

erop kunnen vertrouwen dat hij in ieder geval overeenkomstig dat recht kan verrekenen. Dat heeft als consequentie dat hij een beroep op artikel 9 Ivo kan doen in elke situatie waarin de lex concursus hem in een slechtere verrekeningspositie brengt dan de lex causae, dus niet alleen wanneer de lex concursus verrekening in het geheel zou uitsluiten.

7. Ik maak een kort uitstapje naar artikel 16 Ivo. Dat artikel komt erop neer dat, als op grond van de lex concursus een handeling met de actio pauliana kan worden teruggedraaid, de handeling toch in stand blijft indien zij op grond van de lex causae niet kan worden teruggedraaid. Elders heb ik bepleit dat een juiste interpretatie van artikel 16 Ivo is dat moet worden beoordeeld wat de uitkomst van de toepassing van de lex causae zou zijn geweest in een louter binnenlandse procedure (noot onder HvJ EU 15 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:690, Tvl 2016/8, m.nt. A.J. Berends; JOR 2016/170, m.nt. P.M. Veder (*Nike/Oy*)). Dat bepleit ik ook met betrekking tot artikel 9 Ivo. Het praktische resultaat van het arrest *Nike/Oy* was evenwel dat de lex causae zo werd toegepast dat het resultaat nu juist *niet* overeenkwam met wat in een louter binnenlandse procedure zou hebben gegolden. Ik hoop dat iets dergelijks niet ook in het kader van artikel 9 Ivo gebeurt. Een verschil met *Nike/Oy* is dat dat arrest ertoe leidde dat de wederpartij moest aantonen dat de actio pauliana op grond van de lex causae niet zou slagen, en daartoe moest bewijzen dat iets niet had plaatsgevonden, welk bewijs praktisch niet is te leveren. Bij artikel 9 Ivo moet de wederpartij aantonen dat verrekening wel is toegestaan op grond van de lex causae. Dat bewijs lijkt mij makkelijker te leveren; de kans dat de wederpartij wordt opgezadeld met een onmogelijke bewijsopdracht is mijns inziens dan ook kleiner bij artikel 9 Ivo. Overigens moet de vergelijking tussen de lex causae en de lex concursus naar mijn mening niet in abstracto worden gemaakt maar in het concrete geval: zo ook A-G Bobek (§ 73 van zijn conclusie) en Schuijling (a.w. § 10).

8. In casu was de vordering overgedragen door de curator aan een derde. Blijft de Insolventieverordening na de overdracht van toepassing op de verrekeningsbevoegdheid van de wederpartij? A-G Bobek meent van niet (§ 47 van zijn conclusie) en Schuijling meent van wel (a.w. § 11). Ik ben het eens met de A-G. De vraag of kan worden verrekend klemst sterker ingeval een van beide partijen failliet is, omdat het onwenselijk is dat een wederpartij van de failliet zijn schuld geheel zou moeten voldoen terwijl hij niets of een gedeelte van zijn tegenvordering uit de boedel betaald krijgt. Wanneer hij na de overdracht opnieuw te maken krijgt met een schuldeiser die niet failliet is, is niet langer aan de orde dat hij zijn tegenvordering niet of gedeeltelijk betaald krijgt, althans niet als gevolg van het faillissement van de schuldeiser. Bovendien is een faillissement ervoor bedoeld om een verdelingsvraagstuk op te lossen: wie krijgt wat ingeval er onvoldoende geld is om alle schuldeisers te voldoen? Als de nieuwe schuldeiser niet failliet is, speelt dat verdelings-

vraagstuk niet meer. De vraag is van praktisch belang uitsluitend wanneer de lex concursus verrekening wel toestaat en de lex causae niet. Ik zie niet wat de rechtvaardiging ervan is dat de wederpartij de bescherming die de lex concursus hem bood tegen een failliete schuldeiser, zou mogen behouden tegenover een nieuwe schuldeiser die niet failliet is.

A.J. Berends

NJ 2020/406

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

1 juni 2018, nr. 17/01238

(Mrs. C.A. Streefkerk, M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek, C.E. du Perron, M.J. Kroeze; A-G mr. B.J. Drijber) m.nt. H.B. Krans

Art. 1:116, 1:125 Wft; art. 25 Rv

RvdW 2018/690

JOR 2018/215

RF 2018/78

JAR 2018/166

RAR 2018/123

JONDR 2018/795

NJB 2018/1148

ECLI:NL:PHR:2018:154

ECLI:NL:HR:2018:818

Financieel recht. Procesrecht. Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen (hfdst. 1.7, art. 1:111-129 Wft); maximering vertrekvergoeding (art. 1:125 lid 2 Wft); verhouding met Richtlijn 2013/36/EU (Vierde Richtlijn kapitaalvereisten); overgangsrecht (art. 1:125 lid 3 Wft). Nietigheid rechtshandeling in strijd met art. 1:125 jo. art. 1:116 lid 3 Wft; ambtshalve toetsing?

De maximering van de vertrekvergoeding in art. 1:125 lid 2 Wft beoogt te voorkomen dat de inperking van de variabele beloning door de Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen wordt ontgaan. Volgens de wetgever bevat de Vierde Richtlijn kapitaalvereisten met betrekking tot het beloningsbeleid minimumharmonisatie en laat zij deze verdergaande regeling toe. Rechtshandelingen in strijd met art. 1:125 Wft zijn nietig (art. 1:116 lid 3 Wft). Het tijdstip van uitkering van de vergoeding is het bepalende moment voor de beoordeling van de geldigheid van de overeengekomen vertrekvergoeding. Indien het uitkeren van de vergoeding, gelet op het temporele toepassingsbereik van art. 1:125 lid 2 Wft, in strijd is met die bepaling, is de aan die uitkering ten grondslag liggende rechtshandeling ingevolge art. 1:116 lid 3 Wft nietig, ook indien deze rechtshandeling vóór de inwerkingtreding (vanaf 7 februari 2015) van hoofdstuk 1.7 Wft is verricht. Te late betaling van verschuldigde bedragen kan niet meebrengen dat art. 1:125 lid 2 Wft alsnog op die be-

talingen en de daaraan ten grondslag liggende overeenkomst van toepassing is geworden.

Het hof is niet gehouden om art. 1:125 lid 2 Wft in verbinding met art. 1:116 lid 3 Wft (binnen de grenzen van de rechtstrijd van partijen in appel, maar) buiten het door de grieven ontsloten gebied ambtshalve toe te passen. Art. 1:125 lid 2 Wft is niet van openbare orde omdat zij niet strekt ter bescherming van algemene belangen van zo fundamentele aard dat zij (ongeacht het partijdebat of de bijzondere omstandigheden van het geval) altijd door de rechter moet worden toegepast. Dat art. 1:125 lid 2 Wft van dwingend recht is en nietigheid meebrengt heeft evenmin ambtshalve toepassing buiten het door de grieven ontsloten gebied tot gevolg. Nu art. 1:125 lid 2 Wft niet berust op een Unierechtelijke regel, kan reeds daarom evenmin sprake zijn van een Unierechtelijke verplichting tot ambtshalve toepassing daarvan.

De coöperatie Coöperatieve Rabobank U.A., als rechtsopvolgster onder algemene titel van de Coöperatieve Rabobank Vlietstreek-Zoetermeer U.A., te Amsterdam, eiseres tot cassatie, adv.: mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk, tegen
[verweerder], verweerder in cassatie, adv.: mr. D.M. de Knijff.

Hof:

Beoordeling van het hoger beroep

1. Het gaat in deze zaak om het volgende.
1.1. [appellant], geboren op 9 mei 1959 is vanaf 10 mei 1994 in dienst geweest van banken behorende tot de organisatie van Rabobank Nederland, laatstelijk tot 31 december 2013, als statutair bestuurder in dienst van Coöperatieve Rabobank Vlietstreek-Zoetermeer U.A. (hierna: Rabobank VZ).
1.2. In 2013 is tussen de directie en de raad van commissarissen van Rabobank VZ gesproken over een mogelijke fusie met Coöperatieve Rabobank Regio Den Haag U.A. (hierna: Rabobank Den Haag). De directie bestond destijds uit [appellant] en de heer [directeur 2] (hierna: [directeur 2]). De raad van commissarissen werd in de besprekingen met de directie/directeuren vertegenwoordigd door de heren [commissaris 1] en [commissaris 2] (hierna: [commissaris 1] respectievelijk [commissaris 2]).
1.3. Op 4 juli 2013 spraken directie en raad van commissarissen over de onderhandelingsstrategie in geval van fusiebesprekingen met Rabobank Den Haag. Daarbij is ook gesproken over de financiële consequenties voor de directeuren indien het tot een fusie zou komen. [appellant] heeft daarbij aangegeven een financiële voorziening van € 1.336.500 te verlangen, mocht de fusie resulteren in zijn vertrek. Uit het door [directeur 2] opgestelde en op 12 augustus 2013 door de raad van commissarissen geaccordeerde verslag van die bespreking blijkt dat het gesprek in een open en constructieve sfeer verliep en dat [commissaris 1] en [commissaris 2] over de financiële voorziening van € 1.336.500 aangaven:

“dat ze het een redelijk voorstel vinden waar ze achter staan. Wat hen betreft bezegelen we het voorstel vooralsnog middels een ferme handdruk en in een later stadium, als het relevant lijkt te worden, werken we het voorstel uit in een definitieve vaststellingsovereenkomst”.

1.4. Op 4 oktober 2013 heeft [appellant] op verzoek van [commissaris 1] een concept-vaststellingsovereenkomst opgesteld en aan de laatste toegestuurd. In bedoeld concept is een bedrag van € 1.336.500 bruto als beëindigingsvergoeding opgenomen.

1.5. Op 19 oktober 2013 hebben [commissaris 1] en [commissaris 2] overleg gevoerd met de Regiodirecteur van Rabobank Nederland, de heer [regiodirecteur] (hierna: [regiodirecteur]), en de bedrijfsjurist mevrouw mr. [bedrijfsjurist]. [commissaris 1] heeft vervolgens op 28 oktober 2013 een nieuw concept-vaststellingsovereenkomst aan [appellant] gestuurd, met daarin een beëindigingsvergoeding van € 880.461,57 bruto.

1.6. Bij e-mailbericht van 31 oktober 2013 heeft [appellant] aan [commissaris 1] en [commissaris 2] onder meer als volgt bericht:

“Morgen, vrijdag 1 november, wil ik graag de stukken m.b.t. de beëindiging van mijn arbeidscontract wederzijds tekenen. Wat daar van mijn kant nog aan ontbreekt is een voorstel voor het resterende deel van de afspraken van 4 juli en specificatie van de afrekening in januari 2014. Daarin moet ook de variabele beloning over 2013 worden verwerkt.

In juli van dit jaar hadden wij een budget van € 1.336.500 afgesproken. Afgelopen maandag hebben we daarover gesproken. Afgesproken is dat we de afkoopsom zo dicht mogelijk tegen 1 mio. zouden trachten vast te stellen. Voor het bedrag daarboven zouden we lokale oplossingen zoeken.

Inmiddels is de afkoopsom van het arbeidscontract vastgesteld op € 970.000. Resterend € 366.500. [...]

Ik heb het voorstel tot afrekening bijgevoegd. Daarin is het overzicht van nog te verrekenen bedragen toegevoegd, zoals ik dat jullie van de week heb toegestuurd. In het voorstel tot afrekening per januari 2014 is direct een voorstel opgenomen m.b.t. de variabele beloning over 2013. Dan is dat ook maar geregeld. Ik hoop dat jullie je daarin kunnen vinden. [...]”

1.7. Op 1 november 2013 hebben partijen een vaststellingsovereenkomst gesloten. Daarin is onder meer het volgende geregeld:

- De arbeidsovereenkomst eindigt per 31 december 2013 (art. 3).
- [appellant] ontvangt een beëindigingsvergoeding van € 970.000 bruto (art. 5).
- Rabobank VZ betaalt een bijdrage in de gemaakte kosten van juridische advisering van maximaal € 1.500, inclusief kantoorkosten en exclusief btw (art. 14).

- Partijen verlenen elkaar over en weer finale kwijting ter zake van de arbeidsovereenkomst en de beëindiging daarvan (art. 16).

1.8. Bij e-mailbericht van 3 november 2013 heeft [appellant] aan [commissaris 1] en [commissaris 2] de documenten "*coulance overkreditering januari 2014.docx*" en "*afrekenvoorstel januari 2014 def.docx*" toegestuurd. In dit emailbericht is onder meer geschreven:

"Afgelopen vrijdag hebben we over afronding gesproken. De vaststellingsovereenkomst is getekend. Er wordt nu gewerkt aan passende fiscale afhandeling.

Na afkoop resteerde nog een bedrag van € 366.500. [...] Ik denk dat we er zo helemaal uit zijn, passend binnen de afspraken van 4 juli jl., gebruik makend van de mogelijkheden die er zijn. Ik waardeer het zeer dat jullie je zo loyaal aan de afspraken hebben getoond. Daar spreekt veel waardering uit. [...]"

1.9. [commissaris 1] heeft daarop gereageerd bij e-mailbericht van 4 november 2013 om 13.13 uur met de mededeling dat hij bedenkingen heeft bij het "construct" van de coulance-uitkering en moeite heeft met het uitkeren van niet genoten sabbaticals en opleidingsbudget, maar voegt daar later (om 13.27 uur) aan toe: "*Maar hoe dan wel? We zouden kunnen kiezen voor uitkering ineens 'conform afspraak', waarbij het hypotheekconstruct niet hoeft?*".

1.10. Bij overeenkomst van 4 november 2013 getiteld "*Coulance-uitkering vanwege overkreditering*" is door Rabobank VZ aan [appellant] een bedrag van € 216.776 toegekend. Bij overeenkomst van dezelfde datum getiteld "*Afrekening arbeidsvoorwaarden*" is door Rabobank VZ een [appellant] een bedrag van € 243.000 toegekend ter zake van nog te verrekenen posten en daarnaast een bedrag van € 54.000 als variabele beloning over 2013.

1.11. De beëindigingsvergoeding van € 970.000 en de "*Coulance-uitkering vanwege overkreditering*" van € 216.776 zijn door Rabobank VZ op respectievelijk 13 november 2013 en 4 december 2013 aan [appellant] betaald.

1.12. Bij e-mailbericht van 8 december 2013 heeft [appellant] aan [commissaris 1] geschreven dat hij "*graag kort het eindsaldo van de afronding [wil] opmaken*". Onder het kopje "*Status implementatie vangnet*" is onder meer opgenomen:

"Met mij is een budget van € 1.336.500 afgesproken. Inmiddels is het volgende gerealiseerd:

- vaststellingsovereenkomst: beëindigingsvergoeding van € 970.000, is uitbetaald op 13 november jl.
- finale kwijting overkreditering Hypotheek € 216.776, is betaald op 4 december jl.
- restant van € 150.000, nog uit te betalen als discretionaire beloning in januari 2014, tegelijkertijd met de afrekening van de arbeidsvoorwaarden. [...]"

1.13. [commissaris 1] heeft op genoemd e-mailbericht van 8 december 2013 gereageerd. Op dat moment speelde een rol dat mededirecteur [directeur 2] niet net als [appellant] zou vertrekken, maar toch zou aanblijven. [commissaris 1] schreef onder meer als volgt:

"[...] Ik heb de commissarissen in de CC gezet, omdat hetgeen jij mailt inmiddels allemaal volledig is doorgesproken mét de RvC en door [commissaris 2] [hof: [commissaris 2]] en mij verantwoord is aan de RvC. Binnen de bank zijn de relevante betrokken functionarissen inmiddels ook volledig geïnformeerd over onze financiële afspraken, in het kader van verantwoording, correcte verslaglegging en boekhouding. De RvC is (onder protest) akkoord gegaan. Ik heb hierbij moeten refereren aan het mandaat dat [commissaris 2] en ik hadden. De RvC houdt zich aan de afspraken waar wij beiden voor hebben getekend. Nadat deze twee afspraken ('emolumenten en hypotheek') door jou op papier gesteld zijn en door ons beiden getekend zijn, wilde jij naar aanleiding van het aanblijven [van] [directeur 2] [hof: [directeur 2]] nog 1,5 ton ontvangen. De RvC is hiermee niet akkoord. Niet alleen binnen de RvC is kritisch gereageerd op de gehanteerde redenties, de afspraken en de hoogte van de bedragen, ook binnen de bank heeft het in die kleine groep tot consternatie geleid, zo is mij duidelijk geworden. [...]"

1.14. Bij brief van 21 januari 2014 hebben [commissaris 1] en [commissaris 2] aan [appellant] onder meer geschreven:

"Hierbij informeren wij u dat Directoraat Toezicht en Compliance Rabobank Nederland een onderzoek heeft opgestart inzake de regeling rondom de beëindiging van uw dienstverband bij Rabobank Vlietstreek-Zoetermeer. Op aangeven van Directoraat Toezicht en Compliance is de uitbetaling van de bedragen die in januari 2014 zouden worden uitgekeerd, te weten € 243.000 en € 54.000 stopgezet in afwachting van de uitkomst van het onderzoek. Zodra wij de uitkomst van het onderzoek hebben ontvangen, zullen wij u informeren."

1.15. [commissaris 1] heeft [appellant] bij e-mailbericht van 5 februari 2014 geantwoord op het mailbericht van de laatste (met als onderwerp: "*Ingebrekeltelling*") geschreven:

"Ha [appellant],
In goede orde ontvangen. Ik sprak [voornaam] gisteren. Die zei mij dat hij in zijn lange ervaring gezien heeft 'dat loyaliteit snel verschuift als een persoon is vertrokken'. Ik wil je dit graag mee geven: ik werk nog steeds hard voor jou. Ik kan mijzelf daarom recht in de spiegel kijken. De RvC is overruled door RN. Maar ik ben nog bezig. Omdat je dit weet. Hopelijk geeft dit je wat steun. Een fijn diner vrijdag."

1.16. [appellant] heeft in eerste aanleg in *conventie* gevorderd dat Rabobank Den Haag als rechtsopvolger van Rabobank VZ wordt veroordeeld aan hem te betalen (i) een bedrag van € 297.000 wegens afrekening arbeidsvoorwaarden, (ii) een bedrag van € 149.724 wegens discretionaire beloning, (iii) een

bedrag van € 1.500 wegens advieskosten, (iv) een bedrag van € 4.000 wegens buitengerechtelijke incassokosten, een en ander vermeerderd met wettelijke rente, en met veroordeling van Rabobank Den Haag in de proceskosten.

1.17. In *reconventie* heeft Rabobank Den Haag gevorderd (i) vernietiging van de overeenkomst “*Coulance-uitkering vanwege overkreditering*”, (ii) partiële vernietiging van de overeenkomst “*Afrekening arbeidsvoorwaarden*”, (iii) (terug)betaling een bedrag van € 216.776 netto, en in *voorwaardelijke reconventie* gevorderd (iv) ontbinding van de arbeidsovereenkomst met nevenvorderingen, alsmede in *conventie, reconventie en voorwaardelijke reconventie* veroordeling gevorderd van [appellant] in de proceskosten.

1.18. De kantonrechter heeft bij vonnis van 5 maart 2015 in *conventie* Rabobank Den Haag veroordeeld aan [appellant] te betalen een bedrag van € 93.000 ter zake van de afrekening arbeidsvoorwaarden, met rente en [appellant] in de proceskosten veroordeeld. In *reconventie* heeft de kantonrechter in dit vonnis (i) de overeenkomst “*Coulance-uitkering vanwege overkreditering*” vernietigd wegens misbruik van omstandigheden, (ii) de overeenkomst “*Afrekening arbeidsvoorwaarden*” partieel vernietigd — voor het deel dat niet door Rabobank Den Haag als verschuldigd is erkend — wegens misbruik van omstandigheden, en (iii) [appellant] veroordeeld tot (terug)betaling aan Rabo Den Haag van een bedrag van € 216.776 netto, met veroordeling van [appellant] in de proceskosten begroot op nihil.

1.19. Daartoe overwoog de kantonrechter — in de kern — als volgt over de hoofdvorderingen. Rabobank Den Haag erkent aan afrekening arbeidsvoorwaarden nog een bedrag van € 93.000 verschuldigd te zijn, zodat dit bedrag toewijsbaar is. De vaststellingsovereenkomst van 1 november 2013 kent een finale kwijting en deze staat er aan in de weg nadere vergoedingen aan [appellant] toe te kennen. Vergoedingen ter zake van niet genoten sabbaticals en opleidingsbudget zijn niet aan de orde, nu de betreffende regelingen daarin niet voorzien. De handtekening ter instemming die [commissaris 1] plaatste onder de twee documenten van 4 november 2013 zijn onder misbruik van omstandigheden geplaatst. [appellant] wist dat deze overeenkomsten in strijd waren met de beleidsregels inzake (onder meer) afscheidsregelingen en heeft [commissaris 1] daarover bewust een verkeerde voorstelling van zaken gegeven. [commissaris 1] heeft met de extra wensen van [appellant] ingestemd omdat deze anders de fusie niet zou laten doorgaan. [appellant] wist althans moest weten dat [commissaris 1] zich onder al deze omstandigheden gedwongen voelde om de extra wensen van [appellant] te honoreren.

2. In hoger beroep vordert [appellant] vernietiging van het bestreden vonnis en alsnog veroordeling van Rabobank Den Haag om aan hem te betalen (a) een bedrag van € 216.776 netto met wettelijke rente, (b) een bedrag van € 204.000 bruto met wettelijke rente, (c) een bedrag van € 1.500 wegens juridische advieskosten met wettelijke rente, (d) een

bedrag van € 4.000 wegens buitengerechtelijke incassokosten met wettelijke rente en (e) veroordeling van Rabobank Den Haag in de proceskosten van beide instanties.

3. Bij de beoordeling van het hoger beroep heeft te gelden dat Rabobank Nederland de rechtsopvolger is van Rabobank Den Haag.

4. In hoger beroep is de discretionaire beloning van € 149.724 niet meer aan de orde.

5. Met de grieven 1 tot en met 5 stelt [appellant] zich op het standpunt dat de overeenkomsten “*Afrekening arbeidsvoorwaarden*” en “*Coulance-uitkering vanwege overkreditering*” (hierna: de overeenkomsten) rechtsgeldig en zonder wilsgebreken tot stand zijn gekomen en dat Rabobank Nederland gehouden is de daarmee gemoeide bedragen te betalen. Deze grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling, als volgt.

6. Bij gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep heeft Rabobank Nederland als “*extra argument*” tegen toewijzing van de vorderingen van [appellant] aangevoerd dat de overeenkomsten strijdig zijn met art. 1:125 lid 2 Wet Financieel Toezicht (WFT) en daarom op grond van art. 1:116 lid 3 WFT nietig zijn. Het hof zal dit verweer niet beoordelen. De in art. 347 lid 1 Rv besloten liggende tweeconclusieregel brengt mee dat de rechter in beginsel niet behoort te letten op verweren die in een later stadium dan in de memorie van antwoord worden aangevoerd, tenzij zich een van de in de rechtspraak erkende uitzonderingen op die regel voordoet (zie recentelijk HR 2 oktober 2015,

ECLI:NL:HR:2015:2906, r.o. 3.5). Het verweer is in strijd met deze in beginsel strakke regel eerst bij pleidooi in hoger beroep aangevoerd. Omstandigheden die rechtvaardigen dat wordt afgeweken van deze regel zijn gesteld noch gebleken. Daar komt bij, dat het eerst in dit stadium van het geding aanvoeren van bedoeld verweer tevens in strijd is met de goede procesorde. De wettelijke regels waarop Rabobank Nederland zich beroept zijn niet van openbare orde, zodat het hof niet amtsshalve (art. 25 Rv) gehouden is deze toe te passen.

