

JIN 2018/34, Hoge Raad, 22-12-2017, ECLI:NL:HR:2017:3238, ECLI:NL:PHR:2017:1101, 16/05275 (annotatie)

Gegevens

Publicatie

JIN 2018/34

Instantie

Hoge Raad

Datum uitspraak

22 december 2017

Datum publicatie

5 maart 2018

Annotator

E.J.H. Zandbergen

FERMM Advocaten J.M. Kuipers

FERMM Advocaten

ECLI

[ECLI:NL:HR:2017:3238](#)

Zaaknummer

16/05275

Relevante informatie

[Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering \(geldt in geval van niet-digitaal procederen\) \[Tekst geldig vanaf 01-05-2023\] \[Regeling ingetrokken per 2023-05-01\] art. 347](#)

Inhoudsindicatie

Appelprocesrecht, Twee-conclusieregel en uitzonderingen, Ondubbelzinnige toestemming, Grenzen aan uitbreiding verweer door geïntimeerde, Uitleg gedingstukken, Eisen goede procesorde

Samenvatting

Eiser tot cassatie voert als geïntimeerde in appel een nieuw verweer tijdens comparitie en derhalve na memorie van antwoord. Het hof acht dit nieuwe standpunt tardief wegens strijd met de twee-conclusieregel en betreft dit nieuwe verweer niet in de rechtsstrijd. De Hoge Raad overweegt dat het hof klaarblijkelijk de omstandigheid dat appellante bij pleidooi op het nieuwe verweer heeft gereageerd – in de context van een betoog dat het aan geïntimeerde te wijten was dat tot dan toe van onjuiste feiten was uitgegaan – niet heeft opgevat als een ondubbelzinnige toestemming, waarbij het in zijn beoordeling heeft betrokken dat het in strijd met de goede procesorde zou zijn het nieuwe verweer van geïntimeerde te onderzoeken. Op dit feitelijke en niet onbegrijpelijke oordeel van het hof stuit de klacht af.

Op de twee-conclusieregel van art. 347 lid 1 Rv zijn in de jurisprudentie enkele uitzonderingen aanvaard. Daartoe behoort de situatie waarin de wederpartij er ondubbelzinnig in toestemt dat het (in casu) nieuwe verweer in de rechtsstrijd in appel wordt betrokken. De ondubbelzinnige toestemming hoeft niet uitdrukkelijk te worden gegeven en kan onder meer blijken uit het ingaan op de nieuwe stelling zonder bezwaar te maken tegen het tijdstip waarop deze wordt ingebracht. In de onderhavige zaak voerde geïntimeerde in hoger beroep pas tijdens comparitie, en derhalve na de memorie van antwoord, een nieuw verweer aan. Appellante reageerde bij pleidooi inhoudelijk op het nieuwe standpunt, zonder daarbij te protesteren tegen het tijdstip waarop dit verweer werd opgeworpen. Het hof acht het nieuwe standpunt evenwel tardief en betreft het niet in de rechtsstrijd. De Hoge Raad verworpt het ingestelde cassatieberoep en overweegt dat het hof klaarblijkelijk de omstandigheid dat appellante bij pleidooi op het nieuwe verweer heeft gereageerd – in de context van een betoog dat het aan geïntimeerde te wijten was dat tot dan toe van onjuiste feiten was uitgegaan – niet heeft opgevat als een ondubbelzinnige toestemming, waarbij het in zijn beoordeling heeft betrokken dat het in strijd met de goede procesorde zou zijn het nieuwe verweer van geïntimeerde te onderzoeken. Op dit feitelijke en niet onbegrijpelijke oordeel van het hof stuit de klacht af.

Uitspraak

Hoge Raad:

1 Het geding in feitelijke instanties

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

- a. de vonnissen in de zaak C/10/459381/HA ZA 14-942 van de rechtbank Rotterdam van 25 februari 2015 en 26 augustus 2015;
- b. de arresten in de zaak 200.181.053/01 van het gerechtshof Den Haag van 29 december 2015 en 26 juli 2016.

Het arrest van het hof van 26 juli 2016 is aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof van 26 juli 2016 heeft [eiser] beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding en het aanvullend exploit zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

[verweerster] heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor [verweerster] toegelicht door zijn advocaat.

De conclusie van de Advocaat-Generaal E.M. Wesseling-van Gent strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De advocaat van [eiser] heeft bij brief van 27 oktober 2017 op die conclusie gereageerd.

3 Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten en omstandigheden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1.1-1.11. Deze komen, kort samengevat, op het volgende neer.

(i) [eiser] is register-arbeidsdeskundige.

(ii) Tussen [eiser] en [verweerster] is in 2010 een overeenkomst gesloten over de begeleiding van de re-integratie van een zieke werknemer van [verweerster] door [eiser].

(iii) Het UWV heeft [verweerster] in 2012 een loonsanctie opgelegd. Het bezwaar en het beroep van [verweerster] tegen deze sanctie zijn ongegrond verklaard.

3.2.1 [verweerster] heeft [eiser] in deze procedure – in conventie – aangesproken tot vergoeding van de door haar als gevolg van de loonsanctie geleden schade. Aan deze vordering heeft zij ten grondslag gelegd dat [eiser] zijn werkzaamheden gebrekkig heeft uitgevoerd en dat de onder verantwoordelijkheid van [eiser] ingeschakelde bedrijfsarts reeds in september 2010 had moeten adviseren tot het inzetten van het tweede spoor bij de re-integratie van de werknemer. [eiser] heeft in reconventie betaling gevorderd van openstaande facturen.

3.2.2 De rechtbank heeft – kort gezegd – de vordering in conventie afgewezen en die in reconventie toegewezen.

3.2.3 Op het hoger beroep van [verweerster] heeft het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd en, opnieuw recht doende, kort samengevat, de vordering van [verweerster] deels toegewezen en de vordering van [eiser] afgewezen.

3.2.4 Aan zijn oordeel heeft het hof onder meer het volgende ten grondslag gelegd.

“8. In eerste aanleg en in de memorie van antwoord heeft [eiser] aangevoerd dat bedrijfsarts (...) in september 2010 heeft geadviseerd tot het inzetten van het tweede spoor – wat wil zeggen: tot het zoeken naar re-integratiemogelijkheden buiten het bedrijf van [verweerster] – en voorts dat de reden voor de aan [verweerster] opgelegde loonsanctie is dat bij de re-integratie van [de werknemer] niet reeds in september 2010 het tweede spoor is ingezet.

Uit het van de comparitie van 11 maart 2016 opgemaakt proces-verbaal blijkt dat [eiser] – anders en onverenigbaar met wat hij in deze procedure tot en met de memorie van antwoord steeds heeft betoogd – heeft aangevoerd dat de loonsanctie niet het gevolg is van het te laat inzetten van het tweede spoor, maar dat sprake is van een misverstand: er zou geen sprake zijn van een advies van de bedrijfsarts van september 2010 tot het inzetten van het tweede spoor, wel van een plan van aanpak met genoemde datum. Het UWV zou ten onrechte daaruit de conclusie hebben getrokken dat er wel een advies van september 2010 was met genoemde inhoud.

9. Naar het oordeel van het hof heeft [eiser] zelf met genoemde standpuntwijziging gehandeld in strijd met de twee-conclusieregel. Dit nieuwe verweer had uiterlijk bij memorie van antwoord moeten worden aangevoerd. [verweerster] heeft hierop in zijn pleitnota slechts gereageerd, hetgeen hem bezwaarlijk kan worden verweten. Er is geen grond om ten behoeve van [eiser] een uitzondering op de twee-conclusieregel te maken. Ook de goede procesorde verzet zich ertegen de nieuwe standpunten van [eiser] te onderzoeken. (...).”

3.3.1 Onderdeel 1 van het middel voert onder meer aan dat het hof niet had mogen voorbijgaan aan het gecorrigeerde verweer van [eiser], omdat [verweerster] zonder voorbehoud op dit verweer had gereageerd.

