

Slot

14. Over *Fafiani/KSN* is zo veel geschreven en gesproken dat het niet anders kan dan dat de Hoge Raad nu een zeer bewuste keuze heeft gemaakt. De rechtspraktijk zal zich er dus op moeten instellen.

15. Hammerstein meent dat *Fafiani/KSN* een juiste correctie heeft ondergaan en in een iets andere gedaante voortleeft (op de website vsc.nl). Kingma wijst erop dat art. 236 lid 1 Rv gezag van gewijsde aan beslissingen toekent 'in een *ander geding*'. Hij stelt de vraag of uit de uitspraak van de Hoge Raad moet worden afgeleid of onder 'ander geding' (soms) ook de volgende instantie van hetzelfde geding dient te worden verstaan (op de website cassatieblog.nl). Een terechte vraag.

Möhring bekijkt het arrest van alle kanten (M.E.A. Möhring, 'De devolutieve werking en het gezag van gewijsde', *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2023/4, p. 119-124). Zij begint haar bijdrage met de vraag of de Hoge Raad nieuwe verwarring en onduidelijkheid heeft gecreëerd. Zij eindigt met een stappenplan, bestaande uit maar liefst vijf stappen per procespartij. Voor wie nog niet ervan was overtuigd dat de Hoge Raad het ingewikkeld heeft gemaakt, is dit het bewijs.

mr. G.C.C. Lewin
rechter in het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba, tevens buitengewoon hoogleraar aan de University of Curaçao
Dr. Moises da Costa Gomez

59

Hoor en wederhoor bij bindend advies

Hoge Raad
2 juni 2023, nr. 22/00946,
ECLI:NL:HR:2023:822
(mr. Kroeze, mr. Du Perron, mr. Wattendorff,
mr. Ter Heide, mr. Schaafsma)
(Concl. A-G van Peurseem)
Noot mr. P.E. Ernste

Bindend advies. Vernietiging. Hoor en wederhoor.

[BW art. 7:904 lid 1]

Naar het oordeel van de Hoge Raad brengt de aard van de opdracht, waarbij twee opdrachtnemers aan de hand van hun expertise tot een gezamenlijke vaststelling komen van de te vergoeden waardevermeerdering, mee dat de bindend adviseurs gehouden zijn tot een onafhankelijke opstelling jegens de opdrachtgevers, rekening dienen te houden met de belangen van alle opdrachtgevers en in beginsel toepassing moeten geven aan het beginsel van hoor en wederhoor. Dit laatste beginsel brengt volgens de Hoge Raad mee dat (i) partijen gelijkelijk de gelegenheid zouden moeten krijgen om te reageren op een concept-rapport; en (ii) partijen allebei in de gelegenheid zouden moeten worden gesteld om te reageren op door één van hen aan de bindend adviseurs verstrekte gegevens.

[De verhuurder] te [woonplaats],
eiser tot cassatie,
hierna: [de verhuurder],
advocaten: I.M.A. Lintel en T.T. van Zanten,
tegen
[de huurster] Beheer B.V. te [vestigingsplaats],
verweerster in cassatie,
hierna: [de huurster],
advocaat: R.T. Wiegerink.

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Van Peurseem)

1. Inleiding en samenvatting

1.1. Deze zaak gaat over de vraag of een bindend advies moet worden vernietigd waarin de door de verhuurder [eiser] aan huurster [verweerster] te vergoeden waardevermeerdering van een gehuurd bedrijfspand is vastgesteld. In conventie vordert [verweerster] veroordeling van [eiser] tot betaling conform het bindend advies, maar [eiser] verweert zich met een beroep op ernstige totstandkomingsgebreken van dat bindend advies. Partijen hebben over de waardevermeerderingsvergoeding afspraken gemaakt in de huurovereenkomst en bij het einde van de huur ter afwikkeling daarvan een vaststellingsovereenkomst gesloten. In de vaststellingsovereenkomst is bepaald dat beide partijen een taxateur dienen aan te stellen die, na aanvankelijk onafhankelijk van elkaar een taxatie te hebben gemaakt, uiteindelijk gezamenlijk tot een bindend advies moeten komen. Kantonrechter en hof wijzen de conventionele vorderingen van [verweerster] toe. In cassatie stelt [eiser] ten eerste aan de orde of het hof bij de uitleg van de afspraak in de vaststellingsovereenkomst ook belang had moeten hechten aan de door [eiser] gestelde mondelinge afspraak ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst over de waardevermeerderingsvergoeding. In de tweede plaats klaagt [eiser] over de verwerping door het hof van zijn positie dat bij de totstandkoming van het bindend advies sprake is van tweevoudige schending van het beginsel van hoor en wederhoor, zodat [verweerster] [eiser] naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet aan dat advies kan houden. In de derde plaats wordt in cassatie geklaagd over de uitleg van grief 7 van [eiser], waarin het hof geen zelfstandige grief heeft gelezen tegen het kantonrechtsoordeel over de buitengerechtelijke incassokosten. Ik meen dat alle klachten doel treffen.

2. Feiten en procesverloop¹

2.1. Partijen hebben op 10 december 2010 een huurovereenkomst voor bedrijfsruimte (hierna:

de huurovereenkomst) gesloten met [verweerster] als huurster en [eiser] als verhuurder. De bedrijfsruimte omvatte kort gezegd een loods met bijbehorend terrein, groot ca. 3048 m² (hierna ook te noemen: het gehuurde). De huurovereenkomst is aangegaan voor de duur van 5 jaar met 5 optiejaar, derhalve tot en met 31 december 2019.

2.2. Art. 8 van de huurovereenkomst luidt:

“Door huurder aan te brengen veranderingen en toevoegingen

8.1. Partijen zijn overeengekomen dat huurder op zijn kosten en onder zijn verantwoordelijkheid de navolgende, op als BIJLAGE 4 aan deze huurovereenkomst gehechte omschrijvingen nader aangegeven, veranderingen en toevoegingen aan het gehuurde mag aanbrengen: – een compleet ingericht kantoorgedeelte met sanitaire voorzieningen en benodigde nutsvoorzieningen. Bij het einde van de huur zullen deze toevoegingen en veranderingen door de huurder niet worden weggenomen noch behoeven te worden weg genomen.

8.2. De eventuele waardevermeerdering die het gehuurde zal ondervinden van de hiervoor sub 8.1 genoemde veranderingen en toevoegingen, zal door verhuurder, aan huurder worden vergoed bij het einde van de huur. Indien partijen het niet eens kunnen worden over de hoogte van het door verhuurder aan huurder te vergoeden bedrag, zal dit bedrag op verzoek van de meest gerede partij worden bepaald door een onafhankelijke deskundige.

8.3. Ter bepaling van de eventuele waardevermeerdering zal de vrije verkoopwaarde van het gehuurde per de datum van einde van de huur in de staat waarin het zich dan bevindt worden vergeleken met de waarde die het pand zou hebben indien het alsdan in casu staat zou verkeren. Hierbij zal eventuele achterstand in het voor rekening van de verhuurder komend onderhoud, buiten beschouwing dienen te blijven.

8.4. Het bepaalde in 8.2 is niet van toepassing in geval huurder gebruik maakt van zijn in artikel 9 genoemde kooprecht en dientengevolge de huurovereenkomst eindigt.”

2.3. In februari/maart 2018 heeft [verweerster] aan [eiser] kenbaar gemaakt dat zij de huurovereenkomst niet langer wilde voortzetten en vanaf dat moment zijn partijen met elkaar in overleg getreden over de beëindiging van de huurovereenkomst en de vergoeding, ex art. 8 van de huurovereenkomst.

1 De feiten zijn ontleend aan rov. 3.2-3.12 van het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 21 december 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:11656, TvHB 2022/10, m.nt. I.E. Hofhuis en F.M.H.C. Sarneel.

2.4. Partijen hebben op 17 augustus 2018 een vaststellingsovereenkomst gesloten (hierna: de vaststellingsovereenkomst)². Daarin is vastgelegd dat de huurovereenkomst per 1 februari 2019 zal eindigen en dat, indien sprake zal zijn van een waardevermeerdering, [eiser] het bedrag van die waardevermeerdering uiterlijk 1 maart 2019 aan [verweerster] zal voldoen. De vaststellingsovereenkomst bepaalt voorts onder andere:

“(…)

In aanmerking nemende dat:

Partijen wensen de gemaakte afspraken (artikel 8) binnen de getekende huurovereenkomst (zie bijlage A) d.d. 10-12-2010 op een juiste manier af te wikkelen. Het betreft hier het vaststellen en financieel afwikkelen van de eventuele waardevermeerdering die het gehuurde heeft ondervonden door de door huurder gemaakte veranderingen en toevoegingen aan het gehuurde en welke door verhuurder worden vergoed aan het einde van de huur. Voor gedetailleerde omschrijving van deze veranderingen en toevoegingen wordt verwezen naar de bijlagen van het huurcontract.

ZIJN OVEREENGEKOMEN

Artikel 1:

Partijen zullen allebei afzonderlijk een beëdigd taxateur O.G. aanstellen die, onafhankelijk van elkaar, de vrije verkoopwaarde (exclusief BTW en overdrachtsbelasting) van het gehuurde per de datum van einde van de huur in de staat waarin het zich dan bevindt, worden vergeleken met de waarde die het pand zou hebben indien het alsdan in casco staat zou verkeren. (...).

Artikel 2:

Beide taxateurs zullen vervolgens de uitkomsten met elkaar bespreken, en binnen 4 weken na opdracht, tot 1 bindend advies komen. (...)

2.5. [makelaar 1] (hierna: [makelaar 1]) heeft het gehuurde in opdracht van [eiser] getaxeerd. [makelaar 1] heeft het gehuurde in aanwezigheid van [eiser] bezichtigd. [verweerster] heeft [makelaar 2] (hierna: [makelaar 2]) opdracht gegeven het gehuurde te taxeren.

2.6. Op 12 november 2018 hebben de taxateurs het “Meerwaardeadviesrapport” (hierna: het rapport) uitgebracht en de waardevermeerdering bepaald op een bedrag van € 260.000,-³.

2.7. Op 19 december 2018 heeft [verweerster] de factuur voor het bedrag van de waardevermeerdering, vermeerderd met de BTW, aan [eiser] gezonden, te weten voor een bedrag van € 314.600,-⁴.

2.8. Bij e-mail van 9 januari 2019 heeft [eiser] aan [verweerster] laten weten dat hij het niet eens was met de factuur.

2.9. Bij brief van 5 maart 2019 heeft de advocaat van [eiser] (onder andere) de buitengerechtelijke vernietiging van het bindend advies ingeroepen.

2.10. Bij brief van 8 maart 2019 heeft [verweerster] [eiser] een betalingsherinnering gezonden.

2.11. Bij brief van 26 maart 2019 heeft de advocaat van [verweerster] een reactie gegeven op de brief van de advocaat van [eiser] van 5 maart 2019. [verweerster] is niet akkoord met de ingeroepen buitengerechtelijke vernietiging en houdt vast aan haar vordering.

2.12. [verweerster] vordert in conventie – samengevat – betaling door [eiser] van € 314.600,- (incl. BTW), te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente en met veroordeling in de incasso-, beslag- en proceskosten. Zij legt aan deze vordering ten grondslag dat [eiser] gehouden is tot nakoming van de vaststellingsovereenkomst.

