

Aandachtspunten appel voor de arbeidsrecht advocaat

Mevr. mr. N.T. Dempsey, datum 19-07-2013

Datum

19-07-2013

Auteur

Mevr. mr. N.T. Dempsey^[1]

Auteursprofiel

N.T. Dempsey

Vakgebied(en)

Arbeidsrecht / Algemeen

Arbeidsrecht / Arbeidsovereenkomstenrecht

'*If at first you don't succeed, try, try again*' luidt het Engelse gezegde. Dit geldt ook voor de civiele procedure. Het hoger beroep is een nieuwe ronde, met nieuwe kansen, maar ook met bijzondere procedureregels die het verschil kunnen betekenen tussen (alsnog) winst of verlies. In dit artikel wordt – aan de hand van arbeidsrechtelijke uitspraken – aandacht besteed aan de mogelijk grootste valkuilen van het appelprocesrecht: het grievensstelsel en de devolutieve werking.

Inleiding

In het op 29 oktober 2012 door VVD en PvdA gepresenteerd regeerakkoord is als actiepoint opgenomen een vergaande vereenvoudiging en digitalisering van het civiele proces waarbij onder meer '*het hoger beroep wordt gestroomlijnd*'^[2]. Wat de regering hier precies voor ogen staat, wordt niet toegelicht. Inmiddels heeft de Minister van Veiligheid en Justitie op 11 juni 2013 aan de Tweede Kamer een brief gestuurd met als onderwerp zijn Programma Kwaliteit en Innovatie rechtspraak.^[3] Daarin worden ook vernieuwingen van het hoger beroep in het vooruitzicht gesteld, onder meer een herbeoordeling van de beroepstermijn en of het appelschrift de gronden voor het hoger beroep moet bevatten.^[4] Ook vanuit de rechtspraak zijn er initiatieven en gaan stemmen op om te komen tot een aanpassing van het hoger beroep; afgezien van de verschillende *pilots* nu gaande bij het Hof Den Haag^[5] en de Hoven Amsterdam en 's-Hertogenbosch^[6], is op 28 maart 2013 tijdens het congres 'Innoverende Hoven' een Agenda voor de appelrechtspraak 2020 besproken.^[7] Opvallende aanbevelingen in de Agenda zijn onder meer het verhogen van de appelgrens naar € 5.000,-, het verkorten van de appeltermijn tot zes weken en aanpassing van het civiele proces- en bewijsrecht met als doel versnelling en vereenvoudiging waarbij '*het bestaande systeem van de devolutieve werking van het appel wordt vervangen door een eenvoudiger en beter werkbaar systeem*'^[8]. Welke wijzigingen precies zullen worden doorgevoerd in het appelprocesrecht, en wanneer, zal de toekomst moeten leren. Tot die tijd heeft de (arbeidsrecht)advocaat die hoger beroep instelt of met een hoger beroep van zijn wederpartij wordt geconfronteerd, om te gaan met het huidige appelprocesrecht en zijn valkuilen, zoals het grievensstelsel en de devolutieve werking.

Wanneer grieven? De negatieve en positieve zijde van de devolutieve werking

Kernbegrippen in het appelprocesrecht zijn de devolutieve (overhevelende) werking en het grievensstelsel. Het appel leidt tot een nieuwe behandeling en beslissing van de zaak; de zaak wordt in zijn geheel ter beoordeling overgeheveld naar de appelrechter. Echter, daarbij is de appelrechter wel gebonden aan de grenzen van de rechtsstrijd. In appel worden deze grenzen bepaald door de grieven die partijen aanvoeren. Zo brengt de *negatieve* zijde van de devolutieve werking mee dat alle eindbeslissingen van de eerste rechter in beginsel vaststaan, tenzij de appelland daarover door middel van een grief klaagt. De geïntimeerde heeft een meer comfortabele positie: op grond van de *positieve* zijde van de devolutieve werking is de appelrechter namelijk verplicht ambtshalve alle stellingen, grondslagen en weren van de geïntimeerde uit eerste aanleg te (her)beoordelen, indien deze naar aanleiding van het slagen van een grief van appelland voor de beslissing van het geschil relevant kunnen zijn. Dit geldt ook voor stellingen van de geïntimeerde die door de eerste rechter uitdrukkelijk zijn verworpen dan wel in het geheel niet zijn behandeld. De geïntimeerde hoeft in appel in beginsel alleen dan zelf (incidentele) grieven aan te voeren indien hij een ander dictum wil verkrijgen. Zonder incidentele grieven kan het appel namelijk niet tot een betere uitkomst voor de geïntimeerde leiden dan in eerste aanleg. Deze regel hangt samen met het verbod van *reformatio in peius*: de appelland mag (behoudens dus in geval van incidenteel appel) niet in een slechtere positie geraken door zijn eigen hoger beroep. Alvorens in te gaan op een aantal arbeidsrechtelijke voorbeelden om deze belangrijke