7. Rabobank Nederland stelt dat de overeenkomsten zijn aangegaan onder een opschortende voorwaarde, die niet is vervuld, zodat de overeenkomsten geen rechtsgevolgen hebben gekregen (art. 6:22 BW). Volgens Rabobank Nederland heeft [commissaris 1] bij het maken van de afspraken in juli 2013 en daarna bij de totstandkoming van de overeenkomsten stevast gezegd: “*het moet wel kunnen*”, “*dat de afspraken wel moesten passen binnen de kaders van de Rabobankorganisatie*” (conclusie van antwoord sub 1 en 6, 24), “*dat deze overeenkomsten zouden worden getoetst bij Rabobank Nederland*” (conclusie van antwoord sub 26, memorie van antwoord sub 61 en 62) en voorts “*het moest wel kloppen*” (notitie bij de comparitie van partijen sub 2). Bij gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep — in reactie op de pleitnota zijdens [appellant] sub 56 — heeft Rabobank Nederland gesteld dat de

voorwaarde inhield dat de overeenkomsten door Rabobank Nederland “moesten worden goedgekeurd”.

8. Naar het oordeel van het hof heeft Rabobank Nederland met het voorgaande onvoldoende onderbouwd dat een opschortende voorwaarde in de zin van art. 6:22 BW is overeengekomen, dan wel dat de overeenkomsten alleen geldig zouden zijn als deze in overeenstemming waren met “de kaders van de Rabobankorganisatie”.

8.1. In beide instanties, tot aan het pleidooi in hoger beroep, heeft Rabobank Nederland het standpunt ingenomen dat de overeenkomsten zich inhoudelijk niet verdragen met een aantal beleidsregels van de Rabobank-organisatie, dat de toetsing door Rabobank Nederland die strijd heeft vastgesteld en dat daarom de “opschortende voorwaarde” niet is vervuld. In welk opzicht de overeenkomsten inhoudelijk met deze beleidsregels strijden is echter niet onderbouwd, ook niet na de herhaalde stelling van [appellant] dat deze beleidsregels geen materiële normen of standaarden inhouden, maar procedureregels uit het oogpunt van *governance*. Door Rabobank Nederland is (ook) niet gesteld dat het niet volgen van deze procedureregels bedoelde strijd met de beleidsregels oplevert. Van belang is voorts dat [appellant] onvoldoende gemotiveerd weersproken heeft gesteld dat er – in lijn met de aankondiging in de e-mail van 21 januari 2014 (r.o. 1.15) – een compliance rapport moet zijn opgesteld. Dat rapport is door Rabobank Nederland niet in het geding gebracht, hetgeen voor de hand had gelegen ter onderbouwing van haar standpunt. Aldus is onvoldoende onderbouwd wat de strijd is met “de kaders van de Rabobankorganisatie” en wat de betekenis is van een toetsing door Rabobank Nederland daaraan. Ook is onvoldoende onderbouwd wat het onzekere karakter is van die toetsing in de zin van art. 6:21 BW. Voorts is van belang dat Rabobank Nederland ook stelt dat [appellant] de raad van commissarissen bewust op het verkeerde been heeft gezet om een situatie te creëren dat [appellant] zich op een bindende overeenkomst kon beroepen (conclusie van antwoord sub 7 en 10). Hoe dat verwijt zich verhoudt tot de stelling dat er sprake was van een opschortende voorwaarde – en dus geen reeds bindende overeenkomst – is niet onderbouwd.

8.2. Het hof komt aan het leveren van bewijs/ tegenbewijs niet toe, nu zonder bedoelde voldoende onderbouwing niet is in te zien dat/of het ter zake dienend is of er nu wel of niet is gezegd “het moet wel kunnen”, “dat de afspraken wel moesten passen binnen de kaders van de Rabobankorganisatie” en “dat deze overeenkomsten zouden worden getoetst bij Rabobank”.

8.3. Voor zover Rabobank Nederland met de opmerking dat de overeenkomsten door Rabobank Nederland “moesten worden goedgekeurd” iets anders bedoelt dan wat hiervoor in r.o. 8.1 is aangegeven, gaat het hof daaraan voorbij. Deze andere betekenis is niet onderbouwd. Daar komt nog bij, dat het in strijd is met de goede procesorde om eerst bij pleidooi in hoger beroep een wezenlijk andere bete-

kenis aan de voorwaarde te verbinden. Het procesuele debat tot dan ging over de inhoudelijke strijd van de overeenkomsten met “de kaders van de Rabobankorganisatie”. Afgaande op hetgeen door Rabobank Nederland is aangevoerd tot aan het pleidooi, moet ervan worden uitgegaan dat het (werkelijke) probleem van Rabobank Nederland zit in de omvang van de toegekende financiële aanspraken. Dit lijkt aan te sluiten op het mailbericht van [commissaris 1] van 5 februari 2014, geciteerd in r.o. 1.16, waarin hij zegt: “De RvC is overruled door RN”. Echter, Rabobank Nederland heeft in deze procedure niet gesteld dat [commissaris 1] en/of [commissaris 2] [appellant] steeds als voorwaarde hebben gesteld dat Rabobank Nederland moest instemmen met de omvang van de toegekende financiële aanspraken, los van de vraag of er strijd was met “de kaders van de Rabobankorganisatie”. Een dergelijk standpunt had tot een heel ander procesueel debat geleid over de aard en de consequenties van de opschortende voorwaarde.

8.4. Dat de door Rabobank Nederland gepercipieerde bovenmatigheid van de toegekende financiële aanspraken wel een grote rol speelt in het procesuele debat over de gestelde wilsgebreken, leidt niet tot een ander oordeel.

9. Dat bij de vaststellingsovereenkomst van 1 november 2013 over en weer finale kwijting is verleend leidt evenmin tot een ander oordeel. Immers, niet is in te zien waarom het partijen niet vrij stond om nadien nog andere overeenkomsten – zoals hier aan de orde – te sluiten.

10. Rabobank Nederland heeft ook nog aangevoerd dat [appellant] geen recht op vergoeding van niet genoten sabbaticals en onderwijsbudget, en ook niet op een compensatie voor overkreditering. Het hof gaat hieraan voorbij. Of er op zichzelf beschouwd recht bestaat op deze zaken is niet relevant. Immers, Rabobank Nederland heeft onvoldoende weersproken dat het [appellant] en [commissaris 1] er om ging het gat te dichten tussen de beëindigingsvergoeding van € 970.000 en “het budget” van € 1.336.500 waarop [appellant] aanspraak maakte. [commissaris 1] ging daarin zo ver mee dat hij zich heeft gestoord aan het oormerken van bedragen met dat doel en heeft gesuggereerd te “kiezen voor uitkering ineens “conform afspraak” (zie r.o. 1.9). Uiteindelijk heeft [commissaris 1] (toch) de overeenkomsten getekend.

11. Te beoordelen is dan of de overeenkomsten geheel of gedeeltelijk vernietigd dien(d)en te worden omdat zij door misbruik van omstandigheden door [appellant] tot stand zijn gekomen (art. 3:44 leden 1 en 4 BW). Daarvoor is nodig dat [appellant] wist of moest begrijpen dat Rabobank VZ door “bijzondere omstandigheden” bewogen is tot het aangaan van de overeenkomsten, ofschoon [appellant] wist of moest begrijpen dat hij Rabobank VZ daarvan had behoren te weerhouden.

12. Rabobank Nederland stelt dat [appellant] als directievoorzitter van Rabobank VZ op de hoogte was van alle regelingen en voorschriften (inclusief

beleidskaders) binnen de Rabobankorganisatie. [commissaris 1] en [commissaris 2] waren niet zo nadrukkelijk ingevoerd in die regelingen en voorschriften. Zij vertrouwden er op en mochten er ook op vertrouwen dat [appellant] hen volledig en correct informeert over alle relevante (interne) regelgeving en beleidsuitgangspunten, ook ten aanzien van groepsbrede regelingen en beleidsonderwerpen. [appellant] heeft bewust nagelaten om hen er op te wijzen dat voor regelingen boven € 1.000.000 er altijd vooraf mandaat (goedkeuring) van zowel de raad van bestuur als de raad van commissarissen van Rabobank Nederland moet worden verkregen. [appellant] heeft het sluw gespeeld en hen bewust op het verkeerde been gezet. Door uitsluitend met de fusie te willen instemmen en te bevorderen dat die kon plaatsvinden binnen korte termijn als de uitzonderlijk hoge vertrekvergoeding, inclusief incorrecte afrekening arbeidsvoorwaarden en de “*Coulance uitkering wegens overcreditering*” aan hem zouden worden betaald. [appellant] heeft keer op keer duidelijk laten blijken dat hij de fusie kon maken of breken of in ieder geval te kunnen vertragen. Op 4 november 2013 was er een grote tijdsdruk in het kader van de fusie. Er was voor [commissaris 1] en [commissaris 2] geen tijd om de overeenkomst aan Rabobank Nederland voor te leggen, aldus nog steeds Rabobank Nederland.

13. Het hof verworpt het beroep op misbruik van omstandigheden, om de volgende redenen in onderlinge samenhang bezien.

13.1. [appellant] heeft onvoldoende gemotiveerd weersproken gesteld dat er door de Nederlandsche Bank en Rabobank Nederland hoge eisen worden gesteld aan de toezichthoudende taken van een raad van commissarissen en dat Rabobank Nederland een raad van commissarissen omvangrijke faciliteiten ter beschikking stelt om aan die taken te voldoen. In het modelprofiel Raad van Commissarissen van Rabobank Nederland worden onder kerntaken onder meer genoemd het benoemen, beoordelen, schorsen en ontslaan van de statutaire directie en het toezien op naleving van de wet, de statuten en de interne en externe regelgeving. Rabobank Nederland eist daarbij een onafhankelijke, positief-kritische en proactieve grondhouding van de commissaris ten opzichte van de directie. [appellant] heeft voorts onvoldoende gemotiveerd weersproken gesteld dat [commissaris 1] ook daadwerkelijk op de hoogte was van het beleid van Rabobank Nederland omtrent beloning. Bij die stand van zaken is onvoldoende onderbouwd dat de raad van commissarissen op het punt van de kennis en kenbaarheid van belonings- en ontslagbeleid van Rabobank Nederland in een afhankelijke positie stond ten opzichte van [appellant] als directeur.

13.2. Van belang is voorts dat van de raad van commissarissen mag worden verlangd zich op deze punten niet afhankelijk van de directeur op te stellen als er met hem over een vertrekregeling wordt onderhandeld. Het ligt immers voor de hand dat de directeur daarbij zijn eigen rechtspositie voorop

stelt. De raad van commissarissen heeft ook eerder contact gezocht met en hulp genoten van de Regiodirecteur en Rabobank Nederland (zie r.o. 1.5). Dit heeft geleid tot aanpassing van de afspraken van 4 juli 2013. Dat de raad van commissarissen vanwege de tijdsdruk bij de fusie geen tijd had om Rabobank Nederland (nogmaals) te raadplegen over de overeenkomsten is onvoldoende onderbouwd. Er mag worden aangenomen dat Rabobank Nederland als grote professionele organisatie in staat zal (moeten) zijn om ook onder grote tijdsdruk, daargelaten of daar sprake van was, van advies te kunnen dienen.

13.3. Dat [appellant] gebruik heeft gemaakt van zijn rol in de fusie om een goede regeling voor zichzelf uit te onderhandelen kan hem niet worden aangerekend. Het is aan de raad van commissarissen om in die onderhandelingen het belang van de bank voorop te plaatsen. Dat de fusie (mogelijk) zou worden vertraagd als niet aan de verlangens van [appellant] tegemoet zou worden toegegeven is geen grond om van misbruik van omstandigheden te spreken. Gesteld noch gebleken is dat het cruciaal was dat de fusie geen enkele vertraging op zou lopen. Als de raad van commissarissen het gevoel had dat [appellant] onoorbare druk uitoefende had hij er voor kunnen kiezen [appellant] te schorsen of op non-actief te stellen. Dat de tijdsdruk dit niet toeliet, is onvoldoende onderbouwd. Daar komt nog bij, dat het eerder aangehaalde e-mailbericht van 5 februari 2014 van [commissaris 1] aan [appellant], dus van veel latere datum, veeleer wijst op het weloverwogen sluiten van de overeenkomsten in plaats van het onder druk van [appellant] buigen (zie r.o. 1.16). Zo schrijft [commissaris 1]: “*Ik wil je dit graag mee geven: ik werk nog steeds hard voor jou. Ik kan mijzelf daarom recht in de spiegel kijken. De RvC is overruled door RN. Maar ik ben nog bezig. Opdat je dit weet. Hopelijk geeft dit je wat steun.*”

13.4. Van belang is voorts dat [appellant] heeft onderbouwd dat Rabobank VZ minstens evenveel kosten zou hebben gemaakt als het door hem gewenste totaalbedrag van € 1.336.500 als [appellant] na de fusie boventallig zou zijn verklaard en met toepassing van de geldende regelingen (veel later) zou zijn vertrokken. Rabobank Nederland heeft de cijfermatige onderbouwing daarvan op punten wel weersproken, maar daarmee niet aangetoond dat genoemd bedrag bovenmatig was, laat staan voor [appellant] kenbaar bovenmatig was.

14. Bij deze stand van zaken is er evenmin aanleiding om het – niet nader onderbouwde – beroep op dwaling te honoreren dan wel de overeenkomst op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid buiten toepassing te laten (art. 6:248 lid 2 BW).

15. Uit het voorgaande volgt dat de grieven 1 tot en met 5 in zoverre slagen. De overige met de grieven bestreden oordelen behoeven verder geen bespreking.

16. Grief 6 luidt dat de vordering tot vergoeding van de kosten van juridische bijstand van

€ 1.500 ten onrechte is afgewezen. Het bedrag betreft fiscaal juridisch advies en had op grond van art. 14 van de vaststellingsovereenkomst vergoed dienen te worden. [appellant] heeft dit advies ingewonnen mede om invulling te geven aan zijn verplichting op grond van art. 5 van deze overeenkomst om Rabobank VZ te voorzien van – samengevat – de voor afwikkeling fiscaal relevante gegevens, aldus nog steeds [appellant].

17. Deze grief slaagt. Art. 14 verplicht tot vergoeding van de kosten van juridische bijstand. Fiscaal juridische bijstand is ook juridische bijstand. In de vaststellingsovereenkomst is niet met zoveel woorden te lezen, noch is uit de totstandkomingsgeschiedenis daarvan af te leiden dat het hier specifiek om civielrechtelijk juridisch advies moet gaan.

18. Grief 7 luidt dat de gevorderde buitengerechtelijke incassokosten van € 4.000 ten onrechte zijn afgewezen. Deze grief faalt. Dat er buitengerechtelijke kosten zijn gemaakt die niet strekken ter voorbereiding van de gedingstukken of ter instructie van de zaak (art. 241 Rv) is onvoldoende onderbouwd.

19. Het hof gaat voorbij aan de bewijsaanbiedingen in hoger beroep nu deze niet ter zake dienend zijn dan wel onvoldoende zijn geconcretiseerd.

20. Uit het voorgaande volgt dat het hoger beroep slaagt en het bestreden vonnis zal worden vernietigd. Rabobank Nederland zal alsnog worden veroordeeld tot betaling aan [appellant] van (a) een bedrag van € 216.776 netto met wettelijke rente, (b) een bedrag van € 204.000 bruto met wettelijke rente, en (c) een bedrag van € 1.500 wegens juridische advieskosten met wettelijke rente. Rabobank Nederland zal als de in overwegende mate in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van beide instanties. Het arrest zal uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard zoals gevorderd.

Het hof:

- vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Den Haag team kanton locatie Den Haag van 5 maart 2015,

en *opnieuw rechtdoende*:

- veroordeelt Rabobank Nederland tot betaling aan [appellant] van (a) een bedrag van € 216.776 netto met wettelijke rente vanaf de dag waarop [appellant] dit bedrag aan Rabobank Nederland terugbetaalde, (b) een bedrag van € 204.000 bruto met wettelijke rente vanaf 1 januari 2014, en (c) een bedrag van € 1.500 wegens juridische advieskosten met wettelijke rente vanaf 1 januari 2014;

- veroordeelt Rabobank Nederland in de kosten van het geding in eerste aanleg in conventie, aan de zijde van [appellant] tot op 5 maart 2015 begroot op € 462 aan griffierecht en € 1.600 aan salaris advocaat;

- veroordeelt Rabobank Nederland in de kosten van het geding in eerste aanleg in reconventie, aan de zijde van [appellant] tot op 5 maart 2015 begroot op nihil;

- veroordeelt Rabobank Nederland in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van [appellant] tot op heden begroot op € 94,19 aan kosten exploit, € 1.615 aan griffierecht en € 7.790 aan salaris advocaat;

- verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid in acht te nemen vormen, doordat het gerechtshof recht heeft gedaan op de wijze als in het dictum van dat arrest is omschreven en op de gronden die in het lichaam van het arrest zijn vermeld, dit om de volgende, zo nodig in onderlinge samenhang te beoordelen redenen.

Het hof overweegt in rov. 6 dat Rabobank Nederland bij gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep als 'extra argument' tegen toewijzing van de vorderingen van [verweerder] heeft aangevoerd dat de overeenkomst 'Afrekening arbeidsvoorwaarden' en de overeenkomst 'Coulance-uitkering vanwege overkreditering' (hierna: '*de Overeenkomsten*') strijdig zijn met art. 1:125 lid 2 Wet Financieel Toezicht (WFT) en daarom op grond van art. 1:116 lid 3 WFT nietig zijn. Het hof heeft dit verweer niet beoordeeld op grond van de volgende overwegingen. De in art. 347 lid 1 Rv besloten liggende tweeconclusieregel brengt mee dat de rechter in beginsel niet behoort te letten op verweren die in een later stadium dan in de memorie van antwoord worden aangevoerd, tenzij zich een van de in de rechtspraak erkende uitzonderingen op die regel voordoet (zie recentelijk HR 2 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2906, r.o. 3.5). Het verweer is in strijd met deze in beginsel strakke regel eerst bij pleidooi in hoger beroep aangevoerd. Omstandigheden die rechtvaardigen dat wordt afgeweken van deze regel zijn gesteld noch gebleken. Daar komt bij, dat het eerst in dit stadium van het geding aanvoeren van bedoeld verweer tevens in strijd is met de goede procesorde. De wettelijke regels waarop Rabobank Nederland zich beroept zijn niet van openbare orde, zodat het hof niet ambtshalve (art. 25 Rv) gehouden is deze toe te passen, aldus nog steeds het hof.

Ten onrechte, althans zonder toereikende motivering heeft het hof niet beoordeeld of de vorderingen van [verweerder] in appel toegewezen kunnen worden gelet op de dwingendrechtelijke wetsbepaling van art. 1:125 lid 2 WFT: 'De onderneming keert aan een persoon die het dagelijks beleid van de onderneming bepaalt geen vertrekvergoeding uit die meer dan 100% bedraagt van de vaste beloning op jaarbasis.' Op grond van art. 1:116 lid 3 WFT is een rechtshandeling in strijd met deze regel nietig. De rechter is ten aanzien van de dwingendrechtelijke wetsbepaling van art. 1:125 lid 2 WFT, die leidt tot absolute nietigheid van de daarin bedoelde rechtshandeling, bevoegd en verplicht tot ambtshalve toepassing daarvan buiten de grenzen van de rechtsstrijd van partijen, zelfs wanneer art. 1:125 lid 2 WFT geen regel van openbare orde zou inhouden.

den. Het uitkeren van een vertrekvergoeding van meer dan 100% van de vaste beloning van [verweerder] op jaarbasis is in strijd met de regel van art. 1:125 lid 2 WFT en dus op grond van art. 1:116 lid 3 WFT absoluut nietig. Daaraan doet niet af dat de Overeenkomsten tot stand zijn gekomen voordat deze wetsbepalingen op 1 januari 2015 in werking zijn getreden. Art. 1:125 lid 2 WFT is ook van toepassing op het uitkeren van een daarin bedoelde vertrekvergoeding in geval de overeenkomst waarin die vertrekvergoeding is afgesproken tot stand is gekomen vóór de inwerkingtreding van art. 1:125 lid 2 WFT. De processtukken bieden blijkens het navolgende voldoende feitelijke basis voor ambtshalve toepassing van art. 1:125 lid 2 WFT. [verweerder] was tot 31 december 2013 als statutair bestuurder in dienst van Coöperatieve Rabobank Vlietstreek-Zoetermeer U.A.¹ [verweerder] bepaalde dus het dagelijks beleid van een financiële onderneming in de zin van art. 1:125 lid 2 WFT. Zijn vaste beloning per maand bestond uit een bruto maandloon van € 12.307, een vakantietoeslag van € 984,56 en een 13^e maand van € 1.025,58.² Dat is op jaarbasis minder dan € 200.000. [verweerder] heeft op grond van de vaststellingsovereenkomst van 1 november 2013 in verband met de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst per 31 december 2013 reeds een bedrag van € 970.000 ontvangen, derhalve reeds vele malen meer dan 100% van zijn vaste beloning op jaarbasis.³ [verweerder] zelf merkt het geheel van de vaststellingsovereenkomst van 1 november 2013 en de Overeenkomsten van 4 november 2013 aan als één geheel van (financiële) afspraken in verband met zijn vertrek.⁴ Dit volgt ook uit 's hofs overweging in rov. 10 van het bestreden arrest dat Rabobank onvoldoende heeft weersproken dat het [verweerder] en [betrokkene 2] erom ging het gat te dichten tussen de beëindigingsvergoeding van € 970.000 en 'het budget' van € 1.336.500, waarop [verweerder] aanspraak maakte in verband met zijn vertrek. Ook de bedragen waarop [verweerder] recht stelt te hebben op grond van de Overeenkomsten van 4 november 2013, zijn dus verschuldigd in verband met de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst en vormen dus een (onderdeel van de) vertrekvergoeding in de zin van art. 1:125 lid 2 WFT. Het hof was derhalve gehouden ambtshalve te beoordelen of de bedragen die [verweerder] in appel heeft gevorderd, toegewezen kunnen worden gelet op art. 1:125 lid 2 WFT, ongeacht of Rabobank tijdig een daarop gericht verweer heeft gevoerd.

