

## 157

**Voor het eerst in hoger beroep ingediende tegenverzoeken toegestaan**

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp  
Leeuwarden  
3 mei 2023, nr. 200.318.672/01,  
ECLI:NL:GHARL:2023:3728  
(mr. Fikkers, mr. Willemse, mr. Van Rijen)  
Noot mr. H.H.M.A. Foesenek

**Afwijzing ontbinding. Ernstige verwijtbaarheid werkgever. Billijke vergoeding.**

[Rv art. 362; BW art. 7:669 lid 3 sub e en g,  
7:671b lid 9 aanhef en onder c, 7:683 lid 5]

*De kantonrechter heeft het ontbindingsverzoek van de werkgever afgewezen. De werkgever gaat hiertegen in hoger beroep. De werkgever verzoekt het hof het einde van de arbeidsovereenkomst te bepalen op de kortst mogelijke termijn, primair op grond van (ernstig) verwijtbaar handelen, subsidiair op grond van een verstoorde arbeidsverhouding, en te bepalen dat de transitievergoeding niet verschuldigd is. De werknemer heeft – anders dan in eerste aanleg – ingestemd met een einde van zijn arbeidsovereenkomst op grond van een verstoorde arbeidsverhouding, maar verzoekt daarbij voor het eerst toekenning van de transitievergoeding en de billijke vergoeding.*

*Het hof verklaart de werknemer ontvankelijk in zijn tegenverzoeken, bepaalt het einde van de arbeidsovereenkomst en wijst het verzoek om toekenning van de transitievergoeding toe maar dat van de billijke vergoeding af. Strikt genomen is het in strijd met art. 362 Rv om voor het eerst in hoger beroep een tegenverzoek in te dienen. Voor wat betreft de transitievergoeding bestaat echter geen bezwaar omdat dit tegenverzoek direct samenhangt met het verzoek van de werkgever om geen transitievergoeding toe te kennen. Als dat verzoek wordt afgewezen, maakt de werknemer aanspraak op de transitievergoeding. De werknemer heeft ook belang bij zijn verzoek om toekenning van een billijke vergoeding nu het denkbaar is dat zich na afwijzing van het ontbindingsverzoek omstandigheden hebben voorgedaan die de*

*werknemer alsnog aanleiding geven te berusten in beëindiging van de arbeidsovereenkomst en een billijke vergoeding te claimen wegens ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Daarvoor is een causaal verband vereist tussen de verwijten en de reden voor beëindiging (art. 7:671b lid 9 aanhef en onder c BW). Nu de werkgever zich in hoger beroep inhoudelijk heeft verweerd tegen de billijke vergoeding, is niet gebleken dat de werkgever in zijn processuele belangen is geschaad als het hof ook dit verzoek toelaat. Het gedrag van de werknemer rechtvaardigt een beëindiging van de arbeidsovereenkomst, zonder dat ernstige verwijtbaarheid wordt aangenomen. Evenmin is gebleken van een causaal verband tussen de verwijten aan de werkgever en de reden voor beëindiging zodat er geen grond is voor een billijke vergoeding.*

*NB. Deze uitspraak laat zien dat art. 7:683 BW wetssystematisch onvoldoende aansluit op art. 7:671b BW, zeker bij een afwijzing van een ontbinding in eerste aanleg. Blijkens de uitspraak van de Hoge Raad van 2 december 2022, «JAR» 2023/103 wordt in het hoger beroep tegen een afwijzing van een ontbinding in eerste aanleg een ex nunc-toetsing toegepast. Dat verklaart het geven van ruimte voor verzoeken die zijn gebaseerd op feiten en omstandigheden die zich na afwijzing van de ontbinding hebben voorgedaan. De werknemer had de manoeuvre van het hof echter kunnen voorkomen door in eerste aanleg – bijvoorbeeld als alternatief voor een afwijzing van het ontbindingsverzoek – al om een billijke vergoeding te verzoeken.*

*Amasus Crew B.V. die gevestigd is in Delfzijl, die hoger beroep heeft ingesteld, en bij de kantonrechter optrad als verzoekster, hierna: Amasus, vertegenwoordigd door mr. O.J. Klabou, tegen [geïntimeerde] die woont in [woonplaats1], en bij de kantonrechter optrad als verweerder, hierna: [de werknemer], bijgestaan door mr. D. Kuijken.*

*1. Het verloop van de procedure in hoger beroep (...; red.)*

## 2. De kern van de zaak

2.1. De kantonrechter heeft het verzoek van Amasus om de arbeidsovereenkomst met [de werknemer] te ontbinden op de kortst mogelijke termijn en zonder transitievergoeding afgewezen op alle gronden die Amasus daarvoor had aangevoerd.

2.2. De bedoeling van het hoger beroep van Amasus is dat het hof alsnog een einde maakt aan de arbeidsovereenkomst op de kortst mogelijke termijn en zonder transitievergoeding, waarbij Amasus de gronden beperkt tot primair (ernstig) verwijtbaar handelen en subsidiair een ernstig verstoorde arbeidsverhouding.

2.3. [de werknemer] heeft, anders dan in de kantonprocedure, ingestemd met ontbinding op grond van verstoorde verhoudingen, waarbij hij (voor het eerst in hoger beroep) aanspraak maakt op de transitievergoeding én een billijke vergoeding van € 250.000 bruto wegens ernstig verwijtbaar handelen van Amasus. Daarbij mag de opzegtermijn volgens [de werknemer] niet verkort worden.