kenmerken van het appelprocesrecht te verduidelijken, zal eerst worden besproken wat moet worden verstaan onder het begrip 'grief'.

De kenbaarheid van grieven

Grievens zijn, aldus artikel 343 Rv, 'de middelen waarop het hoger beroep gegrond is'. De Hoge Raad hanteert daartoe een ruime definitie: grieven zijn 'alle gronden die de appellant aanvoert ten betoge dat de bestreden uitspraak behoort te worden vernietigd (...). Als grief moet daarom ook worden aangemerkt een verandering of vermeerdering van eis in hoger beroep indien toewijzing daarvan zou meebrengen dat het dictum van het vonnis van de rechtbank door een ander moet worden vervangen (...)'.^[9] Er gelden geen bijzondere vormvoorschriften voor grieven: het is niet noodzakelijk (maar valt wel aan te bevelen) de grieven als zodanig te benoemen of te nummeren, zolang maar voor de geïntimeerde (en de appelrechter) voldoende duidelijk is dat men met een grief van doen heeft. Een veeggrief ('appellant legt het geschil in volle omvang aan de appelrechter voor') zal in de regel niet als een voldoende kenbare grief hebben te gelden.^[10]

Incidenteel appel en de positieve zijde van de devolutieve werking: 3 arbeidsrechtelijke arresten

Een goed voorbeeld van de gevolgen indien een geïntimeerde geen incidenteel appel instelt, betreft een uitspraak van het Hof Den Haag van 22 januari 2013.^[11] De zaak zag op een vordering tot schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag van een voormalig statutair bestuurder. In eerste aanleg vorderde de bestuurder een vergoeding van € 628.530,30 bruto. Door de rechtbank werd een vergoeding van € 500.000,- bruto toegekend, welke vergoeding door het Hof Amsterdam naar aanleiding van het hoger beroep van de werkgever met toepassing van de XYZ-formule werd teruggebracht tot € 190.000,- bruto. De bestuurder ging in cassatie. In lijn met zijn *Van der Grijp/Stam*-^[12] en *Rutten/Breed*-^[13] jurisprudentie vernietigde de Hoge Raad het arrest van het Hof Amsterdam en verwees de zaak naar het Hof Den Haag om de schade opnieuw – ditmaal op de juiste wijze – te begroten.^[14] In de verwijzingsprocedure vermeerderde de bestuurder zijn eis tot een bedrag van € 891.033,- bruto en een bedrag van € 5.000,- aan immateriële schadevergoeding. Het Hof Den Haag begrootte de schade die de werknemer door het kennelijk onredelijk ontslag had geleden uiteindelijk op een bedrag van circa € 620.000,- bruto, maar kende daarvan slechts € 500.000,- bruto toe. De reden? Het hof stelde vast dat de bestuurder destijds geen incidenteel appel had ingesteld tegen het vonnis van de rechtbank waarbij hem dat bedrag was toegewezen en zijn vordering, voor zover meer, was afgewezen. Het hof overwoog:

"Door niet incidenteel te appelleren tegen het vonnis is in dit hoger beroep het meerdere deel van de schadevergoeding niet meer aan de orde, als gevolg van de regel dat het hoger beroep van de Bouwmarkten tegen het vonnis van de rechtbank niet tot een voor hen slechter resultaat kan leiden (verbod van reformatio in peius)."^[15]

De verhouding tussen de positieve zijde van de devolutieve werking en het al dan niet instellen van incidenteel appel wordt ook goed geïllustreerd in een ander kennelijk onredelijk ontslagarrest, ditmaal van het Hof 's-Hertogenbosch van 26 februari 2013.^[16] De werknemer nam geen genoegen met het door de kantonrechter toegewezen bedrag van € 10.000,- bruto en ging in appel. Na inschakeling van een deskundige die zich moest uitlaten over de arbeidsmarktpositie van werknemer, kwam het hof tot een aan de werknemer toe te wijzen schadevergoeding van € 55.000,- bruto. In eerste aanleg had de werkgever echter ook een – kennelijk door de kantonrechter gepasseerd – 'habe nichts'-verweer gevoerd. Het hof komt tot een 'text book'-toepassing van de devolutieve werking:

