

HR 17-12-1976, NJ 1977, 241, Bunde Erckens

HOGE RAAD

17 december 1976

(Mrs. Dubbink, Van der Linde, Minkenhof, Drion, Snijders)

Griffienummer 11032

RvdW 1977, 16.

De gemeente Bunde, waarvan de zetel gevestigd is te Bunde, eiseres tot cassatie van een tussen pp. gewezen arrest van het Hof te 's-Hertogenbosch van 11 nov. 1975, adv. Mr. S.L. Buruma,

tegen

J.P.N. Erckens, en diens echtgenote A.M.B. Stijns, beiden te Bunde, verweerders in cassatie, adv. Mr. L.D. Pels Rijcken.

De Hoge Raad, enz.;

Gezien het bestreden arrest en de stukken van het geding, waaruit blijkt:

dat verweerders in cassatie - verder te noemen Erckens c.s. - bij exploit van 20 jan. 1970 de eiseres tot cassatie - verder te noemen de Gemeente - hebben gedaagd voor de Rb. te Maastricht en hebben gevorderd:

voor zover rechtens mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, voor recht te verklaren dat, indien in een bij het Hof te 's-Hertogenbosch aanhangige procedure bij gewijsde de vordering van Erckens c.s. geheel of ten dele zou worden afgewezen, primair de overeenkomsten van 21 juni 1961 en van 15 sept. 1961 nietig en van onwaarde zijn en pp. niet binden en dat de op de akte van 15 sept. 1961 gebaseerde overdracht van de litigieuze onroerende goederen, overgeschreven ten hypotheekkantore te Maastricht op 15 sept. 1961 in deel 2313 nummer 82, niet rechtsgeldig resp. nietig is en Erckens c.s. nog steeds eigenaar van die onroerende goederen zijn; subs. dat de overeenkomst van 21 juni 1961, en de daarop gebaseerde overeenkomst van 15 sept. 1961, wegens de voormelde dwaling nietig en van onwaarde zijn, met alle gevolgen van dien en dat Erckens c.s. nog steeds eigenaar der voormelde onroerende goederen zijn, kosten rechtens;

dat na verweer van de Gemeente de Rb. bij haar vonnis van 9 mei 1974 de vordering van Erckens c.s. heeft afgewezen, na daartoe o.m. te hebben overwogen:

"dat als onweersproken gesteld en mede op grond van de niet weersproken inhoud van de in het geding gebrachte stukken ten processe vaststaat:

dat bij voorlopige koopovereenkomst van 21 juni 1961 onder voorbehoud van aanvaarding door de Raad van de gemeente Bunde en goedkeuring door Gedeputeerde Staten van Limburg, Erckens c.s. aan de Gemeente verkochten onroerend goed voor een koopprijs van f 175 500 o.m. onder het beding;

"dat de belastingschade vallende op de bedrijfsschadevergoeding, die geacht wordt in het overeengekomen bedrag mede te zijn begrepen, aan partij Erckens door de Gemeente wordt vergoed op basis van een door de heer inspecteur der directe belastingen te Valkenburg-Houthem af te geven verklaring dienaangaande";

dat bedoelde overeenkomst door de Raad en Gedeputeerde Staten is goedgekeurd, waarna op 15 sept. 1961 de notariële transportakte is verleden, waarin zonder opdracht en buiten medeweten van pp. door de notaris per vergissing in plaats van het bovenvermeld beding is opgenomen "de inkomstenbelasting, welke verschuldigd zal zijn over de bedrijfsschadevergoeding, die geacht moet worden in voormelde koopsom begrepen te zijn,

zal door de gemeente Bunde aan verkopers vergoed worden op de grondslag van een door de heer inspecteur der directe belastingen te Valkenburg af te geven verklaring dienaangaande"; dat bedoelde inspecteur de bedrijfsschadevergoeding heeft berekend op f 127 100 waarover Erckens f 50 840 aan inkomstenbelasting heeft betaald, alsmede dat de inspecteur een verklaring heeft afgegeven dat de door Erckens c.s. geleden belastingschade als gevolg van voormelde koop f 2151,50 heeft bedragen;

dat Erckens c.s. eerder op grond van bovenvermeld beding uit de notariële akte hebben gevorderd betaling van f 50 840 door de Gemeente, welke vordering de Rb. bij vonnis van 28 maart 1968 aan Erckens c.s. heeft ontzegd uit overweging, dat een door Gedeputeerde Staten goedgekeurd raadsbesluit met een inhoud als waarop Erckens c.s. zich beroepen ontbreekt, zodat Erckens c.s. geen recht kunnen ontlenen aan een door hen gestelde overeenkomst; dat in hoger beroep van dit vonnis het Hof te 's-Hertogenbosch Erckens c.s. heeft toegelaten te bewijzen, dat pp. met bovenvermeld beding in de voorlopige koopovereenkomst zouden hebben bedoeld en feitelijk zouden zijn overeengekomen, dat de Gemeente de gehele inkomstenbelasting over de bedrijfsschadevergoeding zou vergoeden in welk bewijs het Hof blijkens de overwegingen uit het arrest van 29 jan. 1973 Erckens c.s. niet geslaagd oordeelde, weshalve het beroepen vonnis werd bekrachtigd;

dat Erckens c.s. - onder de inmiddels vervulde conditie, naar de Rb. uit het stilzwijgen van pp. dienaangaande afleidt, dat de afwijzing van hun voormelde vordering in hoger beroep in gewijsde is gegaan - thans vorderen:

primair:

dat de beide voormelde overeenkomsten, t.w. die van 21 juni 1961 en die van 15 sept. 1961, nietig en van onwaarde zijn en pp. niet binden en dat de op de akte van 15 sept. 1961 gebaseerde overdracht van de litigieuze onroerende goederen, overgeschreven ten hypotheekkantore te Maastricht op 15 sept. 1961 in deel 2313 nummer 82, niet rechtsgeldig resp. nietig is en Erckens c.s. nog steeds eigenaar van die onroerende goederen zijn;

subs.:

dat de overeenkomst van 21 juni 1961 - en de daarop gebaseerde overeenkomst van 15 sept. 1961 - wegens de voormelde dwaling nietig en van onwaarde zijn, met alle gevolgen van dien en dat Erckens c.s. nog steeds eigenaar der voormelde onroerende goederen zijn;

dat ter zake van de primaire vordering Erckens c.s. vooreerst zakelijk stellen, dat op 21 juni 1961 - en ook op 15 sept. 1961 voor zover pp. toen ieder hetzelfde beoogden als op 21 juni 1961 - geen overeenkomst is tot stand gekomen, daar tussen pp. geen wilsovereenstemming zou zijn bereikt ten aanzien van de vergoeding der belastingschade, welke een wezenlijk onderdeel van de beoogde overeenkomst uitmaakte;

dat de door de Gemeente betwiste stelling slechts doel kan treffen, indien zou blijken, dat de Gemeente heeft begrepen of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat Erckens c.s. het begrip "belastingschade" hebben opgevat in die zin als thans door hen gesteld;

dat taalkundig het woord "schade" de betekenis heeft van "nadeel" en dat met het samengestelde woord "belastingschade" wordt aangeduid een bepaalde soort van nadeel, nl. die verband houdt met, en gevolg is van belastingheffing;

dat taalkundig het begrip "schade als gevolg van belastingheffing" geenszins gelijk is aan het begrip "belasting" of "te betalen belasting";

dat derhalve het woord "belastingschade" bij zorgvuldig taalgebruik niet in deze zin onduidelijk of dubbelzinnig is, dat uit het gebruik van dit woord voor de Gemeente viel te verwachten dat Erckens c.s. hieraan een afwijkende betekenis toekenden;

dat dit te minder het geval was, nu de Gemeente stelt dat het haar ten tijde van de onderhandelingen tussen pp. bekend was, dat bij vaststelling van de schadeloosstelling wegens onteigening, in overeenstemming met de hierboven aangegeven taalkundige betekenis, onder het begrip belastingschade wordt verstaan het bedrag dat men als gevolg van

de onteigening meer aan belasting moet betalen dan men zonder onteigening over dezelfde inkomensbestanddelen verschuldigd zou zijn geworden;

dat thans nog moet worden nagegaan of de Gemeente desondanks toch had behoren te begrijpen, dat Erckens c.s. het woord belastingschade verstonden als "de te betalen belasting" nu zij stellen, dat Erckens, voor de ondertekening van het voorlopig koopcontract op 21 juni 1961 zich tegenover de secretaris Crombag van de Gemeente in de door Erckens c.s. gestelde zin zou hebben uitgelaten;

dat te dezen beide pp. verwijzen naar en bespreken de in het geding gebrachte stukken van voormelde appel-procedure, waaruit blijkt dat Erckens c.s. ook in die procedure deze stelling hebben opgeworpen en dat hierover getuigen zijn gehoord; ...

dat door de getuigenverklaringen - gezien in onderlinge samenhang - niet is aangetoond dat van de zijde van Erckens c.s. uittalingen zijn gedaan op grond waarvan de Gemeente heeft begrepen of behoorde te begrijpen, dat de schijn van overeenstemming uit de bewoordingen van het voorlopig koopcontract van 21 juni 1961 niet beantwoordde aan de bedoeling van Erckens c.s., zoals zij deze thans naar voren brengen;

dat niet is gebleken van feiten of omstandigheden op grond waarvan pp. niet gebonden zouden zijn aan het contract van 21 juni 1961, doordat geen overeenkomst tot stand zou zijn gekomen, dan wel die deze overeenkomst nietig zouden maken wegens gebrek aan overeenstemming of goedkeuring; dat daartoe ook geen andere feiten dan de hierboven verworpene zijn gesteld, zodat m.b.t. deze overeenkomst de primaire vordering dient te worden afgewezen;

dat m.b.t. de overeenkomst van 15 sept. 1961 Erckens c.s. als enige grond voor hun primaire vordering hebben aangevoerd, dat uitsluitend uit deze notariële overeenkomst de eigendomsoverdracht van de onderwerpelijke onroerende goederen zou kunnen voortvloeien en dat deze notariële overeenkomst niet wordt gedekt door het raadsbesluit van 28 juli 1961;

dat ten processe vaststaat dat de van de tussen pp. op 21 juni 1961 gesloten overeenkomst afwijkende zinsnede betreffende de belastingschade in de notariële akte van 15 sept. 1961 niet een gevolg is van een nieuwe afspraak tussen pp., doch louter van een door de notaris begane vergissing;

dat mitsdien de notariële akte van 15 sept. 1961 op het punt van de belastingschade niet weergeeft hetgeen pp. zijn overeengekomen, doch dat dit feit niet betekent dat de reeds in juni gesloten en in een voorlopige akte beschreven overeenkomst, die men in september ongewijzigd in een definitieve akte wilde vastleggen, daardoor nietig zou zijn geworden, evenmin als de in die akte vervatte zakelijke overeenkomst tot levering der goederen;

dat weliswaar de voor de levering vereiste notariële akte een misslag bevat m.b.t. een onderdeel van de verplichtingen aan de zijde van de koper, doch dat deze misslag niet de nietigheid dier akte, noch die der levering van de goederen door de overschrijving van de akte in de openbare registers tot gevolg heeft;

dat derhalve ook op deze grond de primaire vordering niet kan worden toegewezen;

dat voor hun subs. vordering - verklaring voor recht dat beide voormelde overeenkomsten wegens dwaling nietig zouden zijn - Erckens c.s. zich beroepen op dezelfde stellingen als die hierboven zijn besproken en verworpen met betrekking tot het primair gestelde niet tot stand gekomen zijn van een overeenkomst;

dat uit die stellingen van Erckens c.s. blijkt dat zij niet ervan uitgaan, dat hun verklaring in de overeenkomst van 21 juni 1961 weergaf datgene wat zij toen beoogden, doch juist dat zij ervan uitgaan dat hun verklaring wat betreft het woord "belastingschade" niet weergeeft wat zij beoogden;

dat derhalve die stellingen niet voeren tot de slotsom dat Erckens c.s. zouden hebben gedwaald omtrent de zelfstandigheid der zaak, doch dat bij gebreke van wilsovereenstemming

tussen pp. in het geheel geen overeenkomst tot stand zou zijn gekomen, hetgeen hierboven reeds is verworpen;

dat mitsdien ook de subs. vordering moet worden afgewezen en Erckens c.s. als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het geding dienen te worden veroordeeld;"

dat Erckens c.s. van deze uitspraak in hoger beroep zijn gekomen bij het Hof te 's-Hertogenbosch, welk Hof in het thans bestreden arrest het vonnis van de Rb. heeft vernietigd en voor recht heeft verklaard: dat in 1961 tussen partijen geen koopovereenkomst is tot stand gekomen; dat de op de akte van 15 sept. 1961 gebaseerde overdracht van de litigieuze onroerende goederen, overgeschreven ten hypotheekkantore te Maastricht op 15 sept. 1961 in deel 2213 nummer 82 niet rechtsgeldig is en dat Erckens c.s. nog steeds eigenaars van die onroerende goederen zijn, met ontzegging van het meer of anders gevorderde, daartoe o.m. overwegende:

