

Commissie cassatie in het belang der wet

Edelhoogachtbare heer Bleichrodt,

De commissie cassatie in het belang der wet heeft het genoegen u verslag te doen van haar bevindingen met betrekking tot haar twaalfde werkzame periode (die loopt van 1 juli 2021 tot 1 juli 2022).

U treft aan:

- A. een evaluatie met betrekking tot de twaalfde periode;
- B. een overzicht van de belangrijkste onderwerpen en zaken die onder de aandacht van de commissie zijn gebracht in de twaalfde periode;
- C. een overzicht van de in de twaalfde periode uitgebrachte aanbevelingen van de commissie van zaken die zich naar het inzicht van de commissie lenen voor het instellen van een vordering tot cassatie in het belang der wet.

A. Evaluatie van de twaalfde periode

De commissie bestaat uit drie personen: prof. dr. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai (voorzitter), mr. F.E. Vermeulen en mr. M.F.G.H. Beckers. De commissie wordt bijgestaan door mr. K. Janssens, als secretaris.

De commissie heeft in de twaalfde verslagperiode acht verzoeken ontvangen. Deze waren afkomstig van een breed palet aan verzoekers, zoals een particulier, een persoon uit de notariële praktijk, advocaten en leden van de rechterlijke macht.

Voor de volledigheid vermeldt de commissie hier nogmaals het beoordelingskader dat zij gebruikt bij de behandeling van de aan haar gerichte verzoeken:

- De voorgelegde vraag dient een juridisch vraagpunt te bevatten dat zich leent voor een voordracht tot cassatie in het belang der wet. Vraagpunten die sterk met de feiten zijn verweven lenen zich gewoonlijk minder goed voor een dergelijke procedure.
- Er wordt meegewogen of er verdeeldheid bestaat in de literatuur en jurisprudentie ten aanzien van het voorgelegde vraagpunt.
- Een zaak leent zich niet voor een voordracht tot cassatie in het belang der wet indien sprake is van een ‘foutje’ in een individueel geval. De opgeworpen rechtsvraag dient een zaak overstijgend belang te hebben.
- Cassatie in het belang der wet ligt niet voor de hand als het vraagpunt naar verwachting binnen afzienbare tijd in een gewone procedure aan de Hoge Raad zal kunnen worden voorgelegd.
- *Repeat players* worden in beginsel geacht over een voldoende sterke processuele positie te beschikken om hun eigen belangen te dienen. Zij zullen doorgaans in staat zijn binnen een redelijke tijd zelf een bepaalde vraag in cassatie aan de orde te stellen.
- Het ligt niet in de rede om een rechtsvraag aan de orde te stellen in een vordering tot cassatie in het belang der wet wanneer deze vraag de serieuze aandacht heeft van de wetgever.

In het vorige verslag werd onder meer geconstateerd dat door de jaren heen sprake is van een wat wisselvallig verloop van het aantal bij de commissie ingediende verzoeken en de kwaliteit van de aangebrachte zaken, maar dat het er al met al op lijkt dat de verzoeken aan de commissie – ook geruime tijd na invoering van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad in civiele zaken, en ondanks dat hiermee soms enige overlap bestaat – toch behoorlijk op peil blijven. Dit is ook het geval in deze twaalfde verslagperiode, waarin de commissie acht verzoeken heeft ontvangen.

B. Overzicht van de onderwerpen die onder de aandacht van de commissie zijn gebracht

Hier volgt een overzicht van de verzoeken die de commissie in de twaalfde verslagperiode heeft ontvangen.

1. Vraag: Had het hof een door de advocaat na de zitting toegestuurde brief dienen te betrekken bij de oordeelsvorming? En was art. 30p Rv van toepassing?

Dit verzoek is door een particulier ingediend en heeft betrekking op een zaak waarin hij door de kantonrechter als mentor is ontslagen. Verzoeker is in zijn hoger beroep niet-ontvankelijk verklaard vanwege een termijnoverschrijding¹ en vraagt de aandacht van de commissie voor – kort gezegd – (i) de vraag of het hof de door zijn advocaat na de zitting toegestuurde brief had dienen te betrekken bij zijn oordeelsvorming, en (ii) de onduidelijkheid of art. 30p Rv van toepassing was op de beschikking van de rechtbank. Art. 30p Rv heeft betrekking op de mogelijkheid om een mondelinge uitspraak te doen.

