

**JIN 2013/53, Hoge Raad, 08-02-2013, BY6699, BY6699, 12/00351**  
**(annotatie)**

<b>Instantie:</b> Hoge Raad
<b>Datum uitspraak:</b> 08-02-2013, 08-02-2013
<b>Publicatie:</b> JIN 2013/53 (Sdu Jurisprudentie in Nederland), aflevering 3, 2013
<b>Annotator:</b> <ul style="list-style-type: none"><li>• M.C. van Rijswijk</li></ul>
<b>ECLI:</b> <a href="#">ECLI:NL:HR:2013:BY6699</a> , <a href="#">ECLI:NL:PHR:2013:BY6699</a>
<b>Zaaknummer:</b> 12/00351, 12/00351
<b>LJN:</b> LJN:BY6699, LJN:BY6699
<b>Overige publicaties:</b> <ul style="list-style-type: none"><li>• <a href="#">JBPr 2013/17 met annotatie van mr. drs. B.T.M. van der Wiel</a></li><li>• NJB 2013/441</li><li>• RvdW 2013/254</li><li>• JWB 2013/75</li><li>• NJ 2014/175 met annotatie van H.J. Snijders</li></ul>
<b>Rechtsgebied:</b> Recht algemeen
<b>Rubriek:</b> Civiel recht
<b>Rechters:</b> <ul style="list-style-type: none"><li>• mr. Bakels</li><li>• mr. Heisterkamp</li><li>• mr. Loth</li><li>• mr. Drion</li><li>• mr. Snijders</li></ul>
<b>Partijen:</b> [Eiser], wonende te [woonplaats], eiser tot cassatie, advocaat: aanvankelijk mr. P.A. Ruig, thans mr. S.F. Sagel, tegen LTO Noord Verzekeringen BV, gevestigd te Deventer, verweerster in cassatie, niet verschenen.  Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [eiser] en LTO Noord Verzekeringen.
<b>Regelgeving:</b>

- [RV - 347](#)
- [RV - 348](#)

## Inhoudsindicatie

(Appel)procesrecht, Mogelijkheid van het aanvoeren van nieuwe weren en nieuwe grieven in appel, Concentratie van het processuele debat, Zelfstandige positie van het incidentele beroep ten opzichte van het principale beroep, Reformatio in peius

## Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Noot](#)

## Samenvatting

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof. Het voor het eerst in de memorie van antwoord in incidenteel appel opgeworpen verweer was niet te beschouwen als een nieuwe grief omdat het niet was gericht op een wijziging van het dictum en het er dus niet toe strekte dat de bestreden uitspraak moest worden vernietigd. Het hof heeft voorts het verbod van reformatio in peius verkeerd toegepast.

Bij de beoordeling van het onderdeel dient tot uitgangspunt dat het incidentele beroep processueel in beginsel een zelfstandige positie inneemt ten opzichte van het principale beroep (vgl. HR 18 februari 1994, [LJN ZC1274](#), NJ 1994/606).

In het onderhavige geval strekte het incidentele beroep, ingesteld door LTO Noord Verzekeringen, ertoe een wijziging in haar voordeel te bewerkstelligen van het dictum van het vonnis van de kantonrechter (een aanzienlijke verhoging van de naar het oordeel van de kantonrechter door [eiser] verbeurde boetes). Hiertegen voerde [eiser] onder meer, als nieuw verweer, de onderhavige stelling aan. Dit stond hem in beginsel vrij (art. 348 Rv). Het grievenstelsel stond hieraan niet in de weg omdat dit nieuwe verweer niet was te beschouwen als een nieuwe grief, nu het niet was gericht op een wijziging van het dictum en het dus niet ertoe strekte dat de bestreden uitspraak moest worden vernietigd. Het strekte daarentegen ertoe dat het door LTO Noord Verzekeringen tegen dat vonnis aangevoerde incidentele beroep moest worden verworpen, althans dat de boete niet zou worden verhoogd tot het door haar in het incidentele beroep gevorderde bedrag van € 122.520,60. Voor het geval het hof dit heeft miskend, heeft het van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven.

Voor het geval de overweging van het hof dat de onderhavige stelling is te beschouwen als nieuwe grief, aldus moet worden verstaan dat het toepassing heeft willen geven aan de arresten Hoge Raad 20 juni 2008, [LJN BC4959](#), NJ 2009/21 en Hoge Raad 19 juni 2009, [LJN BI8771](#), NJ 2010/154, geeft zijn oordeel eveneens blijk van een onjuiste rechtsopvatting. In deze arresten is geoordeeld dat het partijen weliswaar vrijstaat in hoger beroep nieuwe verweren aan te voeren, maar dat deze mogelijkheid in het belang van de concentratie van het processuele debat in beginsel – behoudens een aantal in de rechtspraak ontwikkelde uitzonderingen – aan dezelfde beperkingen is onderworpen als gelden voor de bevoegdheid nieuwe grieven aan te voeren. Hieruit volgt dat (ook) de bevoegdheid in appel nieuw verweer te voeren, in beginsel is beperkt tot het eerste processtuk dat partijen in hoger beroep mogen nemen.

Indien het hof toepassing heeft willen geven aan deze arresten heeft het miskend dat het eerste processtuk dat [eiser] in het incidentele beroep mocht nemen, de onderhavige memorie van antwoord was. De omstandigheid dat hij in het principale beroep al eerder van grieven had gediend, doet in dit verband niet ter zake omdat, zoals hiervoor in 3.4 vooropgesteld, het incidentele beroep ten opzichte van het principale beroep in beginsel een zelfstandige positie inneemt.

Onderdeel 1 treft dus in zoverre doel, en behoeft voor het overige geen behandeling.

Onderdeel 2 is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 6.8.3 waarin, kort samengevat, is overwogen dat ook de hiervoor in 3.2.5 onder (2) en (3) weergegeven verweren niet in hoger beroep kunnen worden behandeld, gelet op het verbod van 'reformatio in peius', daar [eiser] in het principale appel geen grieven heeft aangevoerd tegen de beslissing van de kantonrechter tot matiging van de boete naar een bedrag niet lager dan € 45.378,=.

Het hiertegen gerichte onderdeel slaagt eveneens omdat deze verweren, zoals hiervoor in 3.5 overwogen, uitsluitend in het incidentele beroep zijn aangevoerd. Anders dan het hof heeft geoordeeld, werd daarmee geen bezwaar gemaakt tegen het dictum van het bestreden vonnis; de onderhavige verweren hadden uitsluitend de hiervoor in 3.5 (slot) weergegeven strekking. Gegrondbevinding van deze verweren zou ertoe leiden dat het bedrag van de door [eiser] verschuldigde boetes niet zou worden verhoogd. Anders dan het hof heeft geoordeeld zou gegrondbevinding van deze verweren dus niet ertoe leiden dat het bedrag van de naar het oordeel van de kantonrechter door [eiser] verschuldigde boetes, zou worden verlaagd, zodat van 'reformatio in peius' geen sprake kan zijn (vgl. HR 1 juli 1988, [LJN AB7694](#), NJ 1989/156).

