

ECLI:NL:GHAMS:2010:BN9767

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	28-09-2010
Datum publicatie	11-10-2010
Zaaknummer	200.048.501
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ9942, Meerdere afhandelingswijzen
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Aanspraak op ontslagvergoeding; gerechtvaardigd vertrouwen; eenzijdige wijziging van afspraken over ontslagvergoeding en bonus.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AR-Updates.nl 2010-0808 VAAN-AR-Updates.nl 2010-0808

Uitspraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM

Nevenzittingsplaats Arnhem

Sector civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.048.501

(zaaknummer rechtbank 640839)

arrest van de vijfde civiele kamer van 28 september 2010

inzake

de naamloze vennootschap RBS N.V., als rechtopvolgster van de naamloze vennootschap ABN AMRO BANK N.V.,

gevestigd te Amsterdam,

appellante in het principaal hoger beroep,

geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep,

advocaat: mr. J.M. van Slooten,

tegen:

[X],

wonende te [woonplaats],

geïntimeerde in het principaal hoger beroep,

appellant in het incidenteel hoger beroep,

advocaat: mr. A.J. van Wulfften Palthe-Scholten.

1. Het geding in eerste aanleg

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van het vonnis van 9 oktober 2009 dat de kantonrechters (rechtbank Utrecht, sector kanton, locatie Utrecht) op de voet van artikel 96 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna ook: Rv.) tussen principaal appellante (hierna ook te noemen: ABN AMRO) als verzoekster en principaal geïntimeerde (hierna ook te noemen: [X]) als verweerder heeft gewezen; van dat vonnis is een fotokopie aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in hoger beroep

2.1 ABN AMRO heeft bij exploit van 5 november 2009 [X] aangezegd van dat vonnis van 9 oktober 2009 in hoger beroep te komen, met dagvaarding van [X] voor dit hof. Daarbij heeft ABN AMRO zes grieven tegen het bestreden vonnis aangevoerd en toegelicht en heeft zij bewijs aangeboden. Zij heeft gevorderd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en, opnieuw recht doende, bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard arrest zal oordelen conform de conclusie van het verzoekschrift namens ABN AMRO d.d. 19 juni 2009, kosten rechtens.

2.2 Bij memorie van antwoord heeft [X] de grieven bestreden en heeft hij bewijs aangeboden. Bij dezelfde memorie heeft [X] voorwaardelijk incidenteel hoger beroep ingesteld tegen het vonnis en heeft hij daartegen vier grieven aangevoerd en toegelicht. Hij heeft zowel in het principaal als het incidenteel hoger beroep geconcludeerd dat het hof ABN AMRO in het principaal hoger beroep niet ontvankelijk zal verklaren, althans haar grieven ongegrond zal oordelen, [X] in het incidenteel hoger beroep ontvankelijk zal verklaren en zijn grieven gegrond zal verklaren en zodoende, waar nodig onder aanvulling of verbetering van gronden, het eindvonnis van de rechtbank (bedoeld zal zijn:) Utrecht, sector kanton van 9 oktober 2009 onder rolnummer 640839 zal bekrachtigen, althans de vorderingen van ABN AMRO zal afwijzen, met veroordeling van ABN AMRO in de kosten van deze procedure, zowel in eerste aanleg als met betrekking tot het principaal en het incidenteel hoger beroep.

2.3 Bij memorie van antwoord in het incidenteel hoger beroep heeft ABN AMRO verweer gevoerd en geconcludeerd dat het hof de grieven in het incidenteel hoger beroep zal verwerpen.

2.4 Ter zitting van 22 juni 2010 hebben partijen de zaak doen bepleiten, ABN AMRO door mrs. J.M. van Slooten en D.F. Berkhout, beiden advocaat te Amsterdam en [X] door mr. A.J. van Wulfften Palthe-Scholten, advocaat te Amsterdam, beiden hebben daarbij pleitnotities in het geding gebracht.

Mr. Berkhout voornoemd heeft voorafgaand aan de zitting aan mr. Van Wulfften Palthe-Scholte en het hof bij brief van 15 juni 2010 de producties A tot en met G en bij brief van 17 juni 2010 productie H gezonden. Het hof heeft, met partijen, geconstateerd dat deze producties kort en eenvoudig te doorgronden zijn. Het hof heeft daarop ABN AMRO akte verleend van het in het geding brengen van die producties.

Mr. Van Wulfften Palthe-Scholten voornoemd heeft voorafgaand aan de zitting aan mrs. Van Slooten en Berkhout en het hof de producties 1 tot en met 10 gezonden.

Het hof heeft, met partijen, geconstateerd dat deze producties kort en eenvoudig te doorgronden zijn. Het hof heeft daarop aan [X] akte verleend van het in het geding brengen van die producties.

2.5 Vervolgens hebben partijen de stukken voor het wijzen van arrest aan het hof overgelegd en heeft het hof arrest bepaald.

3. De vaststaande feiten

Tussen partijen staan in hoger beroep als enerzijds gesteld en anderzijds erkend dan wel niet of onvoldoende weersproken en op grond van de in zoverre niet bestreden inhoud van overgelegde producties dan wel als door de kantonrechters vastgesteld en in hoger beroep niet bestreden, de

navolgende feiten vast.

3.1 [X], geboren op [geboortedatum], is van 1 april 1982 tot 1 juli 2009, laatstelijk in de functie van [functie] van de Business Unit Nederland tegen een bruto jaarloon van 209.000,= exclusief emolumenten, in dienst geweest van (de rechtvoorgangsters van) ABN AMRO. [X] heeft aldus deel uitgemaakt van de zogenoemde [naam] ([afkorting]) en behoorde tot de [naam] ([afkorting]) van de bank. Samen met de Raad van Bestuur en de [naam] ([afkorting]) vormden de [afkorting]s het senior-management van de bank.

3.2. Op de arbeidsovereenkomst tussen partijen zijn de 'Compensation & Benefits Regulations for Corporate Executive Vice Presidents of ABN AMRO Bank N.V.', verder de C&B Regulations te noemen, van toepassing. De CAO waaraan ABN AMRO jegens andere werknemers is gebonden, is op de arbeidsovereenkomst niet van toepassing. Artikel 5 van de C&B Regulations houdt in, voor zover hier van belang, dat ABN AMRO zich verplicht om jaarlijks, in de maand maart van het volgende jaar, een bonus te betalen die gerelateerd is aan het functioneren van de manager (in de regeling Director genoemd) en de behaalde bedrijfsresultaten.

Over de mogelijkheid van (eenzijdige) wijziging van de C&B Regulations bepaalt de regeling:

"The C&B Regulations have been adopted by the Managing Board and may be amended by the Managing Board. Affected individuals will be notified in writing of any amendments."

Haar beleid ten aanzien van ontslagvergoedingen heeft ABN AMRO niet in de C&B Regulations opgenomen

3.3 ABN AMRO heeft aan [X] bruto bonussen toegekend, die over 2006 351.698,--, over 2007 642.600,-- en over 2008 460.000,-- hebben bedragen.

