



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De rechtspositie van de sollicitant en van de werknemer tijdens de proeftijd

Kötter, R.F.

Citation

Kötter, R. F. (2010, November 16). *De rechtspositie van de sollicitant en van de werknemer tijdens de proeftijd*. *Monografieën Sociaal Recht*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/16149>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/16149>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De rechtspositie van de sollicitant en van de werknemer tijdens de proeftijd

De rechtspositie van de sollicitant en van de werknemer tijdens de proeftijd

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. P.F. van der Heijden,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op dinsdag 16 november 2010
klokke 16.15 uur

door

Robin Franciscus Kötter

geboren te Enschede

in 1961

Promotiecommissie:

Promotor: prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss

Referent: prof. mr. W.A. Zondag (Rijksuniversiteit Groningen)

Overige leden: prof. mr. A.G. Castermans
prof. mr. A.C. Hendriks
prof. mr. L.C.J. Sprengers
prof. dr. B. Waas (Johann Wolfgang Goethe-Universität te Frankfurt
am Main, Duitsland)

Ter nagedachtenis aan mijn vader.

VOORWOORD

Het schrijven van een proefschrift heeft wel iets weg van het rijden van de tocht der tochten. Bij het bereiken van iedere volgende stempelplaats ben je dichterbij de eindstreep. Daar aangekomen, is het prettig om het kruisje in ontvangst te mogen nemen. Na mijn afstuderen aan de Rijksuniversiteit Groningen, eind 1986, had ik zin om mijn kunsten in de praktijk te brengen. De advocatuur nam mij in die periode, net als nu, dan ook behoorlijk in beslag. Toch had ik toen al de wens om ooit een proefschrift te schrijven. Ik had zin om een bepaald onderwerp volledig uit te diepen. Nadat ik de Grotius Specialisatieopleiding Arbeidsrecht in 2001 had afgerond, wist ik het zeker. Het contact met mijn beoogde promotor, Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss, was snel gelegd en het onderwerp van de promotie was na onze eerste bespreking in september 2002 rond. Door de enthousiaste begeleiding van mijn promotor kreeg het proefschrift gaandeweg steeds meer gestalte. Aan hem heb ik het te danken dat het een leesbaar boek is geworden en dat het geheel een duidelijke structuur heeft gekregen.

Prof. mr. W.A. Zondag was bereid om als referent op te treden. Hij is door zijn kritische blik en de vele nuttige suggesties die ik van hem heb mogen ontvangen, een grote steun geweest bij de afronding van het manuscript.

Ook de leden van de commissie, Prof. mr. A.G. Castermans, Prof. mr. A.C. Hendriks, Prof. mr. L.C.J. Sprengers en Prof. dr. B. Waas, ben ik erkentelijk voor hun inbreng. Prof. Waas, verbonden aan de Johann Wolfgang Goethe-Universität te Frankfurt am Main, heeft in het bijzonder de hoofdstukken 7, 8 en 16 van het proefschrift, die respectievelijk gaan over de precontractuele fase en totstandkoming van de arbeidsovereenkomst, de werving en selectie en het proeftijdbeding naar Duits recht, beoordeeld. Hij heeft mij met zijn uitvoerige reactie op de conceptteksten en de vele tips die ik van hem heb mogen ontvangen, een grote dienst bewezen.

Jochen Welscher, voormalig Fachanwalt für Arbeitsrecht en thans bedrijfsjurist te Hamburg, was eveneens bij de totstandkoming van de hoofdstukken 7, 8 en 16 van het boek, van grote betekenis. Ik dank hem voor het grondig doorspitten van de conceptteksten en de prettige samenwerking die ik daarbij met hem heb mogen hebben.

Manon Visser ben ik veel dank verschuldigd voor het vele typewerk dat zij op uiterst zorgvuldige wijze en met groot geduld vanaf het begin tot het einde van het proefschrift heeft verricht. Zonder haar zou het eindresultaat veel langer op zich hebben

laten wachten. Ina van Zuuren heeft de diverse conceptteksten op taalfouten, niet lopende zinnen, slordigheden en onbegrijpelijke passages gecontroleerd. Collega-advocaat en kantoorgenoot Gerrit-Jan Ligtenberg heeft het boek kritisch doorgelezen en van commentaar voorzien. Ook heeft hij in de afrondingsfase van het proefschrift controlewerkzaamheden verricht. Henrieke Nijsink en Marleen Kooiker ben ik erkentelijk voor het uitwerken van de literatuurlijst, het jurisprudentieoverzicht en het controleren en corrigeren van het zakenregister. Jan Koekebakker, jurist en journalist, heeft het laatste concept van het proefschrift met grote nauwkeurigheid op taal- en stijlfouten gecontroleerd. Door zijn hulp is het boek een taalkundig verantwoord geheel geworden. Mevrouw Mr. M. Kullmann (Legal Assistant European Labour Law Network) ben ik erkentelijk voor de Duitse samenvatting.

Tot slot dank ik Thea, Eline en Lauren voor het grote geduld dat zij in de afgelopen jaren voor mij hebben moeten opbrengen. Door de combinatie van de uitoefening van een eigen advocatenpraktijk en de vele werkzaamheden die voor het promotie-onderzoek dienden te worden verricht, was ik letterlijk en figuurlijk vaak afwezig. Voorlopig zal dit dan ook mijn laatste proefschrift zijn.

INHOUD

Lijst van afkortingen / XV

Hoofdstuk 1

Algemene inleiding / 1

- 1.1 Inleiding / 1
- 1.2 Probleemstelling / 2
- 1.3 Opzet / 2
- 1.4 Werkwijze / 3

Hoofdstuk 2

De precontractuele fase en totstandkoming van de arbeidsovereenkomst / 5

- 2.1 Inleiding / 5
- 2.2 Stopzetten van onderhandelingen / 5
- 2.3 Wetsontwerp artikel 6.5.2.8.a Nieuw BW / 14
- 2.4 Totstandkomingsvereisten voor een arbeidsovereenkomst / 16
 - 2.4.1 Algemene totstandkomingsvereisten / 16
 - 2.4.2 Wettelijke totstandkomingsvereisten / 18
 - 2.4.3 Totstandkomingsvereisten in cao's / 20
 - 2.4.4 Voorgeschreven schriftelijke bedingen / 21
- 2.5 Conclusie / 22

Hoofdstuk 3

Werving / 25

- 3.1 Inleiding / 25
- 3.2 De normering van de werving / 26
 - 3.2.1 Wijze van normering / 28
- 3.3 Methoden van werving / 31
 - 3.3.1 Interne werving / 31
 - 3.3.2 Externe werving / 33
- 3.4 Functiebenaming, functieomschrijving, functie-eisen en functiewaarden / 35

3.5	De rol van de ondernemingsraad / 36
	Initiatiefrecht (artikel 23 WOR) / 36
	Adviesrecht (artikel 25 WOR) / 37
	Instemmingsrecht (artikel 27 WOR) / 40
	Zorgplicht Ondernemingsraad (artikel 28 lid 3 WOR) / 46
	Adviesrecht benoeming/ontslag bestuurder (artikel 30 WOR) / 47
	Recht op informatie (artikel 31b WOR) / 48
3.6	'Wegkopen' van andermans personeel / 49
3.7	Conclusie / 51

Hoofdstuk 4

Selectie / 53

4.1	Inleiding / 53
4.2	Procedure-eisen / 53
4.2.1	De NVP Sollicitatiecode / 55
4.2.2	De sollicitantencode / 57
4.2.3	Te verstrekken informatie door de aspirant-werkgever / 57
4.2.4	Te verstrekken informatie door de sollicitant / 59
4.2.4.1	Onjuist beantwoorden van vragen/verzwijging door de sollicitant / 62
4.3	Selectiemiddelen / 71
4.3.1	Sollicitatiegesprek / 71
4.3.2	Psychologische test / 73
4.3.3	Assessment / 77
4.3.4	Grafologische test / 78
4.3.5	Referenties / 78
4.3.6	Getuigschrift / 81
4.3.7	Medische aanstellingskeuring / 83
4.3.8	Erfelijkheidsonderzoek/gentest / 90
4.3.9	Strafrechtelijk verleden / 91
4.3.10	Veiligheidsonderzoeken / 97
4.3.11	Betrouwbaarheidstoetsing / 99
4.4	Eindbeslissing en selectie / 101
4.4.1	Vergoeding van sollicitatiekosten / 103
4.5	Werving en selectie in cao's / 104
4.5.1	Branchecao's / 104
4.5.2	Ondernemingscao's / 106
4.6	Conclusie / 109

Hoofdstuk 5

Handhaving / 111

5.1	Inleiding / 111
5.2	Handhavingsacties bij stopzetten onderhandelingen / 111
5.3	Specifieke handhavingsacties tijdens de wervingsfase / 114
5.3.1	Door de werkgever in te stellen acties / 114

5.3.2	Door de sollicitant in te stellen acties /	115
5.3.2.1	Civielrechtelijke acties /	115
5.4	Specifieke handhavingsacties tijdens de selectiefase /	116
5.4.1	Door de werkgever in stellen acties /	116
5.4.2	Door de sollicitant in te stellen acties /	117
5.4.2.1	Civielrechtelijke acties /	117
5.5	Specifieke klachtenprocedures tijdens de selectiefase /	118
5.5.1	Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen (CKA) /	118
5.5.2	Tuchtrechtelijke klacht /	119
5.6	Klachtenprocedures tijdens zowel de wervings- als selectiefase /	120
5.6.1	Interne klachtenprocedure /	120
5.6.2	Externe klachtenprocedures /	120
5.6.2.1	Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode /	120
5.6.2.2	Klachtenprocedure bij Commissie van Toezicht NVP /	121
5.7	Wilsgebreken bij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst /	121
5.8	Conclusie /	124

Hoofdstuk 6

Gelijke behandeling bij werving en selectie /

6.1	Inleiding /	127
6.2	Vormen van onderscheid /	127
6.2.1	Direct onderscheid /	127
6.2.2	Indirect onderscheid /	130
6.2.3	Botsende grondrechten /	133
6.3	Gelijkebehandelingswetgeving /	135
6.3.1	Gelijke behandeling van mannen en vrouwen /	135
6.3.2	Algemene wet gelijke behandeling/Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen /	135
6.3.2.1	Geslachtsbepaaldheid van beroepsactiviteiten/voorkeursbeleid /	138
6.3.3	Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte /	139
6.3.3.1	Uitzonderingen/voorkeursbeleid /	143
6.3.3.2	Mededelingsplicht terzake van handicap of chronische ziekte /	144
6.3.4	Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd /	145
6.3.4.1	Uitzonderingen/voorkeursbeleid /	146
6.3.5	Anoniem solliciteren /	147
6.4	Handhaving /	148
6.4.1	Interne klachtenbehandeling /	148
6.4.2	Zorgtaak ondernemingsraad (artikel 28 Wet op de Ondernemingsraden) /	148
6.4.3	Externe klachtenbehandeling /	149
6.4.3.1	De Commissie Gelijke Behandeling /	149
6.4.3.2	Antidiscriminatiebureau /	153
6.5	Groepsacties /	153
6.6	Civielrechtelijke sancties /	155
6.7	Strafrechtelijke sancties /	160

- 6.8 Bestuursrechtelijke handhaving / 161
- 6.9 Handhaving door het UWV WERKbedrijf / 161
- 6.10 Uitbreiding bevoegdheden arbeidsinspectie / 162
- 6.11 Conclusie / 163

Hoofdstuk 7

De precontractuele fase en totstandkoming van de arbeidsovereenkomst naar Duits recht / 165

- 7.1 Inleiding / 165
- 7.2 Wettelijk kader / 165
- 7.3 Handelen van de werkgever in combinatie met discriminatieverboden / 169
- 7.4 Aansprakelijkheid van werkgever en sollicitant / 170
- 7.5 Schade / 170
- 7.6 Causaal verband / 171
- 7.7 Handhaving / 171
- 7.8 Totstandkomingsvereisten voor een arbeidsovereenkomst / 172
- 7.8.1 Wettelijke totstandkomingsvereisten / 172
- 7.9 Conclusie en aanbevelingen / 173

Hoofdstuk 8

Werving en selectie naar Duits recht / 175

- 8.1 Inleiding / 175
- 8.2 Gerechtelijke instanties / 175
- 8.3 Rechtsbronnen / 176
- 8.4 Werving naar Duits recht / 176
- 8.4.1 'Wegkopen' van andermans personeel / 178
- 8.5 Selectie naar Duits recht / 178
- 8.5.1 Inleiding / 178
- 8.6 Te verstrekken informatie door de aspirant-werkgever / 179
- 8.7 Te verstrekken informatie door de sollicitant / 179
- 8.8 Onjuist beantwoorden van vragen/verzwijging door de sollicitant / 180
- 8.8.1 Vragen over salaris en vermogenstoestand / 182
- 8.8.2 Vragen over politieke of godsdienstige gezindheid / 182
- 8.9 Selectiemiddelen / 183
- 8.9.1 Grafologische test / 183
- 8.9.2 Referenties / 183
- 8.9.3 Getuigschrift / 184
- 8.9.4 Strafrechtelijk verleden / 185
- 8.9.5 Veiligheidskeuring / 185
- 8.9.6 Psychologische test / 186
- 8.9.7 Medische aanstellingskeuring / 186
- 8.9.8 Erfelijkheidsonderzoek/gentest / 186
- 8.10 Bescherming van persoonsgegevens / 187
- 8.11 Sollicitatiekosten / 187

- 8.12 Handhaving / 188
- 8.13 Voor- en nadelen van de werving en selectie naar Duits recht / 190
- 8.14 Conclusie / 192

Hoofdstuk 9

Geschiedenis van het proeftijdbeding / 193

- 9.1 Het ontslagrecht tot 1907 / 193
- 9.2 De wet van 13 juli 1907 / 195
- 9.3 De wetswijziging van 1953 / 197
- 9.4 De wetswijziging van 1996/1997 / 198
- 9.5 De Wet Flexibiliteit en zekerheid / 199

Hoofdstuk 10

Vorm en geldigheidsaspecten van de proeftijd / 203

- 10.1 Inleiding / 203
- 10.2 Vormvoorschriften van 1907 / 203
- 10.3 Vereiste van schriftelijkheid / 205
- 10.4 Conclusie / 208

Hoofdstuk 11

De duur van de proeftijd / 209

- 11.1 Inleiding / 209
- 11.2 Opschorting en verlenging van de proeftijd / 209
- 11.3 Oprekking van de proeftijd / 214
- 11.4 Ijzere proeftijd en redelijkheid en billijkheid / 214
- 11.5 Omzetting (conversie) / 216
- 11.6 Proeftijdregelingen in cao's / 220
- 11.7 Wijziging contractsduur in de proeftijd / 224
- 11.7.1 Voortzetting van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in geval van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde -min of meer korte- duur / 224
- 11.7.2 Omzetting arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tijdens de proeftijd in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd / 225
- 11.8 Conclusie / 227

Hoofdstuk 12

Het aangaan van een nieuwe proeftijd / 229

- 12.1 Inleiding / 229
- 12.2 Nieuwe proeftijd tussen dezelfde partijen / 229
- 12.3 De nieuwe proeftijd - de opvolgend werkgever / 231
- 12.4 Proeftijd en de Wet Overgang van ondernemingen / 233
- 12.5 Proeftijd en reeks van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd / 234

- 12.6 Proeftijd bij voortgezet dienstverband na faillissement / 236
- 12.7 Proeftijd na een uitzendovereenkomst / 236
- 12.8 Proeftijd en stage / 237
- 12.9 Proeftijd na proefplaatsing / 238
- 12.10 Conclusie / 239

Hoofdstuk 13

Beëindiging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd / 241

- 13.1 Inleiding / 241
- 13.2 BBA niet van toepassing / 242
- 13.3 Proeftijdontslag en opzegverboden / 243
 - 13.3.1 Proeftijd en ziekte / 243
 - 13.3.2 Proeftijd en zwangerschap / 244
- 13.4 Proeftijdontslag en verboden onderscheid / 245
 - 13.4.1 Proeftijdontslag en verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen / 245
 - 13.4.2 Proeftijdontslag en verboden onderscheid op grond van de AWGB / 246
 - 13.4.3 Proeftijdontslag en verboden onderscheid op grond van de WGBH/CZ / 247
 - 13.4.4 Proeftijdontslag en verboden onderscheid op grond van de WGBL / 248
- 13.5 Proeftijd en concurrentiebeding / 250
- 13.6 Conclusie / 251

Hoofdstuk 14

Materiële toetsing van het proeftijdontslag / 253

- 14.1 Inleiding / 254
- 14.2 Heeft de proeftijd een doel? / 255
- 14.3 Motiveringsplicht bij proeftijdontslag / 256
- 14.4 Samenloop / 256
- 14.5 Diverse toetsingsmogelijkheden / 257
 - 14.5.1 Misbruik van (proeftijd)ontslagbevoegdheid / 258
 - 14.5.2 Proeftijdontslag en goed werkgeverschap / 263
 - 14.5.3 Onrechtmatige daad / 264
 - 14.5.4 Proeftijdontslag en 'just cause' / 265
- 14.6 Welke toetsingsmogelijkheid verdient de voorkeur? / 266
- 14.7 Geen kennelijke onredelijkheidstoets / 267
- 14.8 Aard van de kennelijke onredelijkheidstoets / 268
- 14.9 Conclusie / 269

Hoofdstuk 15

Schadevergoeding wegens opzegging tijdens de proeftijd / 271

- 15.1 Inleiding / 271
- 15.2 Uitsluiting van toetsing van de opzegging op kennelijk onredelijke beëindiging / 271

- 15.3 Uitsluiting van de mogelijkheid tot vordering van herstel van de arbeidsovereenkomst / 272
- 15.4 Diverse toetsingsmogelijkheden leiden tot verschillende acties / 273
- 15.4.1 Schadevergoeding wegens een toerekenbare tekortkoming in de nakoming / 273
- 15.4.2 Schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad / 274
- 15.4.3 Schadevergoeding bij misbruik van bevoegdheid / 275
- 15.4.4 Schadevergoeding op grond van overtreding norm artikel 7:611 BW / 275
- 15.4.5 Strijd met de redelijkheid en billijkheid / 277
- 15.4.6 Schadevergoeding bij opzegging voor aanvang proeftijd / 278
- 15.4.7 Schadevergoeding bij opzegging na aanvang proeftijd / 282
- 15.5 Conclusie / 283

Hoofdstuk 16

Het proeftijdbeding naar Duits recht / 285

- 16.1 Inleiding / 285
- 16.2 Vorm- en geldigheidsaspecten van de proeftijd / 285
- 16.3 De duur van de proeftijd / 287
- 16.4 De beëindiging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd / 292
- 16.5 Materiële toetsing van het proeftijdontslag / 293
- 16.6 Conclusie / 295

Hoofdstuk 17

Vergelijkingen en conclusies / 297

- 17.1 Algemene inleiding / 297
- 17.2 Sollicitatiefase / 297
- 17.2.1 Inleiding / 297
- 17.2.2 Vergelijking rechtspositie sollicitant naar Nederlands en Duits recht / 300
- 17.2.3 Conclusie / 301
- 17.3 Proeftijd / 301
- 17.3.1 Inleiding / 301
- 17.3.2 De Wet Flexibiliteit en zekerheid / 302
- 17.3.3 Aanbevelingen van de STAR / 304
- 17.4 Heeft de proeftijd thans nog meerwaarde? / 305
- 17.4.1 Invoering van een wettelijke plicht tot feitelijke proefneming / 306
- 17.4.2 De 'drie maal drie regeling' / 307
- 17.4.3 Preventieve toetsing van het proeftijdontslag / 309
- 17.4.4 Repressieve toetsing van het proeftijdontslag / 309
- 17.5 Naar een nieuwe proeftijdregeling op basis van rechtsvergelijking / 310
- 17.5.1 Verplichting tot een daadwerkelijke proefneming / 311
- 17.5.2 Invoering kennelijke onredelijkheidstoetsing / 313
- 17.5.3 Het verlengen van de maximumtermijn / 314
- 17.5.4 Invoering van een opzegtermijn / 315
- 17.5.5 Opschorting/oprekking van de proeftijd / 317

- 17.6 Conclusie / 318
- 17.7 Eindconclusie over de sollicitatiefase en proeftijd / 321

Slotbeschouwing / 327

- Bijlage 1 Overzicht van onderzochte branchecao's / 327
- Bijlage 2 Overzicht van onderzochte ondernemingscao's / 333
- Bijlage 3 Proeve voor een nieuwe regeling van de proeftijd / 341
- Bijlage 4 NVP-Sollicitatiecode 2009 / 343
- Bijlage 5 Overzicht van Duitse wetsartikelen / 349

Samenvatting / 381

Zusammenfassung / 393

Literatuurlijst / 405

Rechtspraakregister / 415

Zakenregister / 431

Curriculum Vitae / 445

LIJST VAN AFKORTINGEN NEDERLANDS

AA	Ars Aequi
aant.	aantekening
ADB	Antidiscriminatiebureau
AFM	Autoriteit Financiële Markten
A-G	Advocaat-Generaal
AIVD	Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst
AMvB	Algemene Maatregel van Bestuur
ArA	Arbeidsrechtelijke Annotaties
ARAR	Algemeen Rijksambtenarenreglement
Arbowet	Arbeidsomstandighedenwet
art.	artikel
artt.	artikelen
AWGB	Algemene Wet Gelijke Behandeling
BBA	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945
BIG	Wet op de Beroepen in de Individuele Gezondheidszorg
BMI	Body Mass Index
BV	Besloten Vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
cao	collectieve arbeidsovereenkomst
CGB	Commissie Gelijke Behandeling
CKA	Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen
COVOG	Centraal Orgaan Verklaring Omtrent het Gedrag
CRvB	Centrale Raad van Beroep
cv	curriculum vitae
DNB	De Nederlandse Bank
CWI	Centrum voor Werk en Inkomen
diss.	dissertatie
DSI	Dutch Security Institute
EG	De Europese Gemeenschappen
EVO	Europees Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst
EHRM	Europese Hof voor de Rechten van de Mens

EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden
GAB	Gewestelijk Arbeidsbureau
GBA	Gemeentelijke Basisadministratie
HR	Hoge Raad
HvJ	EG Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
ILO	International Labour Organization
IND	Immigratie- en Naturalisatiedienst
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
JIN	Jurisprudentie in Nederland
jo.	juncto (in samenhang met)
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
KG	Kort Geding (tijdschrift)
ktr.	kantonrechter
LBR	Landelijk Bureau ter bestrijding van Rassendiscriminatie
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
losbl.	losbladige uitgave
m.nt.	met annotatie van
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NIP	Nederlands Instituut van Psychologen
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NV	Naamloze Vennootschap
NVP	Nederlandse Vereniging voor Personeelsmanagement & Organisatieontwikkeling
OR	Ondernemingsraad
Parl. Gesch.	Parlementaire Geschiedenis
PECL	Principles of European Contract Law
PES	Pre-Employment Screening
pres.	president
Prg.	Praktijkgids
prof.	professor
PSA	Psychosociale arbeidsbelasting
RAR	Rechtspraak Arbeidsrecht
rb.	rechtbank
REA	Wet op de reïntegratie van arbeidsgehandicapten
RI&E	Risico-inventarisatie en evaluatie
RMThemis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
ROR	Rechtspraak Ondernemingsraad
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
SER	Sociaal-Economische Raad

SMA	Sociaal Maandblad Arbeid
SR	(tijdschrift voor) Sociaal Recht
STAR	Stichting van de Arbeid
Stb.	Staatsblad
SZW	(Ministerie van) Sociale Zaken en Werkgelegenheid
TAP	Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk
TAR	Tijdschrift voor Ambtenarenrecht
T & C	Tekst en Commentaar
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemers Verzekeringen
VGB	Verklaring van geen bezwaar
Wajong	Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten
WAO	Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering
WAV	Wet arbeid vreemdelingen
WAZ	Wet Arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen
Wbp	Wet bescherming persoonsgegevens
WCAO	Wet op de Collectieve Arbeidsovereenkomst
Wft	Wet financieel toezicht
WGB	Wet Gelijke Behandeling van mannen en vrouwen
WGBH/CZ	Wet Gelijke Behandeling op grond van handicap of chronische ziekte
WGBL	Wet Gelijke Behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid
WGBO	Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst
WIA	Wet werk en Inkomen naar Arbeidsvermogen
WMK	Wet op de medische keuringen
WOR	Wet op de ondernemingsraden
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WvK	Wetboek van Koophandel
WVO	Wet veiligheidsonderzoeken
WW	Werkloosheidswet

LIJST VAN AFKORTINGEN DUIT

Abs.	Absatz
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht
BbiG	Berufsbildungsgesetz
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BseuchG	Bundesseuchengesetz
BverfScG	Bundesverfassungsschutzgesetz
BZRG	Bundeszentralregistergesetz
G en DG	Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen
JArbSchG	Jugendarbeitsschutzgesetz
KschG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
MuSchG	Mutterschutzgesetz
OLG	Oberlandesgericht
Rn	Randnummer
SGB	Socialgesetzbuch
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
Urt	Urteil
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

HOOFDSTUK 1

Algemene inleiding

1.1 Inleiding

Met de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst in 1909 verkreeg de arbeider ten opzichte van het oorspronkelijke Burgerlijk Wetboek van 1838 een wettelijk fundament voor de bescherming van zijn rechtspositie. Deze bescherming had echter vooral betrekking op de betaling van het loon en het tegengaan van oneerlijke bedingen in de arbeidsovereenkomst.

Na de Tweede Wereldoorlog verkreeg de arbeider een sterk verbeterde ontslagbescherming. Willekeurig ontslag van werknemers, zonder goede reden, behoorde daarmee tot het verleden.

Ondanks de gaandeweg de twintigste eeuw steeds meer verbeterde en uitgebreide materiële en formele rechtspositie van de werknemer, genoten de sollicitant en de werknemer tijdens de proeftijd in de afgelopen 100 jaar nauwelijks de aandacht van de wetgever. Vanuit het vertrekpunt van contractsvrijheid is dit begrijpelijk. Wel werden discriminatieverboden ook in deze fase toepasselijk en werd bij de Wet Flexibiliteit en zekerheid van 1999 de proeftijd enigszins nader gereguleerd.

Daarnaast is het arbeidsrecht meegegroeid met de ontwikkeling in het algemene verbintenissenrecht van vage normen, zoals precontractuele redelijkheid en billijkheid, toegespitst in het goed werkgever- en werknemerschap en misbruik van bevoegdheid.

De sollicitatiefase en de proeftijd hebben een nauw verband met elkaar. De sollicitatiefase is in zekere zin het voorportaal van de proeftijd. Tijdens de proeftijd wordt het onderzoek naar de geschiktheid van de nieuwe werknemer in feite voortgezet. De sollicitant is zwak beschermd, maar kan ook tijdens de proeftijd nog gemakkelijk worden ontslagen. Arbeidsrechtelijk gezien zijn de sollicitatiefase en de proeftijd dan ook in feite naaste burens aan de oprijlaan van een vast dienstverband.

Qua rechtspositie zijn de sollicitant en de werknemer tijdens de proeftijd in zekere zin lotgenoten. Zij genieten beiden een zwakke rechtspositie die nauwelijks in de wet is geregeld. Hun rechtsbescherming vindt naast het door de gelijkebehandelingswetgeving

geboden kader, met name haar basis in algemene rechtsbeginselen en vage normen, waaraan een rechter van geval tot geval op grond van de concrete feiten en omstandigheden invulling kan geven. Bij die invulling kan eventueel ongelijkheidscompensatie worden toegepast om de rechtspositie van de in de regel in economisch opzicht zwakke sollicitant of (proeftijd)werknemer meer in evenwicht te brengen met die van de werkgever.

1.2 Probleemstelling

De probleemstelling voor dit onderzoek is in hoeverre de sollicitatiefase en proeftijd door het recht worden genormeerd.

Daarnaast wordt de vraag gesteld in hoeverre de bescherming van de sollicitant respectievelijk werknemer in de proeftijd in verhouding tot het belang van de werkgever voldoende is en of verdere normering (al dan niet via een wettelijke regeling) is aangewezen.

Uiteraard staat de positie van de sollicitant en de werknemer tijdens de proeftijd niet los van de maatschappelijke en economische omstandigheden. Het ligt voor de hand om te veronderstellen dat in tijden van hoogconjunctuur en krapte op de arbeidsmarkt zorgvuldiger met sollicitanten en werknemers in de proeftijd zal worden omgesprongen dan in perioden waarin er een groot aanbod van sollicitanten is. In geval van krapte op de arbeidsmarkt zal een werkgever naar verwachting minder snel overgaan tot ontslag dan in situaties waarin er genoeg aanbod is. Dit onderzoek beperkt zich echter tot de juridische aspecten van de problematiek.

1.3 Opzet

Ondanks de grote verwantschap tussen de sollicitatiefase en de proeftijd qua rechtspositie van sollicitant en werknemer, bestaat dit boek uit twee te onderscheiden delen. De eerste acht hoofdstukken handelen over de sollicitatiefase en de daaropvolgende acht hoofdstukken over de proeftijd. In het slothoofdstuk wordt een samenhangende beschouwing gegeven ter beantwoording van de hierboven gegeven probleemstelling en worden aanbevelingen geformuleerd.

De sollicitatiefase komt grotendeels overeen met de precontractuele fase en vindt haar voltooiing in het aangaan van een arbeidsovereenkomst waarin veelal een proeftijd is opgenomen. In dit deel van het boek wordt de sollicitatiefase vanuit verschillende invalshoeken en fasen zo veel mogelijk in chronologische volgorde behandeld. Steeds wordt aandacht besteed aan de materiële normen voor beide partijen en de mogelijkheid tot handhaving daarvan.

Na de algemene inleiding komen achtereenvolgens aan de orde de precontractuele fase en totstandkoming van de arbeidsovereenkomst (hoofdstuk 2), de werving (hoofdstuk 3), de selectie (hoofdstuk 4), handhaving (hoofdstuk 5) en tenslotte de gelijke behandeling bij werving en selectie (hoofdstuk 6). Daarna komen in de

hoofdstukken 7 en 8 respectievelijk de precontractuele fase en de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst naar Duits recht en de werving en selectie naar Duits recht aan de orde.

De proeftijd wordt behandeld aan de hand van achtereenvolgens de totstandkomingsgeschiedenis van het proeftijdbeding en de maatschappelijke context daarvan (hoofdstuk 9), de formele aspecten (hoofdstukken 10, 11 en 12), de materiële aspecten (hoofdstuk 13), de rechterlijke toetsing van het proeftijdontslag (hoofdstuk 14) en de vergoeding van schade bij aanvechtbaar proeftijdontslag (hoofdstuk 15). In hoofdstuk 16 wordt de regeling van het proeftijdbeding in het Duitse recht besproken.

