

247. Het mysterie van de cumulatiegroond: wanneer is het genoeg?

MR. M. FABER

Op 17 februari 2020 had de Rechtbank Noord-Holland de eer om voor het eerst te oordelen over de nieuwbakken cumulatiegroond uit art. 7:669 lid 3 sub i BW. Vanuit arbeidsrecht minnend Nederland én vanuit werkgeversorganisaties werd reikhalzend uitgekeken naar dit moment. Zou de i-grond echt zorgen voor de beoogde versoepeling van het ontslagrecht? Vooralsnog kan die conclusie niet worden getrokken. De Rechtbank Noord-Holland wees de ontbinding op de i-grond namelijk af, net als veel andere kantonrechters in de maanden die volgden. In de periode 1 januari 2020-20 september 2020 zijn er slechts 3 (gepubliceerde) uitspraken waarin ontbinding wordt toegewezen op de cumulatiegroond. Dit op een totaal van 22 (gepubliceerde) uitspraken waarin de cumulatiegroond inhoudelijk is beoordeeld, dus slechts in 14%. In dit artikel wordt de jurisprudentie tot nu toe geanalyseerd, en wordt gekeken in hoeverre deze in lijn is met de bedoeling van de wetgever, zoals die blijkt uit de parlementaire geschiedenis. Nu het enkel nog rechtspraak van kantonrechters betreft, is het te vroeg om echt conclusies te trekken over de vraag of de i-grond nu wel of niet leidt tot een versoepeling van het ontslagrecht. Wel kunnen alvast enkele (opmerkelijke) constatering worden gedaan.

Een korte voorgeschiedenis

Tot 1 juli 2015 bepaalde art. 7:685 lid 2 (oud) BW dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst mogelijk was wegens veranderingen in de omstandigheden, welke van dien aard zijn, dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen.¹ Bij het onderbouwen van de veranderingen in de omstandigheden was de werkgever niet aan beperkingen gebonden: hij kon in dit verband alles aanvoeren wat hij maar relevant achtte. Uiteindelijk was het aan de kantonrechter om te bepalen of alles tezamen en in onderlinge samenhang sprake was van een zodanige verandering in de omstandigheden dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve moest worden ontbonden. Bij een ontbinding op deze grond kon de kantonrechter een vergoeding naar billijkheid toekennen, die werd berekend aan de hand van de kantonrechtersformule.

In de praktijk waren kantonrechters vaak bereid de ontbinding van de arbeidsovereenkomst ook toe te wijzen indien

het dossier gebreken vertoonde, maar wel duidelijk was dat 'het huwelijk' tussen partijen echt voorbij was. Een gebrek-kig dossier c.q. onzorgvuldigheid van de werkgever werd dan, via de C-factor in de kantonrechtersformule, afgestraft met een hogere ontslagvergoeding. De kantonrechtersformule werd daarom ook wel 'het smeermiddel van het ontslagrecht' genoemd.

Met de invoering van de Wet Werk en Zekerheid (WWZ) per 1 juli 2015 kwam hier een einde aan. Per die datum is de algemene uitslaggrond uit art. 7:685 (oud) BW geschrapt en is een gelimiteerd aantal specifieke ontslaggronden in de wet opgenomen. De kantonrechter kan sindsdien enkel een arbeidsovereenkomst ontbinden indien volledig is voldaan aan (minimaal) één van de ontslaggronden uit art. 7:669 lid 3 BW en de werkgever ook voldoende herplaatsingsinspanningen heeft verricht. De wetgever heeft met het invoeren van deze specifieke ontslagnormen beoogd de werkgever meer zekerheid vooraf te bieden over de vraag wanneer ontslag wel en niet mogelijk is en juridisering van ontslag tegen te gaan.² Hiermee hoopte de wetgever het vaste contract aantrekkelijker te maken voor werkgevers.³

De praktijk bleek echter weerbarstiger. Al snel na het invoeren van de WWZ is gebleken dat ontbindingsverzoeken

¹ De formele grond voor ontbinding ingevolge art. 7:685 lid 1 (oud) BW was 'gewichtige redenen'. Deze konden volgens lid 2 bestaan uit 'omstandigheden die een dringende reden als bedoeld in artikel 677 lid 1 zouden hebben opgeleverd indien de arbeidsovereenkomst deswege onverwijld opgezegd zou zijn, alsook veranderingen in de omstandigheden die van dien aard zijn, dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen.'

² Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 43.

³ Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 5.

vaker dan voorheen worden afgewezen, omdat werkgevers moeite hebben te voldoen aan de strenge eisen die worden gesteld aan de afzonderlijke ontslaggronden. Kantonrechters kunnen dan niets anders dan de verzochte ontbinding afwijzen. In 2018 bleek uit onderzoek dat kantonrechters maar liefst 4 keer zoveel ontbindingsverzoeken afwijzen als voor de invoering van de WWZ. Met name bij de d-grond (disfunctioneren) is het percentage afwijzingen hoog: in de periode juli 2015-juli 2018 werd 72% van de (gepubliceerde) ontbindingsverzoeken op die grond afgewezen. Bij de e-grond was het percentage afwijzingen ook fors: 61%.⁴ Natuurlijk kan hierover worden gezegd dat werkgevers dan simpelweg niet aan de vereisten voor ontslag voldoen, zodat de vele afwijzingen terecht zijn, maar deze cijfers maken wel duidelijk dat er een discrepantie bestaat tussen enerzijds de wens om arbeidsovereenkomsten (gemakkelijker) te beëindigen en anderzijds de juridische mogelijkheden daartoe. En dat is een probleem: dit maakt namelijk dat werkgevers juist *minder* bereid zijn om een vast contract aan te bieden. Oftewel: het tegenovergestelde effect van wat de wetgever nu juist wilde bereiken.

En dat is een probleem: dit maakt namelijk dat werkgevers juist *minder* bereid zijn om een vast contract aan te bieden

Ook kantonrechters hebben te kennen gegeven het grondenstelsel soms als knellend te ervaren en geen maatwerk te kunnen leveren in gevallen waarin weliswaar niet aan één ontslaggrond volledig wordt voldaan, maar tegelijkertijd wel duidelijk is dat een vruchtbare samenwerking niet meer mogelijk is. Een deel van hen gaf daarbij aan behoefte te hebben aan een algemene ontbindingsgrond, mits zij dan wel de bevoegdheid krijgen om een hogere vergoeding dan de transitievergoeding toe te kennen.⁵

Om bovenstaande redenen heeft de wetgever per 1 januari 2020 een nieuwe ontslaggrond toegevoegd: de cumulatieggrond, opgenomen in art. 7:669 lid 3 sub i BW. De wetgever heeft daarbij kennelijk goed geluisterd naar de hierboven beschreven input van de kantonrechters, want zij hebben – conform hun wens daartoe – de bevoegdheid gekregen om bij ontbinding op de cumulatieggrond een extra vergoeding toe te kennen ter hoogte van maximaal 0,5 keer de wettelijke transitievergoeding (art. 7:671b lid 8 BW).

De cumulatieggrond

Door de invoering van de cumulatieggrond is per 1 januari 2020 ook sprake van een redelijke grond voor ontslag

indien een combinatie van omstandigheden genoemd in twee of meer van de gronden bedoeld in art. 7:669 lid 3 sub c, d, e, g, en/of h BW aanwezig is, die zodanig is dat van de werkgever in redelijkheid niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

Het *doel* van de cumulatieggrond is duidelijk: dit moet kantonrechters in staat stellen voortaan meer maatwerk te leveren.⁶ Over de precieze *betekenis* van de cumulatieggrond voor het ontslagrecht is de wetgever echter wat dubbelzinnig: enerzijds benadrukt de wetgever herhaaldelijk dat het gesloten stelsel van ontslaggronden intact blijft en dat het niet de bedoeling is dit stelsel te ondergraven met de invoering van de cumulatieggrond.⁷ Anderzijds benadrukt de wetgever ook herhaaldelijk dat het ontslagrecht met het invoeren van de cumulatieggrond wordt versoepeld.⁸ De vraag is of deze twee opmerkingen met elkaar te verenigen zijn: want hoe kan het grondenstelsel gehandhaafd blijven, als tegelijkertijd een nieuwe, (meer) open geformuleerde ontslaggrond wordt toegevoegd? Dat het een open geformuleerde grond is, blijkt wel uit het feit dat voor de cumulatieggrond ook kan worden geput uit omstandigheden die betrekking hebben op de h-grond, zodat bij de cumulatieggrond in wezen alles kan worden meegewogen. De enige beperkingen zijn dat (i) omstandigheden uit minimaal 2 ontslaggronden aan de orde moeten zijn en (ii) de a-, b-, en f-grond niet gecombineerd kunnen worden.⁹ Dat zorgt er dus onmiskenbaar voor dat het grondenstelsel niet volledig intact blijft, want uiteindelijk gaat het bij de cumulatieggrond om de (open) vraag of van de werkgever wel of niet kan worden verlangd de arbeidsovereenkomst voort te zetten.