"1. dat de Gemeente bij akte van 16 sept. 1975, nader uitgewerkt bij pleidooi, heeft gesteld, dat de Gemeente in goed vertrouwen op het verkregen hebben van de toestemming van Erckens c.s. de van dezen in 1961 aangekochte gronden heeft aangewend voor straataanleg en woningbouw, zodat Erckens c.s. in strijd met de goede trouw handelen door eerst bij dagvaarding van 20 jan. 1970 een beroep op het ontbreken van wilsovereenstemming te doen;

2. a. dat het Hof aannemelijk acht, dat - zoals Erckens c.s. hebben gesteld - aan Erckens c.s. eerst uit de brief van de Gemeente van 16 febr. 1965 duidelijk is geworden, dat er tussen pp. een aanzienlijk verschil van mening bestond over de uitleg van de op de vergoeding van belastingschade betrekking hebbende clausules, voorkomende in de voorlopige koopakte van 21 juni 1961 en de transportakte van 15 sept. 1961;

b. dat voorts uit de aan het Hof overgelegde stukken blijkt:

c. dat Erckens c.s. bij dagvaarding van 26 mei 1966 van de Gemeente ter zake van belastingschade de betaling hebben gevorderd van een bedrag van f 50 840 uitgaande van hun uitleg van die clausules, welke vordering bij vonnis van de Rb. te Maastricht van 28 maart 1968 is afgewezen;

d. dat Erckens c.s. daarna in hoger beroep zijn gegaan en bij memorie van grieven van 12 nov. 1968 bijwege van vermeerdering van eis verklaring voor recht hebben gevraagd (kortgezegd), dat wegens het ontbreken van wilsovereenstemming geen koopovereenkomst is tot stand gekomen;

e. dat de Gemeente zich tegen deze eisvermeerdering heeft verzet, welk verzet op 10 dec. 1968 door het Hof gegrond is verklaard;

f. dat Erckens c.s. vervolgens op 20 jan. 1970 de inleidende dagvaarding in de onderhavige zaak hebben doen uitgaan;

3. a. dat het Hof gelet op voormelde gang van zaken van oordeel is, dat Erckens c.s. niet in strijd met de goede trouw jegens de Gemeente hebben gehandeld door bij dagvaarding van 20 jan. 1970 er een beroep op te doen, dat wegens het ontbreken van wilsovereenstemming geen koopovereenkomst is tot stand gekomen;

b. dat derhalve dit verweer van de Gemeente moet worden verworpen;

4. dat de Gemeente bij pleidooi in hoger beroep onder verwijzing naar het arrest van de HR van 16 mei 1975 RvdW 1975, no. 51 (inzake du Crocq Jr. BV tegen Van Tuijn's Limonadefabrieken en Distilleerderijen BV) heeft gesteld dat Erckens c.s. in hun vorderingen niet ontvankelijk moeten worden verklaard, omdat, met het gezag van gewijsde van het in de vorige procedure tussen pp. gewezen eindarrest van dit Hof van 29 jan. 1973 onverenigbaar is, dat, nadat de oorspronkelijke eis van Erckens c.s. tot betaling van voormeld bedrag van f 50 840 was afgewezen, zij thans een nieuw geding tegen de Gemeente aanhangig hebben gemaakt op grond van de stelling, dat destijds tussen pp. geen overeenkomst is tot stand gekomen, althans dat Erckens c.s. bij het aangaan van die overeenkomst in dwaling hebben verkeerd;

5. a. dat echter ook dit verweer van de Gemeente moet worden verworpen, omdat de in het met de dagvaarding van 26 mei 1966 ingeleide geding aan de rechter voorgelegde en door deze besliste vraag een andere rechtsbetrekking betrof dan die, waarop de in dit geding te beantwoorden vraag betrekking heeft;
- b. dat immers de vorige procedure betrof de vraag of de Gemeente zich bij de koopovereenkomst van pp. van 1961 al of niet had verbonden tot betaling van de gehele inkomstenbelasting over de in de overeengekomen koopsom mede begrepen bedrijfsschadevergoeding, terwijl de onderhavige procedure betreft de vraag of pp. ten aanzien van de vergoeding van belastingschade en zo neen, ten aanzien van de koopovereenkomst van 1961, waarvan vergoeding van die schade deel uitmaakte, wilsovereenstemming hebben bereikt, op welke vragen het antwoord niet noodzakelijk in dezelfde zin behoeft te worden gegeven;
6. dat, wat betreft de grieven van Erckens c.s. tegen het vonnis, waarvan beroep, het Hof de tweede grief het eerst zal behandelen, aangezien bij gegrondbevinding van deze grief het beroepen vonnis reeds niet in stand kan blijven en de eis van Erckens c.s. alsnog dient te worden toegewezen, zodat in dat geval de eerste en derde grief geen behandeling meer behoeven;
7. a. dat met de tweede grief kennelijk wordt bedoeld te betogen, dat de Rb. ten onrechte heeft aangenomen, dat pp. aangaande de onderhavige koopovereenkomst wilsovereenstemming hebben bereikt;
- b. dat Erckens c.s. dienaangaande in appel hebben gehandhaafd hun stelling, dat op 21 juni 1961 (datum van de voorlopige koopovereenkomst) en, voor zover ieder van pp. op 15 sept. 1961 (datum van transportakte) hetzelfde beoogde als op 21 juni 1961, ook op 15 sept. 1961 geen overeenkomst is tot stand gekomen, daar de ene partij een geheel andere opvatting en bedoeling betreffende de vergoeding van belastingschade had dan de andere partij, welke vergoeding een wezenlijk onderdeel van de beoogde overeenkomst uitmaakte;
8. dat Erckens c.s. hebben gesteld, dat zij slechts dan (minnelijk ter voorkoming van onteigening) wilden verkopen indien hun als belastingschade zou worden vergoed de gehele inkomstenbelasting over de bedrijfsschadevergoeding, welke in de koopsom was mede begrepen, en dat zij niet hebben begrepen, dat de Gemeente bij haar aanbod om ook de belastingschade te vergoeden op het oog had het (enge) begrip "belastingschade" zoals dat op het voetspoor van de arresten van de HR van 31 oktober 1956, NJ 1956 no. 672 en 25 juni 1958, NJ 1958 no. 419 in het onteigeningsrecht wordt gehanteerd;
9. dat Erckens c.s. derhalve op het standpunt staan, dat pp. elkaar voor wat betreft de post "belastingschade" hebben misverstaan in die zin, dat Erckens c.s. meenden conform hun bedoeling met de gemeente te zijn overeengekomen, dat de gehele inkomstenbelasting over de bedrijfsschadevergoeding zou worden vergoed, terwijl de Gemeente conform haar bedoeling meende te zijn overeengekomen, dat de belastingschade zou worden vergoed op basis van het in het onteigeningsrecht geldende begrip "belastingschade";
10. a. dat de Gemeente heeft ontkend, dat, toen Erckens c.s. in 1961 hun toestemming tot de koop gaven, zij beoogden de gehele inkomstenbelasting over de bedrijfsschadevergoeding vergoed te krijgen;
- b. dat de Gemeente voorts heeft gesteld, dat voor haar niet kenbaar is geweest, dat Erckens c.s. in de door hen gestelde en op zich volkomen abnormale mening verkeerden, alsmede: dat ook daarom aan Erckens c.s. geen beroep op het ontbreken van wilsovereenstemming toekomt, omdat de Gemeente mocht afgaan op de bij haar door Erckens c.s. gewekte schijn, dat ook zij vorenbedoeld eng begrip "belastingschade" op het oog hadden;
11. a. dat Erckens c.s. hun door de Gemeente betwiste stelling zullen hebben te bewijzen;
- b. dat het er daarbij niet op aankomt, zoals de Rb. bij haar beoordeling van deze stelling ten onrechte als uitgangspunt heeft genomen, of blijkt, dat de Gemeente heeft begrepen of

redelijkerwijze heeft behoren te begrijpen, dat Erckens c.s. het begrip "belastingsschade" hebben opgevat in de door hen voorgestane zin;

c. dat immers nu het begrip "belastingsschade" in 1961 zeker bij onderhandelingen en overeenkomsten tot minnelijke verkoop niet een niet voor misverstand vatbare uitdrukking was (zijnde de procedure tussen partijen, welke is geëindigd met het arrest van dit Hof van 29 jan. 1973 een bewijs voor het tegendeel) en nu niet is gesteld dat de Gemeente tijdens de onderhandelingen van pp. aan Erckens c.s. duidelijk heeft gemaakt wat zij onder "belastingsschade" verstond, het er enkel op aankomt of Erckens c.s. door uitlatingen en dergelijke hunnerzijds bij de Gemeente het gerechtvaardigd vertrouwen hebben gewekt, dat zij het begrip "belastingsschade" hebben opgevat in de door de Gemeente bedoelde zin;

d. dat daaromtrent echter niets is gesteld;

12. a. dat derhalve nog moet worden onderzocht of bedoeld misverstand in werkelijkheid aanwezig is geweest, zoals Erckens c.s. hebben gesteld, doch de Gemeente heeft betwist, daartoe verwijzende naar de inhoud van de aan Erckens c.s. bekende rapporten en naar het feit, dat het woord "belastingsschade" ook al taalkundig in een andere richting wijst, hebbende de Gemeente met die rapporten op het oog de vier onder de feitelijke overwegingen vermelde taxatierapporten;

b. dat de verwijzing naar de taalkundige betekenis van het woord "belastingsschade" blijkens het vorenoverwogene aan de Gemeente geen baat kan brengen, terwijl het Hof noch is gebleken, dat de inhoud van bedoelde rapporten op enigerlei wijze afbreuk aan de stelling van Erckens c.s. kan doen, noch dat de door Erckens c.s. geraadpleegde deskundigen hun hebben duidelijk gemaakt, dat in de taxatierapporten van 5 aug. 1960 en 6 mei 1961 met "belastingsschade" bedoeld werd op het enge begrip "belastingsschade";

13. a. dat Erckens c.s. hebben aangeboden door getuigen te bewijzen dat Erckens voor het ondertekenen van de akte nooit de in de MvA vermelde rapporten van 5/8/60 en 6/5/61 heeft gekend of gezien en dat hij alleen van de Gemeente een brief van 27/9/60 heeft ontvangen, waarin een uittreksel van een rapport van 30/8/60 was vermeld, terwijl deze brief bij de totstandkoming van de overeenkomst, waarbij f 175 500 werd vastgelegd, geen enkele rol heeft gespeeld en dat Erckens zelf slechts het rapport van 2/3/61 heeft laten maken;

b. dat het Hof dit bewijsaanbod echter passeert, omdat het Hof mede op grond van de verklaringen van de in de procedure, welke is geëindigd met het arrest van het Hof van 29 jan. 1973, gehoorde getuigen reeds genoegzaam bewezen acht, dat Erckens c.s. hebben bedoeld vergoeding te verkrijgen van de gehele inkomstenbelasting over de bedrijfsschadevergoeding;

c. dat het Hof deze getuigenverklaringen kan bezigen, omdat pp. zich in de onderhavige procedure daarop over en weer hebben beroepen ter staving van hun resp. standpunten;

14. dat aan het Hof uit de stukken, waaronder de processen-verbaal van vorenbedoelde getuigenverklaringen, is gebleken:

1) Van de onder de feitelijke overwegingen vermelde taxatierapporten van 5 aug. 1960, 2 maart 1961 en 6 mei 1961 bevatten het eerste en laatstgenoemde rapport de clausule:

