



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

NJ 2020/346

Verhulp, E.

Publication date

2020

Document Version

Final published version

Published in

Nederlandse Jurisprudentie

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Verhulp, E. (2020). NJ 2020/346. 346. Case note on: HR, 22/03/19, ECLI:NL:HR:2019:404 *Nederlandse Jurisprudentie*, 2020(42), 5886-5917.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

NJ 2020/346

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

22 maart 2019, nr. 18/02631

(Mrs. C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp,
M.V. Polak, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff;
A-G mr. R.H. de Bock)
m.nt. E. Verhulp

Art. 7:671b lid 8 aanhef en onder c, art. 7:673 lid 1 onderdeel a onder 1° en onder 2°, art. 7:681, 7:686a lid 4 aanhef en onder a, art. 7:686a lid 4 aanhef en onder b BW

RAR 2019/86

RvdW 2019/395

NJB 2019/698

ECLI:NL:PHR:2019:111

ECLI:NL:HR:2019:404

Arbeidsrecht. Wwz. Procesrecht. Transitievergoeding; voorwaardelijke verzoeken i.v.m. vernietiging ontslag op staande voet resp. ontbinding arbeidsovereenkomst (art. 7:673 lid 1, onderdeel a, onder 1° resp. onder 2°, BW); vervaltermijn. Billijke vergoeding; verzoek i.v.m. art. 7:681 of art. 7:671b lid 8, aanhef en onder c, BW?; vervaltermijn? Voorwaarde niet vervuld; gevolg.

De werkneemster verzocht, voorwaardelijk, toekenning van een transitievergoeding voor het geval het ontslag op staande voet terecht was gegeven (art. 7:673 lid 1, onderdeel a, onder 1° BW) resp. voor het geval de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever door de kantonrechter zou worden ontbonden (art. 7:673 lid 1, onderdeel a, onder 2° BW). Het oordeel van het hof dat het bij beroepschrift in incidenteel hoger beroep gedane verzoek om toekenning van een transitievergoeding niet is gedaan binnen de vervaltermijn van drie maanden (art. 7:686a lid 4, aanhef en onder b, BW), ziet eraan voorbij dat de werkneemster in eerste aanleg, vóór het verstrijken van deze vervaltermijn, ook een voorwaardelijk verzoek heeft gedaan tot toekenning van een transitievergoeding op grond van art. 7:673 lid 1, aanhef en onderdeel a, onder 2°, BW, dat de voorwaarde waaronder dit verzoek is ingesteld, is vervuld, en dat de kantonrechter dit verzoek heeft toegewezen.

Op grond van art. 7:681 BW kan een werknemer verzoeken ofwel om vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst ofwel om toekenning van een billijke vergoeding. De werkneemster heeft gekozen voor vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst. Het in hoger beroep gedane verzoek om toekenning van een billijke vergoeding hield geen verband met het ontslag op staande voet (en was dus niet gebaseerd op art. 7:681 BW waarvoor de vervaltermijn van art. 7:686a lid 4, aanhef en onder a, BW geldt), maar met de – door de werkneemster in hoger beroep niet bestreden – ontbinding van de arbeidsovereenkomst (en was dus ge-

baseerd op art. 7:671b lid 8, aanhef en onder c, BW, waarvoor deze vervaltermijn niet geldt).

Indien in een procedure een verzoek voorwaardelijk wordt gedaan, betekent dit dat de rechter het verzoek niet behoeft te behandelen indien niet is voldaan aan de voorwaarde waaronder het verzoek is gedaan (vgl. HR 23 december 2016, NJ 2017/203, m.nt. E. Verhulp (Mediant)). Als in de loop van de procedure blijkt dat niet wordt voldaan aan de voorwaarde waaronder het verzoek is ingesteld, heeft dit niet tot gevolg dat het verzoek achteraf gezien nooit is gedaan.

[verzoekster], verzoekster tot cassatie, adv.: mr. F.M. Dekker, tegen

Omega Groep B.V., te Zwolle, verweerster in cassatie, adv.: mr. S.F. Sagel.

Hof:

4 Het verzoek aan de kantonrechter en de beoordeling daarvan

4.1 [verzoekster] heeft aan de kantonrechter, voor zover in hoger beroep nog van belang, verzocht om bij beschikking, uitvoerbaar bij voorraad:

Primair:

het ontslag op staande voet te vernietigen;

Omega te bevelen om [verzoekster] te werk te stellen in haar functie van ambulant begeleider, op straffe van een dwangsom en

Omega te veroordelen vanaf de datum van het onterecht gegeven ontslag op staande voet het overeengekomen salaris te betalen, vermeerderd met de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW en wettelijke rente;

Subsidiair, indien geoordeeld wordt dat sprake is van een terecht gegeven ontslag op staande voet, echter zonder dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door [verzoekster], dan wel het niet toekennen ervan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is:

Omega te veroordelen tot betaling aan [verzoekster] van een billijke vergoeding ex artikel 7:681 BW, een transitievergoeding van € 9.766,20 bruto, onder verstrekking van een deugdelijke bruto/netto specificatie, en een bedrag van € 5.361,26 bruto c.a. ex artikel 7:672 lid 9 BW, onder verstrekking van een deugdelijke bruto/netto specificatie;

Primair en subsidiair:

Omega te veroordelen in de kosten van de procedure, vermeerderd met wettelijke rente.

4.2 Omega heeft verweer gevoerd en verzocht de verzoeken van [verzoekster] af te wijzen. Bij wijze van tegenverzoek heeft Omega verzocht [verzoekster] te veroordelen tot betaling aan haar van een bedrag van € 6.682,13 ex artikel 7:677 lid 2 en 3 BW en een bedrag aan schadevergoeding van € 21.033,57 uit hoofde van artikel 7:661 BW en/of 6:162 BW. Voorts heeft Omega (voorwaardelijk, namelijk in het geval het verzoek tot vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst toegevoerd wordt) verzocht de arbeidsovereenkomst

met [verzoekster] te ontbinden primair op grond van artikel 7:669 lid 3 sub e BW en subsidiair op grond van artikel 7:669 lid 3 sub g BW en voor recht te verklaren dat [verzoekster] geen recht heeft op een transitievergoeding, met veroordeling van [verzoekster] in de proceskosten.

4.3 De kantonrechter heeft op het verzoek van [verzoekster] het gegeven ontslag vernietigd en Omega veroordeeld tot betaling aan [verzoekster] van het haar toekomende loon vanaf 25 april 2017 tot de dag waarop de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zal zijn geëindigd, met wettelijke verhoging over het achterstallige loon ex artikel 7:625 BW (beperkt tot 10%) en met wettelijke rente over het achterstallige loon en de verhoging ex artikel 7:625 BW, en voorts tot betaling van de transitievergoeding van € 9.766,20 bruto indien Omega haar ontbindingsverzoek niet intrekt. Omega is voorts veroordeeld in de proceskosten, aan de zijde van [verzoekster] begroot op € 823.

De kantonrechter heeft op het (voorwaardelijk) tegenverzoek van Omega haar niet-ontvankelijk verklaard in haar vordering tot schadevergoeding ex artikel 7:661 en/of 6:162 BW, de vordering tot schadevergoeding ex artikel 7:677 lid 2 BW afgewezen, de arbeidsovereenkomst tussen partijen ontbonden op de g-grond met ingang van 1 september 2017 indien het verzoek niet wordt ingetrokken en de proceskosten gecompenseerd.

5 De beoordeling in hoger beroep

5.1 Omega heeft 15 beroepsgronden (door haar aangeduid als grieven, welke terminologie het hof zal volgen), abusievelijk genummerd tot 16 grieven (maar grief 13 ontbreekt), gericht tegen de bestreden beschikking. Deze grieven richten zich in essentie tegen de beslissing van de kantonrechter om het ontslag op staande voet te vernietigen en de wijze waarop de kantonrechter het verzoek van [verzoekster] in eerste aanleg heeft geduid (grief 1). Volgens Omega is sprake van een dringende reden en heeft zij terecht onverwijld de arbeidsovereenkomst met [verzoekster] opgezegd op 24 april 2017 (grievens 2 tot en met 9 en 15). Omega grieft niet tegen de beslissing van de kantonrechter om de arbeidsovereenkomst te ontbinden per 1 september 2017 maar wel tegen de door de kantonrechter aangenomen grond (grief 11). Omega stelt voorts dat op grond van het bepaalde in artikel 7:628 BW [verzoekster] geen aanspraak heeft op loon over de periode na 24 april 2017, althans dat het bedrag aan loon over deze periode dient te worden gematigd op grond van artikel 7:680a BW (grief 10). Voorts grieft Omega over het oordeel en de beslissingen met betrekking tot de transitievergoeding (grief 12), de vergoeding ex artikel 7:677 lid 2 BW (grief 14) en de proceskosten (grief 16).

Tegen de niet-ontvankelijkverklaring is Omega niet opgekomen.

5.2 [verzoekster] heeft één beroepsgrond (door haar eveneens aangeduid als grief) gericht tegen de bestreden beschikking en haar verzoek gest

wijzigd ten opzichte van haar verzoek in eerste aanleg. De grief richt zich tegen de ongemotiveerde matiging van de wettelijke verhoging tot 10% door de kantonrechter. De wijziging van verzoek houdt in de eerste plaats in dat zij een omissie betreffende haar voorwaardelijke subsidiaire verzoek in eerste aanleg wenst te corrigeren in hoger beroep en ten tweede dat het verschuldigde loon in hoger beroep exact kan worden berekend. Daarbij tekent [verzoekster] aan dat in eerste aanleg ten onrechte niet is verzocht om toekenning van vakantiebijslag, de eindejaarsuitkering over dit loon en de eindafrekening. Ten derde maakt [verzoekster] in hoger beroep aanspraak op een billijke vergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen van Omega, door haar gesubstantieerd op een bedrag van € 5.000 netto.

5.3 De stellingen van Omega in hoger beroep komen in essentie op het volgende neer.

Op 24 april 2017 is door Omega vastgesteld dat [verzoekster] haar in strijd met de waarheid heeft bericht dat zij geen intentie had om cliënten van Omega over te nemen. Gebleken is dat [verzoekster] met ingang van 1 april 2017, althans vóór 1 mei 2017 en derhalve nog tijdens haar dienstverband met Omega, als zelfstandige op basis van daartoe verkregen PGB's zorg is blijven verlenen aan drie cliënten van Omega, namelijk [betrokkene 5] en de gebroeders [betrokkenen 6]. De zorgverlening door Omega aan deze drie cliënten was met ingang van 1 april 2017 gestopt.

[verzoekster] heeft dubbel betaald gekregen omdat zij enerzijds loon ontving van Omega en anderzijds als zelfstandige had gecontracteerd met deze cliënten en aanspraak had op vergoeding voor haar diensten uit de aan deze cliënten verstrekte PGB's.

Door haar handelwijze heeft [verzoekster] de in artikel 6 van de vaststellingsovereenkomst neergelegde verplichting om zorg te dragen voor overdracht van de cliënten aan een collega geschonden, evenals het geheimhoudingsbeding en nevenwerkzaamhedenbeding uit de arbeidsovereenkomst. Met deze handelwijze heeft [verzoekster] in ieder geval de beginselen van goed werknemerschap geschonden. Voorts is sprake van onrechtmatige concurrentie door ten faveure van haar eigen onderneming gebruik te maken van de relaties en contacten die [verzoekster] uit hoofde van haar dienstverband met Omega had opgebouwd met de zorgcliënten die met Omega gecontracteerd hadden.

Deze feiten en omstandigheden, gecombineerd met een aantal andere constatering die zijn uiteengezet in de brief aan [verzoekster] van 25 april 2017 (zie 3.19) vormden grond voor opzegging van de arbeidsovereenkomst met [verzoekster] op 24 april 2017 vanwege een dringende reden, aldus Omega.

5.4 In het systeem van de Wet werk en zekerheid (hierna: Wwv) is de vraag gerechtvaardigd of een werkgever nog wel belang heeft bij het oordeel van de rechter in hoger beroep omtrent een door de kantonrechter vernietigd ontslag op staande voet,

indien de kantonrechter vervolgens ook de arbeidsovereenkomst heeft ontbonden en de einddatum heeft bepaald op een datum die al is verstreken tegen het moment waarop het hof uitspraak kan doen. In dit geval is dat belang, zo begrijpt het hof, gelegen in de mogelijkheid tot beperking van de loonvordering, een verdergaande matiging van de wettelijke verhoging en een mogelijke aanspraak op een door de werknemer te betalen vergoeding op de voet van art. 7:677 lid 2 BW, waarom door Omega is verzocht. Het hof zal daarom de vraag beantwoorden of de kantonrechter het ontslag terecht heeft vernietigd.

5.5 Ingevolge artikel 7:677 lid 1 BW is de werkgever bevoegd de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen om een dringende reden, onder onverwijld mededeling van die reden aan de werknemer, zodanig dat voor de werknemer onmiddellijk duidelijk is welke gedragingen de werkgever hebben genoopt tot de onmiddellijke beëindiging van de dienstbetrekking. Ingevolge artikel 7:678 lid 1 BW worden voor de werkgever als dringende redenen beschouwd zodanige daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer, die ten gevolge hebben dat van de werkgever redelijkerwijs niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

In de e-mail van 24 april 2017 en de daarop gevolgde brief van 25 april 2017 zijn meerdere gedragingen ten grondslag gelegd aan het ontslag op staande voet. [verzoekster] wordt verweten het geheimhoudings- en nevenwerkzaamhedenbeding uit de arbeidsovereenkomst te schenden, de cliënten in strijd met de afspraken niet over te dragen maar deze te benaderen in tegenstelling tot hetgeen zij daarover aan Omega heeft verklaard en Omega onrechtmatig te beconcurreren. In zodanig geval geldt dat indien van een door de werkgever als dringende reden voor het ontslag meegedeeld feitencomplex slechts een gedeelte komt vast te staan, het ontslag niettemin rechtsgeldig kan zijn als:

- dat gedeelte op zichzelf beschouwd kan gelden als een dringende reden;
- gesteld en aannemelijk is dat de werkgever de werknemer ook op staande voet zou hebben ontslagen als hij daarvoor niet meer grond zou hebben gehad dan is komen vast te staan;
- dit laatste voor de werknemer in het licht van de inhoud van de ontslagaanzegging en de omstandigheden van het geval duidelijk moet zijn geweest (HR 1 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX9387).

5.6 Bij beantwoording van de vraag of van de werkgever op grond van een dringende reden niet kon worden gevergd de arbeidsovereenkomst met de werknemer nog langer te laten voortduren moeten voorts alle omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang beschouwd, in aanmerking worden genomen, waaronder begrepen de persoonlijke omstandigheden van de werknemer.

Het hof overweegt voorts dat in dit geval het ontslag op staande voet is verleend zeer kort, te weten zes dagen, voordat de arbeidsovereenkomst in-

gevolg de vaststellingsovereenkomst toch al zou eindigen. Aan het vereiste dat de gedragingen van de werknemer zo ernstig zijn dat van de werkgever niet kan worden gevergd de dienstbetrekking te laten voortduren, moeten in die situatie hoge eisen worden gesteld.

5.7 Het hof oordeelt dat in het licht van voormelde overwegingen van een rechtsgeldig ontslag op staande voet geen sprake is. Daarvoor is het navolgende redengevend.

5.8 Omega stelt dat het overnemen van haar cliënten door [verzoekster] na het einde van haar dienstverband voor Omega bespreekbaar zou zijn geweest, indien daarover zakelijke afspraken zouden worden gemaakt. Omdat [verzoekster] heeft aangegeven dat zij de zorgverlening aan de cliënten niet zou overnemen na afloop van haar dienstverband, is in artikel 6 van de vaststellingsovereenkomst de afspraak gemaakt dat zij deze cliënten zou overdragen aan een collega, maar dat heeft [verzoekster] niet gedaan zodat ze in strijd handelt met deze afspraak, aldus Omega.

5.9 Het hof stelt vast dat in de arbeidsovereenkomst noch in de vaststellingsovereenkomst een concurrentiebeding of relatiebeding is opgenomen, zodat het in beginsel [verzoekster] vrij staat om na het einde van haar dienstverband in concurrentie te treden met Omega.

In artikel 6 van de vaststellingsovereenkomst wordt niet alleen vermeld dat cliënten aan wie [verzoekster] in het kader van haar dienstverband zorg verleent zo snel als mogelijk worden 'overgedragen' maar ook dat deze kunnen worden 'afgesloten'. Desgevraagd is namens Omega ter zitting toegelicht dat de term 'afgesloten' vaker wordt gebruikt in de zorg en dat dit betekent dat geen verdere zorgverlening plaatsvindt. [verzoekster] heeft daar – onweersproken – aan toegevoegd dat deze term ook wordt gebruikt als er een wijziging van zorgverlener plaatsvindt. Artikel 6 is dus niet beperkt tot overdragen en Omega heeft onvoldoende uitgewerkt hoe [verzoekster] uit dit artikel had moeten begrijpen dat partijen een afspraak hebben gemaakt dat [verzoekster] (de zorgverlening aan) alle cliënten exclusief zal overdragen aan een collega van Omega en zelf de zorgverlening aan de desbetreffende cliënten niet zal mogen voortzetten. Evenmin valt in dit artikel te lezen dat [verzoekster] beperkt wordt door enige zakelijke voorwaarde om na het einde van haar dienstverband de zorgverlening aan de cliënten voort te zetten. Gelet op de formulering van artikel 6 van de vaststellingsovereenkomst sluit de gehanteerde terminologie aldus niet uit dat [verzoekster] de zorgverlening aan (ex-)cliënten van Omega na het einde van haar dienstverband kan voortzetten. Omega heeft geen andere feiten of omstandigheden gesteld waaruit kan worden afgeleid dat partijen in het kader van de totstandkoming van de vaststellingsovereenkomst en/of de beëindiging van de arbeidsovereenkomst de afspraak hebben gemaakt dat [verzoekster] enkel op door Omega te stellen zakelijke voorwaarden en/of nade-

re afspraken na het einde van haar dienstverband zorg aan (ex-)cliënten van Omega zou kunnen verlenen. Dat [verzoekster] na het einde van haar dienstverband bij Omega de zorgverlening voor cliënten van Omega zou overnemen, kan daarom niet worden aangemerkt als een dringende reden die een ontslag op staande voet rechtvaardigt.

Omdat Omega op dit punt niet heeft voldaan aan haar stelplicht, wordt niet toegekomen aan bewijslevering.

5.10 Voorts verwijt Omega [verzoekster] dat zij nog tijdens haar dienstverband cliënten van Omega ertoe heeft bewogen de zorgverlening bij Omega stop te zetten en bij haar, [verzoekster], voort te zetten, zich die cliënten heeft toegeëigend en dat zij daadwerkelijk voor het beoogde einde van het dienstverband per 1 mei 2017 aan cliënten van Omega zorg heeft verleend, terwijl zij juist herhaaldelijk en welbewust in die periode tegenover Omega heeft ontkend dat zij cliënten wilde overnemen. Volgens Omega is dit ook in strijd met het in de arbeidsovereenkomst overeengekomen geheimhoudings- en nevenwerkzaamhedenbeding.

Omega heeft naar het oordeel van het hof onvoldoende onderbouwd dat [verzoekster] de cliënten ertoe heeft bewogen om de zorgverlening via Omega stop te zetten en rechtstreeks bij haar voort te zetten. In het overdrachtsgesprek van 15 maart 2017 (zie 3.6) heeft [verzoekster] aan Omega meegedeeld dat een aantal cliënten wilde stoppen met de zorgverlening door Omega. Dat [verzoekster] eigener beweging en actief de cliënten hiertoe heeft aangezet terwijl zij tegenover Omega juist herhaaldelijk heeft verklaard dat zij niet de intentie had om zorg te verlenen aan cliënten en daarbij Omega welbewust op het verkeerde been heeft gezet, is onvoldoende onderbouwd door Omega. In de aan deze stelling ten grondslag gelegde e-mail van 17 maart 2017 van [verzoekster] (zie 3.8) valt in ieder geval niet te lezen dat [verzoekster] voor geen enkele client de zorgverlening wilde continueren, omdat daarin alleen door haar wordt aangegeven dat zij cliënten niet heeft gevraagd om naar haar toe te komen. De eveneens aan deze stelling van Omega ten grondslag gelegde e-mail van 10 april 2017 van [verzoekster] dat zij al eerder aan Omega heeft aangegeven dat er geen cliënten zijn waarmee zij heeft gesproken over het beëindigen van de zorg, laat staan dat zij de zorg direct of indirect zou overnemen (zie 3.14), lijkt een vervolg te zijn op deze mededeling, zij het dat dit ongelukkig is geformuleerd. De herhaalde mededelingen van [verzoekster] vormen om deze reden niet zelfstandig een dringende reden, zoals Omega met haar grief 7 beoogt.

5.11 Uit de verklaringen van de ouders van [betrokkene 5] (zie 3.15) en de vertegenwoordiger van de gebroeders [betrokkene 6] verwoord in de evaluatieformulieren (zie 3.16) en zijn verklaring van 15 mei 2017 (zie 3.20) volgt bovendien dat deze cliënten zelf het initiatief hebben genomen om de zorgverlening te continueren bij [verzoekster]. Daarin is uiteengezet dat het in het (geestelijke) belang van

deze cliënten is dat zij een vaste begeleider hebben en dat zij daarom de zorgverlening wensen te continueren bij [verzoekster], hetgeen met zich brengt dat de zorgverlening door Omega aan deze cliënten eindigt. Aan de inhoud van de verklaring van de ouders [betrokkene 5] doet niet af dat Omega eerst hangende de procedure bekend is geworden met die verklaring. De (vertegenwoordigers van de) cliënten hebben zelf het initiatief genomen om de zorgverlening rechtstreeks bij [verzoekster] voort te zetten door voortijdige opzegging van hun contract met Omega in het geval van de gebroeders [betrokkenen 6] en door na afloop van de WMO-indicatiestelling per 31 maart 2017 de zorgverlening via een PGB te laten lopen in het geval van [betrokkene 5]. Tussen partijen is niet in geschil dat de cliënten deze vrijheid hadden. In het licht van de gemotiveerde betwisting door [verzoekster] dat zij behulpzaam is geweest bij PGB-aanvragen ten behoeve van de door haar rechtstreeks te verlenen zorg aan cliënten, heeft Omega onvoldoende gesteld. Dit eigen initiatief van de cliënten vormt dan ook geen schending van het geheimhoudingsbeding door [verzoekster] in de door Omega gestelde zin.

5.12 Dat [verzoekster] vervolgens positief heeft gereageerd op de verzoeken van de cliënten om de zorgverlening bij haar rechtstreeks te continueren en een overeenkomst tot zorgverlening is aangegaan, zoals Omega haar verwijt, kan moeilijk worden gezien als het 'bewegen tot stopzetten van de zorgverlening door Omega' en het zich 'toe-eigenen' van cliënten. Omdat Omega op dit punt onvoldoende heeft gesteld, wordt niet toegekomen aan haar bewijsaanbod op dit punt. Bij gebreke van een concurrentiebeding of relatiebeding stond het [verzoekster] in beginsel vrij om dit na afloop van haar dienstverband te doen en voor zover dit tijdens haar dienstverband is gebeurd, geldt het volgende.

