

## **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 zesde werkzame periode (die loopt van 1 juli 2015 tot 1 juli 2016). U treft aan:

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

De commissie bestond in de zesde verslagperiode uit drie personen: mr. R.A.A. Duk, mevr. mr. M.M. Olthof en prof. mr. C.E. du Perron. In verband met zijn benoeming als raadsheer in de Hoge Raad is prof. mr. C.E. du Perron vanaf 1 april 2016 niet meer betrokken geweest bij de inhoudelijke beoordeling van de binnengekomen verzoeken. Het gaat dan (onder meer) om het hierna onder B, onder 2, genoemde verzoek.

De commissie heeft in de zesde verslagperiode tien verzoeken ontvangen. Van acht verzoeken was onmiddellijk duidelijk dat zij zich niet leenden voor een voordracht tot cassatie in het belang der wet. De andere twee verzoeken zullen hierna onder B worden toegelicht.

De commissie heeft in haar vorige verslag aangegeven dat een daling wordt geconstateerd van het aantal ingekomen verzoeken. Daar lijkt dit jaar geen sprake van te zijn.

Het aantal verzoeken (tien) loopt in de pas met hetgeen de commissie aan verzoeken heeft ontvangen in de tweede t/m vierde verslagperiode. Wel vallen enkele aspecten op.

Verzoekers zijn hoofdzakelijk particulieren en advocaten. Het zou daarom kunnen zijn dat de ingevoerde mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, voor leden van de rechterlijke macht de noodzaak wegneemt om gebruik te maken van het buitengewoon rechtsmiddel van cassatie in het belang der wet. Voor het maken van definitieve gevolgtrekkingen is het echter nog te vroeg. Wel lijkt duidelijk dat de procedure tot cassatie in het belang der wet afzonderlijk betekenis blijft behouden naast de prejudiciële procedure.

Inhoudelijk gezien kunnen de volgende opmerkingen worden gemaakt. Twee van de tien verzoeken betroffen strafzaken, zodat de commissie – waarvan de werkzaamheden beperkt zijn tot civiele zaken – die niet kon behandelen. Van de civiele zaken blijkt een substantieel deel betrekking te hebben op een zaak waarbij de particulier of advocaat zelf betrokken is.

De commissie merkt in dat kader op dat zij in haar beoordeling van de hiervoor genoemde verzoeken gebruik heeft gemaakt van hetzelfde beoordelingskader als dat waarvan in de vijfde periode is uitgegaan. Ten behoeve van de lezer wordt dit beoordelingskader hierna opnieuw weergegeven:

- 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.

De commissie merkt ten slotte op dat hoewel uit het aantal verzoeken dat de commissie bereikt blijkt dat het buitengewoon rechtsmiddel van cassatie in het belang der wet in een behoefte voorziet, niettemin nader zal moeten worden nagedacht in hoeverre de taakvervulling van de commissie zich verdraagt met de beoogde versterking van de cassatierechtspraak, zoals die wordt voorgestaan in het rapport dat in 2008 is uitgebracht door de commissie normstellende rol Hoge Raad, onder voorzitterschap van de (toenmalige) raadsheer in de Hoge Raad, A. Hammerstein. In dat rapport wordt immers het standpunt naar voren gebracht dat het aangewezen is te streven naar een ruimere toepassing van cassatie in het belang der wet zodat omstreden rechtsvragen eerder de Hoge Raad zullen bereiken. In de meeste bij de commissie ingediende verzoeken was geen sprake van dergelijke omstreden rechtsvragen.

Mede met het oog op dit punt heeft de commissie in haar verslag over de vijfde periode aangegeven dat de commissie voornemens is in de komende periode initiatieven te ontplooiën tot het geven van meer bekendheid aan het bestaan van de commissie binnen de groep van praktijkjuristen. Daarmee hoopt zij te bevorderen dat zaken met rechtsvragen waarvan aannemelijk is dat maatschappelijk behoefte bestaat aan een richtinggevende uitspraak van de Hoge Raad, de cassatierechter tijdig bereiken.

Ter uitvoering van dit voornemen is contact gelegd met enkele personen uit wetenschap en advocatuur die in het arbeidsrecht gespecialiseerd zijn. Hieruit is één uitspraak naar voren gekomen die zich zou lenen voor een procedure tot cassatie in het belang der wet. Naar de commissie is gebleken, zijn echter inmiddels in een dergelijke zaak prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad. De commissie zal die uitspraak, om hierna nog toe te lichten redenen, toch onder B bespreken.