## 3. Het oordeel van het hof

### Wijziging van het verzoek

3.1. Voor de duidelijkheid overweegt het hof dat Amasus haar verzoek in hoger beroep heeft aangepast door geen beroep meer te doen op de ontbindingsgrond ‘disfunctioneren’ of de ‘combinatiegrond’ (de gronden d. en i. in artikel 7:669 lid 3 BW). Een vermindering van de grondslagen voor een verzoek in het beroepschrift is zonder meer toegestaan.

### Wijziging van het verweer; tegenverzoeken voor het eerst in hoger beroep toegelaten

3.2. [de werknemer] legt zich in hoger beroep neer bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst. In de procedure bij de kantonrechter heeft hij vol ingezet op afwijzing van het verzoek van Amasus en geen (voorwaardelijk) tegenverzoek gedaan. Strikt genomen is het in strijd met artikel 362 Rv om voor het eerst in hoger beroep een tegenverzoek in te dienen, zoals [de werknemer] doet door nu wel aanspraak te maken op de transitievergoeding en op een billijke vergoeding omdat Amasus ernstig verwijtbaar zou hebben gehandeld.

Amasus heeft zich op dit punt gerefereerd aan het oordeel van het hof.

3.3. Voor wat de transitievergoeding betreft ziet het hof geen bezwaar. Als het hof zou overgaan tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst maar het verzoek van Amasus om haar niet te veroordelen tot betaling van de transitievergoeding zou afwijzen, dan heeft [de werknemer] krachtens de wet aanspraak op die vergoeding met wettelijke rente vanaf een maand na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Er is in dat geval ook geen redelijk belang mee gediend om [de werknemer] te noodzaken tot een nieuwe procedure bij de kantonrechter om die wettelijke aanspraak te effectueren met inachtneming van artikel 7:686a lid 4 aanhef en onder b BW.

De goede procesorde is bij eventuele behandeling van dit tegenverzoek niet in het geding.<sup>1</sup>

3.4. In een geval als dit, waarin de arbeidsovereenkomst nog steeds bestaat, is denkbaar dat zich na de mondelinge behandeling bij de kantonrechter kwesties hebben voorgedaan die de werknemer aanleiding geven om alsnog te berusten in beëindiging van de arbeidsovereenkomst en een billijke vergoeding te claimen wegens ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Daarvoor is vereist dat dit ernstig verwijtbaar handelen tot de ontbinding heeft geleid (zie artikel 7:671b lid 9 aanhef en onder c BW). Gelet op die noodzakelijke samenhang ligt het voor de hand dat de rechter in hoger beroep, die aan de hand van het feitencomplex beslist over de vraag of er een grond is voor beëindiging, zich op verzoek ook uitlaat over het causale verband met het gestelde ernstig verwijtbare gedrag en de op grond daarvan geclaimde billijke vergoeding.

Amasus heeft zich in haar spreekantekeningen voor de mondelinge behandeling inhoudelijk verweerd tegen de verzochte billijke vergoeding. Mede gelet daarop is niet gebleken dat Amasus in haar processuele belangen wordt geschaad wanneer het hof dit tegenverzoek toelaat. [de werknemer] is dus ondanks artikel 362 Rv ‘ontvankelijk’ in zijn tegenverzoeken.

### De beslissing in het kort

3.5. De beslissing van het hof is dat het ontbindingsverzoek van Amasus ten onrechte is afgewezen. Het hof zal het einde van de arbeidsovereenkomst bepalen op 5 mei 2023.

<sup>1</sup> Zie ook Hof Den Haag 5 april 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:547.

Omdat [de werknemer] niet ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, heeft hij recht op de transitievergoeding.

[de werknemer] heeft geen recht op een billijke vergoeding.

Het hof zal de proceskostenbeslissing van de kantonrechter vernietigen en de kosten in die procedure, overeenkomstig Aanbeveling 3.2 van de 'Aanbeveling schikking en proceskosten Wwz'<sup>2</sup>, alsnog compenseren. [de werknemer] wordt veroordeeld in de kosten van de procedure bij het hof.

Het hof legt hieronder uit hoe het tot dit oordeel is gekomen.

### *Eerst de vaststaande feiten*

3.6. [de werknemer], geboren [in] 1959, is sinds 1 maart 2010 in dienst bij Amasus, de personeelsvereniging van het Northern Shipping concern waartoe ook behoren Amasus Fleet B.V. (beheerder van de schepen) en Amasus Shipping B.V. (de bevrachter). De huidige functie van [de werknemer] is [functie], waarmee hij € 4.100 bruto per maand verdient, exclusief vakantietoeslag en een bonus van € 250 netto per jaar.

3.7. Als [functie] bezoekt [de werknemer] schepen om inspectie aan boord te verrichten aan de hand van een '200 puntenlijst'. [de werknemer] maakt foto's van de scheepsbezoeken en stelt van de inspecties rapportages op. Bij onaangekondigde bezoeken vindt ook controle plaats op alcoholgebruik door de bemanning. [de werknemer] rijdt met zijn eigen auto en declareert de kilometervergoeding bij zijn werkgever.

