

**HOGE RAAD (Burg. Kamer), 29 mei 1964.**

(Mrs. Wiarda, Houwing, Hulsmann, Petit en Beekhuis).

H.J. van Elmbt, assurateur, te Heerlen, eiser tot cassatie van de arresten van 25 Jan. 1962 en 2 Juli 1963, door het Hof te 's-Hertogenbosch tussen pp. gewezen, adv. Mr. A.G. Maris,

tegen

E. Feierabend, wed. van G.J. La Brouche, te Maastricht, verweerster in cassatie, adv. Mr. J.H. Willems;

De Hoge Raad, enz.;

O. dat uit de bestreden arresten en de gedingstukken blijkt:

dat de eiser tot cassatie, van Elmbt, de verweerster, Feierabend, heeft gedaagd voor de Rb. te Maastricht en heeft gevorderd haar veroordeling om mede te werken aan het passeren van de akte van eigendomsoverdracht van het woon- en winkelhuis met aanhorigheden, gelegen: Achter het Vleeshuis no. 17 te Maastricht, zulks tegen gelijktijdige betaling door van Elmbt van een koopsom van f 46 000, te verminderen met het aan van Elmbt van Feierabend toekomende uit hoofde van een hypothecaire geldlening in hoofdsom groot f 8000 met de daarop verschenen rente ad 6 procent 's jaars, zulks op grond dat blijkens akte van schuldbekentenis en hypotheekstelling, verleden voor notaris Ch.H. D.M.J. Russel te Eysden d.d. 25 Nov. 1957 Feierabend uit hoofde van ter leen ontvangen gelden aan van Elmbt schuldig is de som van f 8000, rentende 5 procent 's jaars; dat bij deze akte door Feierabend t.b.v. van Elmbt recht van (tweede) hypotheek is verleend op genoemd haar in eigendom toebehorend perceel en daarin voorts is bepaald, dat bij voorgenomen vervreemding van het onroerend goed, waaronder mede begrepen aangekondigde publieke verkoping ingevolge gelegd beslag of krachtens art. 1223 BW door een ander dan van Elmbt, de hoofdsom van de geldlening, of het restant daarvan, met de rente daarvoor, onmiddellijk opeisbaar wordt, en in datzelfde geval aan van Elmbt onherroepelijk het recht toekomt het onroerend goed te kopen voor den prijs van f 46 000; dat in "De Nieuwe Limburger" van 20 Dec. 1958, notaris Ch. Russel te Eysden tegen 6 Jan. 1959 ten publieken verkoop krachtens art. 1223, lid 2, BW aankondigde van genoemd onroerend goed; dat van Elmbt bij aangetekend schrijven d.d. 20 Dec. 1958 aan Feierabend heeft medegedeeld, dat hij van het hem bij de akte van 25 Nov. 1957 verleende recht gebruik wenst te maken en Feierabend heeft opgeroepen om op 31 Dec. 1958 des voormiddags te 11 uur te verschijnen ten kantore van notaris Russel te Eysden ter verlijding van de koopacte; dat Feierabend aan deze oproeping geen gevolg gegeven heeft;

dat Feierabend tegen deze vordering verweer heeft gevoerd, daarbij o.m. stellend dat het door haar van Elmbt ter leen ontvangen bedrag niet f 8000 maar ongeveer f 7000 bedroeg, en zij voorts heeft aangevoerd dat de overeenkomst van geldlening, althans het beding waarbij aan van Elmbt een kooprecht was toegekend, een ongeoorloofde oorzaak had als tot stand gekomen door misbruik van omstandigheden, door van Elmbt gepleegd, op grond waarvan zij in reconventie concludeerde tot vernietiging van die overeenkomst althans van bedoeld beding;

dat de Rb. te Maastricht bij vonnis van 22 Sept. 1960 o.m. heeft overwogen, dat Feierabend "vooreerst heeft gesteld, dat de in voormelde notariële akte neergelegde overeenkomst een ongeoorloofde oorzaak heeft, immers is tot stand gekomen onder "undue influence", dan wel misbruik van omstandigheden zijdens van Elmbt, op welke gronden zij tevens in reconventie nietigverklaring dier overeenkomst heeft gevorderd; dat Feierabend vooreerst heeft verwezen naar de inhoud dier acte en met name naar het daarin opgenomen beding van het recht van aankoop door van Elmbt van de bezwaarde onroerende goederen voor de prijs van f 46 000; dat ten deze, nu tussen pp. in confesso is, dat ten tijde van het verlijden der acte die goederen bij twee afzonderlijke schattingen telkens waren geschat op een waarde van f 50 000, i.v.m. transportkosten een koopsom van f 46 000 niet als onevenredig laag is aan te merken; dat Feierabend weliswaar heeft aangevoerd, dat zij later een bod van f 95 000 voor die goederen heeft gekregen doch dat, wat daarvan zij, zulks ten deze irrelevant is waar de vraag, of een ongeoorloofde oorzaak aanwezig is geweest, moet worden beantwoord aan de hand van de toestand ten tijde van het aangaan dier overeenkomst"; dat de Rb. vervolgens heeft betwist, dat op Feierabend de bewijslast rustte dat zij niet f 8000 maar f 7000 van van Elmbt ter leen had ontvangen, en haar tot het bewijs daarvan heeft toegelaten; dat nadat Feierabend van het doen horen van getuigen had afgezien, de Rb. bij vonnis van 25 Mei

