op grond van de in het geding gebleken feiten bewezen acht dat de in de akte opgenomen verklaring onjuist is.

De rechter mag daarbij aan ieder gebleken feitelijk gegeven in het geding de bewijskracht hechten die hem goedgevalt (vgl. HR 5 januari 2001, nr. C99/124, *NJ* 2001, 612). In het onderhavige geval betekent dit dat Herbert bewijs moest leveren van feiten en omstandigheden op grond waaruit valt af te leiden dat de in de akte opgenomen tekst van de door partijen afgelegde verklaringen niet strookt met de werkelijke bedoeling van partijen. De onderdelen strekken ten betoge dat het hof dit een en ander in een aantal opzichten heeft miskend.

### 3.5

De onderdelen treffen doel. Het hof heeft uit het oog verloren dat het door Herbert te leveren tegenbewijs geslaagd mag worden geacht als op grond daarvan het door de akte geleverde bewijs is ontzenuwd. De hiervoor in 3.2 onder (b) en (c) weergegeven oordelen van het hof houden in dat duidelijke aanwijzingen bestaan dat de tekst van de (concept-)akte op het punt van het voorkeursrecht de tussen partijen gesloten overeenkomst niet juist weergeeft. Door vervolgens, in rov. 10, te overwegen dat in het licht van art. 3:35 BW het ‘zeer wel mogelijk’ is dat tussen 26 september 1990 en 15 oktober 1990 een (nadere) overeenkomst tot stand is gekomen en dat het aan Herbert is om te bewijzen dat ook tussen 26 september 1990 en 15 oktober 1990 ‘geen overeenkomst conform de akte tot stand is gekomen’, heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof was immers klaarblijkelijk van oordeel dat het door Herbert geleverde tegenbewijs in verband met de dwingende bewijskracht van de akte alleen dan voldoende was, indien het de juistheid van de daar opgenomen partijverklaring volledig weerlegde door (ook) te bewijzen dat in de door het hof bedoelde periode geen nadere overeenkomst als in de akte is neergelegd tot stand is gekomen. Dusdoende heeft het hof te hoge eisen gesteld aan het in dit verband door de ondertekenaar van de akte te leveren tegenbewijs. De verwijzing naar het bepaalde in Oart. 3:35 BW maakt dit niet anders.

### 3.6

Het hof heeft voorts, door te overwegen dat Aad kon volstaan met te verwijzen naar de dwingende bewijskracht van de akte en dat het aan Herbert is om te bewijzen dat ook tussen

26 september 1990 en 15 oktober 1990 geen overeenkomst conform de akte tot stand gekomen is, niet alleen de aard van dit tegenbewijs miskend, doch het heeft ook eraan voorbijgezien dat voor de beantwoording van de vraag of Herbert in het hiervoor in 3.4 en 3.5 bedoelde bewijs is geslaagd, alle omstandigheden, ook voor zover deze buiten genoemde periode hebben plaatsgevonden, van belang zijn. Nu het hof bovendien niet heeft vastgesteld dat de inmiddels ten processe gebleken omstandigheden, die volgens het hof aanwijzingen voor de juistheid van het standpunt van Herbert bevatten, door Aad voldoende zijn weersproken of met een beroep op door hem aangevoerde concrete feiten die op het tegendeel wijzen, zijn ontkracht, is voormeld oordeel onbegrijpelijk.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het Hof te 's-Gravenhage van 7 juni 2005;

verwijst het geding naar het gerechtshof te Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Aad in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Herbert begroot op € 457,78 aan verschotten en € 2600 voor salaris.

Met noot van C.J.M. Klaassen[32]