"Eventuele "belastingsschade" welke een gevolg kan zijn van de uit te keren bedrijfsschadevergoeding dient vergoed te worden overeenkomstig een over te leggen advies van de heer Inspecteur der directe belastingen";

2) De bedrijfsschadevergoeding werd in die rapporten getaxeerd op resp. een bedrag van f 66 099,08; f 130 276,86 en f 110 935,97;

3) Volgens de getuige Crombag heeft hij (Crombag) naar aanleiding van deze drie rapporten met Erckens verder onderhandeld over de aankoop van diens grond en tijdens die besprekingen heeft Erckens gevraagd hoe het zou zitten met zijn belastingsschade, waarop Crombag hem heeft geantwoord, dat dat niet precies te berekenen was, want dat dat afhing van een beslissing van de inspecteur van de belastingen maar dat de Gemeente rekening hield met de mogelijkheid, dat de door de Gemeente aan Erckens te vergoeden belastingsschade,

uitgaande van een 20% tarief van art. 48 Besluit inkomstenbelasting, wel circa f 26 000 kon bedragen;

4) Vervolgens is naar luidt van de verklaring van deze getuige een nog niet getekend exemplaar van de van gemeentewege opgestelde tekst van de voorlopige koopakte aan Erckens toegezonden;

5) Deze tekst bevatte voor wat betreft de belastingschade als clauseule: "De belastingschade, vallende op de bedrijfsschadevergoeding, die geacht wordt in het overeengekomen bedrag mede te zijn begrepen, wordt partij Erckens door de Gemeente vergoed op basis van een door de heer Inspecteur der directe belastingen te Valkenburg-Houthem af te geven verklaring dienaangaande";

6) Uit de verklaring van de getuige Ummels blijkt, dat Erckens met dit exemplaar van de ontwerp voorlopige-koopakte naar de getuige is gegaan, houdende de verklaring van deze getuige o.m. in:

"Ik heb hem (toen) gezegd, dat volgens mij in die akte niet juist stond weergegeven wat Erckens mij had gezegd te bedoelen. Ik wist toen namelijk zelf wel, dat er verschil was tussen belastingschade en inkomstenbelastingvergoeding." De getuige heeft vervolgens een nieuwe redactie van de belastingschadeclauseule opgesteld, ten einde daarmee - zoals hij verklaarde - te bereiken, dat de inkomstenbelasting over de bedrijfsschadevergoeding door de Gemeente geheel zou worden vergoed, hetgeen naar zijn overtuiging de bedoeling van Erckens met de Gemeente was geweest;

7) Volgens de verklaring van de getuige Roebroek waren de echtelieden Erckens-Stijns zeer verontwaardigd over het feit, dat hij, getuige, van mening was, dat de tekst van de gesloten voorlopige koopakte enige twijfel liet over de vraag of, zoals Erckens hem desgevraagd verklaarde, tussen pp. was overeengekomen, dat de gehele inkomstenbelasting, vallende op de bedrijfsschadevergoeding, door de Gemeente zou worden vergoed;

8) De getuige Meuwissen heeft desgevraagd niet uitgesloten, dat de vrouw van Erckens op 15 sept. 1961 aanvankelijk na eerste voorlezing de notariële akte niet wilde tekenen, maar dat zij dat wel heeft gedaan nadat haar en haar man nogmaals was uitgelegd, dat zij alles vergoed zouden krijgen wat in die akte stond omschreven, welke akte onder punt 5 inhield: "De inkomstenbelasting welke verschuldigd zal zijn over de bedrijfsschadevergoeding, die geacht moet worden in de voormelde koopsom begrepen te zijn, zal door de gemeente Bunde aan verkopers vergoed worden op de grondslag van een door de heer Inspecteur der directe belastingen te Valkenburg af te geven verklaring dienaangaande";

15. a. dat het Hof aan het hiervoor onder 1) t/m 8) vermelde, in onderling verband en samenhang beschouwd, het niet door de Gemeente ontzenuwde vermoeden ontleent, dat Erckens c.s. in 1961 de koopovereenkomst slechts hebben willen sluiten, indien hun de gehele inkomstenbelasting over de bedrijfsschadevergoeding zou worden vergoed;

b. dat het door het Hof aan de voormelde punten ontleende vermoeden in feite niet alleen niet ontzenuwd wordt door de Gemeente maar integendeel veeleer bevestiging vindt in de verklaring van Crombag (de vertegenwoordiger van de wederpartij van Erckens bij de voorlopige koopovereenkomst) als getuige, dat hij, hoewel hij het toen niet begrepen heeft, achteraf gezien wel wil aannemen en mogelijk acht, dat Erckens kennelijk bedoelde slechts te willen verkopen indien hem, Erckens, de gehele inkomstenbelasting over de bedrijfsschadevergoeding door de Gemeente zou worden vergoed; dat er bij de onderhandelingen tussen hem (Crombag) en Erckens kennelijk een ernstig misverstand, ja zelfs kortsluiting is geweest; dat zij elkaar niet begrepen hebben; dat hij als mogelijk aanneemt, dat Erckens, als deze geweten had, dat hij slechts f 2000 belastingschade vergoed zou krijgen, de gehele transactie niet met de Gemeente aangegaan zou hebben en gezegd zou hebben: "onteigen dan maar"; dat hij, Crombag, graag aanneemt, dat Erckens in de war kan zijn gebracht door zijn, Crombags, later onjuist gebleken belastingschadeschatting van circa f

26 000, overeenkomende met de bij het laagste tarief van art. 48 Besluit Inkomstenbelasting over de bedrijfsschadevergoeding verschuldigde inkomstenbelasting;

c. dat hieruit volgt, dat pp. in 1961 de voorlopige koopakte en de transportakte hebben getekend in de veronderstelling, dat zij het ook op het punt van de belastingschade eens waren, maar dat in werkelijkheid hun wilsverklaringen toen in zoverre niet onderling overeenstemden;

d. dat, nu hetgeen Erckens c.s. terzake van belastingschade vergoed wilden hebben en hetgeen de Gemeente te dier zake wilde vergoeden een aanzienlijk verschil in als belastingschade uit te keren bedrag tot gevolg kon hebben (en heeft gehad), alleszins aannemelijk is, dat Erckens c.s. de koopovereenkomst niet zouden hebben gesloten, indien hun bij de ondertekening van de aktes duidelijk was geweest, dat tussen pp. op dit onderdeel van de transactie een misverstand aanwezig was;

e. dat derhalve in het geheel geen overeenkomst is tot stand gekomen en het Hof zich niet kan verenigen met de door de Gemeente bij pleidooi in hoger beroep geponeerde stelling, dat alleen ten aanzien van dit onderdeel van de overeenkomst geen overeenstemming heeft bestaan, maar de overeenkomst voor het overige wel is tot stand gekomen;

16. dat mitsdien de tweede grief gegrond is en de eerste grief (welke bedoelt te stellen, dat de inhoud van voormeld punt 5 van de notariële akte van 15 sept. 1961 niet op een vergissing berust) en de derde grief (waarin - zij het subs. - de klacht wordt geuit, dat de Rb. ten onrechte het beroep van Erckens c.s. op dwaling heeft verworpen) geen behandeling meer behoeven;

17. dat het Hof het door de Gemeente bij MvA subs. gedaan aanbod om al haar stellingen te bewijzen door alle middelen rechtens, speciaal door getuigen, als te vaag passeert;

18. dat uit het vorenoverwogene volgt, dat het vonnis waarvan beroep, dient te worden vernietigd en aan Erckens c.s. alsnog hun primaire eis in voege als na te melden moet worden toegewezen, behoudens de "voor zover rechtens mogelijk" gevorderde uitvoerbaarverklaring bij voorraad, nu de vordering van Erckens c.s. in zoverre niet op de wet steunt;"

O. dat de Gemeente deze uitspraak bestrijdt met de volgende middelen van cassatie:

"I. Schending van het Nederlandse recht, althans tot nietigheid leidend verzuim van vormen door te overwegen, gelijk het Hof heeft gedaan in de rechtsoverwegingen 1 t/m 5 van het bestreden arrest, en mede op grond van die overwegingen de primaire vordering van Erckens c.s. toe te wijzen, zulks ten onrechte om de volgende redenen: uit de stukken blijkt, kort weergegeven, dat pp. op 21 juni 1961 bij schriftelijke voorlopige koopovereenkomst ter voorkoming van onteigening hebben gecontracteerd ter zake van een aantal percelen weiland en boomgaard, waarop Erckens een bedrijf uitoefende, welke percelen de echtelieden Erckens (verder ook te noemen "Erckens" in enkelvoud) bij die overeenkomst aan de Gemeente hebben verkocht voor een bedrag van f 175 500, o.m. onder bepaling "dat de belastingschade, vallende op de bedrijfsschadevergoeding, welke laatste geacht wordt in het overeengekomen bedrag mede te zijn begrepen, door de Gemeente aan Erckens zal worden vergoed op basis van een door de Inspecteur der directe belastingen te Valkenburg dienaangaande af te geven verklaring ...";

dat de betreffende percelen bij notariële akte van 15 sept. 1961, overgeschreven in het daarvoor bestemde register, door Erckens aan de Gemeente zijn overgedragen; dat daarna de Gemeente overeenkomstig de verklaring van de Inspecteur aan Erckens een bedrag van f 2151,50 heeft betaald, zijnde het verschil tussen de over de bedrijfsschadevergoeding verschuldigde inkomstenbelasting en de inkomstenbelasting, die Erckens ter zake van zijn bedrijfsuitoefening verschuldigd zou zijn geworden, indien hij zijn bedrijf niet had gestaakt, welk bedrag Erckens niet heeft aanvaard maar heeft geretourneerd, zich zijnerzijds op het standpunt stellende dat hij krachtens de overeenkomst aanspraak kon maken op vergoeding

door de Gemeente van het gehele bedrag aan inkomstenbelasting, vallende op de in de koopsom begrepen bedrijfsschadevergoeding;
dat de Gemeente niet bereid was het bedrag van de gehele aanslag te vergoeden en Erckens bij inleidend exploit van 26 mei 1966 de Gemeente ter zake heeft aangesproken tot betaling van f 50 840 welke vordering door de Rb. te Maastricht is afgewezen bij vonnis van 28 maart 1968, welk vonnis door het Hof is bekrachtigd, nadat Erckens daartegen in beroep was gekomen en het Hof hem bij tussenarrest in de gelegenheid had gesteld te bewijzen feiten en omstandigheden, waaruit zou kunnen worden afgeleid dat pp. met de hierbovenaangehaalde clause uit de voorlopige koopovereenkomst ter zake van de belastingschade hebben bedoeld en feitelijk zijn overeengekomen dat de gehele inkomstenbelasting, welke Erckens verschuldigd zou zijn over de in de overeengekomen koopsom mede begrepen bedrijfsschadevergoeding, door de Gemeente aan Erckens zou worden vergoed op basis van een door de Inspecteur af te geven verklaring dienaangaande, in welke bewijslevering het Hof Erckens niet geslaagd achtte (arrest van 29 jan. 1973, waartegen geen beroep in cassatie is ingesteld);

dat Erckens inmiddels op 20 jan. 1970 de Gemeente had gedagvaard tot, voor zover in cassatie van belang, voor rechtverklaring dat de overeenkomst van 21 juni 1961 en die van 15 sept. 1961 nietig en van onwaarde zijn en pp. niet binden en dat de op de akte van 15 sept. 1961 gebaseerde overdracht van de litigieuze onroerende goederen niet rechtsgeldig, resp. nietig is en de echtelieden Erckens nog steeds eigenaar van die onroerende goederen zijn; dat de Rb. deze vordering heeft afgewezen bij vonnis van 9 mei 1974 doch het Hof op het beroep van Erckens dat vonnis heeft vernietigd en voor recht heeft verklaard dat in 1961 tussen pp. geen koopovereenkomst tot stand is gekomen, dat de overdracht van de litigieuze onroerende goederen niet rechtsgeldig is en dat de echtelieden Erckens nog steeds eigenaar van die onroerende goederen zijn.