## Uitspraak

### Hoge Raad:

(...; *Red.*)

### **3. Beoordeling van het middel**

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [Eiser] is van juli 1996 tot 1 augustus 2005 in dienst geweest van LTO Noord Verzekeringen als assurantieadviseur.

(ii) Bij een op 17 januari 1997 ondertekende overeenkomst zijn partijen een concurrentiebeding overeengekomen, dat als volgt luidt:

“Het is de werknemers niet toegestaan tot een tijdstip van 24 maanden na beëindiging van het dienstverband commerciële contacten te onderhouden of te laten onderhouden met de bij de werkgever verzekerde cliënten/personen.

Bij overtreding van deze overeenkomst verbeurt de werknemer ten behoeve van de werkgever een direct opeisbare boete van f 5000,= per overtreding.”

(iii) Per 1 augustus 2005 is [eiser] uit dienst getreden bij LTO Noord Verzekeringen en compagnon geworden van het assurantiekantoor [A] in Alphen aan den Rijn (thans: [B]).

3.2.1 Stellende dat [eiser] na 1 augustus 2005 tenminste 54 van haar cliënten commercieel heeft benaderd en daarmee even zoveel keren inbreuk heeft gemaakt op het concurrentiebeding, heeft LTO Noord Verzekeringen in dit geding primair gevorderd dat [eiser] wordt veroordeeld tot betaling van € 122.520,60 ter zake van verbeurde boete, met nevenvorderingen, en subsidiair een verklaring voor recht gevorderd dat [eiser] jegens haar schadeplichtig is, met veroordeling tot betaling van schadevergoeding, op te maken bij staat.

3.2.2 [Eiser] heeft in reconventie, samengevat, gevorderd (i) primair een verklaring voor recht dat in de verhouding tussen partijen geen concurrentiebeding geldt; (ii) subsidiair gehele of gedeeltelijke vernietiging van het concurrentiebeding; (iii) meer subsidiair dat het concurrentiebeding wordt gematigd en (iv) uiterst subsidiair dat LTO Noord Verzekeringen wordt veroordeeld hem een vergoeding te betalen voor de

duur van het concurrentiebeding. Hij heeft tevens veroordeling gevorderd van LTO Noord Verzekeringen (v) aan hem een bedrag te voldoen van € 24.767,44 (een bonus van € 22.533,98 met rente en kosten).

3.2.3 De kantonrechter heeft [eiser] in conventie veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 22.844,02 aan LTO Noord Verzekeringen, en in reconventie de vorderingen afgewezen. Hij overwoog, kort samengevat, dat vaststaat dat [eiser] het concurrentiebeding tenminste 20 keer heeft overtreden, terwijl het vermoeden is gewettigd dat aanzienlijk meer overtredingen hebben plaatsgevonden. In de omstandigheden van het geval zag de kantonrechter echter grond voor matiging van de verbeurde boete tot een bedrag van € 45.378,=. Dit bedrag werd door de kantonrechter verminderd met zijn aanspraak op een bonus ten belope van € 22.533,98.

3.2.4 [Eiser] heeft principaal hoger beroep ingesteld. Hij vorderde dat het hof, met vernietiging van het bestreden vonnis, in conventie de vorderingen alsnog zou afwijzen, en in reconventie LTO Noord Verzekeringen zou veroordelen hem een bedrag van € 24.767,44 aan bonus te voldoen. Hij voerde met name aan dat hij het concurrentiebeding niet heeft overtreden.

LTO Noord Verzekeringen heeft incidenteel beroep ingesteld. Dit beroep was gericht tegen de door de kantonrechter toegepaste matiging van de door [eiser] verschuldigde boete en strekte ertoe dat [eiser] zou worden veroordeeld haar een bedrag van € 122.520,60 te voldoen, met nevenvorderingen.

3.2.5 [Eiser] heeft bij memorie van antwoord in het incidentele beroep onder meer aangevoerd

(1) dat hij op 1 juli 1996 niet in dienst is getreden van LTO Noord Verzekeringen, maar van een andere vennootschap, zodat LTO Noord Verzekeringen zich reeds op deze grond niet op het concurrentiebeding kan beroepen,

(2) dat hij, toen het concurrentiebeding werd overeengekomen, werkzaam was ingevolge een voor bepaalde tijd gesloten arbeidsovereenkomst, welke overeenkomst per 1 juli 1997 is omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, bij welke gelegenheid het concurrentiebeding niet opnieuw is overeengekomen, zodat het hem ook daarom niet bindt,

(3) dat de arbeidsverhouding mettertijd zo ingrijpend is gewijzigd, dat het concurrentiebeding aanmerkelijk zwaarder op hem is gaan drukken, zodat het

ingevolge vaste rechtspraak zijn geldigheid heeft verloren (HR 9 maart 1979, LJN AC0770, NJ 1979/467 en HR 5 januari 2007, LJN AZ2221, NJ 2008/502).

De onder (1) en (2) samengevat weergegeven stellingen waren nieuwe verweren; de onder (3) weergegeven stelling betrof de verdere uitwerking van een reeds in eerste aanleg aangevoerd verweer.

3.2.6 Het hof heeft zowel in het principale als in het incidentele beroep het vonnis van de kantonrechter vernietigd en [eiser] veroordeeld tot betaling aan LTO Noord Verzekeringen van een bedrag van € 42.466,02.

Het overwoog daartoe in zijn tussenarrest van 18 mei 2010 onder meer:

“5.2 Het hof stelt vast dat [eiser] bij MvA in incidenteel appel onder randnummer 5. voor het eerst heeft gesteld dat hij op 1 juli 1996 niet in dienst is getreden van WLTO/Holag Assurantie BV maar bij de (vereniging) Westelijke Land- en Tuinbouworganisatie. Anders dan door mr. Jaab ten pleidooie verdedigd, is (...) die stelling van [eiser] te beschouwen als nieuwe grief. Hetzelfde geldt voor de in het verlengde hiervan bij MvA in incidenteel appel (randnummers 8, 9, en 27) eveneens voor het eerst opgeworpen stelling dat er nimmer rechtsgeldig een concurrentiebeding tussen partijen is overeengekomen en aan LTO Noord Verzekeringen (dus) geen beroep op het concurrentiebeding toekomt. Zijdens [eiser] zijn deze stellingen ten pleidooie herhaald.