Het voorgaande geldt eens te meer omdat de regel van art. 1:125 lid 2 jo. 1:116 lid 3 WFT, anders dan het hof ten onrechte heeft geoordeeld, van openbare orde is en het hof die regel reeds om die reden ambtshalve buiten de rechtsstrijd van partij-

en moest toepassen. Blijkens de wetsgeschiedenis is (onder andere) de bepaling van art. 1:125 WFT ingevoerd, vanwege incidenten die zich hebben voltrokken binnen de financiële sector, welke incidenten mede het gevolg zijn van excessieve variabele beloningen en veelal de consument daarvan de dupe is geworden. Een en ander heeft ertoe geleid dat het vertrouwen in de financiële sector laag en broos is. De gewenste cultuur- en gedragsverandering ten aanzien van het beloningsbeleid heeft zich in onvoldoende mate voltrokken. Hierdoor is nog steeds sprake van een vertrouwenskloof en blijft het risico bestaan dat excessieve variabele beloningen blijven leiden tot nieuwe incidenten.⁵ Uit deze overwegingen van de wetgever die hebben geleid tot het invoeren van art. 1:125 WFT per 1 januari 2015 volgt dat het gaat om een regel die in het algemeen maatschappelijk belang is en die van fundamentele betekenis is voor de Nederlandse rechtsorde.

Ten overvloede geldt dat op de regel dat de in art. 347 lid 1 Rv besloten liggende tweeconclusieregel meebrengt dat de rechter in beginsel niet behoort te letten op verweren die in een later stadium dan in de memorie van antwoord worden aangevoerd, uiteraard een uitzondering moet worden gemaakt wanneer het gaat om een verweer dat inhoudt dat de rechter een rechtsregel moet toepassen die de rechter ook zonder dat dat verweer door de desbetreffende partij wordt gevoerd, zo nodig ambtshalve buiten de grenzen van de rechtsstrijd moet toepassen. Voor zover het hof dit heeft miskend, heeft het blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

Ook de overweging van het hof dat het eerst in dit stadium van het geding aanvoeren van bedoeld verweer tevens in strijd is met de goede procesorde, is rehtens onjuist althans ontoereikend gemotiveerd. Deze overweging getuigt van een onjuiste rechtsopvatting voor zover het hof oordeelt dat de goede procesorde eraan in de weg staat dat het hof de regel van art. 1:125 lid 2 WFT ambtshalve buiten de grenzen van de rechtsstrijd toepast. Indien de rechter verplicht is ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen, kan de goede procesorde niet meebrengen dat de rechter daar vanaf zou kunnen zien. Deze overweging is bovendien onvoldoende gemotiveerd, namelijk in het geheel niet gemotiveerd. Voor zover het hof bedoelt dat het ambtshalve toepassen van de regel van art. 1:125 lid 2 WFT een voortzetting van het partijdebat nodig maakt en dat dat zou leiden tot een onredelijke vertraging van het geding, vormt dat een rehtens onjuist althans geen toereikende grond om af te zien van de ambtshalve toepassing van die regel. Onder omstandigheden brengt de verplichting tot ambtshalve toepassing van rechtsregels mee dat de rechter partijen in de gelegenheid kan of zelfs moet stellen zich over de desbetreffende kwestie uit te laten. Het hof heeft niet gemotiveerd waarom het in dit geval in strijd met de goede procesorde zou zijn om partijen gelegenheid te geven zich nader uit te laten omtrent de

1 Rov. 1.1. van het bestreden arrest.

2 Productie 7 bij CvA.

3 Rov. 1.7 en 1.11 van het bestreden arrest.

4 Zie bijvoorbeeld MvG, nr. 3 en pleitmoties in appel, nr. 7.

5 Kamerstukken II 2013–2014, 33 964, nr. 3, p. 13–14.

betekenis van art. 1:125 lid 2 WFT voor de beoordeling van de vorderingen van [verweerder] in appel.

Als een of meer van deze klachten slaagt, kunnen ook rov. 7 tot en met 19 niet in stand blijven. Als geldt dat art. 1:125 lid 2 WFT in de weg staat aan toewijzing van de vorderingen van [verweerder] in appel, dan heeft [verweerder] ook geen belang bij de behandeling van zijn grieven. Ook rov. 20 en het dictum van het bestreden arrest kunnen niet in stand blijven indien een of meer van de voorgaande klachten slaagt.

Conclusie A-G mr. B.J. Drijber:

Deze zaak betreft een geschil over een afvloeiingsregeling die is overeengekomen tussen een lokale Rabobank en een voormalig directeur. Rabobank voert voor het eerst bij pleidooi in appel als verweer aan dat die regeling in strijd is met een bepaling uit de Wet op het financieel toezicht (hierna: *Wft*) die een maximum stelt aan ontslagvergoedingen. Met toepassing van de twee-conclusieregel laat het hof dit verweer buiten behandeling. Volgens Rabobank gaat het hier om een dwingende wetsbepaling die leidt tot absolute nietigheid van de daarin bedoelde rechtshandeling en die bovendien een regel van openbare orde inhoudt. Het hof zou daarom die bepaling ook buiten de grenzen van de rechtsstrijd van partijen hebben moeten toepassen.

1. Feiten¹

1. Verweerder in cassatie, [verweerder], is geboren op [geboortedatum] 1959 en vanaf 1994 in dienst geweest van banken die behoren tot de organisatie van Rabobank Nederland, laatstelijk als directeur tevens statutair bestuurder van Coöperatieve Rabobank Vlietstreek-Zoetermeer U.A. (hierna: *Rabobank VZ*).

2. In 2013 is tussen de directie en de raad van commissarissen van Rabobank VZ gesproken over een mogelijke fusie met Coöperatieve Rabobank Regio Den Haag U.A. (hierna: *Rabobank Den Haag*). De directie van Rabobank VZ bestond destijds uit [verweerder] (voorzitter) en [betrokkene 1]. De raad van commissarissen van Rabobank VZ werd bij deze besprekingen vertegenwoordigd door [betrokkene 2] (voorzitter) en [betrokkene 3].

3. Op 4 juli 2013 spraken directie en commissarissen onder meer over de financiële consequenties voor de beide directeuren indien zij (of een van hen) bij een fusie zouden moeten vertrekken. [verweerder] heeft bij die gelegenheid naar voren gebracht een financiële voorziening van € 1.336.500 bruto te verlangen, mocht de fusie resulteren in zijn vertrek. Uit het door de raad van commissarissen geaccordeerde verslag van die bespreking blijkt dat [betrokkene 2] en [betrokkene 3] dat "... een redelijk voorstel vinden waar ze achter staan. Wat hen betreft bezegelen we het voorstel vooralsnog middels een fer-

me handdruk en in een later stadium, als het relevant lijkt te worden, werken we het voorstel uit in een definitieve vaststellingsovereenkomst".

4. Op 4 oktober 2013 heeft [verweerder] op verzoek van [betrokkene 2] aan deze een conceptvaststellingsovereenkomst toegestuurd. Daarin was een bedrag van € 1.336.500 bruto als beëindigingsvergoeding opgenomen.

5. Op 19 oktober 2013 hebben [betrokkene 2] en [betrokkene 3] overleg gevoerd met de betrokken Regiodirecteur van Rabobank Nederland en een bedrijfsjurist van Rabo Nederland. [betrokkene 2] heeft op 28 oktober 2013 een herziene conceptvaststellingsovereenkomst aan [verweerder] gestuurd, met daarin een beëindigingsvergoeding van € 880.461,57 bruto.

6. Bij e-mail van 31 oktober 2013 heeft [verweerder] aan [betrokkene 2] en [betrokkene 3] het volgende bericht:

"Morgen, vrijdag 1 november, wil ik graag de stukken m. b. t. de beëindiging van mijn arbeidscontract wederzijds tekenen. Wat daar van mijn kant nog aan ontbreekt is een voorstel voor het resterende deel van de afspraken van 4 juli en specificatie van de afrekening in januari 2014. Daarin moet ook de variabele beloning over 2013 worden verwerkt. (...)

Inmiddels is de afkoopsom van het arbeidscontract vastgesteld op € 970.000. Resteert € 366.500. [...]"

7. Op 1 november 2013 hebben partijen een vaststellingsovereenkomst ondertekend. Daarin is onder meer het volgende geregeld:

- De arbeidsovereenkomst eindigt per 31 december 2013 (art. 3).

- [verweerder] ontvangt een beëindigingsvergoeding van € 970.000 bruto (art. 5).

- Rabobank VZ betaalt een bijdrage in de gemaakte kosten van juridische advisering van maximaal € 1.500 (art. 14).

- Partijen verlenen elkaar over en weer finale kwijting ter zake van de arbeidsovereenkomst en de beëindiging daarvan (art. 16).

8. Bij e-mail van 3 november 2013 stuurt [verweerder] aan [betrokkene 2] en [betrokkene 3] twee documenten. In het eerste document is bepaald dat Rabobank VZ aan [verweerder] een bedrag van € 216.776 (netto) betaalt wegens hogere kosten die voor hem zouden ontstaan omdat als gevolg van zijn vertrek de hypotheekvoorwaarden voor zijn woonhuis wijzigen. In het tweede document is bepaald dat Rabobank VZ aan [verweerder] een bedrag van € 243.000 betaalt ter zake van nog te verrekenen posten (waaronder niet opgenomen sabbaticals en opleidingsbudget) en daarnaast een variabele beloning van € 54.000 over 2013.

9. Bij e-mail van 4 november 2013 uit [betrokkene 2] enkele bedenkingen bij beide documenten. Toch tekent hij deze nog diezelfde dag voor

¹ Zie ook rov. 1.1-1.15 van het bestreden arrest van het Hof Den Haag.

akkoord. Aldus zijn drie overeenkomsten tot stand gekomen:²

(i) De vaststellingsovereenkomst d.d. 1 november 2013, op grond waarvan de bank bij wijze van beëindigingsvergoeding €970.000 bruto aan [verweerder] verschuldigd is; genoemd bedrag is op 13 november 2013 betaald.

(ii) Een overeenkomst getiteld "*Coulance-uitkering vanwege overkreditering*" d.d. 4 november 2013, op grond waarvan de bank €216.776 netto aan [verweerder] verschuldigd is; dit bedrag is op 4 december 2013 betaald.

(iii) Een overeenkomst getiteld "*Afrekening arbeidsvoorwaarden*" d.d. 4 november 2013, op grond waarvan de bank €243.000 + €54.000 bruto verschuldigd is. Met betrekking tot het tijdstip van betaling bepaalt deze overeenkomst: "*Conform afspraak van 28 en 29 oktober jl. worden deze bedragen opgenomen in de eindafrekening van januari 2014.*"

10. Bij e-mail van 8 december 2013 maakt [verweerder], naast het voorgaande, ook nog aanspraak op een "*restant van €150.000, nog uit te betalen als discretionaire beloning in januari 2014, tegelijkertijd met de afrekening van de arbeidsvoorwaarden*", omdat "[m]et mij een budget van €1.336.500 is afgesproken". Dit verzoek wordt door de raad van commissarissen afgewezen.

11. Bij brief van 21 januari 2014 hebben [betrokkene 2] en [betrokkene 3] aan [verweerder] het volgende meegedeeld:

"Hierbij informeren wij u dat Directoraat Toezicht en Compliance Rabobank Nederland een onderzoek heeft opgestart inzake de regeling rondom de beëindiging van uw dienstverband bij Rabobank Vlietstreek-Zoetermeer.

Op aangeven van Directoraat Toezicht en Compliance is de uitbetaling van de bedragen die in januari 2014 zouden worden uitgekeerd, te weten €243.000 en €54.000 stopgezet in afwachting van de uitkomst van het onderzoek.

Zodra wij de uitkomst van het onderzoek hebben ontvangen, zullen wij u informeren."

2. *Procesverloop*³

12. [verweerder] vordert bij dagvaarding van 10 september 2014 dat Rabobank Den Haag, als rechtsopvolgster van Rabobank VZ, wordt veroordeeld aan hem te betalen (i) een bedrag van €297.000 wegens afrekening arbeidsvoorwaarden, (ii) een bedrag van €149.724 wegens discretionaire beloning, (iii) een bedrag van €1.500 wegens advieskosten, en (iv) een bedrag van €4.000 wegens buitengerechtelijke incassokosten, een en ander vermeerderd met wettelijke rente, met veroordeling van Rabobank Den Haag in de proceskosten.

13. In reconventie vordert Rabobank Den Haag: (i) vernietiging van de overeenkomst "*Coulance-uit-*

kering vanwege overkreditering", (ii) partiële vernietiging van de overeenkomst "*Afrekening arbeidsvoorwaarden*", (iii) (terug)betaling van €216.776 netto, en (iv) veroordeling van [verweerder] in de proceskosten.

14. Bij vonnis van 5 maart 2015 veroordeelt de kantonrechter in *conventie* Rabobank Den Haag aan [verweerder] te betalen een bedrag van €93.000 bruto ter zake van de afrekening arbeidsvoorwaarden. Daartoe overweegt de kantonrechter dat Rabobank Den Haag heeft erkend dit bedrag verschuldigd te zijn, zodat dit bedrag toewijsbaar is. De kantonrechter wijst de vorderingen voor het overige af.

15. In *reconventie* vernietigt de kantonrechter de overeenkomst "*Coulance-uitkering vanwege overkreditering*" en (partieel) de overeenkomst "*Afrekening arbeidsvoorwaarden*" wegens misbruik van omstandigheden. Verder veroordeelt hij [verweerder] tot (terug)betaling van de €216.776. Daartoe overweegt de kantonrechter het volgende. De finale kwijting in de vaststellingsovereenkomst van 1 november 2013 staat er aan in de weg dat nadere vergoedingen aan [verweerder] worden toegekend. Vergoedingen ter zake van niet genoten sabbaticals en opleidingsbudget zijn niet aan de orde, nu de betreffende regelingen daarin niet voorzien. De handtekening van [betrokkene 2] onder de twee documenten van 4 november 2013 zijn onder misbruik van omstandigheden geplaatst. [verweerder] wist dat deze overeenkomsten in strijd waren met de beleidsregels van Rabobank Nederland inzake (onder meer) afscheidsregelingen en heeft [betrokkene 2] daarover bewust een verkeerde voorstelling van zaken gegeven. [betrokkene 2] heeft met de extra wensen van [verweerder] ingestemd omdat deze anders de fusie niet zou laten doorgaan. [verweerder] wist of moest weten dat [betrokkene 2] zich gedwongen voelde de extra wensen van [verweerder] te honoreren. Het vonnis is uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

16. [verweerder] gaat tegen het vonnis van de kantonrechter in hoger beroep bij het Hof Den Haag (hierna: *het hof*). Coöperatieve Rabobank U.A. (hierna: Rabobank Nederland of Rabobank) is als rechtsopvolgster van Rabobank Den Haag (en indirect van Rabobank VZ) partij in de procedure geworden.

17. Bij arrest van 13 december 2016 vernietigt het hof het vonnis van de kantonrechter en wijst de vorderingen van [verweerder] (vrijwel)⁴ geheel toe. Het hof overweegt het volgende over de contouren van de rechtsstrijd in hoger beroep:

"2. In hoger beroep vordert [verweerder] vernietiging van het bestreden vonnis en alsnog veroordeling van Rabobank Den Haag om aan hem te betalen (a) een bedrag van €216.776 netto

2 De drie overeenkomsten zijn, gemarkeerd als productie 2, 3 en 4, overgelegd bij memorie van grieven.

3 De samenvatting van de procedure bij de kantonrechter is ontleend aan het bestreden arrest, rov. 1.16-1.19.

4 Alleen de gevorderde buitengerechtelijke kosten wijst het hof af; zie rov. 18.

met wettelijke rente,⁵ (b) een bedrag van € 204.000 bruto met wettelijke rente,⁶ (c) een bedrag van € 1.500 wegens juridische advieskosten met wettelijke rente, (d) een bedrag van € 4.000 wegens buitengerechtelijke incassokosten met wettelijke rente en (e) veroordeling van Rabobank Den Haag in de proceskosten van beide instanties.

3. Bij de beoordeling van het hoger beroep heeft te gelden dat Rabobank Nederland de rechtsopvolger is van Rabobank Den Haag.

4. In hoger beroep is de discretionaire beloning van € 149.724 niet meer aan de orde.

5. Met de grieven 1 tot en met 5 stelt [verweerder] zich op het standpunt dat de overeenkomsten 'Afrekening arbeidsvoorwaarden' en 'Coulance-uitkering vanwege overkreditering' (hierna: de overeenkomsten) rechtsgeldig en zonder wilsgebreken tot stand zijn gekomen en dat Rabobank Nederland gehouden is de daarmee gemoeide bedragen te betalen. Deze grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling (...)."

18. Vervolgens komt het hof tot de overweging die in cassatie centraal staat:

"6. Bij gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep heeft Rabobank Nederland als 'extra argument' tegen toewijzing van de vorderingen van [verweerder] aangevoerd dat de overeenkomsten strijdig zijn met art. 1:125 lid 2 Wet Financieel Toezicht (WFT) en daarom op grond van art. 1:116 lid 3 WFT nietig zijn. Het hof zal dit verweer niet beoordelen. De in art. 347 lid 1 Rv besloten liggende tweeconclusieregel brengt mee dat de rechter in beginsel niet behoort te letten op verweren die in een later stadium dan in de memorie van antwoord worden aangevoerd, tenzij zich een van de in de rechtspraak erkende uitzonderingen op die regel voordoet (zie recentelijk HR 2 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2906, r.o. 3.5). Het verweer is in strijd met deze in beginsel strakke regel eerst bij pleidooi in hoger beroep aangevoerd. Omstandigheden die rechtvaardigen dat wordt afgeweken van deze regel zijn gesteld noch gebleken. Daar komt bij, dat het eerst in dit stadium van het geding aanvoeren van bedoeld verweer tevens in strijd is met de goede procesorde. *De wettelijke regels waarop Rabobank Nederland zich beroept zijn niet van openbare orde, zodat het hof niet ambtshalve (art. 25 Rv) gehouden is deze toe te passen.*" (cursivering toegevoegd; AG)

Het hof beslist dus dat het verweer van Rabobank, dat de met [verweerder] gesloten overeenkomsten van 4 november 2013 in strijd zijn met art. 1:125 lid 2 Wft en daarom nietig zijn, niet beoordeeld kan worden omdat dit verweer tardief was.

19. Daarna wijst het hof de vorderingen van [verweerder] toe. Het hof oordeelt, vrij samengevat, dat een raad van commissarissen binnen een grote organisatie als Rabobank geacht moet worden te weten wat hij doet. Het hof overweegt daartoe:

"Het hof verwerpt het beroep op misbruik van omstandigheden, om de volgende redenen in onderlinge samenhang bezien.

13.1 [verweerder] heeft onvoldoende gemotiveerd weersproken gesteld dat er door de Nederlandsche Bank en Rabobank Nederland hoge eisen worden gesteld aan de toezichthoudende taken van een raad van commissarissen en dat Rabobank Nederland een raad van commissarissen omvangrijke faciliteiten ter beschikking stelt om aan die taken te voldoen. In het modelprofiel Raad van Commissarissen van Rabobank Nederland worden onder kerntaken onder meer genoemd het benoemen, beoordelen, schorsen en ontslaan van de statutaire directie en het toezien op naleving van de wet, de statuten en de interne en externe regelgeving. Rabobank Nederland eist daarbij een onafhankelijke, positief-kritische en proactieve grondhouding van de commissarissen opzichte van de directie. [verweerder] heeft voorts onvoldoende gemotiveerd weersproken gesteld dat [betrokkene 2] ook daadwerkelijk op de hoogte was van het beleid van Rabobank Nederland omtrent beloning. Bij die stand van zaken is onvoldoende onderbouwd dat de raad van commissarissen op het punt van de kennis en kenbaarheid van belonings- en ontslagbeleid van Rabobank Nederland in een afhankelijke positie stond ten opzichte van [verweerder] als directeur.

13.2 Van belang is voorts dat van de raad van commissarissen mag worden verlangd zich op deze punten niet afhankelijk van de directeur op te stellen als er met hem over een vertrekregeling wordt onderhandeld. Het ligt immers voor de hand dat de directeur daarbij zijn eigen rechtspositie voorop stelt. De raad van commissarissen heeft ook eerder contact gezocht met en hulp genoten van de Regiodirecteur en Rabobank Nederland (zie r.o. 1.5). Dit heeft geleid tot aanpassing van de afspraken van 4 juli 2013. Dat de raad van commissarissen vanwege de tijdsdruk bij de fusie geen tijd had om Rabobank Nederland (nogmaals) te raadplegen over de overeenkomsten is onvoldoende onderbouwd. Er mag worden aangenomen dat Rabobank Nederland als grote professionele organisatie in staat zal (moeten) zijn om ook onder grote tijdsdruk, daargelaten of daar sprake was van, van advies te kunnen dienen.

13.3 Dat [verweerder] gebruik heeft gemaakt van zijn rol in de fusie om een goede regeling voor zichzelf uit te onderhandelen kan hem niet worden aangerekend. Het is aan de raad van commissarissen om in die onderhandelingen het belang van de bank voorop te plaatsen. Dat de fusie (mogelijk) zou worden vertraagd als

5 Dit betreft de terugbetaling van de Coulance-uitkering (overeenkomst (ii) genoemd in nr. 9).

6 Dit betreft het restant van de Afrekening arbeidsvoorwaarden (overeenkomst (iii) genoemd in nr. 9).

niet aan de verlangens van [verweerder] tegemoet zou worden toegegeven is geen grond om van misbruik van omstandigheden te spreken. Gesteld noch gebleken is dat het cruciaal was dat de fusie geen enkele vertraging op zou lopen. Als de raad van commissarissen het gevoel had dat [verweerder] onoorbare druk uitoefende had hij er voor kunnen kiezen [verweerder] te schorsen of op non-actief te stellen. Dat de tijdsdruk dit niet toeliet, is onvoldoende onderbouwd.”

20. Rabobank is in cassatie gekomen. Daartoe heeft zij op 10 maart 2017 – tijdig – een procesinleiding in cassatie bij de Hoge Raad doen indienen, die zij vervolgens, vergezeld van een oproepingsbericht, op 16 maart 2017 aan [verweerder] heeft doen betekenen. Het middel richt zich tegen de geciteerde rov. 6 van het bestreden arrest.

21. [verweerder] heeft geconcludeerd tot verwerving. Partijen hebben de zaak vervolgens schriftelijk doen toelichten door hun advocaten – van de zijde van Rabobank mede door mr. B.M.H. Fleuren –, waarna partijen nog hebben gere- en dupliceerd.

3. *De normering van ontslagvergoedingen op grond van de Wft*

22. Het middel klaagt erover dat het hof heeft miskend dat bepaalde bepalingen van de Wft ambtshalve dienen te worden toegepast. Om die klacht te kunnen beoordelen is het noodzakelijk te onderzoeken welke bepalingen dat zijn en wat de wetgever met die bepalingen heeft beoogd.

23. Met de Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen (hierna: *Wbfo*) is een pakket aan regels geïntroduceerd dat financiële ondernemingen verplicht tot het voeren van een beheerst beloningsbeleid. Deze wet vormt een nieuw hoofdstuk 1.7 (art. 1:111 – art. 1:129) van de Wft.⁷

24. Art. 1:121 lid 1 Wft bevat een wettelijk maximum voor een variabele beloning, zoals bonussen. Deze bepaling luidt:

“De variabele beloning die een financiële onderneming met zetel in Nederland aan een natuurlijk persoon werkzaam onder haar verantwoordelijkheid, bedraagt ten hoogste 20% van de vaste beloning van die persoon op jaarbasis.”

25. Om te voorkomen dat dit bonusplafond kan worden omzeild door in arbeidscontracten een hoge ontslagvergoeding op te nemen legt de Wbfo ook ‘vertrekvergoedingen’ aan banden. Art. 1:125 Wft luidt – voor zover hier van belang –:

“1. (...)