3.4 In oktober 2007 heeft een consortium van The Royal Bank of Scotland Group Plc ('RBS'), Fortis N.V./Fortis SA/N.V. ('Fortis') en Banco Santander Central Hispano S.A. ('Santander') via RFS Holding B.V. de aandelen in ABN AMRO Holding N.V. verworven. De Minister van Financiën heeft tevoren een verklaring van geen bezwaar in de zin van de Wet op het financieel toezicht afgegeven voor het verwerven van gekwalificeerde deelnemingen in ABN AMRO, met het oog op de stabiliteit van de financiële sector evenwel onder meer onder het voorschrift dat een 'robuust transitieplan wordt opgesteld' waardoor de 'continuïteit in de bezetting van sleutelposities en het behoud van voldoende kennis van de organisatie van ABN AMRO-groep op alle niveaus gedurende de transitiefase (wordt) gewaarborgd.'

3.5 Aan de werknemers van ABN AMRO is te kennen gegeven dat de overname van de bank door het consortium geen nadelige invloed zal hebben op hun arbeidsvoorwaarden. Ook heeft de bank meermalen, zowel mondeling (in de personeelsbijeenkomst van november 2007) als schriftelijk (in de 'People policy and procedures' en de 'HR guiding principles') meegedeeld dat het ontslag(vergoedingen)beleid in elk geval gedurende twee jaren - tot in oktober 2009 - van kracht zal blijven. Het consortium was voornemens te zijner tijd ABN AMRO op te splitsen (te 'ontvlechten') door de onderscheiden bedrijfsonderdelen van de bank onder te brengen bij RBS, Fortis en Santander. In de voorziene transitieperiode zou getracht worden het personeel van ABN AMRO te herplaatsen in andere functies bij deze drie banken.

3.6 [X] heeft van [naam] en [naam] (beiden Fortis) een brief d.d. 21 februari 2008 ontvangen met de volgende tekst:

"Dear mr.[X], dear [voornaam],

Following the acquisition of ABN AMRO at the end of 2007, Fortis is actively preparing the integration of the related ABN AMRO activities.

Fortis desires to achieve this integration with the full commitment and engagement of the key talent operating currently within ABN AMRO.

We foresee that this integration will last between 12 months and 24 months during which you are entitled to receive as retention package, guaranteed bonuses of 297000 for 2008 and 2009 paid before the end of the first quarter of the following year.

(.) If Fortis is not able to offer you a position equivalent to the level of responsibilities you currently exercise, you will not receive the welcome award but the equivalent as a one shot retention award and we hereby guarantee that you will benefit from the appropriate termination agreement applicable to the [afkorting] in ABN AMRO (Kanton rechter formula with 1,4 multiplier)."

3.7 [naam], toenmalig CEO van ABN AMRO, heeft [naam] (die eerder per mail d.d. 29 september 2008 had gevraagd de brieven met Fortishoofd om te zetten in "AA letterhead") op 30 september 2008 gemaald: "I have reviewed the letters and see no reason to change them to ABN AMRO. The letters are from one of our major shareholders and provide their commitment to the various amounts of money described and that commitment remains. I regard the letters as fully binding on ABN AMRO to pay the bonuses when due and to debit the cost to the F share. Thanks."

3.8 In het najaar van 2008 werd Nederland getroffen door een crisis in de financiële sector, de zogenoemde kredietcrisis. De Staat der Nederlanden heeft daarop, ter voorkoming van destabilisatie van Fortis en ABN AMRO, en van het Nederlandse financiële stelsel als geheel, besloten deel te nemen in Fortis en - daarmee - in ABN AMRO. Zoals de Staat der Nederlanden hierdoor (meerderheids)aandeelhouder werd van Fortis en (indirect van) ABN AMRO, zo werd het Verenigd Koninkrijk dat van RBS. Met name door deze overheidsbemoediging kreeg het maatschappelijk debat over de bezoldiging van bestuurders, dat in Nederland al vóór de kredietcrisis werd gevoerd, voor de bancaire wereld een extra dimensie en raakte het in een stroomversnelling, die erin heeft geresulteerd dat de Minister van Financiën, mede onder druk van het parlement en van de maatschappelijke onvrede over met name de hoge bonussen van bankiers, ABN AMRO (en andere banken) ertoe heeft aangezet haar beloningsbeleid en de 'vertrekregelingen' voor bestuurders en (andere) senior-managers te versoberen. De Minister heeft er in dit verband op aangedrongen dat - onder respectering van 'privaatrechtelijke contracten' (brief van 6 oktober 2008 aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 31 371, nr. 21 p. 5, tweede alinea) - de variabele beloning over 2008 'op het laagst mogelijke niveau' wordt vastgesteld en de 'retentieregelingen' worden 'aangepakt' (brief van 23 maart 2009 aan de Tweede Kamer, 31 371, nr. 151 p. 2 en 3). Toekomstige overheidssteun werd door de Minister afhankelijk gesteld van een 'nieuw en duurzaam beloningsbeleid voor het senior management' en van een maximering van de ontslagvergoedingen. De financiële sector heeft zich hiertoe bereid verklaard.

3.9 Op 19 februari 2009 heeft ABN AMRO, op aandringen van de Minister van Financiën en onder druk van de publieke opinie, besloten om haar 'severance policy' met ingang van 1 januari 2009 te wijzigen. Waar het tot dan toe staande praktijk van de bank was om bij beëindiging van arbeidsovereenkomsten met wederzijds goedvinden een beëindigingsvergoeding toe te kennen overeenkomstig de toenmalige (tot 1 januari 2009 gegolden hebbende) Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters voor procedures in de zin van artikel 7:685 BW (verder de kantonrechtersformule te noemen), waarbij de C-factor in beginsel werd gesteld op 1,4 en ter bepaling van de B-factor het gemiddelde van de bonussen over de laatste drie jaren werd meegenomen, werd besloten dat vanaf 1 januari 2009 de beëindigingsvergoedingen zullen worden berekend overeenkomstig de nieuwe (op 1 januari 2009 van kracht geworden) kantonrechtersformule (waarin met name de A-factor neerwaarts was bijgesteld) en dat daarbij in beginsel wordt uitgegaan van een neutrale C-factor (van 1) en - in het geval van [X] - rekening zal worden gehouden met het gemiddelde van de laatste drie jaarbonussen. Bij brief van 27 februari 2009 heeft ABN AMRO de Minister van dit besluit in kennis gesteld, die op zijn beurt bij brief van 23 maart 2009 de Tweede Kamer heeft geïnformeerd.