Deze stellingen zijn door LTO Noord Verzekeringen ten pleidooie (subsidiair) gemotiveerd betwist, onder meer onder verwijzing naar prod. 2 bij dagvaarding in eerste aanleg.

5.3 LTO Noord Verzekeringen heeft niet ingestemd met uitbreiding van het partijdebat tot (één of meer van deze) nieuwe grieven zoals volgt uit de mededelingen van mr. Zeilmaker-Smit ter zitting. Het hof is niet gebleken dat er sprake is van omstandigheden die blijkens het hiervoor geciteerde arrest een inbreuk op de in beginsel strakke regel rechtvaardigen, m.n. valt zonder toelichting van [eiser], die ontbreekt, niet in te zien dat [eiser] het onder 5.2. vermelde niet eerder had kunnen aanvoeren. Het hof zal daarom op bedoelde nieuwe grieven geen acht slaan

(...).

6.8.3 In aansluiting op hetgeen in rov. 5.1 t/m 5.3 en 6.1 is overwogen neemt het hof

met betrekking tot de omvang van het debat in hoger beroep in aanmerking dat [eiser] in principaal appel niet heeft gegriefd tegen de beslissing van de kantonrechter tot matiging van de boete naar een bedrag niet lager dan € 45.378,=. Voorzover [eiser] tegen dat dictum bezwaren had, had daartegen (tijdig) een grief dienen te worden gericht, hetgeen [eiser] heeft nagelaten. Aan die verweren van [eiser] die, bij gegrondbevinding van de grief van LTO Noord Verzekeringen, gelet op de devolutieve werking van het appel alsnog behandeld zouden behoren te worden en welke ertoe strekken dat het beding als geheel vervallen dient te worden beschouwd of opnieuw had moeten worden overeengekomen (MvA in incidenteel appel sub 28 en 29) kan niet worden toegekomen gelet op het verbod van ‘reformatio in peius’ oftewel het verbod van ‘verslechtering’ voor de (incidenteel) appellant. Het beroep van [eiser] op matiging door de kantonrechter in conventie overigens gehonoreerd zijnde, houdt het hof de verdere beslissing op deze grief aan totdat na instructie duidelijkheid is verkregen over de bewijslevering door [eiser] als bedoeld in rov. 6.4.3.”

3.3 Onderdeel 1 klaagt dat het hof met zijn oordeel in rov. 5.2 en 5.3 dat het geen acht zal slaan op de stelling van [eiser] dat geen (rechtsgeldig) concurrentiebeding is overeengekomen met LTO Noord Verzekeringen, op de grond dat deze – hiervoor in 3.2.5 onder (1) weergegeven – stelling is te beschouwen als een nieuwe grief, heeft miskend dat het [eiser] in het licht van art. 348 Rv vrijstond bij memorie van antwoord in het incidenteel appel nieuwe verweren aan te voeren, zodat het hof ten onrechte bij de behandeling van het incidentele appel daarop geen acht heeft geslagen.

3.4 Bij de beoordeling van het onderdeel dient tot uitgangspunt dat het incidentele beroep processueel in beginsel een zelfstandige positie inneemt ten opzichte van het principale beroep (vgl. HR 18 februari 1994, [LJN ZC1274](#), NJ 1994/606).

3.5 In het onderhavige geval strekte het incidentele beroep, ingesteld door LTO Noord Verzekeringen, ertoe een wijziging in haar voordeel te bewerkstelligen van het dictum van het vonnis van de kantonrechter (een aanzienlijke verhoging van de naar het oordeel van de kantonrechter door [eiser] verbeurde boetes). Hiertegen voerde [eiser] onder meer, als nieuw verweer, de onderhavige stelling aan. Dit stond hem in beginsel vrij (art. 348 Rv). Het grievenstelsel stond hieraan niet in de weg omdat dit nieuwe verweer niet was te beschouwen als een nieuwe grief, nu het niet was gericht op een wijziging van het dictum en het dus niet ertoe strekte dat de bestreden uitspraak moest worden vernietigd. Het strekte daarentegen ertoe dat het door LTO Noord Verzekeringen tegen dat vonnis aangevoerde incidentele beroep moest worden verworpen, althans dat de boete niet zou worden verhoogd tot het door haar in het incidentele beroep gevorderde bedrag van € 122.520,60. Voor het geval het

hof dit heeft miskend, heeft het van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven.

3.6 Voor het geval de overweging van het hof dat de onderhavige stelling is te beschouwen als nieuwe grief, aldus moet worden verstaan dat het toepassing heeft willen geven aan de arresten HR 20 juni 2008, **LJN BC4959**, NJ 2009/21 en HR 19 juni 2009, **LJN BI8771**, NJ 2010/154, geeft zijn oordeel eveneens blijk van een onjuiste rechtsopvatting. In deze arresten is geoordeeld dat het partijen weliswaar vrijstaat in hoger beroep nieuwe verweren aan te voeren, maar dat deze mogelijkheid in het belang van de concentratie van het processuele debat in beginsel – behoudens een aantal in de rechtspraak ontwikkelde uitzonderingen – aan dezelfde beperkingen is onderworpen als gelden voor de bevoegdheid nieuwe grieven aan te voeren. Hieruit volgt dat (ook) de bevoegdheid in appel nieuw verweer te voeren, in beginsel is beperkt tot het eerste processtuk dat partijen in hoger beroep mogen nemen.

Indien het hof toepassing heeft willen geven aan deze arresten heeft het miskend dat het eerste processtuk dat [eiser] in het incidentele beroep mocht nemen, de onderhavige memorie van antwoord was. De omstandigheid dat hij in het principale beroep al eerder van grieven had gediend, doet in dit verband niet terzake omdat, zoals hiervoor in 3.4 vooropgesteld, het incidentele beroep ten opzichte van het principale beroep in beginsel een zelfstandige positie inneemt.

3.7 Onderdeel 1 treft dus in zoverre doel, en behoeft voor het overige geen behandeling.

3.8 Onderdeel 2 is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 6.8.3 waarin, kort samengevat, is overwogen dat ook de hiervoor in 3.2.5 onder (2) en (3) weergegeven verweren niet in hoger beroep kunnen worden behandeld gelet op het verbod van “reformatio in peius”, daar [eiser] in het principale appel geen grieven heeft aangevoerd tegen de beslissing van de kantonrechter tot matiging van de boete naar een bedrag niet lager dan € 45.378,=.

