

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 vijfde werkzame periode (die loopt van 1 juli 2014 tot 1 juli 2015). U treft aan:

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

De commissie heeft in de vijfde verslagperiode vijf verzoeken ontvangen. Van twee verzoeken was onmiddellijk duidelijk dat zij zich niet leenden voor een voordracht tot cassatie in het belang der wet. De overige drie binnengekomen verzoeken (waarbij in één verzoek twee afzonderlijke onderwerpen aan de orde werden gesteld) zullen hierna onder B worden toegelicht. Onder B wordt ook één verzoek besproken dat bij de commissie reeds is behandeld in de vierde verslagperiode, maar toen is aangehouden met de bedoeling nadere informatie in te winnen. Ten slotte heeft de commissie zelfstandig twee onderwerpen op de agenda gezet, ook die worden besproken onder B.

De commissie heeft in haar beoordeling van de hiervoor genoemde verzoeken gebruik gemaakt van hetzelfde beoordelingskader als dat waarvan in de vierde 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 heeft naar aanleiding van het aantal binnengekomen verzoeken geconstateerd dat sprake is van minder verzoeken tot cassatie in het belang der wet dan gewoonlijk. De reden zou kunnen zijn gelegen in het gegeven dat de feitenrechter sinds kort ook door het stellen van een prejudiciële vraag een richtinggevende uitspraak kan verkrijgen. Het is echter de vraag of de afname hierdoor geheel verklaard kan worden. Bij het buitengewoon rechtsmiddel van cassatie in het belang der wet kunnen immers ook andere actoren dan gerechten aan de procureur-generaal verzoeken in een bepaald geval over te gaan tot het instellen van cassatie in het belang der wet. In de praktijk is gebleken dat het merendeel van de verzoeken die de commissie bereiken afkomstig is van andere beroepsgroepen dan de rechter (al maken ook rechters gebruik van deze mogelijkheid). De procedure tot cassatie in het belang der wet heeft daarom afzonderlijk betekenis naast de prejudiciële procedure. Het kan ook zijn dat onder juridische beoefenaars, anders dan bij de gerechten, minder kennis bestaat ten opzichte van de mogelijkheid van het indienen van een verzoek tot cassatie in het belang der wet en het bestaan van deze commissie.

Gelet op het voorgaande, in het bijzonder de afname van het aantal verzoeken, is de commissie voornemens 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. Het is immers deze doelstelling die de commissie normstellende rol Hoge Raad, onder voorzitterschap van (de toenmalige) raadsheer in de Hoge Raad A. Hammerstein, bracht tot het standpunt in haar rapport 'Versterking van de cassatierechtspraak', dat het aangewezen is te streven naar een ruimere toepassing van cassatie in het belang der wet en daarmee heeft geleid tot de instelling van de commissie cassatie in het belang der wet door de procureur-generaal bij de Hoge Raad.

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

1. Vraag: is de combinatie van een verzoek tot kosteloze vereffening van de nalatenschap en een verzoek tot opheffing van de vereffening toelaatbaar?

Deze vraag heeft de commissie in haar vierde periode ook onder ogen gezien. Art. 4:209 lid 1 BW geeft de kantonrechter de bevoegdheid om – indien de geringe waarde der baten van een nalatenschap daartoe aanleiding geeft – hetzij de kosteloze vereffening van de nalatenschap, hetzij de opheffing van de vereffening te bevelen. Het artikel is geschreven om een uitweg te bieden indien de kosten der vereffening onevenredig zwaar een weinig omvangrijke boedel belasten. Bij een kosteloze vereffening van de nalatenschap zullen geen griffiekosten verschuldigd zijn. Wel kan aan de vereffenaar loon verschuldigd zijn (art. 4:206 lid 3 BW). Indien de opheffing van de vereffening wordt bevolen, zullen de vereffeningskosten (waaronder griffierecht en loon van de vereffenaar) in beginsel ten laste van de boedel worden gebracht (art. 4:209 lid 2 BW).