3.8. Op 13 oktober 2020 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen Amasus en [de werknemer] waarbij de werkzaamheden zijn doorgesproken en aan [de werknemer] is medegedeeld dat het niet is toegestaan om op eigen initiatief en zonder overleg het eigen werk niet uit te voeren dan wel een eigen invulling te geven aan zijn werkzaamheden. Ook is de werkprocedure met [de werknemer] besproken. Amasus heeft in haar e-mail van dezelfde datum, voorafgaande aan het gesprek, de bedrijfsregels alvast onder de aandacht van [de werknemer] gebracht. Op 28 mei 2021 heeft weer een gesprek plaatsgevonden over de uitvoering van de functie door [de werknemer], zijn houding

en zijn gedrag. Tijdens dat gesprek heeft Amasus kritiek geuit op de wijze waarop [de werknemer] zijn werk (niet) uitvoert en op het feit dat [de werknemer] geen gehoor geeft aan het verzoek om zijn werkzaamheden weer op kantoor uit te voeren. Van dit gesprek is door Amasus een schriftelijk verslag opgesteld dat met [de werknemer] is gedeeld. Met een brief van 18 juni 2021 is [de werknemer] aangesproken op zijn functioneren en gedrag, waaronder het zonder afstemming vooraf opnemen van vakantie en het niet goed registreren van de resultaten van de door hem uitgevoerde scheepsinspecties, en hij is gewaarschuwd voor sancties. [de werknemer] heeft daarop geantwoord zich niet te herkennen in het verweten gedrag.

Op 18 oktober 2021 heeft Amasus opnieuw met [de werknemer] gesproken over zijn taakvervulling en gedrag waarvan ook een gespreksverslag is opgesteld. Per e-mail van 28 februari 2022 is [de werknemer] door Amasus erop aangesproken dat hij elke vrijdag aanwezig dient te zijn bij het overleg over de planning en zich dient te houden aan de procedure voor het opnemen van verlof.

3.9. In maart 2022 heeft [naam1], de directeur van Amasus, de werkzaamheden van [de werknemer] gemonitord. De directeur heeft aan de hand van de planning van [de werknemer] op dezelfde dag of een dag later contact gezocht met de schepen die [de werknemer] volgens de planning heeft bezocht en navraag gedaan naar de door [de werknemer] verrichte activiteiten en de rapportages daarvan. De directeur heeft geverifieerd of en zo ja hoe lang [de werknemer] aan boord van de schepen is geweest. Naar aanleiding hiervan heeft de directeur, na kennisgeving van het door [de werknemer] ingediende reisdeclaratieformulier over de maand maart 2022, een notitie opgesteld, waarin hij de conclusie heeft getrokken dat [de werknemer] vijf keer niet aan boord is geweest van een in de planning opgenomen schip, terwijl [de werknemer] wel kilometers heeft gedeclareerd voor de heen- en terugreis. Dat is gebeurd op 7, 9, 18, 29 en 31 maart 2022. Ook heeft de directeur geconcludeerd dat [de werknemer] eenmaal, op 24 maart 2022, kilometers heeft gedeclareerd terwijl hij die dag vrij had genomen.

3.10. Tijdens een gesprek op vrijdag 8 april 2022 heeft Amasus aan [de werknemer] de constatering van de directeur voorgehouden. Afgesproken is dat [de werknemer] hierop kan reageren tijdens

2 Zie Aanbeveling schikking en proceskosten Wwz (rechtspraak.nl)

een gesprek op maandag 11 april 2022 om 9:00 uur.

[de werknemer] heeft zich op zondag 10 april 2022 ziekgemeld. In de terugkoppeling van het spreekuur van 22 april 2022 gaf de bedrijfsarts aan dat [de werknemer] arbeidsongeschikt is op medische gronden. Op 29 april 2022 heeft een vervolgesprek plaatsgevonden tussen Amasus en [de werknemer]. Vanwege de medische situatie van [de werknemer] (doofheid aan beide oren) heeft [de werknemer] tijdens dat gesprek geen inhoudelijke reactie gegeven op de constatering van de directeur.

3.11. Met een brief van 29 april 2022 heeft Amasus [de werknemer] verzocht om een schriftelijke reactie op de constatering van de directeur, die zij uiterlijk op 3 mei 2022 om 16:00 uur wil ontvangen. [de werknemer] heeft hieraan geen gehoor gegeven. Per brief van 3 mei 2022 heeft Amasus [de werknemer] vervolgens geschorst tot het moment waarop de kantonrechter uitspraak heeft gedaan over het ontslag.

Amasus heeft de vervolgens door [de werknemer] ingeschakelde gemachtigde laten weten dat [de werknemer] nog uiterlijk op 12 mei 2022 om 17:00 uur een schriftelijke verantwoording kan geven.

3.12. De verlangde verantwoording is uitgebleven, waarna Amasus ontbinding van de arbeidsovereenkomst heeft verzocht. Na de afwijzing daarvan door de kantonrechter op 11 augustus 2022 heeft Amasus Shipping, in overleg met Amasus Fleet, in november 2022 opdracht gegeven aan Hoffmann Bedrijfsrecherche om nader onderzoek te doen naar de onder 3.7 bedoelde bevindingen van de directeur van Amasus. Daarbij zijn ook activiteiten van [de werknemer] uit een eerdere periode onderzocht aan de hand van zijn declaraties. [de werknemer] is in dit onderzoek niet gehoord.

3.12. Amasus heeft [de werknemer] op 13 september 2022 een brief geschreven waarin onder meer staat dat [de werknemer] op zondag 11 september 2022 heeft gemailld (niet gericht aan een bepaalde persoon bij Amasus) dat hij van 12 tot en met 20 september 2022 vakantie opneemt. Daarmee handelt [de werknemer] weer in strijd met de bedrijfsregels. Bovendien is hij, nadat hij op 1, 9 en 12 september 2022 onbereikbaar was voor de Arbodienst, uitgenodigd bij de Arbo-arts op 20 september 2022. Amasus verwacht dat [de werknemer] die afspraak nakomt, anders zal zijn

loon worden opgeschort tot hij een afspraak bij de bedrijfsarts heeft gehad.

