

131

**Toewijzing i-grond: bijna voldragen grond mag met andere omstandigheden combineren tot i-grond**

Kantonrechter Rechtbank Midden-Nederland zp Almere  
6 juli 2020, nr. 8341165 / ME VERZ 20-30,  
ECLI:NL:RBMNE:2020:2705  
(mr. Steenberghe)  
Noot mr. Y.L. Smit

**d-grond. g-grond. i-grond. Transitievergoeding.**

[BW art. 7:669 lid 3 onderdeel d, 7:669 lid 3 onderdeel g,  
7:669 lid 3 onderdeel i, 7:673]

*Essentie: Ontbindingsverzoek op de i-grond toegewezen. Bijna voldragen d-grond gecombineerd met niet-duurzaam verstoorde arbeidsverhouding (g-grond) rechtvaardigen ontbinding op de i-grond, waarbij aan werknemer de maximale verhoging van de transitievergoeding met 1,5 wordt toegekend.*

*Samenvatting: Werknemer is in dienst van werkgeefster als Strategic Accountmanager. Werkgeefster bedient West-Europa met een netwerk van 125 depots voor het management van palletlevering, inzameling, sortering en reparaties. Werknemer is in zijn commerciële functie medeverantwoordelijk voor de groei van werkgeefster door nieuwe klanten te werven en omzet te realiseren. Hij is tevens lid van het kern-Management Team. In 2016 en 2018 is het functioneren van werknemer met een 2 ('low performance or developing') beoordeeld. Werknemer heeft laten weten het met deze beoordelingen niet eens te zijn. Vanaf april 2019 zijn aan werknemer diverse PDP's (personal development plans) overhandigd. Werknemer heeft medio september 2019 aangegeven dat de omzetverwachting, neergelegd in een PDP, voor eind september niet realistisch is. Over 2019 is zijn functioneren met een 1 ('unacceptable performance') beoordeeld. In januari 2020 zijn partijen met mediation gestart, maar die mediation heeft niet tot een oplossing geleid. Met ingang van 7 februari 2020 is werknemer vrijgesteld van werk. Werkgeefster verzoekt thans de arbeidsovereenkomst te ontbinden, primair wegens disfunctioneren dan wel op grond van een verstoorde arbeidsverhouding en subsidiair op grond van een combinatie van de d- en de g-grond (i-grond).*

*De kern van de kritiek die werkgeefster op het functioneren van werknemer heeft is dat hij, gelet op zijn niveau, onvoldoende omzet genereert en dat dat blijkt uit het onvoldoende werven van nieuwe klanten en het geven van te hoge kortingen. Beide kritiekpunten heeft werknemer gemotiveerd weersproken. Hij heeft gewezen op de grote klanten die hij heeft binnengehaald en op het feit dat contractbesprekingen, waaronder over prijsafspraken, altijd in gezamenlijkheid werden gevoerd. In het algemeen is het commerciële succes van een werknemer in een functie zoals die van werknemer van veel factoren afhankelijk. Het uitblijven van dat succes is niet zonder meer een kwestie van disfunctioneren. Wil daarvan sprake zijn dan dient de tegenvallende omzet veroorzaakt te worden door tekortkomingen van werknemer in de uitoefening van zijn functie. Uit de onvoldoende beoordelingen vanaf 2016 en*

*de reactie van werknemer daarop blijkt op zijn minst dat het functioneren van werknemer een stevig punt van kritiek van werkgeefster was. Dat blijkt ook uit de overleggen over de diverse PDP's. Vervolgens is het de vraag in hoeverre werkgeefster werknemer voldoende heeft begeleid. Hoewel het standpunt van werkgeefster op zichzelf juist is dat aan een verbetertraject met een werknemer die op een hoog niveau in de organisatie werkt minder vergaande eisen worden gesteld, is de kantonrechter van oordeel dat werkgeefster onvoldoende concrete verbeterkansen aan werknemer heeft gegeven en hem daarvoor een te korte periode heeft gegund. De PDP's waren daartoe onvoldoende concreet dan wel konden niet als verbeterplan worden opgevat, maar als het aandraaien van de duim schroeven. In zoverre is wel van een verbeterplan sprake dat werknemer een training krijgt aangeboden op het gebied van 'negotiation skills'. Echter, ook op dat punt is van daadwerkelijke training geen sprake geweest, omdat de door werknemer geopperde training door werkgeefster is afgewezen vanwege de timing daarvan. Al met al is aan werknemer onvoldoende gelegenheid gegeven zijn functioneren te verbeteren. Het verbetertraject heeft in wezen uit niets anders bestaan dan het herhaaldelijk confronteren van werknemer met de kritiek van werkgeefster.*

*Tussen partijen is thans sprake van een verstoorde arbeidsverhouding. Die verstoring is evenwel geen voldragen ontslaggrond, omdat de belangrijkste oorzaak daarvan gelegen is in een meningsverschil over het disfunctioneren van werknemer. Het feit dat partijen in die discussie bleven steken, wordt veroorzaakt doordat werkgeefster werknemer geen redelijke gelegenheid heeft gegeven zijn functioneren te verbeteren en evenmin daadwerkelijk de gelegenheid heeft gegeven daarop gerichte begeleiding te ontvangen en training te volgen. Dit leidt tot het oordeel dat evenmin sprake is van een voldragen g-grond.*

*Om tot ontbinding op de i-grond over te kunnen gaan is onder meer vereist dat sprake is van één bijna voldragen ontslaggrond. Daar is hier naar het oordeel van de kantonrechter sprake van. Partijen hebben geïnvesteerd in het herstellen van het vertrouwen door mediation. Het is gelet op het MT-niveau waarin werknemer en zijn leidinggevende met elkaar dienden samen te werken ook wel enigszins begrijpelijk dat vertrouwensherstel noodzakelijk was om daadwerkelijk tot een goed verbetertraject te geraken. Dat dat vertrouwen niet hersteld is, blijkt uit het feit dat werknemer op 7 februari 2020 is vrijgesteld van werk en dat hij die vrijstelling niet heeft aangevochten. Gelet op deze omstandigheden ziet de kantonrechter aanleiding tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst over te gaan op de i-grond, waarbij aan werknemer de maximale verhoging van de transitievergoeding met 1,5 wordt toegekend. Die rechtvaardiging is gelegen in de steken die werkgeefster heeft laten vallen in het verbetertraject, dat in feite niet tot uitvoering is gekomen, waardoor uiteindelijk het vertrouwen duurzaam geschaad is geraakt. Ontbinding van de arbeidsovereenkomst, onder toekenning van een transitievergoeding van € 38.502,12 bruto, volgt.*

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [verzoekster] B.V.,  
gevestigd te [vestigingsplaats],  
verzoekster in conventie,  
verweerster in voorwaardelijke reconventie,  
gemachtigde: mr. F. Samson,  
tegen  
[verweerder],

wonende te [woonplaats],  
verweerder in conventie,  
verzoeker in voorwaardelijke reconventie,  
gemachtigde: mr. H.J. de Raadt.  
Partijen zullen hierna [verzoekster] en [verweerder] genoemd worden.

### 1. De procedure

#### 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het verzoekschrift met 23 producties van [verzoekster], ter griffie ingekomen op 24 februari 2020;
- het verweerschrift van [verweerder] met 15 producties, ter griffie ingekomen op 3 april 2020;
- de akte van [verzoekster] van 17 april 2020;
- de akte van [verweerder] van 30 april 2020;
- de akte van [verzoekster] van 7 mei 2020.