3.9 Het hiertegen gerichte onderdeel slaagt eveneens omdat deze verweren, zoals hiervoor in 3.5 overwogen, uitsluitend in het incidentele beroep zijn aangevoerd. Anders dan het hof heeft geoordeeld, werd daarmee geen bezwaar gemaakt tegen het dictum van het bestreden vonnis; de onderhavige verweren hadden uitsluitend de hiervoor in 3.5 (slot) weergegeven strekking. Gegrondbevinding van deze verweren zou ertoe leiden dat het bedrag van de door [eiser] verschuldigde boetes niet zou worden verhoogd. Anders dan het hof heeft geoordeeld zou gegrondbevinding van deze verweren dus niet ertoe leiden dat het bedrag van de naar het oordeel van de kantonrechter door [eiser] verschuldigde boetes, zou worden verlaagd, zodat van



“reformatio in peius” geen sprake kan zijn (vgl. HR 1 juli 1988, LJN AB7694, NJ 1989/156).

3.10 Ook onderdeel 2 is dus gegrond. De onderdelen 3 en 4, die zijn gericht tegen het eindarrest van het hof, bouwen voort op de onderdelen 1 en 2 en treffen daarom eveneens doel.

3.11 Nu LTO Noord Verzekeringen de bestreden beslissing van het hof niet heeft uitgelokt of verdedigd, zullen de kosten van het geding in cassatie worden gereserveerd.

#### **4. Beslissing**

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 27 september 2011;

verwijst het geding naar het gerechtshof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;

reserveert de beslissing omtrent de kosten van het geding in cassatie tot de einduitspraak;

begroot deze kosten tot op de uitspraak in cassatie aan de zijde van [eiser] op € 884,67 aan verschotten en € 2600,= voor salaris, en aan de zijde van LTO Noord Verzekeringen begroot op nihil.

#### **Conclusie van de Advocaat-Generaal:**

In deze zaak gaat het om de vraag of het hof een voor het eerst in de memorie van antwoord in incidenteel appel opgeworpen verweer mocht kwalificeren als nieuwe grief en of het hof het verbod van ‘reformatio in peius’ juist heeft toegepast.

#### **1. Feiten en procesverloop**

1.1 Eiser tot cassatie, [eiser], is van juli 1996 tot 1 augustus 2005 in dienst geweest van verweerster in cassatie, LTO Noord Verzekeringen, als assurantieadviseur.

1.2 Bij een op 17 januari 1997 ondertekende overeenkomst zijn partijen een concurrentiebeding overeengekomen, dat als volgt luidt:

“Het is de werknemers niet toegestaan tot een tijdstip van 24 maanden na beëindiging van het dienstverband commerciële contacten te onderhouden of te laten onderhouden met de bij de werkgever verzekerde cliënten/personen.

Bij overtreding van deze overeenkomst verbeurt de werknemer ten behoeve van de werkgever een direct opeisbare boete van f 5000,= per overtreding.”

1.3 Per 1 augustus 2005 is [eiser] uit dienst getreden bij LTO Noord Verzekeringen en compagnon geworden van het assurantiekantoor van [A] in Alphen aan den Rijn, welk bedrijf thans heet: [B].

1.4 In november 2006 is LTO Noord Verzekeringen gebeld door een van haar cliënten, [betrokkene 1], die vertelde dat zij op 3 november 2006 een wervingsbrief van [eiser] had ontvangen voor een nieuw spaarproduct. Uit telefonische navraag bij verschillende andere cliënten bleek LTO Noord Verzekeringen dat [eiser] ook hen had benaderd. Nadat één van deze cliënten [eiser] op de hoogte had gesteld van voormelde navraag die LTO Noord Verzekeringen had gedaan, heeft [eiser] op 23 november 2006 een e-mail naar LTO Noord Verzekeringen gestuurd met de volgende inhoud:

“Drie weken geleden hebben wij onder relaties van [B] een kleine mailing gedaan van het spaarproduct SNS VariVast. Inmiddels is mij duidelijk geworden dat er een aantal adressen zijn aangeschreven die afkomstig zijn uit een oud LTO Noord Verzekeringen adressenbestand. Bij het overzetten van adresbestanden van [B], van een thuis-pc naar een externe lokatie van waaruit de mailing is verzonden, is er abusievelijk een oud LTO-bestand van circa 20 adressen meegestuurd. Excuses daarvoor. Ik heb het betreffende bestand van de LTO inmiddels uit de thuis-pc verwijderd zodat deze fout zich niet kan herhalen. Omdat ik weet hoe gevoelig dergelijke zaken liggen benadruk ik nogmaals dat hier beslist geen sprake is van een bewuste actie onder oud-clieñten van ondergetekende. Daar u mogelijk door aangeschreven relaties wordt aangesproken vind ik het niet meer dan gepast om u van bovengenoemd feit op de hoogte te stellen. Overigens kan ik u mededelen dat de inschrijftermijn van SNS VariVast inmiddels is verstreken en dat er vanuit het relatiebestand van LTO Noord Verzekeringen geen inschrijvingen zijn binnengekomen.”

1.5 LTO Noord Verzekeringen heeft daarop bij e-mail van 24 november 2006 als volgt gereageerd:

“Gezien uw toelichting op uw mailingactie verzoek ik u mij per omgaande een opgave

te verstrekken van de volledige NAW gegevens van de door U aan aangeschreven cliënten van LTO Noord Verzekeringen.

Ook vragen wij per direct uw bevestiging dat alle bestanden, onverschillig op elke gegevensdrager en op welke locatie, waarin LTO Noord Verzekeringen cliënten voorkomen zijn verwijderd/vernietigd. (...)”

1.6 [Eiser] heeft niet voldaan aan het verzoek om de NAW-gegevens van de door [eiser] aangeschreven cliënten op te geven.

1.7 Bij inleidende dagvaarding van 2 mei 2007 heeft LTO Noord Verzekeringen [eiser] gedagvaard voor de rechtbank 's-Gravenhage, sector kanton, locatie Alphen aan den Rijn, en heeft, na vermindering van eis, voor zover thans van belang, primair gevorderd dat [eiser] wordt veroordeeld:

- 1) tot betaling van € 122.520,60 ter zake van verbeurde boete;
- 2) tot onthouding van het onderhouden van commerciële relaties met en het benaderen van cliënten en relaties van LTO Noord Verzekeringen, op straffe van een boete van € 2268,90 per overtreding;
- 3) om binnen twee dagen na de betekening van het te wijzen vonnis de klantenbestanden van LTO Noord Verzekeringen die nog bij [eiser] in bezit zijn te vernietigen, zulks op straffe van een dwangsom van € 10.000,=.

LTO Noord Verzekeringen heeft subsidiair een verklaring voor recht gevorderd dat [eiser] schadelijkt is jegens eiseres LTO Noord Verzekeringen uit onrechtmatige daad en gevorderd dat [eiser] wordt veroordeeld tot betaling van schadevergoeding aan LTO Noord Verzekeringen, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet.

