

ANNOTATIE

Kantonrechters in Amsterdam en Utrecht doen vergelijkbare uitspraken met tegengestelde resultaten ten aanzien van het antwoord op de vraag of een overeengekomen bonus dient te worden uitbetaald. Is de wijzigingsleer uit Stoof/Mammoet correct toegepast?

R.M. Beltzer

1. *Pacta sunt servanda*. Het is een juridisch beginsel uit het contractenrecht dat in het bijzonder in tijden van maatschappelijke omwentelingen onder druk kan komen te staan. De omwenteling waar ik in deze bijdrage op doel is, uiteraard, de financiële crisis, die met zich heeft meegebracht dat 'systeembanken' door de staat zijn ondersteund om te voorkomen dat de maatschappij een, naar het oordeel van de politiek, te grote schade zou lijden. Bij ABN Amro, een bank die zich als zodanig heeft gekwalificeerd, heeft zich de vraag voorgedaan of een werknemer mag vasthouden aan afspraken met betrekking tot bij ontslag aan hem toe te kennen bedragen. Deze vraag heeft geleid tot de hieronder te behandelen zaken die in oktober 2009 door kantonrechters in Amsterdam en Utrecht werden beoordeeld.

2. In feite gaat het om elf zaken: één in Amsterdam en tien in Utrecht (de in de aanhef genoemde zaak is de eerste die werd gepubliceerd). Voor de zaken in Utrecht hebben verschillende kantonrechters aldaar gezamenlijk besloten hoe men de zaken zou gaan beoordelen. De gelijksoortigheid van de zaken liet een dergelijke handelwijze toe. In alle zaken was in feite de vraag aan de orde of de werknemers aanspraak konden maken op de hun gedane toezegging dat zij bij ontslag een bedrag ineens zouden kunnen meekrijgen dat gebaseerd was op de kantonrechtersformule (met $C = 1,4$), waarbij voor de toepassing van de B-factor rekening zou worden gehouden met het gemiddelde van de gedurende de laatste drie

jaren uitgekeerde bonussen. Ter illustratie: in de zaak die speelde bij de kantonrechter Amsterdam bedroeg dit gemiddelde ruim € 1,5 miljoen voor de 'gewone' bonus, voor de zogenoemde langetermijnbonus - betaalbaar gesteld in geval van een overname - had de werknemer in kwestie over het jaar 2007 bijna € 4,3 miljoen bruto ontvangen. Zijn brutojaarsalaris bedroeg overigens ruim € 400.000. Deze afspraken, opgenomen in een document met de naam 'Compensation & Benefits Regulations' (verder: C&B Regulations) waren gemaakt vóór de bank, onder druk van de minister van Financiën, had besloten vanaf 2009 het beleid te dier aanzien te wijzigen.

3. In alle gevallen bood ABN Amro de werknemers bij ontslag een vergoeding aan, die afweek van wat op basis van de bovengenoemde afspraak betaalbaar zou worden gesteld. ABN Amro droeg daarvoor een aantal argumenten aan. Ten eerste zouden werknemers geen aanspraak kunnen maken op hetgeen de C&B Regulations bepaalden, omdat het beleid te dier zake met terugwerkende kracht door de Raad van Commissarissen zou zijn aangepast (vanwege de slechte resultaten, de overheidsvoorwaarden voor kapitaalssteun, het publieke debat over beloning en het feit dat de oude regeling bedoeld was om ontslagprocedures te voorkomen). Voorts zouden de C&B Regulations een interne notitie en geen harde toezegging betreffen, en als het al een contractuele bepaling was, zou de werkgever die mogen wijzigen omdat er een wijzigingsbeding in opgenomen was en art. 7:613 BW daarmee van toepassing was. Subsidiar voerde de bank aan dat zij, conform het arrest Stoof/Mammoet (HR 11 juli 2009, *JAR* 2009/204), aan de werknemers een redelijk voorstel had gedaan dat dezen niet hadden mogen verwerpen. Meer subsidiar werd aangevoerd dat sprake was van een wijziging van omstandigheden als bedoeld in art. 6:258 BW: deze nieuwe omstandigheden waren niet verdisconteerd in de afspraken en dusdanig uitzonderlijk, dat zij niet onder de normale bedrijfsrisico's vielen. Ten slotte zou de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 2 BW meebrengen dat werknemers niet zouden kunnen blijven vasthouden aan de eerder gemaakte afspraken. In feite ging de bank voor alle potentiële juridische ankers liggen om de wijziging te kunnen doorvoeren (naast de preliminaire stelling dat het niet eens om een wijziging zou gaan, omdat de 'afspraak' slechts een interne notitie zou betreffen): art. 7:611 BW, art. 7:613 BW, art. 6:248 lid 2 BW en art. 6:258 BW. Dat dwong de rechters hierin stelling te nemen en aldus een interpretatie te geven van het voornoemde arrest van de Hoge Raad. De uitspraken van de kantonrechter in Amsterdam en die van zijn ambtsgenoten in Utrecht verschillen van elkaar.