3.10 Nadat [X] formeel boventallig ('redundant') was geworden, hebben partijen met elkaar gesproken over de voorwaarden waaronder hun arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden zou worden

beëindigd. Zij kwamen overeen dat het dienstverband op 1 juli 2009 eindigt. In het kader van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wil ABN AMRO aan [X] een vergoeding betalen ter grootte van 1.302,351,80. [X] is evenwel van oordeel dat hem een hogere vergoeding toekomt. Partijen verschillen ook van mening over de aan [X] toekomende bonus. ABN AMRO erkent een bonus verschuldigd te zijn van 230.000,-, terwijl [X] aanspraak maakt op het dubbele.

Partijen hebben besloten hun geschil hierover samen aan de kantonrechters voor te leggen en kwamen overeen dat ABN AMRO de door haar aangeboden vergoeding en bonussen binnen 30 dagen na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst aan [X] zou voldoen. ABN AMRO heeft die betaling gedaan.

3.11 Inmiddels heeft de kredietcrisis het bankenconsortium ertoe genoopt af te zien van het aanvankelijke voornemen om de onderscheiden bedrijfsonderdelen van ABN AMRO te doen opgaan in RBS en Fortis. De verwachting is dat ABN AMRO als zelfstandige bank zal blijven voortbestaan. In 2008 maakte ABN AMRO enkel door de verkoop van bedrijfsactiviteiten nog een winst na belastingen van 3,6 miljard. In het eerste kwartaal van 2009 bedroeg het verlies na belastingen 886 miljoen. In het tweede kwartaal van dit jaar is het verlies verder opgelopen, tot bijna 2,8 miljard.

4. De standpunten van partijen

Ten behoeve van de leesbaarheid van het arrest geeft het hof de standpunten van partijen, voor zover in hoger beroep nog relevant, in het navolgende weer.

4.1 Partijen hebben aanvankelijk aan de kantonrechters de volgende vragen gesteld (ABN AMRO wordt aangeduid met 'AA'):

a. 'In view of a termination of the employment agreement by mutual consent, at the initiative of AA, the termination date being July 1, 2009, is Mr [X] legally entitled to higher compensation based on contract (including the letter of February 21, 2008) than an amount of EUR 1.302.351,-?

b. Is Mr [X] entitled to more bonus 2009 than offered by AA?

4.2 ABN AMRO stelt zich op het standpunt dat beide vragen ontkennend moeten worden beantwoord en heeft de kantonrechters verzocht te beslissen dat aan [X] geen beëindigingsvergoeding toekomt die uitgaat boven 1.302.351,- bruto en dat [X] over 2009 geen aanspraak heeft op een hogere bonus dan 230.000,-- bruto, met compensatie van de proceskosten.

4.3 [X] heeft betoogd dat beide vragen bevestigend moeten worden beantwoord en heeft verzocht dat de kantonrechters beslissen dat hij op grond van onder meer de retentiebrief van 21 februari 2008 aanspraak heeft op een beëindigingsvergoeding van 1.611.466,54 bruto, door ABN AMRO uiterlijk op 1 augustus 2009 te voldoen op een door [X] te bepalen wijze, alsmede op een restantbonus over 2009 van 230.000,-- bruto, met de wettelijke rente erover te rekenen vanaf 1 juli dan wel 31 juli 2009 tot de voldoening, met veroordeling van ABN AMRO in de proceskosten, met inbegrip van de volledige kosten van rechtsbijstand, en de buitengerechtelijke kosten.

4.4 Ter zitting bij de kantonrechters hebben partijen hun gezamenlijke verzoek aangevuld, in die zin dat ABN AMRO ermee heeft ingestemd dat het geding zich mede uitstrekt tot het door [X] ingediende tegenverzoek. Dit leidt ertoe dat zij de kantonrechters ook hebben gevraagd om te beslissen over de hoogte van de aan [X] toekomende ontslagvergoeding en bonussen, en over de al dan niet verschuldigdheid van wettelijke rente en wettelijke verhoging, alsmede over de buitengerechtelijke incasso- en proceskosten. Ter zitting bij de kantonrechters heeft ABN AMRO toegezegd de uitspraak over deze nevenvorderingen ook tegen zich te zullen laten gelden voor de verweerders in de negen andere procedures, die deze niet hebben ingesteld.

4.5 ABN AMRO legt primair aan haar standpunt ten grondslag dat zij zich door de toezegging in de retentiebrief van 21 februari 2008 jegens [X] niet contractueel heeft verbonden om het toenmalige beleid ten aanzien van de toe te kennen ontslagvergoedingen te handhaven. Het eenzijdige aanbod dat ABN AMRO in de retentiebrief aan [X] heeft gedaan, is door hem niet tijdig, voordat het door de bank werd herroepen, aanvaard. Omdat het louter gaat om beleid en een gedragslijn, en niet om een afdwingbaar recht of een arbeidsvoorwaarde van de betrokken werknemers, stond het ABN AMRO vrij hierin per 1 januari 2009 wijziging te brengen. Nu [X] na die wijziging boventallig is geworden, is op hem de nieuwe 'severance policy' van toepassing. Voor de voldoening van bonussen geldt dat ABN AMRO op grond van het bepaalde in artikel 5.4 van de C&B Regulations een ruime discretionaire bevoegdheid heeft om te bepalen hoe de (pro-rata) bonus over 2009 zal worden uitgekeerd. In de retentiebrief wordt op dit punt aan genoemd artikel 5.4 niet gederogerd.

4.6 Subsidiar beroept ABN AMRO zich, voor haar bevoegdheid om de 'severance policy' te wijzigen (alsmede om een 'deferral beleid' ten aanzien van de bonussen te gaan voeren), op de artikelen 7:611, 7:613, 6:258 en 6:248 lid 2 BW. Sinds november 2007 zijn, voor partijen onvoorzien, de omstandigheden sterk veranderd. ABN AMRO wijst op (de ontwikkeling van) de kredietcrisis en de fundamentele herbezinning op de financiële sector die deze heeft uitgelokt, op het feit dat twee van de drie consortiumbanken (Fortis en RBS) zwaar gehavend zijn en van staatssteun afhankelijk zijn geworden, en op de uit de kredietcrisis voortgevloeide economische recessie die ook de bedrijfsresultaten van ABN AMRO sterk onder druk zet en haar tot kostenreductie noopt. Voorts wijst ABN AMRO op de verscherpte maatschappelijke en politieke kritiek op bonussen van topfunctionarissen en de hoogte van hun ontslagvergoedingen. Gewezen wordt op de inhoud van de brief van de Nederlandse minister van Financiën van 23 maart 2009 aan de Tweede Kamer van de Staten-Generaal, alsmede op de algemene maatschappelijke en politieke ontwikkelingen ten aanzien van de bezoldiging en afvloeiingsregelingen. In dit verband herinnert ABN AMRO aan het najaarsakkoord 2008 van de sociale partners dat geleid heeft tot het zogenoemde wetsvoorstel limitering ontbindingsvergoeding (Wetsvoorstel wijziging van boek 7, titel 10, van het Burgerlijk Wetboek in verband met het limiteren van de hoogte van de vergoeding bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:685 van het Burgerlijk Wetboek voor personen met een jaarsalaris van 75.000,- of hoger, wetsontwerp 31 862), aan de code Frijns, de wet excessieve beloning, aanbeveling 2009/385/EG van de Europese Commissie alsmede de aanbevelingen van het European Corporate Governance Forum, de motie Weekers, het herenakkoord van de financiële sector, het rapport van de commissie Maas, de richtlijnen van de Nederlandse Bank en de Autoriteit Financiële Markten en het rapport van de commissie Dijkstal uit mei 2009. Gezien de overheidsbemoeienis dient ABN AMRO zich te verzekeren van een publiek draagvlak voor haar beleid. Zij kon het zich niet veroorloven haar 'severance policy' ongewijzigd te laten voortbestaan, omdat zij daarmee de mogelijkheid van toekomstige staatsteun in gevaar zou brengen en het risico zou lopen dat de publieke opinie - en daarmee haar cliëntèle - zich tegen haar zou keren.

