

EB 2023/68

## De Hoge Raad heeft gesproken: allemaal naar de voorzieningenrechter?

Mr. GV. van Campen, datum 16-08-2023

Datum	16-08-2023
Auteur	Mr. GV. van Campen <sup>[3]</sup>
JCDI	JCDI:ADS710548:1
Vakgebied(en)	Burgerlijk procesrecht / Algemeen Goederenrecht / Gemeenschap Personen- en familierecht / Relatievermogensrecht Personen- en familierecht (V)
Wetgeving	art. 3:174 BW, art. 3:185 BW, art. 3:300 BW, art. 254 Rv

Op 31 maart 2023 heeft de Hoge Raad uitspraak gedaan naar aanleiding van een door advocaat-generaal (hierna: A-G) mr. Snijders ingestelde vordering tot cassatie in het belang der wet.<sup>[1]</sup> Vanuit de praktijk werd reikhalzend uitgekeken naar de beslissing van de Hoge Raad, omdat grote behoefte bestond aan duidelijkheid over de vraag waar het in dit cassatieberoep om draaide: kan de voorzieningenrechter in kort geding bevelen - kort gezegd - dat een partij haar medewerking dient te verlenen aan verkoop en levering van een woning?<sup>[2]</sup>

### 1.1 Aanleiding voor het cassatieberoep

Opvallend genoeg vond de A-G het aanvankelijk niet nodig om cassatie in het belang der wet in te stellen.<sup>[4]</sup> De rechtspraak over het onderwerp was naar zijn mening duidelijk genoeg; er hoefde dus niet aan getwijfeld te worden dat de voorzieningenrechter in kort geding een veroordeling tot medewerking aan verkoop en levering van een woning kan uitspreken. Een tweetal verzoeken aan de Commissie cassatie in het belang der wet en informele navraag bij goed in de familierechtpraktijk ingevoerde advocaten leerden de A-G echter dat in de praktijk er toch behoefte bestond aan duidelijkheid, meer in het bijzonder nu twee hoven (Den Haag en 's-Hertogenbosch) ieder een andere koers bleken te varen en dit partijen er in bepaalde delen van het land van weerhield om te procederen. De A-G volgde dan ook het advies van de Commissie cassatie in het belang der wet om over deze kwestie toch cassatie in te stellen.<sup>[5]</sup>

Op 31 maart 2023 kwam het verlossende woord van de Hoge Raad: ja, de voorzieningenrechter kan in kort geding een veroordeling uitspreken tot medewerking aan verkoop en levering van een woning. Hieronder zal ik toelichten op welke gronden de Hoge Raad tot zijn oordeel is gekomen en wat de gevolgen van de uitspraak zijn voor de praktijk, waarbij ik tevens aandacht zal besteden aan enkele bezwaren vanuit de notariële praktijk. Ten slotte zal ik enkele praktische wenken geven voor zaken waarin een partij weigert mee te werken aan de verkoop van een woning.

### 1.2 Het standpunt van de A-G

De A-G had in zijn middel aangevoerd dat een veroordeling van een van de deelgenoten op vordering van een andere deelgenoot om mee te werken aan de verkoop en levering van een tot een gemeenschap behorend goed in kort geding mogelijk is. Hij voerde daartoe drie zaken aan:

- (i) in kort geding kan steeds bij wege van voorlopige voorziening een veroordeling worden uitgesproken,

en dus ook een veroordeling tot medewerking aan een verdeling van een gemeenschap of gemeenschapsgoed;

- (ii) de wijze van verdeling als bedoeld in artikel 3:185 BW kan wel in kort geding worden bepaald, in elk geval als onderdeel van een bij wege van voorlopige voorziening uit te spreken veroordeling; en
- (ii) de veroordeling om mee te werken aan de verkoop van een tot een gemeenschap behorend goed en
- i) de bepaling van de wijze van verdeling als bedoeld in artikel 3:185 BW maken geen einde aan de verdeling en zijn mede om die reden in kort geding mogelijk.