Wat de regering met deze enigszins dubbele boodschap voor ogen lijkt te hebben is dat het niet de bedoeling is dat kantonrechters nu lichtvaardiger dan voorheen overgaan tot ontbinding. Aan de cumulatieggrond is niet voldaan indien slechts enkele slecht onderbouwde gronden bij elkaar zijn gesprokkeld, zo benadrukt de regering expliciet.¹⁰ Er moet echt sprake zijn van een deugdelijk dossier; en daarvoor is het niet voldoende dat sprake is van twee

4 A.R. Houweling, P. Kruit & I.H. Kersten, 'Evaluatieonderzoek ontbindingspraktijk WWZ 2015-2018. Van een vast 'muizengatje' naar een nog vaster 'konijnenhol', TAP 2018/266.

5 Rapport 'Evaluatie Ontslaggronden WWZ', UvA/Hugo Sinzheimer Instituut, 29 juni 2016.

6 Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 9, p. 60 en Handelingen II 2018/19, 35074, nr. 48, item 8 (p. 46/47).

7 Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 54 en Handelingen II 2018/19, 35074, nr. 48, item 8 (p. 47).

8 Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 66, Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 9, p. 57 en Handelingen II 2018/19, 35074, nr. 48, item 8 (p. 49).

9 De a-grond en de b-grond zijn uitgesloten omdat het UWV bevoegd is hierover te oordelen, terwijl de kantonrechter oordeelt over de overige ontslaggronden. De regering voorzag dat een combinatie van beide rechtsgangen zou leiden tot onduidelijkheid over welke instantie bevoegd is over de cumulatieggrond te oordelen en dat dit er tevens toe zou kunnen leiden dat de aangewezen ontslagroute via het UWV wordt vermeden door een beroep te doen op de cumulatieggrond bij de kantonrechter. Dit achtte de regering onwenselijk. De f-grond (werkweigering wegens gewetensbezwaren) is tijdens de behandeling in de Eerste Kamer nog uitgesloten door aanvaarding van een motie van de SGP (Kamerstukken I 2018/19, 35074, nr. H).

10 Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 9, p. 64.

ontslaggronden die elk voor slechts 30% voldragen zijn. De rechter moet 100% overtuigd zijn, aldus minister Koolmees.¹¹ Verder lijkt de regering hiermee te doelen op de extra vergoeding die de kantonrechter aan de werknemer kan toekennen. Deze extra vergoeding dient als compensatie voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst terwijl iedere ontslaggrond op zichzelf onvoldoende is om een ontslag te rechtvaardigen.¹² Hiermee wordt er uiting aan gegeven dat het grondenstelsel nog steeds de basis vormt van het ontslagrecht en de cumulatiegroud hier slechts een afgeleide van is, hoewel de regering wel met klem ontkent dat de cumulatiegroud een minder deugdelijke of inferieure ontslaggrond is.¹³ Al met al een ietwat dubbelzinnige boodschap dus.

Over de vraag wanneer aanleiding bestaat de extra vergoeding toe te kennen en hoe hoog die dan moet zijn, geeft de regering weinig houvast. De enige aanwijzingen die de kantonrechters hierbij krijgen zijn dat de gevolgen van het ontslag en de eventuele ernstige verwijtbaarheid van de werkgever geen rol spelen bij de vaststelling van de hoogte van de extra vergoeding, nu die omstandigheden immers al zijn verdisconteerd in de transitievergoeding c.q. de billijke vergoeding.¹⁴ Verder merkt de regering op dat *‘wanneer de rechter van oordeel is dat een of meer van de ontslaggronden, waarop de cumulatie van omstandigheden is gebaseerd, bijna voldragen is, (...) dit een aanleiding [zou] kunnen zijn een lage extra vergoeding toe te kennen. Als sprake is van een cumulatie van ontslaggronden die ieder voor zich in een veel mindere mate voldragen zijn, kan de rechter dit als aanleiding zien om een hogere extra vergoeding toe te kennen.’*¹⁵

Voor het overige moet de hoogte van de extra vergoeding volgens de regering worden uitgekristalliseerd in de jurisprudentie.