4.7 Onder deze gewijzigde omstandigheden mag volgens ABN AMRO van [X] als goed werknemer in de zin van artikel 7:611 BW verwacht worden dat hij zich bij de nieuwe 'severance policy' (en het 'deferral beleid') neerlegt, heeft althans ABN AMRO een zodanig zwaarwichtig belang zich te beroepen op het wijzigingsbeding in de zin van artikel 7:613 BW, zoals opgenomen in de C&B Regulations, dat het belang van [X] daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. ABN AMRO heeft hierover met [X] overlegd. Ook het bepaalde in artikel 6:258 (imprévision) en 6:248 lid 2 BW (de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid) rechtvaardigt dat de retentiebrief niet integraal gestand wordt gedaan.

4.8 [X] legt aan zijn standpunt ten grondslag dat de retentiebrief van 21 februari 2008 het karakter heeft van een partijen bindende overeenkomst, althans dat ABN AMRO hem daarin toezeggingen heeft gedaan, die ABN AMRO rechtens gehouden is gestand te doen. Deze toezeggingen zijn nadien ook meermalen, mondeling en schriftelijk, bevestigd. ABN AMRO mocht daarop niet terugkomen, zeker niet zonder overleg en een deugdelijke overgangsregeling, zoals ABN AMRO heeft gedaan.

4.9 [X] is van mening dat ABN AMRO hem een beëindigingsvergoeding verschuldigd is overeenkomstig het beleid dat tot 1 januari 2009 van kracht is geweest.

Voorts heeft ABN AMRO hem in de retentiebrief van 21 februari 2008 toegezegd en gegarandeerd, dat in het geval van een beëindiging van de arbeidsovereenkomst vóór eind november 2009 het beleid ten aanzien van de bepaling van ontslagvergoedingen, zoals dat in november 2007 gold, zou worden toegepast. Dit beleid is hierdoor gefixeerd. [X] heeft er daarom contractueel recht op dat bij de berekening van de beëindigingsvergoeding de 'oude' kantonrechttersformule wordt toegepast (met $A = 36$), dat bij de B-factor het gemiddelde van de bonussen over de laatste drie jaren wordt meegenomen (zodat $B = 57.813,64$) en dat de C-factor op 1,4 wordt gesteld. Ook het gelijkheidsbeginsel staat eraan in de weg dat jegens hem de nieuwe 'severance policy' van kracht is, terwijl op de senior-managers die al in 2008 zijn afgevloeid nog wél het oude beleid is toegepast.

4.10 [X] betwist dat ABN AMRO een beroep toekomt op de artikelen 7:611, 7:613, 6:258 en 6:248 lid 2 BW. Een geslaagd beroep op deze bepalingen stuit af op het uitgangspunt dat het gegeven woord ABN AMRO bindt ('pacta sunt servanda'), óók onder de door de kredietcrisis gewijzigde omstandigheden in de financiële sector. ABN AMRO heeft de toezeggingen in februari 2008 gedaan, teneinde te trachten [X] als sleutelfiguur voor de onderneming te behouden. Dit doel heeft zij bereikt, zodat [X] recht heeft op de contraprestatie in de vorm van de toegezegde - mede gezien de ongunstige arbeidsmarktpositie van [X] niet excessieve - beëindigingsvergoeding en de contante betaling ineens van de gegarandeerde bonussen. Voorts komt aan ABN AMRO niet de door haar ingeroepen wijzigingsbevoegdheid toe, omdat de retentiebrief van 21 februari 2008 een garantie inhoudt. Maar ook overigens kan het beroep van de bank op de genoemde bepalingen niet slagen. Het goed werknemerschap kan hiervoor niet dienen, omdat artikel 7:611 BW geen wijziging van arbeidsvoorwaarden bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst beoogt mogelijk te maken, omdat voorafgaand aan de wijziging geen overleg heeft plaatsgevonden, en omdat het hier niet een individuele wijziging maar een aanpassing van een collectieve regeling betreft. De retentiebrief bevat geen wijzigingsbeding in de zin van artikel 7:613 BW, terwijl ABN AMRO zich niet kan beroepen op het wijzigingsbeding in de C&B Regulations, omdat dat beding slechts ziet op een aanpassing van die regeling en zich niet uitstrekt tot de toezeggingen in de retentiebrief.

4.11 Voor toepassing van de imprévision-bepaling of van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid is geen plaats, omdat in de retentiebrief de mogelijkheid van wijziging van de omstandigheden (met de woorden: 'Recognising that circumstances may change in the retention periode') uitdrukkelijk is verdisconteerd. Tevens geldt dat de gewijzigde omstandigheden waarop ABN AMRO zich beroept grote groepen burgers treffen. Die omstandigheden komen voor rekening van ABN AMRO. Voorts moet bij de toepassing van de artikelen 6:258 en 6:248 lid 2 BW zoveel terughoudendheid worden betracht, dat het beroep daarop niet kan slagen. Dat het bedrijfsresultaat door de recessie onder druk is komen te staan, brengt niet mee dat wijziging kan worden gebracht in de in februari 2008 tussen partijen gemaakte afspraken, nu ABN AMRO kenbaar heeft gemaakt dat de bank desondanks 'financially in solid shape' verkeert en dat zij haar goede liquiditeits- en vermogenspositie heeft behouden. Voor de vrees dat de Staat niet zal willen gedogen dat ABN AMRO haar jegens [X] aangegane verplichtingen nakomt, bestaat geen goede grond, omdat de Minister van Financiën te kennen heeft gegeven dat bestaande privaatrechtelijke overeenkomsten moeten worden gerespecteerd. De Minister heeft weliswaar benadrukt dat verdere staatssteun alleen zal worden gegeven aan banken die hun toekomstige beloningsbeleid versoberen, maar dat bestaande rechtspositionele afspraken louter 'langs de weg van overreding en overtuiging' kunnen worden opengebroken. Lukt dat niet, dan zal de rechter moeten beslissen, zo heeft de Minister te kennen gegeven. Ook de vrees voor reputatieschade en daaruit voortvloeiend financieel nadeel is ongegrond, omdat [X] als niet-bestuurder niet behoort tot de hoogste managementlaag, waarop de maatschappelijke onvrede met variabele beloning zich vooral richt.

