



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: Gerechtshof Amsterdam 2008-01-15

Besten, M. den

Citation

Besten, M. den. (2008). Annotation: Gerechtshof Amsterdam 2008-01-15. *Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht*, 3, 280-284. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13538>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13538>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

van hoger beroep van ontbindingsbeschikkingen aan te raden zich te bedenken dat een met succes uitgevoerde aanval op het appelverbod de teleurstellende afloop kan hebben dat de beschikking waarvan beroep niettemin wordt bekrachtigd. In de genoemde beslissing van Hof 's-Gravenhage werden de proceskosten in hoger beroep nog gecompenseerd, in de geannoteerde kwestie diende de werknemer de kosten van het hoger beroep aan de zijde van de werkgever te betalen.

7. Een bekrachtiging van de ontbindingsbeschikking van de kantonrechter wekt de suggestie dat in hoger beroep met terugwerkende kracht wordt ontbonden. Dat is niet het geval. In hoger beroep wordt de zaak opnieuw beoordeeld en als blijkt dat de rechter in de eerste instantie het juist heeft gedaan, dan kan de beschikking worden bekrachtigd. Dit vloeit nu eenmaal voort uit het verschil tussen een succesvol beroep op een doorbreking van het appelverbod en een succesvol appel. Overigens is het ontbreken van terugwerkende kracht niet rechtstreeks op de wettekst terug te voeren. Art. 7:685 lid 7 BW stelt niet dat de ontbindingsdatum niet in het verleden mag liggen. Het niet met terugwerkende kracht ontbinden van arbeidsovereenkomsten wordt afgeleid uit de slotwoorden van art. 7:685 lid 2 BW ("dadelijk of na korte tijd").

prof. mr. L.G. Verburg
hoogleraar Recht Arbeid en Medezeggenschap RU en advocaat te Amsterdam

32

Gerechtshof Amsterdam, nevenvestigingsplaats Arnhem
15 januari 2008, nr. 2007/944, LJN BC8075
(mrs. Fokker, Katz-Soeterbeek, Van Loo)
Noot mr. M. den Besten

Provisionele vordering. Beslissingsmaatstaf.

[Rv art. 223]

Als beslissingsmaatstaf voor de toewijsbaarheid van een provisionele vordering ex art. 223 Rv geldt in de eerste plaats dat een dergelijke vordering

moet samenhangen met de vordering in de hoofdzaak. Voorts dient de rechter de belangen van partijen af te wegen tegen de achtergrond van de te verwachten resterende duur van de hoofdzaak, en van de proceskansen daarin. De eisende partij dient uiteraard een voldoende belang bij de provisionele vordering te hebben, hetgeen het geval is indien niet van haar gevergd kan worden dat zij de afloop van de bodemprocedure afwacht, zoals wanneer het provisioneel gevorderde te zijner tijd in de hoofdzaak zal worden toegewezen (HR 14 november 1997, NJ 1998, 113, r.o. 3.4). Het hof oordeelt dat niet is voldaan aan laatstgenoemd criterium. Volgt weigering van de gevorderde voorzieningen.

A te B,
appellante,
procureur: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer,
tegen
de naar kerkelijk recht rechtspersoonlijkheid bezittende *Hervormde Waalsche Gemeente*, in het maatschappelijke verkeer ook bekend onder de namen *Waalse Hervormde Kerk*, *Waalse Hervormde Kerk gemeente Utrecht*, *Waalse Kerk Utrecht* en *Eglise Reformée Wallonne d'Utrecht*, te Utrecht,
geïntimeerde,
procureur: mr. A. van Hees.

1. *Het geding in eerste aanleg*
(...; red.)

2. *Het geding in hoger beroep*

2.1. Bij exploit van 2 juli 2007 heeft appellante, verder A, aan geïntimeerde, verder Eglise Wallonne, aangezegd in hoger beroep te komen van genoemd vonnis en heeft zij haar gedagvaard voor dit hof.