In de rechtspraak bestaat verdeeldheid omtrent de vraag of art. 4:209 lid 1 BW zo moet worden uitgelegd dat steeds gekozen moet worden tussen óf een kosteloze vereffening van de nalatenschap óf de opheffing van de vereffening. Naast rechtspraak die een bevestiging vormt van dit standpunt, kan worden gewezen op rechtspraak waarin een combinatie van kosteloze vereffening en opheffing van de vereffening mogelijk wordt geacht. De commissie wijst op de volgende uiteenlopende uitspraken:

- Rb. Leeuwarden 24 april 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BW6247, RN 2012/82;
- Rb. Zwolle-Lelystad 5 oktober 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BP0802;

- Rb. Zwolle-Lelystad 11 juli 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BT2665;
- Rb. Limburg 9 oktober 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:7578;
- Rb. Limburg 14 januari 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:232;
- Rb. Limburg 30 oktober 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:9343;
- Rb. Gelderland 19 november 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:7362;
- Rb. Gelderland 27 november 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:7666.

Zie ook het artikel van W.D. Kolkman, 'Kosteloze vereffening en opheffing vereffening: een verboden combinatie?', Tijdschrift Erfrecht 2012/4, p. 86-90.

De commissie heeft geconstateerd dat de vraag of een combinatie van het verzoek tot kosteloze vereffening van de nalatenschap en de opheffing van de vereffening mogelijk is, een vraag is met een gering praktisch belang; het gaat immers om de afwikkeling van kleine nalatenschappen en om de vraag of bij de combinatie van verzoeken griffierecht verschuldigd is of niet. De commissie heeft daarom contact opgenomen met de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB). De KNB heeft in haar reactie enerzijds aangegeven dat het probleem zich niet vaak zal voordoen, maar anderzijds toch geconstateerd dat het voor de notariële praktijk van belang is duidelijkheid te verkrijgen over de mogelijkheden van art. 4:209 lid 1 BW. Onzekerheid op dit punt zou kunnen leiden tot het afnemen van begeleiding van vereffeningen van kleine nalatenschappen, zeker in combinatie met de onzekerheid over de rangorde van de vereffeningskosten zoals notariskosten.

Met betrekking tot dit laatste punt – de rangorde van de vereffeningskosten (vgl. art. 4:7 lid 1 aanhef en onder c BW) – merkt de commissie nog het volgende op. Er bestaat enige onduidelijkheid of bij een nalatenschap met een geringe waarde der baten (waarbij de vereffeningskosten naar verwachting de activa zullen overtreffen of waarbij uit de activa slechts de preferente crediteuren en de kosten kunnen worden voldaan) de kosten van vereffening vóór de overige schulden der nalatenschap komen. Naar de letter van de wet (art. 4:7 lid 2 BW) is dat niet het geval. Indien echter wordt aangenomen dat vereffeningskosten dezelfde rol vervullen als boedelkosten in een faillissement, zouden ze voor alle andere nalatenschapsschulden uit de boedel dienen te worden voldaan. Het Landelijk Overleg Vakinhoud Civiel en kanton (LOVCK) heeft een aanbeveling gedaan van die strekking (zie de handleiding erfrechtprocedures kantonrechter, p. 86, gepubliceerd op rechtspraak.nl). De literatuur lijkt dezelfde opvatting te zijn toegedaan (vgl. Asser/Perrick 4 2013/633).

De commissie komt daarom tot de volgende conclusie. Hoewel moet worden geconstateerd dat de vraag of een combinatie van het verzoek tot kosteloze vereffening van de

nalatenschap en de opheffing van de vereffening, een vraag is van gering praktisch belang, is duidelijk dat hierover verdeeldheid bestaat in de praktijk. De uiteenlopende rechtspraak illustreert dit. Omdat een geordende afwikkeling van boedels met weinig tot geen activa ook voor de toekomst is geboden, is het goed als deze verdeeldheid zou worden weggenomen door een richtinggevende uitspraak van de Hoge Raad. De commissie adviseert de procureur-generaal daarom in dit geval een vordering tot cassatie in het belang der wet in te stellen. De commissie wijst op de volgende uitspraken die zich daarvoor zouden kunnen lenen: Rb. Leeuwarden 24 april 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BW6247, RN 2012/82 of Rb. Gelderland 27 november 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:7666.

Met betrekking tot de rangorde van de vereffeningskosten is de commissie van mening dat hier van verdeeldheid in de rechtspraak vooralsnog niet gebleken is en dat ook in de literatuur op dit punt een heersende leer lijkt te bestaan. De commissie is daarom van mening dat op dit punt geen cassatie in het belang der wet nodig is. Wel zou de procureur-generaal, indien hij overgaat tot het instellen van cassatie in het belang der wet met betrekking tot de uitleg van art. 4:209 lid 1 BW, over de rangorde van de vereffeningskosten zo nodig ambtshalve enige opmerkingen kunnen maken.