Naar het oordeel van de commissie is geen sprake van een zaaksoverstijgend belang en blijkt uit de literatuur en rechtspraak niet dat deze kwesties omstreden of onduidelijk zijn. Dit verzoek heeft niet geleid tot een aanbeveling door de commissie.

2. Vraag: Heeft de intrekking van een ontslag op staande voet tot gevolg dat de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht herleeft?

In dit verzoek, afkomstig van een advocaat, wordt een uitspraak aangedragen van het gerechtshof Amsterdam van 15 juni 2021 (ECLI:NL:GHAMS:2021:1806). Die uitspraak heeft betrekking op een door de werkgever op 5 maart 2020 gegeven ontslag op staande voet, dat vervolgens op 20 maart 2020 op verzoek van de werknemer is ingetrokken, bij welke intrekking de werknemer gelijktijdig opnieuw op staande voet is ontslagen.

Het hof heeft in deze uitspraak onder meer overwogen dat tussen partijen geen arbeidsovereenkomst bestond in de periode tussen het eerste (later ingetrokken) ontslag op staande voet en het tweede ontslag op staande voet.

Volgens verzoeker is dat oordeel onjuist: door de intrekking van het ontslag op staande voet zou de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht zijn herleefd.

De commissie is van oordeel dat de aan de orde gestelde kwestie uit een oogpunt van rechtseenheid of rechtsontwikkeling geen aandacht behoeft. Uit de literatuur en rechtspraak blijkt niet dat deze kwestie een omstreden of onduidelijk punt is. De commissie doet daarom geen aanbeveling tot het instellen van een vordering tot cassatie in het belang der wet.

¹ Deze uitspraak is niet gepubliceerd op rechtspraak.nl.

3. Vraag: Kan de uitbetaling van de legitieme portie via inkorting worden getroffen door een niet-opeisbaarheidsvoorwaarde? En zo ja, in hoeverre?

In dit verzoek, afkomstig uit de notariële praktijk, wordt een uitspraak aangedragen van de kantonrechter Rotterdam van 18 oktober 2021 (ECLI:NL:RBROT:2021:10145) in een vereffeningsprocedure. Het betreft een verzet van belanghebbenden tegen de uitdelingslijst bij de kantonrechter op de voet van art. 4:218 lid 3 BW.

De literatuur geeft blijk van een verschil van inzicht over de vraag of (en in hoeverre) de uitbetaling van de legitieme portie via inkorting getroffen kan worden door een niet-opeisbaarheidsvoorwaarde. Hoewel volgens de commissie de rechtsvraag belangrijk genoeg is voor het instellen van een vordering tot cassatie in het belang der wet, kwam de kwestie niet duidelijk genoeg naar voren in de uitspraak en dat heeft ertoe geleid dat het advies van de commissie niet is gevolgd en geen cassatie in het belang der wet is ingesteld.

4. Vraag: Heeft de rechter de mogelijkheid om ambtshalve over te gaan tot het opleggen van een dwangsom bij de niet-nakoming van een omgangsregeling (art. 1:377a BW)? Is het mogelijk om art. 1:253a BW naar analogie toe te passen?

Dit verzoek, afkomstig vanuit de rechterlijke macht, betreft het door de rechter ambtshalve opleggen van een dwangsom bij de niet-nakoming van een omgangsregeling. Art. 1:377a BW geeft de rechter hier niet expliciet een bevoegdheid toe. Uit het verzoek blijkt dat in de feitenrechtspraak verdeeldheid bestaat over de vraag of die bevoegdheid kan worden gebaseerd op een analoge toepassing van art. 1:253a BW (bij gezamenlijk uitgeoefend gezag). Die verdeeldheid is ongewenst, waarbij in het verzoek is aangetekend dat het in het belang van de minderjarige gewenst zou zijn dat de rechter ook in het geval dat er geen sprake is van gezamenlijke gezagsuitoefening toch de mogelijkheid heeft tot het opleggen van een dwangsom.

De commissie meent dat de in het verzoek genoemde, inmiddels in kracht van gewijsde gegane, uitspraak van Hof Den Bosch van 20 januari 2022 (ECLI:NL:GHSHE:2022:147) zich leent voor het instellen van een vordering tot cassatie in het belang der wet en heeft aldus geadviseerd.