5.13 [verzoekster] is op 22 maart 2017 op non-actief gesteld door Omega en heeft, zo is ter zitting vast komen te staan, in april 2017 zorg verleend aan [betrokkene 5] en de gebroeders [betrokkenen 6]. Weliswaar is namens Omega ter zitting meegedeeld dat na de op non-actiefstelling van [verzoekster] op 22 maart 2017 zorg is verleend door Omega aan deze cliënten, maar desgevraagd heeft Omega dit niet nader kunnen specificeren, anders dan dat [H] heeft verklaard dat dit incidentele zorgverlening is geweest. [verzoekster] heeft ter zitting weersproken dat Omega na haar op non-actiefstelling nog enige zorg heeft verleend aan de betreffende cliënten. Zij heeft verklaard dat ze is gebeld door cliënten omdat er geen zorg werd verleend en de gebroeders [betrokkenen 6] erg heftig reageerden op het feit dat [verzoekster] er niet meer kwam. Volgens [verzoekster] heeft zij de gebroeders [betrokkenen 6] een paar keer gezien in april 2017 om hen niet te laten decompenzen en heeft zij met hen afgesproken dat ze alleen koffie zou komen drinken om te laten zien dat zij er is en voor enige begeleiding. Ze heeft alleen de hoogst noodzakelijke begeleiding verleend, aldus [verzoekster] ter zitting.

5.14 Op grond van het voorgaande stelt het Hof vast dat Omega, wat er zij van de door haar verleende incidentele zorgverlening, na 22 maart 2017 niet de structurele zorg heeft verleend die haar cliënten (volgens de WMO-indicatiestelling) nodig hadden.

Gelet op deze omstandigheden van het geval heeft [verzoekster] het nevenwerkzaamhedenbeding niet geschonden in de door Omega voorgestane zin, omdat zij met de contacten met [betrokkene 5] en de gebroeders [betrokkenen 6] in de maand april 2017 een nood heeft geleid bij cliënten die buiten haar toedoen is ontstaan. Het is immers de keuze geweest van Omega om [verzoekster] op non-actief te stellen en daarmee de vaste zorgverlener van Omega te onthouden aan deze cliënten, die nu juist belang hebben bij een vaste zorgverlener. Omega heeft door na 22 maart 2017 de zorg niet structureel te verlenen een vanuit geestelijk welzijn ongewenst vacuüm gecreëerd voor die cliënten. Dat [verzoekster], die op non-actief was gesteld en geen werkzaamheden meer verrichtte voor Omega, in dat vacuüm enige noodzakelijke begeleiding heeft gegeven kan haar in die omstandigheden niet worden verweten.

5.15 In de brief van 25 april 2017 heeft Omega [verzoekster] nog onrechtmatige concurrentie verweten. Voor zover Omega bedoeld heeft dit mede ten grondslag te leggen aan de dringende reden die het ontslag op staande voet rechtvaardigt, geldt het volgende.

Omdat noch in de arbeidsovereenkomst noch in de vaststellingsovereenkomst een concurrentiebeding of relatiebeding is opgenomen, staat het, zoals onder 5.9 reeds is overwogen, [verzoekster] in beginsel vrij om na het einde van haar dienstverband bij Omega soortgelijke zorg te verlenen aan (ex-)cliënten (van Omega) zoals Omega die zorg verleent, ook indien laatstgenoemde daarvan nadeel ondervindt. Bijkomende omstandigheden kunnen er echter toe leiden dat handelingen van de voormalig werknemer als onrechtmatige concurrentie moeten worden aangemerkt. Uit het arrest van de Hoge Raad van 9 december 1955 (*Boogaard/Vesta*, NJ 1956/157) volgt dat van onrechtmatige concurrentie sprake is als is voldaan aan drie vereisten, te weten: a) het stelselmatig en substantieel afbreken van b) het duurzame bedrijfsdebet van de voormalige werkgever, dat de voormalige werknemer in het kader van de (arbeids)overeenkomst heeft meehelpen opbouwen c) met de hulpmiddelen die hij daartoe vertrouwelijk van zijn voormalige werkgever ter beschikking kreeg. Van ongeoorloofde concurrentie kan dus sprake zijn, wanneer de voormalig werknemer met behulp van vertrouwelijke informatie van zijn voormalige werkgever duurzame relaties van die werkgever benadert en aldus afbreuk doet aan het bedrijfsdebet van de voormalige werkgever, daarbij gebruikmakend van de knowhow en/of de goodwill die hij bij diezelfde werkgever heeft verkregen. Het antwoord op de vraag of een dergelijke handelwijze onrechtmatig is, hangt onder meer af

van de wijze waarop en de mate waarin zij plaatsvindt.

5.16 Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen oordeelt het hof dat het in deze omstandigheden van het geval voortzetten van zorgverlening aan drie (ex-)cliënten van Omega door [verzoekster] niet kan worden aangemerkt als een stelselmatig en substantieel afbreken van het duurzame bedrijfsdebet van Omega. Daarbij is van belang dat Omega – zo is onweersproken gesteld – in totaal 190 cliënten bedient en dat Omega de zorg aan deze drie cliënten heeft laten verlenen door haar werknemer [verzoekster] als vaste zorgverlener. Voor deze cliënten is een vaste zorgverlener wenselijk vanuit het oogpunt van hun (geestelijk) welzijn. Vanuit dit oogpunt is het begrijpelijk dat deze cliënten, zo daartoe mogelijkheden zijn, die zorgverlening door hun vaste zorgverlener willen voortzetten indien deze niet langer bij de werkgever/zorgdienstverlener in dienst is. Wanneer die cliënten het initiatief daartoe zelf nemen en niet komt vast te staan dat [verzoekster] hen daartoe heeft bewogen of anderszins in onrechtmatige zin daarbij is betrokken, valt niet in te zien dat zij actief de cliënten heeft benaderd om zich – in de woorden van Omega – deze cliënten toe te eigenen. Van onrechtmatige concurrentie kan dan niet worden gesproken.

5.17 Het hof vindt wel dat [verzoekster] duidelijkheid had moeten geven over het voortzetten van zorgverlening door haar aan deze (ex-)cliënten van Omega. Weliswaar heeft zij in het gesprek op 15 maart 2017 (zie 3.6) meegedeeld dat een aantal cliënten wilde stoppen met de zorgverlening door Omega, maar daarmee was nog niet duidelijk dat zij de zorgverlening (mogelijk) zou overnemen. In reactie op de e-mail van 6 april 2017 (zie 3.13) van [H] aan [verzoekster] waarin wordt bericht dat [verzoekster] met Omega moet overleggen over overname of benadering van cliënten, had [verzoekster] (vanaf het moment waarop dat haar duidelijk werd) open moeten zijn over de situatie dat cliënten de zorgverlening met haar wensten te continueren. Haar e-mail van 10 april 2017 (zie 3.14) waarin [verzoekster] bericht dat er geen cliënten zijn waarmee zij heeft gesproken over het beëindigen van de zorg, laat staan dat zij de zorg direct of indirect over zou nemen, is in dat verband minst genomen ongelukkig, zoals hiervoor al overwogen in 5.10. De inhoud van de brief van haar gemachtigde van 19 april 2017 is echter onjuist, gelet op het vermelde onder 3.16. Dat zij die brief van haar gemachtigde zonder deze goed door te lezen heeft doorgestuurd aan Omega, zoals [verzoekster] heeft verklaard, is geen excuus. Niettemin kan deze omstandigheid op zichzelf niet worden aangemerkt als een dringende reden, voor zover Omega bedoeld heeft dat deze omstandigheid gekwalificeerd kan worden als zelfstandige grondslag daarvoor. Ontslag op staande voet is een ultimatum remedium en in dit geval is dat ontslag verleend zes dagen voordat de arbeidsovereenkomst ingevolge de vaststellingsovereenkomst toch al zou eindigen. De mogelijk onjuiste mededeling in de

e-mail van 10 april 2017 en de onjuiste inhoud van de brief van 19 april 2017 zijn niet van zodanige ernst dat van Omega niet kan worden gevergd de dienstbetrekking nog zes dagen te laten voortduren. Hierbij is van belang dat geen concurrentiebeding of relatiebeding is overeengekomen en dat [verzoekster] wel heeft gemeld dat sommige cliënten wilden stoppen met de zorgverlening via Omega. Bovendien is niet komen vast te staan dat zij cliënten heeft bewogen tot voortzetting van de zorgverlening door haar.

5.18 De slotsom is dat geen sprake was van een dringende reden die het ontslag op staande voet rechtvaardigde. Daarmee kan een oordeel over de onverwijldheid van het ontslag op staande voet in het midden blijven. De grieven 2 tot en met 9 en 15 van Omega falen.

5.19 In grief 11 stelt Omega dat het verzoek tot ontbinding op de e-grond van artikel 7:669 lid 3 BW had moeten worden toegewezen. Omega baseert dit verzoek op hetzelfde feitencomplex en dezelfde stellingen als die welke aan het ontslag op staande voet ten grondslag liggen. Hoewel in het algemeen een zelfde feitencomplex dat niet tot het ultimatum remedium van een ontslag op staande voet kan leiden, wel voldoende kan zijn voor een ontbinding op de e-grond van artikel 7:669 lid 3 BW, oordeelt het hof in dit geval, gelet op hetgeen hiervoor is overwogen over het feitencomplex, de stellingen van Omega en wat daarvan is komen vast te staan, dat dit ook geen ontbinding op de e-grond rechtvaardigt.

Nu niet is gegriefd tegen de ontbinding van de arbeidsovereenkomst per 1 september 2017 op de g-grond van artikel 7:669 lid 3 BW, staat vast dat terecht op deze grond is ontbonden en de arbeidsovereenkomst per die datum is geëindigd. Dit leidt tot het volgende oordeel van het hof over de verzoeken van partijen.

5.20 Gelet op het voorgaande, heeft Omega geen belang bij haar verzoek om het einde van de arbeidsovereenkomst te bepalen op 1 september 2017. Dit geldt ook voor het verzoek van [verzoekster] om voor recht te verklaren dat een dringende reden ontbreekt en dat de kantonrechter het ontslag op staande voet daarom terecht heeft vernietigd.

5.21 Bij de beoordeling van de vraag of de kantonrechter de loonvordering van [verzoekster] terecht heeft toegewezen, stelt het hof het volgende voorop. Het komt voor risico van de werkgever indien hij een werknemer ten onrechte op staande voet ontslaat. Dit heeft dan als consequentie dat het loon dient te worden doorbetaald, in beginsel totdat een rechtsgeldig einde aan de arbeidsovereenkomst is gekomen, ook al heeft de werknemer na het ontslag op staande voet niet voor de werkgever gewerkt en zich voorafgaand aan het (onder de Wwz al binnen twee maanden nadien in te dienen) vernietigingsverzoek niet uitdrukkelijk voor werk bij hem beschikbaar gesteld. Dat is in dit geval niet anders. Het is de eigen keuze van Omega geweest om in dit geval ook de vaststellingsovereenkomst, die

voorzag in een einde van de arbeidsovereenkomst per 1 mei 2017, geheel te vernietigen c.q. te ontbinden. Daarmee heeft zij dus het risico genomen dat de arbeidsovereenkomst zou voortduren na 1 mei 2017 indien het ontslag zou worden vernietigd.

De arbeidsovereenkomst is nu door ontbinding geëindigd per 1 september 2017. Het hof ziet niet in dat onverkorte toewijzing van loon over de periode van 25 april tot 1 september 2017 tot onaanvaardbare gevolgen leidt die noodzaken tot de in dit geval relatief zeer geringe matiging (maximaal vijf weken loon) op de voet van art. 7:680a BW. Dat [verzoekster] in die periode ook zelf enige inkomsten heeft gegenereerd maakt dit niet anders. Grief 10 van Omega faalt derhalve.

5.22 Dit betekent dat het door [verzoekster] in hoger beroep gespecificeerde – en door Omega voor wat betreft de omvang niet betwiste – verzoek tot loondoorbetaling tot 1 september 2017 kan worden toegewezen voor wat betreft de componenten loon, vakantiebijslag, eindejaarsuitkering en niet opgenomen verlof-uren. In de omstandigheid dat [verzoekster] in hoger beroep, anders dan in eerste aanleg, haar verzoek exact heeft berekend over de periode 24 april tot 1 september 2017 ziet het hof aanleiding de beslissing van de kantonrechter op dit punt te vernietigen en opnieuw recht te doen.

Mede met het oog op de omstandigheid dat, het ontslag op staande voet weggedacht, het de bedoeling was van partijen om de arbeidsovereenkomst al per 1 mei 2017 te beëindigen, acht het hof het billijk de door [verzoekster] verzochte wettelijke verhoging van 50% te matigen tot 10%. Daarmee is gegeven dat [verzoekster] ook geen belang meer heeft bij haar grief in incidenteel hoger beroep op dit punt.

5.23 De loonvordering van [verzoekster] bestaat uit brutobedragen. Vast staat dat Omega aan loon en transitievergoeding al een bedrag van in totaal € 18.332,49 netto heeft voldaan. Zoals onder 5.24 zal blijken, wordt het verzoek om een transitievergoeding alsnog afgewezen. Het hof kan niet vaststellen of [verzoekster], na verrekening met hetgeen al bruto betaald is, per saldo nog iets moet terugbetalen of dat Omega nog een bedrag aan [verzoekster] dient te voldoen. Voor wat de door beide partijen verzochte wettelijke rente betreft brengt dit met zich dat, voor zover [verzoekster] dient terug te betalen, wettelijke rente daarover kan worden berekend vanaf de datum waarop [verzoekster] het teveel betaalde heeft ontvangen; voor zover Omega na verrekening met hetgeen al bruto betaald is, nog bedragen aan [verzoekster] dient te voldoen, dient wettelijke rente daarover te worden berekend vanaf de datum van opeisbaarheid van die bedragen.

5.24 Met haar eerste grief komt Omega terecht op tegen het oordeel van de kantonrechter dat de voorwaarde waaronder [verzoekster] haar subsidiaire verzoek heeft ingesteld op een kennelijke vergissing berust.

[verzoekster] heeft in eerste aanleg *'subsidiair, indien geoordeeld wordt dat sprake is van een terecht*

gegeven ontslag op staande voet, echter zonder dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door [verzoekster], dan wel het niet toekennen ervan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is' de toekenning van een transitievergoeding van € 9.766,20 bruto en een billijke vergoeding ex artikel 7:681 BW verzocht. De voorwaarde waaronder dit subsidiaire verzoek is ingesteld, is door [verzoekster] niet nader uitgewerkt in het verzoekschrift in eerste aanleg. Hetgeen namens [verzoekster] is gesteld in punt 17 van de pleitnotitie in eerste aanleg kan niet worden gezien als een wijziging van eis, in die zin dat [verzoekster] haar verzoek op dit onderdeel wijzigde in een onvoorwaardelijk verzoek. Een dergelijke verandering of vermeerdering van verzoek moet zowel in eerste aanleg als in hoger beroep schriftelijk worden gedaan in de vorm van een (met een conclusie gelijk te stellen) processtuk of akte (artikel 130 Rv is ingevolge artikel 283 Rv en artikel 362 Rv van overeenkomstige toepassing op verzoekschriftprocedures). De kantonrechter heeft in de beschikking van 21 juli 2017 deze opmerking daarom terecht niet als een wijziging van verzoek gezien. Naar het oordeel van het hof kan uit de stukken niet worden afgeleid dat evident sprake is van een kennelijke – en dus ook voor Omega kenbare – vergissing.

De conclusie is dat het verzoek om toewijzing van de transitievergoeding en billijke vergoeding voorwaardelijk is ingesteld en dat de desbetreffende voorwaarde niet is getreden, zodat de vordering feitelijk niet is ingesteld.

[verzoekster] verzoekte in het op 24 januari 2018 ingekomen beroepschrift in incidenteel hoger beroep alsnog onvoorwaardelijk de toewijzing van een transitievergoeding van € 9.766,20 bruto en een billijke vergoeding van € 5.000 netto wegens ernstig verwijtbaar handelen door Omega, bestaande uit onterecht ontslag op staande voet, voorafgegaan door een diffamerende op non-actiefstelling. Het vorenstaand oordeel brengt mee dat dit verzoek niet is ingediend binnen de vervalttermijn van artikel 7:686a lid 4 onder a en b BW van 3 respectievelijk 2 maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd, zodat [verzoekster] niet-ontvankelijk is in deze verzoeken en het daarmee samenhangende verzoek om deze vergoedingen te vermeerderen met wettelijke rente. [verzoekster] heeft weliswaar terecht gesteld dat de vordering eerder dan in hoger beroep bestond, maar het gaat niet om het bestaan van de aanspraak op een transitievergoeding en billijke vergoeding, maar om de vraag of het verzoek tot betaling daarvan binnen de vervalttermijn is ingesteld.

Met dit oordeel heeft Omega geen belang meer bij haar grief 12 die opkomt tegen de toewijzing van de transitievergoeding.

5.25 De door Omega verzochte vergoeding ex artikel 7:677 lid 2 BW wordt afgewezen. Er was immers ook volgens het hof geen sprake is van een dringende reden. Grief 14 van Omega die de be-

schikking van de kantonrechter op dit punt bestrijdt, faalt.

5.27 Nu het hof net als de kantonrechter tot het oordeel komt dat geen sprake is van een dringende reden die het ontslag op staande voet rechtvaardigt en de arbeidsovereenkomst niet kan worden ontbonden op basis van de e-grond bedoeld in artikel 7:669 lid 3 BW, faalt grief 16 van Omega die gericht is tegen de proceskostenveroordelingen in eerste aanleg.

5.28 De slotsom is dat grief 1 in principaal hoger beroep doel treft en voor het overige de grieven falen, net als de grief in incidenteel hoger beroep. De aangepaste loonvordering van [verzoekster] is wel toewijsbaar, met dien verstande dat de wettelijke rente over de wettelijke verhoging verschuldigd is vanaf 31 mei 2017. De kosten voor het principaal hoger beroep komen ten laste van Omega nu zij grotendeels in het ongelijk is gesteld. De kosten worden aan de zijde van [verzoekster] aldus begroot:

griffierecht	€ 318
salaris advocaat	€ 1.788 (2 punten x tarief II in hoger beroep ad € 894).

De kosten voor het incidenteel hoger beroep komen ten laste van [verzoekster] nu zij is te beschouwen als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij. De kosten worden aan de zijde van Omega begroot op € 894 (2 punten x tarief II ad € 894 x 0,5) voor salaris advocaat.

6 De beslissing

Het hof, beschikkende in hoger beroep:

in principaal en in incidenteel hoger beroep

6.1 vernietigt de beschikking van de kantonrechter te Almere van 21 juli 2017 voor zover Omega daarbij onder 6.3 en 6.4 is veroordeeld tot:

- betaling van het verschuldigde salaris van € 2.680,63 bruto per maand c.a. met ingang van 25 april 2017 en zolang de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig is geëindigd, en voor zover opeisbaar, te vermeerderen met de wettelijke verhoging als bedoeld in artikel 7:625 BW van 10%, indien en voor zover het loon niet tijdig betaald is of wordt, beide bedragen te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf de dag der verschuldigdheid;

- betaling aan [verzoekster] van de transitievergoeding van € 9.766,20 bruto, indien Omega het ontbindingsverzoek niet intrekt; en in zoverre opnieuw rechtdoende:

6.2 veroordeelt Omega tot betaling aan [verzoekster] van een bedrag van:

- € 12.248,73 bruto ter zake van het loon over de periode van 24 april 2017 tot 1 september 2017, vermeerderd met 8% vakantiebijslag;
- € 2.309 bruto ter zake van 8% vakantiebijslag over de periode 1 juni 2016 tot 24 april 2017,
- € 1.511,92 bruto ter zake van de eindejaarsuitkering over de periode van 1 januari 2017 tot 1 september 2017,

- € 2.726,08 bruto ter zake van 114,27 niet opgenomen verlof-uren,

deze bedragen te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf opeisbaarheid en met de wettelijke verhoging als bedoeld in artikel 7:625 BW van 10%, te vermeerderen met wettelijke rente over de wettelijke verhoging vanaf 31 mei 2017;

6.3 verklaart [verzoekster] alsnog niet-ontvankelijk in haar verzoek tot betaling van de verzochte transitievergoeding en veroordeelt haar tot terugbetaling van het daarvoor toegewezen bedrag van € 9.766,20 bruto, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf de datum waarop [verzoekster] de transitievergoeding heeft ontvangen tot de dag van algehele terugbetaling;

6.4 veroordeelt Omega voor zover zij op basis van de veroordeling onder 6.2 en na verrekening met hetgeen zij reeds bruto heeft betaald per saldo nog enig brutobedrag aan [verzoekster] dient te voldoen, tot betaling van de wettelijke rente daarover vanaf de datum van opeisbaarheid daarvan tot de dag van algehele voldoening;

6.5 veroordeelt [verzoekster], voor zover zij op basis van de veroordelingen onder 6.2 en 6.3 en na verrekening met hetgeen reeds bruto door Omega is betaald per saldo een brutobedrag dient terug te betalen aan Omega, tot terugbetaling van dat bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf de datum waarop [verzoekster] het teveel betaalde heeft ontvangen tot de dag van algehele voldoening;

6.6 verwerpt het principaal en incidenteel hoger beroep tegen de beschikking van de kantonrechter te Almere van 21 juli 2017, voor zover aan hoger beroep onderworpen, voor het overige;

6.7 veroordeelt Omega in de kosten van het principale hoger beroep, aan de zijde van [verzoekster] vastgesteld op € 318 griffierecht en € 1.788 salaris advocaat volgens liquidatietarief;

6.8 veroordeelt [verzoekster] in de kosten van het incidenteel hoger beroep, aan de zijde van Omega vastgesteld op € 894 salaris advocaat volgens liquidatietarief;

6.9 verklaart de veroordelingen tot betaling onder 6.3, 6.5 en 6.8 uitvoerbaar bij voorraad;

6.10 wijst af wat meer of anders in hoger beroep is verzocht.

Cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid in acht te nemen vormen doordat het Hof heeft overwogen en beslist als vervat in de ten deze bestreden beschikking, zulks ten onrechte om één of meer van de navolgende – in onderlinge samenhang te lezen – redenen:

Inleiding

[verzoekster] is op 24 april 2017 door Omega onterecht op staande voet ontslagen. Bij verzoekschrift van 31 mei 2017 heeft [verzoekster] de Kantonrechter Almere primair verzocht dit ontslag

op grond van artikel 7:681 BW te vernietigen en subsidiair – onder de voorwaarde *'indien geoordeeld wordt dat sprake is van een terecht gegeven ontslag op staande voet, echter zonder dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door [verzoekster], dan wel het niet toekennen ervan naar maatstaven van redelijk en billijkheid onaanvaardbaar is'* – verzocht om toekenning van een billijke vergoeding (artikel 7:681 BW), de transitievergoeding (artikel 7:673 BW) en de gefixeerde schadevergoeding (artikel 7:672 lid 10 BW). Omega heeft bij verweerschrift van 23 juni 2017 verweer gevoerd tegen deze verzoeken en bij wege van zelfstandig tegenverzoek voorwaardelijk – namelijk voor het geval het ontslag op staande voet zou worden vernietigd – om ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzocht. Ter zitting van 7 juli 2017 heeft [verzoekster] verweer gevoerd tegen het voorwaardelijke ontbindingsverzoek van Omega, in welk kader door haar onvoorwaardelijk is verzocht de ontbinding slechts uit te spreken met inachtneming van de geldende opzegtermijn en onder toewijzing van de transitievergoeding.¹ Bij beschikking van 21 juli 2017 heeft de kantonrechter – samengevat en voor zover in cassatie van belang – (i) het ontslag op staande voet vernietigd, (ii) de arbeidsovereenkomst per 1 september 2017 ontbonden en (iii) Omega veroordeeld tot betaling aan [verzoekster] van de transitievergoeding, tenzij Omega haar ontbindingsverzoek uiterlijk op 31 juli 2017 intrekt.