2. Vraag: is de Nederlandse rechter bevoegd indien sprake is van een kinderontvoering naar een staat die geen lid is bij het Haagse Verdrag betreffende burgerrechtelijke aspecten van internationale kinderontvoering van 25 oktober 1980?

In HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU2834, NJ 2012/313 m.nt. Th.M. de Boer, rov. 3.7 komt de Hoge Raad tot het oordeel dat een op het Haagse Verdrag betreffende burgerrechtelijke aspecten van internationale kinderontvoering van 25 oktober 1980 (hierna: het HKOV) gebaseerd verzoek tot teruggeleiding van een kind dat beweerdelijk ongeoorloofd is overgebracht vanuit de verdragsluitende staat waar het zijn gewone verblijfplaats heeft naar een andere verdragsluitende staat, of in die andere staat wordt vastgehouden, slechts kan worden ingediend bij de rechter van de staat waar het kind zich bevindt. In onderhavig verzoek wordt de vraag opgeworpen of dat anders ligt in een geval waarin sprake is van een kinderontvoering naar een land dat niet partij bij het HKOV.

De rechtbank Den Haag bereikt in een uitspraak van 4 maart 2014 (ECLI:NL:RBDHA:2014:2752) de conclusie dat in een geval van kinderontvoering naar een land dat niet partij is bij het HKOV de Nederlandse rechter op grond van art. 3 Rv absoluut bevoegd is. Op grond van art. 11 Uitvoeringswet internationale kinderontvoering is de

kinderrechter van de rechtbank te 's-Gravenhage relatief bevoegd. Zie in dezelfde zin: Rb. Den Haag 27 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:744.

Met betrekking tot dit verzoek merkt de commissie het volgende op. De commissie heeft onderkend dat in zaken waarin sprake is van een kinderontvoering naar een staat die geen lid is bij het HKOV verdeelde rechtspraak niet is te verwachten. De kinderrechter van de rechtbank te 's-Gravenhage is immers bij uitsluiting bevoegd om in eerste aanleg kennis te nemen van (kort gezegd) zaken betreffende internationale kinderontvoering. In de literatuur lijkt het hiervoor weergegeven oordeel van de rechtbank Den Haag verder niet te worden bekritiseerd. Ook is niet gebleken dat de benadering van de rechtbank Den Haag tot praktische problemen aanleiding geeft. Ten slotte is naar het oordeel van de commissie de uitkomst die de rechtbank Den Haag bereikt, ook juridisch wenselijk. Daarmee wordt recht gedaan aan het gegeven dat op dit punt geen internationale regelgeving bestaat, zodat voor de absolute bevoegdheid moet worden teruggevallen op het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering. Verder past de gekozen oplossing bij het ruime toepassingsbereik van de Uitvoeringswet internationale kinderontvoering (art. 2), en de daarop voortbouwende relatieve bevoegdheid van de kinderrechter van de rechtbank te 's-Gravenhage in art. 11. De gedachte om de beslissing van de Hoge Raad van 9 december 2011, hiervoor weergegeven, door te trekken naar gevallen van kinderontvoering naar een staat die geen lid is bij het HKOV, lijkt minder sterk. Immers moet worden bedacht dat de overwegingen van de Hoge Raad in sterke mate zijn geïnspireerd door de tekst en systematiek van het HKOV (vgl. rov. 3.6). Gevallen die buiten het bereik van het HKOV vallen, dienen daarom niet zonder meer op aan het HKOV analogische wijze te worden behandeld. Daaraan doet niet af dat de wetgever in de Memorie van Toelichting bij de Uitvoeringswet internationale kinderontvoering heeft uitgesproken dat de behandeling van niet door het HKOV beheerste gevallen zoveel mogelijk op dezelfde voet geschiedt als door het HKOV beheerste gevallen (MvT, Kamerstukken II, 1987-1988, 20462, nr. 3, p. 4).

De commissie is gezien het voorgaande van mening dat in rechtspraak en literatuur niet blijkt van verdeeldheid en dat de rechtbank Den Haag in voornoemde uitspraken ook tot een gewenst resultaat is gekomen. Er bestaat daarom naar het oordeel van de commissie op dit moment geen reden om te adviseren tot het instellen van cassatie in het belang der wet.