### 1.3 Het oordeel van de Hoge Raad toegelicht

De Hoge Raad stelt in rechtsoverweging 3.2 voorop dat het voorlopige karakter van een beslissing in kort geding meebrengt dat aan die beslissing geen gezag van gewijsde toekomt en dat partijen en de rechter niet aan die beslissing zijn gebonden in een bodemprocedure of een later kort geding. Ook benadrukt hij dat de beslissing in het dictum van een uitspraak in kort geding vervalt als een andersluidende uitspraak is gedaan in de bodemprocedure. Hierna verwijst de Hoge Raad naar een reeds in 1946 gewezen arrest, waarin hij oordeelde dat de omstandigheid dat de gevolgen van een in kort geding gegeven voorziening feitelijk onomkeerbaar zijn, aan het geven van een dergelijke voorziening niet in de weg staat.<sup>[6]</sup> Dit laatste is van belang, nu het Hof Den Haag in 2019 oordeelde dat een definitieve en ingrijpende beslissing als een verdelingshandeling niet als een (voorlopige) ordemaatregel kan worden genomen.<sup>[7]</sup> Dit argument wordt hiermee door de Hoge Raad van tafel geveegd.

Vervolgens herhaalt de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.3 eerder door hem gegeven oordelen over mogelijkheden in kort geding:

- (i) in kort geding kan de rechter een veroordeling tot medewerking aan de overdracht van een onroerende zaak uitspreken; <sup>[8]</sup>
- (ii) in kort geding kan de rechter op de voet van artikel 3:300 lid 2 BW bepalen dat de uitspraak in de plaats zal treden van (een deel van) een akte tot het verrichten van een rechtshandeling zoals in die bepaling bedoeld;<sup>[9]</sup>
- (ii) in kort geding kan de rechter bij wijze van onmiddellijke voorziening een deelgenoot machtiging
- i) verlenen tot het te gelde maken van een gemeenschappelijk goed als bedoeld in artikel 3:174 lid 1 BW.<sup>[10]</sup>

Onder verwijzing naar hetgeen in rechtsoverweging 3.2 is overwogen en in het verlengde van de in 3.3 omschreven mogelijkheden overweegt de Hoge Raad dat de rechter in kort geding op vordering van een deelgenoot een veroordeling kan uitspreken jegens een andere deelgenoot om mee te werken aan de verkoop en levering van een tot een gemeenschap behorend goed aan een derde.

Van belang hierbij is dat de Hoge Raad benadrukt dat verkoop van een tot een gemeenschap behorend goed om de opbrengst te verdelen een "*wijze van verdeling*" is als bedoeld in artikel 3:185 BW, en dus niet, zoals het Hof Den Haag in 2018<sup>[11]</sup> en 2019<sup>[12]</sup> oordeelde, een "*vaststelling van de verdeling*". Met een bevel om over te gaan tot verkoop wordt naar het oordeel van de Hoge Raad dan ook geen definitief einde aan de verdeling gemaakt.

## 2. Gevolgen voor de praktijk: groot of juist beperkt?

De advocatuur zal opgelucht ademhalen na de uitspraak van de Hoge Raad: eindelijk is het zeker dat geen langspende bodemprocedure hoeft te worden gevoerd maar dat de gang naar de voorzieningenrechter kan worden gekozen: sneller, goedkoper en efficiënter. Maar het notariaat heeft al bedenkingen geuit. Want wat als

de rechter in de bodemzaak of in hoger beroep tot een ander oordeel komt en er inmiddels verdeeld is? Zijn de verdeling en levering dan aantastbaar? In dat geval zou de notaris die de akte van levering passeert, de koper erop moeten wijzen dat hij een risico loopt. En welke koper wil dat risico nemen? Daarnaast zou ook de financier (doorgaans de bank) door de notaris moeten worden gewezen op de aantastbaarheid van het oordeel van de voorzieningenrechter, hetgeen tot gevolg zou kunnen hebben dat deze niet langer bereid is een hypothecaire geldlening te verstrekken. Het notariaat meent dat daarom niet te vroeg moet worden gejuicht; het aantal gevallen waarin een veroordeling van de voorzieningenrechter daadwerkelijk tot verkoop en levering leidt, zou wel eens tegen kunnen vallen.