5. De motivering van de beslissing in hoger beroep

Ontvankelijkheid

5.1 ABN AMRO en [X] hebben zich bij prorogatie op grond van artikel 96 Rv. in eerste instantie tot de kantonrechters Utrecht (rechtbank Utrecht, sector kanton, locatie Utrecht) gewend. Partijen hebben zich hierbij de mogelijkheid van hoger beroep voorbehouden. Aldus kunnen partijen worden ontvangen in het onderhavige hoger beroep.

In het principaal hoger beroep

Toezeggingen

5.2 ABN AMRO betoogt in de eerste plaats in haar grieven dat de kantonrechters buiten de grenzen van de rechtsstrijd zijn getreden nu in de vraagstelling aan de kantonrechters het woord contract is opgenomen. Het hof begrijpt dat ABN AMRO wil betogen dat [X], gelet op die vraagstelling, had dienen aan te voeren dat de aanspraak op een hogere vergoeding berust op een wederkerige overeenkomst, welke overeenkomst niet tot stand is gekomen omdat [X] het in de retentiebrief besloten liggende aanbod niet heeft aanvaard. Dit betoog wordt door [X] gemotiveerd betwist.

5.3 In de vraagstelling aan de kantonrechters, zoals hierboven weergegeven in rechtsoverweging 4.1, is opgenomen contract (including the letter of February 21, 2008). Naar het oordeel van het hof kan de aan de kantonrechters voorgelegde vraag bezwaarlijk anders worden verstaan dan dat met het woord contract ook de retentiebrief wordt bedoeld. Aldus is ook de inhoud en zijn ook de rechtsgevolgen van de retentiebrief ter beoordeling voorgelegd en ziet, anders dan ABN AMRO betoogt, de vraagstelling niet uitsluitend op een meerzijdige rechtshandeling.

5.4 De tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst heeft mede inhoud gekregen door de retentiebrief. In de aan [X] gezonden retentiebrief staat onder meer:

" () If Fortis is not able to offer you a position equivalent to the level of responsibilities you currently exercise, you will not receive the welcome award but the equivalent as a one shot retention award and we hereby guarantee that you will benefit from the appropriate termination agreement applicable to the [afkorting] in ABN AMRO (Kanton rechter formula with 1,4 multiplier)."

5.5 Binnen de arbeidsrelatie tussen partijen leidt voornoemde brief, bij het leveren van de prestatie door de werknemer, tot gehoudenheid van ABN AMRO om de tegenprestatie te voldoen. Aan [X] is immers met het oog op de belangen van ABN AMRO gevraagd om gedurende een bepaalde periode bij ABN AMRO werkzaam te blijven en hem is de in de retentiebrief weergegeven tegenprestatie in het vooruitzicht gesteld indien hij aan dit verzoek zou voldoen. Aldus is ABN AMRO, nu [X] aan de van hem gevraagde prestatie heeft voldaan, in beginsel gehouden de in de brief in het vooruitzicht gestelde tegenprestatie te voldoen.

5.6 Met grief 1 komt ABN AMRO op tegen het oordeel van de kantonrechters dat de retentiebrief geen voorbehoud of beperking bevat. Naar het oordeel van het hof staat in de retentiebrief weliswaar een voorbehoud met betrekking tot de uitkering van bonussen, maar is in de retentiebrief geen voorbehoud gemaakt ten aanzien van de toepassing van de in het vooruitzicht gestelde beëindigingsregeling. Het hof volgt ABN AMRO niet in haar betoog ten aanzien van het voorbehoud dat zou gelden in het geval de integratie in het consortium geen doorgang zou vinden. Geen onderdeel van de tekst wijst op het maken van een dergelijk voorbehoud. Uit de retentiebrief blijkt bovendien dat ABN AMRO zich heeft gerealiseerd dat veranderingen in de omstandigheden kunnen optreden, maar desondanks heeft ABN AMRO [X] de in de retentiebrief vervatte toezegging gedaan.

Wijzigingsbevoegdheid ABN AMRO

5.7 Evenals de kantonrechters zal het hof allereerst beoordelen of artikel 7:613 BW in de onderhavige zaak van toepassing is, vervolgens zal het hof het beroep van ABN AMRO op artikel 7:611 BW bespreken. Eerst na de bespreking van deze artikelen komen de artikelen 6:258 en 6:248 lid 2 BW aan de orde.

Artikel 7:613 BW

5.8 In de C&B Regulations is een eenzijdig wijzigingsbeding opgenomen, inhoudende dat de C&B Regulations eenzijdig door de Managing Board gewijzigd mogen worden.

Zoals in het voorgaande geoordeeld heeft ABN AMRO zich door middel van de retentiebrief aan [X] verbonden tot het toepassen van de oude severance policy, die bestond in toepassing van de kantonrechtformule, zoals die gold tot 1 januari 2009, met factor $C=1,4$ bij beëindiging van het dienstverband als gevolg van boventalligheid. Tussen partijen is niet in geschil dat deze severance policy niet is vastgelegd; het was een ongeschreven (beleids)regel. Naar het oordeel van het hof valt deze ongeschreven (beleids)regel niet onder de C&B Regulations. Zoals in het voorgaande overwogen ziet het in de C&B Regulations opgenomen wijzigingsbeding slechts op wijziging van de bepalingen van deze Regulations. Derhalve is artikel 7:613 BW in deze zaak niet van toepassing.

5.9 Zelfs indien artikel 7:613 BW wel de ruime strekking zou hebben die ABN AMRO eraan wil geven kan haar dat niet baten. Immers, indien de werkgever een beroep doet op een schriftelijk vastgelegd wijzigingsbeding als bedoeld in artikel 7:613 BW, dan dient dit beroep mede te worden getoetst aan de vraag of het belang van de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken voor de belangen van de werkgever. Bij de toepassing van de redelijkheid en billijkheid moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuiging en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken. ABN AMRO heeft aan [X] gevraagd bij haar te blijven werken en heeft de toezeggingen gedaan hier een tegenprestatie tegenover te stellen. [X] heeft het hem gevraagde voldaan. Algemeen erkende rechtsbeginselen zijn dat afspraken behoren te worden nagekomen ("pacta sunt servanda") en dat, indien een prestatie is verricht waartegenover een tegenprestatie in het vooruitzicht is gesteld, deze tegenprestatie eveneens moet worden nagekomen ("do ut des"). Deze beginselen zijn in het rechtsverkeer van zodanig essentieel belang, dat niet snel kan worden aangenomen dat het belang van de werknemer bij (volledige) verkrijging van zijn tegenprestatie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Aldus is ABN AMRO jegens [X], mede gelet op hetgeen hierna wordt overwogen, gehouden de in het vooruitzicht gestelde tegenprestatie te voldoen.

