

Commissie cassatie in het belang der wet

Edelhoogachtbare heer Fokkens,

De ‘commissie cassatie in het belang der wet’ heeft het genoegen u verslag te doen van haar bevindingen, met betrekking tot haar tweede werkzame periode. U treft aan:

- A. een evaluatie met betrekking tot de tweede periode;
- B. een overzicht van de belangrijkste onderwerpen en zaken die onder de aandacht van de commissie zijn gebracht in de tweede periode;
- C. een beoordeling van de verzoeken die in de eerste periode door de commissie zijn aangehouden; en
- D. 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 tweede periode

De commissie heeft in de verslagperiode twaalf verzoeken ontvangen. Zeven daarvan betroffen verzoeken die zich niet leenden voor een voordracht tot cassatie in het belang omdat bij de indiener een niet geheel juist beeld bestond over de aard en functie van het rechtsmiddel cassatie in het belang der wet en/of de taak van deze commissie. De vijf overige inzendingen worden onder B toegelicht.

De commissie heeft de ingekomen verzoeken als volgt beoordeeld:

- In de eerste plaats is bezien of de voorgelegde vraag een juridisch vraagpunt bevat dat zich leent voor een voordracht tot cassatie in het belang der wet.
- In de tweede plaats is meegewogen of er verdeeldheid bestaat in de literatuur en jurisprudentie ten aanzien van het voorgelegde vraagpunt.
- Een zaak leent zich voorts 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.
- Verder worden *repeat players* 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.
- Ook rechtsvragen die de Hoge Raad naar het zich laat aanzien zullen nopen tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU acht de commissie in beginsel minder geschikt. Het Hof van Justitie EU is tot op heden weinig bereidwillig gebleken om vragen te beantwoorden in gevallen waarin een concreet procesbelang voor partijen ontbrak.

- Ten slotte ligt het 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. *Is het recht van de benadeelde uit art. 7:954 BW (de zogenoemde 'directe actie' bij personenschade) een overdraagbaar recht, zodat het ook bijvoorbeeld verpand kan worden?*

Art. 7:954 BW is geschreven om het risico te reduceren dat verzekeringspenningen ter zake van de schade door dood of letsel, de benadeelde niet bereiken vanwege insolventie van de laedens. Het artikel geeft de benadeelde het recht om te verlangen dat de verzekeringsmaatschappij het bedrag dat de verzekerde te vorderen heeft, aan hem betaalt. De verzekeringsmaatschappij kan nadien niet meer bevrijdend aan de laedens betalen.

De commissie is van oordeel dat in het licht van de wet en de wetsgeschiedenis een ontkennende beantwoording van deze vraag voor de hand ligt. Ook overigens bestaat er vrijwel geen verdeeldheid in de jurisprudentie en de literatuur over dit punt. De commissie ziet dan ook op dit moment onvoldoende grond om een cassatie in het belang der wet over deze vraag aan te bevelen.

2. *Wat is de ingangsdatum voor de wettelijke rente voor een vordering tot schadevergoeding vanwege schending van een zorgplicht bij het aanbieden van effectenleaseproducten?*

In effectenlease-geschillen wordt in de jurisprudentie de wettelijke rente doorgaans toegekend vanaf het moment dat de overeenkomst door de belegger is ontbonden. Eerst dan blijkt, afhankelijk van de waarde van de geleaste effecten op de einddatum van de overeenkomst, of de belegger schade heeft geleden tot vergoeding waarvan de bank is gehouden. Het kan immers ook zo zijn dat na ontbinding van de overeenkomst de waarde van de effecten zozeer is gestegen, dat de belegger na verrekening van de lening en de betaalde rente een positief saldo

overhoudt. In dat geval is geen sprake van ‘voor vergoeding in aanmerking komende schade’.

Namens de beleggers is in rechte wel betoogd dat – wanneer de overeenkomst met een negatief saldo is geëindigd en er voor vergoeding in aanmerking komende schade is geleden – als uitgangspunt heeft te gelden dat indien de bank de op haar rustende zorgplicht(en) had nageleefd, de overeenkomst niet was gesloten. Daarvan uitgaande vallen alle door de belegger verrichte betalingen aan te merken als ‘schade’, met als gevolg dat de wettelijke rente ook per die datum is gaan lopen.

