

# Nog een paar praktische pointers voor procederen in arbeidsszaken (tip 11 t/m 20)

*ArbeidsRecht* 2020/31

In *ArbeidsRecht* 2020, nr. 2 verscheen het eerste deel van dit tweeluik dat beoogt een aantal praktische handreikingen en waarschuwingen voor potentiële valkuilen te bieden aan de procederende arbeidsrechtjurist.<sup>2</sup> In dit deel een tweede tiental tips. Deze keer voor de mondelinge behandeling en het hoger beroep. Over het grievensstelsel, de devolutieve werking en de twee-conclusieregel kan een heel artikel worden volgeschreven.<sup>3</sup> Gelet op het belang van deze leerstukken worden daaraan in dit artikel – in verkorte vorm – twee tips gewijd.<sup>4</sup>

## 11. Aanpassingen bij akte

Allereerst een procedureel punt dat in de praktijk vooral voor dagvaardingsprocedures geldt. Art. 130 lid 1 Rv bepaalt voor dagvaardingsprocedures dat, zolang de rechter geen eindvonnis heeft gewezen, een partij zijn eis of de gronden daarvan "schriftelijk, bij conclusie of akte ter rolle" kan veranderen of vermeerderen. In een arrest uit 2001 bevestigde de Hoge Raad ten aanzien van de voorloper van art. 130 Rv dat een vermeerdering van eis niet in een pleitnota kan worden gedaan.<sup>5</sup> In geval van een eisvermindering heeft de Hoge Raad bepaald dat de daarvoor vereiste akte ook kan bestaan uit het door de procesvertegenwoordiger ter comparitie mondeling akte te verzoeken. Of dit ook mogelijk is bij een vermeerdering of inhoudelijke verandering van eis is nog niet door de Hoge Raad beslist.<sup>6</sup>

De evenknie van deze bepaling voor verzoekschriftprocedures is te vinden in art. 283 Rv. Daarin is bepaald dat de verzoeker zijn verzoek of de gronden daarvan schriftelijk mag veranderen of vermeerderen. Verder wordt verwezen naar art. 130 Rv. Verzoekschriftprocedures kennen geen akten of conclusies, zodat het voor de hand ligt dat een verzoekvermeerdering of -verandering door middel van een nader schriftelijk verzoek wordt vormgegeven. Vóór de invoering van deze bepaling had de Hoge Raad aanvaard dat een mondelinge wijziging van een verzoek ter gelegenheid van de mondelinge behandeling is toegestaan.<sup>7</sup> In een familierechtelijke zaak overwoog Rechtbank 's-Hertogenbosch kort na de invoering van art. 283 Rv dat uit de Parlementaire

Geschiedenis niet zou blijken dat de wetgever de mogelijkheid van een mondelinge wijziging of vermeerdering heeft willen uitsluiten en dat het voorschrift van *schriftelijkheid* als hoofdregel geldt waarvan afgeweken kan worden indien dit bijvoorbeeld niet tot een onredelijke vertraging van de procedure leidt of anderszins in strijd is met de goede procesorde.<sup>8</sup> Zekerheidshalve doet men er dan ook goed aan om een eventuele vermeerdering of wijziging van het (tegen) verzoek of de gronden daarvan ten minste in de pleitnota op te nemen.<sup>9</sup>

## 12. Bewaak bewijsrechten

In deel 1 (Tip 5) werd aandacht besteed aan het bewijstaanbod. Wat te doen wanneer partijen voor de rechter staan en de rechter vragen begint te stellen, niet alleen aan de advocaat en partijen, maar ook aan meegebrachte personen? De art. 163-185 Rv regelen belangrijke aspecten van het getuigenverhoor zoals in art. 166 lid 2 Rv de verplichting van de rechter om in het vonnis te vermelden "aan welke partij en omtrent welke feiten bewijs" wordt opgedragen (het zogenaamde probandum). In art. 168 Rv staat het recht van de wederpartij op tegenbewijs door middel van een contra-enquête, in art. 177 lid 2 Rv de beëdiging van getuigen en in art. 179 lid 1 Rv de regel dat getuigen worden gehoord buiten tegenwoordigheid van nog-niet gehoorde getuigen (voor zover deze niet tevens partij zijn). Gelet op deze voorschriften kan het door de rechter bevragen van meegebrachte personen (ook wel: informanten) problematisch zijn. Voor de Hoge Raad was het door arbiters horen van een door een partij meegebrachte getuige grond voor vernietiging van het arbitrale vonnis wegens schending van het beginsel van hoor en wederhoor door het ontbreken van een probandum en het feit dat de wederpartij geen gelegenheid was geboden zich uit te laten over de verklaring van de getuige of om zelf getuigen in contra-enquête te doen horen.<sup>10</sup> Het horen van meegebrachte personen kan bijdragen aan een efficiëntere (en snellere) procedure, reden waarom rechters regelmatig vragen stellen aan informanten, maar dit mag uiteraard niet ten koste gaan van een eerlijk proces voor de cliënt. De oplettende wederpartij maakt hier dan ook bezwaar tegen. Gaat de rechter aan dit bezwaar voorbij, laat dan ten minste in het proces-verbaal aantekening maken van hun aanwezigheid bij de mondelinge behandeling (en van het bezwaar). Daarmee wordt bij de informant enig bewustzijn gecreëerd dat hij, ook

1 Mevrouw mr. N.T. Dempsey is cassatie- en arbeidsrechtadvocaat bij Houthoff in Amsterdam.

2 N.T. Dempsey, 'Een paar praktische pointers voor procederen in arbeidsszaken (10/20)', *ArbeidsRecht* 2020/10.

3 Zie bijvoorbeeld N.T. Dempsey, 'Aandachtspunten appelprocesrecht voor de arbeidsrechtadvocaat', *ArbeidsRecht* 2013/44.

4 Tip 17 en Tip 18.

5 HR 16 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5493, NJ 2002/469, rov. 4.1.

6 HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5695, JAR 2012/189, m.nt. A.M. Helstone, rov. 5. Zie ook nr. 6 van de noot van J. Mencke onder JBPR 2013/10.

7 HR 4 juni 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB3737, NJ 1977/125 en HR 19 januari 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC6464, NJ 1989/398.

8 Rb. 's-Hertogenbosch 22 mei 2002, ECLI:NL:RBSHE:2002:AH9902.

9 Zie bijvoorbeeld HR 22 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:404, JAR 2019/113, m.nt. N.T. Dempsey, rov. 3.2.1 juncto 3.3.4. In deze zaak slaagde het cassatieberoep van de werknemer omdat zij in reactie op het tegenverzoek tot ontbinding van de werkgever de kantonrechter bij wege van tegenverzoek in haar pleitnota had verzocht in geval van ontbinding de transitievergoeding toe te kennen zodat dit verzoek – anders dan het hof had geoordeeld – binnen de vervalttermijn van art. 7:68a lid 4 BW was ingediend.