Analyse jurisprudentie

De analyse in dit artikel ziet op de 22 (gepubliceerde) uitspraken die in de periode 1 januari 2020-20 september 2020 zijn geweest, waarin de i-grond door de kantonrech-

ter is beoordeeld.¹⁶ Zoals gezegd, is het nog te vroeg om echt harde conclusies te kunnen trekken over de invloed van de cumulatiegroud op het ontslagrecht. Daarvoor zouden eerst ook de gerechtshoven en de Hoge Raad zich hierover moeten uitlaten en zou bovendien de jurisprudentie over een langere periode moeten worden geanalyseerd. Wel kunnen op basis van de tot nu toe gewezen jurisprudentie alvast enkele constatering worden gedaan.

Bijna voldragen ontslaggrond?

De eerste constatering is dat de lat hoog ligt: er is niet snel voldaan aan de cumulatiegroud. Dit lijkt ook in lijn te zijn met de bedoeling van de wetgever: de i-grond is immers een volwaardige ontslaggrond. Daarbij is wel opmerkelijk dat veel kantonrechters – mogelijk ook in navolging van elkaar – overwegen (of suggereren) dat voor het slagen van de cumulatiegroud vereist is dat sprake is van minimaal één bijna voldragen ontslaggrond. Deze overweging komt voor in 9 van de 22 uitspraken.¹⁷

Het is een raadsel hoe kantonrechters dan kunnen overwegen dat zonder één bijna voldragen ontslaggrond niet kan worden ontbonden op de cumulatiegroud

Het is echter de vraag of dit wel correct is. In de wetsgeschiedenis wordt het vereiste van minimaal één bijna voldragen ontslaggrond in elk geval niet genoemd. Inte-

- 16 Ktr. Noord-Nederland 17 februari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:1036; Ktr. Oost-Brabant 25 februari 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:1498; Ktr. Oost-Brabant 5 maart 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:1499; Ktr. Midden-Nederland 27 maart 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1221; Ktr. Rotterdam 30 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:2915; Ktr. Den Haag 28 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4679; Ktr. Overijssel 6 mei 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1726; Ktr. Amsterdam 8 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2541; Ktr. Oost-Brabant 14 mei 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:2864; Ktr. Overijssel 3 juni 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1975; Ktr. Den Haag 8 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:5404; Ktr. Rotterdam 9 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5246; Ktr. Noord-Holland 16 juni 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:4469; Ktr. Noord-Holland 16 juni 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5158; Ktr. Midden-Nederland 6 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2705; Ktr. Midden-Nederland 8 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2628; Ktr. Noord-Holland 8 juli 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5559; Ktr. Rotterdam 17 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6350; Ktr. Noord-Holland 17 juli 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5324; Ktr. Midden-Nederland, 24 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3327; Ktr. Oost-Brabant 26 augustus 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:4165; Ktr. Midden-Nederland 10 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3800.
- 17 Ktr. Noord-Nederland 17 februari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:1036; Ktr. Rotterdam 30 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:2915; Ktr. Oost-Brabant 14 mei 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:2864; Ktr. Den Haag 8 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:5404; Ktr. Midden-Nederland 6 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2705; Ktr. Midden-Nederland 8 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2628; Ktr. Noord-Holland 8 juli 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5559; Ktr. Midden-Nederland 24 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3327; Ktr. Oost-Brabant 26 augustus 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:4165.

11 *Handelingen I* 2018/19, 35074, nr. 29, p. 17/18.

12 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 57.

13 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 9, p. 65/66.

14 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 57.

15 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 9, p. 57/58, *Handelingen II* 2018/19, 35074, nr. 48, item 8 (p. 52) en *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. D, p. 64.

gendeel: in de wetsgeschiedenis wordt *juist* expliciet opgemerkt dat als sprake is van een cumulatie van ontslaggronden ‘die ieder voor zich in een veel mindere mate voldragen zijn’, dit reden kan zijn voor het toekennen van een hogere extra vergoeding.¹⁸ Oftewel: in de wetsgeschiedenis wordt er nadrukkelijk rekening mee gehouden dat de cumulatieggrond óók aan de orde kan zijn bij een combinatie van gronden die allemaal niet bijna voldragen zijn. Dit wordt op drie plekken in de parlementaire geschiedenis herhaald, dus het is niet slechts ‘a slip of the pen’. Het is een raadsel hoe kantonrechters dan kunnen overwegen dat zonder één bijna voldragen ontslaggrond niet kan worden ontbonden op de cumulatieggrond. Weliswaar is duidelijk dat 2 keer 30% niet voldoende is, maar het lijkt erop dat de regering heeft bedoeld dat 2 keer 50% dat wel is. Twee keer 50% leidt er immers toe dat de kantonrechter er 100% van overtuigd kan raken dat van de werkgever niet langer kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, en daar gaat het om.