Omega is tijdig in hoger beroep gekomen. Zij heeft zich – samengevat en voor zover in cassatie van belang – niet verzet tegen de door de kantonrechter uitgesproken ontbinding, maar wel tegen het oordeel dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is. Ook heeft Omega in hoger beroep geklaagd over de toekenning aan [verzoekster] van de transitievergoeding. [verzoekster] heeft in hoger beroep verweer gevoerd, haar verzoeken gewijzigd en incidenteel hoger beroep ingesteld. Het hof heeft – samengevat en voor zover in cassatie van belang – [verzoekster] niet-ontvankelijk verklaard in haar verzoeken tot toewijzing van de transitievergoeding en tot toekenning van een billijke vergoeding. Voorts heeft het hof de beschikking uit eerste aanleg bekrachtigd, voor zover daarbij het ontslag op staande voet is vernietigd en de arbeidsovereenkomst per 1 september 2017 is ontbonden, en vernietigd, voor zover daarbij aan [verzoekster] de transitievergoeding is toegekend. [verzoekster] is veroordeeld tot terugbetaling van de op grond van de beschikking uit eerste aanleg ontvangen transitievergoeding.

Dit cassatieberoep is gericht tegen het oordeel van het hof dat [verzoekster] niet-ontvankelijk is in haar verzoeken tot toewijzing van de transitievergoeding en tot toekenning van een billijke vergoeding en tegen het oordeel van het hof dat de kanton-

rechter Omega ten onrechte heeft veroordeeld tot betaling van de transitievergoeding.

Klachten

1. De in cassatie relevante overweging is rov. 5.24 van de bestreden beschikking, waarin het hof oordeelt dat Omega met haar eerste grief terecht opkomt tegen het oordeel van de kantonrechter dat de voorwaarde waaronder [verzoekster] haar subsidiaire verzoek heeft ingesteld op een kennelijke vergissing berust.

Het hof overweegt dat [verzoekster] in eerste aanleg *'subsidiair, indien geoordeeld wordt dat sprake is van een terecht gegeven ontslag op staande voet, echter zonder dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door [verzoekster], dan wel het niet toekennen ervan naar maatstaven van redelijk en billijkheid onaanvaardbaar is'* de toekenning van een transitievergoeding en een billijke vergoeding ex artikel 7:681 BW heeft verzocht. Hetgeen namens [verzoekster] is gesteld in punt 17 van de pleitnotitie in eerste aanleg kan naar het oordeel van het hof niet worden gezien als een wijziging van eis, in die zin dat [verzoekster] haar verzoek op dit onderdeel wijzigde in een onvoorwaardelijk verzoek. Een dergelijke wijziging van eis moet namelijk schriftelijk worden gedaan in de vorm van een processtuk of akte. De kantonrechter heeft deze opmerking volgens het hof terecht niet als een wijziging van verzoek gezien. Naar het oordeel van het hof kan uit de stukken niet worden afgeleid dat evident sprake is van een kennelijke – en dus ook voor Omega kenbare – vergissing. De conclusie is dat het verzoek om toewijzing van de transitievergoeding en een billijke vergoeding voorwaardelijk is ingesteld en dat de desbetreffende voorwaarde niet is ingetreden, zodat het verzoek feitelijk niet is ingesteld, aldus het hof.

[verzoekster] verzoekt, zo vervolgt het hof, in incidenteel hoger beroep alsnog onvoorwaardelijk de toewijzing van de transitievergoeding en een billijke vergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen door Omega. Het vorenstaande brengt mee dat dit verzoek niet is ingediend binnen de vervaltermijn van artikel 7:686a lid 4 onder a en b BW van drie respectievelijk twee maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd, zodat [verzoekster] niet-ontvankelijk is in dit verzoek. [verzoekster] heeft weliswaar terecht gesteld dat de vordering eerder dan in hoger beroep bestond, maar het gaat, aldus nog steeds het hof, niet om het bestaan van de aanspraak op de transitievergoeding en billijke vergoeding, maar om de vraag of het verzoek tot betaling daarvan binnen de vervaltermijn is ingesteld.

1.1. Het oordeel van het hof, dat [verzoekster] in hoger beroep niet-ontvankelijk is in haar verzoek tot toewijzing van de transitievergoeding, is rechs tens onjuist. Het hof miskent in rov. 5.24 dat het door de kantonrechter toegewezen verzoek van [verzoekster] tot toewijzing van de transitievergoeding niet het subsidiaire (en voorwaardelijke; zie

¹ Plt. nr. Hoekstra d.d. 7 juli 2017, nr. 17. Zie ook rov. 4.5 van de beschikking van in eerste aanleg.

echter de klachten in nrs. 1.4 en 1.5) verzoek is uit het verzoekschrift in eerste aanleg, maar het ter zitting van 7 juli 2017 in reactie op het voorwaardelijke ontbindingsverzoek van Omega gedane verzoek.² Het verzoek om toewijzing van (onder andere) de transitievergoeding uit het verzoekschrift in eerste aanleg was subsidiair en hield verband met het ontslag op staande voet. De kantonrechter heeft het primaire verzoek van [verzoekster] tot vernietiging van dat ontslag toegewezen en is daarom niet toegekomen aan een behandeling van het subsidiaire verzoek (dat onder andere strekte tot toewijzing van de transitievergoeding). De door de kantonrechter toegewezen transitievergoeding houdt verband met de door Omega verzochte voorwaardelijke ontbinding. Ter zitting van 7 juli 2017 is namens [verzoekster] verzocht de ontbinding slechts uit te spreken met inachtneming van de geldende opzegtermijn én onder toekenning van de transitievergoeding.³ Het is dit laatste verzoek dat door de kantonrechter is toegewezen. Om deze reden doet niet ter zake of de kantonrechter al dan niet terecht heeft geoordeeld dat de voorwaarde waaronder [verzoekster] haar subsidiaire verzoek in het verzoekschrift in eerste aanleg heeft ingesteld op een kennelijke vergissing berust. Het hof had derhalve moeten oordelen dat Omega geen belang heeft bij behandeling van haar eerste grief. Het is in dit licht voorts onjuist, althans onbegrijpelijk, dat het hof heeft geoordeeld dat het gestelde in punt 17 van de pleitnotitie in eerste aanleg niet kan worden gezien als een wijziging van eis. Dat betrof immers een tweede verzoek tot toewijzing van de transitievergoeding in reactie op het voorwaardelijke ontbindingsverzoek van Omega (in plaats van vanwege het ontslag op staande voet). Hiermee is tevens onjuist, althans onbegrijpelijk, dat het hof heeft geoordeeld dat [verzoekster] eerst na het verstrijken van de vervaltermijn van artikel 7:686a lid 4 sub a of b BW om toewijzing van de transitievergoeding heeft verzocht, zodat het hof [verzoekster] ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard in dat verzoek.

1.2. Het oordeel van het hof, dat [verzoekster] in hoger beroep niet-ontvankelijk is in haar verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding, is eveneens rechtens onjuist. Het hof miskent dat dit verzoek niet is gebaseerd op artikel 7:681 BW, zoals het hof in de tweede zin van rov. 5.24 overweegt, maar op artikel 7:671b lid 8 sub c BW. Artikel 681 BW geeft de werknemer recht op een billijke vergoeding in geval van een *opzegging* in strijd met de in het eerste lid onder a tot en met e genoemde bepalingen. De in hoger beroep verzochte billijke vergoeding houdt evenwel niet in verband met een *opzegging* (het ontslag op staande voet is in eerste aanleg immers vernietigd en op die grond kon het hof dus geen billijke vergoeding meer toekennen), maar met de – door Omega verzochte – *ontbinding* van de arbeidsovereenkomst. Het verzoek is gegrond op

de stelling dat Omega ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en is daarmee gebaseerd op artikel 7:671b lid 8 sub c BW,⁴ op grond waarvan bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst aan de werknemer een billijke vergoeding kan worden toegekend indien de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Het hof had deze grondslag zo nodig op de voet van artikel 25 Rv ambtshalve moeten aanvullen.

Voor een verzoek op grond van artikel 7:671b lid 8 sub c BW geldt ingevolge artikel 7:686a lid 4 BW geen vervaltermijn. Aldus is onjuist, althans onbegrijpelijk, dat het hof heeft geoordeeld dat [verzoekster] eerst na het verstrijken van de vervaltermijn van artikel 7:686a lid 4 sub a of b BW om toewijzing van een billijke vergoeding heeft verzocht, zodat het hof [verzoekster] ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard in dat verzoek.

1.3. Ook rechtens onjuist is het oordeel van het hof, dat het subsidiaire verzoek van [verzoekster] uit het verzoekschrift in eerste aanleg tot toewijzing van de transitievergoeding en tot toekenning van een billijke vergoeding feitelijk niet is ingesteld, omdat de voorwaarde waaronder dat verzoek is ingesteld niet is ingetreden.

1.4. Het oordeel van het hof, dat niet evident is dat de voorwaarde waaronder [verzoekster] in het verzoekschrift in eerste aanleg om toewijzing van de transitievergoeding en een billijke vergoeding heeft verzocht op een kennelijke vergissing berust, is onbegrijpelijk. [verzoekster] heeft in het verzoekschrift in eerste aanleg subsidiair om toekenning van drie vergoedingen verzocht: (i) een billijke vergoeding ex artikel 7:681 BW, (ii) de transitievergoeding ex artikel 7:673 BW en (iii) de gefixeerde schadevergoeding ex artikel 7:672 lid 10 BW. De voorwaarde waaronder [verzoekster] deze vergoedingen heeft verzocht, luidt als volgt:

‘indien geoordeeld wordt dat sprake is van een terecht gegeven ontslag op staande voet, echter zonder dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door [verzoekster], dan wel het niet toekennen ervan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.’

Indien geoordeeld wordt dat sprake is van een terecht gegeven ontslag op staande voet, bestaat per definitie geen recht op een billijke vergoeding ex artikel 7:681 BW en evenmin op de gefixeerde schadevergoeding ex artikel 7:672 lid 10 BW:

– Op grond van artikel 7:681 lid 1 sub a BW bestaat recht op een billijke vergoeding, indien de arbeidsovereenkomst is opgezegd in strijd met arti-

4 Zie punt 5.6 van het verweerschrift in principaal hoger beroep, tevens houdende beroepschrift in incidenteel appel, houdende een akte wijziging van eis, waarin namens [verzoekster] expliciet is opgemerkt dat zij recht heeft op een billijke vergoeding omdat Omega ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Uit de derde alinea van rov. 5.24 van de bestreden beschikking blijkt dat het hof het verzoek ook ais zodanig heeft begrepen. Het hof overweegt immers dat [verzoekster] een billijke vergoeding verzoekt ‘wegens ernstig verwijtbaar handelen door Omega’. Voor een billijke vergoeding ex artikel 7:681 BW is ernstig verwijtbaar handelen geen vereiste.

2 Plt. mr. Hoekstra d.d. 7 juli 2017, nr. 17.

3 Zie rov. 4.5 van de beschikking in eerste aanleg.

kel 7:671 BW, dus zonder schriftelijke instemming van de werknemer. In geval van een ontslag op staande voet is ingevolge artikel 7:671 lid 1 sub c BW geen schriftelijke instemming van de werknemer vereist, zodat in geval van een terecht gegeven ontslag op staande voet geen recht op een billijke vergoeding kan bestaan.

– De gefixeerde schadevergoeding ex artikel 7:672 lid 10 BW is verschuldigd, indien de arbeidsovereenkomst is opgezegd tegen een eerdere dag dan tussen partijen geldt, met andere woorden: indien is opgezegd zonder inachtneming van de juiste opzegtermijn. Bij een ontslag op staande voet behoeft ingevolge artikel 7:677 BW geen opzegtermijn in acht te worden genomen (sterker nog: dat zou in strijd zijn het dringende karakter van de ontslagreden). In geval van een terecht gegeven ontslag op staande voet kan dus geen gefixeerde schadevergoeding verschuldigd zijn.

Het vorenstaande betekent dat het in vervulling gaan van de eerder geciteerde voorwaarde (*indien geoordeeld wordt dat sprake is van een terecht gegeven ontslag op staande voet*)⁵ er automatisch toe leidt dat twee van de drie subsidiair door [verzoekster] verzochte vergoedingen – te weten: de billijke vergoeding en de gefixeerde schadevergoeding – niet toewijsbaar zijn. Tegen die achtergrond is geen andere conclusie mogelijk dan dat die voorwaarde op een kennelijke – ook voor Omega kenbare – vergissing berust, zodat 's hofs andersluidende oordeel onbegrijpelijk is.

1.5. Eveneens is onbegrijpelijk dat het hof zelfstandige betekenis heeft gehecht aan de voorwaarde waaronder [verzoekster] in het verzoekschrift in eerste aanleg haar subsidiaire verzoek heeft ingesteld, althans voor zover het gaat om het verzoek tot toewijzing van de transitievergoeding. [verzoekster] verzocht in het verzoekschrift in eerste aanleg primair om vernietiging van het ontslag op staande voet en subsidiair om toekenning van de drie eerder genoemde vergoedingen. Aan een subsidiair verzoek wordt pas toegekomen als het primaire verzoek wordt afgewezen. In zoverre is een subsidiair verzoek dus altijd voorwaardelijk. In dit geval luidt de voorwaarde waaronder het subsidiaire verzoek is ingesteld:

'indien geoordeeld wordt dat sprake is van een terecht gegeven ontslag op staande voet, echter zonder dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door [verzoekster], dan wel het niet toekennen ervan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is'.

Deze voorwaarde behelst in dit specifieke geval niets anders dan een verwoording van het subsidiaire karakter van het verzoek, althans voor zover het gaat om het verzoek tot toewijzing van de transitievergoeding. Aangezien het primaire verzoek ziet op vernietiging van het ontslag op staande voet, is een subsidiair verzoek per definitie onder de voorwaarde dat *'geoordeeld wordt dat sprake is van een terecht gegeven ontslag op staande voet'*. Alleen wanneer het ontslag op staande voet terecht is gegeven, wordt

het verzoek tot vernietiging van dat ontslag immers afgewezen en kan worden toegekomen aan een behandeling van het subsidiaire verzoek. In dat scenario bestaat slechts in twee situaties recht op de transitievergoeding, namelijk (i) indien niet sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer (artikel 7:673 lid 7 sub c BW),⁵ dan wel (ii) indien het niet toekennen van de transitievergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (artikel 7:673 lid 8 BW). Dit zijn de twee elementen die zijn verwoord in de in het verzoekschrift in eerste aanleg geformuleerde voorwaarde. Die voorwaarde voegt zodoende niets toe aan het subsidiaire karakter van het verzoek uit het verzoekschrift in eerste aanleg, althans niet waar het gaat om het verzoek tot toewijzing van de transitievergoeding. Om die reden is het onbegrijpelijk dat het hof zelfstandige betekenis heeft gehecht aan die voorwaarde door te oordelen dat het niet vervuld raken daarvan tot gevolg heeft dat het subsidiaire verzoek feitelijk niet is ingesteld, althans voor zover het gaat om het verzoek tot toewijzing van de transitievergoeding. In de redenering van het hof zou een subsidiair verzoek feitelijk niet ingesteld zijn ingeval het primaire verzoek wordt toegevoerd.

1.6. Het slagen van één of meer van de voorgaande klachten viteitevens het oordeel van het hof in rov. 5.28 dat grief 1 in principaal hoger beroep slaagt en het dictum van de bestreden beschikking, voor zover [verzoekster] daarin niet-ontvankelijk is verklaard in haar verzoeken tot toewijzing van de transitievergoeding en tot toekenning van een billijke vergoeding, althans voor zover deze verzoeken zijn afgewezen, en voor zover [verzoekster] is veroordeeld tot terugbetaling aan Omega van de op grond van de beschikking in eerste aanleg ontvangen transitievergoeding, te vermeerderen met wettelijke rente.

Toelichting op de klachten

Onderdelen 1.1 en 1.2: twee afzonderlijke procedures met separate verzoeken

2. De klachten van onderdelen 1.1 en 1.2 lenen zich voor een gezamenlijke toelichting. Beide onderdelen hebben namelijk gemeenschappelijk dat het hof uit het oog lijkt te hebben verloren dat *in casu* in feite sprake is van twee verschillende, doch tegelijkertijd behandelde procedures met in beide procedures separate verzoeken van [verzoekster] tot toewijzing van de transitievergoeding en tot toekenning van een billijke vergoeding. Hierbij moet onderscheid worden gemaakt tussen (a) het verzoek om toewijzing van de transitievergoeding (onderdeel 1.1) en (b) het verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding (onderdeel 1.2).

⁵ Vgl. HR 30 maart 2018, JAR 2018/109.

Ad (a): transitievergoeding (onderdeel 1.1)

3. In dit geval is sprake van twee separate verzoeken van [verzoekster] om toewijzing van de transitievergoeding in wat in feite twee verschillende procedures zijn:

(i) In de opzeggingsprocedure In het verzoekschrift in eerste aanleg verzocht [verzoekster] primair vernietiging van het ontslag op staande voet en subsidiair, *'indien geoordeeld wordt dat sprake is van een terecht gegeven ontslag op staande voet, echter zonder dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door [verzoekster], dan wel het niet toekennen ervan naar maatstaven van redelijk en billijkheid onaanvaardbaar is'*, toewijzing van (onder andere) de transitievergoeding. Dit is mogelijk gelet op HR 30 maart 2018, *JAR* 2018/109. Uit deze beschikking volgt dat een terecht gegeven ontslag op staande voet het recht op de transitievergoeding niet uitsluit. Het verzoek tot toewijzing van de transitievergoeding is in dit geval gebaseerd op artikel 7:673 lid 1 sub a onder 1 BW. Ontslag op staande voet is immers een vorm van *opzegging* van de arbeidsovereenkomst.

(ii) In de ontbindingsprocedure In reactie op het verzoekschrift van [verzoekster] heeft Omega de kantonrechter bij wege van zelfstandig tegenverzoek onder meer verzocht de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk te *ontbinden* en daarbij voor recht te verklaren dat [verzoekster] geen recht heeft op de transitievergoeding. Dit tegenverzoek van Omega heeft in feite geleid tot een afzonderlijke – tegelijkertijd behandelde⁶ – procedure. In navolging van A-G De Bock in haar conclusie voor de *Visco*-beschikking⁷ kan de procedure tot vernietiging van het ontslag op staande voet worden aangeduid als *'de opzeggingsprocedure'* en de procedure tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst als *'de ontbindingsprocedure'*. In de ontbindingsprocedure heeft [verzoekster] verweer gevoerd, in welk kader door haar onvoorwaardelijk is verzocht de ontbinding slechts uit te spreken met inachtneming van de opzegtermijn en onder toekenning van de transitievergoeding.⁸ Dit is een tweede, zelfstandig verzoek tot toewijzing van de transitievergoeding vanwege de (toen nog: mogelijke) ontbinding van de arbeidsovereenkomst in plaats van vanwege het ontslag op staande voet. Dit tweede verzoek heeft ook een andere grondslag dan het eerste verzoek, namelijk niet artikel 7:673 lid 1 sub a onder 1 BW, maar artikel 7:673 lid 1 sub a onder 2 BW.

4. [verzoekster] heeft aldus twee separate verzoeken tot toewijzing van de transitievergoeding

ingesteld: (i) één in de opzeggingsprocedure, welk verzoek verband houdt met het ontslag op staande voet en is gebaseerd op artikel 7:673 lid 1 sub a onder 1 BW, en (ii) één in de ontbindingsprocedure, welk verzoek verband houdt met de (mogelijke) ontbinding van de arbeidsovereenkomst en is gebaseerd op 7:673 lid 1 sub a onder 2 BW. Uit de beschikking in eerste aanleg blijkt dat de kantonrechter dit ook zo heeft begrepen. In rov. 3.2 is namelijk – onder het kopje *'De verzoeken van [verzoekster] en het verweer van Omega'* – het verzoek tot toewijzing van de transitievergoeding uit het verzoekschrift in eerste aanleg genoemd en in rov. 4.5 – onder het kopje *'De tegenverzoeken van Omega en het verweer van [verzoekster]'* – is het tweede verzoek tot toewijzing van de transitievergoeding te vinden. Rov. 4.5 van de beschikking uit eerste aanleg luidt als volgt:

'4.5 [verzoekster] betwist dat zij verwijtbaar heeft gehandeld. [verzoekster] erkent wel dat partijen niet met elkaar verder kunnen. Als het ontbindingsverzoek wordt toegewezen, verzoekt [verzoekster] de kantonrechter de ontbinding slechts uit te spreken met inachtneming van de geldende opzegtermijn van twee maanden en onder toekenning van de transitievergoeding omdat er volgens haar geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen.'

5. Hieruit blijkt helder dat de kantonrechter een tweede, met het voorwaardelijke ontbindingsverzoek van Omega verband houdend, verzoek van [verzoekster] tot toewijzing van de transitievergoeding heeft aangenomen. Het is dit tweede verzoek dat door de kantonrechter is toegewezen. In de opzeggingsprocedure heeft de kantonrechter het primaire verzoek van [verzoekster] gehonoreerd en het ontslag op staande voet vernietigd. Aan een behandeling van het subsidiaire verzoek tot toewijzing van de transitievergoeding is de kantonrechter om die reden niet toegekomen. Door de vernietiging van het ontslag op staande voet was toewijzing van de transitievergoeding in de opzeggingsprocedure overigens ook niet meer mogelijk.

6. Dat de kantonrechter het tweede verzoek van [verzoekster] – dat wil zeggen het verzoek in de ontbindingsprocedure – heeft toegewezen, blijkt onder meer uit rov. 5.25, waarin hij overweegt dat de door Omega verzochte verklaring voor recht – welke verklaring Omega heeft verzocht in het kader van haar voorwaardelijke ontbindingsverzoek – wordt afgewezen en dat de transitievergoeding, zoals door [verzoekster] verzocht, zal worden toegewezen. Ook in het dictum heeft de kantonrechter de transitievergoeding uitdrukkelijk gekoppeld aan de *ontbinding* van de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter heeft de veroordeling van Omega tot betaling van de transitievergoeding immers afhankelijk gesteld van het al dan niet intrekken door Omega van het voorwaardelijke ontbindingsverzoek.

7. Het hof heeft de twee procedures die *in casu* in feite naast elkaar bestonden – de opzeggingspro-

⁶ Dit is conform de wens van de Hoge Raad in de *Mediant*-beschikking (HR 23 december 2016, *JAR* 2017/19, rov. 3.6.1 en 3.6.2).

⁷ HR 31 maart 2017, *JAR* 2017/116 (*Visco*).

⁸ Plt. mr. Hoekstra d.d. 7 juli 2017, nr. 17. Zie ook rov. 4.5 van de beschikking van in eerste aanleg.

cedure en de ontbindingsprocedure – alsmede de twee separate verzoeken van [verzoekster] tot toewijzing van de transitievergoeding, ten onrechte niet uit elkaar gehouden. Het hof heeft daardoor miskend dat het door de kantonrechter gehonoreerde verzoek tot toewijzing van de transitievergoeding niet het subsidiaire (en voorwaardelijke) verzoek was dat [verzoekster] in het verzoekschrift in eerste aanleg deed. Daardoor heeft het hof voor de ontvankelijkheid van het verzoek van [verzoekster] tot toewijzing van de transitievergoeding in hoger beroep ten onrechte van belang geacht of de voorwaarde die in de *opzeggingsprocedure* aan het verzoek om toewijzing van de transitievergoeding was gekoppeld al dan niet op een kennelijke vergissing berust en eveneens of dat verzoek, vanwege het feit dat de voorwaarde niet is vervuld, feitelijk al dan niet als ingesteld heeft te gelden. Het is immers het in de *ontbindingsprocedure* gedane verzoek tot toewijzing van de transitievergoeding dat door de kantonrechter is toegewezen. Het hof had daarom moeten oordelen dat Omega geen belang heeft bij de behandeling van haar eerste grief. Tegen deze achtergrond is tevens onbegrijpelijk dat het hof in rov. 5.24 heeft geoordeeld dat het gestelde in punt 17 van de pleitnotitie in eerste aanleg niet als een wijziging van eis kan worden gezien. Punt 17 van die pleitnotitie betrof immers een zelfstandig (tegen)verzoek tot toewijzing van de transitievergoeding in de *ontbindingsprocedure* (vanwege de ontbinding van de arbeidsovereenkomst) en niet een wijziging van het verzoek in de *opzeggingsprocedure* (vanwege het ontslag op staande voet). Hiermee is onjuist het oordeel van het hof dat [verzoekster] eerst na het verstrijken van de vervaltermijn van artikel 7:686a lid 4 sub b BW om toewijzing van de transitievergoeding heeft verzocht. Dat verzoek is immers reeds in eerste aanleg, en daarmee ruimschoots op tijd, gedaan. Het hof heeft [verzoekster] in hoger beroep derhalve ten onrechte niet-ontvankelijk verklaard in het verzoek tot toewijzing van de transitievergoeding.

