

# MASTER'S THESIS

## Voorzienbaarheid van de cumulatiegrond

Splinter, R.A.

**Award date:**

2023

**Awarding institution:**

Department of Private Law

[Link to publication](#)

**General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

**Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[pure-support@ou.nl](mailto:pure-support@ou.nl)

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 24. Jan. 2025

**Open Universiteit**  
[www.ou.nl](http://www.ou.nl)



Voorzienbaarheid van de cumulatiegrond

Foreseeability of the combined grounds of dismissal

Scriptie Rechtswetenschappen  
Cursuscode: RM9906212244M  
Naam: R.A. Splinter  
Studentnummer: 851779512  
Emailadres: riksplinter001@hotmail.com  
Datum van inleveren:  
Begeleider: mr. dr. A.H. Lamers  
Examinator: prof. mr. J.G.J. Rinkes  
Aantal woorden: 12134

## Hoofdstuk 1

### 1.1 Inleiding

Als een werknemer onvoorzien wordt ontslagen heeft dat gevolgen voor zijn financiële situatie.<sup>1</sup> Uit de gevolgen van de toeslagenaffaire bleken de financiële gevolgen van onvoorzien situaties mede het privéleven hard te raken.<sup>2</sup> Het is dan ook begrijpbaar, dat het toestaan van ontslag door de wetgever verankert is in de wet. Sinds de invoering van de 'Wet Werk en Zekerheid' (hierna: 'Wwz') kan de werkgever alleen ontslag aanvragen door een beroep te doen op een van de ontslaggronden uit art. 7:669 lid 3 BW. Dit gesloten stelsel van ontslaggronden wordt volgens de doctrine te streng toegepast in de praktijk.<sup>3</sup> Dit heeft ertoe geleid dat bij de ingang van de 'Wet Arbeidsmarkt in Balans' (hierna: 'WAB') de wetgever hierop heeft ingespeeld.<sup>4</sup> De wetgever biedt oplossing door ontslag op cumulerende ontslaggronden (de 'i-grond') mogelijk te maken. De wetgever heeft besloten dat de werkgever een werknemer moet kunnen ontslaan in een situatie 'waarin een einde van de arbeidsovereenkomst redelijkerwijs aan de orde is'.<sup>5</sup> Uit de rechtspraak blijkt de rechter in sommige gevallen te eisen dat minstens één van de twee ontslaggronden 'voldragen' te moeten zijn.<sup>6</sup> Uit recente rechtspraak blijkt dat dit niet consistent wordt toegepast. Dit lijkt niet in overeenstemming te zijn met de internationale rechtspraak van het EHRM.

Sinds het Hof van Justitie (hierna: 'HvJ') uitspraak heeft gedaan in het van Gend en Loos arrest heeft het Europees recht rechtstreekse werking. Ingevolge dit arrest dient nationale wetgeving te wijken indien deze niet met het Europees recht overeenstemt.<sup>7</sup> Dit heeft mede tot gevolg dat de toepassing van 'de i-grond' dient in overeenstemming met de standaarden van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: 'EHRM') te worden toegepast. De ontslagen werknemer heeft directe aanspraak op de rechten uit het Europees verdrag van de rechten van de mens (hierna: "EVRM"). Op grond van art. 6 lid 2 VUE juncto art. 6 EVRM heeft de ontslagen werknemer binnen de Europese Unie mede directe aanspraak op 'een eerlijk proces' bij ontslag.<sup>8</sup> De rechtsbeginselen uit het Europees recht werken door in het nationale recht. Hedendaags zijn er ook uitspraken gedaan over de beperkte directe toepassing van situaties tussen de werknemers onderling.<sup>9</sup> Zo is het mogelijk dat een werknemer met een lager salaris dan een collega 'in gelijke functie' zich beroept op 'een gelijke behandeling'. Het beginsel van gelijkheid houdt in dit geval in dat een gelijke werknemer in een gelijke functie met gelijke werkervaring een gelijke beloning hoort te krijgen.<sup>10</sup> Naast beloning is het aannemelijk, dat in geval van rechtsbescherming gelijke gevallen een gelijk dienen worden te behandeld. In de praktijk is niet snel sprake van een analoge toepassing ten behoeve van het ontslagrecht. Ter voorbeeld een aantal bagatelzaken. Zo wordt een werknemer van Schiphol ontslagen voor het overvullen van een flesje bronwater in zijn bidon.<sup>11</sup> In een tweede bagatelzaak volgt ontslag van een kassamedewerkster welke een gratis product op zichzelf uittest.<sup>12</sup> In een derde bagatelzaak heeft een uitzendkracht op Schiphol een zakje geopende cashewnoten opgegeten, echter volgt geen ontslag.<sup>13</sup> De wijze waarop de rechter een uitspraak doet is niet moeilijk te voorspellen voor de werknemer. In de bagatelzaken doet de werkgever een beroep op een van de ontslaggronden uit art. 7:669 lid 3 BW. Na de invoering van de 'WAB' mag de werkgever een beroep doen op meerdere ontslaggronden. In hoeverre de werknemer met de gevolgen van de 'i-grond' rekening kan houden is zeer beperkt in de literatuur onderzocht. De wetgever lijkt dan ook geen rekening te houden met de positie van de werknemer. Er worden door de wetgever geen eisen gesteld aan het gebruik van de 'i-grond'. Zo kunnen er mogelijk in de praktijk kleine incidenten op de werkvloer grote gevolgen hebben. Enerzijds is het goed dat de werkgever normen kan stellen en het beleid stikt kan houden in sommige gevallen. Anderzijds, zijn de gevolgen voor de werknemer groot en is het maar de vraag of de mogelijkheid van de 'i-grond' evenredig is met de gevolgen voor de werknemer. Het is dan ook evident dat het voor de werknemer van belang is wat er moet worden

---

<sup>1</sup> Al Khatib & Linders 2021, par. 3.

<sup>2</sup> De Groot 2022, p. 9.

<sup>3</sup> Kruit & Kersten 2020, par. 4.

<sup>4</sup> IJzerman & Sax 2021, p. 24.

<sup>5</sup> Kamerstukken // 2018-2019, 35074, nr. 3, p. 5.

<sup>6</sup> Ktr. Rotterdam 23 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9957.

<sup>7</sup> HvJ EG 5 februari 1963, ECLI:EU:C:1963:1.

<sup>8</sup> Verburg 2011, p. 284-289.

<sup>9</sup> HvJ EG 22 november 2005, ECLI:EU:C:2005:709 en Hof van Justitie EU 19 januari 2010, ECLI:EU:C:2010:21.

<sup>10</sup> Barentsen & Sagel 2021, par. 7.

<sup>11</sup> Rb. Noord-Holland 22 juni 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:4242.

<sup>12</sup> Rb. Rotterdam 27 december 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:10275.

<sup>13</sup> Rb. Haarlem 2 januari 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BC1646.

voorzien als er een beroep wordt gedaan op de 'i-grond'. De werkgever kan eenvoudig stellen dat de gronden voor ontslag aanwezig zijn. Daarnaast heeft de werkgever een machtspositie en kan door deze positie ook makkelijker bewijs leveren. In sommige gevallen is niet altijd duidelijk wiens grenzen eerst worden bereikt en overschreden: 'die van de klager of van de werkgever'?<sup>14</sup> Het is denkbaar dat een werkgever een werknemer gemakkelijk kan ontslaan door gebruik te maken van de cumulatiegrond. In veel gevallen is er sprake van een unieke cocktail van ontslaggronden en is de rechtspraak dus casuïstisch van aard. Dit is een unieke cocktail die niet eerder in de rechtspraak is voorgekomen en er ook geen rechtspraak van is gevormd. Het is evident dat de verdediging van de werknemer hierdoor in het geding kan raken. De zienswijze van de werkgever kan ook met zich meebrengen dat inzicht in de gevolgen van een beroep op de i-grond duidelijk is. Zo heeft het Hof in een recente zaak uitspraak gedaan waarbij een werknemer een lagere ontslagvergoeding heeft gekregen bij een voorzienbare ontslagreden en gesteld dat er geen sprake is van discriminatie.<sup>15</sup> Dit bewijst dat er verband bestaat tussen de ontslagvergoeding en de voorzienbaarheid van de ontslaggrond. Des te beter de situatie is te voorzien des te lager de ontslagvergoeding.

## 1.2 Onderzoeksvraag

Inzicht in wat de 'i-grond' inhoudt, is voor werknemers 'alvorens invoering van de ontslaggrond' belangrijk. Duidelijkheid verschaffen kan echter ten koste gaan van de openheid en flexibiliteit bij toepassing van de i-grond. De rechter dient enige flexibiliteit te moeten behouden voor het toepassen van de i-grond. In het Sunday Times arrest legt het EHRM uit dat het recht aan de voorzienbaarheidseis moet voldoen.<sup>16</sup> Dit heeft tot gevolg dat de wijze waarop de voorzienbaarheid wordt uitgelegd door het EHRM doorwerkt in ons nationaal recht. Bij toepassing van de cumulatie van ontslaggronden moet er sprake zijn van voorzienbaarheid voor de werknemer. Voor de werknemer moeten de juridische consequenties van zijn gedrag voorzienbaar zijn. Toch is niet duidelijk in hoeverre de i-grond in overeenstemming is met het voorzienbaarheidsvereiste. Dit roept de volgende vraag op: "Is de i-grond uit art. 7:669 lid 3 sub i BW in overeenstemming met het voorzienbaarheidsvereiste uit het EVRM?"

## 1.3 Opzet en werkwijze

Met dit onderzoek wordt gepoogd verduidelijking te brengen 'in welke mate' de nieuwe ontslaggrond voldoet aan de eisen van voorzienbaarheid. De werknemer heeft door cumulatie van ontslaggronden geen duidelijk inzicht in de relevante omstandigheden die de rechter in zijn besluit meeneemt. In de jurisprudentie is een beroep op de i-grond door de werknemer een zeldzaamheid.<sup>17</sup> Dit onderzoek heeft tot doel inzicht te brengen in 'de wijze' waarop de werknemer een beroep kan doen op de eisen uit art. 6 EVRM tegen de werkgever, waarbij de werkgever zich beroept op 'de i-grond uit' art. 7:669 lid 3 BW.

Ter beantwoording van de vraag wordt dit onderzoek in hoofdstukken onderverdeeld. In het eerste hoofdstuk van dit onderzoek wordt de 'Methodologie' besproken in paragraaf 1.4. Hierop volgt hoofdstuk 2 met de bespreking 'De voorzienbaarheid'. De vraag 'wat er onder de voorzienbaarheid valt' wordt aan de hand van de literatuur en jurisprudentie beantwoord. Hoofdstuk 3 behandelt 'De i-grond uit art. 7:669 lid 3 BW'. Zo wordt in hoofdstuk 3.1. 'De totstandkoming van de i-grond' besproken en vervolgens 'De combineerbare ontslaggronden' in hoofdstuk 3.2. behandeld. Hierop volgt in hoofdstuk 3.3. de relevante jurisprudentie waar de voorzienbaarheid een rol speelt bij de toepassing van de i-grond. In hoofdstuk 4 volgt de beschouwing, waarin de koppeling van de voorzienbaarheid van het EHRM wordt besproken aan de hand van de casussen uit hoofdstuk 3.3. en een antwoord op de onderzoeksvraag wordt gegeven. Deze scriptie sluit af met 'de conclusie' in hoofdstuk 5.

## 1.4 Methodologie

De onderzoeksvraag wordt aan de hand van literatuur- en jurisprudentieonderzoek beantwoord.<sup>18</sup> In het eerste hoofdstuk wordt de aanzet tot het onderzoek gegeven en het onderzoeksprobleem

<sup>14</sup> Brekel 2022, par. 1.

<sup>15</sup> HvJ EU 5 juni 2018, ECLI:EU:C:2018:390.

<sup>16</sup> EHRM 26 april 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC6568.

<sup>17</sup> Onderzoek naar de omgekeerde werking van de cumulatiegrond is uitgesloten voor dit onderzoek en wordt niet verder besproken.

<sup>18</sup> Onder literatuuronderzoek wordt verstaan 'onderzoek naar geldende doctrine zoals verwoord in dissertaties, handboeken en juridische artikelen in tijdschriften.'

uitgelegd. Het tweede hoofdstuk bespreekt de wijze waarop de voorzienbaarheid in verschillende rechtsgebieden wordt toegepast. Dit wordt gedaan aan de hand van literatuur en jurisprudentieonderzoek.<sup>19</sup> Door het inzichtelijk maken wat terminologisch onder de voorzienbaarheid wordt verstaan is van belang voor het vormen van het antwoord op de onderzoeksvraag. Er bestaat een mogelijkheid dat de voorzienbaarheid binnen het Nederlands recht verschilt van het Europees recht. In hoofdstuk 3 wordt 'de i-grond uit art. 7:669 lid 3 sub i BW' aan de hand van literatuur- en jurisprudentieonderzoek besproken.<sup>20</sup> Dit hoofdstuk wordt onderverdeeld in paragrafen waarin 'de i-grond aan de hand van de wetsgeschiedenis' wordt besproken. Vervolgens worden de cumulatiegronden beschreven en eindigt dit hoofdstuk met af- en toewijzingen van de i-grond door de rechter.<sup>21</sup> Hierop volgt hoofdstuk 4 met 'de beschouwing' waarin de koppeling van de voorzienbaarheid van het EHRM uit hoofdstuk 2 aan de casuïstische gevallen uit hoofdstuk 3.3. worden benaderd. Hier wordt inzichtelijk gemaakt in hoeverre er bij toepassing van de i-grond wordt voldaan aan de voorzienbaarheidseis zoals het EHRM deze heeft uitgesproken. Aan het einde van dit onderzoek afgesloten met 'de conclusie' in hoofdstuk 5.