Van der Kind meent dat het vereiste van één bijna voldragen ontslaggrond wel in lijn is met de bedoeling van de wetgever, waarbij hij refereert aan de opmerking van minister Koolmees dat het niet voldoende is om enkele slecht onderbouwde gronden bij elkaar te sprokkelen. Tevens meent hij dat zonder bijna voldragen ontslaggrond hoe dan ook geen sprake kan zijn van een gerechtvaardigde ontbinding op de cumulatieggrond, omdat ‘een andere benadering (...) ertoe [zou] kunnen leiden dat de cumulatieggrond toch gaat werken als een open grond, wat nadrukkelijk niet de bedoeling is.’¹⁹

Van der Kind stelt zich daarbij de – terechte – vraag wat het verschil is tussen een slecht onderbouwde bij elkaar gesprokkelde grond, en een voldoende onderbouwde grond, en concludeert vervolgens dat duidelijk is dat de gronden wel enige substantie moeten hebben, anders hebben ze te weinig gewicht bij een combinatie daarvan. Dat laatste is correct, maar ‘enige substantie’ en ‘bijna voldragen’ zijn wel echt twee verschillende dingen. Dat laatste vereiste volgt niet uit de wetsgeschiedenis. Wel staat hierin dat de kantonrechter er 100% van overtuigd moet raken dat een vruchtbare samenwerking geen reëel perspectief meer is. Dat laatste is dus het doorslaggevende element bij de cumulatieggrond, en dat kan ook aan de orde zijn indien elementen uit meerdere gronden (dit kunnen overigens ook meer dan twee zijn) in min of meer gelijkmatige mate bijdragen aan deze conclusie, zonder dat één grond bijna is voldragen. Ook Verhulp lijkt deze mening te zijn toegedaan.²⁰

Overigens is het *juist* de bedoeling dat de cumulatieggrond gaat werken als een (meer) open ontslaggrond, anders kan

de beoogde versoepeling van het ontslagrecht – veroorzaakt door het (te) rigide grondenstelsel – immers niet worden bereikt. Het vereiste dat sprake dient te zijn van minimaal één bijna voldragen ontslaggrond, zou opnieuw barrières opwerpen voor het leveren van maatwerk door kantonrechters. Relevant daarbij is dat de regering nadrukkelijk heeft opgemerkt dat het ten koste zou gaan van dit maatwerk om de cumulatieggrond vergaand ‘*dicht te regelen*’.²¹ Dit heeft zij dus ook bewust niet gedaan.

Het is evident niet de bedoeling dat we teruggaan naar de ‘oude situatie’ van voor 1 juli 2015. Dat kan echter ook worden voorkomen zonder het vereiste van één bijna voldragen ontslaggrond, nu de kantonrechter immers enkel kan ontbinden op de cumulatieggrond indien die grond (in totaal) 100% is voldragen. Het is nadrukkelijk niet mogelijk, zoals bij art. 7:685 (oud) BW in de praktijk dus wel gebeurde in het kader van de billijkheidstoets, om een onvoldoende sterke grond te compenseren met een hogere vergoeding, althans niet ongelimiteerd.²² Dat is echt een wezenlijk verschil.

Helstone labelt de notie dat sprake moet zijn van ten minste één bijna voldragen ontslaggrond als voornaamste oorzaak van het feit dat de cumulatieggrond tot nu toe nog weinig bestaansrecht lijkt te hebben.²³ Dit is een juiste conclusie. Nu dus minst genomen twijfel bestaat over de juistheid van dit vereiste, zou het goed zijn als de gerechtshoven en/of de Hoge Raad zich hier snel over uitlaten. Het al dan niet correct zijn van dit vereiste is immers essentieel voor de vraag in hoeverre het ontslagrecht nu echt versoepeld is.