3. Vraag: kan de rechter, in een geval waarin de ouders het gezamenlijk gezag over hun kind uitoefenen, aldus beslissen dat de bevoegdheden van de ene partner die uit het gezamenlijk gezag voortvloeien worden gedelegeerd aan de andere partner?

In de rechtspraak blijkt soms van uitspraken die, hoewel formeel sprake is van gezamenlijk gezag over de kinderen, erop neerkomen dat één van beide partners (vrijwel) uitsluitend gezag uitoefent over de kinderen. In dergelijke gevallen wordt wel gesproken van 'uitgekleed' gezag. De rechter overweegt dan bijvoorbeeld het volgende (ontleend aan een niet gepubliceerd arrest van het Hof Den Haag van 8 januari 2014, zaaknummer: 200.125.351/01):

“bepaalt dat de vader en de moeder het gezamenlijk gezag over [de minderjarige] zullen uitoefenen met inachtneming van de volgende voorwaarden:

- a. de vader delegeert alle bevoegdheden die uit het gezamenlijk gezag voortvloeien voor de duur van de minderjarigheid van de minderjarige aan de moeder, op voorwaarde dat de moeder de vader zal consulteren in zaken die verder strekken dan de dagelijkse verzorging en opvoeding;
- b. de moeder zal de vader consulteren in alle zaken die verder strekken van de dagelijkse verzorging en opvoeding;
- c. de moeder zal in zaken als bedoeld onder a en b, na de vader hierover te hebben gehoord en, zo nodig, de argumenten over en weer te hebben gewogen, de beslissing ten aanzien van de minderjarige nemen, welke beslissing door de vader zal worden gerespecteerd;
- d. (...)
- e. (...)

Soortgelijke uitspraken zijn:

- Hof 's-Gravenhage 19 december 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ7099, EB 2013/69;
- Hof 's-Gravenhage 5 september 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX7459, EB 2012/77, FJR 2012/100 m.nt. C. de Bie-Koopman;
- Hof 's-Gravenhage 1 augustus 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX4545.

Wat voorzichtiger op dit punt:

- Hof 's-Hertogenbosch 29 april 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BM3473, FJR 2010/86;
- Hof 's-Hertogenbosch 4 mei 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BM5190.

De vraag die wordt opgeworpen is welke wettelijke basis er is voor bovenstaande vormen van 'uitgekleed' gezag waarbij weliswaar formeel sprake is van gezamenlijk gezag, maar slechts aan één partner beslissingsbevoegdheid toekomt.

Art. 1:253a BW maakt de rechter bevoegd om te beslissen inzake geschillen omtrent de gezamenlijke uitoefening van het gezag. De rechter kan daarbij op verzoek van de ouders of één van hen een regeling vaststellen inzake de uitoefening van het ouderlijk gezag. De rechter dient bij zijn beslissing rekening te houden met alle omstandigheden van het geval, waarbij het belang van het kind een belangrijke mee te wegen, hoewel niet altijd doorslaggevende, factor is. Zie art. 1:253a lid 1 BW en HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:901, NJ 2014/238, rov. 3.4.2. Het gaat in de praktijk dus steeds om het

geven van een zogenaamde maatwerkbeslissing (een uitdrukking die het Hof 's-Hertogenbosch gebruikt in zijn beschikking van 11 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5213). Art. 1:253a lid 2 BW lijkt daarbij naar de letter niet te verbieden dat vormen van 'uitgekleed' gezag ontstaan. Uit de hiervoor weergegeven rechtspraak blijkt voorts dat steeds tot 'uitgekleed' gezag wordt besloten om praktische redenen: ouders lijken enerzijds niet in staat te zijn tot een gezamenlijke gezagsuitoefening, terwijl het anderzijds wenselijk is dat ook de vader een rol speelt bij de opvoeding van de minderjarige. Het gaat daarbij dus kennelijk om gevallen waarin het belang van het kind niet met zich brengt dat wijziging van het gezag noodzakelijk is (art. 1:251a lid 1 BW), maar wel dat (vergaande) beperkingen aan het gezag van de vader worden gesteld.