2.13. [eiser] heeft in eerste aanleg (in reconventie) – samengevat – een verklaring voor recht gevorderd dat het bindend advies uit het rapport is vernietigd, dan wel gevorderd om het bindend advies alsnog te vernietigen.

2.14. De kantonrechter heeft bij mondelinge uitspraak de vorderingen van [verweerster] in conventie toegewezen en die van [eiser] in reconventie afgewezen, met veroordeling van [eiser] in de kosten⁵.

2.15. Op het appel van [eiser] heeft het hof dit vonnis bekrachtigd. Het hof heeft daartoe, voor zover relevant in cassatie, het volgende overwogen:

“(…)

de vergoeding

(…)

5.3.3. Het hof stelt voorop dat (ook) de uitleg van een vaststellingsovereenkomst dient te geschieden aan de hand van het Haviltex-criterium (zie

2 Prod. 1 bij inl. dagv.

3 Prod. 2 bij inl. dagv.

4 Prod. 3 bij inl. dagv.

5 Zie het p-v van de mondelinge uitspraak van de kantonrechter van 16 september 2019, zaaknr. 7738717 AC EXPL 19-1499 M/30364.

bijvoorbeeld ECLI:NL:HR:2009:BI5915 en ECLI:NL:HR:2016:1511). De wijze van berekening van de vergoeding en de betekenis van het begrip ‘casco’ dienen derhalve te worden vastgesteld aan de hand van hetgeen partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten toekennen, hebben afgeleid en van hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, zulks in het licht van alle omstandigheden van het geval. Voorts rust op [eiser], volgens de hoofdregel van bewijslastverdeling van artikel 150 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv), de stelplicht en de bewijslast dat aan de vaststellingsovereenkomst de betekenis toekomt zoals hij bepleit, omdat [eiser] zich beroept op de rechtsgevolgen van zijn stelling nu [eiser] een verklaring voor recht vordert dat het bindend advies buitengerechtelijk is vernietigd of vernietiging van dat bindend advies vordert.

5.3.4. Het hof overweegt allereerst dat het geschil tussen partijen zich toespitst op de uitleg van de vaststellingsovereenkomst en niet de huurovereenkomst. De huurovereenkomst is weliswaar eveneens geldig tussen partijen, maar partijen hebben nu juist een nieuwe overeenkomst gesloten, te weten de vaststellingsovereenkomst, om de afwikkeling van de afspraken uit de huurovereenkomst te bewerkstelligen. Bij een vaststellingsovereenkomst binden partijen, ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, zich ten opzichte van elkaar aan een vaststelling daarvan, bestemd om ook te gelden voor zover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken (art. 7:900 BW).

5.3.5. De eerste omstandigheid waar het hof naar kijkt, is de tekst van de vaststellingsovereenkomst. Daaruit blijkt dat het gaat om “de eventuele waardeververmeerdering die het gehuurde heeft onderzonden door de door huurder gemaakte veranderingen en toevoegingen aan het gehuurde”. De tekst van de overeenkomst biedt derhalve geen steun voor de uitleg die [eiser] aan de overeenkomst geeft. [eiser] heeft voorts ook geen andere omstandigheden zoals bijvoorbeeld gedragingen of uitlatingen gesteld, anders dan de mondelinge afspraak tussen partijen in het bijzijn van de echtgenote van [eiser] ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst, welke afspraak door [ver-

weerster] gemotiveerd wordt betwist, die erop wijzen dat de door [eiser] voorgestane uitleg aan de vaststellingsovereenkomst moet worden gegeven. Juist gelet op voormelde definitie van een vaststellingsovereenkomst had het op de weg van [eiser] gelegen om zich niet te beperken tot de omstandigheden rondom het sluiten van de huurovereenkomst. Het hof ziet derhalve geen aanknopingspunten voor het oordeel dat het voor partijen ten tijde van het sluiten van de vaststellingsovereenkomst duidelijk was dat de vergoeding een restwaarde na afschrijving van de investeringen inhield.

5.3.6. Hieruit volgt dat [eiser] onvoldoende heeft aangevoerd om te kunnen concluderen dat tussen partijen bij het sluiten van de vaststellingsovereenkomst is overeengekomen dat slechts de restwaarde na afschrijving voor vergoeding in aanmerking kwam. Het bewijsaanbod van [eiser] om zijn echtgenote te doen horen zodat zij kan getuigen over hetgeen partijen mondeling hebben afgesproken ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst, passeert het hof als niet ter zake dienend. Immers, het gaat om uitleg van de vaststellingsovereenkomst. Hierover kan de echtgenote van [eiser] niet getuigen. Gelet op het hiervoor overwogene worden de grieven 2 en 3 verworpen.

(...)

5.4. vernietiging bindend advies?

(...)

5.4.6. Het hof oordeelt met betrekking tot dit punt als volgt.

Onderdeel van de vaststellingsovereenkomst is dat iedere partij afzonderlijk zijn eigen taxateur zou inschakelen om de eventuele waardeververmeerdering te taxeren en vervolgens tot een gezamenlijk advies te komen. Het hof overweegt dat het dus gaat om een bindend advies dat tot stand moest komen met de inbreng van beide partijen met ieder hun eigen taxateur en met een beperkte opdracht, te weten een taxatie. Vast staat dat zowel [eiser] als [verweerster] een eigen taxateur in de arm hebben genomen en zij daarbij de vrije keuze hadden. [eiser] was dus de enige opdrachtgever van taxateur [makelaar 1] en heeft hem dus gedurende de looptijd van de opdracht geheel naar eigen inzicht kunnen informeren en instrueren. Hij had ook met [makelaar 1] afspraken kunnen maken over het al dan niet vooraf inzien van een concept-rapport. [makelaar 1] heeft in aanwezigheid van [eiser] het pand bezichtigd. Op dat

moment heeft [eiser] ook alle gelegenheid gehad om [makelaar 1] van relevante informatie te voorzien en zijn standpunt naar voren te brengen. Dat [verweerster] kennelijk wél afspraken over het inzien van het concept-rapport heeft gemaakt met [makelaar 2] of [makelaar 2] van informatie heeft voorzien, doet niets af aan de hiervoor bedoelde gelegenheid, welke ook voor [eiser] bestond, om [makelaar 1] te informeren en zijn standpunt aan [makelaar 1] mede te delen. Er is dus geen sprake van een ongelijkwaardige situatie, want beide partijen hadden de vrijheid hun opdrachtrelatie met de taxateur naar eigen inzicht in te richten. Nu vast staat dat [eiser] zijn taxateur in elk geval heeft gezien en gesproken tijdens de bezichtiging en er binnen de opdrachtrelatie alle ruimte was om zich te laten horen zoals hiervoor omschreven, is het beginsel van hoor en wederhoor niet geschonden. 5.4.7. De stelling dat de taxateurs niet hebben gehandeld als redelijk handelend en vakbekwame taxateurs, omdat zij zijn uitgegaan van onjuiste, door [verweerster] aangedragen, gegevens zonder deze gegevens bij [eiser] te controleren (zoals bijvoorbeeld het uitgangspunt dat [verweerster] de volledige bestrating van het buitenterrein zou hebben aangelegd) passeert het hof op grond van het hiervoor overwogene. [eiser] had voldoende gelegenheid om de voor hem relevante gegevens aan te dragen. De door [eiser] aangevoerde stellingen wettigen niet de gevolgtrekking dat er sprake is van zodanige ernstige gebreken dat gebondenheid aan het rapport naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dit alles brengt met zich dat ook de grieven 5 en 6 falen.

5.5. Grief 7 is gericht tegen de proceskostenveroordeling van [eiser] en gaat ervan uit dat de overige grieven slagen. Nu de grieven niet slagen, deelt ook grief 7 dit lot.⁶

2.16. [eiser] heeft tijdig cassatieberoep ingesteld. [verweerster] heeft een verweerschrift ingediend en haar standpunten schriftelijk toegelicht. [eiser] heeft afgezien van schriftelijke toelichting en evenmin gerepliceerd.

3. Bespreking van het cassatiemiddel

3.1. Het cassatiemiddel bestaat uit drie onderdelen met subonderdelen. Het *eerste onderdeel* gaat over de uitleg die het hof heeft gegeven aan de afspraak over de vergoeding in de vaststellingsovereenkomst en de betekenis die een mondelinge af-

spraak ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst daarbij kan spelen. *Onderdeel 2* handelt over hoor en wederhoor bij de totstandkoming van het bindend advies en *onderdeel 3* over de buitengerechtelijke kosten.

Onderdeel 1: uitleg van de vergoeding van de waardevermeerdering

3.2. *Onderdeel 1* is gericht tegen het oordeel in rov. 5.3.4 t/m 5.3.6 over de vergoeding en omvat twee subonderdelen en een voortbouwklacht. De eerste klacht, *onder 3.4*, is dat het hof met zijn oordeel over de vergoeding een onderscheid maakt tussen de huurovereenkomst en de vaststellingsovereenkomst en dat daarin besloten ligt dat de door [eiser] gestelde mondelinge afspraak ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst niet van (voldoende) betekenis is voor de uitleg van de afspraak over de vergoeding in de vaststellingsovereenkomst. Dit geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting over de wijze waarop de vaststellingsovereenkomst moet worden uitgelegd. Het hof miskent hiermee dat bij die uitleg *alle* omstandigheden van het concrete geval van beslissende betekenis zijn⁶ en dus niet slechts omstandigheden rondom het sluiten van die specifieke overeenkomst, maar ook afspraken in eerdere overeenkomsten tussen dezelfde partijen. Dit geldt temeer in een situatie als hier aan de orde, waarbij de uit te leggen vaststellingsovereenkomst op de eerdere huurovereenkomst voortbouwt en bepaalde bedingen in beide overeenkomsten op dezelfde wijze zijn verwoord⁷. Dat uitleg moet worden gegeven aan een afspraak in een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in art. 7:900 BW, maakt dat niet anders.

3.3. De motiveringsklacht uit het tweede subonderdeel, *onder 3.5*, is dat wanneer dit niet is miskend, het hofoordeel dat de door [eiser] gestelde mondelinge afspraak ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst niet bijdraagt aan de uitleg van de afspraak over de vergoeding in de vaststellingsovereenkomst, onbegrijpelijk is. Gevozen wordt daarbij op de volgende omstandig-

6 Onder verwijzing naar HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, NJ 2005/493, m.nt. C.E. du Perron (*DSM/...*) en de uitlegmaatstaf die het hof in de bestreden uitspraak in rov. 5.3.3. voorop stelt.