10 HR 25 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2495, NJ 2007/294, rov. 3.5-3.6.

al is van beëdiging geen sprake, de waarheid dient te spreken en wordt daarmee de mogelijkheid opgehouden de betrouwbaarheid van hun getuigenis in twijfel te trekken indien zij op enig moment toch als getuige worden opgeroepen. Voor de partij die personen meeneemt en in de zaal zitting laat nemen, is deze strategie dus niet zonder risico's. De oplettende rechtsbijstandverlener doet er goed aan in ieder geval aanspraak te maken op het recht van zijn cliënt op contra-enquête (art. 168 Rv) indien ter zitting getuigen worden gehoord. In het algemeen zal het immers voor de werkgever makkelijker zijn om personen naar de mondelinge behandeling mee te nemen (leidinggevend, collega's) dan voor de werknemer. Of contra-enquête uiteindelijk tot een voor de cliënt succesvolle uitkomst leidt, hangt vanzelfsprekend af van wat de betreffende getuigen verklaren.<sup>11</sup>

Een ander aandachtspunt in het kader van bewijslevering is hoe te handelen bij "onrechtmatig" bewijs. De Hoge Raad heeft in 2014 in een procedure over de werkingssfeer van twee cao's bevestigd dat in civiele procedures geen algemene bewijsuitsluitingsregel bestaat omdat het algemene maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt en het belang dat partijen hebben bij het in rechte aannemelijk maken van hun stellingen in beginsel zwaarder weegt dan het belang van uitsluiting van bewijs. Voor uitsluiting zijn bijkomende omstandigheden vereist. Het feit dat bewijsmateriaal onrechtmatig is verkregen door een derde, brengt bovendien niet mee dat dit materiaal ook door de procespartij onrechtmatig is verkregen.<sup>12</sup> In de regel zal bezwaar tegen onrechtmatig verkregen bewijs niet leiden tot het uitsluiten daarvan,<sup>13</sup> maar onder omstandigheden kan er wel rekening mee worden gehouden bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding,<sup>14</sup> of grond zijn voor het toekennen van schadevergoeding<sup>15</sup> dan wel het niet aan de werkgever vergoeden van de kosten van het (disproportioneel en onrechtmatig bevonden) onderzoek.<sup>16</sup>

Het kan ook zinvol zijn om bezwaar te maken tegen het door de wederpartij schenden van de in het kader van mediation afgesproken vertrouwelijkheid.<sup>17</sup> Zo oordeelde Hof Arnhem-Leeuwarden recent dat het geen acht zou slaan op wat door de werkgever was aangevoerd over de inhoud van mediation gesprekken gelet op de geheimhouding die was afgesproken.<sup>18</sup> In een pre-Wwz uitspraak was het door de werknemer overleggen van een uitgewerkte bandopname van de mediation voor de Kantonrechter Gouda grond om slechts een beperkte vergoeding toe te kennen zoals door de werkgever was aangeboden.<sup>19</sup> De Kantonrechter Zutphen daarentegen legde de geheimhoudingsclausule in een mediationovereenkomst uit als een vorm van bewijsovereenkomst die niet zo ver gaat dat daaronder ook tijdens het mediationproces begane strafbare feiten of evident wan-gedrag (inclusief bedreiging) zouden vallen. De werknemer werd dan ook toegelaten tot het bewijs van zijn stelling dat de werkgever hem tijdens de mediation had bedreigd.<sup>20</sup>

### 13. Schik slim

Soms is een procedure nodig om tot een schikking te komen. Een schikking die voor de rechter wordt bereikt, biedt ook voordelen. Indien de schikking in het proces-verbaal wordt vastgelegd, beschikt men direct over een executoriale titel waarmee – na betekening (art. 430 lid 3 Rv) – nakoming kan worden afgedwongen.<sup>21</sup> Een schikking in een proces-verbaal blijft echter nog altijd een overeenkomst tussen partijen, zodat daarop de vijf jaar verjaringstermijn voor een vordering tot nakoming (art. 3:307 BW) van toepassing is en niet die van twintig jaar voor tenuitvoerlegging van een gerechtelijke uitspraak (art. 3:324 BW).<sup>22</sup> Indien de beëindiging van een arbeidsovereenkomst onderdeel is van de schikking, vergeet dan niet de bedenktijd. In de Aanbeveling schikking en proceskosten Wwz<sup>23</sup> staat in verband hiermee in Aanbeveling 1.2 dat de procedure op verzoek van partijen twee weken kan worden aangehouden. Extra oplettendheid is geboden indien de bij schikking overeengekomen beëindiging van de arbeidsovereenkomst plaatsvindt in het kader van een geschil over de rechtsgeldigheid van een opzegging (bijvoorbeeld wegens dringende reden of tijdens de proeftijd<sup>24</sup>). Indien overeengekomen wordt dat de opzegging door de werkgever wordt ingetrokken, doe dat dan onder de opschortende voorwaarde dat de bedenktijd ongebruikt verstrijkt of dat de opzegging eerst daarna zal worden ingetrokken. Vergeet ook niet

11 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 19 februari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:527 waar de kantonrechter de door de werknemer verzochte vernietiging van een ontslag op staande voet afwees op basis van de verklaringen van twee door de werkgever naar de mondelinge behandeling meegebrachte getuigen. De werknemer had in hoger beroep geen belang bij de behandeling van zijn grief dat hij hierdoor was overrompeld en hem geen gelegenheid tot tegenbewijs was gegeven omdat hij in hoger beroep alsnog in de gelegenheid werd gesteld de door hem voorgedragen getuigen te behoren en het hof – ook rekening houdend met de in hoger beroep afgelegde verklaringen – tot het oordeel kwam dat het ontslag op staande voet terecht was.

12 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1632, JAR 2014/194, rov. 3.4.1 en 3.5. Zie ook de eerder dat jaar gewezen (verzekeringsrechtelijke arrest) HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, NJ 2015/20, m.nt. M.M. Mendel en H.B. Krans, rov. 5.2.3.

13 Zie bijvoorbeeld Ktg. Amersfoort, 22 april 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1539, rov. 4.20; Hof 's-Hertogenbosch 14 november 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4092, JAR 2019/308, rov. 3.19; Hof Den Haag 24 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:814, rov. 3.4; Voorzieningenrechter Rotterdam 7 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:987, rov. 5.3-5.4; Rb. Utrecht 26 augustus 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5572, rov. 4.5-4.6; Voorzieningenrechter Zaanstad, 24 september 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:12275, JAR 2015/27, m.nt. C.M. Jakimowicz.

14 Zie bijvoorbeeld Ktg. Haarlem, 19 september 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:7958, JAR 2018/265, rov. 5.18.

15 Zie bijvoorbeeld EHRM 9 januari 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0109JUD000187413, JAR 2018/56, m.nt. I.J. de Laat en Ktg. Amsterdam 12 mei 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2751, JAR 2014/149, m.nt. C.M. Jakimowicz, rov. 20-22.

16 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 31 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:571, JAR 2020/122, m.nt. M.W. Koole, rov. 4.17.

17 Zie nader over (schending van) vertrouwelijkheid in het kader van mediation: K. de Jong & A. Regout, 'Geheime informatie delen: ten strengste verboden, of toch niet?', *Tijdschrift Conflictthering* 2018/5.

18 Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:247, rov. 5.5.

19 Ktg. Gouda 15 mei 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BD5921, Prg. 2008/117, rov. 2.6.

20 Ktg. Zutphen 9 januari 2007, ECLI:NL:RBZUT:2007:AZ6524, rov. 3.5.4-3.5.5.

21 Art. 89 Rv.

22 HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3423, NJ 2016/3, rov. 3.3.2.

23 Te raadplegen via: <https://www.rechtspraak.nl/sitecollectiondocuments/aanbeveling-schikking-en-proceskosten-wwz.pdf>.

24 Art. 7:670a lid 2 BW.

finale kwijting als onderdeel van de schikking in het proces-verbaal op te laten nemen.

De bedenktijd speelt uiteraard niet indien de arbeidsovereenkomst door de rechter wordt ontbonden. Aanbeveling 1.3 bepaalt dat indien partijen het eens zijn over de redelijke grond voor de ontbinding, de kantonrechter de arbeidsovereenkomst op verzoek van partijen in een daartoe strekkende beschikking kan ontbinden. Aanbevelingen 1.4 en 1.5 bieden de mogelijkheid om – binnen bepaalde grenzen<sup>25</sup> – ook afspraken te maken over de door de kantonrechter bij de ontbinding in acht te nemen opzegtermijn en toe te kennen transitievergoeding c.q. contractuele afvloeiingsregeling. De overige afspraken kunnen in het proces-verbaal als "losse-eindjes-overeenkomst" worden opgenomen. Tegen een dergelijke ontbindingsbeschikking staat echter hoger beroep open, tenzij wordt berust in de uitspraak.<sup>26</sup>

#### 14. Termijn, termijn, termijn! (2)

Het grote belang van termijnbewaking verdient een tweede tip: ditmaal in het kader van hoger beroep. Gelijk hebben en gelijk krijgen, zijn immers twee heel verschillende dingen: indien cliënt in eerste aanleg ongelijk heeft gekregen, kan hoger beroep uitkomst bieden *mits tijdig ingesteld*.

