

van het woord 'nazi' niet meer zou worden getolereerd.<sup>14</sup> Beter kan ik me vinden in de uitspraak van de kantonrechter die ontbindt op de e-grond vanwege het feit dat de werknemer haar blinde collega per e-mail betitelde als 'blind varken' en 'kutmongool'. De kantonrechter vond dat het de werknemer duidelijk had moeten zijn geweest dat dit gedrag niet zou worden geaccepteerd.<sup>15</sup> Ook de werknemer die voor zijn zoon en dochter tegels, verf en andere materialen kreeg van leveranciers van de werkgever terwijl hij die materialen als meerwerk opnam in een project dat hij voor de werkgever begeleidde, kreeg te maken met een ontbinding op de e-grond. Zijn handelen werd bestempeld als frauduleus handelen dat de werknemer evident achterwege had moeten laten. Het feit dat de werkgever weinig had gedaan om zijn werknemers bewust te maken van integriteitsrisico's deed hier niets aan af.<sup>16</sup> Je hebt ook altijd nog zoiets als normale fatsoensnormen waar een werknemer zich in het kader van goed werknemerschap aan heeft te houden.

Op het als werkgever hebben van interne protocollen/beleid over bijvoorbeeld integriteit is natuurlijk niets tegen, maar het is de vraag hoe specifiek een werkgever in deze beleidsregels moet zijn. Een werknemer die ontoelaatbaar gedag vertoont wat nu net niet is opgesomd in deze beleidsregels zal veelal met die goed bedoelde beleidsregels in de hand het standpunt innemen dat zijn gedrag dus kennelijk niet verwijtbaar is.

In deze uitspraak wordt (gelukkig) duidelijk dat evident onaanvaardbaar gedrag ook zonder i) reglementen/protocollen/beleidsregels (waarin dat gedrag uitdrukkelijk staat omschreven als ontoelaatbaar) en ii) zonder eerdere waarschuwingen moet leiden tot een voldragen e-grond.

#### Concluderend

Al met al geen verrassende uitspraak, maar wel een bevestiging van een tweetal uitgangspunten rondom de e-grond waarvan het altijd nuttig is voor de rechtspraak om dat bevestigd te zien door de Hoge Raad:

- i) Voor een ontslag op de e-grond (verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer) is niet vereist dat dit een laatste redmiddel is (in tegenstelling tot de situatie bij een ontslag op staande voet).
- ii) Voor een succesvol beroep op de e-grond moet het voor de werknemer vooraf kenbaar zijn geweest dat het bewuste gedrag voor de werkgever niet toelaatbaar is. Die kenbaarheid is niet alleen aan de orde als in beleid/protocollen van de werkgever kenbaar is gemaakt dat bepaald gedrag niet is toegestaan of als de werknemer eerder is aangesproken op dergelijk gedrag door een waarschuwing. Aan het kenbaarheidsvereiste is ook voldaan als evident is dat het gedrag niet toelaatbaar is.

mr. drs. J.A. Tersteeg  
Tersteeg Advocatuur

### Hof verbetert grondslag ontbinding eerste aanleg van g naar i en kent 25% van de transitievergoeding (i-vergoeding) toe

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem  
29 maart 2021, nr. 200.285.043,  
ECLI:NL:GHARL:2021:2957  
(mr. Giesen, mr. Hillen, mr. Katz-Soeterboek)  
Noot mr. R. de Vos en mr. A. van der Vis

#### I-grond. Cumulatievergoeding. Transitievergoeding. Cumulatiegrond. Ontbinding.

[BW art. 7:671b lid 8, 7:669 lid 3 sub i]

*Essentie: Ontbinding arbeidsovereenkomst op de i-grond. Vergoeding art. 7:671b lid 1 BW ter hoogte van 0,25% van de transitievergoeding vanwege het ontbreken van een deugdelijk verbetertraject waardoor werknemer de kans op verbetering van zijn communicatie, houding en gedrag is ontnomen.*

*Samenvatting: Werknemer is sinds 20 juni 2008 op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bij Stichting AxionContinu Groep (hierna: AxionContinu) in dienst als zelfstandig werkend kok in een revalidatie- en herstelcentrum voor 32 uur per week. Tot 2017 is niet gebleken van aanmerkingen op het functioneren van werknemer. In 2017 is werknemer op de locatie De Parkgraaf gaan werken. Op 27 februari 2020 is werknemer op non-actief gesteld en is de door AxionContinu gewenste ontbinding van de arbeidsovereenkomst aangekondigd. De kantonrechter heeft het ontbindingsverzoek op de g-grond toegewezen. Werknemer is hiervan in hoger beroep gekomen.*

*Het hof ziet net als de rechtbank voldoende reden om de arbeidsovereenkomst te ontbinden maar dan op de i-grond en niet (alleen) op de g-grond. Ook ziet het hof aanleiding om werknemer bovenop de transitievergoeding een vergoeding toe te kennen ter hoogte van een kwart van de transitievergoeding.*

*Uit het dossier blijkt dat werknemer in zijn jaargesprekken vanaf 2017 en naar aanleiding van incidenten door AxionContinu is aangesproken op zijn manier van communiceren, zijn houding en zijn gedrag. AxionContinu heeft werknemer ook meer dan eens gewaarschuwd voor de gevolgen als hij zijn gedrag niet verbetert en zij heeft gesuggereerd een coach in de arm te nemen en taallessen te volgen. Ook wordt hem de instructie gegeven om lastige situaties met collega's niet aan te gaan, maar daarvan melding te maken bij de leidinggevende. Naar het oordeel van het hof heeft AxionContinu daarmee, juist ook gelet op de karakterstructuur van werknemer, echter onvoldoende duidelijke kaders voor verbetering aangeboden en werknemer daarbij onvoldoende begeleid. Van AxionContinu had mogen worden verwacht dat zij, na de eerste kritiek in 2017, op regelmatige basis (aangekondigde) vervolggesprekken zou voeren en zou concretiseren welk gedrag zij wel en welk gedrag zij niet van werknemer vroeg, en om tijdig, en niet slechts nadat zich incidenten hadden voorgedaan, te signaleren of de gewenste ontwikkeling op het gebied van communiceren, houding en gedrag zich vanzelf zou voordoen of*

14 Rb. Rotterdam 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7564.

15 Rb. Limburg 8 november 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:10808.

16 Rb. Limburg 22 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:588.

dat werknemer daarbij professionele begeleiding nodig had. Dit geldt temeer omdat wel duidelijk is geworden dat bij werknemer niet zozeer sprake is van onwil maar van onmacht. Hij heeft het vaak wel bij het juiste eind wat betreft de gemaakte afspraken die niet correct worden nageleefd, maar hij weet geen maat te houden in het aanspreken van de ander. AxionContinu had de keuze voor de begeleiding (door bijvoorbeeld een coach), gelet daarop, ook niet (uitsluitend) bij werknemer mogen beleggen, maar had daarin het voortouw moeten nemen toen bleek dat het probleem niet met gesprekken zou worden opgelost. Dat geldt nog eens extra nu ook voor AxionContinu duidelijk was dat werknemer, mede vanwege mentale problemen in verband met de in zijn werk ervaren druk, langere periodes ziek is geweest. Hij was in die zin dus een vrij kwetsbare werknemer die in het kader van het verbeteren van zijn communicatie, houding en gedrag aan de hand genomen had moeten worden. Dat is niet gebeurd. Van werknemer kon niet worden verwacht dat hij zijn verbetertraject zelf vorm gaf. Werknemer heeft onvoldoende de gelegenheid gehad om zijn functioneren te verbeteren. Van een voldragen d-grond is dus geen sprake.

