

ANNOTATIE

De cumulatiegrond: combineren is nog niet zo eenvoudig

*mr. O. van der Kind**Annotatie bij Rechtbank Noord-Holland, 17-02-2020,
ECLI:NL:RBNHO:2020:1036 (AR-2020-0225)*

De bedoeling bij de cumulatiegrond

Sinds 1 januari 2020 telt artikel 7:669 lid 3 BW negen onderdelen, a t/m i. Onderdeel i, ook genoemd de cumulatiegrond, is aan de lijst van redelijke (ontslag)gronden toegevoegd en bepaalt dat onder een redelijke grond wordt verstaan een combinatie van omstandigheden genoemd in twee of meer van de gronden, bedoeld in de onderdelen c tot en met e, g en h, die zodanig is dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De cumulatiegrond is als redelijke grond toegevoegd omdat volgens de regering in de praktijk is gebleken dat zich situaties kunnen voordoen waarin ontbinding van de arbeidsovereenkomst gerechtvaardigd wordt geacht, terwijl er niet aan een van de redelijke gronden voor ontslag is voldaan. Rechters zouden daardoor onvoldoende maatwerk kunnen leveren. Die cumulatiegrond zou hen daartoe wel in staat stellen.[1] Op de vraag of de introductie daarmee als een versoepeling van het ontslagrecht gezien moet worden antwoordde de minister, na enig aandringen, dat de cumulatiegrond inderdaad zal leiden tot vaker ontbinden, maar dan wel met een hogere vergoeding. 'In die zin is het een versoepeling', aldus de minister.[2] Benadrukt is echter dat de werkgever altijd een deugdelijk dossier moet hebben, net als bij een beroep op een afzonderlijke ontslaggrond. De minister was ook niet bang dat de cumulatiegrond als een meer open grond zou gaan gelden doordat werkgevers verschillende slecht onderbouwde gronden bij elkaar zullen verzamelen. De werkgever dient 'immers precies aan te geven en te onderbouwen welke omstandigheden uit twee of meer van de gronden tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst ertoe hebben geleid dat in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De rechter beoordeelt of sprake is van een redelijke grond en zal, wanneer daarvan geen sprake is, niet overgaan tot ontbinding. Voor een gerechtvaardigd beroep op de cumulatiegrond is dan ook vereist dat in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Enkele slecht onderbouwde gronden die bij elkaar zijn gesprokkeld om op eenvoudige wijze tot beëindiging

te komen, zijn daarvoor niet voldoende', aldus de minister.[3] Concluderend kan worden gesteld dat de regering de introductie van de cumulatiegroond als een versoepeling van het ontslagrecht heeft gezien, maar zonder dat de redelijke waarborgen tegen ongerechtvaardigd ontslag geweld wordt aangedaan. 'Weliswaar is de werknemer in minder situaties dan voorheen beschermd tegen ontslag, maar omdat onveranderd sprake moet zijn van een redelijke grond, die voldoende moet zijn onderbouwd is van een zware inbreuk op de ontslagbescherming geen sprake', zo heeft de minister betoogd.[4] Daarbij werd benadrukt dat met de introductie van de cumulatiegroond niet wordt gebroken met het gesloten stelsel van ontslaggronden.[5]

Het valt niet te ontkennen dat het met de Wwz geïntroduceerde systeem van gesloten ontslaggronden die voldragen moeten zijn, soms als (te) rigide is ervaren en dat behoefte bestond aan een aanpassing die, zoals de minister het heeft verwoord, meer mogelijkheden van maatwerk geeft.[6] Ook in verschillende bijdragen in het kader van de internetconsultatie WAB is betoogd dat een 'versoepeling' (een omschrijving die de minister dus graag had willen vermijden) wenselijk is. Zowel in de bijdrage van de werkgroep VvA/VAAN als die van de Adviescommissie Arbeidsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten is de introductie van de cumulatiegroond bijvoorbeeld in meer algemene zin met begrip ontvangen (de werkgroep VvA/VAAN noemde de introductie 'verklaarbaar' en de Adviescommissie Arbeidsrecht sprak van een verbetering), los van meer technische vragen en opmerkingen. De vraag was (en is) hoe de cumulatiegroond in de praktijk zal uitwerken en er is dan ook met belangstelling uitgekeken naar de eerste uitspraken waarin een beroep op de cumulatiegroond is beoordeeld. In het bijzonder is de vraag hoe kritisch de rechter het beroep beoordeelt. Hoe dicht tegen 'voldragen zijn' aan moet een ontslaggrond bijvoorbeeld zijn om de omstandigheden ervan succesvol te kunnen combineren? Kan een enkele opmerking van de werkgever dat hij niet tevreden is over het werk van de werknemer al gelden als een met een andere grond te combineren omstandigheid als bedoeld in de d-grond, of is daarvoor ten minste vereist dat het disfunctioneren vaststaat en het onvoldragen zijn van de d-grond er alleen nog uit bestaat dat geen of onvoldoende verbetertraject heeft plaatsgevonden? En, met betrekking tot de e-grond, hoe verwijtbaar moet een handelen of nalaten zijn om gecombineerd te mogen worden? Inmiddels zijn zeven uitspraken gepubliceerd waarin een beroep op de cumulatiegroond is beoordeeld. Ze geven voor een deel het antwoord. Ik bespreek ze hieronder.