Aan deze vorderingen heeft LTO Noord Verzekeringen ten grondslag gelegd dat [eiser] na zijn vertrek op 1 augustus 2005, tenminste 55 (later verminderd tot 54) cliënten van LTO Noord Verzekeringen commercieel heeft benaderd en daarmee even zoveel keren inbreuk heeft gemaakt op het concurrentiebeding.

1.8 Bij conclusie van antwoord tevens eis in reconventie heeft [eiser] in conventie gemotiveerd verweer gevoerd en in reconventie – samengevat – gevorderd (i) primair een verklaring voor recht dat in de verhouding tussen partijen geen concurrentiebeding geldt; (ii) subsidiair gehele of gedeeltelijke vernietiging van het

concurrentiebeding; (iii) meer subsidiair dat het concurrentiebeding wordt gematigd en (iv) uiterst subsidiair dat LTO Noord Verzekeringen wordt veroordeeld een vergoeding te betalen voor de duur van het concurrentiebeding alsmede (v) tot voldoening van een bedrag van € 24.767,44 (te weten een bonus van € 22.533,98 met rente en kosten).

1.9 Na verdere conclusiewisseling heeft de kantonrechter bij tussenvonnis van 11 december 2007 een comparitie gelast, die op 7 februari 2008 heeft plaatsgevonden.

Vervolgens heeft de kantonrechter bij eindvonnis van 4 maart 2008 [eiser] in conventie veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 22.844,02 aan LTO Noord Verzekeringen, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 december 2006 en in reconventie de vorderingen afgewezen.

1.10 [Eiser] is, onder aanvoering van zeven grieven, van dit vonnis in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof te 's-Gravenhage en heeft daarbij gevorderd dat het hof het tussen partijen gewezen vonnis vernietigt en, opnieuw rechtdoende, bij arrest, (a) de primaire en subsidiaire vordering van LTO Noord Verzekeringen afwijst; (b) LTO Noord Verzekeringen veroordeelt om binnen 7 dagen na betekening van het te wijzen arrest aan [eiser] een bedrag van € 24.767,44 aan bonus te voldoen en (c) LTO Noord Verzekeringen veroordeelt om aan [eiser] een bedrag van € 833,= aan buitengerechtelijke kosten te betalen.

1.11 LTO Noord Verzekeringen heeft bij memorie van antwoord, tevens houdende memorie van grieven in incidenteel appel, de grieven bestreden en in incidenteel appel, onder aanvoering van één grief gevorderd dat het hof het vonnis van de kantonrechter vernietigt en, opnieuw rechtdoende, primair [eiser] veroordeelt:

1) tot betaling van € 122.520,60 ter zake van verbeurde boete;

2) om binnen twee dagen na betekening van het te wijzen arrest de relatiebestanden van LTO Noord Verzekeringen die nog bij [eiser] in bezit zijn, te vernietigen op straffe van dwangsom van € 500,= per dag;

3) om binnen twee dagen na betekening van het te wijzen arrest de lijst met namen van de 20 door [eiser] in of omstreeks 3 november 2006 aangeschreven adressen uit het LTO bestand aan LTO Noord Verzekeringen te doen toekomen zulks op straffe van een dwangsom van € 10.000,= en subsidiair voor recht verklaart dat [eiser] schadeplichtig is jegens LTO Noord Verzekeringen uit onrechtmatige daad en [eiser] te veroordelen tot betaling aan LTO Noord Verzekeringen van schadevergoeding, op

te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet.

1.12 [Eiser] heeft bij memorie van antwoord in incidenteel appel de incidentele grief bestreden.

1.13 Partijen hebben hun zaak op 15 januari 2010 doen bepleiten.

Vervolgens heeft het hof de zaak bij tussenarrest van 18 mei 2010, onder aanhouding van iedere verdere beslissing, naar de rol verwezen voor akte aan de zijde van [eiser], voorts [eiser] bewijs opgedragen en tot slot een comparitie van partijen gelast. Deze comparitie is gehouden op 12 oktober 2010 en voortgezet op 22 december 2010.

1.14 Het hof heeft bij eindarrest van 27 september 2011 – voor zover thans van belang – in principaal appel en incidenteel appel het vonnis van de kantonrechter vernietigd voor zover tussen partijen in conventie gewezen en in zoverre opnieuw rechtdoende [eiser] veroordeeld tot betaling aan LTO Noord Verzekeringen van een bedrag van € 42.466,02 en het meer of anders gevorderde afgewezen.

1.15 [Eiser] heeft tegen de arresten van 18 mei 2010 en 27 september 2011 tijdig<sup>1</sup> beroep in cassatie ingesteld.

Tegen LTO Noord Verzekeringen is verstek verleend.

[Eiser] heeft de zaak schriftelijk toegelicht.

## **2. Bespreking van het cassatieberoep**

2.1 Het cassatieberoep bevat vier onderdelen.

Onderdeel 1 is gericht tegen rechtsoverweging 5.3 van het arrest van 18 mei 2010, waarin het hof – voor zover thans van belang – als volgt heeft geoordeeld (voor de leesbaarheid citeer ik ook rechtsoverweging 5.2):

“5.2 Het hof stelt vast dat [eiser] bij MvA in incidenteel appel onder randnummer 5. voor het eerst heeft gesteld dat hij op 1 juli 1996 niet in dienst is getreden van WLTO/Holag Assurantie BV maar bij de (vereniging) Westelijke Land- en Tuinbouworganisatie. Anders dan door mr. Jaab ten pleidooie verdedigd, is (...) die stelling van [eiser] te beschouwen als nieuwe grief. Hetzelfde geldt voor de in het verlengde hiervan bij MvA in incidenteel appel (randnummers 8, 9, en 27) eveneens

voor het eerst opgeworpen stelling dat er nimmer rechtsgeldig een concurrentiebeding tussen partijen is overeengekomen en aan LTO Noord Verzekeringen (dus) geen beroep op het concurrentiebeding toekomt. Zijdens [eiser] zijn deze stellingen ten pleidooie (subsidiar) gemotiveerd betwist, onder meer onder verwijzing naar prod. 2 bij dagvaarding in eerste aanleg.