De commissie heeft vastgesteld dat er wel enige kritiek bestaat op dergelijke 'uitgekleed' gezag-beslissingen. Vgl. bijv. de noot van C. de Bie-Koopman bij Hof 's-Gravenhage 5 september 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX7459, FJR 2012/100. Deze kritiek maakt naar het oordeel van de commissie duidelijk dat bij de beslissing steeds rekening moet worden gehouden met het belang van het kind. De commissie is van mening dat een rechter juist door rekening te houden met het belang van het kind kan komen tot een bepaalde vorm van 'uitgekleed' gezag.

De beslissing inzake 'uitgekleed' gezag poogt dus recht te doen aan de specifieke omstandigheden van het geval, waarbij in het bijzonder ruimte bestaat om de verhouding tussen de ouders en het belang van het kind mee te wegen. Art. 1:253a BW laat ruimte aan de rechter om dergelijke maatwerkbeslissingen te nemen. De commissie is daarom vanwege de nauwe verwevenheid van de beslissing inzake 'uitgekleed' gezag met de omstandigheden van het geval, van mening dat hierbij cassatie in het belang der wet niet in de rede ligt.

4. Vraag: is het fenomeen van de 'freelance gerechtsdeurwaarder' – de kandidaat-gerechtsdeurwaarder die zich laat toevoegen aan twee of meer verschillende gerechtsdeurwaarders en voor hen ambtshandelingen verricht buiten loondienst en zonder op hun kantoor werkzaam te zijn – in strijd met de bepalingen van de Gerechtsdeurwaarderswet?

Met de figuur van de 'freelance gerechtsdeurwaarder' wordt bedoeld op de toegevoegd kandidaat-gerechtsdeurwaarder die zich aan twee of meer verschillende gerechtsdeurwaarders heeft laten toevoegen. Hij heeft geen arbeidsovereenkomst met deze gerechtsdeurwaarders, maar voert feitelijk zijn eigen praktijk waarbij op contractuele basis ambtshandelingen worden verricht voor en namens de gerechtsdeurwaarders aan wie hij is

toegevoegd. De vraag is in hoeverre deze handelwijze in overeenstemming is met de bepalingen van de Gerechtsdeurwaarderswet.

Daarvoor kan in de eerste plaats worden gewezen op de tuchtrechtelijke procedures die door de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders zijn aangespannen en waarin wordt geklaagd dat het handelen van de 'freelance gerechtsdeurwaarder' tuchtrechtelijk laakbaar is. De kamer voor gerechtsdeurwaarders te Amsterdam heeft op 4 februari 2014 beslist dat de ingediende klacht ongegrond is (ECLI:NL:TGDKG:2014:21). In hoger beroepsprocedures is de notaris- en gerechtsdeurwaarderskamer van het hof Amsterdam echter tot het oordeel gekomen dat de klacht gegrond is, zonder dat overigens een tuchtrechtelijke maatregel is opgelegd. Zie Hof Amsterdam 9 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3717; Hof Amsterdam 9 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3722, Prg. 2014/261; Hof Amsterdam 9 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3723, Prg. 2014/250. Naar het oordeel van het hof Amsterdam volgt uit de wettekst en de wetsgeschiedenis van de Gerechtsdeurwaarderswet dat de kandidaat-deurwaarder daadwerkelijk verbonden dient te zijn aan het kantoor van de gerechtsdeurwaarder aan wie hij is toegevoegd. Hiermee wordt ook een basis geschapen voor de gerechtsdeurwaarder om door middel van toezicht daadwerkelijk inhoud te geven aan zijn verantwoordelijkheid voor het handelen van de aan hem toegevoegde kandidaat-gerechtsdeurwaarder.

In de tweede plaats wijst de commissie erop dat de onderhavige materie de aandacht van de wetgever heeft. In het kader van wetsvoorstel 34047 zijn opmerkingen gemaakt over de 'freelance gerechtsdeurwaarder'. In het voorstel wil men door aanpassing van de regelgeving de ongewenste ontwikkeling van de zogenaamde freelancers en de gebrekkige controle op hun functioneren een halt toeroepen. Dit heeft geleid tot een wettelijk vastgelegd maximum van twee gerechtsdeurwaarders aan wie men kan worden toegevoegd. Vgl. het Voorstel van wet, Kamerstukken II, 2014-2015, 34047, nr. 2, p. 9 (art. 27) en de Memorie van Toelichting, Kamerstukken II, 2014-2015, 34047, nr. 3, p. 2, 4-5, 31. Nadien is echter de vraag opgekomen in hoeverre de 'freelance gerechtsdeurwaarder' wel zo ongewenst is als men doet voorkomen. Vgl. Verslag, Kamerstukken II, 2014-2015, 34047, nr. 5, p. 3-5; Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II, 2014-2015, 34047, nr. 6, p. 5-7. Op het moment van schrijven van dit verslag was het wetgevingstraject nog niet afgerond.