1961 in conventie de vordering van van Elmbt heeft toegewezen en in reconventie aan Feierabend haar vordering heeft ontzegd;

dat zij daartoe, na te hebben vastgesteld dat, nu Feierabend niet heeft bewezen dat zij slechts f 7000 ter leen heeft ontvangen, vaststaat dat de leenschuld f 8000 bedroeg, omtrent het beroep van Feierabend op "undue influence" van de zijde van van Elmbt nader heeft overwogen: "dat dit beroep moet worden verworpen, reeds aanstonds omdat - mede nu in rechte is komen vast te staan, dat Feierabend het gehele bedrag van f 8000, waarvan van Elmbt terugbetaling vordert, van hem ter leen heeft ontvangen en tevens, zoals in voormeld tussenvonnissen reeds is overwogen, de door van Elmbt bedongen prijs, waarvoor hij onder de in de akte van 25 Nov. 1957 gestelde voorwaarde bij voorkeursrecht het met hypotheek belaste onroerend goed van Feierabend van haar kon kopen, niet als onevenredig laag is aan te merken - ten deze niet kan worden gezegd, dat door die overeenkomst aan Feierabend zo evident nadeel wordt berokkend, dat ieders rechtvaardigheidsgevoel daartegen in opstand komt; dat daarnaast de door Feierabend gestelde, door van Elmbt voor het merendeel betwiste feiten, welke zij opgeeft als omstandigheden, waaronder voormelde akte is tot stand gekomen, tot staving van haar stelling, dat van Elmbt bij het aangaan der litigieuze overeenkomst misbruik van omstandigheden heeft gemaakt - indien die feiten al in rechte zouden komen vast te staan en indien daarbij zou blijken, dat zij als omstandigheden t.a.v. die overeenkomst zijn aan te merken - naar het oordeel der Rb. zodanig misbruik niet opleveren; dat Feierabend ten deze o.m. heeft gesteld, dat zij in een overspannen toestand zou hebben verkeerd ten tijde van het tekenen der litigieuze akte - waarbij zij zich beroept op een tweetal verklaringen van de arts Willems te Maastricht, door haar in het geding gebracht en waarvan de eerste inhoudt, dat Feierabend van Sept. 1957 tot Dec. 1957 in volkomen overspannen toestand was, en de tweede, dat zij in 1957 meerdere malen geestelijk overspannen is geweest, zodat zij niet in staat was om wettelijke dingen te tekenen en dat dit ook bleek aan de mensen, die met haar in contact stonden - doch dat daarbij opvalt, dat Feierabend niet aantast de akte van eerste hypotheek, die, zoals tussen pp. in confesso is, eveneens op 25 Nov. 1957 door haar is getekend; dat voorts, voor zover Feierabend zich erop wil beroepen, dat haar toestemming tot de inhoud van de akte werd gegeven in een toestand van geestelijke gestoordheid, zulks niet aan de rechtskracht dier akte vermag af te doen, nu zij niet heeft gesteld, dat van Elmbt zulks wist, althans moest weten, daar hij buiten dat geval mocht aangaan op de uiterlijke schijn, dat zij de inhoud dier akte begreep en daaromtrent haar wil heeft bepaald; dat zulks temeer klemmt, nu Feierabend, gelijk tussen pp. in confesso is, t.a.v. het in die akte voorkomend haar belastend beding, houdende dat van Elmbt nog gedurende twintig jaren na terugbetaling der geleende gelden zijn voorkeursrecht op de bij die akte hypothecair verbonden goederen van Feierabend zou kunnen doen gelden onder de daar vermelde omstandigheden, alvorens te tekenen heeft bedongen, dat die termijn op tien jaren werd teruggebracht";

dat Feierabend van beide vonnissen der Rb. in hoger beroep is gekomen bij het Hof te 's-Hertogenbosch, waarna zij bij akte ter rolle verandering van haar eis heeft verzocht in dien zin dat in de formulering van haar eis in reconventie wordt ingevoegd "immers Feierabend tot deze overeenkomst van hypotheekverlening met het daarin opgenomen optierecht is bewogen geworden door van Elmbt door de onbehoorlijke invloed van deze op Feierabend uitgeoefend, daarbij misbruik makend van haar geestelijke gesteldheid, waarmee hij op de hoogte was en Feierabend zonder die onbehoorlijke beïnvloeding niet tot bovengemelde rechtshandelingen zou zijn overgegaan", welke verandering het Hof heeft toegestaan;

dat Feierabend voorts bij memorie van grieven tegen het tussenvonnissen een grief heeft opgeworpen, terwijl zij wat het eindvonnissen betrof, onder verwijzing naar de gedane verandering van eis, aanbod te bewijzen dat zij tot de op 25 Nov. 1957 met van Elmbt gesloten overeenkomst is bewogen door den onbehoorlijken invloed van van Elmbt op haar, waarbij hij misbruik maakte van haar geestelijke gesteldheid, welke hij kende, en zij zonder dien onbehoorlijken invloed niet tot deze rechtshandeling zou zijn overgegaan;