a. 's Hofs in dit middel bestreden overwegingen en 's Hofs beslissingen zijn onjuist omdat Erckens in ieder geval niet later dan "uit de brief van de Gemeente van 16 febr. 1965 duidelijk is geworden dat er tussen pp. een aanzienlijk verschil van mening bestond over de uitleg van de op de vergoeding van belastingschade betrekking hebbende clauses" (r.o. 2 onder a) en hij vervolgens

(i) op 26 mei 1966 een procedure tegen de Gemeente is begonnen tot nakoming van de overeenkomsten van 1961 en met name volledige vergoeding van de belastingaanslag over de bedrijfsschadevergoeding heeft gevorderd,

(ii) na afwijzing van die vordering door de Rb., in hoger beroep opnieuw veroordeling tot nakoming heeft gevorderd, waaraan hij bij Memorie van Grieven van 12 nov. 1968 bij wijze van vermeerdering van eis slechts subs. een vordering tot verklaring voor recht dat de notariële overeenkomst van 15 sept. 1961 pp. niet bindt en dat de overdracht der onroerende goederen niet rechtsgeldig is alsmede een vordering tot nietigverklaring wegens dwaling heeft toegevoegd,

(iii) nadat het Hof bij beschikking van 10 dec. 1968 het verzet tegen de vermeerdering van eis gegrond had verklaard, zijn vordering tot nakoming onverminderd heeft voortgezet en deze na ampele getuigenverhoren, comparities en wisselingen van aktes zelfs tot tweemaal toe, voor wat het bedrag daarvan betreft, in hoger beroep heeft vermeerderd, waartegen het verzet van de Gemeente evenzovele malen door het Hof gegrond is verklaard, en hij ten slotte arrest heeft gevraagd;

Op 20 juni 1970, althans na 's Hofs eindarrest van 29 jan. 1973, dat in kracht van gewijsde is gegaan en waarbij het Hof het vonnis van de Rb., waarbij aan de echtelieden Erckens de vordering tot nakoming was ontzegd, met verbetering van gronden heeft bekrachtigd, was er, mede gezien Erckens' hierboven geresumeerde houding en stellingen in de eerste procedure, geen plaats meer voor een vordering tot verklaring voor recht, - althans niet zijdens Erckens

op dezelfde grond dat hij rechtens relevant iets anders zou hebben gewild dan vergoeding van belastingschade in enge zin -, dat in 1961 tussen pp. geen koopovereenkomst is tot stand gekomen, althans kon het Hof die verklaring niet meer uitspreken zonder het Nederlandse recht te schenden, althans had het Hof behoren te beslissen dat de echtelieden Erckens in strijd met de goede trouw handelden door onder de uit het bestreden arrest blijkende omstandigheden eerst bij dagvaarding van 20 jan. 1970 een beroep op het ontbreken van wilsovereenstemming te doen nadat de Gemeente in goed vertrouwen op het verkregen hebben van de toestemming van Erckens de van deze in 1961 aangekochte gronden heeft aangewend voor straataanleg en woningbouw (lees, blijkens de gedingstukken: voor overdracht aan derden, die daarop woningen hebben gebouwd).

Temeer is 's Hof's beslissing onjuist omdat Erckens zich in de onderhavige procedure niet heeft beroepen op enige psychische stoornis maar blijkens de gedingstukken veeleer sprake is van een voor een verkoper van onroerend goed, waarop hij een bedrijf uitoefent, onvoldoende bezinnen aan zijn zijde op wat bij een dergelijke verkoop aan een gemeente ter voorkoming van onteigening, regeling behoeft.

b. Het gestelde onder a. klemt te meer nu door Erckens c.s. bij Memorie van Grieven, p. 5, zevende alinea, uitdrukkelijk is gesteld, door de Gemeente bij MvA op p. 13 is onderschreven en door het Hof in het midden is gelaten, dat in 's Hof's in kracht van gewijsde gegane arrest van 29 jan. 1973 is beslist dat de voorlopige koopovereenkomst van 21 juni 1961 moet worden uitgelegd zoals de Gemeente doet ("in de zin als door de Gemeente gesteld"), welke beslissing het rechtsgeldig tot stand gekomen zijn van de koopovereenkomst veronderstelt en betrekking heeft op het in beide procedures alles beheersende punt van geschil, te weten de vraag wat pp. geacht moeten worden te hebben bedoeld resp. niet te hebben bedoeld met de in de voorlopige koopovereenkomst opgenomen belastingschadeclausule, zodat de Gemeente terecht het gezag van gewijsde van 's Hof's arrest van 29 jan. 1973 heeft ingeroepen, waaraan niet kan afdoen dat Erckens in de eerste procedure iets anders heeft gevorderd dan in de onderhavige, zijnde onjuist, althans onvoldoende met redenen omkleed 's Hof's beslissing dat de in de eerste procedure aan de Rechter voorgelegde en door deze besliste vraag een andere rechtsbetrekking betrof dan die, waarop de in dit geding te beantwoorden vraag betrekking heeft.

c. Voorts klemt het sub a. gestelde te meer nu door het Hof geenszins is vastgesteld dat, indien pp. in 1961 niet hetzelfde verstonden onder "belastingschade", de Gemeente onredelijk is bevoordeeld en/of de echtelieden onredelijk zijn benadeeld door het overeengekomene, van welk voordeel resp. nadeel ook geen sprake was nu niet valt in te zien, hoe in een onteigeningsprocedure, ter voorkoming waarvan de litigieuze overeenkomsten werden aangegaan, de echtelieden Erckens volledige vergoeding van hun aanslag in de inkomstenbelasting over de bedrijfsschadevergoeding zouden kunnen vorderen terwijl anderzijds de Gemeente heeft gesteld en Erckens niet heeft weersproken, althans het Hof in het midden heeft gelaten, dat de Gemeente in een ongunstiger positie dan voor de overeenkomsten van 1961, ja zelfs de Gemeente en derden met haar in een bij uitstek ongunstige toestand zouden geraken door het ongedaan maken van de overeenkomsten van 1961 resp. door deze overeenkomsten aan te merken als niet te zijn tot stand gekomen, zodat het Hof ook om die redenen had behoren te beslissen dat Erckens op 20 jan. 1970 de onderhavige vordering niet te goeder trouw kon instellen, althans Erckens bij die instelling geen in rechten bescherming verdienend belang had, althans de rechtszekerheid resp. de eisen van het rechtsverkeer bij de afweging van alle uit 's Hof's bestreden arrest blijkende omstandigheden aan die instelling in de weg stond(en), althans heeft het Hof door niets te overwegen ter zake van enig onredelijk voordeel aan de zijde van de Gemeente en/of enig onredelijk nadeel aan de zijde van de echtelieden Erckens dat uit de instandhouding van de

overeenkomst van 1961 zou kunnen voortvloeien, zijn arrest niet naar de eisen der wet met redenen omkleed.

d. 's Hofs bestreden arrest is in innerlijke tegenstrijd met 's Hofs arrest van 29 jan. 1973, in welk laatste arrest immers werd uitgegaan van het bestaan van de overeenkomsten van 1961, althans heeft het Hof het bestreden arrest niet naar de eisen der wet met redenen omkleed nu onbegrijpelijk is op welke gronden, te meer indien in cassatie ervan mag worden uitgegaan dat het Hof in het eerdere arrest heeft beslist dat de voorlopige koopovereenkomst van 21 juni 1961 moet worden uitgelegd in de zin als door de Gemeente gesteld, het Hof zijn beide arresten naast elkaar bestaanbaar acht.

e. 's Hofs arrest is bovendien niet naar de regelen des rechts met redenen omkleed, omdat innerlijk tegenstrijdig en/of onbegrijpelijk is 's Hofs overweging dat het Hof aannemelijk acht dat aan Erckens c.s. eerst uit de brief van de Gemeente van 16 febr. 1965 duidelijk is geworden dat er tussen pp. een aanzienlijk verschil van mening bestond over de uitleg van de op de vergoeding van belastingschade betrekking hebbende clausules, voorkomende in de voorlopige koopakte en de transportakte van 1961, nu uit de door het Hof gebezigde verklaring van de getuige Roebroek in de eerste procedure, waarnaar het Hof in de veertiende r.o. onder 7 verwijst, volgt dat deze reeds in 1962 aan Erckens heeft laten blijken dat er enige twijfel kon rijzen over de totale vergoeding van de inkomstenbelasting over de bedrijfsschadevergoeding, zulks op grond van het daaromtrent in het voorlopige koopcontract bepaalde, en dat familie Erckens toen zeer verontwaardigd was over het feit dat volgens die getuige die akte enige twijfel toeliet, en nu uit de door het Hof gebezigde verklaring van de getuige Crombag in de eerste procedure, waarnaar het Hof in de veertiende r.o. onder 3 verwijst, blijkt dat omstreeks die tijd de getuige Roebroek als behartiger van de belangen van Erckens hem heeft opgebeld als vertegenwoordiger van de Gemeente met de vraag of was overeengekomen dat de Gemeente aan Erckens zou vergoeden de gehele inkomstenbelasting over de bedrijfsschadevergoeding en dat de getuige Crombag daarop toen heeft geantwoord dat daar volgens hem geen sprake van was, aan welke verklaringen van de getuigen het Hof in dit verband ten onrechte is voorbijgegaan, hebbende althans het Hof de bestreden overweging en beslissing niet naar de eisen der wet met redenen omkleed door geheel voorbij te gaan aan de stelling van de Gemeente op p. 21 van de MvA, waarbij de Gemeente met een beroep op de hierboven bedoelde verklaringen van de getuigen Roebroek en Crombag betoogde dat Erckens reeds in 1962 moet hebben geweten dat er tussen pp. een aanzienlijk verschil van mening bestond over de uitleg van de op de vergoeding van belastingschade betrekking hebbende clausules in de aktes van 1961.

Door niet aan te geven of het Hof de verklaringen van de getuigen geheel of gedeeltelijk op de in dit onderdeel aangegeven punten ongeloofwaardig heeft geacht dan wel die verklaringen niet onverenigbaar acht met de in dit onderdeel bestreden overweging heeft het Hof de cassatierechter onvoldoende in staat gesteld te beoordelen of het Hof het recht juist heeft toegepast, hebbende het Hof immers in het laatste geval het tijdstip waarop Erckens zijn keuze kon bepalen of hij een actie tot nakoming zou instellen, zich beroepende op een andere uitleg van de belastingschadeclausule dan die van de Gemeente, dan wel een verklaring voor recht zou vragen dat in het geheel geen koopovereenkomst tot stand is gekomen en subs. vernietiging wegens dwaling zou vorderen, onjuist vastgesteld, althans zou 's Hofs beslissing op dit punt in dat geval onbegrijpelijk en/of innerlijk tegenstrijdig zijn.

II. Schending van het Nederlandse recht althans tot nietigheid leidend verzuim van vormen door ten aanzien van de tweede grief van Erckens c.s. te overwegen gelijk het Hof heeft gedaan in de zesde tot en met vijftiende r.o. en ter zake te beslissen dat derhalve in het geheel geen overeenkomst is tot stand gekomen, en daarbij te overwegen dat het Hof zich niet kan verenigen met de door de Gemeente bij pleidooi in hoger beroep geponeerde stelling dat

alleen ten aanzien van dit onderdeel van de overeenkomst geen overeenstemming heeft bestaan, maar de overeenkomst voor het overige wel is tot stand gekomen, zulks ten onrechte:

a. Omdat, wanneer koper en verkoper van een onroerend goed, waarop verkoper een bedrijf uitoefent dat hij in verband met de verkoop zal moeten staken, bij schriftelijke voorlopige koopovereenkomst overeenkomen dat de verkoper aan koper een bepaalde koopprijs zal betalen, waarin is begrepen een bedrijfsschadevergoeding, en dat verkoper bovendien de belastingschade over die bedrijfsschadevergoeding zal vergoeden op basis van een door de inspecteur der belastingen dienaangaande af te geven verklaring en wanneer pp. vervolgens tot transport bij notariële akte en overschrijving daarvan in de daartoe bestemde registers overgaan, niet gesteld kan worden dat "in het geheel geen overeenkomst is tot stand gekomen" op de enkele grond dat pp. elkander hebben misverstaan ter zake van het in de schriftelijke overeenkomst gebezigde begrip "belastingschade", in dien zin dat verkoper dacht dat hij daarmee aanspraak kon doen gelden op vergoeding van zijn volledige aanslag in de inkomstenbelasting over de in de koopsom begrepen bedrijfsschadevergoeding en de koper ervan uitging dat hij slechts zou behoeven te vergoeden het verschil tussen die aanslag en het bedrag dat koper aan inkomstenbelasting verschuldigd zou zijn geworden over de betreffende bedrijfsactiviteiten indien hij niet in verband met de verkoop zijn bedrijf had behoeven te staken.