De meerwaarde van dit onderzoek ligt in het antwoord op de onderzoeksvraag. Door antwoord op de onderzoeksvraag krijgt de lezer inzicht welke ontslaggronden door de werkgever kunnen worden gecumuleerd voor de rechter. Door inzicht te geven wordt de lezer bewust over de invloed van de voorzienbaarheid van cumulerende ontslaggronden. De lezer heeft door het verdiepen in deze scriptie de mogelijkheid een goed inzicht te krijgen in zijn of haar kansen op ontslag, indien zij te maken krijgt met een werkgever die zich op de i-grond beroept. Momenteel is de arbeidsmarkt in het voordeel van de werknemer en zijn er banen in overschot. Uit de cijfers van het Centraal Planbureau blijken het aantal gedwongen ontslagen sterk samen te hangen met de conjunctuur.<sup>22</sup> Bij de laatste crisis waren er tweemaal zoveel mensen ontslagen. Door de recente energiecrisis sluit het Centraal Planbureau een economische recessie niet meer uit.<sup>23</sup> Mocht de conjunctuur overslaan dan is wetenschappelijk onderzoek naar art. 7:669 lid 3 sub i BW van belang.

## Hoofdstuk 2 De voorzienbaarheid

De voorzienbaarheid kan per rechtsgebied op verschillende wijze worden geïnterpreteerd. Waarop dit wordt ingevuld kan een bijdrage leveren bij het vormen van het antwoord op de vraag 'welke invloed de voorzienbaarheid heeft op de i-grond uit art. 7:669 lid 3 BW'. Met deze reden wordt dit hoofdstuk in paragrafen opgedeeld en wordt de voorzienbaarheid per rechtsgebied in aparte paragrafen behandeld. In paragraaf 2.1. wordt de betekenis van de voorzienbaarheid binnen het aansprakelijkheidsrecht uiteengezet, hierin wordt ook nog ons in sub paragrafen de voorzienbaarheid ingedeeld met betrekking tot 'de bestuurdersaansprakelijkheid, de wanprestatie en de onrechtmatige daad'. Ook wordt de voorzienbaarheid met het oog op de afhandeling van schade binnen het aansprakelijkheidsrecht behandeld. In paragraaf 2.2. wordt de voorzienbaarheid in het strafrecht besproken volgt paragraaf 2.3. met het voorzienbaarheidsvereiste uit het EVRM besproken. Het is niet uitgesloten dat de wijze waarop het voorzienbaarheidsvereiste in andere rechtsgebieden niet van belang zijn voor een antwoord op de onderzoeksvraag. Het is mogelijk dat de wijze waarop voorzienbaarheid een rol spelen in de andere rechtsgebieden zicht geven in hoe de voorzienbaarheid bij 'de uitleg van de i-grond' tot stand komt. Om een juist antwoord te vormen wordt in paragraaf 2.5. 'de voorzienbaarheid in het licht van het arbeidsrecht' belicht.

### 2.1 De voorzienbaarheid binnen het aansprakelijkheidsrecht

De voorzienbaarheid binnen het aansprakelijkheidsrecht komt in verschillende onderdelen van het aansprakelijkheidsvraagstuk voor. Onderdelen zijn onder andere de aansprakelijkheid op grond van de bestuurdersaansprakelijkheid, op grond van de wanprestatie uit art. 6:74 BW, op grond van de

---

<sup>19</sup> Het literatuur- en jurisprudentie onderzoek beperkt zich tot de voorzienbaarheid m.b.t. de volgende rechtsgebieden: 'bestuurdersaansprakelijkheid, onrechtmatige daad, wanprestatie, schadeafhandeling, strafrecht, internationaal recht en arbeidsovereenkomstenrecht'.

<sup>20</sup> Voor een goede beeldvorming over de WAB is het ook noodzakelijk om de oude doelstellingen en resultaten uit de Wet Werk en Zekerheid te bespreken.

<sup>21</sup> De jurisprudentie beperkt zich tot de gevallen waarbij de afwijzing of toewijzing van de i-grond betrekking heeft tot 'eventuele' toepassing van de voorzienbaarheid.

<sup>22</sup> 'Tweemaal zoveel mensen ontslagen door crisis', cbs.nl.

<sup>23</sup> 'Recessie als ongekende koopkrachtdaling mogelijk als energieprijzen hoog blijven', ad.nl.

onrechtmatig daad of bij het toekennen van een schadevergoeding op grond van art. 6:98 BW. Deze onderwerpen worden één voor één behandeld in dit paragraaf.

### 2.1.1. Voorzienbaarheid bij bestuurdersaansprakelijkheid

Voor het aansprakelijk stellen van een bestuurder op grond van art. 2:19 BW is de beklamelcriterium van belang.<sup>24</sup> De kern van dit criterium is dat de bestuurder wist of behoorde te weten dat door het aangaan van de verbintenis de vennootschap door deze handeling zou leiden.<sup>25</sup> In dit weten of behoren te weten is een bepaalde voorzienbaarheid benodigd om te stellen dat hier sprake van is. Voor aansprakelijkheidsstelling van de bestuurder op grond van art. 2:9 BW wordt rekening gehouden met de aard, de ernst en frequentie van de overtreding van de bestuurder. Toch is het naast de genoemde omstandigheden een belangrijke regel om eerst te bezien 'of het voor de bestuurder voorzienbaar was dat zijn handelen of nalaten tot benadeling van derden kan leiden'.<sup>26</sup> Bij de aansprakelijkheidsvraag van de bestuurder is het voorzienbaar indien deze 'bewust een toestand bewerkstelligt'.<sup>27</sup> Volgens de Hoge Raad is hiervoor een 'ernstig verwijt' nodig, dat de bestuurder 'redelijkerwijs behoorde te weten'.<sup>28</sup> Uit de literatuur blijkt voor de invulling van het criterium 'ernstig verwijt' afhankelijk te zijn van de vraag of 'de benadeling voorzienbaar was' voor de bestuurder.<sup>29</sup> De voorzienbaarheid neemt een objectieve maatstaf met zich mee, en er is sprake van bestuurdersaansprakelijkheid als er een bepaalde mate van kennis, kunde of inzicht bij de bestuurder aanwezig had moeten zijn.<sup>30</sup> Als het handelen of nalaten van de bestuurder voor de bestuurder niet voorzien was of had moeten worden voorzien, is het moeilijk voor te stellen dat hem of haar een ernstig verwijt kan worden toegerekend. Indien sprake is van 'een ernstig verwijt' aan het adres van de bestuurder kan deze ook in persoon zelf aansprakelijk worden gesteld voor de schade of tekortkoming.<sup>31</sup> De voorzienbaarheid geeft een geobjectiveerd gewicht in de schaal van de rechter om te wegen of er sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid en heeft ruimte om te beoordelen of dit aan de rechtspersoon of de bestuurder wordt toegerekend.<sup>32</sup> In geval een bestuurder persoonlijk aansprakelijk wordt gesteld gebeurt dit meestal op grond van de onrechtmatige daad.

### 2.1.2. De voorzienbaarheid bij de onrechtmatige daad

Om inzicht te krijgen hoe de voorzienbaarheid een rol speelt bij de onrechtmatige daad op grond van art. 6:162 BW kan inzichtelijk worden gemaakt aan de hand van de eisen die aan de onrechtmatige daad worden gesteld. Dit zijn: een 'onrechtmatige daad', 'de toerekenbaarheid' van die onrechtmatige daad, er moet sprake zijn van 'schade', 'relativiteit' en er moet een 'causaal verband' bestaan. Uit het tweede lid van art. 6:162 BW blijkt sprake te zijn van een onrechtmatige daad in geval van: 'een inbreuk op een recht', 'een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht' of 'een inbreuk met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt'. De voorzienbaarheid blijkt volgens de literatuur bij verschillende eisen van de onrechtmatige daad een rol te spelen en wordt bij toepassing van de eisen niet altijd consequent toegepast.<sup>33</sup> Zo speelt de voorzienbaarheid een doorslaggevende rol wanneer 'de handeling volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt' een onrechtmatige daad oplevert.<sup>34</sup> De bestuurder diende te weten wat wel of niet mogelijk was ten aanzien van het aangaan van financiële verplichtingen. De bestuurder draagt een verantwoordelijkheid en er mag dan ook worden verwacht dat de bestuurder bepaalde zaken voorziet die hij in zijn hoedanigheid weet of behoort te weten. In geval er sprake is van een handeling bij een doen en nalaten in strijd met een wettelijke verplichting is dit ook de geval. Dit heeft tot gevolg gehad dat de bestuurder in strijd heeft gehandeld met wat volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt en heeft daarmee onrechtmatig gehandeld jegens de stichting.<sup>35</sup> Bij de mate van waarschijnlijkheid van de schade speelt de voorzienbaarheid ook een rol.<sup>36</sup> Indien de schade voorzienbaar is, kan de aansprakelijkheid toegerekend worden en is het causaal verband

<sup>24</sup> HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521.

<sup>25</sup> HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:1237 r.o. 2.4.3.

<sup>26</sup> HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470 r.o. 2.2.7.

<sup>27</sup> HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:1237 r.o. 2.4.3.

<sup>28</sup> HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2494 en HR 21 november 2001 ECLI:NL:HR:2001:AD4499.

<sup>29</sup> Timmerman 2016, p. 327.

<sup>30</sup> HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:541 r.o. 5.12-5.14.

<sup>31</sup> HR 8 februari 2019, ECLI:NL:PHR:2019:116 r.o. 4.3.1.

<sup>32</sup> HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:541 r.o. 5.6.-5.12. en HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470 r.o. 2.2.6.-2.2.7.

<sup>33</sup> Boonekamp 1992, par. 4.6.3.

<sup>34</sup> Hof s'Hertogenbosch 11 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5184 r.o. 6.5.16.

<sup>35</sup> Hof s'Hertogenbosch 11 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5184 r.o. 6.5.18.

<sup>36</sup> Rb. Noord-Holland 9 januari 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:57 r.o. 4.1.3.-4.3.

bewezen.<sup>37</sup> komt doordat de rechtsfeiten uit de onrechtmatige daad zich in verschillende gedaanten kan voordoen en afhankelijk is van alle feiten en omstandigheden.

Al met al kan de voorzienbaarheid m.b.t. het onrechtmatige daad vraagstuk onderverdeeld worden op twee wijzen.<sup>38</sup> Zo kan er onderscheidt gemaakt worden tussen de subjectieve- en objectieve voorzienbaarheid. Bij de subjectieve voorzienbaarheid staat de persoon centraal welke 'weet' dat het gevolg zou intreden, dit in tegenstelling tot de objectieve voorzienbaarheid waar de laedens had moeten 'behoren te weten' dat het gevolg zou intreden. Ook kan de voorzienbaarheid ingedeeld worden tussen de voorzienbaarheid als ingangsvoorwaarde of ingedeeld worden als vereiste. Indien voorzienbaarheid als ingangsvoorwaarde een rol speelt dan is de subjectieve voorzienbaarheid van belang en wordt gekeken naar wat de persoon wist. Indien sprake is van voorzienbaarheid als vereiste dan is het mogelijk dat er sprake is van subjectieve- of objectieve voorzienbaarheid. Voor de bespreking van de voorzienbaarheid m.b.t. de i-grond is het mogelijk van belang voor het antwoord op de onderzoeksvraag, dat hier in de praktijk onderscheidt kan worden gemaakt.

