

Het constitutieve vonnIS in kort geding

— door **Aldert van der Bent**

Sinds enkele jaren is er een trend om vorderingen in kort geding af te wijzen omdat bij toewijzing ervan het vonnis een constitutief karakter zou dragen. Het is zaak een dergelijke vordering waar mogelijk te vermijden.

Een constitutief vonnis legt de rechtsverhouding tussen twee partijen vast, zodat op die rechtsverhouding latere acties kunnen worden gebaseerd. Het constitutieve vonnis schept een nieuwe materiële rechtstoestand, dan wel doet een bestaande rechtsbetrekking teniet. Aldus bijvoorbeeld scheiding van echt of van tafel en bed; ontbinding van een overeenkomst; faillietverklaring; vernietiging van een octrooi.¹ Dergelijke vonnissen worden steeds gegeven in een bodemprocedure.

In spoedeisende zaken kan de rechter in kort geding bij wijze van ordemaatregel een onmiddellijke voorziening bij voorraad geven (artikel 254 Rv). Al in 1947 overwoog de Hoge Raad dat het de rechter in kort geding vrijstaat bij de motivering waarom hij bepaalde voorzieningen toewijst, zijn oordeel te geven omtrent de rechtsverhouding van partijen; hij mag echter geen als bindend bedoelde uitspraak omtrent die rechten geven.²

De grens tussen een ordemaatregel en een constitutieve uitspraak wordt weliswaar in theorie scherp getrokken, maar is in de praktijk veelal probleemloos te respecteren. Zo kan in kort geding geen schadevergoeding worden toegewezen, maar wel een voorschot daarop. In toenemende mate worden eisers in kort geding evenwel geconfronteerd met een afwijzing van hun vordering, omdat die een constitutief karakter zou hebben, hoewel soortgelijke vorderingen voorheen probleemloos werden toegewezen.

VERDELING VAN WONINGEN

In 2018 oordeelde het gerechtshof Den Haag dat de door de voorzieningenrechter toegewezen vordering tot medewerking van de vrouw aan verkoop van de voormalige echtelijke woning aan een derde op een juridische misslag berustte. Het verkopen van een goed als door de voorzieningenrechter bepaald, beschouwt het hof als een wijze van verdelen als bedoeld in artikel 3:185 BW. Het is naar het oordeel van het hof echter niet aan de voorzieningenrechter om in het kader van een ordemaatregel een definitief einde aan de verdeling te maken.³

Het gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft zich in 2021 daarbij aangesloten.⁴ Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, daarentegen, doceert: 'De rechter speelt alleen een rol bij de verdeling als het de deelgenoten niet zelf lukt. In dat geval kan de rechter (1) de wijze van verdeling gelasten of (2) de verdeling zelf vaststellen (art. 3:185 BW). In het eerste geval verdelen de deelgenoten zelf, maar wel op de wijze die de rechter gelast.' Alleen in het *tweede* geval is naar het oordeel van dit hof sprake van een constitutief vonnis.⁵

In de lijn van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden wees de rechtbank Noord-Holland recentelijk de vordering van de vrouw tegen de man en de notaris tot medewerking aan het passeren van een akte van verdeling toe. De voorzieningenrechter overweegt daarbij dat nu eiseres in het bezit van de in het geding zijnde panden zal blijven, zij deze gewoon weer kan terug leveren.⁶

LEVERING VAN AANDELEN

Op 22 juni 2021 wees het gerechtshof Den Haag arrest in een geschil tussen twee aandeelhouders in een bv. Het gerechtshof wijst de levering van aandelen af, maar *niet* omdat het karakter van een kort geding zich daartegen zou verzetten.⁷ De rechtbank Midden-Nederland overweegt op 22 februari 2022 expliciet dat toewijzing van een vordering tot het geven van medewerking aan levering van aandelen geen constitutief vonnis oplevert. Bij de toewijzing speelt wel een rol dat gedaagden slechts formele beletselen hebben opgevoerd voor hun medewerking aan die levering.⁸ Ook de voorzieningenrechter van de rechtbank Oost-Brabant had er in 2016 geen moeite mee om een vordering tot medewerking aan de levering van aandelen toe te wijzen. De voorzieningenrechter passeert daarbij het verweer dat toewijzing van de vordering voor gedaagde dermate verstrekkende gevolgen zal hebben dat een voorlopige maatregel niet het aangewezen rechtsmiddel is.⁹

