

of een arbitraal vonnis op grond van een motiveringsgebrek kan worden vernietigd, door lagere rechters ongetwijfeld al enkele malen aan de hand van die maatstaf beantwoord. Naast het zojuist genoemde arrest van het Hof Den Haag zijn er op dit punt slechts weinig uitspraken gepubliceerd (zie wél Rb. Rotterdam 4 mei 2005, TvA 2006, 25 en Hof Amsterdam 9 juni 2005, TvA 2006, 26, elk met een noot van H.L.J. Roelvink).

Na een korte algemene uiteenzetting van de stand van zaken met betrekking tot de mogelijkheden van vernietiging van arbitrale vonnissen wegens een motiveringsgebrek, zal ik eerst nog eens het Nannini-arrest de revue laten passeren. Vervolgens grijp ik het zojuist genoemde (wél gepubliceerde) arrest van het Hof Den Haag van 14 oktober 2004 aan om te bekijken of men in de praktijk met de door de Hoge Raad in het Nannini-arrest gegeven maatstaf uit de voeten kan. Tot slot zal ik in deze kroniek aandacht besteden aan twee arresten van de Hoge Raad (HR 20 mei 2005, RvdW 2005, 76 en HR 24 maart 2006, RvdW 2006, 311) met betrekking tot de vraag in hoeverre eisen worden gesteld aan de motivering van een bindend advies.

In het Nannini-arrest heeft de Hoge Raad zich opnieuw uitgesproken over de vraag wanneer moet worden aangenomen dat een arbitraal vonnis niet in stand kan blijven omdat het niet 'met redenen is omkleed' in de zin van art. 1065 lid 1 onder d Rv. In de literatuur bestaan op dit punt – kort weergegeven – twee opvattingen. Volgens de eerste opvatting (aangeduid met de opvatting van Sanders) kan een arbitraal vonnis op de hiervoor genoemde grond slechts worden vernietigd als *elke* motivering ontbreekt. Volgens de tweede opvatting (aangeduid met de opvatting van Snijders) kan een arbitraal vonnis niet alleen worden vernietigd als elke motivering ontbreekt, maar ook als de gegeven motivering *apert ondeugdelijk* is. In de Benetton-beschikking (HR 25 februari 2000, NJ 2000, 508) overwoog de Hoge Raad dat vernietiging van een arbitraal vonnis op de grond dat het vonnis niet met redenen is omkleed, slechts mogelijk is wanneer motivering *ontbreekt*, en dus niet in gevallen van *ondeugdelijke* motivering. De Hoge Raad leek aldus te beslissen ten gunste van de opvatting van Sanders. In het thans te behandelen Nannini-arrest nuanceerde de Hoge Raad deze regel en lijkt de Hoge Raad een stap te hebben gedaan in de richting van de opvatting van Snijders, nu een arbitraal vonnis ook in een bepaald geval van (apert) ondeugdelijke motivering voor vernietiging in aanmerking blijkt te komen.

HR 9 januari 2004, NJ 2005, 190 (Nannini/SFT Bank N.V.)

In de zaak Nannini ging het kort weergegeven om het volgende. Tussen Nannini en SFT Bank N.V. ('SFT') is een koopovereenkomst gesloten, waarbij SFT de aandelen in Treasure Ltd., de eigenaar van het Treasure Island Resort, heeft geleverd aan Nannini. In de koopovereenkomst heeft SFT gegarandeerd dat het resort, afgezien van een hypotheek ten behoeve van SFT, onbezwaard is. De koopovereenkomst bepaalt dat SFT bij schending van de garanties verplicht is om de schade te vergoeden die daaruit voortvloeit. Als partijen het over de hoogte van de schade niet eens worden, dient de schade door arbiters te worden vastgesteld.