Met de hiervoor beschreven incidenten heeft werknemer naar het oordeel van het hof verwijtbaar gehandeld. Mede gezien het feit dat het handelen van werknemer voortkomt uit onmacht en AxionContinu hierop, door het ontbreken van een deugdelijk verbetertraject, niet voldoende adequaat heeft gehandeld, kan echter niet worden gezegd dat van AxionContinu niet kan worden gevergd het dienstverband te laten voortduren. Van een voldragen e-grond is dan ook geen sprake.

Gelet op de aard, de ernst en het terugkerende karakter van de tekortschietende wijze van bejegening van onder andere naaste collega's, ziet het hof in dat de verhoudingen tussen werknemer, zijn naaste collega's en leidinggevenden sterk onder druk zijn komen te staan. Met name de door collega's ervaren boze aard van zijn verbale en non-verbale reacties naar collega's toe, rechtvaardigt de conclusie dat er bij AxionContinu niet langer vertrouwen bestaat in een goede samenwerking met werknemer. Naar het oordeel van het hof heeft AxionContinu, door de begeleiding van werknemer niet tijdig en adequaat op te pakken, onvoldoende gedaan om de verstoorde verhoudingen te herstellen of de oorzaak daarvan aan te pakken. Ook is onvoldoende gebleken wat AxionContinu heeft gedaan om werknemer tijdig – voordat de verhoudingen diepgaander verslechterden – elders in de organisatie onder te brengen. Dat mocht, gelet op het lange en tot 2017 vlekkeloze dienstverband, wel van AxionContinu worden verwacht. Ook de g-grond is naar het oordeel van het hof niet voldragen.

Uit het voorgaande volgt dat het functioneren van werknemer vanaf 2017 aanleiding heeft gegeven tot kritiek van de zijde van AxionContinu, maar dat AxionContinu werknemer onvoldoende heeft begeleid in verbetering daarvan. De incidenten waarin werknemer een verwijtbare rol heeft gespeeld, hebben grote druk gelegd op de arbeidsrelatie. Werknemer herkent zich hier niet in. Tijdens de zitting heeft hij ook verklaard dat hij niet inziet wat hij, wanneer hij zou terugkeren op de werkvloer, anders zou moeten doen. Gelet op dat gegeven, bezien in samenhang met alle hiervoor genoemde omstandigheden, kan van AxionContinu niet gevergd worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, ondanks het feit dat AxionContinu werknemer geen deugdelijke gelegenheid heeft gegeven zijn functioneren te verbeteren. De arbeidsovereenkomst zal worden ontbonden op de i-grond. Voor toekenning van een billijke vergoeding op grond van art.

7:683 lid 3 BW bestaat geen grond. Het hof ziet aanleiding om een vergoeding toe te kennen als bedoeld in art. 7:671b lid 8 BW ter hoogte van 25% van de transitievergoeding. Reden voor die vergoeding is gelegen in het ontbreken van een deugdelijk verbetertraject, waardoor dat in feite niet tot uitvoering is gekomen en waardoor werknemer de kans op verbetering van zijn communicatie, houding en gedrag is ontlopen.

[verzoeker], wonende te [A],  
verzoeker in het principaal hoger beroep, verweerder in het incidenteel hoger beroep,  
in eerste aanleg: verweerder,  
hierna: [verzoeker],  
advocaat: mr. A.D.J. van Ruyven,  
tegen  
de stichting *Stichting AxionContinu Groep*, gevestigd te Utrecht,  
verweerster in het principaal hoger beroep, verzoekster in het incidenteel hoger beroep,  
in eerste aanleg: verzoekster,  
hierna: AxionContinu,  
advocaat: mr. C.C.M. van den Berg.

#### 1. De procedure bij de kantonrechter

In eerste aanleg is geprocedeerd en beslist zoals weergegeven in de beschikking van 31 juli 2020 van de kantonrechter in de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht.

#### 2. De procedure bij het hof

- 2.1. Het verloop van de procedure is als volgt:
- het beroepschrift (met producties) van 28 oktober 2020, ter griffie ontvangen op 28 oktober 2020;
  - het verweerschrift tevens incidenteel hoger beroepschrift met producties;
  - het verweerschrift in het incidenteel hoger beroep;
  - de op 24 februari 2021 gehouden mondelinge behandeling, waarbij AxionContinu een pleitnotitie heeft overgelegd.
- 2.2. Na afloop van de mondelinge behandeling heeft het hof beschikking bepaald op 6 april 2021 of zoveel eerder als mogelijk is.

#### 3. De beoordeling in hoger beroep

3.1. AxionContinu is een organisatie voor wonen, (thuis)zorg en revalidatie en biedt zorg en behandeling aan cliënten, die behoren tot de doelgroep van ouderen, revalidanten en zorg-behoevenden. [verzoeker] is sinds 20 juni 2008 op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bij AxionContinu in dienst als zelfstandig werkend kok in een revalidatie- en herstelcentrum voor 32 uur per week. AxionContinu heeft de kantonrechter gevraagd de arbeidsovereenkomst op de e-, de g- of de i-grond te ontbinden. De kantonrechter heeft het verzoek op de g-grond toegewezen, de arbeidsovereenkomst ontbonden en het einde van de arbeidsovereenkomst bepaald op 1 september 2020. AxionContinu is veroordeeld de transitievergoeding aan [verzoeker] te betalen. De proceskosten zijn gecompenseerd.

3.2. [verzoeker] stelt zich in hoger beroep samengevat op het standpunt dat er onvoldoende aanleiding is om de arbeidsovereenkomst te ontbinden en hij vraagt daarom herstel van de arbeidsovereenkomst dan wel toekenning van een billijke vergoeding naast de transitievergoeding. In het incidenteel hoger beroep voert AxionContinu aan dat de proceskosten ten onrechte zijn gecompenseerd en verzoekt zij het hof om

[verzoeker] in de proceskosten van beide instanties te veroordelen.

*De beslissing van het hof: ontbinding op de i-grond*

3.3. Het hof ziet net als de rechtbank voldoende reden om de arbeidsovereenkomst te ontbinden maar dan op de i-grond en niet (alleen) op de g-grond. Ook ziet het hof aanleiding om [verzoeker] bovenop de transitievergoeding een vergoeding toe te kennen ter hoogte van een kwart van de transitievergoeding. Het hof zal toelichten waarom het zo oordeelt. Eerst zullen de gebeurtenissen worden geschetst tegen de achtergrond waarvan het verzoek tot ontbinding moet worden beoordeeld.