Ad (b): billijke vergoeding (onderdeel 1.2)

8. Ook met betrekking tot het verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding is het hof het onderscheid tussen de twee procedure die *in casu* in feite naast elkaar bestonden – de *opzeggingsprocedure* en de *ontbindingsprocedure* – uit het oog verloren.

9. In het verzoekschrift in eerste aanleg heeft [verzoekster] subsidiair (en voorwaardelijk) verzocht om toekenning van een billijke vergoeding op de voet van artikel 7:681 BW.⁹ Dit verzoek hield verband met het ontslag op staande voet. In de *opzeggingsprocedure* heeft de kantonrechter het primaire verzoek van [verzoekster] tot vernietiging van het ontslag op staande voet toegewezen, om welke reden hij aan een behandeling van het subsidiaire verzoek, dat onder andere strekte tot toekenning van een billijke vergoeding, niet is toegekomen.

10. In hoger beroep heeft [verzoekster] toekenning van een billijke vergoeding verzocht vanwege ernstig verwijtbaar handelen tijdens Omega.¹⁰ Dit verzoek was niet gebaseerd op artikel 7:681 BW, zoals het hof in rov. 5.24 overweegt. Artikel 7:681 BW voorziet in de mogelijkheid van een billijke vergoeding in geval van een *opzegging* in strijd met de in het eerste lid onder a tot en met e genoemde bepalingen. De kantonrechter heeft de opzegging van de arbeidsovereenkomst door Omega in eerste aanleg evenwel vernietigd. In hoger beroep kan een eenmaal uitgesproken vernietiging van de opzegging niet meer worden teruggedraaid. Indien het hof meent dat het ontslag op staande voet tóch rechtsgeeldig is gegeven, moet het ingevolge artikel 7:683 lid 6 BW een nieuwe einddatum voor de arbeidsovereenkomst bepalen. De vernietiging van de opzegging blijft dan in stand. Het verzoek van [verzoekster] tot toekenning van een billijke vergoeding kan in hoger beroep derhalve niet zijn gegrond op artikel 7:681 BW, nu niet (meer) sprake was van een opzegging. Dit verzoek is, zoals vermeld, gebaseerd op de stelling dat Omega ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Ernstig verwijtbaar handelen is op grond van artikel 7:681 BW geen vereiste voor toekenning van een billijke vergoeding. De grondslag voor het verzoek van [verzoekster] in hoger beroep tot toekenning van een billijke vergoeding is artikel 7:671b lid 8 sub c BW. Op grond van die bepaling kan de rechter bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen, indien de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Het hof had deze grondslag zo nodig op de voet van artikel 25 Rv ambtshalve moeten aanvullen. Het verzoek van [verzoekster] tot toekenning van een billijke vergoeding betrof derhalve de *ontbindingsprocedure* en niet de *opzeggingsprocedure*.

11. Het hof heeft [verzoekster] in hoger beroep niet-ontvankelijk verklaard in haar verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding, omdat dit verzoek zou zijn gedaan buiten de vervaltermijn van twee maanden uit artikel 7:686a lid 4 sub a BW. Die bepaling bevat een vervaltermijn voor verzoeken die zijn gebaseerd op artikelen 7:672 lid 10, 7:677, 7:681 lid 1 sub a, b en c en 7:682 leden 1, 2 en 3 BW. Het hof verwijst in rov. 5.24 tevens naar artikel 7:686a lid 4 sub b BW, maar die bepaling ziet enkel op artikelen 7:673, 7:673a, 7:673b, 7:673c en 7:673d BW. Artikel 7:671b lid 8 sub c BW wordt niet genoemd in artikel 7:686a lid 4 sub a of b (of welk ander sub dan ook) BW, zodat voor een verzoek geba-

¹⁰ Zie punt 5.6 van het verweerschrift in principaal hoger beroep, tevens houdende beroepschrift in incidenteel appel, houdende een akte wijziging van eis, waarin namens [verzoekster] expliciet is opgemerkt dat zij recht heeft op een billijke vergoeding omdat Omega ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Uit de derde alinea van rov. 5.24 van de bestreden beschikking blijkt dat het hof het verzoek ook als zodanig heeft begrepen. Het hof overweegt immers dat [verzoekster] een billijke vergoeding verzoekt *wegens ernstig verwijtbaar handelen door Omega*.

⁹ Zie verzoekschrift in eerste aanleg, *petitum* onder 1.

seerd op dat artikel geen vervaltermijn geldt.¹¹ 's Hof's oordeel dat [verzoekster] eerst na het verstrijken van de vervaltermijn om toekenning van een billijke vergoeding heeft verzocht, is derhalve rechtens onjuist, althans onbegrijpelijk. Het hof heeft [verzoekster] zodoende ten onrechte niet-ontvankelijk verklaard in dit verzoek.

Onderdelen 1.3 t/m 1.5: het voorwaardelijk karakter van het subsidiaire verzoek

12. Ook onderdelen 1.3 t/m 1.5 lenen zich voor een gezamenlijke toelichting. Deze onderdelen gaan – anders dan onderdelen 1.1 en 1.2 – ervan uit dat de verzoeken van [verzoekster] in hoger beroep tot toewijzing van de transitievergoeding en tot toekenning van een billijke vergoeding wél dezelfde zijn als de verzoeken aangaande die vergoedingen uit het verzoekschrift in eerste aanleg. Onderdelen 1.3 tot en met 1.5 hebben betrekking op het voorwaardelijke karakter van het subsidiaire verzoek uit het verzoekschrift in eerste aanleg.

13. Het oordeel van het hof in rov. 5.24 komt er in de kern op neer dat een voorwaardelijk verzoek als niet ingesteld moet worden beschouwd als de voorwaarde niet in treedt/is ingetreden. Onderdeel 1.3 bestrijdt dit oordeel als rechtens onjuist.

14. Voor verbintenissen geldt dat een voorwaardelijke verbintenis van meet af aan reeds bestaat; alleen de werking ervan is uitgesteld (artikelen 6:21 en 6:22 BW).¹² De bepalingen betreffende onvoorwaardelijke verbintenissen zijn op voorwaardelijke verbintenissen dan ook 'gewoon' van toepassing, tenzij het voorwaardelijk karakter van de betrokken verbintenis zich daartegen verzet (artikel 6:26 BW). Ook Uw Raad is van oordeel dat een voorwaardelijke vordering een reeds bestaande vordering is. In HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615 heeft Uw Raad de nog niet bestaande toekomstige vordering uitdrukkelijk geplaatst tegenover de wél reeds bestaande vordering onder voorwaarde. Uw Raad overwoog immers:

'Een toekomstige vordering – die moet worden onderscheiden van bijv. een terstond krachtens overeenkomst ontstane vordering onder een opschortende tijdsbepaling of voorwaarde of tot periodieke betalingen – kan ook niet geacht worden reeds te hebben bestaan ten tijde van het ontstaan van de betreffende rechtsverhouding op grond van het enkele feit dat zij daarin haar onmiddellijke grondslag vond.'

15. In HR 30 januari 1987, NJ 1987, 530 sprak Uw Raad voorts van *'terstond bij het sluiten van een*

overeenkomst reeds hun bestaan aanvangende vorderingen onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling'.

16. Niet valt in te zien waarom dit voor een voorwaardelijk verzoek anders zou zijn. Een voorwaardelijk verzoek is wel degelijk ingesteld. Indien de voorwaarde niet vervuld raakt, behoeft dat verzoek alleen niet te worden behandeld.

17. Een dergelijke benadering strookt met de herkansingsfunctie van het hoger beroep, op grond waarvan partijen de mogelijkheid hebben fouten uit eerste aanleg te herstellen. Een in eerste aanleg onhandig of onjuist geformuleerde voorwaarde moet in hoger beroep kunnen worden hersteld. Ook past deze benadering bij de deformaliseringstendens die in het burgerlijk procesrecht gaande is. In HR 13 december 2013, NJ 2013, 307 – het betrof een geval waarin de cassatiedagvaarding was uitgebracht uit naam van een door een fusie verdwenen rechtspersoon – overwoog de Uw Raad als volgt:

'De ratio van de deformaliseringstendens die hieraan ten grondslag ligt, is dat fouten en vergissingen niet tot fatale gevolgen behoren te leiden, mits de wederpartij door het herstel hiervan niet onredelijk in haar belangen wordt geschaad.'

18. Hierbij past dat ook in gevallen als de onderhavige, waarin een verzoek in eerste aanleg is gedaan onder een voorwaarde, de betreffende partij de mogelijkheid moet hebben die voorwaarde in hoger beroep aan te passen of te laten vallen.

19. Steun voor deze opvatting is voorts te vinden in het leerstuk van de voorwaardelijke ontbinding. In de *Mediant*-beschikking¹³ is door Uw Raad geoordeeld dat een werkgever na een ontslag op staande voet kan verzoeken om ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor het geval de kantonrechter het ontslag op staande voet vernietigt (zoals in deze procedure door Omega ook is gedaan). Het is evenwel niet toegestaan in eerste aanleg ontbinding te verzoeken voor het geval het hof de arbeidsovereenkomst in hoger beroep zou herstellen. Een dergelijke voorwaarde kan blijkens de *Visco*-beschikking¹⁴ wél in hoger beroep worden gehanteerd.

20. De redenering van het hof in deze zaak komt erop neer dat dit laatste zich in de praktijk niet zou kunnen voordoen. Een verzoek om ontbinding voor het geval de arbeidsovereenkomst wordt hersteld komt slechts in één scenario voor. Namelijk wanneer het verzoek van de werknemer tot vernietiging van het ontslag op staande voet wordt afgewezen. In dat geval komt de kantonrechter aan een behandeling van het voorwaardelijke ontbindingsverzoek van de werkgever niet toe, nu de voorwaarde waaronder die ontbinding is verzocht niet in treedt. Als de werknemer vervolgens hoger beroep instelt, kan het hof het ontslag op staande voet ingevolge artikel 7:683 lid 3 BW niet alsnog vernietigen. Indien het hof meent dat het ontslag op staande

11 Dat hiervoor geen vervaltermijn geldt, is overigens begrijpelijk, nu het gaat om een billijke vergoeding in verband met de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Een dergelijke ontbinding kan uitsluitend door de rechter worden uitgesproken. Toekenning van een billijke vergoeding op de voet van artikel 7:671b lid 8 sub c BW is dan ook slechts mogelijk in een ontbindingsprocedure. In die procedure kan de werknemer – zoals [verzoekster] heeft gedaan – bij wege van tegenverzoek om toekenning van een billijke vergoeding verzoeken.

12 *Asser/Sieburgh 6-I 2016/166*. Zie ook Valk, *T&C Burgertijk Wetboek*, artikel 6:22 BW.

13 HR 23 december 2016, *JAR 2017/19 (Mediant)*.

14 HR 31 maart 2017, *JAR 2017/116 (Visco)*.

voet ten onrechte is gegeven, moet het de arbeids-overeenkomst herstellen (of een billijke vergoeding toekennen). In de redenering van het hof in deze zaak zou de werkgever in dit voorbeeld in hoger beroep niet om ontbinding van de arbeidsovereenkomst kunnen verzoeken voor het geval de arbeids-overeenkomst wordt hersteld. In die redenering is het ontbindingsverzoek van de werkgever in eerste aanleg immers feitelijk niet ingesteld, nu de voorwaarde daarvan niet is ingetreden. Daarvan uitgaande zou de werkgever in hoger beroep niet om voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst kunnen verzoeken, omdat een tegenverzoek niet voor het eerst in hoger beroep kan worden gedaan. Dat is echter in strijd met het feit dat Uw Raad in de *Visco*-beschikking uitdrukkelijk heeft aanvaard dat ook in hoger beroep voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan worden verzocht en wel voor het geval de arbeidsovereenkomst wordt hersteld.

21. Aldus is onjuist het oordeel van het hof dat de verzoeken van [verzoekster] in eerste aanleg tot toewijzing van de transitievergoeding en tot toekenning van een billijke vergoeding feitelijk niet zijn ingesteld, met als gevolg dat de verzoeken van [verzoekster] met die strekking in hoger beroep buiten de vervaltermijn van artikel 7:686a lid 4 sub a respectievelijk b BW zouden zijn gedaan. Het hof heeft [verzoekster] derhalve ten onrechte niet-ontvankelijk verklaard in de genoemde verzoeken in hoger beroep.

22. Onderdeel 1.4 bestrijdt als onbegrijpelijk het oordeel van het hof dat ten aanzien van de in het verzoekschrift in eerste aanleg aan het subsidiaire verzoek verbonden voorwaarde niet sprake is van een kennelijke – voor Omega kenbare – vergissing. Vervulling van de bedoelde voorwaarde zou automatisch en onvermijdelijk tot gevolg hebben dat twee van de drie onder die voorwaarde ingestelde verzoeken – te weten het verzoek tot toekenning van de billijke vergoeding en het verzoek tot toekenning van de gefixeerde schadevergoeding – zouden worden afgewezen. In geval van een terecht gegeven ontslag op staande voet, kan immers geen aanspraak bestaan op een billijke vergoeding en evenmin op de gefixeerde schadevergoeding ex artikel 7:672 lid 10 BW. Tegen die achtergrond is geen andere conclusie mogelijk dan dat de betreffende voorwaarde op een kennelijke – ook voor Omega kenbare – vergissing berust, zodat 's hofs andersluidende oordeel onbegrijpelijk is.

23. Onderdeel 1.5 bestrijdt tot slot als onbegrijpelijk dat het hof zelfstandige betekenis heeft toegekend aan de voorwaarde waaronder [verzoekster] in het verzoekschrift in eerste aanleg haar subsidiaire verzoeken instelde, althans voor zover het gaat om het verzoek tot toewijzing van de transitievergoeding. Ten aanzien van dit verzoek behelst de geformuleerde voorwaarde immers niets anders dan een verwoording van het subsidiaire karakter van het verzoek, zodat aan die voorwaarde geen zelfstandige betekenis kan worden toegekend. In de re-

denering van het hof zou een subsidiair verzoek feitelijk niet zijn ingesteld, indien het primaire verzoek wordt toegewezen. Die redenering is niet houdbaar.

Onderdeel 1.6: veegklacht

24. Onderdeel 1.6 betreft een veegklacht en heeft geen afzonderlijke toelichting.

Conclusie A-G mr. R.H. de Bock:

1 Feiten

In deze zaak kan worden uitgegaan van de volgende feiten, ontleend aan rov. 3.1 tot en met 3.20 van de beschikking van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 28 maart 2018.¹

1.1 [verzoekster], geboren op [geboortedatum] 1966, is per 15 oktober 2007 in dienst getreden bij (een rechtsvoorgangster van) Omega en was laatstelijk werkzaam als ambulante begeleider tegen een salaris van € 2.680,63 bruto per maand exclusief 8% vakantietoeslag en 7,05% eindejaarsuitkering.

1.2 In de arbeidsovereenkomst zijn, voor zover van belang, de navolgende bepalingen opgenomen:

“Artikel 9. Geheimhoudingsbeding

De werknemer is verplicht tot geheimhouding van hetgeen hem uit hoofde van zijn functie ter kennis komt, voor zover het onderwerp daartoe aanleiding kan geven of hem uitdrukkelijk is opgelegd. Deze verplichting geldt ook na beëindiging van het dienstverband. (...)

Artikel 13. Nevenfuncties

Betaalde of onbetaalde nevenfuncties zijn voor de werknemer slechts toegestaan na voorafgaande schriftelijke toestemming van de werkgever.”

1.3 De arbeidsovereenkomst bevat geen concurrentiebeding.

1.4 Na afronding van haar opleiding tot contextueel hulpverlener heeft [verzoekster] sinds 1 november 2015 haar eigen praktijk op dit gebied. Omega was hiervan op de hoogte.

1.5 Op 28 februari 2017 hebben partijen in verband met een tussen hen gerezen geschil over de wijze waarop de functie van [verzoekster] dient te worden ingevuld een vaststellingsovereenkomst ondertekend waarin is vastgelegd dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen per 1 mei 2017 eindigt. In de vaststellingsovereenkomst wordt onder meer vermeld:

“Verrichten van werkzaamheden:

6. Tot 1 mei 2017 zal werknemer de werkzaamheden op de overeengekomen wijze blijven verrichten: Huidige cliënten worden zo snel als mogelijk overgedragen of afgesloten. Voor het eventueel resterende deel van het dienstverband zal werknemer, met behoud van salaris en emo-

¹ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 28 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2896, *AR-Updates* 2018-0409. Het hof is uitgegaan van de feiten zoals deze door de kantonrechter zijn vastgesteld en heeft deze aangevuld (zie onder 3).

lumenten, worden vrijgesteld van het verrichten van werkzaamheden. (...)

Geheimhouding:

15. Werknemer zal ook na de einddatum gebonden zijn aan het in artikel 9 van de arbeidsovereenkomst opgenomen geheimhoudingsbeding.”

1.6 Op 15 maart 2017 heeft [verzoekster] ter voorbereiding op de overdracht van cliënten, een gesprek gevoerd met haar leidinggevende, mevrouw [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]), een intakemedewerker en een gedragsdeskundige. Daarin is besproken hoe de overdracht zou plaatsvinden. Afsproken is dat [verzoekster] samen met de intakemedewerker gesprekken zou voeren met de cliënten. Zij zouden samen vertellen dat [verzoekster] per 1 mei 2017 afscheid zou nemen en daarna zou de intakemedewerker alleen het gesprek voortzetten om de wensen van de cliënten te inventariseren. [verzoekster] heeft tijdens het gesprek op 15 maart 2017 meegedeeld dat een aantal cliënten wilde stoppen met de zorgverlening door Omega.

1.7 In een e-mail van 16 maart 2017 van [betrokkene 1] aan [verzoekster] wordt onder meer vermeld:

“Gisteren en vanmorgen heb jij aangegeven dat jij met de cliënten in Zeewolde in gesprek bent om de hulpverlening van Omega over te nemen, direct nadat jouw dienstverband met Omega is beëindigd. Dit is niet volgens de afspraken die wij gemaakt hebben.

Ik betreur het dat jij ons niet hebt opgezocht om dit te overleggen als dit de wens van de cliënt zou zijn.

Volgens afspraak ga jij daarvoor alsnog het gesprek met [betrokkene 2] of [betrokkene 3] aan. Daarom heb ik besloten dat we de overdrachtsgesprekken niet meer samen met jou doen.

Wij zullen zelf met de cliënt in gesprek gaan over wat zij prettig vinden in de voortgang.

Verder wil ik dat je uiterlijk woensdag 22 maart de hulpverlening aan de cliënten beëindigd (...)”

1.8 In een e-mail van 17 maart 2017 heeft [verzoekster] aldus gereageerd:

“Voor mijn gevoel heb ik geen afspraak geschonden. Ik heb geen cliënten gevraagd om te stoppen met de zorg van Omega. En ik heb helemaal geen cliënten gevraagd om naar mij te komen.”

1.9 Op 20 maart 2017 heeft [betrokkene 4], medewerkster van Omega, een telefoongesprek gehad met de moeder van cliënt ([betrokkene 5]).

1.10 Op 23 maart 2017 heeft [betrokkene 4] een gesprek gehad met de zwager van de [betrokkenen 6], twee cliënten die door [verzoekster] werden begeleid. In dat gesprek is door de zwager aangegeven dat het wenselijk is dat de zorgverlening aan de [betrokkenen 6] verleend bleef worden door [verzoekster].

1.11 In de maand april 2017 heeft [verzoekster] een aantal malen de [betrokkenen 6] en [betrokkene 5] bezocht.

1.12 De zorgverlening door Omega aan [betrokkene 5] en de [betrokkenen 6] is met ingang van 1 april 2017 gestopt, in het geval van [betrokkene 5] door het aflopen van de indicatie en in het geval van de [betrokkenen 6] door hun voortijdige beëindiging van de overeenkomst, hetgeen Omega heeft geaccepteerd.

1.13 In een brief van 6 april 2017 bericht [betrokkene 7], bestuurder van Omega, aan [verzoekster]:

“In deze overeenkomst [hof: de vaststellingsovereenkomst] hebben [hof: we] ook vastgelegd dat we geheimhouding betrachten en dat we ons onthouden van negatieve uitlatingen. Helaas moet ik constateren dat je deze afspraken niet nakomt.

1. Je spreekt met cliënten om de zorg met ons te beëindigen om daarna rechtstreeks of indirect weer zorg van jouw te ontvangen.

2. Je laat je tegenover derden negatief uit over de ontstane situatie (o.a. [betrokkene 8]). Je zult begrijpen dat wij dit niet kunnen accepteren. Zoals eerder aangegeven is in onderling overleg alles bespreekbaar. Je huidige handelwijze is echter niet gepast. Indien je deze koers niet wijzigt en niet met ons overlegt over overname of benadering van cliënten zullen wij de ontslagvergoeding vooralsnog niet uitbetalen.”

1.14 In een e-mail van 10 april 2017 aan [betrokkene 7] heeft [verzoekster] onder meer aldus gereageerd:

“Middels deze e-mail wil ik ten zeerste ontkennen dat ik een van de voorwaarden in de beëindigingsovereenkomst zou hebben geschonden. Ik heb ook geen enkele reden om dat te doen. Al eerder heb ik uw organisatie aangegeven dat er geen cliënten zijn waarmee ik heb gesproken over het beëindigen van de zorg, laat staan dat ik de zorg direct of indirect over zou nemen.”

En in reactie daarop heeft [betrokkene 7] aan [verzoekster] per e-mail onder meer bericht:

“Cliënten geven aan de zorg bij/met jouw te continueren.

Al eerder hebben we aangegeven dat dit bespreekbaar is mits we er een zakelijke overeenstemming over kunnen bereiken.

Als je wenst zorg aan cliënten te willen blijven verlenen dienen we hierover zakelijke afspraken te maken.

Uit onderstaande mail begrijp ik dat jij die behoefte niet hebt en ga je aan geen van deze cliënten direct of indirect zorg verlenen.

Wij vragen je dit het vetgedrukte nogmaals te bevestigen zodat wij gewoon conform overeenkomst kunnen afwickelen.”

1.15 In een schriftelijk bericht van 11 april 2017 hebben de ouders van [betrokkene 5] uitgelegd dat hun kind belang heeft bij een vaste begeleider en niet tegen veranderingen op het gebied van begeleiders kan, zodat ze niet zomaar willen overstappen

op een andere begeleider en daarom stoppen met zorgverlening via Omega.