### 2.1.3. De voorzienbaarheid bij een wanprestatie

De invloed van het voorzienbaarheidsvereiste in geval van een toerekenbare tekortkoming op grond van art. 6:74 BW. Bij de toerekening op grond van art. 6:74 BW speelt de voorzienbaarheid een belangrijke rol. De waarschijnlijkheid dat het gevolg in zal treden biedt een objectief inzicht en is van betekenis voor 'de aard van de schade' en 'de aansprakelijkheid'.<sup>39</sup> Zonder dat het gevolg waarschijnlijk zou intreden zou de schade ook niet voorzien te zijn voor omstanders. Er dient sprake te zijn van 'het weten of moeten weten' van een verbod op een dergelijke handeling of er dient sprake te zijn van 'bijkomende omstandigheden, zoals bijvoorbeeld de ernst en voorzienbaarheid' van het nadeel.<sup>40</sup> Het weten of moeten weten impliceert in dit geval ook een vorm van voorzienbaarheid, maar hier wordt gedoeld op het 'willens en wetens' tegen de wet in te handelen. In een ander arrest geeft het Hof aan dat 'voorzienbaarheid van nadeel' wel van belang wordt geacht.<sup>41</sup> Het profiteren van de wanprestatie op zichzelf levert niet direct 'een onrechtmatig handelen' op. In andere gevallen wordt de voorzienbaarheid als losse factor meegerekend welke bij de toerekening van de wanprestatie een grote rol speelt.<sup>42</sup> Het is afhankelijk van de omstandigheden of er sprake is van een wanprestatie die te voorzien was voor de gecontracteerde. Evenals in het geval van een onrechtmatige daad in de vorige paragraaf is dat de rechtsfeiten in verschillende vormen kan voordoen en deze rechtsfeiten afhankelijk zijn van alle omstandigheden. De voorzienbaarheid is als ingangsvoorwaarde voor art. 6:74 BW van directe invloed op de vraag of er sprake is van een wanprestatie en hoe dit in relatie staat tot het afhandelen van de wettelijke verplichting tot een schadevergoeding.<sup>43</sup>

### 2.1.4. Voorzienbaarheid bij de schadeafhandeling

Na de aansprakelijkheidsstelling binnen het verbintenissenrecht is er mogelijk een wettelijke verplichting tot het vergoeden van de schade op grond van art. 6:98 BW ontstaan. De voorzienbaarheid is een belangrijk gezichtspunt bij het toekennen van een schadevergoeding op grond van art. 6:98 BW.<sup>44</sup> In sommige gevallen is de voorzienbaarheid doorslaggevend voor de vraag of er sprake is van toerekening van schadevergoeding op grond van art. 6:98 BW.<sup>45</sup> Ook wordt door middel van de voorzienbaarheid welke gedeelten van de schade overeenkomstig art. 6:98 BW kan worden toegerekend.<sup>46</sup> Bij de omvang van de schade wordt de voorzienbaarheid als omstandigheid meegenomen.<sup>47</sup> Het gevolg dat er sprake is van een voorzienbare situatie kan ook een gedeeltelijke of gehele schadevergoeding tot gevolg hebben. Dit betekent dat de grootte van de schade afhankelijk wordt gesteld aan de vraag of er sprake is van voorzienbaarheid. Des te groter de voorziene schade is, des te hoger de schadevergoeding. Toch heeft de Hoge Raad gesteld dat bij de toerekening op

<sup>37</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 21 december 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:11670 r.o. 5.3.-5.18.

<sup>38</sup> De Jong 2014, p.12-16.

<sup>39</sup> HR 13 november 1987, ECLI:NL:HR:PHR:1987:AC3285 r.o. 3.4.

<sup>40</sup> HR 25 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1077 r.o. 2.5.

<sup>41</sup> HR 18 juni 2021, ECLI:NL:PHR:2021:726

<sup>42</sup> HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:214 r.o. 4.1.2.

<sup>43</sup> HR 8 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:731 r.o. 6.8-6.9.

<sup>44</sup> HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:1174 r.o. 2.2.

<sup>45</sup> HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:214 r.o. 4.1.1.

<sup>46</sup> Rb. Noord-Holland 20 november 2019 ECLI:NL:RBNHO:2019:9549 r.o. 4.16.

<sup>47</sup> HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2935.

grond van art. 6:98 BW ook voldoende verband moet bestaan tussen de schade en de gebeurtenis waarvoor de aansprakelijkheid bestaat.<sup>48</sup>

Ook bij de vraag of er sprake is van eigen schuld op grond van art. 6:101 speelt 'de voorzienbaarheid van de handeling en de gevolgen daarvan voor de derde' als omstandigheid een rol.<sup>49</sup> Bij de toerekening in alle facetten van het aansprakelijkheidsrecht komt de voorzienbaarheid terug als een maatstaf dat kan worden meegewogen door de rechter. De uitleg van de voorzienbaarheid als maatstaf is afhankelijk van de overige omstandigheden. De mate waarin de voorzienbaarheid een rol speelt kan per casus sterk verschillen. De voorzienbaarheid speelt een belangrijke rol als objectieve factor bij de vraag of de schade toegerekend dient te worden bij de gebeurtenis die heeft geleid tot de aansprakelijkheid.<sup>50</sup> Zo is door de Hoge Raad recentelijk nog verduidelijkt dat 'de voorzienbaarheid' het vertrekpunt is voor het antwoord op de vraag 'of de schade redelijkerwijs te verwachten was'.<sup>51</sup> De voorzienbaarheid is een belangrijke omstandigheid bij de invulling van de wettelijke verplichting tot schadevergoeding en heeft directe invloed op de hoogte van de vergoeding die moet worden betaald. De voorzienbaarheid biedt de rechter een objectieve maatstaf in hoeverre de schade wordt toegerekend en in hoeverre er een vergoeding tegenover deze schade moet worden gesteld.

## 2.2. De voorzienbaarheid in het strafrecht

De voorzienbaarheid speelt binnen het strafrecht een belangrijke rol en is onlosmakelijk verbonden met het legaliteitsbeginsel uit art. 1 Sr.<sup>52</sup> Het strafrecht is in het leven geroepen om burgers te beschermen tegen de willekeur van strafvervolgning door de overheid. De voorzienbaarheid van het legaliteitsbeginsel ligt gelegen in het feit dat er geen strafbaarheidsstelling mag plaatsvinden zonder dat er een strafbepaling aan vooraf is gegaan. De voorzienbaarheid van strafbepalingen heeft een directe invloed op de rechtszekerheid. De voorzienbaarheid zorgt ervoor dat de burger is beschermd, en geeft tegelijkertijd de bevoegdheid aan de overheidsinstanties om grondslag te krijgen om legitiem te straffen. Door het opstellen van strafbepalingen wordt het voor de burger voorzienbaar welke consequenties er aan bepaald gedrag is verbonden.<sup>53</sup> Bij het ontbreken van een strafbepaling is het voor een persoon niet te voorzien wat deze fout doet. Het gevolg is dat de persoon niet mag worden gestraft indien dit niet is te voorzien. De gevolgen voor het niet voldoende 'voorzienbaar' maken van de straf heeft grote gevolgen voor de uitkomst van het strafproces. Om dit te verduidelijken is in art. 49 Handvest grondrechten EU de 'voorzienbaarheid' als deelnorm vereist voor het gebruik van strafbepalingen.<sup>54</sup> Uit art. 49 Handvest Grondrechten van de Europese Unie volgt dat indien er een lichtere strafbepaling is voorzien bij wet, deze dient te worden gebruikt indien het mogelijk is voor een bepaalde casus. Dit betekent dat het gedrag zo licht mogelijk moet worden gestraft en dat er een duidelijke lijn is getrokken door de Europese rechter.<sup>55</sup> De invulling van de voorzienbaarheid dient per geval door de rechter te worden ingevuld.<sup>56</sup> Er is sprake van 'voorzienbaarheid' indien de gestelde straffen en delictomschrijvingen 'duidelijk zijn'.<sup>57</sup> Hier is aan voldaan wanneer de verdachte uit de bewoordingen van de bepaling kan opmaken voor welk handelen en nalaten hij strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld.<sup>58</sup> Verdedigbaar is dat het ontbinden van een arbeidscontract op grond van het ontslagrecht ook van straffende aard kan zijn. In veel gevallen is het ontslag op initiatief van de werkgever en ligt de straffende aard gelegen in het feit dat de contractuele afspraak onvoorzien kan worden beëindigd. Voor dit essay is van belang hoe zich dit voltrekt bij de toepassing van de i-grond en of hier voldoende sprake van is en voldoet aan de uitspraken van het HvJ en het EHRM.

## 2.3. De voorzienbaarheid vanuit het EHRM

Bij de toepassing van nationale regels dient de Nederlands rechter rekening te houden met de uitspraken van het EHRM. Op grond van de rechtspraak van het EHRM is voor 'aanpassing in de uitoefening van de grondrechten' niet alleen vereist om 'bij wet te zijn voorzien' in de zin van art. 52 lid

<sup>48</sup> HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:214 r.o. 4.2.2.

<sup>49</sup> HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:478 r.o. 2.8.

<sup>50</sup> HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:214 r.o. 4.1.1.-4.1.3.

<sup>51</sup> HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1104 r.o. 3.10.

<sup>52</sup> HR 28 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1122.

<sup>53</sup> Happé 2000, par. 1.1.3.4.

<sup>54</sup> HvJ EU 5 december 2017, ECLI:EU:C:2017:936.

<sup>55</sup> HvJ EU 14 oktober 2021, ECLI:EU:C:2021:845.

<sup>56</sup> HvJ EU 11 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:455.

<sup>57</sup> HvJ EU 11 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:455 r.o. 48-50.

<sup>58</sup> HvJ EU 5 december 2017, ECLI:EU:C:2017:936 r.o. 56.



1 Handvest en art. 8 lid 2 EVRM, maar dient de wettelijke grondslag ook te voldoen aan de eisen van toegankelijkheid en voorzienbaarheid om het risico van willekeur uit te sluiten.<sup>59</sup> De voorzienbaarheid die hier benodigd is wordt in het Sunday Times arrest uitgelegd. In dit arrest worden twee voorwaarden gesteld voor een beperking van de vrijheid van meningsuiting, welke 'bij wet is voorzien'. Ten eerste dient het recht waarop de beperking berust voldoende kenbaar te zijn, en ten tweede dient een wet met voldoende precisie te worden geformuleerd zodat er sprake is van een norm.<sup>60</sup> Met de kenbaarheid wordt bedoeld op dat het recht kenbaar is en daarmee vatbaar is om voor een persoon tot zich te nemen. Mocht iets niet beschreven staan, dan kan men er ook moeilijk mee rekening houden. Met de voorzienbaarheid stelt het arrest dat de wet voor een bepaalde gedraging met voldoende precisie de juridische consequenties heeft beschreven. Dit arrest suggereert dat formele wetten vooraf duidelijk dienen te staan beschreven, zodat burgers van de Europese Unie de mogelijkheid hebben om deze wetten vooraf te lezen. Wanneer er juridische consequenties aan wetten zijn verbonden zal de waarde van de normen kenbaarheid en voorzienbaarheid groter zijn. De voorzienbaarheid geeft een objectieve maatstaf waaraan de wet inhoudelijk getoetst dient te worden alvorens de wet mag worden toegepast. Uit het Kokkinakis/Griekenland arrest is aan het voorzienbaarheidsvereiste voldaan indien de wetgever en de rechter gezamenlijk voldoende invulling geven aan de wet, inhoudende dat de wet verduidelijkt welk gedrag strafbaar is.<sup>61</sup> Uit het Kokkinakis/Griekenland arrest blijkt verder dat wetten wel een bepaalde flexibiliteit nodig hebben, en starheid dienen te voorkomen.<sup>62</sup> Dit houdt in dat het 'voorzienbaar' maken in bepaalde mate onbekend blijft. Uit het Serkov/Oekraïne arrest volgt dat de rechter rekening moet houden met de verschuiving van de juridische interpretatie waar burgers mee kunnen worden geconfronteerd. De rechter dient bij herinterpretatie redenen te geven waarom dit gebeurt. Een gebrek aan transparantie kan volgens het EHRM het vertrouwen in de wet aantasten en is ondermijnend voor de voorzienbaarheid.<sup>63</sup> De kwaliteit van de wet moet zodanig zijn dat deze toegankelijk is voor betrokken personen, nauwkeurig en voorzienbaar is in de toepassing ervan.<sup>64</sup> In de volgende paragraaf wordt gekeken of de voorzienbaarheid uit het EHRM en hierdoor ook conform de EVRM wordt uitgelegd, ook is toegepast in het Nederlands arbeidsovereenkomstenrecht.

#### 2.4. De voorzienbaarheid binnen het arbeidsovereenkomstenrecht

De voorzienbaarheid binnen het arbeidsovereenkomstenrecht komt binnen een ruim speelveld voor. Zo heeft de Hoge Raad in het Bayar/Wijnen arrest gesteld dat bij duidelijke voorzorgsmaatregelen van de werkgever en het niet kunnen voorzien van de werknemer de werkgever in het gelijk gesteld en dat de werknemer in zo een geval geen aanspraak heeft op een schadevergoeding.<sup>65</sup> Niet alleen wat de werkgever redelijkerwijs heeft gedaan wat van hem mag worden verwacht, maar ook de onoplettendheid van de werknemer wordt hier meegerekend.<sup>66</sup> In het geval er vraag is of er sprake is van werkgeversaansprakelijkheid zijn alle omstandigheden van belang. De vraag wordt ingevuld aan de hand van de kelderluikcriteria.<sup>67</sup> Niet van belang is dat de gedraging tot het ongeluk zou leiden, maar de geobjectiveerde voorzienbaarheid is van belang. Indien het risico dat is gelopen niet werd gekend en niet behoefde te worden gekend dan zal de werkgever niet snel aansprakelijk worden gesteld. Naast de voorzienbaarheid spelen de overige kelderluikcriteria een rol in de vraag of er sprake is van werkgeversaansprakelijkheid.<sup>68</sup> Buiten de werkgeversaansprakelijkheid om geeft de zorgplicht uit art. 7:658 BW een open uitleg aan de voorzienbaarheid en rekent de 'te voorziene gevolgen' aan zowel de werkgever als de werknemer toe. Dit betekent dat er moet worden bezien of de specifieke gevolgen hadden moeten worden voorzien door de werknemer of door de werkgever.