1.2. In verband met het Coronavirus heeft er een extra schriftelijke ronde plaatsgevonden. De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 24 juni 2020. De griffier heeft aantekeningen gemaakt van wat partijen ter toelichting van hun standpunten naar voren hebben gebracht. Beide partijen hebben pleitaantekeningen overgelegd, die zijn toegevoegd aan het dossier.

### 2. De feiten

2.1. [verzoekster] (de afkorting van [.....]) is onderdeel van [onderneming 1] ([onderneming 1]). [onderneming 1] is een logistieke dienstverlener voor herbruikbare standaardverpakkingen in Europa. [verzoekster] is de divisie voor palletpooling in de fast-moving consumer goods. [verzoekster] bedient heel West-Europa met een netwerk van 125 depots voor het management van palletlevering, inzameling, sortering en reparaties. De Europese markt wordt bediend door acht vestigingen, waaronder [onderneming 2].

2.2. [verweerder], geboren op [geboortedatum] 1965, is sinds 16 september 2013 in dienst van [verzoekster], laatstelijk in de functie van Strategic Accountmanager. Het salaris van [verweerder] bedraagt € 9.505,26 bruto per maand exclusief 8% vakantietoeslag en emolumenten.

2.3. [verweerder] is in zijn commerciële functie mede verantwoordelijk voor de groei van [verzoekster] door nieuwe klanten te werven en omzet te realiseren. [verweerder] is tevens lid van het kern Management Team van [verzoekster].

2.4. Over 2014 en 2015 is [verweerder] door [verzoekster] beoordeeld met een 3 ('good performance').

2.5. Over 2016 is [verweerder] beoordeeld met een 2 ('low performance or developing'). [verweerder] heeft aan [verzoekster] laten weten het niet eens te zijn met die beoordeling. Het beoordelingsformulier over 2016 is door [verzoekster] en [verweerder] niet getekend. [verzoekster] heeft over 2016 aan [verweerder] een bonus en een salarisverhoging van 1% toegekend.

2.6. Over 2017 is [verweerder] beoordeeld met een 3 ('good performance'). Het beoordelingsformulier over 2017 is door [verzoekster] en [verweerder] ondertekend.

2.7. Uit het beoordelingsformulier over 2018, dat op 17 december 2018 door [verzoekster] is opgesteld, blijkt dat [verweerder] met een 2 is beoordeeld. Het beoordelingsformulier is door [verzoekster] niet volledig ingevuld. [verweerder] heeft aan [verzoekster] laten weten het niet met de beoordeling eens te zijn.

2.8. In haar brief van 3 december 2018 kent [verzoekster] aan [verweerder] een extra bonus van € 10.000,= toe in verband met het [onderneming 3] contract.

2.9. Op 16 januari 2019 kondigt [verzoekster] in een MT-vergadering een direct ingaande organisatiewijziging aan. Als gevolg daarvan rapporteert [verweerder] niet meer aan de managing director ([A]) maar aan zijn voormalige 'peer' ([B]). Daarmee wordt [B] als Global Strategic Accountmanager, de leidinggevende van [verweerder].

2.10. Op 16 april 2019 vindt er, aansluitend aan een MT-vergadering, een gesprek plaats tussen [verweerder], [B] en [A]. Daarbij is aan [verweerder] een 'Personal Development Plan' (hierna: PDP) overhandigd. Daarin staat onder meer – voor zover hier relevant – opgenomen:

'What are my development areas?

- 1) Provide weekly report on prospect's approach plan including actions & results
  - 2) Find win-win solutions between [verzoekster] and targeting prospects: profitability and significant volumes
  - 3) Get a better credibility internally in the Sales and [...] teams (stop participating to non-strategic topics)
- (...)

2.11. In een gesprek dat eind juni 2019 plaatsvindt benadrukt [B] onder meer aan [verweerder] dat hij nieuwe klanten moet aantrekken en dat van [verweerder] een meer proactieve benadering wordt verwacht. In zijn mail van 28 juni 2018 aan [verweerder] schrijft [B] hierover onder meer:

'Following our short discussion yesterday and also the OGSM session, we need to attract/win international new customers and to have a more pro-active approach (...)

Your focus should be on the following prospects

- [...]
  - [...]
  - [...]
  - [...]
  - [...]
  - [...]
  - [...]
  - [...]
  - [...]
- (...)

For the others, please could you send me updated CDP especially with detailed action plan including some initiatives (we cannot wait for receiving tender) (...)

2.12. Op 16 juli 2019 heeft weer een gesprek tussen [B] en [verweerder] plaatsgevonden. In de brief van 19 juli 2019 legt [B] zijn weergave van het gesprek vast. Bij de brief is het PDP 'update july' gevoegd. In dat PDP staat onder meer dat [verweerder] vóór eind september 'significant volume' met tenminste één nieuwe 'key customer' moet aanbrengen. In de brief schrijft [B] onder meer:

'(...) You are failing to perform as a KAM. The management of transition [onderneming 3] & [...] and the acquisition of new strategic accounts is an example of your underperformance. As mentioned by Top management and in [naam adviesbureau] study, this is also due to a lack of structured commercial approach & pro-active initiatives that you are supposed to demonstrate.

From a KAM with your experience we (may) expect better results.

Therefore, we have started an improvement plan in April. We have discussed and described the goals, actions and expectations. Unfortunately, you did not meet the expectations. (...)

That is why we have to see better results from you in the coming months. I have attached you an updated PDP with more specific objectives and propose to review it after our

holidays. I will send you an invite for a meeting at the beginning of September.

Unfortunately, I have to inform you that if you fail to complete the actions and goals in the attached PDP, this will have consequences for your employment contract. We can and will not continue like this.'

2.13. Op 4 september 2019 vindt weer een gesprek plaats tussen [B] en [verweerder].

2.14. [verweerder] stuurt per mail van 11 september 2019 het PDP 'update july' aan [B], voorzien van zijn reacties, onder meer dat de omzet verwachting voor eind september niet realistisch is. Tevens schrijft [verweerder]:

'I would like to schedule a training for this and would appreciate some support.'

'General remark: This PDP was only received just before the start of my holiday and the content was not discussed during the meeting of 16th July nor in the meeting of 4th September.'

2.15. Op 17 september 2019 vindt een gesprek plaats tussen [B] en [verweerder], waarbij [B] aan [verweerder] laat weten dat hij het vertrouwen van [verzoekster] heeft geschaad. [B] legt aan [verweerder] de vraag voor of hij het verbetertraject wil continueren of dat nagedacht moet worden over een regeling omtrent een beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

2.16. Het overleg tussen partijen over een schriftelijk voorstel ('settlement agreement') van [verzoekster] ter beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft niet tot overeenstemming geleid.

2.17. Op 14 november 2019 vindt weer een gesprek plaats tussen [B] en [verweerder] waarbij een Personal Improvement Plan 'update nov 19' (hierna: PIP) aan [verweerder] is overhandigd waarin onder meer vermeld staat aan welke verbeterafspraken [verweerder] moet werken. In de kern wijkt het PIP niet van het PDP af.

2.18. In de brief van 14 november 2019 deelt [verzoekster] onder meer het volgende aan [verweerder] mee:

'Further to our previous meetings regarding your performance, I confirm the next steps we have discussed today.