In hoofdstuk 17 wordt aan de hand van al hetgeen in de eerdere hoofdstukken over de sollicitatiefase en de proeftijd aan de orde is gesteld, gemotiveerd aangegeven aan welke vereisten een nieuwe regeling van de sollicitatiefase en proeftijd zal moeten voldoen. Als sluitstuk is in bijlage 3 van dit boek een proeve voor een nieuwe proeftijdregeling opgenomen.

In de slotbeschouwing zal, bij wijze van eindevaluatie op basis van al hetgeen over de rechtspositie van de sollicitant en de werknemer tijdens de proeftijd aan de orde is gesteld, tot een slotsom worden gekomen.

1.4 Werkwijze

De rechtspositie van de sollicitant is een vrijwel onontgonnen terrein. Er is weinig literatuur beschikbaar over de juridische aspecten van werving en selectie van personeel. In de in 1989 verschenen dissertatie van Asscher-Vonk, die de toegang tot de dienstbetrekking als onderwerp heeft, komen de werving en selectie van personeel evenmin aan bod. De reden hiervoor is dat volgens Asscher-Vonk de regels met betrekking tot de sollicitatieprocedure hooguit als indirecte normen voor de toegang tot de arbeid zouden kunnen worden beschouwd.¹ Ook de precontractuele fase wordt in de dissertatie van Asscher-Vonk niet aan de orde gesteld. Over de proeftijd is meer juridische literatuur beschikbaar, doch hierover is in Nederland geen specifiek proefschrift verschenen.

Voor dit onderzoek is gebruikgemaakt van literatuur en jurisprudentieonderzoek. Voor het jurisprudentieonderzoek is behalve van de gebruikelijke jurisprudentiebronnen tevens gebruikgemaakt van de websites van de Commissie Gelijke Behandeling en de Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen (CKA), waarop uitspraken over gelijke behandeling en aanstellingskeuringen per deelgebied zijn gerangschikt. Voorts is rechtsvergelijkend onderzoek verricht. Daarbij is de rechtspositie van de sollicitant en de werknemer in de proeftijd naar Duits recht onderzocht. Voor dit doel is literatuur- en jurisprudentieonderzoek gedaan.

1 I.P.Asscher-Vonk, *Toegang tot de dienstbetrekking*, diss. UvA, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1989, p. 5.

Een deel van het onderzoek betreft regelingen die in cao's zijn opgenomen met betrekking tot het aanstellingsbeleid en de regeling van de proeftijd. Hiervoor zijn 175 branchecao's onderzocht en 250 in Nederland geldende ondernemingscao's, zoals deze via de website van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid kunnen worden geraadpleegd (www.szw.nl).

Voor de sollicitatiefase is voor de vergelijking met het Duitse rechtssysteem gekozen, omdat ook naar Duits recht de sollicitatieprocedure niet wettelijk is geregeld. Er bestaat in Duitsland relatief veel jurisprudentie waarin normen uiteen zijn gezet die bij de sollicitatieprocedure in acht dienen te worden genomen. Voorts heeft de precontractuele fase in het Duitse recht, anders dan naar Nederlands recht, een wettelijk kader. Wat betreft de positie van de werknemer gedurende de proeftijd is ook een vergelijking gemaakt met het Duitse recht, omdat dit, anders dan het Nederlandse recht, meer mogelijkheden kent om zich aan de wensen van de praktijk aan te passen.

Bij een vergelijking van de Duitse regeling omtrent de proeftijd met de regeling van de proeftijd in onder andere België, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk is mij gebleken dat de Duitse regeling qua opzet het meest afwijkt van de proeftijdregeling naar Nederlands recht en daarom een interessant onderzoeksgebied vormt.

Daarnaast is er een wetshistorische basis voor de vergelijking van de proeftijdregeling met het Duitse recht, omdat de wetgever van de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 zich, blijkens de totstandkomingsgeschiedenis daarvan, met name heeft laten leiden door het Zwitserse verbintenissenrecht, het Belgische recht en het Burgerlijk Wetboek van het toenmalige Duitse Rijk.² Ook om die reden is het interessant om te bezien in hoeverre het Duitse recht zich in de afgelopen 100 jaar op dit gebied verder heeft ontwikkeld.

Het onderzoek dat aan dit boek ten grondslag ligt, is op 1 juli 2010 afgesloten.

2 *Kamerstukken II 1900-1901*, 222, nrs. 1-3.

HOOFDSTUK 2

De precontractuele fase en totstandkoming van de arbeidsovereenkomst

2.1 Inleiding

De sollicitatiefase is als een precontractuele fase aan te merken. Nadat de selectieprocedure in een afrondende fase is beland, treden sollicitant en werkgever in toenemende mate met elkaar in onderhandeling over de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst. Na de afsluiting van de selectiefase volgt de aanstelling. Nadat de beslissing tot aanstelling is genomen, volgt meestal een arbeidsvoorwaarden-gesprek in aanwezigheid van een personeelsadviseur of een personeelsfunctionaris. Bij grotere bedrijven vindt er na de aanstelling nog vaak een gesprek plaats tussen de sollicitant en de toekomstige collega's. Tijdens de onderhandelingsfase geldt de contractsvrijheid als uitgangspunt.

In de praktijk is er soms een schemergebied tussen voltooide onderhandelingen die tot een perfecte overeenkomst hebben geleid en afgebroken onderhandelingen waarbij het nog niet tot een voldoende bepaalde overeenkomst is gekomen.

In de opzet van dit onderzoek is er daarom voor gekozen om, voorafgaande aan de inhoudelijke bespreking van de sollicitatiefase, de in de rechtspraak ontwikkelde criteria aan de orde te stellen, die gelden voor de beoordeling of afbreken van onderhandelingen in een gegeven geval geoorloofd is. Tijdens de onderhandelingsfase geldt de contractsvrijheid als uitgangspunt. Er kunnen evenwel beperkingen zijn op grond waarvan het niet is toegestaan om onderhandelingen af te breken.

Na de inhoudelijke bespreking van de fasen van de sollicitatieprocedure in de hoofdstukken 3 en 4, zullen in hoofdstuk 5 van dit boek eerst de algemene handhavingsmogelijkheden bij afgebroken onderhandelingen en vervolgens de meer specifiek uit het sollicitatieproces voortvloeiende handhavingsmogelijkheden aan bod komen. Tot slot zal in hoofdstuk 6 worden ingegaan op de handhavingsmogelijkheden in geval van schending van de gelijkebehandelingswetgeving.

2.2 Stopzetten van onderhandelingen

In het Nederlandse privaatrecht geldt het beginsel van de contractsvrijheid. Dit houdt onder meer in dat contractspartijen vrij zijn om met elkaar in onderhandeling te gaan

en in beginsel ook vrij zijn om de onderhandelingen weer af te breken. Als uitgangspunt geldt dat onderhandelingen volledig vrijblijvend zijn en juridisch neutraal. Contractsvrijheid impliceert dat een contractspartij in beginsel zelf kan bepalen onder welke voorwaarden hij een overeenkomst wenst aan te gaan (formele contractsvrijheid). In beginsel, want de contractsvrijheid is niet onbeperkt. Deze wordt begrensd door de wet en het ongeschreven recht, zoals de precontractuele redelijkheid en billijkheid en de maatschappelijk betamelijke zorgvuldigheid. Ook houdt het beginsel van contractsvrijheid de bevoegdheid in om zelf te bepalen met wie er wordt gecontracteerd (materiële contractsvrijheid).¹

Uit de rechtspraak is gebleken dat het afbreken van onderhandelingen onder bepaalde omstandigheden onredelijk kan zijn voor één van de partijen. Deze situatie zou zich kunnen voordoen als de onderhandelingen al zover zijn gevorderd dat die partij er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de overeenkomst tot stand zou komen indien de onderhandelingen zouden zijn voortgezet, dan wel indien het afbreken van onderhandelingen in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn. Een dergelijke situatie zou zich bijvoorbeeld kunnen voordoen als een werkgever aan een sollicitant een conceptarbeidsovereenkomst aanbiedt en het aanbod tot het aangaan van een arbeidsovereenkomst intrekt, nadat hij heeft besloten om alsnog met een andere sollicitant in zee te gaan.

Een dergelijk handelen kan onder omstandigheden in strijd worden geacht met de precontractuele redelijkheid en billijkheid en daardoor jegens de andere partij onrechtmatig zijn, dan wel in strijd zijn met de eisen van redelijkheid en billijkheid en om die reden onaanvaardbaar zijn. De Hoge Raad heeft dit in een aantal arresten uitgemaakt.² In het arrest *Baris/Riezenkamp*³ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat partijen in de onderhandelingsfase tot elkaar komen te staan in een bijzondere door de goede trouw beheerste rechtsverhouding. In een arrest van 1982⁴ heeft de Hoge Raad de lijn van *Baris/Riezenkamp* voortgezet. Dit blijkt onder meer uit de overweging van de Hoge Raad dat *'niet uitgesloten is dat onderhandelingen over een overeenkomst in een zodanig stadium zijn gekomen dat het afbreken zelf van die onderhandelingen onder de gegeven omstandigheden als in strijd met de goede trouw moet worden geacht.'* De Hoge Raad heeft voorts in het arrest *Plas/Valburg* voor de onderhandelingsfase een soort *'drie-trapsleer'* geconstrueerd. Deze houdt in dat partijen in de eerste fase van onderhandeling nog vrij zijn om zonder vergoeding van kosten de onderhandelingen af te breken. In de tweede fase van onderhandeling mag de onderhandeling nog wel worden afgebroken, maar kan er ook plaats zijn voor een verplichting tot vergoeding van kosten of gederfde winst. In de literatuur wordt in dit verband wel gesproken van de *'constructie-Drion'*. De zogenoemde constructie-Drion komt er kort gezegd op neer dat

1 Zie ook A.C. Hendriks, *Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2000, p. 169.

2 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*), m.nt. L.E.H. Rutten, HR 16 januari 1981, NJ 1981, 426 (*Van Oosterom/Majoor*), m.nt. C.J.H. Brunner, HR 13 februari 1981, NJ 1981, 456 (*Gemeente Heesch/Reijs*), m.nt. C.J.H. Brunner, HR 15 mei 1981, NJ 1982, 85 (*Stuyvers/Eugster*), m.nt. C.J.H. Brunner, HR 18 juni 1982, NJ 1983/723 (*Plas/Valburg*), m.nt. C.J.H. Brunner, *Ars Aequi* 1983, p. 758 m.nt. P. van Schilfgaarde en HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (*CBB/JPO*), RvdW 2005/93.

3 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*).

4 HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (*Plas/Valburg*).

in die situaties waarin het afbreken van onderhandelingen op zichzelf beschouwd niet als maatschappelijk onbetamelijk moet worden aangemerkt, dit handelen toch onbetamelijk kan worden indien men niet bereid is om de gemaakte kosten te vergoeden.⁵

In de derde fase is het afbreken van onderhandelingen niet meer geoorloofd. De partij die de onderhandeling afbreekt, is in dat geval gehouden tot vergoeding van geleden verlies en van in het onderhandelingstraject gemaakte kosten. Voorts kan deze partij ook worden veroordeeld tot betaling van het positief contractsbelang of zelfs worden veroordeeld tot dooronderhandelen. In een arrest uit 2005⁶ heeft de Hoge Raad echter aangegeven dat deze maatstaf streng en terughoudend moet worden toegepast.⁷ Een veroordeling tot dooronderhandelen impliceert echter niet dat in de vervolgfase bij voortonderhandelen een overeenkomst tot stand moet komen. In deze fase is sprake van een inspanningsverbintenis en geen resultaatsverbintenis van partijen.⁸ De feitenrechter dient te onderzoeken in hoeverre bij voortonderhandelen door partijen ingenomen standpunten in de onderhandelingen redelijk zijn.⁹ Als een vordering tot voortonderhandelen niet meer zinvol is, zal deze doorgaans worden afgewezen.¹⁰ Een dergelijke situatie zou zich in de sollicitatiefase kunnen voordoen als er inmiddels een derde voor de functie is aangenomen. Als een andere kandidaat nog niet voor de functie is aangenomen, is het denkbaar dat in kort geding een verbod wordt gevraagd om met deze derde (voort) te onderhandelen of te contracteren. Het is niet mogelijk om zowel vergoeding van het positief alsmede van het negatief contractsbelang te vorderen, gelet op de omstandigheid dat deze vorderingen van verschillende grondslagen voor schadevergoeding uitgaan.

Ruygvoorn¹¹ gebruikt de term '*rompovereenkomst*' voor die gevallen waarin partijen over de essentialia van een overeenkomst reeds wilsovereenstemming hebben bereikt en zij nog slechts verdeeld zijn over ondergeschikte punten.¹² Een rompovereenkomst kan volgens Ruygvoorn¹³ worden aangenomen op het moment dat de betrokken partijen allebei de wil (eventueel gecorrigeerd middels de wils-vertrouwenstheorie van art. 3:35 BW) hadden om een overeenkomst tot stand te brengen en die wil zich door een verklaring heeft geopenbaard. Daarbij is van belang dat sprake is van een voldoende bepaalbaar aanbod. Daarvan kan worden gesproken indien dit aanbod de essentialia van de overeenkomst bevat. Dit volgt uit het bepaalde in artikel 6:227 BW. Een dergelijk aanbod is wel bindend. Om voldoende bepaalbaar te zijn dient het aanbod op zijn minst de kern van de prestatie te bevatten. Indien partijen

5 J. Drion, 'Een nieuwe koers in 's Hoogen Raads jurisprudentie over de onrechtmatige daad', *WPNR* 3992-3996 (1947), p. 245-280.

6 HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467 (*CBB/JPO*), *RvdW* 2005/93.

7 A.F. Bungener, 'De precontractuele fase in het individuele arbeidsrecht', *SR* 2006/2, p. 58 e.v. en C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, 3^e druk, Den Haag: Bju 2008, p. 74.

8 M.R. Ruygvoorn, *Afbreken van onderhandelingen*, Deventer: Kluwer 2005, p. 89. Zie tevens M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 2009, p. 311-312.

9 HR 26 januari 1993, *NJ* 1993, 289.

10 HR 21 mei 1976, *NJ* 1977, 73 (*Oosterhuis/Unigro*).

11 M.R. Ruygvoorn, *Afbreken van onderhandelingen*, Deventer: Kluwer 2005, p. 42.

12 Zie ook HR 21 december 2001, *NJ* 2002, 60 (*Van Beers/Van Daalen*).

13 M.R. Ruygvoorn, *Afbreken van onderhandelingen*, Deventer: Kluwer 2005, p. 42.

het over ondergeschikte punten niet met elkaar eens worden, kan volgens de rechtspraak wel een overeenkomst worden aangenomen.¹⁴ De gaten in een dergelijke overeenkomst kunnen door de rechter op grond van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW) worden opgevuld. In de literatuur wordt wel aangenomen dat er in geval van een voldoende bepaalbaar aanbod sprake is van een in de zogenoemde '*rompovereenkomst*' belichaamde contractuele verplichting om onderhandelingen op grond van redelijkheid en billijkheid voort te zetten.¹⁵ Een voldoende bepaalbaar aanbod kan uit het handelen of stilzitten in het kader van de onderhandelingen worden gedistilleerd.¹⁶

Naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad van 14 juni 1996¹⁷ kan de vraag worden gesteld of de partij die onderhandelingen afbreekt hiervoor een goede reden dient te hebben.¹⁸ Deze eis zou kunnen worden afgeleid uit de overweging van de Hoge Raad dat ook rekening moet worden gehouden met de belangen van de afbrekende partij.¹⁹ Bewijstechnisch zal het evenwel moeilijk zijn om aan te tonen dat de wederpartij geen goede reden had om de onderhandelingen af te breken, omdat wordt aangenomen dat de afbrekende partij geen informatieplicht heeft over haar motieven daaromtrent.²⁰ De afbrekende partij kan worden verondersteld een goede reden te hebben voor het afbreken van de onderhandelingen, indien zij bijvoorbeeld met een andere partij een gunstiger transactie zou kunnen aangaan. Het volledig ontbreken van een goede reden om onderhandelingen af te breken kan, zeker als de wederpartij van de afbrekende partij een gerechtvaardigd belang bij de totstandkoming van de overeenkomst heeft, naar mijn mening als maatschappelijk onbetamelijk worden aangemerkt en tot aansprakelijkheid van de afbrekende partij leiden (art. 6:162 BW).²¹ Zo handelt de contractspartij die een wederpartij in de onderhandelingen onnodig aan het lijntje houdt, terwijl haar op dat moment reeds bekend is dat zij met een ander een transactie wil afsluiten, daarmee wellicht onrechtmatig.²² Voor die beoordeling speelt tevens de fase van onderhandelen waarin men verkeert een rol.

In na het arrest Plas/Valburg²³ van de Hoge Raad gewezen uitspraken wordt benadrukt dat het beginsel van de contractsvrijheid nog altijd het uitgangspunt is van ons verbintenissenrecht.²⁴ Contractsvrijheid impliceert dat het in beginsel is toegestaan om onderhandelingen af te breken, zonder de verplichting tot het betalen van

14 HR 6 november 1992, NJ 1993, 578 (*De Velde/De Wilt*).

15 Zie ook M.R. Ruygvoorn, *Afbreken van onderhandelingen*, Deventer: Kluwer 2005, p. 19 e.v.

16 HR 21 december 2001, NJ 2002, 60 (*Van Beers/Van Daalen*).

17 HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 m.nt. HJS (*De Ruiterij/MBO*).

18 H.J. de Kluiver, *Onderhandelen in privaatrecht*, diss. Amsterdam VU, Deventer: Kluwer 1992, p. 301-302.

19 Zie ook rechtsoverweging 3.6 van het arrest van de HR van 14 juni 1996, NJ 1997, 481 m.nt. HJS (*De Ruiterij/MBO*).

20 A. de Boeck, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen-Intersentia 2000, p. 95.

21 J.M. Smits, *Bronnen van verbintenissen*, Mon. Nieuw BW, A-2 Deventer: Kluwer 2003, p. 49.

22 H.J. de Kluiver, *Onderhandelingen en privaatrecht*, diss. Amsterdam VU, Deventer: Kluwer 1992, p. 303.

23 HR 18 juni 1981, NJ 1983, 723 (*Plas/Valburg*).

24 Zie ook M.R. Ruygvoorn, *Afbreken van onderhandelingen*, Deventer: Kluwer 2005, p. 7.

schadevergoeding. De bevoegdheid om onderhandelingen af te breken, is evenwel ook weer niet onbegrensd. Op grond van de rechtspraak wordt deze beperkt door de goede trouw die ook in de precontractuele fase door partijen in acht genomen dient te worden.

In een arrest van 23 oktober 1987²⁵ is het in 'Plas/Valburg' door de Hoge Raad ontwikkelde criterium verruimd, in die zin dat de overeenkomst waarvan aannemelijk is dat zij zou zijn gesloten indien de onderhandelingen niet zouden zijn afgebroken, inhoudelijk niet precies bepaald hoeft te zijn (art. 6:227 BW). Voldoende is volgens de Hoge Raad dat een overeenkomst van de soort waarover partijen onderhandelden, tot stand zou zijn gekomen.²⁶ Nog weer een stapje verder dan het in 'Plas/Valburg' aangelegde criterium ging de Hoge Raad in een arrest van 31 mei 1991,²⁷ waarin werd overwogen dat het relevante vertrouwen in de totstandkoming van de overeenkomst niet bij beide partijen hoeft te zijn ontstaan, maar dat voldoende is dat vertrouwen is ontstaan bij de wederpartij van degene die het tot stand komen van de overeenkomst verhindert.²⁸ Dit vertrouwen dient, zoals de Hoge Raad eveneens in dit arrest heeft uitgemaakt, bovendien niet alleen subjectief aanwezig te zijn, maar ook objectiveerbaar en daarmee rechtens relevant te zijn. Van een dergelijk rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen is evenwel blijkens de jurisprudentie niet snel sprake. Uit het arrest van de Hoge Raad van 16 juni 1995²⁹ volgt dat het overleg van partijen, wil van totstandkomingsvertrouwen in bovengenoemde zin kunnen worden gesproken, moet hebben geleid tot een mate van consensus die het stadium naderde waarin contractuele gebondenheid kan worden aangenomen. Deze lijn waarin contractsvrijheid als uitgangspunt wordt genomen, is in de jurisprudentie van de laatste jaren herhaald. Een arrest waarin dit nog eens uitdrukkelijk aan de orde kwam, is het arrest van de Hoge Raad van 12 augustus 2005.³⁰ In deze zaak werden onderhandelingen over de verkoop van grond ten behoeve van de realisatie van kantoor- en bedrijfsruimte, in een vergevorderd stadium van onderhandelen door de beoogde koper (JPO) afgebroken. Uit dit arrest blijkt dat de feitenrechter bij de beantwoording van de vraag of rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen heeft postgevat, in de praktijk een grote mate van terughoudendheid dient te betrachten. In concreto komt het er op grond van dit arrest op neer dat ieder van de onderhandelende partijen vrij is de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het totstandkomen van de

25 HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 (*Vaessen-Schoenmaker Holding BV/Shell Nederland Chemie BV*).

26 M.R. Ruygvoorn, *Afbreken van onderhandelingen; een stappenplan*, NJB 2006/21, p. 1144, stelt dat op grond van de leidende beginselen van de contractsvrijheid en de rechtszekerheid een enge uitleg van dit criterium voor de hand ligt.

27 HR 31 mei 1991, NJ 1991, 647 (*Vogelaar/Skill*).

28 In zijn arrest van 23 oktober 1987, HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 (*Vaessen-Schoenmaker Holding BV/Shell Nederland Chemie BV*) had de Hoge Raad reeds de aanzet tot deze ontwikkeling gegeven door te overwegen dat het in dit geval Shell te allen tijde vrijstond de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van **VSH** in het totstandkomen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval niet gerechtvaardigd -dat wil zeggen onaanvaardbaar- zou zijn.

29 HR 16 juni 1995, NJ 1995, 705 (*Shell/Van Esta Tjallingii*).

30 HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (*CBB/JPO*), RvdW 2005/93. In dezelfde zin: HR 29 februari 2008, LJN: BC1855 (*Shell/X*).

overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn. Drion³¹ is van mening dat de Hoge Raad in 'CBB/JPO' de 'drie-trapsleer' van Plas/Valburg heeft verlaten. Volgens Drion kunnen zich sindsdien in de onderhandelingsfase slechts twee situaties voordoen, namelijk die waarin het partijen vrijstaat om onderhandelingen af te breken of de situatie waarin het afbreken van onderhandelen niet meer onaanvaardbaar is. De zogenoemde 'tweede fase' van Plas/Valburg, inhoudende dat in die fase onderhandelingen nog wel kunnen worden afgebroken, maar er in dat geval aanleiding kan zijn tot schadevergoeding aan de wederpartij van de partij die de onderhandelingen afbreekt, zou door de uitspraak in CBB/JPO volgens Drion daarmee definitief zijn komen te vervallen. Volgens Drion zou hiermee ook meer tegemoet worden gekomen aan het beginsel van contractsvrijheid. Bollen³² had dit standpunt reeds voor het wijzen van het arrest CBB/JPO ingenomen.

Knijp³³ betwist de juistheid van het standpunt van Drion, omdat de Hoge Raad in de procedure CBB/JPO op basis van de ingestelde vorderingen slechts had te oordelen over het positieve contractsbelang, waardoor de *tweede fase* van het onderhandelingsproces in de procedure niet aan de orde is gekomen.

Wessels³⁴ bekritiseert de zowel door Loonstra en Zondag³⁵ als Bungener³⁶ gehanteerde toepassing van de door de Hoge Raad ten aanzien van de precontractuele goede trouw ontwikkelde rechtspraak op het afbreken van contractsonderhandelingen over een arbeidsovereenkomst. Hij is van mening dat die toepassing weinig terughoudend is, gelet op de bijzondere status van de arbeidsovereenkomst, waarbij hij in het bijzonder wijst op aspecten als 'juridische ondergeschiktheid', 'economische afhankelijkheid' alsook het aspect dat een kandidaat-werknemer toetreedt tot een 'samenwerkingsverband'. Op grond van deze kenmerken pleit hij voor een terughoudender toepassing van de door de Hoge Raad ontwikkelde jurisprudentie over de precontractuele goede trouw, voor de beoordeling of op een zeker moment de gerechtvaardigde verwachting bestond dat een arbeidsovereenkomst uit de onderhandelingen zou voortvloeien. Alhoewel de aspecten 'juridische ondergeschiktheid' en 'economische afhankelijkheid' ongetwijfeld nog wel een rol zullen spelen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst, spelen deze toch beduidend minder een rol dan enkele decennia geleden. Daarbij is van belang dat de hedendaagse sollicitant mondiger en beter geschoold is dan de sollicitant van weleer. Hierdoor zijn zijn kansen op de arbeidsmarkt groter. Het aspect dat een kandidaat-werknemer toetreedt tot een 'samenwerkingsverband', is naar mijn mening het meest overtuigend voor een terughoudende toepassing van de door de Hoge Raad ontwikkelde rechtspraak op het afbreken van contractsonderhandelingen.

31 C.E. Drion, 'Ons onderhandelingsrecht onderhanden', *NJB* 2005/34, p. 1781.

32 C. Bollen, 'Afbreken van onderhandelingen: de drie mythes van Plas/Valburg'. Van drie fasen naar twee stadia in het onderhandelingsproces', *WPNR* 2004, p. 860.

33 G.J. Knijp, 'Plas/Valburg geldt nog altijd', *NJB* 2005/45/46, p. 2375-2376.

34 B. Wessels, boekbespreking van *Arbeidsrechtelijke Themata*, april 2007. Deze is te vinden op www.bobwessels.nl/wordpress.

35 C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, 3^e druk, Bju 2008, p. 74.

36 A.F. Bungener, 'De precontractuele fase in het individuele arbeidsrecht', *SR* 2006/2, p. 58 e.v.

Het maakt naar mijn mening inderdaad verschil of partijen in onderhandeling zijn over het aangaan van een koopovereenkomst of dat zij in onderhandeling zijn over de totstandkoming van een zogenoemde '*duurovereenkomst*' (art. 7:610 lid 1 BW),³⁷ waarbij over en weer rechten en plichten over een langere periode voortvloeien, zoals bijvoorbeeld ook bij het aangaan van een huurovereenkomst. In dit opzicht volg ik dan ook de kritiek van Wessels op een '*één op één*' toepassing van de rechtspraak van de Hoge Raad over de precontractuele goede trouw op het afbreken van contractsonderhandelingen over een arbeidsovereenkomst.

Een sollicitant kan relatief grote schade lijden indien hij, in het vertrouwen dat als sluitstuk van de sollicitatieprocedure een arbeidsovereenkomst met hem tot stand zal komen, de arbeidsovereenkomst met een andere werkgever heeft opgezegd. In de praktijk zal het moeilijk zijn om aannemelijk te maken dat reeds een overeenkomst tot stand was gekomen. Indien er nog geen overeenstemming is bereikt over de arbeidsvoorwaarden, behoeft dit volgens de rechtspraak³⁸ niet te betekenen dat er nog geen arbeidsovereenkomst tot stand zou zijn gekomen. Dit laat echter onverlet dat voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst, net als bij de totstandkoming van een overeenkomst in het algemeen, van belang is dat aanbod en aanvaarding met elkaar overeenstemmen. Een werknemer of sollicitant die bij de aanvaarding van een aanbod nog nadere voorwaarden stelt, kan door dit 'overvragen' het lid op de neus krijgen. Een dergelijke situatie deed zich voor in een zaak die werd berecht door de Kantonrechter Amsterdam.³⁹ Een werkneemster die al een aantal jaren via een 'In- en Doorstroombaan' bij een werkgever had gewerkt, kreeg nadat zij met succes een opleiding had gevolgd een arbeidsovereenkomst voor een jaar, zonder proeftijd, aangeboden. Hierbij werd aan de werkneemster tevens een intentieverklaring verstrekt tot verlenging voor onbepaalde tijd. Enige tijd later werd echter de subsidie voor de 'In- en Doorstroombaan' gestopt. Na uitvoerige onderhandelingen kwamen partijen er uiteindelijk met elkaar niet uit. De werkneemster had als voorwaarde voor de aanvaarding van het voorstel gesteld, dat de werkgever de door haar gemaakte kosten van rechtsbijstand zou vergoeden. De werkgever stemde met deze voorwaarde niet in. Dit kwam de werkneemster duur te staan, omdat de werkgever zich daarbij op het standpunt stelde dat de werkneemster het aanbod niet had aanvaard, nu deze voorwaarde geen deel van het aanbod van de werkgever had uitgemaakt. Daarop verzocht de werkgever ook nog eens de ontbinding van de (ID-)arbeidsovereenkomst wegens verandering in de omstandigheden, omdat de subsidie voor deze baan was geëindigd. De kantonrechter stelde vast dat nu aanbod en aanvaarding niet met elkaar overeenstemden, er geen nieuwe arbeidsovereenkomst tot stand was gekomen. Ook ontbond hij de (ID-)arbeidsovereenkomst wegens verandering in de omstandigheden.

37 D.J.B. de Wolff, *Goedwerknemerschap*, Deventer: Kluwer 2007, p. 1. Zie ook de tekst van art. 7:610 lid 1 BW '*... tegen loon gedurende zekere tijd ...*'.

38 Ktr. Rotterdam 27 juli 2001, JAR 2001/166 (*Smit c.s./Van der Vorm*).

39 Ktr. Amsterdam 13 mei 2008 (niet gepubliceerd).

Onder de gegeven omstandigheden werpt de vraag zich op of partijen niet reeds wilsovereenstemming hadden bereikt over de essentialia van een arbeidsovereenkomst,⁴⁰ en of zij niet nog slechts verdeeld waren over een ondergeschikt punt. Voor een antwoord op deze vraag moeten we bekend zijn met alle omstandigheden van het geval. Op de vraag welke omstandigheden voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst van belang kunnen zijn, zal hierna nader worden ingegaan. Dat gebeurt aan de hand van een andere voor de selectiefase boeiende casus met een vergelijkbaar feitencomplex, die heeft geleid tot een arrest van het Hof 's-Gravenhage.⁴¹ In dit geval had een sollicitant gedurende bijna twee maanden gesprekken met de aspirant-werkgever gevoerd over het aangaan van een arbeidsovereenkomst. Deze gesprekken vonden plaats op directieniveau, waarbij nog kan worden vermeld dat de directeur aan de sollicitant had laten weten met hem verder te willen gaan. Bovendien had de sollicitant ook al een dag op de werkvloer meegelopen. Aansluitend werden er door partijen gesprekken gevoerd over de arbeidsvoorwaarden, waarna de sollicitant aan de aspirant-werkgever mededeelde het voorliggende conceptaanbod te aanvaarden. De adjunct-directeur heette hem daarna *'welkom bij de club'*. Echter, tegen alle verwachtingen in kwam het, vlak voor het bereiken van algehele wilsovereenstemming tussen partijen, toch nog tot een breuk tussen hen. Deze breuk is ontstaan nadat de aspirant-werkgever had toegezegd een concept-arbeidsovereenkomst aan de sollicitant te zullen toezenden en partijen alvast een afspraak hadden gemaakt om enkele interne strategieën en oplossingen uit te wisselen. Vervolgens had de sollicitant onder dit positieve gesternte zijn baan alvast opgezegd. Daags daarna besprak hij met de adjunct-directeur, die hem al eerder welkom bij de club had geheten, de door hem gewenste wijzigingen op de concept-arbeidsovereenkomst. Daarna vond overleg plaats tussen de adjunct-directeur en de directeur en liet de adjunct-directeur nog op dezelfde dag weten dat de aspirant-werkgever van het aangaan van de arbeidsovereenkomst wenste af te zien, omdat de sollicitant klaarblijkelijk niet in de bedrijfscultuur paste van *'hard werken en niet zeuren'*.