4. De kantonrechter te Amsterdam oordeelde op basis van de - hier niet nader uit te werken - omstandigheden dat de werknemer in kwestie erop mocht vertrouwen dat hij de beëindigingsvergoeding (op basis van de C&B Regulations) zou verkrijgen. Over de wijzigingsbevoegdheid oordeelde de kantonrechter als volgt. De bank kon zich niet beroepen

op art. 7:613 BW, omdat onvoldoende was aangetoond dat het schriftelijke beding ook in de arbeidsovereenkomst zelf voorkwam; daarnaast meende de kantonrechter dat een afspraak over een beëindigingsvergoeding niet als arbeidsvoorwaarde in de zin van art. 7:613 BW kwalificeerde. Op dit laatste ketste ook het beroep op art. 7:611 BW af, waarbij de kantonrechter opmerkte dat nimmer sprake was geweest van een overleg tussen partijen, hetgeen de Hoge Raad in Stoof/Mammoet als voorwaarde had gesteld. Het beroep op art. 6:248 lid 2 BW werd echter gehonoreerd: na het intreden van de kredietcrisis en de overheidsinterventie was de bank in ander vaarwater terecht gekomen. Voorts waren de opvattingen over beloningsregelingen gewijzigd (de kantonrechter noemde hier het belang van art. 3:12 BW). Het was aan de werknemer te rechtvaardigen waarom hij zich bleef beroepen op de oude regeling - zoals gezegd, de regeling was in 2009 aangepast - nu beide regelingen uitgingen van een forfaitaire berekening van de schade en het verschil tussen beide regelingen kwantitatief zo groot was (ruim € 6,2 miljoen versus ruim € 2,5 miljoen). De kantonrechter wees er hierbij op dat de werknemer geen inzicht had gegeven in zijn werkelijke schade én dat de afspraak was gesloten toen bovengenoemde ontwikkelingen zich al begonnen te manifesteren (ik lees dat zo: de werknemer had kunnen weten dat de afspraak onder vuur zou kunnen komen te liggen). Omdat het beroep op art. 6:248 lid 2 BW slaagde, behoefde het beroep op art. 6:258 BW geen behandeling meer.

5. In de Utrechtse zaken werd ten aanzien van de toepasselijkheid van art. 7:613 BW en art. 7:611 BW hetzelfde overwogen: het zou niet gaan om een arbeidsvoorwaarde en er was geen overleg geweest (van belang voor art. 7:611 BW). Over art. 7:611 BW merkten de kantonrechters voorts op dat in casu geen sprake was een individueel geval, iets wat de Hoge Raad volgens de kantonrechters wel als voorwaarde voor toepasselijkheid van art. 7:611 BW zou hebben gesteld. De (wijziging van de) C&B Regulations golden immers voor een grotere groep, en er liepen nog negen procedures. Naar het oordeel van de kantonrechters was wel sprake van onvoorziene omstandigheden als bedoeld in art. 6:258 BW: omvang en impact van de kredietcrisis waren niet door partijen verdisconteerd. Niettemin waren deze omstandigheden niet van dien aard, dat de werknemers naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mochten verwachten. Voor de invulling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, vielen de kantonrechters terug op art. 3:12 BW: weliswaar waren de opvattingen veranderd, maar de bank zou door nakoming niet het gevaar lopen dat zij ten onder zou gaan. Dan volgt een wat raadselachtige overweging: 'Voorts stellen de kantonrechters voorop dat het hier niet gaat om de beperkende redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:248 lid 2 BW, maar om de (buitengrens van de) aanvullende redelijkheid en billijkheid.' Nu de bank geen andere omstandigheden aan haar beroep op art. 6:248 lid 2 BW ten grondslag had gelegd, faalde een beroep op die bepaling evenzeer.

6. Dat de Amsterdamse kantonrechter en zijn Utrechtse collega's verschillend denken over de onaanvaardbaarheid van het vasthouden aan eerder gemaakte afspraken, is voorstelbaar, nu het criterium subjectief is, net zo goed als 'goed werkgever/werknemer', 'redelijkheid en billijkheid' en 'zwaarwegende belangen' dat zijn. Zekerheid zal men hier nimmer verkrijgen. Daar heeft het arrest Stoof/Mammoet niets aan veranderd. Juridisch interessanter is de vraag of het onaanvaardbaarheids criterium van art. 6:248 lid 2 BW (Amsterdam) en art. 6:258 BW (Utrecht) het juiste en/of enige te hanteren criterium is.