3.3.2 Zoals in HR 9 december 2011, [ECLI:NL:HR:2011:BR2045](#), NJ 2013/7 is beslist, geldt ook voor verweren die door de geïntimeerde worden aangevoerd tegen de vordering van de oorspronkelijke eiser, dat wijziging of uitbreiding daarvan dient plaats te vinden in de eerste conclusie in hoger beroep. Nadat de in art. 347 lid 1 Rv genoemde conclusies zijn genomen, is de mogelijkheid om verweren aan te voeren die niet in het verlengde liggen van de aldus door partijen omliggende rechtsstrijd in appel beperkt tot de uitzonderingen die zijn genoemd in HR 20 juni 2008, [ECLI:NL:HR:2008:BC4959](#), NJ 2009/21 en HR 19 juni 2009, [ECLI:NL:HR:2009:BI8771](#), NJ 2010/154. Daarbij is niet van belang of het verweer kan worden aangemerkt als een nieuwe grief (vgl. HR 8 mei 2015, [ECLI:NL:HR:2015:1224](#), NJ 2016/218).

3.3.3 Tot de bedoelde uitzonderingen op de zogeheten tweeconclusieregel behoort het geval dat de wederpartij ondubbelzinnig erin heeft toegestemd dat het nieuwe verweer alsnog in de rechtsstrijd wordt betrokken. Het hof heeft klaarblijkelijk de omstandigheid dat [verweerster] bij pleidooi op het nieuwe verweer van [eiser] heeft gereageerd – in de context van een betoog dat het aan [eiser] te wijten was dat tot dan toe van onjuiste feiten was uitgegaan – niet opgevat als een dergelijke ondubbelzinnige toestemming, waarbij het in zijn beoordeling heeft betrokken dat het in strijd met de goede procesorde zou zijn het nieuwe standpunt van [eiser] te onderzoeken. Op dit feitelijke en niet onbegrijpelijke oordeel van het hof stuit de klacht af.

3.4 De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerster] begroot op € 2.678,34 aan verschotten en € 2.200,= voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [eiser] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

Het gaat in deze zaak in cassatie in de kern over twee uitzonderingen op de twee-conclusieregel.

1. Feiten en procesverloop

1.1 [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]) was sinds 26 april 1999 werkzaam als cateringmedewerkster in de horecafaciliteiten van recreatiepark Bosbad Hoeven te Hoeven. Verweerster in cassatie (hierna: [verweerster]) is sinds 1 februari 2009 exploitant van genoemde horecafaciliteiten.

1.2 Eiser tot cassatie (hierna: [eiser]) is register-arbeidsdeskundige. In die hoedanigheid houdt hij zich (onder meer) bezig met de advisering van werkgevers bij de re-integratie van zieke werknemers.

1.3 [betrokkene 1] heeft zich op 30 juli 2010 wegens rugklachten ziek gemeld.

1.4 [verweerster] en [eiser] hebben in augustus 2010 mondeling een overeenkomst gesloten met betrekking tot de begeleiding van de re-integratie van [betrokkene 1] door [eiser].

1.5 Op 3 juni 2012 heeft [betrokkene 1] een aanvraag ingediend voor een WIA-uitkering.

1.6 Bij besluit van 19 juni 2012 heeft het UWV aan [verweerster] een loonsanctie opgelegd, inhoudende dat [verweerster] het loon van [betrokkene 1] moest doorbetalen tot 26 juli 2013, omdat [verweerster] niet tijdig de door het UWV verzochte informatie heeft overgelegd.

1.7 Door [eiser] en/of een medewerkster van [eiser] is voor de re-integratie van [betrokkene 1] een "Plan van aanpak WIA" (hierna: het plan van aanpak) ingevuld en ondertekend. Hierin is [eiser] vermeld als casemanager, dat wil zeggen als degene die door de werkgever en de werknemer samen is aangewezen om de voortgang in de gaten te houden.

1.8 In dit deels voorgedrukte plan van aanpak staat bij "Einddoel" het vakje aangekruist waarbij staat:

"Gehele of gedeeltelijke werkhervatting bij een andere werkgever".

Bij "Afspraken" staat onder meer:

"gelet op werksituatie geen werkzaamheden in eigen werk oppakken maar 2e spoor werkzaamheden. Inzet arbeidsdeskundig onderzoek"

Bij deze afspraak is als planning vermeld:

"vanaf 1e AOdag"

Voorts staat in het plan van aanpak:

"Door casemanager zal iom werknemer ingezet worden op werk buiten eigen bedrijf".

Bij het veld dat is bestemd voor ondertekening door werkgever en werknemer staat bij "Datum" ingevuld: 25 september 2010. Bij de op het formulier geplaatste handtekeningen staat met de hand tweemaal de datum 25 juni 2012 geschreven.

1.9 Bij besluit van 30 juli 2012 (hierna: het tweede besluit) heeft het UWV geweigerd de loonsanctie te verkorten, hoewel [verweerster] de ten tijde van het eerste besluit ontbrekende stukken inmiddels had aangeleverd, en heeft daarbij verwezen naar het bij het tweede besluit gevoegde rapport “Arbeidskundig Onderzoek” van arbeidsdeskundige [betrokkene 2] van 24 juli 2012 (hierna: het arbeidskundig rapport). Het arbeidskundig rapport houdt onder meer het volgende in:

“6. Beoordeling re-integratie-inspanningen

Is het re-integratieresultaat voldoende?

Nee, want werknemer werkt niet terwijl zij wel arbeidsmogelijkheden heeft.

Zijn de inspanningen van de werkgever voldoende geweest?

Nee, want:

– Reintegratie spoor 2 is te laat opgestart. In september 2010 was reeds duidelijk dat door ‘werksituatie’ re integratie spoor 1 waarschijnlijk was uitgesloten. Feitelijk heeft er in juli 2011 pas een arbeidskundig onderzoek plaatsgevonden waarin deze vooronderstelling is bevestigd. In november 2011 is spoor 2 traject daadwerkelijk van start gegaan, na intake in september 2011 en trajectplan in oktober 2011

(...)

– Tot slot: De werkgever heeft het arbeidsconflict niet aangepakt. Gezien de omvang van de organisatie en de aard van de beperkingen is het echter aannemelijk dat re integratie in eigen of ander passend werk bij de eigen werkgever niet mogelijk is. De re integratie inspanningen worden op dit punt daarom niet als onvoldoende beschouwd.

Heeft de werkgever hiervoor een deugdelijke grond?

Werkgever geeft aan dat er een trajectplan is opgesteld. Dit blijkt inderdaad het geval, echter omdat re integratie niet conform trajectplan is vormgegeven en uitgevoerd is dit geen deugdelijke grond om een trajectplan niet adequaat uit te voeren.

Werkgever geeft aan dat re integratie later is opgestart doordat advies van bedrijfsarts tot april 2011 gericht is gebleven op spoor 1 traject, het HSK traject, vakantieperioden. Dit zijn geen deugdelijke gronden omdat in september 2010 door bedrijfsarts is geadviseerd arbeidskundig onderzoek en spoor 2 op te starten. Een HSK traject spoor 2 niet uitsluit en vakantieperioden evenmin een deugdelijke grond zijn voor niet tijdig starten van een spoor 2 traject.

De loondoorbetalingsverplichting moet daarom worden verlengd met maximaal 52 weken.

Hoe kan de werkgever de tekortkoming herstellen? Welk resultaat verwachten wij?

Tekortkoming:

De werkgever heeft het verkeerde aan re-integratie gedaan. Hij heeft re-integratie in spoor 2 niet of niet adequaat aangepakt.

Hoe te repareren:

Alsnog een adequaat spoor 2 traject opzetten en afronden.”