De tot nu toe gepubliceerde uitspraken

De zeven gepubliceerde uitspraken zijn: (1) Rechtbank Noord-Holland, locatie Alkmaar, 17 februari 2020;[7] (2) Rechtbank Oost-Brabant, zittingsplaats Eindhoven, 25 februari 2020;[8] (3) Rechtbank Oost-Brabant, zittingsplaats Eindhoven, 5 maart 2020;[9] (4) Rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, 27 maart 2020;[10] (5) Rechtbank Rotterdam 30 maart 2020;[11] (6) Rechtbank Limburg 31 maart 2020;[12] en (7) Rechtbank Amsterdam 8 mei 2020.[13]

1. Rechtbank Noord-Holland 17 februari 2020

De werkgever, Crown Verpakking Nederland B.V., verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst, primair op de e-grond, subsidiair op de d-grond, meer subsidiair op de g-grond en meest subsidiair vanwege 'een combinatie van de omstandigheden van de hiervoor genoemde gronden', de i-grond. De werknemer zou zich herhaaldelijk schuldig hebben gemaakt aan ontoelaatbare gedragingen, in het bijzonder sabotagehandelingen aan de productielijn. Ook zou hij agressief en dreigend gedrag hebben vertoond. Hij is op enig moment geschorst en Crown was van plan een nader onderzoek te doen naar zijn handelwijze, welk onderzoek uiteindelijk niet heeft plaatsgevonden. Wel is er een schikkingsbespreking geweest die niet tot een oplossing van het geschil heeft geleid. De kantonrechter overweegt dat Crown de zeer ernstige beschuldiging van sabotage niet hard heeft kunnen maken. Derhalve is geen sprake van een e-grond. Over de d-grond overweegt de kantonrechter dat de werknemer niet in de gelegenheid is gesteld zijn gedrag te verbeteren en ook dat geen enkele dossiervorming heeft plaatsgevonden. Zo zijn er nooit functioneringsgesprekken geweest. Als hij al ongeschikt zou zijn voor zijn functie, is hij daarvan nooit in kennis gesteld en heeft geen verbetertraject plaatsgevonden. Ten aanzien van de g-grond wordt overwogen dat het verzoek te ontbinden vanwege een verstoorde arbeidsverhouding direct en onlosmakelijk samenhangt met de door Crown gestelde verwijtbare gedragingen en het gestelde disfunctioneren. Andere feiten of omstandigheden die de conclusie kunnen dragen dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, zijn niet gesteld. Ook heeft Crown op geen enkele wijze geprobeerd de volgens haar bestaande verstoring van de arbeidsverhouding op te lossen, wat wel van haar mocht worden verwacht. Met betrekking tot de cumulatiegrond stelt de kantonrechter voorop dat de wetgever met de grond heeft beoogd het ontslagstelsel te verruimen, maar zonder te breken met het stelsel van gesloten ontslaggronden. Ook de cumulatiegrond kan volgens de kantonrechter niet tot ontbinding leiden. Crown heeft immers nagelaten de grond afzonderlijk toe te lichten. Naar het oordeel van de kantonrechter is het niet aan de rechter – wanneer iedere toelichting ontbreekt – de omstandigheden die zijn aangevoerd in het kader van de afzonderlijke ontslaggronden (e, d, en g) in het kader van de i-grond te verzamelen en zelfstandig te beoordelen of dat voldoende is voor een voldragen i-grond. In dit kader wijst de kantonrechter er overigens op dat geen van de aan het verzoek ten grondslag gelegde afzonderlijke ontslaggronden voldragen is en dat van een bijna voldragen ontslaggrond evenmin sprake is.

2. Rechtbank Oost-Brabant 25 februari 2020

De werkgever, een schoolbestuur met meerdere locaties, ontvangt begin 2019 signalen dat binnen de school waar de werknemer als teamleider werkzaam is, sprake zou zijn van een 'informele onderstroming'. De werkgever laat een extern onderzoeksbureau een cultuuronderzoek uitvoeren. Uit dat onderzoek blijkt dat signalen bestaan over ongewenst gedrag van, onder andere, de werknemer. Er volgt een tweede onderzoek door een ander extern onderzoeksbureau. Tijdens dat onderzoek wordt de werknemer vrijgesteld van werk. De uitkomsten van het tweede onderzoek zijn voor de werkgever reden de werknemer niet op zijn school te laten terugkeren. Een andere passende functie is volgens de werkgever niet te