De rechtens belangrijke vragen in deze casus zijn of bij de sollicitant relevant totstandkomingsvertrouwen voor het aangaan van een arbeidsovereenkomst is ontstaan en of door het afbreken van de onderhandelingen in dit stadium schadeplichtigheid van de aspirant-werkgever dient te worden aangenomen. Op grond van het feitencomplex in deze zaak speelt de vraag of het overleg tussen partijen heeft geleid tot een mate van consensus die het stadium naderde waarin contractuele verbondenheid kan worden aangenomen.⁴² Zoals hiervoor bij de bespreking van de relevante jurisprudentie reeds aan de orde kwam, is niet alleen het subjectieve totstandkomingsvertrouwen van de sollicitant doorslaggevend. Hij liep wel wat erg hard van stapel om reeds in dit stadium van onderhandelen zijn oude baan op te zeggen. Dit neemt niet weg dat naar mijn mening op grond van alle omstandigheden van het geval

40 Zie in dit verband ook S.F.H. Jellinghaus, *Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na een fusie of overname*, Kluwer 2003, p. 52, die erop wijst dat de discussie omtrent de definiëring van essentiële arbeidsvoorwaarden (nagenoeg) niet in de Nederlandse rechtspraak en literatuur aan de orde is geweest.

41 Hof 's-Gravenhage 8 september 2006, RAR 2007, 5, JIN 2007/2.

42 Zie in deze lijn ook HR 16 juni 1995, NJ 1995, 705 (*Shell/Van Esta Tjallingii*).

de vraag rijst of het de aspirant-werkgever in dit stadium van onderhandelen nog wel vrij stond om de onderhandelingen af te breken, op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de sollicitant in de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst. Volgens het arrest van de Hoge Raad van 23 oktober 1987⁴³ dient immers voor de beantwoording van de vraag of het afbreken van de onderhandelingen aanvaardbaar is, niet alleen te worden gelet op de vraag of gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen heeft postgevat, maar daarnaast tevens te worden gelet op andere omstandigheden van het geval. Terugkerend naar deze casus kan worden geconstateerd, dat partijen reeds een mate van consensus hadden bereikt die het stadium naderde van contractuele gebondenheid. De sollicitant had immers het conceptaanbod al aanvaard en de adjunct-directeur had hem welkom geheten bij de club. Het is dan ook zonder nadere toelichting omtrent de feiten onverklaarbaar waarom de directie in het zicht van de haven het roer zo plotseling heeft omgegooid. Daarbij speelt bovendien de vraag of de door de sollicitant gewenste wijzigingen in de conceptarbeidsovereenkomst voor het aangaan van de arbeidsovereenkomst tot de essentialia daarvan moeten worden aangemerkt, of dat kan worden geconstateerd dat partijen in een van hun eerdere overlegsituaties reeds volledige wilsovereenstemming over de zogenoemde '*rompovereenkomst*'⁴⁴ hadden bereikt. Een dergelijke overeenkomst kan, omdat zij rechtsens nog niet perfect is, op grond van de redelijkheid en billijkheid worden aangevuld.⁴⁵

Partijen hadden over de gewenste wijzigingen in de concept-arbeidsovereenkomst op grond van de redelijkheid en billijkheid wellicht moeten voortonderhandelen. Indien zij daarin niet zouden slagen, had de rechter op grond van de redelijkheid en billijkheid daaraan invulling kunnen geven.

Het hof overwoog dat het feit dat partijen elkaar zozeer waren genaderd dat ze verwachtten dat de arbeidsovereenkomst tot stand zou komen, onvoldoende is om te concluderen dat de werkgever in zo sterke mate het vertrouwen had gewekt dat een overeenkomst tot stand zou komen en dat de werknemer nog voor hij het aangekondigde concept had ontvangen zonder risico zijn toenmalige baan kon opzeggen.

De sollicitant had de werkgever overigens over de opzegging van zijn nog bestaande arbeidsovereenkomst in het geheel niet geïnformeerd. Bovendien achtte het hof het besluit van de werkgever om niet met de werknemer een arbeidsovereenkomst aan te gaan, niet onaanvaardbaar. Daarbij overwoog het hof dat het zeker op management-niveau van belang kan zijn dat men binnen de bedrijfscultuur past.

Zondag trekt naar aanleiding van dit arrest een parallel met de beoordeling van het beroep op de wettelijke proeftijd door de werkgever.⁴⁶ Volgens hem dient de 'precontractuele toetsing' niet zwaarder uit te vallen dan de toetsing van proeftijdontslag,

43 HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 (*Vaessen-Schoenmaker Holding B.V./Shell Nederland Chemie B.V.*).

44 M.R. Ruygvoorn, *Afbreken van onderhandelingen*, Deventer: Kluwer 2005, p. 16 e.v.

45 Art. 6:248 BW. Zie voorts M.R. Ruygvoorn, *Afbreken van onderhandelingen*, Deventer: Kluwer 2005, p. 19 e.v. Zie tevens M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 2009, p. 47-48.

46 Hof 's-Gravenhage 8 september 2006, RAR 2007, 5, JIN 2007/2.

waarbij het vaste rechtspraak is dat een beroep op misbruik van de proeftijd of strijdigheid met goed werkgeverschap niet te snel dient te worden aanvaard. Hij wijst erop dat, nu een werknemer tijdens de proeftijd rechtsgeldig kan worden ontslagen, de werkgever op grond van dezelfde redenen ook de vergevorderde onderhandelingen met de sollicitant kan afbreken. Ik ben het met deze mening van Zondag eens, nu de Hoge Raad heeft uitgemaakt dat de maatstaf dat het afbreken van onderhandelingen in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn, terughoudend dient te worden toegepast.⁴⁷

2.3 Wetsontwerp artikel 6.5.2.8.a Nieuw BW

De arresten Baris/Riezenkamp⁴⁸ en Plas/Valburg⁴⁹ hebben de ontwerpers van het Nieuw BW aangezet tot het formuleren van artikel 6.5.2.8. a NBW. De tekst van dit artikel luidt:

‘Onderhandelende partijen zijn verplicht hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen. Ieder van hen is vrij de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigde vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van een overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn.’

Het wetsontwerp oogstte veel kritiek, vanuit diverse hoeken.⁵⁰ Van Dunné⁵¹ miste in het ontwerp de diverse stadia van onderhandelen, zoals die in Plas/Valburg zijn geformuleerd. Een ander kritiekpunt van hem is dat de formulering in het artikel, dat onderhandelingen niet mogen worden afgebroken indien dit onaanvaardbaar zou zijn op grond van het gerechtvaardigde vertrouwen van de wederpartij of in verband met de andere omstandigheden van het geval, ons weinig verder helpt. In het algemeen zal volgens hem bij het afbreken van onderhandelingen in strijd met de redelijkheid en billijkheid immers sprake zijn van gerechtvaardigd vertrouwen aan de zijde van de wederpartij. Alhoewel deze stelling van Van Dunné naar mijn mening juist is, hebben de ontwerpers van het artikel met de formulering daarvan tot uitdrukking gebracht dat het stopzetten van onderhandelingen niet zonder meer onaanvaardbaar is. Die constatering past in het systeem van het Nederlandse overeenkomstenrecht, waaraan het beginsel van contractsvrijheid ten grondslag ligt.

De Kluiver⁵² miste in het wetsontwerp een omschrijving van de voorwaarden waaronder onderhandelingen mogen worden afgebroken. Als we er evenwel van uitgaan dat contractsvrijheid het uitgangspunt is, druist het in de wet opnemen

47 HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (CBB/JPO), RvdW 2005/93.

48 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp) m.nt. L.E.H. Rutten.

49 HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 m.nt. C.J.H. Brunner, *Ars Aequi* 1983, p. 758, m.nt. P. van Schilfgaarde.

50 Zie in dit verband M.M. van Rossum, ‘Open normen in de totstandkoming van de overeenkomst: afbreken van onderhandelingen’, *WPNR* 2002-6472, p. 78-87.

51 J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht, deel 1, Contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 262, noot 62 en p. 265-267.

52 H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, diss. Amsterdam VU, Deventer: Kluwer 1992, p. 31-33.

van voorwaarden waaronder onderhandelingen mogen worden afgebroken, tegen dit beginsel in. In zijn algemeenheid werd het wetsvoorstel dan ook kritisch ontvangen, omdat men verlangt dat in onderhandelingen de vrijheid van partijen nog meer centraal dient te staan.

Het wetsontwerp haalde het uiteindelijk niet. De Tweede Kamer was van mening dat dit onderwerp in de rechtspraak nog verder moest uitkristalliseren alvorens het tot codificatie zou kunnen komen. De bepaling heeft naar mijn mening voor de rechtspraktijk geen meerwaarde. Zij legt slechts het beginsel van de contractsvrijheid vast, terwijl dit uitgangspunt al sinds de negentiende eeuw de basis is van ons verbintenissenrecht.⁵³

Thans, twintig jaar na de totstandkoming van dit wetsontwerp, is het nog steeds niet gekomen tot codificatie. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 23 oktober 1987⁵⁴ bij de beoordeling van de vraag of het afbreken van onderhandelingen in dat geval onaanvaardbaar zou zijn, kennelijk aangesloten bij de norm van het wetsontwerp van artikel 6.5.2.8.a NBW. Dit blijkt uit de in de motivering van het arrest opgenomen toevoeging, dat het afbreken van onderhandelingen ook in verband met de andere omstandigheden van het geval niet gerechtvaardigd zou kunnen zijn. Voor de rechtspraktijk is van belang dat in de jurisprudentie verder wordt uitgekristalliseerd wanneer er sprake is van '*andere omstandigheden van het geval*' in bovengenoemde zin.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 14 juni 1996⁵⁵ overwogen, dat bij de beantwoording van de vraag of het afbreken van onderhandelingen onaanvaardbaar is ook rekening dient te worden gehouden met de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt, tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen en met de gerechtvaardigde belangen van deze partij. Daarbij kan -volgens de Hoge Raad- tevens van belang zijn of zich in de loop van de onderhandelingen onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan. Een nadere nuancering met betrekking tot het leerstuk van gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen gaf de Hoge Raad in zijn arrest van 4 oktober 1996.⁵⁶ Daarin overwoog de Hoge Raad omtrent de beoordeling van gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen in de totstandkoming van de overeenkomst, dat daarvoor doorslaggevend was hoe daarover op het moment van afbreken moet worden geoordeeld tegen de achtergrond van het gehele verloop van de onderhandelingen. Het lijkt erop dat hiermee de trend is gezet naar een grotere mate van contractsvrijheid dan in de tijd van Baris/Riezenkamp en Plas/Valburg. Thans wordt niet langer de nadruk gelegd op het gerechtvaardigde vertrouwen van de wederpartij op de totstandkoming van de overeenkomst en de belangen van de wederpartij, maar ook op het algehele verloop van de onderhandelingen. Daarmee wordt de weg vrijgemaakt voor vergaande contractsvrijheid en een vrije markteconomie die past binnen een liberale staatsvorm. Binnen deze vrije

⁵³ Zie M.R. Ruygvoorn, *Afbreken van onderhandelingen*, Deventer: Kluwer 2005, p. 7.

⁵⁴ HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 (*Vaessen-Schoenmaker Holding B.V./Shell Nederland Chemie B.V.*).

⁵⁵ HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 m.nt. H.J. Snijders (*De Ruiterij/MBO*). Zie in dezelfde zin Rb. 's-Gravenhage 3 juni 2009, LJN: BJ3251, JOR 2009, 245, m.nt. S.E. Bartels.

⁵⁶ HR 4 oktober 1996, NJ 1997, 65 (*Combinatie/De Staat*).

markteconomie dienen partijen zich in overeenstemming met de redelijkheid en billijkheid tegenover elkaar te gedragen. De vrijheid van de ene partij vindt hierbij zijn grenzen in de vrijheid van de andere partij. Alhoewel met deze arresten de rechtspraak nu twintig jaar na het wetsontwerp al redelijk is ontwikkeld, verdient het naar mijn mening de voorkeur om de ontwikkelingen in de rechtspraak nog een aantal jaren aan te zien, alvorens tot codificatie over te gaan.

2.4 Totstandkomingsvereisten voor een arbeidsovereenkomst

2.4.1 Algemene totstandkomingsvereisten

Voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst gelden naar Nederlands recht geen andere eisen dan voor de totstandkoming van een civielrechtelijke overeenkomst in het algemeen. Deze fase wordt, zoals uit de volgende paragrafen van dit hoofdstuk nog nader zal blijken, in hoofdzaak bestreken door het Burgerlijk Wetboek en een aantal bepalingen uit de Wet op de arbeidsovereenkomst die betrekking hebben op het specifieke karakter van een arbeidsovereenkomst. Alvorens het tot een overeenkomst komt, moet er sprake zijn van aanbod en aanvaarding.⁵⁷ Voorts moet er sprake zijn van wilsovereenstemming van beide partijen (zie de art. 3:33-37 en 6:217-225 BW). Een interessante situatie deed zich voor in de zaak die heeft geleid tot een uitspraak van het Hof Leeuwarden van 19 december 2007.⁵⁸ In deze casus ging het om de verlenging van een arbeidsovereenkomst. De werkgever had de werknemer op 10 februari 2005 een nieuwe tijdelijke arbeidsovereenkomst aangeboden. Op 15 februari 2005 vernam de werkgever dat de werknemer psychische en fysieke problemen had. Daarop herriep de werkgever bij brief van 15 februari 2005 zijn aanbod. Deze brief werd door de werkgever bij de werknemer persoonlijk bezorgd. Bij brief van 16 februari 2005 heeft de werknemer het aanbod tot verlenging van de arbeidsovereenkomst aanvaard. Deze brief heeft de werkgever op 17 februari 2005 bereikt. In hoger beroep oordeelde het hof dat het door de werkgever gedane aanbod herroepelijk was, ongeacht de omstandigheid dat het geen termijn voor aanvaarding bevatte. Voorts overwoog het hof dat in geval van schriftelijke aanvaarding het bewijs dat de aanvaarding de aanbieder heeft bereikt door de wederpartij van de aanbieder (in casu was dat de werknemer) moet worden geleverd. Deze brief ontving de werkgever eerst op 17 februari 2005, zijnde één dag na de herroeping van het gedane aanbod. In hoger beroep kwam de vraag aan de orde of de herroeping van het aanbod naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou kunnen zijn (zie art. 6:248 lid 2 BW).⁵⁹ In dat geval zou het aanbod niet herroepen zijn en de overeenkomst alsnog tot stand zijn gekomen. Volgens het hof was in dit geval sprake van détournement de pouvoir, omdat de werkgever enkel op deze wijze trachtte om onder

57 Ktr. Amsterdam 29 januari 2010, LJN: BL3524. In deze zaak had de werkgever de werknemer tijdens de mondelinge behandeling van een ontbindingsverzoek een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangeboden. De kantonrechter stelde op grond van het proces-verbaal van de zitting vast dat werknemer het aanbod reeds toen had aanvaard. De vordering van werknemer tot tewerkstelling en betaling van achterstallig loon werd dan ook toegewezen.

58 Hof Leeuwarden 19 december 2007, LJN: BC1634, JAR 2008/37.

59 Zie ook HR 19 maart 2004, NJ 2006, 54.

de wettelijke verplichtingen uit artikel 7:629 BW uit te komen. Om die reden was sprake van strijd met de eisen van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW). Het hof oordeelde dan ook dat de werkgever het aanbod niet mocht herroepen wegens de psychische en fysieke problemen van de werkneemster en haar daarmee verband houdende ziekte. Onder de gegeven omstandigheden is het herroepen van het aanbod naar mijn mening eveneens in strijd met het verbod tot het maken van onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte bij de aanbidding van een dienstbetrekking (art. 4 lid 1 sub a WGBH/CZ).⁶⁰

In een zaak die handelde bij het Hof Amsterdam⁶¹ speelde de vraag of partijen wilsovereenstemming over de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst hadden bereikt. De werkgever wenste, na het inwinnen van voor de werknemer negatieve informatie bij een vroegere werkgever, af te zien van het aangaan van de arbeidsovereenkomst. Het antwoord op de vraag of partijen inmiddels wilsovereenstemming over de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst hadden bereikt, hangt volgens het hof af van hetgeen partijen hebben verklaard en uit elkaars verklaringen hebben afgeleid, overeenkomstig de zin die zij daaraan in redelijkheid mochten toekennen. Hiermee volgt het hof ook bij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst de bekende Haviltexnorm.⁶² Volgens het hof mocht de werknemer erop vertrouwen dat de werkgever de intentie had om een dienstverband aan te gaan, aangezien de werkgever niet meer is teruggekomen op de ingewonnen referenties, maar wel tot tweemaal toe een concept arbeidsovereenkomst ter ondertekening heeft toegezonden aan de werknemer. Hieruit kon -volgens het hof- de volledige wilsovereenstemming tussen partijen worden afgeleid.

Ook in het arbeidsrecht, dat uit het algemene verbintenissenrecht is voortgekomen, geldt in zekere mate het beginsel van contractsvrijheid. Voor sommige bedingen gelden evenwel vormvereisten, zoals het vereiste van schriftelijkheid bij het concurrentiebeding en bij het proeftijdbeding. Voorts zijn er enkele wettelijke beperkingen die gelden bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst.

Wie een arbeidsovereenkomst aangaat, moet daartoe handelingsbekwaam zijn. Een arbeidsovereenkomst die is aangegaan met een handelingsonbekwame is vernietigbaar (art. 3:32 lid 2, 3:52 BW). Voorts moet worden voldaan aan het vereiste van bepaalbaarheid (art. 6:227 BW). Dit houdt in dat de vaststelling van de verbintenissen uit overeenkomst naar van tevoren vaststaande criteria kan plaatsvinden.⁶³ Dit criterium wordt in het arbeidsovereenkomstenrecht ruimer uitgelegd. De verbintenissen uit de arbeidsovereenkomst kunnen immers niet op voorhand worden vastgesteld, maar wisselen van tijd tot tijd. Mede in verband hiermee heeft de werkgever de bevoegdheid om de werknemer eenzijdige instructies te geven (art. 7:660 BW).

⁶⁰ Zie ook § 6.3.3 van dit boek.

⁶¹ Hof Amsterdam 21 juni 2007, RAR 2008, 6.

⁶² HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 en RvdW 1981/43 (*Haviltex*).

⁶³ T.M., PG 6, p. 895/6.

Verder kan de arbeidsovereenkomst naar inhoud of strekking nietig zijn, omdat deze in strijd is met de goede zeden, openbare orde of een dwingende wetsbepaling (art. 3:40 lid 2 BW). De sanctie op dit voorschrift is vernietigbaarheid van de arbeidsovereenkomst, indien de wetsbepaling uitsluitend strekt tot bescherming van één der partijen (art. 3:40 lid 2 BW). Dit onderscheid is van belang, omdat de sanctie van nietigheid van een rechtshandeling door de rechter ambtshalve dient te worden toegepast. De rechter kan een rechtshandeling eerst vernietigbaar verklaren als de partij ter bescherming van wiens belang de wetsbepaling geldt, daarop een beroep heeft gedaan. In het hiernavolgende zal daarop nader worden ingegaan.

2.4.2 Wettelijke totstandkomingsvereisten

Bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst moet rekening worden gehouden met de hoedanigheid van de contractspartner. Het is verstandig om, voorafgaand aan het aangaan van de arbeidsovereenkomst, van de werkgever een uittreksel op te vragen uit het Handelsregister bij de Kamer van Koophandel. Op deze wijze kan worden nagegaan of de arbeidsovereenkomst met de juiste contractspartij wordt gesloten. Ook is het verstandig om na te gaan of de arbeidsovereenkomst wordt aangegaan door een daartoe bevoegd orgaan. Een dergelijke situatie deed zich voor in het arrest van de Hoge Raad d.d. 21 november 1980.⁶⁴ In deze situatie was een arbeidsovereenkomst aangegaan door een daartoe niet bevoegd bestuur van een vereniging. Het hof oordeelde dat het bestuur de schijn van bevoegdheid had opgewekt. De Hoge Raad liet dit oordeel in cassatie in stand.

De Wet op de identificatieplicht⁶⁵ schrijft voor dat een kopie van een geldig legitimatiebewijs van de werknemer wordt verzocht. Uit het hiernavolgende zal blijken dat het bepaalde werknemers niet is toegestaan om arbeidsovereenkomsten aan te gaan.

In beginsel dient een werknemer een natuurlijk persoon te zijn. Het persoonlijke karakter van de arbeidsovereenkomst brengt dit met zich mee. De werknemer dient de arbeid volgens de wet persoonlijk te verrichten (art. 7:610 BW).⁶⁶

Op grond van artikel 3:1 van de Arbeidstijdenwet⁶⁷ is kinderarbeid verboden. Een persoon jonger dan zestien jaar wordt voor deze wet als kind aangemerkt (art. 1:2 lid 1 Arbeidstijdenwet). In de wet is een aantal uitzonderingen opgenomen voor het verrichten van werkzaamheden door jongeren die de leeftijd van zestien jaar nog niet hebben bereikt (art. 3:2 Arbeidstijdenwet). Een minderjarige die

64 HR 21 november 1980, NJ 1981, 152 (*Papierfabriek Gennep*), m. nt. G.J. Scholten.

65 Wet van 9 december 1993, Stb. 660. Per 1 januari 2005 is een algemene identificatieplicht ingevoerd.

66 Zie ook Ktr. Hilversum 7 maart 2001, JAR 2001/72, die oordeelde dat er sprake was van het persoonlijk verrichten van de arbeid in geval van een éénpersoonsvennootschap.

67 Wet van 23 november 1995, Stb. 598, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 30 juni 2005, Stb. 370.

de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt, is bekwaam tot het aangaan van een arbeidsovereenkomst (art. 7:612 BW). Ook kan hij zonder bijstand van zijn wettelijke vertegenwoordiger in rechte verschijnen. Een minderjarige die de leeftijd van zestien jaar nog niet heeft bereikt, wordt na vier weken te hebben gewerkt, zonder dat zijn wettelijke vertegenwoordiger een beroep op de onbekwaamheid heeft gedaan, geacht met toestemming van zijn wettelijke vertegenwoordiger de arbeidsovereenkomst te zijn aangegaan. Een werknemer die de leeftijd van zestien jaar nog niet heeft bereikt, kan evenwel in beginsel niet zonder bijstand van zijn wettelijke vertegenwoordiger in rechte verschijnen, tenzij de wettelijke vertegenwoordiger niet in staat is om zich te verklaren. Die situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen als de arbeidsovereenkomst in het buitenland is gesloten.⁶⁸

Voor onder curatele gestelden geldt dat zij met schriftelijke toestemming van de curator bevoegd zijn tot het aangaan van een arbeidsovereenkomst (art. 1:381 lid 3 BW). Indien een onder curatele gestelde zonder schriftelijke toestemming van de curator een arbeidsovereenkomst aangaat, moet op grond van de concrete omstandigheden van het geval en de algemene regels van het verbintenissenrecht worden nagegaan of de arbeidsovereenkomst geldig is aangegaan.⁶⁹ Gerechtvaardigd opgewekt vertrouwen wordt in beginsel gerespecteerd (art. 3:35 BW).

Een gefailleerde kan als werknemer een arbeidsovereenkomst aangaan, omdat hij door het faillissement weliswaar het beheer en de beschikking over zijn vermogen verliest, maar zijn handelingsbekwaamheid door het faillissement intact blijft. Zijn loon valt in beginsel in het faillissement. Indien een gefailleerde als werkgever een arbeidsovereenkomst aangaat, zonder medeweten en goedkeuring van de curator, is de boedel niet aansprakelijk. De gefailleerde werkgever zelf wel. De curator kan een arbeidsovereenkomst met toestemming van de rechter-commissaris opzeggen (art. 40 Faillissementswet). Uiteraard kan hij er ook toe besluiten om deze te laten voortduren. De curator is uit hoofde van zijn wettelijke taak van beheerder en vereffenaar van de boedel (art. 68 Faillissementswet) niet bevoegd om een arbeidsovereenkomst aan te gaan.

Op grond van de Wet arbeid vreemdelingen⁷⁰ dient een werkgever over een vergunning te beschikken om vreemdelingen te werk te stellen. In de rechtspraak is uitgemaakt dat op de werkgever een plicht rust om te onderzoeken of een werknemer in het bezit is van een tewerkstellingsvergunning.⁷¹ Een tewerkstellingsvergunning moet door de werkgever bij het UWV WERKbedrijf worden aangevraagd (art. 6 lid 1 Wet arbeid vreemdelingen (WAV)).⁷² Om een tewerkstellingsvergunning aan te

68 Ktr. Den Haag 28 januari 1959, *NJ* 1959, 661.

69 HR 27 maart 1981, *NJ* 1981, 492 m.nt. P.A. Stein.

70 Art. 2 Wet arbeid vreemdelingen, wet van 21 december 1994, *Stb.* 1994,959, in werking getreden op 1 september 1995.

71 Zie onder andere Ktr. Utrecht 9 april 2008, LJN: BD3236. Sinds 1 mei 2007 is voor Polen, Estland, Hongarije, Letland, Litouwen, Slovenië, Slowakije en Tsjechië geen tewerkstellingsvergunning meer nodig.

72 De vergunning dient te worden aangevraagd bij UWV Tewerkstellingsvergunningen te Zoetermeer.

vragen, moet aan een aantal voorwaarden worden voldaan. De werkgever moet eerst gedurende tenminste vijf weken werven in Nederland en Europa en de betreffende vacature moet bij het UWV WERKbedrijf worden aangemeld.⁷³ Voorts moet de werkgever zich aan de arbeidsvoorwaarden, arbeidsomstandigheden en arbeidsverhoudingen houden die volgens de wet gelden of in de bedrijfssector gebruikelijk zijn (art. 10 sub b Wet arbeid vreemdelingen). Een buitenlandse werknemer moet in het bezit zijn van een geldige verblijfsvergunning, waarmee arbeid mag worden verricht (art. 8 lid 1 sub c onder 1° Wet arbeid vreemdelingen). Verder moet hij huisvesting hebben op redelijke afstand van het werk en ouder zijn dan achttien jaar en jonger dan 45 jaar.⁷⁴ Een tewerkstellingsvergunning wordt voor ten hoogste drie jaar verleend (art. 11 lid 1 Wet arbeid vreemdelingen).

Als in strijd met de Wet arbeid vreemdelingen wordt gehandeld, is de aangegane arbeidsovereenkomst volgens het BW echter niet nietig (art. 1:381 lid 3 BW jo. art. 3:32 e.v. BW). Indien een werkgever een vreemdeling in Nederland werk laat verrichten zonder tewerkstellingsvergunning of handelt in strijd met zijn verplichtingen uit de Wet op de identificatieplicht (art. 1 Wet op de identificatieplicht) wordt dit als een strafrechtelijke overtreding aangemerkt (art. 18 Wet arbeid vreemdelingen).

Tot slot dienen bij de voorgenomen benoeming van een bestuurder de bepalingen van de Wet op de ondernemingsraden in acht te worden genomen.⁷⁵

2.4.3 Totstandkomingsvereisten in cao's

Bij de beantwoording van de vraag of de in een cao geformuleerde bepalingen in een concreet geval van toepassing zijn, dient een onderscheid te worden gemaakt tussen obligatoire bepalingen, diagonale bepalingen en normatieve bepalingen. Obligatoire bepalingen zijn in het geval van een bedrijfstakcao van toepassing op werkgevers- en werknemersorganisaties. Als voorbeeld van deze variant kan de onderhandelingsclausule worden genoemd, die cao-partijen verplicht om voor ommekomst van de duur waarvoor de cao is aangegaan met elkaar in onderhandeling te treden over een -nieuwe- cao. Er bestaan in Nederland vele⁷⁶ cao's die aanvullende arbeidsvoorwaarden bevatten. Vele bepalingen in cao's zijn algemeen verbindend verklaard, waardoor ook werknemers of werkgevers die geen lid zijn van een werknemers- of werkgeversorganisatie erdoor worden gebonden. De meeste cao's geven een uitvoerige

73 Voor moeilijk te vervullen functies moet zelfs gedurende minimaal drie maanden worden geworven naar personeel waarvoor geen tewerkstellingsvergunning is vereist, art. 9 lid 1 sub a, Wet arbeid vreemdelingen.

74 Zie respectievelijk art. 9 lid 1 sub f en b van de Wet arbeid vreemdelingen jo. art. 9 delegatiebesluit en uitvoeringsbesluit Wet arbeid vreemdelingen.

75 Art. 30 WOR (Adviesrecht bij benoeming en ontslag van bestuurders). Zie hierover uitvoeriger § 3.5 van dit boek.

76 In totaal bestaan er in Nederland circa 1.100 cao's, waarvan circa 850 ondernemingscao's en circa 250 bedrijfstakcao's.

regeling over uiteenlopende arbeidsvoorwaarden. Vaak is de regeling van arbeidsvoorwaarden in de cao uitvoeriger en meer gedetailleerd dan de in de wet geformuleerde arbeidsvoorwaarden. Bovendien zijn de in de wet geregelde arbeidsvoorwaarden vaak minimumregelingen, terwijl de in cao's opgenomen arbeidsvoorwaarden voor de werknemer meestal gunstiger uitvallen. Dit is in beginsel toegestaan, tenzij deze arbeidsvoorwaarden als zogenoemde 'standaard- of maximumbepalingen' gelden.