7 Vt. 17 van de procesinleiding in cassatie en verwijst naar R.J.P.L. Tjittes, *Commercieel contractenrecht*, Deel I: totstandkoming en inhoud, 2018, p. 10.

heden, in onderlinge samenhang te beschouwen, die onmiskenbaar wijzen op de betekenis van de door [eiser] gestelde mondelinge afspraak ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst voor de uitleg van de afspraak over de vergoeding in de vaststellingsovereenkomst:

i. [eiser] heeft gesteld dat de mondeling gemaakte afspraak ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst betrekking had op de vergoeding van de eventuele waardevermeerdering ‘bij einde huur’⁸, terwijl de afwikkeling van de huurverhouding bij einde huur is geregeld in de vaststellingsovereenkomst;

ii. In de vaststellingsovereenkomst is bepaald dat partijen ‘de gemaakte afspraken (artikel 8) binnen de getekende huurovereenkomst (zie bijlage A) d.d. 10-12-2010 op een juiste manier [wensen] af te wikkelen’, waarmee tot uitdrukking is gebracht dat partijen de in art. 8 van de huurovereenkomst gemaakte afspraken over de vergoeding van eventuele waardevermeerdering in het kader van de vaststellingsovereenkomst wensen na te leven;

iii. De bewoordingen waarmee in de vaststellingsovereenkomst de vergoeding is omschreven (‘de eventuele waardevermeerdering die het gehuurde heeft ondervonden door de door huurder gemaakte veranderingen en toevoegingen aan het gehuurde’⁹) en waarmee de wijze van vaststelling van de omvang van die vergoeding is omschreven (‘de vrije verkoopwaarde [...] van het gehuurde per de datum van einde van de huur in de staat waarin het zich dan bevindt, word[t] vergeleken met de waarde die het pand zou hebben indien het alsdan in casco staat zou verkeren.’¹⁰), zijn identiek aan de bewoordingen die hiervoor in de huurovereenkomst zijn gebruikt¹¹;

iv. Tegen voornoemde achtergrond heeft [eiser] de (onderbouwing van de) door hem voorgestane uitleg van de afspraak over de vergoeding niet slechts beperkt tot art. 8 van de huurovereenkomst, maar steeds daaraan toegevoegd ‘en in het

verlengde daarvan art. 1 van de beëindigingsovereenkomst [waarmee volgens [eiser] wordt bedoeld op de vaststellingsovereenkomst]’¹².

3.4. De klachten onder 3.4 en 3.5 lenen zich voor gezamenlijke bespreking. Uitleg van een rechtshandeling, zoals een overeenkomst tussen partijen, betreft een gemengd oordeel. Het gaat om de vraag welke betekenis moet worden gegeven aan de rechtshandeling volgens de toepasselijke uitlegmaatstaf op basis van de feiten zoals die in het geding door de rechter worden vastgesteld¹³. Het oordeel bestaat uit een juridisch en feitelijk aspect die in zekere mate met elkaar verweven zijn¹⁴.

3.5. Bij de uitleg van een vaststellingsovereenkomst dient de Haviltex-maatstaf te worden toegepast¹⁵. Het gaat dus niet alleen om de taalkundige betekenis van de bewoordingen die bij het maken van de afspraak zijn gemaakt, maar het komt aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan elkanders verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Van beslissende betekenis zijn *alle* omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid

8 Verwezen wordt naar MvG, onder 10.

9 Verwezen wordt naar de considerans van de vaststellingsovereenkomst, door het hof geciteerd in rov. 3.5.

10 Verwezen wordt naar art. 1 van de vaststellingsovereenkomst, door het hof geciteerd in rov. 3.5. en MvG onder 9.

11 Verwezen wordt naar art. 8.2 en 8.3 van de huurovereenkomst, door het hof geciteerd in rov. 3.3. en MvG onder 8.

12 Verwezen wordt naar MvG, onder 7 jo. CvA, onder 6 en 7; MvG, onder 13 en 14.

13 H.N. Schelhaas en W.L. Valk, Uitleg van rechtshandelingen (Mon. Pr. nr. 20) 2022/6.4. Zie over de ontwikkeling dat een rechterlijk uitlegoordeel niet langer wordt beschouwd als een feitelijk oordeel: Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/171-173.

14 A.E.H. van der Voort Maarschalk, Cassatie (BPP nr. 20) 2019/77.

15 HR 2 april 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1948, JAR 2004/255, m.nt. R.M. Beltzer, OR 2004/134, m.nt. J. Oster en F.B.J. Grapperhaus, PJ 2004/98, m.nt. E. Luttjens; HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4909, NJ 2007/576, m.nt. M.H. Wissink, JOR 2007/198, m.nt. R.P.J.L. Tjittes, OR 2007/171, m.nt. W.W. de Nijs Bik ([...] -groep/ [...] -groep); HR 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI5915 (ACS/HTC). Zie hierover: Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/157; Broekema-Engelen, T&C BW, commentaar op art. 7:900 BW, onder 2.a. Zie ook punt 3.63 van de conclusie van A-G Hartlief (ECLI:NL:PHR:2021:680) vóór HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1949 (art. 81 RO).

meebrengen¹⁶. Daarbij moeten ook de aard en strekking van de overeenkomst in aanmerking worden genomen¹⁷.

3.6. Het hof heeft in rov. 5.3.3 het voorgaande onderkend door te overwegen dat ook de uitleg van een vaststellingsovereenkomst dient te geschieden aan de hand van het Haviltex-criterium en dat daarbij alle omstandigheden van het geval van betekenis zijn. Uit de daaropvolgende rechts-overwegingen (rov. 5.3.4 t/m 5.3.6) lijkt mij evenwel te volgen dat het hof de Haviltex-maatstaf niet juist heeft toegepast, doordat niet *alle* omstandigheden van het concrete geval zijn meegewogen.

3.7. Het hof heeft overwogen dat het hier gaat om de uitleg van de vaststellingsovereenkomst en niet de huurovereenkomst. De tekst van de vaststellingsovereenkomst biedt volgens het hof geen steun voor de door [eiser] daaraan gegeven uitleg dat slechts de restwaarde na afschrijving van de investeringen van [verweerster] door [eiser] moet worden vergoed. [eiser] heeft volgens het hof geen andere omstandigheden aangedragen, dan de mondelinge afspraak tussen partijen in het bijzijn van de echtgenote van [eiser] bij het aangaan van de huurovereenkomst, die zijn uitleg van de vaststellingsovereenkomst ondersteunen. Het hof ziet geen aanknopingspunten voor het oordeel dat partijen bij het sluiten van de vaststellingsovereenkomst overeen zijn gekomen dat slechts de restwaarde na afschrijving voor vergoeding in aanmerking komt. Het hof heeft het bewijstaanbod van [eiser] om zijn echtgenote te doen horen gepasseerd als niet ter zake dienend omdat het geschil niet gaat om de uitleg van de huurovereen-

komst maar om de vaststellingsovereenkomst en de echtgenote daarover niet kan getuigen.

3.8. Weliswaar hebben partijen, zoals het hof in rov. 5.3.4 tot uitgangspunt heeft genomen, een vaststellingsovereenkomst gesloten en zijn partijen die nieuwe overeenkomst aangegaan om de afwikkeling van de afspraken uit de huurovereenkomst te bewerkstelligen, maar hieruit kan niet worden afgeleid dat de eerdere overeenkomst niet meer relevant is bij de uitleg van de afspraken in de vaststellingsovereenkomst. Het hangt namelijk af van het doel en de strekking van de vaststellingsovereenkomst of er nog belang moet worden gehecht aan hetgeen partijen in de eerdere overeenkomst hebben geregeld¹⁸. Het hof had na moeten gaan of partijen in de vaststellingsovereenkomst iets anders wilden afspreken over de vergoeding van de waardevermeerdering. Aangezien in art. 8 lid 3 van de huurovereenkomst en art. 1 van de vaststellingsovereenkomst op dezelfde wijze de vergoeding en de manier van vaststellen van de vergoeding wordt omschreven, zoals het hof als feit heeft vastgesteld in rov. 3.3 en 3.5 (zie 2.2 en 2.4 van deze conclusie), vormt dat een sterke aanwijzing dat partijen niets anders hebben willen afspreken over de inhoud van die vergoeding in beide overeenkomsten. Het hof kon dus niet op grond van de aard van de overeenkomst ervan uitgaan dat partijen in de vaststellingsovereenkomst nieuwe afspraken wensten te maken over de inhoud van die begrippen. De betekenis die partijen aan het betreffende begrip hebben gegeven bij het sluiten van de huurovereenkomst is zodoende naar voorkomt potentieel wel relevant bij de uitleg van datzelfde begrip in de vaststellingsovereenkomst. Wat hierbij opvalt, is dat het hof in rov. 5.3.7 e.v. bij de uitleg van het begrip 'casco' uit de vaststellingsovereenkomst wel de betekenis van hetzelfde begrip in de huurovereenkomst heeft betrokken¹⁹.

3.9. Omdat niet slechts de omstandigheden rondom het sluiten van de vaststellingsovereenkomst hier relevant zijn bij de uitleg, maar ook die rondom de eerder tussen partijen overeengekomen

16 HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner, RV 2014/30, m.nt. A.I.M. van Mierlo, A.J. van der Lely, S.E. Bartels (*[...] /Haviltex*). Zie voorts de breed gemotiveerde uitspraak waarin is geoordeeld dat rekening moet worden gehouden met alle bijzondere omstandigheden van het geval: HR20februari2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, NJ 2005/493, m.nt. C.E. du Perron, AV&S 2004/26, m.nt. P.C. Clausing, JAR 2004/83, m.nt. R.M. Beltzer, JOR 2004/157, m.nt. S.C.J.J. Kortmann, OR 2004/62, m.nt. F.B.J. Grapperhaus, SR 2004/60, m.nt. R.A.C.M. Langemeijer. Zie hierover: Asser/Sieburgh 6-III 2022/372.

17 HR 18 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7002, NJ 2003/258, m.nt. M.M. Mendel (*[...] /Nationale Nederlanden*) over de uitleg van een verzekeringsovereenkomst.

18 Zie Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/157 over het belang om het motief van partijen bij het sluiten van een vaststellingsovereenkomst te onderzoeken.

19 Zie in dezelfde zin de noot van I.E. Hofhuis en F.M.H.C. Sarneel onder de hofuitspraak in TvHB 2022/10.

huurovereenkomst dat kunnen zijn, treft de rechtsklacht doel.

3.10. Bij deze stand van zaken behoeft de motiveringsklacht eigenlijk geen bespreking meer. Ik merk daarover alleen nog op dat [eiser] in feitelijke instanties, zoals hij betoogt onder 3.5 van de procesinleiding in cassatie, in wezen heeft aangevoerd dat de omschrijvingen in de huurovereenkomst en de vaststellingsovereenkomst identiek zijn en dat de gebezigde begrippen op dezelfde manier moeten worden uitgelegd²⁰. Voor zover aan het oordeel van het hof ten grondslag ligt dat [eiser] deze stelling niet expliciet heeft ingenomen, gaat het hof uit van een onbegrijpelijke lezing van de stukken in feitelijke instanties en treft ook de motiveringsklacht doel.

3.11. In het derde subonderdeel, *onder 3.6* voert [eiser] aan dat indien de eerste subonderdelen tot cassatie leiden, het oordeel van het hof in rov. 5.3.6 waarin het hof het bewijsaanbod van [eiser] als niet ter zake dienend passeert, evenmin in stand kan blijven.

3.12. In het verlengde van de besproken eerdere klachten slaagt deze klacht ook. Omdat hetgeen partijen mondeling omtrent meerwaardevergoeding zouden hebben afgesproken ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst wel potentieel relevant is voor de beoordeling ter zake in de vaststellingsovereenkomst, kon het hof het bewijsaanbod niet op deze manier passeren.

Onderdeel 2: vernietiging bindend advies

3.13. *Onderdeel 2* bestaat uit twee subonderdelen en is gericht tegen het oordeel in rov. 5.4.6 en 5.4.7 over de vernietiging van het bindend advies. In 3.7 worden de onder 3.9 en 3.10 uitgewerkte klachten geïntroduceerd: [eiser] heeft een tweeledige schending van het beginsel van hoor en wederhoor bij de totstandkoming van het bindend advies gesteld: (i) hij heeft anders dan [verweester] voordat het bindend advies werd uitgebracht geen concept daarvan ontvangen en (ii) de taxateurs zijn van informatie uitgegaan die [verweester] heeft aangeleverd en ten aanzien waarvan de

taxateurs hebben verzuimd om [eiser] hierover te informeren en om de juistheid van die informatie te verifiëren.