"Het gevolg van het slagen van de grieven (...) brengt met zich mee dat vervolgens in het kader van de devolutieve werking ook nog het verweer van Rolduc aan de orde dient te komen dat zij niet in staat is om meer dan € 10.000,- als schadevergoeding te betalen. Nu Rolduc immers zelf niet heeft gegriefd van de beslissing van de kantonrechter waarbij zij werd veroordeeld tot betaling van dat bedrag, dient haar verweer thans aldus te worden verstaan dat Rolduc zich nog richt op het meerdere van dat reeds toegewezen bedrag (...)."

De overwegingen van het hof illustreren dat een gepasseerd verweer van de geïntimeerde in eerste aanleg alsnog of opnieuw in appel beoordeeld moet worden wanneer het slagen van de grieven tot vernietiging van het bestreden vonnis kan leiden. Was het hof tot het oordeel gekomen dat Rolduc's 'habe nichts'-verweer slaagde,^[17] dan had dit tot bekrachtiging van het vonnis geleid ook al waren de grieven van de werknemer terecht voorgesteld. Daarentegen zou het hof alleen dan de vordering van de werknemer volledig hebben kunnen afwijzen – en de toewijzing van € 10.000,- schadevergoeding door de kantonrechter hebben kunnen vernietigen – indien Rolduc daartegen incidenteel appel had ingesteld.

Een derde voorbeeld van de positieve zijde van de devolutieve werking 'in action' is te vinden in een arrest van 8 januari 2013, ook gewezen door het Hof 's-Hertogenbosch, ditmaal in kort geding. Inzet van de procedure was een vordering tot nakoming van een concurrentiebeding. De kantonrechter was in eerste aanleg tot de conclusie gekomen dat voorshands niet aannemelijk was dat tussen partijen een geldig concurrentiebeding tot stand was gekomen. De werkgever ging in hoger beroep. Het hof verklaart werkgevers grief gegrond en oordeelt dat sprake is van een geldig concurrentiebeding. Bij gebreke

van voldoende bewijs van schending van het beding wijst het hof het door de werkgever gevorderde gebod tot nakoming en betaling van een voorschot aan verbeurde boetes af. Daarmee was het hoger beroep echter niet afgelopen. Het hof vervolgt:

“Gezien de devolutieve werking van het beroep komen vervolgens ook de voorwaardelijk geformuleerde vorderingen van [geïntimeerde] in reconventie aan de orde. Als voorwaarde heeft te gelden dat de geldigheid van het concurrentiebeding door de rechter (lees: in dit geval het hof) wordt aangenomen, en dat is het geval, zoals hiervoor reeds is overwogen. [geïntimeerde] heeft primaire schorsing van het geding gevorderd (...) en subsidiair matiging (...). Weliswaar is deze vordering in beroep niet herhaald, maar uit niets blijkt dat [geïntimeerde] deze vordering(en) heeft prijsgegeven. (...)”

Zoals ook uit dit citaat blijkt, hoeft de geïntimeerde een in eerste aanleg gevoerd verweer (of voorwaardelijke vordering in reconventie) dat niet is behandeld (in dit geval omdat de kantonrechter had geoordeeld dat er geen concurrentiebeding was, zodat aan schorsing niet werd toegekomen) of zelfs is verworpen, in appel niet (eens) uitdrukkelijk te herhalen. De appelrechter moet ambtshalve zulke verweren (her)beoordelen indien het slagen van een grief van appellant daar aanleiding toe geeft. Dit laat echter onverlet dat het zeker geen kwaad kan om in de memorie van antwoord de appelrechter te wijzen op zulke verweren (of voorwaardelijke vorderingen in reconventie) en deze – waar mogelijk – in appel nader uit te werken en verder te onderbouwen.