De commissie is van mening dat, gezien de omstandigheid dat de voorgelegde rechtskwestie reeds de aandacht van de wetgever heeft, een cassatie in het belang der wet op dit moment niet opportuun is. Het is immers vast beleid dat het niet in de rede ligt 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.

5. Vraag: mogen derden beslag leggen op de aanspraken die een bestuurder van een rechtspersoon heeft op de verzekeraar bij wie de bestuurder een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering heeft afgesloten?

Aanleiding voor deze vraag is een artikel van A. Hendrikse & M. Kalff, 'Derdenbeslag op een BCA-verzekering', NJB 2014/1628. In dit artikel wordt geconstateerd dat curatoren die een (voormalig) bestuurder willen aanspreken, nog wel eens beslag willen leggen op de aanspraken van deze bestuurder op de verzekeraar bij wie de bestuurder een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering (hierna ook: BCA-verzekering) heeft afgesloten. Het zal dan gewoonlijk gaan om een conservatoir derdenbeslag als bedoeld in art. 718 Rv jo. 475 Rv. De auteurs achtten een dergelijk beslag problematisch omdat een BCA-verzekering de kosten dekt van verweer tegen de aansprakelijkstelling en de vergoeding van de schade of een schikking. Als gevolg van het beslag kan de bestuurder niet meer zijn kosten van verweer voldoen uit de BCA-verzekering; de verzekeraar weet ook niet of de bestuurder op adequate wijze wordt bijgestaan. Daarmee neemt de kans op een uiteindelijke veroordeling toe. De auteurs zijn daarom van mening dat een dergelijk beslag niet mogelijk zou moeten zijn. Onder verwijzing naar art. 475a Rv betogen zij dat de aard van de aanspraken van een verzekerde op zijn BCA-verzekeraar zich tegen de mogelijkheid van beslaglegging verzet.

In de lagere jurisprudentie zijn uitspraken te vinden die zien op conservatoir beslag onder de verzekeraar van een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering. Zie Rb. Amsterdam 30 oktober 2003, ECLI:NL:RBAMS:2003:BM5663, Tvl 2004/10; Rb. Amsterdam 19 april 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AX3125, JBPR 2006/90 m.nt. E. Loesberg; Rb. Amsterdam 7 februari 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BD2754; Hof Amsterdam 9 september 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BG4513, JBPR 2009/27 m.nt. E. Loesberg; Rb. Oost-Brabant 24 juli 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4147, JBPR 2014/11 m.nt. J.E.P.A. van Hooff; Rb. Oost-Brabant 26 februari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:866, JOR 2014/126 m.nt. U.B. Verboom; Rb. Limburg 23 oktober 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:9164.

In deze rechtspraak is steeds sprake van een belangenafweging, waarbij wordt meegewogen of het beslag door de curator onder de verzekeraar zou verhinderen dat de bestuurder/commissaris verweer kan voeren tegen de aansprakelijkstelling door de curator. Indien het antwoord hierop bevestigend is, wordt beslag in de regel niet toegestaan. Doordat steeds sprake is van een belangenafweging, wordt in sommige gevallen beslag wel en in andere gevallen niet toegestaan. Deze rechtspraak is daarmee meer genuanceerd dan de

opvatting van genoemde auteurs op dit punt, die immers van mening zijn dat conservatoir beslag onder de BCA-verzekeraar naar haar aard (art. 475a Rv) niet mogelijk is.

De commissie is van mening dat de genoemde rechtspraak terecht uitgaat van een belangenafweging, waarbij als relevante omstandigheid wordt meegewogen of het beslag door de curator onder de BCA-verzekeraar zou verhinderen dat de bestuurder verweer kan voeren tegen de aansprakelijkstelling door de curator. Omdat in deze rechtspraak onder ogen wordt gezien welke gevolgen het beslag voor de bestuurder heeft, bestaat er naar het oordeel van de commissie geen aanleiding om op dit punt te adviseren tot het instellen van een vordering tot cassatie in het belang der wet.

6. Vraag: kan de rechter die een dwangsom heeft opgelegd, deze nog matigen indien handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is?