Als een derde een aantal jaren later een bod doet op het resort, maar dit bod niet tot een overeenkomst leidt, stelt Nannini zich op

Arbitragerecht

De afgelopen tijd is een aantal uitspraken gepubliceerd waarin de gebrekkige motivering van een arbitraal vonnis of een bindend advies centraal stond. Zo wees het Hof Den Haag in een vernietigingsprocedure betreffende een arbitraal vonnis op 14 oktober 2004 (PRG 2005, 14) een arrest waarin de door de Hoge Raad in het Nannini-arrest (HR 9 januari 2004, NJ 2005, 190) geformuleerde maatstaf is toegepast. Sinds het Nannini-arrest is de vraag

het standpunt dat de transactie is afgeketst doordat het resort in strijd met de garantie tóch bezwaard was. In een door Nannini tegen SFT aangespannen procedure heeft het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba ('GHvJ') voor recht verklaard dat SFT de schade moet vergoeden die het gevolg is van de onjuistheid van de in de overeenkomst gegeven garantie. Het GHvJ heeft hierbij overwogen dat aannemelijk is dat de bezwaardheid de verkoop van het resort in de weg heeft gestaan. Het GHvJ heeft de zaak verwezen naar arbitrage ter vaststelling van de hoogte van de schade.

Het scheidsrecht heeft SFT bij arbitraal vonnis veroordeeld tot betaling van schadevergoeding. Bij de vaststelling van de omvang van de schade hebben arbiters in hun vonnis aangenomen dát de bezwaardheid van het resort aan de doorverkoop in de weg heeft gestaan, omdat dit volgens arbiters reeds door het GHvJ als vaststaand was aangenomen.

SFT heeft vervolgens een procedure tot vernietiging van het arbitraal vonnis aanhangig gemaakt bij het Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen en Aruba ('GEA'). Het GEA heeft de vordering afgewezen. In (het door SFT ingestelde) beroep vernietigt het GHvJ alsnog het arbitrale vonnis. Die beslissing heeft het GHvJ op drie gronden gebaseerd, waarvan in het kader van deze bijdrage slechts de volgende relevant zijn. Volgens het GHvJ zijn arbiters ten onrechte ervan uitgegaan dat het GHvJ in zijn vonnis voorafgaand aan de arbitrage zou hebben vastgesteld dat de bezwaardheid van het onroerend goed de verkoop daadwerkelijk in de weg heeft gestaan. Met andere woorden: arbiters hebben miskend dat het GHvJ het causale verband tussen de bezwaardheid van het resort en het niet tot stand komen van de koopovereenkomst niet als vaststaand had aangenomen, maar slechts aannemelijk had geacht. Daardoor zou voor de daarop voortbouwende beoordeling de wettelijk vereiste motivering ontbreken en/of zouden arbiters niet, naar behoren, op het onderhavige geschilpunt – dat met de causaliteitsverweren van SFT in de arbitrage uitdrukkelijk aan de orde was gesteld – hebben beslist.

Tegen de uitspraak van het GHvJ heeft Nannini cassatieberoep ingesteld. De Hoge Raad heeft het beroep van Nannini verworpen. In algemene zin overweegt de Hoge Raad allereerst dat de wetgever de mogelijkheid van aantasting van arbitrale beslissingen beperkt heeft willen houden en een motiveringsgebrek op zichzelf niet als nietigheidsgrond heeft willen aanvaarden. Het antwoord op de vraag hoe expliciet de uitspraak van arbiters over een aan hun oordeel onderworpen punt moet zijn om een arbitraal vonnis niet aan nietigheid bloot te doen staan, hangt af van de aard van dat punt, gezien in het geheel van de aan arbiters voorgelegde rechtsstrijd. Bij zijn onderzoek of er grond voor vernietiging bestaat, moet de rechter terughoudendheid betrachten. De Hoge Raad overweegt dat deze regel onder meer hiermee samenhangt dat een vernietigingsprocedure niet mag worden gebruikt als een verkapt hoger beroep, en dat het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging meebrengt dat de burgerlijke rechter slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen. Onder verwijzing naar de hiervoor genoemde Benetton-beschikking overweegt de Hoge Raad dat vernietiging op de grond van art. 1065 lid 1 aanhef en onder d Rv slechts mogelijk is wanneer de motivering ontbreekt, en dus niet in gevallen van ondeugdelijke motivering. Aan de rechter

komt niet de bevoegdheid toe om op deze vernietigingsgrond een arbitraal vonnis naar zijn inhoud te toetsen. Dit oordeel behoeft volgens de Hoge Raad precisering aldus, dat met het ontbreken van een motivering op één lijn gesteld moet worden het geval dat weliswaar een motivering gegeven is, maar dat daarin enige steekhoudende verklaring voor de desbetreffende beslissing niet te onderkennen valt.