Incidenteel appel en tegenstrijdige (Hoge Raad-)uitspraken

De devolutieve werking en het grievenstelsel worden pas echt ingewikkeld wanneer een vordering in eerste aanleg deels wordt toegewezen en toepassing van de devolutieve werking tot tegenstrijdige uitspraken kan leiden. Dat geval deed zich voor in het arrest van de Hoge Raad inzake *Fafianie/KSN* van 30 maart 2013.^[19] Fafianie vorderde onder meer loondoorbetaling op grond van een arbeidsovereenkomst die op 20 november 2007 zou zijn aangegaan. KSN verweerde zich met de stelling dat überhaupt geen arbeidsovereenkomst tot stand was gekomen en, subsidiair, dat Fafianie hooguit over de periode 1 januari tot 1 april 2008 recht had op salaris omdat hij daarvoor en daarna niet beschikbaar was voor werk. De kantonrechter volgde Fafianie in zijn stelling dat op 20 november 2007 een arbeidsovereenkomst tot stand was gekomen, maar wees op basis van het subsidiaire verweer van KSN enkel loon toe over de periode 1 januari tot 1 april 2008. Fafianie nam hiermee geen genoegen en ging in hoger beroep. KSN stelde geen incidenteel appel in,^[19] maar stelde in haar memorie van antwoord wel dat zij nog altijd uitdrukkelijk van mening was dat er geen arbeidsovereenkomst tot stand was gekomen. Bij de beoordeling van de grieven van Fafianie gericht tegen de afwijzing van zijn loonvordering over de periode voor 1 januari 2008 en de periode na 31 maart 2008 stelt het hof voorop dat, voor zover de kantonrechter de loonvordering over de tussenliggende periode heeft toegewezen, die beslissingen in hoger beroep niet ter beoordeling voorliggen nu KSN geen incidenteel appel heeft ingesteld. Het hof vervolgt dan dat, op grond van de positieve zijde van de devolutieve werking, het acht moet slaan op alle verweren die KSN in eerste aanleg heeft aangevoerd die aan toewijzing van Fafianies loonvordering over de periode voor 1 januari 2008 en de periode na 31 maart 2008 in de weg zouden staan. Daartoe behoort ook het – door KSN expliciet niet prijsgegeven – verweer dat überhaupt geen arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen. Het hof herbeoordeelt dit verweer en komt – in tegenstelling tot de kantonrechter – tot het oordeel dat inderdaad geen arbeidsovereenkomst tussen partijen tot stand is gekomen en bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter.^[20] Toepassing van de positieve zijde van de devolutieve werking leidde er in dit geval dus toe dat de werknemer in eerste aanleg een deel van zijn vordering toegewezen kreeg op basis van een arbeidsovereenkomst die volgens het hof niet bestond, reden waarom de rest van zijn vordering in appel werd afgewezen. In zijn conclusie erkent A-G Spier dat toepassing van de devolutieve werking op deze wijze kan leiden tot ‘in zekere zin wonderlijke situaties’ waarbij ‘voor een deel van het geschil rechtens geldt dat er wel en voor een ander deel dat er rechtens geen arbeidsovereenkomst was’, maar hij acht dat weinig bezwaarlijk. Het alternatief zou betekenen dat een gedaagde die in eerste aanleg deels in het ongelijk is gesteld en daarin berust, niettemin incidenteel zou moeten appelleren om te voorkomen dat in een ander verband zou worden voortgebouwd op een oordeel over de kwestie waaromtrent hij de strijd opgeeft.^[21] De Hoge Raad oordeelt echter anders en neemt voor deze situatie een uitzondering aan op de positieve zijde van de devolutieve werking: de geïntimeerde moet in een situatie als deze toch (minst genomen voorwaardelijk) incidenteel appel instellen omdat anders ‘onbepaalde toepassing van de [positieve zijde van de] devolutieve werking (...) tot gevolg zou (...) hebben dat (...) de appelrechter over hetzelfde geschilpunt een ander oordeel bereikt dan de eerste rechter, zodat na het in kracht van gewijsde gaan van de uitspraak van de appelrechter met betrekking tot dat geschilpunt twee tegenstrijdige onherroepelijke rechterlijke beslissingen met gezag van gewijsde zouden bestaan.’^[22]

