

ANNOTATIE

Wettelijke maximering van de vertrekvergoeding onder de Wbfo: géén verplichting voor de rechter tot ambtshalve toepassing

HR 1 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:818*

A.M. Helstone

1 Inleiding

Wettelijke maximering van de vertrekvergoeding van bestuurders in de financiële sector¹ is al jaren onderwerp van het publieke beloningsdebat. De juridische rechtvaardiging voor wettelijke inperking is door de wetgever gebaseerd op zwaarwegende maatschappelijke belangen: excessieve risico's door perverse beloningsprikkels moeten worden tegengegaan en zouden een belangrijke oorzaak zijn geweest van de financiële crisis. Ratio is dat een stabiele financiële sector gebaat zou zijn bij een beheerst beloningsbeleid; de hoogte van de vertrekvergoeding moet dan ook in overeenstemming zijn met deze norm van beheerst beloningsbeleid.² Deze norm is verankerd in de regelgeving uit hoofde van de Wet op het financieel toezicht (Wft) en moet worden nageleefd door alle financiële ondernemingen die onder de Wft vallen. Deze regelgeving vloeit voort uit de Europese kapitaaltoereikendheidsrichtlijnen (hierna: CRD) die respectievelijk per

* Zie ook de annotaties bij dit arrest in JAR 2018/166, m.nt. A.M. Helstone, JOR 2018/215, m.nt. E.H.L. van der Vos. Zie verder P.W. den Hollander, *Ambtshalve toetsing en het 'aureool' van de openbare orde bij overeenkomsten in strijd met een wettelijke norm*, MvV 2018/10.3. De auteur dankt mr. E.H.L. van der Vos (research associate bij Stibbe en promovenda aan de Universiteit Leiden) voor haar bijdrage aan de gedachtewisseling.

1 Zie hiervoor ook A.M. Helstone, *Normering van ontslagvergoedingen in de WBFO: de betekenis voor de arbeidsrechtpraktijk*, *ArbeidsRecht* 2016/19.

2 Zie voor de overwegingen van de wetgever de parlementaire geschiedenis van de Wbfo die hierna aan de orde komt: Kamerstukken II 2013/14, 33964, 3, p. 2 en bijvoorbeeld F.C.A. van de Bult, *Beloningen in de financiële sector: never waste a good crisis*, in: C.J.H. Jansen & L.G. Verburg (red.), *Onderneming en beloning* (*Onderneming en recht*, nr. 82), Deventer: Kluwer 2014, p. 235-257. Voor een historisch overzicht van het publieke beloningsdebat wijs ik op de dissertatie van E.C.H.J. Lokin, *De bezoldiging van bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen* (*Instituut voor Ondernemingsrecht* nr. 113) (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

1 januari 2011 (CRD III)³ en per 1 januari 2014 (CRD IV)⁴ binnen de lidstaten van kracht zijn geworden.

Uniek aan het Nederlandse wettelijke regime ten opzichte van andere lidstaten is dat de Nederlandse wetgever verstrekkender normen dan de Europese CRD-regels heeft geïntroduceerd voor zowel variabele beloning als vertrekvergoedingen. Een nadere invulling van de wettelijke normen voor zowel de variabele beloning als de vertrekvergoeding is vastgelegd in de Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen (Wbfo). Deze wettelijke regeling is sinds 7 februari 2015 van kracht en maakt integraal deel uit van de Wft.⁵ Artikel 1:121 lid 1 Wft bevat de hoofdregel voor variabele beloning. Deze bedraagt 20% van het vaste jaarsalaris: dit is een substantieel lager maximum dan in CRD IV is vastgelegd (100% en bij – kort gezegd – goedkeuring van de aandeelhouder 200%).⁶ Hiermee heeft Nederland gebruikgemaakt van de mogelijkheid die CRD IV biedt om een lager maximum percentage vast te stellen.⁷ Artikel 1:125 Wft bevat een aantal wettelijke eisen voor de vertrekvergoeding van personen die werkzaam zijn in de financiële sector. Hiervoor geldt in ieder geval een wettelijk maximum van een vast jaarsalaris voor de vertrekvergoeding van dagelijks beleidsbepalers (artikel 1:125 lid 2 Wft). Onder het begrip dagelijks beleidsbepalers vallen personen die worden getoetst op geschiktheid door De Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM)⁸ in verband met hun werkzaamheden voor financiële ondernemingen: hieronder vallen ook statutair bestuurders. Voor hen geldt dus op grond van artikel 1:125 lid 2 Wft dat bij vertrek geen hoger bedrag dan het wettelijk maximum van een vast jaarsalaris mag worden overeengekomen.

Uit artikel 1:116 lid 3 Wft volgt dat rechtshandelingen die in strijd zijn met het wettelijk maximum ex artikel 1:125 lid 2 Wft nietig zijn. Deze nietigheidssanctie geldt als uitzondering op de hoofdregel van de Wft (artikel 1:23 Wft) dat privaatrechtelijke rechtshandelingen, zoals overeenkomsten, in beginsel niet kunnen worden aangetast. Met deze nietigheidssanctie is door de wetgever beoogd te voorkomen dat financiële ondernemingen (zoals banken en verzekeraars) onbeperkt rechtshandelingen kunnen verrichten in strijd met de in artikel 1:116 lid 3

3 Richtlijn 2010/76/EU van het Europees Parlement en van de Raad van 24 november 2010 tot wijziging van de Richtlijnen 2006/48/EC en 2006/49/EC wat betreft kapitaalsvereisten voor de handelsportefeuille en voor hersecuritisaties alsook het bedrijfseconomisch toezicht op het beloningsbeleid (PbEU 2010, L 329/3).

4 Richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en van 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 (PbEU 2013, L 176/338).

5 De wettelijke regeling van de Wbfo is vastgelegd in de artikelen 1:111-1:129 Wft.

6 Zie voor een overzicht S. Schmeetz, Het bonusplafond van 20%: financiële ondernemingen komen er niet langer onder- of bovenuit, *ArbeidsRecht* 2015/18; W.R.N. Philippe, De regulering van bonussen in de financiële sector – over stijgende salarissen en andere gevolgen van dien, *TAO* 2015/2, p. 87-101.

7 Zie hiervoor in CRD IV artikel 94 lid 1 sub g (i), laatste volzin: 'De lidstaten kunnen een lager maximumpercentage vaststellen.' Dit ziet overigens primair op het maximum voor variabele beloning.

8 Ik wijs hiervoor op de grondslag voor deze toetsingsregels voor DNB en de AFM, die is verankerd in de Beleidsregel Geschiktheid 2012, Stcrt. 2012, 13546.

Wft genoemde nietigheidssancties. Hiermee is door de wetgever tevens het belang onderstreept van de naleving van het vertrekvergoedingsmaximum ex artikel 1:125 lid 2 Wft (en de overige in artikel 1:116 lid 3 Wft genoemde belangen van de Wbfo).⁹ Financiële ondernemingen en bestuurders zijn dus gebonden aan het wettelijk maximum ex artikel 1:125 lid 2 Wft ingeval zij afspraken maken over een vertrekvergoeding op straffe van de nietigheidssanctie ex artikel 1:116 lid 3 Wft. Daarnaast heeft deze nietigheidssanctie ook gevolgen voor bestaande contractuele afvloeiingsregelingen met bestuurders van vóór de inwerkingtreding van de Wbfo die het maximum van 1:125 lid 2 Wft overschrijden: die zijn in beginsel nietig.

In procedures tussen financiële ondernemingen en bestuurders kan de hoogte van de vertrekvergoeding bij de civiele rechter nog steeds aan de orde worden gesteld. Dat roept de vraag op of en, zo ja, in hoeverre een civiele rechter aan wie een dergelijk geschil wordt voorgelegd gebonden is aan het wettelijk maximum ex artikel 1:125 lid 2 Wft bij het vaststellen van de hoogte van de vertrekvergoeding. Uit de parlementaire geschiedenis van de Wbfo volgt dat het wettelijk maximum onverlet laat dat de rechter nog steeds een (aanvullende) vergoeding kan toekennen: een door de rechter toegekende vertrekvergoeding valt niet onder het bereik van artikel 1:125 lid 2 Wft.¹⁰

Wat nu als de werkgever een overeenkomst sluit met een bestuurder over een vertrekvergoeding die het maximum ex artikel 1:125 lid 2 Wft overschrijdt, maar in een civiele procedure geen beroep doet op de nietigheid van de afspraak ex artikel 1:116 lid 3 Wft of dat te laat in de procedure doet? Is de rechter in dat geval verplicht om het wettelijk maximum ex artikel 1:125 lid 2 Wft ambtshalve, en dus buiten de rechtsstrijd van partijen om, toe te passen? Deze verplichting tot ambtshalve toepassing volgt uit artikel 25 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv): in deze bepaling ligt besloten dat de rechter de vordering of het verweer aanvult indien en voor zover er regels van openbare orde in het geding zijn. Regels van openbare orde zijn regels die in het Nederlands recht zo fundamenteel belangrijk zijn dat de rechter deze regels moet toepassen, ook als partijen deze regels niet hebben ingeroepen.¹¹ De beantwoording van de vraag of het wettelijk maximum ex artikel 1:125 lid 2 Wft volgens de regels in het civiel

9 Kamerstukken II 2013/14, 33964, 3, p. 30.

10 Kamerstukken II 2013/14, 33964, 3, p. 9: 'Deze bepaling tast een gang naar de rechter overigens niet aan; een door een rechter toegekende vertrekvergoeding valt niet onder deze bepaling.' Uit een enkele uitspraak uit het pre-Wbfo-tijdperk blijkt overigens dat de norm van beheerst beloningsbeleid (die geen maximum oplegt) reeds werd meegewogen bij de vaststelling van de hoogte van de vertrekvergoeding. De beloningsnormen hebben dus een dempend effect. Zie hiervoor Ktr. Rotterdam 17 december 2013, JAR 2014/28, waarin de 'strikte wet- en regelgeving ten aanzien van de bonus- en vertrekregelingen' die van toepassing is in de financiële sector is meegewogen ter rechtvaardiging van de hoogte van de ontslagvergoeding.

11 A.C. van Schaick, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 2. Eerste aanleg, Deventer: Wolters Kluwer 2016/100. Zie over artikel 24 en artikel 25 Rv in verband met de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden in de ontbindingsprocedure ook J.H. Bennaars & J.P. Quist, Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden in de ontbindingsprocedure, TAP 2018/99; M. Jovović & J. Wiewel, De redelijke grond: rechtsfeit of rechtsgrond, TvO 2018/3, p. 82-90.

procesrecht moet worden aangemerkt als een *procesrechtelijke* regel van openbare orde, hangt dus af van de vraag of deze zo fundamenteel belangrijk is dat deze ook buiten de rechtsstrijd van partijen om door de rechter ambtshalve moet worden toegepast. Zo ja, dan is de rechter ex artikel 25 Rv gehouden tot ambtshalve toepassing van het wettelijk maximum ex artikel 1:125 lid 2 Rv. Zo nee, dan bestaat deze verplichting tot ambtshalve toepassing niet.¹²

De hiervoor geschetste vragen naar (1) de kwalificatie van het wettelijk maximum ex artikel 1:125 lid 2 Wft als procesrechtelijke regel van openbare orde en (2) de verplichting tot ambtshalve toepassing behoren tot de kernvragen die centraal stonden in de zaak die leidde tot het Rabobank-arrest. In dit arrest had Rabobank een afspraak gemaakt over een contractuele vertrekregeling met een voormalige directeur van een lokale bank. Hierover ontstond een geschil tussen de bank en de directeur dat resulteerde in een procedure. Rabobank had zich pas bij pleidooi in hoger beroep beroepen op de nietigheid van de afspraak ex artikel 1:116 lid 3 Wft. Het Hof Den Haag wees de vordering van Rabobank af, niet alleen vanwege strijd met de twee-conclusieregel (artikel 347 Rv) en de goede procesorde, maar ook op de grond dat artikel 1:125 lid 2 Wft niet van openbare orde is, zodat het hof deze norm niet ambtshalve hoefde toe te passen. In cassatie heeft de Hoge Raad dit oordeel van het hof bekrachtigd: het vertrekvergoedingsmaximum ex artikel 1:125 lid 2 Wft is geen norm van openbare orde en valt dientengevolge niet onder de verplichting tot ambtshalve toepassing. In aanvulling hierop overweegt de Hoge Raad expliciet dat de omstandigheid dat artikel 1:125 lid 2 Wft een regel is van dwingend recht, waarop de nietigheidssanctie ex artikel 1:116 lid 3 Wft staat, evenmin een verplichting voor de rechter tot ambtshalve toepassing oplevert.¹³

Het belang van nadere gedachtevorming op basis van het Rabobank-arrest is (in ieder geval) gelegen in het volgende. Dit is de eerste keer dat de Hoge Raad zich heeft uitgesproken over het vertrekvergoedingsmaximum voor bestuurders uit hoofde van de Wbfo en heeft bevestigd dat het hier geen regels van openbare orde betreft die ex artikel 25 Rv ambtshalve door de rechter moeten worden toegepast. Tegen de achtergrond van de zwaarwegende maatschappelijke doelstellingen die de wetgever nastreeft met het vertrekvergoedingsmaximum in de Wbfo en de hiervoor besproken ratio van de nietigheidssanctie ex artikel 1:116 lid 3 Wft, roept de uitkomst van het Rabobank-arrest de vraag op welke gezichtspunten relevant zijn voor de vaststelling dat hier geen sprake is van regels van openbare orde en dat de rechter dientengevolge niet gehouden is tot ambtshalve toepassing.