De regeling van de dwangsom (art. 611a e.v. Rv) kent als uitgangspunt dat een eenmaal verbeurde dwangsom verschuldigd blijft en derhalve niet door de rechter naderhand kan worden aangepast. In art. 611d lid 1 Rv is op dit punt een uitzondering te vinden: de rechter kan de dwangsom opheffen of verminderen in geval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen. Lid 2 voegt hieraan toe dat voor zover de dwangsom verbeurd was voordat de onmogelijkheid intrad, de rechter haar niet kan opheffen of verminderen.

In de rechtspraak wordt wel geoordeeld dat naast de in art. 611d Rv genoemde situatie ook ruimte bestaat voor matiging van de dwangsom door de rechter indien handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Zie Hof Den Haag 16 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4103; Hof Den Haag 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3263, NJF 2015/206; Rb. Den Haag 5 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2396, NJF 2015/211. In de uitspraak wordt dit gewoonlijk als volgt weergegeven:

“Voorts zal worden bepaald dat de op te leggen dwangsom vatbaar is voor matiging door de rechter, voor zover handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, mede in aanmerking genomen de mate waarin aan de veroordeling is voldaan, de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid daarvan.”

De vraag is of een dergelijke aanvullende matigingsbevoegdheid van de rechter toelaatbaar is of dat de wettelijke regeling van de dwangsom geen andere uitzonderingen toelaat dan in art. 611d Rv zijn bepaald. Sommige gerechten zijn van oordeel dat in het stelsel niet past

een algemene bevoegdheid van de rechter om op grond van redelijkheid en billijkheid - ook buiten de grenzen van art. 611d Rv - tot matiging van de dwangsom over te gaan. Bovendien komt de mogelijkheid om tot matiging over te gaan, indien vaststaat dat de veroordeelde niet (volledig) aan de veroordeling heeft voldaan en derhalve nadat de dwangsom al is verbeurd, in strijd met het tweede lid van art. 611d Rv. Zie Hof Amsterdam 8 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4228; Hof Amsterdam 9 januari 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AI1861, JBPR 2003/59; Hof 's-Hertogenbosch 3 februari 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AO4136, NJF 2004/306; Hof Amsterdam 24 maart 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AT7898, NJF 2005/217. Vgl. ook A.W. Jongbloed, De privaatrechtelijke dwangsom, 2015, p. 100-101.

De commissie constateert dat sprake is van een verdeelde lagere rechtspraak. De commissie is verder van mening dat het van belang is dat op dit punt meer duidelijkheid ontstaat. Het is immers voor een veroordeelde van belang te weten onder welke omstandigheden de aan hem opgelegde dwangsom voor matiging vatbaar is. De commissie adviseert de procureur-generaal daarom in dit geval een vordering tot cassatie in het belang der wet in te stellen. De zaak die heeft geleid tot Hof Den Haag 16 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4103 zou zich daarvoor kunnen lenen.

Bij het voorgaande merkt de commissie nog het volgende op. Aan de commissie is gebleken dat ten tijde van het uitbrengen van dit verslag bij de Hoge Raad een zaak aanhangig is waarin ten aanzien van genoemd punt zou kunnen worden beslist (zie de zaak met rolnr. 14/03599). De commissie adviseert daarom om eerst deze uitspraak af te wachten, waarna de procureur-generaal kan beslissen of nog noodzaak bestaat tot het instellen van een vordering tot cassatie in het belang der wet.

7. Vraag: heeft de beslagene voldoende zekerheid gesteld, zodat de rechter tot opheffing van een conservatoir beslag kan overgaan, indien hij een bankgarantie aanbiedt die eerst kan worden ingeroepen in geval van een toewijzende uitspraak die in kracht van gewijsde is gegaan?

De opheffing van een conservatoir beslag door de voorzieningenrechter is geregeld in art. 705 Rv. In het tweede lid is bepaald dat de opheffing onder meer wordt uitgesproken, zo het beslag is gelegd voor een geldvordering, indien voor deze vordering voldoende zekerheid wordt gesteld. De voorgelegde vraag luidt of voldoende zekerheid wordt geboden in geval een bankgarantie wordt aangeboden die eerst kan worden ingeroepen indien de zaak definitief is beslecht doordat de wettelijke termijn voor verzet, hoger beroep of cassatie is verstreken. Daartegen wordt wel bezwaar gemaakt waarbij wordt betoogd dat pas sprake is

van voldoende zekerheid indien een bankgarantie wordt aangeboden die kan worden ingeroepen indien een uitvoerbaar bij voorraad verklaarde uitspraak wordt overgelegd.