De advocaat van [de werknemer] heeft Amasus met een kruisende brief, ook van 13 september 2022, meegedeeld dat [de werknemer] nog steeds volledig arbeidsongeschikt is, maar wel in staat is om vakantie te genieten hetgeen hij tot en met 20 september 2022 doet, zoals [de werknemer] Amasus onlangs heeft gemeld. De advocaat vraagt daarom de oproep voor het spreekuur van de bedrijfsarts op 20 september 2022 te verzetten. Ook verzoekt de advocaat om een bevestiging dat de schorsing niet langer geldt. Op die laatste vraag heeft Amasus niet gereageerd.

3.13. [de werknemer] verricht sinds de schorsing geen werkzaamheden voor Amasus. Hij weerspreekt niet dat hij, zoals zijn advocaat namens hem heeft verklaard, hersteld uit dienst zal gaan.

#### *De bezwaren van Amasus tegen de uitspraak van de kantonrechter*

3.14. Amasus kan zich niet vinden in de redenen waarom de kantonrechter de verzochte ontbinding heeft afgewezen. Haar bezwaren komen erop neer dat de kantonrechter ten onrechte:

- geloof heeft gehecht aan de toelichting die [de werknemer] alsnog heeft gegeven over zijn activiteiten op de onder 3.7 genoemde dagen in maart 2022;

- oordeelde dat van fraude met kilometerdeclaraties en het niet verantwoorden van werktijd geen sprake is, terwijl het feit dat [de werknemer] als bewijs van een scheepsbezoek foto's overlegde van een eerdere, dus verkeerde, inspectie wordt afgedaan als een vergissing;

- herstel van de verstoorde verhouding nog mogelijk heeft geacht.

Het rapport van Hoffmann heeft bevestigd dat zij [de werknemer] helemaal niet meer kan vertrouwen, aldus Amasus.

Het hof zal de beroepsgronden gezamenlijk bespreken.

#### *De aanleiding voor het ontbindingsverzoek*

3.15. Het hof constateert dat Amasus [de werknemer] meer dan eens heeft gewaarschuwd zich aan werkinstructies te houden of hem heeft aangesproken op handelen in strijd met instructies over scheepsbezoeken, zoals op 13 oktober 2020 en op 18 oktober 2021. Ook is [de werknemer] meer dan eens aangesproken op het niet nakomen van

de regels voor het opnemen van verlof, zoals op 18 juni 2021 en 28 februari 2022.

[de werknemer] vermeldde in zijn declaratie over maart 2022 op de 7e een reis naar Harlingen voor een opvolgingsonderzoek op de Eems Sky, maar bij navraag door de directeur gaf de kapitein aan dat [de werknemer] niet aan boord geweest. Op 9 maart zou [de werknemer] in Werkendam de H&S Prudence op de werf hebben bezocht, maar aldaar is hij volgens de superintendent niet aan boord geweest terwijl hij ook niet in het logboek is geregistreerd of op de terminal is gesignaleerd. Voor de 18e noteerde [de werknemer] een bezoek aan de Eems Sprinter in Schiedam. Daar is hij volgens de kapitein niet geweest. Voor de 24e declareerde [de werknemer] kilometers voor een scheepsbezoek in Amsterdam, maar de avond ervoor had hij besloten de volgende dag vrij te nemen. Op de 29e declareerde [de werknemer] voor een reis naar de H&S Fairness in Bremen. De kapitein heeft hem niet aan boord gezien. Op de 31e zou [de werknemer] volgens de planning in zijn agenda 's middags de Eems Sky in Delfzijl bekijken. Hij declareerde echter voor een reis naar de werf in Dordrecht waar de Eems Sun lag, maar is niet aan boord gezien volgens de informatie van de directeur.

Van de bezoeken op 7, 9, 18 en 31 maart heeft [de werknemer] ook geen foto's (van zijn telefoon naar het systeem Support) doorgestuurd, aldus Amasus. Inspectierapporten zijn niet ontvangen.

#### *Het oordeel van het hof over dat verzoek*

3.16. Het behoeft geen nader betoog dat [de werknemer] zijn werkgever, gelet op die bevindingen, verantwoording verschuldigd is. [de werknemer] heeft daarvoor verschillende malen de gelegenheid gekregen voordat Amasus haar ontbindingsverzoek indiende, maar heeft dat nagelaten zonder Amasus mee te delen wanneer hij er wél op terug kan komen. Ter zitting heeft [de werknemer] verklaard dat hij verbolgen was over de vragen naar aanleiding van zijn declaratie en zich toen heeft ziekgemeld. Op de vraag waarom hij verbolgen was, is [de werknemer] het antwoord schuldig gebleven. Op de vraag waarom hij geen uitleg heeft gegeven, heeft [de werknemer] ontwijkend gereageerd en verwezen naar systemen die de positie van schepen bijhouden en waartoe hij geen toegang zou hebben. Dat overtuigt niet, gelet op de concrete scheepsbezoeken die hij stelt te hebben aangelegd.