Het arrest *Fafianie/KSN* is in de literatuur met de nodige kritiek ontvangen^[23] en het is de vraag of de Hoge Raad wellicht op zijn schreden is teruggekeerd, getuige een meer recent arrest dat de Hoge Raad op 8 februari 2013^[24] wees in een eveneens arbeidsrechtelijke casus. In geding was het bestaan en de overtreding van een concurrentiebeding: in eerste aanleg vorderde de voormalige werkgever onder meer een bedrag van bijna € 123.000,- aan verbeurde boetes wegens de overtreding van het concurrentiebeding. De werknemer vorderde in reconventie een verklaring voor recht dat geen concurrentiebeding gold, subsidiair schorsing dan wel matiging van het concurrentiebeding en daarnaast nog betaling van

circa € 23.000,- bruto aan bonus. De kantonrechter matigde de verbeurde boetes tot € 43.000,- en wees – na aftrek van de gevorderde bonus – aan de werkgever een bedrag van € 23.000,- toe. De werknemer stelde (principaal) appel in en richtte zijn grieven tegen de toewijzing van verbeurde boetes waarbij hij in zijn grieven uitsluitend klaagde dat hij het concurrentiebeding niet had overtreden. In incidenteel appel kwam de werkgever op tegen de matiging van de verbeurde boetes, waarna de werknemer bij memorie van antwoord in incidenteel appel zich hiertegen verweerde met onder meer de (geheel nieuwe) stelling dat er tussen hem en de werkgever nimmer een rechtsgeldig concurrentiebeding tot stand was gekomen. Het hof kwalificeerde deze verweren als nieuwe grieven die gepasseerd moesten worden omdat, 1. de grieven te laat (want niet bij memorie van grieven) waren aangevoerd; en 2. honorering van dit verweer, welke ertoe strekte dat het beding als geheel vervallen zou moeten worden beschouwd, bovendien in strijd zou komen met verbod van *reformatio in peius* doordat dit dan zou leiden tot vermindering van het door de kantonrechter toegewezen boetebedrag op een grond die niet in het principaal appel was aangevoerd.^[25] De werknemer stelde cassatieberoep in. Anders dan A-G Wesseling-van Gent, die tot verwerping van het cassatieberoep concludeerde, oordeelde de Hoge Raad dat het de principaal appelland op grond van artikel 348 Rv vrijstaat naar aanleiding van het incidenteel appel een nieuw verweer aan te voeren. Dit komt doordat het incidenteel appel een zelfstandige positie inneemt ten opzichte van het principaal appel. Belangwekkender is dat de Hoge Raad oordeelt dat het verbod van *reformatio in peius* niet in het geding was, omdat het bij memorie van antwoord in incidenteel appel gevoerd verweer dat geen sprake was van een geldig concurrentiebeding enkel strekte tot afwijzing van de werkgevers incidentele grieven en dus hooguit ertoe kon leiden dat de verschuldigde boete niet zou worden verhoogd. Deze beslissing suggereert dat de Hoge Raad geen (onoverkomelijk) bezwaar ziet in het gegeven dat in één en dezelfde uitspraak de rechter tot tegenstrijdige beslissingen komt: immers in principaal appel zouden de toegewezen verbeurde boetes in stand kunnen blijven uitgaande van een rechtsgeldig concurrentiebeding, terwijl in het incidenteel appel het hof zou kunnen oordelen dat de boetes niet verhoogd kunnen worden doordat geen sprake was van een rechtsgeldig concurrentiebeding tussen partijen.^[26]

Omdat in dit arrest niet de positieve zijde van de devolutieve werking in het geding was, kan niet met zekerheid geconcludeerd worden dat *Fafianie/KSN* moet worden beschouwd als een eenmalige misslag van de Hoge Raad. Het is echter lastig beide arresten met elkaar te verenigen: in *Fafianie/KSN* strekte het verweer van KSN dat er geen arbeidsovereenkomst was, immers uitdrukkelijk enkel tot verwerping van het principaal hoger beroep (en niet tot het alsnog afwijzen van het door de kantonrechter toegewezen bedrag). Mogelijk dat eenzelfde casus door de Hoge Raad thans tot een andere uitkomst zou leiden. Echter, tenzij de cliënt wil bijdragen aan de rechtsontwikkeling op dit punt, is het aan te raden dat de advocaat van een geïntimeerde die op zich kan leven met een gedeeltelijk ongunstig vonnis maar wenst te voorkomen dat de zaak in appel slechter uitvalt, de voor zijn cliënt ongunstige beslissingen van de eerste rechter (waarop anders in het principaal appel zou kunnen worden voortgebouwd om het hoger beroep van de appelland te laten slagen) zekerheidshalve bestrijdt met (voorwaardelijk) incidentele grieven.^[27]