12 HR 28 januari 2011, NJ 2011/167, m.nt. P. van Schilfgaarde (Staalbankiers/Elko).

13 R.o. 3.6.

Daarnaast is jurisprudentie met betrekking tot de Wbfo tot nu toe schaars¹⁴ en is de focus in de literatuur tot nu toe vooral gericht op de *materieelrechtelijke* aspecten van de beloningsonderdelen van de Wbfo, zoals het maximum en de inhoud van de wettelijke beloningsnormen. Aan de plaats van de Wbfo, de civiel procesrechtelijke status van deze regels en de kwalificatie van openbare orde is tot nu toe, noch in de jurisprudentie, noch in de literatuur, wezenlijke aandacht besteed. Zo bezien kan een analyse van het arrest ook bijdragen aan de bredere gedachtevorming over de duiding van wettelijke beloningsnormen als onderdeel van publiekrechtelijke regulering in het civiel procesrecht en de hiervoor geldende rechterlijke toetsing. Deze publiekrechtelijke regulering van vertrekvergoedingen en beloning is immers niet alleen aan de orde in de financiële sector op grond van de Wbfo, maar ook in de publieke en semipublieke sector, waar sinds 1 januari 2013 de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (WNT) van kracht is. Ook de WNT bevat een vertrekvergoedingsmaximum van € 75.000 voor topfunctionarissen die werkzaam zijn bij instellingen in de publieke en de semipublieke sector.¹⁵ Op grond van deze ontwikkelingen en de inwerkingtreding van de Wbfo en de WNT is in de afgelopen jaren een zelfstandig rechtsgebied¹⁶ ontstaan op het snijvlak van arbeidsrecht, toezichtrecht en andere publiekrechtelijke regels. Hierdoor moet de rechter zich steeds vaker uitlaten over de toepassing van deze regels in civiele arbeidsrechtgeschillen.

De opbouw van deze bijdrage is als volgt. Hierna volgt een uiteenzetting van de feiten, de procesgang, de conclusie van de A-G en het oordeel van de Hoge Raad. Daarna worden voor een goed begrip de oorsprong, de doelstellingen en de plaats van het vertrekvergoedingsmaximum ex artikel 1:125 lid 2 Wft in de context van de Wft en de Europese regels nader geduid en toegelicht. Vervolgens analyseer ik de relevante overwegingen van de Hoge Raad in het Rabobank-arrest en de con-

14 Zie voor eerdere lagere rechtspraak over de Wbfo de uitspraken over (het overgangsrecht voor) de vertrekvergoeding van dagelijks beleidsbepalers: Rb. Limburg 11 juni 2015, ECLI:RBLIM:2015:4936 (APG Groep N.V.) en Rb. Noord-Holland (kort geding) 19 oktober 2015, JAR 2015/288 (Rabobank), m.nt. A.M. Helstone. Zie voor de Rabobank-uitspraak (hetgeen overigens een ander geschil betreft dan de onderhavige zaak die tot het Rabobank-arrest van de Hoge Raad heeft geleid) ook de annotatie van C.F.J. van Tuyl van Serooskerken in JOR 2016/36.

15 Zie hiervoor artikel 2.10 en artikel 3.7 WNT: voor topfunctionarissen geldt in beginsel een wettelijk maximum van € 75.000. Zie voor het vraagstuk met betrekking tot de samenloop tussen vergoedingen onder de WNT en de Wft ook M. Benbrahim, Samenloop van vergoedingsregels in de WWZ, de WNT en de Wft, *ArbeidsRecht* 2016/6.

16 Deze ontwikkeling van de publiekrechtelijke beloningsnormen is in de literatuur ook wel aangeduid als de 'decivilisering' van beloning van beleidsbepalers in F.B.J. Grapperhaus, De decivilisering van de beloning van 'beleidsbepalers', *TRA* 2015/79. Zie over de opkomst van de publiekrechtelijke beloningsnormen uit de Wft als nieuw rechtsgebied bijvoorbeeld ook A.M. Helstone & S. Kröner-Rosmalen, Financieel toezicht in arbeidsrecht, over de opkomst van een nieuw rechtsgebied, in: F.G.B. Graaf, R.H. Maatman & L.J. Silverentand (red.), *Gedurfde essays over financieel toezichtrecht*. Lustrumbundel 2012 Vereniging Effectenrecht (serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 113), Deventer: Kluwer 2012, p. 45-60; zie over de opkomst van de WNT en de Wbfo J.H. Bennaars & J. Popma, *Publiek arbeidsrecht en de werknemerachtige*, in: J.H. Bennaars e.a. (red.), *De werknemerachtige in het sociaal recht. Een verkenning*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 98-105.

clusie van de A-G voor zover dit de vraag naar de ambtshalve toepassing en de kwalificatie van artikel 1:125 lid 2 Wft als regel van openbare orde betreft. Ook zal worden ingegaan op de publiekrechtelijke handhavingsmogelijkheden van de toezichthouders (DNB en AFM) uit hoofde van de Wft. Geheel los van de nietigheidssanctie ex artikel 1:116 lid 3 Wft kan handhaving namelijk nog steeds aan de orde zijn in geval van schending ex artikel 1:125 lid 2 Wft, ook indien ambtshalve toetsing niet mogelijk is. Ik sluit af met enkele observaties.

2 Feiten en procesverloop

2.1 Feiten

In 2013 zijn er plannen voor een fusie van Rabobank Vlietstreek-Zoetermeer (VZ) met Rabobank Den Haag. De raad van commissarissen (RvC VZ) spreekt met de betrokken bankdirecteur van VZ over een mogelijk vertrek. Op 1 november 2013 sluiten Rabobank en de directeur een vaststellingsovereenkomst. Daarin staat – kort gezegd – dat de arbeidsovereenkomst eindigt per 31 december 2013 en de bankdirecteur een beëindigingsvergoeding ontvangt van € 970.000 bruto (hierna: Vergoeding). Naast de vaststellingsovereenkomst worden daarna twee overeenkomsten gesloten met betrekking tot (1) de afrekening arbeidsvoorwaarden (hierna: Afrekening) en (2) een zogenoemde ‘coulance-uitkering vanwege overkreditering’ (hierna: Coulance-uitkering). De Vergoeding is op 13 november 2013 uitbetaald. Over de uitkering van de Afrekening, de Coulance-uitkering en andere aanspraken uit hoofde van de afwikkeling van het dienstverband (onder meer over een discretionaire beloning die de directeur na het sluiten van de hiervoor genoemde overeenkomsten vordert) ontstaat discussie. Daarop stelt het Directoraat Toezicht en Compliance van Rabobank Nederland een onderzoek in; de RvC VZ bevestigt dit op 21 januari 2014 schriftelijk aan de directeur.

- *Kantonrechter*

De bankdirecteur vordert bij de Kantonrechter Den Haag dat Rabobank wordt veroordeeld tot uitkering van de Afrekening en vergoedingen ter zake van andere aanspraken. In reconventie vordert Rabobank vernietiging van de overeenkomsten met betrekking tot de Afrekening, de Coulance-uitkering en terugbetaling van de Coulance-uitkering.¹⁷

De kantonrechter veroordeelt in *conventie* dat Rabobank aan de directeur een bedrag van € 93.000 bruto ter zake van de Afrekening moet betalen. Daartoe overweegt de kantonrechter dat Rabobank heeft erkend dit bedrag verschuldigd te zijn, zodat dit bedrag toewijsbaar is. Voor het overige wijst de kantonrechter de vorderingen af. In *reconventie* vernietigt de kantonrechter de overeenkomst met

17 Uit de procesgang volgt dat Rabobank in deze procedure een beroep had gedaan op grond van misbruik van omstandigheden: de RvC VZ zou enkel akkoord zijn gegaan met de overeenkomsten omdat de fusie tussen VZ en Rabobank Den Haag anders mogelijk zou worden vertraagd. Dit beroep van Rabobank strandt, ook in hoger beroep bij het hof. Ik besteed aan dit beroep op misbruik van omstandigheden en mogelijke wilsgebreken geen aandacht in deze annotatie.

betrekking tot de Cou lance-uitkering en (partieel) de overeenkomst met betrekking tot de Afrekening wegens misbruik van omstandigheden.

- *Hof*

De directeur gaat tegen het vonnis van de kantonrechter in hoger beroep bij het Hof Den Haag. Pas bij pleidooi voert Rabobank als ‘extra argument’ tegen toewijzing van de vorderingen van de bankdirecteur aan dat de overeenkomsten met betrekking tot de Cou lance-uitkering en de Afrekening in strijd zijn met het vertrekvergoedingsmaximum ex artikel 1:125 lid 2 Wft en doet zij een beroep op de nietigheid ex artikel 1:116 lid 3 Wft.

Het hof vernietigt het vonnis van de kantonrechter en wijst de vorderingen van de bankdirecteur (vrijwel) geheel toe. Vervolgens komt het hof tot de overweging die in cassatie centraal staat.

Het hof overweegt dat het verweer van Rabobank, dat de met bankdirecteur gesloten overeenkomsten in strijd zouden zijn met artikel 1:125 lid 2 Wft, niet beoordeeld zal worden. In de eerste plaats omdat het verweer van Rabobank tardief was en strijd oplevert met de twee-conclusieregel uit het procesrecht en de goede procesorde. In de tweede plaats omdat artikel 1:125 lid 2 Wft geen regel is van openbare orde en dus niet valt onder de verplichting tot ambtshalve toepassing ex artikel 25 Rv.

2.2 *Conclusie A-G Drijber*

De cassatieklacht van Rabobank richt zich tegen de hiervoor geciteerde rechts-overweging van het hof en stelt – samengevat – dat het hof het vertrekvergoedingsmaximum ex artikel 1:125 lid 2 Wft ambtshalve op grond van artikel 25 Rv had moeten toepassen omdat dit (1) een regel van openbare orde is en (2) omdat, voor zover geen sprake is van openbare orde, sprake is van een regel van dwingend recht waaraan de nietigheidssanctie ex artikel 1:116 lid 3 Wft is gekoppeld.¹⁸

- *Cassatieklacht 1: het hof had artikel 1:125 lid 2 Wft ambtshalve moeten toepassen, omdat deze regel van openbare orde is*

De A-G stelt dat geen sprake is van een norm van openbare orde. De A-G wijst in zijn conclusie op het standpunt van Mok, die waarschuwt voor het al te snel ‘versieren’ van wettelijke normen met het ‘aureool van openbare orde’.¹⁹ Hiervoor wijst de A-G erop dat de Wbfo weliswaar blijkens de parlementaire geschiedenis is gebaseerd op zwaarwegende maatschappelijke belangen, maar dat deze nu ook weer niet zo fundamenteel zijn voor de Nederlandse samenleving. Volgens de A-G

18 Zie voor een volledige weergave, ook van de overige cassatieklachten van Rabobank, par. 34-35 conclusie A-G. De A-G behandelt in zijn conclusie ook de twee-conclusieregel en de grenzen van de rechtsstrijd. Ik besteed hieraan verder geen aandacht in deze annotatie.