De commissie meent dat het gezien het voorgaande aangewezen is om nadere initiatieven te ontplooiën binnen de groep van praktijkjuristen. De commissie denkt daarbij aan het leggen van contacten met verenigingen met een juridische specialisatie, zoals insolventierecht, erfrecht, familierecht, enz. Daarmee hoopt zij dat enerzijds maatschappelijk relevante rechtsvragen eerder de Hoge Raad bereiken, en anderzijds dat onder praktijkjuristen bewustwording plaatsvindt van de mogelijkheid van het indienen van een verzoek tot cassatie in het belang der wet en het bestaan van deze commissie.

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

*1. Vraag: geldt art. 7:226 lid 1 BW in het geval de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft nog niet bestaat, maar waar wel het perceel bouwgrond – waarop de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft zal worden gebouwd – door de verhuurder wordt overgedragen aan een derde?*

In art. 7:226 lid 1 BW is bepaald dat overdracht van de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft en vestiging of overdracht van een zelfstandig recht van vruchtgebruik, erfpacht of opstal op de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft, door de verhuurder de rechten en verplichtingen van de verhuurder uit de huurovereenkomst, die daarna opeisbaar worden, doen overgaan op de verkrijger.

Verzoeker heeft als relevante uitspraak voorgedragen het arrest van het hof 's-Hertogenbosch van 3 maart 2015 (ECLI:NL:GHSHE:2015:633). Dit (eind)arrest bouwt voort op hetgeen het hof in zijn tussenarrest van 18 maart 2014 (ECLI:NL:GHSHE:2014:756) heeft overwogen. Verzoeker heeft daarbij gewezen op rov. 9.7 van het eindarrest, waar wordt overwogen:

“9.7 (...) Nu Van Elzaker verder ook niet genoegzaam weerspreekt dat WS Woensdrecht Vastgoed B.V. inmiddels eigenaar is van het op die grond gebouwde complex met unit 1, zijn door overdracht de rechten en verplichtingen van Woningstichting Woensdrecht uit de huurovereenkomst overgegaan op WS Woensdrecht Vastgoed B.V. De kwestie of en in hoeverre het complex met unit 1 op 21 september 2012 al feitelijk was gebouwd, is hiervoor verder niet van belang. Woningstichting Woensdrecht was en WS Woensdrecht Vastgoed B.V. is thans de verhurende partij bij de huurovereenkomst. (...)”

Ter toelichting zij hierbij opgemerkt dat in het onderhavige geval ervan kan worden uitgegaan dat een huurovereenkomst bestond met Woningstichting Woensdrecht als verhuurder en Van Elzaker als huurder. Het hof overweegt in de aangehaalde rov. 9.7 dat door de overdracht van de bewuste grond, WS Woensdrecht Vastgoed B.V. eigenaar is geworden van het (naar de commissie begrijpt: al dan niet naderhand) op die grond gebouwde complex met unit 1, door welke overdracht ook de rechten en verplichtingen van Woningstichting Woensdrecht uit de huurovereenkomst zijn overgegaan op WS Woensdrecht Vastgoed B.V. Thans is daarmee WS Woensdrecht Vastgoed B.V. de verhurende partij bij de huurovereenkomst.

De commissie is van oordeel dat in het aangehaalde gedeelte uit rov. 9.7 geen rechtsoordeel is gegeven dat zich leent voor het instellen van een vordering tot cassatie in het belang der wet. De commissie merkt daarbij op dat rov. 9.7 sterk feitelijk is ingestoken. Het hof heeft geen duidelijk rechtsoordeel gegeven omtrent de reikwijdte van art. 7:226 lid 1 BW. Het hof heeft slechts bedoeld vast te stellen wie thans de verhurende partij is bij de huurovereenkomst. In zoverre lijkt de aangedragen uitspraak niet geschikt voor het instellen van een vordering tot cassatie in het belang der wet.

De commissie constateert voorts dat in de literatuur verdeeldheid bestaat of het geval waarbij de huurovereenkomst is gesloten maar het gehuurde nog niet aan de huurder ter beschikking is gesteld ten tijde van de overdracht, onder de reikwijdte van art. 7:226 lid 1 BW valt. In bevestigende zin, onder meer H.J. Rossel, *Huurrecht algemeen*, 2011, p. 430; I.C.K. Mol, in: *Tijdschrift voor Huurrecht Bedrijfsruimte* 2012, p. 379-386, en wellicht ook G.M. Kerpestein, *Huurrecht bedrijfsruimte*, 2014, p. 423-424. In ontkennende zin, onder meer T&C BW (Dozy), art. 7:226 BW, aant. 2 en F.C.P. Teeuw, *Huurgeschillen ontleed. Het huurrecht toegankelijk gemaakt voor huurder en verhuurder*, 2016, p. 458.