dat het Hof bij het bestreden arrest van 25 Jan. 1962 het vonnis der Rb. van 22 Sept. 1960 heeft bevestigd en voorts Feierabend heeft toegelaten d.m.v. getuigen te bewijzen zodanige feiten en omstandigheden waaruit kan blijken, dat van Elmbt, op de hoogte van de geestelijke gesteldheid van Feierabend en daarvan misbruik makend, Feierabend door onbehoorlijken invloed op haar uit te oefenen heeft bewogen tot het aangaan van de overeenkomst van schuldbekentenis en hypotheekverlening met het daarin opgenomen optierecht, als vermeld in de op 25 Nov. 1957 voor notaris Ch.H.D.M.J. Russel te Eysden verleden akte en zij zonder die onbehoorlijke beïnvloeding niet tot bovenvermelde rechtshandelingen zou zijn overgegaan;

dat het Hof daartoe heeft overwogen:

"dat het Hof de door Feierabend tegen het beroepen tussenvonnissen opgeworpen grief ongegrond acht;

"dat blijkens de bij conclusie van repliek in prima overgelegde fotocopy van de grosse der op 25 Nov.

1957 verleden akte van schuldbekentenis en hypotheekstelling pp. zijn overeengekomen, dat voor het geval Feierabend tot vervreemding van het onroerend goed wenst over te gaan, waaronder mede begrepen aangekondigde publieke verkoping ingevolge gelegd beslag of krachtens art. 1223 BW door een ander dan van Elmbt, zij nu voor alsdan en onherroepelijk aan van Elmbt het recht verleent en wel gedurende 10 jaren daarna het hogervermelde onroerend goed te kopen voor een koopprijs groot: zes en veertig duizend gulden;

"dat, waar blijkt bij conclusie van repliek in prima overgelegde fotocopie van het dagblad "De Nieuwe Limburger" d.d. 20 Dec. 1958 ten verzoeken van de eerste hypotheekhouder de publieke verkoop van het onroerend goed is aangekondigd ingevolge art. 1223 BW, het aan van Elmbt verleende optierecht in werking trad, en het mitsdien niet ter zake doet, of deze aangekondigde executie nadien werd afgelast;

"dat evenmin in de bovenaangehaalde bepaling van de akte van 25 Nov. 1957 is te lezen, dat het optierecht eerst van kracht zou zijn na aanzegging van verkoop ex art. 1223 BW, gevolgd door executie;

"dat het beroepen tussenvonnis mitsdien moet worden bevestigd;

"dat Feierabend tegen het eindvonnis in wezen geen grieven heeft ingebracht, doch heeft verzocht in de gelegenheid te worden gesteld door getuigen te bewijzen, dat zij door onbehoorlijke beïnvloeding door van Elmbt is bewogen tot het aangaan van meergenoemde overeenkomst van hypotheekverlening, die daarbij misbruik heeft gemaakt van haar geestelijke gesteldheid, waarmede van Elmbt op de hoogte was en zij zonder die onbehoorlijke beïnvloeding niet tot bovengenoemde rechtshandelingen zou zijn overgegaan;

"dat het Hof termen aanwezig vindt Feierabend tot dit bewijs door getuigen toe te laten, nu dit bewijs niet door de wet is uitgesloten en de te bewijzen aangeboden feiten tot nietigverklaring althans vernietiging van de overeenkomst kunnen leiden";

dat tenslotte, na gehouden getuigenverhoren, het Hof bij het bestreden arrest van 2 Juli 1963 het vonnis van de Rb. te Maastricht van 25 Mei 1961 heeft vernietigd, aan van Elmbt zijn vorderingen heeft ontzegd en de in de op 25 Nov. 1957 tussen pp. gesloten akte opgenomen optie-clausule heeft nietig verklaard, na te hebben overwogen:

"dat de beslissing van het geding zowel in conventie als in reconventie nog uitsluitend afhangt van het antwoord op de vraag of Feierabend is geslaagd in het bewijs, waartoe zij bij dat arrest werd toegelaten;

"dat het Hof deze vraag bevestigend beantwoordt;

"dat het Hof allereerst door de verklaringen der getuigen Mr. Kreemers, arts Willems en Slot, welke in dit opzicht niet door andere verklaringen zijn ontzenuwd, bewezen acht, dat Feierabend zich in de maanden, voorafgaande aan en tijdens het aangaan van de litigieuze overeenkomst bevond in een zeer depressieve en geestelijk labiele toestand, zeer weinig begrip van zaken had en gemakkelijk beïnvloedbaar was;

"dat uit de verklaring van den getuige Slot, die een alleszins betrouwbaren indruk maakte en die geen enkel belang bij de onderhavige zaak heeft, is gebleken, dat in die maanden een van de grootste zorgen, die Feierabend bezig hield, deze was, haar huis te kunnen behouden ondanks de dreiging van executie daarvan door schuldeisers, voor wie zij geen liquide middelen ter beschikking had, en dat van Elmbt in de maanden, voorafgaande aan het passeren van de litigieuze akte, zeer veel en regelmatig contact met Feierabend had, als gevolg waarvan Feierabend de stellige overtuiging had gekregen, dat slechts van Elmbt haar kon redden in dien zin, dat hij het behoud van haar huis door het verschaffen van de nodige geldmiddelen kon verzekeren, en Feierabend in dit opzicht geheel onder invloed van van Elmbt, die op den duur het huis bij haar plat liep, was gekomen;

