

Commissie cassatie in het belang der wet

Edelhoogachtbare heer Silvis,

De commissie cassatie in het belang der wet heeft het genoegen u verslag te doen van haar bevindingen met betrekking tot haar achtste werkzame periode (die loopt van 1 juli 2017 tot 1 juli 2018). U treft aan:

- A. een evaluatie met betrekking tot de achtste periode;
- B. een overzicht van de belangrijkste onderwerpen en zaken die onder de aandacht van de commissie zijn gebracht in de achtste periode;
- C. een aanbeveling 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 achtste periode

De commissie bestond in de achtste verslagperiode uit drie personen: mr. R.A.A. Duk, mevr. mr. M.M. Olthof en prof. dr. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai. Zij werd bijgestaan door mr. A.F. Mollema, als secretaris.

De commissie heeft in de achtste verslagperiode vijf verzoeken ontvangen; daarnaast heeft zij ambtshalve nog een kwestie onderzocht die onder haar aandacht was gekomen. De daarin aan de orde komende vragen zullen hierna onder B worden toegelicht.

Ook dit jaar gaat het – ondanks dat geen grote hoeveelheid verzoeken is ingediend – steeds om onderbouwde verzoeken in op zich voor cassatie in het belang der wet in aanmerking komende, civiele zaken die – afgezien van het feit dat sommige van de daarin aan de orde komende vragen door recente jurisprudentie zijn ‘ingehaald’ – tot een serieuze inhoudelijke behandeling noopten en (veelal) ook rechtsvragen aan de orde stelden die naar

het oordeel van de commissie in het kader van deze rechtsfiguur geacht kunnen worden 'er toe te doen'. Deze verzoeken werden in deze verslagperiode gedaan door rechters en advocaten. De commissie is ook dit jaar niet ontevreden over deze inbreng. Net als vorig jaar kan worden geconstateerd dat de door lagere rechters gedane verzoeken laten zien dat er aan de figuur van cassatie in het belang der wet ook na de invoering van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen, óók binnen de rechterlijke macht, een zekere behoefte blijft. De door advocaten ingediende verzoeken, dit jaar in aantal toegenomen, vinden mogelijk mede hun aanleiding in het feit dat de commissie haar werkzaamheden in de vorige verslagperiode nog eens extra onder de aandacht heeft gebracht van een groot deel van de bekende gespecialiseerde juristenverenigingen in het civiele recht en hun leden (zie daarover het vorige jaarverslag).

Net als in de vorige verslagperiodes heeft de commissie in de beoordeling van de hiervoor genoemde verzoeken het gebruikelijke beoordelingskader aangehouden, dat als volgt luidt:

- 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 zaakoverstijgend 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.

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

1. Vraag: Mag een curator (nader) onderzoek verrichten naar eventueel onbehoorlijk bestuur indien in de boedel van een failliete rechtspersoon (ruimschoots) voldoende middelen beschikbaar zijn om de crediteuren volledig te voldoen?

Het verzoek heeft betrekking op de beschikking van de rechtbank Rotterdam van 21 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4902. Het betreft een procedure waarin (bestuurders van) een failliete stichting opkomen tegen het in de rechtsvraag bedoelde onderzoek van de curator, die de bestuurders aansprakelijk heeft gesteld. Dit onderzoek is (mede) begonnen naar aanleiding van enkele uitspraken van de kantonrechter in een procedure tussen de stichting en een (voormalig) werknemer, waaruit het vermoeden rees dat sprake was van onbehoorlijk bestuur. Bestuurders willen echter dat wordt overgegaan tot afwikkeling van het faillissement, waarvan de boedel een surplus heeft van ongeveer € 92.000,-, omdat het onderzoek niet in het belang zou zijn van de boedel en de gezamenlijke schuldeisers. De rechter-commissaris heeft hun op art. 69 Fw. gebaseerde verzoek afgewezen.

Ook het hoger beroep wordt door de rechtbank afgewezen, onder de overweging dat naar huidige maatstaven de taak van de curator breder is dan louter het beheer en de vereffening van de boedel. Volgens de huidige taakopvatting dient hij onder omstandigheden tevens rekening te houden met andere belangen, waaronder maatschappelijke belangen, de belangen van de gefailleerde zelf en de belangen van de werknemers. Tot de taken van de curator wordt ook gerekend een onderzoek naar de oorzaken van het faillissement, met daarbij inbegrepen het onderzoek naar eventuele aansprakelijkheid van bestuurders (rov. 4.2-4.3). De curator dient deze belangen tegen elkaar af te wegen. De rechtbank is van oordeel dat de curator op goede gronden heeft kunnen menen dat bij de huidige stand van zaken het maatschappelijke belang van het oorzakenonderzoek in het onderhavige geval zwaarder weegt dan het belang van de boedel en de gefailleerde, aldus de rechtbank (rov. 4.6).