Pas bij onvoorziene beëindiging door de werkgever, dan wordt de werknemer beschermd door de vraag: 'of de gevolgen te voorzien waren voor de werknemer'. Zo heeft het Hof van Justitie gesteld dat de compensatie bij de onvoorziene beëindiging van het arbeidscontract juist om de reden is de teleurstelling van de werknemer dat de arbeidsverhouding niet stabiel is gebleven te compenseren, terwijl de werknemer de rechtmatige verwachtingen had dat de arbeidsverhouding wel stabiel mocht blijven.<sup>69</sup> De invulling van voorzienbaarheid op deze wijze is door de werknemer financieel te

<sup>59</sup> EHRM 19 december 2019, ECLI:EU:C:2019:1145 r.o. 263.

<sup>60</sup> EHRM 26 april 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC6568 r.o. 49.

<sup>61</sup> EHRM 22 mei 1993, 14307/88 r.o. 52.

<sup>62</sup> EHRM 22 mei 1993, 14307/88 r.o. 40.

<sup>63</sup> EHRM 7 juli 2011, 39766/05 r.o. 40.

<sup>64</sup> EHRM 7 juli 2011, 39766/05 r.o. 35 en EHRM 5 januari 2000, 33202/96 r.o. 109.

<sup>65</sup> HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313.

<sup>66</sup> HR 11 april 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BC9225.

<sup>67</sup> HR 11 april 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BC9225 r.o. 4.3.2. en HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079.

<sup>68</sup> Klaassen 2008, par. 3.

<sup>69</sup> HvJ EU 21 november 2018, ECLI:EU:C:2018:936 r.o. 72.

compenseren nadat de arbeidsovereenkomst is beëindigd. In hoeverre de voorzienbaarheid invloed heeft op de i-grond binnen het ontslagrecht komt in hoofdstuk 4 aan bod. Voordat de invulling van de voorzienbaarheid kan worden gegeven, is eerst een bespreking van de i-grond uit art. 7:669 lid 3 BW nodig.

### Hoofdstuk 3 De i-grond uit art. 7:669 lid 3 BW

Om een juist antwoord te kunnen formuleren op de onderzoeksvraag is het van belang het doel en de wijze waarop de i-grond in de theorie en praktijk tot stand komen in kaart te brengen. In dit hoofdstuk staat de i-grond centraal. In het eerstvolgende paragraaf 3.1. staat 'de i-grond volgens de memorie van toelichting WAB' beschreven. In dit paragraaf wordt het doel van de wetgever behandeld. Daarop volgen de ontslaggronden welke voor de cumulatiegrond kunnen worden gebruikt in paragraaf 3.2. De toepassing van de cumulatiegrond wordt vervolgens in 'paragraaf 3.3.' behandeld. Hier wordt de jurisprudentie besproken die invloed heeft op de toepassing van de voorzienbaarheid op de i-grond. Dit paragraaf wordt onderverdeeld in de zaken waarin de i-grond is af- en toegewezen door de rechter. Na deze beschrijvingen volgt hoofdstuk 4 met een beschouwing waarin de voorzienbaarheid uit het hoofdstuk 2 wordt getoetst aan de wijze waarop de i-grond in de praktijk wordt toegepast zoals beschreven in dit hoofdstuk.

#### 3.1. De i-grond volgens de memorie van toelichting WAB

Bij de totstandkoming van de i-grond heeft de wetgever een beschrijving gegeven van het huidige ontslagsysteem en heeft de knelpunten in de praktijk weergegeven.<sup>70</sup> Het doel van het ontslagrecht is bescherming bieden tegen ontslag tegen de werknemer, indien er geen 'redelijke' grond voor ontslag is. Deze bescherming zorgt voor stabiele arbeidsrelaties, betere relatie tussen werkgever-werknemer en een betere ontplooiing voor de werknemers om door te groeien tot een ander niveau.<sup>71</sup> Het Nederlands ontslagrecht biedt een gesloten systeem van ontslaggronden, in sommige gevallen door de rechter aangevuld met regels uit het burgerlijk wetboek.<sup>72</sup> Desondanks dat, werd bij de invoering van de WAB gesignaleerd dat er onvoldoende maatwerk kon worden geleverd. Na invoering van 'de Wwz' bleek al snel het percentage van de ontbindingsverzoeken te zijn gestegen.<sup>73</sup> Het knelpunt was dat door het gesloten stelsel van ontslaggronden gevallen rechters niet op een redelijkerwijze grond kunnen ontbinden, terwijl in sommige gevallen tegelijkertijd ook niet 'redelijkerwijs' van de werkgever kan worden verlangd dat de arbeidsovereenkomst wordt voortgezet.<sup>74</sup> Het gaat om situaties waarbij verschillende omstandigheden uit verschillende ontslaggronden zich voortdoen die op zichzelf staand onvoldoende zijn om een redelijke grond te vormen, maar waarbij het geheel van omstandigheden niet langer 'redelijkerwijs' kan worden geveerd om de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Uit de omstandigheden zou de rechtvaardiging van het ontslag moeten volgen. Volgens het wetsvoorstel brengen de verschillende omstandigheden welke betrekking hebben op verschillende ontslaggronden (bijvoorbeeld een verstoorde arbeidsverhouding in combinatie onvoldoende functioneren of verwijtbaar handelen) een situatie voort dat cumulatie van omstandigheden een redelijke grond vormt voor ontslag: de zogenoemde 'i-grond'.<sup>75</sup> De i-grond houdt in dat er sprake moet zijn van twee of meer cumulatiegronden uit het gesloten stelsel van ontslaggronden. Van dit stelsel van ontslaggronden zijn alleen de c- t/m de h-grond combineerbaar en de a- (economische redenen) en b-grond (langdurige arbeidsongeschiktheid) uitgesloten voor de i-grond.<sup>76</sup> De a- en b-grond zijn uitgesloten gezien deze gronden ter beoordeling staan voor het Uitkeringsinstituut Werknemersverzekering (hierna: 'UWV'). Er is sprake van de aanwezigheid van de i-grond volgens het wetsvoorstel, indien de maatstaf bij het cumuleren van gronden sprake is van een 'zodanige' combinatie van omstandigheden dat van de werkgever niet 'redelijkerwijs' verlangd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.<sup>77</sup> Om de werknemer tegemoet te komen bij ontslag op de i-grond blijkt de werknemer te kunnen worden gecompenseerd door een extra vergoeding van maximaal 50% van de transitievergoeding te krijgen.<sup>78</sup> De hoogte van de vergoeding wordt door de rechter bepaald aan de hand van de omstandigheden

<sup>70</sup> Kamerstukken // 2018-2019, 35074, nr. 3, p. 53-54.

<sup>71</sup> Kamerstukken // 2018-2019, 35074, nr. 3, p. 53.

<sup>72</sup> Jacobs 2016, par 108.

<sup>73</sup> A.R. Houweling, P. Kruit en I.H. Kersten 2018, par. 266.

<sup>74</sup> Kamerstukken // 2018-2019, 35074, nr. 3, p. 54.

<sup>75</sup> Idem.

<sup>76</sup> Duk, Keizer & Staal, pag. 21-22.

<sup>77</sup> Kamerstukken // 2018-2019, 35074, nr. 3, p. 54-55.

<sup>78</sup> Kamerstukken // 2018-2019, 35074, nr. 9, p. 57.

van het geval.<sup>79</sup> Ook is de hoogte afhankelijk van in hoeverre aan een of meer van de cumulatiegronden is voldaan.<sup>80</sup> Als de rechter merkt dat de cumulatie van de aangedragen ontslaggronden in veel minder mate voldragen zijn, kan de rechter dit als aanleiding zien om een extra vergoeding toe te kennen.<sup>81</sup> Om inzicht te brengen in de wijze waarop de i-grond in de praktijk wordt toegepast is bespreking van de te combineren ontslaggronden op zijn plaats. Deze worden in de volgende paragraaf besproken.

### 3.2. De ontslaggronden voor de i-grond

Zoals in paragraaf 3.1. gesteld zijn de c- t/m h-gronden te gebruiken voor de nieuwe i-grond.<sup>82</sup> Hieronder worden de c t/m h gronden voor redelijk ontslag kort besproken.

De c-grond luidt: 'het bij regelmaat niet kunnen verrichten van de bedongen arbeid als gevolg van ziekte of gebreken van de werknemer met voor de bedrijfsvoering onaanvaardbare gevolgen, mits het bij regelmaat niet kunnen verrichten van de bedongen arbeid niet het gevolg is van onvoldoende zorg van de werkgever voor de arbeidsomstandigheden van de werknemer en aannemelijk is dat binnen 26 weken, of bij een werknemer die de in art. 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd heeft bereikt, 6 weken, geen herstel zal optreden en dat binnen die periode de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht. Bij toepassing van de c-grond is sprake van frequent en onevenredig hoog ziekteverzuim over een langere periodes.<sup>83</sup> Deze grond wordt niet veelvuldig in de praktijk toegepast en uit de rechtspraak blijkt dit dan ook niet snel te worden aangenomen.<sup>84</sup> Zo mag volgens de rechter van een grote organisatie als 'Aldi' worden verwacht dat bij langdurig zieke werknemers mag worden verwacht dat een bedrijf hier oplossingen voor zoekt en de werknemer hier niet voor af te rekenen.<sup>85</sup>

De d-grond luidt: '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'. Bij de d-grond is sprake van disfunctioneren. Voor een voldragen d-grond is het voor de werkgever van belang om regelmatig functioneringsgesprekken te voeren, duidelijk en tijdig kenbaar maken waar de verbeterpunten liggen, consequenties te verbinden wanneer er geen verbeteringen plaatsvinden, de werknemer de tijd en ruimte gunnen om te kunnen verbeteren, de werknemer voldoende te begeleiden, aannemelijk maken dat herplaatsing binnen een redelijk termijn niet mogelijk is en alles over de werknemer goed te documenteren.<sup>86</sup> Verder zijn overige omstandigheden zoals de duur van het contract ook van invloed bij het voldoen aan de d-grond.<sup>87</sup> Volgens het Hof mag een werknemer met 35 dienstjaren bij een afgesproken verbetertraject niet na enkele maanden ontslagen worden op grond van het feit dat er na enkele maanden nog geen verbetering is geconstateerd. Ook een verbeteringstraject van 3 maanden wordt door het Hof te kort bevonden.<sup>88</sup> Voor een voldragen d-grond moet sprake moeten waarbij voldoende feiten en omstandigheden worden aangedragen door de werkgever het aannemelijk maken dat de werknemer heeft gedysfunctioneerd.<sup>89</sup> Onder disfunctioneren valt de uitoefening van de functie, maar ook het karakter, de houding en het gedrag van een persoon.<sup>90</sup> De werkgever zal zelf een inschattingen moeten maken of de werknemer wel een redelijk termijn heeft gekregen en of de feiten met zich meebrengen dat er sprake is van disfunctioneren.<sup>91</sup> Vervolgens zal de rechter een oordeel geven over de juistheid van de inschattingen van de werkgever.

De e-grond luidt: 'verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, zodanig dat van de werkgever in

---

<sup>79</sup> Kamerstukken // 2018-2019, 35074, nr. 9, p. 58.

<sup>80</sup> Idem.

<sup>81</sup> Kamerstukken // 2018-2019, 35074, nr. 9, p. 57-58.

<sup>82</sup> HR 1 november 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1014 r.o. 4.9.

<sup>83</sup> Ktr. Tilburg 6 september 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:6312 r.o. 4.3.

<sup>84</sup> Barenten 2018, par. 4 en Ktr. Tilburg 6 september 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:6312.

<sup>85</sup> Ktr. Tilburg 6 september 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:6312 r.o. 4.8.

<sup>86</sup> Deventer 2016, pag. 27-31.

<sup>87</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:761.

<sup>88</sup> Hof Amsterdam 23 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:657.

<sup>89</sup> HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182 r.o. 3.7.

<sup>90</sup> Knipschild & Ridder 2020, par. 4.3.2.