2. De onderneming keert aan een persoon die het dagelijks beleid van de onderneming bepaalt geen vertrekvergoeding uit die meer dan 100% bedraagt van de vaste beloning op jaarbasis.

3. Het tweede lid is tot en met 1 juli 2015 niet van toepassing op aan personen die het dagelijks beleid van de onderneming bepalen, niet zijnde bestuurders van een bank of verzekeraar, uit te keren vertrekvergoedingen die voortvloeien uit

een door de onderneming voorafgaande aan 1 januari 2015 aangegane verplichting.”

Het begrip ‘vertrekvergoeding’ wordt in de Wft niet gedefinieerd.

26. Art. 1:125 lid 2 Wft vormt een aanscherping van de zelfreguleringsnormen die voordien in (onder andere) de Code Banken waren opgenomen. In de Nota naar aanleiding van het verslag wordt daarover opgemerkt:⁸

“Op grond van de bestaande zelfreguleringsnormen was afwijking van die normen mogelijk gelet op het principe van de codes: «pas toe, of leg uit». Dat betekende dat zeer hoge vertrekvergoedingen nog steeds konden voorkomen. Alleen al om die reden was een wettelijke regeling op dit punt noodzakelijk en gaat het wetsvoorstel verder dan de codes omdat niet van de wettelijke regeling kan worden afgeweken. Verder is de reikwijdte van het wetsvoorstel groter nu de regeling ten aanzien van de maximale vertrekvergoeding van toepassing is op alle dagelijks beleidsbepalers in plaats van alleen op bestuurders, zoals in de codes. Ten slotte bedraagt de in zelfregulering opgenomen maximale vertrekvergoeding 100% van de vaste beloning, met de mogelijkheid tot 200%.”

In de memorie van toelichting wordt verder opgemerkt dat een door een rechter toegekende vertrekvergoeding niet onder art. 1:125 lid 2 Wft valt.⁹

27. Volgens de memorie van toelichting is met art. 1:125 lid 2 Wft tevens beoogd art. 94 lid 1, onder h, van de Vierde Richtlijn kapitaalvereisten (hierna: *CRD IV*) om te zetten.¹⁰ Die bepaling luidt – voor zover hier van belang –:

“Artikel 94

Variabele beloningscomponenten

1. Voor variabele beloningscomponenten zijn de volgende beginselen van toepassing, naast en onder dezelfde voorwaarden als die welke in artikel 92, lid 2, zijn neergelegd:

a) (...)

h) vergoedingen in verband met de voortijdige beëindiging van een contract hangen samen met in de loop der tijd gerealiseerde prestaties en mogen falen of misdragingen niet belonen;”

Of hier kan worden gesproken van implementatie van een Europees voorschrift vraag ik mij af. Een norm met de strekking dat een ontslagvergoeding maximaal de hoogte van één vast jaarsalaris mag bedragen, is in art. 94 CRD IV niet te vinden. De wetgever wilde ook juist striktere regels en heeft benadrukt dat de bepalingen in CRD IV over beloning het karakter van minimumharmonisatie hebben, zodat

⁸ *Kamerstukken II*, 2013–2014, 33 964, nr. 6, p. 17–18.

⁹ *Kamerstukken II*, 2013–2014, 33 964, nr. 3, p. 9.

¹⁰ Richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG.

⁷ *Stb.* 2015/45 (wet) en *Stb.* 2015/46 (KB tot inwerkingtreding).

de nationale wetgeving ook strengere eisen mg stellen.¹¹

28. Art. 1:125 lid 3 Wft (geciteerd in nr. 25) bevat een overgangsregeling voor vertrekvergoedingen die vr 1 januari 2015 met ‘dagelijks beleidsbepalers’ zijn overeengekomen en die het wettelijk maximum overschrijden. Dergelijke afspraken konden tot 1 juli 2015 worden aangepast aan de normering van het tweede lid. Voor bestuurders geldt deze overgangsbepaling niet. Voor hen had het tweede lid daarom onmiddellijke werking. De memorie van toelichting zegt hierover:¹²

“In het derde lid wordt een overgangstermijn opgenomen tot 1 juli 2015 voor vertrekvergoedingen die reeds voor 1 januari 2015 waren overeengekomen. Het overgangsrecht is niet van toepassing op bestuurders van banken of verzekeraars, omdat op hen de normen van de Code Banken en Governance Principes Verzekeraars reeds van toepassing zijn op het moment dat het onderhavig wetsvoorstel in werking zal treden, die een maximum vertrekvergoeding kennen die in beginsel gelijk is aan het wettelijke maximum.”

Een overtuigende reden kan ik dit niet noemen omdat, zoals opgemerkt in nr. 26, art. 1:125 lid 2 Wft beduidend strikter is dan de codes, die ook niet verbindend waren.

29. Art. 1:116 lid 3 Wft luidt – voor zover hier van belang –:

“3. In afwijking van artikel 1:23 zijn rechtshandelingen in strijd met de bij of krachtens de artikelen (...) 1:125 (...) gestelde regels, nietig.”

De wetgever heeft ervoor gekozen om, in afwijking van de hoofdregel van art. 1:23 Wft,¹³ aan rechtshandelingen die in strijd zijn met onder andere art. 1:125 Wft, de nietigheidssanctie te verbinden. Deze keuze is gemaakt om

“... te voorkomen dat ondernemingen onbeperkt rechtshandelingen kunnen verrichten in strijd met de in dat [derde] lid genoemde artikelen. Deze genoemde uitzonderingen onderstrepen het belang van de naleving van hoofdstuk 1.7 en hebben tot gevolg dat rechtshandelingen die in strijd met dat hoofdstuk zijn verricht niet onaantastbaar worden. De algemene regel van artikel 3:40, tweede lid, BW is daarmee onverkort van kracht ten aanzien van bedingen die strijdig zijn met de in het derde lid genoemde artikelen: deze zijn nietig. (...) Het begrip «rechtshandelingen» dient ruim te worden geïnterpreteerd: het kan gaan om de toekenning van (variabele) beloningen, maar ook

om overeenkomsten die ten grondslag liggen aan de toekenning of uitkering van dergelijke beloningen (bijvoorbeeld een arbeids- of vaststellingsovereenkomst). In het geval dat een uitkering wordt gedaan in strijd met de wet is de rechtshandeling die ten grondslag ligt aan de uitkering nietig en kan de uitkering worden teruggevorderd op grond van ongerechtvaardigde betaling.”¹⁴

De nietigheid raakt alleen het ‘bovenmatige deel’ van de vertrekvergoeding; dat is het bedrag dat boven het wettelijk maximum uitgaat.¹⁵

30. De beoogde datum van inwerkingtreding van de Wbfo was 1 januari 2015. Dat is ook de datum die in art. 1:125 lid 3 Wft wordt genoemd (het overgangsregime geldt alleen voor rechtshandelingen die dateren van vr die datum). De wetgever heeft die datum echter niet gehaald. De Wbfo is uiteindelijk op 7 februari 2015 in werking getreden en heeft geen terugwerkende kracht tot 1 januari 2015.¹⁶

31. De Wbfo is dus in werking getreden vijftien maanden nadat [verweerder] en Rabobank VZ de drie genoemde overeenkomsten hebben afgesloten (begin november 2013), en ruim twaalf maanden nadat betaling van de bedragen genoemd in de “*Afrekening arbeidsvoorwaarden*” had moeten plaats vinden (januari 2014). Toen op 5 januari 2016 Rabobank (vertegenwoordigd door haar interne advocatenkantoor) in deze procedure haar memorie van antwoord nam, was de Wbfo dus al bijna een jaar in werking. Toch heeft Rabobank pas bij pleidooi op 2 september 2016 beroep gedaan op art. 1:125 lid 2 jo. art. 1:116 lid 3 Wft. Dat is opmerkelijk, ook omdat Rabobank al in 2015 partij was geweest bij een vergelijkbare procedure over de vraag of zij met een beroep op genoemde Wft-bepalingen onder een vaststellingsovereenkomst met een voormalig directeur van een lokale Rabobank (Alkmaar) uit kon.¹⁷

32. In hoofdstuk 5 van deze conclusie ga ik in op de vraag of art. 1:125 lid 2 jo. art. 1:116 lid 3 Wft op de onderhavige casus van toepassing is. Indien dat niet het geval is, dan faalt het middel bij gebrek aan belang. [verweerder] stelt dat ook. Volgens hem zijn de overeenkomsten van 4 november 2013 niet aan te merken als ‘vertrekregelingen’ in de zin van art. 1:125 lid 2 Wft. Bovendien zou die bepaling bij

11 *Kamerstukken II*, 2013-2014, 33 964, nr. 3, p. 10-11.

12 *Kamerstukken II*, 2013-2014, 33 964, nr. 3, p. 39.

13 Art. 1:23 Wft luidt: “De rechtsgeldigheid van een privaatrechtelijke rechtshandeling welke is verricht in strijd met de bij of krachtens deze wet gestelde regels is niet uit dien hoofde aantastbaar, behalve voor zover in deze wet anders is bepaald.” Deze bepaling vormt een *lex specialis* ten opzichte van art. 3:40 lid 2 BW. Art. 1:116 lid 3 Wft is een voorbeeld van een bepaling “in deze wet” waarin anders is bepaald.

14 *Kamerstukken II*, 2013-2014, 33 964, nr. 3, p. 30.

15 Vgl. het overzichtsartikel van A.M. Helstone, Normering van ontslagvergoedingen in de WBFO: de betekenis voor de arbeidsrechtpraktijk, *Arbeidsrecht* 2016/19, p.15-19.

16 *Stb.* 2015, nr. 46. In de processtukken van Rabobank staat abusievelijk 1 januari 2015 genoemd als datum van inwerkingtreding van de Wbfo; zie pleitnota in hoger beroep nr. 1 en schriftelijke toelichting, nr. 25. Voor de onderhavige zaak doet de exacte datum van inwerkingtreding er overigens niet toe.

17 Rb. Noord-Holland 19 oktober 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:10443, *JOR* 2016/36 m.nt. C.F.J. van Tuyl van Serooskerken, en *JAR* 2015/288 m.nt. A.M. Helstone. De schriftelijke toelichting van [verweerder] gaat in nrs. 17.1 en 17.2 op deze uitspraak in.

gebreke van een overgangsregeling in strijd zijn met art. 1 Eerste Protocol EVRM (hierna: *art. 1 EP*).

33. Ik zou met dit verweer kunnen beginnen maar kies ervoor eerst het middel te bespreken, omdat daarin een rechtsvraag aan de orde wordt gesteld die het belang van deze zaak overstijgt.

4. *Bespreking van het cassatiemiddel*

34. Het heldere middel betoogt samengevat:

- a) het hof had art. 1:125 lid 2 Wft ambtshalve moeten toepassen, omdat deze regel van openbare orde is;
- b) het hof had deze bepaling ook ambtshalve moeten toepassen als deze niet van openbare orde is, omdat het een dwingende wetsbepaling betreft die leidt tot absolute nietigheid van de daarin bedoelde rechtshandeling;¹⁸
- c) voor zover het hof heeft miskend dat een uitzondering op de twee-conclusieregel moet worden gemaakt wanneer het gaat om een verweer dat inhoudt dat de rechter een bepaling moet toepassen die de rechter ook zonder dat verweer – zo nodig ambtshalve en buiten de grenzen van de rechtsstrijd – moet toepassen, heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting;
- d) voor zover het hof heeft miskend dat wanneer een bepaling ambtshalve moet worden toegepast, de goede procesorde niet kan meebrengen dat een rechter daarvan afziet, heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting;
- e) het hof heeft niet gemotiveerd waarom de goede procesorde zich in dit geval verzet tegen toepassing van de bepaling, wanneer het hof partijen de gelegenheid had kunnen geven zich daarover nader uit te laten.

35. Het middel biedt Uw Raad gelegenheid om te oordelen of de verplichting om rechtsregels van openbare orde ambtshalve toe te passen, dient te worden verruimd naar tot nietigheid strekkende dwingende wetsbepalingen die niet van openbare orde zijn, zoals door Hartkamp al enige tijd wordt verdedigd.¹⁹ Hartkamp heeft die discussie aangewengeld in verband met de verplichting tot ambtshalve toepassing van het Europees recht, in het bijzonder het kartelverbod van art. 101 lid 1 VWEU en Richtlijn 93/13 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Deze discussie is echter niet tot bepalingen van Europees recht be-

perkt gebleven. Zij is uitgebreid tot nationale wetsbepalingen zonder Europese oorsprong die tot nietigheid van privaatrechtelijke handelingen leiden. In het middel stelt Rabobank dat art. 1:125 lid 2 Wft een dwingende nationale wetsbepaling is die ambtshalve moet worden toegepast.

36. Bij de bespreking van het middel ga ik achtereenvolgens in op:

- Rechtspraak over de twee-conclusieregel
- Rechtspraak over de grenzen van de rechtsstrijd
- Het begrip 'openbare orde'
- Dwingende wetsbepalingen waarvan schending tot absolute nietigheid leidt
- Overige klachten

Rechtspraak over de twee-conclusieregel

37. In vaste rechtspraak is over de twee-conclusieregel het volgende overwogen:²⁰

"De in art. 347 lid 1 Rv besloten tweeconclusieregel beperkt de – ingevolge art. 130 lid 1 in verbinding met art. 353 lid 1 Rv – aan de oorspronkelijk eiser toekomende bevoegdheid tot verandering of vermeerdering van zijn eis in hoger beroep in die zin dat hij in beginsel zijn eis niet later dan in zijn memorie van grieven of van antwoord mag veranderen of vermeerderen. Dit geldt ook als deze eisverandering of -vermeerdering niet als een grief moet worden aangemerkt. (Vgl. HR 20 juni 2008, *LJN* BC4959, *NJ* 2009/21)

Op deze in beginsel strakke regel kunnen onder omstandigheden uitzonderingen worden aangevraagd, met name indien de wederpartij ondubbelzinnig erin heeft toegestemd dat de eisverandering of -vermeerdering plaatsvindt, of indien de aard van het geschil meebrengt dat in een later stadium nog zodanige verandering of vermeerdering van eis kan plaatsvinden. Voorts kan in het algemeen een verandering of vermeerdering van eis na het tijdstip van de memorie van grieven of antwoord toelaatbaar zijn, indien daarmee aanpassing wordt beoogd aan eerst na dat tijdstip voorgevallen of gebleken feiten en omstandigheden en de eisverandering of -vermeerdering ertoe strekt te voorkomen dat het geschil aan de hand van inmiddels achterhaalde of onjuist gebleken (juridische of feitelijke) gegevens zou moeten worden beslist, of dat – indien dan nog mogelijk – een nieuwe procedure zou moeten worden aangespannen om het geschil alsnog aan de hand van de juiste en volledige gegevens te kunnen doen beslissen. Onverkort blijft dan gelden dat de eisverandering of -vermeerdering niet in strijd mag komen met de eisen van een goede procesorde. (Vgl. HR 19 juni 2009, *LJN* BI8771, *NJ* 2010/154)."

Ook wijs ik op HR 2 oktober 2015, *ECLI:NL:HR:2015:2906*, *NJ* 2015/414:

18 In de schriftelijke toelichting van Rabobank lopen stellingen a) en b) enigszins door elkaar heen.

19 A.S. Hartkamp, *Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden naar Europees en naar nationaal recht* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007; A.S. Hartkamp, 'De verplichting tot ambtshalve toepassing van Europees recht door de Nederlandse rechter', *Trema* 2010, p. 136-143; en A.S. Hartkamp, 'De verplichting tot ambtshalve toepassing van Europees recht door de Nederlandse rechter', vervolg, in: *Middelen voor Meijer* (P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt e.a. red.), Den Haag: BJU 2013, p. 133-149). Vgl. ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/607 en Asser/Hartkamp 3-1, 2015/128. In de Asser-delen verwijst Hartkamp ook naar bijdragen van zijn hand aan met name buitenlandse feestbundels waarin hij dit zelfde onderwerp heeft behandeld.

20 Zie HR 23 september 2011, *ECLI:NL:HR:2011:BQ7064*, *NJ* 2013/6 m.nt. H.J. Snijders (Pressers/Ru-Pro), rov. 4.1.3.

“3.5 De in art. 347 lid 1 Rv besloten liggende tweeconclusieregel brengt mee dat de rechter in beginsel niet behoort te letten op grieven die in een later stadium dan in de memorie van grieven, dan wel (in het geval van een incidenteel appel) in de memorie van antwoord worden aangevoerd, tenzij zich een van de in de rechtspraak erkende uitzonderingen op die regel voordoet (HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, NJ 2009/21; HR 19 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8771, NJ 2010/154).”

En recent HR 22 december 2017,

ECLI:NL:HR:2017:3238, NJ 2018/31:

“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 omlijnde 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. (...)”

38. Het eerste hiervoor genoemde arrest, *Pressers/Ru-Pro*, vormt voor onderhavige zaak een relevant precedent. Het Hof Den Bosch had bij pleidooi ambtshalve aan de orde gesteld of een transactie tussen partijen in strijd was met het fiduciaverbod (art. 3:84 lid 3 BW) en daarom nietig was. Partijen kregen gelegenheid zich daarover uit te laten. Appellante, Ru-Pro, heeft toen toegehapt en haar eis gewijzigd. Het hof Den Bosch heeft daarop de transactie nietig verklaard en de aangepaste vordering toegewezen. Deze gang van zaken vond geen genade in de ogen van de Hoge Raad:

“4.1.4 Het hof heeft geoordeeld dat zich een uitzondering op deze in beginsel strakke regel voordoet nu de eiswijziging is ingegeven door de eerder tijdens de pleidooizitting door het hof ambtshalve opgeworpen vraag of de aanvullende overeenkomst in strijd is met art. 3:84 lid 3 waardoor de overdracht van het bedrijfspand een geldige titel zou ontberen. Dit oordeel geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat de eiswijziging plaatsvond naar aanleiding van de door het hof aan partijen voorgelegde vraag rechtvaardigt, anders dan het hof heeft aangenomen, niet een uitzondering op die regel. (...)”

De stukken van het geding laten, ten slotte, niet het oordeel toe dat daarin zo duidelijke aanwijzingen zijn gelegen dat de aanvullende overeenkomst strekte tot het verschaffen van een met de wettelijke zakelijke zekerheidsrechten vergelijkbaar verhaalsrecht als bedoeld in art. 3:84 lid 3, dat het aan de orde stellen van dit thema binnen de grenzen van de door partijen bepaalde rechtsstrijd voor de hand lag. Integendeel: de mogelijke toepasselijkheid van het fiduciaverbod bracht — in de eindfase van de procedure in hoger beroep — een geheel nieuw element in het tussen partijen gevoerde debat.”

Als we die zaak naast de onderhavige zaak leggen, dan lijkt mij dat Rabobank hier het hof verwijt niet datgene te hebben gedaan wat het Hof Den Bosch in *Pressers/Ru-Pro* wél had gedaan, maar volgens de Hoge Raad juist niet had mogen doen.

39. Evenzeer relevant is het kort daarna gewezen arrest *Doornenbal/Van der Spek*. In die zaak werd het Hof Arnhem-Leeuwarden (Pachtkamer) teruggefloten omdat het na memorie van grieven en memorie van antwoord de vernietigbaarheid (mede in het licht van art. 1 EP) van een beding, waarbij de pachter in strijd met de wet afstand deed van zijn recht op compensatie bij onteigening, ambtshalve aan de orde had gesteld.²¹ Het ging daar dus om een ambtshalve aan de orde gestelde rechtsregel die geïntimeerde een nieuw verweer opleverde. De Hoge Raad overwoog:

“3.4 Ook onderdeel 4.1 treft doel. Uitgangspunt dient te zijn dat, zoals is beslist in HR 20 juni 2008 (*LJN BC4959*, NJ 2009/21) en 19 juni 2009 (*LJN BI8771*, NJ 2010/154)) met betrekking tot het tijdstip waarop in hoger beroep grieven dienen te worden aangevoerd en een wijziging van eis dient plaats te vinden, ook voor verweren die door de geïntimeerde worden aangevoerd tegen de vordering van de oorspronkelijke eiser, geldt dat 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 daartoe beperkt tot de uitzonderingen die zijn genoemd in beide voormelde arresten.

Zoals hiervoor in 3.3 is overwogen, is het onderhavige beding vernietigbaar. Het hof heeft in rov. 2.4 geoordeeld dat het niet in strijd was met een goede procesorde om dat verweer alsnog in een zo laat stadium aan te voeren. Maar omdat het een geheel nieuw verweer was dat niet in het verlengde lag van de reeds door partijen omlijnde rechtsstrijd in appel en zich hier niet een van de uitzonderingen voordoet als genoemd in de voormelde arresten heeft het hof, door die uitbreiding van het verweer te aanvaarden, de door de goede procesorde op dit punt gestelde grenzen miskend.

²¹ HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR20145, NJ 2013/7 m.nt. H.J. Snijders (*Doornenbal/Van der Spek*).

Dat wordt niet anders doordat het hof zelf dit verweer aan de orde heeft gesteld, omdat voor de grondslag waarop het hof heeft te beslissen niet bepalend is wat het hof aan de orde heeft gesteld maar, ingevolge art. 24 Rv, hetgeen de partijen aan hun vordering en verweer ten grondslag hebben gelegd en ten grondslag mochten leggen gelet op de goede procesorde in verband met het stadium waarin de procedure zich bevond.”

40. Uit deze rechtspraak volgt dat de twee-conclusieregel in beginsel steeds *moet worden toegepast*. Buiten de in de rechtspraak erkende uitzonderingen op die regel²² (die zich hier niet voordoen) moet er een zeer zwaarwegende reden zijn waarom de rechter verplicht zou zijn deze ‘in beginsel strakke regel’ *buiten toepassing te laten* ten einde een tardief verweer toch te behandelen en daarop te beslissen. Rabobank stelt dat een dergelijke zeer zwaarwegende reden zich hier voordoet: art. 1:125 lid 2 Wft zou een regel van openbare orde zijn, althans een dwingende wetbepaling zijn die leidt tot absolute nietigheid van de daarin bedoelde rechtshandeling. Rabobank leidt daaruit af dat het hof art. 1:125 lid 2 jo. art. 1:116 lid 3 Wft ambtshalve had moeten toepassen, zelfs als door haar geen beroep op die bepalingen zou zijn gedaan. Rabobank gaat er van uit dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd van partijen had moeten treden om de genoemde Wft-bepalingen toe te passen.²³

Rechtspraak over de grenzen van de rechtsstrijd van partijen

41. Dit uitgangspunt van Rabobank brengt mij er toe stil te staan bij het begrip ‘grenzen van de rechtsstrijd’ en het onderscheid tussen de omlijnning van het partijdebat op grond van het door de grieven ontsloten gebied en de grenzen van de rechtsstrijd.²⁴

42. De omvang van de rechtsstrijd komt overeen met, in mijn eigen woorden, het geheel van vorderingen, grieven en verweren van partijen, alsmede de rechtsgronden en de feitelijke stellingen die zij daaraan ten grondslag hebben gelegd. Kortom: het partijdebat in appel. Ook Rabobank hanteert dit begrip in die zin.