19 Zie hiervoor par. 51 conclusie A-G en M.R. Mok, Kartelverbod en openbare orde; a contrario, Markt & Mededinging 2005, nr. 7, p. 234 e.v., in een reactie op de annotatie van A-G Drijber in Markt & Mededinging 2005, nr. 4/5, p. 149 e.v. bij HR 3 december 2004, NJ 2005/118, m.nt. Mok (Vreugdenhil/BVH). Zie ook het commentaar van Den Hollander, die zich aansluit bij Mok: Den Hollander 2018.

getuigt de wijze waarop deze zwaarwegende belangen zijn benadrukt door de wetgever van een gebruikelijke wetgevende praktijk. Op basis hiervan kan volgens de A-G niet worden aangenomen dat artikel 1:125 lid 2 Wft moet worden gekwalificeerd als een norm van openbare orde die onder de ambtshalve toepassing ex artikel 25 Rv valt.

Een volgens de A-G belangrijke aanwijzing dat artikel 1:125 lid 2 Wft geen regel van openbare orde is, volgt uit de overweging uit de parlementaire geschiedenis dat een door de rechter toegekende vertrekvergoeding niet onder de reikwijdte van artikel 1:125 lid 2 Wft valt.²⁰

- *Cassatieklacht 2: het hof had artikel 1:125 lid 2 Wft ook ambtshalve moeten toepassen als deze niet van openbare orde is, omdat het een dwingende wetbepaling betreft die leidt tot absolute nietigheid van de daarin bedoelde rechtshandeling*

Dat hier sprake is van een dwingende wetbepaling die een nietigheidssanctie kent, levert nog geen verplichting op voor de rechter tot ambtshalve toepassing, al wordt in de literatuur door Hartkamp betoogd van wel. De A-G gaat uitvoerig in op dit standpunt van Hartkamp en de verschillende gezichtspunten en concludeert tot afwijzing.²¹

2.3 De Hoge Raad

De Hoge Raad volgt de A-G en oordeelt primair dat Rabobank geen belang heeft bij haar cassatieberoep.²² Dit oordeel baseert de Hoge Raad op het feit dat het wettelijk maximum ex artikel 1:125 lid 2 Wft niet van toepassing is op de huidige casus, omdat het tijdstip van uitkering van de Vergoeding en de overeenkomsten met betrekking tot de Coullance-uitkering en de Afrekening ruimschoots vóór de inwerkingtreding van de Wbfo waren gelegen.

Inzake cassatieklacht 1 sluit de Hoge Raad zich aan bij de conclusie van de A-G en overweegt hij ten overvloede dat artikel 1:125 lid 2 Wft niet voor ambtshalve toepassing in aanmerking komt omdat deze bepaling niet strekt tot bescherming van algemene belangen van zo fundamentele aard dat deze, ongeacht het partijdebat, ambtshalve door de rechter moeten worden toegepast.²³ Inzake cassatieklacht 2 overweegt de Hoge Raad dat het feit dat artikel 1:125 lid 2 Wft regels van dwingend recht bevat, waarop de nietigheidssanctie ex artikel 1:116 lid 3 Wft staat, evenmin tot gevolg heeft dat er een verplichting tot ambtshalve toepassing voor de rechter bestaat. Nu artikel 1:125 lid 2 Wft, aldus de Hoge Raad, ook niet berust

20 Zie ook de verwijzing naar de parlementaire geschiedenis in voetnoot 11. Kamerstukken II 2013/14, 33964, 3, p. 9: 'Deze bepaling tast een gang naar de rechter overigens niet aan; een door een rechter toegekende vertrekvergoeding valt niet onder deze bepaling.'

21 Zie hiervoor par. 58-79 conclusie A-G. De A-G verwijst in dit verband naar de 'leer' en het 'standpunt' van Hartkamp. Zie hiervoor 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. In het hiernavolgende commentaar ga ik hier nader op in.

22 R.o. 3.5.1-3.5.5.

23 R.o. 3.6.

op de Europese regels van CRD IV of een andere Unierechtelijke regel, is ambtshalve toepassing van EU-recht evenmin aan de orde.²⁴

Tot zover de voor deze annotatie relevante feiten en het procesverloop. Voor een goed begrip van het oordeel van de Hoge Raad geef ik hierna eerst (in aanvulling op hetgeen reeds in de inleiding is gesteld) een nadere duiding van de oorsprong en doelstellingen van het vertrekvergoedingsmaximum van artikel 1:125 lid 2 Wft binnen de context van de Wbfo. Daarbij besteed ik tevens aandacht aan de verhouding van deze bepaling tot de Europese regelgeving van CRD IV. Daarna volgt de analyse van en het commentaar op het arrest.

3 Oorsprong, doelstellingen, plaats en context van het vertrekvergoedingsmaximum ex artikel 1:125 lid 2 Wft

3.1 Oorsprong en doelstellingen

Zoals reeds in de inleiding opgemerkt, geldt de wettelijke regeling van de Wbfo sinds 7 februari 2015. De Wbfo is geïntroduceerd naast de reeds bestaande regelingen uit hoofde van de Wft, die als gevolg van CRD III en CRD IV zijn geïmplementeerd in een toezichthouderregeling van DNB (RBB).²⁵ CRD IV stelt – kort gezegd – als enige norm voor de vertrekvergoeding dat deze slechts mag worden uitgekeerd indien geen sprake is van ‘falen’ en ‘onbetamelijk gedrag’ van de betrokken persoon die vertrekt en als deze vergoeding in lijn is met de ‘in de loop der tijd gerealiseerde prestaties’.²⁶ CRD IV bevat verder geen (maximum) normen of andere restricties met betrekking tot vertrekvergoedingen, noch voor dagelijks beleidsbepalers of andere personen.²⁷

Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Wbfo volgt dat de belangrijkste doelstellingen van de Wbfo zijn: het tegengaan van ongewenste en onverantwoorde risico’s en prikkels die ertoe kunnen leiden dat het klantbelang wordt veronacht-

24 R.o. 3.6.

25 Thans verankerd met inachtneming van een aantal wijzigingen in de Regeling beheerst beloningsbeleid Wft 2017, Stcrt. 2017, 70004.

26 Zie hiervoor artikel 94 lid 1 sub h CRD IV: ‘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.’

27 Voor de volledigheid wijs ik erop dat er in onderlinge samenhang met CRD IV richtsnoeren voor beheerst beloningsbeleid bestaan van EBA, de onafhankelijke Europese bankautoriteit (hierna: EBA Richtsnoeren), die sinds 1 januari 2017 van kracht zijn (EBA guidelines on sound remuneration policies, EBA/GL/2015/22, www.eba.europa.eu). De EBA Richtsnoeren bevatten een uitwerking van de normen die voor de vertrekvergoeding in acht moeten worden genomen (par. 9.3) en worden door DNB en de AFM op grond van de Beleidsregels toepassing richtsnoeren ESA’s Wft in acht genomen bij de uitoefening van het toezicht op de naleving van de RBB en de Wbfo. Evenals CRD IV bevatten de EBA Richtsnoeren echter ook geen maximumnorm voor de vertrekvergoeding; ik besteed aan de EBA Richtsnoeren daarom verder geen aandacht in deze bijdrage. Zie over samenloopvraagstukken van de EBA Richtsnoeren en de Wbfo V. Gerlach, Nieuwe beloningsrichtlijnen EBA en de Wbfo: harmonisatievraagstukken en andere samenloopproblemen, Tijdschrift voor Financieel Recht 2015/9, p. 337-342; zie voor de relevantie van de EBA Richtsnoeren voor de vertrekvergoeding ook F.C.A. van de Bult & C.F.J. van Tuyl, Reactie op ‘Normering van ontslagvergoedingen in de WBFO: de betekenis voor de arbeidsrechtpraktijk’, Arbeidsrecht 2016/55.

zaamd, zoals een eenzijdige oriëntatie op het kortetermijnbelang, overmatige omzetbonussen en beloningen voor falen. Hierbij is ook gewezen op het belang van het voorkomen van een nieuwe kredietcrisis; een wettelijke regeling met betrekking tot beheerst beloningsbeleid, zoals in de Wbfo verankerd, wordt hierbij passend geacht.²⁸ Ten aanzien van het wettelijk maximum van een vast jaarsalaris ex artikel 1:125 lid 2 Wft voor dagelijks beleidsbepalers is aangesloten bij de reeds bestaande zelfreguleringsnormen van de Corporate Governance Code, de Code Banken en de Governance Principes Verzekeraars, die een vergelijkbaar vertrekvergoedingsmaximum voor bestuurders voorschrijven. Omdat deze zelfreguleringscodes gebaseerd zijn op het ‘pas toe, leg uit’-principe wordt met de wettelijke norm ex artikel 1:125 lid 2 Wft beoogd om afwijkingsmogelijkheden tegen te gaan. Voor bestuurders van financiële ondernemingen gold destijds bij invoering van de Wbfo een overgangstermijn tot 1 juli 2015 op grond van artikel 1:125 lid 3 Wft. Dit overgangsrecht gold niet voor bestuurders van banken en verzekeraars: voor hen werd het vertrekvergoedingsmaximum bij inwerkingtreding van de Wbfo met onmiddellijke ingang van kracht. In de visie van de wetgever was dit onderscheid in overgangsrecht gerechtvaardigd, omdat voor hen reeds vóór 7 februari 2015 de zelfreguleringsnormen van de Code Banken en de Governance Principes Verzekeraars golden.²⁹

3.2 Plaats en context

Over de plaats en context van het vertrekvergoedingsmaximum binnen de restricties voor vertrekvergoeding van de Wft merk ik het volgende op. Artikel 1:125 lid 1 Wft bevat twee algemene verbodsbepalingen die gelden voor de uitkering van een vertrekvergoeding. Ten eerste dat geen vertrekvergoeding mag worden betaald in geval van vrijwillig vertrek (artikel 1:125 lid 1 sub a Wft). Ten tweede dat geen vertrekvergoeding mag worden betaald in geval van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten (artikel 1:125 lid 1 sub b Wft).³⁰ Deze algemene verbodsbepalingen gelden voor iedere persoon die werkzaam is voor een financiële onderneming, dus niet alleen voor dagelijks beleidsbepalers. Artikel 1:125 lid 1 sub c Wft bevat als derde beperking een specifieke verbodsbepaling voor de uitkering van een vertrekvergoeding aan dagelijks beleidsbepalers in geval van ‘falen van de onderneming’. Uit de parlementaire geschiedenis van de Wbfo volgt dat onder ‘falen’ uitzonderlijke omstandigheden moeten worden verstaan, zoals een beroep op staatssteun of nationalisatie.³¹ In gevallen zoals deze is evident dat geschillen kunnen ontstaan over de aanspraak van een bestuurder op een vergoeding; alleen al omdat de bestuurder op grond van de Wet werk en zekerheid (Wwz), behoudens de in artikel 7:673 van het Burgerlijk Wetboek (BW) genoemde uitzonderingen, steeds recht zal behouden op een transitievergoeding. Onduidelijk is hoe

28 Aldus de parlementaire geschiedenis: Kamerstukken II 2013/14, 33964, 3, p. 2.

29 Kamerstukken II 2013/14, 33964, 3, p. 39.

30 Deze verbodsbepaling is in overeenstemming met artikel 7:673 lid 7 sub c BW: in geval van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten verliest de werknemer zijn aanspraak op een vertrekvergoeding.

31 Kamerstukken II 2013/14, 33964, 3, p. 39.

deze verbodsbepaling zich verhoudt tot de wettelijke aanspraak op een transitievergoeding ex artikel 7:673 BW.