1.10 [verweerster] heeft tegen het tweede besluit bezwaar gemaakt, welk bezwaar door het UWV op 2 januari 2013 ongegrond is verklaard. Bij uitspraak van 16 december 2013 (hierna: de uitspraak op het beroep) heeft de rechtbank Zeeland-West-Brabant het door [verweerster] tegen voornoemde beslissing op bezwaar ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak houdt voor zover van belang in:

“De rechtbank stelt vast dat in het ‘Plan van aanpak WIA’ is aangegeven: ‘gelet op de werksituatie geen werkzaamheden in eigen werk oppakken maar 2e spoor werkzaamheden. Inzet arbeidsdeskundig onderzoek’.

Eiseres heeft ter zitting verklaard dat dit stuk is opgesteld door haar arbeidsdeskundige [eiser] van [A]. Dit stuk is opgesteld op 25 september 2010, maar pas in juni 2012 ondertekend, toen bleek dat het dossier nog niet compleet was.

De rechtbank is gelet op dit stuk van oordeel dat in september 2010 reeds spoor 2 ingezet had moeten worden. Dat het nadien beter ging met de werknemer, dat spoor 1 toen weer tot de mogelijkheden is gaan behoren en dat toen is gefocust op spoor 1, zoals eiseres heeft aangevoerd, doet daar niet aan af.

Daarnaast heeft de door eiseres ingeschakelde arbeidsdeskundige [betrokkene 3] van [B] B.V. in zijn rapport van 25 juli 2011 aangegeven dat de werknemer ongeschikt is voor eigen of ander werk bij de eigen werkgever en dat spoor 2 wordt geadviseerd. Het UWV heeft aangegeven dat het vervolgens tot november 2011 heeft geduurd voordat het re-integratietraject op spoor 2 is gestart. Eiseres heeft verklaard dat het druk was in het bedrijf en dat prioriteit is gegeven aan andere zaken. Dat maakt echter niet dat er sprake is van voldoende re-integratie-inspanningen.

Gelet op het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat het UWV op basis van de beschikbare gegevens terecht heeft geconcludeerd dat eiseres onvoldoende re-integratie-inspanningen heeft verricht. Het primaire standpunt van het UWV dat spoor 2 te laat is ingezet, slaagt. De overige door arbeidsdeskundige [betrokkene 2] genoemde omstandigheden, ten aanzien van de vormgeving en uitvoering van het re-integratietraject, behoeven derhalve geen bespreking meer.”

Tegen deze uitspraak zijn geen rechtsmiddelen ingesteld.

1.11 [eiser] heeft voor de door hem ten behoeve van [betrokkene 1] verrichte werkzaamheden facturen aan [verweerster] gestuurd voor een totaalbedrag van € 3.344,=. De factuur van 14 september 2012 voor een bedrag van € 1.904,= en de factuur van 18 oktober 2013 voor een bedrag van € 726,= zijn onbetaald gebleven.

1.12 Bij inleidende dagvaarding van 29 augustus 2014 heeft [verweerster] [eiser] gedagvaard voor de rechtbank Rotterdam en daarbij gevorderd dat [eiser] wordt veroordeeld tot het vergoeden van de door haar als gevolg van de aan haar opgelegde loonsanctie geleden schade ten bedrage van € 29.460,27, te vermeerderen met rente en kosten.

Aan deze vorderingen heeft [verweerster] ten grondslag gelegd dat [eiser] niet heeft gehandeld met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend persoon mocht worden verwacht en te weinig tijd aan [verweerster] heeft besteed en voorts dat de onder verantwoordelijkheid van [eiser] ingeschakelde bedrijfsarts reeds in september 2010 had moeten adviseren tot het inzetten van het tweede spoor bij de re-integratie van [betrokkene 1].

1.13 [eiser] heeft bij conclusie van antwoord tevens eis in reconventie in conventie verweer gevoerd en in reconventie gevorderd dat [verweerster] wordt veroordeeld tot betaling van de openstaande facturen, te vermeerderen met buitengerechtigde incassokosten, rente en kosten.

1.14 De rechtbank heeft bij vonnis van 25 februari 2015 een comparitie van partijen gelast. Deze heeft op 9 juli 2015 plaatsgevonden. [verweerster] heeft ter zitting een conclusie van antwoord in reconventie genomen.

1.15 Vervolgens heeft de rechtbank bij eindvonnis van 26 augustus 2015 de vorderingen in conventie afgewezen en [verweerster] in reconventie veroordeeld tot betaling aan [eiser] van – samengevat – een bedrag van € 2.630,= te vermeerderen met rente.

1.16 [verweerster] is, onder aanvoering van tien grieven van dit eindvonnis in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof Den Haag en heeft – zakelijk weergegeven – gevorderd dat het vonnis wordt vernietigd en dat het door haar in eerste aanleg gevorderde alsnog wordt toegewezen en met veroordeling van [eiser] tot terugbetaling van hetgeen [verweerster] ter voldoening aan het vonnis al heeft betaald.

1.17 Bij arrest van 29 december 2015 heeft het hof een comparitie van partijen gelast die op 11 maart 2016 plaatsgevonden. Daarin is bepaald dat indien [eiser] voor of op de zitting nog een memorie van antwoord neemt, deze uiterlijk twee weken voor de comparitie aan de griffie handel van het hof en aan de wederpartij verzonden dient te worden. [eiser] heeft een memorie van antwoord ingediend waarin de grieven van [verweerster] zijn bestreden.

Vervolgens hebben partijen hun zaak op 9 juni 2016 doen bepleiten.

1.18 Het hof heeft bij eindarrest van 26 juli 2016 het eindvonnis van de rechtbank vernietigd en, opnieuw recht doende [eiser] veroordeeld – samengevat – tot betaling aan [verweerster] van (i) het bedrag van € 29.640,27, te vermeerderen met de wettelijke rente; (ii) het bedrag van € 3.500,= en (iii) terugbetaling van het door [verweerster] aan hem betaalde bedrag van € 3.150,33, te vermeerderen met de wettelijke rente. Het hof heeft voorts het in eerste aanleg in reconventie gevorderde afgewezen, de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad verklaard en het meer of anders gevorderde afgewezen.

1.19 [eiser] heeft tegen dit eindarrest tijdig ¹ beroep in cassatie ingesteld.

[verweerster] heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep en haar standpunt schriftelijk toegelicht.

[eiser] heeft afgezien van schriftelijk toelichting en heeft gerepliceerd.

2 Bespreking van het cassatiemiddel

2.1 Het middel bevat twee onderdelen. Het eerste onderdeel is gericht tegen rov. 9 en 10, onderdeel 2 keert zich tegen rov. 11.

2.2 In de door onderdeel 1 aangevallen rov. 9 en 10 heeft het hof als volgt geoordeeld:

“9. Naar het oordeel van het hof heeft [eiser] zelf met genoemde standpuntwijziging gehandeld in strijd met de twee-conclusieregel. Dit nieuwe verweer had uiterlijk bij memorie van antwoord moeten worden aangevoerd. [verweerster] heeft hierop in zijn pleitnota slechts gereageerd, hetgeen hem bezwaarlijk kan worden verweten. Er is geen grond om ten behoeve van [eiser] een uitzondering op de twee-conclusieregel te maken. Ook de goede procesorde verzet zich ertegen de

nieuwe standpunten van [eiser] te onderzoeken. Dit laatste geldt evenzeer voor de eerst ter pleidooi in hoger beroep door [eiser] ingenomen stelling dat hij [verweerster] er door middel van een (overigens niet overgelegd) e-mailbericht van 23 juli 2012 op attent heeft gemaakt dat het UWV per abuis uit het plan van aanpak heeft afgeleid dat de bedrijfsarts in september 2010 tot het inzetten van het tweede spoor heeft geadviseerd.