Ten aanzien van het specifieke geschilpunt overweegt de Hoge Raad dat de opdracht aan arbiters volgens het hof luidde: het in een procedure op tegenspraak vaststellen van het beloop van de door SFT aan Nannini als gevolg van de 'onjuistheid' van de gegeven garantie van onbezwaardheid te vergoeden schade, waarbij arbiters gehouden zijn op causaliteitsverweren, zo deze daadwerkelijk worden gevoerd, te beslissen. Het hof heeft volgens de Hoge Raad voorts geoordeeld dat SFT in de arbitrageprocedure uitdrukkelijk tot punt van geschil heeft gemaakt of de bezwaardheid de oorzaak is geweest van het niet doorgaan van de verkoop. Daarmee heeft het hof tot uitdrukking gebracht dat het bij de vraag of er aanleiding bestond te oordelen dat Nannini voorshands het bestaan van het door hem gestelde, maar door SFT betwiste oorzakelijk verband bewezen had, ging om een bezien in het geheel van de rechtsstrijd tussen partijen wezenlijke kwestie, waarover arbiters een gemotiveerde beslissing dienden te geven. De Hoge Raad komt tot de slotsom dat arbiters voor hun bevestigende antwoord op deze vraag weliswaar een motivering hebben gegeven, maar dat het hof niettemin terecht heeft geoordeeld dat de vereiste motivering ontbreekt, nu die motivering in haar geheel berust op een uitgangspunt dat iedere grond mist.

Er is na het Nannini-arrest discussie ontstaan over de vraag of de Hoge Raad met dit arrest de deur op een kier heeft gezet voor een inhoudelijke toetsing van (de motivering van) arbitrale vonnissen. Ik verwijs hiervoor onder meer naar de annotatie van H.J. Snijders onder het arrest, alsmede naar K.N. Claassens, Vernietiging arbitraal vonnis en motiveringsgebreken: de stand van zaken, NdBW 2004, p. 40-43, H.J. Snijders, Post Nannini, TvA 2006, 1, en de noten van I.P.M. van den Nieuwendijk, JBPr 2004, 31, en F. de Ly, TvA 2004, 47. In het beperkte kader van deze bijdrage kan ik op die discussie niet nader ingaan. Wel zal ik in het navolgende aan de hand van het eerder genoemde arrest van het Hof Den Haag nagaan of rechters in de praktijk met de Nannini-maatstaf uit de voeten (lijken te) kunnen.

Hof Den Haag 14 oktober 2004, PRG 2005, 14 (UMS-Pastoe/Van den Nieuwelaar)

Dat het hof in dit arrest de Nannini-maatstaf heeft toegepast, lijdt geen twijfel: het hof verwijst in zijn uitspraak uitdrukkelijk naar het arrest van de Hoge Raad.

De wat ingewikkelde casus is – sterk vereenvoudigd weergegeven – als volgt. UMS-Pastoe B.V. ('Pastoe') en Van den Nieuwelaar hebben een licentieovereenkomst gesloten met betrekking tot een door Van den Nieuwelaar ontworpen rolluikkast, die in verschillende uitvoeringen op de markt is gebracht. In geschil is of Pastoe door het tevens op de markt brengen van een eigen rolluikkast in strijd met de licentieovereenkomst, althans onrechtmatig, handelt. In dat verband is van belang of het auteursrecht van Van den Nieuwelaar op diens rolluikkast zich (óók) uitstrekt tot de kast die Pastoe op de markt brengt.

Pastoe heeft een arbitraal geding aanhangig gemaakt, waarin zij (in – wat later blijkt te zijn – *conventie*) een verklaring voor recht vordert dat Van den Nieuwelaar géén auteursrecht toekomt op Pastoes kast.