Althans heeft het Hof, alle in middel I gerelateerde omstandigheden in aanmerking genomen, ten onrechte beslist dat in het geheel geen overeenkomst is tot stand gekomen, nu pp. de betreffende overeenkomst van koop en verkoop in der minne zijn aangegaan ten einde een onteigeningsgeding te voorkomen en de koper i.c. een gemeente was en, indien al over de betreffende aanvulling op de prijs in geld geen wilsovereenstemming is bereikt, een redelijk bedrag voor die aanvulling zeer wel te bepalen is en was aan de hand van de bedoeling van pp. en zo nodig van de wet, althans nu het vergoeden van uitsluitend de meerdere inkomstenbelasting als gevolg van de staking van het bedrijf op het over te dragen onroerend goed niet alleen bij onteigening maar ook bij verkoop aan de overheid ter voorkoming van onteigening bestendig gebruikelijk is en in 1961 bestendig gebruikelijk was, althans nu bekend was wat verkopers van onroerend goed aan een gemeente ten tijde van het sluiten van de overeenkomst ter zake van een zodanige aanvulling gewoonlijk plachten te bedingen.

b. Omdat, wat er zij van de vraag of in 1961 het begrip "belastingschade" in het algemeen, resp. in het algemeen bij onderhandelingen en overeenkomsten tot minnelijke verkoop, aldan-niet een niet voor misverstand vatbare uitdrukking was, het in deze procedure gaat om de vraag of de verkoper van onroerend goed, die daarop een bedrijf uitoefent hetwelk hij bij overdracht van dat onroerend goed aan een gemeente ter voorkoming van onteigening, zal moeten staken, zich tegenover die gemeente op een misverstand kan beroepen, wanneer hij het begrip "belastingschade" heeft opgevat als vergoeding van de gehele aanslag in de inkomstenbelasting ongeacht wat hij aan inkomstenbelasting verschuldigd zou zijn geweest indien hij zijn bedrijf niet zou hebben behoeven te staken, welke vraag het Hof ten onrechte bevestigend heeft beantwoord, nu ook reeds in 1961 in een dergelijke casuspositie het begrip "belastingschade" naar Nederlands recht een inhoud had, op de onbekendheid waarmee een zodanige verkoper behoudens bijzondere, uit 's Hof's arrest niet blijkende omstandigheden, zich niet achteraf kan beroepen, althans Erckens dat niet kan onder de in middel I en in het bijzonder in de onderdelen a, c en e daarvan gerelateerde omstandigheden.

c. Omdat, indien al het begrip "belastingschade" in 1961 bij onderhandelingen en overeenkomsten tot minnelijke verkoop niet een niet voor misverstand vatbare uitdrukking was, het op de weg lag van verkopers van onroerend goed, die zich bij ondertekening van een voorlopige koopovereenkomst ter voorkoming van onteigening van dat begrip bedienden, zich te voren van de betekenis van dat begrip te vergewissen en het Hof bij de beoordeling van de vraag of de door pp. volgens het Hof veronderstelde overeenstemming van hun

wilsverklaringen ook werkelijk aanwezig was, te hoge eisen aan de Gemeente heeft gesteld door daartoe van de Gemeente te verlangen dat zij aan Erckens zou hebben duidelijk gemaakt wat zij onder "belastingsschade" verstond en ten onrechte heeft overwogen dat het er enkel op aankomt of Erckens c.s. door uitlatingen en dergelijke hunnerzijds bij de Gemeente het gerechtvaardigd vertrouwen hebben gewekt dat zij het begrip "belastingsschade" hebben opgevat in de door de Gemeente bedoelde zin, in stede van van de echtelieden Erckens te verlangen dat zij zich omtrent dat begrip lieten voorlichten door hun eigen deskundigen, van welke de getuige Ummels in de eerste procedure heeft verklaard dat hij zelf wel wist dat er verschil was tussen belastingsschade en inkomstenbelastingvergoeding en dat hij daarover in het onderhandelingsstadium met Erckens heeft gesproken, althans te onderzoeken of de echtelieden Erckens hun bedoelingen tegenover de Gemeente naar behoren hebben kenbaar gemaakt, hebbende het Hof voorbij gezien dat tegen hem die eens anders verklaring of gedraging overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, heeft opgevat als een door die ander tot hem gerichte verklaring van een bepaalde strekking, geen beroep kan worden gedaan op het ontbreken van een met deze verklaring overeenstemmende wil, hebbende het Hof althans ten onrechte niet onderzocht of de Gemeente de verklaringen en gedragingen van Erckens onder de uit het arrest blijkende omstandigheden mocht opvatten als een toestemming in de bepaling dat hij naast de koopprijs (uitsluitend) de belastingsschade in enge zin vergoed zou krijgen, hetgeen alles te meer klemmt nu de Gemeente heeft gesteld en door het Hof in het midden is gelaten dat voor de Gemeente niet kenbaar is geweest dat Erckens in de door hem gestelde en op zich volkomen abnormale mening verkeerde.

d. Omdat het Hof het juiste uitgangspunt van de Rb., dat het erop aankomt of blijkt dat de Gemeente heeft begrepen of redelijkerwijze heeft behoren te begrijpen dat Erckens het begrip "belastingsschade" heeft opgevat in de door hem voorgestane zin, ten onrechte heeft verworpen, te meer nu de Gemeente heeft gesteld en het Hof in het midden heeft gelaten, dat Erckens' opvatting volkomen abnormaal was.

e. Omdat niet valt in te zien hoe de procedure tussen pp., die eerst jaren na de totstandkoming van de overeenkomsten van 1961 is gevoerd en die is geëindigd met het arrest van hetzelfde Hof van 29 jan. 1973, waarbij de opvatting van Erckens is verworpen althans Erckens niet geslaagd is geacht in de bewijslevering dat pp. de door de Gemeente als "volkomen abnormaal" gekarakteriseerde opvatting zouden hebben aangehangen, een bewijs zou kunnen zijn dat het begrip "belastingsschade" in 1961 zeker bij onderhandelingen en overeenkomsten tot minnelijke verkoop een voor misverstand vatbare uitdrukking was en/of het Hof door de betreffende tussen haakjes geplaatste overweging niet nader te verduidelijken het arrest niet naar de eisen der wet met redenen heeft omkleed.

f. Omdat 's Hof's overwegingen innerlijk tegenstrijdig, althans onbegrijpelijk zijn nu het Hof enerzijds in de twaalfde r.o. onder b overweegt dat het Hof niet is gebleken dat de inhoud van de te voren ingewonnen rapporten op enigerlei wijze afbreuk aan de stelling van Erckens kan doen, noch dat de door Erckens geraadpleegde deskundigen hem hebben duidelijk gemaakt dat in de taxatierapporten van 5 aug. 1960 en 6 mei 1961 met "belastingsschade" bedoeld werd op het enge begrip "belastingsschade" en anderzijds het Hof in de veertiende r.o. onder 1 vermeldt dat de taxatierapporten van 5 aug. 1960 en 6 mei 1961 de clausule bevatten: "Eventuele "belastingsschade" welke een gevolg kan zijn van de uit te keren bedrijfsschadevergoeding dient vergoed te worden overeenkomstig een over te leggen advies van de heer Inspecteur der directe belastingen", zijnde het van algemene bekendheid en een regel van Nederlands recht dat behoudens uitzonderlijke omstandigheden, waarvan uit 's Hof's arrest niet blijkt, over bedrijfsschadevergoeding steeds belasting wordt geheven, zodat de rapporten voor een ieder kenbaar doelden op belastingsschade in enge zin, zijnde derhalve 's Hof's arrest niet naar de eisen der wet met redenen omkleed.

g. Omdat het Hof ten onrechte aan het in de veertiende r.o. onder a vermelde in onderling verband en samenhang met het onder 1) t/m 7) vermelde het vermoeden heeft ontleend dat Erckens c.s. in 1961 de koopovereenkomst slechts hebben willen sluiten, indien hun de gehele inkomstenbelasting over de bedrijfsschadevergoeding zou worden vergoed, zulks nadat bij het in kracht van gewijsde gegane eindarrest van hetzelfde Hof van 29 jan. 1973 reeds tussen pp. was beslist dat aan de - niet op wilsovereenstemming tussen pp. stoelende, doch op een kennelijke vergissing berustende - redactie van art. 5 der notariele transportakte geen bewijs kan worden ontleend voor het bestaan hebben van daadwerkelijke wilsovereenstemming tussen beide pp. ten tijde van de voorlopige koopakte omtrent iets, wat in die voorlopige koopakte niet is tot uitdrukking gebracht, van welke beslissing de Gemeente het gezag van gewijsde heeft ingeroepen.

Althans het Hof door niet aan te geven hoe en waarom het onder 8) gestelde heeft mede gewerkt tot het ontlenen van het voormelde vermoeden aan het in de veertiende r.o. onder 1) t/m 8) vermelde, het arrest niet naar de eisen der wet met redenen heeft omkleed.

h. Omdat onjuist en/of onbegrijpelijk en derhalve onvoldoende met redenen omkleed is 's Hof's overweging dat, nu Erckens c.s. ter zake van belastingschade vergoed wilden hebben en hetgeen de Gemeente te dier zake wilde vergoeden een aanzienlijk verschil in als belastingschade uit te keren bedrag tot gevolg kon hebben (en heeft gehad), alleszins aannemelijk is, dat Erckens c.s. de overeenkomst niet zouden hebben gesloten, indien hun bij de ondertekening van de aktes duidelijk was geweest, dat tussen pp. op dit onderdeel van de transactie een misverstand aanwezig was, nu uit 's Hof's arrest blijkt dat pp. de onderhavige transactie zijn aangegaan om een onteigeningsgeding te voorkomen en niet valt in te zien hoe Erckens in een onteigeningsgeding een hoger bedrag wegens belastingschade zou kunnen verkrijgen dan het bedrag van de belastingschade in de door het Hof bedoelde enge zin.

i. Omdat het Hof ten onrechte heeft voorbij gezien dat Erckens op de in onderdeel h. gestelde gronden ieder in rechten bescherming verdienend belang miste bij zijn vorderingen in de onderhavige procedure, althans bij zijn tweede grief in hoger beroep;"

O. omtrent het eerste middel:

dat dit middel in al zijn onderdelen erover klaagt dat het Hof vordering van Erckens c.s. voor recht heeft verklaard dat de litigieuze koopovereenkomst niet tot stand is gekomen, zulks terwijl Erckens c.s. in een eerdere procedure op grond van een beding uit bedoelde koopovereenkomst als verkopers een - aanvullend - bedrag van f 50 840 van de Gemeente hadden gevorderd, welke vordering bij een in kracht van gewijsde gegane uitspraak van hetzelfde Hof van 29 jan. 1973 was afgewezen op grond van de overweging dat Erckens c.s. er niet in geslaagd waren te bewijzen dat pp. het eens waren geworden over het beding in de betekenis die zij, Erckens c.s., er aan hadden gehecht;

dat, voor zover in het middel wordt betoogd dat de vordering van Erckens c.s. in deze procedure reeds had behoren af te stuiten op het gezag van gewijsde van de rechterlijke uitspraak van 29 jan. 1973, deze stelling miskent dat het rechterlijk oordeel dat een bepaald beding in een overeenkomst niet bewezen is, niet het oordeel impliceert dat een overeenkomst zonder zodanig beding wel tot stand is gekomen; dat hierbij nog opmerking verdient dat het in de aanhef van onderdeel b aangegeven uitgangspunt feitelijke grondslag mist, daar Erckens c.s. - op de aangegeven plaats van de Memorie van Grieven - niet een standpunt hebben neergelegd m.b.t. de betekenis van de uitspraak van 29 jan. 1973 als in het onderdeel bedoeld; dat om dezelfde reden ook ten onrechte zowel hier als aan het slot van onderdeel d wordt aangenomen dat er in cassatie van zou mogen worden uitgegaan, dat in dat arrest is beslist dat de voorlopige koopovereenkomst van 21 juni 1961 moet worden uitgelegd in de zin die de Gemeente er aan geeft;

dat het middel in verschillende van zijn onderdelen tevens de vraag aan de orde stelt of, los van het beroep van de Gemeente op het gezag van gewijsde van de uitspraak van 29 jan. 1973, de vordering van Erckens c.s. niet moet worden afgewezen, omdat zij in verband met een aantal in het middel gereleveerde omstandigheden in strijd met de goede trouw zouden handelen door in 1970 een procedure te beginnen om in rechte te doen vaststellen dat in 1961 geen koopovereenkomst tot stand was gekomen;

dat echter, wanneer men uitgaat - zoals in dit middel nog gebeurt - van de juistheid van 's Hofs beslissing inzake het niet tot stand komen in 1961 van een koopovereenkomst, een beroep op de goede trouw niet in de weg kan staan aan een vordering om juist dit feit in rechte vastgesteld te krijgen;

dat zulks niet wil zeggen dat sommige van de in het middel gereleveerde omstandigheden, voor zover die zich reeds voordeden voor of tijdens de transactie van 21 juni 1961, niet van belang zouden kunnen zijn voor de beantwoording van de in dit middel nog niet aan de orde gestelde vraag of het Hof terecht heeft aangenomen dat op 21 juni 1961 geen koopovereenkomst tussen pp. tot stand is gekomen;

dat het eerste middel derhalve tevergeefs is voorgesteld;