De eerste opvatting past bij hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen in zijn arrest van 22 februari 1929. Zie HR 22 februari 1929, NJ 1929, p. 1339-1344 m.nt. E.M.M. In de parlementaire geschiedenis van art. 7:226 BW wordt instemmend naar deze uitspraak verwezen. Zie Parl. Gesch. Huurrecht, De Jonge/De Wijkerslooth, 2008, p. 369. De uitspraak van het hof 's-Hertogenbosch is in lijn met de uitspraak van de Hoge Raad en de parlementaire geschiedenis.

*2. Vraag: Moet de bevoegdheid om op een executieveiling eigendommen van de geëxecuteerde te verkopen worden beoordeeld naar het moment van de veiling of wordt die bevoegdheid mede bepaald door rechtsfeiten die na de veiling plaatshebben?*

Aanleiding voor deze vraag is het arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 17 mei 2016 (ECLI:NL:GHSHE:2016:1933). In deze zaak had de bij het hof in het ongelijk gestelde partij op een executieveiling een strook grond gekocht en vervolgens geleverd gekregen. Executant handelde daarbij op grond van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis van de rechtbank, dat, na de veiling, in hoger beroep bij onherroepelijk geworden uitspraak werd vernietigd. Geëxecuteerde vordert vervolgens in deze procedure van de executiekoper afgifte van de strook grond. Het hof oordeelt dat de rechtsgrond voor executie, de executorialie titel, door de vernietiging met terugwerkende kracht is komen te vervallen en de executant derhalve beschikkingsonbevoegd was ten tijde van de veiling en wijst daarbij op HR 11 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1262, NJ 1994/651. Een dergelijk feit heeft volgens het hof ook werking jegens de executiekoper (evt. beschermingsbepalingen bieden hier ook geen soelaas). Het hof wijst er hierbij ook nog op dat, gelet op de inhoud van de akte van veiling, het er voor moet worden gehouden dat elke potentiële koper wist althans had moeten weten dat de strook grond werd geveild door een verkoper-niet eigenaar op grond van een executorialie titel en dat veilingkopers worden geacht te weten dat op grond van een dergelijke titel mag worden geveild, maar deze niet altijd (reeds) onherroepelijk zijn. Het hieruit voortvloeiende risico komt naar het oordeel van het hof voor rekening van de executiekoper.

Het hof komt hiermee tot een ander oordeel dan de rechtbank in eerste aanleg (Rechtbank Oost-Brabant 23 juli 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:4155), die had geoordeeld dat de terugwerkende kracht van de vernietiging van het vonnis de door de executiekoper verkregen eigendom niet raakt, omdat in de verhouding tot de executieverkoper de bevoegdheid van de executant niet achteraf aan de hand van het tussen de geëxecuteerde en de executant gewezen arrest in hoger beroep moet worden beoordeeld of bezien, maar slechts op het moment dat de eigendom ingevolge art. 525 Rv overging.

De verzoeker meent dat het oordeel van de rechtbank moet worden gevolgd en dat het oordeel van het hof leidt tot een onbillijk resultaat en een bom legt onder het systeem van de uitvoerbaar bij voorraadverklaring.

De door het hof bereikte uitkomst is volgens de commissie echter inherent aan het systeem dat aan art. 3:84 BW ten grondslag ligt en zij ziet geen mogelijkheid, en ook geen reden, om tot een ander oordeel te komen. De (onherroepelijke) vernietiging van een vonnis in hoger beroep heeft - zoals ook het hof overwoog - terugwerkende kracht en brengt mee dat de rechtsgrond ontvalt aan hetgeen reeds ter uitvoering van die uitspraak is verricht (zie recentelijk nog HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1052, RvdW 2016/648, rov. 3.3.2), en daarmee komt in casu (ook) de beschikkingsbevoegdheid van de executant met terugwerkende kracht te ontvallen. De beschikkings(on)bevoegdheid vindt haar grond immers in de onderliggende feiten en niet zozeer in het (herroepelijke) oordeel van de rechtbank daarover. Een dergelijk oordeel wordt slechts van doorslaggevend belang indien daarmee de beschikkings(on)bevoegdheid definitief vast is komen te staan. Vgl. H.J. Snijders in punt 6 van zijn annotatie bij HR 11 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1262, NJ 1994/651. Ook de in casu in aanmerking komende beschermingsbepalingen (waarbij met name kan worden gedacht aan art. 3:88 BW en art. 3:36 BW) bieden hier als gezegd geen soelaas en zijn naar het oordeel van de commissie ook niet bedoeld voor een geval als het onderhavige (zowel het oordeel van het hof als het verzoek in kwestie hebben overigens geen, althans niet direct, betrekking op dergelijke beschermingsbepalingen). Voor art. 3:88 BW geldt als vereiste de goede trouw en dient de onbevoegdheid voort te vloeien uit een vroegere overdracht. Dat laatste is hier niet het geval. En wat betreft de goede trouw, heeft het hof overwogen dat elke potentiële koper wist of in elk geval had moeten weten dat de strook grond werd geveild door een verkoper-niet eigenaar op grond van een executoriale titel, dat veilingkopers geacht worden te weten dat op grond van een dergelijke titel mag worden geveild, omdat deze uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, maar dat dergelijke titels (nog) niet onherroepelijk zijn, en dat indien een veilingkoper die nalaat aan de veilingnotaris te vragen of de betreffende titel