5.10 Aldus kan in het midden blijven of met de ondertekening van de arbeidsovereenkomst door [X] is voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste in de zin van artikel 7:613 BW door het wijzigingsbeding op te nemen in de C&B Regulations.

Artikel 7:611 BW

5.11 Volgens ABN AMRO dient de door haar doorgevoerde wijziging van de severance policy te worden getoetst aan de hand van de overwegingen van het arrest van de Hoge Raad van 11 juli 2008 (JAR 2008, 208; Stoof/Mammoet). Die toetsing dient er volgens ABN AMRO in te resulteren dat van [X] gevergd kan worden dat hij het voorstel tot wijziging van de severance policy accepteert.

In het arrest Stoof/Mammoet was de wijziging van een door partijen voort te zetten arbeidsovereenkomst aan de orde. In dat arrest gaf de Hoge Raad als zijn oordeel te kennen dat allereerst de vraag beantwoord moet worden of de werkgever als goed werkgever aanleiding kan vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, en of het door hem gedane voorstel, gelet op alle omstandigheden van het geval, redelijk is. Vervolgens moet, aldus de Hoge Raad, worden gezien of aanvaarding van het door de werkgever gedane redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid van de werknemer gevergd kan worden.

5.12 Het hof overweegt dat het in de onderhavige zaak, in tegenstelling tot de zaak Stoof/Mammoet, gaat om een voorstel tot wijziging in verband met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Ook in een dergelijke situatie dienen werkgever en werknemer te handelen overeenkomstig het in Stoof/Mammoet

door de Hoge Raad geschetste stramien. In het onderhavige geval was het wijzigingsvoorstel vervat in het beëindigingsvoorstel. Dit voorstel had in zoverre een take it or leave it- karakter dat ABN AMRO bij brief aan [X] heeft meegedeeld dat hij boventallig werd, alsmede welk bedrag hem als beëindigingsvergoeding zou toekomen. Dit bedrag was gebaseerd op de per 19 februari 2009 geldende (gewijzigde) severance policy.

ABN AMRO stelt dat er naar aanleiding van deze brief wel overleg mogelijk was. Bij pleidooi heeft ABN AMRO desgevraagd toegelicht dat [X] de mogelijkheid had bezwaar te maken tegen de boventalligverklaring, hetgeen [X] niet heeft gedaan. Onderhandeling over de (hoogte van de) beëindigingsvergoeding was niet mogelijk. ABN AMRO heeft tijdens het pleidooi toegelicht dat de gewijzigde severance policy op het moment waarop [X] boventallig werd verklaard net was afgekondigd, zodat daarvan niet snel werd afgeweken. Volgens ABN AMRO is er wel gekeken naar mogelijke oplossingen die in het nieuwe beleid pasten, maar bleek daarvoor weinig ruimte.

Naar het oordeel van het hof kan de door ABN AMRO aan [X] gestuurde brief niet opgevat worden als een voorstel in de zin van het arrest Stoof/Mammoet, nu van enig overleg over de wijze waarop en omstandigheden waaronder (de beëindigingsvergoeding daarin begrepen) het dienstverband zou worden beëindigd geen sprake was. Daarnaast stelt ABN AMRO dat de betreffende werknemer bezwaar kon maken tegen de boventalligheid. Door ABN AMRO is echter ook toegelicht dat voordat een werknemer boventallig werd verklaard eerst intern werd gezocht naar een andere functie voor de betreffende werknemer. Pas indien er intern geen andere functie was werd de werknemer boventallig verklaard. Daarmee lijkt het maken van bezwaar tegen de boventalligheid een lege huls geworden.

5.13 Zelfs al zou de door de Hoge Raad in het arrest Stoof/Mammoet geformuleerde norm in deze van toepassing zijn dan kan dat ABN AMRO niet baten. Bij de beantwoording van de vraag tot welke gevolgen een wijziging van de omstandigheden voor een individuele arbeidsrelatie kan leiden, dient immers in de eerste plaats te worden onderzocht of de werkgever daarin als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, en of het door hem gedane voorstel redelijk is. In dat kader moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen, waaronder de aard van de gewijzigde omstandigheden die tot het voorstel aanleiding hebben gegeven en de aard en ingrijpendheid van het gedane voorstel, alsmede naast het belang van de werkgever en de door hem gedreven onderneming de positie van de betrokken werknemer aan wie het voorstel wordt gedaan en diens belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden. Op deze wijze wordt de werknemer beschermd tegen onredelijke voorstellen van de werkgever. Vervolgens dient nog te worden onderzocht of aanvaarding van het door de werkgever gedane redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid van de werknemer gevergd kan worden. Aldus is het belang van de werknemer bij een ondanks de veranderende omstandigheden ongewijzigd voortduren van de arbeidsvoorwaarden voldoende gewaarborgd.

Indien al kan worden geoordeeld dat ABN AMRO als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden in het doen van het onderhavige voorstel op basis van de nieuwe severance policy, dan kan, naar het oordeel van het hof, aanvaarding door [X], in het licht van de omstandigheden van het geval, in redelijkheid niet worden gevergd. Het hof verwijst naar rechtsoverweging 5.9.

5.14 In rechtsoverweging 4.5 van het bestreden vonnis hebben de kantonrechters geoordeeld, dat niet gesproken kan worden van een situatie, waarop het bepaalde in artikel 7:611 BW van toepassing is, nu geen sprake is van een wijziging van omstandigheden voor een individuele arbeidsrelatie. De daartegen gerichte grief slaagt. In het arrest Stoof/Mammoet oordeelde de Hoge Raad slechts dat artikel 7:613 BW veeleer ziet op gevallen waarin de werkgever zich de bevoegdheid heeft voorbehouden eenzijdig een wijziging in de arbeidsvoorwaarden aan te brengen niet slechts ten opzichte van een individuele werknemer maar ten opzichte van verscheidene werknemers, in welk geval ter bescherming van de werknemer(s) beperkingen worden gesteld aan de bevoegdheid het beding toe te passen. Voorgaande overwegingen van de Hoge Raad sluiten niet uit dat artikel 7:611 BW wordt toegepast indien de arbeidsvoorwaarden van meer dan één werknemer gelijktijdig worden gewijzigd.

Eveneens anders dan de kantonrechters hebben geoordeeld is het hof van oordeel dat wel sprake is van een arbeidsvoorwaarde. Het betreft immers een van de totale arbeidsrechtelijke relatie tussen partijen deel uitmakende toezegging tot toepassing van een ongeschreven (beleids)regel die de wederzijdse rechten en verplichtingen vastlegt.