Een voorbeeld van een uitspraak waarin de cumulatieggrond wél juist wordt toegepast, is de uitspraak van de Kantonrechter Midden-Nederland van 10 september 2020. Deze zaak ging over een fysiotherapeut/hobbyfotograaf die voorstelde om (deels ongepaste) foto’s van cliënten en collega’s te maken. De kantonrechter vond de verwijten niet ernstig genoeg voor de e-grond en ook was geen sprake van een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding. Wel hadden het verwijtbare gedrag van de werknemer en de verstoring in de arbeidsrelatie ‘*zodanige substantie*’ dat van de werkgever redelijkerwijs niet kon worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Alle feiten bij elkaar leidden volgens de kantonrechter namelijk tot dusdanige spanningen in de fysiotherapiepraktijk, dat voortzetting van de arbeidsrelatie niet meer van de werkgever kon worden gevergd.²⁴ Deze uitspraak kan worden gezien als een schoolvoorbeeld van de cumulatieggrond, zoals hij door de wetgever is bedoeld.

18 Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 9, p. 57/58, Handelingen II 2018/19, 35074, nr. 48, item 8 (p. 52) en Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. D, p. 64.

19 O. van der Kind, ‘De cumulatieggrond: combineren is nog niet zo eenvoudig’, AR 2020-0225.

20 J.M. van Slooten, M.S.A. Vegter & E. Verhulp, ‘Tekst & Commentaar Arbeidsrecht’, art. 7:671b, aant. 10, Deventer: Wolters Kluwer Nederland B.V. 2019.

21 Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. F, p. 46. Zie ook Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 9, p. 65/66.

22 Handelingen II 2018/19, 35074, nr. 48, item 8 (p. 52).

23 Ktr. Amsterdam 8 mei 2020, «JAR» 2020/148, m.nt. Helstone.

24 Ktr. Midden-Nederland 10 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3800.

Motivering cumulatiegroond

Een tweede constatering is dat kantonrechters een beroep op de cumulatiegroond vaak snel en met slechts enkele pennenstreken afwijzen indien de ontslaggrond niet afzonderlijk is toegelicht. Zij overwegen daarbij dat het niet aan de kantonrechter is om de omstandigheden die zijn aangevoerd in het kader van de afzonderlijke ontslaggronden in het kader van de i-grond te verzamelen en zelfstandig te beoordelen of dat voldoende is voor een voldragen i-grond.²⁵

Een volwaardige grond dient immers ook volwaardig te worden onderbouwd

De reden dat werkgevers de cumulatiegroond vaak niet of nauwelijks onderbouwen, lijkt te zijn dat zij de cumulatiegroond vaak als meest subsidiaire ontslaggrond aanvoeren. Onder het mom 'niet geschoten is altijd mis' wordt dan niet of nauwelijks meer gesteld dan dat alles tezamen, waarbij wordt verwezen naar het voorgaande, toch wel echt tot de conclusie leidt dat de i-grond van toepassing is. Dit is inderdaad niet voldoende. Dat blijkt ook duidelijk uit de wetsgeschiedenis, waarin immers duidelijk en herhaaldelijk te lezen is dat het aan de werkgever is te onderbouwen *waarom* deze feiten en omstandigheden een redelijke grond voor ontslag opleveren.²⁶ Ook sluit dit aan bij het feit dat de cumulatiegroond een volwaardige grond is; een volwaardige grond dient immers ook volwaardig te worden onderbouwd. Zoals de Kantonrechter Amsterdam het treffend verwoordt, is het immers niet de bedoeling dat de i-grond louter wordt ingezet 'om de niet voldragen primaire gronden te repareren'.²⁷

Toch past hier ook een kritische kanttekening, nu het tamelijk ingewikkeld is om de cumulatiegroond als uiterst subsidiaire grond te onderbouwen. Hoewel de werkgever vooraf weliswaar kan bedenken welke feiten tezamen een ontbinding op de cumulatiegroond rechtvaardigen, weet hij op dat moment nog niet waarom de kantonrechter de primair aangevoerde ontslaggronden niet voldragen zal achten. Daarom is het lastig te bepalen hoeveel gewicht aan iedere grond kan worden toegekend in de onderbouwing van de cumulatiegroond. Dit pleit ervoor om ook weer niet al te strenge eisen te stellen aan de onderbouwing van de cumulatiegroond.