10. Nu partijen daarover tot en met de memorie van antwoord in hoger beroep niet hebben getwist (sterker nog: [eiser] heeft dit met zoveel woorden aangevoerd, getuige zijn conclusie van antwoord bij randnummers 9 en 20 en zijn memorie van antwoord bij randnummer 5) en de nieuwe stelling over bedoeld “misverstand” ook daarom onvoldoende is onderbouwd, zal het hof er gelet op het voorgaande vanuit gaan dat:

– bedrijfsarts [betrokkene 4] met betrekking tot de re-integratie van [betrokkene 1] in september 2010 heeft geadviseerd tot het inzetten van het tweede spoor,

– de reden voor het opleggen van de loonsanctie aan [verweerster] is dat bij de re-integratie van [betrokkene 1] niet reeds in september 2010 het tweede spoor is ingezet.”

2.3 Centrale klacht van het onderdeel is dat het hof ten onrechte althans onbegrijpelijkerwijs het gecorrigeerde verweer van [eiser] heeft gepasseerd. Deze centrale klacht wordt in een viertal subonderdelen nader uitgewerkt.

Subonderdeel 1.1 is in het bijzonder gericht tegen het oordeel van het hof dat [eiser] in strijd heeft gehandeld met de twee-conclusieregel en dat er geen grond is om ten behoeve van [eiser] een uitzondering te maken. Volgens het subonderdeel geven deze oordelen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting dan wel zijn deze onbegrijpelijk gemotiveerd omdat [verweerster], door geen protest tegen het nieuwe verweer van [eiser] aan te tekenen maar daarop uitdrukkelijk en zonder voorbehoud te reageren [2](#), ondubbelzinnig met de uitbreiding van de rechtsstrijd in appel heeft ingestemd.

2.4 Alvorens op deze klachten in te gaan, geef ik een verkorte schets van de ‘twee-conclusieregel’ en vervolgens een samenvatting van het bestreden arrest.

De ‘twee-conclusieregel’

2.5 De ‘twee-conclusieregel’ houdt in dat in het eerste processtuk dat partijen in hoger beroep mogen nemen, niet alleen alle grieven dienen te worden aangevoerd maar dat daarin ook (a) nieuwe feiten moeten worden gesteld, (b) de (grondslag van de) eis moet worden veranderd, of (c) nieuw verweer dient te worden gevoerd. De mogelijkheid tot wijziging of aanvulling van feitelijke of juridische stellingen is in beginsel dus beperkt. Zij geldt echter slechts indien en voor zover deze nieuwe stellingen strekken tot wijziging van het dictum van de uitspraak van de rechtbank, en dus tot vernietiging van die uitspraak. Voor zover de nieuwe feiten en stellingen niet die strekking hebben, moet hun toelaatbaarheid worden getoetst aan de eisen van een goede procesorde met als uitgangspunt dat zij in het processuele debat worden betrokken, gezien de herstelfunctie van het appel. [3](#)

2.6 Deze in beginsel strakke regel kent een aantal uitzonderingen. De regel geldt onder meer niet in geval van ondubbelzinnige toestemming van de wederpartij. Die toestemming hoeft niet uitdrukkelijk te worden gegeven. Een ondubbelzinnige toestemming kan dus besloten liggen in verklaringen of gedragingen van een partij, bijvoorbeeld indien een partij zonder voorbehoud ingaat op een na de memorie van grieven of memorie van antwoord naar voren gebrachte grief of verweer. [4](#)

De regel geldt voorts evenmin indien onverkorte toepassing van de regel in strijd zou komen met de eisen van een goede procesorde. Van strijd met de eisen van een goede procesorde indien de regel onverkort wordt toegepast, kan sprake zijn in geval van (i) een rechterlijke fout, (ii) nieuwe ontwikkelingen van feitelijke of juridische aard nadat van grieven is gediend, of (iii) een aan geïntimeerde toe te rekenen verkeerde voorstelling van zaken bij appellant. ⁵

2.7 In het deel Hoger beroep in de serie Asser Procesrecht wordt ten aanzien van de hiervoor onder (iii) genoemde uitzondering bepleit dat na de memorie van grieven nog een nieuwe grief mag worden aangevoerd indien appellant door aan geïntimeerde toerekenbare omstandigheden in een onjuiste veronderstelling omtrent de feiten is gebracht en op die grond niet eerder een grief heeft aangevoerd tegen hetgeen de rechtbank heeft vastgesteld. Als hij dan in de loop van de procedure in hoger beroep de ware stand van zaken op het spoor komt en in verband daarmee alsnog een grief aanvoert, zou het in strijd zijn met een goede procesorde als geïntimeerde zich erop zou beroepen dat de grief tardief is aangevoerd. ⁶

Het bestreden arrest

2.8 Zoals het hof in rov. 6 heeft aangekondigd, heeft het de tien door [verweerster] aangevoerde grieven per onderwerp beoordeeld, te beginnen met het tekortschieten door [eiser]. Dienaangaande heeft het hof in de rov. 12-16 de stelling van [verweerster] beoordeeld dat [eiser] aansprakelijk is voor de aan [verweerster] opgelegde loonsanctie omdat [eiser] niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan door bij de begeleiding van de re-integratie van [betrokkene 1] in september 2010 niet het tweede spoor in te zetten/te adviseren. Het hof is in de rov. 15 en 16 tot de slotsom gekomen dat [eiser] op dit punt is tekortgeschoten en dat dat tekortschieten in een causaal verband staat met de aan [verweerster] opgelegde loonsanctie.

2.9 Vervolgens heeft het hof onder 20-26 de gevorderde schadevergoeding en buitengerechtelijke kosten beoordeeld en daarbij het beroep van [eiser] op eigen schuld van [verweerster] alsmede het beroep op matiging betrokken (rov. 27-30).

Het beroep van [verweerster] (in reconventie) op ontbinding van de overeenkomst en het gevolg daarvan, is aan de orde gekomen in de rov. 31-32, waarna het hof onder 33-38 tot de slotsom is gekomen – samengevat – dat het vonnis van de rechtbank niet in stand kan blijven en dat het hof het door [verweerster] gevorderde alsnog zal toewijzen en de reconventionele vorderingen van [eiser] alsnog zal afwijzen.

2.10 Tegen de hiervoor onder 2.8 en 2.9 genoemde rechtsoverwegingen zijn geen cassatieklachten gericht.

De context van de bestreden rechtsoverwegingen 9-11

2.11 Dat laatste geldt ook voor de rov. 2, 5, 7 en 8.

Het hof heeft in de rov. 2 en 5 de vordering van [verweerster] en de grondslagen daarvan in eerste aanleg respectievelijk hoger beroep omschreven. In rov. 7 heeft het hof vervolgens overwogen dat volgens [eiser] [verweerster] tijdens de comparitie in hoger beroep een nieuwe grief naar voren heeft gebracht door te betogen dat [eiser] het plan van aanpak onjuist heeft opgesteld en voorts dat deze grief volgens [eiser] buiten beschouwing moet worden gelaten vanwege strijd met de twee-conclusieregel.

2.12 Het hof is in de daarop volgende rechtsoverweging 8 niet overgegaan tot beoordeling van dit processuele verweer van [eiser], maar heeft zich gericht op het procedeedrag van [eiser] zelf. Naar het hof in rov. 8 heeft overwogen, heeft [eiser] in eerste aanleg en in de memorie van antwoord aangevoerd dat de bedrijfsarts in september 2010 heeft geadviseerd tot het inzetten van het tweede spoor en voorts dat de reden voor de aan [verweerster] opgelegde loonsanctie is dat bij de re-

integratie van [betrokkene 1] niet reeds in september 2010 het tweede spoor is ingezet. Vervolgens heeft [eiser], aldus het hof in rov. 8, “anders en onverenigbaar met wat hij in deze procedure tot en met de memorie van antwoord steeds heeft betoogd”, ter comparitie in hoger beroep aangevoerd dat de loonsanctie niet het gevolg is van het te laat inzetten van het tweede spoor, maar dat, samengevat, het UWV ten onrechte heeft aangenomen dat sprake was van een advies van de bedrijfsarts van september 2010 tot het inzetten van het tweede spoor.