Persoonlijk denk ik dat de soep niet zo heet zal worden gegeten. Mijn ervaring is dat na een gebod van de voorzieningenrechter om mee te werken aan verkoop en levering, veel gedaagden alsnog bij de notaris verschijnen voor de levering en daaraan hun medewerking verlenen. In dat geval is geen sprake van een aantastbare levering. Bovendien wordt in veel zaken geen bodemprocedure gestart en blijft het dus bij de uitspraak van de voorzieningenrechter. Als er al een bodemprocedure gevoerd wordt, is het maar zeer de vraag of de bodemrechter tot een ander oordeel komt. In veel zaken is evident dat verkocht moet worden; het bezwaar van de gedaagde is - als er al een inhoudelijke reden wordt gegeven om niet mee te werken - meestal dat hij/zij geen andere woonruimte heeft óf eerdere kansen om de woning over te nemen zijn verstreken zonder benut te zijn. Als de gedaagde inmiddels de woning heeft verlaten omdat deze al verkocht en geleverd is, lijkt de kans mij klein dat de rechter in de bodemzaak tot het oordeel komt dat de woning niet verkocht had mogen worden. Mocht de rechter toch oordelen dat de belangenafweging anders uit had moeten pakken, maar gedaagde heeft inmiddels vervangende woonruimte, dan zou dat in mijn optiek hooguit tot de conclusie kunnen leiden dat eiser onrechtmatig heeft gehandeld en verplicht is de door gedaagde geleden schade te vergoeden. Dan moet gedaagde dat natuurlijk wel gevorderd hebben.

Ten aanzien van de bereidheid van de bank om een hypothecaire geldlening te verstrekken, zal de praktijk moeten uitwijzen of dit inderdaad tot problemen zal leiden. Er zijn mij geen zaken bekend waarin koper de financiering niet rondkreeg in verband met het risico van een ander oordeel in een bodemprocedure of hoger beroep. Ik kan echter niet uitsluiten dat de betreffende financiers niet op de hoogte waren van de juridische achtergrond van de verkoop en levering, hetgeen zou betekenen dat de notarissen in kwestie de financier daar niet op gewezen hebben.

Voor wat betreft de risico's van hoger beroep tegen het vonnis van de voorzieningenrechter merk ik op dat eiser, wanneer hij in appel gaat tegen een toewijzende beslissing, er verstandig aan doet de beslissing van het hof af te wachten alvorens daadwerkelijk over te gaan tot verkoop en levering. Dat is niet anders dan in de huidige praktijk al het geval is. Een analyse van de gepubliceerde rechtspraak van de hoven in kort geding leert dat het meer dan eens voorkomt dat het vonnis van de voorzieningenrechter wordt vernietigd. Het lijkt dus zeker raadzaam de uitkomst van een hoger beroep af te wachten. Doorgaans is dit minder bezwaarlijk dan het afwachten van de uitkomst van een bodemprocedure, nu de doorlooptijd van een hoger beroep tegen een vonnis in kort geding aanzienlijk korter is dan die van een bodemprocedure.

Samenvattend denk ik dat de bezwaren van het notariaat vooral theoretisch van aard zijn. Een en ander neemt niet weg dat oplettendheid geboden is.

### **3. Ten slotte: enkele praktische wenken**

#### **3.1 Tips voor advocaten die procederen namens eiser**

Wanneer u zich tot de voorzieningenrechter wendt met als doel een woning verkocht te krijgen, besteed dan in uw dagvaarding - naast de 'standaard' zaken, zoals de onderbouwing van het spoedeisend belang - voldoende aandacht aan de grondslag van de vordering. U kunt een beroep doen op artikel 3:185 BW of op artikel 3:174 BW, de machtiging te gelde maken. Beide vorderingen kunnen, zo weten we dankzij de Hoge Raad, in kort geding worden ingesteld.<sup>[13]</sup> Bij een beroep op artikel 3:174 BW dient u wel te onderbouwen dat het gaat om

tegeldemaking ten behoeve van de voldoening van een voor rekening van de gemeenschap komende schuld of om een andere gewichtige reden, waarbij de noodzaak tot een behoorlijke verdeling te geraken in elk geval niet als een gewichtige reden kan worden aangemerkt.<sup>[14]</sup> We zien vaker dat de vordering gebaseerd wordt op artikel 3:185 BW, nu niet altijd is voldaan aan de criteria van artikel 3:174 BW.