3.17. Voor de vakantiedag op 24 maart 2022 die [de werknemer] de avond tevoren besloot te nemen en de vakantie vanaf 12 september 2022, waarover [de werknemer] zijn werkgever ook pas de dag tevoren en niet in persoon informeerde, heeft [de werknemer] niet de voorgeschreven weg bewandeld hoewel hij daarop eerder uitdrukkelijk door Amasus is gewezen. In de brief van 18 juni 2021 staat dat Amasus de dan geplande vakantie van de week erop zal toestaan "onder de voorwaarde dat dit de allerlaatste keer is dat je dit gedrag laat zien".

[de werknemer] heeft ter zitting bij het hof aangeboden te bewijzen dat zijn ook bij Amasus werkende dochter zonder meer vrij kreeg wanneer zij dat wilde en dat dat feitelijk ook voor hem gold, maar het hof passeert dit bewijsaanbod. Duidelijk was uit de brief van 18 juni 2021 dat Amasus vond dat [de werknemer] een loopje nam met de afspraken en dat zij hem aan de spelregels wilde houden. Voor zover [de werknemer] met zijn bewijsaanbod suggereert en zou willen aantonen dat hij ongelijk werd behandeld, gaat dat niet op omdat niet onderbouwd is aangevoerd dat sprake is van gelijke gevallen.

3.18. Kenmerkend voor de functie van [de werknemer] is dat hij een grote mate van vrijheid heeft en een belangrijk deel van zijn werk buiten kantoor, zonder toezicht, verricht. Die vrijheid brengt ook verantwoordelijkheden met zich mee: de werkgever moet erop kunnen vertrouwen dat [de werknemer] de afspraken omtrent werk en vrije dagen nakomt.

Daarbij heeft [de werknemer] een functie die de veiligheid van bemanning en de vloot moet bevorderen en dat brengt mee dat met een zekere regelmaat inspecties moeten worden uitgevoerd op schepen (die nu eens hier en dan weer daar liggen) en dat de werkgever daarvan deugdelijk verslag krijgt.

In dat verband moet Amasus erop kunnen vertrouwen dat [de werknemer] ook werkelijk zijn best doet om een geplande inspectie of een 'bezoek' door te laten gaan. De gang van zaken bij de Fairness in Bremen op 29 maart 2022 overtuigt het hof daar niet van. [de werknemer] heeft uiteindelijk in zijn verweerschrift in de kantonprocedure aangevoerd dat hij niet aan boord kon komen omdat de Fairness naast een importer lag en niet aan de kade, waardoor het schip onbereikbaar was. Ten bewijze daarvan heeft hij foto's bijgevoegd. Die foto's zijn echter gemaakt tijdens een

eerder bezoek op 25 januari 2022 in de Merwehaven te Rotterdam, zoals [de werknemer] later heeft erkend. Daarmee laat hij de vraag onbeantwoord waarom hij dan op 29 maart 2022 niet aan boord is geweest, en overigens ook waarom hij op 25 januari 2022 in de situatie als weergegeven op de foto's wel een inspectierapport heeft kunnen opmaken. Een sluitende verklaring is ook ter zitting niet gegeven.

3.19. Het hof laat dan nog daar dat het vragen oproept dat [de werknemer] op 24 maart 2022 een reis declareert op een vakantiedag en als verklaring daarvoor geeft dat hij zijn declaratie opmaakt voordat de periode waarover hij declareert is verstreken. En ook is het merkwaardig dat een verklaring is uitgebleven voor de, niet aan Amasus gemelde, wijziging van het te bezoeken schip op 31 maart 2022. En dat terwijl hij die ochtend nog, volgens de agenda, op kantoor was. Verder heeft [de werknemer] niet inhoudelijk gereageerd op het verwijt van Amasus dat een werkbezoek zonder opvolgingsrapport zinloos is. Het gegeven dat [de werknemer] in het verleden vaker gedeclareerd heeft voor een werkbezoek brengt niet mee dat Amasus geen verantwoording mag vragen voor recente werkbezoeken.

*E-grond of g-grond maar geen ernstig verwijtbaar handelen van werknemer*

3.20. De conclusie die het hof uit het voorgaande trekt is dat [de werknemer] zich in de loop van de tijd weinig heeft aangetrokken van instructies, wat culmineerde in het niet geven van uitleg over een declaratie op verzoek van de werkgever en gebrek aan medewerking om een en ander uit te praten. Dergelijk gedrag valt zowel te scharen onder de e-grond (verwijtbaar handelen) als de g-grond (het bestaan van een ernstige verstoorde arbeidsverhouding) van artikel 7:669 lid 3 BW. Daartussen hoeft in dit geval geen keuze te worden gemaakt omdat het hof hoe dan ook van oordeel is dat de hiervoor vermelde terechte verwijten aan [de werknemer] niet de hoge lat halen van de ernstige verwijtbaarheid waardoor hem de transitievergoeding moet worden onthouden.

3.21. Amasus heeft in haar beroepschrift veel moeite gedaan om tegemoet te komen aan de kritiek van de kantonrechter, die oordeelde dat zij onvoldoende weerwoord had tegenover de betwisting door [de werknemer] van de verklaringen, waarmee zij haar twijfel aan de juistheid van

de declaratie onderbouwde. [de werknemer] heeft daar vervolgens weer het zijne over gezegd.

Het hof laat dat voor wat het is, want ook zonder die aanvullende informatie is er al voldoende reden voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst, zoals hiervoor is overwogen.