5 en 6. Vraag: Is het mogelijk is om in kort geding een bevel te geven tot medewerking aan de verkoop van een gemeenschappelijke woning?

Twee advocaten hebben los van elkaar aandacht gevraagd voor dit onderwerp. Bij elk van deze verzoeken is verwezen naar literatuur waarin wordt beschreven dat in de rechtspraak wisselend wordt geoordeeld over de vraag of het mogelijk is in kort geding een veroordeling uit te spreken tot medewerking aan de verkoop van een tot op dat moment onverdeeld gebleven woning, en waarin wordt verwezen naar verschillende opvattingen in de literatuur.

De commissie meent dat er sprake is van voor de rechtsontwikkeling relevante rechtsvragen. De commissie heeft daarbij primair het oog op de vraag of het mogelijk is om in kort geding een bevel te geven tot medewerking aan de verkoop van een gemeenschappelijke woning, naast daarmee samenhangende vragen over de aard en strekking van een dergelijk bevel. Over deze vragen bestaat verdeeldheid in de rechtspraak en literatuur, en dat leidt tot rechtsonzekerheid. De commissie heeft geadviseerd tot het instellen van een vordering tot cassatie in het belang der wet.

7. Vraag: Wat is de verhouding tussen de rechter en de klachtencommissie als bedoeld in de Wvggz voor wat betreft het verlenen van een zorgmachtiging (inclusief het verplicht toedienen van medicatie)?

Dit verzoek heeft betrekking op een uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 23 februari 2022 (ECLI:NL:RBROT:2022:2083), de schriftelijke uitwerking van een mondelinge beslissing. In deze uitspraak heeft de rechtbank op de voet van art. 7:11 Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg (Wvggz) in aansluiting op de voortzetting van een crisismaatregel (kort gezegd) een zorgmachtiging verleend en bepaald dat geen gevolg gegeven mag worden aan de beslissing van de klachtencommissie van 21 februari 2022. Verzoeker wijst onder meer erop dat de rechtbank het systeem van de Wvggz miskent, nu geen sprake is van 'door de rechter opgelegde vormen van zorg' maar van een machtiging tot het (indien nodig) verlenen van verplichte zorg; de zorgverantwoordelijke dient daartoe nog een uitvoeringsbeslissing te nemen.

Er is geen controverse in de literatuur over het wettelijk systeem op dit punt. Ook is er, voor zover de commissie bekend, geen duidelijk divergerende rechtspraak. Daarom is de commissie van oordeel dat de door de hier aan de orde gestelde kwestie uit een oogpunt van rechtseenheid of rechtsontwikkeling op dit moment geen aandacht behoeft. De commissie

heeft daarom niet geadviseerd tot het instellen van een vordering tot cassatie in het belang der wet.

8. Vraag: Wat is de positie van de gecertificeerde instelling in gezag- en omgangszaken?

De commissie ontving een verzoek vanuit de rechterlijke macht ten aanzien van de positie van de gecertificeerde instelling (hierna: GI) in gezag- en omgangszaken. Het centrale punt in het verzoek is of de GI die is belast met de uitvoering van de ondertoezichtstelling in een gezag- en/of omgangsprocedure (tussen de ouders) dient te worden aangemerkt als belanghebbende of als informant. En dient daarbij nog onderscheid te worden gemaakt naar de aard van de zaak – gezag of omgang – en zijn daarbij nog andere omstandigheden van belang?

Kennelijk, zo blijkt ook uit de in het verzoek aangehaalde uitspraken, wordt binnen de gerechten wisselend omgegaan met deze kwestie.

De commissie doet geen aanbeveling tot het instellen van een vordering tot cassatie in het belang der wet. Hoewel de commissie het belang ziet van (meer) rechtseenheid bij de positionering van de GI in gezag- en omgangszaken, acht zij het een te ruim verzoek: in wezen wordt de Hoge Raad gevraagd beleid te maken voor een breed scala van verschillende casusposities. Daarbij zij opmerkt dat de diverse uitspraken niet altijd hoeven te berusten op een principiële/bewuste keuze van de gerechten om de GI als belanghebbende, als informant of als geen van beide te beschouwen (nu dat in de praktijk regelmatig bij binnenkomst van een zaak pleegt te worden bepaald op grond van vaak beperkte informatie).