Vorder daarbij tevens dat de uitspraak in de plaats van de akte of een deel daarvan zal treden (artikel 3:300 lid 2 BW). Ook dit kan in kort geding.<sup>[15]</sup> Heeft u uw vordering gebaseerd op artikel 3:174 BW? Licht dan toe dat dit separaat gevorderd dient te worden, nu er voorzieningenrechtters zijn die ten onrechte menen dat de machtiging te gelde maken ook de bevoegdheid tot levering omvat.<sup>[16]</sup> Dat dit niet juist is, volgt uit de parlementaire geschiedenis van artikel 3:174 BW.<sup>[17]</sup> Aanvankelijk werd in het wetsontwerp gesproken over een machtiging tot verkoop, echter met het oog op de mogelijkheid van het opzeggen van een uitstaande lening is “*de verkoop*” veranderd in “*het te gelde maken*”.<sup>[18]</sup> Er is dus nooit sprake van geweest dat “*te gelde maken*” ook de levering omvat. Een en ander wordt bevestigd in de literatuur.<sup>[19]</sup> Vergeet dus niet expliciet een beroep te doen op deze bepaling en dit concreet te vorderen, want laat u dit na dan loopt u het risico dat de levering geen doorgang kan vinden - tenzij u tijdig een tweede kort geding aanhangig maakt.

U kunt het petitum daarnaast zo uitgebreid maken als u wenst; er zijn uitspraken bekend waarin het dictum tot in detail vermeldt welke handelingen gedaagde moet verrichten in het kader van de verkoop. Denk aan het overhandigen van sleutels aan de makelaar, het verlenen van toegang tot de woning aan makelaar en fotograaf, het schoonmaken en opruimen van de woning voor bezichtigingen, het verlaten van de woning vóór bezichtigingen et cetera.<sup>[20]</sup> Hiermee voorkomt u dat u een tweede kort geding moet starten wanneer gedaagde weliswaar zijn handtekening zet onder een opdracht tot verkoop, maar vervolgens alsnog elke medewerking weigert. Let wel: een dergelijk uitgebreid petitum is niet nodig wanneer de grondslag van uw vordering artikel 3:174 BW is, nu de echtgenoot aan wie de machtiging is verleend, in beginsel geheel vrij is in de wijze van tegeldemaking.<sup>[21]</sup>

Heeft u aanleiding te veronderstellen dat gedaagde de woning niet zal verlaten, vorder dan tevens dat hij deze ten minste een week voor de levering leeg en bezemschoon dient achter te laten onder afgifte van alle sleutels bij de makelaar. In dat geval heeft u, wanneer gedaagde niet aan deze veroordeling voldoet, nog een week de tijd om in kort geding ontruiming van de woning te vorderen. Het is droevig te constateren dat dit in sommige gevallen nodig blijkt te zijn.

Wijst de voorzieningenrechter de vordering van uw cliënt tot medewerking aan verkoop toe, wijs uw cliënt dan op het risico van een ander oordeel in hoger beroep of in een bodemprocedure en attendeer hem erop dat als hij toch overgaat tot verkoop en levering, deze rechtshandelingen aantastbaar zouden kunnen zijn of zijn handelen achteraf als onrechtmatig zou kunnen worden gekwalificeerd, hetgeen tot schadeplichtigheid zou kunnen leiden.

### 3.2 Tips voor advocaten die procederen namens gedaagde

Uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat wanneer een partij vrijwillig aan een kort gedingvonnis voldoet, omdat de andere partij dreigt met executie daarvan, deze andere partij daarmee achteraf kan blijken onrechtmatig te hebben gehandeld.<sup>[22]</sup> De partij die met executie dreigt, weet, althans behoort te weten, dat hij zijn handelen baseert op - kort gezegd - een voorlopige maatregel, zodat de door zijn handelen veroorzaakte schade in beginsel als door zijn schuld veroorzaakt heeft te gelden.<sup>[23]</sup> Overweegt uw cliënt in verband met de dreiging van executoriale maatregelen om vrijwillig aan het veroordelende vonnis te voldoen, dan is het raadzaam de wederpartij erop te attenderen dat deze medewerking enkel en alleen wordt verleend om te voorkomen dat dwangsommen worden verbeurd. Wijs er daarbij op dat in een bodemprocedure een vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad zal worden ingesteld.