The internal transition on [onderneming 3] is over but you did not meet the main objective to gain 500 KP and EBIT minimum 5% before the end of September. For a KAM with your experience your target is realistic and achievable. Moreover because we have already adapted your target a several months ago. As a reminder your initial annual target is of 2 million pallets as defined in you 2019 objectives (appraisal done in December 2018)

We expected that you would take responsibility and that your results would be much better by now. By not taking responsibility and point to circumstances, our trust in our relationship has also been damaged. For instance, you have revised the payment terms for [onderneming 4] from 90 days as defined in our standard customers contract to 60 days without any approval for me of [A]. (...)

However, I need to see much better results before the end of January 2020. The results are described in the PDP and the appraisal of today. Further we should then have (more) trust in a good relationship. (...)

2.19. [verweerder] laat per mail van 14 november 2019 aan [verzoekster] weten dat over de contractverlenging en de betalingstermijn voor [onderneming 4] het gebruikelijke proces binnen [verzoekster] is gevolgd en deze verlenging in gezamenlijkheid is vastgesteld en goedgekeurd.

2.20. In het gesprek van 14 november 2019 vindt ook de beoordeling over 2019 plaats, waarbij het functioneren van [verweerder] met een 1 ('unacceptable performance') is beoor-

deeld. [verweerder] heeft de beoordeling over 2019 van zijn opmerkingen voorzien. [verweerder] merkt onder meer het volgende op:

'The rating of 1 i simply can not accept since it needs to be a 3. (...)

I did not see a balanced competency appraisal, only negatives are stipulated, where I would expect some more content and demonstrated examples, it is too judgemental, and incomplete.'

2.21. [verweerder] benadert [A] om zijn grieven over het gesprek van 14 november 2019 te uiten. Hij schrijft [A] onder meer op 15 november 2019 dat de bespreking met [B] zeer onplezierig en teleurstellend was, dat hij het gevoel heeft dat [verzoekster] wil dat hij faalt en daarvoor een dossier aan het opbouwen is, dat hij beter verdiend en dat hij zich zowel als persoon en als professional onjuist beoordeeld en ondergewaardeerd voelt.

2.22. Het verzoek van [verweerder] van 28 november 2019 aan [verzoekster] om een training te volgen ten aanzien van 'negotiation skills', is door [verzoekster] afgewezen op 10 december 2019.

2.23. In januari 2020 zijn partijen met mediation gestart, maar die mediation heeft niet tot een oplossing geleid.

2.24. Met ingang van 7 februari 2020 is [verweerder] vrijgesteld van de verplichting om de bedongen arbeid te verrichten.

### 3. Het verzoek

3.1. [verzoekster] verzoekt de kantonrechter bij beschikking, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

#### Primair:

3.2. De arbeidsovereenkomst ex artikel 7:671b BW tussen partijen op de kortst mogelijke termijn, te ontbinden:

- wegens ongeschiktheid van [verweerder] tot het verrichten van de bedongen arbeid (art. 7:669 lid 3 sub d BW), althans
- op grond van een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van [verzoekster] redelijkerwijs niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren (ex artikel 7:669 lid 3 onderdeel g BW).

#### Subsidiar:

3.3. De arbeidsovereenkomst tussen partijen ex artikel 7:671b BW op de kortst mogelijke termijn te ontbinden op grond van een combinatie van omstandigheden genoemd in de gronden bedoeld in 7:669 lid 3 onderdeel g en onderdeel b BW, zodanig dat van [verzoekster] redelijkerwijs niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren (ex artikel 7:669 lid 3 onderdeel i BW).

#### In alle gevallen, zowel primair en subsidiar:

3.4. [verweerder] te veroordelen in de kosten van deze procedure, het salaris van gemachtigde daaronder begrepen.

3.5. Aan haar verzoek legt [verzoekster] primair ten grondslag dat tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst moet worden overgegaan vanwege ongeschiktheid van [verweerder] voor het verrichten van de bedongen arbeid en het daardoor tevens bestaan van een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsrelatie als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub g BW.

[verzoekster] voert aan dat [verweerder] disfunctioneert, dat zij hem hier tijdig van in kennis heeft gesteld en [verweerder] voldoende in de gelegenheid heeft gesteld zijn functioneren te verbeteren. Omdat verbetering is uitgebleven en [verweerder] niets heeft gedaan met de feedback, de verbeterpunten telkens heeft weersproken, geen zelfinzicht en verantwoordelijkheid heeft getoond, kan van [verzoekster] niet worden verwacht de arbeidsrelatie te continueren. Door zich aldus te gedragen

heeft [verweerder] bovendien de vertrouwensrelatie met [verzoekster] ernstig en duurzaam verstoord als gevolg waarvan een vruchtbare samenwerking niet meer mogelijk is.

3.6. Subsidiair legt [verzoekster] aan haar verzoek ten grondslag dat de arbeidsovereenkomst moet worden ontbonden op grond van artikel 7:669 lid 3 onder i BW, omdat sprake is van een combinatie van omstandigheden genoemd in artikel 7:669 lid 3 onderdeel d en onderdeel g BW, zodanig dat van [verzoekster] in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst voort te laten duren.

#### 4. Het verweer en voorwaardelijk tegenverzoek

4.1. [verweerder] voert verweer en verzoekt bij beschikking, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. de verzoeken van [verzoekster] tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst af te wijzen;

2. indien het verzoek tot ontbinding wordt ingewilligd, verzoekt [verweerder] bij het bepalen van het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, rekening te houden met de geldende opzegtermijn, [verzoekster] te veroordelen tot het betalen van de transitievergoeding en daarnaast een billijke vergoeding van € 108.000,= (althans een in goede justitie vast te stellen billijke vergoeding), met veroordeling van [verzoekster] tot betaling van de wettelijke rente over de vergoedingen en in de kosten van de procedure;

3. dan wel in plaats van de billijke vergoeding onder 2 genoemd te bepalen dat het in de arbeidsovereenkomst opgenomen concurrentie en relatiebeding zal komen te vervallen.

4.2. [verweerder] voert aan dat er geen sprake is van disfunctioneren en voor zover daarvan wel sprake zou zijn, dat [verzoekster] hem onvoldoende in de gelegenheid heeft gesteld zich te verbeteren. Van een voldragen d-grond is dan ook geen sprake. Het verzoek van [verzoekster] tot ontbinding op grond van een verstoorde arbeidsverhouding hangt, aldus [verweerder], direct en onlosmakelijk samen met het door [verzoekster] gestelde disfunctioneren. Nu er geen sprake is van enig verwijtbaar gedrag of disfunctioneren dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan rechtvaardigen, is er ook geen aanleiding om te oordelen dat sprake is van een zodanig verstoorde arbeidsverhouding dat van [verzoekster] redelijkerwijs niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

4.3. Evenmin kan tot ontbinding worden overgegaan op basis van de i-grond. [verzoekster] geeft als toelichting op die grond niet meer dan een samenvatting van de onderbouwing van de onvoldragen d- en g grond. Ten onrechte wordt gesteld dat er talrijke gesprekken hebben plaatsgevonden over het vermeende functioneren van [verweerder] en dat [verweerder] met zijn kritiek naar boven zou hebben geëscaleerd.

4.4. [verweerder] concludeert dan ook tot afwijzing van de verzoeken van [verzoekster] en indien en voorzover toch tot ontbinding wordt overgegaan, verzoekt [verweerder] zowel om veroordeling van [verzoekster] tot betaling van de transitievergoeding alsmede een billijke vergoeding, danwel in de plaats van een billijke vergoeding te bepalen dat het non-concurrentiebeding en het relatiebeding zullen vervallen.