2.2. Bij memorie van grieven tevens akte vermeerdering van eis tevens incidentele vordering ex artikel 223 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) heeft A twaalf grieven aangevoerd (...; red.).

2.3. Daarnaast vordert A bij wege van voorlopige voorziening ex artikel 223 Rv dat het hof bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad, de Eglise Wallonne zal veroordelen tot:

I. staking van de inhoudingen op haar loon ter zake van de dienstwoning binnen twee dagen na betekening van het te wijzen arrest, zulks op verbeurte van een dwangsom van € 1.000,= per

dag dat de Eglise Wallonne daarmee in gebreke is;

II. betaling van de in de offerte genoemde pensioenpremie van € 8.180,= aan het Pensioenfonds voor Kunst en Cultuur.

2.4. De Eglise Wallonne heeft geantwoord in het incident en geconcludeerd dat het hof A niet-ontvankelijk zal verklaren in haar incidentele vordering dan wel die vordering zal afwijzen, een en ander met veroordeling van A, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad, in de kosten van het incident.

2.5. Daarna is arrest gevraagd in het incident.

3. De beoordeling van de vordering in het incident

3.1. De kantonrechter heeft onder 1.1 tot en met 1.4 van het bestreden vonnis feiten vastgesteld. Tegen deze vaststelling zijn geen grieven aangevoerd. Ook het hof gaat uit van deze feiten.

3.2. Het geschil tussen partijen betreft het volgende. De Eglise Wallonne valt, zoals de kantonrechter heeft vastgesteld, sinds 1 mei 2004 onder de overkoepelende organisatie van Protestantse Kerken in Nederland (PKN). Op die datum is de Arbeidsvoorwaardenregeling van de PKN van kracht geworden (PKN-regeling). Dit is een generale regeling van de rechtspositieregeling van medewerkers, die onder andere van toepassing is op kosters en kosten-beheerders met schaal 7-10 als bedoeld in de PKN-regeling, zoals A.

De Eglise Wallonne heeft in januari 2006 erin toegestemd deze PKN-regeling met bijbehorende circulaire met terugwerkende kracht vanaf 1 mei 2004 toe te passen op de arbeidsovereenkomst met A. Partijen zijn het niet eens over de hoogte van een volgens A te verrichten nabetaling.

3.3. Het gaat hier om een vordering tot het treffen van een voorlopige voorziening binnen het kader van een bodemprocedure (een voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 223 Rv). Als beslissingsmaatstaf geldt in de eerste plaats, dat een dergelijke vordering moet samenhangen met de hoofdvordering (artikel 223 lid 2 Rv). Aan die eis is voldaan. De rechter dient voorts, evenals in kort geding, de belangen tussen partijen af te wegen tegen de achtergrond van de te verwachten resterende duur van de hoofdzaak, en van de proceskansen daarin. Hij is niet gehouden bewijslevering te

gelasten ter zake van betwiste stellingen van de eiser; aannemelijkheid is voldoende (HR 29 november 2002, NJ 2003, 50).

De eiser dient uiteraard een voldoende belang bij zijn incidentele vordering te hebben. Dat is het geval indien van de eiser niet gevergd kan worden dat hij de afloop van de bodemzaak afwacht, zoals wanneer het provisioneel gevorderde te zijner tijd in de hoofdzaak zal worden toegewezen (vgl. HR 14 november 1997, NJ 1998, 113, r.o. 3.4). Anders dan de Eglise Wallonne tot uitgangspunt neemt is niet vereist is dat A als eiseres een spoedeisend belang bij de incidentele vordering heeft, zoals in een kort geding.

3.4. Het hof is van oordeel dat niet is voldaan aan de voorwaarde, dat aannemelijk is dat het provisioneel gevorderde te zijner tijd in de hoofdzaak zal worden toegewezen. Het hof overweegt daartoe als volgt.