*Het verloop vanaf 2017*

3.4. Tot 2017 is niet gebleken van aanmerkingen op het functioneren van [verzoeker]. In 2017 is [verzoeker] op de locatie De Parkgraaf gaan werken. Op die locatie wordt gewerkt met een nieuw concept: de open keuken. De gedachte achter die open keuken is dat revalidanten geen bewoners zijn maar gasten en dat met een open keuken meer een horeca-gevoel wordt nagestreefd. De koks zijn zichtbaar voor de bezoekers van het restaurant en komen meer met bezoekers van het restaurant in contact. Een andere verandering is dat koks op de locatie De Paragraaf zelf koken terwijl de maaltijden voorheen (en op de locatie waar [verzoeker] eerder werkte) kant en klaar werden aangeleverd en de taken van de koks vooral bestonden uit het opwarmen en uitdelen van die maaltijden. [verzoeker] heeft scholing gekregen met betrekking tot die nieuwe, meer dienstverlenende rol.

3.5. In het jaargesprek op 30 oktober 2017 is [verzoeker] erop gewezen dat hij zich aan gemaakte afspraken moest houden wat betreft de menu's, dat hij bij nieuwe medewerkers soms erg kortaf kon overkomen, dat hij daarom over dingen moet praten die hem dwarszitten en er niet mee moet blijven zitten. Verder is hem gezegd dat de communicatie zou verbeteren als hij Nederlandse les zou volgen. Op 29 mei 2018 is [verzoeker] er door zijn leidinggevenden op aangesproken dat hij afwijkt van het menu zonder dat te communiceren. Verder staat in het verslag van dit gesprek:

'Uit jaargesprekken en mail van medewerkers Atrium zijn er van verschillende klachten dat [verzoeker] geregeld chagrijnig, woedend en agressief overkomt. Hij reageert zijn woede af op collega's, verpleging en zelfs op revalidanten. Medewerkers voelen zich niet prettig en onveilig op de werkvloer, [verzoeker] kan erg intimiderend overkomen met zijn gedrag. (...) We hebben met [verzoeker] afgesproken dat we over 3 weken een vervolgsprek met hem hebben en dat hij die tussentijd aan zijn houding en functioneren gaat werken. De collega's op een fatsoenlijke manier te woord staan en het menu volgen zoals afgesproken. (...) [B] geeft aan bij [verzoeker] dat zodra geen verbetering in zijn houding en functioneren komt, zijn rol in de keuken bij Parkgraaf geen toekomst heeft.'

Het geplande vervolgsprek heeft niet plaatsgevonden.

3.6. In het jaargesprek op 16 oktober 2018 is geconstateerd dat [verzoeker] zich beter aan de afspraken en het menu houdt. Ook staat er in het verslag van dit gesprek dat het in de communicatie met collega's veel beter gaat. Een cursus Nederlands is wederom aangestipt. De mogelijkheid van een coach wordt geopperd maar afgesproken wordt dat niet nu in te zetten.

3.7. Op 18 februari 2019 heeft een medewerker Zorg een melding gedaan over onheuse en boze bejegening door [verzoeker] van die medewerker in bijzijn van een revalidant. Deze medewerker wilde een dienblad met eten naar een cliënt

brengen die op haar kamer wilde eten. Daarop heeft [verzoeker] haar, in bijzijn van een andere cliënt, aangesproken dat dat niet de bedoeling was, waarna hij het dienblad uit haar handen zou hebben genomen.

3.8. In een verslag van een gesprek op 12 maart 2019 tussen [verzoeker] en onder andere zijn nieuwe leidinggevende blijkt dat [verzoeker] zich heeft ziek gemeld wegens fysieke en psychische klachten. Hij benoemt in dat gesprek dat hij er nog last van heeft dat hij is aangesproken op klachten van collega's over hem, terwijl hij vindt dat hij zich altijd aan de regels houdt en collega's dat niet doen. In het verslag staat onder andere: '(...) Het is natuurlijk in principe dat bedoeling dat iedereen zich aan de afspraken houdt, maar als een collega dat niet doet is het niet aan [verzoeker] om daar boos op te reageren. Het zou beter zijn als hij het wel benoemt (op een positieve manier) en het vervolgens met [C] of [D] bespreekt. (...) Het is duidelijk dat [verzoeker] zich erg verantwoordelijk voelt, zich erg druk maakt over zijn werk, alles graag goed wil doen, maar ook graag wil dat anderen het op zijn manier doen en de communicatie daarover verloopt niet goed. (...) Omdat dit niet de eerste keer is dat [verzoeker] een gesprek heeft over dit onderwerp willen we duidelijke afspraken maken over dat dit gedrag niet meer mag voorkomen. We willen hierover dus geen klachten meer ontvangen van revalidanten en collega's. We hebben gesproken over hoe we [verzoeker] hierin kunnen ondersteunen, en aangeboden dat hij begeleid kan worden door een coach. Deze coach kan meekijken in zijn werk en tips geven over hoe hij zaken op een andere manier kan aanpakken, vooral in de communicatie. [verzoeker] wil hier wel over nadenken, maar zegt dat dit gesprek hem voorlopig voldoende heeft geholpen om ermee aan de slag te gaan. We benadrukken dat ondersteuning van een coach geen straf is, maar ook een manier om hem te helpen om meer te relativeren en meer afstand te nemen van zijn werk, zodat hij minder gaat piekeren.'

3.9. Op 26 maart 2019 heeft een gesprek plaatsgevonden omdat [verzoeker] zich op 16 maart 2019 na zijn eerste halve werkdag opnieuw volledig heeft ziek gemeld. Onder andere wordt afgesproken dat [verzoeker] op 1 april 2019 naar de bedrijfsarts zal gaan. Onduidelijk is wanneer [verzoeker] in de periode daarna al dan niet ziek was. Uit een email van 9 juli 2019 van [E] (HR-adviseur) aan [verzoeker] volgt in ieder geval dat hij zich op 8 juli 2019 weer volledig ziek heeft gemeld.

3.10. Op 7 januari 2020 hebben [E], [F] (leidinggevende) en [verzoeker] met elkaar gesproken over het verzuim van [verzoeker] in 2019. In dat gesprek is nog weer benoemd dat er eerdere gesprekken zijn gevoerd over de wijze waarop [verzoeker] met zijn collega's communiceert wanneer zij in de ogen van [verzoeker] hun werk niet goed doen en dat [verzoeker] dan naar zijn leidinggevende moet gaan en het niet zelf moet proberen op te lossen. In de brief van 27 januari 2020 waarin de inhoud van dit gesprek is bevestigd staat verder: 'We benadrukken nog een keer dat je hierin je verantwoordelijkheid moet nemen, en dat betekent bij je leidinggevende melden als er dingen spelen waar je last van hebt. Als je dit niet doet volgt vaak weer een verzuimmelding, en dat willen we juist voorkomen, ook in jouw belang!'