Naar boven

1

Centraal staat in dit arrest de vraag naar de wijze waarop tegenbewijs kan worden geleverd tegen de dwingende bewijskracht tussen partijen van hetgeen zij in een authentieke (of onderhandse) akte hebben verklaard. Deze vraag is in het geding in het kader van een geschil tussen de broers Aad en Herbert Wooning over het al dan niet bestaan van een voorkeursrecht van Aad ten aanzien van een door Aad aan Herbert overgedragen perceel grond, gelegen in de nabijheid van het tuinbouwbedrijf dat de broers door middel van de v.o.f. 'V.O.F. A. en H. Wooning' exploiteerden. Vennoten waren 'Aad Wooning BV' en 'Herbert Wooning BV'. Namens Aad en Herbert is aan de notaris verzocht een obligatoire overeenkomst en een transportakte betreffende het verkochte perceel op te maken en daarin tevens vast te leggen '... de verplichting van de heer H.T.M. Wooning om het perceel grond tegen de waarde in het economisch verkeer te koop aan te bieden aan de heer A.M.A. Wooning c.q. Aad Wooning B.V. in het geval dat de firmaovereenkomst tussen Aad Wooning B.V. en Herbert Wooning B.V. wordt beëindigd vóór 1 januari 1999 en Aad Wooning B.V. gebruik maakt van haar recht om het tuinbouwbedrijf voort te zetten'. De notaris heeft in de transportakte weliswaar een voorkeursrecht van Aad opgenomen, versterkt met een boeteclausule, maar op een andere wijze dan verzocht. Voor zover hier van belang, gold het voorkeursrecht volgens de transportakte indien 'de vennootschap onder firma, welke bestaat tussen (...) Aad Wooning B.V. en Herbert Wooning B.V. wordt beëindigd vóór één januari negentienhonderd negen en negentig'. De toevoeging 'en Aad Wooning B.V. gebruik maakt van haar recht om het tuinbouwbedrijf voort te zetten' is dus niet in de akte opgenomen. Herbert heeft in de onderhavige procedure — voor zover hier van belang — een verklaring voor recht gevorderd dat het voorkeursrecht van Aad zoals neergelegd in de transportakte is vervallen, althans dat daaraan geen gelding toekomt.

2

Volgens de hoofdregel van art. 150 Rv zou Herbert als eisende partij zijn stelling, dat het voorkeursrecht is vervallen of althans niet geldt, hebben te bewijzen. Dit bewijs kan in principe met alle middelen worden geleverd, terwijl de waardering daarvan in principe aan het oordeel van de rechter is overgelaten (art. 152 Rv). In casu beroept Aad zich in het kader van zijn verweer echter op de tekst van de transportakte en de dwingende bewijskracht die aan deze notariële akte toekomt (art. 157 lid 2 jo. art. 151 lid 1 Rv). Het beroep op voormelde

wettelijke regeling, betekent dat de bewijslastverdeling conform art. 150 Rv in een ander daglicht komt te staan. De wet bepaalt immers reeds dat op de partij die de inhoud van een authentieke of onderhandse akte betwist de bewijslast terzake van die betwisting rust (zie m.n. ook Veegens-Wiersma, *Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken*, Bewijs door geschriften (1988), nr. 30 alsmede het arrest Brooke Holland Incorporated/mr. Overes q.q., HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 612, m.nt. DA). De vraag is evenwel wat deze dwingende bewijskracht van de inhoud van de transportakte precies betekent voor de bewijspositie van Herbert. De interpretatie van het in de transportakte verwoorde voorkeursrecht is tussen partijen niet in geding. Zij zijn het er blijkbaar over eens dat dit beding (naar taalkundige uitleg) in die zin moet worden gelezen dat hieraan niet als voorwaarde een voorzetting van het bedrijf door Aad is verbonden. Door Herbert wordt echter betwist dat het in de transportakte verwoorde voorkeursbeding overeenstemt met hetgeen daadwerkelijk de bedoeling van partijen was en wat derhalve tussen hem en Aad is overeengekomen. Ingevolge art. 157 lid 2 Rv levert een verklaring afgelegd in een authentieke (of onderhandse) akte ten behoeve van de wederpartij dwingend bewijs op. Met andere woorden: de inhoud van het voorkeursrecht zoals neergelegd in de transportakte geldt ten gunste van Aad voor waar tegenover Herbert. Men spreekt in dit verband wel van de materiële bewijskracht van een authentieke akte (hetzelfde geldt overigens voor een verklaring in een onderhandse akte). Ingevolge art. 151 lid 2 Rv is ook tegen dwingend bewijs tegenbewijs toegestaan (tenzij de wet dit uitsluit, hetgeen hier niet aan de orde is). De rechtbank laat Herbert (overeenkomstig zijn aanbod) toe tot het leveren van dit tegenbewijs en draagt Herbert in dit verband op ‘het bewijs van feiten en omstandigheden waaruit kan worden afgeleid dat partijen (in afwijking van hetgeen in de op 15 oktober 1990 verleden transportakte staat) zijn overeengekomen dat het voorkeursrecht van Aad Wooning slechts zou bestaan ingeval de v.o.f. ‘V.O.F. A. en H. Wooning’ vóór 1 januari 1999 zou worden beëindigd en Aad Wooning B.V. (...) gebruik zou maken van haar recht om het tuinbedrijf en de v.o.f. voort te zetten’. De rechtbank acht Herbert vervolgens geslaagd in dit bewijs. In het door Aad tegen dit vonnis ingestelde hoger beroep oordeelt het hof dat de rechtbank Herbert ten onrechte geslaagd heeft geacht in zijn bewijsopdracht. Anders dan de Advocaat-Generaal, toont de Hoge Raad zich ontvankelijk voor de door Herbert tegen dit oordeel geformuleerde klachten. Cruciaal is rov. 10 van het hof, door de Hoge Raad weergegeven in rov. 3.2 onder d. Een en ander komt er op neer dat het naar het oordeel van het hof ‘zeer wel mogelijk’ is dat in de periode gelegen tussen het moment waarop de notaris de conceptakte aan Herbert en Aad heeft gezonden en het moment waarop deze akte is verleden, tussen Herbert en Aad een (nadere) overeenkomst tot stand is gekomen met de inhoud zoals vermeld in de conceptakte (en overeenstemmende met de akte zoals die vervolgens is gepasseerd). Op basis van de processtukken kan daarom volgens het hof niet bewezen worden geacht of vermoed worden dat het voorkeursrecht zoals geformuleerd in de akte de overeenkomst tussen partijen niet juist weergeeft. Vanwege de dwingende bewijskracht van de akte is het volgens het hof aan Herbert om te bewijzen dat ook tussen het moment dat de notaris de conceptakte aan partijen heeft gestuurd en het moment van het verlijden van de definitieve akte geen overeenkomst conform de akte tot stand is gekomen. Het hof heeft aldus naar het oordeel van de Hoge Raad zowel de aard van het door Herbert te leveren tegenbewijs miskend als de wijze waarop dit in casu geleverd zou kunnen worden. Dit oordeel van de Hoge Raad is alleszins begrijpelijk en past in de lijn van zijn eerdere rechtspraak. Zie m.n. HR 21 januari 2001, *NJ* 2001, 612, m.nt. DA (Brooke Holland Inc./mr. Overes q.q.). Vgl. ook bijvoorbeeld reeds HR 4 december 1941, *NJ* 1942, 228 en HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 323.