Dan een laatste opmerking over de hoogte en normering van het vertrekvergoedingsmaximum ex artikel 1:125 lid 2 Wft dat voor dagelijks beleidsbepalers geldt. Het wettelijk maximum is 100% van de vaste beloning op jaarbasis. De grondslag van de berekening van het vaste jaarsalaris mag volgens de parlementaire geschiedenis alleen worden gebaseerd op de reguliere vaste brutobeloning.³² Hiermee lijkt de berekeningsgrondslag te verschillen van het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding³³ op grond waarvan de transitievergoeding wordt berekend. Andere beloningselementen, zoals variabele beloning, worden voor de berekening van de transitievergoeding immers wel meegeteld.

Kort en goed: artikel 1:125 lid 2 Wft moet in onderlinge samenhang met de overige restricties voor vertrekvergoedingen van artikel 1:125 lid 1 sub a, b en c Wft worden beoordeeld. Daarbij geldt voor dagelijks beleidsbepalers naast het vertrekvergoedingsmaximum ex artikel 1:125 lid 2 Wft een specifieke verbodsnorm voor uitkering van de vertrekvergoeding op grond van artikel 1:125 lid 1 sub c Wft.

3.3 Afbakening feitencomplex Rabobank-arrest en relevante vragen in cassatie

Voorafgaand aan het hierna volgende commentaar wijs ik erop dat de Hoge Raad in cassatie oordeelde dat Rabobank geen belang had bij haar cassatieberoep, omdat artikel 1:125 lid 2 Wft niet van toepassing was op de afspraak over de Vergoeding.³⁴ De Vergoeding was namelijk al geruime tijd vóórdat de Wbfo van kracht werd aan de betrokken directeur uitbetaald. Daarmee viel dit bedrag buiten het vertrekvergoedingsmaximum ex artikel 1:125 lid 2 Wft.³⁵ Ten aanzien van de andere vergoedingen (de Afrekening en de Cou lance-uitkering) kan volgens de Hoge Raad in cassatie in het midden blijven of deze materieel onder het vertrekvergoedingsmaximum vallen, omdat ook het tijdstip van deze afspraken ruimschoots vóór de inwerkingtreding van de Wbfo lag. Om die reden behoefde het overgangsrecht ex artikel 1:125 lid 3 Wft (dat per 1 juli 2015 is komen te vervallen) binnen het bestek van de kernvragen die in cassatie aan de orde waren in het Rabobank-arrest geen verdere bespreking. De overwegingen van de Hoge Raad die ik in deze annotatie centraal stel, zijn daarom beperkt tot de overwegingen die ‘ten overvloede’³⁶ zijn gedaan in verband met de kernvragen, zoals hiervoor bij de feiten en het procesverloop weergegeven bij cassatieklacht 1, cassatieklacht 2 en de reikwijdte van de verplichting tot ambtshalve toetsing ex artikel 25 Rv.

32 Zie hiervoor Kamerstukken II 2013/14, 33964, 3, p. 27.

33 Stb. 2014, 538.

34 In cassatie oordeelde de Hoge Raad dat Rabobank geen belang had bij haar cassatieberoep, omdat artikel 1:125 lid 2 Wft niet van toepassing was op de onderhavige contractuele afspraak.

35 R.o. 3.5.1-3.5.5.

36 R.o. 3.6.

4 Analyse en commentaar

4.1 *De reikwijdte van ambtshalve toepassing ex artikel 25 Rv; plaats en duiding van regels van openbare orde*

Artikel 25 Rv formuleert het kort en bondig: ‘de rechter vult ambtshalve de gronden aan’. Wat zijn nu regels van openbare orde die onder de verplichting tot ambtshalve toepassing ex artikel 25 Rv vallen? Voor een goed begrip van het oordeel van de Hoge Raad is het nodig stil te staan bij de ratio en reikwijdte van artikel 25 Rv. In deze bepaling ligt besloten dat de rechter altijd, ongeacht het partijdebat, verplicht is om regels van openbare orde toe te passen.

Uit het Staalbankiers/Elko-arrest³⁷ volgt dat, ook als het gaat om regels van dwingend recht, dit nog niet impliceert dat deze regels ook in de procesrechtelijke betekenis van openbare orde zijn en deze onder de ambtshalve toepassing ex artikel 25 Rv vallen. Voor recht van openbare orde gelden strenge eisen en geldt als maatstaf dat het moet gaan om ‘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’.³⁸ Ook in het Rabobank-arrest wordt deze maatstaf door de Hoge Raad aangelegd:

‘Hoewel met de bepaling van artikel 1:125 lid 2 Wft zwaarwegende belangen worden gediend (zie hiervoor in 3.4.2), is zij 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 moeten worden toegepast.’³⁹

Uit de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf valt af te leiden dat het moet gaan om wettelijke normen die algemene belangen beogen te beschermen die de individuele belangen van partijen overstijgen en zo fundamenteel zijn dat de rechter deze altijd moet toepassen. De maatstaf in het Rabobank-arrest is gelijk aan die van het Staalbankiers-arrest. Hierna duid ik deze maatstaf aan als de Fundamentele Belangentoets.

Duidelijk is dat er slechts beperkte ruimte is om regels van openbare orde aan te nemen en het begrip ‘openbare orde’ in dit verband restrictief moet worden uitgelegd: de ratio hiervan is dat de rechter in beginsel gebonden is aan hetgeen partijen naar voren brengen. Zou de rechter steeds buiten de rechtsstrijd tussen partijen om iedere regel van dwingend recht als recht van openbare orde aanmerken en dus ambtshalve moeten toepassen, dan schaadt dit de partijautonomie als fundamenteel beginsel van het burgerlijk procesrecht.⁴⁰

Hoewel de Fundamentele Belangentoets enige aanknopingspunten geeft, is het zoals de A-G terecht stelt ‘notoir lastig’⁴¹ om tot een scherpe afbakening van de

37 HR 28 januari 2011, NJ 2011/167 (Staalbankiers/Elko).

38 Zie hiervoor opnieuw HR 28 januari 2011, NJ 2011/167 (Staalbankiers/Elko), r.o. 3.8.

39 R.o. 3.6.

40 Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/100.

41 Par. 49 conclusie A-G.

uitleg van het begrip ‘openbare orde’ te komen. De praktische invulling van de Fundamentele Belangentoets is dus gecompliceerd. Dat is te verklaren doordat het begrip ‘openbare orde’ contextgebonden en afhankelijk is van de omstandigheden van het geval en ook in hoge mate berust op een rechtspolitieke keuze.⁴² Om die reden wordt het begrip ‘openbare orde’ in de literatuur ook wel als ‘kameleon’, ‘vaag’, ‘mistig’ en ‘betrekkelijk mysterieus’ aangeduid.⁴³

Het meest in het oog springende – voor didactische doeleinden zeer geschikte – voorbeeld dat in de literatuur wordt gegeven van een regel van openbare orde is ontleend aan Hartkamp. Hij geeft het voorbeeld van de huurmoordenaar die met een opdrachtgever afspreekt dat hij iemand zal vermoorden tegen een vergoeding van € 10.000. De huurmoordenaar komt zijn afspraak na; de opdrachtgever weigert vervolgens betaling. Indien de huurmoordenaar in rechte nakoming vordert, is evident dat de rechter deze vordering zal moeten afwijzen vanwege de verplichting tot ambtshalve aanvulling van de gronden op grond van artikel 25 Rv.⁴⁴ Zo extreem en evident als in dit voorbeeld is de norm van openbare orde in reguliere gevallen echter niet.⁴⁵ Hoe nu te komen tot een toetsingskader om invulling te geven aan de Fundamentele Belangentoets?

In de literatuur wordt in dit verband ook wel onderscheid gemaakt tussen verschillende categorieën normen van openbare orde. Voor een nadere invulling van de Fundamentele Belangentoets kan op basis van de literatuur *in ieder geval* onderscheid worden gemaakt tussen respectievelijk (1) normen met een hoog zedelijk, principieel of moreel gehalte, (2) procesrechtelijke normen, en (3) normen van EU-recht.⁴⁶ Ik bespreek deze hierna.

4.2 Nadere invulling van de Fundamentele Belangentoets

In de eerste plaats kan het gaan om materiële normen die een hoog zedelijk, principieel of moreel gehalte hebben (Principeregels). Hierbij moet bijvoorbeeld worden gedacht aan het verbod van polygamie bij het huwelijk en normen die moord

42 Par. 49 conclusie A-G. Zie hiervoor ook de standpunten van Van Schaick en Ancery in respectievelijk Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/100 en A.G.F. Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. XIV)* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012.

43 Zie hiervoor respectievelijk H.J. Sniijders, *Openbare orde, rechtspersonen en mensenrechten*, NJB 2014/24, p. 1606; C.E. Smith, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, p. 60; F.B. Bakels, A. Hammerstein & E.M. Wesseling-van Gent, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 4. Hoger beroep, Deventer: Wolters Kluwer 2018/177, onder verwijzing naar L.D. Pels Rijcken, *Een goede procesorde*, Opstellen aangeboden aan Mr. W.L. Haardt, Deventer: Kluwer 1983, p. 178.

44 Hartkamp 2007, p. 15-16.

45 Zie hierover opnieuw Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/100.

46 Zie hiervoor bijvoorbeeld het onderscheid tussen Gemeenschapsrecht, normen over rechtsmacht en normen over toegang tot de rechter en absolute competentie in Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2018/77 en de categorisering van Den Hollander tussen normen met een hoog zedelijk of moreel gehalte, procesrechtelijke normen en Unierechtelijke normen in Den Hollander 2018, p. 5. Zie ook voor een bespreking van voorbeelden van regels van openbare orde in de betekenis van artikel 25 Rv: A.S. Rueb, *Compendium Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 42-43; Hugenholtz/Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Dordrecht: Convoy Uitgevers: 2018, p. 194.

en doodslag strafbaar stellen.⁴⁷ Deze normen illustreren de restrictieve uitleg van regels van openbare orde: het gaat om uitzonderlijke regels die beogen fundamentele en bovenindividuele belangen te beschermen en een zó dwingend karakter hebben dat de rechter deze ambtshalve, ook buiten de rechtsstrijd van partijen, moet toepassen.

Ten tweede kan het gaan om procesrechtelijke normen die in acht moeten worden genomen, zoals termijnen en de bevoegdheid van de rechter (Procesrecht-regels).⁴⁸ Zo volgt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad⁴⁹ dat procesrechtelijke regels met betrekking tot de (on)mogelijkheid tot het instellen van een rechtsmiddel van openbare orde zijn. Daarnaast zijn procesrechtelijke vervaltermijnen in het familierecht goede voorbeelden van regels van openbare orde; te denken valt hierbij aan vervaltermijnen voor een vordering tot ontkenning van de wettigheid van een kind en de vordering tot nietigverklaring van een huwelijk wegens dwang of dwaling.⁵⁰

Anders ligt dit in beginsel bij een vervaltermijn die er primair toe dient om de belangen van een van de partijen in een rechtsverhouding te beschermen. In het recente Botobe-arrest⁵¹ heeft de Hoge Raad voor het arbeidsprocesrecht geen ambtshalve toepassing van de vervaltermijn ex artikel 7:686a lid 4 sub b BW aanvaard. Deze vervaltermijn geldt voor verzoeken die verband houden met de transitievergoeding. Dit arrest biedt interessante gezichtspunten voor de vraag wanneer een procesrechtelijke termijn strekt tot bescherming van de openbare orde en voor ambtshalve toepassing ex artikel 25 Rv in aanmerking komt. Tot nu toe was de literatuur verdeeld over de vraag of de vervaltermijn ex artikel 7:686a lid 4 sub b BW ambtshalve ex artikel 25 Rv moet worden toegepast.⁵² Bij de hiernavolgende bespreking van het Botobe-arrest streef ik geen volledigheid na; ik beperk mij tot de gezichtspunten die naar mijn mening relevant zijn voor de invulling van de Fundamentele Belangentoets en de analyse van het Rabobank-arrest.