vinden, niet in de laatste plaats omdat de werknemer de voorstellen voor herplaatsing telkens zou hebben afgewezen. De werkgever verzoekt daarom ontbinding van de arbeidsovereenkomst, primair op de e-grond, subsidiair op de g-grond, meer subsidiair wegens 'andere omstandigheden' (h-grond) en uiterst subsidiair op de i-grond. Ten aanzien van de e-grond overweegt de kantonrechter dat niet kan worden geconcludeerd dat sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten. De werknemer was onder meer verweten dat hij zijn werkgever onterecht verwijten had gemaakt, geen blijk van zelfreflectie en professioneel gedrag heeft gegeven, passende herplaatsingsvoorstellen direct van de hand heeft gewezen en de in de cao opgenomen geheimhoudingsclausule heeft overtreden door een van de onderzoeksrapporten met een derde te delen. Voor de kantonrechter is dit alles onvoldoende om tot verwijtbaar handelen of nalaten te concluderen, waarbij ten aanzien van het laatste verwijt is overwogen dat het de werknemer niet kan worden verweten dat hij het rapport aan een deskundige heeft toegezonden in het kader van zijn wens zich te verweren. In het kader van de g-grond is de werknemer onder meer verweten dat zijn positie binnen de school onhoudbaar is vanwege de relaties die hij op het werk is aangegaan en zijn rol bij de ongewenste klikvorming binnen de school. Die klikvorming zou ertoe hebben geleid dat sommige collega-teamleiders/docenten zich buitengesloten voelen. Hoewel het gedrag van de werknemer volgens de kantonrechter als onprofessioneel kan worden bestempeld, is de school zelf medeverantwoordelijk, omdat zij niet met het personeel in overleg is getreden over de binnen de school bestaande cultuur en hiervoor ook geen regels heeft opgesteld. Verder overweegt de kantonrechter dat de werkgever voor het overige dezelfde argumenten heeft aangevoerd als bij de onderbouwing van de e-grond. De kantonrechter stelt echter vast dat aannemelijk is dat de arbeidsverhouding verstoord is geraakt. De verstoring kan echter aan beide partijen worden toegerekend en is onvoldoende ernstig en duurzaam om een beëindiging van de arbeidsovereenkomst te rechtvaardigen. Als beide partijen zich daartoe inspannen moet een normalisering van de arbeidsverhouding binnen afzienbare termijn mogelijk worden geacht, aldus de kantonrechter. Met de aangevoerde h-grond maakt de kantonrechter korte metten aangezien de werkgever geen andere feiten en omstandigheden heeft aangevoerd dan bij de e- en g-grond. De aangevoerde i-grond kent eenzelfde lot. De combinatie van de aan de werknemer verweten gedragingen en – aan beide partijen toe te rekenen – verstoring van de arbeidsverhouding is niet zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren: 'Alle door [school 2] aangevoerde gronden zijn, niet alleen afzonderlijk maar ook in samenhang bezien, ontoereikend om toewijzing van het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst te rechtvaardigen. Ook op de i-grond is het verzoek niet toewijsbaar', aldus de kantonrechter.

3. Rechtbank Oost-Brabant 5 maart 2020

De werkgever, ook hier een onderwijsinstelling, verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst met een leraar Wiskunde onderbouw. De leraar zou cijfers van proefwerken bij een groot aantal leerlingen hebben opgehoogd, zonder afstemming met zijn collega's of de schoolleiding. Hij zou ook al enkele jaren disfunctioneren. Er volgt een schorsing nadat hij heeft toegegeven met terugwerkende kracht punten te hebben opgehoogd.

Hij betwist echter dat sprake is van verwijtbaar handelen. Veel opgehoogde cijfers zouden het gevolg zijn van een collectieve ophoging van een proefwerk, al dan niet na herkansing. Ook behoort de individuele cijfertoekenning volgens hem tot de autonomie van de leraar. In enkele gevallen heeft hij om pedagogische redenen een cijferophoging doorgevoerd, maar volgens hem waren de uiteindelijke cijfers altijd representatief. De werkgever bepleit dat sprake is van verwijtbaar handelen (e-grond), verstoorde arbeidsverhouding (g-grond) en 'een combinatie van omstandigheden behorende bij deze gronden', de i-grond. De kantonrechter oordeelt dat de werkgever op geen enkele wijze heeft aangetoond dat de werknemer in strijd heeft gehandeld met het sectieplan door in voorkomende gevallen cijfers op te hogen. De enkele overtreding die de werknemer heeft erkend, het in strijd handelen met een zogeheten overgangsregel, acht de kantonrechter onvoldoende om de arbeidsovereenkomst wegens verwijtbaar handelen te ontbinden. De werkgever had het gesprek met de werknemer moeten aangaan en duidelijke afspraken met hem moeten maken, alvorens over te gaan tot het beëindigen van het dienstverband. Ook de beschuldiging dat de werknemer de resultaten van leerlingen heeft gemanipuleerd, heeft de werkgever niet hard kunnen maken. Aldus is geen sprake van verwijtbaar handelen. Eenzelfde conclusie wordt getrokken met betrekking tot de gestelde verstoorde arbeidsverhouding. In het verzoekschrift zijn slechts vier regels gewijd aan de g-grond waarbij geen andere feiten of omstandigheden zijn gesteld dan zijn genoemd bij de onderbouwing van de e-grond. Voor zover sprake zou zijn van een verstoorde arbeidsverhouding is ook niet gebleken dat de werkgever heeft geprobeerd de verhouding te herstellen. In geen enkel opzicht is bovendien gebleken dat partijen niet langer door één deur kunnen. De kantonrechter bespreekt vervolgens de gestelde i-grond, waarbij hij met eenzelfde overweging als is opgenomen in uitspraak (1) de grond niet aanwezig acht: de i-grond is niet afzonderlijk toegelicht en het is niet aan de rechter er dan maar wat van te maken. Overigens wordt overwogen: 'Daarbij komt dat hierboven al is geoordeeld dat geen van de aan het verzoek ten grondslag gelegde afzonderlijke ontslaggronden voldragen is. Ook in combinatie leveren zij niet voldoende grond op de arbeidsovereenkomst te beëindigen.'