Van den Nieuwelaar vordert in *reconventie* een bevel om ieder handelen dat wanprestatie uit hoofde van de licentieovereenkomst oplevert, elke inbreuk op zijn auteursrechten, althans ieder onrechtmatig handelen te staken, en in het bijzonder een verbod om de kast van Pastoe te fabriceren of te verhandelen.

Arbiters hebben een tussenvonnissen en een eindvonnis gewezen. In hun tussenvonnissen wordt Van den Nieuwelaar toegelaten te bewijzen dat hem ten aanzien van een bepaalde uitvoering van zijn kast een auteursrecht toekomt dat ook de kast van Pastoe omvat. In hun eindvonnis hebben arbiters ten aanzien van de *reconventionele* vorderingen overwogen dat Van den Nieuwelaar niet is geslaagd in het bewijs van de stelling dat hem een auteursrecht toekomt dat ook Pastoes kast omvat, zodat de vorderingen in reconventie, voor zover gebaseerd op het auteursrecht, op dat punt worden afgewezen.

Ten aanzien van de *conventionele* vordering van Pastoe hebben arbiters in het eindvonnis overwogen dat in reconventie reeds is beslist dat Van den Nieuwelaar er *niet* in is geslaagd te bewijzen dat hij een auteursrecht heeft dat ook Pastoes kast omvat. Volgens arbiters betekent dit rechtens echter nog niet dat aan Pastoe een toewijzing toekomt van háár vordering tot verklaring voor recht dat aan Van den Nieuwelaar dat recht niet toekomt: de bewijslast van dat niet-toekomen rust voor de vordering in conventie op Pastoe. Het scheidsgerecht meent echter dat er geen aanleiding is Pastoe op dit punt, ondanks zijn bewijsaanbod, nog een opdracht tot het leveren van bewijs door getuigen te geven. Daarbij is voor het scheidsgerecht doorslaggevend dat Pastoe reeds in het tussenvonnissen is bevolen om ‘alle notulen’ van vergaderingen waarin de kasten van Van den Nieuwelaar ter sprake komen, over te leggen. Pastoe heeft ter nakoming van dat bevel notulen overgelegd waaraan het gedeelte tussen 15 juni 1984 en 19 mei 1987 ontbreekt. Nu Pastoe van dit ontbreken geen andere verklaring geeft dan de notulen ‘niet meer te hebben’, welke omstandigheid volgens arbiters ‘voor rekening’ komt van Pastoe, menen arbiters dat Pastoe door getuigen geen bewijs zal kunnen leveren dat zou opwegen tegen hetgeen uit de ontbrekende notulen had kunnen blijken, en dat dus de gevorderde verklaring voor recht dat aan Van den Nieuwelaar geen auteursrecht toekomt op Pastoes kast, afgewezen moet worden.

Pastoe stelt een vordering in tot vernietiging van het arbitrale (eind)vonnis. De rechtbank heeft die vordering toegewezen. Van den Nieuwelaar heeft hoger beroep ingesteld. Thans is alleen het debat in hoger beroep van belang.

Pastoe heeft als vernietigingsgronden aangevoerd dat (i) het vonnis niet met redenen is omkleed (art. 1065 lid 1 onder d Rv) en (ii) het vonnis, of de wijze waarop het tot stand kwam, strijdt met de openbare orde en/of de goede zeden (art. 1065 lid 1 onder e Rv). Voor zover hier van belang, heeft Pastoe daartoe aangevoerd:

- a. dat het oordeel dat Pastoe moet bewijzen dat Van den Nieuwelaar geen auteursrecht toekomt op Pastoes kast, niet-tegenstaande het feit dat Van den Nieuwelaar *niet* in zijn bewijsopdracht – inhoudende dat Van den Nieuwelaar een

- b. auteursrecht toekomt dat ook Pastoes kast omvat – is geslaagd, onbegrijpelijk, althans niet voldoende gemotiveerd is; dat de beslissing om Pastoe niet in de gelegenheid te stellen (tegen)bewijs te leveren van haar stelling dat Van den Nieuwelaar geen auteursrecht toekomt op Pastoes kast, onbegrijpelijk en onvoldoende met redenen omkleed is, alsmede strijdt met het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor.