De commissie is van oordeel dat de kwestie kan worden voorgedragen aan de procureur-generaal voor cassatie in het belang der wet. De commissie constateert dat sprake is van een duidelijke rechtsvraag die – al zal de situatie van een failliete boedel met een positief saldo zich niet vaak voordoen – een zaakoverstijgend belang kan hebben, en waarop het antwoord niet boven iedere twijfel is verheven. Een meer algemeen vraagpunt dat bij deze kwestie aan de orde komt is of maatschappelijke belangen bij het handelen van een curator in faillissement kunnen prevaleren boven het belang van de boedel c.q. de belangen van de *gezamenlijke* schuldeisers. Ten aanzien van die vraag heeft de commissie in de literatuur enige verdeeldheid opgemerkt, terwijl voorts over de vraag welke maatschappelijke belangen hier een rol kunnen spelen niet veel duidelijkheid bestaat. Voor de gesignaleerde verdeeldheid wordt korthedshalve verwezen naar Verstijlen (GS Faillissementswet, art. 68 Fw, aant. 9.3) en

Wessels (Insolventierecht, Deel IV Bestuur en beheer na faillietverklaring, par. 4223), die beiden opsommingen geven van auteurs/literatuur die van opvattingen in bevestigende dan wel ontkennende zin blijken te geven. Vgl. ook Hoekstra (Tvl 2005/12, m.n. par. 4). Volgens Verstijlen wordt in die literatuur overwegend aangenomen dat de curator niet het belang van de gezamenlijke schuldeisers mag achterstellen bij de genoemde maatschappelijke belangen. In de lagere rechtspraak bestaat van dit laatste echter wel een vrij recent voorbeeld (Vzr. rechtbank Noord-Holland 15 augustus 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:7326, JOR 2014/23 m.nt. CR). Ook de recent ingevoerde *Wet versterking positie curator*, waarbij de wetgever voor de curator steeds meer een rol lijkt te zien weggelegd in het kader van fraudebestrijding, kan hierbij naar het oordeel van de commissie een rol spelen.

De commissie meent dat de beantwoording van deze vraag(en) uit een oogpunt van rechtseenheid en rechtsontwikkeling wenselijk zou kunnen zijn.

Gelet daarop zal de commissie deze uitspraak voordragen voor het instellen van cassatie in het belang der wet.

Omdat de commissie tot deze conclusie is gekomen op een vroeg moment in het verslagjaar, is de Procureur-Generaal reeds op de hoogte gesteld van het binnengekomen verzoek en het oordeel van de commissie daarover, en is daarmee niet gewacht op het einde van het verslagjaar en het daarover te maken verslag (dit verslag).

2. Vraag: Moet voor de vaststelling van de hoogte van het griffierecht onder de Wet griffierechten burgerlijke zaken in het geval niet de betaling van een geldsom is gevorderd, maar wel degelijk blijkt van het geldelijk belang van de zaak, bij dit geldelijk belang worden aangesloten?

De commissie heeft over deze kwestie geen verzoek ontvangen, maar wel een artikel in het Advocatenblad opgemerkt ('Griffies meten met verschillende maten' in aflevering 5 van dit jaar). Daarin roepen de schrijvers de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad op om cassatieberoep in het belang der wet in te stellen, zodat er een einde kan worden gemaakt aan het divergerende beleid van (de griffies van) verschillende gerechten betreffende de vaststelling van de hoogte van het griffierecht in dergelijke gevallen. Het gaat dan bijvoorbeeld om een vordering tot een verklaring van recht waarin een concreet schadebedrag wordt genoemd, hoewel niet de betaling van dit bedrag wordt gevorderd. De vraag is of daarbij het tarief moet worden toegepast dat betrekking heeft op een vordering van onbepaalde waarde of op een vordering met een beloop van een bepaald bedrag.

Onder de (vervallen) Wet tarieven in burgerlijke zaken was vaste jurisprudentie (vgl. HR 27 september 2002, ECLI :NL:HR:2002:AE1552, NJ 2002/533 rov. 2.1) dat de wet geen ruimte bood voor een andere dan een formele uitleg van de vordering en de griffier bij de bepaling van het vast recht niet door de vordering heen mocht kijken. Inmiddels is de Wet griffierechten burgerlijke zaken (Wgbz) in werking getreden, en is de vraag gerezen of deze regel nog altijd geldt. In ontkennende zin heeft bijvoorbeeld reeds geoordeeld het Gerechtshof Den Haag 7 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2006.