4. Rechtbank Midden-Nederland 27 maart 2020

In deze zaak verzoekt de werkgever ontbinding van de arbeidsovereenkomst met een Senior Vision Engineer vanwege disfunctioneren. Uit de uitspraak blijkt niet goed of daarnaast ontbinding is gevraagd op de g-grond. Wel is ontbinding gevraagd 'op grond van disfunctioneren in combinatie met een verstoorde arbeidsrelatie (de i-grond van art. 7:669 lid BW)'. Over het beroep op de d-grond oordeelt de kantonrechter dat onvoldoende concrete feiten zijn gesteld waaruit het disfunctioneren van de werknemer zou kunnen blijken. Ook is de werknemer niet tijdig in kennis gesteld en voldoende de gelegenheid gegeven zijn functioneren te verbeteren. Met betrekking tot de gestelde verstoorde arbeidsrelatie overweegt de kantonrechter dat de werknemer inderdaad enige tijd thuis heeft gewerkt en dat dit inderdaad geen ideale en normale situatie is. Anderzijds vormt dit onvoldoende aanwijzing dat de arbeidsverhouding zodanig verstoord is dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd deze te laten voortduren. Het mislukken van onderhandelingen over het eindigen van het dienstverband kan de werkgever in ieder geval niet baten. Verwacht had

mogen worden dat hij zou proberen de arbeidsverhouding te normaliseren, waarvan niet is gebleken. Over de i-grond merkt de kantonrechter op dat in het verzoekschrift nauwelijks is toegelicht waarom sprake zou zijn van een combinatie van omstandigheden die ontbinding rechtvaardigt. Ter zitting heeft de werkgever wel toegelicht dat de i-grond aan de orde is 'omdat de verhouding te veel is verstoord omdat verbetering in het functioneren weinig kansen heeft', maar ook die onderbouwing is naar het oordeel van de kantonrechter onvoldoende: 'Toewijzing op grond van deze redenering zou er in dit geval op neerkomen dat aan [verweerder] de waarborgen die gelden voor de d-grond hem alsnog worden onthouden. De kantonrechter neemt hierbij in aanmerking (zoals ook hiervóór al is overwogen) dat van [verzoeker] verwacht had mogen worden dat zij, voor zover de arbeidsverhouding naar haar mening teveel verstoord is, moeite had behoren te doen dit te normaliseren. Daarvan is echter niet gebleken.'

5. Rechtbank Rotterdam 30 maart 2020

De werkgever, Apotheek Beverwaard, verzoekt primair ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de d-grond, subsidiair op de g-grond en meer subsidiair met een beroep op de i-grond. De werkneemster, vanaf 1 september 2017 in dienst in de functie van Beherend Apotheker, zou een verkeerde stijl van leiderschap hebben en onvoldoende adequaat zijn opgetreden bij verschillende incidenten, waaronder ontvreemding van opiaten. Ook zou zij adviezen van het management onvoldoende opvolgen en een moeizame relatie hebben met de centrummanager. Het vertrouwen van Apotheek Beverwaard in een verdere vruchtbare samenwerking zou voorts verdwenen zijn als gevolg van enkele externe rapportages over verschillende incidenten binnen de apotheek. Daarnaast zou sprake zijn van een verstoorde arbeidsverhouding tussen de werkneemster en haar team. Voor wat betreft de i-grond stelt Apotheek Beverwaard dat de d-grond en g-grond in samenhang bezien maken dat sprake is van een voldragen cumulatiegrond. Ten aanzien van de d-grond stelt de kantonrechter voorop dat de werkneemster kort terug een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd was toegezegd en dat de werkgever kennelijk van oordeel was dat de werkneemster aan de functie-eisen voldeed. Dat dit beeld zou zijn gewijzigd als gevolg van de externe rapportages acht de kantonrechter niet juist. Ook als zou moeten worden geoordeeld dat de in die rapportages beschreven bevindingen correct zijn, is een ontbinding wegens disfunctioneren niet mogelijk en had het op de weg van Apotheek Beverwaard gelegen de bevindingen met de werkneemster te bespreken en haar de gelegenheid te bieden zich op de kritiekpunten te verbeteren. Van een verbetertraject is echter niet gebleken en daarmee is geen sprake van een voldragen d-grond. Over de aangevoerde g-grond merkt de kantonrechter op dat ter onderbouwing ervan alleen is verwezen naar de feiten en omstandigheden die ook aan de d-grond ten grondslag zijn gelegd, wat niet volstaat. Er is hoe dan ook niet voldaan aan het zogeheten duurzaamheidscriterium, dat met zich brengt dat ten minste constructieve en reële pogingen moeten zijn gedaan om te onderzoeken of de verstoorde relatie nog herstelbaar is, bijvoorbeeld door middel van gesprekken of mediation. Dergelijke gesprekken hebben niet plaatsgevonden, wat betekent dat te snel naar het middel van ontslag is gegrepen. Voor wat betreft het argument dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding tussen de

werkneemster en het team, stelt de kantonrechter vast dat de werkneemster weliswaar aandacht en tijd heeft moeten besteden aan het team, maar onvoldoende is gebleken dat sprake is van problemen met het personeel die maken dat een verstoorde verhouding met dat personeel is ontstaan. Ook overigens zijn geen concrete feiten en omstandigheden aangevoerd die op zichzelf de conclusie kunnen rechtvaardigen dat sprake is van een duurzaam verstoorde arbeidsverhouding, aldus de kantonrechter. Over de aangevoerde i-grond merkt de kantonrechter kort op dat de enkele stelling dat de d-grond en de e-grond in samenhang bezien een redelijke grond voor ontbinding opleveren, onvoldoende is. Nu iedere toelichting ontbreekt, kan niet worden gekomen tot een voldragen i-grond. De kantonrechter besluit: 'Daar komt nog bij dat de kantonrechter hierboven heeft geoordeeld dat geen van de aan het verzoek ten grondslag gelegde afzonderlijke ontslaggronden voldragen is. Van een bijna voldragen ontslaggrond is evenmin sprake. Om die reden is er dan ook geen grond voor het oordeel dat niet meer van Apotheek Beverwaard kan worden geleverd de arbeidsovereenkomst voort te zetten.'