In geschil is onder meer de vraag of de PKN-regeling al dan niet (qua inhoud) een CAO is. A stelt zich op het standpunt dat de PKN-regeling een minimumnorm is, zodat de Eglise Wallonne gebonden is aan afwijkingen die in de arbeidsovereenkomst ten gunste van haar zijn gemaakt, in het bijzonder waar het het vrij gebruik van de dienstwoning betreft (inclusief energiekosten).

De Eglise Wallonne bestrijdt dit standpunt. In de bodemzaak zal moeten worden uitgezocht wie van partijen het gelijk aan haar kant heeft. Daarover valt in dit stadium niet met voldoende zekerheid een uitspraak te doen.

De gevraagde voorlopige voorziening betreft voorts de hoogte van de pensioenpremie, conform een offerte die is gedaan. Deze voorziening is reeds daarom niet toewijsbaar nu zij verwijst naar een offerte, kennelijk van het Pensioenfonds voor kunst en cultuur, en de Eglise Wallonne bestrijdt dat zij deze offerte kent. De offerte is niet overgelegd, zodat ook het hof deze niet kent.

Het hof kan op de bodemzaak niet vooruitlopen. De vordering is daarom niet toewijsbaar.

3.5. A zal als in het ongelijk te stellen partij worden veroordeeld in de kosten van het incident. Het hof verwijst de zaak naar de rol voor voortprocederen.

4. De beslissing

Het hof, recht doende in het incident:

weigert de gevraagde voorlopige voorziening; veroordeelt A in de kosten van het incident aan de zijde van de Eglise Wallonne gevallen en tot deze uitspraak begroot op € 632,= salaris voor de procureur; verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad; in de hoofdzaak: verwijst de zaak naar de rol van 29 januari 2008 voor voortprocederen (memorie van antwoord in de hoofdzaak).

NOOT

1. Inleiding

In de onderhavige zaak, waarin de toewijsbaarheid van een provisionele vordering ex art. 223 Rv centraal staat, wordt door het Hof Amsterdam recht gesproken in de nevenvestigingsplaats Arnhem. Vgl. in dit verband het Aanwijzingsbesluit nevenzittingsplaatsen van 12 april 2006, Staatscourant 26 april 2006, nr. 80, p. 36, en omtrent de daaruit voortvloeiende praktische problemen P.J.M. von Schmidt auf Altstadt, 'Let op: vanaf 1 juli 2006 overstekende appellaten uit Utrecht en Zwolle-Lelystad', TCR 2006-3, p. 61-63. Deze problemen zullen overigens grotendeels tot het verleden behoren na het (nog bij KB te bepalen) moment van inwerkingtreding van de Wet van 20 maart 2008 tot afschaffing procuraat en invoering elektronisch berichtenverkeer, Stb. 2008, 100. Na een korte uiteenzetting van feiten en procesverloop bespreek ik de criteria, aan de hand waarvan het hof oordeelt of in casu is voldaan aan de voorwaarden voor toewijzing van die vordering.

2. Feiten en procesverloop

A is als koster(-beheerder) in dienst van de Eglise Wallonne, welke sinds 1 mei 2004 onder de overkoepelende organisatie van Protestantse Kerken in Nederland (PKN) valt. In januari 2006 heeft de Eglise Wallonne erin toegestemd de Arbeidsvoorwaardenregeling van de PKN (PKN-regeling) met terugwerkende kracht vanaf 1 mei 2004 toe te passen op de met A bestaande arbeidsovereenkomst. Vervolgens is tussen partijen onenigheid ontstaan over een in dat verband aan A te verrichten nabetaling. Vooruitlopende op de definitieve beslissing in de appelprocedure bij het hof, vordert A in zijn

memorie van grieven door middel van een incidentele vordering een tweetal voorlopige voorzieningen ex art. 223 Rv, welke er op neerkomen dat de Eglise Wallonne de inhoudingen op het loon van A terzake het gebruik van een dienstwoning met onmiddellijke ingang dient te staken, alsmede dat de Eglise Wallonne het in een offerte van het Pensioenfonds voor Kunst en Cultuur genoemde bedrag aan pensioenpremie dient te betalen.