<sup>91</sup> Knipschild & Ridder 2020, par. 4.2.

redelijkheid niet langer kan worden gevegd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren'. De kenbaarheid van verwijtbaar handelen kan op verschillende manieren ontstaan. Dit kan doordat het gedrag bewijsbaar niet is toegestaan, of doordat het gedrag door het beleid is verboden, of doordat de werknemer al eens voor hetzelfde gedrag is gewaarschuwd.<sup>92</sup> De rechter oordeelt over de vraag of er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen aan de hand van de omstandigheden die zich hebben afgespeeld. Feiten welke worden meegeteld door de rechter zijn: 'de bedoelingen van de werknemer, eventuele rapporten over de werknemer, de mate waarin werk en privé door de werknemer werden gescheiden ten aanzien van de andere werknemers, de belangen van de werknemer en of er nalatigheid of opzet in het spel was.'<sup>93</sup> Bij de vraag of er sprake is van ernstige verwijtbaarheid door de werknemer is terughoudendheid geboden.<sup>94</sup>

De f-grond luidt: 'het weigeren van de werknemer de bedongen arbeid te verrichten wegens een ernstig gewetensbezwaar, mits aannemelijk is dat de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht. Voor deze grond moet het aannemelijk zijn dat het werk niet in aangepaste vorm kan plaatsvinden terwijl de werknemer een onoverkomelijk bezwaar heeft tegen de opdragen taak.'<sup>95</sup> Zo heeft een werknemer welke gewetensbezwaren heeft bij het opstropen van de mouwen van de dienstkleding tot gevolg dat zij in strijd handelde met hygiëne richtlijnen, waardoor er sprake is van de f-grond.<sup>96</sup> Gezien de f-grond met zich mee brengt dat niet mogelijk is om een gedeeltelijke gewetensbezwaar te hebben, is het daarom ook niet mogelijk gedeeltelijk aannemelijk te maken dat de afgesproken arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht.<sup>97</sup>

De g-grond luidt: 'een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevegd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren'. De verstoorde arbeidshouding kan gelegen liggen in de starre houding van de werknemer welke na mediation maar niet verbetert.<sup>98</sup> Ook indien de werknemer aangeeft dat er sprake is van een breuk in het vertrouwen, is dit voldoende voor de rechter om ontbinding op de g-grond uit te spreken.<sup>99</sup> Van de werkgever wordt verwacht zich in te zetten om de verhoudingen tussen collega's te verbeteren.<sup>100</sup> Tevens is de herplaatsingsverplichting van de werkgever een niet te onderschatten rol in de jurisprudentie over de g-grond.<sup>101</sup> De werkgever dient in het kader van de verstoorde arbeidsverhouding wel te voldoen aan de elementaire vereisten van de zorgvuldigheidsnormen, waaronder ook de kritiek jegens de werknemer 'concreet' te uiten.<sup>102</sup>

De h-grond luidt: 'andere dan de hiervoor genoemde omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevegd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren'. Het gaat hier om situaties die niet onder de andere gronden valt, maar waar omstandigheden met zich meebrengen dat niet langer van de werkgever 'redelijkerwijs' kan worden verwacht dat de arbeidsovereenkomst kan voortduren.<sup>103</sup> Volgens het wetsvoorstel betreft de h-grond situaties waarin geen sprake is van de c- t/m g-gronden, omdat er sprake is van een bijzondere situatie, zoals bijvoorbeeld detentie, illegaliteit van een werknemer en het niet beschikken over een tewerkstellingsvergunning welke niet onder deze gronden vallen.<sup>104</sup> In de jurisprudentie is terug te vinden dat het ook kan gaan om gevallen waarin het verrichten van de afgesproken arbeid feitelijk of rechtens onmogelijk is, bijvoorbeeld omdat diploma's ontbreken, een bepaalde positie verloren is gegaan of omdat de werknemer wordt vermist. In deze gevallen wordt ook weleens gesteld dat de arbeidsovereenkomst een soort 'lege huls' is geworden.<sup>105</sup> Hierdoor kan niet redelijkerwijs worden verwacht dat de werkgever de arbeidsovereenkomst laat voortduren.

### 3.3. De toepassing van de i-grond binnen de jurisprudentie

<sup>92</sup> Wies & Schneider 2018, par. 19-24.

<sup>93</sup> HR 8 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:203 r.o. 3.5.2.

<sup>94</sup> Wies & Schneider 2021, p. 6-10.

<sup>95</sup> Barentsen, Erkens & Doorn 2016, par. 2.

<sup>96</sup> Rb. Midden-Nederland 26 april 2022, ECLI:NL:RBNME:2022:2027 r.o. 4.7.

<sup>97</sup> Verschoor 2019, par. 2.1.

<sup>98</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 13 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7182.

<sup>99</sup> Ktr. Leeuwarden 5 september 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:3601 r.o. 5.7.

<sup>100</sup> Ktr. Groningen 25 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2497.

<sup>101</sup> Zwager 2021, par. 6.3.

<sup>102</sup> Barenten, Erkens & Weber 2018, par. 1.2.5.

<sup>103</sup> Rb. Rotterdam 29 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4194 r.o. 4.7-4.8.

<sup>104</sup> Kamerstukken // 2018-2019, 35074, nr. 3, p. 56.

<sup>105</sup> Hof s'Hertogenbosch 25 november 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3558 r.o. 2.6.-2.7.

De i-grond wordt binnen de jurisprudentie wordt toegepast met behulp van verschillende combinaties. Het toetsingskader van de i-grond is beperkt tot de c- t/m h-gronden en kunnen in alle combinaties worden gecombineerd tussen deze gronden. De aanvraag van de i-grond hoeft niet te worden beperkt tot twee gronden. Zo kan het zijn dat de werkgever op vijf verschillende ontslaggronden beroep doet, maar dat er geen sprake is van een voldragen rechtsgrond.<sup>106</sup> Dit zorgt voor rechtspraak waarin de rechter door de werkgever wordt geconfronteerd met een unieke ontslaggrond aanvraag. De praktijkvoorbeelden waarin de i-grond een belangrijke rol speelt kan worden ingedeeld in de voorbeelden waarbij de i-grond is afgewezen en de voorbeelden waarbij de i-grond is toegewezen. In de volgende sub paragraaf 3.3.1. wordt eerst de rechtspraak aangehaald waarbij de rechter het beroep op de i-grond afwijst en ook inhoudelijk iets te toevoegt aan de invulling van de voorzienbaarheid. Hierop volgt sub paragraaf 3.3.2. met rechtspraak waarbij de rechter ontslag op de i-grond toewijst. Ook hier is van belang dat te bespreken rechtspraak waarde heeft voor de toepassing van de voorzienbaarheid. Aan de hand van deze paragrafen volgt hoofdstuk 4 met een beschouwing hoe deze rechtspraak zich verhoudt tot de voorzienbaarheid uit het EVRM.

### 3.3.1. De i-grond afgewezen door de rechter

In de eerste rechtszaak waarin de rechter de i-grond van de hand wijst, heeft de rechter reeds de e-grond voldragen bevonden.<sup>107</sup> Hierdoor is de rechter niet aan de subsidiair ten grondslag gelegde i-grond toegekomen, doordat de rechter de arbeidsovereenkomst op grond van de e-grond ontbond.<sup>108</sup> De rechter stelt dat de werknemer 'redelijkerwijs had moeten bedenken dat zijn handelen niet door de beugel kan en dat de werkgever vergaande consequenties aan zijn handelen zou verbinden'.<sup>109</sup> De consequenties van de voorzienbaarheid worden duidelijk in dit geval bij het meerekenen van de e-grond of wanneer het ontslag op zijn plaats is. Doordat de i-grond subsidiair ten laste wordt gelegd, komt de rechter hier niet aan toe. Noemenswaardig is dat het ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer, de werknemer op grond van de redelijkheid en billijkheid wel recht heeft op een transitievergoeding.<sup>110</sup> Ook in andere rechtszaken komt naar voren dat de transitievergoeding niet wordt verhoogd bij een afwijzing op de i-grond.<sup>111</sup>

In de tweede rechtszaak wijst de rechtbank Midden-Nederland het verzoek op de i-grond af vanwege het feit 'dat het gestelde disfunctioneren en de verstoorde verhouding niet een dusdanige substantie hebben dat de rechter ervan is overtuigd dat een vruchtbare samenwerking geen reëel perspectief meer heeft'. De rechter voegt eraan toe dat de werkgever eerst stappen moet ondernemen om tot de re-integratie van de werknemer te komen.<sup>112</sup> Er vond daarnaast ook geen rechtvaardiging voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst plaats op de andere gronden vanwege onvoldoende rechtvaardiging voor de ontbinding.<sup>113</sup>

In een derde zaak wordt de combinatie van de e- en g-grond door de rechter afgewezen.<sup>114</sup> Op de g-grond wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden vanwege de bijzondere functie van de werknemer en de feiten die uit de omstandigheden voortvloeien.<sup>115</sup> Volgens de rechter is geen ruimte voor de verhoogde transitievergoeding nu het verzoek niet op de i-grond is toegewezen.<sup>116</sup> Toch diende de werknemer volgens de rechter 'moet behoren te voorzien' dat de niet verwerkte verslaving het gevolg heeft dat deze geen anderen met een verslaving kan helpen.

In de vierde zaak wordt eveneens de i-grond afgewezen en op grond hiervan besloten dat er om deze reden geen ruimte is voor de verhoogde transitievergoeding gezien dit gegeven.<sup>117</sup> In deze zaak worden de omstandigheden door de werkgever uitgebreid in de rechtszaak besproken.<sup>118</sup> Er is door de werkgever een beroep gedaan op de d-, g-, h- en i-grond.<sup>119</sup> In deze zaak wordt de

<sup>106</sup> Rb. Rotterdam 29 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4194 r.o. 4.9-4.10.

<sup>107</sup> Rb. Rotterdam 13 oktober 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:9495 r.o. 5.11.

<sup>108</sup> Idem.

<sup>109</sup> Rb. Rotterdam 13 oktober 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:9495 r.o. 5.10.

<sup>110</sup> Rb. Rotterdam 13 oktober 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:9495 r.o. 5.15-5.16.

<sup>111</sup> Rb. Oost-Brabant 14 mei 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:2864 r.o. 5.19.

<sup>112</sup> Rb. Midden-Nederland 7 mei 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2231 r.o. 4.4.

<sup>113</sup> Rb. Midden-Nederland 7 mei 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2231 r.o. 4.2-4.4.

<sup>114</sup> Rb. Rotterdam 19 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7195 r.o. 4.1.4.

<sup>115</sup> Rb. Rotterdam 19 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7195 r.o. 5.4.-5.5.

<sup>116</sup> Rb. Rotterdam 19 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7195 r.o. 5.8.

<sup>117</sup> Rb. Rotterdam 26 januari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:488 r.o. 51-52.

<sup>118</sup> Rb. Rotterdam 26 januari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:488 r.o. 4-35.

<sup>119</sup> Rb. Rotterdam 26 januari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:488 r.o. 44-52.

voorzienbaarheid niet direct meegenomen in de omstandigheden die de rechter van belang acht. De rechter wijst wel de werkgever op haar verantwoordelijkheid om zorg te dragen voor de begeleiding en verbetering van de werknemer, en hierover gesprekken te voeren. Gezien dit niet is gebeurd en dus ook niet is voorzien door de werkgever, dit heeft tot gevolg dat er geen ontbinding plaatsvindt op de aangedragen ontslaggronden.<sup>120</sup>

In een vijfde zaak waar de i-grond door de rechter is afgewezen stelt de rechter dat de i-grond onvoldoende is onderbouwd.<sup>121</sup> De werkgever doet zonder succes een beroep op de e-, g- en i-grond.<sup>122</sup> De rechter stelt dat voor een ontbinding op de i-grond de combineerbare gronden niet 'voldragen' hoeven te zijn, maar 'moeten (in dit geval) de verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer en de verstoring van de arbeidsverhouding wel zodanige substantie hebben dat van de werkgever niet in redelijkheid kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren'. De rechter stelt dat de i-grond vereist dat bij een onmogelijke herplaatsing de werkgever 'dit stelt en onderbouwd'.<sup>123</sup> Zo niet, dan kan er ook niet worden ontbonden op de i-grond.

In de zesde te bespreken rechtszaak waarbij de rechter de i-grond afwijst is onderzoek gedaan door de rechtbank Midden-Nederland of de arbeidsovereenkomst op grond van de e-, g-, d- en subsidiair op grond van de i-grond kon worden ontbonden.<sup>124</sup> In de uitspraak is er geen voldragen rechtsgrond voor ontbinding en ook wanneer de rechtsgronden voor ontslag worden gecombineerd is er geen rechtvaardiging voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst.<sup>125</sup> Uit deze uitspraak blijkt dat de werkgever bij het onvoldoende functioneren de werknemer hier niet op heeft aangesproken, behalve tijdens gesprekken. Ook heeft de werkgever niet de werknemer op de hoogte gebracht dat deze ongeschikt is voor de werkzaamheden.<sup>126</sup> De feiten 'het niet aanspreken, behalve tijdens gesprekken' en 'het niet op de hoogte brengen van de werknemer' laten mogelijk een beeld zien dat de rechter belang schenkt aan de voorzienbaarheid van het ontslag dat wordt aangevraagd door de werkgever tegen de werknemer.