3.22. Het onderzoek dat Amasus na de beslissing van de kantonrechter heeft uitgevoerd, heeft haar doen realiseren dat er wellicht meer vraagtekens gezet konden worden bij werkzaamheden van [de werknemer]. In dat verband heeft zij [de werknemer], naar zij ter zitting heeft erkend, ten onrechte ervan beschuldigd dat hij heeft gewerkt met een alcoholtester waarvan het geldigheidscertificaat verlopen was. Daarvoor heeft zij haar excuses aangeboden.

Amasus beroept zich verder in enkele alinea's van haar beroepschrift op de uitkomsten van het rapport van Hoffmann. Het hof gaat daaraan voorbij omdat de bewuste alinea's onvoldoende concrete stellingen bevatten waartegen [de werknemer] zich zou kunnen verweren. Het rapport is bovendien nieuw voor [de werknemer], want hij is in het kader van het onderzoek door Hoffmann niet gehoord.

*Geen verband met ziekte en geen herplaatsingsmogelijkheid*

3.23. Dat [de werknemer] arbeidsongeschikt was wegens ziekte voordat Amasus het ontbindingsverzoek indiende, staat niet aan beëindiging van de arbeidsovereenkomst in de weg. Uit het voorgaande blijkt afdoende dat het ontbindingsverzoek van Amasus geen verband hield met die arbeidsongeschiktheid (zoals de kantonrechter ook al had overwogen). [de werknemer] heeft zich ook pas ziekgemeld nadat van hem verantwoording werd verlangd. Van een mogelijkheid tot herplaatsing is niet gebleken en herplaatsing zou ook niet in de rede liggen, gelet op de reden voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Bovendien willen partijen uit elkaar.

*Geen reden voor een billijke vergoeding aan werknemer*

3.24. De keuze tussen de twee gronden voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst is ook niet van belang voor de vraag of [de werknemer] een billijke vergoeding toekomt. [de werknemer] voert daarvoor aan dat Amasus:

- hem heeft beschuldigd van fraude zonder goed onderzoek te doen;

- maandenlang niets van zich heeft laten horen na afwijzing van het ontbindingsverzoek;
- ten onrechte met een loonsanctie heeft gedreigd;
- onderzoek heeft laten doen door Hoffmann zonder hoor en wederhoor toe te passen;
- weigert de verhouding te herstellen waarmee Amasus doelbewust een verstoorde arbeidsverhouding creëert.

Het hof verwerpt deze stelling. [de werknemer] miskent dat hij, door geen verantwoording af te leggen na een redelijk verzoek van de werkgever, de verdenking oproept dat hij iets te verbergen heeft. Op zichzelf is juist dat Amasus duidelijkheid had moeten verschaffen over haar plannen met [de werknemer] nadat het ontbindingsverzoek was afgewezen. Maar wellicht had [de werknemer] ook kunnen bedenken dat hij geen bijdrage voor goed overleg daarover leverde toen hij op 11 september 2022 in strijd met de hem bekende regels meedeelde met ingang van de volgende dag op vakantie te zijn. Het onderzoek door Hoffmann is door het hof buiten beschouwing gelaten. En hoe dan ook miskent [de werknemer] dat het zijn eigen gedrag is geweest dat leidt tot de, kennelijk ook door hem gevoelde, onafwendbaarheid van het einde van de arbeidsovereenkomst. Er is geen causaal verband tussen de verwijten die [de werknemer] aan Amasus maakt en de reden voor de beëindiging (zie wat onder 3.4 is opgemerkt in verband met artikel 7:671b lid 9 aanhef en onder c BW).

*Geen verplichte opzegtermijn bij beëindiging op de voet van artikel 7:683 lid 5 BW*

3.25. Wanneer het hof, zoals hier, tot het oordeel komt dat de kantonrechter ten onrechte een ontbindingsverzoek heeft afgewezen, dan schrijft artikel 7:683 lid 5 BW niet voor dat bij het vaststellen van de einddatum rekening gehouden moet worden met de opzegtermijn, zoals het hof eerder al oordeelde<sup>3</sup> en ook volgt uit een latere uitspraak van de Hoge Raad.<sup>4</sup>

*De conclusie*

3.26. De conclusie luidt dat het ontbindingsverzoek ten onrechte is afgewezen. Het hof bepaalt het einde van de arbeidsovereenkomst op 5 mei

2023. Het verzoek van Amasus om haar niet te veroordelen tot het betalen van de transitievergoeding wordt afgewezen en dat betekent meteen (zie onder 3.3) dat het hof Amasus op verzoek van [de werknemer] zal veroordelen tot betaling van die vergoeding. Het hof zal de proceskostenveroordeling van Amasus in eerste aanleg vernietigen en de kosten daarvan alsnog compenseren. [de werknemer] wordt als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij veroordeeld in de kosten van de procedure in hoger beroep. Die kosten zijn aan de kant van Amasus € 783 griffierecht en € 2.366 voor salaris van de advocaat volgens het liquidatietarief in hoger beroep (2 punten, tarief II).

Onder die kosten vallen ook de nakosten en de wettelijke rente daarover, zonder dat het hof deze kosten in het dictum hoeft te specificeren.<sup>5</sup>

3.27. De veroordelingen in deze uitspraak kunnen ook ten uitvoer worden gelegd als een van partijen de beslissing van het hof voorlegt aan de Hoge Raad (uitvoerbaarheid bij voorraad).