3.14. De eerste uitgewerkte klacht *onder 3.9* is dat het hof de aard van de aan de taxateurs gegeven opdracht heeft miskend en de in verband daarmee geldende beperking van de vrijheid om de opdrachtrelatie met hun taxateur naar eigen inzicht in te richten en de eigen taxateur naar believen te informeren en instrueren. Weliswaar hebben partijen ieder afzonderlijk een eigen taxateur opdracht gegeven onafhankelijk van elkaar tot een waardevermeerderingstaxatie te komen, maar de opdracht aan de taxateurs hield in dat zij na hun eigen waardering gezamenlijk tot één bindend advies moesten komen (*onder verwijzing naar art. 2 van de vaststellingsovereenkomst*). De aard van de aan de taxateurs gegeven opdracht verplichtte hen tot een onafhankelijke opstelling jegens hun opdrachtgevers²¹. Die onafhankelijke positie bracht mee dat hun ook de nodige beoordelingsruimte toekwam bij de (wijze van) invulling en uitvoering van de opdracht. Van hen kon dan ook niet worden verlangd dat zij zonder meer voldeden aan (alle) wensen en (nadere) aanwijzingen van hun opdrachtgevers²². [eiser] had in het kader van zijn opdrachtrelatie met taxateur [makelaar 1] dus niet alle mogelijkheden waarvan het hof uitgaat.

3.15. De tweede uitgewerkte klacht treffen wij aan *onder 3.10*: het hof heeft miskend dat de taxateurs verantwoordelijk zijn voor de (wijze van) totstandkoming van hun bindend advies en dat zij ervoor moeten zorgen dat daarbij hoor en wederhoor wordt toegepast. De aard van een opdracht als de onderhavige (opdrachtgevers met tegengestelde belangen in het kader van de opdracht) brengt mee dat van de taxateurs wordt gevergd dat zij de opdrachtgevers gelijk behandelen en gelijke kansen bieden door ieder van hen een reële mogelijkheid te geven om het eigen standpunt naar voren te brengen en om zich uit te laten over het standpunt van de ander en over alle stukken en gegevens die aan de taxateurs zijn voorgelegd²³.

20 Zie MvG, onder 7 jo. CvA, onder 6 en 7; MvG, onder 13 en 14 waar [eiser] t.a.v. de uitleg van art. 8 van de huurovereenkomst telkens daaraan toevoegt 'en in het verlengde daarvan artikel 1 van de beëindigingsovereenkomst' (waarmee [eiser] klaarblijkelijk de vaststellingsovereenkomst bedoelt).

21 *Onder verwijzing naar HR 15 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0727, NJ 2015/155, m.nt. J.B.M. Vranken, rov. 3.5.3.*

22 *Idem.*

23 *Onder verwijzing naar B.C. Punt, Het bindend advies doorgelicht (BPP nr. 18) 2019/516-517 en HR 15 juni*

In het kader van hoor en wederhoor volstaat dus niet dat partijen los van elkaar en op eigen initiatief afspraken (kunnen) maken met hun taxateur welke slechts werken tussen die partij en haar 'eigen' taxateur, zoals het hof kennelijk aanneemt. Dat vormt geen waarborg dat dat partijen bij de totstandkoming van het bindend advies gelijk worden behandeld en in gelijke mate op elkaars standpunten en het werk van de taxateurs kunnen reageren. Hoor en wederhoor is in onze zaak niet voldoende toegepast nu moet worden aangenomen dat (i) [eiser] anders dan [verweerster] geen concept van het bindend advies heeft ontvangen, waarbij [verweerster] wel op het concept heeft kunnen reageren en [eiser] niet, voordat dit in definitieve vorm werd uitgebracht²⁴; en (ii) [eiser] geen kennis had van – en dus ook niet in de gelegenheid is gesteld om te reageren op – informatie over de bestrating van het buitenterrein die door [verweerster] aan 'haar' taxateur [makelaar 2] is aangeleverd en die aan het bindend advies ten grondslag ligt²⁵.

3.16. Een bindend adviseur verplicht zich tot een onafhankelijke uitvoering van de opdracht. In sommige gevallen zal de bindend adviseur zelfs voorbij moeten gaan aan de aan hem kenbare wensen van partijen²⁶.

3.17. Als partijen zijn overeengekomen dat zij zich binden aan een door derden te geven beslissing, dan zijn partijen in beginsel gebonden aan de beslissing die de bindend adviseur neemt. De beslissing is alleen vernietigbaar als gebondenheid aan die beslissing in verband met de inhoud of wijze van totstandkoming daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* zou zijn. De beslissing is in dat geval vernietigbaar op grond van art. 7:904 lid 1 BW. De maatstaf van deze bepaling heeft een terughoudend karakter en het betreft een marginale toet-

sing²⁷. Alleen *ernstige gebreken* in de beslissing kunnen gebondenheid eraan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar maken²⁸.

3.18. Er zijn dus twee toetsingsgronden; de inhoud en de wijze van totstandkoming. Bij de hier besproken klachten is aan de orde of de wijze van totstandkoming maakt dat de gegeven beslissing vernietigbaar is. De eisen gesteld aan de wijze van de totstandkoming dienen om een redelijke en billijke inhoud te verkrijgen²⁹. In beginsel moeten de fundamentele beginselen van procesrecht in acht worden genomen. Dit houdt in dat bindend

27 HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2540, NJ 1998/363, m.nt. A.R. Bloembergen, JB 1998/27, m.nt. H.J. Sniijders (*Apeldoorn/Duisterhof* ((*Kinderdagverblijf Snoopy*)). Vgl. Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/165. Van Schaick betoogt dat de bindende partijbeslissing eenvoudiger te vernietigen zou moeten zijn.

28 HR 12 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2427, NJ 1998/382, m.nt. M.M. Mendel, VR 1998/44, m.nt. T.J. Dorhout Mees (*Confood/Zürich*). Zie hierover: Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/163.

29 TM, p. 1147: “*Het gebrek kan kleven aan de inhoud van de beslissing of aan de wijze van haar totstandkoming. Krachtens het tweede lid bestaat tussen deze twee mogelijkheden dit verschil, dat een voldoende ernstig gebrek in de inhoud steeds tot vernietigbaarheid leidt, terwijl een gebrek in de wijze van totstandkoming niet schaadt als desondanks de inhoud van de beslissing met redelijkheid en billijkheid overeenstemt. De eisen die aan de wijze van totstandkoming moeten worden gesteld, dienen immers om het verkrijgen van een naar inhoud juiste beslissing te bevorderen, zodat het onpraktisch is de beslissing te doen vernietigen indien zij toch door een naar inhoud gelijke zou moeten worden vervangen. Het is echter duidelijk dat, als bij de wijze van totstandkoming ernstige fouten zijn te constateren en dus de mogelijkheid bestaat dat deze op de inhoud van de beslissing van invloed zijn geweest, de reden vervalt om bij de inhoud met een zogenaamde marginale toetsing te volstaan. Is de beslissing door de wijze van haar totstandkoming in beginsel gevestigd, bij voorbeeld doordat niet beide partijen voldoende in de gelegenheid zijn gesteld hun standpunt kenbaar te maken, dan maakt het tweede lid haar niet reeds onaantastbaar indien ook redelijk denkende mensen tot een beslissing van de gegeven inhoud zouden kunnen komen, maar alleen als die inhoud positief met redelijkheid en billijkheid overeenstemt, hetgeen in laatste instantie ter beoordeling van de rechter staat. (onderstreping toegevoegd; A-G (romein; red.))”*

2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0727, NJ 2015/155, m.nt. J.B.M. Vranken, rov. 3.5.3.

24 Onder verwijzing naar MvG, onder 40.

25 Onder verwijzing naar MvG, onder 41, 51-53.

26 HR 15 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0727, NJ 2015/155, m.nt. J.B.M. Vranken, rov. 3.5.3. Zie verder punt 7-14 van de conclusie van A-G Huydecoper (ECLI:NL:HR:2012:BW0727) vóór HR 15 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0727, NJ 2015/155, m.nt. J.B.M. Vranken; B.C. Punt, Het bindend advies doorgelicht (BPP nr. 18) 2019/613.

adviseurs zich onafhankelijk opstellen en onpartijdig zijn, dat partijen in de gelegenheid moeten worden gesteld om hun standpunten kenbaar te maken, dat de gegevens waarop het advies berust ter kennis van beide partijen gebracht moeten worden, dat de beslissing op een deugdelijk onderzoek gebaseerd moet zijn en dat de beslissing voldoende gemotiveerd is³⁰. Het beginsel van hoor en wederhoor is daarbij essentieel³¹. Als een partij aan de bindend adviseur gegevens verschafft zonder deze tevens aan de wederpartij te verstrekken, is dat evident in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor³².

3.19. Het hof heeft het voorgaande miskend door in rov. 5.4.6-5.4.7 te oordelen dat [eiser] zijn eigen taxateur [makelaar 1] geheel naar eigen inzicht kon informeren en instrueren en dat hij bij de bezichtiging van het pand alle gelegenheid heeft gehad om [makelaar 1] van relevante informatie te voorzien en zijn standpunt naar voren te brengen. Kennelijk is te eenzijdig de nadruk gelegd op art. 1 van de vaststellingsovereenkomst en is art. 2 daarvan onvoldoende in ogenschouw genomen, waarin is bepaald dat de taxateurs (nadat zij conform art. 1 ieder onafhankelijk tot een taxatie zijn gekomen) vervolgens de taxatie-uitkomsten met elkaar moeten vergelijken en tot één bindend advies over de waardevermeerdering moeten komen³³. Door die eenzijdige focus op art. 1 van de vaststellingsovereenkomst miskent het hof in wezen de onafhankelijke positie die de bindend adviseurs hebben waarin zij tot hun oordeel moeten komen. Het is daarbij niet toereikend dat [eiser] bij de bezichtiging of in het algemeen binnen de opdrachtrelatie met zijn taxateur voldoende gelegenheid had om zijn standpunt naar voren te brengen. Het beginsel van hoor en wederhoor

brengt in deze situatie mee dat als de bindend adviseurs hun oordeel baseren op gegevens die door [verweerster] (aan diens taxateur) zijn verstrekt, zoals over de bestrating van het buitenterrein van het gehuurde, [eiser] op enigerlei wijze in de gelegenheid moet worden gesteld om hierop te reageren. Doordat dat niet (kenbaar) is gebeurd, is sprake van schending van het beginsel van hoor en wederhoor.

3.20. Daar komt vervolgens nog een tweede schending bij. Hoer en wederhoor is eveneens onvoldoende toegepast als slechts partij in de gelegenheid wordt gesteld om het concept-rapport in te zien en daarop te reageren alvorens het definitieve rapport wordt uitgebracht³⁴. Dat ook [eiser] de mogelijkheid had om met zijn taxateur afspraken te maken over het vooraf inzien van het concept-rapport doet daar natuurlijk niet aan af; *du moment* een concept bindend advies slechts aan één partij wordt voorgelegd en niet aan de ander, alvorens tot een definitief bindend advies te komen, is sprake van schending van hoor en wederhoor – en dat staat los van de vraag of in de opdrachtrelatie [verweerster] – [makelaar 2] is overeengekomen dat [verweerster] een concept bindend advies kon inzien. Dit kan ook nog anders worden toegelicht: de onafhankelijke positie die de bindend adviseurs dienen in te nemen, brengt mee dat zij te allen tijde rekening moeten houden met de belangen van beide opdrachtgevers. Partijen dienen met andere woorden gelijkwaardig te worden behandeld³⁵ en dat is hier evident niet gebeurd³⁶.