Het hof vernietigt het arbitrale vonnis voor zover in conventie gewezen. Daartoe overweegt het hof dat het scheidsgerecht zijn beslissing om Pastoe niet toe te laten tot (tegen)bewijs van haar stelling dat Van den Nieuwelaar geen auteursrecht toekomt, baseert op de overweging dat ‘Pastoe door getuigen geen bewijs zal kunnen leveren dat zou opwegen tegen hetgeen uit de ontbrekende notulen had kunnen blijken’. Het hof is van oordeel dat in deze motivering *enige steekhoudende verklaring voor de desbetreffende beslissing* niet te onderkennen valt. Nog daargelaten dat het scheidsgerecht vooruit loopt op het resultaat van de bewijsoverlevering, valt volgens het hof niet in te zien waarom getuigenverklaringen niet (of: nooit) zouden kunnen opwegen tegen hetgeen uit ontbrekende stukken (waarvan de inhoud aan arbiters dus onbekend is) had kunnen blijken. Ook het feit dat het ontbreken van die stukken voor rekening van Pastoe zou komen, maakt dat volgens het hof niet anders. Nu het gaat om een in de rechtsstrijd tussen partijen wezenlijke kwestie die direct samenhangt met de toe- of afwijzing van een belangrijk deel van de conventionele vordering, brengt het voorgaande naar het oordeel van het hof mee dat de vereiste motivering ontbreekt en het beroep van Pastoe op de vernietigingsgrond van art. 1065 lid 1 onder d Rv slaagt. Het hof overweegt op dit punt bovendien dat arbiters het (fundamentele) beginsel van hoor en wederhoor hebben geschonden door Pastoe onder voormelde omstandigheden en op voormelde gronden niet toe te laten tot bewijs. Dat leidt naar het oordeel van het hof (tevens) tot vernietiging wegens strijd met de openbare orde op grond van art. 1065 lid 1 onder e Rv. Een en ander brengt naar het oordeel van het hof mee dat de zojuist onder a. genoemde grond voor vernietiging geen bespreking behoeft.

Mij dunkt – zonder overigens de volledige inhoud van het arbitrale vonnis te kennen – dat het hof enerzijds Nannini wél heeft toegepast waar het niet had hoeven, en anderzijds Nannini niet heeft toegepast waar het wél had gekund. Mijns inziens had het hof kunnen volstaan met zijn laatstgenoemde oordeel – dat de beslissing van het scheidsgerecht om Pastoe niet toe te laten tot bewijsoverlevering in strijd is met de openbare orde (meer in het bijzonder het beginsel van hoor en wederhoor). Het probleem lijkt niet zozeer dat de motivering (‘dat Pastoe door getuigen geen bewijs zal kunnen leveren dat zou opwegen tegen hetgeen uit de ontbrekende notulen had kunnen blijken’) naar ‘Nannini-maatstaven’ niet deugt (al valt daarvoor heus wel iets te zeggen), maar dat deze motivering een verboden prognose inhoudt omtrent de uitkomst van de bewijsoverlevering (zie onder meer HR 15 maart 1985, NJ 1985, 496; HR 20 maart 1998, NJ 1999, 693; HR 6 april 2001, NJ 2002, 385). Hoewel het scheidsgerecht in dit opzicht in beginsel niet verplicht is een partij tot bewijsoverlevering toe te laten, lijkt mij dat de weigering Pastoe tot bewijsoverlevering toe te laten in casu (Van den Nieuwelaar heeft kennelijk wél uitgebreid gelegenheid gehad tot bewijsoverlevering) en op de aangegeven grond (prognose

omtrent de uitkomst van de bewijslevering) schending van art. 1039 lid 1 Rv (het recht van een partij om voor haar rechten op te komen en haar stellingen voor te dragen) meebrengt (zie P. Sanders, Het Nederlandse arbitragerecht, p. 91 en H.J. Snijders, Nederlands arbitragerecht, art. 1039, aant. 3). Art. 1039 lid 1 Rv vormt een bepaling van openbare orde, zodat bij schending daarvan het arbitrale vonnis voor vernietiging in aanmerking komt op de voet van art. 1065 lid 1 onder e Rv, zoals ook het hof overweegt.