In de conclusie van de A-G bij het Botobe-arrest is uitvoerig stilgestaan bij de ratio van de wetgever voor de vervaltermijn ex artikel 7:686a lid 4 sub b BW.⁵³ Als

47 Hierbij kan opnieuw worden gedacht aan het hiervoor genoemde voorbeeld van de huurmoordeenaar van Hartkamp.

48 Zie hiervoor ook het gezichtspunt in par. 50 conclusie A-G, waarin hij de voorschriften over termijnen en regels van internationale bevoegdheid als voorbeeld noemt.

49 Zie hiervoor o.a. HR 22 mei 1987, NJ 1988/291 (Waterschap den Ham/Meeuwissen); HR 24 mei 1996, NJ 1996/538 (Zonweg/Staat); HR 17 november 2004, NJ 2005/511 (Bosta/Van de Lande); HR 20 april 2007, NJ 2007/244; HR 9 oktober 2009, NJ 2009/490 (Makau/Van den End q.q.); HR 19 oktober 2012, RvdW 2012/1325; HR 21 februari 2014, NJ 2014/131.

50 H.K. Köster, Naar een betere afbakening tussen vervaltermijn en termijnen van bevrijdende verjaring, WPNR 1961/4701 p. 540-546.

51 HR 14 december 2018, JAR 2019/17, m.nt. A. van Zanten-Baris.

52 Zie voor een ontkenkend antwoord (welke ontkenning door de Hoge Raad is bevestigd in het Botobe-arrest) in ieder geval J.C.A. Ettema, Van verjaring naar verval: de 'vervalbijregeling' in de Wwz, TAP 2016/361, onder 5, en (genueanceerder) P.G. Vestering & W.J.J. Wetzels, Praktisch arbeidsprocesrecht onder de Wwz, Den Haag: Sdu uitgevers 2018, p. 31-32 en een bevestigend antwoord in J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, Handboek Nieuw ontslagrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 7.5.1.8.

53 Zie hiervoor par. 4.52-4.65 conclusie A-G.

enige reden voor deze vervaltermijn is in de parlementaire geschiedenis genoemd dat deze ertoe strekt de periode van onzekerheid over het verschuldigd zijn en de hoogte van een vergoeding in eerste aanleg zo kort mogelijk te houden.⁵⁴ Kernvraag in het licht van de ambtshalve toetsing is dan wat zwaarder weegt: (1) het algemeen belang van de snelheid van de procedure⁵⁵ of (2) de individuele belangen van de werkgever en de werknemer?⁵⁶ In het eerste geval zou een regel van openbare orde en dus ambtshalve toepassing ex artikel 25 Rv kunnen worden aangenomen; in het tweede geval niet. Zowel de A-G als de Hoge Raad gaat uit van het tweede: de vervaltermijn ex artikel 7:686a lid 4 sub b BW is uitsluitend bedoeld om te voorkomen dat partijen, dat wil zeggen de werkgever en de werknemer, te lang in onzekerheid verkeren.⁵⁷ Daarbij komt ook dat een belangrijk uitgangspunt van het nieuwe procesrecht onder de Wvz is dat partijen sneller weten waar zij aan toe zijn.⁵⁸ Met andere woorden: het gaat om een *partijbelang* en niet om een *bovenindividueel* belang dat de partijbelangen overstijgt. In de literatuur is hierover gesteld dat bijkomende omstandigheden nodig zijn om aan te nemen dat bij een vervaltermijn sprake is van een algemeen en bovenindividueel belang, in ieder geval een zelfstandig publiek belang dat gediend is met langdurige rechtsonzekerheid. Hierbij moet bijvoorbeeld worden gedacht aan de betrokken belangen van derden of het belang van een goede rechtspleging.⁵⁹ Een laatste en belangrijk argument dat de A-G noemt is dat ambtshalve toepassing van de vervaltermijn ex artikel 7:686a lid 4 sub b BW ertoe zou leiden dat een werknemer geen enkel recht dat voortvloeit uit zijn ontslag nog langer geldend zou kunnen maken. Dit laatste argument moet worden geduid in het licht van effectieve rechtsbescherming: ook dat pleit tegen ambtshalve toepassing van deze vervaltermijn.⁶⁰

Alles overwegende illustreren de gezichtspunten uit het Botobe-arrest dat de grenzen van wat kwalificeert als algemeen belang niet altijd eenvoudig zijn aan te geven in het licht van de verplichting tot ambtshalve toepassing ex artikel 25 Rv. Immers, bij bestudering van de ratio van de vervaltermijn ex artikel 7:686a lid 4 sub b BW in de parlementaire geschiedenis had evenzeer een algemeen belang van een snelle procedure kunnen worden aangenomen. Algemene belangen die bij de totstandkoming van wetgeving vaak worden aangevoerd om nieuwe wetgeving te rechtvaardigen zullen dus steeds kritisch en zorgvuldig moeten worden beoordeeld in het licht van de vraag naar de verplichting tot ambtshalve toepassing ex artikel 25 Rv: de enkele bedoeling van de wetgever zal in dit licht dus steeds moeten worden doorgeprikt om conclusies te trekken. Zoals hierna uit de analyse van

54 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 37-38.

55 Zoals betoogd door Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015.

56 Zoals betoogd door Ettema 2016.

57 Par. 4.61 conclusie A-G.

58 Par. 4.61 conclusie A-G; zie voor de parlementaire geschiedenis van de Wvz Kamerstukken II 2013/14, 33818, C, p. 116.

59 Par. 4.62 conclusie A-G. Zie voor de relevante literatuur o.a. J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (Recht en Praktijk nr. 162), Deventer: Kluwer 2008, p. 540-546 en (ouder) Köster 1961, p. 540-546.

60 Par. 4.65 conclusie A-G.

het Rabobank-arrest volgt, geldt dat evenzeer voor de beoordeling van het vertrekvergoedingsmaximum ex artikel 1:125 lid 2 Wft.

Ten derde kan het gaan om normen van EU-recht en hun implementatiewetgeving waarvan het Hof van Justitie EU (HvJ EU) heeft geoordeeld dat die naar EU-recht van openbare orde zijn (Unieregels) om effectieve doorwerking in nationale rechtsordes te verzekeren. Hieronder vallen in ieder geval op grond van de jurisprudentie van het HvJ EU⁶¹ het verbod van mededingingsbeperkende afspraken (artikel 101 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie) en de Richtlijn oneerlijke bedingen en andere consumentenbeschermende richtlijnen.⁶² Wat naar Unierecht wordt aangemerkt als openbare orde hoeft echter nog niet naar nationaal recht te worden aangemerkt als openbare orde.⁶³ Uit het arrest Cagemax/Staat⁶⁴ van de Hoge Raad volgt dat een rechter verplicht is EU-recht ambtshalve toe te passen ingeval sprake is van een communautair belang van een zodanig fundamenteel gewicht dat behartiging van dat belang tot toepassing van dat recht noopt. Ook voor de vraag of er een verplichting tot ambtshalve toepassing van het EU-recht is, is het relevant vast te stellen of het gaat om een regel van openbare orde in de betekenis van artikel 25 Rv. Regels van dwingend EU-recht leiden op zichzelf niet tot de conclusie dat deze ook per definitie van openbare orde zijn in deze Nederlandse civiel procesrechtelijke betekenis. Het kameleontische begrip van 'openbare orde' wordt goed zichtbaar in de Europese en Nederlandse jurisprudentie ter zake van overgang van onderneming.

Uit de jurisprudentie van het HvJ EU volgt dat de Europese Richtlijn overgang van onderneming⁶⁵ van openbare orde is en partijen hierover bij de arbeidsovereenkomst niet van kunnen afwijken. De bepalingen van de richtlijn zijn dus in zoverre als dwingend te beschouwen dat er niet in ongunstige zin van mag worden afgeweken voor de betrokken werknemers, aldus het HvJ EU in het Daddy's Dance Hall-arrest.⁶⁶ Het dwingende karakter van de regels voor overgang van onderneming geldt zowel voor de vervreemder als voor de verkrijger als voor de betrokken werknemers zelf.⁶⁷ In het Bos/Pax-arrest van de Hoge Raad⁶⁸ had de

61 Zie hiervoor in ieder geval HvJ EG 4 juni 2009, ECLI:EU:C:2009:343, NJ 2009/432, m.nt. M.R. Mok (T-mobile).

62 Den Hollander 2018, p. 5.

63 Zo heeft de Hoge Raad het verbod van mededingingsbeperkende afspraken ex artikel 6 Mw *niet* als norm van openbare orde aangemerkt. Zie hiervoor HR 16 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG3582, NJ 2009/54 (Gemeente Heerlen/Whizz Croissanterie), r.o. 3.3: '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 zou moeten toepassen.'

64 HR 11 september 2009, RvdW 2009, 997 (Cagemax/Staat).

65 Richtlijn 2001/23/EG (PbEG 22 maart 2001, L 82/16).

66 HvJ EG 10 februari 1988, NJ 1990/423 (Daddy's Dance Hall). Zie ook voor dezelfde overwegingen als in Daddy's Dance Hall de arresten HvJ EG 6 november 2003, C-4/01, JAR 2003/297, m.nt. Verhulp (Martin/SBU) en HvJ EG 26 mei 2005, JAR 2005/205, m.nt. Beltzer (Celtec).

67 Zie voor een beschouwing over deze arresten in ieder geval R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector: een studie naar de werking van de regels omtrent overgang van onderneming*, Kluwer: Deventer 2008; I.A. Haanappel-Van der Burg, *Grensoverschrijdende overgang van onderneming vanuit rechtsvergelijkend en conflictenrechtelijk perspectief* (diss. UvA), Kluwer: Deventer 2015.

68 HR 26 juni 2009, JAR 2009/183, m.nt. Knipschild.

werknemer een beroep gedaan op de bescherming van artikel 7:663 BW (dat een van de Nederlandse implementatieregels van overgang van onderneming bevat). In dit arrest werd door de Hoge Raad, onder verwijzing naar het Daddy's Dance Hall-arrest, overwogen dat de werknemersbescherming van de Richtlijn overgang van onderneming van openbare orde is. In dit arrest werd de vraag naar de ambtshalve toepassing ex artikel 25 Rv niet opgeworpen; de betrokken werknemer had immers een beroep gedaan op artikel 7:663 BW.

In het Labots/UWV-arrest⁶⁹ werd de vraag naar ambtshalve toepassing aan de orde gesteld door een werknemer die geen beroep had gedaan op artikel 7:663 BW, maar zich vervolgens op het standpunt stelde dat deze regels ex artikel 25 Rv ambtshalve moeten worden toegepast. De Hoge Raad aanvaardde in dit arrest voor de betekenis van artikel 7:663 BW in de context van artikel 25 Rv echter geen ambtshalve toetsing; het feit dat de Hoge Raad eerder de bescherming van de werknemer bij overgang van onderneming als recht van openbare orde beschouwde, wil dus niet zeggen dat dit automatisch ook zo is voor de openbare orde in de betekenis van het civiele procesrecht ex artikel 25 Rv.⁷⁰

Tot zover de relevante gezichtspunten voor invulling van de Fundamentele Belangentoets. Hierna neem ik de Principeregels en de Unieregels als uitgangspunt voor de invulling van de Fundamentele Belangentoets bij de analyse van de relevante standpunten van de A-G en de overwegingen van de Hoge Raad in het Rabobank-arrest. In mijn analyse ga ik niet afzonderlijk in op de Procesrechtregels: het vertrekvergoedingsmaximum ex artikel 1:125 lid 2 Wft ziet immers niet op normen met een procesrechtelijk karakter, zoals termijnen en de bevoegdheid van de rechter. Wel noem ik de gezichtspunten van de jurisprudentie ter zake van de Procesrechtregels voor zover die relevant zijn voor de analyse.

4.3 *Behoort het vertrekvergoedingsmaximum ex artikel 1:125 lid 2 Wft tot de Principeregels?*

Nu het bij de Fundamentele Belangentoets gaat om fundamentele en bovenindividuele belangen is terughoudendheid geboden en dient een restrictieve maatstaf te worden aangelegd voor de kwalificatie van regels als openbare orde.