3

Zoals vermeld, geldt op grond van de dwingende bewijskracht van de als authentieke akte te kwalificeren transportakte het daarin geformuleerde voorkeursrecht ten gunste van Aad voor

waar tegenover Herbert. Herbert kan deze veronderstelde waarheid ontzenuwen ofwel ‘van tafel krijgen’ door te bewijzen c.q. de rechter ervan te overtuigen dat de in deze akte opgenomen verklaring niet overeenstemt met hetgeen hij en zijn broer Aad zijn overeengekomen en daarom onjuist is, althans door de onjuistheid hiervan aannemelijk te maken (waarover nader onder 5). Dit (tegen)bewijs tegen de verklaring zoals neergelegd in de akte kan worden geleverd door alle middelen (art. 151 lid 1 Rv) en ook in dit verband geldt dat de waardering van het bewijs aan het oordeel van de rechter is overgelaten (art. 152 lid 2 Rv); zie ook reeds HR 21 januari 2001, *NJ* 2001, 612, voormeld. Terecht oordeelt de Hoge Raad dat voor bewijslevering ter zake van de onjuistheid van de verklaring in de transportakte niet noodzakelijk is — zoals het hof kennelijk aanneemt — dat door Herbert wordt bewezen dat tussen het moment waarop de notaris het concept naar partijen heeft gestuurd en het moment waarop de definitieve akte is gepasseerd géén overeenkomst conform de akte tot stand is gekomen. De onjuistheid van de verklaring zoals opgenomen in de gepasseerde akte kan immers ook op andere wijze blijken. Evenmin kan — zoals het hof kennelijk deed — worden geoordeeld dat de onjuistheid van de verklaring in de akte slechts kan blijken uit feiten en omstandigheden die zich in de periode tussen toezending van het concept en ondertekening van de akte hebben afgespeeld en het bewijsaanbod van Herbert betreffende feiten en omstandigheden buiten die periode gepasseerd kan worden. Ook feiten en omstandigheden van vóór die tijd kunnen aan dit bewijs bijdragen.