Indien de cumulatiegroond als de primaire ontslaggrond wordt aangevoerd, speelt dit probleem natuurlijk niet. Dit vergt echter wel wat durf: indien de werkgever primair aangeeft dat de afzonderlijke ontslaggronden niet voldragen zijn, is het immers complex subsidiair te betogen dat

ze dat wel zijn. Bovendien loopt hij dan het risico dat een extra vergoeding wordt toegekend. Er is dan ook nog maar één (gepubliceerd) geval bekend waarin de cumulatiegroond als primaire grond werd aangevoerd. In die zaak voerde de werkgever primair de cumulatiegroond aan (combinatie van d en g) en subsidiair de g-grond. De kantonrechter kwam tot het oordeel dat niet was gebleken dat de werknemer ongeschikt was voor haar functie, zodat de d-grond in het geheel niet van toepassing was. Het beroep op de cumulatiegroond werd daarom afgewezen, nu er immers niets te cumuleren viel. Wel ontbond de kantonrechter uiteindelijk op de subsidiair aangevoerde g-grond.²⁸

Overigens is er nog geen uitspraak gepubliceerd waarin een kantonrechter de cumulatiegroond ambtshalve toepast op grond van art. 25 Rv. Over de vraag of dit mogelijk is, zijn de meningen verdeeld. De voornaamste argumenten tegen ambtshalve toepassing van de cumulatiegroond zijn (i) dat deze grond leidt tot een ander rechtsgevolg, namelijk (de mogelijkheid van) een additionele vergoeding en (ii) dat dit kan leiden tot verrassingsbeslissingen.²⁹

Verhouding met de g-grond

Een andere constatering is dat de scheidslijn tussen de i-grond en de g-grond minst genomen dun kan worden genoemd. Dit blijkt uit de eerste twee uitspraken waarin wél ontbinding is uitgesproken op de cumulatiegroond.

In de eerste zaak was sprake van een disfunctionerende werknemer die in een verbetertraject was geplaatst. Hij was het hiermee niet eens, en dat veroorzaakte een conflict. Mediation werd ingezet, maar dit leidde niet tot een oplossing, waarna een verzoek tot ontbinding werd ingediend. Volgens de kantonrechter is geen sprake van de d-grond, nu de werknemer onvoldoende gelegenheid heeft gehad om zijn functioneren te verbeteren. De kantonrechter oordeelt verder dat sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie. De g-grond is volgens hem echter niet voldragen, nu de belangrijkste oorzaak van de verstoring is gelegen in een meningsverschil over het disfunctioneren van de werknemer en het door toedoen van de werkgever is dat partijen daarin zijn blijven hangen. Vervolgens ontbindt de kantonrechter wél op de cumulatiegroond (een cumulatie van de d-grond en de g-grond), omdat vertrouwensherstel nodig is om op het toepasselijke MT-niveau met elkaar te kunnen samenwerken en dat is niet gelukt. De kantonrechter kent daarbij de maximale extra vergoeding toe, zonder dit verder te motiveren.³⁰

In de tweede zaak waarin een ontbinding op de i-grond werd uitgesproken, was sprake van een tamelijk vergelijkbare situatie: een conflictsituatie over een verbetertraject/

25 Zie bijvoorbeeld Ktr. Noord-Nederland 17 februari 2020, «JAR» 2020/6, m.nt. Helstone en Ktr. Oost-Brabant, 5 maart 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:1499.

26 Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 9, p. 60/61.

27 Ktr. Amsterdam 8 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2541.

28 Ktr. Oost-Brabant 14 mei 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:2864.

29 Zie hierover O. van der Kind, 'De cumulatiegroond: combineren is nog niet zo eenvoudig', AR 2020-0225. Zie tevens J.H. Bennaars en J.P. Quist, 'Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden in de ontbindingsprocedure?', TAP 2018/99, p. 12/13.

30 Ktr. Midden-Nederland 6 juli 2020, «JAR» 2020/187.

disfunctioneren en vervolgens een mislukte mediation. Ook hier oordeelt de kantonrechter dat de g-grond niet voldragen is, maar de i-grond wel (een cumulatie van de d-grond en de e-grond), waarbij hij qua motivering duidelijk heeft geput uit de overwegingen van de kantonrechter uit de eerste zaak. Die komt namelijk in de kern op hetzelfde neer. En ook hier kent de kantonrechter de maximale extra vergoeding toe, zonder enige motivering.³¹

Een andere constatering is dat de scheidslijn tussen de i-grond en de g-grond minst genomen dun kan worden genoemd

