20 mei 2005

Eerste Kamer

Nr. C04/135HR

JMH

IN NAAM DER KONINGIN

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

DE GEMEENTE AMSTERDAM,

gevestigd te Amsterdam,

EISERES tot cassatie,

advocaten: mrs. [redacted] 5.1.2e en [redacted],

t e g e n

[redacted],

wonende te Amsterdam,

VERWEERDER in cassatie,

niet verschenen.

[redacted]

1. Het geding in feitelijke instanties

Eiseres tot cassatie - verder te noemen: de Gemeente - heeft bij exploot van 4 augustus 1998 verweerder in cassatie - verder te noemen: Honnebier - gedagvaard voor de rechtbank te Amsterdam en gevorderd bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad verklaard:

I. Honnebier te veroordelen om binnen dertig dagen na de betekening van het vonnis mee te werken aan het opmaken van een notariële akte, als bedoeld in artikel 7 van de AB 1915, houdende de constatering dat met betrekking tot de erfpacht van het perceel, kadastraal bekend gemeente Amsterdam, sectie Z nummer 688, plaatselijk bekend Reijnier Vinkeles-kade [redacted] te Amsterdam, de canon voor het tweede erfpachttijdvak van 50 jaar, ingaande 1 april 1996, is herzien in een bedrag van ƒ 9.048,-- per jaar, met veroordeling van [redacted] tot betaling van een dwangsom van ƒ 1.000,-- per dag voor iedere dag dat hij in gebreke blijft aan voormelde veroordeling te voldoen, tot een maximum van ƒ 100.000,--, en met bepaling dat voor het geval [redacted] blijft weigeren medewerking te verlenen aan het opmaken van de notariële akte het vonnis in de plaats van de akte zal treden;

II. [redacted] te veroordelen om aan de Gemeente tegen behoorlijk bewijs van kwijting te betalen (a) een bedrag van ƒ 4.307,25, (b) te rekenen vanaf 1 oktober 1998 de op 1 april en 1 oktober van ieder jaar vervallen erfpachttermijnen van ƒ 4.524,-- per halfjaar, zolang hij erfpachter is en blijft van het voormeld perceel, (c) een bedrag van ƒ 1.046,22, (d) de ingevolge artikel 8 lid 3 van de AB 1915 na 15 januari 1998 tot de dag der algehele voldoening verschuldigde boete;

III. [redacted] te veroordelen in de kosten van het geding.

[redacted] heeft de vorderingen bestreden.

De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 3 mei 2000 de zaak naar de rol verwezen voor akte uitlating aan de zijde van de Gemeente en bij eindvonnis van 19 december

2001 het gevorderde afgewezen.

Tegen beide vonnissen heeft de Gemeente hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Amsterdam. Bij memorie van grieven heeft zij haar vordering voorwaardelijk vermeerderd met, kort gezegd, de eis dat de canon wordt herzien na aanvulling van het nader advies door de deskundigen, althans dat het hof de herziene canon zal vaststellen, zonodig na onderzoek door andere deskundigen.

Bij tussenarrest van 8 januari 2004 heeft het hof de zaak naar de rol verwezen voor akte aan de zijde van beide partijen en bij rolbeschikking van 15 april 2004 heeft het hof bepaald dat tegen het in deze zaak gewezen tussenarrest van 8 januari 2004 beroep in cassatie kan worden ingesteld voor de einduitspraak.

Het tussenarrest en de rolbeschikking van het hof zijn aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

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

Tegen de niet verschenen [redacted] is verstek verleend.

De Gemeente heeft de zaak doen toelichten door haar advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal [redacted] 5.1.2e [redacted] strekt tot vernietiging en terugverwijzing naar het gerechtshof te Amsterdam.

De advocaten van de Gemeente hebben bij brief van 10 februari 2005 op de conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Sinds 4 augustus 1967 behoort aan Honnebier toe het voortdurend recht van erfpacht op het perceel, plaatselijk bekend Reijnier Vinkeleskade [redacted] te Amsterdam, waarvan de Gemeente eigenaar is.

(ii) De Gemeente heeft het perceel van Honnebier uitgegeven in voortdurende erfpacht tegen een jaarlijkse canon van ƒ 520,22. Op deze erfpacht zijn van toepassing de Algemeene Bepalingen voor voortdurende Erfpacht van 8 december 1915 (hierna: AB 1915). De AB 1915 bevatten onder meer een regeling voor herziening van de canon (art. 6).