#### 5. De beoordeling

5.1. In de onderhavige zaak staat ter beoordeling de vraag of de arbeidsovereenkomst tussen partijen moet worden ontbonden. In het geval van ontbinding moet ook worden beoordeeld of aan [verweerder] de transitievergoeding alsmede een billijke vergoeding dient te worden toegekend.

#### Opzegverbod

5.2. De kantonrechter dient ingevolge artikel 7:671b lid 2 BW allereerst te onderzoeken of sprake is van een opzegverbod als genoemd in artikel 7:670 BW of enig ander opzegverbod. De kantonrechter heeft vastgesteld dat dit niet het geval is.

#### Ontbinding

5.3. Uitgangspunt bij de beoordeling van het verzoek van [verzoekster] is dat de werkgever op grond van het bepaalde in artikel 7:671b BW de kantonrechter kan verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden als sprake is van een redelijke grond als genoemd in artikel 7:669 lid 3 BW en herplaatsing binnen een redelijke termijn niet mogelijk is of niet in de rede ligt. [verzoekster] voert aan dat de redelijke grond voor ontbinding primair gelegen is in het disfunctioneren van [verweerder] en de verstoorde arbeidsrelatie, zoals bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub d en g BW. Deze gronden zullen afzonderlijk worden beoordeeld, omdat één daarvan voldragen dient te zijn.

#### Disfunctioneren

5.4. De eerste vraag die voorligt is of de door [verzoekster] geconstateerde onvolkomenheden in het functioneren van [verweerder] tot de conclusie kunnen leiden dat sprake is van disfunctioneren van [verweerder] in de zin van artikel 7:669, lid 3, aanhef en onder d BW. Onderdeel d van het derde lid bepaalt dat onder een redelijke grond wordt verstaan de ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid, anders dan ten gevolge van ziekte of gebreken van de werknemer, mits de werkgever de werknemer hiervan tijdig in kennis heeft gesteld en hem in voldoende mate in de gelegenheid heeft gesteld zijn functioneren te verbeteren en de ongeschiktheid niet het gevolg is van onvoldoende zorg van de werkgever voor scholing van de werknemer of voor de arbeidsomstandigheden van de werknemer.

5.5. De kern van de kritiek die [verzoekster] op het functioneren van [verweerder] heeft is dat hij, gelet op zijn niveau, onvoldoende omzet genereert en dat dat blijkt uit het onvoldoende werven van nieuwe klanten en het geven van te hoge kortingen. Beide kritiekpunten heeft [verweerder] gemotiveerd weersproken. Hij heeft gewezen op de grote klanten die hij heeft binnengehaald en op het feit dat contractbesprekingen, waaronder over prijsafspraken, altijd in gezamenlijkheid werden gevoerd. In het algemeen is het commerciële succes van een werknemer in een functie zoals die van [verweerder] van veel factoren afhankelijk. Het uitblijven van dat succes is niet zonder meer een kwestie van disfunctioneren. Wil daarvan sprake zijn dan dient de tegenvallende omzet veroorzaakt te worden door tekortkomingen van [verweerder] in de uitoefening van zijn functie. Hierbij speelt een rol wat [verzoekster] redelijkerwijs van [verweerder] op het gebied van commercieel resultaat mocht verwachten. Dat [verweerder] over 2018 niet aan de verwachting van [verzoekster] had voldaan blijkt uit de 'low performance' over dat jaar. Uit de ondertekening van de beoordeling (weliswaar voorzien van commentaar) daarvan door [verweerder] blijkt dat hij daar tot op zekere hoogte begrip voor had. Daar staat tegenover dat hem dat jaar een bonus is toegekend. Dat [verweerder] over 2019 evenmin aan de verwachting van [verzoekster] had voldaan blijkt uit de 'unacceptable performance' over dat jaar. Dat oordeel accepteert [verweerder] niet. Hieruit blijkt minst genomen dat het functioneren van [verweerder] een stevig punt van kritiek van [verzoekster] was en tevens een onderwerp van discussie was tussen hem en zijn leidinggevende. Dat

blijkt ook uit de overleggen tussen [B] en [verweerder] vanaf april 2019 over de diverse PDP's.

5.6. Vervolgens is de vraag in hoeverre [verzoekster], gegeven haar kritiek, [verweerder] duidelijke kaders ter verbetering heeft aangeboden en of [verzoekster] [verweerder] daarbij al dan niet voldoende heeft begeleid. Hoewel het standpunt van [verzoekster] op zichzelf juist is dat aan een verbetertraject met een werknemer die op een hoog niveau in de organisatie werkt minder vergaande eisen worden gesteld, is de kantonrechter van oordeel dat [verzoekster] onvoldoende concrete verbeterkansen aan [verweerder] heeft gegeven en hem daarvoor een te korte periode heeft gegund. Het PDP dat in april 2019 is opgesteld is erg algemeen van aard qua punten die ontwikkeling behoeven en het ontbreekt daarin aan concrete doelen en hoe deze te bereiken. Evenmin is destijds duidelijk afgesproken hoe [verweerder] aan deze doelen moest gaan werken en wat daarbij de rol van [verzoekster] zou zijn. In juli 2019 is vlak voor de vakantie van [verweerder] het PDP door [verzoekster] aangepast, onder meer en vooral, met een voor eind september te behalen aanzienlijke omzettaarget. Dit PDP kan redelijkerwijs niet als een verbeterplan worden opgevat. In wezen is het niets anders dan dat [verweerder], zoals [verzoekster] dat noemt 'de duimschroeven krijgt aangedraaid'. Vervolgens wordt [verweerder], die meent dat de omzettaarget niet realistisch is, het vertrouwen door [verzoekster] opgezegd nadat eind september gebleken is hij de doelen en targets niet heeft behaald. Dit optreden van [verzoekster] kan redelijkerwijs niet als een verbetertraject worden beschouwd. Dat geldt evenzeer voor het feit dat reeds in november 2019 een beoordelingsgesprek over 2019 plaatsvindt. Weliswaar wordt in dat gesprek [verweerder] voor het eerst een PIP aangeboden, maar wat omzettaarget betreft lijkt het PIP veel op het laatste PDP dat [verweerder] niet realistisch achtte. In zoverre is wel van een verbeterplan sprake dat [verweerder] een training krijgt aangeboden op het gebied van 'negotiations skills'. Echter ook op dat punt is van daadwerkelijke training geen sprake geweest omdat de door [verweerder] geopperde training door [verzoekster] is afgewezen vanwege de timing daarvan.

5.7. Gelet op al het voorgaande is de kantonrechter van oordeel dat [verzoekster] aan [verweerder] onvoldoende gelegenheid heeft gegeven om zijn functioneren te verbeteren. Het verbetertraject heeft in wezen uit niets anders bestaan dan het herhaaldelijk confronteren van [verweerder] met de kritiek van [verzoekster]. Voorgaande leidt tot de conclusie dat er geen sprake is van een voldragen ontslaggrond in de zin van artikel 7:669 lid 3 sub d BW, zodat het verzoek van [verzoekster] op die grond niet toewijsbaar is.

#### *Verstoorde arbeidsverhouding*

5.8. Eveneens primair verzoekt [verzoekster] om ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:669, lid 1, aanhef en onder g BW. Onderdeel g van het derde lid bepaalt dat onder een redelijke grond wordt verstaan een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Uitgangspunt daarbij is dat sprake moet zijn van een ernstige en duurzame verstoring en dat herstel van de relatie, al dan niet door middel van overplaatsing, niet meer mogelijk is. Naarmate de verstoring ernstiger is, kan onder omstandigheden aan de duurzaamheid ervan minder zwaar worden getild.