De commissie heeft over deze kwestie beraadslaagd en is tot de conclusie gekomen dat kort na verschijning van bovengenoemd artikel door de Hoge Raad duidelijkheid is verschaft over dit onderwerp. Zij wijst daarbij op de beschikking van 2 juni 2017 (ECLI:NL:HR:2017:1014, m.n. rov. 2.2.1 slot) waarin de Raad overweegt dat voor de berekening van het griffierecht in een bij dagvaarding aangebrachte cassatiezaak moet worden aangeknoopt bij de waarde van de vordering waarover de rechter tegen wiens uitspraak het beroep in cassatie is gericht, had te beslissen, *“ook indien niet de betaling van een geldsom is gevorderd”*. De commissie verwijst – voor meer achtergrond – nog naar de conclusie van Advocaat-Generaal De Bock vóór deze beschikking (ECLI:NL:PHR:2017:287, m.n. nr. 2.5), die reeds opmerkte dat gelet op de gewijzigde opzet van de Wgbz moet worden aangenomen dat genoemde vaste jurisprudentie thans niet meer geldt. (Overigens hebben schrijvers van genoemd artikel inmiddels over deze beschikking een kritische noot geschreven in JBPR 2017/49.)

Nu hiermee over de in het artikel behandelde rechtsvraag in hoogste instantie is besloten, lenen de hierover gewezen uitspraken zich naar het oordeel van de commissie niet voor het instellen van cassatie in het belang der wet.

3. Vraag: Mag onder de Wet griffierechten burgerlijke zaken bij de vaststelling van de hoogte van het griffierecht in zaken waarin een primaire en een subsidiaire vordering is ingesteld (bv. primair een vordering van onbepaalde waarde en subsidiair een vordering met een bepaalde waarde), de subsidiaire vordering worden betrokken bij het bepalen van de waarde van de vordering (en het griffierecht in het gegeven voorbeeld worden bepaald aan de hand van de subsidiaire vordering)?

Over een aan de vorige vraag verwante kwestie ontving de commissie wel een verzoek, dat betrekking heeft op de hierboven genoemde vraag. Verzoeker meent dat (verdedigbaar is dat) deze vraag ontkennend moet worden beantwoord. De uitspraak die in dit verband wordt

aangedragen is een beschikking van de rechtbank Noord-Nederland van 21 juli 2017 (niet gepubliceerd).

Het betreft een procedure waarin de advocaat van een procespartij in verzet is gekomen van het door de griffier vastgestelde griffierecht¹ in een zaak waarin deze partij primair een vordering had ingesteld tot medewerking door zijn wederpartij aan de levering van een woning aan eerstgenoemde partij tegen een verkoopprijs van € 340.000,- en subsidiair aanspraak wordt gemaakt op een contractuele boete van € 34.000,-. De griffier had aanvankelijk het griffierecht vastgesteld op € 1545,- (overeenkomend met een waarde van de vordering van meer dan € 100.000,-), maar had dit naar aanleiding van het verzet al naar beneden bijgesteld naar € 883,- (overeenkomend met een (bepaalde) waarde van de vordering van niet meer dan € 100.000,-). Verzoeker meende echter dat bij het bepalen van het griffierecht alleen moet worden gekeken naar de primaire vordering en dit derhalve moest worden vastgesteld op € 287,- (overeenkomend met een vordering van onbepaalde waarde).

De rechtbank oordeelde dat de regeling van de Wgbz erop is gericht het griffierecht, wat de hoogte betreft, te relateren aan de waarde van de vordering en daarmee aan het financiële belang van de zaak (HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1014) en dat de opvatting dat het financiële belang van de zaak voor de griffier onder het regime van de Wgbz alleen is af te leiden uit de primaire vordering, onjuist is (rov. 3.6). De rechtbank is van oordeel dat in elk geval onder toepassing van het regime van de Wgbz sprake is van een geoorloofd 'door de vordering heen kijken' als de subsidiaire vordering wordt betrokken bij het bepalen van de waarde van de vordering, omdat niet op voorhand valt te zeggen of de rechter in voorkomend geval al dan niet aan de beoordeling van een subsidiaire vordering toekomt (rov. 3.7). Het verzet werd ongegrond verklaard.

De commissie is tot de conclusie gekomen dat zij de aangedragen uitspraak niet geschikt acht voor het instellen van cassatie in het belang der wet. Uit het verzoek – en ook overigens – is de commissie niet gebleken dat de betreffende kwestie heeft geleid tot uiteenlopende rechtspraak of tot verdeeldheid in de literatuur. Ook lijkt het oordeel van de rechtbank Noord-Nederland te passen in de recente richtinggevende jurisprudentie van de Hoge Raad (de zojuist al genoemde beschikking HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1014, NJ 2017/240), en in overeenstemming te zijn met binnen de gerechten opgestelde richtlijnen (de – oude – Handleiding tarieven in burgerlijke zaken van 1 februari 2010 en de huidige Handleiding wet