4

Dat tegenbewijs tegen de dwingende bewijskracht van een verklaring in een akte door alle middelen kan worden geleverd, impliceert dat dit bewijs, evenals bij de ‘gewone’ bewijslevering op basis van art. 150 Rv, ook geleverd kan worden doordat de partij die met de bewijslevering is belast (gemotiveerd) feiten stelt die door de ander onvoldoende (gemotiveerd) worden weersproken (vergelijk rov. 3.6 slot). Verder kan — reeds sinds de wetwijziging van 1934 — ook aktebewijs door de rechter ter zijde worden gelegd op grond van bijvoorbeeld getuigenbewijs of een vermoeden dat de rechter ontleent aan de in de procedure gestelde en gebleken (hulp)feiten (het zogenaamde feitelijke of rechterlijke vermoeden; vgl. hierover bijvoorbeeld *Snijders, Klaassen en Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht* (2007), nr. 214, *Pitlo/Hidma & Rutgers, Bewijs* (2003), nr. 24 alsmede — kritisch — *W.D.H. Asser, Bewijslastverdeling* (2004), nr. 44). Wat betreft de bewijsmiddelen geldt derhalve in het kader van de door de wetgever bepaalde bewijslastverdeling in het geval een der partijen zich tegenover zijn wederpartij op de inhoud van een authentieke of onderhandse akte beroept op zichzelf niets anders dan in het kader van de door de rechter toe te passen bewijslastverdeling op grond van art. 150 Rv. Aldus bijv. ook *Veegens-Wiersma, a.w.*, nr. 29 en *Pitlo/Hidma & Rutgers, Bewijs*, nr. 63. Niettemin valt aan te nemen dat het feit dat er een notariële akte voorligt waarvan de inhoud ontzenuwd dient te worden wel van invloed zal zijn op de waarde die de rechter toekent aan de bewijsmiddelen die hier tegenover staan. Het valt niet te verwachten dat de rechter gemakkelijk zal oordelen dat de onjuistheid van een in een notariële akte opgenomen partijverklaring is weerlegd op basis van bijvoorbeeld een enkele getuigenverklaring. Er zal in de regel meer gewicht in de schaal moeten liggen om deze ten nadele van degene die zich op de inhoud van de akte beroept te doen doorslaan. Ook in het onderhavige geval motiveerde de rechtbank haar beslissing om Herbert in zijn bewijs van de onjuistheid van de akte geslaagd te achten met een beroep op een aantal omstandigheden, waaraan tezamen doorslaggevend gewicht werd toegekend, zoals in het bijzonder de brief van de belastingadviseur die de notaris had geïnstrueerd en de getuigenverklaringen van zowel Herbert als Aad, de belastingadviseur en de notaris over de gang van zaken voorafgaande aan het passeren van de transportakte.

5

Dat tegenbewijs tegen de dwingende bewijskracht van een verklaring in een akte door alle



middelen kan worden geleverd, impliceert tevens dat in dit verband het tegendeel van hetgeen in de akte is verklaard niet behoeft te worden *bewezen*, maar voldoende is dat dit tegendeel aannemelijk wordt gemaakt. Immers, als tegenbewijs kan worden geleverd door middel van een vermoeden, betekent dit dat tegenbewijs kan worden geleverd door feiten die niet met zekerheid zijn komen vast te staan, maar door de rechter wel aannemelijk worden geacht. Idem Veegens-Wiersma, a.w., nr. 32. Verwarrend is in dit verband dat zowel in de literatuur als in de rechtspraak tegenbewijs tegen de dwingende bewijskracht van een akte ook wordt omschreven als ‘tegendeelbewijs’ (aldus bijvoorbeeld Pitlo/Hidma & Rutgers, *Bewijs*, nr. 63 en het hof in de hier besproken zaak, rov. 6). Weliswaar is het object van tegenbewijs ‘het tegendeel’ van hetgeen in de akte staat, maar zoals vermeld is voor het leveren van dit tegenbewijs voldoende dat de rechter wordt overtuigd van de onaannemelijkheid van het relaas zoals neergelegd in de akte, maar behoeft de onwaarheid hiervan niet komen vast te staan om tegenbewijs geleverd te achten.

