

ANNOTATIE

Subjectieve dringendheid door de CRvB gewijzigd, of slechts genuanceerd?

mr. dr. L. van den Berg

Inleiding

Sinds de wetswijziging WW-stelsel per 1 oktober 2006, is een werknemer onder meer verwijtbaar werkloos in de zin van artikel 2, lid 1 onderdeel a in verbinding met artikel 24 lid 2 WW, indien aan de werkloosheid een dringende reden ten grondslag ligt in de zin van artikel 7:678 BW en de werknemer ter zake een verwijt kan worden gemaakt (de a-grond). De CRvB heeft in een zevental uitspraken van 18 februari 2009 (LJN BH2387-BH2394) geoordeeld, dat een materiële beoordeling moet plaatsvinden van de vraag of aan de werkloosheid een dringende reden ten grondslag ligt. Met het oog op de rechtszekerheid ligt het volgens de CRvB in de rede om aan de artikelen 7:677 en 7:678 van het BW in het kader van de WW geen andere toepassing te geven dan tot uitdrukking komt in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Of de omstandigheid die zich heeft voorgedaan in de specifieke situatie en werkrelatie een dringende reden voor ontslag op staande voet oplevert, zal steeds per individueel geval moeten worden beoordeeld. Tot de elementen die moeten worden gewogen bij de beoordeling van de vraag of de werkloosheid het gevolg is van een dringende reden behoren volgens de CRvB de zogenaamde zogenoemde 'subjectiviteit van de dringende reden', in onderlinge samenhang bezien met de aard en ernst van de gedraging en de andere relevante aspecten, zoals de aard van de dienstbetrekking, de duur daarvan en de wijze waarop de werknemer die dienstbetrekking heeft vervuld, alsmede de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, waaronder zijn leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben (vgl. HR 12 februari 1999, NJ 1999, 643). Indien vervolgens tot het aannemen van een dringende reden wordt geconcludeerd, zal tot slot in het kader van artikel 24 lid 2 WW moeten worden getoetst of de werknemer van de dringende reden een verwijt kan worden gemaakt.

Voor de werkgever worden volgens artikel 7:678 BW als objectief dringende redenen in de zin van lid 1 van artikel 7:677 BW beschouwd zodanige daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer, die ten gevolge hebben dat van de werkgever redelijkerwijze niet kan gevergd worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De door de CRvB als 'subjectiviteit van de dringende reden' omschreven eis, kan in verband worden gebracht met het uit artikel 677 lid 1 BW volgende vereiste, dat het ontslag 'onverwijld' moet worden gegeven. Hieruit kan worden afgeleid dat de reden voor ontslag op staande voet ook voor de werkgever zelf als dringend moet worden ervaren (vgl. Van der Grinten, bew. door: W.H.A.C.M. Bouwens &

R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 356).

Opmerking verdient dat de wettekst niet dwingt tot het overnemen van de door de CRvB als 'subjectieve dringendheid' geformuleerde (onverwijldheids)eis. Artikel 24 WW verwijst voor de invulling van de a-grond immers uitsluitend naar artikel 7:678 BW, waarin de zogenaamde 'objectieve dringendheid' uiteengezet wordt. Mede gelet op het door de wetgever geformuleerde uitgangspunt, dat niet de gekozen route, maar de reden voor het ontslag bepalend is (*Kamerstukken II* 2005/06, 30 370, nr. 20), is het opmerkelijk dat de CRvB voorschrijft dat bij de beoordeling van de a-grond, ook meer subjectieve elementen, zoals de 'subjectiviteit van de dringende redenen' een rol spelen (vgl. A.C. Damsteegt & P.S. Fluit, 'De jurisprudentie van de Centrale Raad over het nieuwe verwijtbaarheids criterium in de WW', *TRA* 2009/85). Ik werk dat hieronder verder uit, om vervolgens vast te stellen dat de invulling van de 'subjectieve dringendheid' in de onderhavige uitspraak lijkt te zijn genuanceerd en dat de CRvB met deze uitspraak meer toenadering heeft gezocht bij het uitgangspunt dat niet de route, maar de reden van het ontslag bepalend is.