1.16 In twee op 18 april 2017 door Omega aangemaakte evaluatieformulieren betreffende de [betrokkenen 6] wordt onder meer vermeld:

“Vanwege het beëindigen van de arbeidsovereenkomst met de vaste begeleider [hof: [verzoekster]] vanuit Omega Groep, welke veel onrust met zich mee brengt, is op verzoek en na overleg met [betrokkene 9] (zwager) afgesproken om de zorgovereenkomst met Omega Groep voortijdig te stoppen. Ze gaan de ZIN indicatie laten omzetten naar een PGB, waarmee de vaste begeleidster de begeleiding kan continueren. (...)

Echter, de hele situatie met het vertrek van de vaste begeleider gaf zoveel onrust, dat besloten is om de indicatie voortijdig over te hevelen naar een PGB, zodat er geen wisseling nodig is in de begeleiding.”

1.17 In een brief van 19 april 2017 van de gemachtigde van [verzoekster] aan Omega wordt onder meer bericht:

“Het is onjuist dat mijn cliënte met de cliënten van uw organisatie heeft gesproken over het beëindigen van de zorg. Als cliënten de zorg al met uw organisatie wensen te beëindigen, dan is dat geheel op eigen initiatief (en om hun moverende redenen) en in samenspraak met de gemeente gegaan. Hoe dan ook gaat dit geheel buiten mijn cliënte om.

Voorts lijkt het erop dat u de geheimhoudingsverplichting uit de beëindigingsovereenkomst koppelt aan de cliënten die eventueel hun zorg wensen te continueren bij mijn cliënte. Ook dat is feitelijk onjuist. De geheimhoudingsverplichting heeft betrekking op de geheimhouding van hetgeen uit hoofde van haar functie ter kennis komt, voor zover het onderwerp daartoe aanleiding kan geven of uitdrukkelijk is opgelegd (aldus artikel 9 van de arbeidsovereenkomst). De geheimhoudingsverplichting heeft dus geen enkel raakvlak indien cliënten op eigen initiatief geen zorg meer willen van uw organisatie maar graag de zorg willen continueren bij mijn cliënte. Partijen zijn *geen* (non-)concurrentiebeding overeengekomen en dat betekent dat mijn cliënte strikt genomen helemaal niet in overleg hoeft te treden met uw organisatie als een oud-clieënte zorg wenst van mijn cliënte. (...)

cliënte wenst te benadrukken dat zij zich nimmer negatief heeft uitgelaten over de ontstane situatie.”

1.18 In een e-mail van 24 april 2017 bericht [betrokkene 7] aan [verzoekster]:

“Zojust trof ik op mijn bureau een aangetekend schrijven aan van de FNV, alsmede 2 beëindigingsovereenkomsten van cliënten waarin zij verklaren dat u de zorg continueert.

Uw bent momenteel nog gehouden aan de lopende arbeidsovereenkomst en alle verplichtingen die daaruit voortvloeien.

Dit betekend dat u geen neven functies mag invullen zonder toestemming.

Clieëntgegevens heeft u verkregen vanuit hoofde van u functie en vallen onder geheimhouding.

Tevens hebben wij vanaf het begin afgesproken dat u de begeleiding zou overdragen en geen cliënten (direct/indirect) zou benaderen.

Uit het aangetekend schrijven, alsmede de getekende verklaringen van cliënten stel ik zojuist vast dat u ernstig verwijtbaar handelt.

Een dermate ernst die ontslag op staande voet rechtvaardigt. (...)

Wij zullen bovenstaande heden per brief aan u bevestigen waarbij wij dit nog verder zullen onderbouwen.”

1.19 Bij brief van 25 april 2017 heeft Omega het in de e-mail van 24 april 2017 benoemde ontslag op staande voet bevestigd en de vernietiging althans ontbinding van de vaststellingsovereenkomst ingeroepen. De brief vermeldt onder meer:

“Op maandag 24 april 2017 constateerde mijn cliënte dat de heren [betrokkene 10] en [betrokkene 11] te kennen hadden gegeven de overeenkomsten met mijn cliënte te willen beëindigen en de zorgverlening te willen laten overnemen door u. Voorts werd op 24 april 2017 ten kantore van mijn cliënte een aangetekende brief bezorgd van FNV. In die brief wordt aangegeven dat u niet zou hebben gesproken met zorgcliënten over het beëindigen van de zorg, maar dat die zorgcliënten de overeenkomst met mijn cliënte willen beëindigen op eigen initiatief buiten u om. (...)

Op maandag 24 april 2017 werd tevens bij de bestuurders van mijn cliënte bekend dat [betrokkene 5], wiens indicatie per 31 maart 2017 eindigde, maar die wel vervolghulp nodig had, zorg van u verleend krijgt op dit moment.

Intussen is dus duidelijk dat de heren [betrokkene 10] en [betrokkene 11] de zorgovereenkomst met mijn cliënte hebben beëindigd om zorg van u te kunnen gaan ontvangen. Het is mijn cliënte niet bekend of u aan deze cliënten thans reeds zorg verleent. Het is in elk geval zeker dat u nog voor het einde van de arbeidsovereenkomst zorg heeft verleend aan de heer [naam]. (...)

Hiermee schendt u de afspraken zoals die met u gemaakt zijn door [betrokkene 1] en [betrokkene 12] en zoals die zijn vastgelegd in de vaststellingsovereenkomst over uw inzet voor de overdracht van zorgcliënten aan een collega. In tegenstelling tot hetgeen u op 10 april 2017 berichtte, heeft u wel degelijk met zorgcliënten gesproken over het beëindigen van de overeenkomst met mijn cliënte en het door u overnemen van die zorg. (...) Uw uitlatingen en de door de FNV gedane uitlatingen blijken dan ook niet waar te zijn. De constatering dat u nog tijdens uw dienstverband en in een periode waarin u dus nog salaris van mijn cliënte ontvangt zorg verleent aan [betrokkene 5] op persoonlijke titel

vormt wat cliënte betreft de druppel die de emmer doet overlopen.

Door de zorgverlening aan [betrokkene 5] schendt u het verbod op het verrichten van nevenwerkzaamheden en beconcurrereert u uw werkgever tijdens uw dienstverband, waarmee u in elk geval handelt in strijd met de beginselen van goed werknemerschap. (...) Hiermee schendt u ook het bepaalde in de vaststellingsovereenkomst over de overdracht van de zorgcliënten. U beconcurrereert uw werkgever op onrechtmatige wijze door gebruikmaking van de relaties en contacten die u uit hoofde van uw dienstverband met mijn cliënte heeft opgebouwd met de zorgcliënten die met mijn cliënte gecontracteerd hadden (...) U mag (...) niet onrechtmatig handelen, hetgeen u wel doet door structureel en stelselmatig het bedrijfsdebet van mijn cliënte af te breken (...)

De hiervoor omschreven gedragingen vormen een dringende reden voor ontslag op staande voet. (...) De vorengenoemde redenen vormen objectief gezien, zowel ieder afzonderlijk als ook in onderling verband gezien, een dringende reden die het ontslag op staande voet rechtvaardigt. Er is ook in subjectieve zin sprake van een dringende reden, waarbij uw persoonlijke omstandigheden, de duur van het dienstverband en de aard en ernst van het hiervoor vermeldde in ogenschouw zijn genomen."

1.20 In een verklaring van [betrokkene 9] van 15 mei 2017 wordt onder meer vermeld dat de [betrokkenen 6], die hij vertegenwoordigt, en hun familie zelf het initiatief hebben genomen om te onderzoeken hoe de zorgverlening door [verzoekster] kon worden gecontinueerd.

2 Procesverloop

2.1 Bij verzoekschrift van 31 mei 2017 heeft [verzoekster] de kantonrechter in de rechtbank Midden-Nederland, locatie Almere – kort samengevat en voor zover in cassatie van belang – verzocht om bij beschikking, uitvoerbaar bij voorraad, *primair* het gegeven ontslag op staande voet te vernietigen; Omega te bevelen om haar weer te werk te stellen in haar functie en Omega te veroordelen haar het salaris te betalen vanaf de datum van het onterecht gegeven ontslag op staande voet, vermeerderd met de wettelijke verhoging en de wettelijke rente. *Subsidiair*, namelijk "indien geoordeeld wordt dat sprake is van een terecht gegeven ontslag op staande voet, echter zonder dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door [verzoekster] (dan wel het niet toekennen ervan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is)", heeft [verzoekster] verzocht Omega te veroordelen tot betaling aan [verzoekster] van:

a. een billijke vergoeding op grond van art. 7:681 BW;

b. een transitievergoeding van € 9.766,20 bruto; en

c. een gefixeerde schadevergoeding van € 5.361,26 bruto op grond van art. 7:672 lid 9 (oud) BW (inmiddels hernummerd tot art. 7:672 lid 10 BW).

Primair en subsidiair heeft [verzoekster] verzocht Omega te veroordelen in de kosten van de procedure, vermeerderd met de wettelijke rente.

2.2 Bij verweerschrift, ingekomen op 23 juni 2017, heeft Omega verweer gevoerd en verzocht de verzoeken van [verzoekster] af te wijzen. Bij wijze van voorwaardelijk zelfstandig tegenverzoek – namelijk voor het geval het primaire verzoek van [verzoekster] tot vernietiging van de opzegging wordt toegewezen – heeft Omega de kantonrechter verzocht de arbeidsovereenkomst met [verzoekster] te ontbinden op grond van *primair* art. 7:671b lid 1, aanhef en onder a, BW jo. 7:669 lid 3, aanhef en onder e, BW en *subsidiair* jo. art. 7:669 lid 3, aanhef en onder g, BW. Verder heeft Omega, eveneens voorwaardelijk, verzocht om voor recht te verklaren dat [verzoekster] ernstig verwijtbaar gehandeld en/of nagelaten heeft, zodat aan haar geen transitievergoeding toekomt, met veroordeling van [verzoekster] in de proceskosten.

2.3 De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 7 juli 2017. Partijen hebben ter zitting hun standpunten toegelicht, waarbij de gemachtigden gebruik hebben gemaakt van pleitaantekeningen. De griffier heeft aantekeningen gemaakt van het verhandelde ter zitting.

2.4 Bij beschikking van 21 juli 2017 heeft de kantonrechter, kort weergegeven en voor zover in cassatie nog van belang, als volgt geoordeeld:²

- (i) voor het ontslag op staande voet ontbreekt een dringende reden als bedoeld in art. 7:678 BW, zodat Omega niet bevoegd was de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen (rov. 5.3-5.13);
- (ii) het primaire verzoek van [verzoekster] tot vernietiging van de opzegging zal dan ook worden toegewezen (rov. 5.14);
- (iii) de loonvordering zal worden toegewezen, maar de vordering tot wedertewerkstelling niet (rov. 5.15);
- (iv) Omega dient de wettelijke verhoging over het achterstallige loon te voldoen, waarbij deze gematigd dient te worden tot 10% (rov. 5.16);
- (v) de wettelijke rente over de loonvordering wordt toegewezen (rov. 5.17);
- (vi) daarmee is in zoverre voldaan aan de voorwaarde waaronder Omega haar tegenverzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst heeft ingesteld (rov. 5.18);
- (vii) de arbeidsovereenkomst kan niet worden ontbonden op de e-grond (verwijtbaar handelen) (rov. 5.20);
- (viii) wel is sprake van een verstoorde arbeidsverhouding, zodat de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 september 2017 zal worden ontbonden op de g-grond (rov. 5.21-5.22);

² Rb. Midden-Nederland 21 juli 2017, locatie Almere, zaaknummer 6025269. Deze uitspraak is niet gepubliceerd op rechtspraak.nl.

(ix) beide partijen hebben bijgedragen aan de verstoorde arbeidsverhouding zodat voor toekenning van een billijke vergoeding op de voet van art. 7:671b lid 8, onderdeel c, BW geen plaats is (rov. 5.23);

(x) Omega zal worden veroordeeld tot betaling van de transitievergoeding, zodat op zij op de voet van art. 7:686a lid 6 BW in de gelegenheid zal worden gesteld haar verzoek in te trekken, uiterlijk op 31 juli 2017 (rov. 5.24);

(xi) het verzoek van Omega om voor recht te verklaren dat [verzoekster] ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en haar om die reden geen transitievergoeding toekomt, wordt afgewezen (rov. 5.25);

(xii) nu het ontslag op staande voet wordt vernietigd, is er geen plaats voor toewijzing van een vergoeding (AG: ten laste van [verzoekster]) overeenkomstig art. 7:677 lid 2 BW (rov. 5.26);

(xiii) de proceskosten worden gecompenseerd in die zin dat ieder van partijen de eigen kosten draagt (rov. 5.29).

2.5 Bij beroepschrift, ingekomen op 20 oktober 2017, heeft Omega het hof in het principaal hoger beroep – kort samengevat en voor zover in cassatie van belang – verzocht de beschikking van de kantonrechter te vernietigen, voor zover Omega daarbij veroordeeld is om aan [verzoekster] de transitievergoeding ad € 9.766,20 bruto te voldoen en dit verzoek alsnog af te wijzen en [verzoekster] te veroordelen dit bedrag terug te betalen aan Omega, te vermeerderen met wettelijke rente.

2.6 Met grief 1 is Omega opgekomen tegen het oordeel van de kantonrechter in rov. 5.2, dat de voorwaarde waaronder [verzoekster] haar subsidiaire verzoek heeft ingesteld op een kennelijke vergissing berust. De overige grieven zijn hoofdzakelijk gericht tegen de beslissing van de kantonrechter om het ontslag op staande voet te vernietigen (grievens 2 tot en met 9 en 15).³ Omega heeft in hoger beroep niet gegriefd tegen de beslissing van de kantonrechter om de arbeidsovereenkomst te ontbinden per 1 september 2017. Wel is een grief gericht tegen het oordeel dat niet kan worden ontbonden op de primair aangevoerde e-grond (grief 11). Omega heeft verder aangevoerd dat [verzoekster] op grond van het bepaalde in art. 7:628 BW geen aanspraak heeft op loon over de periode na 24 april 2017 tot 1 september 2017, althans dat het bedrag aan loon over deze periode gematigd moet worden op grond van art. 7:680a BW (grief 10). Verder heeft Omega grieven gericht tegen het oordeel en beslissingen van de kantonrechter met betrekking tot de transitievergoeding (grief 12), de vergoeding op grond van art. 7:677 lid 2 BW (grief 14) en de proceskosten (grief 16).

2.7 Bij verweerschrift in principaal hoger beroep, tevens beroepschrift in incidenteel hoger be-

roep, houdende een akte wijziging van eis, ingekomen op 24 januari 2018, heeft [verzoekster] het hof in het incidenteel hoger beroep – kort samengevat en voor zover in cassatie van belang – verzocht de bestreden beschikking te vernietigen, behoudens de door de kantonrechter per 1 september 2017 uitgesproken ontbinding van de arbeidsovereenkomst. [verzoekster] heeft één beroepsgrond aangevoerd tegen de beschikking van de kantonrechter. Die grief richt zich, kort samengevat, tegen de matiging van de wettelijke verhoging van de loonvordering tot 10%. Verder heeft [verzoekster] in het incidenteel hoger beroep haar eis gewijzigd en het hof – voor zover in cassatie van belang – (onvoorwaardelijk) verzocht om Omega te veroordelen tot betaling van een bedrag aan [verzoekster] van (i) € 9.766,20 bruto als de transitievergoeding; (ii) € 5.000 netto als billijke vergoeding; (iii) beide bedragen te vermeerderen met de wettelijke rente.

2.8 Omega heeft een verweerschrift in het incidenteel hoger beroep ingediend, en het hof verzocht [verzoekster] niet-ontvankelijk te verklaren in haar verzoeken in het incidenteel hoger beroep, althans deze af te wijzen.

2.9 De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 16 februari 2018, waarbij de advocaten van partijen pleitnotities hebben overgelegd. Van het verhandelde ter zitting is een proces-verbaal opgemaakt.

2.10 In de beschikking van 28 maart 2018 heeft het hof geoordeeld dat alleen de eerste grief van Omega in het principaal hoger beroep doel treft en dat voor het overige de grieven falen (rov. 5.28). Ook de grief in het incidenteel hoger beroep faalt (rov. 5.22). Vervolgens heeft het hof in het principaal en incidenteel hoger beroep de beschikking van de kantonrechter vernietigd, voor zover – kort samengevat en voor zover in cassatie van belang – Omega daarbij is veroordeeld tot betaling aan [verzoekster] van de transitievergoeding van € 9.766,20 bruto. Verder heeft het hof – in zoverre opnieuw rechtdoende – [verzoekster] alsnog niet-ontvankelijk verklaard in haar verzoek tot betaling van de transitievergoeding en haar veroordeeld tot terugbetaling van het door de kantonrechter toegewezen bedrag van € 9.766,20 bruto, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf de datum waarop [verzoekster] de transitievergoeding heeft ontvangen tot de dag van algehele terugbetaling. In het dictum van de beschikking is niet neergelegd dat ook het verzoek van [verzoekster] tot toekenning van de billijke vergoeding niet ontvankelijk is. In het dictum ligt wel besloten dat dit verzoek niet is toegewezen.

2.11 Bij verzoekschrift tot cassatie van 15 juni 2018 heeft [verzoekster] – tijdig – beroep in cassatie ingesteld tegen de beschikking van het hof. Omega heeft een verweerschrift ingediend en de Hoge Raad verzocht het cassatieberoep van [verzoekster] te verwerpen, kosten rechtens.

³ In het beroepschrift zijn de grieven abusievelijk genummerd tot 16 grieven, maar grief 13 ontbreekt. Zie ook rov. 5.1 van de bestreden beschikking.

3 Bespreking van het cassatiemiddel

3.1 Het cassatiemiddel is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 5.24, dat [verzoekster] niet-ontvankelijk is in haar in het incidenteel hoger beroep gedane (onvoorwaardelijke) verzoeken tot toewijzing van de transitievergoeding en een billijke vergoeding en tegen het oordeel van het hof dat de kantonrechter Omega ten onrechte heeft veroordeeld tot betaling van de transitievergoeding. Het hof overweegt hier het volgende:

“Met haar eerste grief komt Omega terecht op tegen het oordeel van de kantonrechter dat de voorwaarde waaronder [verzoekster] haar subsidiaire verzoek heeft ingesteld op een kennelijke vergissing berust.

[verzoekster] heeft in eerste aanleg ‘subsidiair, indien geoordeeld wordt dat sprake is van een terecht gegeven ontslag op staande voet, echter zonder dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door [verzoekster], dan wel het niet toekennen ervan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is’ de toekenning van een transitievergoeding van € 9.766,20 bruto en een billijke vergoeding ex artikel 7:681 BW verzocht. De voorwaarde waaronder dit subsidiaire verzoek is ingesteld, is door [verzoekster] niet nader uitgewerkt in het verzoekschrift in eerste aanleg. Hetgeen namens [verzoekster] is gesteld in punt 17 van de pleitnotitie in eerste aanleg kan niet worden gezien als een wijziging van eis, in die zin dat [verzoekster] haar verzoek op dit onderdeel wijzigde in een onvoorwaardelijk verzoek. Een dergelijke verandering of vermeerdering van verzoek moet zowel in eerste aanleg als in hoger beroep schriftelijk worden gedaan in de vorm van een (met een conclusie gelijk te stellen) processtuk of akte (artikel 130 Rv is ingevolge artikel 283 Rv en artikel 362 Rv van overeenkomstige toepassing op verzoekschriftprocedures). De kantonrechter heeft in de beschikking van 21 juli 2017 deze opmerking daarom terecht niet als een wijziging van verzoek gezien. Naar het oordeel van het hof kan uit de stukken niet worden afgeleid dat evident sprake is van een kennelijke – en dus ook voor Omega kenbare – vergissing. De conclusie is dat het verzoek om toewijzing van de transitievergoeding en billijke vergoeding voorwaardelijk is ingesteld en dat de desbetreffende voorwaarde niet is getreden, zodat de vordering feitelijk niet is ingesteld.

[verzoekster] verzoekt in het op 24 januari 2018 ingekomen beroepschrift in incidenteel hoger beroep alsnog onvoorwaardelijk de toewijzing van een transitievergoeding van € 9.766,20 bruto en een billijke vergoeding van € 5.000,- netto wegens ernstig verwijtbaar handelen door Omega, bestaande uit onterecht ontslag op staande voet, voorafgegaan door een diffamerende op non-actiestelling. Het vorenstaand oordeel brengt mee dat dit verzoek niet is ingediend binnen de vervalttermijn van artikel

7:686a lid 4 onder a en b BW van 3 respectievelijk 2 maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd, zodat [verzoekster] niet-ontvankelijk is in deze verzoeken en het daarmee samenhangende verzoek om deze vergoedingen te vermeerderen met wettelijke rente. [verzoekster] heeft weliswaar terecht gesteld dat de vordering eerder dan in hoger beroep bestond, maar het gaat niet om het bestaan van de aanspraak op een transitievergoeding en billijke vergoeding, maar om de vraag of het verzoek tot betaling daarvan binnen de vervalttermijn is ingesteld.

Met dit oordeel heeft Omega geen belang meer bij haar grief 12 die opkomt tegen de toewijzing van de transitievergoeding.”

3.2 Het cassatiemiddel bestaat uit één onderdeel, dat uiteenvalt in zes subonderdelen.

Het eerste subonderdeel – verzoek tot toekenning van de transitievergoeding

3.3 *Subonderdeel 1.1* klaagt, kort samengevat, dat het oordeel van het hof dat [verzoekster] in hoger beroep niet-ontvankelijk is in haar verzoek tot toekenning van de transitievergoeding, rechtens onjuist is. Volgens het subonderdeel heeft het hof miskend dat het door de kantonrechter toegewezen verzoek van [verzoekster] tot toekenning van de transitievergoeding niet het subsidiaire (en voorwaardelijke) verzoek is uit het verzoekschrift in eerste aanleg, maar het verzoek dat [verzoekster] ter zitting van 7 juli 2017 heeft gedaan in reactie op het tegenverzoek van Omega tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst.⁴ Om die reden doet volgens het subonderdeel niet ter zake of de kantonrechter al dan niet terecht heeft geoordeeld dat de voorwaarde waaronder [verzoekster] haar subsidiaire verzoek tot toekenning van een transitievergoeding heeft ingesteld op een kennelijke vergissing berust. Het hof had derhalve moeten oordelen dat Omega geen belang heeft bij behandeling van haar eerste grief. Het subonderdeel klaagt dat het in dit licht ook onjuist, althans onbegrijpelijk, is dat het hof heeft geoordeeld dat het gestelde in punt 17 van de pleitnotitie in eerste aanleg niet kan worden gezien als een wijziging van eis. Het betrof immers een tweede verzoek tot toekenning van de transitievergoeding in verband met de ontbinding. Het voorgaande brengt mee dat eveneens onjuist, althans onbegrijpelijk, is dat het hof heeft geoordeeld dat [verzoekster] pas na het verstrijken van de vervalttermijn van art. 7:686a lid 4, aanhef en onder a of b, BW om toewijzing van de transitievergoeding heeft verzocht.

3.4 Voorop is te stellen dat er verschillende gevallen zijn waarin aanspraak bestaat op de transitievergoeding. Dat zijn in de eerste plaats gevallen waarin de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever eindigt. Deze gevallen zijn omschreven

⁴ Het subonderdeel verwijst naar de pleitnotities zijdens [verzoekster] van 7 juli 2017, nr. 17.

in art. 7:673 lid 1, onder a, BW: opzegging door de werkgever (onder 1), ontbinding op verzoek van de werkgever (onder 2), dan wel na een einde van rechtswege op initiatief van de werkgever niet aansluitend voortzetten van de arbeidsovereenkomst, zonder dat een opvolgende arbeidsovereenkomst is aangegaan (onder 3). In de *tweede plaats* is een transitievergoeding verschuldigd wanneer de arbeidsovereenkomst als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever op initiatief van de werknemer eindigt. Deze gevallen zijn omschreven in art. 7:673 lid 1, onder b, BW: opzegging door de werknemer (onder 1), ontbinding op verzoek van de werknemer (onder 2), dan wel na een einde van rechtswege op initiatief van de werknemer niet aansluitend voortzetten van de arbeidsovereenkomst (onder 3).