Sommige cao's verplichten de werkgever ertoe om de arbeidsovereenkomst schriftelijk aan te gaan.⁷⁷ Het niet naleven van de door de cao voorgeschreven eis van schriftelijkheid van de arbeidsovereenkomst is niet met nietigheid bedreigd, omdat dit de werknemer zou kunnen benadelen. Bovendien zou dit in strijd zijn met artikel 152 lid 1 Rv., dat bepaalt dat bewijs door alle middelen kan worden geleverd.⁷⁸ In dit geval heeft de werknemer echter wel de mogelijkheid om de vernietigbaarheid van de arbeidsovereenkomst in te roepen (art. 3:40 lid 2 BW). Voor bedingen in de arbeidsovereenkomst zelf kan worden bepaald of deze op straffe van nietigheid of vernietigbaarheid schriftelijk dienen te worden vastgesteld. Nietig is een beding als het in strijd is met de wet, de openbare orde of de goede zeden. Ook kan een beding in een arbeidsovereenkomst nietig zijn indien het in strijd is met de cao. In dat geval gelden de bepalingen van de cao (art. 12 lid 1 Wet op de cao).⁷⁹ Het niet naleven van vormvoorschriften die in de cao zijn opgenomen, leidt niet per se tot nietigheid van een beding. De vraag of een strijdig beding nietig is, moet worden beantwoord aan de hand van het belang van het beding en de betekenis daarvoor van vormvoorschriften.⁸⁰ Of een beding strijdig is met de cao, dient dan ook van geval tot geval te worden getoetst.⁸¹ Als de werknemer zich wil beroepen op de nietigheid van een cao-beding, dient hij zijn rechtsovereenkomst te baseren op de individuele arbeidsovereenkomst, aangezien hij als individueel werknemer geen rechtsovereenkomst heeft op grond van de cao.⁸² Nietigheid van een bepaald beding in de arbeidsovereenkomst laat de arbeidsovereenkomst meestal voor het overige volledig intact.

Als de werknemer de vernietigbaarheid van de arbeidsovereenkomst wil invoeren, kan hij dit doen middels een schriftelijke verklaring aan de wederpartij. Als de wederpartij het invoeren van de vernietigbaarheid niet accepteert, komt het in veel gevallen tot een gerechtelijke procedure.

2.4.4 Voorgeschreven schriftelijke bedingen

De wet schrijft voor sommige bedingen in de arbeidsovereenkomst voor dat deze op straffe van nietigheid schriftelijk dienen te worden overeengekomen. Voor het

77 Zie onder andere art. 4 lid 1 van de CAO voor het horeca- en aanverwante bedrijf (looptijd van 1 april 2008 t/m 31 maart 2010).

78 HR 8 december 2000, NJ 2001,56.

79 Wet van 24 december 1927, Stb. 415, laatstelijk gewijzigd bij de Wet van 4 maart 2004, Stb. 104.

80 HR 28 mei 1982, NJ 1982, 554, waarbij de geldigheid van een niet overeenkomstig de cao schriftelijk overeengekomen proeftijdbeding aan de hand van dit criterium werd beoordeeld.

81 E. Verhulst in: Kluwer (losbladig), *Arbeidsovereenkomst*, aant. 4 bij art. 12 Wet op de cao.

82 F.B.J. Grapperhaus, *T&C Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2008, art. 12 Wet op de cao, aant. 4.

proeftijdbeding (art. 7:652 lid 2 BW) en het concurrentiebeding (art. 7:653 lid 1 BW) is het schriftelijkheidsvereiste, op straffe van nietigheid van het beding, uitdrukkelijk voorgeschreven (art. 3:39 BW). Voor de arbeidsovereenkomst zelf is schriftelijkheid niet wettelijk voorgeschreven.

De wetgever heeft door het stellen van de eis dat een concurrentiebeding schriftelijk dient te worden aangegaan, de werknemer willen waarschuwen voor de beperkingen die daaruit voor hem voortvloeien.⁸³ Het schriftelijkheidsvereiste voor het proeftijdbeding is bij de Wet Flexibiliteit en zekerheid⁸⁴ ingevoerd. De wetgever heeft de eis van schriftelijkheid voor het proeftijdbeding niet nader gemotiveerd. De te veronderstellen reden voor de schriftelijke vastlegging is ook hier om de werknemer ervan te doordringen wat de consequenties van het beding zijn voor zijn rechtspositie. Alleen voor deze twee bedingen stelt de wet de eis van schriftelijkheid. Het schriftelijkheidsvereiste is voor het concurrentiebeding en het proeftijdbeding van dwingend recht. Er kan in het geheel niet -rechtsgeldig- van worden afgeweken.

Voor de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid had de Hoge Raad in een arrest van 9 februari 1990⁸⁵ reeds overwogen dat de proeftijd voor een werknemer verstrekken gevolgen heeft. Al naar gelang de omstandigheden kan dit met zich meebrengen, dat de werkgever zich ervan moet vergewissen dat de werknemer zich van de inhoud van het proeftijdbeding bewust is en daarmee instemt.

2.5 Conclusie

De sollicitatiefase is als een precontractuele fase aan te merken, waarin partijen met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening dienen te houden. Toch is ook bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst de contractsvrijheid uitgangspunt. Op zichzelf is dat ook terecht. Een werkgever moet de mogelijkheid kunnen hebben om de in zijn ogen meest geschikte kandidaat voor een bepaalde functie aan te nemen. Contractsvrijheid is met die mogelijkheid inherent verbonden. Wilsovereenstemming tot het aangaan van een arbeidsovereenkomst mag dan ook niet te snel worden aangenomen, omdat partijen over het algemeen een relatie voor langere tijd met elkaar aangaan. Om diezelfde reden mag niet te snel worden aangenomen dat tijdens de onderhandelingen over het aangaan van een arbeidsovereenkomst het gerechtvaardigd vertrouwen tot het aangaan van een arbeidsovereenkomst is opgewekt en bij afbreken van onderhandelingen de afbrekende partij schadeplichtig zal zijn of tot voortonderhandelen door de rechter zal worden veroordeeld.

Het algemeen verbintenissenrecht is in beginsel op de arbeidsovereenkomst van toepassing. Daardoor gelden in principe voor het aangaan van een arbeidsovereenkomst de algemene regels voor de totstandkoming van een overeenkomst (artt. 3:33-35 en 6:217 e.v. BW). In sommige situaties wijkt het arbeidsrecht echter uit het

⁸³ HR 31 maart 1978, *NJ* 1978, 325.

⁸⁴ *Stb* 1998, 300, ingevoerd 1 januari 1999.

⁸⁵ HR 9 februari 1990, *NJ* 1991, 146.

oogpunt van bescherming van de werknemer, als in de regel economisch zwakkere partij ten opzichte van de werkgever, van het algemeen verbintenissenrecht af. Zo bestaan er wettelijke beperkingen voor het aangaan van een arbeidsovereenkomst. Voorts kunnen sommige bedingen in arbeidsovereenkomsten slechts schriftelijk worden aangegaan. Het beginsel van contractsvrijheid verkrijgt hiermee in het arbeidsrecht een eigen dimensie. Door dit aspect heeft het arbeidsrecht binnen het vermogensrecht zijn eigen positie opgebouwd.

HOOFDSTUK 3

Werving

3.1 Inleiding

De werving is het begin van de sollicitatiefase. De sollicitatiefase gaat aan de aanstellingsfase vooraf en is te splitsen in de werving en selectie. Het maken van onderscheid tussen wervings- en selectiefase is van belang voor de processuele mogelijkheden die een, al dan niet afgewezen, sollicitant of werknemer ten dienste staan om zijn rechten jegens zijn (aspirant-)werkgever geldend te kunnen maken.

De Commissie Selectieprocedure geeft in haar eindrapport¹ de volgende definitie van het begrip werving. Onder werving wordt door haar verstaan: *'Het geheel van activiteiten dat erop is gericht geschikte kandidaten te bewegen zich aan te melden voor een vacante arbeidsplaats.'* Een vrijwel identieke formulering geeft de Werkgroep Selectieprocedures in art. 1 van haar proeve van een Wetsontwerp op de werving en selectie.²

Uitgangspunt bij de werving en selectie van personeel dient te zijn: gelijke kansen in en bij de toegang tot de onderneming. Anderzijds heeft de werkgever het recht om te werven naar de meest geschikte kandidaat voor de vacante functie. Deze verschillende vertrekpunten kunnen in de praktijk leiden tot een spanningsveld, waarbij het gevaar kan dreigen dat aan de belangen van werkgever of sollicitant onvoldoende tegemoet wordt gekomen. De vraagstelling voor dit hoofdstuk is of de werving van personeel zodanig is genormeerd dat de belangen van zowel sollicitant als werkgever in voldoende mate tot hun recht komen.

De wervingsfase wordt afgesloten na het verstrijken van de termijn die de werkgever heeft gesteld om op de vacature te reageren. Daarna volgt de selectiefase, die in hoofdstuk 4 van dit onderzoek aan de orde wordt gesteld en tot slot de aanstellingsfase. In hoofdstuk 5 zal worden ingegaan op de specifieke handhavingsmogelijkheden voor de wervingsfase.

1 Eindrapport van de Commissie Selectieprocedure, Sociale Zaken, Verslagen en rapporten 1977-5, *Een sollicitant is ook een mens*, 's-Gravenhage 1977, p. 22.

2 Eindrapport van de Werkgroep Selectieprocedures, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mei 1982, art. 1 sub d van de proeve, p. 17.

3.2 De normering van de werving

Al in de wervingsfase moet ervoor worden gewaakt, dat het beginsel van gelijke kansen in en bij de toegang tot de onderneming zoveel mogelijk wordt nagestreefd. Als dit belangrijke uitgangspunt niet reeds in deze fase nauwkeurig wordt toegepast, kunnen sollicitanten al vanaf het begin buiten het hele sollicitatieproces worden gehouden of in een vroeg stadium op een dood spoor worden geplaatst.

Al in de jaren zeventig van de vorige eeuw werd stilgestaan bij de kwetsbare positie van de sollicitant. Mede ten gevolge van de hierdoor ontstane onvrede werd op 2 februari 1971 bij de Tweede Kamer de motie-Vellenga ingediend. Naar aanleiding van deze motie werd de Commissie Selectieprocedure ingesteld, die na onderzoek een rapport³ heeft uitgebracht, waarin voorstellen zijn opgenomen om de persoonlijke belangen van de sollicitant te beschermen. Daarenboven kan het in strijd zijn met betamelijkheids- of zorgvuldigheidsnormen als de NVP Sollicitatiecode door de werkgever wordt toegepast, maar door deze niet wordt nageleefd.

Voor de werving gelden nauwelijks wettelijke voorschriften. Een uitzondering hierop is de toepasbaarheid van gelijkbehandelingsnormen die zowel in de precontractuele als in de contractuele fase gelden⁴ en de gelding van de Wet op de medische keuringen.⁵

Om de positie van de sollicitant waar mogelijk te verbeteren, heeft de Nederlandse Vereniging voor Personeelbeleid (NVP) vanaf 1981 sollicitatierichtlijnen gepubliceerd.⁶ Het doel van de geformuleerde NVP Sollicitatiecode is bescherming van de sollicitant in ruime zin.

De code is gebaseerd op de conclusies van de hiervoor reeds aangehaalde door de regering ingestelde Commissie Selectieprocedure (de zogenoemde Commissie Hessel), die de sollicitant in haar in 1977 verschenen rapport zes rechten toekent. Het betreft een eerlijke kans op aanstelling, recht op informatie, het recht op privacy, het recht op vertrouwelijke behandeling van persoonlijke gegevens, het recht op een instrumenteel doelmatige procedure en het recht op klacht. De NVP Sollicitatiecode is inmiddels een aantal keren geactualiseerd, de laatste versie is van oktober 2009. De Stichting van de Arbeid heeft in haar *'Aanbevelingen inzake het wervings- en selectiebeleid van ondernemingen'*⁷ toepassing

3 Zie het eindrapport van de Commissie Selectieprocedure, Sociale Zaken, Verslagen en rapporten 1977-5, *Een sollicitant is ook een mens*, 's-Gravenhage 1977.

4 Gelijke behandeling in de werving en selectie en het aangaan van een arbeidsovereenkomst komt in hoofdstuk 6 aan de orde.

5 Art. 1 lid 1 van de WMK (Wet van 5 juli 1997, *Stb.* 1997, 365, in werking getreden op 1 januari 1998, laatstelijk gewijzigd op 1 januari 2007, *Stb.* 2006, 706).

6 De sollicitatierichtlijnen van de NVP zijn laatstelijk gewijzigd in oktober 2009. De naam van de Vereniging voor Personeelbeleid is in 2002 veranderd in Nederlandse Vereniging voor Personeelsmanagement & Organisatieontwikkeling (NVP). In het vervolg van dit boek wordt de nieuwe naam gebruikt.

7 Aanbevelingen inzake het wervings- en selectiebeleid van ondernemingen 3 januari 1991, zie verder M.A.C. de Wit, *Aanbevolen Arbeidsrecht*, Aanbevelingen van de Stichting van de Arbeid, Sdu Juridische en Fiscale Uitgeverij 1995, p. 117.

van de NVP Sollicitatiecode bij de werving geadviseerd. Volgens de STAR moet een sollicitatieprocedure aan vier criteria voldoen, namelijk het geschiktheids criterium (dat wil zeggen gelijke kansen bij gelijke geschiktheid), recht op informatie, recht op privacy en het klachtrecht bij de werkgever.

De NVP Sollicitatiecode is opgesteld om te komen tot een eerlijke en zorgvuldige sollicitatieprocedure. De in de code neergelegde regels dienen te worden aangemerkt als basisregels, die in acht behoren te worden genomen bij de werving en selectie. De code is chronologisch opgebouwd, van het begin tot het eind van de sollicitatieprocedure, dus van vacature tot aanstelling.

De NVP Sollicitatiecode kan, ook al heeft zij niet de status van wetgeving, de rechtspositie van de sollicitant versterken, doordat het niet-naleven ervan, onder omstandigheden een onrechtmatige daad kan opleveren. Dit omdat de code, door de ontwikkeling van betamelijkheids- of zorgvuldigheidsnormen (art. 6:162 lid 2 BW) die bij de werving en selectie in acht behoren te worden genomen, de nodige handvatten kan bieden voor zorgvuldig opereren in het wervings- en selectieproces en daarmee een inkleuring geeft aan de begrippen goed werkgeverschap, goed werknemerschap en onrechtmatige daad.⁸ Het is in zoverre een leidraad voor de in acht te nemen precontractuele redelijkheid en billijkheid, en daardoor een nadere concretisering van redelijkheid en billijkheid voor de arbeidsverhoudingen.⁹ De in de sollicitatiecode neergelegde gedragsnormen voor werkgever en sollicitant vertonen hiermee veel punten van overeenkomst met de belangrijkste beginselen van goed werkgeverschap en goed werknemerschap.¹⁰ Ook in sommige cao's zijn voorschriften opgenomen waaraan de werving en selectie zal dienen te voldoen. In de volgende paragraaf zal hierop uitvoerig nader worden ingegaan. Ook kan de werkgever bij de werving en selectie handelen in strijd met de eisen van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW),¹¹ door het niet-naleven van de NVP Sollicitatiecode.¹² De werkgever treedt in deze -precontractuele- fase reeds als zodanig op.¹³ De eisen van goed werkgeverschap gelden hierdoor reeds in de sollicitatiefase.¹⁴

De wijze waarop de aanbevelingen van de STAR zijn geredigeerd, is van belang voor de inhoud van de verplichtingen van de werkgever. Als een aanbeveling rechtstreeks tot

8 Jaarbericht 2006, Commissie NVP Sollicitatiecode en Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode, p. 3. Zie tevens C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, derde druk, Den Haag 2008, p. 82 en Asser/Heerma van Voss 7-V* 2008, nr. 51.

9 HR 8 april 1994, NJ 1994, 704 m. nt. P.A. Stein (*Agfa/Schoolderman*).

10 G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Alphen aan den Rijn 1999, p. 37-71. Zie tevens M.A.C. de Wit, *Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht*, diss. Katholieke Universiteit Brabant, Tilburg, Deventer: Kluwer 1999, p. 101.

11 G.J.J. Heerma van Voss in: Kluwer (losbladig), *Arbeidsovereenkomst*, aantekening 1.9 bij art. 7:611 BW.

12 Zie o.a. jaarverslag Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode maart 2003 - februari 2004, p. 28.

13 G.J.J. Heerma van Voss in: Kluwer (losbladig), *Arbeidsovereenkomst*, aantekening 1.9 bij art. 7:611 BW.

14 Zie anders: T. van den Berge, 'Schadevergoeding: een effectieve sanctie op rassendiscriminatie in de sollicitatiefase', *SMA juli/augustus* 2007, nr. 7/8, p. 277 e.v., die aanneemt dat door het ontbreken van een arbeidsrelatie in de wervings- en selectiefase arbeidsrechtelijke bescherming zou ontbreken.

de werkgever gericht is, zal deze meer het karakter van verplichting in zich dragen dan wanneer zij slechts cao-partijen aanzet tot het nemen van bepaalde maatregelen. Daarnaast is de redactie van de aanbeveling relevant: omschrijft deze de verplichtingen van de werkgever slechts in vage bewoordingen of geeft zij duidelijke indicaties van hetgeen van de werkgever geëist wordt?¹⁵

Alhoewel er ten aanzien van de werving nauwelijks wettelijke voorschriften gelden, is het duidelijk dat door de 'Aanbevelingen Werving en Selectie' een verdere normering van de werving, langs de weg van het goed werkgeverschap en de precontractuele redelijkheid en billijkheid tot stand is gekomen. De bescherming van werkzoekende en werknemer bij de toegang tot de onderneming heeft hierdoor een zekere basis gekregen. Daardoor kan worden gekomen tot ongelijkheidscompensatie, hetgeen een van de belangrijkste doelstellingen is van het Sociaal Recht.¹⁶ De contractsvrijheid van de werkgever in de sollicitatiefase is hierdoor niet onbegrensd. Met Hendriks¹⁷ ben ik evenwel van mening dat de normerende werking van de precontractuele redelijkheid en billijkheid in de fase van de werving en selectie relatief gering is en dat in deze fase nog met name de contractsvrijheid de boventoon voert. Zodra partijen in onderhandeling gaan over het aangaan van een arbeidsovereenkomst, zal de precontractuele redelijkheid en billijkheid gaandeweg meer invloed doen gelden.

3.2.1 Wijze van normering

Indien de aanbevelingen ten gevolge van onvoldoende publiciteit niet goed worden nageleefd, zou de regering, aldus De Wit,¹⁸ kunnen eisen dat zij door middel van wetgeving worden genormeerd. Gelet op de resultaten van het onderzoek, dat in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in september en november 2004 over de werving en selectie in cao's werd uitgevoerd, kan naar mijn mening worden geconcludeerd dat de aanbevelingen kennelijk in de praktijk nog onvoldoende door werkgevers worden nageleefd.¹⁹

Gezien de omstandigheid dat de eerste aanbevelingen inzake het wervings- en selectiebeleid van ondernemingen van de Stichting van de Arbeid reeds van 1 maart 1991 dateren, is het een slechte ontwikkeling dat zij in de praktijk onvoldoende worden nageleefd.

15 M.A.C. de Wit, *Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht*, diss. Katholieke Universiteit Brabant, Tilburg, Deventer: Kluwer 1999, p. 104 e.v.

16 D.J. Buijs en G.J.J. Heerma van Voss, 'Tien jaar ongelijkheidscompensatie in het arbeidsrecht', *SR* 1996-11, p. 286 e.v.

17 A.C. Hendriks, *Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2000, p. 173.

18 M.A.C. de Wit, *Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht*, diss. Katholieke Universiteit Brabant, Tilburg, Deventer: Kluwer 1999, p. 112.

19 S. Pott en L. Junger, *Werving en selectie in cao's (2004): een onderzoek naar de doorwerking van de Stichtingsaanbevelingen met betrekking tot werving en selectie op cao-niveau*, Ministerie van SZW, december 2004, p. 21.

Voor de naleving van de NVP Sollicitatiecode is bekendheid daarvan bij het publiek van groot belang. De Wit²⁰ ziet hiervoor een taak weggelegd voor de overheid, bijvoorbeeld door plaatsing in de Staatscourant, het beschikbaar stellen van folders, affiches en het verstrekken van informatie via Postbus 51. De Wit wijst er voorts op dat wellicht de schijn bedriegt, in die zin dat werkgevers slechts in formele zin aan hun verplichtingen willen voldoen en liever geen ruchtbaarheid geven aan de aanbevelingen, om hierdoor de dans te ontspringen.

De wetgever heeft in 1982, op grond van de aanbevelingen van de STAR, uiteindelijk van een invoering van een wettelijke regeling op het gebied van werving en selectie afgezien, omdat hij ervan uitging dat cao-partijen in staat zouden zijn om in onderling overleg uitvoering te geven aan hetgeen in de aanbevelingen over werving en selectie tot uitdrukking is gebracht.

Thans zijn we vele jaren verder en is gebleken dat er van die zelfregulering tot op heden nog niet zoveel terecht is gekomen. Dit was voor de Minister van SZW aanleiding de STAR hierop bij brief van 26 oktober 2005 te attenderen. Dit ging gepaard met het verzoek te overwegen om aan cao-partijen een aanbeveling te doen, met het doel een mogelijkheid van klachtenbehandeling voor de sollicitant tot stand te brengen. De STAR heeft in een rapport van oktober 2006²¹ opgemerkt, dat uit het eerdergenoemde in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW)²² verrichte onderzoek is gebleken dat bij 50% van de ondernemingen en instellingen de NVP Sollicitatiecode respectievelijk de Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode bekend is. Het aantal cao's waarin verwezen wordt naar sollicitatiecodes en klachteninstantie is volgens de STAR slechts beperkt. Toch zijn er na de verschijning van het rapport 'Werving en selectie in cao's'²³ ontwikkelingen te constateren die ertoe kunnen leiden dat de aanbevelingen meer bekendheid krijgen bij het publiek en de inhoud van de aanbevelingen een hogere maatschappelijke status verkrijgen. In dit verband is het van belang erop te wijzen dat medio 2005 werd overgegaan tot de instelling van een Commissie NVP Sollicitatiecode, die tot taak heeft om de sollicitatiecode indringend onder de aandacht te blijven brengen binnen en buiten de Nederlandse Vereniging voor Personeelsmanagement & Organisatieontwikkeling (NVP).

Een andere belangrijke ontwikkeling is de instelling van de Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode.²⁴ Het betreft een onafhankelijke klachteninstantie die eventuele klachten over sollicitatieprocedures aan de sollicitatiecode toetst en verzoeken om

20 M.A.C. de Wit, *Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht*, diss. Katholieke Universiteit Brabant, Tilburg, Deventer: Kluwer 1999, p. 111 e.v.

21 Stichting van de Arbeid, *Aanbeveling werving en selectie*, oktober 2006, publicatienummer 11/06 p. 5.

22 S. Pott en L. Junger, *Werving en selectie in cao's (2004): een onderzoek naar de doorwerking van de Stichtingsaanbevelingen met betrekking tot werving en selectie op cao-niveau*, Ministerie van SZW, december 2004.

23 S. Pott en L. Junger, *Werving en selectie in cao's (2004): een onderzoek naar de doorwerking van de Stichtingsaanbevelingen met betrekking tot werving en selectie op cao-niveau*, Ministerie van SZW, december 2004.

24 Jaarverslag Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode maart 2003 - februari 2004.

toelichting en informatie behandelt. Alhoewel de uitspraken van de Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode niet bindend zijn, kan gegrondverklaring van de klacht in een civiele procedure ertoe leiden dat het handelen van een aspirant-werkgever of sollicitant tijdens de sollicitatieprocedure als onrechtmatig wordt aangemerkt.²⁵ In feite is de sollicitatiecode een soort richtlijn die voorschrijft hoe men zich in maatschappelijk opzicht dient te gedragen in wervings- en selectieprocedures.²⁶

Een overweging voor het invoeren van een wettelijke regeling voor de werving en selectie zou kunnen zijn dat de naleving van de aanbevelingen op het gebied van werving en selectie hierdoor beter kan worden afgedwongen.²⁷ De uitspraken van de Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode zijn immers niet bindend. Haar uitspraken zijn hierdoor evenwel niet per definitie zonder effect. Dit geldt ook voor de oordelen van de CGB, die, alhoewel niet bindend, toch in civiele procedures invloed kunnen hebben en bovendien in belangrijke mate kunnen bijdragen aan de ontwikkeling van de in de gelijkebehandelingswetgeving geformuleerde normen (art. 12 en 13 AWGB).

Het is de vraag of de positie van de sollicitant nog verder zal worden versterkt door een wettelijke regeling, nu er inmiddels een Commissie NVP Sollicitatiecode is ingesteld om meer bekendheid aan de code te geven en een Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode in het leven is geroepen om naleving van de sollicitatiecode te bereiken. Als de sollicitatiecode bekender wordt bij werkgevers en sollicitanten, zal naar verwachting gaandeweg steeds meer de redelijkheid van de bepalingen in de sollicitatiecode worden ingezien en meer overeenkomstig de daarin vervatte normen worden gehandeld. Dit biedt de betrokken partijen gelegenheid om ervaring met de in de sollicitatiecode verwerkte regels op te doen en hiernaar te handelen.²⁸

Invoering van een wettelijke regeling voor de werving en selectie heeft naar mijn mening dan ook zin als de sollicitatiecode bij werkgevers en sollicitanten een voldoende mate van bekendheid geniet en er in de wet sancties worden opgenomen die door de rechter kunnen worden toegepast in geval van overtreding van de in de 'Aanbevelingen Werving en Selectie' neergelegde normen.

De door de interdepartementale Werkgroep Selectieprocedures in 1982 opgestelde proeve van een wetsontwerp²⁹ kan daarbij als vertrekpunt worden gehanteerd en waar nodig worden bijgesteld op basis van maatschappelijke ontwikkelingen in de afgelopen decennia. We moeten ons evenwel de vraag stellen of een wettelijke regeling de voorkeur dient te genieten of dat beter kan worden gekozen voor autonome regelgeving via de sociale partners en/of medezeggenschapsorganen. Door zelfregulering middels regelingen in cao's (3/4 dwingend recht) of afspraken

25 Zie in dit verband ook § 5.6.2.1 van dit boek.

26 Zie ook het jaarbericht 2005 van de Sollicitatiecodecommissie en de Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode, p. 15.

27 Zie in dit verband Eerste Kamer, vergaderjaar 2000-2001, nr. 229 (notitie (zelf)regulering), meer in het bijzonder p. 23-24 (bijdrage A.J.C.M. Geerts).

28 Zie in dit verband ook het eindrapport van de Commissie Selectieprocedure, november 1977, p. 72.

29 Eindrapport van de interdepartementale Werkgroep Selectieprocedures, mei 1982, p. 17 e.v.

met de ondernemingsraad waardoor aan dit orgaan extra bevoegdheden kunnen worden toegekend op het gebied van het aanstellingsbeleid binnen de eigen onderneming, kan immers snel en flexibel worden ingespeeld op de specifieke behoeften binnen de bedrijfstak of onderneming.³⁰ Zelfregulering komt tevens tegemoet aan de door de overheid gewenste rolverdeling tussen enerzijds overheid/wetgever en anderzijds sociale partners/cao-partijen en medezeggenschapsorganen.³¹ De overheid beschouwt werving en selectie als een terrein dat, als onderdeel van het sociaal beleid, primair onder de verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers valt.³² De wet kan hierbij als '*stok achter de deur*' worden gebruikt om de nakoming van fundamentele rechten voor de sollicitant te waarborgen. Hierbij gaat het om wetgeving in het kader van de bescherming van fundamentele rechten van de sollicitant, zoals het recht op eerlijke aanstelling, privacybescherming en bescherming van de persoonlijke levenssfeer.³³ Hierbij kunnen we denken aan de wetgeving op het gebied van gelijke behandeling³⁴ en aan de Wet bescherming persoonsgegevens.³⁵

3.3 Methoden van werving

3.3.1 Interne werving

Indien een vacature ontstaat, kan het verschillende voordelen hebben en vanuit meerdere oogpunten aanbevelenswaardig zijn om, alvorens tot externe werving te besluiten, te bezien of intern in de vacature kan worden voorzien.³⁶ Interne werving is bevorderlijk voor loopbaanplanning binnen het bedrijf en ook uit organisatorische redenen kan dit praktisch zijn. De Commissie Selectieprocedure heeft in haar eindrapport opgemerkt dat de arbeidsorganisatie de voorkeur mag geven aan interne sollicitanten. We denken hierbij aan werknemers die in de onderneming van de werkgever werkzaam zijn, maar ook aan hen die in de onderneming werkzaam zijn geweest.³⁷ Het geven van voorrang aan interne kandidaten impliceert dat eerst intern wordt geworven en -indien nog nodig- pas daarna extern.³⁸

30 In § 3.5 van dit boek zal op de mogelijkheid tot toekenning van extra bevoegdheden via de sociale partners en/of medezeggenschapsorganen op het gebied van het aanstellingsbeleid specifieker worden ingegaan.

31 *Kamerstukken I* 2000-2001, 00 033, nr. 229 (notitie (zelf)regulering). Zie in dit verband ook *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 426, nr. 1 (brief van de Ministers van Justitie en Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 23 juni 1997).

32 Zie het kabinetsstandpunt inzake de positie van de sollicitant bij werving en selectie (5 februari 1993), *Kamerstukken II* 1992-1993, 23 020, nrs. 1 en 2.

33 Zie de brief van de Minister van SZW gericht aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal d.d. 1 december 1995, *Kamerstukken II* 1995-1996, 23 901, nr. 24, p. 3.

34 G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 152.

35 Wet van 6 juli 2000, *Stb.* 302, in werking getreden op 1 september 2001.

36 Zie in tegengestelde zin Asscher-Vonk, *Toegang tot de dienstbetrekking*, diss. UvA, 's-Gravenhage 1989, p. 198. Zij acht uitsluiting of achterstelling van buitenstaanders bij selectie een te zwaar middel. Zie ook A.M. Luttmer-Kat, *Ontslagbescherming van werknemers*, diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer 1985, p. 118-119.

37 Eindrapport van de Werkgroep Selectieprocedures, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mei 1982, art. 3 lid 3 van de proeve, p. 18 en 19.

38 Art. 3 lid 3 van de proeve van een Wetsontwerp op de werving en selectie, eindrapport van de Werkgroep Selectieprocedures, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mei 1982, p. 57.

