

## **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 derde werkzame periode. U treft aan:

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

De commissie heeft in de verslagperiode elf verzoeken ontvangen. Vijf 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 beoordeling van de zes overige inzendingen wordt 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. *Vraag: kan op grond van art. 223 Rv (opgenomen in de titel 2, met voorschriften over de dagvaardingsprocedure in eerste aanleg) om een voorlopige voorziening worden gevraagd in een verzoekschriftprocedure?*

In 2002 is de mogelijkheid van het instellen van een provisionele vordering gecodificeerd met de invoering van art. 223 Rv. Voor de invoering van art. 223 Rv lag de basis voor de mogelijkheid tot het treffen van een voorlopige voorziening in de jurisprudentie van de Hoge Raad (HR 21 juni 1872 (W 3474), welk uitgangspunt is bevestigd in HR 23 februari 1990, NJ 1991, 147).

De plaatsing van art. 223 Rv in de titel met regels over de dagvaardingsprocedure, wordt in de wetgeschiedenis niet nader toegelicht. In de literatuur wordt hieruit niet afgeleid dat slechts in dagvaardingszaken een provisionele vordering kan worden ingesteld (zie bijv. Snijders/Klaassen/Meijer 2011, p. 381). Dat zou een beperking inhouden van het voor 2002 geldende recht, hetgeen om een toelichting zou hebben gevraagd in de wetgeschiedenis. Een dergelijke toelichting ontbreekt.

Er is sprake van enige verdeeldheid bij de hoven en in de lagere rechtspraak. Het hof Arnhem-Leeuwarden heeft arresten gewezen (1 december 2011, LJN BU6896 en 19 augustus 2010, LJN BN4786) waarin een verzoek om analoge toepassing van art. 223 Rv is afgewezen, op de grond dat tot het treffen van een voorlopige voorziening op analoge toepassing van artikel 223 Rv geen plaats. Het hof Den Haag (28 maart 2007, LJN: BA3486) heeft art. 223 Rv wel analoog toepasbaar geoordeeld in procedures die worden ingeleid met een verzoekschrift.

Zie ook:

- rechtbank Oost-Nederland (zittingsplaats Arhem) 10 januari 2013, C/05/236743/FA RK 12-12751 (geen analoge toepassing art. 223 Rv); en
- rechtbank Zutphen 29 juni 2011, 122191 FA RK 11-998 (wel analoge toepassing art. 223 Rv).

In het licht van de verdeeldheid in de jurisprudentie en gezien het potentieel grote aantal zaken waarin deze vraag zich kan voordoen, acht de commissie het

wenselijk dat 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.

2. *Vraag: mag het 'campuscontract' worden opgelegd aan zittende huurders?*

Het op 15 juli 2006 ingevoerde artikel 7:274 lid 4 BW maakt het mogelijk zogenoemde 'campuscontracten' met studenten te sluiten. Over de mogelijkheid om zittende huurders te bewegen een campuscontract te sluiten is in de wetsgeschiedenis (Kamerstukken II, 2004/5, 29 707, nr. 6, p. 2) door de Minister opmerkt:

“Bovendien heeft de nieuwe regeling onmiddellijke werking voor lopende huurcontracten. Daarbij kan worden gedacht aan de mogelijkheid dat de verhuurder die aan een student verhuurt, aan deze een redelijk aanbod kan doen om een nieuwe huurovereenkomst aan te gaan. In dat nieuwe huurcontract moet dan worden bedongen dat woonruimte bestemd is voor studenten (voorgestelde artikel 274 lid 4 onder 1°), dat de huurder op verzoek van de verhuurder een bewijs van inschrijving aan een onderwijsinstelling moet overleggen (voorgestelde artikel 274 lid 4 onder 2°) en dat de woonruimte na beëindiging van de huur opnieuw aan een student zal worden verhuurd (voorgestelde artikel 274 lid 4 onder 3°).”