3.21. Ik kom dan ook tot de conclusie dat onderdeel 2 ook doel treft.

3.22. Tot slot van de bespreking van dit onderdeel veroorloof ik mij een enkele opmerking over de

30 Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/163; C.Th.I.M. van den Heuvel en M.M. Maclean, GS Bijzondere overeenkomsten, art. 7:904 BW, aant. 2; Broekema-Engelen, T&C BW, commentaar op art. 7:904 BW, onder 2.c; P.E. Ernste, Bindend advies, 2015, p. 98-101.

31 HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK3585, NJ 2010/18 ([...] /*Sagittarius*) en HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5081, NJ 2011/310 ([...] /*t Sleyk*), rov. 3.3.3

32 Zie ook: B.C. Punt, Het bindend advies doorgelicht (BPP nr. 18) 2019/636, onder a.2.

33 In gelijke zin de annotatie van Hofhuis en Sarneel in hun TvHB-noot onder het bestreden arrest, in 5.3 (al eerder aangehaald).

34 Het is in deze zaak niet zo dat de door [verweerster] aangestelde taxateur alleen diens taxatie aan zijn opdrachtgever [verweerster] in concept heeft voorgelegd, maar het uiteindelijke gezamenlijke concept bindend advies op basis van beide taxaties, terwijl dat niet aan [eiser] is voorgelegd.

35 HR 15 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0727, NJ 2015/155, m.nt. J.B.M. Vranken, rov. 3.5.3.

36 Ook meergenoemde TvHB-annotatoren betogen in hun noot onder de bestreden hofuitspraak in 5.3 (al aangehaald) op grond van de besproken twee aspecten dat 'al met al (...) naar onze mening dan ook geen andere conclusie [kan] worden getrokken dan dat het beginsel van hoor en wederhoor is geschonden'.

procedure na verwijzing, voor het geval het voorstaande zou worden gevolgd door de Hoge Raad. 3.23. Niet iedere procedurefout leidt tot vernietiging van een bindend advies. Een partij is toch gebonden aan een beslissing waaraan een ernstig totstandkomingsgebrek kleeft als blijkt dat het totstandkomingsgebrek geen relevante nadelige invloed heeft gehad op de inhoud van de beslissing³⁷. Omdat het notoir lastig kan zijn om aan te tonen dat vormfouten nadeel hebben veroorzaakt, wordt een bewijsvermoeden van nadeel bepleit bij ernstige totstandkomingsgebreken en dat lijkt mij bepaald op te moeten gaan bij (dubbele) schending van het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor zoals in onze zaak. De beslissing moet dan worden vernietigd, *tenzij* komt vast te staan dat het gebrek geen inhoudelijk nadeel aan de vernietigingsbevoegde partij heeft veroorzaakt. [eiser] heeft over het benadelingsaspect overigens al positie ingenomen in de procedure³⁸. De rech-

ter die de vernietigingsvordering ondanks het ernstige totstandkomingsgebrek afwijst, kan naar ik meen in beginsel niet volstaan met de overweging dat niet van nadeel is gebleken in een geval als dit³⁹.

Onderdeel 3: buitengerechtelijke incassokosten

3.24. Onderdeel 3 bevat een motiveringsklacht en is gericht tegen het oordeel in rov. 5.5: grief 7 van [eiser], gericht tegen de proceskostenveroordeling, gaat ervan uit dat de overige grieven slagen en nu dat niet het geval is volgens het hof, deelt ook grief 7 in dat lot. Dit is volgens de klacht ontoereikend gemotiveerd, omdat grief 7 van [eiser] mede is gericht tegen de toewijzing een buitengerechtelijke incassokostenvergoeding en de grief in zoverre niet voortbouwt op de overige grieven, maar een zelfstandige grond aanvoert op basis waarvan de beslissing van de kantonrechter over de buitengerechtelijke incassokosten moet worden vernietigd⁴⁰. Op die zelfstandige grief tegen de buitengerechtelijke incassokostenveroordeling is niet (kenbaar) beslist door het hof.

37 HR 1 juli 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB7690, NJ 1988/1034 (*Delta Lloyd/N*), rov. 3.2: "(...) Bij de beantwoording van de vraag of een partij haar wederpartij aan een bindend advies mag houden is, zoals ook het hof tot uitgangspunt heeft genomen, mede van belang of en, zo ja, in welke mate door de procedurefout nadeel aan de wederpartij is toegebracht. (...)” Zie ook: HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5890, NJ 2007/114; AA 2005/1042, m.nt. G.R. Rutgers, Gst. 2005/124, m.nt. J.A.E. van der Does, JBPR 2005/63, m.nt. F.J.H. Hovens, TVA 2008/7, m.nt. H.A. Groen (*Gemeente Amsterdam/ [...]*); HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, NJ 2007/115, m.nt. H.J. Snijders, NTBR, m.nt. H.N. Schelhaas, TVA 2008/8, m.nt. H.A. Groen (/ [...]) en HR 20 december 2012, ECLI:NL:HR:2013:2078, RvdW 2014/94 (vervolg op /t *Sleyk*, al aangehaald).

38 Zie MvG, onder 51 e.v. Ik citeer punt 51: "Het buitenterrein wordt door de makelaars in hun bindend advies in de nieuwe situatie ten opzichte van de oude situatie hoger gewaardeerd. In de nieuwe situatie wordt het buitenterrein door de makelaars gewaardeerd op € 15,- per m² ten opzichte van € 10,- per m² in de oude situatie, oftewel een verschil van maar liefst € 100.000,- (2000 m² x € 5,- x factor 10 (gehaanteerd Yield) = € 100.000,-)." Kernpunt in het betoog van [eiser] is dat deze waardevermeerdering 1 ton te hoog is uitgevallen door de eenzijdige inlichting zijdens [verweerster] aan haar taxateur dat zij de volledige bestrating van het buitenterrein van het gehuurde zou hebben aangelegd, hetgeen [eiser] in de procedure gemotiveerd bestrijdt. Zie ook procesinleiding in cas-

satie onder 2.9 met vermelding van vindplaatsen in de appelstukken.

39 In de noot onder HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, NJ 2007/115 bepleit Snijders het volgende: "Het zou buitengewoon onpraktisch zijn als een bindend advies slechts aangetast zou kunnen worden wegens vormfouten als belanghebbende ten overstaan van de rechter kan aantonen dat die vormfouten nadeel hebben veroorzaakt. Dikwijls is dat niet eens aan te tonen, zoals ook dikwijls niet op voorhand valt aan te tonen dat in geval van vernietiging van een uitspraak door de hogere rechter de lagere rechter na terugverwijzing tot een ander voor aanlegger gunstiger uitspraak zal komen. Is het omgekeerd zo dat de feitelijke rechter zonder meer kan vaststellen dat een dergelijk nadeel ontbreekt dan ligt het voor de hand dat het bindend advies in stand blijft. Ik zou hier de parallel willen trekken met de algemene regel van art. 3:303 BW dat niemand zonder voldoende belang een rechtsvordering toekomt maar dat dit belang doorgaans behoudens dadelijke aanwijzingen voor het tegendeel aangenomen mag worden (...)". Zie ook: punt 26 van de conclusie van A-G Huydecoper (ECLI:NL:PHR:2011:BQ5081) vóór HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5081, JBPR 2011/51, m.nt. P.E. Ernste, TVA 2012/13, m.nt. H.A. Groen ([...] /t *Sleyk*); Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/163; P.E. Ernste, Bindend advies, 2015, p. 99-100.

40 Onder verwijzing naar MvG, onder 64.

3.25. Voor zover [eiser] nog belang heeft bij deze klacht, lijkt mij die ook te slagen. Bij grieven onder 64 heeft [eiser] onder het kopje ‘Grief 7. Veroordeling (waaronder proceskosten en wettelijke rente)’ aangevoerd dat [verweerster] ter inning van haar vorderingen niet meer dan een enkele sommatiebrief heeft gestuurd, zodat er geen werkzaamheden zijn verricht waarvoor een vergoeding voor incassokosten kan worden toegekend.

3.26. Met deze grief richt [eiser] zich tegen het oordeel van de kantonrechter in rov. 3.8 en 3.9:

“*Buitengerechtelijke incassokosten*

3.8. [verweerster] heeft aanspraak gemaakt op de vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten. De kantonrechter stelt vast dat het Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten (hierna: het Besluit) van toepassing is nu het verzuim na 1 juli 2012 is ingetreden. De kantonrechter stelt vast dat de eisende partij voldoende heeft gesteld en onderbouwd dat buitengerechtelijke incassowerkzaamheden zijn verricht. Het gevorderde bedrag van € 3.348,00 aan buitengerechtelijke incassokosten komt overeen met het in het Besluit bepaalde tarief en is daarom toegewezen.

3.9. [verweerster] vordert wettelijke rente over de buitengerechtelijke incassokosten.

Niet gesteld of gebleken is echter dat [verweerster] deze kosten al daadwerkelijk aan haar gemachtigde heeft betaald of met de betaling daarvan in verzuim verkeert en als zodanig vermogensschade heeft geleden. De gevorderde rente over de buitengerechtelijke incassokosten zal daarom niet worden toegewezen.”

3.27. Ik ben het met [eiser] eens dat in het bij grieven onder 64 aangevoerde een zelfstandige grond kan worden gelezen tot vernietiging van het kantonrechtsoordeel over de buitengerechtelijke incassokosten. Dit onderdeel van grief 7 bouwt niet voort op de overige grieven en had door het hof zelfstandig moeten worden beoordeeld. Voor zover het hof dit anders heeft gezien, is sprake van een onbegrijpelijke uitleg van grief 7.

3.28. Anders dan [verweerster] betoogt onder 26 van de s.t. behoeft een beslissing over de vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten wel nadere motivering en kan niet uit het oordeel in rov. 5.5 worden afgeleid dat het hof heeft gemeend dat de buitengerechtelijke incassokosten terecht zijn toegewezen door de kantonrechter. Ook voor beslissingen over de vergoeding van buitenge-

rechtelijke incassokosten geldt immers dat deze zodanig moeten worden gemotiveerd dat voldoende inzicht wordt gegeven in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang, om de beslissing zowel voor partijen als voor derden, de hogere rechter daaronder begrepen, controleerbaar en aanvaardbaar te maken⁴¹.

3.29. Daarmee is in mijn ogen ook onderdeel 3 terecht voorgesteld.

4. Conclusie

Ik concludeer tot vernietiging en verwijzing.

Hoge Raad

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. het vonnis in de zaak 7738717 AC EXPL 19-1499 M/30364 van de kantonrechter te Amersfoort van 16 september 2019;

b. de arresten in de zaak 200.271.979/01 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 2 maart 2021 en 21 december 2021.