6

Een volgende kwestie is wat de consequentie is van het leveren van tegenbewijs. Mijns inziens dienen verschillende situaties te worden onderscheiden. Allereerst de situatie waarin tegenbewijs is geleverd doordat het tegendeel van hetgeen in de akte is vermeld is bewezen, ofwel is ‘hard gemaakt’ (i) en de situatie waarin het tegenbewijs is geleverd doordat de rechter het tegendeel aannemelijk acht (ii). In situatie i, waarin het tegendeel is bewezen, kan vervolgens onderscheid worden gemaakt al naar gelang eiser dan wel gedaagde zich heeft beroepen op een voor hem gunstige verklaring in een akte. Als eiser zich heeft beroepen op een voor hem gunstige verklaring in een akte, op grond waarvan zijn vordering zou moeten worden toegewezen, terwijl gedaagde heeft bewezen dat deze verklaring niet juist is, zal eisers vordering worden afgewezen. Voor een tweede bewijsronde, waarin eiser de gelegenheid krijgt het door de gedaagde geleverde tegenbewijs te ontzenuwen, is naar mijn mening in principe geen plaats.

Als daarentegen gedaagde zich, in het kader van zijn verweer tegen eisers stellingen, heeft beroepen op een voor hem — gedaagde — gunstige verklaring in de akte (zoals in het onderhavige arrest) en eiser vervolgens geslaagd wordt geacht in het weerleggen hiervan door het bewijzen van het tegendeel, zal het van de omstandigheden afhangen of daarmee eisers vordering voor toewijzing gereed ligt dan wel er gestelde feiten resteren die nog dienen te worden bewezen voordat toewijzing aan de orde kan zijn. De resterende bewijsverrichtingen kunnen echter nog slechts betrekking hebben op feiten die niet zijn ‘afgedekt’ door de weerlegde verklaring uit de akte.

Thans situatie ii, waarin wordt aangenomen dat tegenbewijs is geleverd doordat het tegendeel van de akte aannemelijk wordt geacht op grond van een vermoeden. De vaststelling van een rechtsfeit op basis van ‘vermoedens’ resulteert in beginsel in een ‘voorshands’ bewijsoordeel. Tegen een ‘voorshands’ bewijsoordeel is op grond van art. 151 lid 2 Rv in principe tegenbewijs mogelijk. In deze context pleegt aan de term ‘tegenbewijs’ de betekenis te worden toegekend van ‘twijfel zaaien’ ofwel ‘zacht maken’, althans daar waar het gaat om tegenbewijs tegen feiten die moesten worden bewezen en waarin de rechter de partij op wie terzake de bewijslast en het bewijsrisico rust voorshands geslaagd acht (in andere gevallen kan aan de term tegenbewijs een andere betekenis toekomen; vgl. reeds hetgeen is opgemerkt over tegenbewijs tegen dwingend bewijs evenals in breder verband o.a. Asser, *Bewijslastverdeling*, nr. 45-46 alsook M.J.A.M. Ahsmann, noot onder het onderhavige arrest in *JBPr* 2007/57). Met andere woorden: ingeval van een voorshandse bewezenverklaring als hier bedoeld wordt de partij op wie de bewijslast en het bewijsrisico rust van de desbetreffende feiten door de rechter geacht te zijn geslaagd in dit bewijs, maar diens wederpartij krijgt in beginsel — dat wil zeggen: als aan de in zijn algemeenheid geldende voorwaarden voor het toestaan van tegenbewijs, zoals de stelplicht, is voldaan — de

mogelijkheid de rechter ervan te overtuigen dat een en ander anders ligt en dat de desbetreffende feiten daarom niet als vaststaand mogen worden aangenomen. Het leveren van tegenbewijs in de hiervoor bedoelde zin kan gebeuren door het tegendeel aan te tonen van de voorshands als vaststaand aangenomen feiten — ofwel aan te tonen dat deze feiten niet juist zijn —, maar dit hoeft niet. Tegenbewijs kan in dit verband ook worden geleverd door het bewijs van feiten waardoor hetgeen voorshands is aangenomen op losse schroeven komt te staan. Zo kan een arts die wordt aangesproken vanwege letselschade die wordt toegeschreven aan een door hem gepleegde beroepsfout, bijvoorbeeld tegenbewijs leveren tegen het voorshands aangenomen causaal verband tussen deze fout en de schade door te bewijzen dat zijn fout de oorzaak van de schade niet is, maar ook door mogelijke andere oorzaken van deze schade aannemelijk te maken.