De commissie meent dat men in redelijkheid verschillend kan denken over deze opgeworpen vraag. Gezien het potentieel grote aantal zaken waarin deze vraag zich zou kunnen voordoen, acht de commissie het wenselijk dat op korte termijn de Hoge Raad duidelijkheid schept over deze vraag. De commissie adviseert de P-G een vordering tot cassatie in het belang der wet in te stellen over dit onderwerp.

Deze vraag is aan de orde gekomen in bijvoorbeeld het arrest van het Hof Amsterdam van 1 december 2009, LJN BK4978.

3 *Kan een besluit tot ontbinding van een rechtspersoon ongedaan worden gemaakt? Is daarvoor rechterlijke tussenkomst vereist?*

Het hof 's-Gravenhage heeft op 30 januari 2007 (in de zogenoemde PMBC-zaak) geoordeeld dat een ontbindingsbesluit – dat in beginsel tot gevolg heeft dat het vermogen van de rechtspersoon vereffend moet gaan worden – onder bepaalde voorwaarden ongedaan kan worden gemaakt, na rechterlijke tussenkomst. Nadien heeft de rechtbank Rotterdam op 7 juni 2010 een uitspraak gedaan waarin zij zich op het standpunt heeft gesteld dat het aan de KvK is ter zake een besluit te nemen. Tegen een dergelijk besluit staat naar de opvatting van de rechtbank Rotterdam de bestuursrechtelijke rechtsgang open. In het hoger beroep in deze zaak heeft het hof 's-Gravenhage inmiddels een tussenuitspraak gewezen. Bij arrest van 28 augustus 2011 (LJN: BS1144) heeft het hof de in de PMBC-zaak ingezette lijn doorgezet (een eindbeslissing die tot vernietiging van de uitspraak van de rechtbank in het eindarrest zal leiden). Daarnaast doet het hof een oproep aan de wetgever om op dit punt met regelgeving te komen. Voor de periode tot nadere regels zullen zijn gesteld, overweegt het hof – kort gezegd – dat een

belanghebbende (waaronder de avo zelf) de rechter kan verzoeken het ontbindingsbesluit op grond van art. 2:15 jo 2:8 BW te vernietigen, waarbij bepaalde voorwaarden gelden om de belangen van derden te waarborgen.

De commissie meent dat deze rechtsvraag – hoewel interessant – op dit moment minder geschikt is voor een vordering tot cassatie in het belang der wet. Voor het instellen van een cassatie in het belang der wet pleit dat 's hofs oordeel getuigt van een creatieve wetsuitleg. Daartegen pleit dat – behoudens het afwijkende oordeel van de rechtbank Rotterdam – de koers van het hof 's-Gravenhage ook in de literatuur als de heersende leer wordt aangemerkt.

Daarnaast geldt dat de zaak zich nog onder de rechter bevindt en de mogelijkheid bestaat dat de opgeworpen rechtsvraag in een reguliere cassatieprocedure aan de Hoge Raad zal worden voorgelegd. Het hof zal naar verwachting in de loop van dit jaar een eindarrest wijzen. Het is overigens niet heel waarschijnlijk dat cassatieberoep zal worden ingesteld, nu ook de Kamer van Koophandel – verweerder in de procedure in hoger beroep – als beleid de PMBC-lijn van het hof 's-Gravenhage hanteert. De commissie meent – met het hof – dat het uiteindelijk aan de wetgever is, om met een wettelijke regeling te komen op dit punt. Tot die tijd lijken de criteria voor ongedaanmaking van een ontbindingsbesluit die het hof 's-Gravenhage in de PCMB uitspraak heeft ontwikkeld, een voor de praktijk bruikbare oplossing.

4. *Dient bij een verlenging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, of omzetting daarvan naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, een concurrentiebeding expliciet opnieuw te worden overeengekomen gezien het strenge schriftelijkheidsvereiste ex art. 7:653 lid 1 BW?*

De advocaat die deze vraag onder de aandacht van de commissie bracht, heeft op de verdeeldheid in de jurisprudentie over deze vraag gewezen. De commissie heeft geconstateerd dat in de jurisprudentie inmiddels een meer uniforme benadering door de hoven valt waar te nemen. Van een echte verdeeldheid lijkt daardoor niet langer sprake.