Deze restrictieve maatstaf is ook terug te zien in de conclusie van de A-G: het vertrekvergoedingsmaximum ex artikel 1:125 lid 2 Wft valt volgens hem niet onder de Principeregels. De A-G erkent dat er zonder meer zwaarwegende maatschappelijke belangen in het geding zijn: 'Als publiek geld in banken is gepompt mag dat er niet via ruimhartige beloningen aan het personeel weer uitspuiten.' Tegelijkertijd stelt hij dat deze algemene belangen nu ook weer niet zo fundamenteel zijn voor de samenleving als in de parlementaire geschiedenis van de Wbfo is gesteld. De A-G spreekt zich hierover krachtig uit en noemt het 'een gebruikelijke wetgevende praktijk' om de zwaarwegende maatschappelijke belangen zo te benadrukken; dat maakt de Wbfo en het vertrekvergoedingsmaximum ex artikel 1:125 lid 2

69 HR 17 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9784, JAR 2010/256 (Labots/UWV).

70 Zie hiervoor ook het standpunt van Even in zijn annotatie bij het Labots/UWV-arrest (AR Updates annotaties 2010-0745).

Wft volgens hem nog niet zo fundamenteel of bijzonder om de status aparte van openbare orde te krijgen.⁷¹

De Hoge Raad volgt de A-G in zijn standpunt.⁷² Hoewel de restrictieve maatstaf die hier wordt toegepast in overeenstemming is met het Staalbankiers/Elko-arrest, roept de hiervoor genoemde motivering van de A-G de nodige vragen op. Mij valt hierbij met name op dat noch de A-G noch de Hoge Raad ingaat op de vraag naar het fundamentele karakter van de onderliggende doelstellingen van de Wft en de belangen die de Wft beoogt te beschermen: het vertrekvergoedingsmaximum ex artikel 1:125 lid 2 Wft maakt hier immers integraal deel van uit. Het mag zo zijn dat volgens de A-G sprake is van 'een gebruikelijke wetgevende praktijk', maar dat neemt niet weg dat het vertrekvergoedingsmaximum in de context van de doelstellingen van de Wft moet worden beoordeeld.

De Wft zelf bevat geen specifieke wettelijke bepaling die deze doelstellingen aan geeft. Wel zijn de doelstellingen van de Wft af te leiden uit de ratio van respectievelijk het prudentieel toezicht ex artikel 1:24 Wft (dat door DNB wordt uitgeoefend) en het gedragstoezicht ex artikel 1:25 Wft (dat door de AFM wordt uitgeoefend). Uit de parlementaire geschiedenis van deze wettelijke bepalingen volgt dat de Wft in ieder geval beoogt om bij te dragen aan de stabiliteit van de financiële sector door het stellen van bedrijfseconomische normen (solvabiliteits- en liquiditeitseisen) en vertrouwen te scheppen in de financiële markten, waarbij een zorgvuldige behandeling van klanten uitgangspunt is.⁷³

Duidelijk is dat de beloningsnormen van de Wbfo, die zoals reeds opgemerkt integraal onderdeel is van de Wft, doorspekt zijn van deze doelstellingen. Zo drukt de verwijzing naar het 'falen van de onderneming' en de genoemde voorbeelden van staatssteun en nationalisatie in de hiervoor besproken verbodsbepaling voor de vertrekvergoeding uit dat deze bepaling de belangen van een stabiele financiële sector beoogt te beschermen. Ook andere bepalingen in de Wbfo stellen expliciete voorwaarden voor beloningsbeleid die bij deze bescherming aansluiten, zoals de voorwaarden van bijvoorbeeld 'een gezond toetsingsvermogen, een gezonde solvabiliteitsmarge of gezond eigen vermogen'⁷⁴, 'een degelijk en doeltreffend risico-beheer'⁷⁵ en dat het beloningsbeleid erop gericht moet zijn 'te voorkomen dat

71 Par. 54-55 conclusie A-G.

72 R.o. 3.6.

73 Zie voor een historisch overzicht en de overige doelstellingen van de Wft bijvoorbeeld C.M. Grundmann-van de Krol m.m.v. J.B.S. Hijink, Koersen door de Wet op het financieel toezicht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 29-30.

74 Zie hiervoor artikel 1:124 lid 2 sub c Wft; deze bepaling ziet op de voorwaarden voor een 'welkom- of teken'-bonus bij indiensttreding.

75 Zie hiervoor artikel 1:118 lid 1 Wft; deze bepaling ziet op een van de voorwaarden waaraan het beloningsbeleid van een financiële onderneming moet voldoen.

consumenten, cliënten of deelnemers onzorgvuldig worden behandeld'.⁷⁶ Daarnaast illustreert ook de verstrekkende betrokkenheid van de toezichthouder bij de naleving van de beloningsnormen in de Wbfo het verband met de doelstellingen van de Wft: ter bescherming van de belangen van de financiële sector en om te voorkomen dat consumenten of klanten worden gedupeerd. Voorbeelden hiervan zijn de vereiste voorafgaande schriftelijke instemming van de toezichthouder met de toekenning van een retentiebonus ex artikel 1:122 Wft en de bevoegdheid van de toezichthouder tot het stellen van nadere regels met betrekking tot het beloningsbeleid ex artikel 1:117 lid 4 sub a en sub b Wft. Ook in de parlementaire geschiedenis van de Wbfo zijn de doelstellingen van de Wft duidelijk terug te vinden: de ongewenste prikkelwerking van variabele beloning en excessieve vertrekvergoedingen wordt in verband gebracht met de bankencrisis en de bescherming van 'de klant en de samenleving' die daar anders door gedupeerd raken.⁷⁷ Daarnaast wordt ook gewezen op het vertrouwen in de financiële sector: volgens een onderzoekspaper van DNB zijn hoge variabele beloningen de belangrijkste reden voor 'de maatschappij' om het vertrouwen in de financiële sector te verliezen.⁷⁸ Een afweging in het Rabobank-arrest van de hiervoor genoemde doelstellingen en de belangen die de Wft beoogt te beschermen ontbreekt nu. Zijn deze belangen in het geheel niet te duiden als zodanig fundamentele maatschappelijke belangen dat deze als regels van openbare orde in de betekenis van artikel 25 Rv zouden moeten worden aangemerkt? Ik zou hier graag een uitvoerigere motivering van de A-G en de Hoge Raad hebben gezien en een inhoudelijke afweging waarom ook de doelstellingen van de Wft niet de Fundamentele Belangentoets doorstaan. Het moge zo zijn dat sprake is van 'een gebruikelijke wetgevende praktijk' van de wetgever, de motivering van de A-G is op dit punt nogal kort door de bocht. In het licht van de restrictieve maatstaf van het Staalbank/Elko-arrest voor de ambtshalve toepassing ex artikel 25 Rv is de uitkomst van het Rabobank-arrest echter wel gerechtvaardigd. Gelet op de aard van de doelstellingen van de Wbfo kan namelijk de vraag worden gesteld of de beloningsnormen nu werkelijk zo fundamenteel van aard zijn dat zij als regels van openbare orde kunnen worden aangemerkt in de betekenis van artikel 25 Rv. Met andere woorden: komen de belangen van de Nederlandse financiële sector, zoals de stabiliteit en het vertrouwen van consumenten en klanten, werkelijk zo fundamenteel in het gedrang als de beloningsnormen niet zouden worden toegepast? Immers, in artikel 25 Rv ligt besloten dat de rechter uitsluitend gehouden is tot ambtshalve toepassing indien

76 Zie hiervoor artikel 1:119 lid 1 Wft; deze bepaling ziet op een van de voorwaarden waaraan het beloningsbeleid moet voldoen. Daarbij wordt ook expliciet bepaald dat in het beloningsbeleid moet worden omschreven welke specifieke financiële diensten of andere activiteiten die door of in naam van de financiële onderneming worden verleend of verricht, de beloningscomponenten en beloningsstructuren die kunnen leiden tot het risico van onzorgvuldige behandeling van consumenten, cliënten of deelnemers alsmede de te volgen procedures en maatregelen die dat risico kunnen voorkomen of beheersen.

77 Kamerstukken II 2013/14, 33964, 3, p. 2.

78 Kamerstukken II 2013/14, 33964, 3, p. 6. Zie voor de working paper van DNB D. Jansen, J.R. Mosch & C. van der Cruisjes, When does the general public lose trust in banks?, DNB Working Paper nr. 402, november 2013.

en voor zover er regels van openbare orde in het geding zijn, dat wil zeggen regels met een zodanig fundamenteel dwingend karakter dat de partijautonomie hiervoor moet wijken.⁷⁹ Ik memoreer hier het door Hartkamp reeds genoemde voorbeeld van de huurmoordenaar en de bij de Principeregels genoemde voorbeelden van het verbod op polygamie en normen die moord en doodslag verbieden.

Zo fundamenteel is het vertrekvergoedingsmaximum ex artikel 1:125 lid 2 Wft evident niet, afgezet tegen de zwaarwegende belangen van de stabiliteit en het maatschappelijke vertrouwen in banken. Anders gezegd: er kan moeilijk worden betoogd dat dit wettelijk maximum zo fundamenteel is dat de rechten van derden, zoals klanten en consumenten, of een goede rechtspleging ernstig in het gedrang komen en ambtshalve toepassing dus gerechtvaardigd is. In zoverre kan ik mij goed vinden in het betoog van de A-G, dat erop neerkomt dat het enkele oogmerk van de wetgever om de samenleving tegen een nieuwe bankencrisis te beschermen op zichzelf onvoldoende is om aan te nemen dat het vertrekvergoedingsmaximum voor dagelijks beleidsbepalers een regel van openbare orde is. Zou dit wel worden aangenomen, dan zet dit de deur open voor een ruime benadering van regels van openbare orde die de rechter dan steeds ambtshalve ex artikel 25 Rv zou moeten toepassen.

Dat brengt mij tot het naar mijn mening inhoudelijk meest overtuigende argument dat de A-G⁸⁰ naar voren brengt om géén ambtshalve toepassing aan te nemen. Dit argument ziet op de rechterlijke beoordelingsvrijheid onder de Wbfo om een hogere vergoeding dan het vertrekvergoedingsmaximum ex artikel 1:125 lid 2 Wft toe te kennen. Hierbij moet worden gewezen op de overweging van de wetgever in de parlementaire geschiedenis van de Wbfo dat een door een rechter toegekende vertrekvergoeding niet onder de reikwijdte van artikel 1:125 lid 2 Wft valt. De toekenningsruimte die hier aan de rechter wordt geboden, duidt erop dat niet beoogd is dat deze norm onder de ambtshalve toepassing valt. Ook dit geeft steun aan de stelling dat het vertrekvergoedingsmaximum ex artikel 1:125 lid 2 Wft geen absoluut karakter heeft en dus niet ambtshalve moet worden toegepast. Dat de rechter hierbij naar verwachting doorgaans terughoudend zal zijn en het wettelijk maximum als uitgangspunt zal nemen, rekening houdend met de doelstelling van de beloningsnormen van de Wbfo, betekent nog niet dat het hier gaat om regels van openbare orde die onder de verplichting tot ambtshalve toepassing vallen.

Overigens wijs ik erop dat deze rechterlijke toekenningsruimte onder de Wbfo niet alleen voor vertrekvergoedingen, maar ook in het algemeen voor 'beloningen' geldt. In de parlementaire geschiedenis wordt namelijk ook elders nadrukkelijk het volgende overwogen: 'Door een rechter, en dus niet door een onderneming, toegekende *beloningen* vallen in het geheel buiten de reikwijdte van het onderhavige wetsvoorstel' (cursivering door de auteur).⁸¹ Dat duidt erop dat ook andere wettelijke beloningsnormen van de Wbfo, zoals het wettelijk maximum voor variabele beloning (artikelen 1:121 lid 1 e.v. Wft), niet als norm van openbare orde

79 Zie hiervoor Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/100.

80 Par. 56 conclusie A-G.

81 Kamerstukken II 2013/14, 33964, 3, p. 27.

kunnen worden aangemerkt en dus evenals de vertrekvergoedingsnorm ex artikel 1:125 lid 2 Wft buiten de reikwijdte van ambtshalve toetsing ex artikel 25 Rv vallen.⁸² De implicaties van het Rabobank-arrest zijn dus niet beperkt tot het vertrekvergoedingsmaximum ex artikel 1:125 lid 2 Wft.