3.11. In een Registratieformulier Melding Incidenten Medewerkers (MIM) maakt collega [G] melding van een incident op 12 januari 2020. Zij schrijft onder andere:

'(...) we waren bezig met het avondeten. 2 cliënten wilde een grote portie ik vroeg dus aan [verzoeker] of twee mensen een grote portie mochten hebben. Hij schepte toen een normale

portie op in Hij zei toen dat we niet genoeg eten hadden, maar er was genoeg en we konden anders altijd nog bij domstate vragen. Dit zei ik dus tegen hem en bracht toen het eten weg. De 2 cliënten hadden het eten op gegeten en vroegen of ze nog wat bij mochten omdat ze nog trek hadden. Ik was toen dus terug naar de keuken gegaan en vroeg voor 2 cliënten nog wat bij mochten krijgen. Ik zag dat er nog genoeg eten over was en dat een groot gedeelte van de cliënten al hadden gegeten. Dus hij zei (schreeuwend) tegen mij dat het niet kon en dat hij de kok was en hij dus beslist. Ik heb toen gezegd dat er genoeg eten over is dus dat het gewoon kan en als we te kort komen dat ga ik het wel halen bij domstate. Ik vroeg toen nogmaals of hij wilde opscheppen en ik het anders zelf zou doen. Ik hield dus die twee borden vast en hij gooide met de opschep lepel warme zuurkool op dit deed hij op een hele agressieve manier. Ik zag het gebeuren dus ontweek ik het, en viel het gelukkig precies naast mij. Ik zei toen geschrokken tegen hem dat hij niet met eten moest gooien en dat hij mij bijna had verbrand met zuurkool. Dus hij zei ja maar het is toch niet op je gekomen dus ik zei dat ik het niet vond kunnen en vroeg of hij er ook nog jus bij wilde doen. Dit deed hij nog een keer en gelukkig kon ik het weer ontwijken. (...) En heb toen tegen hem gezegd dat ik nu [H] of [D] ga bellen omdat het heel gevaarlijk is wat hij doet. Toen zei hij: Ga maar, oprotten, bel wie je wil, weg wezen jij! (...)

3.12. Op 24 februari 2020 is er over [verzoeker] geklaagd door een dochter van een revalidant. Zij zat met haar vader (de revalidant) in het restaurant om hem te helpen met eten. Zij is door [verzoeker] er op aangesproken dat zij een een plek bezet hield voor andere revalidanten en dat als ze wilde blijven zitten, zij een maaltijd moest bestellen. Dit zou op een intimiderende manier zijn gegaan, [verzoeker] zou tierend en boos zijn weggelopen en vervolgens zou hij op een ruwe manier de borden en het bestek hebben uitgehaald. Door de betrokkene is hierover een klacht ingediend. [verzoeker] heeft zijn excuses aangeboden. In een email van 27 februari 2020 heeft een collega zich erover beklaagd dat [verzoeker] in de week ervoor tegen een andere collega heeft geschreeuwd omdat zij te laat terug zou zijn.

3.13. Op 27 februari 2020 is [verzoeker] op non-actief gesteld en is de door AxionContinu gewenste ontbinding van de arbeidsovereenkomst aangekondigd.

#### *d-grond*

3.14. Uit de hiervoor weergegeven gebeurtenissen lijkt te volgen dat in ieder geval sinds 2017 de houding, het gedrag en met name de communicatie van [verzoeker] richting collega's en revalidanten als problematisch wordt ervaren. [verzoeker] heeft tijdens de zitting bij het hof verklaard dat hij dat niet herkent en, met overlegging van verklaringen van collega's, gesteld dat hij altijd vriendelijk is naar iedereen. De precieze aard en ernst van de incidenten valt, gelet daarop, niet vast te stellen maar uit de verslagen van diverse gesprekken en verklaringen van collega's en de dochter van een revalidant volgt naar het oordeel van het hof wel dat collega's van [verzoeker] en in ieder geval een bezoeker van het restaurant meer dan eens de bejegening door [verzoeker] als bijzonder onprettig en incorrect hebben ervaren.

3.15. Zowel de samenwerking met collega's als het contact tussen [verzoeker] en revalidanten en andere bezoekers van het restaurant vormen, vooral sinds er in een open keuken wordt gewerkt, een belangrijk onderdeel van de functie van [verzoeker]. Het zit, daarover zijn partijen het wel eens, in het karakter van [verzoeker] om strikte naleving van regels en

afspraken te verlangen van zichzelf en anderen. Gebleken is dat [verzoeker] daar op een tamelijk rigide manier mee om lijkt te gaan, waarbij hij onvoldoende flexibiliteit lijkt te kunnen betrachten waar dat, omwille van de verhoudingen en de samenwerking, wel wenselijk is. Uit de hiervoor weergegeven incidenten blijkt dat het [verzoeker] keer op keer niet lukt om, wanneer iemand zich in zijn ogen niet volgens afspraak gedraagt, die ander daar op de juiste toon en met de juiste bejegening op aan te spreken, zonder dat de ander zich geïntimideerd, gekwetst of geschoffeerd voelt. Hoewel AxiaContinu de d-grond niet aan haar verzoek ten grondslag heeft gelegd, gaat het naar het oordeel van het hof in deze zaak in wezen om disfunctioneren: door het kennelijke onvermogen van [verzoeker] om zijn onvrede op een gedoseerde, correcte manier aan de ander over te brengen, is [verzoeker] – nu samenwerking en contact met cliënten een belangrijk onderdeel zijn van zijn werk – ongeschikt voor zijn functie.

3.16. Wanneer sprake is van disfunctioneren dient een werknemer hiervan tijdig in kennis te worden gesteld en dient hij in voldoende mate in de gelegenheid te worden gesteld zijn functioneren te verbeteren. Uit het dossier blijkt dat [verzoeker] in zijn jaargesprekken vanaf 2017 en naar aanleiding van incidenten door AxionContinu is aangesproken op zijn manier van communiceren, zijn houding en gedrag. AxionContinu heeft [verzoeker] ook meer dan eens gewaarschuwd voor de gevolgen als hij zijn gedrag niet verbetert en zij heeft gesuggereerd een coach in de arm te nemen en taallessen te volgen. Ook wordt hem de instructie gegeven om lastige situaties met collega's niet aan te gaan maar melding te maken bij de leidinggevende. Naar het oordeel van het hof heeft AxionContinu daarmee, juist ook gelet op de karakterstructuur van [verzoeker], echter onvoldoende duidelijke kaders voor verbetering aangeboden en [verzoeker] daarbij onvoldoende begeleid. Van AxionContinu had mogen worden verwacht dat zij na de eerste kritiek in 2017 (aangekondigde) vervolgesprekken op regelmatige basis had gevoerd en te concretiseren welk gedrag zij wel en welk gedrag zij niet van [verzoeker] vroeg, en tijdig, en niet slechts nadat zich incidenten hadden voorgedaan, te signaleren of de gewenste ontwikkeling op het gebied van communiceren, houding en gedrag zich vanzelf zou voordoen of dat [verzoeker] daarbij professionele begeleiding nodig had. Dit geldt temeer omdat wel duidelijk is geworden dat bij [verzoeker] niet zozeer sprake is van onwil maar van onmacht. Hij heeft het vaak wel bij het juiste eind wat betreft de gemaakte afspraken die niet correct worden nageleefd maar hij weet geen maat te houden in het aanspreken van de ander. AxionContinu had de keuze voor de begeleiding (door bijvoorbeeld een coach), gelet daarop, ook niet (uitsluitend) bij [verzoeker] mogen beleggen maar had daarin het voortouw moeten nemen toen bleek dat het probleem met gesprekken niet zou worden opgelost. Dat geldt nog eens extra nu ook voor AxionContinu duidelijk was dat [verzoeker] mede vanwege mentale problemen in verband met de in zijn werk ervaren druk langere periodes ziek is geweest. Hij was in die zin dus een vrij kwetsbare werknemer die in het kader van het verbeteren van zijn communicatie, houding en gedrag aan de hand genomen had moeten worden. Dat is niet gebeurd. Van [verzoeker] kon niet worden verwacht dat hij zijn verbetertraject zelf vorm gaf. [verzoeker] heeft onvoldoende de gelegenheid gehad om zijn functioneren te verbeteren. Van een voldragen d-grond is dus geen sprake.