¹ Het betreft een uitspraak van het gerecht waaraan het griffierecht werd betaald in de zin van art. 29 Wgbz. Volgens lid 2 van dat artikel is daartegen geen hogere voorziening mogelijk; er staat dus geen gewoon rechtsmiddel open in de zin van art. 78 lid 7 RO. Wel is cassatie in het belang der wet mogelijk op grond van art. 78 lid 1 RO.

griffierecht burgerlijke zaken 2018). De door de verzoeker ter bevestiging van zijn standpunt aangehaalde rechtspraak heeft niet specifiek betrekking op de hier aan de orde zijnde vraag naar de hoogte van het griffierecht bij een combinatie van een primaire en een subsidiaire vordering, en heeft voorts door genoemde beschikking van de Hoge Raad zijn relevantie verloren. Ten slotte komt het de commissie voor dat een dergelijke vraag ook in een reguliere zaak aan de Hoge Raad zal kunnen worden voorgelegd, zoals ook in genoemde beschikking is gebeurd. De commissie meent dan ook dat hier geen algemene rechtskwestie aan de orde is die uit een oogpunt van rechtseenheid of rechtsontwikkeling opheldering behoeft door middel van een cassatie in het belang der wet.

Gelet op het voorgaande is de commissie van oordeel dat er in het onderhavige geval onvoldoende aanleiding is om de procureur-generaal te adviseren tot het instellen van een vordering tot cassatie in het belang der wet.

4. Vraag: Kan een exploit aan de eisen van art. 45 lid 3 Rv. voldoen ondanks het ontbreken van de vermelding daarin van de woonplaats van degene voor wie het exploit is bestemd (zoals genoemd onder sub d), in het geval dat deze persoon zijn gegevens in de gemeentelijke basisadministratie (GBA) heeft afgeschermd voor het publiek ('geheim adres') en de deurwaarder wel vermeldt dat hij het exploit heeft gelaten op het in het GBA geregistreerde (maar niet expliciet genoemde) adres?

Er kunnen gegronde redenen zijn dat degene voor wie een exploit is bestemd niet wenst dat zijn adres bij de wederpartij bekend wordt (waarbij bijvoorbeeld gedacht kan worden aan de in rechte strijdende ex-echtgenoten waarvan er een in een blijf-van-mijn-lijf-huis verblijft). De vraag is of de deurwaarder (die in dat adres uit hoofde van zijn ambt toch inzage heeft en moet hebben) dan toch verplicht is – op grond van art. 45 lid 3 sub d Rv. – om dit adres in het exploit op te nemen (en of dit wenselijk is), omdat dit ertoe zou kunnen leiden dat de wederpartij van het adres op de hoogte raakt.²

De uitspraak die aanleiding vormde voor dit verzoek is een beslissing van de notaris- en gerechtsdeurwaarderskamer van het hof Amsterdam van 1 augustus 2017 (ECLI:NL:GHAMS:2017:3097). Daarin werd een tuchtklacht ingediend tegen een deurwaarder die in een exploit het geheime privéadres van klager had opgenomen. De tuchtkamer in eerste

² Overigens zal de woonplaatsgemeente wel moeten worden vermeld met het oog op het feit dat de rechter moet kunnen beoordelen of hij relatief bevoegd is van de vordering kennis te nemen, vgl. in die zin Sdu-commentaar Arbeidsrecht thematisch, art. 45 en 111 Rv., aant. C.1.

aanleg beoordeelde de klacht als gegrond. De tuchtrechter in hoger beroep oordeelde echter dat niet kon worden geoordeeld dat de gerechtsdeurwaarder tuchtrechtelijk laakbaar had gehandeld door het geheime adres op het exploot te vermelden zoals voorgeschreven door artikel 45 lid 3 Rv., en achtte de klacht ongegrond.

Het punt van de betekening aan een geheim adres leidt in de deurwaarderswereld tot rechtsonzekerheid. Daar is (of was) de in de rechtsvraag omschreven – maar naar de letter genomen in strijd met art. 45 lid 3 sub d zijnde – situatie namelijk wel gangbare praktijk. De deurwaarderstuchtkamer van Amsterdam (eerste aanleg) schaarde zich in een lijn van vaste jurisprudentie achter deze praktijk (zie de eerste aanleg van genoemde zaak van het hof Amsterdam – Kamer voor Gerechtsdeurwaarders Amsterdam 7 maart 2017, ECLI:NL:TGDKG:2017:19 – en voorts de eerdere uitspraken van diezelfde kamer van 12 juli 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:YB0670 / ECLI:NL:TGDKG:2011:125 en van 15 mei 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:YB0816 / ECLI:NL:TGDKG:2012:34). Het hof Amsterdam lijkt zich ook achter deze praktijk te willen scharen – en de aan de orde zijnde vraag conform deze praktijk in bevestigende zin te zouden willen beantwoorden – maar oordeelt (uiteindelijk toch) dat de klacht tegen de deurwaarder in casu niet als gegrond kan worden aangemerkt, in het licht van het feit dat het hof als tuchtrechter zelf niet bevoegd is te oordelen over de nietigheid van het exploot en hierover door de bevoegde civiele rechter soms streng wordt geoordeeld, in die zin dat deze praktijk in strijd met art. 45 lid 3 sub d Rv. wordt geacht en het exploot in beginsel nietig. Het hof noemt hiervan drie voorbeelden: Rb. Middelburg (Ktr. Terneuzen) 3 maart 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BO3987, JBPR 2010/50 m.nt. A.W. Jongbloed, Rb. Arnhem 24 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO6162, Prg 2011/19 en Rb. Limburg 15 februari 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:1147. In die omstandigheden kan de deurwaarder immers bezwaarlijk een verwijt worden gemaakt van zijn vermelding.³ In navolging van deze tuchtuitspraak in hoger beroep heeft inmiddels ook de tuchtkamer van Amsterdam zijn standpunt gewijzigd (zie Kamer voor Gerechtsdeurwaarders Amsterdam 5 december 2017, ECLI:NL:TGDKG:2017:230 en dezelfde kamer op 9 februari 2018, ECLI:NL:TGDKG:2018:9).