In een zevende zaak wordt de i-grond afgewezen aangezien er geen voldragen rechtsgrond voor ontbinding is.<sup>127</sup> De rechtbank stelt dat er 'onvoldoende feiten en omstandigheden zijn aangedragen om tot een 'voldragen' i-grond te leiden, nu geen omstandigheden genoemd zijn in twee of meer van de gronden bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onder c, d, e, g en/of h BW aanwezig zijn'. De rechtbank vernietigt in de zaak het ontslag op staande voet.<sup>128</sup> De werkgever heeft zorg moeten dragen voor de begeleiding en verbetering van de werknemer.<sup>129</sup> Deze lijn wordt gelegd in meerdere uitspraken waarin de rechter een beroep op de g- of i-grond afwijst, op grond van het feit de werkgever de werknemer eerst in de gelegenheid moet stellen om te verbeteren.<sup>130</sup>

### 3.3.2. De i-grond toegewezen door de rechter

In een eerste rechtszaak waar de rechter van rechtbank Midden-Nederland een beroep op de i-grond toewijst is de arbeidsovereenkomst dan ook op de i-grond uit art. 7:669 lid 3 BW ontbonden.<sup>131</sup> Er was in deze casus geen sprake van een voldragen d-, g-, of h-grond.<sup>132</sup> Wel was er volgens de rechter sprake van 'een bijna voldragen rechtsgrond'. Voorts was er sprake dat 'mediation' tussen de werknemer en werkgever heeft plaatsgevonden zonder dat het voldoende effect heeft gehad. Ook bekleed de werknemer een belangrijke functie binnen het management.<sup>133</sup> Gelet op deze omstandigheden is de rechter overgegaan tot ontbinding overgegaan op basis van de i-grond. Wel heeft de rechter hier een transitievergoeding maximaal verhoogd voor de werknemer.<sup>134</sup>

<sup>120</sup> Rb. Rotterdam 26 januari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:488 r.o. 4-52.

<sup>121</sup> Rb. Overijssel 5 april 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:934 r.o. 3.19.

<sup>122</sup> Rb. Overijssel 5 april 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:934 r.o. 3.12-3.20.

<sup>123</sup> Rb. Overijssel 5 april 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:934 r.o. 3.19.

<sup>124</sup> Rb. Midden-Nederland 13 oktober 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5048.

<sup>125</sup> Rb. Midden-Nederland 13 oktober 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5048 r.o. 4.20.

<sup>126</sup> Rb. Midden-Nederland 13 oktober 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5048 r.o. 4.18.

<sup>127</sup> Rb. Den Haag 27 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:15578 r.o. 5.12.

<sup>128</sup> Rb. Den Haag 27 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:15578 r.o. 6.2.

<sup>129</sup> Rb. Rotterdam 26 januari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:488 r.o. 50.

<sup>130</sup> Rb. Limburg 2 december 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:9556.

<sup>131</sup> Rb. Midden-Nederland 6 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2705 r.o. 6.1-6.5.

<sup>132</sup> Rb. Midden-Nederland 6 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2705 r.o. 5.3.-5.9.

<sup>133</sup> Rb. Midden-Nederland 6 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2705 r.o. 5.10.

<sup>134</sup> Idem.

In een tweede rechtszaak tussen de werknemer en werkgever heeft de rechtbank Midden-Nederland de arbeidsovereenkomst op de i-grond ontbonden.<sup>135</sup> De werkgever heeft hier een beroep gedaan op de d-, g- en i-grond.<sup>136</sup> Er is tussen werkgever en werknemer wel verbetering gezocht, maar dit heeft niet gebaat. De werknemer bekleedt een hoge functie en er is een verstoorde arbeidsverhouding.<sup>137</sup> De rechter stelt verder dat voor een ontbinding op de i-grond vereist is dat er één bijna voldragen ontslaggrond. Hier is sprake van, en ook hebben partijen het vertrouwen proberen te herstellen. Uit de overwegingen blijkt dit te zijn mislukt en stelt de rechter dat het begrijpelijk is dat de werkgever dit niet langer ziet zitten. Gelet op het MT-niveau was het vertrouwensherstel noodzakelijk om tot een verbeteringstraject te komen.<sup>138</sup> Gelet op deze omstandigheden gaat de rechter over tot ontbinding op de i-grond en kent een verhoogde transitievergoeding toe.<sup>139</sup>

In een derde rechtszaak waarin de rechter de arbeidsovereenkomst ontbindt op de i-grond kan niet langer van de werkgever worden gevergd om de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.<sup>140</sup> De stugge houding en gedragingen van de werknemer leiden ertoe dat de fouten van de werkgever niet langer als 'ernstig' kunnen worden bestempeld.<sup>141</sup> De houding en gedragingen leiden ertoe dat het vertrouwen tussen partijen is verdwenen binnen korte tijd.<sup>142</sup> Desondanks dat de werkgever verwijtbaar handelde, is door de houding en gedraging van de werknemer er geen sprake meer van een 'ernstig' verwijt. Dit heeft tot gevolg dat de rechter geen transitievergoeding toekent.<sup>143</sup>

In een vierde rechtszaak waarin de i-grond wordt toegewezen door de kantonrechter was er geen voldragen d- of g-grond aanwezig.<sup>144</sup> Wel bespreekt de rechtbank het inzicht dat beide partijen hebben en de wijze waarop partijen hiermee omgaan.<sup>145</sup> Het verschil wordt tweeledig genoemd door de rechter inhoudende dat er geschilpunten zijn waarbij de partijen over en weer verwijten hebben over onder andere de inhoudelijkheid van het werk en het functioneren van de werknemer.<sup>146</sup> De rechter stelt vast dat door de aard en het terugkerende karakter van de geschilpunten de verhoudingen tussen partijen onder druk komt te staan.<sup>147</sup> De rechter ziet aanleiding om de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens een combinatie van twee niet voldragen rechtsgronden. Ook stelt de rechter dat de wet en de wetsgeschiedenis niet vereisten dat de rechtsgronden voldragen zijn, maar wel dat van de werkgever niet langer mag worden verlangd de voortzetting van het dienstverband in redelijkheid kan worden gevergd.<sup>148</sup> Wel stelt de rechter dat de werknemer een transitievergoeding en een aanvullende cumulatievergoeding.<sup>149</sup>

In een vijfde rechtszaak heeft het Hof verklaard dat de ontbinding op de i-grond terecht is geweest in een omstreden beschikking.<sup>150</sup> Het Hof heeft de cumulatie van de d- en h-grond voldoende geacht dat van de werkgever niet langer kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.<sup>151</sup> Volgens de werknemer heeft de werkgever compleet onverwacht ontbinding op de d-grond verwacht, zonder dit redelijk te maken.<sup>152</sup> Verder wordt betwist of er sprake was van disfunctioneren en er was ook geen sprake van een verbeteringstraject.<sup>153</sup> Met deze redenen was de werknemer van mening dat de werkgever 'op valse gronden' de ontbindingsprocedure is gestart. Het Hof stelt dat voor disfunctioneren een serieuze en reële gelegenheid moet hebben geboden tot verbetering, maar niet een verbeteringstraject behoeft aan te bieden.<sup>154</sup> Welke hulp geboden moet worden hangt af van de omstandigheden van het geval. Het Hof is van mening dat er wel sprake is van de d-grond, maar dat deze niet voldragen is.<sup>155</sup> De invulling van de h-grond heeft betrekking op het verschil in inzicht dat de

<sup>135</sup> Rb. Midden-Nederland 24 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3327.

<sup>136</sup> Rb. Midden-Nederland 24 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3327 r.o. 5.1-5.18.

<sup>137</sup> Rb. Midden-Nederland 24 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3327 r.o. 5.15.

<sup>138</sup> Rb. Midden-Nederland 24 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3327 r.o. 5.18.

<sup>139</sup> Rb. Midden-Nederland 24 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3327 r.o. 5.19.

<sup>140</sup> Rb. Gelderland 14 april 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:3894 r.o. 4.13.

<sup>141</sup> Rb. Gelderland 14 april 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:3894 r.o. 2.1.-2.13.

<sup>142</sup> Rb. Gelderland 14 april 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:3894 r.o. 4.12.

<sup>143</sup> Rb. Gelderland 14 april 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:3894 r.o. 4.14.

<sup>144</sup> Rb. Amsterdam 30 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:8143.

<sup>145</sup> Rb. Amsterdam 30 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:8143 r.o. 9.

<sup>146</sup> Rb. Amsterdam 30 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:8143 r.o. 9-12.

<sup>147</sup> Rb. Amsterdam 30 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:8143 r.o. 30.

<sup>148</sup> Rb. Amsterdam 30 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:8143 r.o. 34.

<sup>149</sup> Rb. Amsterdam 30 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:8143 r.o. 50.

<sup>150</sup> Hof s'Hertogenbosch 21 april 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1299 r.o. 3.8.5.

<sup>151</sup> Idem.

<sup>152</sup> Hof s'Hertogenbosch 21 april 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1299 r.o. 3.8.1.

<sup>153</sup> Idem.

<sup>154</sup> Hof s'Hertogenbosch 21 april 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1299 r.o. 3.8.3.2.

<sup>155</sup> Hof s'Hertogenbosch 21 april 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1299 r.o. 3.8.3.3.

werknemer had van de werkgever.<sup>156</sup> De werkgever vond dat de werknemer te gedetailleerd te werk ging en geen helikoperview had. De rechter heeft bevonden dat ook hier sprake is van een onvoldragen h-grond.<sup>157</sup> Voorts dient de werkgever op grond van art. 7:671b lid 9 een billijke vergoeding te betalen in geval er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Dit is het geval “indien de werkgever een valse grond voor ontslag aanvoert met als enig oogmerk een onwerkbaar situatie te creëren en ontslag langs die weg te realiseren”.<sup>158</sup>

In een zesde rechtszaak heeft de rechter gesteld dat er sprake is van een combinatie van ontslaggronden.<sup>159</sup> Het betreft in deze zaak de g- en de h-grond, zodat van de werkgever niet langer gevergd kan worden dat hij de arbeidsovereenkomst in stand houdt. De omstandigheden bestaan uit het verschil in inzicht over de wijze waarop bestuurd moet worden en een verstoorde relatie aanwezig was.<sup>160</sup> Ook wordt ‘de vergoeding wegens opzegging i-grond’ door de rechtbank behandeld. De verzoeker vraagt de rechter om een extra vergoeding van 50% gebaseerd op de transitievergoeding voor het geval dat de redelijke grond is gelegen in de cumulatiegrond.<sup>161</sup> De rechter geeft aan dat de handvatten voor de toepassing van de vergoeding in de wetsgeschiedenis is beschreven, inhoudende de wens om de werknemer te compenseren en de kosten voor de werkgever niet te hoog te laten oplopen. Ook geeft de wetsgeschiedenis weer dat bij de berekening van de vergoeding rekening kan worden gehouden met ‘de mate’ waarin aan de omstandigheden van de c- t/m h-gronden is voldaan.<sup>162</sup> De rechter leidt hieruit af dat de omstandigheden van het geval bepalend zijn, waarbij de mate waarin de verschillende gronden voldragen zijn, maar dit niet hoeft te zijn. De rechter stelt dat aan de hand van de i-grond een soort mathematische berekening kan worden gemaakt om te bezien in welke mate de ontslaggronden al dan niet voldragen zijn.<sup>163</sup> De omstandigheden die voor toepassing van de i-grond van belang zijn volgens de rechter zijn: ‘de duur van het dienstverband, de succesvolle hoofdrol, de leeftijd van de werknemer en zijn arbeidsgeschiktheid. Tot slot stelt de rechter dat de werkgever niet verduidelijkt heeft waaruit het verschil van inzicht bestond en dat de werknemer arbeidsongeschikt was. De rechter wijst de verhoogde transitievergoeding onder deze omstandigheden aan de werknemer toe.<sup>164</sup>

#### Hoofdstuk 4 De beschouwing

Voor het antwoord op de vraag ‘of de i-grond in overstemming is met het voorzienbaarheidsvereiste uit het EVRM?’ worden de voorzienbaarheid en toepassing van de i-grond uit voorgaande hoofdstukken nader besproken. Het tweede hoofdstuk geeft inzicht in de wijze waarop de voorzienbaarheid door het EHRM wordt ingevuld. De voorzienbaarheid wordt omschreven als het belang om ‘het risico van willekeur’ uit te sluiten. Dit houdt in dat de juridische consequenties van een bepaalde gedraging met voldoende precisie moet worden beschreven.<sup>165</sup> De wetgever en rechter dienen voldoende invulling te geven aan de wet, inhoudende dat in de wet duidelijk staat beschreven welk gedrag strafbaar is.<sup>166</sup> Hierbij dient rekening te worden gehouden met de flexibiliteit van de wet.<sup>167</sup> De kwaliteit van de wet moet zodanig zijn dat deze voor betrokken personen, met inbegrip van de werknemers toegankelijk, nauwkeurig en voorzienbaar is.<sup>168</sup> De voorzienbaarheid uit het EVRM kan hiermee globaal worden gedefinieerd als een invulling door de wetgever en rechter om voldoende duidelijk te maken wat de gevolgen zijn van bepaald gedrag. Zonder een eenduidig beeld komt de nauwkeurigheid van de rechtspraak in het geding. Dit heeft tot gevolg dat er niet aan de kwaliteitseisen uit het EHRM worden voldaan. Mocht de rechter teveel verschillen van de bedoeling waarop de i-grond volgens de wetgever zou moeten worden toegepast, dan heeft deze discrepantie invloed op de voorzienbaarheid van de werknemer. De rechter zal de lijn van de wetgever in een bepaalde mate moeten volgen om te kunnen spreken van voorzienbaarheid zoals het EHRM deze heeft uitgelegd.

<sup>156</sup> Hof s’Hertogenbosch 21 april 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1299 r.o. 3.8.4.

<sup>157</sup> Idem.

<sup>158</sup> Hof s’Hertogenbosch 21 april 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1299 r.o. 3.9.1.

<sup>159</sup> Rb. Gelderland 20 januari 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:467.