22 De Hoge Raad refereert aan die uitzonderingen in het in nr. 37 geciteerde arrest *Pressers/Ru-Pro*.

23 De openingszin van de schriftelijke toelichting van Rabobank luidt: “Deze zaak gaat in cassatie over de vraag of het hof art. 1:125 lid 2 jo. 1:116 lid 3 Wft ambtshalve buiten de grenzen van de rechtsstrijd had moeten toepassen op de vraag of Rabobank verplicht is de litigieuze vergoedingen (...) uit te keren.” Zie ook de procesinleiding, p. 4 onderaan: “... [dat art. 1:125 lid 2 Wft] van openbare orde is en het hof die regel reeds om die reden ambtshalve buiten de rechtsstrijd van partijen moest toepassen.” (cursivering toegevoegd; AG).

24 Vgl. o.a. A.G.F. Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, nrs. 51 en 52; W.D.A. Asser, *Preadviezen 2015 voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: BJU 2015, p. 336 e.v.; en Ras/Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2017, p. 51 e.v.

43. Voor de appelprocedure is het begrip ‘rechtsstrijd’ ook ingevuld als: de vorderingen die in appel nog aan de orde zijn. Ik verwijs naar de arresten *Heesakker/Voets* en *Ebecsek/Stichting Trudo*.²⁵ In laatstgenoemd arrest overweegt de Hoge Raad:

“4.3.2 Deze beslissing²⁶ is in de literatuur verschillend opgevat; dit betreft met name de zin dat volgens het Nederlands appelprocesrecht de rechter recht van openbare orde in beginsel ook behoort toe te passen buiten het door de grieven ontsloten gebied, met dien verstande dat hij de grenzen van de rechtsstrijd van partijen dient te respecteren. Deze beide begrippen, de grenzen van de rechtsstrijd en het door de grieven ontsloten gebied, zijn niet met elkaar te vereenzelvigen. Het verschil tussen beide komt in een geval als het onderhavige naar voren wanneer de appellatant vernietiging vordert van de beslissing van de rechter in eerste aanleg tot toewijzing van de gevorderde boete, maar de daartoe door hem aangevoerde grieven niet ertoe strekken dat het beding ongeldig is. De als recht van openbare orde aan te merken regels van de Richtlijn²⁷ vallen in dat geval buiten het door de grieven ontsloten gebied, maar binnen de grenzen van de rechtsstrijd van partijen in appel. Ingevolge het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Heesakkers/Voets* dient de appelrechter dat recht van openbare orde dan — op de in dat arrest uiteengezette gronden — ambtshalve toe te passen.

4.3.3 Zoals in de laatste zin van de hiervoor in 3.4.1 aangehaalde overweging uit het arrest *Heesakkers/Voets* staat, betekent de regel dat de appelrechter de grenzen van de rechtsstrijd dient te respecteren, dat hij niet bevoegd of gehouden is tot het onderzoek of een bepaald beding dat op zichzelf onder het toepassingsgebied van de Richtlijn valt, als oneerlijk in de zin van de Richtlijn heeft te gelden, indien tegen de toe- of afwijzing van de desbetreffende vordering in hoger beroep niet is opgekomen. Indien de in eerste aanleg gegeven beslissing over een bepaald onderdeel van de vordering buiten de grenzen van de rechtsstrijd in appel valt, zodat die beslissing kracht van gewijsde heeft verkregen, moet dit door de appelrechter worden gerespecteerd, ook als die beslissing mede berust op een beding dat (mogelijk) oneerlijk is in de zin van de Richtlijn.”²⁸

25 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274 m.nt. H.B. Krans (*Heesakker/Voets*) en HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340, NJ 2017/214 m.nt. H.B. Krans, en JOR 2016/116 m.nt. A.S. Hartkamp (*Ebecsek/Stichting Trudo*).

26 Bedoeld is rov. 3.6.3 van HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691 NJ 2014/274 (*Heesakker/Voets*).

27 Bedoeld is Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.

28 Zie ook de noot van Krans bij het arrest, NJ 2017/214 nr. 6 en de dissertatie van Ancery nr. 62 en de conclusie van A-G Wissink voor HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1866, NJ 2016/439 m.nt. H.B. Krans (*Beerman/Dexia*), nr. 3.20.

Een voorbeeld ter illustratie: als de huurder in eerste aanleg is veroordeeld tot betaling van (1) achterstallige huur en (2) een boete omdat het boetebeding volgens de rechter (a) door de huurder is aanvaard en (b) niet gematigd wordt, en de huurder alleen appelleert tegen 2(b), dan valt (1) buiten de grenzen van de rechtsstrijd, want is dan een vordering die niet in appel voorligt. Buiten de grieven om mag de appelrechter in verband met vordering (2) ook aan de Richtlijn oneerlijke bedingen toetsen omdat dit recht van openbare orde betreft, ook al ligt dat buiten het door de grieven ontsloten gebied. Debat over de vraag of de huurder het boetebeding heeft aanvaard zou buiten het door grieven ontsloten gebied liggen en is niet van openbare orde, dus daar moet de appelrechter dan van afblijven.

44. Volgens de zojuist genoemde rechtspraak valt de rechtsstrijd in appel in beginsel samen met het door de grieven ontsloten gebied. Als echter een regel van openbare orde ambtshalve moet worden toegepast, wordt daardoor de rechtsstrijd verbreed. Dat mag er evenwel niet toe leiden dat de appelrechter buiten de omvang van het hoger beroep treedt, zoals het voorbeeld van de huurder illustreert. Dit is in het bestuursrecht overigens niet anders. Daar wordt treffend gesproken over de 'buitengrens' van de omvang van het geschil.²⁹

45. In onderhavige zaak is volgens mij geen discussie over het overschrijden van deze 'buitengrens'. Het gaat erom of het hof art. 1:125 lid 2 Wft ambtshalve had moeten toepassen en daarbij buiten de grenzen van de rechtsstrijd (in de zin van het partijdebat, zie nr. 42) moest treden. Wanneer het toewijzen van een vordering zou indruisen tegen een rechtsregel van openbare orde, dan moet de rechter de vordering afwijzen, ongeacht of geïntimeerde die regel (tijdig) heeft ingeroepen.³⁰ In zoverre is de appelrechter niet gebonden aan de grenzen van de rechtsstrijd in de aangegeven zin van het partijdebat.³¹ Wel moet hij steeds over voldoende feiten beschikken om die regel van openbare orde op de voor hem liggende zaak te kunnen toepassen.³²

46. Daarmee ben ik aangeland bij de vraag wanneer een wetbepaling als regel van 'openbare orde' moet worden aangemerkt.

Het begrip 'openbare orde'

47. Rabobank voert aan dat art. 125 lid 2 Wft van openbare orde is. Als zij daarin moet worden gevolgd, dan was het hof gelet op het voorgaande gehouden deze bepaling buiten de grenzen van de rechtsstrijd van partijen ambtshalve toe te passen. Dat betekent dat, nu Rabobank wel – zij het pas bij pleidooi – op die bepaling beroep heeft gedaan, het hof over de twee-conclusieregel heen had moeten stappen. De kernvraag is echter of art. 1:125 lid 2 Wft recht van openbare orde bevat.

48. Wanneer is een regel van openbare orde? Volgens de Hoge Raad gaat het daarbij om een regel die "strekt tot bescherming van algemene belangen van zo fundamentele aard dat zij (ongeacht het partijdebat of de bijzondere omstandigheden van het geval) altijd door de rechter moet worden toegepast."³³ Ook wordt wel opgemerkt dat het moet gaan om een rechtsregel waarvan de rechtsgevolgen niet ter vrije beschikking van partijen staan,³⁴ die het algemeen belang raken en die van zo fundamentele betekenis voor de rechtsorde zijn dat de partijautonomie daarvoor moet wijken.³⁵ Er zijn categorieën rechtsregels, overwegend van procedurele aard, waarvan (positief) is uitgemaakt dat zij van openbare orde zijn.³⁶ Men kan ook denken aan materiële rechtsregels, zowel regels ter bescherming van bepaalde personen als regels die rechtstreeks raken aan grondprincipes van de rechtsstaat.

49. Wegens het ontbreken van een 'duidelijk criterium'³⁷ is het notoir lastig is tot een scherpe afbakening van het begrip 'openbare orde' te komen, mede vanwege de contextgebondenheid ervan.³⁸ Het begrip 'openbare orde' is aangeduid als 'vaag',³⁹

29 Zie *Tekst & Commentaar, Algemene wet bestuursrecht*, negende druk, art. 8:69 lid 1, aant. 2, onder a (T.C. Borman).

30 Vgl. *Asser Procesrecht/Van Schaick* 2 2016/100. Terwijl het bij de twee-conclusieregel gaat om het tijdstip waarop een verweer naar voren is gebracht, gaat het hier dus om de inhoud van de rechtsregel ongeacht of en zo ja in welk stadium daar in appel beroep op is gedaan.

31 Vgl. *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/205: men kan zich daar in iedere stand van het geding op beroepen. Zie ook de conclusie van A-G Keus voor HR 16 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG3582, NJ 2009/54 (*Gemeente Heerlen/Whizz Croissanterie*), nr. 2.3.

32 Daartoe zal de appelrechter zo nodig instructiemaatregelen moeten nemen. Zie HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1866, NJ 2016/439 m.nt. H.B. Kriens (*Beerman/Dexia*). Net als de andere aangehaalde zaken ging die zaak over de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.

33 Aldus HR 28 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7122, NJ 2011/167 m.nt. P. van Schilfgaarde, (*Staalbankiers/Elco*), rov. 3.8. Vgl. ook: W.D.H. Asser, 'Ambtshalve toepassing van rechtsgronden door de Nederlandse rechter', in: *Preadviezen 2015 Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: BJU 2015, p. 348 en Asser *Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent* 4 2012/177.

34 In die zin o.a. Ras/Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, (vijfde druk), Deventer: Kluwer 2017, nr. 60.

35 Vgl. A-G Keus voor HR 16 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG3582, NJ 2009/54 (*Gemeente Heerlen/Whizz Croissanterie*, nr. 2.3, onder verwijzing naar Snijders, Klaassen & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, 2017, nr. 47. Zie ook Snijders & Wendels, *Civil appel*, 2009/234.

36 Asser *Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent* 4 2012/177 onderscheidt drie categorieën: a. EU-recht (bepalingen uit Richtlijn 93/13 en uit de EEX-Vo), b. rechtsmacht en c. toegang tot de rechter en absolute competentie. Daarnaast zijn ook familierechtelijke rechtsregels en bepalingen inzake mensenrechten als van openbare orde aangemerkt. Vgl. de voorbeelden genoemd in Ras/Hammerstein, nr. 58.

37 Asser *Procesrecht/Van Schaick* 2 2016/100.

38 Vgl. A.G.F. Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht*, (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2017, nr. 49 voetnoot 1: "Welke rechtsregels van openbare orde zijn is niet eenvoudig aan te geven door de contextgebondenheid van het begrip."

39 C.E. Smith, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, 2004, p. 60.

'mistig'⁴⁰ en 'betrekkelijk mysterieus'.⁴¹ Asser spreekt – diplomatiek – van een begrip waarover geen 'maximale duidelijkheid' bestaat.⁴² Dit valt mede te verklaren door het gegeven dat het oordeel dat een bepaalde rechtsregel wel of niet recht van openbare orde bevat in hoge mate berust op een rechtspolitieke keuze, die zich moeilijk omstandig laat motiveren. Ook om die reden is veelal niet goed te voorzien wanneer een rechtsregel tot deze categorie van 'superdwingend recht'⁴³ moet worden gerekend.

50. De onzekerheid die daaruit voor de rechtspraktijk (zowel de rechter als partijen) voortvloeit, is een niet te onderschatten factor. Voor de feitenrechter kan het een hele opgave zijn zelf te moeten nagaan of een rechtsregel ter bescherming van fundamentele maatschappelijke belangen is geschonden wanneer de (advocaat van de) belanghebbende partij zich daar niet op heeft beroepen. Dat is met name het geval voor rechtsregels op het terrein van het materiële recht, vooral als die vage normen bevatten. Daarentegen lenen regels van procesrecht, zoals voorschriften over termijnen en regels van internationale bevoegdheid, zich wel goed voor ambtshalve toepassing.

51. De vergaande procedurele consequentie die aan het etiket openbare orde kleef, te weten: de verplichting om buiten de rechtsstrijd van partijen een rechtsregel ambtshalve toe te passen (mits partijen voldoende feiten hebben aangedragen), noopt tot terughoudendheid om een wetsbepaling dit label op te spelden. Dat laatste is ook de strekking van een bijdrage van Mok uit 2005 naar aanleiding van de vraag of het kartelverbod voor de toepassing van art. 25 Rv van openbare orde is.⁴⁴ Mok merkt op:

"Noch op het stuk van rechtlijnigheid, noch op dat van algemene maatschappelijke aanvaarding, is het kartelverbod te vergelijken met klassieke verbodsbepalingen van openbare orde, zoals het verbod van bigamie en dat van incestueuze huwelijken. Men kan zich voorts afvragen of de gedachte van de fundamentele betekenis van het kartelverbod niet vooral leeft bij de experts die zich met mededinging en mededingingsrecht bezighouden. Indien erkend zou worden dat de kartelrechtelijke verboden van

openbare orde zijn, zou dat tot proliferatie kunnen leiden. (...)

Voorts ben ik er volstrekt niet van overtuigd dat wat men met erkenning van het openbare-orde-karakter wil bereiken, ambtshalve toepassing van de verboden, ook buiten de rechtsstrijd van partijen, wenselijk is. De taak van de rechter, zowel de civiele als de bestuursrechter, is geschillen op te lossen, tussen burgers onderling, onderscheidenlijk tussen een burger en een overheidsorgaan. Als twee partijen van mening verschillen over de vraag of de ene de andere zaken heeft geleverd die aan de afgesproken kwaliteitsnorm voldeden en een van hen legt dat de rechter voor, doet de rechter die partijen geen plezier door te beslissen dat met hun overeenkomst een element verticale prijsbinding verboden is, ten gevolge waarvan die overeenkomst nietig is. (...) Een dergelijke rechtsbedeling, waarschijnlijk ingeblazen door derden, is alleen maar schadelijk voor het aanzien van de rechterlijke macht en het in haar te stellen vertrouwen. Mogelijk kan ongevraagde toepassing van het kartelverbod de mededinging dienen, maar dat staat niet tevoren vast, terwijl dit bovendien een toevallige en daardoor willekeurige vorm van mededingingsbeleid is.

Wij moeten maat weten te houden en wettelijke bepalingen die zichzelf toevallig nuttig achten niet meer aanzien proberen te verschaffen door ze met het aureool 'van openbare orde' te versieren. Of een nationale bepaling, als het verbod van artikel 6 Mw, van openbare orde is, zo meen ik mét Drijber, is een zaak van nationaal recht. Ik hoop dat het nationale recht zeer spaarzaam met het uitdelen van dergelijke decoraties zal zijn en zich daarbij zal blijven richten op het gebied van 'normen en waarden' (als monogamie), niet op dat van economische ordening. (...)"

52. Dit betoog van Mok is evenzeer relevant voor de bredere discussie over de vraag wanneer een nationale rechtsregel van zodanig fundamentele betekenis is voor de rechtsorde dat zij het predicaat 'openbare orde' verdient. Ik denk dat Mok gelijk heeft. Het etiket openbare orde verschafte een bepaald aureool, dat ook afstraalt op hen die belast zijn met de handhaving van de rechtsregels in kwestie. Nadat het HvJEU, eerst in de context van strijd met de openbare orde als vernietigingsgrond van een arbitraal vonnis⁴⁵ en later met het oog op aanvulling van rechtsgronden,⁴⁶ het kartelverbod (art. 101 lid 1 VWEU) als Unierechtelijk van openbare orde had aangemerkt, deed dat de vraag rijzen of andere 'fundamentele' verbodsnormen uit het VWEU met horizontale werking niet ook een plekje op het erepodium

40 Asser *Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent* 4, 2012/177, onder verwijzing naar L.D. Pels Rijcken, *Een goede procesorde*, Opstellen aangeboden aan Mr. W.L. Haardt, Deventer: 1983, p. 178.

41 Snijders, Klaassen & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, 2017, nr. 47 op p. 69.

42 W.D.H. Asser, in: *Preadviezen 2015 Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: BBU 2015, p. 348.

43 De term wordt gebruikt in o.a. Snijders & Wendels, *Civil appeal*, Deventer: Kluwer 2009/234, op p. 218.

44 M.R. Mok, *Markt & Mededinging* 2005, nr. 7, p. 234 e.v. in een reactie op mijn annotatie bij HR 3 december 2004, NJ 2005/118 m.nt. Mok (Vreugdenhil/BVH) in *Markt & Mededinging* 2005, nr. 4/5, p. 149 e.v., waarin ik overigens niet een tegengesteld standpunt had verdedigd. Vgl. ook M.R. Mok, 'Mededingingsrecht en privaatrecht', *NTBR* 2003, p. 306-312, met name p. 311.

45 In de zin van het Executieverdrag van New York jo. art. 1065 lid 1, onder e. Rv. Zie HvJEG 1 juni 1999, C-126/97 (*Eco Swiss/Benetton*), ECLI:EU:C:1999:269, NJ 2000/339 m.nt. H.J. Snijders onder NJ 2000, 340, punt 36 en 39.

46 HvJEG 13 juli 2006, C-295/04 (*Manfredi*), ECLI:EU:C:2006:461, punt 31; en HvJEG 4 juni 2009, C-8/08 (*T-Mobile*), ECLI:EU:C:2009:343, punt 49.

um moesten krijgen. Het risico van proliferatie waar Mok op wijst is, ook als we ons beperken tot nationale wetsbepalingen, zonder meer reëel.

53. In het arrest *Gemeente Heerlen/Whizz Croissanterie* van begin 2009 heeft de Hoge Raad, in lijn met A-G Keus, beslist dat art. 6 Mededingingswet (hierna: Mw), de nationale tegenhanger van het Europese kartelverbod, *niet* van openbare orde is:⁴⁷

“Onderdeel 1.1 is gebaseerd op de opvatting dat art. 81 EG (in het licht van de rechtspraak van het HvJEG) meebrengt dat de rechter, ook als hij daarmee buiten de grenzen van de rechtsstrijd zou treden, zo nodig ambtshalve de nietigheid van een (beding in een) overeenkomst wegens ongeoorloofde verhindering van de mededinging zou moeten vaststellen, althans ambtshalve onderzoek daarnaar zou moeten instellen. Wat er ook zij van de juistheid van die opvatting met betrekking tot art. 81 EG, zulks gaat in ieder geval niet op in het onderhavige geval aangezien – zoals het hof in rov. 5.1, in cassatie onbestreden, heeft vastgesteld – hier geen sprake is van een beperking van de handel tussen lidstaten, zodat niet art. 81 EG doch alleen art. 6 Mw aan de orde is. *Art. 6 Mw bevat evenwel geen recht van openbare orde dat de rechter, ook als hij daarmee buiten de grenzen van de rechtsstrijd zou treden, ambtshalve moet toepassen. Reeds hierom faalt het onderdeel.*” (cursivering toegevoegd; AG).

54. Tegen deze achtergrond meen ik dat ook van art. 1:125 lid 2 Wft *niet* kan worden aangenomen dat het recht van openbare orde bevat. Deze bepaling maakt deel uit van regelgeving in antwoord op de bankencrisis en is strenger dan de Europese regels over beheerst beloningsbeleid (zie nr. 26). Hoofdstuk 1.7 van de Wft moet tevens worden geplaatst tegen de achtergrond dat bepaalde banken (Rabobank overigens niet) met belastinggeld overeind moesten worden gehouden. Als publiek geld in banken is gepompt mag dat er niet via ruimhartige beloningen aan het personeel weer uitspuiten. Met deze wettelijke maatregelen ter beperking van beloningen in de financiële sector worden daarom zonder meer zwaarwegende algemene belangen gediend.

55. Daarmee is nog niet gezegd dat art. 1:125 lid 2 Wft moet worden aangemerkt als regel van openbare orde. Zo fundamenteel zijn de nagestreefde algemene belangen nu ook weer niet voor de samenleving. Dat in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Wbfo het belang van die wet sterk wordt benadrukt maakt deze wet zeker niet bijzonder. Eerder is dat een gebruikelijke wetgevende praktijk. Anders dan Rabobank voorstaat,⁴⁸ volgt kan uit de memorie van toelichting niet worden afgeleid dat art. 1:125 lid 2 Wft de status aparte van recht van openbare orde heeft.

56. Daarnaast herinner ik eraan (zie nr. 26, slot) dat volgens dezelfde memorie van toelichting een *door een rechter toegekende* vertrekvergoeding niet onder de reikwijdte van art. 1:125 lid 2 Wft valt. Dat lijkt mij een indicatie dat deze wetsbepaling *niet* is bedoeld als bepaling van openbare orde, omdat dat laatste zou betekenen dat de rechter die bepaling ambtshalve zou moeten toepassen.

57. Om deze redenen faalt de meest verstrekkende stelling van Rabobank, namelijk dat art. 1:125 lid 2 Wft een regel van openbare orde inhoudt (zie nr. 34, onder a).

Dwingende wetsbepalingen waarvan schending tot absolute nietigheid leidt

58. Zoals ik in nr. 35 heb gesignaleerd, heeft Hartkamp in diverse publicaties, die primair gaan over de ambtshalve toepassing van bepalingen van EU-recht, tevens verdedigd dat dwingende nationale wetsbepalingen die tot nietigheid van privaatrechtelijke handelingen leiden, door de rechter ambtshalve moeten worden toegepast, ook als niet een norm van openbare orde in het geding is. Als ik hierna spreek van ‘de leer van Hartkamp’ of ‘het standpunt van Hartkamp’, bedoel ik deze nationale component ervan. Rabobank sluit zich in het middel uitdrukkelijk daarbij aan.

59. Het standpunt van Hartkamp heeft geleid tot een dialoog, om niet te zeggen een polemiek, met Snijders.⁴⁹ Met het arrest *Gemeente Heerlen/Whizz Croissanterie* heeft Snijders vooralsnog de Hoge Raad aan zijn zijde. Immers, als de Hoge Raad Hartkamp had willen volgen (diens standpunt was toentertijd al bekend), dan had op grond van het feit dat overeenkomsten in strijd met het kartelverbod van art. 6 lid 1 Mw van rechtswege nietig zijn op grond van art. 6 lid 2 Mw volstaan om te beslissen dat de rechter gehouden is art. 6 lid 1 Mw ambtshalve (en zo nodig buiten de rechtsstrijd van partijen) toe te passen. Dat is niet gebeurd: de Hoge Raad heeft het geschilpunt afgedaan op de grond dat art. 6 Mw (in zijn geheel) geen recht van openbare orde bevat.

60. Inmiddels zijn we negen jaar verder, lang genoeg om nog eens onbevangen het standpunt van Hartkamp onder ogen te zien. Het middel nodigt daar ook toe uit.⁵⁰

61. Voor de ruime benadering van Hartkamp kan pleiten dat het door hem voorgestelde aanknopingspunt (een rechtshandeling die op grond van een dwingende wetsbepaling met absolute nietigheid wordt bedreigd) de rechter een zekerder hand-

49 H.J. Snijders, ‘Ambtshalve aanvulling van gronden in burgerlijke zaken herijkt’, *WPNR* (2008) 6761. Gevolgd door reactie Hartkamp, met naschrift Snijders *WPNR* (2008) 6779; Hartkamp *WPNR* (2009) 6813 en reactie Snijders *WPNR* (2009) 6823.