De commissie stelt hierbij wel als voorwaarde dat externe sollicitanten van dit 'voorkeursbeleid' op de hoogte worden gesteld.³⁹ Ook in de door de Werkgroep Selectieprocedures in haar eindrapport opgenomen proeve van een Wetsontwerp op de werving en selectie, is een bepaling opgenomen op grond waarvan het de werkgever is toegestaan om voorrang te geven aan interne sollicitanten.⁴⁰ In de 'proeve' wordt deze voorrang tevens uitgebreid tot sollicitanten die krachtens arbeidsovereenkomst of aanstelling in burgerlijke of openbare dienst arbeid verrichten of hebben verricht, bij een werkgever met wie in het kader van reorganisatie afspraken zijn gemaakt over het overnemen van arbeidskrachten. Een nadeel van interne werving kan zijn dat daardoor externe kandidaten die geschikter zijn om de functie te vervullen, worden buitengesloten.

Interne werving kan op diverse manieren, bijvoorbeeld door gebruikmaking van interne vacaturelijsten of via open sollicitaties. Ook bij interne werving geldt de door de Stichting van de Arbeid uitgebrachte Aanbeveling werving en selectie.⁴¹ De NVP Sollicitatiecode bevat geen aanwijzing dat een vacature eerst intern dient te worden aangemeld. Toepasselijkheid van de NVP Sollicitatiecode heeft tot gevolg dat ook bij interne werving de bekendmaking van de vacature en de selectiemiddelen een aantal in de genoemde aanbevelingen voorgeschreven elementen dient te bevatten. Hierbij moeten we denken aan bijvoorbeeld een duidelijke functieomschrijving, vermelding van bijzondere onderdelen van de selectieprocedure, mededeling van de termijn waarbinnen dient te worden gesolliciteerd et cetera.⁴² Deze elementen zijn uiteindelijk terug te voeren tot één belangrijk uitgangspunt dat aan de Aanbeveling⁴³ ten grondslag ligt, namelijk gelijke kansen in en bij de toegang tot de onderneming. De Commissie Selectieprocedure ziet dit beginsel als een concretisering van het uitgangspunt dat alle onderdelen van de selectieprocedure en de procedure in zijn totaliteit in overeenstemming moeten zijn met de menselijke waardigheid.⁴⁴ Ten aanzien van dit aspect is er een taak weggelegd voor de ondernemingsraad. In § 3.5 zal hierop uitvoerig worden ingegaan.

39 Eindrapport van de Werkgroep Selectieprocedures, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mei 1982, p. 57.

40 Art. 3 lid 3 van de proeve van een Wetsontwerp op de werving en selectie, eindrapport van de Werkgroep Selectieprocedures, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mei 1982, p. 19.

41 Stichting van de Arbeid, *Aanbeveling werving en selectie*, 9 maart 2000, nr. 07-24, met als bijlage de NVP Sollicitatiecode en de Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode. Bijlage bij TK 1999/2000, 25024, nr. 11.

42 M.A.C. de Wit, *Aanbevolen Arbeidsrecht*, Aanbevelingen van de Stichting van de Arbeid, p. 123 en 124, Sdu Juridische en Fiscale Uitgeverij. Zie ook het eindrapport van de Commissie Selectieprocedure, *Een sollicitant is ook een mens*, 's-Gravenhage 1977, p. 25.

43 De Aanbeveling is geen bron van recht, maar kan in een gerechtelijke procedure wel als leidraad dienen. De NVP Sollicitatiecode heeft evenmin een dwingend karakter, op niet-naleving ervan staat geen sanctie. Door de code wordt wel een bijdrage geleverd aan een zorgvuldiger wervings- en selectieprocedure, zie in dit verband Van Genderen e.a., *Arbeidsrecht in de praktijk*, 6^e druk, Den Haag: Sdu 2008, p. 50.

44 Eindrapport van de Commissie Selectieprocedure, Sociale Zaken, Verslagen en Rapporten 1977-5, *Een sollicitant is ook een mens*, 's-Gravenhage 1977, p. 14, 15, 16.

3.3.2 Externe werving

Externe werving kan op diverse manieren plaatsvinden: via personeelsadvertenties, het UWV,⁴⁵ bemiddelingsbureaus, headhunterbureaus, (in geval van tijdelijk werk) via uitzendbureaus en in toenemende mate ook via internet. Bij digitaal solliciteren kan het vertrouwelijk houden van de informatie een risicofactor zijn. Dit kan bijvoorbeeld al het geval zijn als door de werkgever een algemeen e-mailadres wordt opgegeven voor reacties op de vacature. Voordeel van digitaal solliciteren is de snelheid waarmee men op de vacature kan reageren. Een nieuw fenomeen is videosolliciteren. Hierbij maakt een sollicitant een sollicitatievideo waarin vaardigheden, ervaring en kwaliteiten worden genoemd. Het selectieproces kan hierdoor efficiënter verlopen. Het nadeel hiervan is dat hiermee ook de nadruk op het uiterlijk van de sollicitant kan worden gelegd, hetgeen tot ongelijke behandeling bij de werving en selectie kan leiden.

Ook via open sollicitaties kan tot externe werving worden gekomen. Volgens de Commissie Selectieprocedure⁴⁶ dient ook bij een open sollicitatie –ook wel ‘vrije sollicitatie’ genoemd– bij het verloop van de procedure met de in haar eindrapport gegeven aanbevelingen rekening te worden gehouden.⁴⁷ Hetzelfde heeft de NVP uitgemaakt voor sollicitaties die via het internet verlopen. Ook hierop is de NVP Sollicitatiecode van toepassing.⁴⁸ De Commissie Selectieprocedure wijst er in haar eindrapport⁴⁹ op, dat het wenselijk is dat een vacature op een zo ruim mogelijke schaal bekend wordt gemaakt. Dit hangt samen met de kans op eerlijke aanstelling.

De nieuwste trend is dat werkgevers in online-personeelsadvertenties een bedrijfsfilm toevoegen, waardoor de sollicitant een beeld krijgt van de arbeidsorganisatie.⁵⁰ Een sollicitant verkrijgt hierdoor reeds in de wervingsfase meer informatie dan normaal gesproken uit de personeelsadvertentie kan worden afgeleid. Hierdoor kan in een vroeg stadium worden voorkomen dat de sollicitant over het bedrijf en de vacature een verkeerd beeld krijgt.

Vacaturemelding is niet verplicht, maar voor vacatures in het lagere- en middenkader wel aan te raden. In een aantal cao's is een vacaturemelding bij het UWV WERKbedrijf verplicht gesteld, dan wel aanbevolen.⁵¹

De personeelsadvertentie is een belangrijke stap in het selectieproces. De opstelling geschiedt veelal door degenen die een belangrijke stem hebben in de verdere selectie

45 Tot 1 januari 2009 was dit CWI, dat thans is geïntegreerd in het UWV als UWV WERKbedrijf.

46 Eindrapport van de Commissie Selectieprocedure, Sociale Zaken, Verslagen en Rapporten 1977-5, *Een sollicitant is ook een mens*, 's-Gravenhage november 1977, p. 27.

47 Zie ook NVP Sollicitatiecode (2009), uitgangspunt 1.3.

48 Jaarverslag Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode maart 2003 - februari 2004, p. 59.

49 Eindrapport van de Commissie Selectieprocedure, Sociale Zaken, Verslagen en Rapporten 1977-5, *Een sollicitant is ook een mens*, 's-Gravenhage november 1977, p. 24 en 25.

50 Zie onder andere de website van de nationale vacaturebank www.nationalevacaturebank.nl.

51 CAO Mortel: art. 3, CAO Meubelindustrie: art. 11, CAO Houthandel: aanbeveling in bijlage XV Timmerindustrie: art. 53.

en het profiel van de aangezochte werknemer verandert in de loop van de wervings- en selectiefase nauwelijks.⁵²

De advertentie is te beschouwen als het 'externe' onderdeel van de sollicitatieprocedure. Wat er na deze fase gebeurt, is onttrokken aan de waarneming van degenen die niet worden uitgenodigd voor een sollicitatiegesprek.⁵³ In de regel worden sollicitanten die niet voor een sollicitatiegesprek worden uitgenodigd, korte tijd na afsluiting van de wervingsfase aangeschreven en komt daarmee voor hen een einde aan de sollicitatieprocedure. Nu de wervings- en selectiefase voor hen daarmee is afgesloten, zullen zij verder verstoken blijven van informatie over het verdere verloop van de sollicitatieprocedure. Mede hierdoor zal het voor een afgewezen sollicitant moeilijk zijn aan te tonen dat hij geen eerlijke kans op aanstelling heeft gehad.

De externe controle op de eisen die men stelt aan de nieuwe werknemer wordt vergemakkelijkt door de zichtbaarheid van de advertenties.⁵⁴ Voorts verdient het, aldus de Stichting van de Arbeid, aanbeveling -daar waar mogelijk- schriftelijk te laten solliciteren.

In de Aanbevelingen inzake het wervings- en selectiebeleid van ondernemingen⁵⁵ wordt erop gewezen dat er sprake moet zijn van een reële vacature,⁵⁶ waarbij een duidelijk beeld is van de inhoud van de vacante functie, ongeacht of deze is ontstaan door uitbreiding dan wel door het openvallen van een arbeidsplaats. Uit het oogpunt van de kans op een eerlijke aanstelling dient de sollicitant tegen schijnwerving te worden beschermd. Een sollicitant reageerde op een advertentie. De uiteindelijke vacature werd niet ingevuld, maar wel werd daaropvolgend een aantal gesprekken gevoerd met het bedrijf om te kijken of er andere mogelijkheden waren in Nederland en in het buitenland. Namens het bedrijf werd ontkend dat de gesprekken die waren gevoerd onder de noemer van sollicitatiegesprek vielen. Het bedrijf zou zich slechts als uitzendbureau hebben opgesteld. De Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode was echter van oordeel dat er sprake was van werving door dit bedrijf en dat de NVP Sollicitatiecode van toepassing was. Ook al verklaarden het bedrijf en de sollicitant dat de gesprekken algemeen waren geweest, dit weerhield de klachteninstantie er

52 I.P. Asscher-Vonk en K. Wentholt, *Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen*, Deventer: Kluwer 1994, hoofdstuk 7, p. 102.

53 I.P. Asscher-Vonk en K. Wentholt, *Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen*, Deventer: Kluwer 1994, hoofdstuk 7, p. 102.

54 I.P. Asscher-Vonk en K. Wentholt, *Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen*, Deventer: Kluwer 1994, p. 102-103. Zij wijzen er verder nog op dat de Commissie Gelijke Behandeling erg veel verzoeken krijgt om een oordeel te geven over de toelaatbaarheid van personeelsadvertenties.

55 Stichting van de Arbeid, *Aanbevelingen inzake het wervings- en selectiebeleid van ondernemingen*, 1 maart 1991, publicatienr. 2/91, laatstelijk herzien op 9 maart 2000, nr. 07-24 (Bijlage bij TK 1999/2000, 25 024, nr. 11).

56 De organisatie dient slechts te werven voor vacatures die bestaan of die op voorzienbare termijn zullen ontstaan (zie Stichting van de Arbeid, *Aanbevelingen inzake het wervings- en selectiebeleid van ondernemingen*, 1 maart 1991, publicatienr. 2/91, laatstelijk herzien op 9 maart 2000, nr. 07-24 (bijlage bij TK 1999/2000, 25 024, nr. 11)).

niet van om te oordelen dat het bedrijf op zijn minst verweten kon worden dat de sollicitant niet deugdelijk en volledig was geïnformeerd.⁵⁷

Ook bij de sollicitant moet sprake zijn van een reële sollicitatie. Dit houdt in dat hij in beginsel bereid moet zijn om de eventuele vacature te aanvaarden en uitsluitend reageert op vacatures die hij serieus ambieert.⁵⁸ Sommige sollicitanten solliciteren om op deze wijze bij hun huidige werkgever promotie of salarisverhoging af te dwingen. In dat geval kan misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) worden aangenomen als desondanks een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan en vervolgens weer wordt opgezegd. De werknemer kan onder die omstandigheden schadelijktig worden geacht ten aanzien van een deel van de wervingskosten.⁵⁹

3.4 Functiebenaming, functieomschrijving, functie-eisen en functiewaarden

Een duidelijke functieomschrijving is in het belang van de sollicitant, omdat dit hem informatie verschaft over een veelheid van voor hem belangrijke zaken. Volgens de NVP Sollicitatiecode dienen we daarbij met name te denken aan opleiding, kennis en ervaring, gedrag en persoonlijke kwaliteiten.⁶⁰ Om tot een duidelijke functieomschrijving te komen, verdient het aanbeveling de functie voor de start van de werving te analyseren. Volgens de Commissie Selectieprocedure is dit ook in het belang van de arbeidsorganisatie, omdat door het duidelijk omschrijven van de functie een goede afbakening van taken en verantwoordelijkheden plaatsvindt, hetgeen ook de doelmatigheid bevordert. Deze eis houdt tevens in dat een werkgever tijdens de werving en selectie geen aanvullende functie-eisen mag stellen.⁶¹

Met de commissie ben ik van mening dat een duidelijke omschrijving van de functie-eisen het vertrekpunt is voor een objectieve beoordeling van de sollicitant en hiermee de basis vormt voor een eerlijke kans op aanstelling. Hierbij kan ook worden verwezen naar diverse oordelen van de Commissie Gelijke Behandeling, waarin is voortgebouwd op jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen over de noodzaak van doorzichtigheid van procedures ter voorkoming van ongelijke behandeling.⁶² Tevens is het mogelijk om een overmaat aan sollicitanten te voorkomen door in de advertentietekst niet te volstaan met globale functie-eisen,

⁵⁷ Art. 1.1 Aanbeveling werving en selectie oktober 2006, publicatienummer 11/06. Zie voorts jaarverslag Klachteninstantie Sollicitatiecode maart 2003 - februari 2004, p. 14.

⁵⁸ Zie in dit verband de sollicitantencode op www.sollicitatieplaza.nl.

⁵⁹ Zie o.a. Ktr. Amsterdam 4 mei 1995, *Prg.* 1995/4363. In deze zaak oordeelde de kantonrechter dat de werknemer, die de arbeidsovereenkomst kort voor de aanvang van de werkzaamheden tijdens de proeftijd had opgezegd, misbruik van de bevoegdheid tot opzegging had gemaakt.

⁶⁰ Uitgangspunt 2.2 van de NVP Sollicitatiecode (2009).

⁶¹ Zie in dit verband ook de uitgangspunten 1.1 en 1.2 van de NVP Sollicitatiecode (2009). Zie ook het eindrapport van de Commissie Selectieprocedure, Sociale Zaken, Verslagen en rapporten 1977-5, *Een sollicitant is ook een mens*, 's-Gravenhage, november 1977, pag. 23.

⁶² HvJ EG 17 oktober 1989, zaak 109/88 (*Danfoss*), *JUR.* 1989, p. 31-99, SEW 1992, p. 183 (m.nt. S. Prechal). Zie voorts de CGB-oordelen van 2 april 1996 (1996-20), 27 augustus 2007 (2007-158), 7 juli 2008 (2008-79) en 24 juli 2008 (2008-99). In hoofdstuk 6 van dit boek wordt gelijke behandeling bij werving en selectie afzonderlijk aan de orde gesteld.

maar door meer gespecificeerde functie-eisen op te nemen. Welbeschouwd vindt hierdoor reeds in de wervingsfase een eerste selectie plaats.

3.5 De rol van de ondernemingsraad

De ondernemingsraad (OR) speelt vanuit zijn eigen positie van inspraak- en medezeggenschapsorgaan een rol bij de werving en selectie van personeel. In het hiernavolgende wordt nader ingegaan op een aantal rechten van de OR die bij de werving en selectie van personeel van belang kunnen zijn.

Initiatiefrecht (artikel 23 WOR)

Voor de uitoefening van de zorgtaken die wettelijk (art. 28 van de Wet op de ondernemingsraden) aan de OR zijn toegekend, kan het aan de OR toegekende initiatiefrecht een belangrijk hulpmiddel zijn én een stimulans voor de ondernemer. Het recht van initiatief geldt zowel in als buiten de in de Wet op de ondernemingsraden genoemde overlegvergaderingen.⁶³ Het initiatiefrecht kan dienst doen als een achterdeur om met de ondernemer in overleg te komen over de sociale, organisatorische, financiële en economische aangelegenheden die de onderneming betreffen. Daarmee heeft de OR de mogelijkheid om aan de ondernemer voorstellen te doen in het kader van de werving en selectie van personeel en voorkoming of bestrijding van discriminatie in de onderneming. De werkgever is niet verplicht om op een in de overlegvergadering ingediend voorstel een besluit te nemen. Aan de indiening van een (mondeling) voorstel in de overlegvergadering zijn geen vormvereisten verbonden. Ook hoeft het voorstel niet te worden gemotiveerd. Dat ligt anders bij een (schriftelijk) voorstel dat buiten de overlegvergadering wordt gedaan. Daarvoor gelden namelijk wel vormvereisten. Zo moet dit voorstel worden toegelicht en schriftelijk worden ingediend. De werkgever kan het voorstel niet zomaar naast zich neerleggen. Hij moet het minimaal één keer in een overlegvergadering bespreken. Voorts dient de ondernemer zijn besluit zo spoedig mogelijk schriftelijk en gemotiveerd aan de ondernemingsraad mede te delen.

Als de ondernemer het door de OR buiten de overlegvergadering ingediende voorstel afwijst, staat de OR in beginsel met lege handen. Tot op heden staat de OR immers geen rechtsmiddel ter beschikking tegen de beslissing. Een uitzondering moet worden gemaakt voor de situatie waarin ondernemer en ondernemingsraad bij convenant in de mogelijkheid hebben voorzien om het door de ondernemer genomen besluit door een interne of externe beroepsinstantie op redelijkheid te laten toetsen. In dat geval is het verstandig om in het convenant ook de gevolgen van het oordeel van de beroepsinstantie te regelen. Ook als niet door middel van een convenant in een beroepsmogelijkheid tegen het -afwijzende- besluit van de ondernemer op het initiatiefvoorstel is voorzien, kan gebruikmaking van het initiatiefrecht toch zinvol zijn. Als een ondernemer immers bij herhaling initiatiefvoorstellen afwijst, die de OR over een bepaalde aangelegenheid heeft gegeven, kan een individuele sollicitant of

⁶³ Zie ook F.W.H. Vink en R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu 2008, p. 117.

werknemer daardoor wellicht, afhankelijk van de overige omstandigheden van het geval, met succes stellen dat de ondernemer daarmee heeft gehandeld in strijd met de eisen van goed werkgeverschap en daardoor schadeplichtig is. Een goede motivering van het initiatiefvoorstel door de OR is daarbij onontbeerlijk. Het recht van initiatief is met name bedoeld voor zaken die buiten het adviesrecht en instemmingsrecht van de OR vallen. Het initiatiefrecht is daardoor voor de werving en selectie van personeel, bij het voorkomen en bestrijden van ongelijke behandeling bij werving en selectie, en ook daarbuiten, voor de OR een belangrijk gereedschap.

Alhoewel de ondernemingsraad geen sancties op kan leggen, heeft hij wel de mogelijkheid om⁶⁴ een kwestie ter behandeling voor te leggen aan de Commissie Gelijke Behandeling (art. 12 lid 2 sub d AWGB).

Adviesrecht (artikel 25 WOR)

De ondernemer dient de ondernemingsraad op grond van artikel 25 lid 1 sub g WOR in de gelegenheid te stellen advies uit te brengen over elk door hem voorgenomen besluit tot het groepsgewijze werven of inlenen van arbeidskrachten. De ondernemingsraad brengt zijn advies echter niet eerder uit dan nadat over de betrokken aangelegenheid tenminste éénmaal overleg is gepleegd in een overlegvergadering (art. 25 lid 4 WOR). Als de OR nalaat om het advies uit te brengen of dit in een te laat stadium uitbrengt, kan dit ertoe leiden dat het door de OR tegen het besluit van de ondernemer ingestelde beroep, door de Ondernemingskamer niet-ontvankelijk wordt verklaard.⁶⁵ De OR doet er daarom dan ook verstandig aan om in geval van twijfel over het uit te brengen advies, negatief te adviseren.⁶⁶

Het groepsgewijs werven van arbeidskrachten heeft betrekking op wervingscampagnes die erop gericht zijn voor de onderneming bijzondere groepen personeelsleden aan te trekken.⁶⁷ Hierbij moeten we denken aan incidentele wervingscampagnes, waarbij wordt afgeweken van het gebruikelijke aanstellingsbeleid in de onderneming.⁶⁸ Als de ondernemer evenwel vaker dan incidenteel bijzondere groepen personeel werft of arbeidskrachten inleent, kan dit als een wijziging van het aanstellingsbeleid worden aangemerkt dat instemmingsplichtig is.⁶⁹ Bij het groepsgewijze inlenen van arbeidskrachten gaat het om het tewerkstellen van een groep uitzendkrachten op een bepaald moment of het afsluiten van een mantelovereenkomst voor het in de toekomst inlenen van uitzendkrachten.⁷⁰ Het sluiten van een overeenkomst

⁶⁴ Zie § 6.5 van dit boek.

⁶⁵ Hof Amsterdam (OK) 9 april 1992, ROR 1992/18.

⁶⁶ Hof Amsterdam (OK) 6 oktober 1994, JAR 1994/231.

⁶⁷ Zie o.a. L.C.J. Sprengers, *T&C Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2008, art. 25 WOR, aant. 8.

⁶⁸ *Kamerstukken II* 1975-1976, 13 954, nrs. 1-3, p. 38. Zie ook *SER Advies* 1975/14, p. 24. De Raad overwoog in dit advies dat besluiten tot inlening of werving van grote invloed kunnen zijn op de werksituatie van het personeel en achtte overleg hierover met de OR daarom van bijzonder belang.

⁶⁹ Het instemmingsrecht komt hierna in deze paragraaf aan de orde.

⁷⁰ *Kamerstukken II* 1975-1976, 13 954, nr. 1-3, p. 38.

met een uitzendbureau voor het inlenen van individuele uitzendkrachten, is niet onderworpen aan het adviesrecht.⁷¹

Zoals het woord 'groepsgewijze' al aangeeft, geldt het adviesrecht niet bij het individueel werven of inlenen van arbeidskrachten, waardoor een individuele sollicitant niet onder het adviesrecht van de ondernemingsraad valt.⁷² Een inlening die qua tijdsduur en omvang zeer beperkt is, is evenmin adviesplichtig.⁷³ Ook de tijdelijke vervanging van werknemers door uitzendkrachten valt niet onder het adviesrecht van de ondernemingsraad. De conclusie moet dan ook zijn dat de ondernemingsraad zijn adviesrecht niet in een individuele sollicitatieprocedure geldend kan maken, waardoor een individuele sollicitant niet door het adviesrecht van de OR kan worden geholpen.

Op grond van artikel 25 lid 2 van de Wet op de ondernemingsraden dient de ondernemer het advies op een zodanig tijdstip te vragen dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit. Onder omstandigheden kan dit ertoe leiden dat de ondernemer reeds bij een voorgenomen principebesluit het advies van de ondernemingsraad dient in te winnen, omdat medezeggenschap in een later stadium slechts marginaal zou zijn.⁷⁴ Artikel 25 lid 3 WOR bepaalt dat de adviesaanvraag schriftelijk wordt gedaan. Als de ondernemer een adviesaanvraag eerst indient nadat het besluit al is genomen, loopt hij het risico dat het besluit op grond van kennelijke onredelijkheid moet worden ingetrokken, omdat de rechten van de ondernemingsraad hiermee zijn geschonden.

Voorts dient de ondernemer het voorgenomen besluit te motiveren en de ondernemingsraad bij de adviesaanvraag van informatie te voorzien.⁷⁵ Het gaat dan in beginsel om informatie die naar het oordeel van de ondernemingsraad nodig is om een verantwoord advies over het voorgenomen besluit te kunnen uitbrengen.⁷⁶ De ondernemingsraad kan bij de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam beroep instellen tegen het besluit van de ondernemer, indien het genomen besluit niet in overeenstemming is met het door de OR gegeven advies, hetzij na het nemen van een besluit feiten en omstandigheden bekend zijn geworden die, waren zij aan de ondernemingsraad bekend geweest ten tijde van het uitbrengen van zijn advies, aanleiding zouden kunnen zijn geweest om het advies niet uit te brengen zoals het is uitgebracht (art. 26 lid 1 WOR). De OR kan eveneens de beroepsprocedure bij de

71 L.C.J. Sprengers, *De wet op de Ondernemingsraden bij de overheid. Op weg naar een arbeidsrecht voor ambtenaren en werknemers*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 1998, p. 341.

72 L.C.J. Sprengers, *De wet op de Ondernemingsraden bij de overheid. Op weg naar een arbeidsrecht voor ambtenaren en werknemers*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 1998, p. 341. Zie ook F.W.H. Vink en R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu 2008, p. 143.

73 F.W.H. Vink en R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu 2008, p. 143. Zie ook Ktr. Rotterdam 21 november 1994, ROR 1995, 19.

74 HR 7 oktober 1998, JAR 1998/251 (*NS Reizigers*).

75 Hof Amsterdam (OK) 3 juni 1999, JAR 1999/147.

76 Hof Amsterdam (OK) 12 december 2003, ARO 2003, 196.

Ondernemingskamer volgen als de OR en de ondernemer afspraken hebben gemaakt over uitbreiding van het adviesrecht van de OR (art. 32 lid 2 WOR).⁷⁷ Het verzoekschrift van de OR waarmee de beroepsprocedure bij de OK wordt aangezwengeld, moet duidelijk maken op welke punten het besluit of de totstandkoming van het besluit van de ondernemer kennelijk onredelijk is. Het is niet voldoende dat de ondernemingsraad met vage bewoordingen en algemene stellingen komt. Ook moet het advies van de OR betrekking hebben op die zaken waarover de ondernemer advies heeft gevraagd.⁷⁸

Als het na het advies van de OR genomen besluit afwijkt van het advies van de ondernemingsraad, dient deze afwijking door de ondernemer te worden gemotiveerd. Aan deze motiveringsplicht stelt de Ondernemingskamer hoge eisen.⁷⁹ Onvoldoende motivering kan er zelfs toe leiden dat de ondernemer wordt veroordeeld om het besluit in te trekken en de gevolgen ervan ongedaan te maken.⁸⁰ Voorts dient de ondernemer het besluit, in geval van afwijking van het OR-advies, gedurende één maand op te schorten, tenzij de ondernemingsraad dit niet nodig vindt (art. 25 lid 6 WOR).

De toetsing van ondernemingsbesluiten door de Ondernemingskamer aan art. 26 lid 4 WOR, is evenwel slechts marginaal. De Ondernemingskamer dient op basis van de bij het besluit betrokken belangen na te gaan of de ondernemer in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. De Ondernemingskamer onderzoekt in dit kader of de ondernemer aan de voorschriften van art. 25 WOR heeft voldaan en let daarbij tevens op de personele gevolgen van het besluit. In veel gevallen is de beslissing van de Ondernemingskamer waarbij het door de ondernemer gesloten besluit kennelijk onredelijk wordt verklaard, een Pyrrhus-overwinning. Meestal begint de ondernemer na een dergelijke uitspraak opnieuw door wederom aan de OR advies te vragen, onder verbetering van de gemaakte procedurele fouten.

In de jurisprudentie is verder nog uitgemaakt dat de OR, vertegenwoordigd door zijn voorzitter, ook buiten de in de artikelen 26 en 36 WOR geregelde gevallen procesbevoegdheid toekomt, waar dit in het belang is van een doelmatige vervulling van de taak die de OR in de WOR is toegedacht. Daarbij valt onder meer te denken aan een geval waarbij de OR, ten behoeve van de werknemers die hij placht te vertegenwoordigen, nakoming van de ondernemer verlangt van door hem met die ondernemer in het kader van een adviesaanvraag gemaakte afspraken.⁸¹

77 HR 17 maart 1993, *ROR* 1993/16 (*Smit Vlootbeheer*). Zie voorts het onderdeel Instemmingsrecht in § 3.5 van dit boek over de mogelijkheden om het adviesrecht of instemmingsrecht van de OR verder uit te breiden.

78 Hof Amsterdam (OK) 18 februari 1999, *JAR* 1999/60.

79 Zie o.a. Hof Amsterdam (OK) 7 juli 1988, *NJ* 1989, 845, Hof Amsterdam (OK) 16 december 1993, *NJ* 1995, 49, *JAR* 1994/14, Hof Amsterdam (OK) 19 december 1996, *JAR* 1997/22 en Hof Amsterdam (OK) 10 mei 1999, *ROR* 1999/22.

80 Hof Amsterdam (OK) 29 december 2003, *JAR* 2004/44.

81 Gerechtshof Arnhem 15 juli 2008, *JAR* 2008/314.

Instemmingsrecht (artikel 27 WOR)

De ondernemer behoeft de instemming van de ondernemingsraad voor elk voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een regeling op het gebied van het aanstellings-, ontslag- of bevorderingsbeleid (art. 27 lid 1 sub e WOR). Om van een voorgenomen besluit in de zin van artikel 27 WOR te kunnen spreken, moet het onderwerp voldoende concreet zijn.⁸² Het gaat bij het aanstellingsbeleid om het vastleggen van binnen de onderneming gebruikelijke werkwijzen op het gebied van het aanstellingsbeleid, het ontslagbeleid en het bevorderingsbeleid. Alhoewel blijkens de wetsgeschiedenis de opsomming van regelingen waarvoor het instemmingsrecht geldt, limitatief is,⁸³ kan naar mijn mening uit de summiere toelichting bij de herziening van de Wet op de ondernemingsraden worden afgeleid dat de wetgever elk besluit van algemene strekking met betrekking tot deze materie onder de werking van de wet wenste te brengen. De wetgever heeft -kortom- een ruime toepassing aan deze begrippen willen geven.⁸⁴ Dit komt naar mijn mening tevens tot uitdrukking door het gebruik van de woorden 'op het gebied van' in de tekst van artikel 27 lid 1 sub e WOR. We moeten bij het aanstellingsbeleid dan ook denken aan bepalingen op het gebied van de werving en selectie van personeel, zoals bijvoorbeeld de wijze van bekendmaking van vacatures, voorrangsbeleid voor interne sollicitanten, de toepasselijkheid van een sollicitatiecode die de behandeling van sollicitanten regelt, de toepassing van voorkeursbeleid, speciale aandacht bij werving en selectie voor zwakke groeperingen op de arbeidsmarkt, gelijke kansen voor gehandicapte en niet-gehandicapte werknemers en de herindiensttreding van ex-werknemers. Ook regelingen met betrekking tot de aanstelling voor bepaalde of onbepaalde tijd, bepalingen over de proeftijd, concurrentiebeding en bijvoorbeeld de voorwaarden voor inschakeling van inleenkrachten vallen hieronder. Het gaat hier om de totstandkoming of wijziging⁸⁵ van algemene regelingen op het gebied van het aanstellingsbeleid⁸⁶ die betrekking hebben op één of meer groepen daarvan. Het instemmingsrecht van de ondernemingsraad kan dus niet bij een individuele aanstelling, bij een individueel ontslag of een individuele bevordering geldend worden gemaakt.⁸⁷ Als 'groep' wordt aangemerkt een categorie van werknemers met overeenkomstige kenmerken of belangen.⁸⁸ Sollicitanten, thuiswerkenden en andere personen die in bepaalde mate van de onderneming afhankelijk zijn, vallen echter evenzeer onder de reikwijdte van art. 27 WOR.⁸⁹ Besluiten ten aanzien van

82 Kantonrechter Amsterdam 16 oktober 1980, ROR 1971-1984, nr. 103.

83 *Kamerstukken II* 1977-1978, 13 954, nr. 109, 29; nr. 110, 26-27, nr. 143; *Handelingen Tweede Kamer*, 21 september 1978, 79. Zie ook F.W.H. Vink en R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu 2008, p. 162.