<sup>160</sup> Rb. Gelderland 20 januari 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:467 r.o. 4.13.

<sup>161</sup> Rb. Gelderland 20 januari 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:467 r.o. 4.39.

<sup>162</sup> Rb. Gelderland 20 januari 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:467 r.o. 4.40.

<sup>163</sup> Rb. Gelderland 20 januari 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:467 r.o. 4.41.

<sup>164</sup> Idem.

<sup>165</sup> EHRM 19 december 2019, ECLI:EU:C:2019:1145 en EHRM 26 april 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC6568.

<sup>166</sup> EHRM 22 mei 1993, 14307/88 r.o. 52.

<sup>167</sup> EHRM 22 mei 1993, 14307/88 r.o. 40.

<sup>168</sup> EHRM 7 juli 2011, 39766/05 r.o. 35 en EHRM 5 januari 2000, 33202/96 r.o. 109.



In hoofdstuk drie wordt de jurisprudentie met betrekking tot de voorzienbaarheid van de i-grond besproken. Uit de jurisprudentie blijken werkgevers in sommige gevallen vijf ontslaggronden in te zetten tegen de werknemer. In veel andere zaken halen de werkgevers bij het toepassen van de i-grond gemiddeld drie ontslaggronden aan tegen de werknemer. De werkgever kan vrijelijk beschikken over een beroep op de i-grond. Er blijkt geen ingangsvoorwaarde voor de werkgever aanwezig te zijn bij een beroep op de i-grond. Zo kan de werkgever meerdere ontslaggronden tegen de werknemer aanvoeren zonder enige consequentie. Uit de besproken jurisprudentie in hoofdstuk twee blijkt geen sprake te zijn van voorzienbaarheid 'als ingangsvoorwaarde'. Wel heeft dit consequenties voor het voorzien van het ontslag aan de kant van de werknemer. Wel wordt de voorzienbaarheid als omstandigheid meegenomen bij het toepassen van de verhoogde transitievergoeding.<sup>169</sup> De verhoogde transitievergoeding sluit aan bij de 'voorzienbaarheid als vereiste' zoals omschreven in hoofdstuk twee met betrekking tot de voorzienbaarheid van de onrechtmatige daad. Indien er sprake is van 'voorzienbaarheid als vereiste' dan is er mogelijk sprake van subjectieve- of objectieve voorzienbaarheid. In veel van deze gevallen is er sprake van subjectieve voorzienbaarheid en in sommige gevallen van objectieve voorzienbaarheid bij de toepassing van de i-grond. Zelfs nu werknemers in veel gevallen worden gecompenseerd door de verhoogde transitievergoeding blijft de vraag of er voldoende is voldaan aan de voorzienbaarheid. De werknemers zijn in veel gevallen de economisch zwakkere partij tegenover de werkgever. De rechter stelt wel een eis bij de toewijzing van de i-grond, luidende dat indien geen sprake is van een voldragen rechtsgrond, er sprake moet zijn van een geval 'waarin van de werkgever niet langer kan worden gevergd dat de arbeidsovereenkomst voort duurt'. De rechter toetst dit aan de hand van de omstandigheden die de verzoeker (in de meeste gevallen de werkgever) hem aanreikt. Met het gevolg dat de werkgever vrij is om alle omstandigheden met betrekking tot de c- t/m h-gronden aan te dragen bij de rechter.

Uit de rechtspraak blijken verschillende omstandigheden door de rechter van belang te zijn voor de voorzienbaarheid bij de toepassing van de i-grond. Zo blijkt uit een zaak van het Hof een omstrede beschikking geldig te zijn verklaard en wordt de werknemer ontslagen. Dit terwijl de werknemer letterlijk stelt de gronden 'niet te voorzien' en deze volgens de werknemer door de werkgever valselijk te zijn opgesteld.<sup>170</sup> Volgens de literatuur wordt gesteld dat het voor de werknemer dan ook moeilijk is om de werkgever aansprakelijk te stellen op grond van een onrechtmatige daad met betrekking tot het ontslag.<sup>171</sup> De rechter stelt in een andere zaak dat bij een beroep op de i-grond sprake moet zijn van 'verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer' waarbij de verstoring 'wel zodanige substantie' heeft dat van de werkgever niet in redelijkheid kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Een nadere invulling van de term 'zodanige substantie' wordt niet gegeven. Dit kan leiden tot een bevordering van het ontslag van de werknemer. Zelfs indien de i-grond wordt afgewezen, geeft de rechter geen eenduidig beeld van de afwijzing op de i-grond. De afwijzing wordt in veel gevallen kort behandeld en wordt er niet nader op ingegaan. Dit leidt ertoe dat de werknemer geen aanspraak kan maken op de verhoogde transitievergoeding. In andere gevallen waarin de rechter de i-grond afwijst vindt niet direct ontslag plaats, maar wordt de werkgever gewezen op de omstandigheden waarom afwijzing plaats vindt. De rechter stelt in een aantal gevallen dat de werkgever 'meer ruimte voor verbetering' aan de werknemer had moeten geven. Met andere woorden had de werkgever moeten voorzien dat een ontslag dus niet op de i-grond kan worden gedaan. In deze gevallen is er geen sprake van een verhoogde transitievergoeding, maar wordt de werknemer wel geconfronteerd met de i-grond. Als voorbeeld kan de h-grond worden gebruikt voor overige gevallen waarbij het gaat om ontbreken diploma's of een bepaalde positie verloren.<sup>172</sup> Iedere casus is door specifieke omstandigheden uniek, zeker wanneer de werkgever zich beroept op een dergelijke h-grond in combinatie met een andere grond.

Door de casuïstische omstandigheden en de uitleg van voorzienbaarheid van het EHRM is het volgende verdedigbaar. Enerzijds, voldoet het toepassen van de i-grond door de rechter aan de voorzienbaarheid zoals beschreven in het Kokkinakis/Griekenland arrest.<sup>173</sup> De wet wordt immers ingevuld aan de casuïstische omstandigheden en geeft de relevante gedragingen aan die van belang zijn voor de i-grond. Ook is de wet voldoende flexibel en is het mogelijk rekening te houden met de casuïstische omstandigheden. Dit ligt dan ook in lijn met het reeds verwoorde voorzienbaarheidsvereiste uit paragraaf 2.4. waarbij werknemers pas bij 'onvoorziene situaties'

---

<sup>169</sup> Doorn 2019, par. 2.

<sup>170</sup> Hof s'Hertogenbosch 21 april 2022 ECLI:NL:GHSHE:2022:1299 r.o. 3.8.3.2.

<sup>171</sup> Rouwendal 2005, p. 38-43.

<sup>172</sup> Hof s'Hertogenbosch 25 november 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3558 r.o. 2.6.-2.7.

<sup>173</sup> EHRM 22 mei 1993, 14307/88 r.o. 52.

worden beschermd tegen de werkgever. Anderzijds, is verdedigbaar dat er niet voldoende is voldaan aan de voorzienbaarheid uit het EHRM, uit het Serkov/Oekraïne arrest blijkt dat de rechter rekening moet houden met de verschuiving van de juridische interpretatie. De rechter dient bij herinterpretatie te redeneren 'waarom' dit gebeurd. Een gebrek aan transparantie kan volgens het EHRM het vertrouwen in de wet aantasten en werkt ondermijnend voor de voorzienbaarheid van de werknemer.<sup>174</sup> Doordat de omstandigheden van het geval casuïstisch verschillen zijn er geen handvatten voor de werknemer om vooraf te weten waar deze aan toe is. Zeker wanneer de werkgever zich beroept op vijf verschillende ontslaggronden wordt het moeizaam om zich te verdedigen en zijn arbeidsovereenkomst te behouden. De voorspelbaarheid van hoe de wet wordt geïnterpreteerd is hierdoor in het geding. De voorzienbaarheid 'als vereiste' is niet afdoende om de werknemer te beschermen. De preventieve toets waar de werkgever aan moet voldoen, inhoudende dat bij het aanvragen van het ontslag het ontbindingsverzoek wordt onderbouwd en gemotiveerd is in de jurisprudentie niet terug te vinden.<sup>175</sup> De werknemer wordt eerst geconfronteerd met een brede motivering van de werkgever waarbij de i-grond secundaire ontslaggrond wordt aangedragen. Zoals eerder gesteld blijkt uit de overwegingen van de rechter de motivering van de afgewezen i-grond vaak achterwege. Dit terwijl de werknemer zich moet verdedigen tegen de stellingen door de werkgever. Dit leidt naar het antwoord op de vraag van dit onderzoek. Enerzijds is sprake dat het voorzienbaarheidsvereiste 'als vereiste' voldoende aanwezig is, en in de verhoogde transitievergoeding is meegenomen. Anderzijds, zijn de grote verschillen in de casuïstiek en is de voorzienbaarheid 'als ingangsvoorwaarde' afwezig, waardoor verdedigbaar is dat het voor de werknemer onvoldoende voorzienbaar is en hierdoor niet wordt voldaan aan de voorspelbaarheid van de rechtspraak. Dit heeft tot gevolg dat de toepassing van de i-grond niet geheel voldoet aan het voorzienbaarheidsvereiste binnen de jurisprudentie van het EHRM.

## Hoofdstuk 5. De conclusie

Bij de invoering van de WAB is door de wetgever gesignaleerd dat bij toepassing van de huidige ontslaggronden onvoldoende maatwerk kan worden geleverd. Het knelpunt is 'het gesloten stelsel van ontslaggronden'. De rechters kunnen gevallen niet ontbinden op een redelijkerwijze grond in combinatie met de situatie waarbij tegelijkertijd ook niet 'redelijkerwijs' van de werkgever kan worden verlangd dat de arbeidsovereenkomst wordt voortgezet. Uit de omstandigheden van de situatie zou de rechtvaardiging van het ontslag moeten volgen. Volgens het wetsvoorstel brengen de verschillende omstandigheden die betrekking hebben op verschillende ontslaggronden (bijvoorbeeld een verstoorde arbeidsverhouding in combinatie met onvoldoende functioneren of verwijtbaar handelen) een situatie voort dat cumulatie van omstandigheden een redelijke grond vormt voor ontslag. De i-grond houdt in dat er sprake moet zijn van twee of meer cumulatiegonden uit het gesloten stelsel van ontslaggronden. Van dit stelsel van ontslaggronden zijn alleen de c- t/m de h-grond combineerbaar en de a- (economische redenen) en b-grond (langdurige arbeidsongeschiktheid) uitgesloten voor de i-grond. De a- en b-grond zijn uitgesloten gezien deze gronden ter beoordeling staan voor het UWV. De toepassing van de i-grond is voor de werkgever alleen mogelijk door de c- t/m h-gronden te combineren bij de rechter. Er is sprake van de aanwezigheid van de cumulatiegond volgens het wetsvoorstel, indien de maatstaf bij het cumuleren van gronden er een 'zodanige' combinatie van omstandigheden dat van de werkgever niet 'redelijkerwijs' verlangd kan worden dat de arbeidsovereenkomst voortduurt. Om de werknemer tegemoet te komen bij een ontslag op de i-grond blijkt uit de wetsgeschiedenis dat de werknemer kan worden gecompenseerd door bij ontslag op de i-grond een extra vergoeding van maximaal 50% van de transitievergoeding te krijgen. De hoogte van de transitievergoeding is afhankelijk van in hoeverre aan één of meer van de ontslaggronden is voldaan. Als de rechter merkt dat de cumulatie van de aangedragen ontslaggronden in veel minder mate voldragen zijn, kan de rechter dit als aanleiding zien om een extra vergoeding toe te kennen. De hoogte wordt door de rechter bepaald aan de hand van de omstandigheden van het geval. Gezien de nationale wetgeving dient te wijken indien deze niet met het Europees recht overeenstemt. Dit heeft tot gevolg dat de toepassing van 'de i-grond' in overeenstemming met de voorzienbaarheid van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: 'EHRM') te worden toegepast.

De voorzienbaarheid uit het EVRM kan worden gedefinieerd als een invulling door de wetgever en rechter om voldoende duidelijk te maken wat de gevolgen zijn van bepaald gedrag. De wijze waarop de voorzienbaarheid wordt ingevuld in de praktijk levert een bijdrage bij het vormen van het antwoord op de vraag 'welke invloed de voorzienbaarheid uit het EVRM heeft op de i-grond uit art.7:669 lid 3

<sup>174</sup> EHRM 7 juli 2011, 39766/05 r.o. 40.

<sup>175</sup> Kamerstukken // 2018-2019, 35074, nr. 9, p. 60.