Wanneer grieven? De twee conclusieregel

Bij beantwoording van de vraag wanneer men moet grieven dient niet enkel gelet te worden op de vraag *in welke gevallen* grieven noodzakelijk is – hetgeen wordt bepaald door de hiervoor besproken devolutieve werking van het hoger beroep – maar ook *tot welk moment* partijen grieven kunnen aanvoeren. De door de Hoge Raad zogenaamde, op artikel 347 Rv gebaseerde, ‘in beginsel strakke’ of ‘twee conclusie’ regel bepaalt de temporele beperkingen van het grievenstelsel. Kort en goed komt deze regel erop neer dat de appelrechter in beginsel niet behoort te letten op grieven die in een later stadium dan in de eerste memorie van een partij worden aangevoerd.^[28] De door de Hoge Raad aan het begrip grief gegeven ruime uitleg^[29] alsmede het feit dat deze regel niet alleen geldt voor nieuwe grieven, maar ook voor het door de geïntimeerde aanvoeren van nieuwe verweren^[30], maakt dat op deze deadline nauw gelet moet worden. Het hiervoor besproken arrest *Ligthart/Bouwmarkt Beverwijk* vormt hiervan een fraaie illustratie: nadat de Hoge Raad het arrest van het hof had gecasseerd, vermeerde de werknemer in de procedure na verwijzing zijn eis. Die eisvermeerdering heeft te gelden als een nieuwe grief en werd door het hof – met een beroep op de twee conclusieregel – gepasseerd omdat deze uiterlijk bij zijn memorie van antwoord (en dus vóór de cassatie en verwijzing) had moeten zijn ingesteld.^[31]

Een ander voorbeeld van te laat grieven, is te vinden in een arrest van het Hof Arnhem van 6 april 2010.^[32] Deze zaak betrof een vordering wegens kennelijk onredelijk ontslag: de kantonrechter wees de vordering af omdat het ontslag niet kennelijk onredelijk zou zijn geweest. De werknemer stelde hoger beroep in en klaagde over het oordeel van de kantonrechter dat geen sprake was geweest van een valse of voorgewende reden dan wel schending van het gevolgen criterium met een beroep op zijn – door de kantonrechter verworpen – standpunt dat hij arbeidsongeschikt was. Pas voor het eerst bij akte in appel voerde de werknemer zijn voormalig lidmaatschap van de ondernemingsraad aan ten grondslag van zijn stelling dat het ontslag kennelijk onredelijk was op basis van een valse of voorgewende reden. Dit nieuwe argument kwalificeerde het hof als grief: omdat het niet bij memorie van grieven was aangevoerd (en dus te laat) ging het hof – mijns inziens terecht – aan de stelling voorbij.

Daarentegen lijkt het Hof 's-Hertogenbosch in zijn hiervoor besproken arrest van 8 januari 2013 de twee conclusieregel op onjuiste wijze toe te passen: kennelijk had de werknemer bij memorie van antwoord – voor het eerst in de procedure –

aangevoerd dat het concurrentiebeding niet (meer) geldig was omdat het zwaarder was gaan drukken. Naast de overweging dat de door de werknemer in dat kader aangevoerde argumenten niet overtuigden, passeerde het hof dit verweer op de grond dat de stelling 'zodanig laat in de procedure [was] betrokken, dat ingevolge de twee conclusie regel [de werkgever] hier niet meer op heeft kunnen reageren.' Daarmee lijkt het hof te hebben miskend dat de memorie van antwoord het eerste processtuk in appel was waarin de werknemer dit verweer kon aanvoeren en dat de herstelfunctie van het appel met zich brengt dat partijen nieuwe stellingen en weren mogen aanvoeren. Dit geldt niet alleen voor de appelland, maar ook voor de geïntimeerde en geldt ook onverkort in kort geding. De appelrechter dient dus wel degelijk te letten op nieuwe argumenten die bij appel worden aangevoerd, maar mag deze niet als onweersproken en daarmee vaststaand aanmerken op grond van de enkele mogelijkheid dat de appelland daarop bij akte had kunnen reageren of pleidooi had kunnen vragen om daarop te reageren, maar dit niet heeft gedaan.^[33]