84 *Kamerstukken II* 1975-1976, 13 954, nrs. 1-3, p. 44.

85 Zie ook L.C.J. Sprengers, *De wet op de Ondernemingsraden bij de overheid. Op weg naar een arbeidsrecht voor ambtenaren en werknemers*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 1998, p. 371 en *Kamerstukken I* 1978-1979, 13 954, nr. 8d, p. 22.

86 Zie ook L.C.J. Sprengers, *De wet op de Ondernemingsraden bij de overheid. Op weg naar een arbeidsrecht voor ambtenaren en werknemers*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 1998, p. 374.

87 Zie ook M.G. Rood en P.F. van der Heijden, *Rood's wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2004, p. 345.

88 Zie o.a. F.W.H. Vink, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu 2008, p. 163-164. Zie ook F. Koning, *Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht*, diss. Groningen 1987, Deventer: Kluwer, p. 41.

89 F.W.H. Vink en R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu 2008, p. 163-164.

individuele werknemers of andere personen vallen evenwel niet onder de werking van artikel 27 WOR.⁹⁰ Het doel van de regeling geldt als uitgangspunt om te beoordelen of een regeling onder de reikwijdte van art. 27 lid 1 WOR valt.⁹¹ De OR kan dan ook via gebruikmaking van het instemmingsrecht geen invloed uitoefenen op de inhoud van een individuele arbeidsovereenkomst.⁹² Overigens is iedere wijziging van zo'n algemene regeling instemmingsplichtig, los van de vraag of deze hierdoor inhoudelijk verandert.⁹³ Blijkens de wetsgeschiedenis dient de ondernemingsraad zelfstandig te kunnen beoordelen of hij de voorgestelde wijziging al dan niet relevant acht.⁹⁴ Een enkel verschil in interpretatie van een bepaalde regeling tussen OR en ondernemer is onvoldoende om een besluit tot wijziging van het beleid aan te nemen.⁹⁵

Los van het aspect dat iedere wijziging van een algemene regeling in de zin van art. 27 lid 1 WOR als instemmingsplichtig geldt, verkrijgt het instemmingsrecht nog een extra sterke werking doordat het meer dan incidenteel afwijken van zo'n regeling in de rechtspraak eveneens als een instemmingsplichtige wijziging wordt aangemerkt.⁹⁶ Of er slechts sprake is van een incidenteel afwijken, moet worden beoordeeld aan de hand van de concrete feiten en omstandigheden. Een bestuurder stelde de nieuw gecreëerde functie van 'medewerker algemene dienst' in afwijking van de bestaande regeling op het gebied van het aanstellingsbeleid, niet eerst intern ter beschikking, maar liet deze direct vervullen door iemand van buiten de onderneming. Volgens de bestuurder had het besluit slechts betrekking op een individueel personeelslid, waarbij geen aparte functiegroep was gecreëerd. Hij stelde zich daarom op het standpunt dat er geen sprake was van een regeling als bedoeld in artikel 27 lid 1 sub f WOR.⁹⁷ Tot een inhoudelijk advies van de bedrijfscommissie hierover kwam het niet, omdat de kwestie door de Bedrijfscommissie voor de Overheid (BCO) werd bemiddeld.⁹⁸ Jellinghaus en Van Drongelen⁹⁹ stellen zich op basis van de feiten en omstandigheden in deze kwestie op het standpunt dat het afwijken van het aanstellingsbeleid door de bestuurder van de regel dat een aan te bieden functie eerst intern

90 *Kamerstukken I 1978-1979*, 13 954, nr. 8d, p. 22. Zie ook het in opdracht van de regering uitgebrachte advies inzake uitbreiding bevoegdheden ondernemingsraad van de Sociaal-Economische Raad (SER), uitgave van de Sociaal-Economische Raad, 1968, nr. 13, p. 20. Zie ook F. Koning, *Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht*, diss. Groningen 1987, Deventer: Kluwer, p. 41 en L.C.J. Sprengers, *De wet op de Ondernemingsraden bij de overheid. Op weg naar een arbeidsrecht voor ambtenaren en werknemers*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 1998, p. 370.

91 HR 20 december 2002, *JAR* 2003/19 (*OR Holland Casino*).

92 Zie ook F. Koning, *Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht*, diss. Groningen 1987, Deventer: Kluwer, p. 83.

93 Bedrijfscommissie voor de Overheid 22 februari 2006 (Algemene inspectiedienst Ministerie van Landbouw, niet gepubliceerd).

94 *Kamerstukken I 1978-1979*, 13 954, nr. 8d, p. 22. ingsbesluit

95 Rb. Amsterdam 4 januari 2007 (*Regiopolitie Amsterdam-IJsselland*, niet gepubliceerd). Zie ook Gerechtshof's-Hertogenbosch 1 november 2005, besluit tot invoering taakroulatie impliceert niet dat er sprake is van wijziging van het aanstellingsbeleid (niet gepubliceerd).

96 Het incidenteel niet opvolgen van een regeling leidt niet direct tot de conclusie dat sprake is van wijziging van de betreffende regeling. Zie Ktr. Rotterdam 20 augustus 1981, *ROR* 1971-1984, nr. 106. Zie ook Ktr. Amsterdam 4 januari 2007, *JAR* 2007, 63.

97 Thans art. 27 lid 1 sub e WOR.

98 Bedrijfscommissie voor de Overheid 20 april 1998, RP 98025.

99 J. van Drongelen en S.F.H. Jellinghaus, *Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2008, p. 220.

ter beschikking wordt gesteld, in casu instemmingsplichtig was. Dit standpunt, dat door hen overigens niet wordt gemotiveerd, kan ik niet volgen. Uit de toelichting van de bestuurder volgt immers dat deze slechts in dit specifieke geval is afgeweken van het binnen de onderneming nog steeds geldende aanstellingsbeleid. Niet gebleken is dat dit standpunt door de OR werd weersproken. Een slechts incidentele afwijking van de regeling dus, die naar mijn mening om die reden niet instemmingsplichtig is. Uit een zaak waarin eveneens door de bestuurder van het aanstellingsbeleid op het aspect van voorrang van interne kandidaten bij werving en selectie werd afgeweken en waarin ruim tien jaar later door de Bedrijfscommissie voor de Overheid werd geadviseerd, blijkt dat de door een bestuurder of ondernemer gegeven toelichting om van het aanstellingsbeleid af te wijken, voor de beoordeling of het besluit al dan niet instemmingsplichtig is, van grote waarde kan zijn. Alhoewel de bestuurder zich in dit geval op het standpunt stelde dat het handelde om één individueel geval, volgde nu juist uit diens toelichting dat de door hem genoemde argumenten voor het afwijken van het aanstellingsbeleid op dit punt, duurzaam van aard waren. Daarom concludeerde de bedrijfscommissie dat het besluit wel degelijk instemmingsplichtig was, nu er kennelijk geen sprake was van slechts een incidentele afwijking.¹⁰⁰ Een ander interessant aspect dat in deze zaak nog speelde, was het meer subsidiaire standpunt van de bestuurder dat indien de bedrijfscommissie tot de conclusie mocht komen dat sprake was van een gewijzigd beleid dat ten onrechte niet ter instemming aan de ondernemingsraad is voorgelegd, er geen sprake zou kunnen zijn van het terugdraaien van het benoemingsbesluit. Met dit standpunt maakte de bedrijfscommissie naar mijn mening terecht korte metten. Deze zienswijze miskent volgens de bedrijfscommissie de bevoegdheden van de ondernemingsraad op grond van artikel 27 WOR. Een andere zienswijze zou er volgens de bedrijfscommissie toe leiden dat het instemmingsrecht illusoir wordt. Om onder de reikwijdte van art. 27 WOR te vallen, dient het besluit eveneens een permanent karakter te hebben.¹⁰¹ Om die reden wordt bijvoorbeeld een uitsluitend voor een bepaalde reorganisatie in het leven geroepen sociaal plan, dat slechts bestemd is voor een eenmalige toepassing, niet als een regeling aangemerkt waarvoor de ondernemingsraad instemmingsrecht toekomt.¹⁰² Dit neemt echter niet weg dat incidentele maatregelen en tijdelijke regelingen als instemmingsplichtig kunnen worden aangemerkt, indien zij duurzame, moeilijk omkeerbare gevolgen kunnen hebben voor het personeel.¹⁰³

De OR kan het instemmingsrecht bij het aanstellingsbeleid ook benutten bij de naleving van de Wet op de medische keuringen door de ondernemer. Medische keuringen maken deel uit van het aanstellingsbeleid en hetzelfde geldt voor een

¹⁰⁰ Bedrijfscommissie voor de Overheid (BCO) 15 januari 2009, RP. 130.

¹⁰¹ *Kamerstukken II 1975-1976, nr. 3, p. 44.* Zie tevens L.C.J. Sprengers, *De wet op de Ondernemingsraden bij de overheid; op weg naar een arbeidsrecht voor ambtenaren en werknemers*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 1998, p. 370, F. Koning, *Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht*, diss. Groningen 1987, Deventer: Kluwer, p. 42, F.W.H. Vink en R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu 2008, p. 163.

¹⁰² Voorzieningenrechter Rb. Amsterdam 28 februari 2008, JAR 2008/122.

¹⁰³ W.H. Vink en R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu 2008, p. 163. Zie ook T.J. Vlot, 'Tijdelijke besluiten en de WOR', *ArbeidsRecht* 2003/3, p. 14-17.

regeling die functies omschrijft waarvoor een medische keuring nodig wordt geacht.¹⁰⁴ Het doel van deze vastlegging is om eenheid in deze werkwijzen aan te brengen. De ondernemer dient het te nemen besluit schriftelijk aan de ondernemingsraad voor te leggen en hem een overzicht te verstrekken van de beweegredenen voor het besluit, alsook de daarvan volgens hem te verwachten gevolgen. Als de ondernemingsraad geen instemming verleent aan het voorgenomen besluit, kan de ondernemer aan de kantonrechter toestemming vragen om het besluit te nemen. Voor het verlenen van toestemming door de kantonrechter gelden de toetsingscriteria van artikel 27 lid 4 WOR. Deze houden in dat de kantonrechter slechts zijn toestemming geeft als de beslissing van de ondernemingsraad om geen instemming te geven onredelijk is, of het voorgenomen besluit van de ondernemer geveerd wordt door zwaarwegende bedrijfsorganisatorische, bedrijfseconomische of bedrijfssociale redenen.

De OR van Arriva Openbaar Vervoer NV weigerde akkoord te gaan met een nieuwe werktijdregeling, maar stemde wel voorwaardelijk in met de invoering van een nieuw softwaresysteem waarmee (concept)dienstregelingen en dienstroosters kunnen worden opgesteld. Arriva verzocht daarop vervangende toestemming van de kantonrechter voor de nieuwe werktijdregeling, maar voerde deze reeds vóór het vragen van vervangende toestemming in. De kantonrechter verleende Arriva de gevraagde (vervangende) toestemming. Het gerechtshof oordeelde in hoger beroep dat de argumenten van Arriva voor de invoering van een nieuwe werktijdregeling niet zwaarder wogen dan de argumenten van de OR. Het hof oordeelde daarom dat de beslissing van de ondernemingsraad om niet in te stemmen met de werktijdregeling, redelijk was. Om die reden vernietigde het hof de uitspraak van de kantonrechter. Het hof zag evenwel geen aanleiding om Arriva een verbod op te leggen. Daartoe achtte het hof onvoldoende zwaarwegende gronden aanwezig. Bij een verbod zou de oude werktijdenregeling weer gelden en dit zou -aldus het hof- verstrekkende gevolgen hebben. Bovendien had de ondernemingsraad wel ingestemd met het nieuwe softwaresysteem. Voorts achtte het hof van belang dat Arriva inmiddels ruime ervaring met de nieuwe diensten en werkroosters had opgedaan en de ondernemer wel om instemming van de OR over het verbeterde nieuwe softwaresysteem had gevraagd. Het gerechtshof oordeelde om deze redenen dat Arriva en de ondernemingsraad in overleg moesten treden.¹⁰⁵ Daarmee kwam het hof Arriva op praktische wijze tegemoet. Dit ondanks de omstandigheid dat de ondernemer niet conform het systeem van artikel 27 lid 4 WOR de vervangende toestemming van de kantonrechter had afgewacht, alvorens tot de invoering van de nieuwe werktijdregeling over te gaan en evenmin gebruik had gemaakt van de mogelijkheid om in voorlopige voorziening (gedeeltelijke) uitvoering van het voorgenomen besluit te verzoeken.

De ondernemingsraad kan de nietigheid van het besluit inroepen binnen een maand na mededeling van het besluit (art. 27 lid 5 WOR). In dat geval kan de ondernemingsraad de kantonrechter verzoeken de ondernemer een verbod op te leggen tot uitvoering van het nietige besluit (art. 27 lid 6 WOR).

104 C.W.G. Rayer en I.P. Asscher-Vonk, *Aanstellingskeuringen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 32.

105 Hof Leeuwarden 31 mei 2006, JAR 2006/154.

Ook valt het instellen van een vacaturestop niet onder het instemmingsrecht. Het Gerechtshof Den Haag oordeelde dat een vacaturestop geen regeling is op het gebied van het aanstellingsbeleid als bedoeld in artikel 27 lid 1 sub e WOR. Blijkens de wetsgeschiedenis is het –aldus het hof– niet de bedoeling van de wetgever geweest om de ondernemingsraad een instemmingsrecht te geven met betrekking tot de wijziging van primaire arbeidsvoorwaarden.¹⁰⁶ Tegen die achtergrond kan volgens het hof het besluit van de ondernemer om tijdelijk geen werknemers aan te nemen of in bepaalde functies aan te stellen, niet worden beschouwd als een besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een regeling op het gebied van het aanstellingsbeleid dat de instemming van de OR zou behoeven. Het besluit tot een tijdelijke vacaturestop is volgens het hof immers nog fundamenteeler dan een besluit op het gebied van de primaire arbeidsvoorwaarden en ligt op het terrein van de vakbonden.¹⁰⁷ Het instemmingsrecht heeft voorts een subsidiair karakter. Het vervalt als de aangelegenheid reeds bij collectieve arbeidsovereenkomst is geregeld of in een regeling van arbeidsvoorwaarden die door een publiekrechtelijk orgaan is vastgesteld (art. 27 lid 3 WOR). Bij de constatering of het instemmingsrecht daadwerkelijk op deze wijze is komen te vervallen, is voorzichtigheid vereist. Het instemmingsrecht vervalt namelijk eerst indien de cao de aangelegenheid inhoudelijk regelt.¹⁰⁸ Als de cao-regeling de ondernemer voor een bepaalde aangelegenheid nog enige speelruimte toestaat voor een nadere invulling van de regeling, zoals bijvoorbeeld het geval is bij een raamcao, dan is die nadere invulling aan het instemmingsrecht onderworpen.¹⁰⁹ Daarmee verkrijgt de ondernemingsraad een belangrijkere rol en een grotere verantwoordelijkheid op het terrein van het sociale beleid in de onderneming. Bovendien kan de ondernemingsraad zijn invloed bij het aanstellingsbeleid verder versterken door het sluiten van een ondernemingsovereenkomst als bedoeld in artikel 32 WOR. Middels een dergelijke overeenkomst kunnen aan de ondernemingsraad meer bevoegdheden dan de in de WOR genoemde worden toegekend.¹¹⁰ Uit de rechtspraak blijkt dat het instemmingsrecht ook door gedane toezeggingen van een ondernemer jegens de OR over die bevoegdheden kan worden uitgebreid (art. 32 lid 2 WOR).¹¹¹ Als de ondernemer die toezeggingen, bijvoorbeeld in geval van een wijziging van de structuur van de onderneming, wenst op te zeggen, dient dit duidelijk te worden afgesproken en bij

¹⁰⁶ Bij primaire arbeidsvoorwaarden moeten we denken aan de hoogte van de beloning en de duur van de arbeidstijd. Zie o.a. W.H. Vink en R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu 2008, p. 162.

¹⁰⁷ Hof Den Haag 19 november 2002, *JAR* 2003/15 en HR 10 september 2004, *JAR* 2004/238. De Hoge Raad verklaarde het tegen dit arrest ingestelde cassatieberoep niet-ontvankelijk, wegens het ontbreken van belang, omdat de vacaturestop inmiddels was opgeheven.

¹⁰⁸ W.H. Vink en R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu 2008, p. 171. Zie ook Rb. Amsterdam 12 januari 1993, *ROR* 1993, nr. 23.

¹⁰⁹ Rb. Haarlem 7 april 1987 en 2 augustus 1988, *ROR* 88, 36 (Bols). Zie ook Gerechtshof 's-Gravenhage 29 november 2002, *ROR* 2003, nr. 13. Zie voorts L.C.J. Sprengers, *De wet op de Ondernemingsraden bij de overheid. Op weg naar een arbeidsrecht voor ambtenaren en werknemers*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 1998, p. 385-386.

¹¹⁰ Zie in dit verband o.a. G.J.J. Heerma van Voss: 'De ondernemingsovereenkomst, een bijzondere overeenkomst' in: *De Le(e)nigheid van het Sociaal Recht, Liber Amicorum voor Leen van den Heuvel*, Amsterdam: Vrije Universiteit 2006, p. 363 e.v.

¹¹¹ Rb. Den Haag 29 april 1997, *JAR* 1997/199.

die opzegging een redelijke termijn in acht te worden genomen.¹¹² Op deze wijze kan per onderneming nadere invulling worden gegeven aan het door de WOR uitgestippelde kader. Hierdoor kan per onderneming maatwerk worden geleverd, toegespitst op de specifieke situatie binnen de onderneming (art. 35 c lid 3 en 53 d lid 2 WOR). Ook kan zelfs uitbreiding van het instemmingsrecht worden verkregen doordat de ondernemer in het verleden meermalen zonder voorbehoud de instemming van de ondernemingsraad heeft verzocht en bij de wijziging van een bepaalde regeling het daardoor terecht is dat bij een voorgenomen nieuwe wijziging van die regeling wederom om instemming van de OR wordt gevraagd.¹¹³

Daarenboven kunnen in een ondernemingsovereenkomst ook procedureafspraken over de uitoefening van deze bevoegdheden worden gemaakt.¹¹⁴ In kleinere ondernemingen met tenminste 10, doch minder dan 50 daarin werkzame personen, bestaat ook voor een personeelsvertegenwoordiging de mogelijkheid om een ondernemingsovereenkomst te sluiten (art. 35 b WOR). De looptijd van ondernemingsovereenkomsten is, tenzij anders overeengekomen, in beginsel onbepaald.¹¹⁵ De ondernemingsraad heeft bij niet-nakoming van de ondernemingsovereenkomst, de mogelijkheid om daarvan nakoming te eisen. Na de bij de wet voorgeschreven voorafgaande schriftelijk te verzoeken inschakeling van de bedrijfscommissie voor bemiddeling en advies (art. 36 lid 3 WOR),¹¹⁶ kan de ondernemingsraad aan de kantonrechter verzoeken om te bepalen dat de ondernemer gevolg dient te geven aan hetgeen bij of krachtens de WOR is bepaald (art. 36 lid 2 WOR).

Een andere mogelijkheid om de ondernemingsraad aanvullende bevoegdheden toe te kennen is om het adviesrecht of het instemmingsrecht -eventueel bij cao-¹¹⁷ verder uit te breiden. Een ontwikkeling die hierbij past is dat in toenemende mate in cao's aan de ondernemingsraad de bevoegdheid wordt toegekend om arbeidsvoorwaarden op een aantal punten nader uit te werken. Voorts kunnen ondernemer en ondernemingsraad ook buiten deze genoemde mogelijkheden om, afspraken maken over de toekenning van extra bevoegdheden aan de ondernemingsraad voor wat betreft de

112 Pres. Rb. Den Haag 3 april 1996, JAR 1996/111. In dezelfde zin Gerechtshof Den Haag 3 november 2006, (Gemeente Leiden, niet gepubliceerd).

113 Bedrijfscommissie Woningcorporatie 21 maart 2002, (Woningbouwvereniging Werkendam, niet gepubliceerd).

114 Zie ook G.J.J. Heerma van Voss, 'Medezeggenschap van werknemers met betrekking tot arbeidsvoorwaarden', *RM Themis* 1999/8, p. 266. Zie ook L.C.J. Sprengers, *De wet op de Ondernemingsraden bij de overheid. Op weg naar een arbeidsrecht voor ambtenaren en werknemers*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 1998, p. 419.

115 L.C.J. Sprengers, *De wet op de Ondernemingsraden bij de overheid. Op weg naar een arbeidsrecht voor ambtenaren en werknemers*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 1998, p. 420.

116 Zie ook Ktr. Heerlen 16 februari 2005, JAR 2005/88.

117 Zie in dit verband bijvoorbeeld de Grafimediacao (looptijd van 1 februari 2007 tot en met 31 januari 2010), de CAO Kinderopvang (looptijd van 1 mei 2008 tot en met 30 april 2009) en de CAO Ziekenhuizen (looptijd van 1 februari 2008 tot 1 maart 2009).

totstandkoming van primaire arbeidsvoorwaarden.¹¹⁸ Deze extra bevoegdheden kunnen overigens ook slechts worden toegekend indien in de betreffende cao of publiek-rechtelijke regeling hierover geen inhoudelijke afspraken zijn gemaakt.¹¹⁹ Deze vorm van zelfregulering heeft tot voordeel dat de arbeidsvoorwaarden hierdoor meer op de betreffende onderneming worden afgestemd, waardoor meer tegemoet kan worden gekomen aan de bestaande wensen binnen een individuele onderneming.¹²⁰

Het is de vraag of de externe sollicitant iets met het instemmingsrecht van de OR bij het aanstellingsbeleid of de eventueel nog via art. 32 WOR of middels cao-bepalingen verder uit te breiden bevoegdheden op dit gebied opschiet, nu de OR dit recht of deze bevoegdheden meestal zal aanwenden voor het beschermen van de reeds in de onderneming werkzame personen.¹²¹ Desalniettemin kan het met de OR vastgestelde aanstellingsbeleid wel van belang zijn voor de rechtspositie van de sollicitant. Via de invulling van vage normen, zoals de eisen van goed werkgeverschap of hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (art. 6:162 lid 2 BW), heeft de sollicitant een basis om nakoming van het door de OR vastgestelde aanstellingsbeleid af te dwingen.

Zorgplicht Ondernemingsraad (artikel 28 lid 3 WOR)

De ondernemingsraad heeft de taak om in algemene zin te waken tegen discriminatie in de onderneming en dient voorts de gelijke behandeling van vrouwen en mannen en de inschakeling van gehandicapten en minderheden in de onderneming te bevorderen (art. 28 lid 3 WOR). Vanuit deze zorgtaak is de ondernemingsraad in staat om individuele werknemers bij te staan in klachtenprocedures bij de Commissie Gelijke Behandeling. Hierdoor raakt de ondernemingsraad op de hoogte van diverse ontwikkelingen binnen de onderneming, waardoor het aanstellingsbeleid door gebruikmaking van het adviesrecht, initiatiefrecht en instemmingsrecht verder kan worden aangevuld en waar nodig verbeterd.¹²²

118 President Rechtbank Den Haag 19 mei 1992, JAR 1992/22. Dit laat onverlet dat de vakorganisaties bij het onderhandelen over de totstandkoming van primaire arbeidsvoorwaarden (dit zijn bijvoorbeeld: uurloon, onkostenvergoedingen, doorbetaling van salaris bij ziekte of in geval van vakantie, winstuitkeringen, toeslagen en arbeidsduur) voorrang hebben. Zie in dit verband art. 27 lid 3 WOR. Zie voorts L.C.J. Sprengers, *De wet op de Ondernemingsraden bij de overheid. Op weg naar een arbeidsrecht voor ambtenaren en werknemers*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 1998, diss., p. 383. G.J.J. Heerma van Voss, 'De ondernemingsovereenkomst, een bijzondere overeenkomst' in: *De Le(e)nigheid van het Sociaal Recht, Liber Amicorum voor Leen van den Heuvel*, Amsterdam: Vrije Universiteit 2006, p. 365. Zie ook *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 551, nr. 5, p. 9 en *Handelingen II* 4-10-1994, 6-235.

119 Zie ook L.C.J. Sprengers, *De wet op de Ondernemingsraden bij de overheid. Op weg naar een arbeidsrecht voor ambtenaren en werknemers*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 1998, diss., p. 421.

120 Zie in dit verband ook G.J.J. Heerma van Voss, 'Medezeggenschap van werknemers met betrekking tot arbeidsvoorwaarden', *RM Themis* 1999/8.

121 Zie ook I.P. Asscher-Vonk, *Toegang tot de dienstbetrekking*, diss. UvA, Samson H.D. Tjeenk Willink 1989, p. 23.

122 Zie ook I.P. Asscher-Vonk en A.C. Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 161.

Adviesrecht benoeming/ontslag bestuurder (artikel 30 WOR)

Een bestuurder bekleedt binnen een onderneming een belangrijke positie. Zijn functietaken en de wijze waarop hij zich van die taken kwijt, raken in hoge mate de belangen van allen die in de onderneming werkzaam zijn. Niet voor niets wordt dan ook door de wet voorgeschreven dat de ondernemer de ondernemingsraad in de gelegenheid dient te stellen om advies uit te brengen over elk door de ondernemer voorgenomen besluit tot benoeming of ontslag van een bestuurder van de onderneming (art. 30 lid 1 WOR). Dit adviesrecht komt de ondernemingsraad evenwel niet toe ten aanzien van benoemings- of ontslagbesluiten die door derden buiten de onderneming worden genomen.¹²³ Ook bij een voorgenomen tijdelijke benoeming van een bestuurder geldt dit adviesrecht.¹²⁴ Als de ondernemer tot benoeming van een bestuurder overgaat zonder voorafgaand advies van de OR, kan de ondernemer worden verplicht om het benoemingsbesluit in te trekken en de gevolgen van dit besluit ongedaan te maken.¹²⁵

Het advies van de ondernemingsraad moet bij een voorgenomen besluit tot benoeming of ontslag van een bestuurder van een onderneming zodanig vroegtijdig worden gevraagd, dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit (art. 30 lid 2 WOR). De OR kan in het kader van dit adviesrecht bij de wervings- en selectieprocedure worden ingeschakeld. Ook kan de OR op basis van daartoe met de ondernemer gemaakte afspraken een profielschets opstellen voor de te benoemen kandidaat.¹²⁶ De betrokkenheid van de ondernemingsraad bij de werving of selectie van een bestuurder kan nog verder worden versterkt door een vertegenwoordiger van de OR deel uit te laten maken van een selectiecommissie of een benoemingsadviescommissie. Sprengers heeft de suggestie gedaan om dit te formaliseren via aanpassing van artikel 30 WOR.¹²⁷ Een andere mogelijkheid om de invloed van de OR bij werving en selectie van de bestuurders te vergroten, is om de bevoegdheden van de OR op dit punt via ondernemingsovereenkomsten (art. 32 WOR) of eventueel bij cao verder uit te breiden. De ondernemingsraad heeft bij niet-nakoming van zijn aldus uitgebreide bevoegdheden bij de werving en selectie van een bestuurder de mogelijkheid om naleving van de bestaande afspraken ex art. 36 WOR bij respectievelijk de bedrijfscommissie en de kantonrechter te verzoeken.

Alhoewel de ondernemingsraad op deze wijze invloed kan hebben op de benoeming van een bestuurder, heeft hij niet de mogelijkheid om tegen het benoemingsbesluit bij

123 F.W.H. Vink en R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu 2008, p. 180.

124 Bedrijfscommissie voor de Overheid 20 juni 1997, JAR 1997/155.

125 Gerechtshof Amsterdam (OK) 27 juni 2008, ARO 2008/10 (*Connexxion Openbaar Vervoer*).

126 F.W.H. Vink en R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu 2008, p. 181. Zie in dit verband ook President Rechtbank Amsterdam 19 maart 1984, ROR 1971-1984, nr. 122. Het niet-nakomen van de afspraak om de OR bij de benoeming van een bestuurder te betrekken, werd door de president als onrechtmatig aangemerkt. Zie ook Rb. Haarlem 19 februari 1988, KG 1988, 133 (*Sichting Ziekenhuis De Heel*). In dit geval schorste de president het benoemingsbesluit in kort geding wegens niet-nakoming van de met de OR gemaakte afspraken over het functieprofiel van de nieuwe directeur.