(...; *red.*)

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [de verhuurder] heeft als verhuurder op 10 december 2010 een huurovereenkomst voor bedrijfsruimte gesloten met [de huurster] als huurster. De bedrijfsruimte omvatte, kort gezegd, een loods met bijbehorend terrein. De huurovereenkomst is aangegaan tot en met 31 december 2019.

(ii) Art. 8 van de huurovereenkomst luidt:

“*Door huurder aan te brengen veranderingen en toevoegingen*

8.1. Partijen zijn overeengekomen dat huurder op zijn kosten en onder zijn verantwoordelijkheid de navolgende veranderingen en toevoegingen aan het gehuurde mag aanbrengen:

– een compleet ingericht kantoorgedeelte met sanitaire voorzieningen en benodigde nutsvoorzieningen.

Bij het einde van de huur zullen deze toevoegingen en veranderingen door de huurder niet wor-

41 HR 17 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9712, NJ 2006/621.

den weggenomen noch behoeven te worden weg genomen.

8.2. De eventuele waardevermeerdering die het gehuurde zal ondervinden van de hiervoor sub 8.1 genoemde veranderingen en toevoegingen, zal door verhuurder, aan huurder worden vergoed bij het einde van de huur. Indien partijen het niet eens kunnen worden over de hoogte van het door verhuurder aan huurder te vergoeden bedrag, zal dit bedrag op verzoek van de meest gereede partij worden bepaald door een onafhankelijke deskundige.

8.3. Ter bepaling van de eventuele waardevermeerdering zal de vrije verkoopwaarde van het gehuurde per de datum van einde van de huur in de staat waarin het zich dan bevindt worden vergeleken met de waarde die het pand zou hebben indien het alsdan in casco staat zou verkeren. Hierbij zal eventuele achterstand in het voor rekening van de verhuurder komend onderhoud, buiten beschouwing dienen te blijven.
(...)"

(iii) Begin 2018 heeft [de huurster] aan [de verhuurder] kenbaar gemaakt dat zij de huurovereenkomst niet langer wilde voortzetten. Partijen zijn daarna met elkaar in overleg getreden over de beëindiging van de huurovereenkomst en de vergoeding op grond van art. 8 van de huurovereenkomst.

(iv) Partijen hebben op 17 augustus 2018 een vaststellingsovereenkomst gesloten. Daarin is vastgelegd dat de huurovereenkomst per 1 februari 2019 zal eindigen en dat, indien sprake zal zijn van een waardevermeerdering, [de verhuurder] het bedrag van die waardevermeerdering uiterlijk 1 maart 2019 aan [de huurster] zal voldoen. De vaststellingsovereenkomst bepaalt voorts onder andere:

"(...)

In aanmerking nemende dat:

Partijen wensen de gemaakte afspraken (artikel 8) binnen de getekende huurovereenkomst (...) op een juiste manier af te wikkelen. Het betreft hier het vaststellen en financieel afwikkelen van de eventuele waardevermeerdering die het gehuurde heeft ondervonden door de door huurder gemaakte veranderingen en toevoegingen aan het gehuurde en welke door verhuurder worden vergoed aan het einde van de huur. Voor gedetailleerde omschrijving van deze veranderingen en toevoegingen wordt verwezen naar de bijlagen van het huurcontract.

ZIJN OVEREENGEKOMEN

Artikel 1:

Partijen zullen allebei afzonderlijk een beëdigd taxateur O.G. aanstellen die, onafhankelijk van elkaar, de vrije verkoopwaarde (exclusief BTW en overdrachtsbelasting) van het gehuurde per de datum van einde van de huur in de staat waarin het zich dan bevindt, worden vergeleken met de waarde die het pand zou hebben indien het alsdan in casco staat zou verkeren. (...)"

Artikel 2:

Beide taxateurs zullen vervolgens de uitkomsten met elkaar bespreken, en binnen 4 weken na opdracht, tot 1 bindend advies komen.

(...)"

(v) [de makelaar voor verhuurder] (hierna: [de makelaar voor verhuurder]) heeft het gehuurde in opdracht van [de verhuurder] getaxeerd. [de makelaar voor verhuurder] heeft het gehuurde in aanwezigheid van [de verhuurder] bezichtigd. [de huurster] heeft [de makelaar voor huurster] (hierna: [de makelaar voor huurster]) opdracht gegeven het gehuurde te taxeren.

(vi) Op 12 november 2018 hebben [de makelaar voor verhuurder] en [de makelaar voor huurster] (hierna ook gezamenlijk: de taxateurs) het "Meerwaardeadviesrapport" (hierna: het bindend advies) uitgebracht en de waardevermeerdering bepaald op een bedrag van € 260.000,-.

(vii) Op 19 december 2018 heeft [de huurster] de factuur voor het bedrag van de waardevermeerdering, vermeerderd met btw, aan [de verhuurder] gezonden, te weten voor een bedrag van € 314.600,-.

(viii) Bij e-mail van 9 januari 2019 heeft [de verhuurder] aan [de huurster] laten weten dat hij het niet eens was met de factuur.

(ix) Bij brief van 5 maart 2019 heeft de advocaat van [de verhuurder] de buitengerechtelijke vernietiging van het bindend advies ingeroepen.

2.2. [de huurster] vordert in deze procedure in conventie [de verhuurder] te veroordelen tot betaling van € 314.600,-. Zij legt aan deze vordering ten grondslag dat [de verhuurder] gehouden is tot nakoming van zijn verplichtingen uit de vaststellingsovereenkomst. [de verhuurder] vordert in reconventie een verklaring voor recht dat het bindend advies is vernietigd, dan wel alsnog vernietiging van het bindend advies.

2.3. De kantonrechter heeft de vordering van [de huurster] in conventie toegewezen en de vorde-

ring van [de verhuurder] in reconventie afgewezen.

2.4. Het hof¹ heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Het heeft daartoe, samengevat en voor zover in cassatie van belang, het volgende overwogen.

[de verhuurder] heeft aangevoerd dat partijen zijn overeengekomen dat slechts de eventuele restwaarde na afschrijving van de investeringen van [de huurster] zou worden vergoed. Hij legt aan deze stelling ten grondslag dat partijen dit mondeling, in het bijzijn van zijn echtgenote, ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst hebben afgesproken en dat [de huurster] deze afspraak in de huurovereenkomst zou opnemen. (rov. 5.3.2)

Het geschil tussen partijen spitst zich toe op de uitleg van de vaststellingsovereenkomst en niet van de huurovereenkomst. (rov. 5.3.4)

De tekst van de vaststellingsovereenkomst biedt geen steun voor de uitleg die [de verhuurder] aan deze overeenkomst geeft. [de verhuurder] heeft voorts ook geen andere omstandigheden zoals bijvoorbeeld gedragingen of uitlatingen gesteld, anders dan de mondelinge afspraak tussen partijen in het bijzijn van de echtgenote van [de verhuurder] ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst, welke afspraak door [de huurster] gemotiveerd wordt betwist, die erop wijzen dat de door [de verhuurder] voorgestane uitleg aan de vaststellingsovereenkomst moet worden gegeven. Juist gelet op voormelde definitie van een vaststellingsovereenkomst had het op de weg van [de verhuurder] gelegen om zich niet te beperken tot de omstandigheden rondom het sluiten van de huurovereenkomst. Het hof ziet derhalve geen aanknopingspunten voor het oordeel dat het voor partijen ten tijde van het sluiten van de vaststellingsovereenkomst duidelijk was dat de vergoeding een restwaarde na afschrijving van de investeringen inhield. (rov. 5.3.5)

[de verhuurder] heeft onvoldoende aangevoerd om te kunnen concluderen dat tussen partijen bij het sluiten van de vaststellingsovereenkomst is overeengekomen dat slechts de restwaarde na afschrijving voor vergoeding in aanmerking komt. Het bewijsaanbod van [de verhuurder] om zijn echtgenote te doen horen zodat zij kan getuigen

over hetgeen partijen mondeling hebben afgesproken ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst, passeert het hof als niet ter zake dienend. Immers, het gaat om uitleg van de vaststellingsovereenkomst. Hierover kan de echtgenote niet getuigen. (rov. 5.3.6)

[de verhuurder] betoogt onder meer dat het beginsel van hoor en wederhoor is geschonden bij de totstandkoming van het bindend advies. Voor dat het definitieve rapport werd uitgebracht, heeft hij geen concept-rapport ontvangen terwijl [de huurster] wel een concept-rapport heeft ontvangen, en de taxateurs zijn van informatie uitgegaan die [de huurster] heeft aangeleverd en waarvan [de verhuurder] geen kennis had. (5.4.5)

Het beroep van [de verhuurder] op vernietiging van het bindend advies op de grond dat sprake zou zijn van zodanige ernstige gebreken dat gebondenheid aan het rapport naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, wordt niet gehonoreerd. Het gaat om een bindend advies dat tot stand moest komen met de inbreng van beide partijen met ieder hun eigen taxateur en met een beperkte opdracht, te weten een taxatie. Zowel [de verhuurder] als [de huurster] hebben een eigen taxateur in de arm genomen en hadden daarbij de vrije keuze. [de verhuurder] was dus de enige opdrachtgever van [de makelaar voor verhuurder] en heeft hem gedurende de looptijd van de opdracht geheel naar eigen inzicht kunnen informeren en instrueren. Hij had ook met [de makelaar voor verhuurder] afspraken kunnen maken over het al dan niet vooraf inzien van een concept-rapport. [de makelaar voor verhuurder] heeft in aanwezigheid van [de verhuurder] het pand bezichtigd. Op dat moment heeft [de verhuurder] ook alle gelegenheid gehad om [de makelaar voor verhuurder] van relevante informatie te voorzien en zijn standpunt naar voren te brengen. Dat [de huurster] kennelijk wél afspraken over het inzien van het concept-rapport heeft gemaakt met [de makelaar voor huurster] of [de makelaar voor huurster] van informatie heeft voorzien, doet niets af aan de hiervoor bedoelde gelegenheid, die ook voor [de verhuurder] bestond, om [de makelaar voor verhuurder] te informeren en zijn standpunt aan [de makelaar voor verhuurder] mede te delen. Er is dus geen sprake van een ongelijkwaardige situatie, want beide partijen hadden de vrijheid hun opdrachtrelatie met de taxateur naar eigen inzicht in te richten. Nu vast staat dat [de verhuurder] zijn

1 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 21 december 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:11656.

taxateur in elk geval heeft gezien en gesproken tijdens de bezichtiging en er binnen de opdrachtrelatie alle ruimte was om zich te laten horen zoals hiervoor omschreven, is het beginsel van hoor en wederhoor niet geschonden. (rov. 5.4.6)

Het hof verwerpt het betoog van [de verhuurder] dat de taxateurs niet hebben gehandeld als redelijk handelend en vakbekwame taxateurs, omdat zij zijn uitgegaan van onjuiste door [de huurster] aangedragen gegevens zonder deze gegevens bij [de verhuurder] te controleren, zoals dat [de huurster] de volledige bestrating van het buitenterrein zou hebben aangelegd. [de verhuurder] had volgens het hof voldoende gelegenheid om de voor hem relevante gegevens aan te dragen. (rov. 5.4.7)

3. Beoordeling van het middel

3.1. Onderdeel 1 van het middel klaagt onder meer over de wijze waarop het hof (in rov. 5.3.4-5.3.6) de vaststellingsovereenkomst heeft uitgelegd en daarbij de stelling van [de verhuurder] heeft verworpen dat partijen zijn overeengekomen dat bij het einde van de huurovereenkomst slechts de restwaarde na afschrijving van de investeringen door de huurder voor vergoeding in aanmerking komt. Het onderdeel voert aan dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat voor die uitleg niet van (voldoende) betekenis is de mondelinge afspraak die volgens [de verhuurder] bij het aangaan van de huurovereenkomst is gemaakt over de vergoeding van de waardevermeerdering.