Op de in beginsel strakke regel zijn, de terminologie geeft het al aan, uitzonderingen mogelijk: indien de wederpartij ondubbelzinnig instemt met de nieuwe grief, indien de aard van het geschil dat meebrengt of indien met de nieuwe grief aanpassing wordt beoogd aan eerst na de memorie voorgevallen of gebleken juridische of feitelijke feiten (nova), mag (moet) de appelrechter de nieuwe grief alsnog in zijn beoordeling betrekken.^[34] Daarbij is voor ondubbelzinnige instemming niet veel nodig: het bij pleidooi zonder voorbehoud reageren op een nieuw grief levert die instemming al op.^[35]

Overigens zal niet alles wat door een partij voor het eerst na een memorie wordt aangevoerd als een grief hebben te gelden: hoewel het begrip grief ruim wordt uitgelegd, mogen partijen hun eerdere grieven wel later nader toelichten met bijvoorbeeld nieuwe feiten of producties. De grens tussen een – toegelaten – nieuw feit en een – ontoelaatbare – nieuwe grief is echter niet altijd gemakkelijk te trekken.^[36] De partij die een nieuw element na haar memorie van grieven of antwoord wil aanvoeren in het partijdebat, kan deze daarom het beste zo veel mogelijk insteken als een toelichting op haar eerdere grieven of eerdere verweren dan wel zal moeten uiteenzetten waarom in dit geval een van de hiervoor vermelde uitzonderingsgronden zich voordoet. Voor de wederpartij is het in zo'n geval van groot belang dat zij eerst tegen het aanvoeren van het nieuwe argument protesteert, en daarna pas inhoudelijk verweer voert.

Conclusie

Hoger beroep biedt partijen een tweede kans op succes of – alsnog – verlies. Een goed begrip van het grievenstelsel en de devolutieve werking is daarbij onontbeerlijk. Voor de appelland betekenen de bijzondere regels van het appel dat hij alle voor hem ongunstige beslissingen met grieven moet bestrijden en tegelijkertijd moet anticiperen op de eerder ingenomen standpunten van geïntimeerde die bij het slagen van een of meer grieven alsnog/opnieuw relevant kunnen worden. Voor de geïntimeerde betekenen de bijzondere regels van het appel dat hij in beginsel enkel incidenteel appel hoeft in te stellen indien een wijziging (verbetering) van het dictum is gewenst. Indien men met het dictum op zich kan leven, maar bepaalde verworpen standpunten toch wil handhaven, is het gelet op het arrest *Fafianie/KSN* desalniettemin verstandig (voorwaardelijk) incidenteel appel in te stellen. Voor beide partijen geldt dat zo veel als mogelijk alle standpunten en argumenten in het eerste processtuk moeten worden opgenomen en dat, indien de wederpartij na zijn memorie van grieven of memorie van antwoord (in incidenteel appel) een nieuw standpunt aanvoert: protesteer, en dan pas verweer!

Voetnoten

[1]

Mevr. mr. N.T. Dempsey is advocaat op de secties cassatie en arbeidsrecht van Houthoff Buruma.

[2]

Bruggen slaan; regeerakkoord VVD-PvdA 29 oktober 2012 (p. 27), te vinden op www.kabinetsformatie2012.nl/actueel/documenten/regeerakkoord.html.

[3]

Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 11 juni 2013, te vinden op www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Nieuws/Documents/brief%20Opstellen%20kwaliteit%20rechtspraak-juni%20TK.pdf.

[4]

In tegenstelling tot bij dagvaardingsprocedure – waar volstaan kan worden met een 'pro-forma'-appeldagvaarding die (veel) later wordt gevolgd door een memorie van grieven – dienen op grond van art. 359 Rv in verzoekschriftprocedures de grieven reeds in het appilverzoekschrift te zijn opgenomen.

[5]

Zie www.rechtspraak.nl/Organisatie/Gerechtshoven/Den-Haag/Nieuws/Pages/HetHaagsehofintroduceerteenkorteproceduremetminderkosten.aspx.

[6]

Zie www.rechtspraak.nl/Organisatie/Gerechtshoven/Amsterdam/Nieuws/Pages/Pilots-van-start-voor-snellere-civiele-procedure-in-hoger-beroep.aspx.

[7]

Agenda voor de appelrechtspraak 2020, te vinden op www.rechtspraak.nl/Zoeken/Pages/default.aspx?k=agenda%20voor%20de%20appelrechtspraak.

[8]

Aanbevelingen 3, 6 en 9, p. 8-9 Agenda voor de appelrechtspraak 2020.