Wanneer het eindigen of niet-voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, is de transitievergoeding niet verschuldigd (art. 7:673 lid 7, onder c, BW).

3.5 Ook bij een opzegging wegens een dringende reden (ontslag op staande voet), kan aanspraak bestaan op de transitievergoeding. In de [...] -beschikking heeft de Hoge Raad immers geoordeeld dat niet is uitgesloten dat een werknemer die rechtsgeldig op staande voet is ontslagen, recht heeft op een transitievergoeding.⁵ Dit geval valt onder art. 7:673 lid 1, onder a, onder 1; BW. Het doet zich voor als de dringende reden waarop het ontslag op staande voet is gebaseerd, geen ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer oplevert.

3.6 Uit rov. 5.24 van de bestreden beschikking blijkt inderdaad dat het hof de beschikking van de kantonrechter zo heeft uitgelegd, dat daarin het subsidiaire (en voorwaardelijke) verzoek van [verzoekster] tot toekenning van de transitievergoeding uit het verzoekschrift in eerste aanleg is toegewezen.⁶

3.7 De uitleg van de processtukken, waaronder ook de beschikking van de kantonrechter, is van feitelijke aard en kan in cassatie niet op juistheid worden onderzocht.⁷ Dit betekent dat in cassatie slechts zal kunnen worden getoetst of de door het hof aan de beschikking van de kantonrechter gegeven uitleg voldoende begrijpelijk is.

3.8 In dit geval is de uitleg die het hof geeft aan de beschikking van de kantonrechter, niet voldoende begrijpelijk. Uit de beschikking van de kantonrechter blijkt immers duidelijk dat *niet* het subsidiaire (en voorwaardelijke) verzoek, maar het tijdens de mondelinge behandeling van 7 juli 2017 – in reactie op het tegenverzoek van Omega tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst –

door [verzoekster] gedane verzoek tot toekenning van de transitievergoeding is toegewezen.

3.9 De kantonrechter heeft dus toegewezen het verzoek om de transitievergoeding in verband met de ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de voet van art. 7:673 lid 1, onder a, onder 2; BW. Niet is toegewezen het verzoek om de transitievergoeding in verband met de opzegging van de arbeidsovereenkomst op de voet van art. 7:673 lid 1, onder a, onder 1; BW.

3.10 Dat de kantonrechter *niet* het subsidiaire (en voorwaardelijke) verzoek tot toekenning van de transitievergoeding in verband met de opzegging van de arbeidsovereenkomst heeft toegewezen, is in de eerste plaats een logisch gevolg van het feit dat de kantonrechter het primaire verzoek van [verzoekster] tot vernietiging van het ontslag op staande voet heeft toegewezen (zie rov. 5.14 en het dictum onder 6.2). De vernietiging van het ontslag op staande voet heeft tot gevolg dat de arbeidsovereenkomst herleeft. Daarmee is toekenning van een transitievergoeding *in verband met de opzegging* dan ook niet meer aan de orde; er is immers geen opzegging meer.

3.11 De kantonrechter is ook niet toegekomen aan het subsidiaire verzoek tot toekenning van de transitievergoeding, omdat de voorwaarde waaronder dat was ingesteld – afwijzing van het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet – juist niet was vervuld. De rechter moet zich houden aan de volgorde waarin partijen hun vorderingen/verzoeken instellen.⁸ In deze zaak heeft [verzoekster] *primair* vernietiging van het gegeven ontslag op staande voet verzocht. De toewijzing van dit verzoek brengt mee dat de kantonrechter niet meer toekwam aan de behandeling van het *subsidiaire* verzoek tot toekenning van (onder meer) de transitievergoeding.

3.12 Dat de kantonrechter niet het subsidiaire verzoek tot toekenning van de transitievergoeding heeft toegewezen, maar het door [verzoekster] ter zitting van 7 juli 2017 gedane verzoek tot toekenning van de transitievergoeding in verband met de ontbinding van de arbeidsovereenkomst, kan ook uit diverse andere rechtsoverwegingen worden afgeleid. Zo heeft de kantonrechter in rov. 4.5 (onder het kopje “*De tegenverzoeken van Omega en het verweer van [verzoekster]*”) overwogen dat [verzoekster] voor het geval “*het ontbindingsverzoek wordt toegewezen,*” verzoekt de ontbinding slechts uit te spreken met inachtneming van de geldende opzegtermijn van twee maanden en “*onder toekenning van de transitievergoeding omdat er volgens haar geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen.*” Hieruit blijkt dat de kantonrechter het verzoek van [verzoekster] ter zitting van 7 juli 2017 inderdaad heeft opgevat als een nieuw, separaat verzoek tot toekenning van de transitievergoeding in verband

5 HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:484, JAR 2018/109 m.nt. J. Dop (...).

6 Zie ook het verweerschrift in cassatie punt 6.

7 Zie HR 27 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1557, rov. 3.2 en W.D.H. Asser, *Civiele cassatie*, 2018, p. 50-51.

8 Zie M.J.A.M. Ahsmann, *De weg naar het civiele vonnis*, 2011, p. 164.

met de (mogelijke) ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

3.13 Op te merken is ten slotte dat de kantonrechter pas ná zijn oordeel dat het ontbindingsverzoek van Omega moet worden toegewezen (rov. 5.18-5.22), enkele overwegingen heeft gewijd aan de transitievergoeding. De kantonrechter heeft hierover in rov. 5.24-2.25 het volgende overwogen:

“5.24 Nu Omega wordt veroordeeld om aan [verzoekster] een transitievergoeding te betalen zal Omega op de voet van het bepaalde in artikel 7:686a lid 6 BW in de gelegenheid worden gesteld haar verzoek in te trekken, uiterlijk op 31 juli 2017.

de transitievergoeding

5.25 Het verzoek van Omega dat voor recht wordt verklaard dat [verzoekster] ernstig verwijtbaar gehandeld en/of nagelaten heeft – zodat aan haar geen transitievergoeding toekomt – zal worden afgewezen. Hiervoor is reeds overwogen dat zulks niet aan de orde is. De transitievergoeding zal, zoals door [verzoekster] verzocht, worden toegewezen.”

Het dictum van de beschikking luidt – voor zover van belang – dat de kantonrechter Omega veroordeelt tot betaling aan [verzoekster] van de transitievergoeding van € 9.766,20 bruto, indien Omega haar ontbindingsverzoek niet intrekt (onder 6.4.).

3.14 Uit rov. 5.24-5.25 en het dictum blijkt dus dat de toegewezen transitievergoeding is gekoppeld aan de ontbinding van de arbeidsovereenkomst (en niet aan de opzegging). Zo wordt Omega, vanwege de veroordeling tot betaling van de transitievergoeding, in de gelegenheid gesteld haar ontbindingsverzoek in te trekken.⁹ Verder heeft de kantonrechter de door Omega (voorwaardelijk) verzochte verklaring voor recht dat [verzoekster] ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten, zodat Omega geen transitievergoeding verschuldigd is, afgewezen. De kantonrechter heeft dit oordeel in rov. 5.25 gemotiveerd met een verwijzing naar zijn eerdere overweging in rov. 5.22, dat voor een ontbinding op een eerdere termijn, zoals genoemd in art. 7:671b lid 8, aanhef en onder b, BW geen grond bestaat, “omdat de ontbinding geen gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van [verzoekster].” Ook hieruit blijkt dat het door de kantonrechter toegewezen verzoek tot toekenning van de transitievergoeding verband houdt met de ontbinding van de arbeidsovereenkomst en niet met de opzegging (het ontslag op staande voet).

3.15 De conclusie kan dan ook geen andere zijn dan dat de door het hof in rov. 5.24 aan de beschikking van de kantonrechter gegeven uitleg, dat daar-

in het subsidiaire verzoek van [verzoekster] tot toekenning van de transitievergoeding uit het verzoekschrift in eerste aanleg is toegewezen, onbegrijpelijk is. De kantonrechter heeft het verzoek van [verzoekster] ter zitting van 7 juli 2017 tot toekenning van de transitievergoeding toegewezen.¹⁰ Dit betekent dat het hof had moeten oordelen dat Omega geen belang had bij behandeling van haar eerste grief, waarmee zij opkwam tegen het oordeel van de kantonrechter in rov. 5.2 dat de voorwaarde waaronder [verzoekster] haar subsidiaire verzoek tot (onder meer) toekenning van de transitievergoeding heeft ingesteld op een kennelijke vergissing berust.

3.16 Het voorgaande brengt mee dat ook het oordeel van het hof dat [verzoekster] in het incidenteel hoger beroep pas na het verstrijken van de vervalttermijn van art. 7:686a lid 4, aanhef en onder b, BW om toewijzing van de transitievergoeding heeft verzocht, zodat zij in dat verzoek niet-ontvankelijk moet worden verklaard, geen stand kan houden. Het verzoek om toekenning van een transitievergoeding voor het geval de arbeidsovereenkomst zou worden ontbonden is immers al gedaan tijdens de mondelinge behandeling op 7 juli 2017. Dat was dus nog vóór de door de kantonrechter uitgesproken (en in hoger beroep in stand gebleven) ontbinding van arbeidsovereenkomst per 1 september 2017 en dus ook ruimschoots vóór het verstrijken van de vervalttermijn in art. 7:686a lid 4, aanhef en onder b, BW.

3.17 De motiveringsklachten in subonderdeel 1.1 slagen derhalve.

Het tweede subonderdeel – verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding

3.18 Subonderdeel 1.2 klaagt dat het oordeel van het hof dat [verzoekster] in hoger beroep niet-ontvankelijk is in haar verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding rechtens onjuist is. Het hof zou met dit oordeel hebben miskend dat dit verzoek niet is gebaseerd op art. 7:681 BW, zoals het hof in rov. 5.24 overweegt, maar op art. 7:671b lid 8, aanhef en onder c, BW. Voor een verzoek op grond van art. 7:671b lid 8, aanhef en onder c, BW geldt ingevolge art. 7:686a lid 4 BW geen vervalttermijn, zodat het onjuist, althans onbegrijpelijk, is dat het hof heeft geoordeeld dat [verzoekster] pas na het verstrijken van de vervalttermijn van art. 7:686a lid 4, aanhef en onder a of b, BW om toewijzing van een billijke vergoeding heeft verzocht.

3.19 Ook deze klacht is gegrond. In het verzoekschrift in eerste aanleg heeft [verzoekster] primair verzocht het ontslag op staande voet te vernietigen en subsidiair (en voorwaardelijk) om toekenning van een billijke vergoeding op grond van art. 7:681 BW.¹¹ De kantonrechter heeft het primaire verzoek toegewezen en het aan [verzoekster] door Omega

⁹ Overigens heeft de Hoge Raad inmiddels beslist dat de verplichting in art. 7:686a lid 6 BW om gelegenheid te geven tot het intrekken van het ontbindingsverzoek niet geldt als de rechter de werkgever uitsluitend veroordeelt tot betaling van een transitievergoeding. De rechter mag die gelegenheid wel geven, maar alleen als de werkgever hierom heeft verzocht. Zie HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1812, JAR 2018/274 m.nt. N.T. Dempsey.

¹⁰ Zoals [verzoekster] in hoger beroep ook heeft gesteld. Zie de pleitnotities van 16 februari 2018 tijdens [verzoekster] punt 5.3.

¹¹ Zie het verzoekschrift in eerste aanleg, petitum onder I.

verleende ontslag op staande voet vernietigd.¹² Om die reden is de kantonrechter niet meer toegekomen aan een behandeling van het subsidiaire verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding op grond van art. 7:681 BW. Dit laatste blijkt ook uit rov. 5.14 van de beschikking van de kantonrechter: “Artikel 7:681 BW bepaalt dat de kantonrechter op verzoek van de werknemer de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever kan vernietigen óf op zijn verzoek aan hem ten laste van de werkgever een billijke vergoeding toekennen, indien de werkgever heeft opgezegd in strijd met artikel 7:671 BW. [verzoekster] heeft primair de vernietiging van de opzegging verzocht. Dit verzoek zal worden toegewezen.”

3.20 In het incidenteel hoger beroep heeft [verzoekster] verzoekt om toekenning van een billijke vergoeding van €5.000 netto.¹³ Een specifiek wetsartikel is daarbij niet genoemd. Wel heeft [verzoekster] aan haar verzoek om toekenning van een billijke vergoeding ten grondslag gelegd dat Omega ernstig verwijtbaar heeft gehandeld door haar onterecht op staande voet te ontslaan, voorafgegaan door een diffamerende op non-actiefstelling.¹⁴ Het hof heeft dit verzoek om toekenning van een billijke vergoeding kennelijk opgevat als een verzoek op grond van art. 7:681 lid 1 BW. Deze uitleg ligt echter bepaald niet voor de hand.

3.21 Ten eerste geldt dat de billijke vergoeding in art. 7:681 lid 1 BW een alternatief is voor vernietiging van de opzegging. Ingevolge art. 7:681 lid 1 BW kan de rechter op verzoek van de werknemer de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever vernietigen, of op verzoek van de werknemer aan hem ten laste van de werkgever een billijke vergoeding toekennen, onder meer indien de werkgever in strijd met art. 7:671 BW heeft opgezegd zonder de vereiste schriftelijke instemming van de werknemer. Zoals vermeld, heeft de kantonrechter het primaire verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet toegewezen en is hij om die reden aan het subsidiaire verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding op grond van art. 7:681 BW niet meer toegekomen. Omega is van de toewijzing van het primaire verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet in hoger beroep gekomen. Het stelsel van de Wvz brengt mee dat indien het hof in het principaal appel tot het oordeel zou komen dat de kantonrechter het primaire verzoek van [verzoekster] tot vernietiging van de opzegging ten onrechte heeft toegewezen, hij slechts kan bepalen op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst alsnog eindigt (art. 7:683 lid 6 BW). De parlementaire ge-

schiedenis vermeldt met betrekking tot deze bepaling:

“Het vijfde en zesde lid regelen de (...) situatie waarin in hoger beroep of cassatie wordt geoordeeld dat de arbeidsovereenkomst ten onrechte heeft voortgeduurd. (...) In de gevallen bedoeld in het zesde lid bepaalt de rechter in hoger beroep of cassatie op welk toekomstig tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt. Daarbij is het de appel- of cassatierechter niet toegestaan om een beschikking van de kantonrechter houdende een vernietiging van de opzegging te vernietigen, omdat de opzegging zelf dan zou herleven, hetgeen per saldo zou neerkomen op een (door het nieuwe stelsel niet beoogde) einddatum in het verleden. (...)”¹⁵

3.22 Uit deze toelichting blijkt dat de arbeidsovereenkomst naar de bedoeling van de wetgever in stand blijft tot een door de rechter in hoger beroep te bepalen tijdstip, en dat dit tijdstip niet voor de datum van diens uitspraak mag zijn gelegen.¹⁶ Dit betekent dat onder de Wvz – anders dan onder het recht dat gold vóór 1 juli 2015 – een door de kantonrechter uitgesproken vernietiging van de opzegging in hoger beroep niet meer kan worden teruggedraaid. De vernietiging van de opzegging blijft dus in stand. Concreet betekent dit dat de arbeidsovereenkomst doorloopt. In dit stelsel kan een verzoek om toekenning van de billijke vergoeding in hoger beroep dus nooit gegrond zijn op art. 7:681 lid 1 BW.

3.23 Ten tweede blijkt uit de gedingstukken dat [verzoekster] aan haar verzoek om toekenning van een billijke vergoeding ten grondslag heeft gelegd dat Omega ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Ook het hof heeft dit onderkend, want het overweegt in rov. 5.24 (derde alinea) dat [verzoekster] in hoger beroep een billijke vergoeding verzoekt “wegens ernstig verwijtbaar handelen door Omega.” Zoals de Hoge Raad in de *New Hairstyle*-beschikking heeft overwogen, is in sommige gevallen voor het ontstaan van de aanspraak op een billijke vergoeding uitdrukkelijk vereist dat de werkgever in verband met het einde van de arbeidsovereenkomst een ernstig verwijt kan worden gemaakt. In andere gevallen ligt de ernstige verwijtbaarheid besloten in de in de wet omschreven situatie waarin recht op een billijke vergoeding bestaat.¹⁷ Art. 7:681 BW behoort tot de laatstgenoemde categorie.¹⁸ De wijze waarop [verzoekster] haar verzoek tot toekenning van billijke vergoeding in hoger beroep heeft onderbouwd – met een uitdrukkelijk beroep op “ernstige

¹⁵ *Kamerstukken II* 2013–2014, 33818, nr. 3, p. 120.

¹⁶ Zie ook HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1209; *JAR* 2018/203 m.nt. M.W. Koole; *JIN* 2018/150 m.nt. L. Huisman en *TRA* 2018/88 m.nt. F.M. Dekker (*Wilco*), rov. 3.5.2.

¹⁷ Zie HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187; *NJ* 2017/298 m.nt. E. Verhulp; *AR-Updates* 2017-0826 m.nt. P. Kruit; *JIN* 2017/171 m.nt. I.H. Kersten; *PrG* 2017/228 m.nt. J.J.M. de Laat; *TRA* 2017/92 m.nt. M.S.A. Vegter (*New Hairstyle*), rov. 3.4.2. De Hoge Raad verwijst in dit verband naar *Kamerstukken II* 2013–2014, 33 818, nr. 3 p. 80 en nr. 4, p. 61.

¹⁸ *Idem*.

¹² Zie het dictum onder 6.2 van de beschikking van de rechtbank Midden-Nederland 21 juli 2017, locatie Almere, zaaknummer 6025269.

¹³ Zie het verweerschrift in principaal hoger beroep, tevens beroepschrift in incidenteel appel, houdende een akte wijziging van eis, petitum onder H.

¹⁴ Zie het verweerschrift in principaal hoger beroep, tevens beroepschrift in incidenteel appel, houdende een akte wijziging van eis, punt 5.6.

verwijtbaarheid” — wijst dan ook veeleer op een verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding op grond van art. 7:671b lid 8, aanhef en onder c, BW. Deze bepaling houdt in, kort samengevat, dat de rechter aan de werknemer een billijke vergoeding kan toekennen indien *de ontbinding* van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van “ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever”. Dat [verzoekster] in hoger beroep het oog heeft gehad op een billijke vergoeding op grond van art. 7:671b lid 8, aanhef en onder c, BW ligt ook voor de hand, nu de beslissing van de kantonrechter om de arbeidsovereenkomst te *ontbinden* per 1 september 2017 in hoger beroep niet is bestreden (alleen de grondslag van die ontbinding stond nog ter discussie).¹⁹ Overigens blijkt uit het verweerschrift in het incidenteel hoger beroep dat óók Omega het door [verzoekster] in hoger beroep gedane verzoek om toekenning van een billijke vergoeding in deze zin heeft opgevat; dus als verband houdend met de door de kantonrechter uitgesproken *ontbinding*.²⁰

3.24 Zoals het subonderdeel met juistheid stelt, geldt voor het indienen van een verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding op grond van art. 7:671b lid 8, aanhef en onder c, BW — anders dan bij een verzoek op grond van art. 7:681 BW — géén vervaltermijn. Dit betekent dat het oordeel van het hof dat [verzoekster] pas ná het verstrijken van de vervaltermijn van art. 7:686a lid 4, aanhef en onder a en b, BW om toewijzing van een billijke vergoeding heeft verzocht, onjuist dan wel onbegrijpelijk is. Het hof heeft [verzoekster] dan ook ten onrechte niet-ontvankelijk verklaard in haar verzoek in het incidentele hoger beroep om toekenning van een billijke vergoeding.

3.25 In het verweerschrift tot cassatie wordt onder punt 9 nog opgemerkt dat de klacht in subonderdeel 1.2 niet tot cassatie kan leiden wegens gebrek aan belang. Gesteld wordt dat gegrondbevinding van die klacht in de procedure na cassatie en verwijzing voor [verzoekster] geen beter resultaat kan opleveren. De verwijzingsrechter zal het verzoek om een billijke vergoeding op grond van art. 7:671b lid 8, aanhef en onder c, BW slechts kunnen afwijzen, omdat [verzoekster] in hoger beroep niet is opgekomen tegen het oordeel van de kantonrechter dat de ontbinding van de arbeids-

overeenkomst *niet* het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever als bedoeld in art. 7:671b lid 8, aanhef en onder c, BW, zo wordt in het verweerschrift betoogd.

3.26 Dit betoog gaat niet op. De kantonrechter heeft in rov. 5.23 van zijn beschikking inderdaad (ambtshalve) geoordeeld dat voor het toekennen van een billijke vergoeding op grond van art. 7:671b lid 8, aanhef en onder c, BW geen plaats is, omdat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever:

“5.23 In geval van ontbinding moet ook worden beoordeeld of aan de werknemer een billijke vergoeding dient te worden toegekend. Gelet op artikel 7:671b lid 8, onderdeel c, BW is voor toekenning van een billijke vergoeding alleen plaats indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. De kantonrechter overweegt dat de ontbinding in het onderhavige geval is gelegen in de verstoorde arbeidsverhouding tussen partijen waar zij beide aan hebben bijgedragen zodat voor een billijke vergoeding geen plaats is.”

3.27 Anders dan in het verweerschrift tot cassatie wordt betoogd, kan uit de omstandigheid dat [verzoekster] in haar beroepsschrift in incidenteel appel met “grief 1” slechts is opgekomen tegen de matiging van de wettelijke verhoging van de loonvordering tot 10%, niet worden afgeleid dat zij in het incidenteel hoger beroep dus *niet* is opgekomen tegen het oordeel van de kantonrechter in rov. 5.23. [verzoekster] heeft in het incidenteel hoger beroep immers ook haar eis gewijzigd. In dat kader heeft zij onder meer verzocht om toekenning van een billijke vergoeding van € 5.000 netto wegens, kort gezegd, ernstig verwijtbaar handelen van Omega. Het is aan de verwijzingsrechter om te beoordelen of deze eiszijziging kan worden opgevat als een grief tegen het oordeel van de kantonrechter in rov. 5.23 dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van Omega, zodat voor toekenning van een billijke vergoeding aan [verzoekster] geen plaats is.²¹

3.28 De klacht in subonderdeel 1.2 slaagt derhalve.

19 Zie o.m. het beroepsschrift zijdens Omega punten 3.2 en 5.28; het verweerschrift in principaal hoger beroep, tevens beroepsschrift in incidenteel appel, houdende een akte wijziging van eis zijdens [verzoekster], punten 4.66 en 5.14; de beschikking van het hof, rov. 5.1 en rov. 5.19. (in cassatie niet bestreden).

20 Zie het verweerschrift in incidenteel hoger beroep punt 3.2, p. 5: “In het licht van het voorgaande stelt Omega Groep zich op het standpunt dat de in het incidenteel beroepsschrift benoemde verzoeken tot betaling van (...) billijke vergoeding niet-ontvankelijk zijn, nu deze verzoeken pas bij beroepsschrift van 26 januari 2018 voor het eerst onvoorwaardelijk ingesteld zijn als nevenschikte verzoeken, *gekoppeld aan de door de kantonrechter uitgesproken ontbinding per 1 september 2017*.” En op p. 6: “Daarbij is in het bijzonder relevant dat de bedoelde vergoedingen door [verzoekster] in hoger beroep niet in het kader van een switch gevraagd worden, *maar gekoppeld worden aan de door de kantonrechter uitgesproken ontbinding (...)*” (mijn cursiveringen).