VARIA

Een curator vorderde dat de rechtbank Limburg zes partijen zou veroordelen om een eigen aangifte tot faillietverklaring van een bv in te dienen bij de bevoegde rechtbank. De rechtbank overwoog dat van een constitutief vonnis sprake is wanneer door het vonnis een onvoorwaardelijke en permanente rechtstoestand gaat gelden. Toewijzing van het gevorderde leidt volgens de rechtbank met zodanige zekerheid bijna rechtstreeks tot het faillissement van de betreffende bv. Dat is naar het oordeel van de rechtbank een zodanig onomkeerbaar gevolg dat de vordering daarom moet worden afgewezen.¹⁰

Daarentegen zag diezelfde rechtbank er twee maanden eerder geen been in om een werkgever in kort geding te veroordelen tot het verlenen van medewerking aan het sluiten van een beëindigingsovereenkomst met een werknemer. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat het een zogenaamd slapend dienstverband betrof.¹¹

Vermeldenswaard is tot slot een uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 25 mei 2022. De voorzieningenrechter verklaart een hypothecaire inschrijving waardeloos in de zin van artikel 3:29 BW. Dat vonnis is even praktisch als constitutief, maar moet worden begrepen tegen de achtergrond van het feit dat één van de eisers een boete van € 30.000 zal verbeuren als zij niet binnen vijf dagen na de zitting een woning afneemt, terwijl de andere eisers (haar ouders), die ten behoeve van de financiering een nieuwe hypotheek willen vestigen, niet in staat zijn dat te doen omdat de oude hypothecaire inschrijving na aflossing van de lening niet is doorgehaald en de geldverstrekkende bv intussen is ontbonden.¹²

ANALYSE EN CONCLUSIES

Welke hoofdlijnen en *best practices* vallen er uit het voorgaande te destilleren?

Het instellen van een vordering met een (rechtstreeks) constitutief karakter moet zo veel mogelijk worden vermeden. De vordering dat een opzegging niet geldt¹³, tot vernietiging van een concurrentie- en relatiebeding¹⁴, tot bepaling van de hoofdverblijfplaats van de kinderen¹⁵ of te bepalen dat geen opslagkosten en huur hoeft te worden betaald¹⁶, is (echt) niet toewijsbaar.

Zeker als die hoofdregel wordt gerespecteerd, lijkt de bereidheid van rechtbanken om een hooguit indirect constitutieve vordering toe te wijzen groter dan die van (sommige) gerechtshoven.

Mocht toewijzing van de vordering indirect (door medewerking van de gedaagde) een constitutief effect hebben, dan is het aan te bevelen om op voorhand toe te lichten dat het vonnis zelf geen constitutief karakter zal hebben, omdat niet de rechter, maar de gedaagde een andere rechtstoestand zal creëren.

Tot slot neemt de kans op toewijzing toe als de gevolgen van het vonnis zo nodig zijn terug te draaien, bijvoorbeeld omdat een woning of een aandelenparticipatie niet aan een derde maar aan één van partijen moet worden geleverd. In voorkomende gevallen is het dus raadzaam de rechter ook daarop te attenderen.

Aldert van der Bent is advocaat bij Wybenga advocaten in Rotterdam en advocaat-redactielid van dit blad.

Noten

- 1 J.P. Fokker, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, Twaalfde afdeling Rv, aant. 3.
- 2 HR 14 februari 1947, *NJ* 1947/155, m.nt. E.M. Meijers.
- 3 Gerechtshof Den Haag 13 november 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3426.
- 4 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 september 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2803.
- 5 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 juni 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:5839.
- 6 Rechtbank Noord-Holland 2 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:6904.
- 7 Gerechtshof Den Haag 22 juni 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1394.
- 8 Rechtbank Midden-Nederland 22 februari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:608.
- 9 Rechtbank Oost-Brabant 21 oktober 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:5946.
- 10 Rechtbank Limburg 30 maart 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:2520.
- 11 Rechtbank Limburg 9 januari 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:173.
- 12 Rechtbank Midden-Nederland 25 mei 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2005.
- 13 Rechtbank Rotterdam 15 oktober 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:10119.
- 14 Rechtbank Oost-Brabant 1 februari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:443.
- 15 Rechtbank Oost-Brabant 19 oktober 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:5808.
- 16 Rechtbank Overijssel 13 september 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:3515.