O. omtrent het tweede middel:

dat het Hof blijkens de negende r.o. van het bestreden arrest ervan is uitgegaan dat Erckens c.s. op het standpunt staan dat pp. elkaar voor wat betreft de post "belastingsschade" hebben misverstaan, in die zin dat Erckens c.s. meenden conform hun bedoeling met de Gemeente te zijn overeengekomen dat de gehele inkomstenbelasting over de bedrijfsschadevergoeding zou worden vergoed, terwijl de Gemeente conform haar bedoeling meende te zijn overeengekomen dat de belastingsschade zou worden vergoed op basis van het in het onteigeningsrecht geldende begrip "belastingsschade";

dat het Hof vervolgens in de elfde r.o. ter zake van het door Erckens c.s. te leveren bewijs heeft overwogen - kort samengevat - dat het er niet op aan komt of blijkt dat de Gemeente heeft begrepen of redelijkerwijze heeft behoren te begrijpen dat Erckens c.s. het begrip "belastingsschade" hebben opgevat in de door hen voorgestane zin, maar enkel hierop of Erckens c.s. door uitlatingen en dergelijke hunnerzijds bij de Gemeente het gerechtvaardigd vertrouwen hebben gewekt, dat zij het begrip "belastingsschade" hebben opgevat in de door de Gemeente bedoelde zin;

dat het Hof blijkens het arrest tot dit oordeel is gekomen op de enkele gronden dat het begrip "belastingsschade" naar de mening van het Hof in 1961 zeker bij onderhandelingen en overeenkomsten tot minnelijke verkoop niet een niet voor misverstand vatbare uitdrukking was (waartoe het Hof een beroep deed op de procedure welke is geëindigd met het arrest van het Hof van 29 jan. 1973) en dat de Gemeente niet heeft gesteld tijdens de onderhandelingen van pp. aan Erckens c.s. duidelijk te hebben gemaakt wat zij onder "belastingsschade" verstond;

dat de onderdelen b-e van het middel, in onderling verband gezien, er terecht over klagen dat het Hof, aldus oordelende, een onjuiste maatstaf heeft aangelegd;

dat immers, indien pp. die een overeenkomst wensen te sluiten, daarin een voor misverstand vatbare uitdrukking bezigen, die zij elk in verschillende zin hebben opgevat, het antwoord op de vraag of al of niet een overeenkomst tot stand is gekomen, in beginsel afhangt van wat beide pp. over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten toekennen, hebben afgeleid;

dat daarbij onder meer een rol kan spelen: a of de betekenis waarin de ene partij de uitdrukking heeft opgevat meer voor de hand lag dan die waarin de ander haar heeft opgevat; b of, indien deze uitdrukking een vaststaande technische betekenis heeft, de partij die van

deze betekenis is uitgegaan, mocht verwachten dat ook de andere partij deze betekenis zou kennen; c of de andere partij zich had voorzien van deskundige bijstand en de wederpartij mocht verwachten dat deze die betekenis kende en die andere partij daaromtrent voorlichtte; d of een der door pp. aan de uitdrukking gehechte betekenissen zou leiden tot een resultaat dat met hetgeen pp. met de overeenkomst beoogden minder goed zou zijn te rijmen;

dat de Gemeente blijkens de stukken van het geding er zich o.m. op heeft beroepen: dat de betekenis die Erckens c.s. aan het begrip "belastingschade" beweren te hebben toegekend in de gegeven omstandigheden volkomen abnormaal was; dat dit begrip een vaststaande technische betekenis in onteigeningszaken heeft, zodat zij van Erckens c.s. mocht verwachten dat zij zich bij het sluiten van de overeenkomst, strekkende tot onteigening in der minne, op de hoogte hadden gesteld van de betekenis van dat begrip; dat Erckens c.s. bovendien deskundigen hebben ingeschakeld die deze technische betekenis kenden en verwacht mocht worden dat Erckens c.s. door hen zou worden voorgelicht; dat het resultaat van de opvatting van Erckens c.s. zou zijn dat zij aanzienlijk meer zouden ontvangen dan de door hen geleden schade, incl. belastingschade, en de Gemeente bij een overeenkomst tot onteigening in der minne ook daarom deze opvatting niet behoefde te verwachten;

dat het Hof dit een en ander in zijn oordeel had behoren te betrekken en het arrest, nu het Hof dit niet heeft gedaan, niet in stand kan blijven;

dat, wat onderdeel a betreft, het Hof, uitgaande van zijn opvatting dat pp. niet tot overeenstemming zijn gekomen ten aanzien van de post belastingschade, zonder schending van enige rechtsregel heeft kunnen aannemen - ook in het licht van de in dit onderdeel gereleveerde omstandigheden - dat, nu pp. het over een belangrijk deel van de door de koper verschuldigde prestatie niet eens waren geworden, er in het geheel geen overeenkomst tot stand was gekomen;

dat onderdeel f zich keert tegen het oordeel van het Hof dat de betreffende taxatierapporten, ook als zij Erckens c.s. onder ogen waren gekomen - welke mogelijkheid het Hof blijkens de dertiende r.o. heeft opengelaten - niet op enigerlei wijze afbreuk doen aan de stelling van Erckens c.s. dat er in werkelijkheid een misverstand tussen hen en de Gemeente heeft bestaan over de uitleg van het begrip belastingschade in het betreffende koopcontract; dat het bij dit oordeel van het Hof er niet om gaat, wat Erckens c.s. na kennisneming van de rapporten hadden behoren te begrijpen, maar om wat zij in werkelijkheid hebben begrepen; dat, aldus gelezen, de betreffende overweging van het Hof een zuiver feitelijk oordeel inhoudt, dat voor rekening van het Hof komt en niet onbegrijpelijk is, zodat dit onderdeel tevergeefs is voorgesteld;

dat onderdeel g erover klaagt, dat het Hof het feitelijk vermoeden dat Erckens c.s. in 1961 de koopovereenkomst slechts hebben willen sluiten, indien hun de hele inkomstenbelasting over de bedrijfsschadevergoeding zou worden vergoed, mede heeft ontleend aan de houding van de vrouw van Erckens bij het verlijden van de notariële akte van transport van 15 sept. 1961, wat volgens dit onderdeel in strijd zou zijn met het gezag van gewijsde van de uitspraak van 29 jan. 1973 waarop de Gemeente zich had beroepen; dat echter 's Hof's beslissing dat Erckens c.s. in 1961 de koopovereenkomst slechts hebben willen sluiten, indien hun de hele inkomstenbelasting over de bedrijfsschadevergoeding zou worden vergoed, niet onverenigbaar is met de beslissing in het arrest van 29 jan. 1973 dat "aan de redactie van art. 5 van de notariële transportakte geen bewijs kan worden ontleend voor het bestaan hebben van daadwerkelijke wilsovereenstemming tussen beide pp. ten tijde van de voorlopige koopakte omtrent iets, wat in die voorlopige koopakte niet is tot uitdrukking gebracht"; dat daarom ook dit onderdeel faalt;

dat, wat betreft de onderdelen h en i, het aan Erckens c.s. in beginsel vrijstond, in verband met het belang dat de Gemeente had om het goed door minnelijke koop in plaats van langs de meer tijdrovende weg van onteigening te verkrijgen, hun onroerend goed slechts te willen

verkopen tegen een hogere prijs dan het bedrag dat zij er bij onteigening vermoedelijk voor zouden ontvangen; dat beide onderdelen dan ook ongegrond zijn;

O. dat in verband met de gegrondheid van de onderdelen b-e van het tweede middel 's Hofs arrest niet in stand kan blijven;

Vernietigt het arrest van het Hof te 's-Hertogenbosch van 11 nov. 1975;

Verwijst de zaak naar het Hof te Arnhem ter verdere behandeling en beslissing met inachtneming van deze uitspraak;

Veroordeelt Erckens c.s. in de kosten op de voorziening in cassatie gevallen welke aan de zijde van de Gemeente tot op deze uitspraak worden begroot op f 352 aan verschotten en f 1600 voor salaris.

Conclusie Adv.-Gen. Mr. ten Kate.

De rechtsoverwegingen van het bestreden arrest heb ik genummerd van 1-19, terwijl ik de met "dat" aanvangende alinea's per overweging alfabetisch van letters heb voorzien.

Na de uitvoerige uiteenzetting van hetgeen tussen pp. is voorgevallen, in middel I van het cassatieberoep, meen ik hier met een verwijzing daarheen te mogen volstaan en dadelijk tot een bespreking van de cassatieklachten te mogen overgaan.

In middel I, in hoofdzaak in onderdeel a en b, heeft de gemeente (eiseres in cassatie) zich erover beklaagd dat het Hof haar beroep op gezag van gewijsde van het eerder tussen pp. gewezen arrest van 29 jan. 1973 ten onrechte niet heeft gehonoreerd. Ik meen dat deze klacht ongegrond is.

Vooropgesteld zij dat het burgerlijk (proces)recht in beginsel geen verbod van herhaling (ne bis in idem) kent. Ons burgerlijk recht kent slechts de positieve regel dat hetgeen eens tussen pp. bij gewijsde beslist is, tussen hen voor waar wordt gehouden. Hierbij zij dadelijk aangetekend dat deze regel in zoverre grond voor het aannemen van een herhalingsverbod geeft, dat wegens deze positieve regel bij herhaling belang kan ontbreken met het gevolg dat de tweede vordering niet-ontvankelijk geoordeeld moet worden. Vgl. over dit een en ander: van Rossem-Cleveringa I (1972), p. 303, 304; Star Busmann-Rutten-Ariens (1972), no. 393, p. 389, e.v.; Veegens in "Het gezag van gewijsde" (1972), p. 30 e.v. en "De Praktijkids" 1974, p. 215; HR 12 juni 1970, NJ 1970, 375; HR 25 april 1975, NJ 1975, 415 (Th.W.v.V.), AB 1975, 194 (St.), waarbij mijn concl. p. 1276/7 resp. p. 483, 484; HR 9 febr. 1968, NJ 1968, 282 (H.D.).

In dit beginsel steekt m.i. de betekenis van het laatstelijk gewezen arrest HR 16 mei 1975, NJ 1976, 465 (W.H.H.). Aangezien in dat geschil in het eerst gevoerde geding tussen pp. tevergeefs de geldigheid van de overeenkomst was aangevochten en de koper tot betaling van de koopprijs was veroordeeld, stond het de partij niet meer vrij tegenover een beroep op gezag van gewijsde andermaal deze overeenkomst aan te vechten met een beroep op het ontbreken van bepaalde eigenschappen van de geleverde waar, ook al ging het daarbij om andere eigenschappen dan in het eerste geding, en aldus wederom te trachten zich aan betaling van de koopprijs te onttrekken. Voor wat betreft beweerdelijk gepleegd bedrog of misleiding achtte Uw Raad nog wel een vordering tot vergoeding van schade mogelijk "voor zover deze toewijzing niet onverenigbaar is met het in stand houden van de rechtsgevolgen van de koopovereenkomst".