Het hof komt, zoals gezegd, aan de beoordeling van de hiervoor onder a. genoemde vernietigingsgrond niet toe. Verdedigd kan worden dat de onder a. genoemde grond zich ook (of eigenlijk: wél) voor toepassing van de Nannini-maatstaf leent. Het scheidsgerecht heeft beslist dat Van den Nieuwelaar in reconventie er niet in is geslaagd te bewijzen dat hij een auteursrecht heeft dat ook Pastoes kast omvat. Dat brengt volgens het scheidsgerecht echter niet mee dat de conventionele vordering van Pastoe (inhoudende een verklaring voor recht dat Van den Nieuwelaar dat auteursrecht niet heeft) kan worden toegewezen. Daarvoor zou vereist zijn dat Pastoe bewijst (tot welk bewijs Pastoe vervolgens niet wordt toegelaten) dat Van den Nieuwelaar geen auteursrecht toekomt dat Pastoes kast omvat.

Het komt mij voor dat – om in Nannini-termen te spreken – in deze motivering niet een steekhoudende verklaring voor de beslissing tot afwijzing van de conventionele vordering van Pastoe valt te onderkennen. Hoewel conventie en reconventie in zekere zin zelfstandige zaken vormen, bestaat in het onderhavige geval tussen die zaken een zodanige (processuele) verwantschap – de vordering in reconventie is in feite het spiegelbeeld van de vordering in conventie – dat de bewijsverrichtingen in reconventie betekenis (moeten) hebben in conventie. Veronderstellenderwijs ervan uitgaande dat Pastoe zou zijn toegelaten tot de bewijslevering die het scheidsgerecht voor ogen heeft, laat de beslissing van het scheidsgerecht de mogelijkheid open dat ondanks het feit dat in reconventie na bewijslevering niet vaststaat dat aan Van den Nieuwelaar het gestelde auteursrecht toekomt op Pastoes kast, in conventie *niet* komt vast te staan dat hem dat auteursrecht *niet* toekomt (namelijk als Pastoe niet slaagt in het bewijs van die stelling). Met andere woorden: in dat geval staat in één en hetzelfde geding niet vast dat Van den Nieuwelaar het auteursrecht wél heeft, en evenmin dat hij het niet heeft. Dat laat een leemte of tegenstrijdigheid bestaan die mij onwenselijk (en in casu wellicht zelfs onbestaanbaar) lijkt. De inzet van de hele procedure was immers om – linksom of rechtsom – een uitspraak te verkrijgen over de vraag of Van den Nieuwelaar al dan niet een auteursrecht kon doen gelden op Pastoes kast. Het hof had daarom mijns inziens op dit punt ook tot vernietiging kunnen besluiten op grond van art. 1065 lid 1 onder d Rv.

Motivering van arbitrale vonnissen: conclusie

Het is op zich aardig te zien dat de maatstaf die de Hoge Raad in het Nannini-arrest heeft aangelegd, inmiddels ook in lagere rechtspraak wordt toegepast. De praktijk wijst uit dat sinds het Nannini-arrest steeds vaker wordt geprobeerd arbitrale vonnissen in een vernietigingsprocedure aan te tasten met een beroep op een motiveringsgebrek. Dit lijkt een onwenselijke ontwikkeling. De werkgroep onder leiding van prof. mr. A.J. van den Berg, die een

Voorontwerp heeft gemaakt tot herziening van de Nederlandse arbitragewetgeving, heeft de formulering van de Hoge Raad uit het – zojuist behandelde – Nannini-arrest niet overgenomen in het voorstel voor het nieuwe art. 1065 Rv. De reden voor die keuze is volgens de toelichting op het Voorontwerp, dat de Nannini-zaak niet zozeer betrekking had op een motiveringsgebrek, maar veel eerder op het nalaten van het scheidsgerecht in te gaan op een essentieel en zelfstandig verweer (hetgeen valt onder het schenden van de opdracht als bedoeld in art. 1065 lid 1 onder c Rv). Zie voor de tekst van het Voorontwerp alsmede voor de toelichting daarop Special TvA 2005, p. 65-180. Wij zullen voorlopig dus meer gepubliceerde uitspraken moeten afwachten om te bezien of de vernietiging van arbitrale vonnissen op grond van een motiveringsgebrek ‘à la Nannini’ in de rechtspraak op een bevredigende wijze haar beslag krijgt.