BW'. De rechter heeft de lijn van de wetgever in een bepaalde mate moeten volgen om te kunnen spreken van voorzienbaarheid. Binnen de literatuur wordt de voorzienbaarheid met betrekking tot de onrechtmatige daad onderverdeeld in de subjectieve- en objectieve voorzienbaarheid. Bij de subjectieve voorzienbaarheid staat de persoon welke 'weet' dat het gevolg zou intreden centraal, dit in tegenstelling tot de objectieve voorzienbaarheid waar de laedens had moeten 'behoren te weten' dat het gevolg zou intreden. Bij een alternatieve indeling wordt de voorzienbaarheid als ingangsvoorwaarde of als vereiste ingedeeld. De voorzienbaarheid als ingangsvoorwaarde is bij de subjectieve voorzienbaarheid van belang en staat 'de voorzienbare kennis' van de persoon centraal. Indien sprake is van voorzienbaarheid als vereiste dan is het mogelijk dat er sprake is van subjectieve- of objectieve voorzienbaarheid. Hier wordt gekeken naar wat de persoon 'wist' of 'had behoren te weten'. Aan de hand van de omstandigheden kan de rechter oordelen of er sprake is van voorzienbaarheid en of de werknemer aanspraak maakt op de verhoogde transitievergoeding. Enerzijds, kan door de afweging van de omstandigheden de rechter voldoen aan de voorzienbaarheidsvereiste die staat beschreven in het Kokkinakis/Griekenland arrest. De wet wordt ingevuld na afweging van de omstandigheden en geeft aan welke gedragingen van belang zijn voor de i-grond. Ook behoudt de wet voldoende flexibiliteit en zorgt het meenemen van de omstandigheden mogelijk door een vrije invulling van de rechter. Anderzijds, is verdedigbaar dat niet voldoende wordt voldaan aan de voorzienbaarheid uit het EHRM. Zo blijkt uit het Serkov/Oekraïne arrest dat de rechter rekening houdt met de verschuiving van de juridische interpretatie. De rechter dient bij herinterpretatie te redeneren 'waarom' dit gebeurt. Een gebrek aan transparantie kan volgens het EHRM het vertrouwen in de wet aantasten. Dit heeft een ondermijnend effect op de voorzienbaarheid voor de werknemer. Wanneer een werkgever zich beroept op vijf verschillende ontslaggronden wordt het moeizaam voor de werknemer om zich te verdedigen en zijn arbeidsovereenkomst te behouden. De verschillende omstandigheden die door casuïstische verschillen ontstaan zorgen continu voor verschillen en bieden onvoldoende handvatten voor de werknemer. Dit brengt leidt naar het antwoord van de vraag van dit onderzoek.

Het antwoord op de onderzoeksvraag: 'of de i-grond uit art. 7:669 lid 3 sub i BW in overeenstemming met het voorzienbaarheidsvereiste uit het EVRM is?' kan tweeledig worden beantwoord. Enerzijds, is sprake dat het voorzienbaarheidsvereiste 'als vereiste' voldoende aanwezig is, en in de verhoogde transitievergoeding wordt meegenomen. Anderzijds, zijn er grote verschillen in de casuïstiek en is de voorzienbaarheid 'als ingangsvoorwaarde' afwezig, waardoor verdedigbaar is dat het voor de werknemer onvoldoende voorzienbaar is en hierdoor niet wordt voldaan aan de voorspelbaarheid van de rechtspraak. Dit heeft tot gevolg dat de toepassing van de i-grond niet geheel voldoet aan het voorzienbaarheidsvereiste zoals deze in de jurisprudentie van het EHRM wordt uitgelegd.

## Literatuurlijst

### **Barentsen, Erkens & Doorn 2016**

B. Barentsen, M.Y.H.G. Erkens & H.L. Doorn, 'Kroniek rechtspraak WWZ', *TRA* 2016/89, par. 62-65.

### **Barentsen, Erkens & Weber 2018**

B. Barentsen, M.Y.H.G. Erkens & F.A. Weber, 'Kroniek rechtspraak WWZ', *TRA* 2018/4, p. 16-20.

### **Barentsen & Sagel 2021**

B. Barentsen & S. Sagel, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2021/2603, p. 2951-2975.

### **Brekel 2020**

M.C.J. Brekel, 'Obstakels bij klachten over grensoverschrijdend gedrag', *AR* 2022/48, p. 3-10.

### **Van Deventer 2016**

H.J. van Deventer, 'Disfunctioneren vóór en ná invoering van de WWZ', *AR* 2016/29, p. 12-15.

### **Van Drongelen, Fase & Jellinghaus 2018**

J. van Drongelen, W.J.P.M. Fase & S.F.H. Jellinghaus, *Individueel Arbeidsrecht 3. Ontslagrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2018.

### **Duk, Keizer & Staal 2018**

R.A.A. Duk, A. Keizer & H.W.M.A. Staal, 'Cumulatie van ontslaggronden', *TRA* 2018/73, p. 21-22.

### **De Groot 2022**

L.C. de Groot, '#MeToo & Trail by media: Bescherming werknemer bij beschuldiging seksuele intimidatie', *TRA* 2022/68, p. 9-16.

### **Happé 2000**

R.H. Happé, *Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming. Legaliteitsbeginsel en de eis van nadere normering* (Fiscale Monografieën, nr. 77), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

### **IJzerman & Sax 2021**

N. IJzerman & F. Sax, 'De i-grond: cumuleren kun je leren?!', *AR* 2021/5, p. 24-28.

### **Jacobs, Monografieën BW 2016**

A.T.J.M. Jacobs, *Ontslagrecht en flexibele arbeidsrelaties* (Monografieën Burgerlijk Wetboek, nr. B86), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

### **De Jong 2014**

A.W. de Jong, *Voorzienbaarheid in het aansprakelijkheidsrecht. Welke aanwijzingen zijn er in de literatuur en rechtspraak te vinden ter zake de rol van de voorzienbaarheid in het aansprakelijkheidsrecht, meer specifiek met betrekking tot de tekortkoming in de nakoming, de onrechtmatige daad en causaliteit* (diss. Tilburg UvT), Tilburg: Open uitgeverij 2014.

### **Doorn 2019**

H.L. Doorn, 'Pas op: het overgangsrecht van de WAB', *AR* 2019/55, p. 21-25.

### **Al Khatib & Linders 2021**

A. Al Khatib & T. Linders, 'Het EVRM als anker om een nieuwe toeslagenaffaire te voorkomen', *NJB* 2021/1321, p. 1479-1486.

### **Klaassen 2008**

C.J.M. Klaassen, 'De aansprakelijkheid van de werkgever op grond van art. 7:658 BW, hoe staat het ermee?', *SMA* 2008, p. 210-221.

### **Knipschild & Ridder 2020**

E. Knipschild & T. Ridder, *Ontslagrecht in hoofdlijnen* (Monografieën Sociaal Recht nr. 72), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

**Kruit & Kersten 2020**

P. Kruit & L.H. Kersten, 'Statistiek Ontbindingsprocedure 2018-2019: de Wwz werkt toch! Of toch niet...', *AR* 2020/16, p. 14-27.

**Rouwendal 2005**

J.W. Rouwendal, 'De onrechtmatige daad en het ontslagrecht', *AR* 2005/6, p. 38-43.

**Timmerman 2016**

L. Timmerman, 'Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid. Hoedanigheid van bestuurder doet ertoe', *WPNR* 2016/7105, p. 327-329.

**Verburg 2011**

L.G. Verburg, 'Het Nederlands ontslagrecht en artikel 6 EVRM. Geteld, geteld, gewogen en te licht bevonden', *AA* 2011, p284-289.

**Verschoor 2019**

M.H. Verschoor, 'Wet arbeidsmarkt in balans: een overzicht', *AR* 2019/52, p. 52-56.

**Wies & Schneider 2018**

E. Wies & M.A. Schneider, 'Verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer ('e-grond'): de lijnen in de rechtspraak uitgekristalliseerd?', *AR* 2018/30, p. 19-24.

**Wies & Schneider 2021**

E. Wies & M.A. Schneider, 'Kroniek verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer ('e-grond'): een update!', *AR* 2021/8, p. 6-10.

**Zwager 2021**

A. Zwager, 'Kroniek Arbeidsrecht; Wet Werk en Zekerheid en Wet arbeidsmarkt in balans 2020', *Bb* 2021/74, p. 1-15.

**Jurisprudentielijst**

Europees Hof voor de Rechten van de Mens 26 april 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC6568.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens 25 mei 1993, 14307/88.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens 5 januari 2000, 33202/96.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens 7 juli 2011, 39766/05.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens 19 december 2019, ECLI:EU:C:2019:1145.

Hof van Justitie Europese Gemeenschap 5 februari 1963, ECLI:EU:C:1963:1.

Hof van Justitie Europese Gemeenschap 22 november 2005, ECLI:EU:C:2005:709.

Hof van Justitie Europese Unie 19 januari 2010, ECLI:EU:C:2010:21.

Hof van Justitie Europese Unie 5 december 2017, ECLI:EU:C:2017:936.

Hof van Justitie Europese Unie 5 juni 2018, ECLI:EU:C:2018:390.

Hof van Justitie Europese Unie 21 november 2018, ECLI:EU:C:2018:936.

Hof van Justitie Europese Unie 11 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:455.

Hof van Justitie Europese Unie 14 oktober 2021, ECLI:EU:C:2021:845.

Hoge Raad 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079.

Hoge Raad 13 november 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AC3285.

Hoge Raad 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521.

Hoge Raad 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2494.

Hoge Raad 21 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499.

Hoge Raad 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313.

Hoge Raad 11 april 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BC9225.

Hoge Raad 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2935.

Hoge Raad 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:1174.

Hoge Raad 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:1237.

Hoge Raad 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:214.

Hoge Raad 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:478.  
Hoge Raad 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182.  
Hoge Raad 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470.  
Hoge Raad 28 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1122.  
Hoge Raad 8 februari 2019, ECLI:NL:PHR:2019:116.  
Hoge Raad 8 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:203.  
Hoge Raad 25 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1077.  
Hoge Raad 18 juni 2021, ECLI:NL:PHR:2021:726.  
Hoge Raad 1 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1014.  
Hoge Raad 8 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:731.  
Hoge Raad 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:541.  
Hoge Raad 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1104.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:761.  
Gerechtshof Amsterdam 23 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:657.  
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 13 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7182.  
Gerechtshof s'Hertogenbosch 11 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5184.  
Gerechtshof s'Hertogenbosch 25 november 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3558.  
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 21 december 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:11670.  
Gerechtshof s'Hertogenbosch 21 april 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1299.

Rechtbank Haarlem 2 januari 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BC1646.  
Rechtbank Rotterdam 27 december 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:10275.  
Rechtbank Noord-Holland 9 januari 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:57.  
Rechtbank Noord-Holland 20 november 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:9549.  
Rechtbank Oost-Brabant 14 mei 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:2864.  
Rechtbank Noord-Holland 22 juni 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:4242.  
Rechtbank Midden-Nederland 6 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2705.  
Rechtbank Rotterdam 13 oktober 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:9495.  
Rechtbank Limburg 2 december 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:9556.  
Rechtbank Gelderland 14 april 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:3894.  
Rechtbank Rotterdam 29 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4194.  
Rechtbank Amsterdam 30 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:8143.  
Rechtbank Gelderland 20 januari 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:467.  
Rechtbank Midden-Nederland 7 mei 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2231.  
Rechtbank Rotterdam 19 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7195.  
Rechtbank Midden-Nederland 13 oktober 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5048.  
Rechtbank Den Haag 27 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:15578.  
Rechtbank Overijssel 5 april 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:934.  
Rechtbank Midden-Nederland 26 april 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2027.

Kantonrechter Rotterdam 23 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9957.  
Kantonrechter Groningen 24 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2497.  
Kantonrechter Tilburg 6 september 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:6312.  
Kantonrechter Leeuwarden 5 september 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:3601.

## Samenvatting

Trefwoorden: Voorzienbaarheid, i-grond, cumulatiegrond, arbeidsrecht, ontslagrecht, WAB.

Na de invoering van de Wet Arbeidsmarkt in Balans mag de werkgever de ontslaggronden cumuleren op de 'i-grond'. In deze scriptie wordt onderzocht of de i-grond uit art. 7:669 lid 3 sub i BW in overstemming is met het voorzienbaarheidsvereiste uit het EVRM? De wetgever heeft besloten dat de werkgever een werknemer moet kunnen ontslaan in een situatie 'waarin een einde van de arbeidsovereenkomst redelijkerwijs aan de orde is'. Dit onderzoek wordt aan de hand van literatuur- en jurisprudentie uitgevoerd. Voor de voorzienbaarheid is van belang dat voldoende duidelijk is wat het gevolg is van bepaald gedrag ingevolge de EHRM. De voorzienbaarheid kan worden onderscheiden tussen de voorzienbaarheid als 'ingangsvoorwaarde' en 'vereiste'. Uit de resultaten van dit onderzoek blijkt de voorzienbaarheid met name bij het toepassen van de transitievergoeding te worden meegewogen in de beslissing van de rechter. In veel gevallen is er sprake van een unieke cocktail van ontslaggronden en is de rechtspraak dus casuïstisch van aard en dus niet eenduidig. Ook kan de werkgever zonder enige consequentie tegenover de werknemer de i-grond aandragen. Dit leidt tot de conclusie dat de voorzienbaarheidsvereiste 'als vereiste' voldoende aanwezig is, en in de verhoogde transitievergoeding wordt meegenomen. De voorzienbaarheid 'als ingangsvoorwaarde' is afwezig gezien de grote verschillen in de casuïstiek. Dit heeft tot gevolg dat de toepassing van de i-grond niet geheel voldoet aan het voorzienbaarheidsvereiste zoals deze in de jurisprudentie van het EHRM wordt uitgelegd.