127 L.C.J. Sprengers, *De wet op de Ondernemingsraden bij de overheid. Op weg naar een arbeidsrecht voor ambtenaren en werknemers*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 1998, p. 352.

de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam beroep in te stellen. Als de ondernemer de adviesprocedure niet juist heeft nageleefd, bijvoorbeeld als de ondernemingsraad niet om advies is gevraagd, kan eventueel in een kortgedingprocedure via de algemene geschillenregeling van artikel 36 lid 2 WOR worden verzocht om te bepalen dat de ondernemer gevolg dient te geven aan hetgeen bij of krachtens de WOR is bepaald.¹²⁸

De Centrale Ondernemingsraad (COR) van Wegener vorderde bij wijze van voorlopige voorziening bij de Kantonrechter te Apeldoorn schorsing van het besluit tot benoeming van twee nieuwe leden van de Raad van Bestuur. De COR stelde zich op het standpunt dat het benoemingsbesluit in strijd was met artikel 30 WOR. Volgens de COR was nog onduidelijk wat de omvang van de toekomstige Raad van Bestuur zou zijn en hoe de taken binnen de Raad van Bestuur zouden worden verdeeld. Door deze onduidelijkheid was de Centrale Ondernemingsraad (COR) nog niet in staat geweest om tot een advies te komen. Volgens de kantonrechter was de COR evenwel in staat geweest om advies over de voorgenomen benoemingen uit te brengen en was de beslissing van de OR om van die mogelijkheid geen gebruik te maken, een tactische keuze. De kantonrechter achtte het dan ook niet waarschijnlijk dat de benoemingen in de bodemprocedure zouden worden teruggedraaid en weigerde de verzochte voorziening.¹²⁹

Ten aanzien van het adviesrecht voor een voorgenomen besluit tot benoeming of ontslag van een bestuurder geldt evenmin een voor de ondernemer in acht te nemen opschortingstermijn na de schriftelijke mededeling van het besluit aan de OR. De mogelijkheid van de ondernemingsraad om op grond van artikel 2:15 jo. 2:18 BW de vernietiging van het benoemingsbesluit te vorderen, is hiermee in beginsel eveneens uitgesloten, nu de Wet op de ondernemingsraden tegen besluiten een specifieke rechtsgang kent. Als aan dit uitgangspunt voorbij zou worden gegaan, wordt in strijd met de bedoeling van de wetgever, met behulp van artikel 2:15 BW, via de achterdeur een beroepsrecht gerealiseerd.¹³⁰ De weg om vernietiging van het benoemingsbesluit te vorderen, staat voor de OR echter wellicht wel open in die gevallen waarbij de WOR niet in een specifieke rechtsgang tegen het besluit voorziet.¹³¹

Recht op informatie (artikel 31b WOR)

Naast de mogelijkheid om via de begeleiding van werknemers in individuele klachtprocedures bij de Commissie Gelijke Behandeling informatie te verkrijgen over de wijze waarop de ondernemer uitvoering geeft aan het aanstellingsbeleid, heeft

¹²⁸ Zie ook HR 17 maart 1993, ROR 1993, nr. 16, waarin werd uitgemaakt dat als aan de ondernemingsraad een extra advies- of instemmingsrecht is toegekend, alsdan ook de daarbij behorende beroepsprocedures van toepassing zijn.

¹²⁹ Kantonrechter Apeldoorn 20 juni 2008, LJN: BD4891. Zie ook Pres. Rb. Zwolle 30 januari 1995, ROR 1995, nr. 31.

¹³⁰ M.M. Tuijtel, 'De ondernemingsraad en het enquêterecht', in: G. van Solinge, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation* 2004-2005, p. 198. Zie ook Rb. Amsterdam 19 november 1997, JOR 1998, 24.

¹³¹ M.M. Tuijtel, 'De ondernemingsraad en het enquêterecht', in: G. van Solinge, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation* 2004-2005, p. 198. Zie ook President Rb. Haarlem, KG 1988, 133.

de ondernemingsraad ook de mogelijkheid om via artikel 31b WOR op de hoogte te raken van het sociaal beleid binnen de onderneming. Bij deze informatieverplichting gaat het om algemene gegevens en niet om gegevens over de toepassing van het aanstellingsbeleid in individuele gevallen.¹³² Op grond van dit wetsartikel dient de ondernemer over het sociaal beleid minimaal één keer per jaar aan de ondernemingsraad te rapporteren. Via deze middelen kan de ondernemingsraad gestalte geven aan zijn zorgplicht om te waken tegen discriminatie in de onderneming. Tevens kan de OR langs deze weg de gelijke behandeling van mannen en vrouwen binnen de onderneming bevorderen alsmede de inschakeling van gehandicapten en minderheden.¹³³

Uit al hetgeen in deze paragraaf aan de orde is gesteld, blijkt dat alhoewel de ondernemingsraad, behalve bij de voorgenomen benoeming van een bestuurder van de onderneming, geen rol bij de werving, selectie en aanstelling van een individuele werknemer heeft, hij door de instrumenten die de Wet op de ondernemingsraden hem biedt, de mogelijkheid heeft om de rechtspositie van de sollicitant en werknemer in zijn algemeenheid te verbeteren.

3.6 'Wegkopen' van andermans personeel

Een werkgever die een aan een concurrentiebeding gebonden werknemer in dienst neemt, handelt daarmee niet per definitie onrechtmatig jegens de oud-werkgever. Allereerst is van belang of de nieuwe werkgever ermee bekend is dat de werknemer door de indiensttreding een concurrentiebeding overtreedt en daarmee jegens zijn oud-werkgever een toerekenbare tekortkoming in de nakoming pleegt. Voorts is de omstandigheid relevant of de nieuwe werkgever daadwerkelijk voordeel heeft van de toerekenbare tekortkoming in de nakoming van zijn nieuwe werknemer en of de oud-werkgever daardoor schade lijdt.¹³⁴

Het Hof Amsterdam ging nog een stap verder door te oordelen dat de nieuwe werkgever zich had moeten realiseren dat de mogelijkheid zich voordeed dat de werknemer door indiensttreding een geldig concurrentiebeding zou overtreden en daardoor toerekenbare tekortkoming in nakoming zou plegen jegens de oud-werkgever. In dit geval waren de oude en de nieuwe werkgever (productiebedrijven voor televisieprogramma's) concurrenten. Het hof oordeelde dat de nieuwe werkgever jegens de oud-werkgever onzorgvuldig had gehandeld door tijdens het sollicitatiegesprek niet te vragen of de sollicitant aan een concurrentiebeding was gebonden. Het hof oordeelde dat de nieuwe werkgever onrechtmatig jegens de oud-werkgever had gehandeld door de betreffende werkneemster, die beschikte

132 M.G. Rood en P.F. van der Heijden, *Rood's wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2004, p. 423.

133 Zie ook I.P. Asscher-Vonk en A.C. Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 161.

134 President Rechtbank 's-Hertogenbosch 8 februari 1996, *JAR* 1996/94, Hof 's-Hertogenbosch 5 juli 1996, *JAR* 1996/166 President Rechtbank Maastricht 24 maart 2000, *JAR* 2000/116 en Voorzieningenrechter Rechtbank Middelburg 9 maart 2006, LJN: AZ1157.

over recente informatie over het bedrijf van haar concurrent in dienst te nemen, waarmee de nieuwe werkgever zijn voordeel zou kunnen doen. Voor dit onderdeel was voor het hof tevens van belang dat de nieuwe werkgever de werknemer in dienst had genomen zonder zich iets gelegen te laten liggen aan een mogelijk concurrentiebeding. De nieuwe werkgever had volgens het hof de werknemer naar deze omstandigheid behoren te vragen tijdens het sollicitatiegesprek.¹³⁵ Het hof neemt hier dus een onderzoeksplicht aan voor nieuwe werkgevers die een aan een concurrentiebeding gebonden werknemer in dienst willen nemen.¹³⁶ De conclusie die uit de rechtspraak kan worden getrokken, is dat het in dienst nemen van een aan een concurrentiebeding gebonden werknemer slechts onrechtmatig is als naast wetenschap bij de nieuwe werkgever van de toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst door de werknemer en het voordeel dat de nieuwe werkgever daardoor geniet, sprake is van bijzondere, bijkomende omstandigheden.¹³⁷

De Voorzieningenrechter Rotterdam stelde zich in een zaak tussen twee concurrerende producenten van verpakkingen terughoudender op bij de beoordeling of een nieuwe werkgever onrechtmatig handelt door een aan een concurrentiebeding gebonden werknemer in dienst te nemen.¹³⁸ Volgens deze rechter is in het algemeen het in dienst nemen van een aan een concurrentiebeding gebonden werknemer, niet zonder meer jegens die voormalige werkgever onrechtmatig te achten. Ook de omstandigheid dat de werkgever van het bestaan van het concurrentiebeding op de hoogte is, was voor de voorzieningenrechter onvoldoende om onrechtmatig handelen van de nieuwe werkgever aan te nemen. Dit is in overeenstemming met de rechtspraak van de Hoge Raad, waarin is uitgemaakt dat het handelen met iemand, terwijl men weet dat deze door dat handelen een door hem met een derde gesloten overeenkomst schendt, op zichzelf jegens die derde niet onrechtmatig is.¹³⁹ Volgens de Voorzieningenrechter Rotterdam kunnen bijzondere bijkomende omstandigheden evenwel met zich meebrengen dat het handelen van een nieuwe werkgever wel als onrechtmatig wordt aangemerkt.¹⁴⁰ Als een dergelijke omstandigheid kan volgens de voorzieningenrechter worden aangemerkt de situatie dat de nieuwe werkgever, wetend van het concurrentiebeding, de indienstneming van de nieuwe werknemer gebruikt om met behulp van de kennis die de nieuwe werknemer bij de vorige werkgevers heeft opgedaan, relaties van de vorige werkgever te bewegen om de banden met de vorige werkgever te verbreken met het doel om een nieuwe relatie met de nieuwe werkgever aan te gaan.¹⁴¹ Een andere relevante bijzondere bijkomende

135 Hof Amsterdam 6 april 2006 *JAR* 2006/280. In dezelfde lijn Hof Amsterdam 20 november 2007, *JAR* 2008/35.

136 Zie in dit verband ook HR 26 mei 1967, *NJ* 1967, 331 (*Herschi/Reko*). Geen onderzoeksplicht werd aangenomen door de voorzieningenrechter te Zwolle, Voorzieningenrechter Rechtbank Zwolle-Lelystad 12 februari 2009, LJN: BH9361.

137 Zie ook J.H. Bennaars, 'De nieuwe werkgever: lachende derde of toch niet?', *ArbeidsRecht* 2007/11.

138 Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 20 februari 2007, *JAR* 2007/84.

139 HR 12 januari 1962, *NJ* 1962, 246, m. nt. L.J. Hijmans van den Bergh (*Nibeja/Grundig*) en HR 26 januari 2007, *NJ* 2007, 78 (*Van der Ven/Sleegers c.s.*).

140 Zie ook Rb. Arnhem 8 april 2009, LJN: BL1781.

141 Zie in dezelfde zin: Voorzieningenrechter Rechtbank Zwolle-Lelystad 20 november 2008, LJN: BH3364, en Voorzieningenrechter Zwolle-Lelystad 28 november 2008, LJN: BH3365.

omstandigheid kan volgens de rechtspraak zijn dat de derde los van zijn wetenschap van de toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst door de werknemer en het voordeel dat hij daardoor geniet, deze toerekenbare tekortkoming ook nog eens heeft bevorderd of uitgelokt.¹⁴²

3.7 Conclusie

Alhoewel er relatief weinig wettelijke regels bestaan die betrekking hebben op de werving van personeel, leidt dit nog niet tot de conclusie dat de werving van personeel niet genormeerd is en de sollicitant daardoor 'vogelvrij' is. Zo is het in beginsel wettelijk verboden om bij de werving van personeel ongerechtvaardigd onderscheid te maken. Ook gaat er een zekere normerende werking uit van de NVP Sollicitatiecode en de Aanbeveling werving en selectie van de STAR.

De ondernemingsraad heeft, behalve bij de voorgenomen benoeming van een bestuurder van een onderneming, geen rol bij de werving, selectie en aanstelling van een individuele werknemer. Dit neemt echter niet weg dat de ondernemingsraad door de instrumenten die de Wet op de ondernemingsraden hem biedt, de mogelijkheid heeft om de rechtspositie van de sollicitant en werknemer in zijn algemeenheid te verbeteren.

Dat de werving nog slechts het begin is van de sollicitatiefase, doet niets af aan het belang ervan voor de gehele precontractuele fase. Door de functie, de functie-eisen, functiewaarden en arbeidsvoorwaarden zo duidelijk mogelijk te omschrijven, wordt de kiem gelegd voor een eerlijke kans op aanstelling. Hierdoor kan worden voorkomen dat bij werkgever of werknemer een onjuiste voorstelling van zaken wordt gewekt. Een uitvoerige functieomschrijving met het daarbij behorende takenpakket verschaffen werkgever en werknemer bovendien een toetsbaar referentiekader voor het functioneren van de werknemer. De invloed hiervan laat zich gelden bij ontslag in en buiten de proeftijd. Het gevaar voor ontslag op willekeurige gronden kan hierdoor worden beperkt.

¹⁴² HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161, m.nt. W.L.P.A. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*), HR 26 mei 1967, *NR* 1967, m.nt. G.J. Scholten en HR 18 juni 1971, *NJ* 1971, 408 (*Bruns/Hagen*).

HOOFDSTUK 4

Selectie

4.1 Inleiding

De wervingsfase en de selectiefase zijn tezamen de belangrijkste onderdelen van het totale sollicitatieproces. De selectiefase is het station dat op de wervingsfase volgt. Bij de wervingsfase gaat het met name over de manier van solliciteren en het aantrekken van sollicitanten. In de selectiefase wordt de door sollicitanten verstrekte informatie tegen de functie-eisen afgezet. De Commissie Selectieprocedure heeft in haar eindrapport een definitie gegeven van de selectiefase. Zij verstaat hieronder het geheel van activiteiten dat ten doel heeft een beslissing te nemen over aanstelling of afwijzing van sollicitanten.

Bij de selectiefase gaat het over afwijzing of uitnodiging voor een sollicitatiegesprek. Deze fase eindigt in het afwijzen of aannemen van de sollicitant. De selectiefase is daardoor in feite het hart van de sollicitatiefase.

In het hiernavolgende zal op de rechtspositie van de sollicitant vanuit diverse invalshoeken worden ingegaan. Tevens zal worden gezien welke regels er gelden in de selectiefase en welke problemen hierbij spelen. In hoofdstuk 5 komt aan de orde hoe het staat met de handhaving van de in deze fase geldende voorschriften.

In het kader van de selectie gelden vele verplichtingen voor werkgever en werknemer, die erop gericht zijn om de sollicitant een eerlijke kans op aanstelling te geven.

4.2 Procedure-eisen

Procedure-eisen in formele zin zijn er bij de werving en selectie niet. Er bestaat geen wetgeving die specifiek op de sollicitatiefase van toepassing is. Dit neemt niet weg dat de aspirant-werkgever en de sollicitant bij de werving en selectie over en weer spelregels in acht dienen te nemen. Voor de rechtsbescherming van de sollicitant is van belang dat de selectieprocedure zorgvuldig en inzichtelijk is.¹ Daardoor kan

¹ HvJ EG 17 oktober 1989, zaak 109/88 (*Danfoss*), *JUR* 1989, p. 31-99, *SEW* 1992, p. 183 (m.nt. S. Prechal). Zie voorts de CGB-oordelen van 2 april 1996 (1996-20), 27 augustus 2007 (2007-158), 7 juli 2008 (2008-79) en 24 juli 2008 (2008-99).

achteraf beter worden aangetoond of de sollicitant een eerlijke kans op aanstelling is gegeven.

De algemene uitgangspunten van werving en selectie zijn dat de werkgever mag werven en selecteren naar de voor de functie meest geschikte kandidaat. Om een eerlijke kans op aanstelling te bewerkstelligen, moet het selectieproces plaatsvinden op basis van een objectieve afweging van ter zake doende feiten en argumenten. Voorts moet het selectieproces in al zijn onderdelen in overeenstemming zijn met de menselijke waardigheid.² Deze uitgangspunten zijn verder uitgewerkt in de gelijkebehandelingswetgeving en in de NVP Sollicitatiecode, die hierna aan de orde komen.

Tijdens de werving en selectie gelden de in de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB³) en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB⁴) geformuleerde discriminatieverboden. Andere wetsbepalingen die bij de sollicitatie in acht moeten worden genomen, zijn artikel 27 lid 1 onder e van de Wet op de ondernemingsraden,⁵ de Wet arbeid vreemdelingen,⁶ artikel 6 van de Arbeidsomstandighedenwet⁷ 2007 en de Wet op de medische keuringen.⁸ De aspirant-werkgever dient de werknemer op zijn beurt volledig te informeren over de functie en de functietaken, alsmede over de sollicitatieprocedure.

In verschillende arresten heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat de goede trouw ook het stadium van de onderhandelingen beheerst. Voor het eerst sprak de Hoge Raad zich hierover uit bij arrest van 15 november 1957.⁹ De kernoverweging van de Hoge Raad in dit arrest kwam erop neer dat onderhandelende partijen, door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste rechtsverhouding, medebrengende dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Deze hoofdregel heeft de Hoge Raad nadien in verschillende arresten herhaald.¹⁰ In de sollicitatiefase staan de aspirant-werkgever en de werknemer eveneens tot elkaar in een precontractuele relatie, waarin zij met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening dienen te houden.¹¹ Zij wordt beheerst

2 Eindrapport van de Commissie Selectieprocedure, Sociale Zaken, Verslagen en rapporten, *Een, sollicitant is ook een mens*, 's-Gravenhage 1977, p. 15.

3 Wet van 2 maart 1994, *Stb.* 1994, 230.

4 Wet van 1 maart 1980, *Stb.* 1980, 86.

5 De OR dient in te stemmen met een besluit met betrekking tot een regeling op het gebied van het aanstellingsbeleid. Hierbij kunnen we denken aan het beleid dat zal gelden bij sollicitaties, het aanstellingsbeleid t.a.v. inleenkrachten et cetera.

6 Deze wet schrijft een tewerkstellingsvergunning voor wanneer een vreemdeling in Nederland wil werken.

7 De werkgever dient de werknemer bij indiensttreding te informeren over de aard van het werk en de hieraan verbonden gevaren en veiligheidsmaatregelen.

8 Deze wet beperkt de mogelijkheid tot aanstellingskeuringen.

9 HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*).

10 Zie o.a. HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 (*Plas/Valburg*) en HR 15 januari 1991, *NJ* 1991, 493 (*RVS/Van Scharenburg*).

11 HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 (*Plas/Valburg*).

door de algemene beginselen van redelijkheid en billijkheid.¹² Uitvloeisel hiervan is dat de aspirant-werkgever en de sollicitant elkaar behoren in te lichten over omstandigheden die voor het vervullen van de functie relevant zijn.¹³ Dit impliceert naar mijn mening dat partijen de plicht hebben om de onderhandelingen voor te bereiden, opdat zij in voldoende mate van elkaars belangen op te hoogte zijn. In de literatuur wordt voor de inlichtingenplicht wel een parallel gelegd met het 'verzwijgingsartikel' van artikel 251 van het Wetboek van Koophandel.¹⁴ In § 4.2.4.1 zal hierop nog nader worden ingegaan.

Voorts kent een goede sollicitatieprocedure de mogelijkheid om een klacht in te dienen bij de aspirant-werkgever, indien de sollicitant van oordeel is dat er bij de werving en selectie onzorgvuldig, onbillijk of onjuist is gehandeld.¹⁵

De NVP Sollicitatiecode kan, ook al heeft zij niet de status van wetgeving, de rechtspositie van de sollicitant versterken, doordat het niet naleven ervan onder omstandigheden een onrechtmatige daad kan opleveren.¹⁶ Ook zijn er in sommige cao's voorschriften opgenomen waaraan de werving en selectie van personeel moeten voldoen. Zie ook § 4.5 van dit boek.

4.2.1 De NVP Sollicitatiecode

De NVP Sollicitatiecode, die in hoofdstuk 3 bij de bespreking van de wervingsfase reeds aan de orde kwam, bevat ook veel voorschriften die voor de selectie van personeel dienen te worden nageleefd. In het navolgende zal worden ingegaan op de belangrijkste voorschriften die hierover in de sollicitatiecode zijn opgenomen.

De NVP Sollicitatiecode is niet automatisch op de sollicitatieprocedure van toepassing. Voor toepasselijkheid van de code is het noodzakelijk dat alle bij de werving en selectie betrokkenen een intentieverklaring tekenen, waarmee zij erin toestemmen dat zij zich jegens elkaar volgens de gedragsregels in de code zullen gedragen.¹⁷ Het gebruik van de NVP Sollicitatiecode is een extra stimulans voor en van goed werkgeverschap.

12 C. Asser en A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, 4. Verbintenissenrecht. Deel II en III, bewerkt door A.S. Hartkamp, Deventer: Kluwer 2005, nr. 156. Zie ook M.M. Mendel, *De rechtsbescherming van de sollicitant, mede in verband met het psychologisch onderzoek waaraan hij zich onderwerpt*, Deventer: Kluwer 1975, p. 10.

13 Zie o.a. HR 20 maart 1981, NJ 1981, 507 en HR 2 november 1984, NJ 1984, 192. Zie ook H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 48. Zie voorts A. de Boeck, *Informatierechten en - plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen-Intersentia 2000, p. 386.

14 Zie o.a. M.M. Mendel, *De rechtsbescherming van de sollicitant, mede in verband met het psychologisch onderzoek waaraan hij zich onderwerpt*, Deventer: Kluwer 1975, p. 20 en 21.

15 Zie ook § 5.6.1 van dit boek.

16 Zie ook § 3.2 van dit boek.

17 J. Linsen, 'De rechten van de sollicitant, de staatssecretaris ten halve gekeerd', *Ars Aequi* 1984, p. 82 e.v.

Op grond van de NVP Sollicitatiecode dient ernaar te worden gestreefd om de sollicitatieprocedure van werving tot aanstelling maximaal drie maanden te laten duren. Overschrijding hiervan moet gemotiveerd aan de sollicitanten worden medegedeeld. Als de sollicitant voor een sollicitatiegesprek wordt uitgenodigd of de sollicitatieprocedure wordt aangehouden, stuurt de organisatie tezamen met dit bericht aan de sollicitant informatie over de sollicitatieprocedure en de te verwachten duur daarvan. In de praktijk blijkt dat ook wel een aanzienlijk kortere tijd wordt uitgetrokken voor de afronding van de gehele sollicitatieprocedure. Welke tijd men nodig heeft voor de afronding van de procedure, hangt mede af van de aard van de functie waarvoor wordt geworven alsook het aanbod van sollicitanten. Los van de maximale duur van de sollicitatieprocedure is het in elk geval in de communicatie tussen werkgever en sollicitant essentieel, dat de werkgever de sollicitant van voor hem belangrijke ontwikkelingen tijdens de sollicitatieprocedure zo spoedig mogelijk op de hoogte stelt. Een tijdige ontvangstbevestiging van de sollicitatiebrief en een uitleg over het verdere verloop van de procedure vormen daarbij een belangrijke eerste stap.¹⁸ Blijkens de jaarverslagen van de Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode hebben veel klachten van sollicitanten betrekking op te late of onduidelijke berichtgeving door de arbeidsorganisatie.¹⁹ De sollicitant heeft op grond van de NVP Sollicitatiecode ook het recht om afwijking van de procedure te verzoeken.²⁰

De organisatie dient de sollicitant naar waarheid en volledig te informeren over de vacature en de organisatie.

Voorts dient in de openbare bekendmaking van de vacature of in de procedure duidelijkheid over het wel of niet vergoeden van de door de sollicitant in redelijkheid gemaakte kosten te geven.²¹

Voor het inwinnen van inlichtingen over de sollicitant bij derden, dient de organisatie vooraf toestemming van de sollicitant te vragen, tenzij dit niet vereist is op grond van de wet of een algemeen verbindend voorschrift.²² De beoogde informatie moet, uit het oogpunt van bescherming van de sollicitant, direct verband houden met de te vervullen vacature.²³

Een psychologisch onderzoek kan slechts plaatsvinden door of onder verantwoordelijkheid van een erkend psycholoog en met inachtneming van de richtlijnen van het Nederlands Instituut van Psychologen (NIP). De psycholoog heeft toestemming van de sollicitant nodig om de onderzoeksresultaten aan de opdrachtgever te overleggen.

Een medisch onderzoek in verband met de aanstelling kan slechts plaatsvinden indien aan de vervulling van de functie bijzondere eisen op het punt van de medische

18 Zie ook uitgangspunt 1.2 van de NVP Sollicitatiecode (2009).

19 Jaarverslag Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode (maart 2003-februari 2004).

20 Zie ook uitgangspunt 1.2 van de NVP Sollicitatiecode (2009).

21 Uitgangspunt 4.6 van de NVP Sollicitatiecode (2009).

22 NVP Sollicitatiecode 2009, 'Nader onderzoek', uitgangspunt 5.1.

23 Zie ook de website van het College bescherming persoonsgegevens; www.cbpf.nl.

geschiktheid moeten worden gesteld. Het onderzoek mag uitsluitend worden verricht aan het einde van de selectieprocedure, nadat alle beoordelingen van geschiktheid hebben plaatsgevonden. Het onderzoek moet door een arts, onder verantwoordelijkheid van een bedrijfsarts, worden verricht en met inachtneming van de voor een dergelijk onderzoek geldende wettelijke regels.²⁴

Indien de organisatie besluit om de sollicitant niet voor de functie in aanmerking te laten komen, ontvangt hij daarvan zo spoedig mogelijk schriftelijk bericht. De afwijzing dient zo goed mogelijk te worden gemotiveerd. Indien een sollicitant echter mondeling heeft gesolliciteerd, kan hij ook mondeling worden afgewezen. Schriftelijke gegevens die van de sollicitant afkomstig zijn, worden zo spoedig mogelijk (uiterlijk vier weken) na de afwijzing teruggezonden of vernietigd, tenzij anders wordt overeengekomen. De bij de aanstelling gemaakte afspraken en toezeggingen dienen schriftelijk te worden vastgelegd. Nadat de werknemer de door de werkgever gedane aanbieding heeft geaccepteerd, meldt de werkgever aan het UWV WERKbedrijf dat de vacature is komen te vervallen.

4.2.2 De sollicitantencode

In 2006 hebben vrijwilligers de sollicitatiewebsite www.sollicitatieplaza.nl opgericht. Dezelfde initiatiefnemers hebben de sollicitantencode ontwikkeld. Deze richt zich, anders dan de NVP Sollicitatiecode, uitsluitend op de rol van de sollicitant tijdens de sollicitatieprocedure.²⁵ Het betreft een opsomming van basisregels, een soort fatsoensnormen, waaraan de sollicitant zich tijdens een sollicitatieprocedure behoort te houden. Kort gezegd komen deze basisregels erop neer, dat de sollicitant in zijn informatieverschaffing naar de werkgever volledig en eerlijk dient te zijn. Sollicitanten zijn in beginsel niet verplicht om zich aan deze code te houden. Er zijn echter bedrijven die tijdens de sollicitatieprocedure aangeven dat van de sollicitant wordt verwacht dat hij zich overeenkomstig deze code zal gedragen. In die situatie kunnen naar mijn mening de eisen van precontractuele redelijkheid, billijkheid en goed werknemerschap met zich meebrengen dat een sollicitant zich tijdens de sollicitatieprocedure overeenkomstig de code zal gedragen.

4.2.3 Te verstrekken informatie door de aspirant-werkgever

In de wet is niet geregeld welke informatie de aspirant-werkgever bij de sollicitatie aan de sollicitant dient te verstrekken. Wel is in de wet (art. 7:655 BW) bepaald welke informatie de werkgever binnen een maand na het begin van de werkzaamheden of zoveel eerder als de dienstbetrekking eindigt, dient te verstrekken. De Commissie Selectieprocedure merkt in haar eindrapport²⁶ op dat de positie van de sollicitant ook in dit opzicht zwak is en versterking behoeft. Zij wijst erop dat de sollicitant in het

24 NVP Sollicitatiecode 2009, uitgangspunt 5.3.

25 Zie www.sollicitatieplaza.nl.

26 Eindrapport van de Commissie Selectieprocedure, Sociale Zaken, Verslagen en rapporten 1977-5, *Een sollicitant is ook een mens*, 's-Gravenhage 1977, p. 33 e.v.

algemeen slechts de beschikking heeft over informatie uit de advertentie en uit het sollicitatiegesprek. Door de vermelding van een contactpersoon in een personeelsadvertentie of het beschikbaar stellen van een informatiefolder door de werkgever, kan aan dit bezwaar worden tegemoetgekomen.²⁷ De positie van de sollicitant kan in dit opzicht ook verder worden versterkt door autonome regelgeving (*soft law*)²⁸ via de sociale partners in cao's²⁹ en/of medezeggenschapsorganen middels gebruikmaking van het instemmingsrecht (art. 27 lid 1 sub e WOR) of daarvan afgeleide bevoegdheden (art. 32 WOR). Wellicht is verdedigbaar dat de aspirant-werkgever ook in dit stadium op grond van de eisen van goed werkgeverschap,³⁰ dan wel de eisen van redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:248 BW, ertoe gehouden is om de sollicitant van voldoende informatie voor het sluiten van de arbeidsovereenkomst te voorzien.³¹

In verschillende cao's is een regeling opgenomen voor de door de aspirant-werkgever in het kader van de sollicitatie aan de sollicitant -minimaal- te verstrekken informatie, zoals de aard en werkzaamheden van het bedrijf of instelling, de aard en werkzaamheden betreffende de vacante functies, de functievereisten, waaronder mede begrepen opleidingseisen en ervaringseisen, de sollicitatieprocedure, waaronder mede begrepen de termijn van reageren, eventueel toe te passen selectiemiddelen als medische keuring en psychologische test, vermelding van de contactpersoon en een indicatie van essentiële arbeidsvoorwaarden, zoals standplaats, werktijden, mogelijk ook indicatie van salaris en secundaire arbeidsvoorwaarden.³²

Het kan in strijd zijn met de zorgvuldigheid en onder omstandigheden onrechtmatig worden geacht indien bovengenoemde gegevens niet bij de bekendmaking van de vacature worden vermeld. De Commissie Selectieprocedure heeft in haar eindrapport³³ nog opgemerkt dat, wanneer de verstrekte informatie van vertrouwelijke aard is, de

27 Eindrapport van de Commissie Selectieprocedure, Sociale Zaken, Verslagen en rapporten 1977-5, *Een sollicitant is ook een mens*, 's-Gravenhage 1977, p. 33 e.v.

28 L.A.J. Senden, *Soft law in European Community Law: A Study on its relation to Legislation*, diss. Tilburg 2003, Wolf Legal Publishers (WLP) Nijmegen, p. 104, geeft de volgende definitie van dit begrip: 'Rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (indirect) legal effects and that are aimed at and may produce practical effects'.

29 Uit het rapport van S. Pott en J. Junger, *Werving en Selectie in cao's (2004): een onderzoek naar de doorwerking van de Stichtingsaanbevelingen met betrekking tot werving en selectie op cao-niveau*, Ministerie van SZW, december 2004, blijkt dat slechts in 6 van de 122 (5%) in 2004 onderzochte branchecao's was bepaald dat de arbeidsorganisatie een 'beschrijving maakt van de relevante kenmerken van de te vervullen functie'. Voorts was slechts in 7 van de 122 (6%) onderzochte cao's voorgeschreven welke aspecten tenminste onderdeel moeten uitmaken van de personeelsadvertentie. Uit het rapport van R. Hermanussen en T. Serail (2005), *Gelijke behandeling in bedrijf*, Tilburg: IVA Beleidsonderzoek en Advies, juni 2005, blijkt dat 26% van de ondervraagde bedrijven en instellingen (in ondernemingscao's) hieromtrent interne schriftelijke afspraken hebben ontwikkeld.

30 Zie o.a. Ktr. Groningen 30 september 1996, JAR 1996/222. Zie ook NVP Sollicitatiecode (2009), uitgangspunt 1.1: 'De sollicitant wordt deugdelijk en volledig geïnformeerd over de procedure, over de inhoud van de vacante functie en over de plaats daarvan in de organisatie'.