Als u gedaagde bijstaat, wijs uw cliënt er dan op dat wanneer hij alsnog vrijwillig meewerkt aan de verkoop en levering, dit ertoe zou kunnen leiden dat hij in een bodemprocedure geen aanspraak kan maken op schadevergoeding. Dit zal afhangen van de omstandigheden van het geval.

Wanneer u namens gedaagde hoger beroep instelt tegen het vonnis van de voorzieningenrechter, en in dat

vonnissen is bepaald dat de uitspraak in de plaats treedt van de tot levering van de woning bestemde akte of van een deel van deze akte, vergeet u dan niet dat dit appel op grond van artikel 3:301 lid 2 BW op straffe van niet-ontvankelijkheid binnen acht dagen moet worden ingeschreven in het rechtsmiddelenregister bedoeld in artikel 433 Rv. U zou niet de eerste zijn die dit vergeet en die vervolgens niet-ontvankelijk wordt verklaard.

### 3.3 Ten slotte

De gespecialiseerde familierechtadvocaat doet er (als het goed is) alles aan om te voorkomen dat het tot een procedure komt. De realiteit is echter dat er gevallen zijn waarin een kort geding onontkoombaar is. In de gepubliceerde rechtspraak zijn tal van voorbeelden te vinden van vonnissen in zaken waarin alles uit de kast moet worden gehaald om een gedaagde de gemeenschappelijke woning uit te krijgen. De processuele tips in dit artikel zijn bedoeld voor dit soort zaken en moeten dan ook niet worden gezien als een aansporing om de gang naar de rechtbank te lichtvaardig te maken. Laten we dat de toch al overbelaste rechtspraak vooral niet aandoen.

---

### Voetnoten

[1] HR 31 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:499.

[2] Zie ook G.V. van Campen, "Afdwingen van verkoop van een gemeenschappelijke woning: kort geding of bodemprocedure?", *EB* 2021/87.

[3] De auteur is advocaat en mediator bij Forward Advocaten te 's-Hertogenbosch.

[4] Conclusie A-G G. Snijders, ECLI:NL:PHR:2023:106, bij HR 31 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:499, r.o. 1.5.

[5] Advies van de Commissie cassatie in het belang der wet d.d. 20 oktober 2022 (verslag over de twaalfde periode) p. 5, [www.hogeraad.nl](http://www.hogeraad.nl).

[6] HR 31 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:499, r.o. 3.2, met verwijzing naar HR 8 februari 1946, ECLI:NL:HR:1946:67.

[7] Hof Den Haag 26 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3213.

[8] HR 2 december 1966, ECLI:NL:HR:1966:AB6689.

[9] *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. Boek 3, 5 en 6)*, p. 1401; HR 21 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4380, r.o. 3.3.2.

[10] HR 21 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4380, r.o. 3.3.2.

[11] Hof Den Haag 13 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3426.

[12] Hof Den Haag 26 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3213.

[13] HR 21 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4380, *NJ* 2002/420.

[14] Mellema-Kranenburg, in: *T&C BW*, art. 3:174 BW, aant. 3.

[15] HR 21 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4380, *NJ* 2002/420.

[16] Rechtbank Oost-Brabant 26 januari 2023, zaaknummer/ rolnummer: C/01/388390 /KG ZA 22-6 15 (niet gepubliceerd).

[17] Van Zeven, Du Pon & Olthof (red.), *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 595.

[18] Aldus ook *Asser/Perrick 3-V* 2015/33.

[19] Van Mourik & Schols, *Gemeenschap (Mon. BW nr. B9)* 2015/2.23.

[20] Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 29 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2755.

[21] Breederveld, *Compendium Echtscheiding*, Den Haag: Sdu 2019 Sdu, hoofdstuk 8.5.4.1.

[22] HR 16 november 1984, *NJ* 1985/547 (*Ciba Geigy/Voorbraak*).

[23] HR 16 november 1984, *NJ* 1985/547 (*Ciba Geigy/Voorbraak*); vgl. ook HR 19 mei 2000, *NJ* 2000/603 (*W/Staat*).