3.2. Deze klacht treft doel. Het hof heeft in rov. 5.3.4-5.3.6 geoordeeld dat het geschil zich toespitst op de uitleg van de vaststellingsovereenkomst en niet van de huurovereenkomst, en dat het gelet op de definitie van een vaststellingsovereenkomst op de weg van [de verhuurder] had gelegen om zich niet te beperken tot omstandigheden rondom het sluiten van de huurovereenkomst. Het heeft het bewijsaanbod van [de verhuurder] om zijn echtgenote te doen horen zodat zij kan getuigen over hetgeen partijen mondeling hebben afgesproken ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst, gepasseerd als niet ter zake dienend, op de grond dat het gaat om uitleg van de vaststellingsovereenkomst. In deze oordelen ligt besloten dat de stelling van [de verhuurder], dat ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst een mondelinge afspraak is gemaakt over de bij het einde van de huur te vergoeden waardevermeerdering, niet relevant kan zijn voor de uit-

leg van de vaststellingsovereenkomst. Daarmee heeft het hof miskend dat op grond van de Haviltex-maatstaaf² voor de uitleg van de vaststellingsovereenkomst – die ziet op onzekerheid of een geschil over de huurovereenkomst – niet alleen omstandigheden rondom de vaststellingsovereenkomst relevant kunnen zijn, maar ook omstandigheden die betrekking hebben op de huurovereenkomst.

3.3. Gelet op hetgeen hiervoor in 3.2 is overwogen, kan het voortbouwende oordeel in rov. 5.3.6 over het bewijsaanbod van [de verhuurder] evenmin in stand blijven. De overige klachten van onderdeel 1 behoeven geen behandeling.

3.4. Onderdeel 2 is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 5.4.6-5.4.7 dat de bindende kracht van het door de taxateurs gegeven advies niet kan worden aangetast. Het onderdeel klaagt dat het hof de aard van de aan de taxateurs gegeven opdracht en de daarmee gepaard gaande verplichting van de taxateurs tot een onafhankelijke opstelling jegens hun opdrachtgevers heeft miskend. Verder klaagt het onderdeel dat het hof heeft miskend dat de taxateurs verantwoordelijk zijn voor de (wijze van) totstandkoming van het bindend advies en dat zij ervoor moeten zorgen dat daarbij hoor en wederhoor worden toegepast. De aard van een opdracht als de onderhavige brengt volgens het onderdeel mee dat de taxateurs de opdrachtgevers gelijke kansen dienen te bieden om het eigen standpunt naar voren te brengen en zich uit te laten over het standpunt van de ander en over alle stukken en gegevens die aan de taxateurs zijn voorgelegd. Het onderdeel wijst erop dat de taxateurs zijn uitgegaan van informatie over de bestrating van het buitenterrein van het gehuurde die [de huurster] heeft aangeleverd, zonder dat zij [de verhuurder] hierover hebben geïnformeerd en de juistheid van de informatie hebben geverifieerd.

3.5. In deze zaak gaat het om een door deskundigen uitgebracht bindend advies in het kader van een tussen hun opdrachtgevers, [de verhuurder] en [de huurster], gesloten vaststellingsovereenkomst. In de rechtsverhouding tussen [de verhuurder] en [de huurster] geldt dat zij ingevolge art. 7:904 lid 1 BW de bindende kracht van het advies kunnen aantasten indien gebondenheid

² Vgl. HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (Haviltex).

hieraan in verband met inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Deze strikte maatstaf brengt mee dat een partij bij een bindend advies niet elke onjuistheid in het advies kan inroepen teneinde de bindende kracht daarvan aan te tasten, doch zulks slechts hierop kan gronden dat het advies uit hoofde van zijn inhoud of wijze van totstandkoming zo zeer indruist tegen redelijkheid en billijkheid dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn dat zij aan dit advies zou kunnen worden gehouden. Alleen ernstige gebreken kunnen meebrengen dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is de wederpartij te houden aan de door een bindend adviseur in opdracht van partijen gegeven beslissing. Indien bij de totstandkoming van een bindend advies procedurele fouten zijn gemaakt, is voor de beantwoording van de vraag of een partij haar wederpartij aan een bindend advies mag houden, mede van belang of, en zo ja in welke mate, door de procedurefout nadeel aan de wederpartij is toegebracht.³

3.6. De aard van een opdracht als de onderhavige, waarmee wordt beoogd dat de opdrachtnemers aan de hand van hun expertise tot een gezamenlijke vaststelling komen van de te vergoeden waardevermeerdering, verplicht de bindend adviseurs tot een onafhankelijke opstelling jegens hun opdrachtgevers. De bindend adviseurs hebben bij de uitvoering van hun opdracht rekening te houden met de belangen van alle opdrachtgevers. Behoudens andersluidende afspraken brengt de aard van een dergelijke opdracht, gelet op de bij de uitvoering daarvan te maken keuzes en feitelijke beoordelingen, die tot een groot verschil in uitkomst kunnen leiden, in beginsel ook mee dat hoor en wederhoor moeten worden toegepast.⁴

3.7. Het hof heeft in rov. 5.4.6-5.4.7 het vorenstaande miskend. De van de bindend adviseurs te vergen onafhankelijke opstelling brengt mee dat de opdrachtgevers gelijkelijk al dan niet de gelegenheid moeten krijgen om te reageren op een concept-rapport. Hoor en wederhoor eisen ver-

der in beginsel dat de andere opdrachtgever(s) in de gelegenheid worden gesteld te reageren op door één van hen aan de bindend adviseurs gestrekte gegevens. Aan de verplichting van de bindend adviseurs om het beginsel van hoor en wederhoor in acht te nemen, doet niet af hetgeen het hof overweegt over de mogelijkheid van [de verhuurder] om zelf contact op te nemen of gegevens aan te dragen. Onderdeel 2 is dus gegrond.

3.8. Onderdeel 3 behoeft geen behandeling. Het daarin aangevoerde bezwaar dat het hof niet kenbaar is ingegaan op de grief tegen de door de kantonrechter toegewezen buitengerechtelijke incassokosten, kan na verwijzing aan de orde komen.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 21 december 2021;
- verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt [de huurster] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [de verhuurder] begroot op € 2.266,18 aan verschotten en € 2.600,- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [de huurster] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

NOOT

1. In bovenstaande zaak hebben verhuurder en huurster een vaststellingsovereenkomst gesloten waarin is vastgelegd dat de tussen hen bestaande huurovereenkomst zal eindigen per 1 februari 2019 en, wanneer sprake is van een waardevermeerdering van het gehuurde, de verhuurder het bedrag van die waardevermeerdering, zoals reeds in de huurovereenkomst is afgesproken, zal voldoen. In de eerder gesloten huurovereenkomst is een waarderingsmaatstaf neergelegd en is bepaald dat wanneer partijen geen overeenstemming bereiken het bedrag op verzoek van de meest gerede partij door een onafhankelijke deskundige wordt bepaald. In de vaststellingsovereenkomst heeft dit laatste nader uitwerking gekregen. Hierin is vastgelegd dat beide partijen afzonderlijk een beëdigd taxateur onroerend goed aanstellen die, onafhankelijk van elkaar, de waardevermeerdering zal vaststellen overeen-

3 Zie HR 15 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0727, rov. 3.5.2.

4 Vgl. HR 15 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0727, rov. 3.5.3.

komstig de waarderingsmaatstaf neergelegd in de huurovereenkomst. Vervolgens dienen beide taxateurs de uitkomsten met elkaar te bespreken en te komen tot één bindend advies. De door de verhuurder en huurster aangewezen taxateurs hebben op deze wijze één bindend advies uitgebracht. De verhuurder weigert de factuur naar aanleiding van het bindend advies te voldoen en heeft het bindend advies buitengerechtelijk vernietigd. De huurster maakt een procedure aanhangig waarin zij nakoming van het bindend advies vordert. In reconventie vordert de verhuurder een verklaring voor recht dat het bindend advies is vernietigd, dan wel alsnog vernietiging van het bindend advies. Bij de beoordeling van deze vorderingen staan twee onderwerpen centraal: (i) de uitleg van de overeengekomen waarderingsmethode en (ii) de vraag in hoeverre bij de totstandkoming van het bindend advies het beginsel van hoor en wederhoor in voldoende mate in acht is genomen. Deze noot richt zich op het tweede onderwerp. In deze zaak hadden de verhuurster en de huurder ieder een eigen taxateur aangesteld met de opdracht om gezamenlijk met de andere taxateur een bindend advies uit te brengen. Deze taxateurs communiceerden daarbij elk met hun eigen opdrachtgever. Het eigen onderzoek van de bindend adviseurs leidde tot vragen wat betreft de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de bindend adviseurs en het beginsel van hoor en wederhoor.

2. De verhuurder stelde zich op het standpunt dat het beginsel van hoor en wederhoor was geschonden, omdat hij voordat het definitieve bindend advies werd uitgebracht geen concept-rapport had ontvangen van de door hem benoemde taxateur, terwijl de huurster wel een concept-rapport had ontvangen van de door haar benoemde taxateur, en de taxateurs/bindend adviseurs bij de totstandkoming van het bindend advies van informatie zijn uitgegaan die de huurster heeft aangeleverd en waarvan de verhuurder geen kennis had. De kantonrechter heeft de vordering van de huurster toegewezen en de tegenvordering van de verhuurder afgewezen. Het hof bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter. Het hof is van oordeel dat geen sprake is van een ongelijkwaardige situatie en motiveert dit als volgt. Zowel de verhuurder als de huurster hebben een eigen taxateur benoemd en hadden daarbij een vrije keuze. Daarnaast hadden zij allebei, als eni-

ge opdrachtgever van de door hen benoemde taxateur, de mogelijkheid om deze te informeren en instrueren en hebben zij hiertoe ook de gelegenheid gehad. De verhuurder heeft, anders dan de huurster, hier echter geen gebruik van gemaakt. Van een schending van het beginsel van hoor en wederhoor is daarom volgens het hof dan ook geen sprake.

3. De Hoge Raad oordeelt anders. De Hoge Raad stelt in r.o. 3.6 voorop dat wanneer opdrachtnemers aan de hand van hun expertise tot een gezamenlijke vaststelling komen van de te vergoeden waardevermindering, de bindend adviseurs verplicht zijn tot een onafhankelijk opstelling en rekening hebben te houden met de belangen van alle opdrachtgevers bij de uitvoering van de opdracht. Hiervoor is volgens de Hoge Raad noodzakelijk dat door bindend adviseurs toepassing wordt gegeven aan het beginsel van hoor en wederhoor. Dit betekent, zo overweegt de Hoge Raad in r.o. 3.7, dat opdrachtgevers gelijkelijk al dan niet de gelegenheid krijgen om te reageren op het concept-rapport en dat opdrachtgevers in de gelegenheid worden gesteld te reageren op alle aan de bindend adviseurs verstrekte gegevens.