Terug naar de akte. Als de rechter aan hetgeen in rechte is gesteld en bewezen het vermoeden ontleent dat de inhoud van de akte onjuist is, wordt het tegenbewijs tegen de inhoud van een akte ‘voorshands’ geleverd geacht, met als gevolg dat de rechter deze akte ‘voorshands’ terzijde legt, hetgeen in beginsel wil zeggen: ‘behoudens tegenbewijs’. De vraag kan worden gesteld of het tegen dit voorshandse bewijsoordeel te leveren tegenbewijs van degene die in eerste instantie kon volstaan met een beroep op de dwingende bewijskracht van de akte (ook) in deze context dient te worden geïnterpreteerd als ‘zacht maken’ en deze partij slechts twijfel behoeft te zaaien wat betreft de voorshands aangenomen onjuistheid van de akte, maar de juistheid van de partijverklaring in de akte niet behoeft aan te tonen en, als hij in het tegenbewijs in voormelde zin slaagt, weer kan terugvallen op de dwingende bewijskracht van de akte en de rechter hieraan bij zijn bewijsoordeel is gebonden. Mijns inziens is dit niet het geval. De zogenaamde ‘preuve préconstituée’, ofwel de op de partijwil steunende bewijsrechtelijke gebondenheid tussen partijen van hetgeen zij in een akte hebben verklaard, zou op deze wijze weliswaar worden gediend, maar een en ander lijkt mij niet aan te sluiten bij de uitdrukkelijk beoogde vrije bewijsleer, ook tegen aktebewijs. Het is in de context hiervan dat het de rechter vrijstaat tegenbewijs tegen aktebewijs geleverd te achten op grond van alle in het geding gebleken feiten en hij aan deze feiten de bewijskracht kan toekennen die hem goeddunkt. In het verlengde hiervan kan de rechter tegenbewijs tegen aktebewijs (voorshands) aannemen op basis van een aan de in het geding gebleken feiten ontleend vermoeden. Dit uitdrukkelijk door de wetgever voorop gestelde en door de Hoge Raad nagevolgde uitgangspunt, zou worden ondergraven als tegenbewijs tegen dwingend aktebewijs op basis van een feitelijk vermoeden op een dergelijke manier terzijde zou kunnen worden gesteld. De akte zou dan immers vrijwel immuun zijn voor tegenbewijs zoals zich dat meestal aandient en dit lijkt, zoals opgemerkt, niet te stroken met de beoogde vrije bewijsleer, ook tegen aktebewijs. Dit betekent mijns inziens dat de partij die tegenbewijs wenst te leveren tegen het voorshands aangenomen tegenbewijs tegen het aktebewijs, de juistheid van de inhoud van de akte dient te bewijzen. In dezelfde zin, zo begrijp ik, Asser, noot onder HR 21 januari 2001, *NJ* 2001, 612 (Brooke Holland Inc./ mr. Overes q.q.). Anders blijkbaar het hof in de onderhavige zaak, dat overweegt (rov. 6): ‘Tegenbewijs kan worden geleverd tegen vermoedens, waartegen weer ‘gewoon’ tegenbewijs kan worden geleverd, indien aangeboden’. Kortom: als eiser zich beroept op de dwingende bewijskracht van de inhoud van een akte en gedaagde op basis van een vermoeden voorshands geslaagd wordt geacht in het tegenbewijs hiertegen, dient eiser het tegendeel ofwel de juistheid van de inhoud van de akte te bewijzen. Als gedaagde zich bij wijze van verweer tegen eisers vordering beroept op de inhoud van een akte en eiser op basis van een vermoeden voorshands geslaagd wordt geacht in het tegenbewijs hiertegen, dient gedaagde het tegendeel ofwel de juistheid van de inhoud van de akte te bewijzen.