#### 4. De beslissing

Het hof beslist in hoger beroep: vernietigt de beschikking van de kantonrechter te Groningen van 11 augustus 2022 voor zover het de proceskostenveroordeling betreft en beslist in zoverre opnieuw; compenseert de proceskosten in de kantonprocedure; bepaalt dat de arbeidsovereenkomst eindigt op 5 mei 2023; veroordeelt Amasus om aan [de werknemer] de transitievergoeding te voldoen vermeerderd met de wettelijke rente over dat bedrag vanaf een maand na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd tot betaling; veroordeelt [de werknemer] in de kosten van de procedure in hoger beroep, aan de kant van Amasus vastgesteld op € 783 voor griffierecht en € 2.366 voor salaris van de advocaat volgens liquidatietarief; verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad; wijst af wat meer of anders is verzocht.

3 Hof Arnhem-Leeuwarden 8 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1984 ro 5.6.

4 HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182 ro 3.5.3.

5 Zie HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:853.

## NOOT

Art. 362 Rv bepaalt dat tegenverzoeken niet voor het eerst in hoger beroep mogen worden ingediend. Dat leidt in ontbindingszaken ex art. 7:683 BW geregeld tot discussie. Procespartijen hebben deze regel niet altijd scherp, wat tot verkeerde processuele keuzes kan leiden. Neem het voorbeeld dat een werknemer zelf om ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoekt, met toekenning van een transitievergoeding en billijke vergoeding. De werkgever dient daarop een zelfstandig (voorwaardelijk) tegenverzoek tot ontbinding in, voor het geval de werknemer het eigen verzoek intrekt. Gelet op art. 362 Rv is het dan aan de werknemer daarop zelfstandige tegenverzoeken in te dienen, bijvoorbeeld tot betaling van een billijke vergoeding, voor het geval uiteindelijk op verzoek van de werkgever wordt ontbonden. Dat gebeurt lang niet altijd. Als de werknemer in hoger beroep alsnog een billijke vergoeding verzoekt, kan afwijzing op grond van art. 362 Rv volgen. Zie bijvoorbeeld hof Arnhem-Leeuwarden 7 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2278.

Ook als in hoger beroep 'ex nunc' moet worden beoordeeld, speelt art. 362 Rv geregeld op. Een beoordeling 'ex nunc' is aan de orde als de kantonrechter het ontbindingsverzoek van de werkgever in eerste aanleg heeft afgewezen en de arbeidsovereenkomst dus in stand blijft (HR 21 februari 2020, «JAR» 2020/73, m.nt. Van Eck en Ruijssenaars). Nieuwe omstandigheden maken in hoger beroep voor het eerst onderdeel uit van de procedure. Dit kan tot andere wensen of voortschrijdend inzicht leiden. In onderhavige zaak heeft de werknemer in eerste aanleg vol ingezet op afwijzing van het ontbindingsverzoek en geen tegenverzoek ingediend. Na voortdurend van de arbeidsovereenkomst – het ontbindingsverzoek was immers afgewezen – hebben zich kennelijk nieuwe omstandigheden voorgedaan die maken dat de werknemer in hoger beroep beruiste in de beëindiging. De zelfstandige tegenverzoeken tot betaling van een transitievergoeding en billijke vergoeding deed hij voor het eerst in hoger beroep.

De gerechtshoven lijken wisselend om te gaan met verzoeken die strikt genomen in strijd zijn met art. 362 Rv. In onderhavige zaak besloot het hof de tegenverzoeken toch te behandelen. Ik zie

daarvoor twee concrete gronden, te weten de 'nauwe samenhang' en 'geen strijd met de procesorde'. Het hof oordeelt dat het 'gelet op die noodzakelijke samenhang' voor de hand ligt dat het hof dat oordeelt over de beëindiging zich óók uitlaat over het eventuele ernstig verwijtbaar handelen en de billijke vergoeding. Nu de werkgever zich in de pleitaantekeningen heeft verweerd tegen de billijke vergoeding, is niet gebleken dat zij 'in haar processuele belangen wordt geschaad'. Een vergelijkbare argumentatie op deze twee gronden is eerder door dit hof aangenomen (hof Arnhem-Leeuwarden 2 juni 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4658). Ook in die zaak werd de connexiteit expliciet benoemd en stelde het hof dat verweerster 'voldoende in staat moet zijn geweest om zich bij de rechtbank te verweren'. Het hof Arnhem-Leeuwarden (19 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:471) vond eveneens een 'escape' in een zaak zoals geschetst in de eerste alinea. De werknemer trok het eigen ontbindingsverzoek in nadat er geen billijke vergoeding was toegekend. Vervolgens werd de arbeidsovereenkomst op grond van het door werkgever ingediende tegenverzoek ontbonden. Als de werknemer in hoger beroep een billijke vergoeding claimt, stelt de werkgever dat de werknemer niet ontvankelijk is. Het verzoek is immers ingetrokken en de daarin opgenomen (neven)verzoeken bestaan niet meer. Het hof oordeelt anders, namelijk dat met de intrekking van het verzoek tot ontbinding niet als vanzelfsprekend ook de nevenverzoeken zijn ingetrokken. Het hof stelt dat deze nevenverzoeken 'niet onverbrekelijk verbonden' zijn met de verzochte ontbinding en dat deze verzoeken in het intrekingsbericht niet uitdrukkelijk en ondubbelzinnig zijn prijsgegeven. Een jaar later oordeelt het hof Arnhem-Leeuwarden (7 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2278) in een vergelijkbare zaak anders. Ook hier heeft de werknemer het eigen verzoek tot ontbinding ingetrokken. In het voorwaardelijk tegenverzoek tot ontbinding van werkgever heeft zij geen zelfstandig verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding ingediend. Hoewel in de uitspraak letterlijk staat opgenomen dat werknemer 'haar verzoek tot ontbinding' – lees: niet haar nevenverzoeken – heeft ingetrokken, gaat het hof niet in op de vraag of de tegenverzoeken ondubbelzinnig zijn prijsgegeven. Het hof stelt simpelweg dat er in eerste aanleg geen zelfstandig verzoek in het tegenverzoek van werkgever is