Verzoeker stelt voor om tegen een van de drie door het hof genoemde uitspraken van de civiele rechter cassatie in het belang der wet in te stellen (uitspraken waarin als gezegd tot nietigheid van dergelijke exploten wordt geconcludeerd).

³ In deze zaak trad overigens de voorzitter van de Koninklijke Beroepsorganisatie voor Gerechtsdeurwaarders als gemachtigde van de beklaagde deurwaarder op in zijn hoger beroep tegen de beslissing van de tuchtkamer van Amsterdam.

De commissie constateert dat sprake is van een duidelijke rechtsvraag met een zaakoverstijgend belang, die, in afwijking van een voorheen gangbare deurwaarderspraktijk en een daarop afgestemde tuchtrechtspraak, inmiddels in deze praktijk tot rechtsonzekerheid heeft geleid. Deze onzekerheid vindt – zoals hierboven omschreven – zijn oorsprong in de civiele rechtspraak over de nietigheid van dagvaardingen die conform deze praktijk waren opgesteld (zoals in de hier aangedragen uitspraken), en heeft inmiddels doorgewerkt in de ontwikkeling van de op deurwaarders betrekking hebbende tuchtrechtspraak. Ook in de literatuur wordt aan de kwestie aandacht besteed en worden vraagtekens geplaatst bij de civiele uitspraken (zie Sdu-commentaar Arbeidsrecht thematisch, art. 45 en 111 Rv., aant. C.1 en Jongbloed in zijn noot in JBPR 2010/50 onder Rb. Middelburg 3 maart 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BO3987, één van de drie in rov. 6.6 genoemde civiele uitspraken). De commissie acht het van belang dat (ook) tussen civiele rechtspraak en tuchtrechtspraak een voldoende mate van rechtseenheid bestaat, en over de bedoelde vraag voorts voldoende rechtszekerheid voor de praktijk. Volgens de commissie kan een cassatie in het belang der wet tegen een van de bedoelde civielrechtelijke uitspraken daartoe bijdragen. Het is de commissie ambtshalve bekend dat ook in cassatie een betekening van een exploot aan een geheim adres conform de hier bedoelde praktijk voorkomt, en dat deze praktijk bij de Hoge Raad op dit moment, althans onder omstandigheden, niet aan verstekverlening in een dergelijk geval in de weg behoeft te staan. De commissie meent echter dat (een) dergelijke beslissing(en), en de daarvoor van belang zijnde omstandigheden, onvoldoende kenbaar zijn om een einde te kunnen maken aan de hiervoor bedoelde rechtsonzekerheid.

De commissie is dan ook van oordeel dat de kwestie kan worden voorgedragen aan de procureur-generaal voor cassatie in het belang der wet. Zij zal daarbij de bedoelde drie uitspraken voordragen, maar laat de nadere selectie van een of meerdere uitspraken waartegen cassatie zou kunnen worden ingesteld aan het oordeel van de Procureur-Generaal over.

5. Vraag: Geldt art. 6:195 lid 1 BW ook in het geval geen vordering op grond van onrechtmatig handelen door het doen van misleidende mededelingen in de zin van art. 6:194 BW zélf wordt gedaan, maar een vordering tot schorsing of beëindiging van (een beding in) de overeenkomst die op grond van dit onrechtmatig handelen tot stand is gekomen?

Of anders gezegd:

Geldt een vordering tot schorsing of beëindiging van (een beding in) een overeenkomst die op grond van onrechtmatig handelen door het doen van misleidende mededelingen in de zin van

art. 6:194 BW tot stand is gekomen óók als 'een vordering ingevolge artikel 194 BW' als bedoeld in art. 6:195 lid 1 BW?