7

Een enkele opmerking over de invloed van de regeling betreffende de dwingende

bewijskracht van een verklaring neergelegd in een akte alsmede hetgeen daarover hiervoor is opgemerkt op het bewijsrisico. Onder het bewijsrisico wordt (hier) verstaan het risico dat de feiten die vast moeten komen te staan om de rechter in staat te stellen het beoogde rechtsgevolg toe te wijzen niet komen vast te staan. Concreter: als A schadevergoeding van B vordert op grond van onrechtmatige daad, rust op A volgens de hoofdregel van art. 150 Rv de bewijslast en het bewijsrisico dat B een toerekenbare onrechtmatige daad heeft gepleegd en dat ook voor het overige is voldaan aan de voorwaarden voor toewijzing van zijn vordering tot schadevergoeding op grond van art. 6:162 BW. Slaagt A niet in dit bewijs, dan wordt zijn vordering afgewezen. A draagt derhalve de bewijslast en het bewijsrisico van de desbetreffende feiten (nader over bewijslast en bewijsrisico i.h.b. Asser, Bewijslastverdeling, m.n. nrs. 4, 15 en 30). De regeling betreffende de dwingende bewijskracht van aktebewijs doorkruist in zoverre de hoofdregel van bewijslastverdeling van art. 150 Rv dat op grond van de wet de partij die de inhoud van de akte weerspreekt reeds met de bewijslast van de onjuistheid hiervan is belast, zodat de rechter de inhoud als vaststaand zal aanmerken wanneer het tegenbewijs niet slaagt. Dit verandert echter niets aan het bewijsrisico: op Herbert rust de bewijslast en het bewijsrisico van de onjuistheid van het voorkeursrecht zoals weergegeven in de akte. Slaagt hij in het bewijs hiervan, dan wordt de gevorderde verklaring voor recht in principe toegewezen (tenzij hiervoor nog andere feiten vast moeten komen te staan), slaagt hij hierin niet, dan wordt deze afgewezen. Slaagt Herbert hierin ‘voorshands’ dan wordt zijn vordering toegewezen tenzij gedaagde Aad alsnog de juistheid van de akte bewijst. In alle gevallen geldt dat het risico dat de door eiser Herbert gestelde feiten c.q. de onjuistheid van het voorkeursrecht zoals geformuleerd in de akte, niet komt vast te staan, voor rekening van Herbert komt. Op grond van de hoofdregel van art. 150 Rv zou dit niet anders zijn geweest. De dwingende bewijskracht die toekomt aan de akte brengt slechts mee dat deze akte op voorhand verondersteld wordt de tussen partijen gemaakte afspraken juist weer te geven en de last om bewijs te leveren daarom (in eerste instantie) verschuift naar de wederpartij van degene die zich op de akte kan beroepen. Stel: Herbert zou zich als eisende partij tegenover gedaagde Aad op een voor hem *gunstige* verklaring in de akte hebben kunnen beroepen en Aad zou zijn belast met het tegenbewijs. Als gedaagde Aad in een dergelijk geval slaagt in het bewijs van het tegendeel, wordt de vordering waarvoor de juistheid van de verklaring uit de akte nodig was afgewezen. Als Aad voorshands geslaagd wordt geacht in het tegenbewijs ligt de zaak weer open in die zin dat eiser Herbert zijn ‘voordeel’ vanwege de dwingende bewijskracht van de akte kwijt is en de juistheid van de inhoud van de akte op andere wijze dient te bewijzen althans anderszins dient te bewijzen dat aan de feiten die nodig zijn om het door hem beoogde rechtsgevolg te kunnen toewijzen, is voldaan. Als daarentegen het tegenbewijs door gedaagde niet geleverd wordt, dient de vordering terzake waarvan de akte het benodigde dwingende bewijs opleverde, te worden toegewezen. Kortom: ook in het geval dat de eiser profiteert van de dwingende bewijskracht van een akte en de gedaagde is belast met het tegenbewijs, berust het bewijsrisico bij de eisende partij en brengt de regeling van art. 157 lid 2 jo. 151 Rv daarin geen verandering.

C.J.M. Klaassen

Voetnoot

- [1.] Herbert Wooning, conclusie van eis, productie 2 — akte van 15 oktober 1990
- [2.] Herbert Wooning, akte na conclusie van eis, brief van Van Eldonk aan notaris
- [3.] Hof, rechtsoverweging 9 — ‘de onder 8 weergegeven verklaringen van de notaris duiden er immers juist op dat hij zelfstandig te werk is gegaan’
- [4.]