4. In bovenstaande zaak is sprake van eigen onderzoek door de taxateurs/bindend adviseurs. Voor onderzoek door een bindend adviseur kunnen goede redenen bestaan. Zo wordt wel geopperd dat een eigen onderzoek van de deskundige bindend adviseur kwalitatief beter materiaal meebrengt en zo ook tot een kwalitatief beter debat tussen partijen zal leiden. De bindend adviseur zal immers slechts onderzoek doen naar wat relevant is voor de in geschil zijnde punten. Daarnaast kunnen kostbare deskundigenberichten worden voorkomen (vgl. A-G Huydecoper voor HR 29 juni 2007, NJ 2008/177, nr. 11 (*Aegon/N.*)). Een nadeel is dat het verrichten van eigen onderzoek door bindend adviseurs op gespannen voet kan komen te staan met hun onpartijdigheid. De Hoge Raad spreekt in r.o. 3.6 echter van een onafhankelijke opstelling van de taxateurs/bindend adviseurs. Onafhankelijkheid en onpartijdigheid zijn nauw met elkaar verbonden. Vraag is echter of het niet juist was geweest om te spreken van een onpartijdige opstelling in plaats van onafhankelijke opstelling. Het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid krijgt bij arbitrage en bindend advies een andere invulling dan bij de gewone rechter nu bindend advies private

geschilbeslechting is en partijen over het algemeen overwegende invloed hebben op de personen die als arbiter of bindend adviseur worden benoemd. Het beginsel van onafhankelijkheid brengt mee dat arbiters en bindend adviseurs moeten worden beschermd tegen oneigenlijke invloed van partijen en, in geval een arbitrage- of bindend adviesinstituut is betrokken, het instituut en bij het instituut betrokken organisaties. Het beginsel van onpartijdigheid brengt daarentegen mee dat bindend adviseurs onbevooroordeeld moet zijn ten opzichte van partijen (zie ook P.E. Ernste, *Bindend advies (Onderneming & Recht nr. 74)*, Deventer: Wolters Kluwer 2012, p. 124-126). Bij eigen onderzoek door arbiters spreekt de Hoge Raad in de beschikking van 29 juni 2007 (NJ 2008/177) in de zaak *Aegon/N.* eveneens over onpartijdigheid (r.o. 3.3.3). De Hoge Raad overweegt in de beschikking *Aegon/N.* dat een arbiter die aan bewijsgaring doet, in de positie kan komen te verkeren dat hij het evenwicht tussen partijen verstoort en hierdoor zijn onpartijdigheid verliest. Volgens de Hoge Raad kan ook eigen onderzoek van de arbiter, zeker als het tevens zelfstandige bewijsgaring betreft, tot gevolg hebben dat bewijs ten gunste van de ene partij en ten nadele van de ander partij wordt verkregen die daardoor genooddaakt kan zijn dit oordeel te bestrijden. Deze laatste partij zal volgens de Hoge Raad, als zij op redelijke gronden van oordeel is dat het onderzoek van de arbiter niet deugdelijk is geweest, maar daarvoor geen gehoor vindt bij de arbiter, objectief gezien het vertrouwen in diens onpartijdigheid als arbiter kunnen verliezen. Dit risico bestaat in mijn ogen te meer in bovenstaande zaak waar het bindend advies door twee bindend adviseurs wordt gegeven, die ieder door een partij zijn benoemd en die afzonderlijk na bezichtiging van het gehuurde bedrijfspand in aanwezigheid van de partij die hem heeft benoemd de waardevermeerdering van het gehuurde heeft vastgesteld en zij na overleg met elkaar op grond van die bevindingen tot één bindend advies zijn gekomen. Zie over andere complicaties bij een bindend advies door twee bindend adviseurs nr. 7.

5. De Hoge Raad heeft wat betreft arbitrage in de zaak *Aegon/N.* (r.o. 3.3.4) eigen onderzoek door arbiters toegestaan, maar hieraan een aantal strikte voorwaarden gesteld: (i) partijen dienen op niet voor misverstand vatbare wijze met het doen van eigen onderzoek door de arbiter(s) te

hebben ingestemd; (ii) het onderzoek moet in overeenstemming met de fundamentele beginselen van behoorlijk procesrecht plaatsvinden, dit tenzij partijen vooraf op niet voor misverstand vatbare wijze te kennen hebben gegeven dat en in hoeverre zij van de aan deze waarborgen en fundamentele beginselen te ontnemen bescherming afstand doen; (iii) een arbitraal geding als geheel moet voldoen aan de eisen van een eerlijk proces en het onderzoek van de arbiter moet zoveel mogelijk in overeenstemming zijn met de regels die gelden voor een onderzoek van deskundigen, waaronder de mogelijkheid voor partijen de wijze van onderzoek en de resultaten van dit onderzoek te controleren en zich daarover uit te laten; (iv) de arbiter zal vooraf zo nauwkeurig mogelijk aan partijen kenbaar moeten maken hoe hij van plan is te werk te gaan en partijen daarin moeten betrekken, waarbij de arbiter strikt de hand moeten houden aan de naleving van het beginsel van hoor en wederhoor, en in het bijzonder, als daarom wordt verzocht, de reële mogelijkheid moet geven de resultaten van zijn onderzoek ter discussie te stellen, tenzij partijen ook hiervan op voorhand hebben afgezien en hebben afgesproken dat het op eigen onderzoek gebaseerde oordeel van een scheidsgerecht zonder meer beslissend is. Alhoewel de Hoge Raad deze voorwaarden niet zo duidelijk formuleert in bovenstaande uitspraak voor bindend adviseur, kan uit r.o. 3.6 en 3.7 van bovenstaande uitspraak wel worden afgeleid dat deze ook gelden voor bindend advies. Dat partijen ook moeten instemmen met het eigen onderzoek (voorwaarde (ii)) volgt mijns inziens uit het feit dat de Hoge Raad aanneemt dat de opdracht aan de bindend adviseurs/taxateurs is dat zij 'aan de hand van hun expertise' tot een gezamenlijke vaststelling komen van de te vergoeden waardevermeerdering (r.o. 3.6). Daarnaast legt de Hoge Raad in r.o. 3.6 de nadruk op 'de belangen van *alle* opdrachtgevers' (cursivering toegevoegd) en toepassing van beginsel van hoor en wederhoor, waaruit ik afleid dat de bindend adviseurs de beginselen van burgerlijk procesrecht, in het bijzonder het beginsel van hoor en wederhoor, in acht moeten nemen bij het verrichten van het eigen onderzoek. In r.o. 3.7 werkt de Hoge Raad vervolgens uit wat de toepassing van hoor en wederhoor concreet inhoudt. Uit deze uitwerking volgt enerzijds dat ook in geval van eigen onderzoek door de bindend adviseur partijen de gelegenheid

moeten krijgen om de resultaten uit het onderzoek ter discussie te stellen en anderzijds dat het de verantwoordelijkheid van de bindend adviseurs is om partijen in het onderzoek te betrekken en dat dit niet de verantwoordelijkheid van partijen zelf is. Dit is in lijn met de voorwaarden (ii)-(iv) zoals geformuleerd in de beschikking in de zaak *Aegon/N.* waarbij de Hoge Raad ook een duidelijke rol heeft toebedeeld aan arbiters om partijen bij het eigen onderzoek te betrekken en bevindingen ter discussie te stellen.

6. In de literatuur zijn bij de strikte voorwaarden die de Hoge Raad heeft geformuleerd in de zaak *Aegon/N.* kritische kanttekeningen geplaatst. Snijders meent dat deze in de praktijk bij eigen onderzoek veelal niet zullen worden nageleefd (zie HR 29 juni 2007, *NJ* 2008/177, m.nt. Snijders, nr. 2d (*Aegon/N.*)). Volgens Giesen is het de vraag of een arbiter – en dit geldt in gelijke zin voor de bindend adviseur – die eigen onderzoek heeft gedaan als gevolg van de in de voorwaarden verpakte procedurele waarborgen van zijn eigen oordeel terug zal willen komen en of daarmee de schijn van partijdigheid wel wordt opgeheven (zie *Asser Procesrecht/Giesen I* 2015/269). In mijn ogen kan hoor en wederhoor vóór, tijdens en na het onderzoek wel degelijk voorkomen dat schijn van partijdigheid ontstaat. Daarbij komt dat – zoals ook in bovenstaande zaak het geval is – partijen uitdrukkelijk met het eigen onderzoek hebben ingestemd en om die reden ook een bepaalde bindend adviseur hebben benoemd.

7. Ten overvloede merk ik nog op dat een bindend advies ook door een even aantal bindend adviseurs mag worden gegeven. Bindend advies verschilt hierin van arbitrage (art. 1026 lid 1 Rv) en van rechtspraak door de gewone rechter (art. 15-17 Rv). In de wet is namelijk geen voorschrift neergelegd betreffende het aantal bindend adviseurs waaruit een bindendadviescollege dient te bestaan. Hieruit wordt wel afgeleid dat een bindend advies ook mag worden gegeven door een even aantal bindend adviseurs (zie W.L. Valk, *Contractenrecht IV*, nr. 593; G.J. Meijer, *Snijders-bundel* 1992, p. 55; P.E. Ernste, *Bindend advies (Onderneming & Recht nr. 74)*, Deventer: Wolters Kluwer 2012, p. 137). Er zijn echter ook schrijvers die verdedigen dat in art. 1026 Rv een algemeen beginsel is neergelegd dat ook per analogiam voor bindend advies moet gelden (zie J.M. Polak, 'Arbitrage en bindend advies', *NJB*

1989, p. 450; H.J. Snijders, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1026, aant. 1). In de praktijk wordt een bindend advies veelal gegeven door één of drie bindend adviseurs. In waarderingskwesties is de praktijk wel anders en komt een even aantal bindend adviseurs, veelal twee in aantal, wel eens voor. Ook geschillencommissies die hun grondslag vinden in een cao bestaan in de praktijk zo nu en dan uit twee personen (zie B.C. Punt, *Het bindend advies doorgelicht (BPP nr. 18)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 501). Een beslissing van een even aantal bindend adviseurs zou kunnen leiden tot een bemiddelend 'vonnis' en de kans op een staken van de stemmen (zogenaamde *deadlock* situaties) is groter.

mr. P.E. Ernste
CPO-hoogleraar geschilbeslechting in de (inter) nationale rechtspraktijk en universitair hoofddocent burgerlijk (proces)recht aan de Radboud Universiteit te Nijmegen

60

Inzagevordering na bewijsbeslag

Hoge Raad
2 juni 2023, nr. 21/03969,
ECLI:NL:HR:2023:830
(mr. Du Perron, mr. Sieburgh, mr. Ter Heide,
mr. Makkink, mr. Teuben)
(Concl. A-G Wesseling-van Gent)
Noot mr. G.J. Harryvan

Inzagevordering. Bewijsbeslag. Bepaaldheidsvereiste. Rechtmatig belang.

[Rv art. 843a]

Vordering tot inzage op grond van art. 843a Rv na een gelegd bewijsbeslag. Selectie digitale bescheiden door middel van zoektermen te ruim? Te gebruiken zoektermen te algemeen om te kunnen voldoen aan het bepaaldheidsvereiste?

1. [*Eiser 1*] (hierna: [*eiser 1*]) te [woonplaats], Verenigde Arabische Emiraten,
2. [*eiser 2*] (hierna: [*eiser 2*]) te [woonplaats],
3. *SolidNature B.V.* (hierna: *SolidNature*) te Aalsmeer,