50 In de schriftelijke toelichting van Rabobank staat over *Gemeente Heerlen/Whizz Croissanterie* slechts het volgende: “Wat er verder zij van dat laatste arrest, in ieder geval dient met betrekking tot art. 1:125 lid 2 Wft anders te worden geoordeeld, ook wanneer zou gelden dat die bepaling niet van openbare orde is.”

47 HR 16 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG3582, NJ 2009/54, rov. 3.3. Zie ook de annotaties van M.J.M. Verhoeven, *AB* 2009/52 en van B.J. Drijber, *Ondernemingsrecht* 2009/119.

48 Vgl. schriftelijke toelichting Rabobank, nrs. 18-24, in het bijzonder nr. 21.

vat biedt dan het weinig omlijnde begrip 'openbare orde'. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid lijkt mij dat een pluspunt. Daarbij past in zoverre meteen weer een relativerende kanttekening dat er ook rechtsnormen kunnen zijn waarbij het van de omstandigheden afhangt of schending daarvan tot nietigheid leidt. Het Europese verbod van staatssteun (art. 107 lid 1 VWEU) biedt daar een voorbeeld van: een overheidsgarantie voor een door een bank verstrekt krediet die de kredietnemer een rentevoordeel oplevert en daarom staatssteun behelst, wordt alleen door nietigheid getroffen als op die manier de ontstane concurrentievervalsing ongedaan wordt gemaakt.⁵¹

62. Zelf wijst Hartkamp in zijn bijdrage aan de Meijer-bundel op enkele arresten van de Hoge Raad sinds 2009, op debat in de literatuur, en op het recht in de ons omringende landen.⁵² Ik moet zeggen dat zijn betoog verleidelijk is gepresenteerd. Toch stel ik voor deze Sirenenzang te weerstaan.

Moeten we dit willen?

63. Het is belangrijk onder ogen te zien of meegaan met de leer van Hartkamp bijdraagt aan de oplossing van een in de praktijk bestaand probleem.⁵³ Laat ik vooropstellen dat Nederland een goed gestructureerd en evenwichtig stelsel van burgerlijke rechtspleging kent, waarvan partijautonomie en recht op hoor en wederhoor belangrijke pijlers zijn. Er zijn diverse instrumenten, waaronder de twee-conclusieregel en het grievenstelsel, die zorgen voor een stroomlijning van het partijdebat in appel. Tegelijkertijd zijn de procedureregels door de bank genomen flexibel. Zo heeft de eiser ruimschoots mogelijkheden zijn eis te wijzigen en bestaan er uitzonderingen op de twee-conclusieregel. Dit alles bevordert zowel de efficiëntie als de rechtszekerheid. Er moet daarom een zeer zwaarwegend belang zijn om de rechter te verplichten uitzonderingen of afwijkingen op dit stelsel te maken.

64. De in nr. 51 en 52 genoemde bezwaren tegen het 'oprekken' van de openbare orde gelden evenzeer voor een verruiming van de verplichting van de rechter ambtshalve dwingende wetsbepalingen toe te passen, zoals Rabobank in het middel, onder verwijzing naar Hartkamp, verdedigt. Los daarvan is het uiteraard van belang onder ogen zien of een dergelijke verruiming noodzakelijk dan wel wenselijk is. Uit de verschillende geschriften van Hartkamp komt nu niet direct het beeld naar voren

dat fundamentele belangen bij de burgerlijke rechter onvoldoende bescherming vinden. Ik heb ook overigens geen aanwijzingen kunnen ontwaren van een 'handhavingstekort', zoals dat in een bestuursrechtelijke context wel wordt genoemd. Het op het spoor komen en handhaven van een verbod van privaatrechtelijke rechtshandelingen wegens strijd met een dwingende wetsbepaling vind ik ook meer iets voor gespecialiseerde toezichthouders of in voorkomend geval het Openbaar Ministerie. Meer in het algemeen zie ik de meerwaarde niet van een soort mengvorm van publieke en private handhaving die ontstaat als de burgerlijke rechter in een ruimere categorie van zaken wordt verplicht ambtshalve te onderzoeken of er aanleiding bestaat de nietigheid van een bepaalde rechtshandeling uit te spreken.⁵⁴ Daarbij kan er ook niet aan worden voorbij gegaan dat partijen in hoger beroep professionele bijstand hebben van een advocaat.

65. Tot slot: stel dat het standpunt van Hartkamp wordt gevolgd, wat zou dat dan voor de procedure in cassatie betekenen? De Hoge Raad kan alleen casseren op grond van de aangevoerde middelen (art. 419 lid 1 Rv) en niet zelf feitenonderzoek doen. Het partijdebat is in cassatie van alle instanties het meest getrechterd. Zo bezien lijkt deze bui daarom aan de Hoge Raad voorbij te gaan. Indien echter moet worden aangenomen dat een zo fundamenteel maatschappelijk belang in het geding is dat de rechter moet worden verplicht om ambtshalve en buiten de rechtsstrijd van partijen aan privaatrechtelijke rechtshandelingen wegens absolute nietigheid hun werking te ontfangen, dan zou het weinig logisch zijn als nu juist de hoogste rechter dat om procedurele redenen niet zou hoeven doen. Daarom zal ook de Hoge Raad zelf een dwingende wetsbepaling die leidt tot nietigheid van de daarin bedoelde rechtshandeling, ambtshalve moeten toepassen. Praktisch gezien kan de Hoge Raad dan weinig anders doen dan vernietigen en verwijzen, waardoor de toepassing van de betrokken rechtsregel aan het verwijzingshof wordt overgelaten. Hetzelfde zou zich overigens voordoen als aan het begrip 'openbare orde' een ruimere toepassing wordt gegeven, zoals hiervoor besproken.

Rechtspraak sinds 2009

66. In zijn bijdrage aan de Meijer-bundel spreekt Hartkamp vier arresten die wat hij noemt een 'ruimtescheppende formulering' zouden bevatten.

67. Het eerste arrest, *Cagemax/Staat*, gaat niet over een rechtsregel die tot absolute nietigheid leidde en ook niet over een horizontale rechtsbetrekking, zoals hier aan de orde.⁵⁵ Dat de Hoge Raad daarin niet verwijst naar de openbare orde lijkt mij voor de discussie in deze zaak daarom niet relevant.

54 Vgl. ook T.R. Ottervanger, 'Handhaving van het mededingingsrecht: een hete herfst?', *Markt & Mededinging* 2009, nr. 5, p. 134-135.

55 HR 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7145, NJ 2010/369 (*Cagemax/Staat*).

51 HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0539, NJ 2013/433 m.nt. M.R. Mok (*Residex/Gemeente Rotterdam*), zoals bevestigd in HR 27 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:2795 m.nt. B.J. Drijber. Vgl. ook V. van den Brink, 'Enkele opmerkingen naar aanleiding van het verbod op staatssteun', *WPNR* (2015) 7045 (Hartkamp-nummer).

52 A.S. Hartkamp in: *Middelen voor Meijer* (P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt e.a. red.), Den Haag: BJU 2013, p. 133-149, nrs. 10, 11 en 12. Zie ook *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014/607.

53 Voor ambtshalve toepassing van Unierecht is dat in beginsel geen discussiepunt omdat daar veel meer de vraag is of het Unierecht zelf tot ambtshalve toepassing verplicht.

68. In het tweede arrest, *Staalbankiers/Elco* (zie hiervoor nr. 48),⁵⁶ zegt de Hoge Raad dat een bepaling moet worden aangemerkt als van openbare orde indien zij ambtshalve moet worden toegepast. Hartkamp noemt dat “een verbetering”:

“Nu staat voorop wat voorop moet staan, namelijk de beoordeling of een bepaling zo belangrijk is dat zij ambtshalve moet worden toegepast. Of men dan, in het bevestigende geval, van een bepaling van openbare orde spreekt (Staalbankiers) of niet (Cagemax), is van weinig belang.”⁵⁷

De uitleg dat de rechter eerst moet vaststellen of een dwingende wetbepaling ambtshalve moet worden toegepast en, zo dat het geval is, zich niet meer druk hoeft te maken of die bepaling van openbare orde is – met als impliciete suggestie dat er een *andere reden* kan zijn om tot ambtshalve toepassing over te gaan – komt op mij gezocht over. Sterker: *it begs the question*. De vraag is wat de *reden* is om een rechtsregel ambtshalve te moeten toepassen. Dan kan moeilijk een andere reden zijn dan dat die regel van openbare orde is.

69. De door Hartkamp als derde en vierde genoemde arresten, *Pressers/Ru-Pro* en *Doornenbal/Van der Spek*, heb ik in nrs. 39 en 40 besproken. De Hoge Raad hield in beide zaken vast aan de twee-conclusieregel: in de eerste zaak ten aanzien van een tardieve eisvermeerdering van appellant; in de tweede zaak ten aanzien van een door geïntimeerde tardief naar voren gebracht verweer. In beide gevallen was aanleiding voor de eisiwijziging respectievelijk het nieuwe verweer dat de appelrechter het betrokken punt ambtshalve aan de orde gesteld. Deze beide arresten pleiten duidelijk tegen het standpunt van Hartkamp, dat Rabobank in het middel tot de hare maakt.

Literatuur sinds 2009

70. Hartkamp vermeldt in zijn bijdrage aan de Meijer-bundel een drietal proefschriften (Ancery, Bakker en Lewin) die ervan getuigen dat het onderwerp ambtshalve toepassing leeft. Ik wijs zelf nog op het preadvies van Asser uit 2015 (dus daterend van na de bijdrage van Hartkamp aan de Meijer-bundel). Asser schrijft:⁵⁸

“Maar Hartkamp heeft gelijk dat het niet aangaat de absolute nietigheid die volgt uit een wetbepaling die niet een regel van openbare orde bevat, in het proces te negeren enkel omdat die nietigheid geen onderdeel uitmaakt van de rechtsstrijd. De bakens zouden op dit punt verzet moeten worden. Het is naar mijn mening wel degelijk de taak van de rechter om die nietigheid aan de orde te stellen en partijen erop te wijzen dat de rechter in het licht daarvan niet

verantwoord zou handelen door te doen alsof zijn neus bloedt. Op die wijze zal het gegeven zonder twijfel deel worden van het debat, ook al wordt het misschien niet expliciet overgenomen in de grondslagen van de partij die bij nietigheid baat heeft. Het is belangrijker dat de partijen ermee geconfronteerd zijn en daarover hun standpunt hebben kunnen uiten dan dat een partij de grond formeel tot de hare maakt. Dat is trouwens ook het recept indien de rechter ambtshalve buiten de rechtsstrijd rechtsgronden van openbare orde zou gaan toepassen: eerst voorleggen om partijen daarop te laten reageren.”

71. Moeten we hier uit afleiden dat Asser zich heeft bekeerd tot de leer van Hartkamp? Volgens Asser heeft de rechter die meent een nietigheid te ontwaren die door partijen niet is opgebracht, tot taak hen daarop te wijzen. Dat lijkt mij op zichzelf juist en ik maak mij sterk dat dit in de praktijk niet al met enige regelmaat voorkomt. Indien partijen bijvoorbeeld strijden over de nakoming van een borgtochtvereenkomst terwijl het aangaan daarvan in strijd was met een dwingende wetbepaling, dan kan de rechter bij comparitie of pleidooi zich hardop afvragen of de betrokken overeenkomst wellicht nietig is. Asser legt vervolgens uit *hoe* de rechter in een dergelijke situatie vanuit processueel oogpunt het beste te werk kan gaan om verrassingsbeslissingen te voorkomen. Ook daar kan ik mij in vinden.

72. Mij is niet helemaal duidelijk van waar naar waar Asser de bakens precies wil verzetten. Hij gaat niet in op de scenario's die zich kunnen voordoen als de appelrechter ambtshalve een mogelijke nietigheid aan de orde heeft gesteld. Eerste scenario is dat de partij die daar belang bij heeft haar eis wijzigt en de wederpartij daarmee onduidelijk instemt. Dan is er niets aan de hand en wordt de rechtsstrijd van partijen uitgebreid. Tweede scenario is dat partijen hun stellingen niet aanvullen, bijvoorbeeld omdat zij beiden de nietigheid niet in hun rechtsstrijd willen betrekken.⁵⁹ In de leer van Hartkamp zou de rechter dan toch ambtshalve de nietigheidssanctie moeten toepassen.⁶⁰ Derde scenario is dat de ene partij zich tardief beroept op een nieuwe grief of een nieuw verweer en de andere partij zich daartegen verzet.⁶¹ Dat is de situatie die zich hier voordoet. Hier zou de rechter in de leer van Hartkamp ook verplicht zijn door te pakken. Laat hij na ambtshalve de nietigheidssanctie toe te passen, dan zou daarover in cassatie met succes kunnen worden geklaagd. Als gezegd volgt uit *Pressers/Ru-Pro* en *Doornenbal/Van der Spek* juist het tegendeel.

59 Zie voor een voorbeeld Hof Arnhem 21 april 2009, *LJN* BI4999 (*Blue Cab Emmen/De Vier Gewesten*).

60 Mijns inziens heeft Hof Arnhem in de in de vorige voetnoot genoemde zaak dat terecht niet gedaan.

61 Dat is het scenario dat zich hier voordoet. Ik teken aan dat zich bij de stukken niet een proces-verbaal van het pleidooi in hoger beroep bevindt, maar men mag verwachten dat [verweerder] tegen het aan art. 1:125 lid 2 Wft ontleende verweer heeft geprotesteerd.

56 HR 28 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7122, *NJ* 2011/167 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Staalbankiers/Elco*).

57 A.S. Hartkamp in: *Middelen voor Meijer* (P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt e.a. red.), Den Haag: BJU 2013, p. 142-143.

58 W.D.H. Asser, in: *Preadviezen 2015 Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: BJU 2015, p. 351.

Rechtsvergelijking

73. Hartkamp geeft ook een nuttig inkijkje in het recht van de ons omringende landen.⁶² Ook als het onderzochte probleem geen Europese oorsprong heeft (of misschien wel juist dan) kan de rechter, als keuzes gemaakt moeten worden, aan het buitenlandse recht mogelijk inspiratie of *comfort* ontleenen. Of dat voor de hier voorliggende kwestie nodig is zou ik echter willen betwijfelen.

74. Daar komt bij dat bij de conclusies die Hartkamp trekt uit met name het Duitse en Franse recht, kanttekeningen zijn geplaatst door Van Schaick.⁶³ Het voert te ver daar hier op in te gaan, temeer nu Rabobank zelf geen beroep op buitenlands recht doet.⁶⁴

75. Om voorgaande redenen faalt de klacht dat het hof heeft miskend dat art. 1:125 lid 2 Wft een dwingende wetbepaling is die leidt tot absolute nietigheid van de daarin bedoelde rechtshandeling zodat het hof verplicht was deze ambtshalve buiten de grenzen van de rechtsstrijd toe te passen (zie nr. 34, onder b).

Overige klachten

76. De overige klachten behoeven slechts kort bespreking. Het hof heeft niet miskend dat een uitzondering op de twee-conclusieregel moet worden gemaakt als een verweer betrekking heeft op een rechtsregel van openbare orde die de rechter ook zonder dat verweer ambtshalve had moeten toepassen (zie nr. 34 onder c). Een dergelijke rechtsregel is hier immers niet aan de orde. De klacht mist daarom feitelijke grondslag.

77. Hetzelfde geldt voor de klacht dat het hof heeft miskend dat wanneer een verweer ambtshalve moet worden beoordeeld, de goede procesorde niet kan meebrengen dat een rechter daar dan (toch) van kan afzien (zie nr. 34, onder d). Er was geen verweer dat ambtshalve moest worden beoordeeld.

78. Ook faalt de klacht dat het hof in rov. 6 niet heeft gemotiveerd waarom eisen van goede procesorde zich in dit geval verzetten tegen de beoordeling van het verweer van Rabobank (zie nr. 34, onder e). Ten eerste vormt hetgeen het hof daaromtrent overweegt (*“Daar komt bij, dat het eerst in dit stadium van het geding aanvoeren van bedoeld verweer tevens in strijd is met de goede procesorde”*) een overweging ten overvloede is. De beslissing van het hof dat het niet gehouden was het

verweer van Rabobank te behandelen berust op toepassing van de twee-conclusieregel. Rabobank heeft bij deze klacht daarom geen belang. Ten tweede heeft het hof zijn beslissing op dit punt (kort maar voldoende) gemotiveerd door te verwijzen naar het tijdstip waarop het verweer is aangevoerd (*“het eerst in dit stadium van het geding aanvoeren van bedoeld verweer”*). Dit oordeel is feitelijk en niet onbegrijpelijk.⁶⁵ Overigens heeft de rechter bij het toetsen aan de eisen van goede procesorde een ruime beoordelingsvrijheid. Mijsn inziens heeft het hof die grens hier niet overschreden.

Conclusie

79. De slotsom is dat het middel niet slaagt en het beroep moet worden verworpen.

5. *Belang-verweer: is art. 1:125 lid 2 Wft van toepassing op de onderhavige zaak?*

80. Voor het geval Uw Raad van oordeel is dat, anders dan ik zojuist heb geconcludeerd, het middel wél terecht is voorgesteld volgt daar nog niet zonder meer uit dat cassatie dient te volgen. Immers, als het aan art. 1:125 lid 2 Wft ontleende verweer hoe dan ook niet kan slagen, heeft Rabobank bij haar cassatieberoep geen belang (zie nr. 32).

81. In dat verband verdient onderzoek of art. 1:125 lid 2 jo art. 116 lid 3 Wft temporeel en materieel van toepassing zijn op de tussen partijen gesloten overeenkomsten. Indien dat het geval is, rijst vervolgens de vraag of genoemde wetbepalingen wegens strijd met art. 1 EP buiten toepassing moeten worden gelaten.

Temporele werkingssfeer

82. De eerste vraag is of beide overeenkomsten van 4 november 2013 binnen de temporele werkingssfeer van art. 1:125 lid 2 Wft vallen. [verweerder] gaat daar kort op in.⁶⁶

83. Of een overeenkomst nietig (of vernietigbaar) is wegens strijd met de wet, moet in beginsel worden beoordeeld aan de hand van de wettelijke bepalingen die van toepassing waren op het moment dat de overeenkomst tot stand kwam,⁶⁷ tenzij uit het overgangsrecht anders voortvloeit.⁶⁸ Dat laatste lijkt hier het geval te zijn.

84. Art. 1:125 lid 3 Wft voorziet in een uitgestelde werking van het verbod van het tweede lid tot 1 juli 2015 voor betalingsverplichtingen die vóór 1 januari 2015 zijn aangegaan. Die overgangsrege-

62 A.S. Hartkamp in: *Middelen voor Meijer* (P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt e.a. red.), Den Haag: BJU 2013, nr. 12 en *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III/207*.

63 *Asser Procesrecht/Van Schaick* 2 2016/100.

64 In het handzame casebook *Cases, Materials and Text on European Law and Private Law* (Hartkamp, Sieburgh & Devroe red.), Oxford: Hart Publishers 2017, heb ik geen buitenlandse precedenten aangetroffen die het betoog van Hartkamp ondersteunen. Ik wijs dan met name op hoofdstuk 7 van genoemd boek. Mogelijk komt dat ook omdat de voorbeelden van ambtshalve toepassing veelal gaan over het Europese kartelverbod of over de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.

65 Vgl. ook HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3238, NJ 2018/31, rov. 3.3.3 (slot).

66 Schriftelijke toelichting nr. 15.2.

67 Zie reeds HR 14 februari 1964, NJ 1965/95 (*Prijsopdrivings- en Hamsterwet*).

68 Zie H.J. van Kooten, *Groene Serie Vermogensrecht*, art. 3:40 BW, aant. 11; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/327. Zie ook O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, (diss. KUB) 2001, m.n. p. 582-586. Deze auteur wijst erop dat, waar latere wetgeving (bezien in het licht van het overgangsrecht) de geldigheid van een eerdere overeenkomst onverlet laat, het toch zo kan zijn dat die latere wetgeving aan de uitvoering van de overeenkomst in de weg staat.

ling geldt *niet voor bestuurders*.⁶⁹ In art. 1:125 lid 3 Wft ligt impliciet besloten dat bestaande overeenkomsten in gevallen waarvoor lid 3 niet geldt, vanaf 7 februari 2015 op grond van art. 1:116 lid 3 Wft en art. 3:40 lid 2 BW nietig zijn voor zover het maximum wordt overschreden. Zie ook de wetsgeschiedenis:⁷⁰

“De in het wetsvoorstel opgenomen bepaling [art. 1:125 lid 2 Wft] heeft gevolgen voor onder meer bestaande overeenkomsten tussen bestuurders en ondernemingen die gesloten zijn voorafgaande aan de totstandkoming van de codes. In individuele gevallen kunnen momenteel nog overeenkomsten bestaan die nog niet zijn aangepast conform de codes en kunnen bestuurders vertrekvergoedingen ontvangen die afwijken van de zelfreguleringsnorm van 100%. De invoering van een wettelijke maximale vertrekvergoeding heeft tot gevolg dat deze bestuurders niet langer een vertrekvergoeding kunnen ontvangen die hoger is dan 100% van de vaste beloning.”

85. Ik stel verder vast dat de *uitkering* van een vertrekvergoeding (en dus de uitvoering van een daaraan ten grondslag liggende rechtshandeling) het aanknopingspunt is voor de toepasselijkheid van de in art. 1:125 lid 2 Wft neergelegde norm. Uitvoering van een overeenkomst tussen een financiële onderneming en een personeelslid in verband met diens vertrek dient achterwege te blijven als aan die rechtshandeling door deze wetsbepaling ieder gevolg wordt ontzegd. Dat niet het moment van toekenning van de vertrekvergoeding bepalend is ligt voor de hand, omdat een dergelijke vergoeding vaak al is vastgelegd in de arbeidsovereenkomst en dus bij het aangaan daarvan is afgesproken.⁷¹ Een en ander betekent dat vanaf 7 februari 2015 het *uitkeren* aan een bestuurder van een vertrekvergoeding die hoger is dan 100% van zijn vaste beloning op jaarbasis, is verboden en dat daarmee strijdige rechtshandelingen nietig zijn.

86. Daarmee zijn we er voor onze zaak nog niet. Ik stel voorop dat tussen partijen niet in geschil is dat de beëindigingsvergoeding van € 970.000 niet wordt geraakt door art. 1:125 lid 2 Wft. Reden: dat bedrag was al in november 2013 voldaan.⁷² De *Coulance-uitkering* is in december 2013 aan [ver-

weerder] uitgekeerd, maar in 2015 door hem terugbetaald⁷³ omdat de kantonrechter hem daartoe had veroordeeld. Het hof heeft het vonnis van de kantonrechter vernietigd, zodat Rabobank dit bedrag alsnog moet uitkeren. De vernietiging van het vonnis van de kantonrechter heeft terugwerkende kracht. Daardoor is de rechtsgrond aan hetgeen reeds ter uitvoering van die uitspraak is verricht komen te ontvallen en is op voet van art. 6:203 BW een vordering wegens onverschuldigde betaling ontstaan.⁷⁴ Die vordering kan niet worden doorgekruist door art. 1:125 lid 2 Wft. De rechtstoestand zoals die zou hebben bestaan als het vonnis van de kantonrechter er niet was geweest, moet worden hersteld.