6. *Rechtbank Limburg 31 maart 2020*

De werkgever, exploitant van een speelautomatenhal/amusementscentrum, ontslaat zijn werknemer, de vestigingsmanager, op staande voet vanwege grensoverschrijdend gedrag en het niet naleven van de interne regels. De werknemer zou te veel bellen tijdens werktijd, regelmatig geen bedrijfskleding dragen, tijdens werktijd meer dan vijf sigaretten per dag roken, regelmatig niet goed in- en uitklokken, zijn computer onvoldoende hebben beveiligd met een wachtwoord, zich racistisch hebben uitgelaten over bepaalde klanten, een seksueel getinte opmerking hebben gemaakt, een collega de zogeheten middelvinger hebben gegeven en werkuren op oneigenlijke wijze hebben goedgekeurd. Het door de werknemer ingediende vernietigingsverzoek wordt door de kantonrechter toegewezen, waarna de kantonrechter oordeelt over het voorwaardelijk gedane verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. In dat kader heeft de werkgever primair een beroep gedaan op de zogeheten e-grond, subsidiair op de g-grond en meer subsidiair op de i-grond. De kantonrechter overweegt dat de werkgever de werknemer nooit heeft gewaarschuwd en ook geen begeleidings- en verbetertraject heeft aangeboden. Nu dat niet is gebeurd bestaat geen reden voor ontbinding op de e-grond. Voor wat betreft de g-grond wordt overwogen dat de werkgever door zijn harde en buitenproportionele houding de zelf geopperde verstoring bewerkstelligd heeft en daarom alles in het werk zou moeten stellen de arbeidsverhouding te herstellen. Over de i-grond wordt kort en bondig geoordeeld: 'Nu voorbij wordt gegaan aan beide gronden [de d-grond en g-grond, OvdK], volgt hieruit dat ook de i-grond niet meer aan de orde is.'

7. *Rechtbank Amsterdam 8 mei 2020*

De werkgever, Lebara B.V., verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst met een van haar werknemers omdat hij ernstig tekort zou zijn geschoten in de nakoming van zijn taken en verantwoordelijkheden. De uitspraak vermeldt geen functie, maar wel dat de werknemer leiding geeft aan een klein team en verantwoordelijk is voor het regelen van alle juridische zaken van de groep. Hij zou, samengevat, in het kader van enkele financiële transacties ten

onrechte informatie aan derden hebben verstrekt, maar ook informatie aan andere derden niet hebben verstrekt, hebben geholpen bij verduistering van opbrengsten en een gebrekkige administratie hebben bijgehouden. Dit alles bewust of onbewust. Het noodzakelijke vertrouwen in hem zou door zijn handelwijze volledig zijn verdwenen. Primair is Lebara dan ook van oordeel dat sprake is van een voldragen e-grond en subsidiair van een voldragen g-grond. Meer subsidiair meent zij dat als geen sprake is van een voldragen e-grond of g-grond in elk geval sprake is van een samengestelde grond, namelijk een combinatie van de d-, e- en g-grond. De kantonrechter oordeelt dat geen van de aangevoerde gronden kan leiden tot ontbinding. De in het kader van de e-grond verweten gedragingen zijn niet komen vast te staan, niet zwaar genoeg of niet aan de werknemer te verwijten. Voor wat betreft de g-grond overweegt zij dat weliswaar sprake is van 'een zekere aantasting van de onderlinge verhoudingen', maar de verstoring is niet zodanig dat deze niet kan worden opgelost. Lebara heeft daar ten onrechte geen poging toe ondernomen, wat betekent dat de g-grond 'op dit moment niet tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst kan leiden'. Dat sprake is van een hooggeplaatste functionaris maakt dat niet anders. Over de i-grond overweegt de kantonrechter kort: 'Ook de i-grond biedt Lebara geen soelaas; in wezen tracht Lebara de niet-geslaagde e- en g-grond te repareren met een beroep op de i-grond en daar is deze grond niet voor bedoeld.'

Analyse

Zeven gepubliceerde uitspraken, zeven keer een afwijzing. Helaas is daarbij niet veel duidelijkheid gegeven over hoe het beroep op de cumulatiegrond wordt getoetst. Er zijn echter wel lijnen te ontdekken.

'Toelichten' van de cumulatiegrond

De eerste lijn is dat rechters er niet voor lijken te voelen een in het geheel niet toegelicht beroep op de cumulatiegrond inhoudelijk te beoordelen, zie uitspraken (1), (3) en (5). Waarschijnlijk waren de werkgevers in de desbetreffende zaken van mening dat een aparte onderbouwing niet nodig was omdat de door hen genoemde afzonderlijke gronden al voldoende onderbouwd waren. Mogelijk is de gedachte geweest dat als een werkgever vindt dat de door hem als primair en subsidiair genoemde gronden voldragen zijn, voor zich spreekt dat hij ook van oordeel is dat een combinatie – en wat dat betreft: iedere combinatie – van de omstandigheden die horen bij die gronden tot ontbinding moet leiden. Dat hoeft hij dan niet nog een keer toe te lichten. Het is blijkens deze uitspraken dus anders, wat steun vindt in de parlementaire geschiedenis. Herhaaldelijk heeft de minister opgemerkt dat de werkgever zijn beroep op de cumulatiegrond moet onderbouwen door aan te geven welke omstandigheden uit twee of meer van de wettelijke ontslaggronden ertoe hebben geleid dat in redelijkheid niet kan worden geveerd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Het volgt overigens ook uit artikel 278 Rv en artikel 24 Rv: het verzoekschrift moet de gronden van het verzoek bevatten en de rechter mag de feitelijke grondslag niet ambtshalve aanvullen (in tegenstelling tot de

rechtsgronden, die hij ambtshalve moet aanvullen). Het houdt echter niet op bij het noemen van de feiten; ook lijkt gesteld te moeten worden waarom de feiten leiden tot een bepaalde conclusie, in dit geval dat sprake is van een combinatie van omstandigheden die zodanig is dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Hierbij mag niet worden vergeten dat de cumulatiegrond, net als de andere redelijke gronden, als een op zichzelf staande grond moet worden beoordeeld. De onderbouwing ervan verloopt alleen anders, door omstandigheden die zijn genoemd bij de andere gronden met elkaar te verbinden met als conclusie dat de gekozen combinatie zo zwaar weegt dat een einde van de arbeidsovereenkomst gerechtvaardigd is. Ontbreekt iedere toelichting op dat punt, dan is dat blijkens drie van de hier besproken uitspraken fataal. Uitspraak (7) valt in dit verband op vanwege de gekozen formulering: de cumulatiegrond is volgens de kantonrechter niet bedoeld om het niet slagen van de andere, afzonderlijke gronden 'te repareren'. Ik vermoed dat hiermee is bedoeld dat een beroep op de cumulatiegrond zich niet kan beperken tot een verwijzing naar de andere gronden zonder nadere toelichting of onderbouwing (waarbij in dit geval opvalt dat ook de d-grond is genoemd, hoewel die grond niet door de werkgever als afzonderlijke grond is opgegeven). Als gezegd, ook beargumenteerd lijkt te moeten worden waarom de combinatie heeft te leiden tot ontbinding. Voor wie twijfelt, kan het volgende wellicht als hulpmiddel dienen. De wetgever heeft opgemerkt dat de cumulatiegrond (ook) 'primair' aan een ontbindingsverzoek ten grondslag kan worden gelegd.^[14] Ik lees dat maar als 'als enige grond', want waarom zou een werkgever – gelet op het risico van een extra vergoeding – primair ontbinding vragen op de cumulatiegrond als hij van mening is dat zich ook afzonderlijke gronden voordoen die niet het risico van de extra vergoeding met zich brengen? Verzoekt een werkgever 'primair' ontbinding op de cumulatiegrond, dan spreekt voor zich dat hij, verwijzend naar andere in de wet opgenomen redelijke gronden, motiveert welke combinatie van omstandigheden relevant is en waarom. Los van het feit dat het verzoek anders mogelijk onbegrijpelijk is, moet worden voldaan aan artikel 278 Rv. Er is naar mijn mening geen reden lichtere eisen aan de onderbouwing van de cumulatiegrond te stellen als die subsidiair of meer subsidiair is genoemd enkel en alleen omdat elders in het verzoekschrift al is ingegaan op de andere gronden. Ter voorkoming van herhalingen kan de werkgever in dat geval uiteraard wel verwijzen naar de elders in het verzoekschrift opgenomen feitelijke toelichting op de andere gronden. Niet vereist is dat het gehele verhaal opnieuw wordt verteld, wel waarom onderdelen ervan in samenhang bezien (toch) moeten leiden tot ontbinding. Een dergelijke toelichting, die in aantal woorden beperkt kan zijn omdat veel al gezegd zal zijn in het kader van de toelichting op de andere gronden, zal mijns inziens moeten voldoen.

Moet sprake zijn van 'bijna voldragen'?

De tweede lijn lijkt te zijn dat voor een succesvol beroep op de cumulatiegrond de te combineren (omstandigheden van de) afzonderlijke ontslaggronden enige invulling moeten hebben. Uit de uitspraken (1), (5) en in mindere mate (3) kan worden afgeleid dat sprake moet

zijn van ten minste één bijna voldragen ontslaggrond wil een combinatie ervan met een andere ontslaggrond tot ontbinding kunnen leiden. Uitspraken (1) en (5) kennen daarbij een nagenoeg gelijke formulering ('Van een bijna voldragen ontslaggrond is evenmin sprake'). Ook deze lijn lijkt in overeenstemming te zijn met de bedoeling van de wetgever. Als gezegd heeft de minister opgemerkt dat enkele slecht onderbouwde gronden die bij elkaar zijn gesprokkeld niet voldoende zijn voor een succesvol beroep op de cumulatiegrond. De vraag is natuurlijk wat het verschil maakt tussen een slecht onderbouwde bij elkaar gesprokkelde grond en een voldoende onderbouwde grond. De strekking van de opmerking lijkt mij echter duidelijk. De te combineren gronden moeten enige substantie hebben, anders hebben ze te weinig gewicht bij een combinatie ervan. De kantonrechters in de zaken die hebben geleid tot de uitspraken (1) en (5), en mogelijk ook (3), interpreteren dit als het bijna voldragen moeten zijn van de afzonderlijke gronden, althans van één ervan. Zonder dit 'bijna voldragen zijn' kan hoe dan ook niet worden gesproken van een situatie waarin ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de cumulatiegrond gerechtvaardigd is. Een andere benadering zou ertoe kunnen leiden dat de cumulatiegrond toch gaat werken als een open grond, wat uitdrukkelijk niet de bedoeling is. De cumulatiegrond geeft de rechter de mogelijkheid los te komen van het vereiste van het voldragen zijn van ontslaggronden, maar alleen als door de werkgever voldoende is geprobeerd die gronden voldragen te laten zijn, zo lijkt het. Zo moet mijns inziens ook de overweging in uitspraak (4) worden uitgelegd, dat het argument dat de cumulatiegrond aan de orde is omdat de verhouding is verstoord nu verbetering in het functioneren weinig kans heeft, niet kan leiden tot toewijzing omdat dit afbreuk zou doen aan de waarborgen die gelden bij de d-grond. De kantonrechter is immers van oordeel dat de g-grond pas met de d-grond kan worden gecombineerd als de werkgever zijn best heeft gedaan de verstoring in de arbeidsverhouding weg te nemen. De gedachte hierachter – die ook in de andere uitspraken terug te vinden is – zal zijn dat een werkgever anders een verstoring in de arbeidsverhouding laat ontstaan of bestaan om vervolgens de g-grond te combineren met een andere grond. Die handelwijze moet begrijpelijkerwijs worden tegengegaan, maar dat maakt de g-grond wel moeilijk te combineren. Heeft de werkgever alles gedaan om de verstoring weg te nemen – maar tevergeefs – dan zal in beginsel immers sprake zijn van een voldragen g-grond en komt de cumulatiegrond niet meer aan bod.[15] Schort het daar juist aan (de werkgever heeft onvoldoende inspanningen verricht gericht op herstel van de arbeidsverhouding) dan is dat weer funest in het kader van een beroep op de cumulatiegrond. De formulering van de kantonrechter in uitspraak (6) is in dit kader wat kort door de bocht. Dat voorbij wordt gegaan aan beide afzonderlijke gronden (d en g) betekent immers niet per se dat de i-grond niet meer aan de orde is. De strekking ervan lijkt echter te zijn dat de i-grond niet aan de orde is als de andere afzonderlijke gronden onvoldoende inhoud hebben. Dan valt er niets te combineren.

Helaas is in uitspraak (2) niet nader gemotiveerd waarom de aangevoerde gronden ook in samenhang gezien niet kunnen leiden tot een ontbinding. Over de aangevoerde g-grond overwoog de kantonrechter dat aannemelijk is gemaakt dat de arbeidsverhouding verstoord is geraakt, zij het onvoldoende ernstig en duurzaam om een beëindiging te rechtvaardigen. Ook is overwogen dat weliswaar niet 'aanstonds' kan worden geconcludeerd dat van de zijde van

de werknemer sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten, maar dat de werknemer wel heeft erkend dat het niet handig is geweest een relatie op het werk aan te gaan (wat mijns inziens een *understatement* is). In tegenstelling tot de andere zaken lijkt het erop dat in ieder geval een van de afzonderlijke ontslaggronden een relevante inhoudelijke invulling heeft gekregen. Het is daarom spijtig dat niet uitvoeriger is gemotiveerd waarom die invulling toch onvoldoende is geacht voor toewijzing.

Op basis van de hier besproken uitspraken gelden voor de praktijkjurist twee duidelijke aanwijzingen: (a) het is riskant voor de onderbouwing van de cumulatiegrond te volstaan met enkel een verwijzing naar het gestelde bij de bespreking van de afzonderlijke gronden en (b) voor een succesvol beroep op de cumulatiegrond lijkt vereist te zijn dat in ieder geval een van de afzonderlijke gronden bijna voldragen is (of in ieder geval een eind op weg daarnaartoe). De cumulatiegrond wordt aldus, anders dan wellicht door de praktijk werd verwacht en mogelijk gehoopt, kritisch beoordeeld. Het is niet zo dat als alle omstandigheden die horen bij de aangevoerde afzonderlijke gronden bij elkaar worden gestopt, een ontbinding op de cumulatiegrond wel zal volgen.

Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden?