HR 20 mei 2005, RvdW 2005, 76 (Gemeente Amsterdam/Honnebier) en HR 24 maart 2006, RvdW 2006, 311 (Meurs c.s./B.V. Nederlandsche Woningfinanciering Maatschappij)

In beide hiervoor genoemde zaken staat de vraag centraal aan welke motiveringseisen een bindend advies moet voldoen om het niet te doen blootstaan aan vernietiging op de voet van art. 7:904 lid 1 BW. De gewone rechter zal een bindend advies, net als een arbitraal vonnis, slechts terughoudend mogen toetsen. Slechts indien gebondenheid aan het bindend advies in verband met de inhoud of de wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, is het advies vernietigbaar (art. 7:904 lid 1 BW). Gezien het onderwerp van deze kroniek beperk ik mij bij de bespreking van de zojuist genoemde arresten tot de toetsing van de motivering van bindende adviezen. De toetsing van andere zorgvuldigheidsnormen (zoals het beginsel van hoor en wederhoor), die in beide uitspraken eveneens aan de orde is, blijft in het navolgende buiten beschouwing. Met betrekking tot HR 20 mei 2005, RvdW 2005, 76 wijs ik volledigheidshalve op de annotaties van F.J.H. Hovens, JBPr 2005, 63 en G.R. Rutgers, AA 2005, p. 1042-1046.

In beide uitspraken gaat het om een bindend advies in het kader van de vaststelling van een nieuwe erfpachtcanon. In het erfpachtcontract van Honnebier met de Gemeente Amsterdam (HR 20 mei 2005, RvdW 2005, 76) en dat van Meurs c.s. met de Nederlandsche Woningfinanciering Maatschappij (HR 24 maart 2006, RvdW 2006, 311) is overeengekomen dat na ommekomst van een bepaald aantal jaren aan deskundigen zal worden gevraagd de waarde van de desbetreffende percelen te taxeren om aan de hand daarvan de hoogte van de herziene canon vast te stellen. In beide zaken zijn drie makelaars als deskundigen aangewezen, die een taxatierapport hebben uitgebracht. Op basis van die taxatierapporten is in beide gevallen de erfpachtcanon aanzienlijk verhoogd.

In rechte vordert de Gemeente Amsterdam (‘Gemeente’) van Honnebier en de Nederlandsche Woningfinanciering Maatschappij (‘Newomij’) van Meurs c.s. dat respectievelijk Honnebier en Meurs c.s. meewerken aan het opmaken van de akte van constatering van de opnieuw vastgestelde erfpachtcanon. Honnebier en Meurs c.s. hebben geweigerd daaraan hun medewerking te verle-

nen, omdat zij bezwaren hebben tegen de wijze waarop de bindende adviezen tot vaststelling van de herziene canon tot stand zijn gekomen. Voor zover in het kader van deze kroniek relevant, hebben zowel Honnebier (in zijn zaak tegen de Gemeente) als Meurs c.s. (in hun zaak tegen Newomij) in dat verband aangevoerd dat de bindende adviezen (de taxatierapporten van de deskundigen) niet, althans onvoldoende zijn gemotiveerd.

Ten aanzien van de vraag in hoeverre een bindend advies dient te worden gemotiveerd, overweegt de Hoge Raad in beide arresten dat op die vraag geen algemeen antwoord valt te geven. Volgens de Hoge Raad heeft in beginsel te gelden dat, naarmate het bindend advies meer het karakter van rechtspraak heeft, de beslissing van de bindend adviseurs meer en beter behoort te worden gemotiveerd. Omgekeerd is het zo dat, naarmate de opdracht aan bindend adviseurs meer het karakter heeft dat zij een niet (volledig) bepaald element van de rechtsverhouding tussen partijen dienen vast te stellen, en het van hen gevraagde oordeel meer op intuïtief inzicht berust, aan dat oordeel lagere motiveringseisen kunnen worden gesteld. In de onderhavige gevallen hield de opdracht aan de deskundigen in dat zij een voorshands onbepaald element van de rechtsverhouding tussen partijen dienden vast te stellen. Op zichzelf wijst dat volgens de Hoge Raad erop dat het oordeel van de bindend adviseurs weinig of geen motivering behoefde.