(iii) Ingevolge art. 6 lid 1 in verbinding met art. 5 lid 2 AB 1915 wordt de canon - per bouwblok - herzien in het jaar, voorafgaande aan het laatste jaar van een eerste tijdvak van 75 jaren en vervolgens van de daarop volgende

tijdvakken van telkens 50 jaren. De herziene canon treedt in werking bij aanvang van die tijdvakken. Art. 6 AB 1915 bepaalt voorts dat deskundigen de herziene canon vaststellen. Dat lijdt ingevolge art. 24 AB 1915 uitzondering in geval van onderlinge overeenstemming. Art. 25 AB 1915 geeft nadere voorschriften voor de aanwijzing van deskundigen, hun werkwijze en de kosten.

(iv) Het eerste tijdvak van 75 jaren, zoals bedoeld in art. 5 lid 2 AB 1915, is geëindigd op 31 maart 1996. Met het oog op de herziening van de canon die is verschuldigd door de erfpachters van het bouwblok waarvan het perceel van [redacted] deel uitmaakt, zijn als deskundigen aangewezen de makelaars [redacted] - aangewezen door (de meerderheid van) de erfpachters -, [redacted] en [redacted] (als voorzitter).

(v) Bij rapport van 7 januari 1997 - hierna ook: het oorspronkelijk advies - hebben de deskundigen de grondwaarde van het perceel van [redacted] getaxeerd op ƒ 139.200,-- en de herziene canon op 6,5% daarvan, te weten een bedrag van ƒ 9.048,-- per jaar. Bij brief van 5 augustus 1997 heeft het stadsdeel Zuid [redacted] hiervan in kennis gesteld. Daarbij werd als ingangsdatum voor de nieuw te betalen canon 1 april 1998 vermeld.

(vi) [redacted] heeft het bedrag van de herziene canon niet betaald en heeft geweigerd mee te werken aan het

opmaken van de in de AB 1915 bedoelde notariële akte houdende canonherziening. Hij heeft voorts geweigerd zijn deel van de kosten van het advies en het opmaken van de notariële akte te voldoen.

3.2 In dit geding heeft de Gemeente de hiervoor onder 1 vermelde vorderingen ingesteld, kort gezegd ertoe strekkende dat [redacted] zou worden veroordeeld tot medewerking aan de totstandkoming van een notariële akte betreffende de herziening van de canon, en tot betaling van die canon, en voorts van de helft van de kosten van de deskundigen en van de op te maken notariële akte. Honnebier heeft de vorderingen bestreden.

Nadat de rechtbank op 3 mei 2001 een tussenvonnis had uitgesproken waarin zij, kort gezegd, oordeelde dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de Gemeente [redacted] aan het oorspronkelijk advies houdt en dat de deskundigen een nader advies dienen uit te brengen, hebben de deskundigen dit laatste op 8 november 2001 gedaan. Daarop heeft de rechtbank bij eindvonnis van 19 december 2001 de vorderingen van de Gemeente afgewezen op de grond dat, nu de deskundigen [redacted] onvoldoende in de gelegenheid hebben gesteld om zijn standpunt kenbaar te maken, ook voor het nader advies geldt dat gebondenheid daaraan naar

maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

De Gemeente heeft tegen deze vonnissen geappelleerd, bij gelegenheid waarvan zij tevens haar eis voorwaardelijk heeft vermeerderd. Het hof heeft bij tussenarrest van 8 januari 2004 de onvoorwaardelijk ingestelde grieven verworpen en op de voorwaardelijke vermeerdering van eis geoordeeld dat het hof zelf tot vaststelling van de canon zal overgaan en daartoe deskundige voorlichting behoeft. Het hof heeft daartoe, kort gezegd, als volgt overwogen. Wat betreft het oorspronkelijk advies ontbreekt nagenoeg elk inzicht in de door de deskundigen gehanteerde uitgangspunten en maatstaven. Dat is temeer bezwaarlijk nu het gaat om een advies dat een aanzienlijke verhoging van de canon inhoudt en beoogt de canon voor een periode van 50 jaren vast te leggen. De mogelijkheid die volgens de Gemeente heeft bestaan om de deskundigen om een nadere (mondelinge) toelichting te vragen, kan niet in de plaats treden van de motivering van het advies. De motivering dient uit het advies zelf te blijken en niet afhankelijk te worden gesteld van een door deskundigen naderhand daarop gegeven toelichting. De motivering van het (oorspronkelijk) advies van deskundigen schiet daarom zozeer tekort dat gebondenheid van [redacted] daaraan naar

maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (rov. 4.5). De rechtbank heeft deskundigen de gelegenheid geboden het gebrek te helen. Door de handelwijze van deskundigen en de Gemeente nadien is de schijn gewekt dat aan de Gemeente meer gelegenheid is geboden het nader advies te beïnvloeden dan aan [redacted] en dat het nader advies niet met de vereiste onafhankelijkheid is totstandgekomen (rov. 4.6-4.7). Bovendien hebben deskundigen onvoldoende gelegenheid geboden tot hoor en wederhoor (rov. 4.8). Daarom kleven ook aan het nader advies zo wezenlijke gebreken dat gebondenheid van [redacted] daaraan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (rov. 4.9).