*e-grond*

3.17. Met de hiervoor beschreven incidenten heeft [verzoeker] naar het oordeel van het hof verwijtbaar gehandeld. Mede gezien het feit dat het handelen van [verzoeker] voortkomt uit onmacht en AxionContinu hierop, door het ontbreken van een deugdelijk verbetertraject, niet voldoende adequaat heeft gehandeld, kan echter niet worden gezegd dat van AxionContinu niet kan worden gevegd het dienstverband te laten voortduren. Van een voldragen e-grond is dan ook geen sprake.

*g-grond*

3.18. Gelet op de aard, de ernst en het terugkerende karakter van de tekortschietende wijze van bejegening van onder andere naaste collega's, ziet het hof in dat de verhoudingen tussen [verzoeker], zijn naaste collega's en leidinggevenden sterk onder druk zijn komen te staan. Met name de door collega's ervaren boze aard van zijn verbale en non-verbale reacties naar collega's toe, rechtvaardigt de conclusie dat er bij AxionContinu niet langer vertrouwen bestaat in een goede samenwerking met [verzoeker]. Hiervoor is geoordeeld dat AxionContinu [verzoeker], gegeven ook zijn karakter, onvoldoende heeft begeleid bij het aanpakken van dit communicatie- en bejegeningprobleem. Daardoor bleven de incidenten zich voordoen en zijn de verhoudingen alleen maar diepgaander verslechterd. Naar het oordeel van het hof heeft AxionContinu door de begeleiding van [verzoeker] niet tijdig en adequaat op te pakken, onvoldoende gedaan om de verstoorde verhoudingen te herstellen of de oorzaak daarvan aan te pakken. Ook is onvoldoende gebleken wat AxionContinu heeft gedaan om [verzoeker] tijdig – voordat de verhoudingen diepgaander verslechterden – elders in de organisatie onder te brengen. Dat mocht, gelet op het lange en tot 2017 vlekkeloze dienstverband, van AxionContinu, wel worden verwacht. Ook de g-grond is naar het oordeel van het hof niet voldragen.

*Cumulatiegrond: i-grond*

3.19. Uit het voorgaande volgt dat vanaf 2017 het functioneren van [verzoeker] aanleiding heeft gegeven tot kritiek van de zijde van AxionContinu maar dat AxionContinu [verzoeker] onvoldoende heeft begeleid in verbetering daarvan. De incidenten, waarin [verzoeker] een verwijtbare rol heeft gespeeld, hebben grote druk gelegd op de arbeidsrelatie. [verzoeker] herkent zich hier niet in. Tijdens de zitting heeft hij ook verklaard dat hij niet inziet wat hij, wanneer hij zou terugkeren op de werkvloer, anders zou moeten doen. Gelet op dat gegeven, bezien in samenhang met alle hiervoor genoemde omstandigheden, kan van AxionContinu niet gevegd worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, dit ondanks het feit dat AxionContinu [verzoeker] niet een deugdelijke gelegenheid heeft gegeven zijn functioneren te verbeteren. De arbeidsovereenkomst zal worden ontbonden op de i-grond. Dat betekent dat het hoger beroep tegen de ontbinding van de arbeidsovereenkomst geen doel treft – de arbeidsovereenkomst is terecht ontbonden maar naar het oordeel van het hof had de ontbinding op de i-grond gebaseerd moeten worden – en de beschikking zal op dit punt worden bekrachtigd. Voor toekenning van een billijke vergoeding op grond van artikel 7:683 lid 3 BW bestaat geen grond.

3.20. Het hof ziet aanleiding om een vergoeding toe te kennen als bedoeld in artikel 7:671b lid 8 BW ter hoogte van 0,25 van de transitievergoeding (bovenop de reeds toegekende en betaalde transitievergoeding). Reden voor die vergoeding is gelegen in het ontbreken van een deugdelijk verbetertraject,

waardoor dat in feite niet tot uitvoering is gekomen en waardoor [verzoeker] de kans op verbetering van zijn communicatie, houding en gedrag is ontnomen.

3.21. Herplaatsing ligt niet in de rede. Op alle locaties van AxionContinu wordt gewerkt met een open keuken of zal dat binnen afzienbare termijn gebeuren. De problemen in de houding, het gedrag en de communicatie van [verzoeker] zullen dus ook elders een belemmering vormen in het contact met cliënten en collega's. Dit geldt in het bijzonder omdat [verzoeker] geen aanleiding ziet om zich anders op te stellen.

3.22. Tegen de achtergrond van het voorgaande, waarbij de arbeidsovereenkomst is ontbonden maar op de i-grond en het hof aanleiding heeft gezien om bovenop de transitievergoeding een vergoeding op grond van artikel 7:671b lid 8 BW toe te kennen, ziet het hof aanleiding om de proceskosten in beide instanties en in principaal en incidenteel appel te compenseren.

*4. De beslissing*

Het hof, beschikkende in het principaal en het incidenteel hoger beroep:

bekrachtigt de beschikking van de kantonrechter te Utrecht van 31 juli 2020 behoudens voor zover daarin het meer of anders verzochte is afgewezen, vernietigt deze beschikking in zoverre en doet opnieuw recht;

veroordeelt AxionContinu om aan [verzoeker] een vergoeding te voldoen (als bedoeld in artikel 7:671b lid 8 BW) ter hoogte van een vierde deel van de transitievergoeding;

bepaalt dat iedere partij haar eigen kosten in het principaal en incidenteel hoger beroep draagt;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad; wijst af wat meer of anders is verzocht.

**NOOT***Inleiding*

1. Ambtshalve ontslaggronden aanvullen voor een ontbinding op de i-grond (cumulatiegrond) en een additionele transitievergoeding van 25% toekennen. Dit zijn de opvallende kernpunten uit het oordeel van het hof Arnhem-Leeuwarden in de gewezen uitspraak. De werkgever verzocht de kantonrechter in eerste aanleg om de arbeidsovereenkomst te ontbinden op de e- (verwijtbaar handelen), de g- (verstoorde arbeidsverhouding) of de i-(cumulatie)grond. De kantonrechter ontbond op de g-grond (verstoorde arbeidsverhouding) en de werknemer ging hiertegen in hoger beroep. Het hof oordeelde dat hoewel de arbeidsovereenkomst terecht was ontbonden, dit op de i-grond had gemoeten. Hierbij heeft het hof de aangevoerde ontslaggronden ambtshalve aangevuld met een d-grond (disfunctioneren). De eerste vraag die opkomt is of er op deze wijze niet te veel is geprobeerd een i-grond te creëren. De tweede vraag is of dit gevolgen heeft voor mogelijk toekomstige ontbindingen op de i-grond wanneer een onvoldragen d-grond vanwege het ontbreken van het verbetertraject deel uitmaakt van de gecombineerde gronden. Het hof kende daarnaast een additionele transitievergoeding toe van 25%, afwijkend van de norm van 50% zoals die volgt uit de rechtspraak. De derde vraag is of dit juist is en voldoende gemotiveerd.