De commissie heeft geconstateerd dat zich in de jurisprudentie inmiddels een uniforme lijn lijkt af te tekenen waarin studenten die geen campuscontract wensen te ondertekenen, dan wel ex-studenten die niet akkoord gaan met de beëindiging van de huur voor eigen gebruik binnen een redelijke termijn, door de rechter in het ongelijk worden gesteld wanneer zij van de verhuurder een aanbod hebben gekregen dat door de rechter als redelijk wordt beoordeeld (vgl. lid 1 onder d, veelal betreft het aanbod een tijdelijk huurcontract van een jaar, waarna de woning/kamer dient te worden verlaten). In deze zin hof Den Haag 16 november 2012 (LJN: BY0077) en hof Amsterdam 17 juli 2012 (LJN: BX1666).

Voorts heeft de commissie in aanmerking genomen dat het bij de beantwoording van de vraag of ‘een redelijk aanbod is gedaan’ uiteindelijk lijkt aan te komen op een afweging van de op het spel staande belangen in een concreet geval. Dat beperkt de toetsingsmogelijkheden in cassatie. Bij haar beoordeling betreft de commissie mede dat het vooralsnog in de rede lijkt te liggen dat in een zaak van dit type door een partij een regulier beroep in cassatie wordt ingesteld.

Op grond van het voorgaande acht de commissie het instellen van een vordering tot cassatie in het belang der wet over deze vraag op dit moment niet opportuun.

3. *Vraag: mag een school met katholieke signatuur het dragen van een hoofddoekje op school verbieden?*

Het (op katholieke leest geschroeide) Don Bosco College te Volendam heeft in augustus 2010 aan een leerlinge verboden om een hoofddoek te (gaan) dragen.

In deze zaak is onder meer van belang dat:

- het onderwijsinformatieboekje van de school vermeldde:

“Naast leerlingen van katholieke[n] en protestants-christelijke[n] huize zijn (...) alle leerlingen welkom van wie de ouders de grondslag en doelstelling van de school respecteren en kunnen onderschrijven.”

- de schoolgids voor het schooljaar 2010/11 vermeldde:

“Het is ten strengste verboden: (...) binnen de school gezichtsbedekkende kleding, petten, hoeden, mutsen of hoofddoekjes te dragen.”

- een vergelijkbaar voorschrift bestond ook voorafgaand aan het schooljaar 2010/11, maar zonder een verwijzing naar hoofddoekjes. Eerder, in 2004 is niet opgetreden tegen leerlingen die hoofddoekjes droegen.
- volgens de school sprake is van (nieuwe) beleidsopvatting, volgens welke indien iemand er willens en wetens voor kiest uitingen van de islam een

vaste plek te willen geven in een Rooms-Katholieke school, sprake is van het nemen van afstand, zowel in gedrag als handelen, van de grondslag van de school.

De kantonrechter (Haarlem) en het hof (Amsterdam) menen dat, in het licht van het gevoerde beleid door de school, het verbod door de beugel kan, de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) niet.

De commissie heeft geconstateerd dat zowel de CGB als het hof een onderwijsinstelling een ruime beleidsvrijheid op dit terrein gunnen, hetgeen de commissie in het licht van het bepaalde in art. 7 leden 1 en 2 AWGB en hetgeen is overwogen in HR 22 januari 1988, AB 1988, 96 en NJ 1988, 891 (Maimonides) als juist voorkomt.

Hetgeen de CGB en het hof verdeeld lijkt te houden is de mate waarin wijzigingen in dat beleid kunnen worden getoetst. De CGB toont zich in haar uitspraak niet ervan overtuigd dat sprake is van een consistent beleid in deze. De CGB motiveert haar oordeel dat sprake is van een verboden onderscheid naar godsdienst met name op de omstandigheid:

“dat verweerster [de school] niet overtuigend heeft aangetoond dat in de praktijk sprake is van een consistent beleid ter handhaving van haar grondslag. Het feit dat in eerste instantie niet, en pas in een zeer laat stadium en niet nader gemotiveerd, is gesteld dat het hoofdoekverbod is ingesteld ter verwezenlijking van de grondslag, heeft de Commissie er evenmin van kunnen overtuigen dat het verbod ook daadwerkelijk nodig is voor de verwezenlijking van die grondslag.”

Het hof meent dat de school ook de ruimte moet worden gegund om te kunnen reageren op ‘nieuwe ontwikkelingen’.