3.3 Onderdeel 1 van het tegen dit tussenarrest gerichte middel betoogt, kort samengevat, dat het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, dan wel zijn oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd, door over het hoofd te zien dat de formele gebreken in de door de deskundigen gegeven adviezen slechts tot het oordeel kunnen leiden dat gebondenheid aan de adviezen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, indien de adviezen door die gebreken nadelig zijn uitgevallen voor [redacted].

Het onderdeel berust op een juist uitgangspunt

omdat bij de beantwoording van de vraag of een partij haar wederpartij aan een bindend advies mag houden bij de totstandkoming waarvan procedurele fouten zijn gemaakt, mede van belang is of, en zo ja in welke mate, door de procedurefout nadeel aan de wederpartij is toegebracht (vgl. HR 1 juli 1988, nr. 13257, NJ 1988, 1034). Toch kan het onderdeel niet tot cassatie leiden. Nadat haar vordering door de rechtbank was afgewezen, heeft de Gemeente (in nr. 8.1) van haar memorie van grieven - na eerst haar grieven tegen de vonnissen van de rechtbank te hebben uiteengezet en samengevat - onder het kopje "conclusie" slechts gesteld dat [redacted] "ook al zouden de adviezen niet aan alle totstandkomingsvereisten voldoen, (...) als gevolg hiervan geen ernstig nadeel lijdt en daarom toch aan de adviezen gehouden kan worden". Het is niet onbegrijpelijk dat het hof, waaraan de uitleg van de processtukken is voorbehouden, hierin niet een behoorlijk in het geding naar voren gebrachte grief tegen het vonnis van de eerste rechter heeft gelezen. Evenmin kan worden gezegd dat de onderhavige opmerking als een essentiële stelling diende te worden aangemerkt. Het onderdeel mist daarom feitelijke grondslag.

3.4 Onderdeel 2 betoogt dat het hof, met zijn oordeel in rov. 4.5 dat de motivering van het oorspronkelijk advies zozeer tekortschiet dat gebondenheid van [redacted] daaraan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, heeft miskend dat dit advies het karakter heeft van een "zuiver" bindend advies waarop de regels van een goede procesorde, waaronder het motiveringsvereiste, in beginsel niet van toepassing zijn.

Partijen, de hiervoor in 3.1 onder (iv) bedoelde erfpachters en de Gemeente, hebben aan de deskundigen als bindend adviseurs opgedragen de canon te herzien die is verschuldigd door de erfpachters van het bouwblok waarvan het perceel van [redacted] deel uitmaakt. Op de vraag in hoeverre een bindend advies dient te worden gemotiveerd, valt geen algemeen antwoord te geven. In beginsel heeft te gelden dat, naarmate het bindend advies meer het karakter van rechtspraak heeft, de beslissing van 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 het onderhavige geval 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 dit erop dat aan hun oordeel weinig of geen motiveringseisen behoefden te worden gesteld. Anderzijds mochten zij bij de vaststelling van de gewijzigde canon niet louter intuïtief te werk gaan. Art. 6 lid 2 van de AB 1915 luidt immers als volgt:

> "De herziening der pachtsommen geschiedt door deskundigen (...); door de deskundigen zal van hun bevindingen een gemotiveerd proces-verbaal aan het Gemeentebestuur worden ingezonden."

Kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft het hof de eis dat sprake moet zijn van "een gemotiveerd proces-verbaal" aldus uitgelegd, dat het oordeel van de deskundigen (bindend adviseurs) in belangrijke mate diende te berusten op een vergelijking met andere in Amsterdam gelegen percelen/ bouwblokken die in erfpacht waren uitgegeven, welke zich voor een zodanige vergelijking leenden. Bij dit uitgangspunt mogen in zoverre wel degelijk motiveringseisen aan het oordeel van de deskundigen (bindend adviseurs) worden gesteld.

Tegen deze achtergrond berust het onderdeel, dat verdedigt dat aan het oordeel van de deskundigen in beginsel geen motiveringseisen mogen worden gesteld, op een onjuiste rechtsopvatting, zodat het faalt. Ook de motiveringsklacht die door het onderdeel naar voren wordt

gebracht treft geen doel, omdat deze voortbouwt op de onjuiste rechtsopvatting die door het onderdeel wordt verdedigd.