4.4 Behoort het vertrekvergoedingsmaximum ex artikel 1:125 lid 2 Wft tot de Unieregels?

Zoals hiervoor reeds uiteengezet, bevat CRD IV zelf geen vertrekvergoedingsmaximum; het gaat hier om een eigen strikte regel van de Nederlandse wetgever in de Wbfo. De A-G wijst hier ook op. Om die reden kan niet worden gesteld dat hier sprake is van een Europees voorschrift en dat artikel 1:125 lid 2 Wft behoort tot de Unieregels. Van ambtshalve toepassing van een Unieregel kan in deze zaak dan ook geen sprake zijn.

De vraag die dan opkomt is of ditzelfde ook onverkort voor de andere beloningsnormen van de Wbfo kan worden gesteld. Voor het vertrekvergoedingsmaximum ex artikel 1:125 lid 2 Wft geldt immers dat dit in het geheel ontbreekt in CRD IV. Andere beloningsnormen, zoals het maximum voor variabele beloning (artikel 1:121 Wft) waarop ook in geval van schending de nietigheidssanctie ex artikel 1:116 lid 3 Wft staat, volgen wel uit CRD IV, maar zijn door de Nederlandse wetgever strikter geïmplementeerd. Deze verder strekkende regels zijn mogelijk op grond van het beginsel van minimumharmonisatie van CRD IV.⁸³ Dit leidt in het geval van deze andere beloningsnormen vooralsnog niet tot een andere conclusie: het moet immers gaan om Unieregels die door het HvJ EU ook als Unierechtelijke normen van openbare orde worden aangemerkt. Bij gebreke aan jurisprudentie van het HvJ EU over de status van de beloningsnormen van CRD IV moet vooralsnog worden aangenomen dat het bij de overige beloningsnormen niet gaat om Unierechtelijke normen van openbare orde.

De vraag dringt zich op in hoeverre het in de rede ligt dat het HvJ EU de beloningsnormen van CRD IV zou aanmerken als regels van openbare orde: gaat het in het geval van CRD IV om een communautair belang van een zodanig fundamenteel gewicht dat ambtshalve toepassing aangewezen is? Interessante gezichtspunten zijn terug te vinden in de conclusie van A-G Jääskinen in een procedure die het Verenigd Koninkrijk in 2014 voerde bij het HvJ EU met een vordering tot nietig verklaring van de Europese bonusmaxima van CRD IV.⁸⁴ Hierbij werd een beroep gedaan op (onder meer) schending van het evenredigheids- en subsidiariteitsbeginsel. Uiteindelijk kwam het niet tot een uitspraak van het HvJ EU; na de conclusie van de A-G in deze zaak dat het beroep van het

82 Zie hiervoor ook het hierover eerder door mij ingenomen standpunt in mijn annotatie (JAR 2018/66) en die van Den Hollander 2018.

83 Zie hiervoor artikel 94 lid 1 sub g ad ii laatste volzin CRD IV, op grond waarvan het voor lidstaten mogelijk is een lager bonusmaximum vast te stellen.

84 Zie hiervoor de conclusie van A-G Jääskinen van 20 november 2014 (zaak C-507/13, ECLI:EU:C:2014:2394) en zaak C-507/13, beroep ingesteld op 20 september 2013 PbEU 2013, C 359.

Verenigd Koninkrijk ongegrond was, trok het Verenigd Koninkrijk de procedure weer in.⁸⁵

In zijn conclusie wees de A-G op de doelstelling van de beloningsnormen van CRD IV die onderdeel uitmaken van het totale pakket aan kapitaaleisen voor kredietinstellingen in de gehele Europese Unie. Nu het variabele deel van de beloning naar het oordeel van de Europese wetgever een rechtstreekse invloed heeft op het risicoprofiel van financiële instellingen, kan dit gevolgen hebben voor de stabiliteit van financiële instellingen en de financiële markten in de Europese Unie als geheel. Een van de kerndoelstellingen van CRD IV is daarom invoering van een uniform regelgevingskader voor risicobeheer binnen de Europese Unie. Dit doel kan beter worden verwezenlijkt door de Europese Unie dan door de nationale overheden van de lidstaten.⁸⁶ Gelet op de jurisprudentie over het verbod van mededingingsbeperkende afspraken, de Richtlijn oneerlijke bedingen en andere consumentenbeschermende richtlijnen, meen ik dat in beginsel niet valt uit te sluiten dat het HvJ EU tot het oordeel zou kunnen komen dat de beloningsnormen als onderdeel van beschermingsmaatregelen voor een stabiele financiële sector binnen de Europese Unie regels van openbare orde zijn.⁸⁷ Ik wijs in dit verband ook op de reden waarom het HvJ EU in de hiervoor genoemde jurisprudentie deze normen als openbare orde aanmerkt: het verzekeren dat het Unierechtelijke mededingings- en consumentenrecht effectief doorwerkt in de lidstaten.⁸⁸ Daarentegen heeft de Hoge Raad het nationale verbod van mededingingsbeperkende afspraken ex artikel 6 Mededingingswet (Mw) niet als norm van openbare orde aangemerkt. Dit laat onverlet dat de Nederlandse en de Unierechtelijke begrippen van openbare orde die relevant zijn voor de vraag naar de verplichting tot ambtshalve toepassing uit elkaar kunnen lopen; hiervoor zagen we dit ook in de Europese en Nederlandse jurisprudentie met betrekking tot overgang van onderneming.⁸⁹ Met andere woorden: zelfs als het HvJ EU in de toekomst zou oordelen dat de beloningsnormen van CRD IV van openbare orde zijn, laat dat onverlet dat de Hoge Raad in het Rabobank-arrest heeft geoordeeld dat een van de Nederlandse Wbfo-regels dat niet is.

4.5 Ambtshalve toetsing van wettelijke normen van dwingend recht met nietigheidssanctie?

Tot zover het oordeel van de Hoge Raad dat het vertrekvergoedingsmaximum ex artikel 1:125 lid 2 Wft niet kan worden aangemerkt als recht van openbare orde

85 Zie voor een korte beschouwing van (o.a.) deze zaak ook A.M. Helstone, *Ter Visie – de belofte van de Brexit voor de bankiersbonus*, TAO 2016/3, p. 83-85.

86 Zie hiervoor in ieder geval par. 13-16 en par. 22 en 23 conclusie A-G.

87 Zoals hiervoor reeds genoemd; zie voetnoot 62.

88 Zie hiervoor Den Hollander 2018, die erop wijst dat het aanmerken van deze normen als van openbare orde door het HvJ EU een beleidsmatig doel dient: te verzekeren dat het Unierechtelijk mededingings- en consumentenrecht effectief doorwerkt in nationale rechtsordes.

89 Datzelfde geldt ook voor het verbod van mededingingsbeperkende afspraken: vanuit Europees perspectief heeft het HvJ EU geoordeeld dat deze van openbare orde zijn, maar de Hoge Raad merkt het verbod van mededingingsbeperkende afspraken in artikel 6 Mw niet aan als regels van openbare orde (zie hiervoor opnieuw het reeds genoemde Whizz-arrest in HR 16 januari 2009, NJ 2009/54).

en dientengevolge niet onder de verplichting tot ambtshalve toepassing valt. In cassatie had Rabobank echter ook naar voren gebracht dat de rechter, ook als geen sprake is van een norm van openbare orde, tot ambtshalve toepassing had moeten overgaan omdat de nietigheidssanctie ex artikel 1:116 lid 3 Wft is gekoppeld aan schending van de vertrekvergoedingsnorm van artikel 1:125 lid 2 Wft. Deze norm ex artikel 1:125 lid 2 Wft is immers van dwingend recht. Anders gezegd: strekt de ambtshalve toepassing ex artikel 25 Rv zich verder uit dan de regels van openbare orde, dus ook tot regels van dwingend recht waaraan een nietigheidssanctie is gekoppeld? De Hoge Raad beantwoordt deze vraag ontkennend.⁹⁰

Zou de redenering van Rabobank worden gevolgd, dan komt het erop neer dat de rechter niet alleen normen van openbare orde, maar ook normen van dwingend recht waaraan een nietigheidssanctie is gekoppeld in alle gevallen ex artikel 25 Rv ambtshalve moet toepassen. Het standpunt van Rabobank is in de literatuur vurig bepleit door Hartkamp en is op zijn benadering gebaseerd. Het pleidooi van Hartkamp is zelfs verstrekkender dan alleen de koppeling van normen van dwingend recht aan de sanctie van *nietigheid*. In zijn visie zouden ook normen die van dwingend recht zijn en die gekoppeld zijn aan de sanctie van *vernietigbaarheid* onder de ambtshalve toepassing van de rechter vallen.⁹¹

Een van de kernargumenten van Hartkamp is dat, gelet op het uitgangspunt dat eenieder zich op de nietigheid van een overeenkomst kan beroepen, het vreemd zou zijn als de rechter ambtshalve die nietigheid niet zou kunnen vaststellen. Ik vat de visie van Hartkamp zo op dat hij de rechter als ‘absolute handhaver’⁹² ziet. Deze rol is verstrekkender dan de huidige rol van de rechter in het burgerlijk procesrecht, die in beginsel uitgaat van lijdelijkheid.⁹³ Het zou impliceren dat de rechter altijd en dus ook geheel buiten de rechtsstrijd van partijen om alle normen waaraan een nietigheidssanctie is gekoppeld ambtshalve zou moeten toepassen. Daarmee zou de rechter naar mijn idee een haast vergelijkbare rol krijgen met die van een overheidstoezichthouder. In geval van schending van regels zoals

90 R.o. 3.6.

91 Zie voor het standpunt van Hartkamp: Hartkamp 2007 en het debat tussen Hartkamp en Snijders over dit onderwerp in: H.J. Snijders, *Ambtshalve aanvulling van gronden in burgerlijke zaken herijkt*, WPNR 6761 (2008), p. 541-552, met reactie Hartkamp en naschrift Snijders in WPNR 6779 (2008); A.S. Hartkamp, *Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden*, WPNR 6813 (2009), p. 773, met reactie van Snijders in WPNR 6823 (2009). Zie ook A.S. Hartkamp, *De verplichting tot ambtshalve toepassing van Europees recht door de Nederlandse rechter: vervolg*, in: P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt e.a. (red.), *Middelen voor Meijer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 133-149.

92 Zie over kritiek op de benadering dat het burgerlijk procesrecht zou moeten zorgen voor absolute handhaving ook Den Hollander 2018.

93 Artikel 24 Rv draagt de rechter immers op om de zaak te onderzoeken en beslissen op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering of verweer ten grondslag hebben gelegd. Zie over de lijdelijkheid van de rechter ook Asser *Procesrecht/Van Schaick* 2 2016/92.

die uit hoofde van de Wft⁹⁴ is handhaving nadrukkelijk voorbehouden aan de hiervoor aangewezen toezichthouders.⁹⁵

In (oudere) jurisprudentie heeft de Hoge Raad zich reeds op het standpunt gesteld dat wanneer een regel van dwingend recht is, maar niet van openbare orde, het de feitenrechter voor wie de regel niet is ingeroepen niet vrij staat om de nietigheid ambtshalve te constateren. Ik wijs hiervoor op het Drie-S/Mammoet-arrest.⁹⁶ In die zaak was een beding in geschil op grond waarvan de RvC bevoegd was tot het nemen van een bindende partijbeslissing over arbeidsrechtelijke sancties tegen een werknemer. De Hoge Raad besliste in die zaak dat het beding nietig was, maar aangezien deze regel van dwingend recht niet van openbare orde was en de regel niet was ingeroepen in de feitelijke instanties, was ambtshalve toepassing niet aan de orde.