De termijnen voor hoger beroep in arbeidszaken zijn simpel: drie maanden<sup>27</sup> te rekenen van de dag van de uitspraak<sup>28</sup> in dagvaardings- én verzoekschriftprocedures en vier weken bij een kort geding.<sup>29</sup> De Algemene termijnenwet is op deze termijnen van toepassing,<sup>30</sup> zodat indien de appeltermijn verstrijkt op een zaterdag, zondag, algemeen erkende feestdag of daaraan gelijkgestelde dag, de termijn tot de eerstvolgende werkdag wordt verlengd.

Het kan echter wel ingewikkeld worden indien de rechter niet direct in één keer uitspraak doet, maar één of meerdere tussenuitspraken doet voordat volledig over het gevorderde of verzochte wordt beslist. In een tussenuitspraak wordt

door de rechter in het dictum<sup>31</sup> niets van het gevorderde of verzochte toe- of afgewezen, maar is uitsluitend sprake van een procedurele beslissing (bijvoorbeeld het gelasten van een getuigenverhoor of toelaten dat partijen een akte nemen). Hoger beroep tegen een tussenuitspraak die geen voorlopige voorziening bevat, is pas mogelijk met het hoger beroep tegen de einduitspraak, *tenzij* door de rechter verlof is verleend voor tussentijds appel.<sup>32</sup> Indien in de uitspraak echter wel een *deel* van het gevorderde of verzochte wordt toegewezen of afgewezen,<sup>33</sup> is geen sprake van een tussenbeschikking of tussenvonnis, maar een deelbeschikking of deelvonnissen en gaat voor dat *eindgedeelte* van de uitspraak de appeltermijn direct lopen.<sup>34</sup> De Hoge Raad heeft in het arrest *Ponteeceen/Stratex* beslist dat in zo'n geval de appellant tegelijkertijd – zonder rechterlijk verlof – in appel mag komen tegen de beslissingen in het tussenuitspraakgedeelte.<sup>35</sup> De verweerder in hoger beroep (geïntimeerde) heeft diezelfde keuzemogelijkheid. Indien echter de appellant alleen tegen het tussenuitspraakgedeelte in hoger beroep wil, is hiervoor verlof nodig. Verlof voor tussentijds appel moet volgens de door de Hoge Raad in de in het hiervoor genoemde arrest geformuleerde regels binnen de appeltermijn gemotiveerd worden verzocht aan de rechter die de uitspraak had gedaan. Omdat het hoger beroep binnen de appeltermijn moet worden ingesteld, óók als het verlof nog niet is verleend,<sup>36</sup> is het raadzaam zo spoedig mogelijk het verzoek bij de rechter in te dienen. Indien eenmaal in hoger beroep wordt gegaan tegen een tussenuitspraak – of tegen het tussenuitspraakgedeelte van een deeluitspraak – dient de partij die dit doet *al* zijn bezwaren tegen de betreffende uitspraak én alle voorgaande tussenuitspraken aan te voeren.<sup>37</sup>

Verder is oplettendheid geboden indien tegelijkertijd over een vordering wordt geprocedeerd in kort geding én in een bodemprocedure (dagvaarding of verzoekschrift). Zo verklaarde Hof Amsterdam het hoger beroep van de werknemer tegen de afwijzing van zijn loonvordering in kort geding niet-ontvankelijk, omdat hij niet (ook) in appel was

25 Volgens HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:39, *JAR* 2015/36 geldt de regel dat in een vaststellingsovereenkomst van dwingend recht kan worden afgeweken (art. 7:902 BW) slechts indien de vaststelling strekt ter beëindiging van een *bestaand* geschil en niet ter voorkoming daarvan. In de toelichting op Aanbeveling 1.5 wordt opgemerkt dat "Denkbaar is dat een dwingendrechtelijke regeling, zoals bijvoorbeeld de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen (...) in de weg staat aan een overeenkomst waarbij partijen een hogere vergoeding overeenkomen dan de wettelijke transitievergoeding."

26 Art. 334 Rv juncto art. 362 Rv. De vraag is overigens of een in het proces-verbaal opgenomen berusting in een *nog te wijzen* beschikking rechtsgeldig is: in een arrest uit 2003 overwoog de Hoge Raad namelijk dat van berusting slechts sprake kan zijn indien de in het ongelijk gestelde partij *na* de uitspraak jegens de wederpartij heeft verklaard zich bij de uitspraak neer te leggen (HR 11 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2841, *NJ* 2003/440, rov. 3.2).

27 Art. 339 lid 1 en 358 lid 2 Rv.

28 Uit HR 1 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2225, rov. 3.4.3-3.4.4 volgt dat dit betekent dat de termijn verstrijkt op dezelfde dag (datum respectievelijk weekdag) het betreffende aantal maanden of weken later. Indien uitspraak is gedaan op 30 november, zal de appeltermijn echter verstrijken op 28 dan wel 29 februari, afhankelijk of sprake is van een schrikkeljaar.

29 Art. 339 lid 2 Rv.

30 Bevestigd door Hof 's-Hertogenbosch 14 september 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3971 toen de ATW nog niet op de vervalttermijnen van art. 7:686a lid 4 BW van toepassing was.

31 De omstandigheid dat het *lichaam* van de uitspraak allerlei bindende eindbeslissingen bevat, bijvoorbeeld de aankondiging dat de rechter een vordering zal toewijzen of afwijzen, is niet relevant; voor de beoordeling of sprake is van een (zuivere) tussenuitspraak is uitsluitend van belang wat door de rechter in het dictum is opgenomen. Ongunstige bindende eindbeslissingen in het lichaam van de uitspraak kunnen echter wel reden zijn voor een partij om tussentijds hoger beroep te willen instellen.

32 Art. 337 en 358 lid 4 Rv.

33 Dit type uitspraak wordt ook wel een deeluitspraak (deelvonnissen of deelbeschikking) genoemd.

34 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 23 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2681, rov. 3.7-3.8 waarin een werkgever niet-ontvankelijk werd verklaard voor zover zijn grieven gericht waren tegen het oordeel van de kantonrechter dat hij binnen de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds en diverse cao's viel omdat geen hoger beroep was ingesteld tegen een eerdere tussenuitspraak (= deeluitspraak) waarin dit voor recht was verklaard. Een soortgelijke – maar omgekeerde – situatie deed zich voor in Hof Arnhem-Leeuwarden 18 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9853, rov. 5.3-5.5: hier was wél tijdig tegen het oordeel in een deelbeschikking opgekomen over de vraag of de werkgever bepaalde kosten mocht verrekenen, maar vervolgens geen hoger beroep ingesteld tegen de bevestiging van dat voor de werknemer negatieve beslissing in de eindbeschikking.

35 HR 23 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AL7051, *NJ* 2005/510, rov. 3.2.

36 HR 23 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AL7051, *NJ* 2005/510, rov. 3.4.

37 HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:96, *NJ* 2019/58, rov. 3.3.2. Dit wordt ook wel de "éénkeerschieten"-regel genoemd.

gekomen tegen de afwijzing van diezelfde loonvordering (als nevenvordering) in de ontbindingsprocedure.<sup>38</sup>

Tot slot heeft Hof 's-Hertogenbosch geoordeeld dat het door de kantonrechter aan de werkgever bieden van een termijn om het ontbindingsverzoek in te trekken, er niet toe leidt dat de appeltermijn van de (voorwaardelijke) ontbindingsbeschikking wordt verlengd of eerst gaat lopen wanneer de werkgever aan de werknemer meedeelt dat het verzoek niet zal worden ingetrokken.<sup>39</sup>