21 [verzoekster] heeft zich in haar pleitnotities van 16 februari 2018 onder punt 5.9-5.10 overigens op het standpunt gesteld dat de wijziging van eis tezamen met de motivering daarvan een grief vormt tegen de afwijzing van de billijke vergoeding door de kantonrechter. Omega heeft zich daarentegen op het standpunt gesteld dat [verzoekster] geen grief heeft gericht tegen de beslissing van de kantonrechter om haar geen billijke vergoeding toe te kennen. Zie het verweerschrift in incidenteel beroep punt 3.3, p. 7 en het proces-verbaal van de mondelinge behandeling in hoger beroep, p. 6 (eerste twee regels).

Het derde subonderdeel: feitelijk niet ingesteld zijn van voorwaardelijk verzoek?

3.29 De *subonderdelen 1.3 tot en met 1.5* gaan – anders dan de subonderdelen 1.1 en 1.2 – uit van de opvatting dat de verzoeken van [verzoekster] in hoger beroep tot toewijzing van de transitievergoeding en tot toekenning van een billijke vergoeding wél dezelfde zijn als de subsidiaire verzoeken met betrekking tot die vergoedingen in het verzoekschrift in eerste aanleg. Gegrondbevinding van de klachten in de subonderdelen 1.1 en 1.2 brengt mee dat de klachten in de subonderdelen 1.3 tot en met 1.5 geen bespreking behoeven. Volledigheidshalve zal ik toch kort ingaan op subonderdeel 1.3.

3.30 *Subonderdeel 1.3* klaagt dat rechtens onjuist is het oordeel van het hof dat het subsidiaire verzoek van [verzoekster] uit het verzoekschrift in eerste aanleg tot toewijzing van de transitievergoeding en toekenning van een billijke vergoeding feitelijk niet is ingesteld, omdat de voorwaarde waaronder dat verzoek is ingesteld niet is ingetreden.

3.31 In het verweerschrift wordt onder de punten 10 t/m 12 beoogd dat deze rechtsklacht niet aan de daaraan in cassatie te stellen eisen voldoet (art. 407 lid 2 Rv). De klacht geeft weliswaar aan welke beslissing volgens verzoekster in cassatie onjuist is, maar niet *waarom* die beslissing rechtens onjuist is, zo wordt onder de punten 11 en 12 gesteld.²²

3.32 Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad dient een cassatiemiddel, dat moet zijn opgenomen in de cassatiedagvaarding of het cassatieverzoekschrift, te vermelden tegen welke oordelen het is gericht en waarom door de bestreden oordelen het recht is geschonden of deze niet naar behoren zijn gemotiveerd. Een rechtsklacht dient met bepaaldheid en precisie in te houden welke beslissing of overweging in de bestreden uitspraak onjuist is en waarom door die beslissing of overweging het recht is geschonden. Een motiveringsklacht dient met bepaaldheid en precisie te vermelden welke beslissing of overweging onvoldoende gemotiveerd dan wel onbegrijpelijk is en waarom. Deze laatste eis houdt meer in het bijzonder in dat indien een cassatieklacht (mede) is gebaseerd op in de feitelijke instanties aangevoerde stellingen, het middel de vindplaats(en) moet vermelden van die stellingen in de stukken van het geding. Dit alles lijdt slechts dan uitzondering, indien het een rechtsklacht betreft en – zo nodig mede uit de gedingstukken – zonder meer duidelijk is waarin volgens de steller van het middel de onjuistheid van de bestreden rechtsopvatting is gelegen, dan wel indien de wederpartij op basis van de in het middel (en eventueel de daarop in de schriftelijke toelichting gegeven verduidelij-

king) vervatte rechts- of motiveringsklachten de rechtstrijd in cassatie heeft aanvaard.²³

3.33 De ratio van de aan het cassatiemiddel te stellen eisen (zie voor de dagvaardingsprocedure art. 407 lid 2 Rv en voor de verzoekschriftprocedure art. 426a lid 2 Rv) is, kort samengevat, dat de verweerder uit het middel moet kunnen opmaken waartegen hij zich heeft te verweren en de cassatierechter moet weten waarover zijn beslissing wordt gevraagd.²⁴

3.34 Omega moet worden nagegeven dat subonderdeel 1.3 inderdaad alleen beschrijft *welke* overweging van het hof onjuist is en niet ook *waarom* daarmee het recht zou zijn geschonden. Niettemin ben ik van mening dat uit de gedingstukken en meer in het bijzonder uit de toelichting op subonderdeel 1.3, die in het verzoekschrift tot cassatie is opgenomen (zie onder 13 t/m 21), voor zowel Omega als de cassatierechter voldoende duidelijk is *waarom* [verzoekster] vindt dat de betreffende overweging van het hof rechtens onjuist is. Uit de toelichting op subonderdeel 1.3 blijkt immers dat [verzoekster] het standpunt inneemt dat hof heeft miskend dat een voorwaardelijk verzoek wel degelijk geldt als ingesteld; óók als de voorwaarde waaronder dat verzoek is ingesteld niet is ingetreden. Deze stelling had [verzoekster] overigens ook in de pleitnotities in hoger beroep al ingenomen.²⁵ De rechtsklacht in subonderdeel 1.3 voldoet daarmee aan de daaraan te stellen eisen (art. 426a lid 2 Rv).

3.35 De rechtsklacht is ook gegrond. Het oordeel van het hof dat het subsidiaire verzoek van [verzoekster] uit het verzoekschrift in eerste aanleg tot toewijzing van de transitievergoeding en toekenning van een billijke vergoeding feitelijk niet is ingesteld, omdat de voorwaarde waaronder dat verzoek is ingesteld niet is ingetreden, getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Het niet in vervulling gaan van de voorwaarde waaronder een vordering of verzoek is ingesteld, betekent immers niet – zoals het hof heeft aangenomen – dat die vordering of dat verzoek feitelijk niet is ingesteld, maar slechts dat de rechter niet toekomt aan een behandeling daarvan.²⁶

3.36 De andersluidende rechtsopvatting van het hof zou ook moeilijk te rijmen zijn met de door de

23 HR 5 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6196, *JBPR* 2011/6 m.nt. R.P.J.L. Tjittes; HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY2639, *NJ* 2013/125; HR 24 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0828; HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1727.

24 *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/217; W.D.H. Asser, *Civiele cassatie*, 2018, p. 89-90; de noot van R.P.J.L. Tjittes onder HR 5 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6196. In: *JBPR* 2011/6. Zie nader over deze ratio: A.E.B. ter Heide, *Middelmaat*: aan een cassatiemiddel te stellen eisen. In: *TCR* 2001-4, p. 83. De ratio is ook terug te vinden in HR 11 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD4922, *NJ* 2002/82, rov. 3.4.

25 Pleitnotities hoger beroep 16 februari 2018 punten 5.4-5.7.

26 Zie o.a. M.J.A.M. Ahsman, *De weg naar het civiele vonnis*, 2011, p. 196 en *Asser Procesrecht/Van Schaick* 2 2016/186. Beiden overigens in het kader van de bespreking van de voorwaardelijke *tegenvordering*/het voorwaardelijke *tegenverzoek*. Zie ook het verzoekschrift tot cassatie onder 16.

22 In het verweerschrift wordt in dit verband verwezen naar *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/218 en HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY2639; *NJ* 2013/125, rov. 3.1.

Hoge Raad aanvaarde mogelijkheid voor de rechter om in het geval niet wordt toegekomen aan een beoordeling van een *voorwaardelijke* vordering in reconventie – vanwege de afwijzing van de vorderingen in conventie, waardoor de voorwaarde niet in vervulling gaat – tóch een proceskostenveroordeling in reconventie uit te spreken.²⁷ Een dergelijke veroordeling ligt niet voor de hand als moet worden uitgegaan van de opvatting dat de vordering in reconventie feitelijk niet is ingesteld.

3.37 Verder is op te merken dat ook een voorwaardelijke verbintenis van meet af aan bestaat en dat alleen de werking daarvan is uitgesteld (art. 6:21 en 6:22 BW).²⁸

3.38 Tot slot staat de benadering van het hof op gespannen voet met de *Mediant*-beschikking²⁹ en de [...]beschikking.³⁰ In de *Mediant*-beschikking heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een werkgever onder de Wwz nog steeds de mogelijkheid heeft om na een aan de werknemer gegeven ontslag op staande voet een verzoek te doen tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor het geval het ontslag op staande voet wordt vernietigd.³¹ Het is volgens de Hoge Raad echter niet toegestaan om in eerste aanleg ook ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken voor het geval het hof, anders dan de kantonrechter, zou oordelen dat het ontslag op staande voet ten onrechte is gegeven, en hij (de werkgever veroordeelt) de arbeidsovereenkomst herstelt (te herstellen).³² In de [...]beschikking heeft de Hoge Raad verduidelijkt dat een werkgever een dergelijke voorwaarde wel in hoger beroep kan hanteren.³³

3.39 Een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst onder de voorwaarde dat het hof de werkgever veroordeelt de arbeidsovereenkomst te herstellen, kan in hoger beroep maar in één scenario aan de orde zijn. Dat is het scenario waarin de kantonrechter het verzoek van de werknemer tot vernietiging van de opzegging heeft afgewezen. In dat geval komt de kantonrechter aan een behandeling van het door de werkgever ingestelde voorwaardelijk ontbindingsverzoek niet toe, omdat de voorwaarde waaronder dit verzoek is ingesteld niet is ingetreden. Als de werknemer vervolgens in hoger

beroep gaat tegen de afwijzing van het verzoek tot vernietiging en het hof oordeelt dat de kantonrechter het verzoek van de werknemer om vernietiging van de opzegging ten onrechte heeft afgewezen, kan het hof de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen (of aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen) (art. 7:683 lid 3 BW). In de redenering van het hof zou de werkgever in dit scenario in hoger beroep niet om voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst kunnen verzoeken. Het door de werkgever in eerste aanleg ingestelde voorwaardelijke ontbindingsverzoek zou immers ‘feitelijk niet zijn ingesteld’, nu de voorwaarde waaronder dat verzoek is ingesteld niet is ingetreden. Aangezien een tegenverzoek niet voor het eerst in hoger beroep kan worden gedaan (art. 362 Rv), zou het in deze gedachtegang voor een werkgever niet mogelijk zijn om in hoger beroep voorwaardelijk de ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken voor het geval hij in hoger beroep wordt veroordeeld de arbeidsovereenkomst te herstellen. Dit valt niet goed te rijmen met de door de Hoge Raad in de [...]beschikking uitdrukkelijk aanvaarde mogelijkheid dat ook in hoger beroep om voorwaardelijke ontbinding kan worden verzocht.

3.40 De rechtsklacht tegen het oordeel van het hof dat de verzoeken van [verzoekster] in eerste aanleg tot toewijzing van de transitievergoeding en tot toekenning van een billijke vergoeding feitelijk niet zijn ingesteld, slaagt derhalve. De verzoeken zijn wél ingesteld, maar aan een behandeling daarvan is de rechter niet toegekomen.

3.41 Het slagen van de rechtsklacht raakt ook de daaropvolgende overweging van het hof, dat de in hoger beroep door [verzoekster] *onvoorwaardelijk* ingestelde verzoeken tot toekenning van de transitievergoeding en de billijke vergoeding niet zijn ingediend binnen de vervaltermijn van art. 7:686a lid 4 onder a en b BW, zodat [verzoekster] niet-ontvankelijk is in deze verzoeken en het daarmee samenhangende verzoek om deze vergoedingen te vermeerderen met wettelijke rente.

3.42 Bij deze stand van zaken laat ik de subonderdelen 1.4 en 1.5 onbesproken.

Het zesde subonderdeel – voortbouwend de klachten

3.43 *Subonderdeel 1.6* bevat uitsluitend voortbouwende klachten tegen het oordeel in rov. 5.28 dat grief 1 in het principaal hoger beroep slaagt en tegen het dictum van de bestreden beschikking, voor zover [verzoekster] daarin niet-ontvankelijk is verklaard in haar verzoeken tot toewijzing van de transitievergoeding en tot toekenning van een billijke vergoeding, althans voor zover deze verzoeken zijn afgewezen, en voor zover [verzoekster] is veroordeeld tot terugbetaling aan Omega van de op grond van de beschikking van de kantonrechter ontvanging transitievergoeding, te vermeerderen met wettelijke rente.

27 Zie HR 21 januari 1977, NJ 1977/487 m.nt. W.H. Heemskerk en HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9673, NJ 2012/73 (f.../AKGJ Royal Palm), rov. 5.2.

28 Asser/Sieburgh 6-1 2016/166; W.L. Valk, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, art. 6:22 BW. Zie ook het verzoekschrift tot cassatie punten 14-15.

29 HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998; NJ 2017/203; JAR 2017/19 m.nt. Van Zanten-Baris (*Mediant*).

30 HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:571; NJ 2017/204; JAR 2017/116 (f...).

31 HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998; NJ 2017/203; JAR 2017/19 m.nt. Van Zanten-Baris (*Mediant*), rov. 3.4.6.

32 HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998; NJ 2017/203; JAR 2017/19 m.nt. Van Zanten-Baris (*Mediant*), rov. 3.13.1-3.13.2 en onder 4(C). Zie ook HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:571; NJ 2017/204; JAR 2017/116 m.nt. Van Zanten-Baris (f...), rov. 3.6.3.

33 HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:571; NJ 2017/204; JAR 2017/116 m.nt. Van Zanten-Baris (f...), rov. 3.6.4.

3.44 Gelet op de gegrondbevinding van de klachten in de subonderdelen 1.1, 1.2 en 1.3 slagen ook de daarop voortbouwende klachten in subonderdeel 1.6.

4 Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van de beschikking van het hof en tot verwijzing.

Hoge Raad:

1 *Het geding in feitelijke instanties*

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. de beschikking in de zaak 6025269/ME VERZ 17-114 van de kantonrechter te Almere van 21 juli 2017;
- b. de beschikking in de zaak 200.226.008/01 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 28 maart 2018.

De beschikking van het hof is aan deze beschikking gehecht.

2 *Het geding in cassatie*

Tegen de beschikking van het hof heeft de werknemer beroep in cassatie ingesteld. Het cassatierekest is aan deze beschikking gehecht en maakt daarvan deel uit.

Omega heeft verzocht het beroep te verwerpen.

De conclusie van de Advocaat-Generaal R.H. de Bock strekt tot vernietiging van de beschikking van het hof en tot verwijzing.

3 *Beoordeling van het middel*

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) De werknemer, geboren in 1966, is per 15 oktober 2007 in dienst getreden bij (een rechtsvoorganger van) Omega en was laatstelijk werkzaam als ambulant begeleider tegen een salaris van € 2.680,63 bruto per maand exclusief 8% vakantietoeslag en 7,05% eindejaarsuitkering.

(ii) In de arbeidsovereenkomst zijn, voor zover in cassatie van belang, de volgende bepalingen opgenomen:

“Artikel 9. Geheimhoudingsbeding

De werknemer is verplicht tot geheimhouding van hetgeen hem uit hoofde van zijn functie ter kennis komt, voor zover het onderwerp daartoe aanleiding kan geven of hem [dit] uitdrukkelijk is opgelegd. Deze verplichting geldt ook na beëindiging van het dienstverband (...)

Artikel 13. Nevenfuncties

Betaalde of onbetaalde nevenfuncties zijn voor de werknemer slechts toegestaan na voorafgaande schriftelijke toestemming van de werkgever.”

(iii) De arbeidsovereenkomst bevat geen concurrentie-beding.

(iv) Na afronding van haar opleiding tot contextueel hulpverlener heeft de werknemer sinds 1 november 2015 haar eigen praktijk op dit gebied. Omega was hiervan op de hoogte.

(v) Op 28 februari 2017 hebben partijen in verband met een tussen hen gerezen geschil over de wijze waarop de functie van de werknemer dient te worden ingevuld een vaststellingsovereenkomst ondertekend, waarin is vastgelegd dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen per 1 mei 2017 eindigt. In de vaststellingsovereenkomst is onder meer vermeld:

“Verrichten van werkzaamheden:

6. Tot 1 mei 2017 zal werknemer de werkzaamheden op de overeengekomen wijze blijven verrichten: Huidige cliënten worden zo snel als mogelijk overgedragen of afgesloten. Voor het eventueel resterende deel van het dienstverband zal werknemer, met behoud van salaris en emolumenten, worden vrijgesteld van het verrichten van werkzaamheden.

(...)

Geheimhouding:

15. Werknemer zal ook na de einddatum gebonden zijn aan het in artikel 9 van de arbeidsovereenkomst opgenomen geheimhoudingsbeding.”

(vi) Op 15 maart 2017 is tussen partijen gesproken over de overdracht van cliënten. In dat verband is afgesproken dat de werknemer samen met een intake medewerker gesprekken met de cliënten zou voeren. Zij zouden samen vertellen dat de werknemer per 1 mei 2017 afscheid zou nemen en daarna zou de intake medewerker het gesprek alleen voortzetten om de wensen van de cliënten te inventariseren. De werknemer heeft in dit gesprek van 15 maart 2017 meegedeeld dat een aantal cliënten wilde stoppen met de zorgverlening door Omega. Een dag later heeft Omega, in reactie op deze mededeling, kenbaar gemaakt dat de overdrachtsgesprekken niet langer samen met de werknemer zullen worden gevoerd, maar alleen door Omega.

(vii) Met ingang van 1 april 2017 heeft Omega de zorgverlening aan enkele cliënten die door de werknemer werden begeleid, gestaakt, kort gezegd omdat deze cliënten de begeleiding door de werknemer wilden voortzetten. De werknemer heeft deze cliënten in april 2017 een aantal malen bezocht.

(viii) Bij e-mail van 24 april 2017 heeft een bestuurder van Omega aan de werknemer bericht:

“Zojuist trof ik op mijn bureau een aangetekend schrijven aan van de FNV, alsmede 2 beëindigingsovereenkomsten van cliënten waarin zij verklaren dat u de zorg continueert.

U bent momenteel nog gehouden aan de lopende arbeidsovereenkomst en alle verplichtingen die daaruit voortvloeien.

Dit betekent dat u geen nevenfuncties mag invullen zonder toestemming.

Clïentgegevens heeft u verkregen vanuit hoofde van uw functie en vallen onder geheimhouding. Tevens hebben wij vanaf het begin afgesproken dat u de begeleiding zou overdragen en geen cliënten (direct/indirect) zou benaderen.

Uit het aangetekend schrijven, alsmede de getekende verklaringen van cliënten stel ik zojuist vast dat u ernstig verwijtbaar handelt.

Een dermate ernst die ontslag op staande voet rechtvaardigt. (...)

Wij zullen bovenstaande heden per brief aan u bevestigen waarbij wij dit nog verder zullen onderbouwen.”

(ix) Bij brief van 25 april 2017 heeft Omega het ontslag op staande voet bevestigd en de vernietiging althans ontbinding van de vaststellingsovereenkomst ingeroepen.

3.2.1 De werkneemster heeft in eerste aanleg, voor zover in cassatie van belang, primair verzocht om het gegeven ontslag op staande voet te vernietigen. Subsidiair, “indien geoordeeld wordt dat sprake is van een terecht gegeven ontslag op staande voet, echter zonder dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door [de werkneemster] (dan wel het niet toekennen ervan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is)”, heeft de werkneemster verzocht om toekenning van een billijke vergoeding op grond van art. 7:681 BW en van een transitievergoeding.

Bij wijze van zelfstandig tegenverzoek heeft Omega voorwaardelijk, voor het geval het verzoek tot vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst zou worden toegewezen, verzocht om ontbinding van de arbeidsovereenkomst. In reactie hierop heeft de werkneemster, voor het geval het voorwaardelijke ontbindingsverzoek zou worden toegewezen, in de pleitnota voor de zitting van 7 juli 2017 verzocht om de ontbinding slechts uit te spreken met inachtneming van de geldende opzegtermijn en onder toekenning van een transitievergoeding.

3.2.2 De kantonrechter heeft over de ontvanke-lijkheid van de werkneemster het volgende overwogen:

“5.2. Gelet op de in artikel 7:686a lid 4 BW genoemde vervalttermijn heeft [de werkneemster] haar primaire verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet en haar subsidiaire verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding, op grond van 7:681 BW, tijdig ingediend. De kantonrechter gaat ervan uit dat de voorwaarde waaronder [de werkneemster] haar subsidiaire verzoek heeft ingesteld – namelijk voor het geval zou worden geoordeeld dat het ontslag op staande voet rechtsgeldig is – op een kennelijke vergissing berust.”

Vervolgens heeft de kantonrechter het ontslag op staande voet vernietigd en de arbeidsovereenkomst tussen partijen met ingang van 1 september 2017 ontbonden op grond van art. 7:669 lid 3, aanhef en onder g, BW (verstoorde arbeidsverhouding). Daarnaast heeft de kantonrechter Omega veroordeeld aan de werkneemster een transitievergoeding te betalen.

3.2.3 Omega is tegen het vonnis van de kantonrechter in hoger beroep gegaan. De werkneemster heeft in haar incidentele hoger beroep haar verzoek

gewijzigd en, voor zover in cassatie van belang, verzocht om voor recht te verklaren dat een dringende reden voor het gegeven ontslag op staande voet ontbreekt en om Omega te veroordelen tot betaling van een transitievergoeding en een billijke vergoeding.

3.2.4 Voor zover in cassatie van belang, heeft het hof de beschikking van de kantonrechter vernietigd voor zover Omega is veroordeeld tot betaling van een transitievergoeding, en heeft het de werkneemster alsnog niet-ontvankelijk verklaard in haar daartoe strekkende verzoek. Het hof heeft voorts het verzoek tot betaling van een billijke vergoeding niet toegewezen. Het hof heeft hiertoe, voor zover in cassatie van belang, het volgende overwogen.

Er is geen sprake van een dringende reden die het ontslag op staande voet rechtvaardigde (rov. 5.7-5.18).

Het feitencomplex en hetgeen van de stellingen van Omega is komen vast te staan, rechtvaardigen ook geen ontbinding op grond van art. 7:669 lid 3, aanhef en onder e, BW. Nu geen grief is gericht tegen de ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:669 lid 3, aanhef en onder g, BW, staat vast dat terecht op deze grond is ontbonden (rov. 5.19). Vervolgens heeft het hof overwogen:

“5.24 Met haar eerste grief komt Omega terecht op tegen het oordeel van de kantonrechter dat de voorwaarde waaronder [de werkneemster] haar subsidiaire verzoek heeft ingesteld op een kennelijke vergissing berust.

[De werkneemster] heeft in eerste aanleg, ‘subsidiair, indien geoordeeld wordt dat sprake is van een terecht gegeven ontslag op staande voet, echter zonder dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door [de werkneemster], dan wel het niet toekennen ervan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is’, de toekenning van een transitievergoeding van € 9.766,20 bruto en een billijke vergoeding ex art. 7:681 BW verzocht. De voorwaarde waaronder dit subsidiaire verzoek is ingesteld, is door [de werkneemster] niet nader uitgewerkt in het verzoekschrift in eerste aanleg. Hetgeen namens [de werkneemster] is gesteld in punt 17 van de pleitnotitie in eerste aanleg kan niet worden gezien als een wijziging van eis, in die zin dat [de werkneemster] haar verzoek op dit onderdeel wijzigde in een onvoorwaardelijk verzoek. Een dergelijke verandering of vermeerdering van verzoek moet zowel in eerste aanleg als in hoger beroep schriftelijk worden gedaan in de vorm van een (met een conclusie gelijk te stellen) processtuk of akte (artikel 130 Rv is ingevolge artikel 283 Rv en artikel 362 Rv van overeenkomstige toepassing op verzoekschriftprocedures). De kantonrechter heeft in de beschikking van 21 juli 2017 deze opmerking daarom terecht niet als een wijziging van verzoek gezien. Naar het oordeel van het hof kan uit de stukken niet worden afgeleid dat evident sprake is van een kennelijke – en dus ook voor Omega kenbare – vergissing.