*Juridisch kader: de i-grond, de additionele vergoeding en ambtshalve aanvulling van de ontslaggronden*

2. Het gelimiteerde aantal ontslaggronden in het Nederlandse ontslagrecht (art. 7:669 lid 3 sub a t/m h BW) kent sinds 1 januari 2020 een nieuwe ontslaggrond: de i-grond, ook wel de cumulatiegrond. Op basis van deze grond kan sprake zijn van een redelijke grond voor ontslag indien een combinatie van omstandigheden genoemd in twee of meer ontslaggronden (sub c t/m h, met uitzondering van f) aanwezig is die zodanig is dat van de werkgever in redelijkheid niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

3. Bij ontbinding op de cumulatiegrond hebben rechters de bevoegdheid om een additionele vergoeding toe te kennen van maximaal 50% van de wettelijke transitievergoeding (art. 7:671b lid 8 BW). Uit de wettekst volgt dat de rechter een additionele vergoeding *kan* toekennen, het is een discretionaire bevoegdheid van de rechter. De rechter bepaalt zelf of hij deze vergoeding toekent en wat de hoogte hiervan is.<sup>1</sup>

4. Op grond van art. 25 Rv vult de rechter verplicht de rechtsgronden aan indien dat wat partijen in de procedure naar voren hebben gebracht daarvoor het feitelijke kader schept. De rechter mag daarentegen in beginsel niet de grondslag voor het verzoek, de vordering of het verweer aanvullen, zo volgt uit art. 24 Rv. De plicht van de rechter om ambtshalve rechtsgronden aan te vullen, geldt niet wanneer de partij die door de aanvulling zou zijn geholpen dit niet wil<sup>2</sup> of wanneer sprake is van een rechtsgrond die alleen door partijen kan worden aangevoerd.<sup>3</sup> De rechter mag zich daarnaast niet baseren op andere feiten en omstandigheden dan die welke partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten grondslag leggen.<sup>4</sup>

*Terechte ontbinding op de i-grond?*

5. De i-grond bestaat nu ruim anderhalf jaar en er is al meermaals bij de kantonrechter, met wisselende resultaten, een beroep op gedaan. Met deze uitspraak heeft een hof voor de eerste keer ontbonden op de i-grond.

6. Het hof oordeelt, in tegenstelling tot de kantonrechter in eerste aanleg, dat geen sprake is van een voldragen g-grond, maar ziet wel voldoende redenen om de arbeidsovereenkomst te ontbinden op de i-grond. Ter onderbouwing behandelt het hof de drie ontslaggronden die het daaraan ten grondslag legt, namelijk de d- (disfunctioneren), de e- (verwijtbaar handelen) en de g-grond (verstoorde arbeidsverhouding).

*Treedt het hof met ambtshalve aanvulling van de d-grond buiten het toepassingsbereik van art. 25 RV?*

7. Hoewel het hof op grond van art. 25 Rv bevoegd is de rechtsgronden ambtshalve aan te vullen, is het de vraag of het hof met deze aanvulling buiten het toepassingsbereik van art. 25 Rv treedt.

8. Het hof voegt de d-grond ambtshalve bij de reeds door de werkgever aangevoerde ontslaggronden en creëert daarmee in feite een i-grond. Het hof vult met toevoeging van de d-grond dus eigenlijk de grondslag van de i-grond aan. Het hof voegt met de d-grond namelijk als het ware een extra

'schakel' tussen de feiten en de i-grond zodat er (naar het oordeel van het hof) uiteindelijk voldoende grond is voor een ontbinding op de i-grond. Uit de wet volgt dat een rechter niet de grondslag mag aanvullen, zodat het er conform deze benadering op lijkt dat het hof buiten het toepassingsbereik van art. 25 Rv treedt.

9. Een rechter mag echter wel de rechtsgronden aanvullen indien het feitelijk kader daarvoor een grond schept. Gesteld kan worden dat de feiten zich in deze kwestie lenen voor een d-grond, zodat daar een mogelijke rechtvaardiging zit voor de ambtshalve aanvulling door het hof.

*Rechtvaardigen de ontslaggronden tezamen een ontbinding op de i-grond?*

10. Wanneer we ervan uitgaan dat het hof de ontslaggronden ambtshalve mocht aanvullen met de d-grond, is de vraag of deze ontslaggronden tezamen een ontbinding op de i-grond rechtvaardigen. Ten eerste oordeelt het hof dat geen sprake is van een voldragen d-grond (disfunctioneren), de ambtshalve aangevulde grond. Het hof oordeelt dat uit de weergegeven gebeurtenissen lijkt te volgen dat in ieder geval sinds 2017 de houding, het gedrag en met name de communicatie van de werknemer als problematisch worden ervaren. Echter, wanneer sprake is van disfunctioneren, moet een werknemer hiervan tijdig in kennis worden gesteld en in voldoende mate de gelegenheid krijgen zijn functioneren te verbeteren. De werkgever bood, gezien de karakterstructuur van de werknemer, onvoldoende duidelijke kaders voor verbetering en begeleidde de werknemer onvoldoende. De werkgever had de vrij kwetsbare werknemer in het kader van het verbeteren van communicatie, houding en gedrag aan de hand moeten nemen. Dat is niet gebeurd. Van de werknemer kan niet verwacht worden dat hij zijn verbetertraject zelf vorm gaf. Van een voldragen d-grond is volgens het hof geen sprake.

11. Met betrekking tot de e-grond (verwijtbaar handelen) oordeelt het hof dat de werknemer verwijtbaar heeft gehandeld. Echter, het handelen van de werknemer komt voort uit onmacht en de werkgever handelde niet voldoende adequaat omdat een deugdelijk verbetertraject ontbreekt. Daarom is het niet zo dat van de werkgever niet kan worden gevergd het dienstverband te laten voortduren zodat van een voldragen e-grond volgens het hof geen sprake is.

12. Ook van een voldragen g-grond (verstoorde arbeidsverhouding) is volgens het hof geen sprake. De aard, de ernst en het terugkerende karakter van de tekortschietende wijze van bejegening door de werknemer rechtvaardigen dat bij de werkgever niet langer het vertrouwen bestaat in een goede samenwerking. Toch is onvoldoende gedaan om de verstoorde verhouding te herstellen of de oorzaak aan te pakken. Dit volgt uit de niet-tijdige en adequate en onvoldoende begeleiding bij het verbeteren van het communicatie- en begeleidingsprobleem van de werknemer. Dit had wel van de werkgever mogen worden verwacht gezien het tot 2017 vlekkeloze dienstverband van de werknemer.