2.13 Nu, als gezegd, tegen de hiervoor genoemde rov. 2, 5, 7 en 8 in cassatie niet is opgekomen, vormen deze overwegingen van het hof het uitgangspunt voor de beoordeling van dit cassatieberoep.

2.14 Overigens blijkt de door het hof geconstateerde standpuntwijziging van [eiser] tijdens de comparitie in hoger beroep ook uit de processtukken.

Tijdens die comparitie van 11 maart 2016 heeft [eiser] blijkens het proces-verbaal onder meer het volgende naar voren gebracht:

“De arbeidsdeskundige van het UWV, [betrokkene 2], heeft ten onrechte aangenomen dat de bedrijfsarts reeds in september 2010 geadviseerd heeft het tweede spoor traject op te starten. Maar dat is pas zo'n 11 maanden later geweest; zie de periodieke evaluatie van de bedrijfsarts van 26 augustus 2011 (productie 6 bij de memorie van antwoord). (...)

Er is geen periodieke evaluatie van de bedrijfsarts uit de periode rond september 2010 waarin hij het tweede spoor adviseert. Ik heb de bedrijfsarts van de week nog gebeld om hem, dit te vragen en hij bevestigt dit. Ik begrijp niet waarop de arbeidsdeskundige van het UWV [betrokkene 2] dit op baseert.

(...) In de evaluaties van december 2010 wordt ook geen tweede spoor geadviseerd. Pas in de evaluaties van augustus 2011 wordt het tweede spoor traject genoemd. Ik hoor u zeggen dat het wel erg ongelukkig is dat de periodieke evaluaties van de bedrijfsarts van de periode rond september 2010 in het dossier ontbreken, nu daar blijkbaar voor het UWV veel gewicht aan toekwam.

(...) Dat Plan van Aanpak heb ik opgesteld, echter pas aan het eind van de rit, dus na twee jaar. Die datum van 25 september 2010 klopt dus niet, die staat er alleen onder omdat het plan van aanpak eigenlijk aan het begin van de ziekteperiode moet worden opgesteld. De datum die handgeschreven boven de handtekeningen van werkgever en werknemer staat, is dan ook de datum waarop het plan daadwerkelijk is opgesteld en ondertekend. (...)

2.15 Eerder, te weten in de conclusie van antwoord en de memorie van antwoord heeft [eiser] evenwel, voor zover thans van belang, het volgende gesteld:

Conclusie van antwoord:

“9. In september 2010 gaat [betrokkene 1] naar de bedrijfsarts, [betrokkene 4] van Occure. Daar blijkt dat ze niet alleen uitgevallen is vanwege rugklachten, maar dat tevens de slechte arbeidsverhouding haar in de weg zit. De bedrijfsarts adviseert om spoor 2 in te zetten.

(...)

20. De vermeende schade komt dus niet voort uit de vermeende tekortkoming van [eiser] – vermeend laat inleveren van stukken – maar het in september 2010 niet inzetten van spoor 2. Door [verweerster] wordt ook nergens aangetoond dat het

UWV een loonsanctie oplegt omdat er iets te laat zou zijn aangeleverd.”

Memorie van antwoord:

“5. De bedrijfsarts had volgens [verweerster] eerder moeten adviseren om het tweede spoor in te zetten. Dat heeft de bedrijfsarts al op 6 september 2010 geadviseerd, maar vervolgens bleken de problemen bij de werkneemster toch zo groot dat de twee afzonderlijke bedrijfsartsen, de huisarts en de psycholoog meenden dat de werkneemster emotioneel niet in staat was normaal in werk te participeren.”

2.16 Met zijn nieuwe verweer tijdens de comparitie in hoger beroep heeft [eiser] dus een duidelijk afwijkende koers ingezet.

Beoordeling van subonderdeel 1.1

2.17 In rov. 9 – waartegen subonderdeel 1.1 zich richt – heeft het hof de vraag of [eiser] met genoemde standpuntwijziging in strijd heeft gehandeld met de twee-conclusieregel, bevestigend beantwoord. Daarbij heeft het hof, gelet op de twee-conclusieregel terecht, tot uitgangspunt genomen dat [eiser] het nieuwe verweer uiterlijk bij memorie van antwoord naar voren had moeten brengen.

2.18 Het oordeel van het hof dat er geen reden is om een uitzondering te maken op de twee-conclusieregel, omdat [verweerster] op genoemd nieuw verweer van [eiser] “in zijn pleitnota slechts [heeft] gereageerd, hetgeen hem bezwaarlijk kan worden verweten”, is m.i. echter onjuist.

2.19 [verweerster] heeft bij pleidooi in hoger beroep in reactie op het verweer van [eiser], onder meer, het volgende naar voren gebracht:

Pleitnotities:

“11. Bij de aanvang van de beroepsprocedure in eerste aanleg was de gedachte dat de bedrijfsarts onjuist had geoordeeld. Naar hetgeen thans duidelijk geworden is, is dat niet het geval, maar heeft [eiser] het plan van aanpak onjuist ingevuld en de kansen om het te corrigeren laten liggen. Waarschijnlijk is een en ander het gevolg van het feit dat het plan van aanpak niet reeds in september 2010 is ingevuld, maar pas in juni 2012. Dit is een onzorgvuldigheid die aan [eiser] valt toe te rekenen en zonder twijfel tot zijn opdracht behoorde.”

Proces-verbaal van 9 juni 2016:

“[eiser] heeft mij er niet op gewezen dat er een fout in het rapport van [betrokkene 2] staat. Ik heb het concept-bezwaarschrift nog aan [eiser] toegestuurd, hij heeft daarop gereageerd, maar daarbij niet aangegeven dat pas in 2011 sprake was van een advies tot het inzetten van het tweede spoor. Zie mijn productie F. Er staan fouten in het plan van aanpak. Daar zit de aansprakelijkheid.”

[verweerster] is bij pleidooi dus inhoudelijk ingegaan op het verweer van [eiser], en heeft geen bezwaar gemaakt tegen het late tijdstip waarop het verweer is opgeworpen.

2.20 Gelet hierop heeft het hof miskend dat er sprake was van ondubbelzinnige toestemming van de zijde van [verweerster], die ertoe noopte een uitzondering op de twee-conclusieregel aan te nemen. Indien het hof dit niet heeft miskend, heeft het zijn oordeel, gelet op het voorgaande, onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd. Van ondubbelzinnige

toestemming is immers (al) sprake indien inhoudelijk op de nieuwe grief wordt ingegaan zonder bezwaar te maken tegen het tijdstip waarop deze was opgeworpen. ⁷

2.21 Subonderdeel 1.1 slaagt derhalve.

Dit brengt mee dat de subonderdelen 1.2-1.4 geen verdere behandeling behoeven.

2.22 De vraag rijst vervolgens of het slagen van subonderdeel 1.1 ertoe leidt dat het bestreden arrest dient te worden vernietigd. Het hof heeft immers (ten overvloede) in rov. 11 nog een andere pijler onder zijn oordeel aangebracht. Tegen deze tweede zelfstandig dragende grond richt zich onderdeel 2.

2.23 Het hof heeft in rov. 11 als volgt geoordeeld:

“Ten overvloede overweegt het hof nog dat als het gewijzigde standpunt van [eiser] wel was geaccepteerd, dit niet tot een andere beoordeling zou hebben geleid. In dat geval moet immers op grond van de eigen stellingen van [eiser] worden geoordeeld dat het plan van aanpak onjuist was voor zover inhoudende dat vanaf de eerste arbeidsongeschiktheidsdag ingezet werd op reïntegratiewerkzaamheden in het tweede spoor. [eiser] heeft het plan van aanpak opgesteld en ondertekend en moet – nu hij de re-integratie van [betrokkene 1] begeleidde – hebben geweten van de onjuistheid van deze vermelding. Daar komt bij dat [eiser] de fout niet tijdig heeft onderkend, waardoor deze in de procedure in bezwaar en beroep ongecorrigeerd is gebleven, met (handhaving van) de loonsanctie als resultaat. Gelet op deze omstandigheden is [eiser] tekortgeschoten. Van [eiser] mocht immers als redelijk handelend en redelijk bekwaam register-arbeidskundige worden verwacht dat hij een inhoudelijk juist plan van aanpak zou opstellen en als er in dat plan toch foutieve informatie zou staan, hij die fouten tijdig zou corrigeren.”