De CRvB en de subjectiviteit van de dringende reden

Een analyse van de jurisprudentie inzake de a-grond tot de uitspraak van 5 september 2012 brengt aan het licht, dat de door de werkgever gekozen route een mee te wegen factor is bij de beoordeling van de subjectieve dringendheid van de dringende reden. In een uitspraak van 16 februari 2009 (LJN BH2392) omtrent een werknemer van KLM, die vanwege een strafrechtelijke veroordeling zijn Schipholpas was kwijtgeraakt, oordeelde de CRvB bijvoorbeeld dat geen sprake was van verwijtbare werkloosheid (a-grond), omdat de houding van KLM maakte dat de subjectieve dringende reden niet aanwezig was. Het standaardbeleid van KLM in gevallen waarin werknemers hun Schipholpas verliezen was namelijk dat de werknemer eerst in de gelegenheid gesteld wordt de pas terug te krijgen en als dat niet lukt, na enige tijd (in casu ruim tweeënhalve maand na het verlies van de pas) bij de kantonrechter een ontbindingsverzoek (in dit geval wegens verandering in de omstandigheden) in te dienen. Uit deze gang van zaken leidt de CRvB af, 'dat KLM, tenminste subjectief, geen reden aanwezig heeft geacht voor een onverwijld beëindiging van de arbeidsovereenkomst met appellant wegens een dringende reden.' Een ander voorbeeld is een uitspraak inzake een leraar in het voortgezet onderwijs (CRvB 2 september 2010, *USZ* 2010/302). In het kader van een groot landelijk onderzoek was, na een inval door de politie bij de leraar thuis, kinderporno aangetroffen. De leraar heeft zijn werkgever daarover geïnformeerd, waarop ruim twee weken later een schorsing volgde. Vervolgens is ruim drie maanden later een verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst ingediend wegens veranderingen in de omstandigheden. In het verzoekschrift heeft de werkgever de kantonrechter laten weten de arbeidsovereenkomst niet eerder ontbonden te willen zien dan met inachtneming van een termijn van drie maanden. Uit alle genoemde feiten, in onderling verband gezien, leidt de CRvB af dat de werkgeefster in de gedragingen van de leraar geen dringende reden als bedoeld in artikel 7:678 BW heeft gezien.

In de uitspraken vormt het talmen met het nemen van de vereiste rechtspositionele stappen aanleiding om het subjectief dringende karakter van de gedraging te onzeggen. Beide

uitspraken illustreren de uiterste consequentie van het meenemen van de vereiste 'subjectiviteit van de dringende reden', namelijk dat in het concrete geval indirect de (door de werkgever) gekozen route voor ontslag toch een rol speelt bij de vraag of van verwijtbare werkloosheid sprake is. Wanneer de reden en niet de route bepalend is, zou het niet 'onverwijld' geven van ontslag of indienen van een ontbindingsverzoek, niet moeten meewegen bij de conclusie dat van verwijtbare werkloosheid geen sprake is. Dat nu de reactie van de individuele werkgever medebepalend is voor de beoordeling van de a-grond, werkt bovendien rechtsongelijkheid in de hand; dezelfde gedraging kan hierdoor bij de ene werkgever wel tot verwijtbare werkloosheid leiden en bij de andere niet (vgl. F.J.L. Pennings & A.C. Damsteegt, *De Werkloosheidswet*, Deventer: Kluwer 2009, p. 155).

De uitspraak inzake de tramconductor wijst echter mogelijk op een meer genuanceerde, zo niet gewijzigde benadering van de subjectieve dringendheid. Ik werk dat hieronder verder uit.