### 15. Vermijd de wissel: beroepschrift versus appeldagvaarding en art. 69 Rv

Het belangrijkste verschil tussen een dagvaardingsprocedure en een verzoekschriftprocedure in hoger beroep is het processtuk waarmee hoger beroep wordt ingesteld. In een dagvaardingsprocedure volstaat betekening van een simpele "kale" appeldagvaarding. Daarin kunnen de gronden voor het hoger beroep (de grieven) worden opgenomen, maar het hoeft niet.<sup>40</sup> Wordt echter in een verzoekschriftprocedure appel ingesteld, dan dient binnen de appeltermijn bij het hof een inhoudelijk beroepschrift te worden ingediend inclusief alle grieven (zie ook hierna Tip 17).<sup>41</sup> Dit betekent dat in verzoekschriftprocedures per saldo slechts drie maanden tijd is om de grieven te formuleren en in te dienen, terwijl daarvoor in een dagvaardingsprocedure (veel) meer tijd is.<sup>42</sup>

Op grond van art. 69 Rv beveelt de rechter, indien een verzoekschriftprocedure is ingeleid met een dagvaarding of een dagvaardingsprocedure is ingeleid met een verzoekschrift, de betreffende partij binnen een door de rechter te bepalen termijn het processtuk te verbeteren of aan te vullen. Deze wisselbepaling geldt ook in hoger beroep.<sup>43</sup> In een verzoekschriftprocedure in hoger beroep gaan met een appeldagvaarding zonder grieven is echter niet zonder risico.<sup>44</sup> Indien de appellent niet tijdig zijn grieven indient, leidt dit namelijk tot niet-ontvankelijkheid van het hoger beroep. Het gebruik van een verkeerd inleidend processtuk kan door de rechter als misbruik van procesrecht worden bestempeld met als sanctie dat de appellent niet in

de gelegenheid wordt gesteld zijn gronden aan te vullen.<sup>45</sup> Indien de rechter in eerste aanleg echter ten onrechte niet de wisselbepaling toepast en in wat eigenlijk een verzoekschriftprocedure had behoren te zijn, een vonnis wijst, lijkt hoger beroep door middel van een appeldagvaarding zonder grieven en het na de beroepstermijn formuleren van grieven niet tot niet-ontvankelijkheid te leiden.<sup>46</sup>

### 16. Verzoek (schorsing) uitvoerbaarverklaring bij voorraad

Hoofregel is dat hoger beroep de tenuitvoerlegging schorst van de bestreden uitspraak tenzij die uitspraak uitvoerbaar bij voorraad is verklaard<sup>47</sup> of alsnog uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard.<sup>48</sup> Indien de bestreden uitspraak uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, kan het hof worden verzocht om schorsing van de uitvoerbaarheid bij voorraad.<sup>49</sup> Een reden om dit te doen is bijvoorbeeld de vrees dat een eenmaal betaald bedrag niet meer van de wederpartij kan worden teruggekregen of dat executie tot een noodsituatie zou leiden.<sup>50</sup> In een recent arrest heeft de Hoge Raad een uitgebreid overzicht gegeven van de maatstaven die de rechter (in hoger beroep of executie kort geding) dient te hanteren bij de beoordeling van een verzoek tot schorsing van de uitvoerbaarheid of het juist alsnog uitspreken daarvan.<sup>51</sup> Kort samengevat komen deze regels erop neer dat de rechter een belangenafweging moet maken, waarbij het belang van de partij die ten uitvoer wil leggen voorop staat, de succeskans van het ingestelde rechtsmiddel in beginsel buiten beschouwing blijft, maar kennelijke misslagen uit de vorige instantie betrokken mogen worden. Verder dient de geldingsduur van de beslissing beperkt te zijn totdat op het rechtsmiddel is beslist. Indien in de vorige instantie een gemotiveerde beslissing is gegeven over de uitvoerbaarverklaring of voorwaarden daarbij, kan een daarvan afwijkend verzoek of vordering slechts worden

38 Hof Amsterdam 27 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2571, rov. 3.3.2.

39 Hof 's-Hertogenbosch 10 augustus 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3564, JAR 2017/221, m.nt. N.T. Dempsey.

40 Art. 343 Rv.

41 Art. 359 juncto 278 lid 1 Rv.

42 Het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven (te raadplegen via: <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/landelijk-procesreglement-voor-civiele-dagvaardingszaken-bij-de-gerechtshoven-072019.pdf>) bepaalt in art. 2.11 en 2.12 dat vanaf de eerst dienende dag de appellent een termijn van zes + vier weken heeft in een bodemprocedure en vier + twee weken in een kort geding. De appellent kan nog (veel) meer tijd voor zichzelf kopen door op een lange(re) termijn te dagvaarden dan het wettelijk voorgeschreven minimum van een week (art. 114 Rv), vier weken (art. 115 lid 1 en 116 Rv), of drie maanden (art. 115 lid 2 v). In dat geval dient men echter wel bedacht te zijn dat de geïntimeerde de zaak door middel van een anticipatie exploitatie eerder kan aanbrengen (art. 126 Rv).

43 Art. 353 Rv (juncto art. 362 Rv voor verzoekschriftprocedures).

44 In het algemeen zal de omgekeerde situatie (indienen van een beroepschrift waar een appeldagvaarding had moeten worden betekend) weinig impact op de procedure hebben, anders dan mogelijk enige vertraging van de procedure en het door het hof wijzen van een arrest in plaats van een beschikking. Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 26 maart 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1094.

45 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 225. Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 23 september 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BG3077, rov. 3.6. In deze pachtzaak werd de appellent de bewijsopdracht gegeven om zo concreet mogelijk aan te geven (daarbij ook ingaand op de ervaring van haar advocaat) waarom op de laatste dag van de appeltermijn door middel van een appeldagvaarding hoger beroep was ingesteld van een beschikking.

46 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 29 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:88. In deze zaak oordeelde het hof dat een vordering tot nakoming van de toezegging om de transitievergoeding te betalen door middel van een verzoekschrift had moeten worden ingeleid. Het niet-ontvankelijkheidsdebat in hoger beroep had overigens betrekking op de vraag of de werknemer op deze wijze de vervalttermijn van art. 7:686a lid 4 BW kon omzeilen. Bij eindarrest van 8 oktober 2019 (ECLI:NL:GHDHA:2019:2618, JAR 2019/293) oordeelde het hof dat het beroep van de werkgever op de vervalttermijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was.

47 Art. 350 lid 1 en art. 360 lid 1 Rv.

48 Art. 234 en 360 lid 2 Rv.

49 Art. 351 en 360 lid 2 Rv.

50 De kans van succes van een verzoek tot schorsing van de uitvoerbaarverklaring bij voorraad zal echter over het algemeen – gelet op de daarvoor geldende maatstaf – beperkt zijn. Zo wees Hof 's-Hertogenbosch (2 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4037) een dergelijk verzoek af in een geval waarbij de werkgever (een kapper) was veroordeeld om iets meer dan EUR 5.000 te betalen aan een voormalige stagiair en die betoogde dat executie tot de gedwongen verkoop van de woning zou leiden waar zij met haar dochter woonde.

51 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026, *JBPR* 2020/21, m.nt. S.M.A.M. Venhuizen.

gebaseerd op nieuwe feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan na de uitspraak in de vorige instantie. Bijzonder aan het hoger beroep in Wwz-zaken is overigens dat de wetgever in art. 7:683 lid 1 BW – kennelijk met het oog op de rechtszekerheid<sup>52</sup> – heeft bepaald dat hoger beroep van een beschikking tot ontbinding van een arbeidsovereenkomst, vernietiging van de opzegging van een arbeidsovereenkomst of herstel van een arbeidsovereenkomst geen schorsende werking heeft. Een uitvoerbaarverklaring bij voorraad is dus niet vereist. Het is de vraag of op grond van art. 360 lid 2 Rv alsnog met succes schorsing van de tenuitvoerlegging van de hiervoor genoemde beslissingen mogelijk is, dan wel of art. 7:683 lid 1 BW daaraan in de weg staat. In de Parlementaire Geschiedenis merkt de wetgever op dat die mogelijkheid niet is afgesneden "om de rechter maatwerk te kunnen laten leveren in bijzondere gevallen", maar vervolgens wordt enkel als voorbeeld genoemd een evidente fout in een toegekende transitievergoeding.<sup>53</sup> Al lijkt uit de betreffende passage van de Parlementaire Geschiedenis te kunnen worden afgeleid dat de uitsluiting van schorsende werking ook geldt voor in het kader van ontbinding toegekende vergoedingen, uit de wettekst volgt dat niet. Men doet er daarom als werknemers-advocaat goed aan dit te verzoeken (en als werkgevers-advocaat daartegen bezwaar te maken). De "automatische/wettelijke" uitvoerbaarheid bij voorraad van art. 7:683 lid 1 BW is in ieder geval *niet* van toepassing op beslissingen met betrekking tot ex art. 7:683 lid 3 BW ingestelde nevenvorderingen. Daarvoor geldt in ieder geval dat om uitvoerbaarheid bij voorraad moet worden verzocht (direct bij de rechter in eerste aanleg, dan wel door middel van een incidenteel verzoek bij het hof).<sup>54</sup>