- Hof, rechtsoverweging 10 — midden van de rechtsoverweging
- [5.] Herbert Wooning, conclusie van eis, productie 2 — akte van 15 oktober 1990
- [6.] Herbert Wooning, akte na conclusie van eis, brief van Van Eldonk aan notaris
- [7.] Herbert Wooning, conclusie van eis, productie 3 — structuur overeenkomst
- [8.] Zie onder andere HR *NJ* 2001, 612 inzake / Brooke Overes
- [9.] HR 5 januari 2001 *NJ* 2001, 612 inzake Brooke/Overes
- [10.] Aad Wooning, memorie van grieven, grief 2
- [11.] Zie onder andere HR *NJ* 2001, 612 inzake / Brooke Overes
- [12.] Aad Wooning, conclusie van antwoord, § 16, Aad Wooning, conclusie van dupliek, § 7 en Aad Wooning, pleidooi rechtbank, § 19
- [13.] Rechtbank, vonnis september 2001, rechtsoverweging 2.11 en 2.12
- [14.] Hof, arrest, rechtsoverweging 10 midden
- [15.] Herbert Wooning, memorie van antwoord, § 38
- [16.] Herbert Wooning, memorie van antwoord, § 21 tot en met 30
- [17.] Rechtbank vonnis september 2001, rechtsoverweging 2.11 en 2.12; hof, arrest, rechtsoverweging 10 midden; Herbert Wooning: onder andere memorie van antwoord, § 21 tot en met 30 alsmede § 38; Aad Wooning, onder andere: conclusie van antwoord, § 16, conclusie van dupliek, § 7 en pleidooi rechtbank, § 19
- [18.] Rechtbank vonnis september 2001, rechtsoverweging 2.11 en 2.12; hof, arrest, rechtsoverweging 10 midden; Herbert Wooning: onder andere memorie van antwoord, § 21 tot en met 30 alsmede § 38; Aad Wooning, onder andere: conclusie van antwoord, § 16, conclusie van dupliek, § 7 en pleidooi rechtbank, § 19
- [19.] Herbert Wooning, conclusie van repliek, § 6 onderaan
- [20.] Herbert Wooning, dagvaarding, petitum
- [21.] Aad Wooning, conclusie van dupliek, § 3
- [1.] Ontleend aan rov. 2.1 tot en met 2.12 van het in eerste aanleg gewezen tussenvonnissen van 20 september 2001 en rov. 1.1 tot en met 1.6 en 2 van het in cassatie bestreden arrest.
- [2.] Omdat partijen dezelfde achternaam hebben zal ik die, in navolging van rechtbank en hof, bij hun verkorte voornamen aanduiden.
- [3.] De vennootschappen Herbert Wooning B.V. en Aad Wooning B.V., waarvan, naar in de

rede ligt, de procespartijen destijds de respectievelijke directeuren en groot-aandeelhouders waren.

- [4.] Het in cassatie bestreden arrest is van 7 juni 2005. De cassatiedagvaarding werd op 1 september 2005 uitgebracht. Een daarin opgemerkt gebrek is bij herstelexploot van 3 november 2005 gerectificeerd.
- [5.] Zie ook HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 612 m.nt. DA, rov. 3.3.2; Hugenholtz-Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, 2006, nr. 83; T&C Burgerlijke Rechtsvordering, 2005, Morée-Beenders, art. 157, aant. 3.
- [6.] En die die naam ontleent aan HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB — zie met name het overwogene in rov. 2.
- [7.] Ik doe een greep uit de overvloedige (recentere) rechtsleer over deze norm: HR 16 mei 2003, *NJ* 2004, 183, m.nt. WMK, rov. 4.4. Zie tevens HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493, m.nt. du Perron; Asser-Hartkamp 4 II, 2005, nrs. 285 – 287; Tanja-Van den Broek, *WPNR* 6493. Tjittes, *RMTh* 2005, p. 2 e.v. (i.h.b. p. 6 – 11).
- [8.] Het hof zal bij deze beoordeling ook de verdere omstandigheden van het geval hebben betrokken. Ik noem daarvan: (de vaststelling) dat de door Van Elsdonk aan de notaris gegeven instructie niet van Herbert maar van Aad afkomstig was; en dat Herbert heeft verklaard dat het aspect van het voorkeursrecht in zijn ogen maar een ondergeschikt punt was. Ook gegevens als deze kunnen ertoe bijdragen dat men de door een bepaalde partij — in dit geval: Herbert— ingenomen houding taxeert als uiting van instemming met (of, wat daarmee op één lijn te stellen is: op de koop toe nemen van) het voorkeursrecht zoals dat in de akte verwoord blijkt te zijn.
- [9.] Of, waar het gaat om de toezending van het concept aan Herbert: feiten die gesteld waren en die op grond van ingebracht bewijsmateriaal (hier: de verklaring van de notaris) als bewezen zijn aangemerkt.
- [10.] HR 23 december 2005, *NJ* 2006, 289 m.nt. MRM, rov. 4.2, 5.2, 6.1.3, 6.4.3; HR 11 februari 2005, *NJ* 2006, 44, rov. 4.2.3; Asser *Procesrecht/Veegens - Korthals Altes - Groen*, 2005, nrs. 103, 121, 169; Ras-Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, 2004, nr. 40.
- [32] Prof. mr. C.J.M. Klaassen is hoogleraar burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

Copyright © Kluwer 2012  
Kluwer Online Research

Dit document is gegenereerd op 26-03-2012

Op dit document zijn de algemene leveringsvoorwaarden van Kluwer van toepassing.