2.24 Het onderdeel klaagt dat dit oordeel van het hof blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting, althans ontoereikend is gemotiveerd en werkt deze klacht uit in drie subonderdelen.

2.25 *Subonderdeel 2.2* (subonderdeel 2.1 bevat geen zelfstandige klacht) klaagt dat het hof heeft miskend dat door [verweerster] bij memorie van grieven ⁸ aan [eiser] geen verwijt is gemaakt dat hij het plan van aanpak onjuist zou hebben opgesteld, dan wel een onjuistheid daarin niet (afdoende) zou hebben gecorrigeerd. Voor zover het hof zou hebben geoordeeld dat dit verwijt wel tijdig (als onderdeel van de memorie van grieven) door [verweerster] is aangevoerd, is dit oordeel onbegrijpelijk nu dergelijke verwijten niet in de grieven vallen te lezen. Het subonderdeel betoogt verder dat “door de advocaat van [eiser] direct en bij herhaling bezwaar [is] gemaakt tegen deze voor het eerst bij de comparitie aangevoerde nieuwe verwijten (en daarmee ook nieuwe grieven), zodat het hof in strijd heeft gehandeld met de twee-conclusieregel door zijn oordeel “ten overvloede” dat sprake is van een toerekenbare tekortkoming hierop te baseren.” Ook de omstandigheid dat [verweerster] hiermee op het gecorrigeerde verweer van [eiser] zou hebben gereageerd, vormt, aldus het subonderdeel, geen geldige grond om af te wijken van de twee-conclusieregel omdat het gecorrigeerde verweer van [eiser] nu juist een reactie op de nieuwe verwijten van [verweerster] vormde.

2.26 In rov. 11 gaat het hof in op het scenario waarin het gewijzigde standpunt van [eiser] – in tegenstelling tot wat het hof daarover in de voorafgaande rov. 9 en 10 heeft overwogen – wel was geaccepteerd. Het hof is van oordeel dat ook in die situatie [eiser] is tekortgeschoten, kort gezegd, omdat dan moet worden geoordeeld dat het plan van aanpak onjuist was voor zover inhoudende dat vanaf de eerste arbeidsongeschiktheidsdag werd ingezet op re-integratiewerkzaamheden in het tweede spoor en dat [eiser] van deze onjuistheid moet hebben geweten en de fout niet tijdig heeft onderkend.

2.27 In de in de appeldagvaarding opgenomen grieven heeft [verweerster] inderdaad aan [eiser] geen verwijt gemaakt ten aanzien van het plan van aanpak. In zoverre is de eerste klacht van het subonderdeel terecht voorgesteld.

2.28 Echter, eerst tijdens de comparitie in hoger beroep op 11 maart 2016 heeft [eiser] zijn hierboven geciteerde koerswijziging ingezet waarop [verweerster] heeft gerespondeerd met het verwijt dat [eiser] het plan van aanpak onjuist heeft opgesteld. Dienaangaande heeft het hof in rov. 7 overwogen dat volgens [eiser] deze nieuwe grief buiten beschouwing moet worden gelaten vanwege strijd met de twee-conclusieregel.

2.29 Het is niet geheel duidelijk uit rov. 11 op te maken of het hof op de grondslag van de nieuwe grief heeft geoordeeld omdat het hof niet (met zoveel woorden) tot uitdrukking heeft gebracht dat de nieuwe grief in de rechtsstrijd wordt betrokken. Ik constateer wel dat het hof in rov. 11 de bewoordingen van de nieuwe grief gebruikt doordat wordt overwogen dat “op grond van de eigen stellingen van [eiser] [moet] worden geoordeeld *dat het plan van aanpak onjuist was* (cursivering A-G) voor zover inhoudende dat vanaf de eerste arbeidsongeschiktheidsdag ingezet werd op reïntegratiewerkzaamheden in het tweede spoor” en dat het hof o.m. aan de hand daarvan tot het oordeel komt dat [eiser] is tekortgeschoten.

2.30 Het lijkt er dus op dat het hof zijn overweging ten overvloede heeft gegrond op de nieuwe grief van [verweerster]. Een dergelijke veronderstelling lees ik ook in het hiervoor onder 2.25 geciteerde betoog van subonderdeel 2.2. Daarmee behoeft subonderdeel 2.3, dat veronderstelt dat het hof zijn oordeel “ten overvloede” niet op het – te late, nieuwe – verwijt van [verweerster] heeft gebaseerd, geen verdere bespreking.

2.31 Anders dan subonderdeel 2.2 betoogt, geeft dit oordeel m.i. wel blijk van een juiste rechtsopvatting met betrekking tot de twee-conclusieregel.

Ik meen dat zich hier het geval voordoet dat hiervoor onder 2.7 van deze conclusie al kort is aangestipt. [verweerster] is door de aanvankelijke stellingname van [eiser] in de procedure in eerste aanleg en in hoger beroep op het verkeerde been gezet doordat [eiser] daarin heeft aangevoerd dat de bedrijfsarts in september 2010 heeft geadviseerd tot het inzetten van het tweede spoor en dat de reden voor de aan [verweerster] opgelegde loonsanctie is dat het tweede spoor niet reeds in september 2010 is ingezet. Vervolgens is [verweerster], door het nieuwe verweer van [eiser] (dat, zoals het hof in cassatie niet bestreden in rov. 8 heeft overwogen, “anders en onverenigbaar [is] met wat hij in deze procedure tot en met de memorie van antwoord steeds heeft betoogd”), tijdens de comparitie op 11 maart 2016 op de hoogte gekomen van de ware stand van zaken en heeft zij in verband daarmee alsnog als grief aangevoerd dat [eiser] het plan van aanpak onjuist heeft opgesteld. Aldus heeft [verweerster] na de eerste schriftelijke ronde een nieuwe grief geformuleerd die zij niet eerder kon aanvoeren omdat [eiser] de zaak verkeerd of onvolledig heeft voorgesteld, hetgeen m.i. als een uitzondering op de twee-conclusieregel moet worden toegestaan. Het verweer van [eiser] dat de nieuwe grief buiten beschouwing moet worden gelaten wegens strijd met de twee-conclusieregel treft dus geen doel, waarmee de zaak m.i. ook op de nieuwe grondslag kon worden afgedaan.

2.32 Overigens zal, voor zover niet in rov. 11 kan worden ingelezen dat het hof op basis van de nieuwe grief van [verweerster] heeft geoordeeld, een verwijzingshof dat alsnog kunnen en moeten doen, hetgeen m.i. ertoe leidt dat alsdan belang bij vernietiging van het bestreden arrest ontbreekt. ⁹ Dit hangt echter nog af van de beoordeling van subonderdeel 2.4, dat tegen rov. 11 opkomt.