De tramconductor

Het ging in de uitspraak om het volgende. De werknemer is in dienst geweest van het GVB als tramconductor. In 2007 heeft hij een ernstige waarschuwing gekregen, toen na een controle bleek dat € 300 (van de € 600) uit het persoonsgebonden depot voor de verkoop van vervoersbewijzen ontbrak. De werknemer heeft toen een laatste kans gekregen en is gewaarschuwd dat herhaling tot ontslag zal leiden. Bij een depotcontrole van 15 april 2009 bleek opnieuw een kasverschil. De werknemer verklaarde hierover tijdens een verantwoordingsgesprek op 19 april 2009, dat hij op 25 maart 2009 € 325 had aangewend voor het betalen van boetes van zijn zoon, die op dat moment op een politiebureau werd vastgehouden. Het GVB heeft de werknemer vervolgens op 27 april 2009 schriftelijk bericht dat een ontbinding van de arbeidsovereenkomst (primair) wegens een dringende reden zal worden gevraagd. Bovendien heeft het GVB de werknemer uit zijn functie ontheven en hem tewerkgesteld bij Bureau Tijdelijk Werk. Ten slotte is in de brief onder de aandacht gebracht, dat de werknemer op grond van de cao binnen een bepaalde termijn de directeur van het GVB om heroverweging van deze sanctie kan vragen. De werknemer heeft deze termijn onbenut laten verstrijken. Op 13 mei 2009 is vervolgens met werknemer de gang van zaken bij een ontbindingsprocedure besproken. Het GVB heeft op 19 juni 2009 het ontbindingsverzoek ingediend (primair vanwege een dringende reden, subsidiair vanwege veranderingen in de omstandigheden), waarna de arbeidsovereenkomst met ingang van 6 september 2009 wegens veranderingen in de omstandigheden is ontbonden, zonder toekenning van een vergoeding aan de werknemer. De kantonrechter overwoog in de ontbindingsbeschikking dat voor het vaststellen van de door werkgever gestelde dringende reden een nader onderzoek nodig is van de feiten, waarvoor de ontbindingsprocedure zich naar haar karakter niet leent.

Aanvankelijk heeft het UWV werknemer een gedeeltelijke WW-uitkering toegekend. Op bezwaar van GVB is de WW-uitkering ingetrokken. De rechtbank heeft geoordeeld dat sprake is van een dringende reden als bedoeld in artikel 7:677 en 7:678 BW, zodat werknemer verwijtbaar werkloos is. Tegen dit oordeel keert de werknemer zich in hoger beroep.

Uitspraak

De CRvB oordeelt dat aan de vereiste objectiviteit van de dringende reden is voldaan. Het enkele feit dat de werknemer geld voor privédoeleinden uit het depot heeft weggenomen, rechtvaardigt volgens de CRvB een dringende reden. Nu de werknemer ook nog eens de tram voortijdig heeft verlaten en eerder voor een soortgelijke gedraging is gewaarschuwd, staat de objectieve dringendheid vast.

Wat betreft de subjectieve dringendheid, overweegt de CRvB dat mede gezien de omvang van de organisatie van het GVB niet kan worden gezegd dat GVB heeft gedraald met de aankondiging van het ontslag per 27 april. Na ontvangst van de brief op 27 april 2009 kan bij de werknemer in redelijkheid niet de gedachte zijn ontstaan dat GVB van het ontslag zou afzien. Dat na ontvangst van de brief ruim anderhalve maand is verstreken voor het indienen van het ontbindingsverzoek, betekent volgens de CRvB niet dat de subjectieve dringendheid is weggevallen. Werkgever en UWV hebben volgens de CRvB terecht erop gewezen dat voor het aanwezig zijn van een dringende reden als bedoeld in artikel 7:685 BW niet is vereist dat een werkgever op stel en sprong tot indiening van een verzoekschrift overgaat nadat hij bekend is geworden met de feiten die hij als dringende redenen kwalificeert.