De uitspraak die door verzoeker wordt aangedragen is een arrest van het hof Amsterdam van 16 januari 2018 (ECLI:NL:GHAMS:2018:123). In deze zaak heeft een franchisenemer in kort geding in twee instanties geprobeerd om een (non)-concurrentiebeding dat was opgenomen in de franchiseovereenkomst, te laten schorsen, tijdelijk buiten werking te laten stellen dan wel buiten toepassing te laten verklaren of, subsidiair, in tijdsduur te beperken tot nihil. Daartoe heeft hij verschillende grondslagen aangevoerd: dwaling, toerekenbare tekortkoming, de werking van de redelijkheid en billijkheid e.d. Hij heeft zich (ook) gebaseerd op het onrechtmatig handelen van de franchisegever met name door het geven van misleidende exploitatieprognoses en hij heeft zich daarbij beroepen op de regel van art. 6:195 lid 1 BW betreffende de omkering van de bewijslast ter zake van de juistheid of volledigheid van de verschaft informatie ten laste van de verschaffer daarvan, een regel die naar de tekst van die bepaling is geschreven voor gevallen waarin een vordering ingevolge (onder meer) art. 6:194 BW wordt ingesteld (op grond van onrechtmatig handelen door het doen van misleidende mededelingen). Verzoeker meent dat die regel óók dient op te gaan wanneer de franchisenemer zich ter onderbouwing van zijn (in kort geding) ingestelde vordering tot tijdelijke schorsing e.d. van het in zijn franchiseovereenkomst opgenomen concurrentiebeding beroept op een dergelijk onrechtmatig handelen door het doen van misleidende prognoses van de franchisegever, op basis waarvan hij de franchiseovereenkomst is aangegaan (en – in een eventuele bodemprocedure – ter onderbouwing van een vordering tot (permanente) vernietiging, ontbinding, opzegging dan wel buiten werking stelling of buiten toepassing verklaring van dat beding), dit alles (bijvoorbeeld) op grond van dwaling, wanprestatie of de werking van de redelijkheid en billijkheid.

De voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Holland overwoog hierover in eerste instantie (Vzr. Rb. Noord-Holland 27 februari 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:1590) dat de franchisegever weliswaar dient in te staan voor de juistheid van de aan de prognose ten grondslag liggende gegevens, maar dat een hiervan afwijkend resultaat nog niet de ondeugdelijkheid van de prognose impliceert (rov. 4.7). Voorts oordeelde deze dat de vraag of aan de franchisenemer een recht op vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling toekomt, een onderzoek naar feiten vergt en waarschijnlijk ook bewijslevering, waarvoor een kort geding-procedure zich niet (goed) leent, en dat vooralsnog onvoldoende aannemelijk is dat het beroep op vernietiging in een bodemprocedure zal slagen. In dit oordeel werd betrokken dat de stelplicht en bewijslast op de franchisenemer rusten (rov. 4.10). Ook een recht op ontbinding van de overeenkomst wegens tekortkomingen in de nakoming of een

onrechtmatig handelen van de franchisegever zijn onvoldoende aannemelijk geworden, nu die op hetzelfde feitencomplex en verstrekte mededelingen zijn gebaseerd (rov. 4.11). Ten slotte wordt het beroep op de onaanvaardbaarheid van het inroepen van het concurrentiebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid afgewezen (rov. 4.12).

In hoger beroep oordeelde het hof echter dat reeds geen sprake was van een – voor een kort geding vereist – voldoende spoedeisend belang. Daarnaast (en derhalve ten overvloede) is het hof echter nog ingegaan op de inhoud van de zaak, waarbij het – evenals de voorzieningenrechter – niet van de toepasselijkheid van de regel van art. 6:195 lid 1 BW is uitgegaan:

“3.4. Allereerst zal het door [franchisenemer] gedane beroep op dwaling worden besproken.

(...)

3.4.2. De voorzieningenrechter heeft in overweging 4.10 van het bestreden vonnis – anders dan [franchisenemer] met een beroep op het bepaalde in art. 6:195 lid 1 BW betoogt – met juistheid overwogen dat de stelplicht en de bewijslast ten aanzien van de gestelde dwaling op [franchisenemer] rusten. Daargelaten of de artikelen 6:194 en 6:195 lid 1 BW beogen de belangen van [franchisenemer] in een geval als het onderhavige te beschermen, de in laatstgenoemde wetsbepaling geregelde omkering van de bewijslast geldt slechts dan indien een vordering ingevolge (voor zover thans relevant) art. 6:194 BW wordt ingesteld. Dat nu is hier, waar de vordering wordt gebaseerd op dwaling, niet het geval. Er bestaat dan ook geen aanleiding af te wijken van de in art. 150 Rv neergelegde hoofdregel.