Vgl. in dit verband nog mijn "Request-Civiel", Prf. Leiden 1962, p. 226 e.v.

In het onderhavige geval is geen sprake van enige beslissing in het eerste geding, waarbij de geldigheid van de thans omstreden overeenkomst zou zijn aangenomen. Integendeel, de aanvankelijke vordering tot nakoming van het beding, gelezen in de zin die Erckens (verweerders in cassatie) daaraan gaf, liep vast op het oordeel van het Hof (3e r.o.) dat geen der getuigen iets heeft kunnen verklaren omtrent daadwerkelijk ten tijde van de voorlopige koopakte bestaande wilsovereenstemming van beide pp., krachtens welke de gehele

inkomstenbelasting, door Erckens verschuldigd over de overeengekomen en uitbetaalde bedrijfsschadevergoeding, door de gemeente aan Erckens zou worden vergoed. Beide pp. waren - naar het Hof aannemelijk achtte - bij het bezigen van de term "belastingschade" van een geheel verschillend begrip uitgegaan.

Dit eenmaal aangenomen, is de stelling in het onderhavige geding dat pp. dan niet tot overeenstemming zijn gekomen met de eis zulks voor recht te verklaren, te beschouwen als een voortbouwen op het vorige geding. Van een andermaal ter discussie stellen van besliste zaken, ook al zou dit vanuit een andere gezichtshoek geschieden en met een vordering van andere strekking, is naar mijn inzien dan ook geen sprake.

Dat - zoals in onderdeel b aanhef is gesteld - beide pp., met name ook Erckens, in dit geding ervan zouden zijn uitgegaan dat het Hof in zijn in het eerste geding gewezen arrest zou hebben beslist dat in de overeenkomst met "belastingschade" het begrip zou zijn bedoeld zoals gehanteerd in het onteigeningsrecht, acht ik onjuist. Erckens stelt in zijn memorie van grieven p. 5, alinea 7, uitsluitend dat, nu in de door hem ondertekende akte blijkbaar volgens het eerdere arrest het begrip belastingschade in die zin is neergelegd en hij (Erckens) anderzijds bij zijn ondertekening met dat begrip bedoelde de vergoeding van de gehele som aan inkomstenbelasting, hij in dwaling heeft getekend. Erkenning van zodanige inhoud van de overeenkomst - wel te onderscheiden van "akte" - is uit zodanige context niet te halen. Men zij er bovendien op bedacht dat Erckens deze stelling brengt in het kader van zijn subs. beroep op dwaling, namelijk voor het geval ontbreken van algehele wilsovereenstemming door het Hof niet zou worden aanvaard.

Deze klachten acht ik derhalve ongegrond.

De overige cassatieklachten vallen uiteen in twee hoofdstromen. Uitgangspunt is dat het Hof feitelijk en in cassatie onaantastbaar heeft vastgesteld, dat pp., de term "belastingschade" bezigende, elkaar op een essentieel punt hebben gemist. Immers Erckens bedoelde daarmee vergoeding van alle inkomstenbelasting die geheven zou worden over de hem toegekende inkomstenschadevergoeding. De gemeente doelde op het begrip zoals in het onteigeningsrecht ontwikkeld, dus enkel de schade hierdoor veroorzaakt dat eerder of mogelijk meer aan inkomstenbelasting zou moeten worden betaald door de omstandigheid dat het inkomen thans gekapitaliseerd in een schadeloosstelling zou worden ontvangen in plaats van in het ongestoord voortgaande bedrijf. Gezien het grote verschil van vergoeding van slechts f 2151,50 in plaats van de gehele verschuldigde inkomstenbelasting ad f 50 840 bij een totale koopprijs van f 175 500, is niet onbegrijpelijk dat het Hof alleszins aannemelijk achtte (r.o. 15d) "dat appellanten (Erckens) de koopovereenkomst niet zouden hebben gesloten, indien hun bij de ondertekening van de actes duidelijk was geweest, dat tussen pp. op dit onderdeel van de transactie een misverstand aanwezig was". Erckens stelt dat hij met de koopprijs van f 175 500 geen genoegen zou hebben genomen als hij geweten had dat hij deze prijs niet netto zou ontvangen (o.m. memorie van grieven in het eerste geding, p. 3). Dit feitelijke oordeel wordt derhalve tevergeefs bestreden in middel II onderdeel a. De gehele koopprijs kwam ter discussie te staan. Vgl. HR 14 juni 1968, NJ 1968, 331. Dat het hier een bestendig en gebruikelijk beding zou betreffen, is overigens geen novum, zoals Erckens bij pleidooi heeft doen zeggen, gezien memorie van antwoord p. 19 midden en pleidooi voor het Hof van de zijde van gemeente (p. 15 midden).

In cassatie wordt nu, uitgaand van voormeld misverstand, aangevoerd dat - zulks in hoofdzaak in middel I - het beroep op dit misverstand en het aldus ontbreken van een overeenkomst Erckens in de gegeven omstandigheden als in strijd met de goede trouw niet (meer) toekomt. Anderzijds wordt geklaagd, dit in hoofdzaak in middel II, dat ondanks dit misverstand in de gegeven omstandigheden een overeenkomst tot stand is gekomen. De gegeven motivering zou in ieder geval onvoldoende zijn.

Ik ga nu eerst in op de tweede klacht.

In r.o. 11c (p. 23 grosse) lees ik de gedachte dat i.c., nu pp. een voor misverstand vatbare uitdrukking "belastingschade" bezigden, Erckens door een overeenkomst met die term aan te gaan nog geen handeling heeft verricht die bij de gemeente het gerechtvaardigde vertrouwen zou hebben gewekt of zou hebben kunnen wekken, dat hij het begrip "belastingschade" zou hebben opgevat in de door de gemeente bedoelde zin. Het Hof vergde naast de gedraging bestaande in de toetreding tot het contract uitlatingen of andere gedragingen die een zodanig vertrouwen zouden wettigen, en stelde vast dat daaromtrent niets was gesteld.

Ik mag hierbij aantekenen dat Erckens niet heeft aangevoerd en dat ook niet anderszins uit de stukken blijkt dat hij zijn verlangen op dit punt vergoeding van de totaal door hem verschuldigde inkomstenbelasting te verkrijgen met zoveel woorden heeft geuit althans jegens de gemeente. Van zodanige uiting blijkt ook niet toen hij na overleg met de getuige Ummels, die het onderscheid wel kende (zie r.o. 14 onder 6 van het bestreden arrest), naar de gemeentesecretaris Crombag ging met de vraag of vergoeding van "belastingschade vallende op de bedrijfsschadevergoeding" niet vervangen diende te worden door vergoeding van "tengevolge van deze aan- en verkoop door Erckens meer verschuldigde inkomstenbelasting". Crombag meende dat deze clause hetzelfde zou betekenen. Daar niet duidelijk was waarop dit "meer" sloeg, woekerde het misverstand voort.

Het begrip "belastingschade" als door de gemeente bedoeld was reeds destijds (1961) een in onteigeningskringen bekend begrip. Vgl. HR 26 april 1950, NJ 1950, 823, NJB 1950, p. 293 (no. 56) en p. 365 (no. 65), op welk arrest bijv. gewezen werd in de "Handleiding voor de berekening van de vergoedingen toe te kennen bij onteigeningen ten behoeve van de wederopbouw" 1950, opgesteld door de Centrale Commissie voor de onteigeningsvergoedingen, p. 34. Telders, "Schadeloosstelling voor onteigening" (1968), no. 555 (p. 121) vermeldt dat het de normale gang van zaken bij minnelijk akkoord van art. 17 Ow. - waarom het i. c. ook gaat - is, dat vergoeding van belastingschade in deze zin en nader uitgewerkt in HR 31 okt. 1956, NJ 1956, 672; HR 25 juni 1958, NJ 1958, 419; HR 7 jan. 1970, NJ 1972, 185 (W. Blackstone); van Wijmen, losbladig "Onteigeningsrecht" II, p. 424 e.v. wordt aangeboden tot het bedrag dat door de Inspecteur of door de Stichting Adviesbureau Onroerende Zaken zal worden vastgesteld. Linssen, die aan het eerste en derde van de vier uitgebrachte taxatierapporten (overgelegd bij conclusie van dupliek) als deskundige meewerkte, heeft dan ook blijkens het desbetreffend p.-v. van getuigenverhoor voor het Hof van 18 sept. 1969 als getuige verklaard, op welke verklaring de gemeente zich bij memorie van antwoord p. 8 heeft beroepen, dat Abels en hij daarmee bedoelden tot vergoeding te doen brengen "het verschil tussen de door Erckens te betalen belasting over de som ineens en de belasting, welke Erckens bij niet-verkoop gedurende de volgende circa 15 jaren zou hebben moeten betalen over zijn bedrijfsinkomen uit deze gronden en opstanden". Deze clause kwam in 1961 in alle dergelijke taxatierapporten van de Stichting voor het Taxatiewezen in Limburg voor. In 1950, aldus nog steeds deze getuige, bestond dit begrip belastingschade al.

Na het eerste rapport heeft Erckens drie deskundigen benoemd, die op hun beurt rapport uitbrachten. Na het derde rapport hebben zij wederom gerapporteerd. Over de post belastingschade, opgenomen in het eerste en derde rapport, hebben zij niets gezegd. Op het feit dat deze deskundigen, al waren zij niet raadsliden van Erckens, zijn opgetreden, heeft de gemeente in allerlei wendingen een beroep gedaan (o.m. conclusie van dupliek p. 5, 7, 8, 12; memorie van antwoord p. 8). Het Hof heeft hierop slechts gereageerd i.v.m. de vraag of Erckens de gemeente metterdaad heeft misverstaan. Het Hof overweegt (r.o. 12b) dat de inhoud van de rapporten geen afbreuk doet aan de stellingen van Erckens en dat de door Erckens geraadpleegde deskundigen hem niet hebben duidelijk gemaakt, dat in de taxatierapporten van 5 aug. 1960 en 6 mei 1961 (het hierboven bedoelde eerste en derde rapport) met "belastingschade" bedoeld werd op het hier eerder omschreven enge begrip.

Hiermede heeft het Hof echter, zulks i.v.m. zijn hier besproken r.o. 11c, de stellingen van de gemeente te kort gedaan, welke klacht naar mijn mening in onderdeel c van middel II begrepen is.

Uit de reeks arresten van Uw Raad naar aanleiding van verklaringen die om enigerlei reden niet als overeenkomstig gewild mochten worden beschouwd (laatstelijk HR 27 juni 1975, NJ 1976, 128; HR 5 dec. 1975, NJ 1976, 223, m.nt. G.J.S.; HR 29 nov. 1974, NJ 1975, 211, m.nt. G.J.S.) moge ik in dit verband op de navolgende de bijzondere aandacht vestigen. Allereerst HR 10 febr. 1967, NJ 1967, 212 (G.J.S.), waarin Uw Raad o.m. overwoog: "dat het mogelijk is, dat een rechthebbende bij wie kennis van het bestaan van zijn recht ontbreekt, nochtans door zijn gedragingen bij de wederpartij het vertrouwen wekt dat hij dat recht prijsgeeft, en dit vertrouwen mede hierdoor gerechtvaardigd kan zijn dat de wederpartij geen rekening behoefde te houden met de mogelijkheid dat de rechthebbende dat recht niet kende; dat alsdan onder omstandigheden, zoals indien de wederpartij door hetgeen hij op grond van dat vertrouwen heeft gedaan in ongunstiger toestand is gekomen dan hij zonder dien zou zijn geweest, de goede trouw de rechthebbende in zijn beroep op dat recht kan beperken". Vgl. overigens hierbij HR 19 dec. 1975, RvdW 1976, 12 (p. 39). In dit geding betreft het een misverstaan van een door de gemeente gebezigde technische term "belastingschade". Nu de schade door deskundigen van de zijde van Erckens, ook al waren deze niet zijn raadsliden, is gehertaxeed en daarbij over de belastingschade niet is gerept, behoefde de gemeente er geen rekening mee te houden dat Erckens dit begrip mogelijkwijs verkeerd zou (kunnen) opvatten, ook al voerde Erckens de onderhandelingen zelf met de gemeente. Dat de gemeente op grond van haar vertrouwen is voortgegaan en daardoor in een ongunstiger toestand is gekomen, heeft zij bij akte van 16 sept. 1975, overgelegd aan het Hof, doen aanvoeren. Er heeft wegaanleg plaats gevonden en er is grond aan derden verkocht ten behoeve van woningbouw.