## 17. Heb aandacht voor het appelprocesrecht (1): devolutieve werking en de noodzaak tot grieven

Kenmerkend aan het civiele hoger beroep zijn het grievenstelsel en de devolutieve werking. Wat is een grief? De Hoge Raad legt het begrip grief ruim uit: daaronder vallen alle gronden die ertoe strekken de bestreden uitspraak te vernietigen<sup>55</sup> en die zelfstandig beslissend kunnen zijn.<sup>56</sup> Grievens dienen voldoende kenbaar naar voren te zijn gebracht: zij hoeven niet als grief te worden aangeduid, maar in het algemeen zal een grief dat de appellant het geschil in volle

omvang aan de appelrechter wenst voor te leggen (ook wel bekend als "veeggrief") niet voldoen.<sup>57</sup>

Dan de devolutieve werking. Deze heeft twee gezichten: de negatieve zijde die geldt voor de appellant (degene die het hoger beroep instelt) en de positieve zijde die geldt voor de geïntimeerde (de verweerder in hoger beroep). Op grond van de negatieve zijde van de devolutieve werking staan *voor de appellant* alle negatieve beslissingen van de rechter in eerste aanleg vast *tenzij* hij daartegen een grief richt. Bij het opstellen van het beroepschrift en het formuleren van de grieven is dan ook opletten geboden: indien niet wordt gegriefd tegen een dragende ongunstige beslissing kan dit ertoe leiden dat de overige grieven bij gebrek aan belang stranden. De geïntimeerde daarentegen profiteert van de positieve zijde van de devolutieve werking: die verplicht het hof, indien een of meer grieven doel treffen en op zichzelf tot vernietiging zouden kunnen leiden, *ambtshalve* alle door de geïntimeerde in eerste aanleg aangevoerde argumenten – zolang deze niet zijn prijsgegeven – alsnog of opnieuw te beoordelen of op grond daarvan de bestreden uitspraak toch in stand kan worden gelaten.<sup>58</sup> Een voorbeeld: indien de werkgever in hoger beroep grieft dat de kantonrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat de werknemer het concurrentiebeding niet heeft geschonden, zal het hof – indien die grieven zouden slagen – de gevorderde boetes niet kunnen toewijzen zonder dat het hof ambtshalve heeft onderzocht of het eerder gevoerde verweer van de werknemer opgaat dat het concurrentiebeding zijn gelding heeft verloren. Dit geldt ook wanneer dat verweer door de kantonrechter uitdrukkelijk was verworpen.<sup>59</sup> Het voordeel van de positieve zijde van de devolutieve werking voor de geïntimeerde is dan ook dat deze uitsluitend incidenteel appel hoeft in te stellen indien hij een ander dictum wil. De Hoge Raad heeft in het arrest *Fafianie/KSN* bepaald dat deze regel niet geldt indien dit zou leiden tot het in kracht van gewijsde gaan van innerlijk tegenstrijdige uitspraken,<sup>60</sup>

52 Boot, Houweling & Keulaerds, Parl. Gesch. Wwz, p. 977: "Dat betekent dat aan een beschikking van de rechter in eerste aanleg altijd gevolg wordt gegeven – wat de rechtszekerheid voor zowel werkgever als werknemer ten goede komt – en dat bijvoorbeeld in het geval van een toegewezen verzoek tot ontbinding, de arbeidsovereenkomst daadwerkelijk eindigt."

53 Zie Boot, Houweling & Keulaerds, Parl. Gesch. Wwz, p. 990.

54 Zie Boot, Houweling & Keulaerds, Parl. Gesch. Wwz, p. 990.

55 HR 19 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8771, NJ 2010/154, m.nt. H.J. Snijders, rov. 2.4.1.

56 Zie HR 22 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3032, NJ 2007/344, rov. 3.6 waar het argument bij pleidooi dat een beding in de algemene voorwaarden als onredelijke bezwarend buitengerechtelijk was vernietigd een aantal jaren eerder als een nieuwe (tardieve) grief werd aangemerkt ten opzichte van het in de memorie van grieven aangevoerde argument dat het beding onredelijk bezwarend was en de rechter het daarom diende te vernietigen.

57 HR 3 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8278, NJ 2006/120, rov. 4.3. In gelijke zin hof 's-Hertogenbosch 26 mei 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1636, rov. 3.3.3.

58 HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:838, JAR 2015/113, rov. 3.3.2.

59 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 14 april 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:857, rov. 5-8.

60 HR 30 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8514, NJ 2012/583, m.nt. H.B. Krans en JBPR 2012/42, m.nt. G.C.C. Lewin, rov. 3.3.4. Deze situatie kan zich uitsluitend voordoen indien de eerste rechter in het dictum gedeeltelijk in het nadeel van de geïntimeerde heeft beslist (in *Fafianie/KSN* was KSN veroordeeld tot betaling van een deel van de door Fafianie gevorderde loon). Indien dat nadelige deel van het dictum wordt gedragen door een argument waarmee de geïntimeerde toewijzing van het principaal appel zou kunnen tegenhouden (in *Fafianie/KSN* was dit het door de kantonrechter verworpen verweer van KSN dat tussen partijen geen sprake was van een arbeidsovereenkomst op basis waarvan de kantonrechter de vordering van Fafianie gedeeltelijk had toegewezen), zal de geïntimeerde toch daarover (voorwaardelijk) moeten grieven teneinde dat verweer ook in appel beoordeeld te laten worden. Zonder incidenteel appel zou het hof namelijk de uitspraak in eerste aanleg mogelijk moeten bekrachtigen wegens het verbod van *non reformatio in peius* terwijl het tegelijkertijd een inhoudelijk oordeel velt (dat ook in kracht van gewijsde zal gaan) dat daarmee tegenstrijdig is (in *Fafianie/KSN* wees het hof de resterende loonvordering van Fafianie af omdat het – anders dan de kantonrechter – oordeelde dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst; bij gebreke van incidenteel appel van KSN bleef echter de gedeeltelijke veroordeling tot betaling van loon door de kantonrechter op grond van een door de kantonrechter wél aangenomen arbeidsovereenkomst in stand).

maar het is de vraag of deze – bekritiseerde – uitzondering nog opgaat.<sup>61</sup> Bij twijfel kan het echter weinig kwaad om als geïntimeerde voor alle zekerheid (voorwaardelijk) incidenteel appel in te stellen: een onnodig incidenteel appel leidt niet tot een proceskostenveroordeling,<sup>62</sup> maar hooguit in een tot een extra schriftelijke “spreekbeurt” van de appellant doordat deze een memorie van antwoord of verweerschrift in incidenteel appel mag indienen.