5.15 Uit het voorgaande volgt dat naar het oordeel van het hof van een redelijk voorstel van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden als bedoeld in het arrest Stoof/Mammoet in deze geen sprake is. Bovendien kan, bij de onderhavige omstandigheden, niet van de onredelijkheid van de opstelling van [X] worden uitgegaan.

Artikel 6:258 BW

5.16 Het hof dient te beoordelen of de gevolgen van de door ABN AMRO gedane toezeggingen met toepassing van artikel 6:258 BW moeten worden gewijzigd op grond van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat [X] naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Bij toepassing van artikel 6:258 BW dient terughoudendheid te worden betracht.

5.17 Naar de bedoeling van de wetgever is het voor de vraag of sprake is van een onvoorziene omstandigheid in de zin van art. 6:258 BW, niet beslissend of de omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst voorzienbaar waren. Het komt er slechts op aan, van welke veronderstellingen partijen zijn uitgegaan: of zij in de mogelijkheid van het optreden van de onvoorziene omstandigheden hebben willen voorzien of althans stilzwijgend die mogelijkheid hebben verdisconteerd (T-M, Parl. Gesch., p. 968; MvA II, Parl. Gesch., p. 975). De onvoorziene omstandigheden dienen van dien aard te zijn dat [X] naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de toezeggingen niet mag verwachten.

5.18 Hoewel ABN AMRO in de retentiebrief mededelingen en toezeggingen heeft gedaan onder de toevoeging dat de omstandigheden zouden kunnen wijzigen, is het hof van oordeel dat in deze sprake is van onvoorziene omstandigheden. De omvang en de hevigheid van de kredietcrisis, zowel voor ABN AMRO als voor de economie als geheel, zijn niet door partijen verdisconteerd. De kredietcrisis heeft dermate verstrekende gevolgen dat dit geen omstandigheid is waarvan partijen zijn uitgegaan bij het afgeven van de retentiebrief. Derhalve is op zichzelf genomen sprake van onvoorziene omstandigheden.

5.19 Bij de beoordeling van de vraag of de onvoorziene omstandigheden aanleiding vormen voor een wijziging als bedoeld in artikel 6:258 BW neemt het hof in aanmerking dat ABN AMRO aan [X] heeft gevraagd bij haar te blijven werken en de toezeggingen heeft gedaan hier een tegenprestatie tegenover te stellen. [X] heeft aan het hem gevraagde voldaan door te blijven en heeft daarmee zijn deel van de prestatie geleverd. Toepassing van artikel 6:258 BW is niet uitgesloten in het geval een deel van de overeenkomst is uitgevoerd, maar herziening van het resterende deel van de overeenkomst zal echter slechts in uitzonderlijke gevallen in overeenstemming met de redelijkheid en billijkheid zijn.

5.20 Evenals de kantonrechters neemt het hof voor de invulling van de in artikel 6:258 BW voorkomende begrippen redelijkheid en billijkheid artikel 3:12 BW tot uitgangspunt. Dit artikel bepaalt dat bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, rekening moet worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuiging en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen. Er bestaat geen rangorde tussen deze verschillende gezichtspunten.

5.21 Redelijkheid en billijkheid verlangen op de eerste plaats trouw aan het gegeven woord. Dat telt temeer in de omstandigheid dat [X] reeds geheel heeft voldaan aan het van hem gevraagde: hij is op aandringen van ABN AMRO, die hem als "key employee" heeft aangeduid, bij ABN AMRO blijven werken. Van ABN AMRO mag dan ook in beginsel verlangd worden dat zij de daartegenover staande financiële toezegging nakomt.

5.22 In rechtsoverweging 4.6 zijn de argumenten opgesomd die ABN AMRO aan haar beroep op artikel 6:258 BW ten grondslag heeft gelegd en die ertoe moeten leiden dat van het gegeven woord mag worden afgeweken. Kort weergegeven komen deze erop neer dat de kredietcrisis, de staatsinterventie en de maatschappelijke kritiek zo diep hebben ingegrepen in de (financiële) positie van ABN AMRO dat [X] niet mag verwachten dat ABN AMRO het niveau van de severance policy jegens hem handhaaft.

5.23 Het hof stelt vast dat de kredietcrisis niet tot gevolg heeft dat ABN AMRO de aan [X] toegezegde vergoedingen niet kan betalen. ABN AMRO zinspeelt daar wel op, maar een deugdelijke onderbouwing van haar standpunt ontbreekt.

5.24 Ook de staatsinterventie dwingt niet tot een afwijking van het beginsel van de trouw aan het gegeven woord. In dit verband verwijst het hof naar de brief van 31 oktober 2008 van [naam], [functie] van het Ministerie van Financiën aan [naam], destijds CEO van ABN AMRO, waarin onder meer is vermeld:

“() The fact that the State of the Netherlands had become the shareholder of Fortis Group Nederland and indirectly of ABN AMRO, does not change the legal position and employment conditions of the employees of ABN AMRO.

The governing principle with respect to the remuneration policy is that existing employment contracts will continue to be complied with. However the State of the Netherlands will observe and if necessary request to amend the remuneration conditions and/or policies in the future ()”.

Uit deze brief valt op te maken dat de Staat zich bij zijn interventie op het standpunt heeft gesteld dat bestaande arbeidsvoorwaarden moesten worden geëerbiedigd.

5.25 ABN AMRO wijst erop dat zij mede als gevolg van alle maatschappelijke kritiek en commotie de variabele beloningen van het (top)management al heeft aangepast. Zo zal het variabele deel van de beloning in enig jaar het vaste jaarsalaris niet overtreffen. [X] heeft daar onweersproken tegenover gesteld dat deze aanpassing gepaard is gegaan met een aanzienlijke verhoging van het vaste jaarsalaris van het (top)management, in sommige gevallen met ruim de factor 3. Daardoor heeft de aanpassing van het variabele deel van de beloning slechts een beperkt effect, waarmee ABN AMRO er geen blijk van geeft zich de maatschappelijke kritiek aan te trekken.

Het hof oordeelt, dat voor zover ABN AMRO gehoor heeft gegeven aan de maatschappelijke kritiek, dat niet betekent dat [X] geen beroep mag doen op de nakoming van hetgeen ABN AMRO met hem is overeengekomen. Daarbij valt nog het volgende op te merken. ABN AMRO is een grote organisatie waarvan daarbij behorende maatschappelijke verantwoordelijkheid verwacht mag worden. De gevolgen van het door haar in het verleden gehanteerde beloningsbeleid behoren eerder voor haar rekening dan voor die van de individuele werknemer te komen.