5.3 LTO Noord Verzekeringen heeft niet ingestemd met uitbreiding van het partijdebat tot (één of meer van deze) nieuwe grieven zoals volgt uit de mededelingen van mr. Zeilmaker-Smit ter zitting. Het hof is niet gebleken dat er sprake is van omstandigheden die blijkens het hiervoor geciteerde arrest een inbreuk op de in beginsel strakke regel rechtvaardigen, m.n. valt zonder toelichting van [eiser], die ontbreekt, niet in te zien dat [eiser] het onder 5.2. vermelde niet eerder had kunnen aanvoeren. Het hof zal daarom op bedoelde nieuwe grieven geen acht slaan. Het hof zal om dezelfde reden evenmin acht slaan op de eveneens als nieuwe grief te beschouwen stelling, voor het eerst bij MvA incidenteel appel onder randnummer 13 e.v. aangevoerd, dat [betrokkene 1] niet bevoegd was om voor LTO Noord Verzekeringen op te treden – wat daarvan overigens ook zij. Ten tweede heeft [eiser] deze stelling ter zitting kennelijk laten varen.”

2.2 Het onderdeel klaagt in de eerste plaats dat het hof met zijn oordeel dat het geen acht zal slaan op de stelling van [eiser] dat er geen rechtsgeldig concurrentiebeding is overeengekomen met de werkgever, heeft miskend dat het [eiser] in het licht van art. 348 Rv. vrijstond om bij memorie van antwoord in het incidenteel appel nieuwe verweren aan te voeren, zodat het hof ten onrechte bij de behandeling van het incidentele appel zijdens LTO Noord Verzekeringen daarop geen acht heeft geslagen.

2.3 De klacht mist feitelijke grondslag.

In cassatie staat vast<sup>2</sup> dat het hiervoor genoemde verweer door [eiser] voor het eerst in de memorie van antwoord in incidenteel appel naar voren is gebracht. Het hof heeft niet geoordeeld dat [eiser] in zijn memorie van antwoord in het incidenteel appel geen nieuwe verweren mocht aanvoeren, maar heeft – feitelijk – geoordeeld dat hetgeen [eiser] heeft aangevoerd, een nieuwe grief behelst en daarom in het principale hoger beroep niet meer aan de orde kan komen, nu LTO Noord Verzekeringen niet met uitbreiding van het partijdebat heeft ingestemd of anderszins bijzondere omstandigheden zijn gebleken die een inbreuk rechtvaardigen op de regel dat grieven in de eerste conclusie in hoger beroep dienen te worden aangevoerd<sup>3</sup>. Dit oordeel is juist<sup>4</sup>.

2.4 Volgens de tweede klacht van het onderdeel is het oordeel dat bedoeld verweer een nieuwe grief is, onbegrijpelijk gemotiveerd omdat (i) niet valt in te zien waarom die stellingen niet als nieuw verweer in het incidenteel appel moesten worden aangemerkt en (ii) het hof in rechtsoverweging 2 van zijn tussenarrest heeft vastgesteld dat mr. Jaab ter zitting desgevraagd heeft meegedeeld dat de “feiten en omstandigheden” als verwoord in de memorie van antwoord in incidenteel appel onder 4 t/m 23 – waaronder de door het hof in rov. 5.2 bedoelde stellingen onder randnummers 5, 8 en 9 van die memorie – niet zijn bedoeld als nieuwe grieven.

## 2.5 De klacht faalt.

Met betrekking tot de omvang van het geschil in het principale appel heeft het hof in rechtsoverweging 6.1 van zijn tussenarrest – in cassatie niet bestreden – vooropgesteld dat [eiser] in hoger beroep zijn vorderingen heeft gewijzigd en dat van zijn oorspronkelijke reconventionele vorderingen slechts de vordering tot betaling van € 24.767,44 aan bonus resteert. Vervolgens heeft het hof – wederom onbestreden – de vijf grieven in het principale appel in de rechtsoverwegingen 6.2.1, 6.3.1, 6.4.1, 6.5.1 en 6.6.1 weergegeven. Daaruit blijkt dat [eiser] grieven heeft aangevoerd tegen de oordelen van de kantonrechter over de (wijze van) overtreding van het concurrentiebeding. Aan deze oordelen ligt het oordeel ten grondslag dat er een rechtsgeldig concurrentiebeding is, hetgeen correspondeert met het afwijzen door de kantonrechter van de door [eiser] in reconventie ingestelde vordering tot de verklaring voor recht dat tussen partijen geen concurrentiebeding geldt.

2.6 In het oordeel van het hof dat het eerst bij memorie van antwoord in incidenteel appel aangevoerde verweer dat er nimmer rechtsgeldig een concurrentiebeding tussen partijen is overeengekomen en aan LTO Noord Verzekeringen (dus) geen beroep op het concurrentiebeding toekomt, ligt het oordeel besloten dat met deze stelling een wijziging van het dictum van het vonnis in eerste aanleg en derhalve een uitbreiding van het principale appel wordt beoogd.

Dit oordeel is niet onvoldoende of onbegrijpelijk gemotiveerd<sup>5</sup>. Ook het in rechtsoverweging 2 vermelde maakt het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk. Het feit dat mr. Jaab bepaalde feiten en omstandigheden niet als grieven heeft bedoeld, laat onverlet dat het hof oordeelt dat deze wel nieuwe grieven zijn.

2.7 Onderdeel 1 kan derhalve niet tot cassatie leiden.

2.8 Onderdeel 2 is gericht tegen rechtsoverweging 6.8.3 van het tussenarrest, waarin het hof als volgt heeft geoordeeld:

“In aansluiting op hetgeen in rov. 5.1 t/m 5.3 en 6.1 is overwogen neemt het hof met betrekking tot de omvang van het debat in hoger beroep in aanmerking dat [eiser] in principaal appel niet heeft gegriefd tegen de beslissing van de kantonrechter tot matiging van de boete naar een bedrag niet lager dan € 45.378,00. Voorzover [eiser] tegen dat dictum bezwaren had, had daartegen (tijdig) een grief dienen te worden gericht, hetgeen [eiser] heeft nagelaten. Aan die verweren van [eiser] die, bij gegrondbevinding van de grief van LTO Noord Verzekeringen, gelet op de devolutieve werking van het appel alsnog behandeld zouden behoren te worden en welke ertoe strekken dat het beding als geheel vervallen dient te worden beschouwd of opnieuw had moeten worden overeengekomen (MvA in incidenteel appel sub 28 en 29) kan niet worden toegekomen gelet op het verbod van ‘reformatio in peius’ oftewel het verbod van ‘verslechtering’ voor de (incidenteel) appellant. Het beroep van [eiser] op matiging door de kantonrechter in conventie overigens gehonoreerd zijnde, houdt het hof de verdere beslissing op deze grief aan totdat na instructie duidelijkheid is verkregen over de bewijslevering door [eiser] als bedoeld in rov. 6.4.3.”