## 18. Heb aandacht voor het appelprocesrecht (2): de twee-conclusieregel

Uitgangspunt van de procedure in hoger beroep is dat appellant en geïntimeerde beiden één processtuk nemen.<sup>63</sup> Dit uitgangspunt heeft tot de zogenaamde “twee-conclusieregel” geleid.<sup>64</sup> Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad is de appellant op grond hiervan verplicht *al* zijn grieven op te nemen in zijn memorie van grieven resp. beroepschrift,<sup>65</sup> terwijl de geïntimeerde alle eventuele nieuwe gronden, verweren en incidentele grieven in zijn memorie van antwoord dan wel appelverweerschrift zal moeten verwerken.<sup>66</sup> Grieven of nieuwe verweren die later worden aangevoerd, mogen door het hof niet worden beoordeeld,<sup>67</sup> *tenzij* zich een van de drie uitzonderingsgronden voordoet. Vandaar dat de twee-conclusieregel ook wel bekend staat als de “in beginsel strakke regel”.<sup>68</sup> De eerste uitzondering (de aard van het geschil) zal zich in arbeidszaken niet snel voordoen;<sup>69</sup> hierbij moet gedacht worden aan procedures

waarin sprake is van zeer korte termijnen voor het formuleren van de grieven,<sup>70</sup> een actuele beoordeling door het hof geboden is,<sup>71</sup> dan wel daarmee nieuwe procedures kunnen worden voorkomen.<sup>72</sup> De tweede aanvaarde uitzondering doet zich voor indien de wederpartij ondubbelzinnig heeft toegestemd met de nieuwe grief en daarmee de uitbreiding van de rechtsstrijd heeft aanvaard. Het zonder voorbehoud (of bezwaar tegen de *timing*) ingaan op een nieuwe grief of verweer kan als zodanige instemming worden uitgelegd,<sup>73</sup> zodat bij (mogelijk) nieuwe argumenten tijdens de mondelinge behandeling het adagium geldt: protesteer, dan pas verweer! (En laat in het proces-verbaal aantekening maken van dit protest.) De derde uitzondering geldt indien sprake is van juridische of feitelijke nova die dan ook niet eerder aangevoerd konden worden.<sup>74</sup>

Bij al deze uitzonderingen blijft echter de regel dat de goede procesorde zich niet moet verzetten tegen de nieuwe grief of het nieuwe verweer. Een voorbeeld hiervan is te vinden in een uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden:<sup>75</sup> de werkgever ging in hoger beroep tegen de afwijzing van zijn op de d- en g-grond gebaseerde ontbindingsverzoek. Tijdens de mondelinge behandeling op 22 december 2017 beriep de werkgever zich voor het eerst op de e-grond als nieuwe grond voor ontbinding, omdat inmiddels gebleken zou zijn dat de werknemer heimelijk diverse telefoongesprekken had opgenomen. Het hof liet deze nieuwe grond buiten beschouwing omdat de werkgever al op of omstreeks 8 december 2017 op de hoogte was van de nieuwe feiten en daardoor ruimschoots in de gelegenheid was om het gewijzigde verzoek op voorhand aan de werknemer en het hof kenbaar te maken. Door dat niet eerder te doen, werd de werknemer volgens het hof geschaad in zijn mogelijkheden om verweer te voeren.

Een laatste – meer exotische – uitzondering op de twee-conclusieregel kan nog gevonden worden in een andere uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden: daarin had de werknemer binnen de appeltermijn een tweede, aanvullend beroepschrift ingediend en haar verzoek daarin gewijzigd. Het hof verwierp het bezwaar van de werkgever tegen dit aanvullend beroepschrift en overwoog daarbij dat de werknemer er ook voor had kunnen kiezen het eerste

61 Zie de bespreking van HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:981 door P.F. Lock in 'Kroniek Hoger Beroep', TCR 2019, nr. 2, p. 95 e.v., 104-105.

62 HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233, rov. 3.8. Zie voor een recent voorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 18 februari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:586, rov. 8.1.3. Deze regel geldt echter niet als met het incidenteel appel een wijziging van het dictum is beoogd: HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2262, JBPR 2019/16, m.nt. Y. Bosschaart, rov. 4.3.2.

63 Art. 347 Rv (juncto art. 362 Rv voor verzoekschriftprocedures).

64 Zie nader over de twee-conclusieregel: F. Kroes, 'De tweeconclusieregel en beginselen van burgerlijk procesrecht' TCR 2018, nr. 4, p. 111 e.v.

65 HR 19 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8771, NJ 2010/154, m.nt. H.J. Snijders, rov. 2.4.2.

66 HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR2045, JBPR 2012/35, m.nt. B.T.M. van der Wiel, rov. 3.4. Op grond van de positieve zijde van de devolutieve werking is de geïntimeerde echter niet verplicht in eerste aanleg aangevoerde en niet-prijsgegeven gronden te herhalen (zie Tip 17), maar met het oog op het voorkomen dat het hof die gronden over het hoofd ziet doet de advocaat er wel verstandig aan het hof daarop te wijzen.

67 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 26 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4199, rov. 3.5.4. In deze zaak had de werkgever voor het eerst in hoger beroep een tegenverzoek ingediend tot gerechtelijke vernietiging van de met de werknemer gesloten vaststellingsovereenkomst. Dit verzoek werd door het hof niet-ontvankelijk verklaard wegens strijd met art. 362 Rv (zie ook Tip 3 en hierna Tip 19). Het beroep ter gelegenheid van de mondelinge behandeling op een buitengerechtelijke vernietiging, die door de werknemer “voor kennisgeving was aangenomen”, werd wegens strijd met de twee-conclusieregel als tardief gepasseerd.

68 Deze regel geldt overigens in het algemeen niet ten aanzien van een vermindering van verzoek of eis dan wel de daaraan ten grondslag gelegde gronden. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 10 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:760, rov. 3.4.2.

69 Een arbeidsrechtelijke voorbeeld van deze uitzondering is echter wel te vinden: Hof Amsterdam (7 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:28, JAR 2020/45, rov. 3.13) liet toe dat FNV bij nadere eiswijziging in incidenteel appel alsnog uitvoerbaarverklaring bij voorraad vorderde omdat anders FNV (bij de Hoge Raad) een incidentele vordering tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad zou kunnen vorderen indien de werkgever cassatieberoep zou hebben ingesteld.

70 Zoals de procedure tot aanvraag van een faillissement (zie bijvoorbeeld HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1058, rov. 3.3).

71 Zoals gericht tegen bevelen van de rechter-commissaris in faillissement op grond van art. 67 Fw.

72 Zoals procedures tot wijziging van alimentatie op grond van art. 1:401 BW (zie bijvoorbeeld HR 20 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9917, NJ 2010/153, rov. 5.2.3).

73 HR 23 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU1712, JAR 2005/252, rov. 3.4. Zie echter ook HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3238, rov. 3.3.3 waarin de Hoge Raad cassatieklachten verwierpen die gericht waren tegen het oordeel van het hof dat het zonder voorbehoud reageren op een nieuw verweer geen aanvaarding van de uitbreiding van de rechtsstrijd met dat nieuwe verweer opleverde.

74 HR 19 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8771, NJ 2010/154, m.nt. H.J. Snijders, rov. 2.4.4 en 2.5. Het pas na de memorie van grieven bestuderen van een – al daarvoor beschikbaar – stuk, leidt niet tot een uitzondering op de twee-conclusieregel op deze grond: Hof Arnhem-Leeuwarden 7 april 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2856, rov. 4.4.