In de lagere rechtspraak wordt in wisselende zin beslist. Soms wordt beslist dat (pas) sprake is van voldoende zekerheid op het moment dat de bankgarantie kan worden ingeroepen wanneer een uitvoerbaar bij voorraad verklaarde beslissing (in eerste aanleg) is verkregen. Zie Rb. Groningen 4 januari 2008, ECLI:NL:RBGRO:2008:BC4115, NJF 2008/72; Rb. Amsterdam 26 maart 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BH9341; Rb. Den Haag 29 mei 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7039. Andere gerechten zijn van oordeel dat (al) voldoende zekerheid wordt geboden indien sprake is van een bankgarantie waarbij gegarandeerd is dat uitbetaling volgt wanneer er een toewijzend vonnis of arrest is dat in kracht van gewijsde is gegaan. Zie Hof 's-Hertogenbosch 14 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1354, NJF 2015/255; Hof 's-Hertogenbosch 17 mei 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU8027, NJF 2005/434. Vgl. hierover voorts het artikel van E.A.L. van Emden & E.L.A. van Emden, 'Art. 705 Rv en bankgarantie', BER 2012, nr. 3, p. 18-19.

Deze uiteenlopende rechtspraak kan deels worden verklaard vanuit het gegeven dat de vraag of sprake is van voldoende zekerheid een belangenafweging vereist, waarbij de belangen van de beslaglegger en de beslagene/beslagschuldenaar tegen elkaar dienen te worden afgewogen. Vgl. ten aanzien van een andere opheffingsgrond als bedoeld in art. 705 lid 2 Rv: HR 14 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2105, NJ 1997/481 m.nt. H.J. Snijders; HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT9060, NJ 2006/148 m.nt. G.R. Rutgers en HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1074, RvdW 2015/556. Zie Rb. Amsterdam 15 juni 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BR3172, JBPR 2012/16 m.nt. A. Steneker, JOR 2011/311 m.nt. E.L.A. van Emden voor een toepassing op de onderhavige opheffingsgrond.

De commissie constateert dat de hiervoor genoemde belangenafweging een sterk feitelijk karakter heeft. Dat kan verklaren waarom de rechtspraak ten aanzien van de opheffing van het beslag zo uiteenloopt met betrekking tot de vraag of met de aangeboden bankgarantie voldoende zekerheid wordt gesteld in de zin van art. 705 Rv. Het feitelijke karakter van deze rechtspraak maakt dat een procedure tot cassatie in het belang der wet in beginsel niet voor de hand ligt. De commissie meent echter dat in het onderhavige geval daarover anders moet worden gedacht. De hiervoor weergegeven rechtspraak maakt namelijk niet inzichtelijk waarom in het ene geval voldoende zekerheid wordt gesteld door het aanbieden van een bankgarantie die kan worden ingeroepen nadat een onherroepelijke uitspraak is verkregen, terwijl in het andere geval pas sprake is van voldoende zekerheid indien de bankgarantie inroepbaar is na verkrijging van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis. Niet wordt

gemotiveerd waarom een ogenschijnlijk identiek feitencomplex kan leiden tot verschillende uitkomsten. De commissie acht dit onwenselijk en is van mening dat het goed zou zijn indien op dit punt meer duidelijkheid komt, bijvoorbeeld doordat de Hoge Raad een vuistregel formuleert onder welke omstandigheden met een bankgarantie voldoende zekerheid wordt gesteld. De commissie adviseert de procureur-generaal daarom in dit geval een vordering tot cassatie in het belang der wet in te stellen.

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:

- Is de combinatie van een verzoek tot kosteloze vereffening van de nalatenschap en een verzoek tot opheffing van de vereffening toelaatbaar?
- Kan de rechter die een dwangsom heeft opgelegd, deze nog matigen indien handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is?
- Heeft de beslagene voldoende zekerheid gesteld, zodat de rechter tot opheffing van een conservatoir beslag kan overgaan, indien hij een bankgarantie aanbiedt die eerst kan worden ingeroepen in geval van een toewijzende uitspraak die in kracht van gewijsde is gegaan?