3.5 Onderdeel 3 is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 4.5, dat de mogelijkheid om de deskundigen om een nadere (mondelinge) toelichting te vragen, niet in de plaats kan treden van de motivering van het advies daar de motivering uit het advies zelf dient te blijken en niet afhankelijk mag worden gesteld van een door de deskundigen naderhand daarop gegeven toelichting. Volgens het onderdeel berust dit oordeel op een onjuiste rechtsopvatting omdat niet valt in te zien waarom een (gedegen) nadere toelichting door een bindend adviseur op een - mede - door hem gegeven zuiver bindend advies, niet zou kunnen bijdragen aan het oordeel dat gebondenheid aan dat advies (alsnog) aanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

In het onderhavige geval heeft het hof, met vernietiging op de voet van art. 7:904 BW van de bindende adviezen, zelf andere deskundigen benoemd, daartoe in rov. 4.12 - niet onbegrijpelijk - mede overwegend dat het in de gegeven omstandigheden nadere advisering door deze deskundigen niet aangewezen acht. Het hof heeft dus niet geoordeeld dat een nadere toelichting door een bindend

adviseur op een - mede - door hem gegeven zuiver bindend advies, niet zou kunnen bijdragen aan het oordeel dat gebondenheid aan dat advies (alsnog) aanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, maar heeft slechts geoordeeld dat het in het concrete geval geen aanleiding zag de deskundigen (nogmaals) om een nadere toelichting op het door hen gegeven bindend advies te vragen. Het onderdeel mist derhalve feitelijke grondslag.

3.6 Onderdeel 4 keert zich tegen hetgeen het hof in de rov. 4.6-4.9 heeft overwogen over het nader door de deskundigen uitgebrachte advies. Het onderdeel betoogt allereerst dat het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te beslissen dat de enkele schijn dat aan de Gemeente meer gelegenheid is geboden om het nadere advies te beïnvloeden dan aan Honnebier en het advies (dus) niet met de vereiste onafhankelijkheid tot stand is gekomen, niet kan worden aangemerkt als een zo ernstig gebrek dat [redacted] niet aan het advies kan worden gehouden. Bij een zuiver bindend advies is niet vereist dat beide partijen evenveel invloed hebben op de uitkomst van het advies, aldus nog steeds het onderdeel.

Voor zover het onderdeel berust op de stelling dat sprake is van een advies waaraan in beginsel geen motiveringseisen mogen worden gesteld, moet het in het

lot van onderdeel 2 delen. Voor het overige mist het onderdeel feitelijke grondslag omdat het hof niet heeft geoordeeld dat de enkele schijn dat aan de Gemeente meer gelegenheid is geboden om het nadere advies te beïnvloeden dan aan Honnebier, meebrengt dat gebondenheid van [redacted] aan het nadere advies naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, doch in dat oordeel mede een aantal andere bijzonderheden van het gegeven geval heeft betrokken.

3.7 Onderdeel 4 bevat daarnaast de klacht dat het zojuist kort weergegeven oordeel van het hof onvoldoende is gemotiveerd. Ook deze klacht leidt niet tot vernietiging van het bestreden arrest omdat het hof zijn door het onderdeel bestreden oordeel alleszins begrijpelijk heeft gemotiveerd.

3.8 Onderdeel 5 betoogt, kort weergegeven, dat het hof in rov. 4.8 ten onrechte, dan wel onvoldoende gemotiveerd, heeft beslist dat het processuele beginsel van hoor en wederhoor onverkort van toepassing is op het zuiver bindend advies.

Het onderdeel, dat blijkbaar wil verdedigen dat het beginsel van hoor en wederhoor niet van toepassing is ten aanzien van het onderhavige bindend advies, kan geen doel

treffen.

Het hof heeft immers geoordeeld dat de deskundigen partijen in de gelegenheid moesten stellen opmerkingen te maken en vragen te stellen, welk oordeel het hof blijkbaar heeft gestoeld op de specifieke omstandigheden van het gegeven geval. Dit oordeel is van feitelijke aard en niet onbegrijpelijk.

3.9 Onderdeel 6 ten slotte is gericht tegen rov. 4.13 waarin het hof, samengevat weergegeven, heeft overwogen dat de rechtbank de kosten van het nader advies terecht voor rekening van de Gemeente heeft gelaten en dat de door de Gemeente verdedigde stelling, dat Honnebier de kosten daarvan moet dragen omdat zij hem mocht houden aan het oorspronkelijke advies, niet opgaat. Volgens het onderdeel is dit oordeel onjuist omdat het berust op overwegingen die blijkens de onderdelen 1 tot en met 5 van het middel, onjuist en/of onvoldoende gemotiveerd zijn.

Omdat het onderdeel voortbouwt op de onderdelen 1 tot en met 5, moet het in het lot daarvan delen.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt de Gemeente in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [redacted] begroot op nihil.

Dit arrest is gewezen door de vice-president [redacted] als voorzitter en de raadsheren [redacted] en [redacted] en in het openbaar uitgesproken door de vice-president [redacted] op 20 mei 2005.

[redacted]

Uitgegeven voor grosse, door mij Griffier van de Hoge Raad der Nederlanden, op 20 MEI 2005 ten behoeve van Eiseres tot cassatie.

[redacted]