De plaatsing van werknemer bij het Bureau Tijdelijk Werk komt in feite neer op een non-actiefstelling, zodat ook hierdoor de subjectieve dringendheid niet verloren is gegaan. De CvB concludeert dat het UWV terecht een WW-uitkering heeft geweigerd in verband met een de werknemer verwijtbare dringende reden.

Oordeel CRvB verenigbaar met civiele jurisprudentie?

Uit de in de inleiding van dit commentaar aangehaalde uitspraken, volgt dat de CRvB uit een oogpunt van rechtszekerheid bij de uitleg van de in artikel 7:677 en 7:678 BW voorkomende begrippen aansluit bij de uitleg van de Hoge Raad. De Hoge Raad hanteert in de civielrechtelijke jurisprudentie omtrent de dringende reden enige soepelheid bij de weging van het onverwijldheidscriterium. Zo hoeft een schorsing van de werknemer hangende een onderzoek naar de feiten, niet mee te brengen, dat het ontslag niet onverwijld is gegeven (HR 21 januari 2000, *NJ* 2000, 190 (Hema/ P)). In een dergelijk geval onderstreept de schorsing van de werknemer de opvatting van de werkgever dat de handelwijze van de werknemer, wanneer die komt vast te staan, als dringend wordt ervaren. Ook het horen van de werknemer van de werknemer voordat de dienstbetrekking wordt beëindigd kan in de rede liggen (HR 4 januari 1980, *NJ* 1980, 396). Verder kan ook de organisatiestructuur bij een werkgever een rol spelen; wanneer sprake is van een centraal geleide organisatie kan een ontslag na enkele (in casu; drie) dagen nog gelden als onverwijld gegeven (Ktr. Rotterdam 5 juli 1994, *JAR* 1994/220).

De CRvB lijkt in deze uitspraak bij de beoordeling van de subjectieve dringendheid 19 april als peildatum te kiezen, namelijk de dag van het verantwoordingsgesprek over het depottekort. Dat de brief met de aankondiging van het ontbindingsverzoek was opgesteld acht dagen na het verantwoordingsgesprek over het depottekort, acht de CRvB vanwege de omvang van de organisatie van het GVB niet ontoelaatbaar. Vanaf dat moment kon bij de werknemer in

redelijkheid niet de gedachte zijn ontstaan dat werkgever zijn besluit niet langer overeind hield, aldus de CRvB.

Stel dat we de brief zouden aanmerken als een ontslagverlening, dan is het zeer de vraag of het oordeel van de CRvB over de subjectiviteit van de dringende reden verenigbaar is met de civiele jurisprudentie inzake het onverwijldheidscriterium. De tewerkstelling bij het Bureau Tijdelijk Werk met ingang van 19 april 2009 zou enig uitstel kunnen rechtvaardigen indien dat voor een onderzoek naar de feiten noodzakelijk was geweest. Dat lijkt hier niet het geval; het ziet er naar uit dat het gewoonweg binnen de organisatie van GVB de nodige tijd kost (in casu ruim een week) voordat de daartoe bevoegde persoon de nodige stappen zet. Of dat te verenigen zou zijn met de civielrechtelijke jurisprudentie inzake het onverwijldheidscriterium is mijns inziens de vraag.

Nuancering subjectieve dringendheid

De CRvB vervolgt zijn uitspraak met de overweging, dat in het tijdsverloop tussen 15 april 2009 en 19 juni 2009 geen aanwijzing kan worden gevonden voor het ontbreken van subjectieve dringendheid. Hieruit kan worden afgeleid dat bij de beoordeling van de subjectieve dringendheid doorslaggevend is het moment van het indienen van het ontbindingsverzoek. Dat bovengenoemd tijdsverloop onverenigbaar is met het onverwijldheidscriterium is klip en klaar. Hiermee is in elk geval definitief duidelijk, dat we bij de beoordeling van 'de subjectieve dringendheid' van het ontslag door de CRvB, niet kunnen terugvallen op de civiele jurisprudentie inzake het onverwijldheidscriterium. De vraag rijst dan wel, waarom de CRvB het in zijn uitspraken van 19 februari 2009 nodig heeft geacht te verwijzen naar artikel 7:677 BW. Een andere vraag die opkomt is waarom de CRvB in zijn uitspraak aandacht besteedt aan het tijdsverloop tussen het versturen van de brief en het verantwoordingsgesprek. De verklaring hiervoor is waarschijnlijk dat hiermee wordt benadrukt dat bij de werknemer geen twijfel meer kon bestaan over 'het gevoel van de werkgever', dat de reden voor de beëindiging van de arbeidsrelatie als dringend wordt ervaren.