Kort gezegd is de lijn in de jurisprudentie de volgende. Wanneer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd onder dezelfde arbeidsvoorwaarden, is het niet nodig opnieuw schriftelijk een concurrentiebeding overeen te komen. Wijzigen de

arbeidsvoorwaarden wel, dan is dit wel vereist. Aan dat vereiste is bijvoorbeeld voldaan indien de arbeidsovereenkomst als bijlage bij een brief wordt meegezonden en de brief voor akkoord getekend is teruggezonden (zie HR 28 maart 2008, LJN: BC0384, NJ 2008, 503 m.nt. Verhulp).

5. *Moet een gerechtsdeurwaarder op verlangen van een executant, voor het bedrag dat deze aan nakosten claimt, tot executie overgaan, ook wanneer de hoogte van de nakosten niet in dat vonnis of in een bevelschrift op grond van art. 237 lid 4 Rv is vastgesteld?*

In de jurisprudentie en literatuur wordt het arrest van de Hoge Raad van 19 maart 2010, NJ 2011, 237 m.nt. Van Mierlo zo verstaan dat de kostenveroordeling óók een executoriale titel behelst voor het vorderen van de nakosten. Bij de tenuitvoerlegging kunnen dus ook de nakosten worden betrokken. Eerst als in de executiefase geschil ontstaat over de hoogte van de nakosten moet alsnog via de band van art. 237 lid 4 Rv een bevelschrift bij de rechter worden gevraagd. De commissie heeft geconstateerd dat – gelet op de jurisprudentie en de literatuur – er op dit moment te weinig onduidelijkheid bestaat over het opgeworpen vraagpunt, om het instellen van een vordering tot cassatie in het belang der wet te rechtvaardigen.

C. De verzoeken waarvan de beoordeling in de vorige periode door de commissie is aangehouden

In twee zaken die onder de aandacht van de commissie zijn gebracht in de vorige periode, heeft de commissie nadere informatie ingewonnen. Deze informatie is door de commissie ontvangen en meegewogen bij de beoordeling van deze verzoeken.

1. *Aan de orde is gesteld de vraag hoe het begrip ‘opeisbare schulden’ als bedoeld in art. 4:202 BW dient te worden verstaan, waarbij met name de vraag is opgeworpen of daaronder ook legaten vallen. De commissie heeft de KNB gevraagd of behoefte bestaat in de praktijk aan verduidelijking op dit punt.*

De aanleiding voor deze vraag betrof een uitspraak van de rechtbank Rotterdam waarin deze vraag ontkennend werd beantwoord. De KNB heeft kenbaar gemaakt zich te kunnen vinden in het standpunt van de rechtbank Rotterdam en geen

noodzaak te zien voor een cassatie in het belang der wet op dit punt. In het licht van deze reactie en de omstandigheid dat in het vonnis van de rechtbank het opgeworpen punt niet goed uit de verf komt, is de conclusie van de commissie dat deze zaak zich minder goed leent voor een voordracht tot cassatie in het belang der wet.

2. *Over de vraag of (onbekende) erfgenamen op grond van art. 54 Rv mogen worden gedagvaard wanneer art. 53 Rv geen uitkomst biedt, heeft de commissie de KNB en de KBvG (Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders) gevraagd of behoefte bestaat aan meer duidelijkheid.*

Deze vraag acht de commissie wel geschikt voor een cassatie in het belang der wet. De opvattingen van de KNB en KBvG getuigen van een verschillende visie op deze vraag en de commissie acht het nuttig indien de Hoge Raad opheldering verschaft.

De rechtsvraag is aan de commissie cassatie in het belang der wet voorgelegd naar aanleiding van de uitspraak van Hof Amsterdam 20 januari 2009, LJV BI2097.

D. 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:

- De vraag naar de ingangsdatum voor de wettelijke rente voor een vordering tot schadevergoeding vanwege schending van een zorgplicht bij het aanbieden van effectenleaseproducten.
- De vraag of (onbekende) erfgenamen op grond van art. 54 Rv mogen worden gedagvaard wanneer art. 53 Rv geen uitkomst biedt.

*_*_*