De conclusie is dat het verzoek om toewijzing van de transitievergoeding en billijke vergoeding voorwaardelijk is ingesteld en dat de desbetreffende voorwaarde niet is [in]getreden, zodat de vordering feitelijk niet is ingesteld.

[De werknemster] verzoekt in het op 24 januari 2018 ingekomen beroepschrift in incidenteel hoger beroep alsnog onvoorwaardelijk de toewijzing van een transitievergoeding van € 9.766,20 bruto en een billijke vergoeding van € 5.000,- netto wegens ernstig verwijtbaar handelen door Omega, bestaande uit onterecht ontslag op staande voet, voorafgegaan door een diffamerende op non-actiefstelling. Het vorenstaand oordeel brengt mee dat dit verzoek niet is ingediend binnen de vervalttermijn van artikel 7:686a lid 4 onder a en b BW van 3 respectievelijk 2 maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd, zodat [de werknemster] niet-ontvankelijk is in deze verzoeken en het daarmee samenhangende verzoek om deze vergoedingen te vermeerderen met wettelijke rente. [De werknemster] heeft weliswaar terecht gesteld dat de vordering eerder dan in hoger beroep bestond, maar het gaat niet om het bestaan van de aanspraak op een transitievergoeding en billijke vergoeding, maar om de vraag of het verzoek tot betaling daarvan binnen de vervalttermijn is ingesteld.

Met dit oordeel heeft Omega geen belang meer bij haar grief 12 die opkomt tegen de toewijzing van de transitievergoeding.”

3.3.1 Onderdeel 1.1 van het middel is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 5.24 over de transitievergoeding. Volgens het onderdeel heeft het hof miskend dat de kantonrechter een transitievergoeding heeft toegekend op grond van het ter zitting van 7 juli 2017 door de werknemster gedane verzoek, dat was gedaan voor het geval het voorwaardelijke ontbindingsverzoek van Omega zou worden toegewezen. Daarom is onjuist, althans onbegrijpelijk, het oordeel van het hof dat de werknemster eerst na het verstrijken van de vervalttermijn van art. 7:686a lid 4, aanhef en onder b, BW om toekenning van een transitievergoeding heeft verzocht.

3.3.2 De werknemster heeft in haar inleidende verzoekschrift primair verzocht het ontslag op staande voet te vernietigen en subsidiair, kort gezegd, om toekenning van een transitievergoeding indien zou worden geoordeeld dat sprake is van een terecht gegeven ontslag op staande voet. Dit subsidiaire verzoek om toekenning van een transitievergoeding is gegrond op art. 7:673 lid 1, aanhef en onderdeel a, onder 1°, BW, dat bepaalt dat de werkgever een transitievergoeding verschuldigd is in het geval hij de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd (vgl. voor het geval van een ontslag op staande voet HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:484 (NJ 2018/353, m.nt. W.H.A.C.M. Bouwens; red.) (Dräger), rov. 4.3.6). De werknemster heeft daarnaast, in reactie op het door Omega voorwaardelijk gedane zelfstandige tegenverzoek tot ontbinding van de

arbeidsovereenkomst, in de pleitnota voor de zitting in eerste aanleg verzocht om toekenning van een transitievergoeding voor het geval het ontbindingsverzoek van Omega zou worden toegewezen. Dit verzoek van de werknemster is gegrond op art. 7:673 lid 1, aanhef en onderdeel a, onder 2°, BW, dat bepaalt dat de werkgever een transitievergoeding verschuldigd is in het geval van een ontbinding van de arbeidsovereenkomst op zijn verzoek.

3.3.3 De kantonrechter heeft het primaire verzoek van de werknemster tot vernietiging van het ontslag op staande voet toegewezen (rov. 5.14). Daarnaast heeft de kantonrechter het voorwaardelijke ontbindingsverzoek toegewezen (rov. 5.22) en een transitievergoeding toegekend (rov. 5.25). Omdat de kantonrechter het primaire verzoek van de werknemster heeft toegewezen, is de kantonrechter niet toegekomen aan het subsidiaire verzoek van de werknemster tot toekenning van een transitievergoeding wegens opzegging door de werkgever (welk verzoek berust op art. 7:673 lid 1, aanhef en onderdeel a, onder 1°, BW). Dit betekent dat de toekenning van de transitievergoeding door de kantonrechter alleen maar gegrond kan zijn op het ter zitting gedane verzoek van de werknemster tot toekenning van een transitievergoeding wegens ontbinding op verzoek van de werkgever (welk verzoek berust op art. 7:673 lid 1, aanhef en onderdeel a, onder 2°, BW). Dat dit inderdaad het geval is, vindt bevestiging in het dictum van de beschikking van de kantonrechter, waarin Omega slechts is veroordeeld tot betaling van de transitievergoeding voor het geval zij het ontbindingsverzoek niet intrekt.

3.3.4 Het hof heeft (in rov. 5.24) overwogen, kort gezegd, (i) dat het subsidiaire verzoek om toekenning van een transitievergoeding door de werknemster is gedaan onder de voorwaarde dat sprake is van een terecht gegeven ontslag op staande voet, maar dat dit verzoek feitelijk niet is gedaan omdat deze voorwaarde niet is vervuld, en (ii) dat het bij beroepschrift in incidenteel hoger beroep gedane verzoek om toekenning van een transitievergoeding niet is gedaan binnen de vervalttermijn van art. 7:686a lid 4, aanhef en onder b, BW. De tegen deze oordelen gerichte klacht van onderdeel 1.1 is gegrond, omdat het hof eraan heeft voorbijgezien dat de werknemster in eerste aanleg, vóór het verstrijken van de hiervoor bedoelde vervalttermijn, in reactie op het verzoek van Omega tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst, ook een verzoek heeft gedaan tot toekenning van een transitievergoeding op grond van art. 7:673 lid 1, aanhef en onderdeel a, onder 2°, BW, dat de voorwaarde waaronder dit verzoek is ingesteld, is vervuld, en dat de kantonrechter dit verzoek heeft toegewezen.

3.3.5 Onderdeel 1.1 slaagt dus.

3.4.1 Onderdeel 1.2 is gericht tegen het oordeel in rov. 5.24 dat de werknemster pas na het verstrijken van de vervalttermijn van art. 7:686a lid 4, aanhef en onder a of b, BW om toekenning van een billijke vergoeding heeft verzocht, zodat de werknemster

niet-ontvankelijk is in dit verzoek. Volgens het onderdeel is dit oordeel onjuist althans onbegrijpelijk, omdat het hof heeft miskend dat het door de werknemster in hoger beroep gedane verzoek om toekenning van een billijke vergoeding niet is gebaseerd op art. 7:681 BW, maar op art. 7:671b lid 8, aanhef en onder c, BW, waarvoor geen vervaltermijn geldt.

3.4.2 Op grond van art. 7:681 BW kan een werknemer verzoeken ofwel om vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst ofwel om toekenning van een billijke vergoeding. In dit geval heeft de werknemster in eerste aanleg primair verzoekt om vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter heeft dit primaire verzoek toegewezen. In verband met art. 7:683 lid 6 BW kon het hof deze beslissing in hoger beroep niet vernietigen. In hoger beroep heeft de werknemster bovendien verzoekt om voor recht te verklaren dat een dringende reden voor het gegeven ontslag op staande voet ontbreekt (zie het beroepschrift in incidenteel hoger beroep, punt 5.14 onder A). Binnen de keuzemogelijkheid die art. 7:681 BW een werknemer biedt, heeft de werknemster in het onderhavige geval dus gekozen voor vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst en niet voor toekenning van een billijke vergoeding.

3.4.3 Nu het door de werknemster in hoger beroep gedane verzoek om toekenning van een billijke vergoeding dus geen verband houdt met het ontslag op staande voet, moet dat verzoek wel verband houden met de – door de werknemster in hoger beroep niet bestreden – ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Ook Omega is kennelijk ervan uitgegaan dat het in hoger beroep door de werknemster gedane verzoek om toekenning van een billijke vergoeding verband houdt met de ontbinding (zie het verweerschrift in incidenteel hoger beroep, punt 3.2).

3.4.4 Het procesverloop en de stukken van het geding laten dan ook geen andere uitleg toe dan dat het in hoger beroep door de werknemster gedane verzoek om toekenning van een billijke vergoeding niet is gebaseerd op art. 7:681 BW, maar op art. 7:671b lid 8, aanhef en onder c, BW. Voor laatstgenoemde bepaling geldt niet de vervaltermijn van art. 7:686a lid 4, aanhef en onder a, BW. Hieruit volgt dat het oordeel van het hof dat de werknemster niet-ontvankelijk is in haar verzoek om toekenning van een billijke vergoeding op de grond dat dit verzoek pas is ingesteld na het verstrijken van de vervaltermijn van laatstgenoemde bepaling, niet in stand kan blijven.

3.4.5 Ook onderdeel 1.2 treft derhalve doel.

3.5.1 Onderdeel 1.3 klaagt dat rechtens onjuist is het oordeel van het hof in rov. 5.24 dat het in eerste aanleg door de werknemster gedane subsidiaire verzoek feitelijk niet is ingesteld omdat niet is voldaan aan de voorwaarde waaronder dat verzoek is ingesteld.

3.5.2 Hoewel de werknemster na het voorgaande geen belang heeft bij dit onderdeel, wordt daarover ten overvloede het volgende overwogen. Indien in een procedure een verzoek voorwaardelijk wordt gedaan, betekent dit dat de rechter het verzoek niet behoeft te behandelen indien niet is voldaan aan de voorwaarde waaronder het verzoek is gedaan (vgl. HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998 (NJ 2017/203, m.nt. E. Verhulp; *red.*) (*Mediant*), rov. 3.7.3). Als in de loop van de procedure blijkt dat niet wordt voldaan aan de voorwaarde waaronder het verzoek is ingesteld, heeft dit niet tot gevolg dat het verzoek achteraf gezien nooit is gedaan. Dit kan onder meer van belang zijn in het geval genoemd in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.39. Het andersluidende oordeel van het hof geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

3.6 Het voorgaande brengt mee dat de bestreden beschikking niet in stand kan blijven. De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de beschikking van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 28 maart 2018;

verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en geding;

veroordeelt Omega in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de werknemster begroot op € 397,07 aan verschotten en € 2.200 voor salaris.

Noot

1. Art. 7:686a lid 4, onder b, BW bepaalt de termijn voor het indienen bij de kantonrechter van een verzoek om toekenning van de transitievergoeding op drie maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Mede gelet op de vóór 2015 gebruikelijke termijn voor het indienen van vorderingen in het arbeidsrecht (meestal zes maanden), maar vooral ook op de verhouding tussen werkgever en werknemer, is die termijn tamelijk kort. Voor het verzoek om toekenning van een billijke vergoeding geldt zelfs een termijn van twee maanden (art. 7:686a lid 4, onder a, BW). Deze beschikking van de Hoge Raad geeft aanleiding de vervaltermijn die in deze bepalingen is opgenomen, en de voorwaardelijke ontbinding in hoger beroep, nader te bespreken.

2. Eerst kort de casus die tot deze beschikking heeft geleid. De werknemster wordt op staande voet ontslagen. Zij vraagt vernietiging van die opzegging en subsidiair voorwaardelijk, namelijk voor het geval het ontslag op staande voet naar het oordeel van de rechter terecht is verleend, om toekenning van een transitievergoeding en een billijke vergoeding, omdat zij meent niet ernstig verwijtbaar gehandeld te hebben. De werkgever vraagt, voor het geval het primaire verzoek van de werknemster

wordt toegewezen, om ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De gemachtigde van de werknemer vraagt tijdens de mondelinge behandeling van de verzoeken, zo blijkt uit de pleitnota, om toekenning van een transitievergoeding in geval de arbeidsovereenkomst op dat verzoek wordt ontbonden. De kantonrechter vernietigt de opzegging, ontbindt de arbeidsovereenkomst, kent de werknemer een transitievergoeding toe en wijst het verzoek om toekenning van een billijke vergoeding af. De werkgever appelleert tegen de transitievergoeding met de stelling dat slechts om voorwaardelijke toekenning van die vergoeding is gevraagd, de voorwaarde niet is vervuld zodat die toekenning ten onrechte is. In incidenteel appel verzoekt de werknemer ook om toekenning van de transitievergoeding en een billijke vergoeding. Het incidenteel appel wordt meer dan drie maanden na de ontbindingsdatum bij het gerechtshof ingediend. Het hof volgt het standpunt van de werkgever en verklaart de werknemer niet-ontvankelijk in haar verzoek om toekenning van de vergoedingen met de overweging dat, nu aan de voorwaarde niet is voldaan, het verzoek om toekenning van een transitievergoeding feitelijk niet is ingesteld en overigens de verzoeken te laat zijn ingediend. Naar het oordeel van de Hoge Raad is zowel het oordeel dat het verzoek om toekenning van de vergoedingen te laat is ingediend als het oordeel dat het voorwaardelijk verzoek moet geacht worden niet te zijn ingesteld, onjuist, althans onbegrijpelijk.

3. Het hof heeft de verzoeken van werknemer beoordeeld in het kader van het ontslag op staande voet en de daarvoor geldende bepalingen. Naar het oordeel van de Hoge Raad is dat onjuist: het ontslag op staande voet heeft de kantonrechter immers vernietigd, zodat de arbeidsovereenkomst is beëindigd door de toewijzing van het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Dat verzoeken is ontstaan over de grondslag van de toekenning van de transitievergoeding is mede te wijten aan de kantonrechter zelf die ten onrechte overweegt dat het subsidiaire verzoek van de werknemer om toekenning van de transitievergoeding, opgenomen in het verweerschrift, op een kennelijke vergissing berust. Zoals de advocaat-generaal in haar conclusie voor deze beschikking uiteenzet, verhoudt het voorwaardelijke verzoek van de werknemer zich goed tot haar primaire verzoek tot vernietiging van de opzegging. Omdat de werkgever op het moment dat de werknemer verzocht de opzegging op staande voet te vernietigen nog helemaal niet had verzocht om ontbinding van de arbeidsovereenkomst, kon de werknemer om die reden ook niet om een transitievergoeding vragen.

4. In gevallen als deze, waarin de werknemer naar vernietiging van de opzegging streeft en pas in de loop van de procedure wordt geconfronteerd met een voorwaardelijk verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, kan het zich voordoen dat de werknemer niet meteen om toekenning van een

transitievergoeding vraagt. Pas nadat de kantonrechter heeft beschikt, is duidelijk of de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever wordt ontbonden. De werknemer heeft dan nog drie maanden na de datum waartegen de kantonrechter de arbeidsovereenkomst heeft ontbonden om het verzoek tot toekenning van de transitievergoeding in te dienen. Dat verzoek dient krachtens art. 7:686a lid 4, aanhef en onder b, BW te worden gedaan bij de kantonrechter. Letterlijke toepassing van die bepaling kan er toe leiden dat de werknemer in appel gaat tegen de beschikking tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst en tegelijkertijd de kantonrechter verzoekt om toekenning van een transitievergoeding. In twee beschikkingen heeft het Gerechtshof Amsterdam (19 juli 2016,

ECLI:NL:GHAMS:2016:2964, en 11 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:474) overwogen dat de werknemer in een dergelijk geval het verzoek om toekenning ook in het appelschrift bij het hof kan indienen zonder dat dat recht vervalt. Ook voor het indienen van appel geldt een termijn van 3 maanden (art. 358 Rv). Huffman wijst er in haar noot bij deze laatste beschikking van het Gerechtshof Amsterdam (JAR 2020/99) op dat de beslissing niet goed past bij het bepaalde in art. 362 Rv. Daarin is bepaald dat in hoger beroep niet voor het eerst een zelfstandig verzoek kan worden gedaan. Door dit verzoek in appel toe te staan verliest de werkgever een instantie en dat zou bezwaarlijk kunnen zijn. Daar staat tegenover dat het voeren van procedures bij verschillende instanties over dezelfde feiten (de vraag of het ontslag het gevolg is van het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever) onwenselijk is en dient te worden voorkomen, zoals ook volgt uit HR 23 december 2016, NJ 2017/203, m.nt. E. Verhulp (*Mediant*). Van de werknemer zou dan verlangd worden om in appel te betogen dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst die de kantonrechter heeft uitgesproken ten onrechte is en dat de arbeidsovereenkomst moet worden hersteld, terwijl hij bij de kantonrechter zou moeten vragen om de toekenning van een transitievergoeding vanwege die door hem betwiste ontbinding van de arbeidsovereenkomst. In een dergelijk geval zal het moeilijk zijn een voorziening te treffen die recht doet aan de overwegingen van de Hoge Raad in de *Amsta*-beschikking (HR 25 januari 2019, NJ 2019/139, m.nt. E. Verhulp). Een minder strikte toepassing van art. 362 Rv biedt een oplossing voor deze bezwaren. Gelet op het door de werknemer gedane verzoek om toekenning van de transitievergoeding ter zitting hoeft de Hoge Raad de stap naar minder strikte toepassing in deze beschikking niet te maken. In de lagere rechtspraak komt dat 'minder strikt' toepassen van de regels in relatie tot de transitievergoeding wel meer voor.

5. Een van die minder strikte toepassingen van de regels betreft de werkgever die ('uit competitieve overwegingen') als beleid de transitievergoeding niet betaalt maar afwacht of door de ex-werknemer daarop in rechte aanspraak wordt gemaakt. Het Gerechts-

hof Den Haag overwoog in zijn beschikking van 8 oktober 2019 (ECLI:NL:GHDHA:2618, *Kwik-Fit*) dat een dergelijk beleid getuigt van slecht werkgeverschap en vervolgt: *“De vervaltermijn is bedoeld om onenigheid over de (omvang van) de transitievergoeding op korte termijn te doen beslechten maar niet om, waar deze onenigheid er niet is, te speculeren op het ongebruikt verstrijken van die termijn om te trachten aan op de werkgever rustende verplichtingen te ontkomen.”* Vervolgens laat het hof de uitspraak van de kantonrechter waarin aan de werknemer, ondanks de overschrijding van de termijn van drie maanden, de transitievergoeding is toegekend, in stand. Het hof had er ook voor kunnen kiezen om de werkgever te veroordelen tot betaling van een schadevergoeding, gelijk aan de transitievergoeding, wegens het handelen in strijd met het bepaalde in art. 7:611 BW.

6. Al eerder overwoog de Hoge Raad (14 december 2018, NJ 2019/47 (*Bobete*)), dat de vervaltermijn van art. 7:686a lid 4, aanhef en onder b, BW er toe strekt *“de periode van onzekerheid over de verschuldigdheid en de hoogte van de transitievergoeding voor partijen zo kort mogelijk te houden. (...)* (*De vervaltermijn, EV*) *strekt niet ter bescherming van zodanig zwaarwichtige belangen dat hij ongeacht het partijdebat of de bijzondere omstandigheden van het geval ambtshalve door de rechter toegepast zou moeten worden.”* Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat een partij zich ook ter afwering van een verzoek (bijvoorbeeld om toekenning van een transitievergoeding) kan beroepen op een wettelijke bepaling, hoewel het recht om op grond van die bepaling zelf een verzoek in te dienen, reeds is vervallen.

7. De Hoge Raad overweegt in de hiervoor genoemde beschikking van 14 december 2018, dat voor verzoeken om toekenning van een billijke vergoeding op grond van art. 7:671b lid 9, onder c, BW (ten tijde van het wijzen van de beschikking was dit nog lid 8) geen vervaltermijn geldt. Dit in tegenstelling tot de billijke vergoeding op grond van art. 7:681 BW. In de parlementaire geschiedenis is over de toepasselijkheid van een vervaltermijn voor verzoeken tot toekenning van een billijke vergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst eenvoudigweg niets gezegd, zodat het eerder een ommissie dan een bewuste keuze lijkt. In deze zin ook Dempsey in haar noot bij deze beschikking in JAR 2019/113, die erop wijst dat het onwenselijk is dat een werknemer het verzoek om toekenning van een transitievergoeding binnen drie maanden dient in te dienen, maar met het verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding eindeloos kan wachten.

8. Uit deze beschikking blijkt dat van een voorwaardelijk verzoek, waarvan de voorwaarde in eerste aanleg niet is vervuld, niet mag worden aangenomen dat dat verzoek niet is gedaan. De Hoge Raad overweegt ten overvloede, onder verwijzing naar de conclusie van A-G De Bock, dat een dergelijke opvatting onwenselijk is omdat het ertoe leidt dat de werkgever niet in hoger beroep voorwaarde-

lijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan vragen, gelet op het bepaalde in art. 362 Rv. De A-G werkt in haar conclusie uit dat een dergelijk verzoek door de werkgever kan worden gedaan onder de voorwaarde dat het hof de arbeidsovereenkomst herstelt. Zij schrijft uit dat het enige scenario waarin zich dit kan voordoen is waarbij de werknemer (op staande voet) wordt ontslagen, hij de kantonrechter vraagt de opzegging te vernietigen en de werkgever voorwaardelijk, voor het geval de kantonrechter de opzegging vernietigt, om ontbinding van de arbeidsovereenkomst vraagt. Vervolgens wijst de kantonrechter alle verzoeken af en in appel vraagt de werknemer dan herstel van de arbeidsovereenkomst, waarop de werkgever dan in appel voorwaardelijke ontbinding verzoekt. Dit scenario is inderdaad gelet op de structuur van de wet denkbaar, maar het lijkt me dat het zich niet snel zal voordoen. Nu het hof gelet op art. 7:683 lid 3 BW ambtshalve kan kiezen tussen herstel van de arbeidsovereenkomst of het toekennen van een billijke vergoeding, lijkt me, in het scenario dat door de A-G is geschetst, aan de mogelijkheid van een voorwaardelijke ontbinding in appel nauwelijks behoefte te bestaan. In vergelijkbare zin: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 30 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:5251. Ook uit de *Mediant*-beschikking (HR 23 december 2016, NJ 2017/203, m.nt. E. Verhulp) blijkt dat niet. Daarin overweegt de Hoge Raad: *“Gelet op het systeem van het thans geldende recht kan in dit verband slechts als voorwaarde worden gesteld dat het op staande voet gegeven ontslag door de rechter van dezelfde aanleg wordt vernietigd, voor welk geval de rechter die tot dat oordeel komt, kan worden verzocht de overeenkomst te ontbinden.”* Het hof kan de opzegging niet vernietigen. Slechts in het geval dat de procedures tot vernietiging van de opzegging en tot de voorwaardelijke ontbinding uiteenlopen, in die zin dat de kantonrechter het verzoek tot vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst aanhoudt (bijv. voor verdere bewijslevering) en het voorwaardelijke verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst afwijst, zal aan een beoordeling van het voorwaardelijke verzoek tot ontbinding in appel behoefte kunnen bestaan. De Hoge Raad overwoog in de eerdergenoemde *Mediant*-beschikking dat het uiteenlopen van deze procedures voorkomen dient te worden, zodat aangenomen mag worden dat het daarbij om echte uitzonderingen zal gaan.

9. Al met al is wel duidelijk dat van de bedoeling van de wetgever om met de WWZ het ontslagrecht te vereenvoudigen niet veel terecht is gekomen. Het verkorten van de termijn leidt er toe, zo blijkt uit de evaluatie Wet Werk en Zekerheid (SEO 2020, p. 15) dat volgens rechters partijen na een ontslag op staande voet sneller overgaan tot procederen. Of dat winst is, waag ik zeer te betwijfelen.

E. Verhulp