13. De drie ontslaggronden zijn aan min of meer dezelfde feiten opgehangen. Telkens wordt verwezen naar de houding (welke volgens het hof ook verwijtbaar is) en de gebrekkige communicatie van de werknemer en de onvoldoende begeleiding door de werkgever. Ook de ontbinding op de i-grond is hierop gebaseerd. Door het verwijtbare functioneren van de werknemer kan niet van de werkgever worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, ondanks het feit dat de werknemer geen deugdelijke gelegenheid kreeg zijn functioneren te verbeteren. De houding van de werknemer

1 Zie ook *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 57.

2 HR 15 mei 1998, NJ 1998/625 (*Van Rooij/Erven Van der Sluijs*).

3 HR 10 mei 1929, NJ 1929, p. 1378.

4 MvT. *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 161; HR 1 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2183 (*Van Schijndel/Pensioenfondsen Fysiotherapeuten*).

mer en het ontbreken van een deugdelijk verbetertraject liggen aan zowel de onvoldragen d-, e-, g-, als aan de voldragen i-grond ten grondslag.

14. De ambtshalve aanvulling van de ontslaggronden en vrijwel dezelfde onderbouwing voor de verschillende ontslaggronden zijn opvallend. Wij vermoeden dat het hof een bepaalde kant op heeft geredeneerd om vanuit praktische overwegingen een i-grond te creëren. Mogelijk heeft dat te maken met het feit dat, zo blijkt uit de uitspraak, de werknemer zich niet herkent in de genoemde problemen. Hij ziet niet in wat hij, wanneer hij zou terugkeren op de werkvloer, anders moet doen. Niet ondenkbaar is dat het hof zich genoodzaakt zag te ontbinden op de i-grond nu sprake was van drie onvoldragen ontslaggronden en twee partijen die qua opvattingen over de situatie mijlenver uit elkaar stonden. Met een ontbinding op de i-grond onder toekenning van een additionele vergoeding zorgt het hof voor een praktische oplossing. De vraag is alleen of de weg ernaartoe juridisch juist is.

15. Hoewel valt te begrijpen dat de arbeidsovereenkomst is ontbonden, betwijfelen wij of ambtshalve aanvulling van de ontslaggronden en ontbinding op de i-grond hier de juiste manier was. Elk van de gecombineerde ontslaggronden (d, e en g) is verre van voldragen. Bij de d-grond ontbreekt een cruciale voorwaarde om 'het vakje ingekleurd te krijgen', namelijk een adequaat verbetertraject. Bij de g-grond ontbreekt de al even cruciale voorwaarde dat de werkgever er alles aan heeft gedaan om de verstoorde verhouding te herstellen. En wat betreft de e-grond kwalificeert het hof het handelen van de werknemer als verwijtbaar, maar voert het tegelijkertijd disculperende omstandigheden aan waardoor het handelen niet zo verwijtbaar is dat van de werkgever niet kan worden gevergd het dienstverband te laten voortduren. Uit de hierna te noemen rechtspraak volgt dat het criterium 'bijna voldragen ontslaggrond' geen op zichzelf staand toetsingscriterium meer is. Dat is niet vreemd, de wetsgeschiedenis noemt dit vereiste van een 'bijna voldragen ontslaggrond' namelijk niet. Sterker nog, de wetsgeschiedenis houdt nadrukkelijk rekening met een combinatie van omstandigheden die in veel mindere mate voldragen zijn, waar hierna verder op wordt ingegaan.<sup>5</sup> Toch kunnen drie ontslaggronden die zo onvoldragen zijn én op hetzelfde feitencomplex zijn gebaseerd niet gezamenlijk een voldragen ontslaggrond (de i-grond) vormen, ook niet in combinatie.

16. Uit de wetsgeschiedenis en recente rechtspraak volgt dat voor ontbinding op de i-grond sprake moet zijn van een combinatie van omstandigheden uit meerdere ontslaggronden.<sup>6</sup> In deze uitspraak blijkt helemaal niet van een dergelijke combinatie, er wordt enkel verwezen naar hetzelfde feitencomplex dat aan alle ontslaggronden ten grondslag lag. Al eerder is de vraag gesteld of een dergelijke benadering wel correct is. Bij een uitspraak van de rechtbank Noord-Holland concludeerde mr. M. Faber eveneens dat aan de ontslaggronden exact hetzelfde feitencomplex ten grondslag werd gelegd.<sup>7</sup> Het kan geen automatisme zijn dat een niet-voldra-

gen e-grond (verwijtbaar handelen) ook direct zorgt voor een niet-voldragen g-grond (verstoorde arbeidsverhouding), en dat vervolgens wordt ontbonden op de i-grond. Met Faber zijn wij het eens dat daarmee gebroken wordt met het grondenstelsel en lichtvaardiger dan voorheen zou kunnen worden ontbonden. In de situatie waarin ook maar een beetje sprake is van een d-grond (disfunctioneren) kan dan al heel snel worden ontbonden op de i-grond. Bij een situatie van disfunctioneren zal namelijk binnen afzienbare tijd door een van de partijen een verstoring kunnen worden ervaren. Een dergelijke ontwikkeling is niet wenselijk.

#### *Verbetertraject bij disfunctioneren niet meer nodig?*

17. De vraag is hoeveel d-grond je nog nodig hebt wanneer ontbinding op de i-grond mede op basis van een d-grond (disfunctioneren) wordt toegewezen, terwijl er geen deugdelijk verbetertraject was.

18. Een essentiële voorwaarde voor ontbinding op de d-grond (disfunctioneren) is het door de werkgever uitvoeren van een deugdelijk verbetertraject. In deze kwestie is hier duidelijk geen sprake van geweest. Dat blijkt uit de in de uitspraak genoemde feiten en wordt meermalen benadrukt door het hof. De vraag is waarom het hof hier dan toch tot ontbinding overging.

19. Zoals hiervoor in deze annotatie vermeld, kon de werknemer zich totaal niet vinden in de aan zijn adres gemaakte verwijten en zag hij niet in wat hij anders moest doen. De werknemer gaf geen blijk van inzicht in eigen handelen, terwijl uit de rechtspraak volgt dat dit wel mag worden verwacht.<sup>8</sup> Voor ons is het daarom denkbaar dat de houding van de werknemer ter zitting zodanig was dat het hof van oordeel was dat een verbetertraject toch niets meer zou toevoegen. Het hof noemt dit niet letterlijk in de motivering. Daarbij waren de werknemers in de genoemde uitspraken hooggeplaatst, terwijl de werknemer in deze uitspraak dit niet was. Het is de vraag of het hof dit criterium kan laten meewegen.

20. Dat het hof niet helemaal voorbijgaat aan het deugdelijk verbetertraject blijkt uit het feit dat een additionele vergoeding van 25% wordt toegekend aan de werknemer wegens het ontbreken van een deugdelijk verbetertraject. Hiermee is toch een soort van sanctie aan de werkgever opgelegd voor het niet uitvoeren van een deugdelijk verbetertraject.