75 Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:342, JAR 2018/48, m.nt. C.G.M. Fruytier, rov. 4.3.

beroepschrift in te trekken en de inhoud daarvan over te nemen in het tweede beroepschrift.<sup>76</sup>

## 19. Vorder terugbetaling

In deel 1 (Tip 3) is reeds aan de orde gesteld dat het niet mogelijk is om als oorspronkelijk verweerder in eerste aanleg voor het eerst in hoger beroep een tegenverzoek te doen. Indien namens de werknemer in eerste aanleg naar aanleiding van de door de werkgever verzochte ontbinding geen transitievergoeding wordt verzocht, kan dit niet alsnog voor het eerst in het beroepschrift worden gedaan.<sup>77</sup> In dagvaardingsprocedures geldt eenzelfde verbod ten aanzien van het voor het eerst in hoger beroep instellen van een eis in reconventie.<sup>78</sup> Een (tegen)verzoek of vordering (in reconventie) dat in eerste aanleg is gedaan, mag echter in hoger beroep wel worden gewijzigd of vermeerderd. Op grond van de twee-conclusieregel zal dit in beginsel in het beroepschrift/de memorie van grieven dan wel in de memorie van antwoord/het appelerverweerschrift moeten gebeuren.<sup>79</sup> De wijziging of vermeerdering van het verzoek mag echter niet in strijd komen met de goede procesorde, bijvoorbeeld doordat dit leidt tot een onredelijke vertraging van het geding of onredelijke bemoeilijking van de verdediging.<sup>80</sup> Het verbod voor het eerst in hoger beroep een eis in reconventie in te stellen of een tegenverzoek in te dienen, strekt zich niet uit tot een vordering (of verzoek) tot ongedaanmaking of terugbetaling van hetgeen op grond van de uitspraak in eerste aanleg is gepresteerd of betaald. Die mag wél voor het eerst in appel worden ingesteld,<sup>81</sup> mogelijk zelfs pas ter gelegenheid van de mondelinge behandeling, mits dit niet in strijd komt met de goede procesorde.<sup>82</sup> Voor de arbeidsrechtpraktijk in dit kader noemenswaardig zijn de overwegingen van Hof Arnhem-Leeuwarden in een zaak waarbij de werknemer werd veroordeeld tot het terugbetalen van een eerder toegekende billijke vergoeding van EUR 1 miljoen

bruto.<sup>83</sup> Door de werkgever was terugbetaling van het netto equivalent verzocht. Volgens het hof zou dit kunnen in het jaar dat de betaling is gedaan doordat de werkgever dan de ingehouden/afgedragen belastingen en premies zelf kan terugvorderen of verrekenen met de fiscus, maar terugbetaling na 31 december 2019 kan fiscale complicaties geven die ertoe leiden dat de werknemer het *brutobedrag* zou moeten terugbetalen. Omdat de werkgever dat niet had verzocht, kon het hof niet meer of anders toewijzen dan het verzochte nettobedrag. Indien voor de werkgever wordt opgetreden, is het dan ook zaak hiermee rekening te houden bij het formuleren van het petitum. Indien voor de werknemer wordt opgetreden, verdient het aanbeveling het risico te beperken dat bij verlies in hoger beroep mogelijk (een deel van) het brutobedrag zal moeten worden terugbetaald, wat reden zou kunnen zijn om met executie te wachten totdat de uitspraak in gezag van gewijsde is gegaan.

## 20. Benut (en behoedt u voor) art. 7:683 BW

Procederen in het post-Wwz-tijdperk is er voor de arbeidsrechtadvocaat niet eenvoudiger op geworden. Kon in de tijd vóór Wwz slechts bij hoge uitzondering hoger beroep worden ingesteld tegen een ontbindingsbeschikking,<sup>84</sup> sinds 1 juli 2015 is hoger beroep en cassatie niet alleen opengesteld maar ook onderworpen aan de bijzondere beperkingen (en mogelijkheden) van art. 7:683 BW. In Tip 16 is reeds ingegaan op het eerste lid dat een uitzondering bevat op de regel dat hoger beroep schorsende werking heeft. Over art. 7:683 BW kunnen artikelen worden volgeschreven.<sup>85</sup> De lijst van uitspraken van de Hoge Raad over deze bepaling wordt met de tijd gestaag langer. Zo heeft de Hoge Raad begin dit jaar uiteengezet bij welke vraagstukken het hof *ex tunc* dient te toetsen (dat wil zeggen naar de stand van zaken bij de rechter in eerste aanleg), in tegenstelling tot de hoofdregel dat de beoordeling in appel *ex nunc* geschiedt (dat wil zeggen naar de stand van zaken bij het hof).<sup>86</sup>

In deze laatste tip opnieuw aandacht voor het petitum, ditmaal in appel. Wederom anders dan normaal, is het namelijk niet mogelijk voor het hof om een onjuist oordeel van de rechter in eerste aanleg met betrekking tot het eindigen of niet eindigen van de arbeidsovereenkomst te vernietigen. Was de uitkomst van de procedure in eerste aanleg ten onrechte het einde of beëindigd blijven van de arbeidsovereenkomst, dan is – op verzoek van de werknemer – uitsluitend herstel of een billijke vergoeding mogelijk, maar

76 Hof Arnhem-Leeuwarden 29 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7836, JAR 2018/254, rov. 5.3-5.4.

77 Hof Den Haag 29 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2873, rov. 4.9. Het Hof Amsterdam (19 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2964, JAR 2016/212, rov. 3.8), achtte een dergelijk voor het eerst in hoger beroep gedane verzoek overigens wel toelaatbaar naar aanleiding van het verweer van de werkgever dat het verzoek te laat (want niet binnen drie maanden bij de kantonrechter) was ingediend. Deze beslissing lijkt niet te rijmen met het verbod van het voor het eerst in appel doen van een tegenverzoek van art. 362 Rv, maar is recent nogmaals herhaald door Hof Amsterdam (11 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:474, JAR 2020/99, m.nt. P. Hufman, rov. 3.7) met het argument dat de werknemer in eerste aanleg zonder rechtskundige bijstand had geprocedeerd en de werkgever in hoger beroep voldoende gelegenheid had gehad om op het verzoek te reageren.

78 Art. 353 lid 1 Rv. Zie HR 14 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:261, JAR 2020/72, rov. 3.2.

79 Zie hiervoor Tip 18.

80 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2870, rov. 4.2 e.v.

81 HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN7327, NJ 2005/246, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.3. In dit arrest bepaalde de Hoge Raad dat indien ongedaanmaking van hetgeen ter uitvoering van de vernietigde uitspraak is gedaan niet meer mogelijk is, een vordering tot vervangen schadevergoeding niet voor het eerst in hoger beroep kan worden gedaan. In gelijke zin Hof Amsterdam 26 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4199, JAR 2020/10, rov. 3.2.2 en Hof Den Haag 7 april 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:793, rov. 7.2.

82 HR 9 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT4039, NJ 2007/140, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.4.2.

83 Hof Arnhem-Leeuwarden 4 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9541, JAR 2019/305, m.nt. K. Wiersma, rov. 5.51.

84 Vanwege het rechtsmiddelenverbod van art. 7:685 lid 11 BW (oud) uitsluitend indien zich een zogenaamde doorbrekingsgrond voordeed. Zie hierover nader: N.T. Dempsey, 'De relatieve onaantastbaarheid van een ontbindingsbeschikking', *ArbeidsRecht* 2011/53.

85 Zie bijvoorbeeld over de vormgeving van het petitum P. Kruit, 'Herstel van de arbeidsovereenkomst na de Amsta-beschikking: de zoektocht naar het juiste petitum', annotatie bij *AR Updates* 2019-0102.

86 HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:284, JAR 2020/106, m.nt. N.T. Dempsey. Zie hierover uitgebreid C.J. Frikkee & M.E. Smorenburg, 'Toetsing in hoger beroep ex tunc of ex nunc: de Hoge Raad geeft duidelijkheid', *ArbeidsRecht* 2020/26 en P. Kruit & B. Schouten, 'Toetsing in ontslagzaken: soms ex nunc en soms ex tunc', *TRA* 2020/42.

geen vernietiging van de beschikking van de kantonrechter op dit punt.<sup>87</sup> Was de uitkomst daarentegen dat de arbeidsovereenkomst ten onrechte in stand bleef, dan kan het hof uitsluitend een datum in de toekomst bepalen per wanneer de arbeidsovereenkomst eindigt.<sup>88</sup> Gingen de hoven in de Wwz beginjaren soepel om met verkeerde verzoeken, na vijf jaar Wwz kan niet zonder meer worden vertrouwd op een welwillende uitleg van een verkeerd geformuleerd petitum.<sup>89</sup> In algemene zin geldt de hoofdregel dat indien een partij ergens niet om verzoekt, de rechter het niet kan toewijzen.<sup>90</sup> Ook op deze regel is echter een uitzondering: indien de werknemer uitsluitend om herstel verzoekt, kan het hof ambtshalve besluiten om in plaats daarvan een billijke vergoeding toe te kennen. Voor de billijke vergoeding als alternatief voor herstel is namelijk geen (subsidiar) verzoek van de werknemer nodig,<sup>91</sup> maar diens advocaat doet er verstandig aan op die mogelijkheid te anticiperen en in het beroepschrift een (subsidiar) motivering op te nemen ten aanzien van hoe zo'n billijke vergoeding zou moeten worden berekend.<sup>92</sup>

Indien de werknemer om herstel verzoekt, kan dit op twee manieren. Zoals uit de wettekst volgt, kan de werknemer verzoeken om de werkgever te veroordelen tot herstel (bij voorkeur op straffe van een dwangsom). Teneinde af te dwingen dat de werkgever dit ook doet, is het verstandig hieraan een dwangsom te koppelen.<sup>93</sup> In *Stichting Amsta* heeft de Hoge Raad bepaald dat – bij wijze van alternatief – het hof kan worden verzocht om zelf de arbeidsovereenkomst te herstellen.<sup>94</sup> In beide gevallen is het raadzaam om gemotiveerd te beargumenteren, niet alleen per wanneer die

arbeidsovereenkomst hersteld zou moeten worden, en welke voorzieningen al dan niet getroffen zouden moeten worden, maar ook welke inhoud die herstelde arbeidsovereenkomst (juist niet) behoort te hebben.