3.4.3. [Franchisegever] heeft alle concrete en relevante verwijten die [franchisenemer] haar heeft gemaakt ten aanzien van de door haar aan [franchisenemer] verschaft inlichtingen gemotiveerd betwist. (...) Voorts heeft [franchisegever] gemotiveerd betwist (onder meer) dat de inhoud van de website en/of van de hand-out een rol heeft gespeeld bij het opstellen van de exploitatiebegroting van [franchisenemer], dat voormelde leveranciersbijdragen van invloed zijn op de hoogte van de inkooprijzen van de franchisenemers, dat alle franchisenemers in het eerste jaar verlies hebben geleden en dat [A], de broer van [B] (directeur van [franchisegever]) beroepsregels heeft geschonden door exploitatie-prognoses ten behoeve van [franchisenemer] op te stellen en/of zich daarbij ongepast te laten beïnvloeden. Ten aanzien van al deze kwesties (...) kan het gelijk van [franchisenemer] zonder nader feitelijk onderzoek niet worden vastgesteld, een onderzoek waarvoor in dit kort geding geen plaats is. Omdat, als gezegd, de stelplicht en de bewijslast te dezen op [franchisenemer] rusten, heeft

de voorzieningenrechter in overweging 4.10 van het bestreden vonnis dan ook terecht geconcludeerd dat hier en nu slechts tot het oordeel kan worden gekomen dat vooralsnog onvoldoende aannemelijk is dat het beroep op vernietiging wegens dwaling in een bodemprocedure zal slagen.

3.5. In het licht van het voorgaande heeft [franchisenemer] onvoldoende concrete feiten en omstandigheden gesteld die kunnen leiden tot het oordeel dat voldoende aannemelijk is dat de bodemrechter de franchiseovereenkomst wegens – kort gezegd – wanprestatie van [franchisegever] zal ontbinden. Deze grondslag van de gevorderde voorlopige voorziening berust immers in essentie op dezelfde stellingen als de dwalingsgrondslag.

3.6. Zonder toelichting van de kant van [franchisenemer], die ontbreekt, valt niet in te zien waarom een eventueel oordeel dat [franchisegever] onrechtmatig jegens [franchisenemer] heeft gehandeld (een oordeel dat overigens voorshands zonder nader feitelijk onderzoek niet kan worden gegeven) zou kunnen leiden tot een schorsing van de concurrentiebepalingen van de franchiseovereenkomst. Uitgangspunt is immers dat die overeenkomst, waaronder de concurrentiebepalingen, ondanks een eventuele onrechtmatige daad van [franchisegever] onverkort geldig blijft en dat een onrechtmatige daad in een geval als het onderhavige slechts tot schadevergoeding kan leiden.

3.7. Ten slotte verwerpt ook het hof de stelling van [franchisenemer] dat [franchisegever] geen belang heeft bij handhaving van de concurrentiebepalingen en dat (daarom) de belangen van [franchisenemer] bij schorsing van die bepalingen zwaarder wegen dan die van [franchisegever] bij handhaving daarvan. In dit verband herhaalt het hof allereerst dat er vooralsnog niet van kan worden uitgegaan dat de franchiseovereenkomst (door de bodemrechter) zal worden vernietigd of ontbonden. Om die reden gelden de concurrentiebepalingen in beginsel onverkort. Tegen deze achtergrond is de gevorderde voorlopige voorziening slechts dan toewijsbaar, indien aannemelijk is dat de bodemrechter hetzij het beroep op de concurrentiebepalingen in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zal achten (art. 6:248 lid 2 BW) hetzij het beroep van [franchisegever] op die bepalingen als misbruik in de zin van art. 3:13 BW zal aanmerken. [franchisenemer] heeft onvoldoende gesteld om het een of het ander in dit kort geding te kunnen aannemen. De gevorderde voorziening is in dit licht bezien niet toewijsbaar op grond van een enkele belangenafweging.

3.8. De slotsom is dat het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd. (...)”

De commissie begrijpt het arrest van het hof aldus, dat het in rov. 3.4.2 en 3.6 oordeelt dat de franchisenemer hier niet een voor de regel van 6:195 lid 1 BW vereiste vordering heeft ingesteld, namelijk een vordering tot schadevergoeding, een verbod of rectificatie op grond van onrechtmatig handelen door het doen van misleidende mededelingen in de zin van art. 6:194 BW. Hij heeft immers verzocht om schorsing van de concurrentiebepalingen uit de franchiseovereenkomst. Dat kan volgens het hof niet worden gebaseerd op onrechtmatig handelen bestaande in het doen van misleidende mededelingen, zodat de (gehele) regeling voor zijn vordering geen grondslag kan vormen en de bewijsregel van art. 6:195 lid 1 BW hier toepassing mist.