Over de juistheid van deze uitspraken kan worden getwijfeld. Het enkele feit dat de verstoring is veroorzaakt door een meningsverschil over het disfunctioneren en dat dit (grotendeels) de schuld van de werkgever wordt geacht, hoeft immers niet in de weg te staan aan een toewijzing op de g-grond. Dit volgt ten eerste expliciet uit de *Jackson*-beschikking.³² Ten tweede lijken dit twee schoolvoorbeelden van de Asscher-escape te zijn. De bekende uitspraak die minister Asscher destijds deed tijdens een WWZ-debat, had immers specifiek betrekking op een werkgever die een disfunctioneringsdossier niet goed aanpakt, waardoor een verstoorde arbeidsrelatie ontstaat. Volgens Asscher kan in een dergelijke situatie worden ontbonden op de g-grond, waarbij dan mogelijk wel een billijke vergoeding kan worden toegekend.³³

Voorstelbaar is dat de kantonrechters in deze zaken meenden dat geen sprake was van een ernstige en duurzame verstoring, maar dat overwogen zij niet expliciet. De enige reden voor de afwijzing van de g-grond lijkt de connectie met het verbetertraject te zijn.

De indruk ontstaat daardoor dat de kantonrechters in deze zaken mogelijk meenden dat de werkgevers wel verwijtbaar hadden gehandeld, maar dat ook weer geen sprake was van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten – zodat zij dus geen billijke vergoeding konden toekennen. Door de i-grond te gebruiken, hadden zij wel de mogelijkheid een extra vergoeding toe te kennen, wat zij ook allebei maximaal hebben gedaan. Dit is echter natuurlijk niet de bedoeling: als de g-grond volledig voldragen is, dient ook op die grond te worden ontbonden en bestaat enkel ruimte voor vergoeding hoger dan de transitievergoeding indien de werknemer door het ‘muizengaatje’ van art. 7:671b lid 9 sub c BW kan kruipen.

Overigens is het niet geheel onverwacht dat de verhouding tussen de cumulatiegrond en de g-grond troebel is. Beide ontslaggronden schuren qua vereisten namelijk dicht tegen elkaar aan, met name omdat beide gronden uit de aard te maken hebben met de relationele kant van de arbeidsovereenkomst en uiteindelijk resulteren in de redelijkheidsafweging of van de werkgever nog kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

Herplaatsingsinspanningen

Een laatste constatering is dat er twee kantonrechters zijn die het gebrek aan herplaatsingsinspanningen bij de werkgever lijken mee te wegen bij hun oordeel over de cumulatiegrond. Zij overwogen namelijk, na het inhoudelijk afwijzen van de cumulatiegrond, dat ‘daarbij meeweegt’ dat de werkgever niet aan de herplaatsingsverplichting heeft voldaan.³⁴ Mogelijk komt dit door de opmaak c.q. indeling van de uitspraak en horen deze overwegingen als zodanig niet bij de motivering van de afwijzing van de cumulatiegrond, maar opmerkelijk is het wel. In beide uitspraken werd de ontbinding namelijk op alle aangevoerde gronden afgewezen. Dan komt de kantonrechter dus niet toe aan de beoordeling van de herplaatsingsverplichting. Wat hier verder ook van zij, de herplaatsingsinspanningen van de werkgever kunnen – evident – niet worden meegenomen in de beoordeling van de cumulatiegrond. Deze inspanningen maken immers geen onderdeel uit van een redelijke grond zoals bedoeld in art. 7:669 lid 3 sub c, d, e, g of h BW. De toets inzake de herplaatsingsinspanningen is een separate toets, die pas wordt gedaan indien vast staat dat er sprake is van een redelijke grond voor ontslag.

Afsluiting

Vooralsnog kan zeker niet worden gesteld dat de cumulatiegrond leidt tot een versoepeling van het ontslagrecht, terwijl ook de grenzen met de g-grond minst genomen onduidelijk zijn. Het is daarom sterk de vraag of en in hoeverre de cumulatiegrond ervoor zal zorgen dat het ontslagrecht weer ‘van het slot’ gaat. Het is te hopen dat de gerechtshoven en/of de Hoge Raad snel meer duidelijkheid zullen geven.

Over de auteur



Mr. M. (Maaïke) Faber
Advocaat arbeidsrecht bij Wijn & Stael Advocaten N.V.

31 Ktr. Midden-Nederland 24 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3327.

32 HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220, r.o. 3.3.2. Zie tevens HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2218.

33 *Handelingen I* 2013/2014, 33818, nr. 32, item 14 (p. 10).

34 Ktr. Rotterdam 9 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5246 en Ktr. Noord-Holland 17 juli 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5324.