5.26 Vervolgens is van belang dat ABN AMRO desgevraagd bij pleidooi heeft toegelicht dat in 2008 veel werknemers, die evenals [X] [afkorting] waren, zijn vertrokken met een beëindigingsvergoeding gebaseerd op de oude severance policy. De werknemer die bij ABN AMRO is gebleven, om het bedrijf door onrustige tijden te helpen, is toegezegd dat de oude severance policy bij (latere) boventalligheid van toepassing zou zijn. ABN AMRO betoogt dat uit de verklaring van de heer [naam] (productie 2 bij nadere reactie) volgt dat de bedoeling van de toegezegde beëindigingsvergoeding niet was om [X] vast te houden, maar slechts om hem een vangnet te bieden. Naar het oordeel van het hof volgt die bedoeling noch uit die verklaring noch uit de andere uitingen van de ABN AMRO. Het ging er juist om werknemers als [X] op sleutelposities te behouden in de transitieperiode.

5.27 Uit het voorgaande volgt dat, ook al zijn onvoorziene omstandigheden aanwezig, deze niet van dien aard zijn dat [X] naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de gedane toezeggingen niet mag verwachten. Het beroep van ABN AMRO op artikel 6:258 BW wordt dan ook verworpen.

Artikel 6:248 lid 2 BW

5.28 Door ABN AMRO zijn aan het beroep op artikel 6:248 lid 2 BW geen andere feiten en/of omstandigheden ten grondslag gelegd dan aan haar beroep op artikel 6:258 BW. Nu in het voorgaande is geoordeeld dat er geen omstandigheden zijn welke van dien aard zijn dat [X] naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde nakoming van de toezeggingen mag verwachten, gaat ook het beroep van ABN AMRO op artikel 6:248 lid 2 BW niet op.

In het incidenteel hoger beroep

(On)voorwaardelijk

5.29 [X] heeft tegen het vonnis van de kantonrechters van 9 oktober 2009 bij memorie van antwoord voorwaardelijk incidenteel appel ingesteld. Bij pleidooi heeft mr. Van Wulfften Palthe-Scholten aangegeven dat bedoeld was een onvoorwaardelijk incidenteel hoger beroep in te stellen. Mr. Van Slooten heeft daarop bij pleidooi namens ABN AMRO te kennen gegeven er geen bezwaar tegen te hebben dat het incidenteel hoger beroep van [X] als een onvoorwaardelijk ingesteld hoger beroep wordt behandeld. Het hof behandelt, mede gelet op de tweede volzin van artikel 96 lid 1 Rv, het voorwaardelijk ingesteld incidenteel hoger beroep van [X] dan ook als een onvoorwaardelijk incidenteel hoger beroep en zal de door ABN AMRO indiende voorwaardelijke memorie van antwoord als een onvoorwaardelijke memorie van antwoord beschouwen.

Moment van boventalligheid

5.30 Met grief 1 stelt [X] dat de kantonrechters ten onrechte geen beslissing hebben genomen over het moment waarop de Raad van Commissarissen van ABN AMRO formeel het besluit tot invoeren van de nieuwe severance policy heeft genomen en het moment waarop de nieuwe severance policy van kracht werd. Eveneens zouden de kantonrechters ten onrechte het ontstaansmoment van de boventalligheid niet in hun beoordeling hebben betrokken. Gelet op hetgeen het hof reeds in het principaal appel heeft overwogen behoeft deze grief geen bespreking meer.

Artikel 6:258 BW

5.31 De tweede grief komt [X] op tegen het oordeel van de kantonrechters dat in deze sprake is van onvoorziene omstandigheden in de zin van artikel 6:258 BW. Gelet op hetgeen het hof in rechtsoverweging 5.18 heeft overwogen behoeft deze grief geen bespreking.

Uitvoerbaarheid bij voorraad

5.32 Het vonnis van de kantonrechters is niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard. [X] richt zijn derde grief hiertegen en wenst alsnog een uitspraak uitvoerbaar bij voorraad te verkrijgen. ABN AMRO heeft hiertegen verweer gevoerd.

Op grond van artikel 233 jo. artikel 353 Rv. kan de uitspraak uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard. Nu er verweer is gevoerd tegen het verzoek om de uitspraak uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, dienen de wederzijdse belangen te worden afgewogen in het licht van de omstandigheden van het geval.

ABN AMRO stelt dat haar belang is gelegen in een restituerisico. ABN AMRO laat echter na dit risico nader te specificeren, hetgeen wel op haar weg had gelegen (Hoge Raad 17 juni 1994, NJ 1994, 591). Gelet op het belang dat [X] heeft bij de tenuitvoerlegging van de uitspraak zal het hof het vonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaren.

Proceskosten

5.33 Partijen hebben gezamenlijk ervoor gekozen om deze zaak op grond van artikel 96 Rv. aan de kantonrechters voor te leggen, met de mogelijkheid van hoger beroep. Hierin ziet het hof aanleiding om de proceskosten compenseren, in die zin dat elk der partijen de eigen kosten draagt. Grief 4 faalt aldus.

Geen grieven tegen afwijzing bonus geheel 2009

5.34 Hoewel partijen met de grieven het geschil in volle omvang aan het hof beogen voor te leggen zijn geen inhoudelijke argumenten dan wel bezwaren aangevoerd tegen het oordeel van de kantonrechters dat een betaling van de bonus over het gehele jaar 2009 redelijkerwijs onder de gegeven omstandigheden niet door de werknemer kon worden verwacht. Het hof zal het vonnis op dit punt dan ook bekrachtigen.

In het principaal en het incidenteel hoger beroep

Conclusie

5.35 Uit het voorgaande volgt dat de grieven in het principaal hoger beroep deels terecht zijn voorgesteld, maar niet kunnen leiden tot vernietiging van het vonnis, zodat dit zal worden bekrachtigd.

De grieven 1 en 2 in het incidenteel hoger beroep behoeven, gelet op hetgeen in het principaal hoger beroep is overwogen, geen afzonderlijke bespreking. Grief 4 in het incidenteel hoger beroep faalt. Grief 3 slaagt. Het hof zal het vonnis van de kantonrechters alsnog uitvoerbaar bij voorraad verklaren.

6. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

bekrachtigt het vonnis van de kantonrechters (rechtbank Utrecht, sector kanton, locatie Utrecht) van 9 oktober 2009, behoudens voor zover de veroordeling van ABN AMRO tot betaling van een ontslagvergoeding niet uitvoerbaar bij voorraad is verklaard;

vernietigt dit vonnis in zoverre en doet in zoverre opnieuw recht;

verklaart de veroordeling van ABN AMRO om tegen bewijs van kwijting aan [X] te voldoen een ontslagvergoeding van 2.913.817,54 bruto, onder aftrek van hetgeen inmiddels daarop is betaald, te vermeerderen met de wettelijke rente hierover vanaf 30 juli 2009 tot de algehele voldoening, alsnog uitvoerbaar bij voorraad;

compenseert de kosten van het hoger beroep aldus dat iedere partij haar eigen kosten draagt.

Dit arrest is gewezen door mrs. G.P.M. van den Dungen, M.L. van der Bel en W. Duitemeijer en is in tegenwoordigheid van de griffier uitgesproken ter openbare terechtzitting van 28 september 2010.