ingediend en dat het ingevolge art. 362 Rv niet mogelijk is dat voor het eerst in hoger beroep te doen. Weliswaar kan het verzoek tot een billijke vergoeding op grond van art. 7:683 lid 3 BW worden behandeld, maar omdat de ontbinding in stand blijft komt het hof daar niet aan toe. Een laatste 'creatieve' oplossing voor art. 362 Rv komt eveneens van het hof Arnhem-Leeuwarden (25 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:654). Ook hier had de werknemer het eigen verzoek ingetrokken en geen zelfstandige tegenverzoeken ingediend in het door werkgever ingediende tegenverzoek tot ontbinding. Het hof stelt dat uit de bestreden beslissing niet kan worden afgeleid of werknemer überhaupt in de gelegenheid is gesteld op het tegenverzoek van werkgever een zelfstandig tegenverzoek in te dienen. Verder stelt het hof dat de kantonrechter kennelijk heeft begrepen dat de billijke vergoeding niet alleen verzocht werd bij ontbinding op eigen verzoek, maar ook indien ontbonden zou worden op verzoek van werkgever. Het hof concludeert dat dat ook voor de hand ligt, en behandelt het verzoek. Het is de vraag of dat echt voor de hand ligt. Hoe wordt omgegaan met art. 362 Rv lijkt vooralsnog willekeurig, met wellicht een voorzichtige trend naar een mildere benadering, in ieder geval bij het hof Arnhem-Leeuwarden. Vanuit een gewenste efficiëntere rechtspraak is dat te begrijpen. Het is onwenselijk dat connexe verzoeken in aparte procedures worden behandeld en de rechtspraak zo extra wordt belast. Art. 362 Rv volledig loslaten doet echter afbreuk aan het uitgangspunt van een feitelijke behandeling in twee instanties. Een oplossing zou kunnen zijn dat verzoeken die in eerste aanleg zijn behandeld maar later zijn ingetrokken – bijvoorbeeld ter verkrijging van een billijke vergoeding – in hoger beroep behandeld kunnen worden. De wederpartij heeft zich in eerste aanleg daartegen immers al verweerd. Als het een heel nieuw verzoek is dat in eerste aanleg niet aan de orde is geweest – zoals in onderhavige procedure – zou het hof art. 362 Rv strikter moeten toepassen. De tegenverzoeken hadden dan niet behandeld kunnen worden. Nu een nieuwe of duidelijke lijn nog ontbreekt, is het advies in eerste aanleg voor te sorteren op mogelijke wendingen en voldoende zelfstandige tegenverzoeken in te dienen.

mr. H.H.M.A. Foesenek  
advocaat bij Liber Dock Advocaten in Amsterdam

## 158

**Verplicht 10 minuten voor aanvang aanwezig moeten zijn is werktijd**

Gerechtshof Den Haag  
2 mei 2023, nr. 200.308.991/01,  
ECLI:NL:GHDHA:2023:738  
(mr. Van der Ven, mr. Terbeek, mr. Ulrici)  
Noot mr. dr. A. Eleveld

**Arbeidstijd. Loon. Aanwezigheidsplicht.**

[BW art. 7:628]

*De werknemer is sinds 26 september 2016 bij de werkgever werkzaam op basis van een min-max-contract. In de Planningsregels van de werkgever staat met betrekking tot de werktijden onder andere bepaald: '(...) 09.00 uur beginnen betekent dat je exact om 09.00 uur klaar zit om je eerste call aan te nemen danwel te maken. Meld je daarom altijd 10 minuten voor aanvang van je dienst bij je supervisor, dan ben je nooit te laat; (...)'. Bij brief van 16 maart 2021 maakt de werknemer aanspraak op nabetaaling van salaris. Zijn stelling is dat het eerder aanwezig zijn om zich te melden bij de supervisor, de systemen op te starten en met zijn headset klaar te zitten voor de eerste call, een opdracht van de werkgever is en derhalve kwalificeert als werktijd. Deze werktijd dient te worden uitbetaald, aldus de werknemer. De werkgever heeft betwist dat de werknemer aanspraak kan maken op achterstallig loon, omdat de werknemer nog geen productieve arbeid verricht. In eerste aanleg wees de kantonrechter de vorderingen van werknemer tot betaling van achterstallig loon toe. De werkgever is in hoger beroep gekomen. Het hof oordeelt dat de verplichte tien minuten aanwezigheid voor aanvang van de dienst kwalificeert als werktijd. De werknemer is op grond van zijn arbeidsovereenkomst gebonden aan de Planningsregels. Uit het – in de gebiedende wijs geformuleerde – art. 3 van de Planningsregels ('de 10 minutenregel') volgt dat de werknemer zich tien minuten voor zijn dienst dient te melden bij zijn supervisor. De werkgever verwacht dit ook van hem. Dat de werkgever niet controleert of de werknemer tien minuten voor aanvang aanwezig*