Tegen deze achtergrond en de hiervoor genoemde beginselen van procesrecht wekt het geen verbazing dat de Hoge Raad in het Rabobank-arrest het standpunt van Hartkamp niet volgt:

‘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 gevolg dat art. 1:125 lid 2 Wft in verbinding met art. 1:116 lid 3 Wft ambtshalve buiten het door de grieven ontsloten gebied moet worden toegepast.’⁹⁷

Toegegeven, het standpunt van Hartkamp is vanuit rechtszekerheidsperspectief begrijpelijk. Nu moet de rechter het immers doen met de invulling van de norm van openbare orde, waarbij de Fundamentele Belangentoets weliswaar handvatten biedt, maar hij steeds afhankelijk van de omstandigheden van het geval de desbetreffende norm zal moeten toetsen. Ook de A-G erkent het belang van rechtszekerheid in zijn afwegingen die *voor* het standpunt van Hartkamp pleiten.⁹⁸ Hij plaatst hierbij een relativerende kanttekening dat er ook rechtsnormen kunnen zijn waarbij het van de omstandigheden afhangt of een schending hiervan tot nietigheid leidt. Gelet hierop zal er in de visie van de A-G dus nog steeds rechtsonzekerheid zijn, ook als de benadering van Hartkamp zou worden gevolgd. Ik kan mij goed vinden in de argumenten die de A-G *tegen* het standpunt van Hartkamp noemt. Die argumenten komen erop neer dat het onwenselijk is dat de rechter in het burgerlijk procesrecht zich gaat bezighouden met private handhaving. Nog los van de vraag of de benadering van Hartkamp wenselijk is in het licht van de beginselen van partijautonomie en de rol van de rechter in het huidige burgerlijk procesrecht, noemt de A-G nog als argument dat ‘het op het spoor

94 In het geval van schending van de Wft zijn DNB en de AFM de aangewezen toezichthouders; zie ook mijn commentaar hierna.

95 Zoals ook opgeworpen door de A-G: zie hiervoor par. 64 conclusie A-G en mijn commentaar hierna.

96 Zie hiervoor HR 14 november 2003, NJ 2004/138, m.nt. G.J. Heerma van Voss (Drie-S/Mammoet). Zie hiervoor ook het commentaar in Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/100.

97 R.o. 3.6.

98 Par. 61 conclusie A-G.

komen en handhaven van een verbod van privaatrechtelijke rechtshandelingen wegens strijd met een dwingende wetbepaling (...) meer iets is voor gespecialiseerde toezichthouders of in voorkomend geval het Openbaar Ministerie'.⁹⁹ Dat lijkt mij een terechte zorg: de verhouding tussen de publieke en private handhaving in geval van schending van regels van dwingend recht zou anders immers verwateren.¹⁰⁰ Handhaving en het treffen van sancties is primair voorbehouden aan het publiekrecht.¹⁰¹

Voor de naleving van de Wbfo wijs ik erop dat er (1) handhavingsinstrumenten zijn voor de betrokken toezichthouders (DNB en AFM)¹⁰² en (2) verstreckende sancties in geval van schending van de wettelijke norm van artikel 1:125 lid 2 Wft. Deze handhavingsinstrumenten en sancties beogen de effectiviteit van de naleving van de wettelijke beloningsnormen uit de Wft te verzekeren.

De meest voor de hand liggende sanctie bij schending van het vertrekvergoedingsmaximum van artikel 1:125 lid 2 Wft is gelegen in de bestuurlijke boete met een basisbedrag van € 2.000.000 op grond van artikel 1:81 lid 2 Wft juncto artikel 10 van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector, waarin overtreding van artikel 1:125 lid 1 en lid 2 Wft beboetbaar is gesteld.¹⁰³ De substantiële hoogte van dit basisbedrag onderstreept het doel van de wetgever om effectieve publiekrechtelijke handhaving mogelijk te maken.¹⁰⁴

4.6 Implicaties van het Rabobank-arrest voor de beloningsnormen van de WNT?

Het Rabobank-arrest nodigt uit tot een nadere bespiegeling met een breder karakter over de implicaties voor de publieke beloningsregels van de WNT die hoofdzakelijk gedreven zijn door met de Wbfo vergelijkbare doelstellingen: het terugdringen van excessieve vertrekvergoedingen en beloningen van topfunctionarissen in de publieke en semipublieke sector, nu deze instellingen een publieke taak

99 Par. 64 conclusie A-G.

100 Zie hiervoor ook par. 64 conclusie A-G.

101 Zie ook Den Hollander 2018.

102 In geval van significante instellingen zoals Rabobank (daarnaast ook ING, ABN AMRO, De Volksbank, Bank Nederlandse Gemeenten en de Nederlandse Waterschapsbank) is ook de Europese Centrale Bank (ECB) samen met DNB betrokken bij de uitoefening van het gemeenschappelijk toezicht. De handhavingsmogelijkheden zullen echter in beginsel primair bij DNB liggen op grond van de Wft.

103 Op grond van artikel 1:81 lid 3 Wft kan dit bedrag overigens in geval van een bank of beleggingsonderneming zelfs worden vastgesteld op € 5.000.000 of, indien dat meer is, ten hoogste 10% van de jaaromzet van het voorafgaande boekjaar. Zie over de handhavingsmogelijkheden en sancties in geval van schending ex artikel 1:125 lid 2 Wft ook Helstone 2016, p. 16.

104 Voor de goede orde wijs ik erop dat handhaving of sancties naar aanleiding van het Rabobank-arrest niet voor de hand liggen: het tijdstip van de overeenkomsten die ten grondslag lagen aan de Vergoeding, de Cou lance-uitkering en de Afrekening lag ruimschoots vóór de inwerkingtreding van de Wbfo. Dit wordt mijns inziens ook terecht signaleerd door de A-G: zie hiervoor voetnoot 75, conclusie A-G.

hebben en worden bekostigd met publieke middelen.¹⁰⁵ Op basis van de relevante overwegingen in zowel de conclusie van de A-G als in het arrest is mijn voorlopige conclusie dat er (vooralsnog) voldoende aanknopingspunten zijn die rechtvaardigen dat dezelfde uitkomst evenzeer zou moeten gelden voor de WNT-normen.¹⁰⁶ Hiervoor is in ieder geval het volgende relevant.

In de *eerste plaats* valt, gelet op de restrictieve maatstaf voor regels van openbare orde en de overwegingen uit het Rabobank-arrest voor het vertrekvergoedingsmaximum onder de Wbfo, niet in te zien waarom dit anders zou zijn voor het vertrekvergoedingsmaximum onder de WNT. Weliswaar gaat het hier om de publieke en semipublieke sector: ook hier geldt dat het WNT-maximum niet strekt tot bescherming van algemene belangen van zo fundamentele aard dat deze, ongeacht het partijdebat of de bijzondere omstandigheden van het geval, altijd door de rechter moeten worden toegepast. Met andere woorden, het lijkt niet aannemelijk dat de WNT-normen wél onder de Principeregels vallen.

In de *tweede plaats* bestaat ook onder de WNT de mogelijkheid voor de rechter om een hogere vergoeding dan het WNT-maximum toe te kennen.¹⁰⁷ Dit onderstreept, evenals bij het Wbfo-maximum, dat het WNT-maximum geen absoluut karakter kent en dat er rechterlijke beoordelingsvrijheid bestaat.¹⁰⁸

Tot slot moet ter relativering van het belang van de verplichting van ambtshalve toetsing nog worden gewezen op een belangrijk verschil tussen de Wbfo en de WNT. Voor de WNT geldt dat deze wet een verstrekkende en zelfstandige wettelijke grondslag kent voor een handhavingsbevoegdheid van de staat bij een overschrijding van het WNT-maximum. Op grond van artikel 5.4 WNT kan, indien door de bevoegde toezichthouder en/of de accountant is geconstateerd dat niet aan de WNT-normen is voldaan, door de staat namelijk een last onder dwangsom aan zowel de WNT-instelling als aan de betrokken topfunctionaris worden opgelegd en het bedrag van de overschrijding rechtstreeks worden teruggevorderd. Van belang is dat deze sanctie tegelijkertijd kan worden opgelegd; ratio hiervan is dat zowel de WNT-instelling als de betrokken topfunctionaris hun medewerking moet verlenen aan herziening van de gemaakte afspraken.¹⁰⁹

105 Zie voor de doelstellingen van de wetgever met de WNT de parlementaire geschiedenis: Kamerstukken II 2010/11, 32600, 3, p. 6. Zie voor een recente beschouwing over de WNT vanuit bestuursrechtelijk perspectief en de publiekrechtelijke aspecten N.H. van Amerongen, *De semi-publieke sector in de Wet Normering Topinkomens voor het algemeen bestuursrecht*, NTB 2018/59.

106 Anders dan de Wbfo zijn de WNT-normen niet gebaseerd op Europese regelgeving of ander Unierecht: deze zijn geheel geschoeid op nationale leest. De hiervoor besproken categorie van de Unieregels is hier dus niet relevant voor de WNT, en nu het niet gaat om Procesrechtregels lijkt de kernvraag te zijn of de WNT-normen als Principeregels zijn te kwalificeren.

107 Zie hiervoor de uitzondering in artikel 1.6 lid 2 WNT, laatste volzin: 'Betalingen die dat bedrag [het vertrekvergoedingsmaximum van de WNT; aanvulling door de auteur] overschrijden zijn onverschuldigd betaald, *tenzij de betaling voortvloeit uit een rechterlijke uitspraak.*' [cursivering door de auteur]

108 Ik teken hierbij overigens aan dat rechters doorgaans rekening houden met het WNT-maximum en dat hiervan een dempend effect uitgaat. Zie voor een rechtspraakanalyse van de matigende effecten op ontslagvergoedingen in ontbindingsprocedures bijvoorbeeld H.E. Meerman & D. Schuurman, *Vier jaar WNT, wat leverde het op?*, *ArbeidsRecht* 2017/12.

109 Zie voor deze ratio de parlementaire geschiedenis: Kamerstukken II 2010/11, 32600, 3, p. 51-52.

Hiervoor stelde ik al dat het onwenselijk zou zijn dat de rechter de rol van private handhaver zou gaan vervullen en het om die reden, ook in het licht van de partij-autonomie, goed is dat handhaving is voorbehouden aan het publieke recht. De effectiviteit van de WNT is in nog verstrekkender mate dan de Wbfo via de weg van publiekrechtelijke handhaving verzekerd: de staat kan immers zelf ten aanzien van zowel de WNT-instelling als de betrokken topfunctionaris overgaan tot terugvordering.

5 Ter afsluiting

Dit is de eerste keer dat de Hoge Raad zich heeft uitgelaten over de procesrechtelijke status van een beloningsnorm uit de Wbfo en de vraag naar de verplichting tot ambtshalve toetsing ex artikel 25 Rv. Voor het vertrekvergoedingsmaximum ex artikel 1:125 lid 2 Wft geldt dat het hier niet gaat om een norm van openbare orde en dat deze norm daarom buiten de ambtshalve toepassing van de rechter ex artikel 25 Rv valt. Ook de nietigheidssanctie ex artikel 1:116 lid 3 Wft die hieraan is gekoppeld, maakt dit niet anders. Hiervoor heb ik betoogd waarom de uitkomst van het arrest naar mijn mening gerechtvaardigd is in het licht van de rol van de rechter in het burgerlijk procesrecht, die anders zou evolueren tot een ‘absolute handhaver’ in geval van niet-naleving van regels.

Zoals hiervoor is gesteld, strekken de implicaties van het arrest zich voor de beloningsnormen van de Wbfo verder uit dan alleen tot het vertrekvergoedingsmaximum ex artikel 1:125 lid 2 Wft. Gelet op de hiervoor besproken gezichtspunten mag worden aangenomen dat dit mutatis mutandis geldt voor de andere beloningsnormen van de Wbfo, zoals het 20%-bonusmaximum ex artikel 1:121 lid 1 Wft.

Het is nog te prematuur om op basis van deze analyse definitieve conclusies voor de WNT te trekken. Een nadere en uitgewerkte analyse van de implicaties van het Rabobank-arrest voor de WNT is onderwerp voor nader onderzoek.