3. Samenhang met vordering in hoofdzaak

In beginsel kan iedere voorziening, welke zich leent voor een toewijzing als voorlopige voorziening, door partijen bij wege van provisionele vordering worden gevorderd (vgl. HR 21 juni 1872, W 3474; nadien herhaald in HR 23 februari 1990 (Allart/Kist-Hubert), NJ 1991, 147 (m.nt. HJS), r.o. 3.3). Deze voorziening hoeft niet expliciet uit de wet voort te vloeien, en kan ook strekken tot toewijzing van hetgeen wordt gevorderd in de hoofdzaak of een gedeelte daarvan (in die zin: HR 28 november 1986 (Nunumete/Oostermeijer), NJ 1987, 507, r.o. 3.2; HR 14 november 1997, NJ 1998, 113, r.o. 3.3). Daarbij geldt wel de voorwaarde – sinds 2002 expliciet tot uitdrukking gebracht in art. 223 lid 2 Rv (zie ook: *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, Van Mierlo/Bart, p. 389) – dat de provisionele vordering moet samenhangen met de vordering in de hoofdzaak. Het is dus niet mogelijk om provisioneel iets totaal anders te vorderen dan in de hoofdzaak. Dat neemt evenwel niet weg dat partijen de omvang van de hoofdzaak – welke zij ingevolge art. 24 Rv immers zelf bepalen – door middel van een eiswijziging ex art. 130 Rv kunnen uitbreiden, en op die manier (alsnog) een bepaalde provisionele vordering mogelijk kunnen maken. Daarnaast hebben partijen natuurlijk de mogelijkheid om een kortgedingprocedure te entameren, waarin zij wel voorzieningen kunnen vorderen die niet samenhangen met de hoofdzaak (zie voor een vergelijking van de provisionele vordering en het kort geding mijn bijdrage aan de BWKJ-onderzoeksbundel *Samenloop* (2007), o.r.v. I.S.J. Houben e.a., p. 211-238). De in casu door A gevorderde provisionele voorzieningen vertonen een duidelijke samenhang met de vorderingen in de tussen partijen aanhangige hoofdzaak, zodat het hof

in r.o. 3.3, eerste alinea, terecht tot de conclusie komt dat aan deze voorwaarde voor toewijzing daarvan is voldaan.

4. *Voldoende (spoedeisend) belang*

De vraag welke vervolgens aan de orde komt, is of A voldoende belang heeft bij de door hem gevorderde voorzieningen. In dat verband oordeelt het hof dat spoedeisendheid – anders dan in kort geding – geen voorwaarde vormt voor toewijzing van een provisionele vordering (r.o. 3.3 in fine). Mijs inziens gaat het hof met dat oordeel wat kort door de bocht. Natuurlijk is het juist dat art. 223 Rv – anders dan art. 254 Rv – niet de term spoedeisend bevat. Betoogd zou echter kunnen worden dat het in de art. 50 en 63 Wet RO met betrekking tot (voorlopige) voorzieningen opgenomen vereiste van “onverwijld spoed” ook heeft te gelden ten aanzien van de provisionele vordering (in gelijke zin: P.J.M. von Schmidt auf Altstadt, ‘Spel der Voorzieningen’, in: TCR 2003-2, p. 37 en 39). Voorts zou het vereiste van een spoedeisend belang impliciet kunnen worden afgeleid uit art. 3:303 BW, waarbij onder “voldoende belang” in de zin van laatstgenoemd artikel “voldoende *spoedeisend* belang” verstaan zou kunnen worden (vgl. C.J.J. van Maanen 2008, (T&C Rv), aant. 2.c. bij art. 223 Rv; anders: G. Snijders, losbl. Burg. Rv, aant. 10 bij art. 223 Rv). Een dergelijke ruime lezing van art. 3:303 BW valt naar mijn mening te rechtvaardigen in het licht van de art. 50 en 63 Wet RO, en strookt ook met het in art. 254 Rv neergelegde vereiste van spoedeisendheid. Het hof verwijst in r.o. 3.3, tweede alinea, naar HR 14 november 1997, NJ 1998, 113, r.o. 3.4, waarin is bepaald dat er, op het moment dat vaststaat of voldoende aannemelijk is dat in de hoofdzaak een vordering zal worden toegewezen van gelijke strekking als de provisionele vordering, sprake is van voldoende belang bij toewijzing van die provisionele vordering. Ik zou menen dat in die situatie kan worden gesproken van het bestaan van een voldoende *spoedeisend* belang, waarbij de spoedeisendheid impliciet voortvloeit uit de onredelijkheid dat de partij die de provisionele vordering heeft ingesteld, het eindvonnis in de hoofdzaak zou moeten afwachten. Ook de Hoge Raad lijkt daar in r.o. 3.4 van laatstgenoemd arrest vanuit te gaan.