De commissie heeft over het verzoek beraadslaagd en meent dat sprake is van een interessante rechtsvraag. Hoewel het oordeel van het hof Amsterdam haar op het eerste gezicht juist leek voor te komen (het gaat bij de regeling van de misleidende reclame immers om een uitwerking van een geval van onrechtmatige daad), valt daarop bij nader inzien nog wel het een en ander af te dingen. De commissie constateert dat de parlementaire geschiedenis van de Wet Acquisitiefraude een opening biedt om in geval van dergelijke misleidende mededelingen de als gevolg daarvan tot stand gekomen overeenkomst te beëindigen, en dat het antwoord op de vraag of daarbij de bewijsregel van artikel 6:195 lid 1 BW van toepassing is, niet helder is. In de aangedragen uitspraak, en ook in de overige in het verzoek genoemde en daarnaast door de commissie in haar beslissing betrokken jurisprudentie dateren de relevante rechtsfeiten echter steeds van vóór de datum van inwerkingtreding van deze wet. Op grond daarvan meent de commissie reeds te moeten concluderen dat deze rechtspraak zich niet leent voor het instellen van cassatie in het belang der wet. Daarbij komt dat in het onderhavige geval sprake is van enkele factoren die cassatie in het belang der wet weliswaar niet onmogelijk maken, maar deze wel kunnen bemoeilijken. Deze zijn onder meer gelegen in het feit dat de aangedragen arrest een uitspraak in kort geding betreft, waarin de normale bewijsregels directe toepassing missen, en dat het hierin gaat om overwegingen ten overvloede.

De commissie acht het derhalve niet opportuun om de procureur-generaal te adviseren tot het instellen van een vordering tot cassatie in het belang der wet.

6. Vraag: Is er, gelet op art. 30p Rv (nieuw), op juiste wijze mondeling uitspraak gedaan indien een uitspraak is opgenomen in een proces-verbaal, maar deze niettemin een (volledig) schriftelijk uitgewerkte beslissing bevat en niet slechts een weergave van de ter zitting medegedeelde beslissing en de gronden daarvoor?

Het verzoek betreft een mondelinge uitspraak van de rechtbank Gelderland van 7 februari 2018 (ongepubliceerd) in een BOPZ-zaak.

De commissie is tot de conclusie gekomen dat de kwestie reeds wordt beslagen door de recente beschikking van de Hoge Raad van 20 april 2018 (ECLI:NL:HR:2018:650). Weliswaar voldoet de aangedragen uitspraak (evident) niet aan de daarin gegeven regels en procedurele vereisten, maar dat acht de commissie op zichzelf onvoldoende reden om te adviseren tot het instellen van een procedure tot cassatie in het belang der wet. Met de – ná de datum van de aangedragen mondelinge uitspraak en ook van de andere in het verzoek genoemde rechtspraak – door de Hoge Raad gegeven beschikking komt het de commissie vooralsnog voor dat voldoende duidelijkheid bestaat over de bij het doen van een mondelinge uitspraak toepasselijke regels en procedurele vereisten, en omtrent de kwestie op dit moment geen in de aangedragen uitspraak aan de orde komende vraag meer open staat die uit een oogpunt van rechtsontwikkeling of rechtseenheid beantwoording behoeft. Met betrekking tot het door de verzoeker gesignaleerde verschil in beleid tussen verschillende rechtbanken dan wel zittingsplaatsen van die rechtbanken bij het doen van een mondelinge uitspraak verwacht de commissie dan ook dat dit verschil spoedig tot een einde zal komen en alle gerechten hun mondelinge uitspraken conform de door de Hoge Raad gegeven regels en procedurele vereisten zullen gaan inrichten.

Gelet op het voorgaande is de commissie van oordeel dat er in het onderhavige geval onvoldoende aanleiding is om de procureur-generaal te adviseren tot het instellen van een beroep tot cassatie in het belang der wet.

C. Aanbeveling van de commissie

De hiervoor beschreven bevindingen inzake de zaken die onder de aandacht van de commissie zijn gebracht resulteren in de aanbeveling om met betrekking tot de volgende rechtsvragen een vordering tot cassatie in het belang der wet in te stellen:

- Mag een curator (nader) onderzoek verrichten naar eventueel onbehoorlijk bestuur indien in de boedel van een failliete rechtspersoon (ruimschoots) voldoende middelen beschikbaar zijn om de crediteuren volledig te voldoen?
- Kan een exploit aan de eisen van art. 45 lid 3 Rv. voldoen ondanks het ontbreken van de vermelding daarin van de woonplaats van degene voor wie het exploit is bestemd (zoals genoemd onder sub d), in het geval dat deze persoon zijn gegevens in de

gemeentelijke basisadministratie (GBA) heeft afgeschermd voor het publiek ('geheim adres') en de deurwaarder wel vermeldt dat hij het exploit heeft gelaten op het in het GBA geregistreerde (maar niet expliciet genoemde) adres?