2.9 Het onderdeel klaagt in de eerste plaats dat het hof heeft miskend dat het aan [eiser] in het licht van het in art. 348 Rv. bepaalde vrijstond om zijn verweer in het incidentele appel aan te vullen met het verweer dat het concurrentiebeding niet is bevestigd bij de omzetting van het contract voor bepaalde tijd in een contract voor onbepaalde tijd en het hof dit verweer ten onrechte buiten behandeling heeft gelaten bij zijn beoordeling van het incidentele appel.

Het hof heeft, aldus het onderdeel, voorts miskend dat het reeds in eerste aanleg door [eiser] naar voren gebrachte en bij memorie van antwoord in het incidentele appel herhaalde verweer dat het concurrentiebeding opnieuw had moeten worden overeengekomen omdat sprake was van functiewijziging dan wel wijziging van functie-inhoud, gelet op de devolutieve werking van het appel, opnieuw beoordeeld diende te worden.

2.10 De klachten falen deels op dezelfde gronden als hiervoor vermeld. De beoordeling of sprake is van een nieuwe grief betreft een uitleg van de gedingstukken die aan de feitenrechter is voorbehouden, waarover in cassatie slechts in beperkte mate kan worden geklaagd.

Het verweer dat het concurrentiebeding niet is bevestigd bij de omzetting van het contract voor bepaalde tijd in een contract voor onbepaalde tijd, komt neer op een herhaling van het verweer dat geen rechtsgeldig concurrentiebeding is overeengekomen en vormt dus evenzeer een uitbreiding van het principale appel met een grief waarmee wordt getracht een wijziging van het dictum van het vonnis van de



kantonrechter te bewerkstelligen.

2.11 Met betrekking tot (de omvang van) het incidentele appel heeft het hof in de bestreden rechtsoverweging onderkend dat genoemde verweren als gevolg van de (positieve zijde van de) devolutieve werking<sup>6</sup> aan bod zouden behoren te komen, ware het niet dat het verbod van 'reformatio in peius' hieraan in de weg staat. In zoverre missen de klachten feitelijke grondslag.

2.12 Onderdeel 2 bevat voorts de klacht dat het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting doordat het heeft miskend dat het door hem aangehaalde verbod van 'reformatio in peius' zich niet verzet tegen behandeling van de hiervoor vermelde verweren. Bij gegrondbevinding van (één van) deze beide verweren zou, aldus de klacht, hoogstens de door LTO Noord Verzekeringen aangevoerde incidentele grief I worden verworpen, waarmee partijen terugvallen op het in eerste aanleg bereikte resultaat, te weten de beslissing van de kantonrechter om de boetes te matigen tot een bedrag van € 45.378,=. Het verbod van 'reformatio in peius' verzet zich er volgens het onderdeel niet tegen om die (nieuwe) verweren wel te behandelen ter beantwoording van de in het incidentele appel opgeworpen vraag of LTO Noord Verzekeringen op méér aanspraak heeft dan aan haar in eerste aanleg was toegewezen.

2.13 Kern van het oordeel van het hof is dat de verweren van [eiser] die bij gegrondbevinding van de grief van LTO Noord Verzekeringen alsnog behandeld zouden moeten worden, ertoe strekken dat het beding als geheel vervallen dient te worden beschouwd of opnieuw had moeten worden overeengekomen, en, zo voeg ik toe: dus geen gelding meer had.

Nu [eiser] in het principaal appel niet is opgekomen tegen de matiging van de boete tot een bedrag van € 45.378,=, vormt dit bedrag de minimale toewijzing in hoger beroep en kunnen de verweren dat er geen geldig concurrentiebeding (meer) is op grond van het beginsel van 'reformatio in peius' nooit gegrond worden verklaard omdat dat zou leiden tot vermindering van het door de kantonrechter toegewezen boetebedrag<sup>7</sup>.

Het oordeel van het hof geeft mitsdien niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

2.14 Ook onderdeel 2 faalt mitsdien.

2.15 De onderdelen 3 en 4 bouwen uitsluitend voort op de onderdelen 1 en 2 en behoeven derhalve geen bespreking meer.

2.16 Nu alle klachten falen, dient het cassatieberoep te worden verworpen.

### 3. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping.

#### Noot

De grenzen van het appel worden bepaald door de devolutieve werking en het grievenstelsel. Ingevolge de devolutieve werking wordt het geschil 'in volle omvang' aan de appelrechter voorgelegd. De appelrechter is echter op grond van het grievenstelsel gebonden aan de grenzen van de rechtsstrijd, zoals die worden bepaald door behoorlijk in het geding naar voren gebrachte grieven (HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 549 en HR 30 januari 2009, *NJ* 2009, 81). Als grieven dienen te worden aangemerkt alle gronden die de appellandant aanvoert ten betoge dat de bestreden uitspraak behoort te worden vernietigd (HR 3 februari 2006, *NJ* 2006, 120). Deze door de Hoge Raad aanvaarde ruime uitleg van het begrip grief hangt samen met de in art. 347 lid 1 Rv besloten twee-conclusie-regel. De bepaling dat in hoger beroep alleen een conclusie van eis en een conclusie van antwoord worden genomen. De twee-conclusie-regel 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 (HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21 en HR 19 juni 2009, *NJ* 2010, 154). In hoger beroep geldt bovendien het verbod van 'reformatio in peius' oftewel het verbod van 'verslechtering' voor de (incidenteel) appellandant. Dit verbod hangt nauw samen met de devolutieve werking en het grievenstelsel. Ingevolge het verbod van reformatio in peius kan de appellandant niet meer krijgen dan hij in appel gevorderd heeft en evenmin minder dan hem in eerste aanleg is toegewezen (behoudens uiteraard respectievelijk wijzigingen van eis in appel en incidenteel appel) (HR 11 november 1983, *NJ* 1984, 298 en HR 1 juli 1988, *NJ* 1989, 156). Indien sprake is van zowel een principaal als een incidenteel appel wordt de toepassing van de devolutieve werking, het grievenstelsel en het verbod van reformatio in peius (nog) lastiger. Dit blijkt ook uit het onderhavige arrest. Zowel hof als A-G geven volgens de Hoge Raad een verkeerde toepassing van zowel het grievenstelsel als het verbod van reformatio in peius. Wat was er aan de hand?