7. Op beide locaties is overwogen dat de ontslagafpraak geen arbeidsvoorwaarde is waarmee toepasselijkheid van art. 7:611 en 613 BW niet aan de orde is. Dat lijkt mij een dubieuze redenering. Ten eerste is er geen enkele reden het begrip 'arbeidsvoorwaarde' zo beperkt te interpreteren. De wijze waarop en de voorwaarden waaronder de arbeidsovereenkomst zal worden beëindigd kunnen zeker worden beschouwd als arbeidsvoorwaarden. Vele met name hooggeplaatste werknemers zullen onderhandelingen hierover op een bevredigende wijze willen afronden alvorens hun handtekening onder de arbeidsovereenkomst te zetten. In het collectieve arbeidsrecht wordt het begrip ook niet zo eng uitgelegd: regelingen die alleen maar over ontslag gaan, zoals sociale plannen, kunnen als cao gelden. Daarnaast is het juridisch pertinent onjuist een wijziging op grond van art. 7:611 BW te weigeren omdat geen sprake zou zijn van een arbeidsvoorwaarde, maar deze vervolgens wel op grond van art. 6:248 lid 2 BW toe te staan. De wetgever heeft immers gesteld dat art. 7:611 BW en art. 6:248 lid 2 BW op het punt van wijziging hetzelfde onderwerp regelen (waarmee niet is gezegd dat de inhoudelijke toets óf gewijzigd mag worden dezelfde zou moeten zijn - dat is namelijk niet zo, zie Stoof/Mammoet). Zie *Kamerstukken II* 1994-1995, 23 438, nr. 3, p. 10. Op dit laatste punt acht ik de Amsterdamse uitspraak onjuist.

8. De uitleg die aan art. 7:613 BW wordt gegeven met betrekking tot het schriftelijkheidsvereiste lijkt me juist. Gezien de bewoordingen van het artikel is een beroep op die bepaling slechts mogelijk indien de bevoegdheid tot wijziging in de (individuele of collectieve) arbeidsovereenkomst zelf is opgenomen. 'Regulations' die niet een dergelijk karakter dragen, kunnen dus niet een beding als bedoeld in art. 7:613 BW bevatten, ook niet indien de arbeidsovereenkomst ernaar verwijst.

9. De Utrechtse kantonrechters oordeelden dat art. 7:611 BW niet op wijzigingen voor een groep van werknemers ziet. Met een bepaalde interpretatie van Stoof/Mammoet zou men inderdaad die conclusie kunnen trekken. Art. 7:613 BW ziet volgens de Hoge Raad immers 'veeleer' op wijzigingen die voor een groep werknemers gelden. A contrario redenerend zou art. 7:611 BW daar niet op zien. Dan blijft inderdaad alleen de toets van art. 6:248 BW over of, indien er sprake is van onvoorziene omstandigheden, die van art. 6:258 BW. Die redenering is echter onjuist. De Hoge Raad heeft in het arrest Parallel Entry/KLM & VNV (HR 30 januari

2004, *JAR* 2004/68) expliciet (in r.o. 3.5.1) art. 7:611 BW toegepast op de wijziging van een regeling die voor een collectief gold. Art. 7:611 BW had dus in casu evenzeer kunnen worden toegepast. Dat artikel bevat een glijdende schaal, in tegenstelling tot art. 6:248 lid 2 BW, dat veel rigider van inhoud is. In de praktijk kan de toets van art. 7:611 BW neerkomen op die van art. 6:248 lid 2 BW (zoals in de zaak die was aangespannen door Parallel Entry), maar ook 'lichter' zijn, zoals de Hoge Raad expliciet heeft bepaald in *Stoof/Mammoet* toen hij het cassatiemiddel, inhoudende dat wijziging op grond van art. 7:611 BW *altijd* aan de eisen van art. 6:248 lid 2 BW moet voldoen, verwierp. Voor art. 6:248 lid 2 BW blijft dan alleen nog ruimte in gevallen waarin geen gewijzigde omstandigheden op het werk kunnen worden aangetoond (én er geen schriftelijk wijzigingsbeding geldt) en in gevallen waarin geen werknemer, maar bijvoorbeeld een vakbond partij is. Art. 6:258 BW behoudt wel zijn rol, maar de vraag is of een werkgever die een wijziging wenst door te voeren daar veel mee opschiet, nu art. 7:611 en 613 BW vrijwel alle situaties dekken en beide een minder rigide toets kennen.

10. Ten slotte de overweging van de Utrechtse kantonrechters die ik als raadselachtig bestempelde. Ik vermoed dat de kantonrechters zich sterk hebben laten inspireren door auteur J.J.M. de Laat, die in zijn bijdrage voor de Vereniging voor Arbeidsrecht (*De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008, paragraaf 1.15.1) iets vergelijkbaars heeft gesteld. De redenering ontgaat mij, omdat het er mijns inziens hier niet om gaat te voorzien in een lacune (art. 6:248 lid 1 BW), maar om een wijziging van een bestaande regeling (art. 6:248 lid 2 BW), neerkomende op een verlaging van het bij ontslag uit te betalen bedrag.