De CRvB overweegt vervolgens: 'Werkgever en UWV hebben terecht erop gewezen dat voor het aanwezig zijn van een gewichtige reden als bedoeld in artikel 7:685 van het BW, bestaande in een dringende reden, niet vereist is dat een werkgever op stel en sprong tot indiening van een verzoekschrift overgaat nadat hij bekend is geworden met de feiten die hij als dringende reden kwalificeert. Een dringende reden voor ontbinding van een arbeidsovereenkomst, die geen andere is dan de dringende reden waarnaar artikel 24, eerste lid, aanhef en onder a, van de WW wordt verwezen, kan ook aanwezig worden geacht als tussen het bekend worden van die reden en de indiening van een ontbindingsverzoek enige tijd is verstreken'.

Dat een werkgever niet op stel en sprong een ontbindingsverzoek hoeft in te dienen, is voor de gemiddelde arbeidsrechtjurist 'nogal wieses'. De verwijzing naar de dringende reden als bedoeld in artikel 7:685 BW en artikel 24 lid 1 aanhef en onder a WW door de CRvB wijst erop dat het nalopen van de onverwijldheidseis als bedoeld in artikel 7:677 BW niet is vereist. Denkbaar is dat de CRvB de subjectieve dringendheid afleidt uit de omschrijving van artikel

7:678 lid 1 BW (zodanige daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer, die ten gevolge hebben dat van de werkgever redelijkerwijze niet kan geveerd worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren). Dat zou kunnen betekenen, dat slechts vast hoeft te staan, dat de gedraging voor de werkgever zelf als dringend moet worden ervaren. Een relatief gering tijdsverloop tussen het moment van bekend worden met de dringende reden en de noodzakelijke rechtspositionele stappen zou dan slechts een indicatie van de aanwezigheid, maar geen noodzakelijke voorwaarde van een subjectief dringende reden zijn. Wanneer, zoals in het onderhavige geval, door de werkgever voldoende snel duidelijk is gemaakt het gedrag van de werknemer zal leiden tot het zetten van de noodzakelijke stappen tot beëindiging van het dienstverband, zal aan het subjectieve element van de dringende reden kunnen zijn voldaan. De vraag rijst dan wel wat de betekenis is van de verwijzing naar artikel 7:677 BW in de 18 februari 2009 uitspraken.

Besluit

Na deze uitspraak kan worden geconcludeerd, dat de voor de aanwezigheid van de a-grond vereiste 'subjectief dringende reden' niet op een lijn staat met de onverwijldheidseis van artikel 7:677 BW. Dat komt de rechtszekerheid, waaraan de CRvB in zijn uitspraken van 18 februari 2009 aan refereert, niet ten goede. Of het wel wenselijk is, dat de subjectieve dringendheid, zoals ingevuld in de onderhavige uitspraak, onderdeel is van de beoordeling van de verwijtbare werkloosheid, blijft uit oogpunt van rechtsgelijkheid een punt van discussie. Als mijn lezing van de uitspraak inzake de tramconducteur juist is, kan in elk geval worden geconstateerd dat deze benadering van de subjectieve dringendheid meer recht doet aan het uitgangspunt dat niet de route, maar de reden van het 'ontslag' bepalend is.