5.9. Vaststaat dat de door [verzoekster] aangevoerde verstoorde arbeidsverhouding onlosmakelijk is verbonden met het

vermeende disfunctioneren van [verweerder]. [verzoekster] legt immers aan dit verzoek ten grondslag dat [verweerder] door zijn handelen het vertrouwen van [verzoekster] heeft geschaad. De handelingen waaraan [verzoekster] zich zo stoort, zijn in de kern, een vanuit zijn belang bezien op zichzelf niet onbegrijpelijke, reactie van [verweerder] op de kritiek van [verzoekster]. Het gegeven dat [verzoekster] en [verweerder] er niet in zijn geslaagd op één lijn te komen over wat zij wederzijds kunnen bijdragen aan het verhogen van het commerciële resultaat en over wat zij in dat kader van elkaar verwachten, is, mede gelet op het niveau waarop [B] en [verweerder] met elkaar samenwerkten, een teken van een verstoorde verhouding. De verstoorde verhouding tussen [B] en [verweerder] blijkt evenzeer uit de wijze waarop [verweerder] het gesprek van 14 november 2019 tussen hen heeft beschreven ('very unpleasant', 'a set up for failure', 'very mis-judged'). Tenslotte is gebleken dat een mediation tussen [B] en [verweerder] is mislukt, terwijl die gericht was op het herstel van vertrouwen tussen hen beide. Uit dit alles blijkt dat van een verstoorde arbeidsverhouding sprake is tussen [B] van [verzoekster] en [verweerder]. Die verstoring is evenwel geen voldragen ontslaggrond, omdat de belangrijkste oorzaak daarvan gelegen is in een meningsverschil over het disfunctioneren van [verweerder]. Het feit dat partijen in die discussie bleven steken wordt veroorzaakt doordat [verzoekster] [verweerder] geen redelijke gelegenheid gegeven heeft zijn functioneren te verbeteren en evenmin daadwerkelijk de gelegenheid heeft gegeven daarop gerichte begeleiding te ontvangen en training te volgen. Dit leidt tot het oordeel dat geen sprake is van een voldragen h-grond en het verzoek op deze grond eveneens wordt afgewezen.

#### *Cumulatiegrond: i-grond*

5.10. Subsidiair verzoekt [verzoekster] de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van een combinatie van disfunctioneren (de d-grond) en een verstoorde arbeidsrelatie (de g-grond).

Om tot ontbinding op de i-grond over te kunnen gaan is onder meer vereist dat er sprake is van één bijna voldragen ontslaggrond. Daar is hier naar het oordeel van de kantonrechter sprake van. [verzoekster] en [verweerder] hebben geïnvesteerd in het herstellen van het vertrouwen door mediation. Zowel [verzoekster] als [verweerder] hebben tijdens de mondelinge behandeling verklaard de kwaliteit van de mediation als goed te hebben ervaren. Het is gelet op het MT-niveau waarin [B] en [verweerder] met elkaar dienden samen te werken ook wel enigszins begrijpelijk dat vertrouwensherstel noodzakelijk was om daadwerkelijk tot een goed verbetertraject te geraken. Dat dat vertrouwen niet hersteld is blijkt uit het feit dat [verweerder] op 7 februari 2020 vrijgesteld is van zijn verplichting om te werken en dat hij die vrijstelling niet heeft aangevochten.

Gelet op deze omstandigheden ziet de kantonrechter aanleiding tot ontbinding over te gaan van de arbeidsovereenkomst op de i-grond, waarbij aan [verweerder] de maximale verhouding van de transitievergoeding met 1,5 wordt toegekend. Die rechtvaardiging is gelegen in de steken die [verzoekster] heeft laten vallen in het verbetertraject, dat in feite niet tot uitvoering is gekomen, waardoor uiteindelijk het vertrouwen duurzaam geschaad is geraakt.

#### *Opzegtermijn*

5.11. Nu van ernstig verwijtbaar handelen geen sprake is wordt op grond van artikel 7:671b lid 8 BW het einde van de

arbeidsovereenkomst bepaalt op het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging zou zijn geëindigd, waarbij de duur van de periode die aanvangt op de datum van ontvangst van het verzoek tot ontbinding en eindigt op de datum van dagtekening van de ontbindingsbeslissing in mindering wordt gebracht, met dien verstande dat een termijn van ten minste een maand resteert.

Vast staat dat de opzegtermijn in dit geval zes maanden bedraagt. Nu de ontbinding niet het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van [verzoekster] zal de duur van de procedure (vier maanden en een week) in mindering worden gebracht op de opzegtermijn. De kantonrechter zal het einde van de arbeidsovereenkomst dan ook bepalen op 1 september 2020.

#### *Transitievergoeding*

5.12. [verzoekster] is op grond van artikel 7:673 BW de wettelijke transitievergoeding aan [verweerder] verschuldigd alsmede de verhoging hiervan tot 1,5 op grond van artikel 7:671b lid 8 BW. Ter zitting heeft [verzoekster] toegelicht dat zij bij de berekening van de transitievergoeding reeds rekening heeft gehouden met de gemiddelde bonus over 2016, 2017 en 2018. Met de bonus over 2019 is geen rekening gehouden, omdat die nog niet was vastgesteld. Door [verweerder] is geen verweer gevoerd tegen de door [verzoekster] berekende transitievergoeding, zodat de kantonrechter die berekening als uitgangspunt neemt. De transitievergoeding (met de verhoging tot 1,5) komt dan neer op een bedrag van € 38.502,12.

#### *Wettelijke rente*

5.13. [verweerder] maakt aanspraak op de wettelijke rente over de transitievergoeding. De wettelijke rente over de transitievergoeding is, op grond van het bepaalde in artikel 7:686a lid 1 BW, verschuldigd vanaf een maand na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd. De wettelijke rente zal dan ook vanaf dat moment worden toegewezen.

#### *Billijke vergoeding*

5.14. [verweerder] verzoekt om toekenning van een billijke vergoeding, omdat [verzoekster] ernstig verwijtbaar zou hebben gehandeld omdat 1) de organisatiewijziging (zie nr. 2.9) voor hem een demotie heeft opgeleverd waarbij [verzoekster] in strijd met artikel 2.4 van de arbeidsovereenkomst heeft gehandeld, 2) het verbeterplan pas in november 2019 aan [verweerder] aan geboden is en 3) per 1 januari 2017 de pensioenpremie volledig voor rekening van [verweerder] is gebracht. [verzoekster] heeft betwist dat haar een ernstig verwijt treft. Ten aanzien van de pensioenpremie heeft zij uitgelegd dat sprake is van een wijziging voor alle werknemers waarvoor een compensatieregeling getroffen is. Geen van deze feiten leveren een grond op voor een aan [verzoekster] te maken ernstig verwijt. Het verzoek van [verweerder] tot toekenning van een billijke vergoeding wordt dan ook afgewezen.