Op grond van overtreding van een concurrentiebeding heeft de kantonrechter [eiser] bij eindvonnis veroordeeld tot betaling van een verbeurde boete. In de omstandigheden van het geval heeft de kantonrechter echter grond voor matiging van

de verbeurde boete gezien tot een bedrag van € 45.378,=. Dit bedrag heeft de kantonrechter bovendien verminderd met een aanspraak van [eiser] op een bonus ten belope van € 22.533,98. [Eiser] heeft principaal beroep ingesteld. Hij vordert dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen, in conventie de vorderingen alsnog zal afwijzen, en in reconventie LTO Noord Verzekeringen zal veroordelen hem een bedrag van € 24.767,44 aan bonus te voldoen. LTO Noord Verzekeringen heeft incidenteel beroep ingesteld. Dit beroep is gericht tegen de door de kantonrechter toegepaste matiging van de door [eiser] verschuldigde boete en strekt ertoe dat [eiser] zal worden veroordeeld een bedrag van € 122.520,60 aan boete te voldoen. In het principaal appel voert [eiser] met name aan dat hij het concurrentiebeding niet heeft overtreden. Pas (in de memorie van antwoord) in het incidenteel appel voert [eiser] bij wijze van verweer ook aan (i) dat hij niet in dienst is getreden van LTO Noord Verzekeringen, maar van een andere vennootschap, zodat LTO Noord Verzekeringen geen beroep op het concurrentiebeding toekomt (ii) dat zijn arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, zonder dat het concurrentiebeding opnieuw is overeengekomen en (iii) dat de arbeidsverhouding mettertijd zo ingrijpend is gewijzigd, dat het concurrentiebeding aanmerkelijk zwaarder op hem is gaan drukken, zodat het zijn geldigheid heeft verloren (zie r.o. 3.2.5). De verweren sub (i) en (ii) zijn nieuwe verweren. Het verweer sub (iii) betreft een verdere uitwerking van een reeds in eerste aanleg aangevoerd verweer. Het hof beschouwt de verweren sub (i) en (ii) echter als nieuwe (principale) grieven en slaat (op grond van de twee-conclusie-regel) geen acht op de verweren, omdat ze niet reeds bij memorie van grieven in het principaal appel naar voren zijn gebracht. Het hof stelt bovendien vast dat [eiser] in het principaal appel niet heeft gegriefd tegen de beslissing van de kantonrechter tot matiging van de boete naar een bedrag niet lager dan € 45.378,=. (Ook) gelet op het verbod van reformatio in peius kunnen de verweren sub (ii) en (iii) daarom volgens het hof niet worden behandeld, omdat ze volgens het hof bij toewijzing zouden leiden tot verlaging van hetgeen in eerste aanleg is toegewezen (zie r.o. 3.2.6). Het hof vernietigt vervolgens zowel in het principale als in het incidentele beroep het vonnis van de kantonrechter en veroordeelt [eiser] tot betaling aan LTO Noord Verzekeringen van een bedrag van € 42.466,02.

In cassatie klaagt [eiser] (kort gezegd) over het feit dat het hof de verweren sub (i), (ii) en (iii) niet heeft behandeld. De A-G concludeert dat het hof met juistheid de verweren buiten beschouwing heeft kunnen laten (zie de conclusie van A-G Wesseling-van Gent). De Hoge Raad echter vernietigt het arrest van het hof. De Hoge Raad wijst er allereerst op dat het incidentele beroep processueel in beginsel een zelfstandige positie inneemt ten opzichte van het principale beroep (vgl. HR 18

februari 1994, LJN ZC1274, NJ 1994, 606). De Hoge Raad is vervolgens van mening dat de verweren sub (i) en (ii) niet zijn te beschouwen als nieuwe (principale) grieven, maar slechts als (incidentele) verweren tegen het incidentele beroep, die er uitsluitend toe strekken te voorkomen dat LTO Noord Verzekeringen een verhoging van het haar in feitelijke instantie toegewezen bedrag zal verkrijgen. Op grond van art. 348 Rv staat het [eiser] vrij deze nieuwe verweren op te werpen. Indien het hof toepassing heeft willen geven aan de arresten Hoge Raad 20 juni 2008, NJ 2009, 21 en Hoge Raad 19 juni 2009, NJ 2010, 154 (de arresten waarin de twee-conclusieregel wordt bevestigd) heeft het miskend dat het eerste processtuk dat [eiser] in het incidentele beroep mocht nemen, zijn memorie van antwoord in het incidentele beroep was, aldus nog steeds de Hoge Raad. Ook de beslissing van het hof om geen acht te slaan op de verweren sub (ii) en (iii) op grond van het verbod van reformatio in peius kan volgens de Hoge Raad niet door de beugel. Volgens de Hoge Raad heeft het hof evenzeer miskend dat (ook) deze verweren uitsluitend in het incidentele beroep zijn aangevoerd. Met die verweren werd dan ook volgens de Hoge Raad geen bezwaar gemaakt tegen het dictum van het bestreden vonnis, maar slechts tegen de in het incidenteel appel gevorderde verhoging van de verschuldigde boete. Anders dan het hof heeft geoordeeld, zou gegrondbevinding van deze verweren er volgens de Hoge Raad dus niet toe (kunnen) leiden dat het bedrag van de verschuldigde boete zou worden verlaagd. Van reformatio in peius kan dus geen sprake zijn, aldus nog steeds de Hoge Raad onder verwijzing naar Hoge Raad 1 juli 1988, NJ 1989, 156.

De Hoge Raad geeft in het onderhavige arrest een heldere uiteenzetting over de uitwerking van het grievenstelsel en het verbod van reformatio in peius in gevallen waarin sprake is van zowel een principaal als een incidenteel beroep. Garanties dat het de volgende keer goed zal gaan, zijn echter niet te geven. Daarvoor is de materie te complex. Na verwijzing is het nu eerst aan het Hof Amsterdam om een nadere poging te wagen.

M.C. van Rijswijk, Griph law & tax

## Voetnoten

### 1

De cassatiedagvaarding is op 27 december 2011 uitgebracht.

### 2

Zie o.m. ook de cassatiedagvaarding, p. 5, 6 en 10.

### **3**

Zie daarover o.m. HR 20 juni 2008, **LJN BC4959** (NJ 2009/21, m.nt. HJS), waarover B.T.M. van der Wiel, De in beginsel strakke regel, TCR 2012/3, p. 71 e.v.; HR 19 juni 2009, **LJN BI8771** (NJ 2010/154); HR 9 december 2011, **LJN BR2045** (RvdW 2012/1543); Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2009, nrs. 104 e.v.; Ras/Hammerstein, De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken 2011, nrs. 28-30.

### **4**

Vgl. HR 1 juli 1988, **LJN AB7694** (NJ 1989/156, m.nt. W.H. Heemskerk).

### **5**

Zie noot 5.

### **6**

Zie o.m. Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2009, nrs. 125 en 130 t/m 143; Snijders/Wendels, Civiel appel 2009, nr. 216.

### **7**

Vgl. HR 1 juli 1988, **LJN AB7694** (NJ 1989/156) rov. 3.3; zie ook Ras/Hammerstein, De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken 2011, nr. 86, voetnoot 6.

---