87. Daarmee is onverenigbaar de door Rabobank voorgestane uitleg van art. 1:125 lid 2 Wft, waarbij strikt wordt vastgehouden aan het moment van uitkeren, ongeacht de reden waarom uitkering is vertraagd en ongeacht wat de rechter heeft beslist.⁷⁵ Een dergelijke uitleg kan m.i. leiden tot willekeurige verschillen en onbillijke gevolgen. Het kon in de aanloop naar de inwerkingtreding van de Wbfo zelfs leiden tot opportunistisch gedrag van financiële ondernemingen: eerst een overeenkomst niet nakomen om die over de datum van 7 februari 2015 heen te tillen en dan stellen dat de overeenkomst niet mag worden nagekomen. Het kan redelijkerwijs niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest dat deze nieuwe tot financiële ondernemingen gerichte beloningsvoorschriften door die zelfde ondernemingen worden aangegrepen om uit te komen onder contractuele verplichtingen die zij voordien al hadden moeten *nakomen*.

88. Daar komt nog bij dat, blijkens de memorie van toelichting, het niet de bedoeling is van de wetgever dat art. 1:125 lid 2 Wft wordt toegepast op door de rechter toegekende vergoedingen (zie nr. 26, slot). Dat geldt m.i. zowel voor de situatie dat er geen vertrekvergoeding was overeengekomen en de rechter oordeelt dat die er wel had moeten zijn, als voor de situatie dat wél een vertrekvergoeding was overeengekomen en de rechter oordeelt dat die ten onrechte niet is uitbetaald. In beide gevallen wijst de rechter immers op vordering van de vertrokken werknemer een bepaald bedrag toe ten laste van de financiële onderneming.

89. Ten aanzien van de “*Afrekening arbeidsvoorwaarden*” is de beoordeling dezelfde. Er had uiterlijk in januari 2014 betaald moeten worden. Dat is niet gebeurd. Het hof heeft geoordeeld dat dit bedrag verschuldigd is, met wettelijke rente *vanaf 1 januari 2014*.⁷⁶

69 Overigens suggereert [verweerder] dat met de in art. 1:125 lid 3 Wft bedoelde bestuurders van banken, niet bestuurders van een Rabobank zouden zijn bedoeld omdat de Code Banken niet zou gelden voor bestuurders van lokale banken en banken die zijn aangesloten bij een centrale kredietinstelling, zoals toentertijd Rabobank VZ (zie schriftelijke toelichting nr. 16.2). Dat laatste moge zo zijn, maar neemt niet weg dat de tekst van art. 1:125 lid 3 Wft geen ruimte biedt voor een dergelijke uitzonderingspositie.

70 Zie MvT *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 964, nr. 3, p. 9.

71 Dergelijke bij aanvang dienstbetrekking overeengekomen financiële garanties voor topmanagers worden in het bedrijfsleven wel aangeduid als *golden parachutes*.

72 Vgl. pleitnota Rabobank in hoger beroep, nr. 6: “*Omdat het bedrag van € 970.000 is overeengekomen en uitgekeerd vóór de inwerkingtreding van de WBFO, heeft de WBFO geen consequenties voor voldoening van het bedrag van € 970.000.*”.

73 In haar schriftelijke repliek nr. 5 stelt Rabobank dat [verweerder] in maart 2015 aan haar € 171.410 heeft terugbetaald.

74 Zie HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3678, NJ 2015/168 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*K/G. Benedictus*), rov. 3.4.3, onder verwijzing naar HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN7327, NJ 2005/246.

75 Vgl. schriftelijke repliek, nr. 5.

76 Zie dictum van het bestreden arrest, eerste gedachtestreepje, onder (b).

90. Ik concludeer dat art. 1:125 lid 2 Wft *ratio-ne temporis* niet van toepassing is op de beide litigieuze overeenkomsten.⁷⁷

91. Voor de volledigheid merk ik nog op dat het ook mogelijk is de beoordeling van het middel met dit punt te beginnen (zie ook nr. 32). De conclusie zou dan zijn dat de genoemde Wft-bepalingen niet op de zaak van toepassing zijn, zodat Rabobank bij haar cassatieberoep geen belang heeft en het beroep reeds daarom faalt.

Materiële werkingssfeer

92. De tweede vraag is of de vorderingen van [verweerder] in hoger beroep (terugbetaling *Coulance-uitkering* en uitbetaling *Afrekening arbeidsvoorwaarden*) materieel gezien betrekking hebben op 'vertrekvergoedingen' als bedoeld in art. 1:125 lid 2 Wft. Hierover heeft geen partijdebat plaatsgevonden. Ook valt niet uit te sluiten dat op dit punt nog feitelijk onderzoek nodig is. Ik ga hier niettemin kort op in.

93. De overeenkomst "*Coulance-uitkering van wege overkreditering*" lijkt mij zonder meer (onderdeel van) een vertrekvergoeding. Deze uitkering is uitdrukkelijk ook onderdeel van het 'budget' dat optelt tot € 1.336.500.

94. Voor de overeenkomst "*Afrekening arbeidsvoorwaarden*" ligt dat mogelijk anders. Het gaat daarbij, net als wanneer een werknemer bij het einde van zijn dienstverband niet-opgenomen vakantiedagen in geld krijgt uitgekeerd, om tijdens het dienstverband opgebouwde aanspraken. Dit blijkt ook hieruit dat Rabobank van het aanvankelijk geclaimde totaal van € 297.000 (bruto) een bedrag van € 93.000 als verschuldigd heeft erkend.⁷⁸ De restantvordering van € 204.000 heeft betrekking op — niet direct inzichtelijke — posten als niet-genoten sabbaticals en opleidingsbudget. Wat er van die posten ook zij, Rabobank VZ heeft deze aanvaard als onderdeel van wat op grond van de *arbeidsvoorwaarden* afgerekend moest worden.

95. Dat deze vordering geen onderdeel is van de vertrekregeling zoals die [verweerder] voor ogen stond, blijkt ook uit een optelling van de verschillende componenten van genoemd 'budget' van € 1.336.500. Hieruit lijkt te volgen dat het bedrag van € 293.000 wegens *Afrekening arbeidsvoorwaarden* daar (naast en) bovenop kwam.⁷⁹

Art. 1 EP

96. In het kader van zijn belang-verweer heeft [verweerder] verder betoogd dat toepassing van art. 1:125 lid 2 Wft in zijn geval in strijd zou zijn met art. 1 EP.

⁷⁷ Ik zou menen dat het uitkeren van de beide omstreden bedragen na het — uitvoerbaar verklaarde — arrest van het hof Rabobank niet kan blootstellen aan handhavingsmaatregelen van toezichthouder DNB.

⁷⁸ Dat is het door de kantonrechter in conventie toegewezen bedrag.

⁷⁹ In rov. 10 lijkt het hof er overigens van uit te gaan dat deze post wel diende om aan het 'budget' te komen.

97. In het wetgevingstraject van de Wbfo heeft de Afdeling advisering van de Raad van State er op gewezen dat een vertrekregeling die boven het voorgestelde maximum uitgaat, een (toekomstige) aanspraak is die volgens de rechtspraak van het EHRM tot eigendom wordt gerekend, waarvan art. 1 EP het ongestoorde genot beschermt. Het is weliswaar mogelijk om die aanspraak onder omstandigheden bij wet te beperken of te reguleren, maar het ontbreken van een *overgangsregeling* met enige eerbiedigende werking deed de Afdeling advisering concluderen dat de regeling zoals voorgesteld niet verenigbaar was met art. 1 EP.⁸⁰

98. Deze kritiek heeft er niet toe geleid dat in de Wbfo voor alle gevallen een overgangstermijn is opgenomen. De opschortende werking voorzien in art. 1:125 lid 3 Wft, geldt alleen voor 'dagelijks beleidbepalers' maar daarbinnen niet voor bestuurders. In lagere rechtspraak is dit ontbreken van een overgangstermijn, waardoor aanspraken uit afgesproken vertrekvergoedingen die vóór 7 februari 2015 zonder meer geldig waren, per die datum op eens niet afdwingbaar waren, aangemerkt als problematisch in het licht van art. 1 EP.⁸¹ In de literatuur evenzo.⁸² Ik wijs erop dat, voor zover de overgangperiode van het derde lid wél van toepassing is, die er vooral toe dient partijen tijd te geven om hun contractuele afspraken aan de nieuwe voorschriften aan te passen. Het enige overgangselement is dat bestaande afspraken over een hogere vertrekvergoeding dan toegestaan op grond van art. 1:125 lid 3 Wft nog een kleine vijf maanden (van 7 februari tot 1 juli 2015) hun geldigheid behielden.

99. Ik meen evenwel dat het niet nodig is de vraag naar de verenigbaarheid met art. 1 EP verder uit te werken, omdat het antwoord op de vraag of [verweerder] onevenredig geraakt wordt in zijn recht op ongestoorde eigendom ten aanzien van zijn vorderingen niet gegeven kan worden zonder te oordelen over de relevante omstandigheden van het geval.⁸³ Ook daarover heeft geen partij plaatsgevonden, terwijl dat laatste wel onontbeerlijk is om goed te kunnen oordelen of de toepassing van een wetsbepaling in een *concreet geval* met art. 1 EP verenigbaar is dan wel dat in dit geval sprake is van een individuele en buitensporige last. Daarom kan ook niet worden gesteld, zoals [verweerder] in cassatie doet,⁸⁴ dat geen andere conclusie kan worden getrokken dan dat toepassing van art. 1:125 lid 2 Wft

⁸⁰ *Kamerstukken II*, 2013-2014, 33 964, nr. 4, p. 16-18.

⁸¹ Zie de uitspraak van de Rb. Noord-Holland 19 oktober 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:10443, *JOR* 2016/36 m.nt. Van Tuyl en Serooskerken en *JAR* 2015/288 m.nt. A.M. Helstone.

⁸² Zie de in de vorige voetnoot aangehaalde annotaties en W. Horsmeier, 'De regulering van bonussen in de financiële sector — over stijgende salarissen en andere gevolgen van dien', *Tijdschrift voor arbeid en onderneming* 2015/2, die erop wijst (p. 99, toegespitst op het bonusplafond) dat een overgangstermijn kan verhinderen dat een nietigheidssanctie in strijd komt met art. 1 EP.

⁸³ Vgl., in een heel andere context, HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1729, rov. 4.11 (*Staat/Delta*).

⁸⁴ Schriftelijke toelichting [verweerder] nr. 18.

voor [verweerder] onverenigbaar met art. 1 EP zou zijn. Bij deze stand van zaken kan het beroep op art. 1 EP derhalve niet de conclusie wettigen dat Rabobank bij haar cassatieberoep geen belang heeft.

Slotsom

100. Met betrekking tot het belang-verweer van [verweerder] luidt de slotsom dat, *indien* Uw Raad oordeelt dat het middel doel treft en *indien* het belang-verweer niet wordt gehonoreerd op de grond dat art. 1:125 lid 2 Wft *ratione temporis* niet van toepassing is, de zaak ter verdere behandeling en beslissing moet worden verwezen, zodat voor het verwijzingshof het partijdebat kan plaatsvinden over met name de vraag of art. 1:125 lid 2 jo. 1:116 lid 3 Wft wegens strijd met art. 1 EP buiten toepassing moet worden gelaten. Zo ver heeft het evenwel niet te komen nu ik heb geconcludeerd (in nr. 79) dat het middel tevergeefs is voorgesteld.

6. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

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. het vonnis in de zaak 3414936/14-28073 van de kantonrechter te Den Haag van 5 maart 2015;
- b. het arrest in de zaak 200.174.913/01 van het gerechtshof Den Haag van 13 december 2016. Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft Rabobank beroep in cassatie ingesteld. De procesinleiding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

[verweerder] heeft een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, voor Rabobank mede door mr. B.M.H. Fleuren.

De conclusie van de Advocaat-Generaal B.J. Drijber strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

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 1-11. Deze komen, kort samengevat en voor zover in cassatie van belang, op het volgende neer.

(i) [verweerder] is in dienst geweest van Coöperatieve Rabobank Vlietstreek-Zoetermeer U.A. (hierna: Rabobank VZ), laatstelijk als directeur tevens statutair bestuurder.

(ii) In verband met een voorgenomen fusie tussen Rabobank VZ en Coöperatieve Rabobank Regio Den Haag U.A. zijn vanaf juli 2013 besprekingen gevoerd tussen [verweerder] en de raad van

commissarissen van Rabobank VZ over een afvloeiingsregeling.

(iii) Op 1 november 2013 hebben partijen een vaststellingsovereenkomst ondertekend. Daarin is onder meer bepaald dat de arbeidsovereenkomst eindigt per 31 december 2013, dat [verweerder] een beëindigingsvergoeding ontvangt van €970.000 bruto, dat Rabobank VZ een bijdrage in de gemaakte kosten van juridische advisering betaalt van maximaal €1.500, en dat partijen elkaar over en weer finale kwijting verlenen ter zake van de arbeidsovereenkomst en de beëindiging daarvan. Het bedrag van €970.000 is op 13 november 2013 aan [verweerder] betaald.

(iv) Daarnaast zijn op 4 november 2013 namens Rabobank VZ nog twee overeenkomsten ondertekend. In de eerste, aangeduid als 'Coulanco-uitkering vanwege overkreditering', verplicht Rabobank VZ zich tot betaling van een bedrag van €216.776 netto; dat bedrag is op 4 december 2013 aan [verweerder] betaald. In de tweede, getiteld 'Afrekening arbeidsvoorwaarden', zijn aan [verweerder] bedragen toegekend van €243.000 ter zake van nog te verrekenen posten en van €54.000 als variabele beloning over 2013; die bedragen (tezamen €297.000) zouden worden opgenomen in de eindafrekening van januari 2014.

3.2.1 Voor zover in cassatie nog van belang, vordert [verweerder] in dit geding dat Rabobank (als rechtsopvolger van Rabobank VZ) wordt veroordeeld tot betaling van €297.000 ter zake van de 'Afrekening arbeidsvoorwaarden' (zie hiervoor in 3.1 onder (iv)) en van €1.500 als bijdrage in de gemaakte kosten van juridische advisering (zie hiervoor in 3.1 onder (iii)).

In reconventie heeft Rabobank gevorderd dat de overeenkomst betreffende de coulanco-uitkering vanwege overkreditering geheel zal worden vernietigd en de overeenkomst betreffende de afrekening van de arbeidsvoorwaarden partieel zal worden vernietigd, en dat [verweerder] zal worden veroordeeld tot terugbetaling van het op 4 december 2013 betaalde bedrag van €216.776.

3.2.2 De rechtbank heeft Rabobank in conventie veroordeeld tot betaling van een (door Rabobank schuldig erkend) bedrag van €93.000 ter zake van de afrekening van de arbeidsvoorwaarden en het in conventie gevorderde voor het overige afgewezen. In reconventie heeft de rechtbank de overeenkomst betreffende de coulanco-uitkering vanwege overkreditering en de overeenkomst betreffende de afrekening van de arbeidsvoorwaarden geheel respectievelijk partieel vernietigd en [verweerder] veroordeeld tot terugbetaling van €216.776.

3.2.3 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en Rabobank veroordeeld het (door [verweerder] terugbetaalde) bedrag van €216.776 wederom aan [verweerder] te betalen, en daarnaast aan [verweerder] te betalen de bedragen van €204.000 (€297.000 wegens de 'Afrekening arbeidsvoorwaarden' minus het ingevolge het rechtbankvonnis reeds betaalde bedrag van €93.000) en

€ 1.500 als bijdrage in de gemaakte kosten van juridische advisering. Het gevorderde in reconventie heeft het hof in zijn geheel afgewezen.

3.3.1 Bij pleidooi in hoger beroep heeft Rabobank voor het eerst in de procedure aangevoerd dat de in geschil zijnde overeenkomsten 'Coulance-uitkering vanwege overkreditering' en 'Afrekening arbeidsvoorwaarden' in strijd zijn met art. 1:125 lid 2 Wft en daarom nietig zijn ingevolge art. 1:116 lid 3 Wft. Hieromtrent heeft het hof in rov. 6 als volgt overwogen:

"6. (...) Het hof zal dit verweer niet beoordelen. De in art. 347 lid 1 Rv besloten liggende tweeconclusieregel brengt mee dat de rechter in beginsel niet behoort te letten op verweren die in een later stadium dan in de memorie van antwoord worden aangevoerd, tenzij zich een van de in rechtspraak erkende uitzonderingen op die regel voordoet (zie recentelijk HR 2 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2906, r.o. 3.5). Het verweer is in strijd met deze in beginsel strakke regel eerst bij pleidooi in hoger beroep aangevoerd. Omstandigheden die rechtvaardigen dat wordt afgeweken van deze regel zijn gesteld noch gebleken. Daar komt bij, dat het eerst in dit stadium van het geding aanvoeren van bedoeld verweer tevens in strijd is met de goede procesorde. De wettelijke regels waarop Rabobank Nederland zich beroept zijn niet van openbare orde, zodat het hof niet ambtshalve (art. 25 Rv) gehouden is deze toe te passen."

3.3.2 Het middel is uitsluitend tegen deze overweging van het hof gericht. Het klaagt dat het hof gehouden was toepassing te geven aan art. 1:125 lid 2 Wft in verbinding met art. 1:116 lid 3 Wft, nu art. 1:125 lid 2 Wft een bepaling van openbare orde is, althans een dwingendrechtelijke bepaling die leidt tot absolute nietigheid, en dus ambtshalve buiten de grenzen van de rechtsstrijd dient te worden toegepast. Voor een dergelijke toepassing boden de processtukken, aldus de toelichting op het middel, voldoende feitelijke basis. Nu het hof gehouden was om deze bepaling ambtshalve toe te passen, deed zich een situatie voor waarin een uitzondering gemaakt diende te worden op de tweeconclusieregel en waarin van strijd met de goede procesorde geen sprake kon zijn, althans heeft het hof onvoldoende gemotiveerd waarom het in strijd zou zijn met de goede procesorde om partijen de gelegenheid te geven zich alsnog over de betekenis van art. 1:125 lid 2 Wft voor de vorderingen van [verweerder] uit te laten.

3.4.1 Bij de beoordeling van het middel wordt het volgende vooropgesteld.

3.4.2 Met de Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen (*Stb.* 2015, 45) is in de Wft een nieuw hoofdstuk 1.7 ingevoerd, waarin regels zijn opgenomen die een financiële onderneming verplichten tot het voeren van een beheerst beloningsbeleid. Met invoering van deze regelgeving is getracht een bijdrage te leveren aan het streven naar een duurzame

en aan de burger dienstbare financiële sector waarin geen excessen voorkomen. Onverantwoorde (variabele) beloningsprikkels zouden dergelijke excessen te veel in de hand werken. (Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33964, nr. 3, p. 1-2.)

3.4.3 Het in de onderhavige zaak centraal staande art. 1:125 lid 2 Wft maakt deel uit van hoofdstuk 1.7 Wft en bepaalt dat een financiële onderneming aan een persoon die het dagelijks beleid van de onderneming bepaalt, geen vertrekvergoeding uitkeert die meer dan 100% bedraagt van de vaste beloning op jaarbasis. Deze bepaling houdt verband met het eveneens in hoofdstuk 1.7 Wft opgenomen art. 1:121 Wft, waarin de variabele beloningen worden gemaximeerd.

Met de maximering van de vertrekvergoeding in art. 1:125 lid 2 Wft wordt beoogd te voorkomen dat de inperking van de variabele beloning wordt ontgaan door het overeenkomen van een hoge vertrekvergoeding. (Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33964, nr. 3, p. 9.)

3.4.4 Uit de memorie van toelichting (*Kamerstukken II* 2013/14, 33964, nr. 3, p. 38) volgt dat art. 1:125 Wft mede strekt ter implementatie van art. 94 lid 1, onder h, van Richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen (*PbEU* 2013, L 176/338; hierna: Vierde Richtlijn kapitaalvereisten). Opmerking verdient dat in die richtlijn bepaling geen maximering is aangebracht ten aanzien van vertrekvergoedingen, maar enkel het beginsel is opgenomen dat vergoedingen in verband met een voortijdige beëindiging van een contract moeten samenhangen met in de loop der tijd gerealiseerde prestaties, en falen of misdragingen niet mogen belonen. Naar het oordeel van de wetgever hebben de bepalingen in de Vierde Richtlijn kapitaalvereisten over het beloningsbeleid het karakter van minimumharmonisatie, zodat het hem vrijstond in art. 1:125 lid 2 Wft een verdergaande regeling met betrekking tot vertrekvergoedingen op te nemen (zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33964, nr. 3, p. 10-11).

3.4.5 In afwijking van het in art. 1:23 Wft neergelegde uitgangspunt dat rechtshandelingen die zijn verricht in strijd met de bij of krachtens de Wft gestelde regels, niet uit dien hoofde aantastbaar zijn, bepaalt art. 1:116 lid 3 Wft dat rechtshandelingen die in strijd zijn met (onder meer) art. 1:125 Wft, nietig zijn. In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat hiermee wordt beoogd te voorkomen dat ondernemingen onbepakt rechtshandelingen kunnen verrichten in strijd met de in art. 1:116 lid 3 Wft genoemde bepalingen en dat daarmee het belang van de naleving van hoofdstuk 1.7 van de Wft wordt onderstreept (*Kamerstukken II* 2013/14, 33964, nr. 3, p. 30).

3.4.6 Art. 1:125 lid 3 Wft bevat een overgangsregeling voor vertrekvergoedingen die tot en met 1 juli 2015 worden uitgekeerd, maar voor 1 januari 2015 zijn overeengekomen. Deze vergoedingen val-

len niet onder het toepassingsbereik van art 1:125 lid 2 Wft. Van deze overgangsregeling zijn echter uitgesloten de nog niet uitgekeerde vertrekvergoedingen aan bestuurders van een bank of verzeke- raar; op die vertrekvergoedingen is art. 1:125 lid 2 Wft derhalve wel van toepassing met onmiddellijke ingang na zijn inwerkingtreding, te weten vanaf 7 februari 2015.

Uit art. 1:125 leden 2 en 3 Wft volgt dat het tijd- stip van uitkering van de vergoeding het bepalende moment is voor de beoordeling van de geldigheid van de overeengekomen vertrekvergoeding. Indien het uitkeren van de vergoeding, gelet op het tempo- rele toepassingsbereik van art. 1:125 lid 2 Wft, in strijd is met die bepaling, is de aan die uitkering ten grondslag liggende rechtshandeling ingevolge art. 1:116 lid 3 Wft nietig, ook als deze rechtshandeling voor de inwerkingtreding van hoofdstuk 1.7 Wft is verricht. (Vgl. ook *Kamerstukken II* 2013/14, 33964, nr. 3, p. 9 en p. 30.)

3.5.1 [verweerder] heeft als meest verstrekkend verweer tegen de klachten van het middel aange- voerd dat Rabobank geen belang heeft bij haar cas- satieberoep omdat art. 1:125 lid 2 Wft niet van toe- passing is op het onderhavige geschil. Dit verweer treft op grond van het navolgende doel.