#### *Concurrentie/relatiebeding*

5.15. Tijdens de mondelinge behandeling heeft (de gemachtigde van) [verweerder] naar voren gebracht dat hij verval van het concurrentie/relatiebeding heeft bedoeld als een onvoorwaardelijk zelfstandig verzoek. Nu dit verzoek is geformuleerd 'in de plaats van' het toewijzen van een billijke vergoeding, heeft de kantonrechter het verzoek als een voorwaardelijk verzoek begrepen. Omdat in de stukken door geen van partijen een echt debat is gevoerd over het non-concurrentiebeding en partijen ook geen gebruik hebben gemaakt van de hen ge-

boden gelegenheid dat debat alsnog te voeren, blijft de beoordeling van het concurrentie- en relatiebeding buiten de behandeling van deze zaak.

#### *Proceskosten*

5.16. De kantonrechter ziet in de uitkomst van deze procedure aanleiding de proceskosten te compenseren, in die zin dat partijen hun eigen proceskosten dragen.

#### *6. De beslissing*

De kantonrechter:

6.1. ontbindt de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst per 1 september 2020;

6.2. veroordeelt [verzoekster] tot betaling aan [verweerder] van een bedrag van € 38.502,12 bruto ter zake de transitievergoeding als bedoeld in artikel 7:673 BW juncto 7:671b lid 8 BW, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 1 oktober 2020 tot de dag van algehele voldoening;

6.3. compenseert de proceskosten in die zin, dat ieder van partijen de eigen kosten draagt;

6.4. verklaart deze beschikking tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

6.5. wijst af het meer of anders verzochte.

#### **NOOT**

Na tal van afwijzingen is op 6 juli 2020 de eerste ontbindingsbeschikking geweest waarin een beroep op de i-grond (de cumulatiegond) wordt gehonoreerd. Dat er zo veel afwijzingen aan vooraf zijn gegaan oogt opmerkelijk, aangezien de cumulatiegond door de regering duidelijk als een versoepeling van het ontslagrecht werd gepresenteerd.<sup>1</sup> In deze annotatie maak ik de balans op en ga ik in op de onderbouwing van de toewijzingen en afwijzingen van de thans gepubliceerde rechtspraak op de i-grond, waarna ik deze zal spiegelen aan de wetsgeschiedenis. Ik beperk mij hierbij tot de motivering van de toe- of afwijzing van de i-grond en laat de additionele vergoeding ex art. 7:671b lid 8 BW in deze annotatie verder buiten beschouwing.

#### *Wetsgeschiedenis*

Met de invoering van de WWZ per 1 juli 2015 beoogde de wetgever het ontslagrecht eenvoudiger, sneller, goedkoper en eerlijker te maken.<sup>2</sup> Evaluatieonderzoek op grond van een analyse van de ontbindingsrechtspraak voor de periode juli 2015 tot en met juli 2018 door Kersten, Houweling en Kruit legde echter bloot dat het percentage afwijzingen sinds de inwerkingtreding van de WWZ (gemiddeld 36%) hoger is dan vóór de WWZ (gemiddeld 9%).<sup>3</sup> Ontslag bleek dus niet eenvoudiger, maar 'moeilijker' te worden. Daarnaast bleek, zo merkte de regering op, dat er zich in de praktijk situaties konden voordoen waarin ontbinding van de arbeidsovereenkomst gerechtvaardigd wordt geacht, terwijl er niet aan een van de redelijke gronden voor ontslag werd voldaan. Het ging dan om situaties waarbij zich omstandigheden uit ver-

1 Zie o.a. *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, F, p. 4, *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 9, p. 60, p. 66 en *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, D, p. 58.

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

3 I. Kersten, A.R. Houweling & P. Kruit, 'Evaluatieonderzoek ontbindingspraktijk WWZ 2015-2018', TAP 2018/266.

schillende ontslaggronden voordeden (bijvoorbeeld een verstoorde arbeidsverhouding in combinatie met onvoldoende functioneren van de werknemer) die echter op zich onvoldoende zijn om een redelijke grond te vormen, maar waarbij het gezien het geheel van de omstandigheden in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd om de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.<sup>4</sup>

Als oplossing voor de twee voornoemde problemen werd door de regering de i-grond, de cumulatiegrond, geïntroduceerd. Op basis van deze cumulatiegrond kunnen een combinatie van omstandigheden uit meerdere ontslaggronden tezamen een redelijke grond voor ontbinding vormen. Deze i-grond geeft rechters de mogelijkheid om in die situatie toch tot ontbinding over te gaan als in redelijkheid van de werkgever niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De cumulatiegrond ziet aldus op die gevallen waarin ontslag in de rede ligt, maar door de werkgever slechts meerdere ontslaggronden gedeeltelijk onderbouwd kunnen worden.<sup>5</sup> De wetgever heeft zich niet uitgebreid uitgelaten uit over de manier waarop de i-grond moet worden getoetst. Opgemerkt werd slechts dat de toetsingsmaatstaf is dat er een zodanige combinatie van omstandigheden uit twee of meer van de onder c tot en met h genoemde gronden is dat in redelijkheid van de werkgever niet verlangd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.<sup>6</sup>

In de parlementaire geschiedenis wordt niet door de wetgever aangegeven in hoeverre aan elke grond voldaan dient te worden. Ik meen echter dat dit indirect kan worden afgeleid uit het houvast dat de regering bij de parlementaire behandeling heeft gegeven om de hoogte van de vergoeding die door de rechter kan worden toegewezen bij een ontbinding op de i-grond te bepalen. In dit kader merkte de regering op dat als de rechter een extra vergoeding toekent, hij bij het vaststellen van de vergoeding bijvoorbeeld rekening kan houden met de mate waarin aan de omstandigheden uit de ontslaggronden c tot en met h is voldaan. Wanneer de rechter van oordeel is dat een of meer van de ontslaggronden, waarop de cumulatie van omstandigheden is gebaseerd, bijna voldragen is, dan zou dit een aanleiding 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 volgens de regering als aanleiding zien om een hogere extra vergoeding toe te kennen.<sup>7</sup>

#### Oordeel kantonrechter

Aan de kantonrechter te Almere lag het verzoek voor de arbeidsovereenkomst te ontbinden op de i-grond. Als eerste in de tot nu toe gepubliceerde rechtspraak, honoreert de rechter het beroep op de cumulatiegrond. Hij overweegt hiertoe (onder andere): 'Om tot ontbinding op de i-grond over te kunnen gaan is onder meer vereist dat er sprake is van één bijna voldragen ontslaggrond. Daar is hier naar het oordeel van de kantonrechter sprake van.' De motivering van de rechter is in mijn optiek onjuist. Nergens uit de wetgeschiedenis valt af te leiden dat één bijna voldragen ontslaggrond vereist is om tot ontbinding op de i-grond over te gaan. Sterker nog: uit de parlementaire geschiedenis, waarin is overwogen dat de

rechter aanleiding kan zien een hogere vergoeding toe te kennen in de gevallen waarin sprake is van 'een cumulatie van ontslaggronden die ieder voor zich in een veel mindere mate voldragen zijn',<sup>8</sup> meen ik af te leiden dat het dus ook mogelijk is om een cumulatie van ontslaggronden aan te voeren die 'ieder voor zich in een veel mindere mate voldragen zijn'. Dat de kantonrechter dit in zijn overweging als 'verste' formuleert, is in mijn optiek dan ook onbegrijpelijk en onjuist.