En dan zijn er de bijna oneindige mogelijkheden voor het hof om voorzieningen te treffen in geval van herstel. Het hof is niet verplicht een voorziening te treffen (net zomin als het hof verplicht is een billijke vergoeding toe te kennen),<sup>95</sup> maar *kan* dit in alle gevallen van herstel wel doen, óók indien sprake is van herstel met terugwerkende kracht per de datum van beëindiging.<sup>96</sup> Indien met terugwerkende kracht wordt hersteld, zal de werknemer de schade die hij stelt te lijden als gevolg van de – ongedaan gemaakte – onderbreking goed moeten onderbouwen. Zo oordeelde Hof Den Haag dat de schuld die resteerde na verkoop van de woning van een werknemer die ten onrechte op staande voet was ontslagen niet als schade van de onderbreking kon worden aangemerkt; een door de gedwongen verkoop als gevolg van het onterechte ontslag op staande voet veroorzaakte lagere verkoopopbrengst had dit wel kunnen zijn, maar daarover was door de werknemer niets gesteld.<sup>97</sup> De ruime discretionaire ruimte die art. 7:683 lid 4 juncto 7:682 lid 6 BW het hof biedt om voorzieningen te treffen biedt vele mogelijkheden voor de werknemer, mits goed gemotiveerd en onderbouwd. Als werknemers-advocaat is het in ieder geval raadzaam om als voorziening te verzoeken dat de werkgever zal worden veroordeeld het loon (alsnog) te betalen vanaf het moment van herstel van de arbeidsovereenkomst.<sup>98</sup> Over het met terugwerkende kracht verschuldigde loon is echter niet met terugwerkende kracht ook wettelijke verhoging verschuldigd omdat de verplichting tot het betalen van dat loon eerst ontstaat door en met het herstel.<sup>99</sup>

Tot slot is vermeldenswaardig dat één van de voorzieningen die kan worden getroffen – zo volgt uit *Stichting Amsta* – de verplichting is voor de werknemer om (een deel van) de transitievergoeding terug te betalen.<sup>100</sup> Indien de werkgever de transitievergoeding terug wil hebben, doet hij er dan ook goed aan hierom te verzoeken in het appelschrift.

87 Art. 7:683 lid 3 BW.

88 Art. 7:683 lid 5 en 6 BW.

89 Zie voor een soepele opstelling Hof Arnhem-Leeuwarden 13 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7301, rov. 5.1 en 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9637, rov. 5.2-5.2 en voor een (zeer) gestreng opstelling Hof Arnhem-Leeuwarden 22 augustus 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:11463, rov. 5.4. Zie nader over wat er verder mis kan gaan in hoger beroep: T. van Osch, 'Hoger beroep in het arbeidsrecht gaat vaak mis', *Advocatenblad* 2018, nr. 4, p. 60-62.

90 Art. 24 Rv. Zo overwoog Hof Arnhem-Leeuwarden (9 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10516, rov. 2.23-2.25) in een zaak waarbij de kantonrechter bij het bepalen van de ontbindingsdatum van de arbeidsovereenkomst de opzegtermijn niet (volledig) in acht had genomen, dat het hof de ontbindingsdatum niet kon aanpassen, omdat de werknemer daar niet om had verzocht. Omdat de arbeidsovereenkomst door de ontbinding was geëindigd, werd de loonvordering van de werknemer over die niet in acht genomen opzegtermijn afgewezen. Het hof betrok het misgelopen salaris wel bij zijn beoordeling van de hoogte van de aan de werknemer toegekende billijke vergoeding.

91 Hof Arnhem-Leeuwarden (7 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2278, rov. 5.3) oordeelde dat niet voor het eerst (bij wege van tegenverzoek) in hoger beroep kon worden verzocht om toekenning van een billijke vergoeding op grond van art. 7:671b lid 9 sub c BW wegens ernstige verwijtbaarheid en wees dit verzoek af wegens strijd met art. 362 Rv. Hof Amsterdam (11 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:474, JAR 2020/99, rov.3.6) overweegt daarentegen dat (ook) voor een op ernstige verwijtbaarheid van de werkgever gebaseerde billijke vergoeding geen (formeel) tegenverzoek nodig is nu de rechter een dergelijke billijke vergoeding (discretionair) kan toekennen zodat een dergelijk verzoek ook voor het eerst in hoger beroep kan worden gedaan.

92 Zie Tip 4 in *ArbeidsRecht* 2020/10.

93 Vgl. Hof Den Haag 21 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3676, JAR 2018/52, rov. 31.

94 HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80, JAR 2019/57, m.nt. P.A. Hogewind-Wolters, rov. 3.5.12.

95 HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:857, JAR 2018/168, m.nt. A. van Zanten-Baris, rov. 3.4.2-3.4.3.

96 HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80, JAR 2019/57, m.nt. P.A. Hogewind-Wolters, rov. 3.5.3.

97 Hof Den Haag 21 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3676, JAR 2018/52, rov. 36.

98 HR 13 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:418, JAR 2020/89, rov. 4.1.3. Uit deze uitspraak volgt dat bij een veroordeling tot herstel die veroordeling tot loonbetaling wel kan worden toegewezen, maar eerst vanaf het moment dat de werkgever de arbeidsovereenkomst heeft hersteld (en zal dus pas vanaf dat moment die veroordeling afgedwongen kunnen worden). Gelet hierop lijkt een verzoek tot herstel van de arbeidsovereenkomst door het hof in plaats van veroordeling tot herstel de meer effectieve en efficiënte wijze om een verzoek tot herstel in te kleden. Anders dan mogelijk het door de werkgever verbeuren van dwangsommen, lijken er geen voordelen te zijn aan een verzoek tot veroordeling tot herstel.

99 Hof Den Haag 21 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3676, JAR 2018/52, rov. 33. Logischerwijs geldt dat daarover evenmin met terugwerkende kracht wettelijke rente is verschuldigd.

100 HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80, JAR 2019/57, m.nt. P.A. Hogewind-Wolters, rov. 3.5.5-3.5.6.

## Tot slot

De Gedragsregels advocaat schrijven in Regel 5 voor dat de advocaat *"voor ogen dient te houden dat een regeling in der minne veelal de voorkeur verdient boven een proces."*<sup>101</sup> Zeker een waar woord, *"but it takes two to tango"* en soms moet er geprocedeerd worden (om al dan niet tot een schikking te komen). Zoals in de inleiding van deel 1 is opgemerkt, is met de twintig gegeven tips geen uitputtende "checklist" beoogd voor het procedeerscenario. Hopelijk dat deze praktische *pointers* echter handvatten kunnen bieden om het beste voor de cliënt (werkgever of werknemer, eisend/verzoekend of verwerend) uit een procedure te halen.

---

<sup>101</sup> Te raadplegen via: <https://regelgeving.advocatenorde.nl/content/gedragsregels-advocatuur>.