3.5.2 Tussen partijen is niet in geschil dat de door Rabobank verschuldigde beëindigingsvergoe- ding van €970.000 (zie hiervoor in 3.1 onder (iii)) niet wordt getroffen door art. 1:125 lid 2 Wft, omdat dit bedrag voor 7 februari 2015 is betaald.

3.5.3 Het door Rabobank ingevolge de ‘Afreke- ning arbeidsvoorwaarden’ verschuldigde bedrag van €297.000 had eveneens voor 7 februari 2015 betaald moeten worden, nu het zou worden opge- nomen in de eindafrekening van januari 2014 (zie hiervoor in 3.1 onder (iv)) en in het oordeel van het hof besloten ligt dat Rabobank vanaf 1 januari 2014 in verzuim is met de betaling daarvan. Dat dit be- drag in strijd daarmee pas na 7 februari 2015 is uit- betaald (eerst €93.000 ingevolge het rechtbankvon- nis van 5 maart 2015, en vervolgens het restantbedrag van €204.000 ingevolge het arrest van het hof (zie hiervoor in 3.2.2 en 3.2.3)), kan niet meebrengen dat art. 1:125 lid 2 Wft alsnog op die betalingen en de daaraan ten grondslag liggende overeenkomst ‘Afrekening arbeidsvoorwaarden’ van toepassing is geworden.

3.5.4 Het ingevolge de ‘Coulance-uitkering van- wege overkreditering’ verschuldigde bedrag van €216.776 is reeds in december 2013 aan [verweer- der] betaald (zie hiervoor in 3.1 onder (iv)). Dat was derhalve voor 7 februari 2015, zodat art. 1:125 lid 2 Wft daarop niet van toepassing is. Dat wordt niet anders door de omstandigheid dat [verweerder] het bedrag ingevolge het rechtbankvonnis heeft moe- ten terugbetalen aan Rabobank, en dat Rabobank ingevolge het arrest van het hof het bedrag thans opnieuw aan [verweerder] moet betalen. Nu het rechtbankvonnis door het hof is vernietigd, is de te- rugbetaling door [verweerder] onverschuldigd ge- schied, zodat de door Rabobank thans te verrichten

betaling niet onder art. 1:125 lid 2 Wft valt, maar berust op art. 6:203 BW (onverschuldigde betaling).

3.5.5 Nu art. 1:125 lid 2 Wft in het voorliggende geval niet van toepassing is (waarbij in het midden kan blijven of de in geding zijnde vergoedingen ma- terieel onder het begrip ‘vertrekvergoedingen’ als bedoeld in die bepaling vallen), ontbreekt belang bij de in cassatie aangevoerde klachten. Het cassatiebe- roep moet derhalve worden verworpen.

3.6 Ten overvloede wordt naar aanleiding van de hiervoor in 3.3.2 vermelde klachten van het mid- del nog het volgende overwogen.

Anders dan het middel betoogt, was het hof niet gehouden om art. 1:125 lid 2 Wft in verbinding met art. 1:116 lid 3 Wft (binnen de grenzen van de rechtsstrijd van partijen in appel, maar) buiten het door de grieven ontsloten gebied ambtshalve toe te passen. Hoewel met de bepaling van art. 1:125 lid 2 Wft zwaarwegende belangen worden gediend (zie hiervoor in 3.4.2), is zij niet van openbare orde om- dat zij niet strekt ter bescherming van algemene be- langens van zo fundamentele aard dat zij (ongeacht het partijdebat of de bijzondere omstandigheden van het geval) altijd door de rechter moet worden toegepast (vgl. HR 28 januari 2011,

ECLI:NL:HR:2011:BO7122, NJ 2011/167 (*Staalban- kiers/Elko*)). De omstandigheid dat art. 1:125 lid 2 Wft blijkens art. 1:116 lid 3 Wft van dwingend recht is en nietigheid meebrengt van in strijd daarmee verrichte rechtshandelingen, heeft evenmin tot ge- volg dat art. 1:125 lid 2 Wft in verbinding met art. 1:116 lid 3 Wft ambtshalve buiten het door de grie- ven ontsloten gebied moeten worden toegepast. Nu de regel van art. 1:125 lid 2 Wft ook niet berust op de Vierde Richtlijn kapitaalvereisten (zie hiervoor in 3.4.4) of een andere Unierechtelijke regel, kan reeds daarom evenmin sprake zijn van een Unie- rechtelijke verplichting tot ambtshalve toepassing daarvan.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;
veroordeelt Rabobank in de kosten van het ge- ding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerder] begroot op €2.023,34 aan ver- schotten en €2.200 voor salaris.

Noot

1. Ambtshalve toepassing blijft voor vragen zorgen. Is de appelrechter verplicht om een bepa- ling uit de Wet financieel toezicht buiten het door de grieven ontsloten gebied ambtshalve toe te pas- sen? De Hoge Raad antwoordt in dit geval ontken- nend.

2. In cassatie draait het in de kern om de vraag of het hof art. 1:125 lid 2 Wft ambtshalve had moeten toepassen. Die bepaling is onderdeel van hoofdstuk 1.7 Wft waarin regels zijn opgenomen over beheerst beloningsbeleid voor financiële on- dernemingen. Kort gezegd komt de bepaling erop

neer dat de onderneming krachtens deze bepaling aan een persoon die het dagelijks beleid van de onderneming bepaalt geen vertrekvergoeding uitkeert die meer dan 100% bedraagt van de vaste beloning op jaarbasis.

3. Een bank sluit een vaststellingsovereenkomst met een directeur in verband met diens vertrek. Krachtens die overeenkomst ontvangt de directeur een beëindigingsvergoeding. Daarnaast worden nog twee overeenkomsten met de directeur gesloten (een 'coulance-uitkering vanwege overkreditering' en een 'afrekening arbeidsvoorwaarden') op grond waarvan de directeur recht heeft op bepaalde bedragen. De bank betaalt hem het bedrag op grond van de 'coulance-uitkering wegens overkreditering'.

4. In dit geding vordert de directeur dat de bank wordt veroordeeld tot betaling op grond van de 'afrekening arbeidsvoorwaarden' (en een bedrag in verband met kosten van juridische advisering). In reconventie vordert de bank dat de twee overeenkomsten die naast de vaststellingsovereenkomst zijn gesloten worden vernietigd (de ene geheel en de andere partieel). In cassatie draait het om een verweer dat de bank bij pleidooi in hoger beroep voor het eerst voert: de beide overeenkomsten zijn in strijd met art. 1:125 lid 2 Wft en zijn daarom nietig ingevolge art. 1:116 lid 3 Wft. Het hof oordeelt dat verweer niet en motiveert dat onder meer met een beroep op de tweeconclusieregel en de stelling dat de regels waarop de bank zich beroept niet van openbare orde zijn zodat ze niet ambtshalve toegepast behoeven te worden.

5. De tweeconclusieregel impliceert dat de appelrechter in beginsel geen acht mag slaan op grieven die in een later stadium dan in de memorie van grieven of (ingeval van incidenteel appel) in de memorie van antwoord zijn aangevoerd. In de rechtspraak zijn echter enkele uitzonderingen erkend (zie onder meer HR 20 juni 2008, NJ 2009/21, m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders, HR 19 juni 2009, NJ 2010/154, m.nt. H.J. Snijders, HR 23 september 2011, NJ 2013/6, m.nt. H.J. Snijders, HR 2 oktober 2015, NJ 2015/414 en HR 22 december 2017, NJ 2018/31). De Hoge Raad gaat in bovenstaande zaak niet nader in op de tweeconclusieregel. In de genoemde zaak van 23 september 2001 had het hof bij pleidooi ambtshalve de vraag opgeworpen of een door partijen gesloten overeenkomst tot overdracht in strijd was met het fiduciaverbod van art. 3:84 lid 3 BW. Nadat partijen daarop reageerden, verklaarde het hof de overeenkomst nietig. Het oordeel van de Hoge Raad (r.o. 4.1.4) kwam erop neer dat het hof deze vraag binnen de grenzen van de door partijen bepaalde rechtsstrijd in dit stadium van de procedure niet aan de orde had mogen stellen. Met A-G Drijber (in zijn lezenwaardige conclusie voor bovenstaand arrest sub 40) meen ik dat dit doet denken aan de situatie in bovenstaande zaak en dat zich geen erkende uitzondering op de tweeconclusieregel voordoet. Het is dan ook te begrijpen dat de Hoge Raad niet met zoveel woorden ingaat op de

vraag wat de tweeconclusieregel in deze zaak betekent.

6. De Hoge Raad analyseert de relevante bepalingen uit de Wet financieel toezicht en concludeert dat art. 1:125 lid 2 Wft in het voorliggende geval niet van toepassing is (r.o. 3.5.1 t/m 3.5.5). Op die grond ontbreekt belang bij de in cassatie aangevoerde klachten. Ten overvloede gaat de Hoge Raad in op een aantal klachten in cassatie (r.o. 3.6). In wezen draait het om de vraag of het hof art. 1:125 lid 2 Wft ambtshalve had moeten toepassen buiten het door de grieven ontsloten gebied. Beantwoording van deze vraag is voor de onderhavige zaak niet relevant nu het cassatieberoep reeds is verworpen. Toch ziet de Hoge Raad voldoende aanleiding om antwoord op die vraag te geven. Het is die rechtsoverweging 3.6 waarin de voornaamste betekenis van dit arrest schuilt.

7. Art. 1:125 lid 2 Wft beoogt een bijdrage te leveren aan het streven naar een duurzame en aan de burger dienstbare financiële sector waarin geen excessen voorkomen en dient zwaarwegende belangen, zo overweegt de Hoge Raad (respectievelijk r.o. 3.4.2 en r.o. 3.6). Dat is te begrijpen. Het predikaat zwaarwegende belangen rechtvaardigt echter niet zonder meer de conclusie dat de bepaling ook van openbare orde is. Daarvoor is meer nodig.

8. Wat in civielrechtelijk verband precies onder openbare orde wordt verstaan, is niet scherp afgebakend. Een helder en duidelijk criterium ontbreekt (zie ook *Asser Procesrecht/Van Schaick* 2 2016/100). Voor het bestempelen van een bepaling als van openbare orde is vereist dat de bepaling strekt ter bescherming van algemene belangen van zo fundamentele aard dat zij (ongeacht het partijdebat of de bijzondere omstandigheden van het geval) altijd door de rechter moet worden toegepast, zo volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 28 januari 2011 (NJ 2011/167, m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 3.8). Het antwoord op de vraag wanneer een bepaling van zo fundamentele aard is dat zij altijd door de rechter moet worden toegepast, ligt niet steeds voor het oprapen. In bovenstaande zaak herhaalt de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.6 het genoemde criterium uit zijn arrest van 28 januari 2011. In zijn verwijzing naar dat arrest gebruikt de Hoge Raad weliswaar de afkorting 'vgl.' hetgeen mogelijk iets meer ruimte laat voor licht tussen beide arresten dan een *tournaire* als 'zoals overwogen in' of woorden van die strekking, maar vermoedelijk hangt het gebruik van die afkorting ermee samen dat het om zaken gaat waarin verschillende rechtsregels van toepassing zijn. De woordelijke herhaling van het criterium, inclusief de passages tussen haakjes, brengt mijns inziens mee dat dit criterium om een bepaling als van openbare orde te kwalificeren stevig in het zadel zit.

9. Tegelijkertijd blijft het criterium vrij algemeen, wellicht zelfs een tikje mysterieus. Het is in elk geval voor rechters in feitelijke instanties niet altijd eenvoudig om te bepalen of een bepaling een dergelijke status heeft. In 2005 heeft M.R. Mok

(*Markt en Mededinging* 2005, nr. 7, p. 236) opgemerkt dat wij maat moeten weten te houden met wettelijke bepalingen die wijzelf nuttig achten. Indien een bepaling als van openbare orde wordt aangemerkt, moet de rechter die rechtsregel immers ambtshalve toepassen, buiten de rechtsstrijd om (mits de aangevoerde feiten zich daartoe lenen). A-G Drijber heeft er in zijn conclusie voor bovenstaande zaak op gewezen dat dit een vergaande processuele consequentie is die noopt tot terughoudendheid om het etiket openbare orde op een wetsbepaling te plakken.

10. De vraag waar toepassing van het criterium in deze zaak toe leidt, beantwoordt de Hoge Raad ontkennend: art. 1:125 lid 2 Wft betreft zwaarwegende belangen, maar strekt niet ter bescherming van algemene belangen van zo fundamentele aard dat zij ongeacht het partijdebat of de bijzondere omstandigheden van het geval altijd door de rechter moet worden toegepast. In HR 16 januari 2009, *NJ* 2009/54, r.o. 3.3 besliste de Hoge Raad in 2009 dat art. 6 Mededingingswet geen recht van openbare orde bevat dat de rechter ambtshalve moet toepassen, ook als hij daarmee buiten de grenzen van de rechtsstrijd zou treden. Ik zie niet waarom bedoelde bepaling uit de Wet financieel toezicht belangrijker zou zijn dan art. 6 Mw. Dat de Hoge Raad er relatief weinig woorden aan vuil maakt, terwijl wel wordt toegelicht dat zwaarwegende belangen worden gediend, kan mogelijk impliceren dat het naar het oordeel van de Hoge Raad voor de hand ligt dat het geen bepaling van openbare orde is. Zeker is dat geenszins, want ook in dat arrest van januari 2009 ontbrak een toelichting. Naar ik vermoed zal een oordeel dat een bepaling in dit verband wel als van openbare orde wordt bestempeld overigens meer toelichting vergen dan een negatief oordeel.

11. Het oordeel van de Hoge Raad over art. 1:125 lid 2 Wft zou zich aldus kunnen laten lezen dat die bepaling in het geheel niet van openbare orde is. De bewoordingen in rechtsoverweging 3.6 zouden zo kunnen worden opgevat dat de vraag in welk kader die bepaling van openbare orde is niet relevant is. Of dat aldus is bedoeld, valt te betwijfelen. Het tweede deel van de tweede volzin in rechtsoverweging 3.6 betreft namelijk louter het ambtshalve toepassen. Dat kan pleiten voor de lezing dat de Hoge Raad thans alleen oordeelt dat art. 1:125 lid 2 Wft niet van openbare orde is in het kader van de vraag of de rechter de bepaling moet toepassen zonder dat partijen zich daarop hebben beroepen. Die laatste uitleg ligt naar mijn idee voor de hand. Er is voldoende reden om aan te nemen dat het begrip openbare orde contextgebonden is. Zo is Unierecht niet per definitie van openbare orde, zo weten we sinds de bekende zaak *Van Schijndel* (HvJ 14 december 1995, C-403/93). Unierecht kan echter wel van openbare orde zijn. Uit het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Eco Swiss/Benetton* volgt volgens de Hoge Raad dat het bepaalde in art. 81 EG (thans art. 101 VWEU) in verband met een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis op grond van

art. 1065 Rv wel van openbare orde is (HR 25 februari 2000, *NJ* 2000/340, m.nt. H.J. Snijders (*Eco Swiss/Benetton*)). Snijders heeft in zijn noot onder dat arrest opgemerkt dat feit is dat bepalingen niet zonder enige context als bepalingen van openbare orde kunnen worden gekwalificeerd (zie ook A.G.F. Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer 2012, p. 25, voetnoot 58).

12. Indien een bepaling niet om redenen van openbare orde ambtshalve moet worden toegepast, kan de rechter niettemin tot ambtshalve toepassing gehouden zijn omdat het Unierecht daartoe noopt. De rechtspraak over algemene voorwaarden is daar een bekend voorbeeld van. Die verplichting is niet beperkt tot rechters in eerste aanleg. Eerder heeft de Hoge Raad immers geoordeeld dat de appelrechter gehouden is om een algemene voorwaarde ambtshalve te beoordelen, ook buiten het terrein dat door de grieven is ontsloten, maar binnen de grenzen van de rechtsstrijd (HR 13 september 2013, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans, r.o. 3.6.3, verduidelijkt in HR 26 februari 2016, *NJ* 2017/214, m.nt. H.B. Krans (*Stichting Trudo*), r.o. 3.4.2). De tweede volzin in rechtsoverweging 3.6 in bovenstaande zaak komt mij voor als een impliciete verwijzing naar die maatstaf uit *Stichting Trudo*.

13. Van een Unierechtelijke verplichting tot ambtshalve toepassing is in casu echter geen sprake. De Hoge Raad overweegt met zoveel woorden dat art. 1:125 lid 2 Wft niet op een Unierechtelijke regel berust (r.o. 3.6). Dit ontbreken van een Unierechtelijke grondslag moge vreemd ogen omdat uit de memorie van toelichting (*Kamerstukken II*, 33964, nr. 3, p. 38) kan worden opgemaakt dat art. 1:125 Wft mede strekt ter implementatie van art. 94 lid 1, onder h, Richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen. Elders in bovenstaand arrest overweegt de Hoge Raad echter dat de bepalingen in bedoelde richtlijn het karakter van minimumharmonisatie hebben zodat het de wetgever vrijstond in art. 1:125 lid 2 Wft een verdergaande regeling met betrekking tot vertrekvergoedingen op te nemen (r.o. 3.4.4). Financieel toezichtrecht en de plicht tot ambtshalve toepassing worden overigens ook besproken door A.G.F. Ancery (*MvV* 2018, p. 94-99).

14. Is de omstandigheid dat het gaat om een bepaling van dwingend recht die nietigheid meebrengt van in strijd daarmee verrichte rechtshandelingen op zichzelf voldoende reden om de bepaling ambtshalve toe te passen buiten het door de grieven ontsloten gebied? Die kwestie is voorwerp geweest van debat in de literatuur (waarover A-G Drijber in zijn conclusie, sub 58 e.v.). Bovenstaand arrest maakt mijns inziens duidelijk dat het antwoord ontkennend is. Dat volgt uit de twee slotzinnen van rechtsoverweging 3.6. De Hoge Raad stelt eerst vast dat deze dwingende rechtsbepaling die nietigheid

meebrengt niet ambtshalve buiten het door de grievede ontsloten gebied moet worden toegepast en motiveert dat oordeel in de slotzin door te wijzen op het ontbreken van een Unierechtelijke plicht daartoe. De Hoge Raad is er thans kort over: zonder een Unierechtelijke dergelijke plicht hoeft het niet.

15. Unierecht brengt mee dat consumentenrechtelijke bepalingen, in elk geval een groot deel daarvan, in beginsel ambtshalve moeten worden toegepast. Men zie overigens over de vraag in hoeverre de overheidsrechter die verzocht wordt een exequatur te verlenen voor een arbitraal vonnis in een consumentenzaak, gehouden is ambtshalve onderzoek te verrichten naar de verenigbaarheid van het vonnis met Europees en nationaal consumentenrecht HR 8 november 2019, NJ 2020/305, m.nt. H.J. Snijders.

16. De Hoge Raad ziet kennelijk geen aanleiding om aan te nemen dat de nationale rechter art. 1:125 lid 2 Wft ook ambtshalve moet toepassen. Dat valt te begrijpen. De ratio die het Hof van Justitie heeft gegeven voor ambtshalve toepassing in bedoelde kwesties (vooral: zwakkere positie consument, onbekendheid van consument met diens rechtspositie, mogelijk ontbreken van financiële middelen om rechtsbijstand in te schakelen, kans dat consumenten in rechte niet verschijnen; zie o.m. HvJ EU 9 november 2010, C-137/08, NJ 2011/41, m.nt. M.R. Mok) doet geen opgeld bij regels over beheerst beloningsbeleid voor financiële ondernemingen, hoe zwaarwegende de belangen die die regels dienen ook mogen zijn.

17. Dit arrest is ook geannoteerd door E.L.H. Vos, JOR 2018/215 en A.H. Helstone, JAR 2018/166.

H.B. Krans

NJ 2020/407

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

19 juni 2020, nr. 18/05570

(Mrs. C.A. Streefkerk, C.E. du Perron, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff, F.J.P. Lock; A-G mr. B.F. Assink)
m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai

Art. 6 Verordening op de administratie en de financiële integriteit (oud)

NJB 2020/1646

RvdW 2020/778

RAV 2020/74

ECLI:NL:PHR:2020:136

ECLI:NL:HR:2020:1078

Vermogensrecht. Omleiden geldbedrag via derdengeldrekening advocaat; pandrecht bank teniet gegaan; aansprakelijkheid stichting derdengelden jegens bank; onderzoeksplicht? Verhaal op saldo derdengeldrekening?

Advocaten zijn op grond van de voor hen geldende beroepsregels verplicht voor het ontvangen van derdengelden gebruik te maken van een stichting derdengelden. Het doel van het verplichte gebruik van een afzonderlijke stichting is in de eerste plaats de vermogensrechtelijke bescherming van derdengelden tegen verhaalsaanspraken van crediteuren van de advocaat. Daarnaast beogen deze regels te voorkomen dat de stichting derdengelden oneigenlijk wordt gebruikt doordat op de door de stichting beheerde rekening gelden worden 'geparkeerd' die daar niet thuishoren. Deze beroepsregels zijn gericht tot de advocaat en niet tot de stichting derdengelden. Weliswaar schrijven deze beroepsregels tevens voor dat de statuten van de stichting derdengelden inhouden dat zij bij het verrichten van haar werkzaamheden de regels respecteert die voor de advocaat gelden bij het omgaan met derdengelden, maar daaruit volgt niet dat op een stichting derdengelden de verplichting rust actief te onderzoeken of op haar bankrekening binnenkomende bedragen kunnen worden aangemerkt als derdengelden. Dat is slechts anders indien de stichting in de gegeven omstandigheden, bijvoorbeeld door de betalingsomschrijving of het ontbreken daarvan, daaraan redelijkerwijs moet twijfelen.

Een vordering tot schadevergoeding jegens een stichting derdengelden kan niet verhaald worden op het saldo van de derdengeldrekening. Het vorderingsrecht ter zake van dat saldo behoort toe aan de gezamenlijke rechthebbenden, waarbij het aandeel van iedere rechthebbende wordt berekend naar evenredigheid van het bedrag dat te zijnen behoeve op de rekening is gestort (HR 23 juni 2017, NJ 2017/436, m.nt. S. Perrick). Dat saldo komt derhalve niet toe aan de stichting zelf.

1. [eiser 1], zowel handelend in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van [G] B.V., als in persoon, te Eindhoven,

2. Stichting [de Stichting], te Roermond, eisers tot cassatie, verweerders in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, adv.: mrs. J.P. Heering en R.P.J.L. Tjittes,

tegen

Coöperatieve Rabobank U.A., te Amsterdam, verweester in cassatie, eiseres in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, adv.: mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk.

Hof:

6. De beoordeling

6.1. Het gaat in deze zaak kort samengevat om het volgende. Voorafgaand aan het faillissement van [G] is er op 18 december 2012 door een derde, [K], na telefonisch overleg tussen [eiser 1] en een van de bestuurders van [F] op 14 december 2012, een bedrag van € 363.000 betaald ten behoeve van [G] op de derdengeldenrekening van de Stichting. [eiser 1] was op het moment van het telefonische overleg de beoogd curator van [F]. [eiser 1] heeft van die betaling bij brief van 20 december 2012 melding gedaan aan de Rabobank. Na het faillissement van [G] op 24