Voorts valt op dat de kantonrechter voor verdere onderbouwing van de i-grond aandraagt dat werknemer en werkgever 'hebben geïnvesteerd in het herstellen van het vertrouwen door mediation' en 'het gelet op het MT-niveau (...) ook wel enigszins begrijpelijk [is] dat vertrouwensherstel noodzakelijk was om tot een goed verbetertraject te geraken.' Met Helstone meen ik dat deze omstandigheden evengoed tot een voldragen g-grond hadden kunnen leiden, zulks zonder toekenning van de additionele vergoeding.<sup>9</sup> Hier zou volgens de kantonrechter echter geen sprake van kunnen zijn 'omdat de belangrijkste oorzaak daarvan gelegen is in een meningsverschil over het disfunctioneren van de werknemer'. Ook deze redenering volg ik niet. De omstandigheid dat de oorsprong van een verstoorde arbeidsverhouding in een andere redelijke grond voor ontslag (in de zin van art. 7:669 lid 3 BW) gelegen zou zijn, staat in mijn optiek een ontbinding op de g-grond niet in de weg. Het een sluit het ander niet uit. Zo zou evenmin gesteld kunnen worden dat niet op de g-grond kan worden ontbonden omdat het startpunt van de verstoorde arbeidsverhouding een verwijtbare handeling van een werknemer zou zijn.

#### Overige jurisprudentie over de i-grond

De vraag rijst vervolgens hoe andere rechters de cumulatiegrond hebben aangevlogen. Alhoewel de voorliggende zaak de eerste toewijzing op de i-grond betreft, zijn inmiddels meerdere andere zaken geweest waarin een verzoek werd gedaan om de arbeidsovereenkomst op de cumulatiegrond te ontbinden. In de periode van 1 januari tot en met 13 augustus 2020 zijn – bij mijn weten – 19 zaken gepubliceerd waarin de i-grond inhoudelijk is behandeld.<sup>10</sup> Wie dacht dat de i-grond een grote versoepeling van het ontslagrecht zou vormen, lijkt van een koude kermis thuis te komen. Opval-

4 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 54.

5 *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, D, p. 59.

6 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 55.

7 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 9, p. 57-58.

8 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 9, p. 57-58.

9 «JAR» 2020/187, m.nt. A.M. Helstone.

10 Rb. Noord-Holland 17 februari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:1036; Rb. Oost-Brabant 25 februari 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:1498; Rb. Oost-Brabant 5 maart 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:1499; Rb. Midden-Nederland 27 maart 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1221; Rb. Rotterdam 30 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:2915; Rb. Limburg 31 maart 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:2708; Rb. Den Haag 28 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4679; Rb. Overijssel 3 juni 2020, ECLI:NL:ROVE:2020:1975; Rb. Den Haag 8 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:5404; Rb. Rotterdam 9 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5246; Rb. Rotterdam 16 juni 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:4469; Rb. Midden-Nederland 8 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2628; Rb. Noord-Holland 8 juli 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5559; Rb. Rotterdam 17 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6350; Rb. Noord-Holland 17 juli 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5324 en Rb. Midden-Nederland 6 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2705.

lend is dat in maar liefst 18 van deze 19 zaken, het beroep op de i-grond is afgewezen.<sup>11</sup>

Bij bestudering van de jurisprudentie, valt op dat er uit de thans gepubliceerde rechtspraak (grofweg) een vijftal redeneringen zijn af te leiden die een afwijzing van de cumulatieve grond zouden moeten rechtvaardigen. Deze zijn achtereenvolgens:

- (1) dat geen sprake is van een bijna voldragen (andere) ontslaggrond, zoals genoemd in art. 7:699 lid 3 sub c tot en met h BW;
- (2) dat de combinatie van gronden niet zodanig is dat niet kan worden gevegd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren (7 maal);
- (3) dat de cumulatieve grond niet afzonderlijk is toegelicht (6 maal);
- (4) dat toewijzing erop neer zou komen dat de waarborgen van de andere gronden alsnog worden onthouden (3 maal) en tot slot;
- (5) dat de i-grond niet meer aan de orde is nu aan de andere aangevoerde redelijke gronden voorbij werd gegaan (1 maal). Ik bespreek deze gronden hieronder kort.

Zoals toegelicht, oogt de stelling onder (1) dat er sprake zou moeten zijn van een bijna voldragen andere ontslaggrond om tot ontbinding op de i-grond over te gaan, mij evident onjuist in het licht van de wetsgeschiedenis. Het is dan ook te betreuren dat hier in de rechtspraak zo veel waarde aan (b) lijkt te worden gehecht. De maatstaf genoemd onder (2) daarentegen, die erop neerkomt dat de combinatie van gronden niet zodanig is dat niet kan worden gevegd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, lijkt mij wél juist gezien de wetsgeschiedenis waarin expliciet is overwogen dat de toetsingsmaatstaf is dat er een zodanige combinatie van omstandigheden uit twee of meer van de onder c tot en met h genoemde gronden is dat in redelijkheid van de werkgever niet verlangd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

Voorts wijst de kantonrechter in maar liefst één op de drie zaken het verzoek om ontbinding op de i-grond (onder andere) af met als reden dat de cumulatieve grond niet afzonderlijk is toegelicht (3). Daarbij wordt vaak opgemerkt dat het niet aan de rechter zou zijn 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. Zoals Van den Hof terecht opmerkt,<sup>12</sup> kan de vraag worden opgeworpen in hoeverre deze beredenering strookt met de stelling van de wetgever dat het ter beoordeling aan de rechter is of de door de werkgever aangevoerde omstandigheden uit twee of meer ontslaggronden in combinatie een redelijke grond voor ontslag opleveren.<sup>13</sup> De wetgever heeft geëxpliciteerd dat de toetsingsmaatstaf is of een zodanige combinatie van omstandigheden uit twee of meer van de onder c tot en met h genoemde gronden is dat in redelijkheid van de werkgever niet verlangd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.<sup>14</sup> Met Van den Hof meen ik dat de omstandigheid dat de relevante omstandigheden wel degelijk door

de werkgever zijn aangevoerd, zij het in bespreking bij de overige aangevoerde gronden, geen reden zou mogen zijn om een beroep op de i-grond af te wijzen.

Tot slot nog enige aandacht voor de redeneringen genoemd onder (4) en (5). Alhoewel ik begrip kan hebben voor de stelling van kantonrechters dat toewijzing erop neer zou komen dat de waarborgen van de andere gronden alsnog worden onthouden, zou dit in mijn mening niet een zelfstandige rol binnen het toetsingskader moeten innemen. Wel zou dit een omstandigheid kunnen zijn die meeweegt in het oordeel dat wel of niet in redelijkheid van de werkgever kan worden verlangd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Daarnaast zou de omstandigheid dat waarborgen van andere gronden ontbreken terwijl er niet meer kan worden gevegd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, eventueel tot uiting kunnen komen in de hoogte van de toekenning van de additionele vergoeding. De redenering genoemd onder (5) lijkt een vreemde eend in de bijt, die voorbijgaat aan het karakter van de cumulatieve grond. Immers, uit de wetsgeschiedenis volgt dat alhoewel er geen andere voldragen gronden zijn, er nog steeds sprake kan zijn van een toekenning op de i-grond vanwege gronden die ieder voor zich in een veel mindere mate voldragen zijn.<sup>15</sup> Deze redenering snijdt in mijn optiek daarom geen hout. Gezien het solitaire karakter van de overweging zal ik hier niet verder op ingaan in deze annotatie.

#### Conclusie

De inmiddels gepubliceerde jurisprudentie omtrent de i-grond roept veel vraagtekens op. Het toetsingskader dat inmiddels in de rechtspraak lijkt te ontstaan, kent enkele eisen die geen rechtvaardiging kennen in de wetsgeschiedenis en in mijn optiek ook een deugdelijke onderbouwing missen. Het is afwachten hoe dit zich in de verdere praktijk ontwikkelt.