[9]

HR 19 juni 2009, *NJ* 2010/154 (*Ceelen/Van Vlerken*), r.o. 2.4.1.

[10]

HR 3 februari 2006, *NJ* 2006/120 (*Budé/Geju*), r.o. 4.3.

[11]

Hof Den Haag 22 januari 2013, *RAR* 2013/62 (*Ligthart/Bouwmarkt Beverwijk*).

[12]

HR 27 november 2009, *RAR* 2010/15 (*Van der Grijp/Stam*).

[13]

HR 12 februari 2010, *RAR* 2010/27 (*Rutten/Breed*).

[14]

HR 24 december 2010, *JAR* 2011/22 (*Ligthart/Bouwmarkt Beverwijk*).

[15]

Hof Den Haag 22 januari 2013, *RAR* 2013/62 (*Ligthart/Bouwmarkt Beverwijk*), r.o. 17. De bestuurders vermeerdering van eis werd ook afgewezen op grond van de twee conclusieregel, waarover hieronder meer.

[16]

Hof 's-Hertogenbosch 26 februari 2013, *LJN* BZ3201 (*Bisschoppelijk Centrum Rolduc*).

[17]

In dit geval stelde het hof vast dat Rolduc over een fors eigen vermogen beschikte (bijna € 3 miljoen) zodat niet ingezien kon worden dat zij niet in staat zou moeten zijn de toegewezen schadevergoeding te betalen.

[18]

HR 30 maart 2012, *NJ* 2012/583, m.nt. H.B. Krans en *JBPR* 2012/42, m.nt. G.C.C. Lewin.

[19]

Uit nr. 3.3 van de concl. van A-G Spier vóór dit arrest blijkt dat de reden hiervoor was dat KSN 'uit liquiditeits-overwegingen' daartoe niet in staat was.

[20]

Vgl. ook het hiervoor besproken *Rolduc*-arrest van het Hof 's-Hertogenbosch, zie hiervoor voetnoot 18.

[21]

Nr. 4.2 en 4.3 van de concl. van A-G Spier.

[22]

R.o. 3.3.4.

[23]

Zie – naast de noten van H.B. Krans in de *NJ*-publicatie en G.C.C. Lewin in de *JBPR*-publicatie van het arrest – A.C. van Schaik, 'Tegenstrijdige beslissingen', *NTBR* 2013/1.

[24]

HR 8 februari 2013, *JBPR* 2013/17, m.nt. B.T.M. van der Wiel (*ALTO*).

[25]

Zoals hiervoor vermeld, blijkt uit het arrest dat het principaal appel weliswaar ook strekte tot afwijzing van de werkgevers vordering tot betaling van verbeurde boetes, maar alleen op de grond dat het concurrentiebeding niet was overtreden.

[26]

Zie randnr. 12 van B.T.M. van der Wiels noot in de *JBPR*-publicatie van dit arrest, die deze mogelijke tegenstrijdigheid signaleert als mogelijk achterliggende reden waarom zowel hof als A-G tot de conclusie kwamen dat de nieuwe verweren van de werknemer gepasseerd moesten worden.

[27]

Vgl. *Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent* 4 2012/133.

[28]

HR 20 juni 2008, *NJ* 2009/21, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Willemsen/NOM*).

[29]

Zie hierboven.

[30]

HR 9 december 2011, *NJ* 2013/7, m.nt. H.J. snijders en *JBPR* 2012/35, m.nt. B.T.M. van der Wiel (*Doornen-bal/Van der Spek*).

[\[31\]](#)

Hof Den Haag 22 januari 2013, *RAR* 2013/62 (*Ligthart/Bouwmarkt Beverwijk*), r.o. 17.

[\[32\]](#)

Hof Arnhem 6 april 2010, *LJN* BU3362 (*X/Novio*).

[\[33\]](#)

Vgl. HR 20 januari 2004, *NJ* 2005/246 (*Denu/Binnenhof*), r.o. 3.4.

[\[34\]](#)

HR 19 juni 2009, *NJ* 2010/154, m.nt. H.J. Snijders (*Wertenbroek q.q./Van Vlerken c.s.*).

[\[35\]](#)

HR 23 september 2005, *NJ* 2006/471 (*Royakkers/Engelen*), r.o. 3.4.

[\[36\]](#)

Zie over deze problematiek: B.T.M. van der Wiel, 'De in beginsel strakke regel', *TCR* 2012, nr. 3, p. 71 e.v.