21. Het is te kort door de bocht om te zeggen dat een verbetertraject bij disfunctioneren in het algemeen niet meer nodig is. In deze specifieke situatie heeft de werknemer zijn kansen op een verbetertraject zelf laten liggen door zijn houding ter zitting. Toch zijn wij van mening dat rechters niet lichtzinnig om moeten gaan met het voorbijgaan aan essentiële voorwaarden van een ontslaggrond om tot een i-grond te komen, zoals hier het ontbreken van een deugdelijk verbetertraject voor een d-grond (disfunctioneren). Daarnaast ontstaat de vraag of een additionele vergoeding van 25% van de wettelijke transitievergoeding voldoende compensatie biedt voor het aan de werknemer ontnemen van een deugdelijk verbetertraject.

5 M. Faber, 'Het mysterie van de cumulatiegrond: wanneer is het genoeg?', *TAP* 2020/7, p. 6-7; *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 9, p. 57-58.

6 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 54-57; rechtbank Rotterdam 29 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4194; rechtbank Noord-Holland 5 januari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:158.

7 M. Faber, annotatie bij rechtbank Noord-Holland 5 januari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:158, «JAR» 2021/59.

8 Zoals bijvoorbeeld volgt uit rechtbank Den Haag 9 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:5870 en rechtbank Overijssel 13 oktober 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:3452.



*Additionele vergoeding van 25% van de wettelijke transitievergoeding*

22. Bij ontbindingen van de arbeidsovereenkomst op de cumulatiegroond wordt in het merendeel van de gevallen de maximale vergoeding van 50% van de wettelijke transitievergoeding toegekend. Van de acht uitspraken waarin werd ontbonden op de cumulatiegroond (tot het moment van schrijven van deze annotatie) werd zesmaal een additionele vergoeding van 50% toegekend<sup>9</sup> en tweemaal, inclusief deze uitspraak, een additionele vergoeding van 25%.<sup>10</sup>

23. De rechters hebben veel ruimte voor het bepalen van de hoogte van de vergoeding. Uit de Kamerstukken volgt dat de vergoeding wordt bepaald aan de hand van alle omstandigheden van het geval maar dat de gevolgen van het ontslag voor de werknemer en de eventuele ernstige verwijtbaarheid van de werkgever geen rol spelen.<sup>11</sup> Rekening kan worden gehouden met de mate waarin aan de omstandigheden uit de ontslaggronden c tot en met h (met uitzondering van f) is voldaan. Bijna voldragen gronden kunnen aanleiding zijn voor toekenning van een lage additionele vergoeding, terwijl minder voldragen ontslaggronden aanleiding kunnen zijn voor een hogere additionele vergoeding.<sup>12</sup>

24. Het hof motiveert de toekenning van de additionele vergoeding van 25% van de transitievergoeding kort. Reden voor de vergoeding is gelegen in het ontbreken van een deugdelijk verbetertraject, waardoor dat in feite niet tot uitvoering is gekomen en werknemer de kans is ontnomen op verbetering van zijn communicatie, houding en gedrag.

25. Ervan uitgaande dat het hof terecht ontbond op de cumulatiegroond, is de vraag of deze vergoeding toereikend is en deugdelijk gemotiveerd. Naar onze mening wordt niet duidelijk gemotiveerd waarom niet voor de maximale vergoeding van 50% is gekozen.

26. Het ontbreken van een deugdelijk verbetertraject mag, zoals we eerder al benadrukten, niet lichtzinnig worden opgevat. Dit blijkt ook uit eerdere rechtspraak van de rechtbank Midden-Nederland waarin wel een maximale additionele vergoeding van 50% van de transitievergoeding is toegekend onder verwijzing naar het door de werkgever laten vallen van steken in het verbetertraject dat daardoor in feite niet tot uitvoering is gekomen, waardoor uiteindelijk het vertrouwen duurzaam is geschaad.<sup>13</sup> De rechtbank Noord-Holland kende een maximale vergoeding van 50% toe omdat, hoewel sprake was van een op zichzelf serieus verbetertraject, er een 'valse start' van dit traject was door het niet op juiste en tijdige wijze informeren van de werknemer over zijn disfunctioneren, waarmee afbreuk is gedaan aan de reële gelegenheid

tot verbetering.<sup>14</sup> Dit strookt ook met de opvatting van de wetgever, die immers heeft benadrukt dat indien ieder van de gronden op zichzelf minder voldragen zijn, dit aanleiding geeft voor een hogere additionele vergoeding.<sup>15</sup>

27. Mogelijk hield het hof de houding van de werknemer in het achterhoofd bij bepaling van de hoogte van de vergoeding. In de enige andere uitspraak waarin een vergoeding van minder dan 50% werd toegekend, werd ook de verwijtbaarheid van de werknemer meegenomen. Van belang was dat van iedereen verwacht mag worden dat je afblijft van andermans spullen en de werknemer meermalen is geweest op het zero tolerance-beleid.<sup>16</sup> Echter, in deze kwestie is door het hof de houding van de werknemer niet uitdrukkelijk ten grondslag gelegd aan de hoogte van de vergoeding. Er is enkel verwezen naar het ontbreken van een deugdelijk verbetertraject.

28. Op grond van het voorgaande zien wij geen rechtvaardiging om in deze kwestie niet de maximale vergoeding van 50% van de wettelijke transitievergoeding toe te kennen aan de werknemer indien en voor zover er al ontbonden kon worden op de i-grond.

*Conclusie*

29. Een aantal punten valt op in deze uitspraak van het hof Arnhem-Leeuwarden. Ten eerste zijn de ontslaggronden ambtshalve aangevuld met de d-grond. Vervolgens wordt aan de drie ontslaggronden hetzelfde feitencomplex ten grondslag gelegd. Van deze in grote mate onvoldragen ontslaggronden wordt een i-grond gemaakt terwijl geen sprake lijkt te zijn van een combinatie van omstandigheden uit meerdere ontslaggronden, maar juist van een herhaaldelijke opeenstapeling van dezelfde omstandigheden. Ten slotte wordt niet de maximale vergoeding toegekend terwijl uit de rechtspraak volgt dat dit wel gebruikelijk is wanneer een verbetertraject ontbreekt.

30. Praktisch gezien is dit een logische uitspraak omdat bij de houding van deze werknemer niet verwacht kan worden het dienstverband te laten voortduren. Er zitten echter juridisch haken en ogen aan de wijze waarop het hof naar deze i-grond en additionele vergoeding toe heeft gereedeneerd. In ieder geval volgt uit het voorgaande dat een ontbindingsverzoek op de d-grond zonder verbetertraject niet zonder meer zal leiden tot een i-grond. Hier was sprake van een specifieke situatie waarin een werknemer niet inzag op welke wijze zijn handelen onjuist was. Dit is voor werkgevers dus een belangrijk punt om rekening mee te houden.

mr. R. de Vos en mr. A. van der Vis  
Stamoulis Advocaten

9 Rechtbank Amsterdam 9 oktober 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4992; rechtbank Midden-Nederland 6 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2705; rechtbank Midden-Nederland 24 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3327; rechtbank Midden-Nederland 10 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3800; rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2020:8985; rechtbank Midden-Nederland 2 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:4734.

10 Hof Arnhem-Leeuwarden 29 maart 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:2957; rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2021:158.

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

12 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 9, p. 57.

13 Rechtbank Midden-Nederland 6 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2705; rechtbank Midden-Nederland 24 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3327.

14 Rechtbank Noord-Holland 28 oktober 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:8985.

15 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 9, p. 57.

16 Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2021:158.