Wanneer is voldaan aan het vorenstaande

criterium van “vaststaan of voldoende aannemelijk zijn”, hoeft het vereiste van spoedeisendheid dus geen beletsel te vormen voor de toewijzing van een provisionele vordering. Dat is evenwel iets anders dan dat spoedeisendheid in het geheel geen voorwaarde zou vormen voor de toewijzing van een provisionele vordering, zoals het hof in zijn arrest lijkt te betogen.

5. *(On)geschiktheid voor provisionele beslissing*

Het hof oordeelt in r.o. 3.4 dat in casu niet voldoende aannemelijk is dat de door A gevorderde voorzieningen te zijner tijd in de hoofdzaak zullen worden toegewezen. Daartoe overweegt het hof dat het niet mogelijk is om in dit stadium van de (provisionele) procedure met voldoende zekerheid een uitspraak te doen omtrent de vraag of de PKN-regeling (qua inhoud) al dan niet moet worden aangemerkt als een cao. Met betrekking tot de betaling van pensioenpremie overweegt het hof voorts dat A de offerte waar hij zich op beroept niet in het geding heeft gebracht, en de Eglise Wallonne bovendien bestrijdt dat zij met die offerte bekend is. In het licht van deze overwegingen oordeelt het hof dat de door A gevorderde voorzieningen moeten worden geweigerd. Dat het hof niet in staat is om een (provisionele) beslissing te nemen omtrent de niet door A in het geding gebrachte offerte behoeft mijs inziens geen nadere toelichting. Anders ligt dat ten aanzien van het oordeel dat in dit stadium van de procedure geen (voorlopige) uitspraak kan worden gedaan omtrent de juridische status van de PKN-regeling. Voor dat laatste kan aansluiting worden gezocht bij rechtspraak van de Hoge Raad omtrent art. 256 Rv, waarin is bepaald dat feitelijke complexiteit van een zaak aanleiding kan vormen voor het oordeel dat deze niet geschikt is om in kort geding te worden beslist, maar dat de (voorzieningen-) rechter zich niet zonder meer mag onthouden van het geven van een (voorlopig) oordeel omtrent uitleg van Nederlandse wettelijke bepalingen, op het moment dat daarvoor geen nadere vaststelling van feiten noodzakelijk is (vgl. HR 2 april 1993 (Turlib/Boskalis), NJ 1994, 650 (m.nt. JCS), r.o. 3.4, derde alinea; en HR 29 november 2002 (Gemeente Groningen/Reilman), NJ 2003, 78 (m.nt. PAS), r.o. 3.4). Wanneer in casu slechts onduidelijkheid

bestaat omtrent de juridische status van de PKN-regeling, en niet omtrent de feiten – het hof laat dit in zijn arrest in het midden – dan zou ik naar analogie van de hiervoor aangehaalde jurisprudentie menen dat het hof niet had mogen weigeren te beslissen op de daarmee verband houdende provisionele vordering.