Dit brengt mij tot een afsluitende opmerking en handreiking aan de praktijk. Alhoewel er vraagtekens gezet kunnen worden bij de juistheid van de eisen van de kantonrechters, kan de praktijkjurist beter het zekere voor het onzekere nemen. In dat kader zal men, mocht hiertoe de mogelijkheid bestaan, de puntjes op de i kunnen zetten door te bepleiten dat sprake is van één bijna voldragen ontslaggrond. Alhoewel mij dit vanuit wethistorisch perspectief niet nodig lijkt, blijkt (een deel van) de praktijk een andere mening toegedaan. Men zal er in ieder geval verstandig aan doen de i-grond afzonderlijk te motiveren, waarbij zal moeten worden aangevoerd dat en waarom er sprake is van een zodanige combinatie van omstandigheden uit twee of meer gronden, waardoor er in redelijkheid van de werkgever niet verlangd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

mr. Y.L. Smit  
advocaat bij Boontje Advocaten

11 Van toewijzing op grond van art. 7:669 lid 3 sub i BW was alleen sprake bij Rb. Midden-Nederland 6 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2705 (deze annotatie).

12 «JIN» 2020/74, m.nt. L.P.L. van den Hof.

13 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 55.

14 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 55.

15 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 9, p. 57-58.



## Personen- en familierecht

132

**Maatwerk binnen een forfaitair rekensysteem**

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem  
28 juli 2020, nr. 200.273.315, ECLI:NL:GHARL:2020:5935  
(mr. De Groot, mr. Smeeing-van Hees, mr. Phaff)  
Noot mr. V.T.M. Smeets

**Correctiemogelijkheid draagkrachtloos inkomen.  
Aanvaardbaarheidstoets. Verwijtbaarheid en vermijdbaarheid.**

[BW art. 1:397]

*Essentie: Wijziging overeengekomen kinderalimentatie. Rechtbank en hof passen verschillende correcties toe op het draagkrachtloos inkomen. Het hof houdt geen rekening met de werkelijke woonlasten van de man. Beroep van de man op de aanvaardbaarheidstoets is voldoende onderbouwd. Geen terugbetalingsverplichting.*

*Samenvatting: Partijen hebben in september 2017 een ouder­schapsplan opgesteld waarin zij afspraken hebben gemaakt over de kinderalimentatie voor hun twee minderjarige kinderen. Op 11 november 2019 bepaalt de rechter in eerste aanleg dat de kinderalimentatie met ingang van 14 mei 2019 op nihil wordt gesteld. De vrouw komt in hoger beroep. Zij voert onder meer aan dat de rechtbank bij de berekening van de draagkracht van de man ten onrechte het forfaitaire draagkrachtloos inkomen heeft verhoogd met extra lasten, te weten: zijn feitelijke woonlasten, de maandelijkse aflossing op zijn belastingschuld (inkomstenbelasting) en de maandelijkse aflossing op een lening in verband met de restschuld na verkoop van zijn woning. Het hof toetst of deze lasten vermijdbaar zijn en of de schulden verwijtbaar zijn aangegaan. Anders dan de rechtbank is het hof van oordeel dat geen rekening dient te worden gehouden met de werkelijke woonlasten van de man, omdat die vermijdbaar zijn. Het hof houdt, net als de rechtbank, wel rekening met de overige extra lasten. De man doet een beroep op de aanvaardbaarheidstoets. Het hof oordeelt dat de berekende bijdrage over de periode 14 mei 2019 tot 1 mei 2020 wordt beperkt tot het niveau van 90% van de bijstandsnorm, omdat de man zijn feitelijke woonlasten niet volledig uit zijn vrije ruimte kan voldoen. Vanaf 1 mei 2020 wordt de alimentatie op nihil gesteld. De man heeft voldoende onderbouwd dat hij dan geen draagkracht heeft. De vrouw hoeft dat wat zij eventueel vanaf 14 mei 2019 te veel heeft ontvangen niet terug te betalen.*

[verzoekster],  
wonende te [A],  
verzoekster in hoger beroep,  
verder te noemen: de vrouw,  
advocaat: mr. drs. J.L. Zegelink te Elst,  
en  
[verweerder],  
wonende te [B],

verweerder in hoger beroep,  
verder te noemen: de man,  
advocaat: mr. K.L.M. Kremer te Utrecht.

*1. De procedure in eerste aanleg*

Het hof verwijst voor het geding in eerste aanleg naar de beschikking van de rechtbank Gelderland, zittingsplaats Arnhem, van 11 november 2019, uitgesproken onder voormeld zaaknummer. Verder ook te noemen: de bestreden beschikking.

*2. De procedure in hoger beroep*

2.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:  
– het beroepschrift, ingekomen op 3 februari 2020;  
– het verweerschrift;  
– een journaalbericht van mr. Kremer van 29 mei 2020 met producties A tot en met H en een begeleidend schrijven;  
– drie journaalberichten van mr. Zegelink van 29 mei 2020 met respectievelijk

- bijlagen 1 tot en met 8;
- de spreekantekeningen tijdens de vrouw en bijlagen 1 tot en met 5, en;
- de spreekantekeningen tijdens de man, een reactie van de vrouw daarop en bijlagen 1 tot en met 4;
- een journaalbericht van mr. Kremer van 8 juni 2020 met een reactie van de man op de spreekantekeningen tijdens de vrouw;
- een journaalbericht van mr. Kremer van 9 juni 2020 met producties I en J, en
- een journaalbericht van mr. Kremer van 11 juni 2020.

2.2. In verband met het (beleid ten aanzien van) het coronavirus heeft het hof partijen de mogelijkheid geboden om te kiezen voor een schriftelijke afdoening van de zaak. Partijen hebben het hof laten weten dat zij instemmen met een schriftelijke afdoening van deze procedure. Partijen hebben vervolgens gebruik gemaakt van de gelegenheid spreekantekeningen in het geding te brengen.

2.3. Bij voormeld journaalbericht van 11 juni 2020 heeft mr. Kremer namens de man bezwaar gemaakt tegen de door mr. Zegelink op 8 juni 2020 ingediende stukken bij de reactie van de vrouw op de spreekantekeningen van de man. Mr. Kremer stelt dat hij pas op 10 juni 2020 kennis heeft genomen van deze stukken (niet zijnde de spreekantekeningen en de reactie hierop), omdat deze te laat zijn ingediend en dat hij daarom niet op die stukken heeft kunnen reageren. De advocaat van de vrouw heeft de door mr. Kremer overgelegde stukken wel tijdig – op 29 mei 2020 – ontvangen. Mr. Kremer verzoekt het hof daarom geen kennis van de bijlagen 1 tot en met 4 te nemen.

Het hof stelt vast dat beide partijen spreekantekeningen met onderliggende stukken hebben ingediend en op elkaars stukken hebben gereageerd. De vrouw neemt met de bij haar reactie op de spreekantekeningen van de man overgelegde nieuwe bijlagen 1 tot en met 4 een extra termijn. Het hof acht dit in strijd met de goede procesorde.

Het hof neemt bij zijn beoordeling daarom de volgende namens de vrouw overgelegde bijlagen niet in aanmerking:

- vakantieplanning 2019,
- hemelvaart,
- wel of geen uitzending? en
- openstaande kosten kinderopvang.

*3. De feiten*

3.1. De man en de vrouw zijn de ouders van: