

187

Ontbindingsverzoek op de i-grond toegewezen

Kantonrechter Rechtbank Midden-Nederland
 zp Almere

6 juli 2020, nr. 8341165/ME VERZ 20-30,

ECLI:NL:RBMNE:2020:2705

(mr. Steenberghe)

Noot mr. drs. A.M. Helstone

Ontbinding. Cumulatiegrond. G-grond bijna voldragen. Mediation mislukt. Verhoging met 1,5 van de transitievergoeding.

[BW art. 7:669 lid 3 sub d, g en i, 7:671b lid 1 en 8, 7:673]

De werknemer is bij de werkgever in dienst als Strategic Accountmanager. Als zodanig is hij mede verantwoordelijk voor de groei van het bedrijf door nieuwe klanten te werven en omzet te realiseren. De werknemer is lid van het kern Management Team van de werkgever. In 2014, 2015 en 2017 is het functioneren van de werknemer als goed beoordeeld, maar in 2016 en 2018 als matig. In januari 2019 heeft de werknemer een andere leidinggevende gekregen en is hem een Personal Development Plan overhandigd met daarin te verwachten acties voor verbetering van de klantenwerving. In september 2019 spreken partijen over beëindiging van het dienstverband. Zij bereiken daarover geen akkoord. In november 2019 volgt een nieuw verbeterplan. Het functioneren van de werknemer over 2019 wordt als onvoldoende beoordeeld. In januari 2020 wordt hij op

non-actief gesteld. De werkgever verzoekt nu ontbinding, primair op de d- of de g-grond en subsidiair op de i-grond.

De kantonrechter is van oordeel dat er geen sprake is van een voldragen d-grond. De werkgever heeft de werknemer onvoldoende gelegenheid gegeven zijn functioneren te verbeteren en heeft in feite volstaan met het herhalen van kritiekpunten. Het verzoek op de g-grond is ook niet toewijsbaar. De door de werkgever aangevoerde verstoorde arbeidsverhouding is onlosmakelijk verbonden met de kritiek op het functioneren. Partijen zijn blijven steken in een discussie over het functioneren, doordat de werkgever de werknemer geen redelijke gelegenheid heeft gegeven om zijn functioneren te verbeteren en geen daarop gerichte begeleiding en training heeft aangeboden. Het ontbindingsverzoek wordt wel toegewezen op de i-grond. Er is sprake van één bijna voldragen ontslaggrond, namelijk de g-grond. Partijen (de werknemer en zijn direct leidinggevende) hebben mediation geprobeerd, maar zijn niet tot elkaar gekomen. Het bestaan van een vertrouwensrelatie is echter essentieel op het niveau waarop de werknemer opereert. Ontbinding is daarom gerechtvaardigd. Aan de werknemer komt daarbij de maximale verhoging van de transitievergoeding met een factor 1,5 toe. Voor toekenning van een billijke vergoeding is geen aanleiding.

NB. Voor zover bekend is dit de eerste ontbinding op de i-grond. Voor afwijzingen zie onder meer «JAR» 2020/148, m.nt. Helstone, «JAR» 2020/98 en «JAR» 2020/81. De kantonrechter hecht grote waarde aan het feit dat één van de aangevoerde ontslaggronden bijna voldragen is. In de eerdere uitspraken was dit niet het geval. Nu de discussie over het functioneren buiten beschouwing moest blijven, wordt de conclusie dat sprake is van een bijna voldragen g-grond vrijwel uitsluitend gebaseerd op het mislukt zijn van mediation. Dit lijkt wel een wat wankel basis.

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (...) BV te (...),
 verzoekster in conventie,
 verweerster in voorwaardelijke reconventie,
 gemachtigde: mr. F. Samson,
 tegen
 de werknemer te (...),
 verweerder in conventie,

verzoeker in voorwaardelijke reconventie, gemachtigde: mr. H.J. de Raadt.

1. *De procedure*
(...)

2. *De feiten*

2.1. De werkgever is onderdeel van onderneming 1. Onderneming 1 is een logistieke dienstverlener voor herbruikbare standaardverpakkingen in Europa. De werkgever is de divisie voor palletpooling in de fast-moving consumer goods. De werkgever 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. De werknemer, geboren op (...), is sinds 16 september 2013 in dienst van de werkgever, laatstelijk in de functie van Strategic Accountmanager. Het salaris van de werknemer bedraagt € 9.505,26 bruto per maand exclusief 8% vakantietoeslag en emolumenten.

2.3. De werknemer is in zijn commerciële functie mede verantwoordelijk voor de groei van de werkgever door nieuwe klanten te werven en omzet te realiseren. De werknemer is tevens lid van het kern Management Team van de werkgever.

2.4. Over 2014 en 2015 is de werknemer door de werkgever beoordeeld met een 3 ("good performance").

2.5. Over 2016 is de werknemer beoordeeld met een 2 ("low performance or developing"). De werknemer heeft aan de werkgever laten weten het niet eens te zijn met die beoordeling. Het beoordelingsformulier over 2016 is door de werkgever en de werknemer niet getekend. De werkgever heeft over 2016 aan de werknemer een bonus en een salarisverhoging van 1% toegekend.

2.6. Over 2017 is de werknemer beoordeeld met een 3 ("good performance"). Het beoordelingsformulier over 2017 is door de werkgever en de werknemer ondertekend.

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

2.8. In haar brief van 3 december 2018 kent de werkgever aan de werknemer een extra bonus van

€ 10.000,= toe in verband met het onderneming 3 contract.

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

2.10. Op 16 april 2019 vindt er, aansluitend aan een MT-vergadering, een gesprek plaats tussen de werknemer, B en A. Daarbij is aan de werknemer 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 de werkgever 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 de werknemer dat hij nieuwe klanten moet aantrekken en dat van de werknemer een meer proactieve benadering wordt verwacht. In zijn mail van 28 juni 2018 aan de werknemer 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 de werknemer 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 de werknemer vóór eind september 'significant volume' met tenminste één nieuwe 'key customer' moet aanbrenge. 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 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 an 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 de werknemer.

2.14. De werknemer 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 de werknemer:

"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 de werknemer, waarbij B aan de werknemer laat weten dat hij het vertrouwen van de werkgever heeft geschaad. B legt aan de werknemer 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 de werkgever ter beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft niet tot overeenstemming geleid.

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

2.18. In de brief van 14 november 2019 deelt de werkgever onder meer het volgende aan de werknemer 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. De werknemer laat per mail van 14 november 2019 aan de werkgever weten dat over de contractverlenging en de betalingstermijn voor onderneming 4 het gebruikelijke proces binnen de werkgever 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 de werknemer met een 1 ("unacceptable performance") is beoordeeld. De

werknemer heeft de beoordeling over 2019 van zijn opmerkingen voorzien. De werknemer 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. De werknemer 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 de werkgever 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 de werknemer van 28 november 2019 aan de werkgever om een training te volgen ten aanzien van “negotiation skills”, is door de werkgever 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 de werknemer vrijgesteld van de verplichting om de bedongen arbeid te verrichten.

3. Het verzoek

3.1. De werkgever 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:

a. wegens ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid (art. 7: 669 lid 3 sub d BW), althans

b. op grond van een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van de werkgever redelijkerwijs niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren (ex artikel 7:669 lid 3 onderdeel g BW).

Subsidiair:

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, zo-

danig dat van de werkgever 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 subsidiair:

3.4. De werknemer te veroordelen in de kosten van deze procedure, het salaris van gemachtigde daaronder begrepen.

3.5. Aan haar verzoek legt de werkgever primair ten grondslag dat tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst moet worden overgegaan vanwege ongeschiktheid van de werknemer 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.

De werkgever voert aan dat de werknemer disfunctioneert, dat zij hem hier tijdig van in kennis heeft gesteld en de werknemer voldoende in de gelegenheid heeft gesteld zijn functioneren te verbeteren. Omdat verbetering is uitgebleven en de werknemer niets heeft gedaan met de feedback, de verbeterpunten telkens heeft weersproken, geen zelfinzicht en verantwoordelijkheid heeft getoond, kan van de werkgever niet worden verwacht de arbeidsrelatie te continueren. Door zich aldus te gedragen heeft de werknemer bovendien de vertrouwensrelatie met de werkgever ernstig en duurzaam verstoord als gevolg waarvan een vruchtbare samenwerking niet meer mogelijk is.

3.6. Subsidiair legt de werkgever 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 de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst voort te laten duren.

4. Het verweer en voorwaardelijk tegenverzoek

4.1. De werknemer voert verweer en verzoekt bij beschikking, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. de verzoeken van de werkgever tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst af te wijzen;

2. indien het verzoek tot ontbinding wordt ingewilligd, verzoekt de werknemer bij het bepalen van het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, rekening te houden met de geldende opzegtermijn, de werkgever 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 de werkgever 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. De werknemer voert aan dat er geen sprake is van disfunctioneren en voor zover daarvan wel sprake zou zijn, dat de werkgever hem onvoldoende in de gelegenheid heeft gesteld zich te verbeteren. Van een voldragen d-grond is dan ook geen sprake. Het verzoek van de werkgever tot ontbinding op grond van een verstoorde arbeidsverhouding hangt, aldus de werknemer, direct en onlosmakelijk samen met het door de werkgever 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 de werkgever redelijkerwijs niet gevergd worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

4.3. Evenmin kan tot ontbinding worden overgegaan op basis van de i-grond. De werkgever 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 de werknemer en dat de werknemer met zijn kritiek naar boven zou hebben geëscaleerd.

4.4. De werknemer concludeert dan ook tot afwijzing van de verzoeken van de werkgever en indien en voorzover toch tot ontbinding wordt overgegaan, verzoekt de werknemer zowel om veroordeling van de werkgever 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 partij en moet worden ontbonden. In het geval van ontbinding moet ook worden beoordeeld of aan de werknemer 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 de werkgever 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. De werkgever voert aan dat de redelijke grond voor ontbinding primair gelegen is in het disfunctioneren van de werknemer 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 de werkgever geconstateerde onvolkomenheden in het functioneren van de werknemer tot de conclusie kunnen leiden dat sprake is van disfunctioneren van de werknemer 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 de werkgever op het functioneren van de 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 de 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 de 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 de werknemer in de uitoefening van zijn functie. Hierbij speelt een rol wat de werkgever redelijkerwijs van de werknemer op het gebied van commercieel resultaat mocht verwachten. Dat de werknemer over 2018 niet aan de verwachting van de werkgever had voldaan blijkt uit de 'low performance' over dat jaar. Uit de ondertekening van de beoordeling (weliswaar voorzien van commentaar) daarvan door de werknemer blijkt dat hij daar tot op zekere hoogte begrip voor had. Daar staat tegenover dat hem dat jaar een bonus is toegekend. Dat de werknemer over 2019 evenmin aan de verwachting van de werkgever had voldaan blijkt uit de 'unacceptable performance' over dat jaar. Dat oordeel accepteert de werknemer niet. Hieruit blijkt minst genomen dat het functioneren van de werknemer een stevig punt van kritiek van de werkgever was en tevens een onderwerp van discussie was tussen hem en zijn leidinggevende. Dat blijkt ook uit de overleggen tussen B en de werknemer vanaf april 2019 over de diverse PDP's.

5.6. Vervolgens is de vraag in hoeverre de werkgever, gegeven haar kritiek, de werknemer duidelijke kaders ter verbetering heeft aangeboden en of de werkgever de werknemer daarbij al dan niet voldoende heeft begeleid. Hoewel het standpunt van de werkgever 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 de werkgever onvoldoende concrete verbeterkansen aan de werknemer 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 de werknemer aan deze doelen moest gaan werken en wat daarbij de rol van de werkgever zou zijn. In juli 2019 is vlak voor de vakantie van de werknemer het PDP

door de werkgever 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 de werknemer, zoals de werkgever dat noemt 'de duimschroeven krijgt aangedraaid'. Vervolgens wordt de werknemer, die meent dat de omzettaarget niet realistisch is, het vertrouwen door de werkgever opgezegd nadat eind september gebleken is hij de doelen en targets niet heeft behaald. Dit optreden van de werkgever 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 de werknemer voor het eerst een PIP aangeboden, maar wat omzettaarget betreft lijkt het PIP veel op het laatste PDP dat de werknemer niet realistisch achtte. In zoverre is wel van een verbeterplan sprake dat de werknemer 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 de werknemer geopperde training door de werkgever is afgewezen vanwege de timing daarvan.

5.7. Gelet op al het voorgaande is de kantonrechter van oordeel dat de werkgever aan de werknemer onvoldoende gelegenheid heeft gegeven om zijn functioneren te verbeteren. Het verbetertraject heeft in wezen uit niets anders bestaan dan het herhaaldelijk confronteren van de werknemer met de kritiek van de werkgever. 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 de werkgever op die grond niet toewijsbaar is.

Verstoorde arbeidsverhouding

5.8. Eveneens primair verzoekt de werkgever 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 omstandighe-

den aan de duurzaamheid ervan minder zwaar worden getild.

5.9. Vaststaat dat de door de werkgever aangevoerde verstoorde arbeidsverhouding onlosmakelijk is verbonden met het vermeende disfunctioneren van de werknemer. De werkgever legt immers aan dit verzoek ten grondslag dat de werknemer door zijn handelen het vertrouwen van de werkgever heeft geschaad. De handelingen waaraan de werkgever zich zo stoort, zijn in de kern, een vanuit zijn belang bezien op zichzelf niet onbegrijpelijke, reactie van de werknemer op de kritiek van de werkgever. Het gegeven dat de werkgever en de werknemer 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 de werknemer met elkaar samenwerkten, een teken van een verstoorde verhouding. De verstoorde verhouding tussen B en de werknemer blijkt evenzeer uit de wijze waarop de werknemer 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 de werknemer 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 de werkgever en de werknemer. Die verstoring is evenwel geen voldragen ontslaggrond, omdat de belangrijkste oorzaak daarvan gelegen is in een meningsverschil over het disfunctioneren van de werknemer. Het feit dat partijen in die discussie bleven steken wordt veroorzaakt doordat de werkgever de werknemer 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 de werkgever 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. De werkgever en de werknemer hebben geïnvesteerd in het herstellen van het vertrouwen door mediation. Zowel de werkgever als de werknemer 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 de werknemer 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 de werknemer 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 de werknemer de maximale verhoging van de transitievergoeding met 1,5 wordt toegekend. Die rechtvaardiging is gelegen in de steken die de werkgever 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 bepaald 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 de werkgever 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. De werkgever is op grond van artikel 7:673 BW de wettelijke transitievergoeding aan de werknemer verschuldigd alsmede de verhoging hiervan tot 1,5 op grond van artikel 7:671b lid 8

BW. Ter zitting heeft de werkgever 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 de werknemer is geen verweer gevoerd tegen de door de werkgever 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. De werknemer 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. De werknemer verzoekt om toekenning van een billijke vergoeding, omdat de werkgever ernstig verwijtbaar zou hebben gehandeld omdat 1) de organisatiewijziging (zie nr. 2.9) voor hem een demotie heeft opgeleverd waarbij de werkgever in strijd met artikel 2.4 van de arbeidsovereenkomst heeft gehandeld, 2) het verbeterplan pas in november 2019 aan de werknemer aan geboden is en 3) per 1 januari 2017 de pensioenpremie volledig voor rekening van de werknemer is gebracht. De werkgever 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 de werkgever te maken ernstig verwijt. Het verzoek van de werknemer tot toekenning van een billijke vergoeding wordt dan ook afgewezen.

Concurrentie/relatiebeding

5.15. Tijdens de mondelinge behandeling heeft (de gemachtigde van) de werknemer 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 geboden 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 de werkgever tot betaling aan de werknemer 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 een stroom van afwijzingen sinds de inwerkingtreding van de Wet arbeidsmarkt in balans (WAB) is dit de eerste (gepubliceerde) uitspraak waarin een beroep op de i-grond (cumulatiegrond) slaagt. De tijdens de totstandkoming van de WAB geuite zorg dat de i-grond in de praktijk als een standaardontslaggrond zou kunnen gaan dienen (*Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 9, p. 60*), is vooralsnog ongegrond gebleken. Wie zich verdiept in de relevante overwegingen van de uitspraak en die afzet tegen alle afwijzingen van de afgelopen periode, zal moeten vaststellen dat deze uitspraak geen duidelijke motivering of toetsingskader biedt voor een toewijzing op de i-grond. Dat is een gemiste kans. Ik beperk mij in deze annotatie tot twee opvallende aspecten van de uitspraak: (i) de onderbouwing van de toekenning en de hoogte van de extra vergoeding ter

compensatie van de toewijzing van de ontbinding op de i-grond (de cumulatievergoeding), en (ii) de vraag naar de meerwaarde van de i-gronden opzichte van de g-grond (verstoorde arbeidsverhouding). Ik sluit af met enkele opmerkingen over de kansen die de cumulatievergoeding biedt voor nadere gedachtvorming, mede in het licht van de aanbevelingen van de Commissie-Borstlap.

In de eerste plaats valt op dat de kantonrechter de maximale cumulatievergoeding (de helft van de transitievergoeding) ex art. 7:671b lid 8 BW toekent. Toewijzing van het maximum is opvallend, omdat de kantonrechter expliciet overweegt dat (i) zowel de werkgever als de werknemer hebben geïnvesteerd in het herstel van vertrouwen door mediation, (ii) het managementniveau (MT) waarop de werknemer functioneerde rechtvaardigt dat vertrouwensherstel noodzakelijk was om het verbetertraject te laten slagen, en (iii) de werknemer al geruime tijd was vrijgesteld van werk en hiertegen niet had geprotesteerd (r.o. 5.10). De vraag dringt zich op of de mate waarin de g-grond voldragen was in dit geval niet tot een lagere cumulatievergoeding had kunnen en moeten leiden. Het arbitraire karakter van de maximale cumulatievergoeding maakt echter dat dit geen gemakkelijke opgave is voor de rechter: welke korting dient er op de maximale verhoging plaats te vinden en in welke gevallen zou toewijzing van de cumulatievergoeding zelfs achterwege kunnen blijven? Immers, de rechter kan de werknemer een cumulatievergoeding toekennen; hij is vrij de hoogte hiervan te bepalen (*Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 57*). In deze zaak had de rechter de maximale verhoging dus ook achterwege kunnen laten. Tegelijkertijd moet worden bedacht dat de cumulatievergoeding kwalificeert als een compensatie voor het feit dat de werkgever er niet in is geslaagd de ontbinding op een enkelvoudige voldragen ontslaggrond te realiseren (*Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. D, p. 57*). Dit alles illustreert welke haken en ogen er voor de rechter zitten aan de meetbaarheid om vast te stellen in welke mate cumulatie van gronden plaatsvindt en hoe de hoogte van de cumulatievergoeding moet worden bepaald. Ik wijs hiervoor ook op de kanttekeningen van Verhulp bij deze meetbaarheid (*T&C Arbeidsrecht*, art. 7:671b BW, aant. 10): er zijn geen reële aanknopingspunten in de parlementaire geschiedenis te vinden voor de bere-

kening van de hoogte van de cumulatievergoeding. Met de compensatiegedachte in het achterhoofd, zal de rechter mogelijk niet snel minder dan de maximale cumulatievergoeding durven toe te kennen. Het is evident dat de rechtszekerheid, die de wetgever met de cumulatievergoeding voor ogen had, hiermee niet zal worden gediend.

Een tweede opvallend aspect is de motivering voor het ontbreken van een voldragen g-grond (r.o. 5.9, waarbij aan het einde abusievelijk wordt verwezen naar de 'h'-grond); de overwegingen hiervoor doen erg gekunsteld aan. Wat met name opvalt is dat de kantonrechter bij de overwegingen over de i-grond (r.o. 5.10) waarde hecht aan de investering van zowel de werkgever als de werknemer in het herstel van vertrouwen door mediation, maar dat die is mislukt én dat de werknemer zonder te protesteren al langere tijd was vrijgesteld van werk. In diezelfde overwegingen over de i-grond staat dat beide partijen tijdens de mondelinge behandeling hebben verklaard 'de kwaliteit van de mediation als goed te hebben ervaren'. Ik acht hierbij ook relevant dat de kantonrechter het 'wel enigszins begrijpelijk' achtte dat vertrouwen nodig was vanwege het MT-niveau waarop de werknemer functioneerde. Het lijkt mij gerechtvaardigd dat al deze omstandigheden evengoed tot een voldragen g-grond hadden kunnen leiden en in dat geval dus zonder toewijzing van de cumulatievergoeding. Een billijke vergoeding was hier niet aan de orde (r.o. 5.14) aangezien volgens de kantonrechter geen sprake was van ernstige verwijtbaarheid (waarvoor mijns inziens de hiervoor genoemde omstandigheden en de inspanningen van de werkgever ook relevant zijn). De vraag die dan opkomt is of een beroep op de i-grond tot een zekere koudwatervrees zal kunnen leiden bij kantonrechters om de g-grond als voldragen te beschouwen, juist in die gevallen waarin ernstige verwijtbaarheid ontbreekt en een billijke vergoeding achterwege blijft. Dat brengt mij tot enkele afsluitende opmerkingen over de impact van de hoogte van de maximale cumulatievergoeding voor de praktijk.

Als het aantal toewijzingen toeneemt, zal de maximale cumulatievergoeding als bandbreedte gaan dienen bij beëindigingsonderhandelingen: dat verstevigt de onderhandelingspositie van werknemers in zaken zoals deze en de werkgever kan hiermee het risico van afwijzing afkopen. Het

vraagstuk naar de mogelijkheid van de spreekwoordelijke 'smeerolie' binnen het rigide Wwz-vergoedingensysteem blijft hiermee onverminderd actueel: ik wijs hier (zie hiervoor ook «JAR» 2020/60, m.nt. Helstone) op het pleidooi van de Commissie-Borstlap voor een extra vergoeding indien een redelijke grond voor ontslag ontbreekt (Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk, 23 januari 2020, p. 66). In feite fungeert deze door de commissie bepleite vergoeding als afkoop, vergelijkbaar met de vergoeding op grond van art. 7:685 (oud) BW: volgens de commissie moet de kantonrechter de arbeidsovereenkomst op de c- t/m i-grond altijd ontbinden (tenzij het verzoek verband houdt met een opzegverbod).

Dat deze uitkomst wenselijk is voor de praktijk, onderschrijf ik. De kwalificatie van de vergoeding en het punitieve karakter dat de commissie bepleit (om zo lichtvaardige verzoeken te voorkomen), leidt echter tot lastige afbakeningsvraagstukken in het huidige

Wwz-vergoedingensysteem (zie over de wenselijkheid en de afbakeningsproblemen recentelijk: V. Bij de Vaate, 'Ontslagrecht volgens de Commissie Regulering van Werk; een reflectie', *TvO* 2020/2, p. 53-54). De gedachte van de commissie lijkt mij echter nog steeds, mede gelet op de hiervoor geschetste problematiek ten aanzien van de cumulatievergoeding, de moeite van het onderzoeken waard.

mr. drs. A.M. Helstone
advocaat en partner bij Stibbe