De commissie is van oordeel dat in deze zaak weliswaar sprake is van een duidelijk maatschappelijk en zaakoverstijgend belang, maar dat specifiek deze zaak zich minder goed leent voor een voordracht tot cassatie in het belang der wet. Hetgeen het hof en de CGB verdeeld houdt, lijkt niet zozeer een verschil van inzicht over het recht te betreffen, als wel een verschil van inzicht te zijn over de wijze waarop de omstandigheden van het geval dienen te worden gewogen, in het bijzonder als het gaat om het mogen aanpassen van het beleid. De commissie zou daarom graag wachten op een andere zaak over dit onderwerp, voor het instellen van een cassatie in het belang der wet.

4. *Vraag: geldt artikel 1:254 lid 5 BW – dat bepaalt dat de kinderrechter de stichting (bureau jeugdzorg) die de ondertoezichtstelling uitvoert, kan vervangen door een stichting uit een andere provincie – ook bij een verhuizing?*

Indien een onder toezicht gesteld kind verhuist naar een andere provincie, is het praktisch dat hij ook onder het toezicht van het aldaar gevestigde bureau jeugdzorg gaat vallen. Mag een bureau jeugdzorg het dossier zelf overdragen, of dient de kinderrechter gevraagd te worden om een wijziging van het bureau jeugdzorg dat is belast met het toezicht?

De commissie zal trachten nadere informatie te vergaren over de mate waarin de jurisprudentie verdeeld is en in de praktijk behoefte bestaat aan opheldering over deze vraag. De beoordeling van deze vraag wordt aangehouden.

5. *Twee vragen over het heffen van griffierechten in een renvooprocedure:*

1. *Dient in een renvooprocedure het griffierecht voor vorderingen – ook met een nominaal beloop van meer dan € 25.000 – te worden bepaald op het griffierecht voor vorderingen van onbepaalde waarde?*

2. *Dient in geval van betwisting van een hoofdelijke schuld van twee of meer failliete concernvennootschappen, twee of meermalen griffierecht geheven te worden, wanneer het geschil met de betrokken schuldeiser naar één en dezelfde rolzitting wordt verwezen?*

In HR 21 november 2003, NJ 2004, 72 (een cassatie in het belang der wet) is – onder de oude Wet Tarieven Burgerlijke Zaken – beslist dat in de renvooprocedure geheven dient te worden naar het tarief van onbepaalde waarde. De wetsgeschiedenis van de Wet Griffierecht Burgerlijke Zaken vermeldt niet dat de wetgever hier verandering in heeft willen aanbrengen. In de literatuur wordt ervan uitgegaan dat nog steeds geheven dient te worden volgens het tarief voor een vordering met onbepaalde waarde (zie bijv. E.F. Groot, Insolventierecht, 2011, p. 53).

De commissie zal trachten nadere inlichtingen in te winnen over de vraag in hoeverre verschillend wordt geoordeeld bij de rechtbanken over de beide opgeworpen vragen.

6. *Verzoek om cassatie in het belang der wet in te stellen tegen een uitspraak van het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg omdat volgens verzoeker een langdurige separatie van de patiënt (een autistische man) had plaatsgevonden zonder voldoende juridische basis.*

De commissie acht de aangedragen uitspraak minder geschikt voor een vordering tot cassatie in het belang der wet. Weliswaar betreft de uitspraak een schrijnend geval en acht de commissie de motivering op zijn minst onhelder, maar dat laat onverlet dat de commissie de zaak minder geschikt acht om moeilijke problematiek van separatie bij vrijwillig opgenomen patiënten aan de orde te stellen. Daarbij komt dat dit punt thans de aandacht lijkt te hebben van de wetgever. De wetsvoorstellen voor de Wet Zorg en Dwang (voor verstandelijk gehandicapten en geriatrische inrichtingen) en de Wet Verplichte geestelijke gezondheidszorg (voor de overige psychiatrie) beogen de Wet Bopz te vervangen.

### **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 een vordering tot cassatie in het belang der wet in te stellen:

- *Kan op grond van art. 223 Rv (opgenomen in de tweede titel van het eerste boek van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering met voorschriften over de dagvaardingsprocedure in eerste aanleg) om een voorlopige voorziening worden gevraagd in een verzoekschriftprocedure?*

\*\_\*\_\*