C. Aanbevelingen van de commissie

In de twaalfde periode² heeft de commissie zeven aanbevelingen gedaan.

Allereerst betreft dit de vier onderwerpen ten aanzien waarvan de commissie in haar vorige verslag vermeldde zich nog over een aanbeveling te beraden. Deze aanbevelingen betreffen de volgende, enigszins aangescherpte/geherformuleerde, rechtsvragen.

- Zijn gerechten uit hoofde van art. 27, 29 en/of 838 Rv, art. 15 Besluit orde van dienst gerechten en/of (inter-)nationale wetgeving op het gebied van openbaarheid van rechtspraak verplicht om informatie over lopende procedures (in bepaalde gevallen of

² En deels kort na het verstrijken van de twaalfde periode.

met bepaalde doeleinden) aan derden te verstrekken? In dat kader spelen voorts de vragen of het roljournaal een openbaar register in de zin van art. 838 Rv is, en of op grond van (analoge) toepassing van art. 29 lid 6 Rv de voorzieningenrechter bevoegd is kennis te nemen van een verzetschrift tegen de weigering dergelijke informatie te verstrekken. Daarnaast zal de bescherming van persoonsgegevens een rol kunnen spelen.

- Is het inzagerecht onder de Wet Geneeskundige Behandelovereenkomst (afd. 7.7.5 BW) ook van toepassing indien een arts optreedt als medisch adviseur voor de aansprakelijkheidsverzekeraar van (het ziekenhuis van) de behandeld arts van de patiënt?
- Welk middel moet of kan worden ingezet indien sprake is van benadeling van schuldeisers door een schuldenaar die is toegelaten tot de Wsnp, indien die benadeling bekend wordt tussen het moment waarop het vonnis waarin een schone lei wordt verstrekt in kracht van gewijsde gaat, en het moment dat de slotuitdelingslijst verbindend is geworden. Biedt hier art. 350 Fw mogelijkheden om tot tussentijdse beëindiging van de schuldsaneringsregeling over te gaan, kan op de voet van art. 358a Fw de schone lei worden ontnomen, of is geen van beide wegen te bewandelen?³
- Wat is de verhouding tussen de bijzondere verzoekschriftprocedure van art. 35 Uitvoeringswet AVG – met in lid 2 een termijn van zes weken voor indiening van het verzoekschrift na ontvangst van het antwoord op bezwaar van de verwerkingsverantwoordelijke – en een kortgedingprocedure tegen de verwerkingsverantwoordelijke waarin (ook) de verwijdering van persoonsgegevens wordt gevorderd? Meer specifiek: Is de bezwaarmaker nog ontvankelijk in kort geding na het verstrijken van die termijn?⁴

³ Zoals staat vermeld in het verslag over de tiende en elfde periode, werd dit verzoek op dat moment aangehouden zodat de commissie nadere informatie kon inwinnen. Uit contact met Recofa (een landelijk overlegorgaan van rechters-commissaris in faillissementen en surseances van betaling) is de commissie gebleken dat dit vraagpunt ook elders in het land bij de gerechten speelt en tot discussie leidt, en dat deze kwestie niet alleen theoretisch maar ook praktisch belang heeft.

⁴ Zoals staat vermeld in het verslag over de tiende en elfde periode, werd dit verzoek op dat moment aangehouden in afwachting van de beslissing van de Hoge Raad in een prejudiciële procedure. Dat heeft geleid tot HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1814. In die uitspraak komt de procesrechtelijke kwestie niet aan de orde, zodat de commissie aanleiding heeft gezien deze aanbeveling door te zetten.

De commissie heeft hiernaast aanbeveling gedaan om met betrekking tot de volgende rechtsvragen een vordering tot cassatie in het belang der wet in te stellen, gelet op de hiervoor onder B. beschreven bevindingen.

- Kan de uitbetaling van de legitieme portie via inkorting worden getroffen door een niet-oepsbaarheidsvoorwaarde? En zo ja, in hoeverre?
- Heeft de rechter de mogelijkheid om ambtshalve over te gaan tot het opleggen van een dwangsom bij de niet-nakoming van een omgangsregeling (art. 1:377a BW)? Is het mogelijk om art. 1:253a BW naar analogie toe te passen?
- Is het mogelijk om in kort geding een bevel te geven tot medewerking aan de verkoop van een gemeenschappelijke woning?