"dat daaruit volgt, dat van Elmbt op de hoogte van de geestelijke gesteldheid was van Feierabend, hetgeen wordt bevestigd door de verklaring van den getuige Kreemers, die uit van Elmbts mond vernam, dat hij de zaak van zijn leven had gedaan door van Feierabend het litigieuze optierecht te bedingen, terwijl hij er vast op rekende, daarvan een spoedig gebruik te zullen kunnen maken, zulks terwijl hij, naar uit de verklaring van den getuige Slot blijkt, moet hebben geweten en begrepen ingevolge zijn intensieve contact met Feierabend, dat haar voornaamste beweegreden tot het aangaan van de litigieuze overeenkomst juist had bestaan in haar verlangen om het huis te kunnen behouden en haar overtuiging, dat zij door die overeenkomst dat doel had bereikt;

"dat van Elmbt ook aan getuige Kreemers mededeelde, dat Feierabend geen begrip en verstand van zaken had;

"dat uit dit alles volgt, dat van Elmbt, bekend met de geestelijke gesteldheid van Feierabend en daarvan misbruik makend, door onbehoorlijken invloed op haar uit te oefenen Feierabend tot het aangaan van het litigieuze optierecht heeft bewogen;

"dat die invloed onbehoorlijk was en het gebruik maken van de geestelijke gesteldheid van Feierabend

misbruik was, omdat van Elmbt daardoor Feierabend bewoog, om hem een onverplicht voordeel in den vorm van een nog lange jaren geldend optierecht voor een vasten prijs, waarvan van Elmbt verwachtte, dat het spoedig realiseerbaar zou worden, te verlenen, zulks geheel in strijd met hetgeen Feierabend zelf bedoelde te bereiken en meende door de overeenkomst bereikt te hebben, te weten het behoud van het huis voor zichzelf;

"dat uit de verklaring van den getuige Slot nog blijkt, dat Feierabend op den dag, waarop de litigieuze akte is gepasseerd, geheel onverwachts door van Elmbt naar den notaris is medegenomen zonder dat zij wist, welke overeenkomsten zij daar zou aangaan, hetgeen te meer bevestigt, dat zij onder invloed van van Elmbt handelde;

"dat uit al het bovenstaande tevens blijkt, dat Feierabend zonder de onbehoorlijke beïnvloeding door van Elmbt hem het litigieuze optierecht niet zou hebben verleend, vermits het geheel in strijd was met hetgeen zij nastreefde;

"dat de verklaringen der in contra-enquete gehoorde getuigen het geleverde bewijs niet aantasten;

"dat de getuigen Mr. Abbenhuis en Brom niets ter zake hebben verklaard, daar zij met de verhouding tussen pp. niet bekend waren;

"dat de getuige Russel in zoverre het door Feierabend geleverde bewijs aanvulde, dat hij bevestigde, dat de inhoud der litigieuze akte hem door van Elmbt alleen was opgegeven en Feierabend daarmede tot op den dag van het passeren onbekend was;

"dat deze getuige nu wel verklaarde, dat hij Feierabend de akte, waarin opgenomen het optiebeding, langzaam heeft voorgelezen en de betekenis daarvan heeft uitgelegd, doch uit de verklaring van den getuige Slot blijkt, dat zij desondanks van die betekenis geen juist begrip heeft gekregen, hetgeen ook niet te verwonderen valt, gezien haar zakelijk onbegrip en haar depressieven toestand;

"dat trouwens uit de verklaring van getuige Russel geen aanwijzing valt te putten, waaruit zou kunnen worden afgeleid, dat Feierabend niet onder onbehoorlijken invloed van van Elmbt tengevolge van haar geestesgesteldheid hem het onderhavige optierecht heeft verleend, zelfs al zou zij tijdens het passeren van de akte begrepen hebben dat zij zulks deed;

"dat het Hof mitsdien bewezen acht, dat het geding van het optierecht door "undue influence" door van Elmbt is verkregen;

"dat daaruit volgt, dat dit beding nietig is en mitsdien, met vernietiging van het beroepen eindvonnis, aan Feierabend haar subsidiaire reconventionele vordering moet worden toegewezen, zijnde voor toewijzing van de primaire vordering tot nietigverklaring van de gehele tussen pp. aangegane overeenkomst van geldlening met hypotheekstelling geen gronden gebleken, en aan van Elmbt zijn conventionele vordering moet worden ontzegd met veroordeling van van Elmbt als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het geding in beide instantien";

O. dat van Elmbt de beide arresten van het Hof bestrijdt met het volgende middel van cassatie:

"S. en/of v.t. van het recht in het bijzonder de artt. 1208, 1210, 1223, 1224, 1242, 1251, 1269, 1271, 1289, 1299, 1300, 1304, 1305, 1349, 1350, 1355, 1356, 1357, 1358, 1359, 1360, 1361, 1362, 1364, 1371, 1373, 1374, 1375, 1377, 1401, 1402, 1403, 1493, 1494, 1495, 1501, 1502, 1509, 1510, 1549, 1902, 1903 en 1907 BW, 46, 48, 59, 103, 104, 199, 200, 200A, 250, 251, 252, 253, 332, 336, 337, 339, 343, 347, 348, 349 en 353 Rv., 20 en 69 Wet op de Zamenstelling der Regterlijke Magt en het Beleid der Justitie, 175 Gw., door in deze zaak te overwegen en op grond daarvan recht te doen, gelijk in voormelde arresten is omschreven, ten onrechte,

(1) omdat indien van Elmbt, op de hoogte van de geestelijke gesteldheid van Feierabend en daarvan misbruik makend, Feierabend door onbehoorlijke invloed op haar uit te oefenen heeft bewogen tot het aangaan van de overeenkomst van geldlening en hypotheekverlening met het daarin opgenomen optierecht, als door het Hof bedoeld, en zij zonder die onbehoorlijke beïnvloeding niet tot bovenvermelde rechtshandelingen zou zijn overgegaan en/of indien het beding van het optierecht door "undue influence" door van Elmbt zou zijn verkregen, zulks slechts misbruik van omstandigheden en/of nietigheid van het optiebeding tot gevolg zou kunnen hebben, indien tevens zou zijn vastgesteld, dat de bovenbedoelde rechtshandelingen, althans het optiebeding een buitensporige, althans een ernstige benadeling althans een benadeling van Feierabend zou opleveren, althans dat de bovenbedoelde rechtshandelingen van dien aard zouden zijn, dat een redelijk denkend mens bij rustig overleg daartoe niet had kunnen komen, zulks te beoordelen naar de omstandigheden geldende ten tijde van het aangaan van de rechtshandelingen en/of in objectieve zin, en/of dat van Elmbt deze benadeling en/of de bedoelde aard van de handelingen destijds kende althans behoorde te kennen, welk een en ander het Hof in casu niet heeft vastgesteld,

(2) terwijl althans de omstandigheid, dat van Elmbt Feierabend bewoog om hem een onverplicht voordeel in de vorm van een nog lange jaren geldend optierecht voor een vaste prijs, waarvan van Elmbt verwachtte, dat het spoedig realiseerbaar zou worden, te verlenen, zulks geheel in strijd met hetgeen Feierabend zelf nastreefde en/of bedoelde te bereiken en meende door de overeenkomst

bereikt te hebben, te weten het behoud van het huis voor zichzelf, niet inhoudt of meebrengt en kan inhouden of meebrengen, althans niet op zichzelf, dat aan de eisen bedoeld onder (1) voldaan is, daar een en ander geen benadeling als bovenbedoeld voor Feierabend behoeft te zijn en in casu niet is en/of ook niet tot gevolg heeft dat een redelijk denkend mens daartoe niet had kunnen komen, zijnde 's Hofs beslissing althans in strijd met het recht, - althans onbegrijpelijk en dus 's Hofs arresten niet naar de eis der wet met redenen omkleed - omdat het optierecht slechts gold of in werking trad ingeval Feierabend het huis toch niet voor zichzelf behield of zou behouden namelijk bij voorgenomen vervreemding, waaronder mede begrepen aangekondigde publieke verkoping ingevolge gelegd beslag of krachtens art. 1223 BW door een ander dan van Elmbt,

(3) hebbende het Hof althans, bij de beoordeling van de vraag of ten deze aan de onder (1) bedoelde vereisten voldaan is, niet beslist omtrent het door van Elmbt dienaangaande als verweer aangevoerde, te weten dat daarvan geen sprake was omdat de aflossing was gesteld op slechts f 100 per drie maanden en de rente op 6 procent per jaar, welke Feierabend per drie maanden zou voldoen, en omdat van Elmbt betwijfelde of een eventuele executie de opbrengst van het pand wel toereikend zou zijn en omdat pp. teneinde van Elmbt voor het risico van executorialie verkoop en/of ontoereikende opbrengst te dekken de koopoptie zijn overeengekomen en omdat bepaling van de koopprijs op f 46.000 was geschied aan de hand van twee afzonderlijke taxaties ieder ten bedrage van f 50.000 verminderd met overdrachtskosten, zodat 's Hofs arresten niet naar de eis der wet met redenen zijn omkleed, althans het Hof zijn taak als appelrechter heeft miskend, terwijl het Hof althans onder de bovenbedoelde omstandigheden in strijd met het recht de aanwezigheid van de onder (1) bedoelde vereisten heeft aangenomen,

(4) omdat door het Hof in strijd met het recht in de beoordeling van de aanwezigheid van de onder (1) bedoelde vereisten is getreden, omdat de Rb. benadeling uitdrukkelijk niet aanwezig had geacht, zowel in haar interlocutoir vonnis als in haar eindvonnis, en Feierabend in zoverre tegen het interlocutoir vonnis en het eindvonnis geen grief in hoger beroep heeft aangevoerd en het Hof het interlocutoir vonnis heeft bevestigd, zodat het Hof ook om die reden zijn taak als appelrechter heeft miskend,

(5) het Hof in strijd met het recht het eindvonnis van de Rb. heeft vernietigd, aangezien Feierabend daartegen in wezen geen grieven heeft ingebracht, in het bijzonder niet een grief die kon leiden tot 's Hofs bestreden arresten, in het bijzonder het eindarrest";

O. omtrent de onderdelen 1), 2) en 3) van het middel:

dat het uitgangspunt daarvan in zoverre niet onjuist is, dat van misbruik van omstandigheden, hetwelk een overeenkomst krachteloos doet zijn als aangegaan uit een oorzaak die strijdt met de goede zeden, slechts sprake kan zijn indien het gebruik maken door de ene partij van de omstandigheden waarin de wederpartij verkeerde die wederpartij heeft gebracht tot het aangaan van een overeenkomst, welke zij, zo zij niet in die omstandigheden had verkeerd, wegens de daaraan voor haar verbonden nadelen niet zou hebben gesloten, en dat dus in zoverre misbruik van omstandigheden als hier bedoeld steeds benadeling van die wederpartij zal inhouden; dat echter voor nietigheid van een overeenkomst wegens misbruik van omstandigheden geenszins noodzakelijk een bepaalde mate of een bepaalde vorm van benadeling aanwezig behoeft te zijn, doch m.b.t. elke overeenkomst afzonderlijk de benadeling van een der pp. slechts een der factoren vormt, die naast alle andere bijzonderheden welke bij het aangaan van die overeenkomst een rol hebben gespeeld - zoals de aard der omstandigheden waarvan gebruik is gemaakt, de wijze waarop dit is geschied en de verhouding tussen pp. - bepalen of de overeenkomst is aangegaan uit een oorzaak welke strijdt met de goede zeden;

dat hetgeen het Hof in het onderhavige geval heeft vastgesteld omtrent den toestand waarin Feierabend ten tijde van het aangaan van de litigieuze overeenkomst verkeerde, de bekendheid van Elmbt met dien toestand en de verhouding die toen tussen Feierabend en van Elmbt bestond, omtrent het doel dat zij met die overeenkomst beoogde, de bekendheid van van Elmbt daarmee en den strijd tussen dat doel en het aan van Elmbt verleende optierecht, omtrent den aard van het optierecht, dat voor een vasten prijs was verleend en jarenlang zou blijven gelden ook als Feierabend intussen haar schuld aan van Elmbt zou hebben afgelost, omtrent de eenzijdige bevoordeling van van Elmbt door dit recht, en het gelden ervan ook indien een aangekondigde publieke verkoping krachtens beslag of krachtens art. 1223 BW niet doorging, omtrent de verwachtingen die van Elmbt van het recht had, alsmede omtrent de wijze waarop de overeenkomst werd aangegaan, 's Hofs gevolgtrekking rechtvaardigt, dat die overeenkomst voor wat het optiebeding betreft een oorzaak in strijd met de goede zeden had;

dat uit het vorenstaande de ongegrondheid van de onderdelen 1) en 2) van het middel volgt;

dat 's Hofs gevolgtrekking ook dan gerechtvaardigd is als hetgeen van Elmbt volgens onderdeel 3) heeft aangevoerd juist zou zijn, en het Hof die gevolgtrekking blijkbaar ook voor dat geval heeft willen

maken, weshalve ook dit onderdeel faalt;

O. dat onderdeel 4) feitlijken grondslag mist, daar de Rb. niet heeft beslist dat geen benadeling van Feierabend aanwezig was, maar slechts heeft vastgesteld dat de prijs waarvoor van Elmbt het litigieuze goed zou kunnen kopen, niet als onevenredig laag is aan te merken, en dat niet kan worden gezegd dat door die overeenkomst aan Feierabend zo evident nadeel wordt berokkend, dat ieders rechtvaardigheidsgevoel daartegen in opstand komt; dat 's Hofs beslissing niets inhoudt wat in strijd is met deze vaststelling van de Rb., die slechts tot uitdrukking brengt dat van een zo evidente benadeling, dat daardoor op zich zelf reeds het vermoeden wordt gerechtvaardigd dat misbruik van omstandigheden is gemaakt, in het onderhavige geval niet kan worden gesproken;

O. omtrent onderdeel 5):

dat de Rb. bij haar eindvonnis het door Feierabend in reconventie gedaan beroep op misbruik van omstandigheden door van Elmbt voor wat betreft den toestand van geestelijke gestoordheid waarin Feierabend had verkeerd, had verworpen op grond dat Feierabend niet had gesteld, dat van Elmbt dien toestand kende of behoorde te kennen;

dat daarop in hoger beroep Feierabend haar eis in reconventie in diër voege wijzigde, dat zij alsnog stelde tot de overeenkomst met het daarin opgenomen optiebeding te zijn bewogen geworden door den onbehoorlijken invloed op haar uitgeoefend door van Elmbt, die daarbij misbruik maakte van haar geestelijke gesteldheid, waarmee hij op de hoogte was, en zij bij memorie van grieven, zonder overigens grieven tegen het eindvonnis der Rb. aan te voeren, onder verwijzing naar bedoelde wijziging, het vorenstaande te bewijzen aanbood;

dat het Hof - mede blijkens de overweging in zijn arrest van 25 Jan. 1962 dat Feierabend tegen het eindvonnis in wezen geen grieven heeft ingebracht doch heeft verzocht in de gelegenheid te worden gesteld het hiervoor omschrevene te bewijzen en dat het Hof termen aanwezig achtte haar tot bewijs toe te laten - klaarblijkelijk het hoger beroep op dit punt aldus heeft opgevat dat het strekte tot herstel van het in eerste instantie gepleegde verzuim van het achterwege laten van vorenomschreven stellingen;

dat het Hof terecht Feierabend in hoger beroep alsnog tot dat bewijs heeft toegelaten, ook al kon zij, gezien dit verzuim, tegen het vonnis der Rb. in zoverre geen grief richten;

dat ook onderdeel 5) mitsdien faalt;

O. dat het middel derhalve in geen zijner onderdelen kan slagen;

Verwerpt het beroep;

Veroordeelt enz.

[Mening] Conclusie Proc.-Gen. Mr. Langemeijer.

De stellingen in haar algemeenheid, waarop de eerste twee, de materiele onderdelen van het cassatiemiddel in deze berusten kan ik aanvaarden. Niet echter heeft de geeerde pleiter voor eiser mij kunnen overtuigen, dat het Hof die stellingen heeft miskend. Met eiser tot cassatie ga ik er van uit, dat naar ons geldende recht nietigheid van een overeenkomst - in dit geval die waarbij Van Elmbt een optie tot het kopen van het huis van Feierabend bedong - op grond van misbruik van omstandigheden - gelijk het Hof hier onmiskenbaar heeft aangenomen - als vereisten heeft het samenlopen van enerzijds omstandigheden, met behulp waarvan de ene partij de wil van de andere kan beïnvloeden, anderzijds een voor de andere partij zo nadelige inhoud van de overeenkomst, dat men redelijkerwijze niet zou kunnen verwachten, dat die partij daarmee zonder druk der omstandigheden zou hebben ingestemd. Met eiser kan ik ook nog eens zijn, dat, gelijk de grondstelling is van onderdeel 2, een bijzonder groot voordeel uit de overeenkomst voor de eerste partij nog niet geheel vanzelf een ernstig nadeel van de andere partij behoeft mee te brengen.

Dit alles mag m.i. als vaststaand uitgangspunt worden beschouwd op grond van Uw arrest van 11 jan. 1957, NJ 1959, no. 37. Voor de literatuur waarvan men zeggen kan, dat zij dat arrest heeft voorbereid, moge ik verwijzen naar mijn conclusie die daaraan voorafging. Als nadien verschenen literatuur mogen niet onvermeld blijven de uiterst belangrijke en rijk gedocumenteerde noot van H. B. in de NJ, die van J.H.B. in *Ars Aequi* VI, blz. 183, de opmerkingen van H. Drion naar aanleiding daarvan in datzelfde tijdschrift, blz. 218, de dissertatie van P.A. Stein, "Misbruik van omstandigheden als grond van ongeldigheid van rechtshandelingen" (i.h.b., blz. 132 e.v.) en die van J.C. van Zeben, "De leer van het *iustum pretium* en misbruik van omstandigheden" (i.h.b. blz. 48 e.v.). Ook deze schrijvers huldigen de door eiser tot cassatie verdedigde leer, behalve Stein, die, trouwens *iure constituendo*, in sommige gevallen (waaronder hij vermoedelijk niet het hier zich voordoende zou rekenen) het enkele misbruik, los van benadeling, als grond voor nietigheid zou willen aannemen (blz. 172 e.v., 181). Het ontwerp BW, dat in art. 3-2-10 misbruik van omstandigheden als een wilsgebrek construeert, stelt eveneens het vereiste van benadeling. Hetzelfde geldt van par. 138, lid 2 BGB en art. 21 van het Zwitserse "Obligationenrecht", van welke voorschriften het eerste de constructie van nietigheid wegens strijd met

de goede zeden, het laatste die van vernietiging wegens wilsgebrek in toepassing brengt. Met dit alles voor ogen, zou ook ik, in overeenstemming trouwens met mijn mening van 1957, de leer van de eerste twee onderdelen als toetssteen voor het arrest willen aanvaarden.

Nu kan ik toegeven, dat de motivering van het (eind)arrest enkele bestanddelen bevat, waardoor twijfel kan worden gewekt, of het Hof geheel de door mij juist geachte opvatting heeft gehuldigd. Dit is vooral hierdoor het geval, dat het Hof meer expliciet melding maakt van het voordeel, dat voor Van Elmbt uit het optiebeding voortvloeide dan van het nadeel van dat beding voor Feierabend. Toch komt het mij voor, dat in hetgeen het Hof overweegt ter kenschetsing van dit beding met voldoende duidelijkheid ligt opgesloten, dat hier ook een ernstig nadeel voor Feierabend gegeven was.

Van belang is hier in de eerste plaats de vaststelling door het Hof, dat Feierabend tot de gehele transactie met Van Elmbt geleid was door haar sterke verlangen om zich het behoud van de eigendom van haar huis te verzekeren. Nu merkt weliswaar onderdeel 2 op, dat het optiebeding aldus was geformuleerd, dat het slechts in werking kon treden onder omstandigheden, die, ook zonder dat beding, tot eigendomsovergang van het huis zouden moeten leiden. In de eerste plaats echter is dit niet geheel juist. Door de Rb. is juist uitgemaakt, met verwerping van een stelling in tegengestelde zin van Feierabend, dat reeds een aangekondigde executie, ook al zou die achteraf niet doorgaan, het beding in werking zou doen treden. Verder valt dan op te merken, dat uit hetgeen het Hof vaststelt voortvloeit, dat de overeenkomst voor Feierabend alleen wenselijk kon zijn, indien zij het behoud van haar eigendom bevorderde, zodat reeds het geheel uitgesloten zijn van dit effect de overeenkomst voor Feierabend in het gunstigste geval zinloos maakte. Hier komt nu bij, dat de door het Hof vastgestelde, trouwens in zover niet betwiste, inhoud van het optie-beding, noodzakelijk medebracht, dat Feierabend, ook nadat door afbetaling van haar schuld aan Van Elmbt voor deze laatste geen enkel risico meer zou zijn overgebleven, nog gedurende tien jaren belast bleef met het gevaar haar huis te moeten afstaan voor een prijs, die op het beslissende ogenblik, mede gegeven de toen reeds merkbare voortdurende waardevermindering van onroerend goed, zeer licht ver beneden de alsdan te verkrijgen prijs zou kunnen liggen. In dit verband heeft eiser tot cassatie weliswaar doen opmerken, dat de prijs ten tijde van de overeenkomst als normaal kon gelden. Dit argument snijdt echter naar mijn mening hierom geen hout, omdat het dan nog een ernstig nadeel blijft voor lange jaren ongeacht alle mogelijke prijsstijging gebonden te zijn aan zulk een prijs als maximumprijs, zonder dat daar ook maar de minste kans op het verkrijgen van diezelfde prijs in geval van prijsdaling tegenover staat. Ik ben dus van mening, dat het Hof de inhoud van de overeenkomst tussen pp. vaststellende met voldoende duidelijkheid heeft doen blijken, dat het daarin een ernstig nadeel voor Feierabend zag (onderdeel 2) en dat het de aanwezigheid van dit ernstige nadeel was, die het Hof als onmisbaar kenmerk voor het gegeven zijn van een ongeoorloofde oorzaak heeft beschouwd (onderdeel 1). Ik houd dus de onderdelen 1 en 2 voor ongegrond.

Onderdeel 3 houdt een motiveringsklacht in, namelijk het verwijt, dat het Hof niet is ingegaan op het betoog van Van Elmbt, waarom hier geen benadeling van Feierabend aanwezig zou zijn geweest. Het verwijt komt mij hierom ongegrond voor, omdat het bedoelde betoog geheel gebaseerd is op het risico, dat Van Elmbt bij gebreke van het optiebeding zou hebben gelopen, zolang zijn vordering niet was afgelost, terwijl de benadeling juist vooral gelegen is in de omstandigheid, dat dit beding nog gedurende tien jaren na die aflossing zou voortwerken.

Onderdeel 4 stelt, dat de Rb. zowel in haar interlocutoir als in haar eindvonnis benadeling uitdrukkelijk niet aanwezig heeft geacht, zodat het Hof niet de nietigheid van het optiebeding op grond van benadeling had mogen aannemen, n%u Feierabend tegen geen van beide vonnissen in dit verband een grief heeft aangevoerd en het Hof het interlocutoir vonnis zelfs bevestigde. Voor wat het interlocutoir vonnis betreft komt het middel mij feitelijk onjuist voor. De overweging in dat vonnis, dat de prijs niet onevenredig laag was, is door de Rb. kennelijk als een voorlopige bedoeld, zoals blijkt uit het feit, dat de Rb. omtrent dit punt in het eindvonnis nog een uitvoerige beslissende overweging geeft.

Wat het ontbreken van een grief betreft valt op te merken, dat Feierabend in haar Mem. van Grieven, die door quasi-insertie voor U kenbaar is, begint met te zeggen, dat zij hetgeen volgt "doet zeggen voor grieven". Nu overweegt wel het Hof in zijn interlocutoir, dat Feierabend tegen het eindvonnis "in wezen" geen grieven heeft ingebracht, maar onmiskenbaar is de wending "in wezen" hier niet in haar meest zuivere betekenis gebruikt. "In wezen geen grieven" zou eigenlijk moeten betekenen: naar de vorm wel, maar in wezen der zaak niet, terwijl het Hof kennelijk bedoelt, dat Feierabend haar betoog in hoger beroep niet als een bepaalde grief of bepaalde grieven tegen het eindvonnis heeft geformuleerd. "In wezen geen" is hier dus kennelijk gebruikt voor: "niet met zoveel woorden".

Onbetwist echter is, dat Feierabend heeft gedaan datgene, waarvoor het hoger beroep zeker bestemd is, namelijk aanvulling van een verzuim, te weten om het bewijs te leveren, waartoe het Hof haar dan ook terecht heeft toegelaten.

Om deze laatste redenen houd ik ook voor ongegrond onderdeel 5, dat stelt, dat het Hof het eindvonnis van de Rb. bij gebreke van een grief niet had mogen vernietigen.  
Ik concludeer tot verwerping van het beroep met veroordeling van eiser tot cassatie in de daarop gevallen kosten.