Hierop sluit aan HR 22 febr. 1974, NJ 1975, 381 (A.R.B.): "dat, indien het College daarbij van een onjuiste opvatting ten aanzien van de juiste uitlegging van art. 83 is uitgegaan, daarin geen grond kan worden gevonden de gemeente aan de toezeggingen van het College niet gebonden te achten, nu de Vereniging die toezeggingen had aanvaard in het door het College zelf opgewekte vertrouwen dat art. 83 voor die toezeggingen de ruimte bood; dat de wijze waarop dit artikel moest worden uitgelegd immers niet zo voor de hand lag dat de Vereniging had moeten begrijpen dat het College bij zijn toezeggingen van een onjuiste opvatting uitging en het onredelijk zou zijn de onzekerheid ten aanzien van de uitlegging van dit artikel voor rekening van de Vereniging te brengen; dat zulks mogelijk anders zou zijn, indien de Vereniging door genoemde toezeggingen zonder redelijke grond zou zijn bevoordeeld, doch daarvan geen sprake is, nu het hier gaat om de vergoeding van kosten, voortvloeiende uit de aanvaarding van voorgedijen, welke de Vereniging juist in vertrouwen op de toezeggingen van de, inmiddels door de gemeente opgeheven, Instelling en van het College op zich had genomen". Ook hier zal weer kunnen gelden dat de door de gemeente op zichzelf juist gebezigde technische term "belastingschade" voor van de zijde van Erckens benoemde deskundigen geen aanleiding is geweest daarop aanmerking te maken dan wel te dien aanzien speciale voorwaarden te stellen in het beeld van de door hen geadviseerde koopprijs (schadeloosstelling). Dat pp. in abstracto anders zouden hebben kunnen bedingen, doet hier aan niet af; evenmin dat Erckens zelf de werkelijke betekenis hiervan niet begreep en wellicht een andere bedoeling had. Er is, nu hij de zaak door deskundigen van zijn zijde heeft doen bezien met wier rapport rekening is gehouden bij de uiteindelijk overeengekomen koopprijs, sprake van een hapering aan zijn zijde.

Ik meen dat ik hiermee ook binnen de grenzen van art. 3.2.3 NBW (G.O.) blijf: "Tegen hem die eens anders verklaring of gedraging, overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, heeft opgevat als een door die

ander tot hem gerichte verklaring van een bepaalde strekking, kan geen beroep worden gedaan op het ontbreken van een met deze verklaring overeenstemmende wil". Vgl. MvA p. 47 bovenaan en de eerste alinea.

Zou Uw Raad zich met dit oordeel verenigen, dan doet zich de vraag voor of Uw Raad de zaak ten principale zou kunnen afdoen. Ik zou menen dat een verwijzing zou moeten volgen, opdat de feitelijke rechter met dit gegeven en tegen deze achtergrond met name de positie die de deskundigen in feite hebben ingenomen, nader onderzoekt (vgl. r.o. 13a van het bestreden arrest) en een en ander opnieuw afweegt.

Voor het geval Uw Raad omtrent een en ander anders mocht oordelen, bijv. omdat bij voormelde beschouwing onvoldoende accent zou zijn gegeven aan de omstandigheid dat Erckens wellicht de gebezigde term niet als technische term heeft onderkend - ofschoon hij zich over de strekking daarvan toch wel zorgen heeft gemaakt -, kom ik tot de eerste groep klachten, waarbij - kort gezegd - wordt aangevoerd dat Erckens onder de gegeven omstandigheden als in strijd met de goede trouw beroep op het misverstand en het daardoor ontbreken van een titel voor rechtsovergang van de grond niet (meer) toekomt.

De enkele klacht in onderdeel a van middel I dat Erckens na eerst nakoming verlangd te hebben, niet meer kan stellen dat pp. elkaar hadden misverstaan, zodat een overeenkomst ontbreekt, komt mij onvoldoende voor. I.c. kwam immers vast te staan dat het geschil van pp. niet stak in de enkele uitleg van een beding, waarop het eerste geding gegrond was, doch in een van de aanvang af bestaand fundamenteel verschil van inzicht omtrent de betekenis van de clausule, waarin zij elkaar gevonden meenden te hebben. Vgl. r.o. 15c van het bestreden arrest. Op deze grond steunde in feite de afwijzing van de oorspronkelijke vordering van Erckens, die zich dan ook in zoverre (daarna) op het standpunt kon stellen dat deze overeenkomst er niet was. Vgl. hetgeen hier eerder werd aangetekend naar aanleiding van het beroep op gezag van gewijsde. De vraag, of Erckens in die richting tijdig activiteiten ontwikkelde, acht ik verder feitelijk, terwijl hetgeen het Hof te dien aanzien overwoog mij geenszins onbegrijpelijk voorkomt. Uit de stukken blijkt trouwens niet - het is met name niet gesteld - dat de positie van de gemeente zou zijn verzwaaard door het tijdsverloop sedert 16 febr. 1965, op welke dag aan Erckens voor het eerst duidelijk is geworden - naar het Hof (r.o. 2a) feitelijk vaststelde en waartegen onderdeel e van middel I tevergeefs met een motiveringsklacht opkomt, betreffende dit een feitelijke afweging die aan de rechter die over de feiten oordeelt, is overgelaten - dat tussen pp. een aanzienlijk verschil van mening bestond over de vergoeding van de belastingschade, en vanaf welke dag eerst actie van de zijde van Erckens verwacht mocht worden. Voor factoren die hierbij kunnen spelen en betreffende gegevens moge ik verder verwijzen naar mijn conclusie in de zaken van Flink tegen de Nijss en Biesterbos onder rolno. 10 966/7 naar aanleiding van het voorwaardelijk ingestelde incidentele cassatiemiddel.

Voor de beoordeling van de verdere klachten is een nadere uiteenzetting over de feiten noodzakelijk. De onderhavige koop-verkoop kwam tot stand ter voorkoming van een onteigeningsprocedure. Het betrof de uitvoering van het goedgekeurde uitbreidingsplan in onderdelen "Bunderveld", dat de betreffende grond bestemde voor wegaanleg en woningbouw (vgl. o.m. conclusie van dupliek p. 2 in dit geding en memorie van antwoord in het eerste geding; de procesdossiers uit het eerste geding behoren tot de processtukken van het thans te berechten geding). De gemeente wilde spoedig over de grond kunnen beschikken (vgl. o.m. conclusie van dupliek p. 4 in het eerste geding). Crombach, gehoord door het Hof als getuige (p.v. van 10 juni 1969, p. 6), verklaarde o.m. "De gemeente had destijds wel grote haast bij deze aankoop want de litigieuze gronden van Erckens waren het laatste essentiële deel wat de gemeente nodig had om bepaalde wegen aan te leggen en te bouwen. Nu ik partij Erckens hier hoor verklaren dat er zelfs al met huizenbouw op het door hem verkochte terrein begonnen was voor het definitief transport van de grond, verklaar ik dat dit wel mogelijk kan zijn, al

weet ik dit thans niet zeker. Ik neem echter aan dat dit heeft betroffen de panden aan de latere Prunislaan".

Bij de aan de thans omstreden koop-verkoop voorafgaande onderhandelingen ging het dan ook niet in de eerste plaats om de vraag of de grond wel overgedragen zou worden aan de gemeente, doch of dit via een willige verkoping dan wel via onteigening zou moeten geschieden (vgl. r.o. 15b van het bestreden arrest). Onteigening zou echter veel meer tijd vergen.

P.p. meenden elkaar gevonden te hebben op een prijs van f 175 500 verhoogd met vergoeding van de belastingschade. Zij tekenden derhalve eerst een koopcontract op 21 juni 1971 en vervolgens de notariële transportakte van 15 sept. 1971, waarvan het textuele verschil met het koopcontract als in der pp. geschil irrelevant werd aangemerkt door het Hof in zijn arrest van 29 jan. 1973, grosse p. 4-6, doch waarop het Hof in het bestreden arrest in de veertiende r.o. onder 8 (p. 26) toch een beroep schijnt te doen. Hierop is kennelijk overschrijving in de registers gevolgd. De gemeente (voor het Hof genomen akte van 16 sept. 1975) heeft de grond "ten dele ... aangewend voor wegaanleg en ten dele ... doorverkocht aan derden ten behoeve van woningbouw", zulks in vertrouwen op de toetreding van Erckens tot het contract en zijn medewerking aan het transport.

Dit bijeengenomen rechtvaardigt de conclusie dat pp. thans ter zake niet meer vrij van elkaar staan. Door alles wat zij ter voorkoming van onteigening jegens elkaar verricht hebben zijn zij, ook al ontbeert de vermeende overeenkomst rechtskracht, in een verhouding tot elkaar komen te staan, waarin zij zich naar de goede trouw hebben te gedragen.

Daarbij zal in aanmerking genomen moeten worden, dat de gemeente voor de noodzaak stond het uitbreidingsplan "Bunderveld" te verwezenlijken, hetgeen de gemeente, menende de grond verkregen te hebben, intussen ter hand heeft genomen, zodat de gemeente, indien het tot teruggave zou moeten komen - niet alleen van de grond door de gemeente, doch ook van de koopprijs door Erckens -, terstond een onteigeningsprocedure zou moeten inleiden om aldus de gronden wederom ter beschikking te krijgen.

Het gerechtvaardigde belang van de onderhavige vordering kan dan ook slechts hierin steken dat Erckens vergoed krijgt, wat hij door het bestaande misverstand in de koopprijs in feite te kort zou zijn gekomen.

Ik zou dan ook menen dat Erckens in strijd met de goede trouw zou handelen, indien hij bij de ongeldigheid van de overeenkomst en de overdracht zou persisteren in het geval de gemeente van haar zijde aan hem een vergoeding zou blijken te hebben aangeboden en betaald dan wel alsnog zou aanbieden, die gelijk is aan hetgeen hij zou hebben ontvangen, wanneer door opheldering destijds het misverstand aan het licht was gekomen. Het betreft dus een bedrag dat de gemeente in dat geval destijds redelijkerwijs zou hebben aangeboden, mede gelet op de urgentie voor haar de grond te verkrijgen, dan wel dat via een onteigeningsgeding tot vergoeding zou zijn gebracht, gerekend naar het tijdstip waarop zodanig beslissing zou zijn verkregen, dus rekening houdende met de termijn die voor de afwikkeling van deze procedure redelijkerwijs nodig zou zijn geweest.

Bij dit een en ander heb ik mij georiënteerd op het arrest van Uw Raad: HR 17 maart 1967, NJ 1967, 213 (G.J.S.).

Nu de gemeente steeds gesteld heeft in dit geding, dat Erckens tenminste in zijn koopprijs heeft ontvangen, wat hem naar de maatstaven van het onteigeningsrecht zou toekomen en de gemeente uit een oogpunt van gelijke rechtsbedeling een vergoeding van de gehele over de inkomstenschadevergoeding verschuldigde inkomstenbelasting nimmer zou hebben kunnen toezeggen, de juistheid van welke stellingen in dit geding niet zijn onderzocht, meen ik dat dit een en ander tot gegrondbevinding van onderdeel c gelezen i.v.m. onderdeel a van middel I (waarbij gelet op onderdeel h en i van middel II) en tot vernietiging van het bestreden arrest zou moeten leiden.

Ik meen mij bij deze stand van zaken ontslagen te mogen achten op de verder in de middelen ontwikkelde klachten in te gaan.

Gelet op dit een en ander, concludeer ik tot vernietiging van het bestreden arrest, door het Hof te 's Hertogenbosch op 11 nov. 1975 tussen pp. geweest, met verwijzing van de zaak naar een aangrenzend Hof teneinde deze met inachtneming van het door Uw Raad te wijzen arrest te behandelen en te beslissen. Ik meen dat er aanleiding is de kosten op het beroep in cassatie gevallen, tussen pp. te compenseren, met dien verstande dat iedere partij de eigen kosten draagt.