Nu in beide zaken de taxatierapporten het karakter hadden van een 'zuiver' bindend advies (en dus niet of in geringe mate het karakter van rechtspraak), zou uit voorgaande overwegingen van de Hoge Raad logischerwijs volgen dat zowel Honnebier als Meurs c.s. nul op het rekest kregen in hun poging de bindende adviezen wegens het ontbreken van een (voldoende) motivering te laten vernietigen. Toch is de uitkomst in beide zaken anders. In de zaak van Honnebier is het bindend advies vernietigd; in de zaak van Meurs c.s. niet. Dat verschil in uitkomst laat zich – los van punten van cassatietechnische aard en los van de overige gronden voor vernietiging van het bindend advies die in beide zaken waren aangevoerd – verklaren doordat het erfpachtcontract (althans de toepasselijke Algemene Bepalingen) van Honnebier bepaalde dat de deskundigen van hun bevindingen een *gemotiveerd* proces-verbaal moesten opmaken. Onder die omstandigheden mochten de deskundigen volgens de Hoge Raad bij de vaststelling van de gewijzigde canon niet louter intuïtief te werk gaan. Het oordeel van het hof dat de motivering van het oorspronkelijke bindend advies (waarin nagenoeg elk inzicht in de door deskundigen gehanteerde uitgangspunten en maatstaven ontbrak) zo zeer tekortschoot dat gebondenheid van Honnebier daaraan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was, blijft in cassatie dan ook in stand. In het erfpachtcontract van Meurs c.s. werden geen nadere eisen gesteld aan de wijze waarop de deskundigen te werk moesten gaan of hun bevindingen dienden te motiveren. Tegen die achtergrond falen volgens de Hoge Raad de klachten van Meurs c.s. die zich richten tegen het aanvankelijk ontbreken van een motivering in het taxatierapport.

Het arrest van de Hoge Raad in de zaak Meurs c.s./Newomij bevat ten slotte nog een interessante overweging ten aanzien van de mogelijkheid tot herstel van een (aanvankelijk) ontbrekende motivering van een bindend advies. Bij de rechtbank heeft in eerste aanleg een comparitie van partijen plaatsgevonden, waar is afgesproken dat partijen zullen trachten meer inzicht te verkrijgen

in de achtergronden die hebben geleid tot het taxatierapport. Vervolgens hebben twee van de drie taxateurs/bindend adviseurs nadere informatie verschaft. De derde bindend adviseur was inmiddels overleden. Met de nadere informatie was volgens het hof alsnog een deugdelijke motivering voor de taxatie gegeven. Dat oordeel blijft in cassatie in stand. De Hoge Raad overweegt dat het niet uitgesloten is dat het gebrek van het ontbreken van een motivering achteraf wordt geheeld doordat alsnog voldoende inzicht wordt gegeven in de wijze waarop de bindend adviseurs tot hun bevindingen zijn gekomen, ook niet wanneer dat eerst na verloop van tijd plaats heeft en wanneer dat in verband met het overlijden van een van de bindend adviseurs slechts geschiedt door de twee nog in leven zijnde bindend adviseurs. Hoewel de Hoge Raad slechts spreekt van het helen van het gebrek van het *ontbreken* van een motivering, lijkt verdedigbaar dat hetzelfde heeft te gelden voor het gebrek van een *ondeugdelijke* motivering. In ieder geval heeft de Hoge Raad hier voor bindende adviezen een herstelkans gecreëerd die er voor arbitrale vonnissen niet is. Ontbreekt in een arbitraal vonnis de motivering, dan leent dat zich in een vernietigingsprocedure niet meer voor herstel (zie art. 1060 lid 2 Rv, dat art. 1057 lid 4 sub e Rv niet noemt). Aldus vormt de beslissing een voorbeeld van een geval waarin het bindend advies informeler is geregeld dan de arbitrage.

Mevrouw mr. M.H. de Boer