Hoewel het leerstuk van het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in de hier besproken uitspraken niet expliciet aan de orde is gekomen (de hier besproken overwegingen van de kantonrechters zien mijns inziens op de reikwijdte van art. 24 Rv in combinatie met de stelplicht en niet op die van art. 25 Rv) kan de vraag worden gesteld of de rechter ambtshalve de cumulatiegrond moet toepassen als hij van mening is dat die grond zich voordoet, maar er geen beroep op is gedaan. In (het concept voor) de memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel dat in het kader van de internetconsulatie WAB ter inzage is gelegd, is over dit leerstuk opgemerkt:

‘De cumulatiegrond kan, net als de andere redelijke gronden, ook ambtshalve door de rechter worden toegepast. De rechter heeft deze bevoegdheid op grond van artikel 25 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Deze bepaling houdt in dat de rechter ambtshalve de rechtsgronden aanvult. Op basis van de aangevoerde feiten beoordeelt hij of de situatie onder een van de redelijke gronden valt, ook als die redelijke grond niet is aangevoerd. Wanneer een werkgever een ontbindingsverzoek baseert op een van de gronden c tot en met h, kan de rechter op grond van de aangevoerde feiten en omstandigheden ambtshalve tot het oordeel komen dat ontbonden moet worden op basis van de cumulatiegrond. Ook het omgekeerde is mogelijk. Wanneer de werkgever een verzoek tot ontbinding op de cumulatiegrond indient, kan de rechter ambtshalve oordelen dat de aangevoerde omstandigheden moeten leiden tot een ontbinding op grond van een van de andere redelijke gronden voor ontslag (c t/m h).’

In de uiteindelijke memorie van toelichting is deze passage niet terug te vinden. Mogelijk is de passage geschrapt naar aanleiding van een opmerking van de werkgroep VvA/VAAN. De werkgroep wees erop dat het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden op grond van artikel 25 Rv, door te ontbinden op een door de werkgever niet genoemde ontslaggrond, discutabel is en

overigens problematisch kan zijn:

‘In de memorie van toelichting WAB wordt gesteld dat de rechter op grond van artikel 25 Rv de bevoegdheid heeft de cumulatiegrond, net als de andere redelijke gronden ambtshalve toe te passen. Het leerstuk van ambtshalve aanvulling van rechtsgronden is evenwel aanzienlijk minder eenvoudig dan de regering lijkt te denken. De mogelijkheid om tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden over te gaan wordt in elk geval beperkt door de stellingen die partijen hebben aangevoerd, hetgeen in het domein valt van artikel 24 Rv: de feitelijke grondslag mag niet door de rechter worden aangevuld. En zelfs als een ontslaggrond ambtshalve zou mogen worden toegevoegd door de rechter, dient er nog voor te worden gewaakt dat hij geen verrassingsbeslissing geeft of dat de werknemer in zijn verweer wordt geschaad. Hoe dan ook: het lijkt ons verstandig als de uiteindelijke memorie van toelichting op dit punt genuanceerder zou zijn.’

In de uiteindelijke memorie van toelichting is met verwijzing naar een advies van de Raad voor de rechtspraak over het ambtshalve toepassen van de cumulatiegrond alleen opgemerkt:[16]

‘Het is volgens de Raad de vraag of ambtshalve toepassing van de i-grond door de rechter mogelijk is, omdat deze grond tot een ander rechtsgevolg leidt, namelijk een additionele vergoeding. Daar staat echter tegenover dat de werkgever in dat geval de mogelijkheid heeft het verzoek in te trekken. Het is aan de rechter om te beoordelen of, gelet op de omstandigheden van het geval, ambtshalve toepassing van de i-grond aan de orde zou kunnen zijn. De memorie van toelichting is hierop aangepast.’

De regering heeft het, gezien de gesignaleerde problematiek, waarschijnlijk beter geacht haar eerdere opmerking over het ambtshalve toepassen van de cumulatiegrond te schrappen en alleen op te merken dat het aan de rechter is te beoordelen of ambtshalve toepassing mogelijk is. Maar als het mogelijk is, is de rechter daar op grond van artikel 25 Rv toe verplicht. Zie over de problematiek bij het ambtshalve aanvullen van de gronden ook Bennaars en Quist, ‘Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden in de ontbindingsprocedure?’[17] en O. van der Kind, ‘De 671b-procedure: een keurslijf voor de kantonrechter?’.[18] Vooralsnog lijkt het beter er niet op te gokken dat de rechter zo nodig de cumulatiegrond ambtshalve zal toepassen. Meten is weten, gissen is missen en gokken is dokken, hoorde ik een timmerman laatst ook zeggen.

Olav van der Kind

[1] *Kamerstukken II* 2018/2019, 35074, nr. 3, p. 54.

[2] *Handelingen II* 2018/19, 48 item 8, p. 49.

[3] *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 9, p. 64.

- [4] *Kamerstukken II* 2018/19 35074, nr. 9, p. 62.
- [5] *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 9, p. 60.
- [6] Zie onder meer de onderzoeken HSI Evaluatie ontslaggronden WWZ, UvA 2016, en VAAN-VvA Evaluatieonderzoek WWZ 2016, Bju 2016.
- [7] ECLI:NL:RBNHO:2020:1036.
- [8] ECLI:NL:RBOBR:2020:1498.
- [9] ECLI:NL:RBOBR:2020:1499.
- [10] ECLI:NL:RBMNE:2020:1221.
- [11] ECLI:NL:RBROT:2020:2915.
- [12] ECLI:NL:RBLIM2020:2708.
- [13] ECLI:NL:RBAMS:2020:2541. In deze zaak heeft een kantoorgenoot de werknemer bijgestaan.
- [14] *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 54.
- [15] Zie o.m. Rb. Rotterdam 17 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3676 en Rb. Midden-Nederland 24 april 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1614.
- [16] *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 125, onderaan.
- [17] *TAP* 2018/3, nr. 99
- [18] *AR* 2016-0369.