2.33 *Subonderdeel 2.4* klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 11, dat ook bij acceptatie van het gecorrigeerde verweer van [eiser], ¹⁰ sprake is van een toerekenbare tekortkoming, onbegrijpelijk is in het licht van het door [eiser] gevoerde verweer. Het subonderdeel noemt vervolgens de volgende stellingen van [eiser]: (i) dat hij het UWV en [verweerster] erop heeft gewezen dat er in september 2010 geen advies van de bedrijfsarts was om reeds toen het tweede spoor in te zetten; (ii) dat [verweerster] hier kennelijk ten onrechte niet, althans op ontoereikende wijze, op heeft gewezen tijdens de bezwaar- en beroepsprocedure tegen de door het UWV opgelegde loonsanctie; en (iii) dat [verweerster] eveneens ten onrechte geen hoger beroep heeft ingesteld van het vonnis van de rechtbank Zeeland-West-Brabant van 16 december 2013, zodat de gevolgen van (handhaving van) de loonsanctie voor rekening en risico van [verweerster] behoren te blijven. ¹¹

2.34 [eiser] heeft bij comparitie in hoger beroep van 11 maart 2016 gesteld dat hij het UWV erop heeft geattendeerd dat de loonsanctie het gevolg is van een misverstand:

“Ik heb nog in samenspraak met de heer [verweerster] een e-mail aan [betrokkene 2] geschreven in het kader van de bezwaarprocedure om hem daarop te wijzen, maar daar heeft hij niets mee gedaan.” (p. 2 van het proces-verbaal)

Bij pleidooi heeft [eiser] het volgende aangevoerd:

“De inhoud van het Plan van aanpak WIA geeft een juiste weergave voor zover het de situatie zou betreffen vanaf 26 juni 2011 toen de bedrijfsarts adviseerde spoor 2 in te zetten, maar het is geen juiste weergave van de situatie zes weken na de ziekmelding van [betrokkene 1] in september 2010.” (par 5. van de pleitnota)

En voorts:

“Zoals afgesproken in de reactie op de e-mail van [betrokkene 2] van 19 juli 2012 door [eiser] op 20 juli 2012 (onderdeel van productie 22 van [verweerster]) belt [eiser] hierover met [betrokkene 2] en wijst hem hierop.” (par. 7 van de pleitnota)

2.35 [verweerster] heeft bij pleidooi daar het volgende tegenover gesteld:

“In zijn e-mail van 19 juli 2012 (productie 22 in eerste aanleg) geeft de arbeidsdeskundige van het UWV al aan dat het niet re-integreren in het tweede spoor vanaf september 2010 een reden is voor een loonsanctie. [verweerster] heeft die e-mail de volgende dag aan [eiser] toegezonden (productie 22), die direct actie daarop heeft ondernomen. Daarbij heeft [eiser] echter niet gemeld dat de bedrijfsarts in september 2010 niet aangegeven heeft dat door een conflictsituatie re-integratie in spoor één waarschijnlijk was uitgesloten. Dit terwijl hij als casemanager over het hele dossier beschikte.” (par. 7 van de pleitnota)

En verder:

“Bij de aanvang van de procedure in eerste aanleg was de gedachte dat de bedrijfsarts onjuist had geoordeeld. Naar hetgeen thans duidelijk geworden is, is dat niet het geval, maar heeft [eiser] het plan van aanpak onjuist ingevuld en de kansen om het te corrigeren laten liggen (...).” (par. 7 van de pleitnota).

2.36 Blijkens het proces-verbaal heeft [eiser] nog het volgende gesteld:

“Ik heb [verweerster] gewezen op de door [betrokkene 2] gemaakte fout, de onterechte verwijzing naar het plan van aanpak. Ik heb in het rood aangegeven wat ik daarvan vond. [verweerster] vroeg mij of het klopte wat [betrokkene 2] zei. Ik heb toen in een e-mail aangegeven dat het niet klopt. Deze e-mail van 23 juli 2012 bevindt zich niet bij de processtukken (...).” (p. 2 van het proces-verbaal van 9 juni 2016)

[verweerster] heeft hier bij mondeling pleidooi op gereageerd:

“[eiser] heeft mij er niet op gewezen dat er een fout in het rapport van [betrokkene 2] staat. Ik heb het concept-bezwaarschrift nog aan [eiser] toegestuurd, hij heeft daarop gereageerd, maar daarbij niet aangegeven dat pas in 2011 sprake was van een advies tot het inzetten van het tweede spoor. Zie mijn productie F.” (p. 3 van het proces-verbaal)

En:

“Er staan fouten in het plan van aanpak. Daar zit de aansprakelijkheid.” (p. 3 van het proces-verbaal.

2.37 De hiervoor geciteerde stellingen van [eiser] komen erop neer dat hij de door [verweerster] gestelde feiten over de onjuistheid van het plan van aanpak wel erkent, maar dat hij op andere feiten wijst, namelijk dat hij het UWV en [verweerster] op de onjuistheid van het plan van aanpak heeft gewezen. [verweerster] heeft die stellingen van [eiser] weersproken door aan te voeren dat [eiser] het UWV niet heeft gemeld dat de bedrijfsarts in september 2010 niet heeft aangegeven dat spoor één waarschijnlijk was uitgesloten, [12](#) en dat [eiser] in zijn aan [verweerster] gerichte e-mail niet heeft gewezen op de fout in het rapport van het UWV. Het lag daarom op de weg van [eiser] om met een nadere onderbouwing te komen. Die onderbouwing is evenwel uitgebleven. In dat licht bezien is het oordeel van het hof in rov. 11 dat [eiser] de fout niet tijdig heeft onderkend, waardoor deze in de bezwaar- en beroepsprocedure ongecorrigeerd is gebleven en [eiser] derhalve tekort is geschoten, niet onbegrijpelijk gemotiveerd. De klacht faalt dan ook.

2.38 Tot slot bevat subonderdeel 2.4 nog de klacht dat voor zover het hof het door [eiser] gevoerde verweer heeft gepasseerd op de grond dat het in strijd is met de twee-conclusieregel, dan wel goede procesorde, dan wel onvoldoende onderbouwd is, het oordeel van het hof om de redenen als vermeld in onderdeel 1 van het middel niet in stand kan blijven. De klacht mist feitelijke grondslag voor zover het veronderstelt dat het hof het door [eiser] gevoerde verweer heeft gepasseerd op de grond dat het in strijd is met de twee-conclusieregel dan wel goede procesorde. Het hof heeft het verweer van [eiser] gepasseerd omdat het onvoldoende is onderbouwd. De omstandigheden als vermeld in onderdeel 1 van het middel, [13](#) waarop deze klacht een beroep doet, laten het door het hof gegeven oordeel in rov. 11, dat [eiser] jegens [verweerster] toerekenbaar tekort is geschoten, onverlet. Uit deze omstandigheden is immers niet af te leiden dat het plan van aanpak geen onjuistheid bevatte, [eiser] van de onjuistheid geen wetenschap heeft gehad en de onjuistheid tijdig heeft onderkend. De klacht faalt.

2.39 Nu rov. 11 derhalve stand houdt, leidt het slagen van subonderdeel 1.1 niet tot vernietiging en verwijzing en dient het cassatieberoep te worden verworpen.

3 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Noot

1. De herstelfunctie van het appel houdt in dat niet alleen bezwaren tegen de (gronden van de) beslissing van de rechter in eerste aanleg in appel kunnen worden aangevoerd, maar tevens nieuwe feiten kunnen worden gesteld, (grondslagen van) eisen kunnen worden veranderd en nieuwe verweren kunnen worden gevoerd. De keerzijde van deze devolutieve werking is (naast het grievenstelsel) de twee-conclusieregel, welke regel inhoudt dat in beginsel partijen dergelijke stellingen, voor zover zij strekken tot wijziging van het dictum van de uitspraak van de rechtbank, dienen weer te geven in hun eerste processtuk in appel (memorie van grieven voor appellant en memorie van antwoord voor geïntimeerde).

2. Op deze in beginsel strakke regel zijn drie uitzonderingen aanvaard (zie onder meer HR 19 juni 2009, [ECLI:NL:HR:2009:BI8771](#) en HR 26 april 1991, [ECLI:NL:HR:1991:ZC0225](#)), namelijk (i) bij ondubbelzinnige toestemming van de wederpartij, (ii) wegens de bijzondere aard van de procedure en (iii) strijd met de eisen van een goede procesorde, onder meer wegens nieuwe ontwikkelingen nadat van grieven of antwoord is gediend, alsook een gerechtelijke fout of een aan de wederpartij toe te rekenen verkeerde voorstelling van zaken.

3. In onderhavige zaak wierp eiser tot cassatie (geïntimeerde in hoger beroep) pas tijdens comparitie in hoger beroep, en dus na de memorie van antwoord, een niet eerder naar voren gebracht verweer op. Verweerster in cassatie (appellante in hoger beroep) reageerde bij pleidooi op deze nieuwe stellingname van eiser. Het hof oordeelde evenwel dat het nieuwe verweer in strijd met de twee-conclusieregel was alsmede dat de goede procesorde zich ertegen verzet de nieuwe standpunten van eiser te onderzoeken. Het nieuwe standpunt van eiser werd derhalve niet in de rechtsstrijd betrokken. Eiser komt tegen dit oordeel van het hof in cassatie. De centrale klacht daarbij is dat het hof ten onrechte, althans onbegrijpelijkerwijs het aangepaste verweer van eiser heeft gepasseerd. Omdat verweerster geen protest tegen het nieuwe verweer kenbaar had gemaakt en zij daarop zonder enig voorbehoud had gereageerd, zou verweerster ondubbelzinnig toestemming hebben gegeven voor deze uitbreiding van de partijdiscussie in appel.

4. De Hoge Raad volgt de klacht evenwel niet en gaat mee in de gedachtegang van het hof. Onder verwijzing naar zijn eerdere arresten omtrent de (toepassing van de) twee-conclusieregel herhaalt hij dat er sprake is van een uitzondering op de in beginsel strakke twee-conclusieregel indien de wederpartij er ondubbelzinnig in toestemt dat het nieuwe verweer in de rechtsstrijd wordt betrokken. Daarbij oordeelt hij dat het hof de omstandigheid dat verweerster bij pleidooi op het nieuwe verweer van eiser heeft gereageerd – in de context van een betoog dat het aan eiser te wijten was dat tot dan toe van onjuiste feiten was uitgegaan – klaarblijkelijk niet heeft opgevat als een dergelijke ondubbelzinnige toestemming en dat het hof in zijn beoordeling heeft betrokken dat het in strijd met de goede procesorde zou zijn het nieuwe standpunt van eiser te onderzoeken. De Hoge Raad concludeert dat dit feitelijke oordeel van het hof niet onbegrijpelijk is, waarop de klacht afstuit.

5. Opvallend is dat A-G Wesseling-van Gent wel van mening is dat het hof heeft miskend dat sprake was van ondubbelzinnige toestemming van de zijde van verweerster, waardoor een uitzondering op de twee-conclusieregel op zijn plaats is. Onder verwijzing naar HR 15 oktober 1999, [ECLI:NL:HR:1999:AD4660](https://www.eclinet.nl/HR/1999/AD4660) licht zij toe dat van ondubbelzinnige toestemming immers reeds sprake is wanneer inhoudelijk op de nieuwe grief wordt ingegaan zonder bezwaar te maken tegen het moment waarop deze grief in de procedure naar voren wordt gebracht. Uit de door de A-G aangehaalde citaten uit de pleitnotitie van verweerster en het proces-verbaal volgt dat inderdaad door verweerster inhoudelijk verweer is gevoerd, maar geen formeel verweer tegen het tijdstip waarop dit nieuwe standpunt naar voren is gebracht. Wel blijkt hieruit dat verweerster haar grieven op dit nieuwe standpunt heeft aangepast, hetgeen gezien voormelde uitzonderingen bij comparitie alsnog mogelijk is. Deze mogelijkheid tot uitbreiding van grieven behelst echter een ander vraagstuk dan het al dan niet ondubbelzinnig toestemmen in een pas bij comparitie aangebracht nieuw standpunt. De door het hof gehanteerde tussenzin “in de context van een betoog dat het aan eiser te wijten was dat tot dan toe van onjuiste feiten was uitgegaan” lijkt met name te zien op de aanvullende grief van verweerster en niet op een bezwaar tegen het nieuwe standpunt van eiser. Er lijkt dus inderdaad sprake van een ondubbelzinnige toestemming om dit nieuwe standpunt binnen de grenzen van de rechtsstrijd te plaatsen.

6. Desalniettemin stuit de klacht af. De Hoge Raad concludeert terecht dat de vraag of sprake is van een ondubbelzinnige toestemming een feitelijke oordeel behelst van het hof. In ieder geval is er sprake van een gemengd oordeel. De Hoge Raad toetst dergelijke feitelijke (of gemengde) oordelen terughoudend en oordeelt daarbij louter of het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk is. Op grond van deze terughoudendheid is het oordeel van de Hoge Raad begrijpelijk, al had de Hoge Raad mogelijk op grond van de door de A-G aangehaalde citaten uit het procesdossier ook anders kunnen oordelen. Maar wellicht gaf het volledige procesdossier de Hoge Raad onvoldoende aanleiding om te oordelen dat het oordeel van het hof onbegrijpelijk was.

E.J.H. Zandbergen, FERMM Advocaten

J.M. Kuipers, FERMM Advocaten

Voetnoten

- [1.](#) De cassatiedagvaarding is op 18 oktober 2016 uitgebracht. De cassatiedagvaarding bevat in voetnoot 23 een voorbehoud tot het aanvullen van de cassatieklachten naar aanleiding van het nog te ontvangen proces-verbaal van de zitting op 9 juni 2016. Bij exploit van 27 oktober 2016 heeft [eiser] het cassatiemiddel aangevuld.
- [2.](#) Daarbij verwijst het subonderdeel onder meer naar p. 3-4 van het proces-verbaal van de comparitie van 11 maart 2016 en naar p. 2-3 van het proces-verbaal van 9 juni 2016.
- [3.](#) Zie mijn conclusie voor HR 17 mei 2013, [ECLI:NL:HR:2013:BZ6533](#), RvdW 2013/693 en o.m. HR 20 juni 2008, [ECLI:NL:HR:2008:BC4959](#), NJ 2009/21, m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders; HR 19 juni 2009, [ECLI:NL:HR:2009:BI8771](#), NJ 2010/154, m.nt. H.J. Snijders; HR 23 september 2011, [ECLI:NL:HR:2011:BQ7064](#), NJ 2013/6, m.nt. H.J. Snijders; HR 9 december 2011, [ECLI:NL:HR:2011:BR2045](#), NJ 2013/7, m.nt. H.J. Snijders; Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012/106 en 160; Ras/Hammerstein, De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken 2017, nrs. 28-32 en 38; B.T.M. van der Wiel, De in beginsel strakke regel, TCR 2012/3.
- [4.](#) Verg. Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012/108.
- [5.](#) Zie Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012/104-117 en 160.
- [6.](#) Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012/113.
- [7.](#) Zie HR 15 oktober 1999, [ECLI:NL:HR:1999:AD4660](#), NJ 2000/21, m.nt. P.A. Stein, rov. 3.4.
- [8.](#) Bedoeld zal zijn: de appeldagvaarding. Waar door [eiser] in cassatie wordt gesproken van een memorie van grieven, beschouw ik dat als een kennelijke verschrijving, aangezien de grieven reeds in de appeldagvaarding waren opgenomen.
- [9.](#) Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/48.
- [10.](#) Zie voor de inhoud daarvan rov. 8 van het bestreden arrest.
- [11.](#) Het subonderdeel verwijst naar het proces-verbaal van de comparitie van partijen van 11 maart 2016, p. 2-3, de pleitnota van [eiser], paragraaf 7 en 12, en de memorie van antwoord, paragraaf 45.
- [12.](#) Hetgeen wel uit het plan van aanpak volgt. Zie prod. B van de appeldagvaarding zijdens [verweerster].
- [13.](#) Zie subonderdeel 1.4 op p. 5 van de cassatiedagvaarding.