6. Geen prejudiciërende werking

Het hof sluit r.o. 3.4 af met de overweging dat het niet op (de beslissing in) de hoofdzaak vooruit kan lopen. Voor zover het hof daarmee bedoelt te zeggen dat het geen beslissing op de gevorderde voorzieningen kan geven, omdat het zich daardoor zou vastleggen met betrekking tot de verdere beoordeling van de vorderingen in de hoofdzaak (bijvoorbeeld ten aanzien van de juridische status van de PKN-regeling), is zijn oordeel onjuist. Immers, op gelijke wijze als voor een in kort geding gegeven voorlopige voorziening voortvloeit uit art. 257 Rv, geldt dat de voorlopige beoordeling van de rechtsverhouding tussen partijen – evenals een daarop gebaseerde toe- of afwijzing van de provisionele vordering – niet prejudicieert (vgl. HR 30 juni 1995 (Zingstra/Land van Cuyk), NJ 1996, 200 (m.nt. HER), r.o. 3.1, derde alinea; HR 14 november 1997, NJ 1998, 113, r.o. 3.3, tweede alinea; alsmede HR 29 november 2002 (Helm/Aerts c.s.), NJ 2003, 50, r.o. 3.11 in fine). Dit is slechts anders wanneer het oordeel betreffende de provisionele vordering is vervat in een tussenvonnissen dat (bindende) eindbeslissingen bevat met betrekking tot de eis in de hoofdzaak, en het oordeel omtrent de provisionele vordering mede op die eindbeslissingen is gebaseerd (G. Snijders, losbl. Burg. Rv, aant. 3 in fine bij art. 223 Rv). Dit laatste is echter iets dat het hof naar mijn mening zelf in de hand heeft, en zou dan ook niet zonder meer reden mogen zijn om een provisionele vordering te weigeren.

mr. M. den Besten
PhD-fellow burgerlijk procesrecht, Universiteit Leiden

33

Gerechtshof Arnhem
25 september 2007, nr. 2006/1259 KG, LJN
BB6229
(mrs. Van den Brink, Rijken, Groen)
Noot prof. mr. A.W. Jongbloed

Opeisen verbeurde dwangsommen. Misbruik van bevoegdheid.

[Rv art. 611a; BW art. 3:13]

Verbeurde dwangsommen kunnen niet worden opgeëist als er sprake is van misbruik van bevoegdheid.

Appellant,
appellant in het principaal appel,
geïntimeerde in het incidenteel appel,
procureur: mr. H. van Ravenhorst,
tegen
1. *geïntimeerde sub 1,*
2. *geïntimeerde sub 2,*
geïntimeerden in het principaal appel,
appellanten in het incidenteel appel,
procureur: mr. P.A.C. de Vries.

(...; red.)

4. De motivering van de beslissing in hoger beroep

4.1. Deze zaak is een executiegeschil tussen burenen over dwangsommen die geïntimeerden volgens appellant hebben verbeurd omdat zij de veroordelingen in een eerder tussen partijen gewezen kort gedingvonnissen niet zouden zijn nagekomen. In dat eerdere kort geding had appellant gevorderd (onder 1 van het petitum in de inleidende dagvaarding, zie productie 1 zijdens geïntimeerden in eerste aanleg) dat geïntimeerden bomen en heesters die te dicht bij de erfgrans waren geplaatst, alsmede een bord met een kwetsende tekst zouden verwijderen en verwijderd zouden houden, op straffe van verbeurde van een dwangsom van € 1.500,= per dag, tot een maximum van € 50.000,=. Bij vonnis van 12 april 2006 (zie productie 4 zijdens geïntimeerden in eerste aanleg) heeft de voorzieningenrechter geïntimeerden – onder meer en kort weergegeven – veroordeeld tot het