onherroepelijk is, dit voor zijn risico komt (slotalinea rov. 7.6). Ook van enige verklaring of gedraging van de zijde van de geëxecuteerde in de zin van art. 3:36 BW lijkt geen sprake te zijn (de verzoekende advocaat geeft aan dat deze middels een executie kort geding nog heeft getracht de veiling te voorkomen). Naar het oordeel van de commissie dient in een dergelijk geval de executiekoper zich voor verhaal tot de executant te wenden.

Het is de commissie evenmin gebleken dat de desbetreffende vraag heeft geleid tot enige (serieuze) verdeeldheid in jurisprudentie en/of literatuur, afgezien van de hier genoemde afwijkende uitspraak in eerste aanleg.

*3. Vraag: is voorwaardelijke ontbinding van een arbeidsovereenkomst mogelijk onder de Wet werk en zekerheid (Wwz)?*

De Wet werk en zekerheid (Wwz, Stb. 2014/216) is met ingang van 1 juli 2015 (grotendeels) in werking getreden (Besluit van 10 juli 2014 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid, Stb. 2014/274). De mogelijkheid van voorwaardelijke ontbinding van een arbeidsovereenkomst is daarbij niet in de wet geregeld. Ook in het tot 1 juli 2015 geldende recht was die mogelijkheid niet in de wet opgenomen. Desalniettemin heeft de Hoge Raad voorwaardelijke ontbinding onder het oude recht mogelijk geacht (HR 21 oktober 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4670, NJ 1984/296 m.nt. P.A. Stein (Nijman/X)). De vraag is nu of, en in hoeverre, voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz (nog) mogelijk is.

Deze vraag is aan de orde gekomen in een beschikking van de rechtbank Overijssel, team kanton en handelsrecht, zittingsplaats Enschede, van 26 april 2016 (ECLI:NL:RBOVE:2016:1507). De kantonrechter geeft uitgebreid de uiteenlopende standpunten in literatuur en rechtspraak weer omtrent de mogelijkheid al dan niet tot voorwaardelijke ontbinding van een arbeidsovereenkomst na ontslag op staande voet over te gaan. Aan het slot van zijn beschikking geeft hij aan voornemens te zijn een aantal prejudiciële vragen aan de Hoge Raad voor te leggen. Uit de beschikking van 20 mei 2016 (ECLI:NL:RBOVE:2016:1762) blijkt dat de kantonrechter deze vragen ook daadwerkelijk heeft gesteld. De vragen zijn inmiddels ook op de website van de Hoge Raad gepubliceerd (<https://www.hogeraad.nl/prejudiciele-vragen>).

Gelet op het feit dat inmiddels prejudiciële vragen zijn gesteld, ligt een procedure tot cassatie in het belang der wet ten aanzien van deze vraag op dit ogenblik niet in de rede. Omdat het de commissie echter niet uitgesloten lijkt dat tussen de werkgever en de werknemer een

schikking wordt bereikt, als gevolg waarvan de prejudiciële vragen niet meer door de Hoge Raad behoeven te worden beantwoord, leek het de commissie aangewezen om – onder de voorwaarde dat de prejudiciële vragen niet worden beantwoord – in deze zaak te adviseren over te gaan tot een procedure 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 rechtsvraag – onder de reeds genoemde voorwaarde dat de in deze materie aan de Hoge Raad gestelde prejudiciële vragen niet worden beantwoord – een vordering tot cassatie in het belang der wet in te stellen:

- Is voorwaardelijke ontbinding van een arbeidsovereenkomst mogelijk onder de Wet werk en zekerheid (Wwz)?