31 E.Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 158-159 en President Rb. Utrecht 21 januari 1999, KG 1999, 61.

32 Stichting van de Arbeid, *Aanbeveling werving en selectie*, oktober 2006, publicatienummer 11/06.

33 Eindrapport van de Commissie Selectieprocedure, Sociale Zaken, Verslagen en rapporten 1977-5, *Een sollicitant is ook een mens*, 's-Gravenhage 1977, p. 34.

arbeidsorganisatie van de sollicitant geheimhouding kan verlangen. Schending van de geheimhoudingsplicht kan als onrechtmatige daad worden aangemerkt, indien hierdoor schade is ontstaan.

De Commissie Selectieprocedure heeft voorts opgemerkt dat het aanbeveling verdient om de sollicitant zo snel mogelijk een bericht van ontvangst van de sollicitatie te zenden, met vermelding van de termijn waarbinnen nadere berichten zullen volgen. Voorts heeft de commissie erop gewezen dat een sollicitant over een afwijzende beslissing zo snel mogelijk dient te worden ingelicht. Naarmate de sollicitatie zich in een verder stadium bevindt, moet deze afwijzing uitvoeriger worden gemotiveerd.³⁴

4.2.4 Te verstrekken informatie door de sollicitant

Om te komen tot een eerlijke aanstellingsprocedure is het van belang dat partijen in de precontractuele fase, waartoe ook de wervings- en selectiefase behoren, elkaar voldoende informeren over feiten en omstandigheden die in het kader van de totstandkoming van een eventuele arbeidsovereenkomst relevant zijn. Daarbij is het van belang om onderscheid te maken tussen informatie die wezenlijk is voor het kunnen verrichten van een functie en informatie die voor het verrichten van de functie minder relevant is.

De werkgever mag in beginsel afgaan op de juistheid van de door de sollicitant verstrekte informatie.³⁵ Op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid of de eisen van goed werknemerschap, kan van de sollicitant worden verlangd dat hij de werkgever zorgvuldig informeert.³⁶

De sollicitant mag, met uitzondering van de beantwoording van verboden vragen, op gerichte vragen niet bewust onjuist antwoorden, noch mag hij gegevens verzwijgen waarvan hij begreep of had moeten begrijpen dat zij relevant waren voor de te vervullen vacature. Evenmin mogen vragen worden gesteld naar de gezondheidstoestand van de sollicitant, die in strijd zijn met het bepaalde in de Wet op de medische keuringen (art. 4 lid 2 WMK).³⁷ Op verboden vragen mag volgens de rechtspraak onjuist worden geantwoord of worden gezwegen.³⁸ Het niet-zorgvuldig informeren kan, afhankelijk van de aard van de verschaft of de te verschaffen informatie, als onrechtmatig worden aangemerkt. Als onrechtmatig wordt bijvoorbeeld aangemerkt het

34 Eindrapport van de Commissie Selectieprocedure, Sociale Zaken, Verslagen en rapporten 1977-5, *Een sollicitant is ook een mens*, 's-Gravenhage 1977, p. 34.

35 Zie ook NVP Sollicitatiecode 2009, uitgangspunten 1.1 en 4.4.

36 Zie onder andere A. de Boeck, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen-Intersentia 2000, p. 386, H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, diss. Amsterdam VU, Deventer: Kluwer 1992, p. 76.

37 Wet van 5 juli 1997, *Stb.* 365, laatstelijk gewijzigd bij wet van 24 december 1997, *Stb.* 770, per 1 januari 1998 in werking getreden. Zie ook J.K.M. Gevers, 'Rechtsbescherming bij aanstellingskeuringen na invoering van de Wet op de medische keuringen', *SR* 1998, p. 260.

38 HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 672 (*Woesthoff/Intershow*) met conclusie van A-G mr. J. Leijten. In casu betrof het verzwijging van zwangerschap.

onjuist informeren over het aantal wederpartijen, waardoor de kans om een contract te verkrijgen onjuist wordt ingeschat.³⁹

De feitelijke informatie die in een cv is vermeld, dient juist en volledig te zijn. In de praktijk komt het in toenemende mate voor dat sollicitanten in het cv een positiever beeld schetsen van zichzelf dan juist is.⁴⁰ Zo wordt bijvoorbeeld vermeld dat bepaalde opleidingen zijn gevolgd, maar niet dat ze zijn afgerond. Ook wordt de werkervaring soms te rooskleurig voorgesteld door te doen voorkomen dat langdurige werkervaring is opgedaan, terwijl de in werkelijkheid opgedane ervaring vaak veel korter is geweest en 'gaten' in het cv zijn verbloemd. De gevolgen van vermelding van onjuiste informatie in een cv zijn afhankelijk van de relevantie daarvan voor de te verrichten functietaken. Zo werd bijvoorbeeld een dringende reden voor ontslag aangenomen bij de sollicitatie voor de functie van bankdirecteur, waarbij de sollicitant zich voordeed als afgestudeerd econoom terwijl zijn bul was vervalst (art. 7:678 lid 2 BW).⁴¹

Het hangt af van de omstandigheden van het geval of de vermelding van onjuiste gegevens in een cv tot ontslag leidt. Indien een werknemer bijvoorbeeld al jaren naar tevredenheid functioneert, zal waarschijnlijk geen gewichtige reden voor ontslag kunnen worden aangenomen. Voorts is van belang in hoeverre de in dwaling gebrachte werkgever aan zijn onderzoeksplicht heeft voldaan.

Sollicitanten hebben de mogelijkheid om bij de Stichting Kwalificatie & Curriculum Autoriteit hun cv te laten verifiëren en certificeren door van maximaal acht gegevens de correctheid te laten natrekken. De werkgever heeft de mogelijkheid om bij de stichting het certificaat in een beveiligde database te verifiëren.⁴²

Vragen die de werkgever niet aan de sollicitant mag stellen, bijvoorbeeld over zwangerschap of andere onderwerpen waardoor een verboden onderscheid in de zin van artikel 5 van de Algemene wet gelijke behandeling zou worden gemaakt of voor het vervullen van de functie irrelevante zaken, zijn voorbeelden van 'verboden vragen'.⁴³

39 H.J. de Kluiver, *Onderhandelingen en privaatrecht*, diss. Amsterdam VU, Deventer: Kluwer 1992, p. 76.

40 *Intermediair* 1 oktober 2004: 'Het perfecte cv... Hoe scheid je het kaf van het koren?'

41 Ktr. Amsterdam 12 oktober 1993, *Prg.* 1993, nr. 4003. Zie voorts Ktr. Leiden 26 september 2007, *JAR* 2007/271, ontbinding arbeidsovereenkomst zonder vergoeding wegens misleidende informatie in cv. Zie in dezelfde zin Ktr. Den Helder 19 november 2009, LJN: BK7947. Zie voorts Ktr. Breda 2 juli 2008, *JAR* 2008/196 en Ktr. Amsterdam 15 september 2008, *JAR* 2008/266, ontbinding arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden op grond van onjuistheden in cv en Ktr. Groningen (voorzieningenrechter) 3 september 2009, *Prg.* 2010, 6, ontslag op staande voet wegens diploma-fraude en verstrekken van onjuiste informatie tijdens de sollicitatie was naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter terecht gegeven.

42 Zie www.kc-autoriteit.nl.

43 HR 20 maart 1981, *NJ* 1981, 507, HR 2 november 1984, *NJ* 1984, 192. Zie voorts *TK* 1986/1987, 19 908, nr. 6 (MvA).

In de praktijk worden vaak via indirecte weg vragen gesteld die volgens de NVP Sollicitatiecode of via de gelijkebehandelingswetgeving niet zijn toegestaan. Alhoewel ook op deze vragen het antwoord mag worden geweigerd, zal niet elke sollicitant zodanig assertief zijn om het antwoord te weigeren of bezwaar te maken tegen de vraag. Door dit soort vragen te stellen kan de werkgever handelen in strijd met de eisen van goed werkgeverschap.

Vreemde eenden in de bijt zijn twee elkaar opvolgende uitspraken van de Kantonrechter Amsterdam van respectievelijk 27 april 1999 en 25 februari 2000.⁴⁴ Een sollicitante solliciteerde naar de functie van secretaresse bij de Stichting Riagg Amsterdam Zuid-NieuwWest. Tijdens het sollicitatiegesprek had het Riagg haar medegedeeld eraan te hechten dat de sollicitante tijdens de zomermaanden beschikbaar zou zijn, omdat continue bezetting in de zomermaanden van groot belang werd geacht. Een week na haar aanstelling deelde de sollicitante evenwel mee dat zij al een tijdje zwanger was. Dit was zij ook al tijdens het sollicitatiegesprek. Ten gevolge daarvan zou de sollicitante in juli van dat jaar met verlof gaan. Dit was precies in de periode waarin haar aanwezigheid voor het Riagg van zeer groot belang werd geacht. Het Riagg vorderde vernietiging van de arbeidsovereenkomst op grond van dwaling. De kantonrechter wees deze vordering toe, omdat de sollicitante de werkgever had misleid en de werkgever de arbeidsovereenkomst nooit zou hebben gesloten als hij van de zwangerschap op de hoogte zou zijn geweest. De door de kantonrechter in bovengenoemde zaak gegeven uitspraak heeft naar mijn mening een billijke uitkomst. De sollicitante mag voor haar misleiding niet worden beloond. In de literatuur wordt wel aangenomen dat de werkgever in extreme gevallen zoals deze een beroep zou kunnen doen op misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW).⁴⁵ Misbruik van bevoegdheid zou in het onderhavige geval bijvoorbeeld kunnen worden aangenomen indien er sprake is van onevenredigheid tussen de belangen van partijen en de verzwijgende partij in dat geval in redelijkheid niet tot uitoefening van haar wettelijke bevoegdheid had kunnen komen.⁴⁶

Blijkens de parlementaire geschiedenis van artikel 3:13 BW mag daarvan slechts worden uitgegaan indien het belang bij de uitoefening van de bevoegdheid gering is tegenover het belang dat door deze uitoefening wordt geschaad. Dit neemt niet weg dat de uitspraak in strijd is met het Europese gelijkebehandelingsrecht.⁴⁷

44 Ktr. Amsterdam 27 april 1999 en 25 februari 2000, *JAR* 2000/155. Zie voorts R.M. Beltzer, 'Vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens zwangerschap: De kantonrechter verdwaald?', *Arbeid Integraal* 2000/4, p. 116 e.v. Zie voorts I.P. Asscher-Vonk e.a., *De zieke werknemer*, Deventer: Kluwer 2007, p. 36.

45 G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, diss. Rijksuniversiteit Utrecht, Deventer: Kluwer 1992, p. 241, die verwijst naar een CGB-oordeel van 2 oktober 1991, *Oordelen CGB* 1991, blz. 259.

46 W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, invoering boeken 3, 5 en 6 (studenteneditie)*, Deventer: Kluwer 1990, p. 1030. Zie ook HR 21 mei 1991, *NJ* 1990, 507 (*Kerkhof/Spoelstra*).

47 HvJ EG 4 oktober 2001, *JAR* 2001/220. Zie voorts o.a. HR 24 juni 1988, *NJ* 1988, 1002 en HvJ EG 8 november 1990, zaak 177/88, *NJ* 1992, 224, m. nt. Stein (*Dekker/VJV*). Zie ook HvJ EG 30 april 1998, zaak C-136/95 (*Thibault*), *Jur.* 1998, p. I-2011, *RN* 1998, 925, m. nt. W.C. Monster, HvJ EG 4 oktober 2001, zaak C-438/99 (*Jimenez Melgar*), *JAR* 2001, 219 en HvJ EG 4 oktober 2001, zaak C-109/00 (*Tele Danmark*), *JAR* 2001, 220.

Over zwangerschap mag een sollicitant zwijgen of zelfs liegen.⁴⁸ Dit geldt niet alleen voor vragen over de zwangerschap zelf, maar ook voor vragen die met zwangerschap in verband staan, zoals over gezinsvoornemen et cetera.⁴⁹ In § 4.2.4.1 zal hier nader op worden teruggekomen. Het verstrekken van onjuiste informatie bij de sollicitatie kan op grond van artikel 7:678 lid 2 BW een dringende reden voor ontslag op staande voet opleveren.

De van de sollicitant ontvangen informatie dient vertrouwelijk en zorgvuldig te worden behandeld. Ook dient daarbij de privacy van de sollicitant te worden gerespecteerd.⁵⁰ Deze plicht geldt ook voor door de werkgever bij de werving en selectie ingeschakelde hulppersonen. Concreet houdt dit in dat de informatie niet aan onnodig veel personen wordt doorgegeven en dat deze niet wordt gebruikt voor andere doeleinden dan waarvoor ze is verkregen, tenzij de sollicitant voor dit andere gebruik uitdrukkelijk zijn toestemming heeft gegeven.

In de volgende paragraaf zal meer specifiek worden ingegaan op het aspect van verzwijging en onjuiste beantwoording van vragen bij sollicitaties.

4.2.4.1 Onjuist beantwoorden van vragen/verzwijging door de sollicitant

Zoals al eerder in dit hoofdstuk werd opgemerkt, kan er in de selectiefase vrij snel een spanningsveld ontstaan tussen de sollicitant die tijdens de sollicitatie een zo goed mogelijke indruk wil achterlaten en de potentiële werkgever die van de sollicitant liefst zoveel mogelijk te weten wil komen om te beoordelen of de sollicitant geschikt is om de functie te vervullen. Een sollicitant dient in beginsel door de potentiële werkgever gestelde en voor de functie relevante vragen naar waarheid te beantwoorden.⁵¹ Dit houdt in dat de te verstrekken informatie nauwkeurig dient te zijn en niet misleidend. Voorts dient deze informatie betrekking te hebben op alle bestanddelen van de overeenkomst, waarvan men weet of moest weten dat ze voor de andere partij substantieel zijn om tot contractsluiting over te gaan. De werkgever mag niet vragen naar voor de functie niet-relevante omstandigheden. Deze mogen dan ook worden verzwegen.⁵² Een werkgever mag de sollicitant bijvoorbeeld niet vragen om een loonstrook van zijn vorige werkgever, omdat dit geen voor de functie relevante

48 *Kamerstukken II* 1987-1988, 19 908, nr. 6, p. 34 (MvA) en W.C. Monster, 'Het vraagstuk van de zwangere sollicitant', *SMA* 1987, p. 310. Zie ook Hof Amsterdam 30 juni 1994, *SMA* 1995, p. 394.

49 Zie o.m. HvJ EG 8 november 1990, zaak C-177/88 (Dekker), *JUR.* 1990, p. I-3941, *NJ* 1992/224 en HvJ EG 14 juli 1994, zaak C-32/93 (Webb), *JUR.* 1994, p. I-3567, *JAR* 1994/169. Zie ook CGB-oordeel 20 juli 1999 99-75, *JAR* 1999/179, waarbij verlenging van een opleidingsperiode van een zwangere advocaat-stagiaire als directe discriminatie werd aangemerkt. Zie voorts Ktr. Gouda 13 maart 1986, *Prg.* 1986, 2667, i.c. onderscheid tussen mannen en vrouwen aangenomen door verwijzing naar gezinssituatie. Zie ook I.P. Asscher-Vonk en K. Wentholt, *Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen*, Deventer: Kluwer 1994, p. 104-105. Zie voorts K. Wentholt, 'De rechtsbescherming van de zwangere sollicitante', *SMA* 1992, p. 340.

50 NVP Sollicitatiecode (2009), uitgangspunt 1.1.

51 Zie ook NVP Sollicitatiecode (2009), uitgangspunt 1.1.

52 Zie o.a. Ktr. Tilburg 8 februari 2001, *JAR* 2001/74, Ktr. Zaanstad 12 juni 2002, *JAR* 2002/180 en Ktr. Utrecht 28 januari 2005, *JAR* 2005/60.

vraag is.⁵³ Dit impliceert dat, nu het een verboden vraag betreft, de sollicitant over zijn bij de vorige werkgever genoten salaris mag liegen.⁵⁴

Voorts dient volgens de rechtspraak een verschil te worden gemaakt tussen het verzwijgen van medische beperkingen en het verzwijgen van andere informatie. Hetzelfde geldt voor het onjuist beantwoorden van medische vragen en van niet-medische vragen. Vanuit het oogpunt van bescherming van de privacy van de sollicitant, ligt dit naar mijn mening ook voor de hand.⁵⁵ Sinds de invoering van de Wet op de medische keuringen⁵⁶ worden de grenzen voor het inwinnen van medische informatie in het kader van de werving en selectie van personeel, deels door deze wet getrokken alsmede op het daarop gebaseerde Besluit aanstellingskeuringen.⁵⁷ Voorts stelt de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ) eisen aan het maken van onderscheid op grond van medische beperkingen.⁵⁸

Het verzwijgen tijdens een sollicitatiegesprek van een kwaal waarover de werkgever geen gerichte vraag heeft gesteld, wordt door de Hoge Raad alleen dan als een dringende reden aangemerkt indien de werknemer wist of had moeten begrijpen dat die kwaal hem ongeschikt maakte voor de betrekking waarnaar hij solliciteerde.⁵⁹ Kennelijk wordt de mededelingsplicht door de Hoge Raad niet al te ruim opgevat, om daarmee te vermijden dat gehandicapten of chronisch zieken bij sollicitaties vrijwel kansloos worden. Ook een WAO-verleden hoeft niet te worden gemeld.⁶⁰ De Hoge Raad spreekt dan ook niet voor niets van ongeschiktheid.⁶¹ Een soortgelijke maatstaf werd door het Hof Amsterdam eveneens bij psychische klachten gehanteerd.⁶² Alhoewel het hof ervan uitging dat de psychische klachten in dat geval niet plotseling konden zijn ontstaan, was dit toch onvoldoende om aan te nemen dat de klachten bij indiensttreding al zo erg waren dat uitval viel te verwachten. Bovendien kende betrokkene zijn beperkingen niet. Volgens de rechtspraak kan tevens van belang zijn of er een verband bestaat tussen de beperkingen die vroeger werden ervaren en de actuele beperkingen.⁶³

In de situatie dat de sollicitant zijn beperkingen wel kende en wist of had moeten begrijpen dat deze kwaal hem ongeschikt maakte voor de betrekking waarnaar hij solliciteerde, hangt het af van de omstandigheden van het specifieke geval of ontslag volgt. Hierbij kan bijvoorbeeld van belang zijn of de werknemer door het treffen van

53 Jaarverslag Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode maart 2003 - februari 2004, p. 17.

54 TK 1986/1987, 19 908 nr. 6 (MvA). Zie tevens: O. van der Kind, 'De spreekplicht en het zwijgrecht van de sollicitant', *ArbeidsRecht* 1998 / 11.

55 Zie in dit verband art. 10 van de Grondwet.

56 Wet van 5 juli 1997, *Stb.* 1997, 365, in werking getreden op 1 januari 1998.

57 Besluit van 23 november 2001 tot regeling van de Aanstellingskeuringen.

58 Wet van 3 april 2003, *Stb.* 2003, 206, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 15 september 2005, *Stb.* 516. WGBH/CZ. Zie ook § 6.3.3, § 6.3.3.1 en § 6.3.3.2 van dit boek.

59 HR 20 maart 1981, *NJ* 1981, 507 (*Mijnals/DSM*). Zie in gelijke zin Ktr. Apeldoorn (voorzieningen-rechter) 11 juni 2008, *JAR* 2008/229.

60 Ktr. Middelburg 21 juli 2003, *JAR* 2003/204. Zie ook *Kamerstukken II* 1996-1997, nr. 3, p. 31.

61 A.C. Hendriks, 'Sollicitanten met een handicap', *MC* 2000-3, www.medischcontact.nl.

62 Hof Amsterdam 25 augustus 2005, *JAR* 2005/233.

63 Ktr. Wageningen 17 april 2002, *JAR* 2002/108.

doeltreffende maatregelen kan blijven werken en in hoeverre de beperkingen ten tijde van de sollicitatie actueel zijn.⁶⁴

Indien evenwel door verzwijging een ernstige vertrouwensbreuk tussen werkgever en werknemer is ontstaan, kan dit als een voldoende gewichtige reden voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst worden aangemerkt (art. 7:685 BW). Uit de rechtspraak blijkt dat een dergelijke vertrouwensbreuk niet al te snel mag worden aangenomen. Op grond van goed werkgeverschap kan en mag van de werkgever worden verlangd dat hij de nodige stappen zal ondernemen om het ontbrekende vertrouwen te herkrijgen om aldus met de werknemer tot een verdere vruchtbare samenwerking te geraken.⁶⁵

De door de Hoge Raad aangebrachte objectivering van wetenschap is in feite gekoppeld aan de normaal voorzichtige en redelijke wederpartij, die geplaagd in dezelfde externe omstandigheden de beoogde informatie zou hebben verstrekt (het zogenoemde '*goed huisvader-criterium*'). Onder dergelijke omstandigheden kan er naar mijn mening van uit worden gegaan dat de tekortkoming in de nakoming van de informatieplicht de schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm inhoudt en daardoor tevens als onrechtmatig kan worden aangemerkt.⁶⁶ In de literatuur en in de wetsgeschiedenis van de Wet op de medische keuringen wordt aangenomen dat de informatieplicht voortvloeit uit de precontractuele redelijkheid en billijkheid.⁶⁷ Voor de precontractuele informatieplicht kan men stellen dat het voor de verkrijging van volwaardige wilsovereenstemming tussen partijen van belang is dat zij voldoende zijn geïnformeerd. In de literatuur wordt in dit geval wel gesproken over '*geïnformeerde toestemming*'.⁶⁸ Deze informatieplicht omvat tevens het kenbaar maken van beperkingen die in de weg staan aan de vervulling van essentiële onderdelen van de functie.⁶⁹

In geval van bekendheid van de sollicitant met een kwaal die hem geheel of gedeeltelijk ongeschikt maakt voor de functie, staat de toepasselijkheid van de WMK er niet aan in de weg dat het handelen door de rechter in strijd kan worden

64 Zie o.a. Hof Arnhem 9 november 2004, JAR 2005/81. In dat geval had de werknemer de functie al zes maanden uitgeoefend.

65 Zie Ktr. Delft 28 december 2006, LJN: AZ7352. Zie ook Hof Arnhem 9 november 2004, JAR 2005/81; Ktr. Utrecht 28 januari 2005, JAR 2005/60, waarin een vertrouwensbreuk wel aanwezig werd geacht. Zie in dezelfde zin Ktr. Heerlen 23 februari 2009 (ontbinding zonder toekenning van een vergoeding), RAR 2009, 69 en Ktr. Rotterdam 10 december 2009, LJN: BK6560. In dit geval ging het om de ontbinding van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder tussentijds opzegbeding. De kantonrechter matigde de vordering van de werknemer tot loondoorbetaling tot einde dienstverband met een factor 0,5, omdat de werkgever in onvoldoende mate aan zijn onderzoeksplicht had voldaan.

66 A. de Boeck, J.M. Smits en S. Steijns (Red.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands Recht*, Antwerpen-Intersentia 2002, p. 84.

67 A.C. Hendriks, *Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2000, p. 174. Zie voorts de tekst van art. 6:228 lid 1 sub b BW. Zie in dit verband ook de Memorie van Toelichting op de WMK, *Kamerstukken II* 1992-1993, 23 259, nr. 3, p. 10.

68 A. de Boeck, J.M. Smits en A. Steyn (Red.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen-Intersentia 2002, p. 82.

69 Ktr. Rotterdam 18 februari 1998, JAR 1998/89 en in appel Rb. Rotterdam 1 april 1999, JAR 1999/99.

geacht met de precontractuele redelijkheid en billijkheid.⁷⁰ Deze benadering is in mijn ogen alleszins redelijk. Nu de werkgever op grond van de Wet op de medische keuringen geen medische vragen aan de sollicitant mag stellen, moet hij erop kunnen vertrouwen dat een sollicitant belangrijke medische beperkingen die hem voor het verrichten van de functie geheel of gedeeltelijk ongeschikt maken, spontaan meldt.⁷¹ De sollicitant die deze beperkingen niet wenst mede te delen, heeft de mogelijkheid om tijdens het sollicitatiegesprek een aanstellingskeuring te verzoeken. Om een optimale kans op aanstelling te behouden, is het naar mijn mening raadzaam om buiten de werkgever om een keuring door een daartoe zelf in te schakelen keuringsarts te laten uitvoeren.

Onder omstandigheden kan verzwijging leiden tot verlies van loonaanspraken.⁷² Het toepassen van deze sanctie ligt voor de hand indien een sollicitant bij een aanstellingskeuring onjuiste of onvolledige informatie heeft verstrekt, waardoor de toetsing aan de voor de functie opgestelde belastbaarheidseisen niet juist kon worden uitgevoerd (art. 7:629 lid 3 sub a BW). Een zwaardere sanctie is de beëindiging van het dienstverband, al dan niet via een ontslag op staande voet.

In de jurisprudentie is uitgemaakt dat indien de werknemer de geschiktheid mist voor alle werkzaamheden waarvoor in het bedrijf van de werkgever, hetzij binnen de bestaande, hetzij binnen de te creëren functie, plaats zou zijn, van de werkgever niet gevergd kan worden dat hij de werknemer dit soort werkzaamheden verschaft.⁷³ Verzwijgen van niet-medische informatie wordt de sollicitant, blijkens de rechtspraak, zwaarder aangerekend. Zo werd het ontslag op staande voet van een werknemer die een volledige (betaalde) nevenfunctie bij de sollicitatie had verzwegen, door de Hoge Raad in stand gelaten.⁷⁴ De overweging van de rechtbank dat een sollicitant in beginsel uit eigen beweging mededeling dient te doen van iedere gehonoreerde nevenfunctie, zodat de potentiële werkgever kan onderzoeken of die nevenfunctie zich verdraagt met een indienstneming van de sollicitant, werd door de Hoge Raad niet onbegrijpelijk bevonden, nu de rechtbank de aard van de functie en het extreme karakter van het geval in aanmerking had genomen.

Ook het ontslag op staande voet van een musicus die niet van het blad kon spelen en had gesolliciteerd bij een theatergezelschap, werd door de Hoge Raad bekrachtigd. Volgens de rechtbank kon het theatergezelschap er redelijkerwijs van uitgaan dat de betrokken musicus 'van het blad' kon spelen en had het op de weg van de werknemer gelegen om het gezelschap te informeren over zijn beperking op dat gebied. Dit oordeel gaf volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Daarbij overwoog de Hoge Raad dat de werknemer had moeten begrijpen dat zijn vaardigheden tekortschoten, dat hem voor de te verrichten arbeid in beginsel ongeschikt

70 *Kamerstukken II* 1992-1993, 23 259, nr. 3, p. 10 en *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 259, nr. 7, p. 10. Zie Hof Arnhem 9 november 2004, *JAR* 2005/81.

71 Jaarverslag Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode maart 2003 - februari 2004, p. 44.

72 Ktr. Rotterdam 18 februari 1998, *JAR* 1998/89.

73 HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 270 (*Peres/Homburg*).

74 HR 18 oktober 1985, *NJ* 1986, 340 (*Kwist/Pro Juventute*).

maakte.⁷⁵ In de literatuur is er naar aanleiding van dit arrest voor gepleit het begrip 'vaardigheden' ruim te interpreteren.⁷⁶

Ook verzwijging van andere feiten dan bijvoorbeeld medische beperkingen of gebrek aan bepaalde vaardigheden, kan aanleiding zijn om het dienstverband, al dan niet via ontslag op staande voet, te beëindigen. Het betreft dan het verzwijgen van omstandigheden waarvan de sollicitant wist of had moeten begrijpen, dat daardoor het vervullen van de functie aanzienlijk bemoeilijkt wordt. Dit geldt ook indien de situatie die tot de dringende reden heeft geleid, de werknemer niet kan worden verweten.⁷⁷ In de rechtspraak zien wij een parallel met de jurisprudentie over artikel 251 van het Wetboek van Koophandel. Ook daarbij is uitgemaakt dat een beroep op verzwijging van omstandigheden, waarnaar de verzekeraar niet had gevraagd en waarvan de verzekerde niet begrijpt of behoort te begrijpen dat de verzekeraar bij mededeling daarvan de verzekering niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou willen sluiten, niet toelaatbaar is.⁷⁸ Een sprekend voorbeeld van een omstandigheid waarvan een sollicitant 'op zijn klompen' kan aanvoelen dat daardoor zijn functioneren aanzienlijk zou kunnen worden bemoeilijkt, is een concurrentiebeding. Daarvoor kan volgens een uitspraak van het Hof Amsterdam⁷⁹ ook de nieuwe werkgever aansprakelijk worden geacht op grond van onrechtmatige daad, door tijdens de sollicitatie niet te informeren naar een concurrentiebeding. Uit bewijstechnisch oogpunt doet een werkgever er mijns inziens verstandig aan om schriftelijk naar het al dan niet bestaan van een concurrentiebeding te informeren.

Ook bij de werving en selectie van personeel speelt, net als in het algemene verbintenissenrecht, dat tegenover de informatieplicht van de ene partij een onderzoeksplicht van de wederpartij wordt verondersteld. Indien de werkgever zich bij het verkrijgen van informatie tijdens de sollicitatiefase te weinig actief heeft betoond, kan zijn beroep op dwaling stranden op grond van onverschoonbaarheid.⁸⁰ De Boeck spreekt in dit verband van 'legitieme onwetendheid' van de dwalende partij.⁸¹ Dit houdt in dat de dwalende partij zich niet zelf behoefde te informeren over een bepaald punt. De mate van onderzoeksplicht en verschoonbaarheid is tevens gerelateerd aan de duur van de onderhandelingen.⁸² Voorts kan de professional-leekverhouding van belang zijn bij de beoordeling van de mate van verschoonbaarheid bij dwaling.⁸³ Hierbij kunnen ook de aard van de mededelingen,

75 HR 3 maart 1989, NJ 1989, 489 (Hendriks/AVT), m.nt. P.A. Stein.

76 O. van der Kind, 'De spreekplicht en het zwijgrecht van de sollicitant', *ArbeidsRecht* 1998/11, p. 17.

77 Ktr. Zutphen 24 juli 2001, JAR 2001/228.

78 HR 8 juni 1962, NJ 1962, 366 (afgehakte duim).

79 Hof Amsterdam 6 april 2006, JAR 2006/280.

80 Zie onder andere HR 30 november 1973, NJ 1974, 97. Zie ook eerder HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp).

81 A. de Boeck, J.M. Smits en S. Steijns (Red.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen-Intersentia 2002, p. 86.

82 HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (CBB/JPO), RvdW 2005/93. Zie voorts M.R. Ruijgvoorn, *Afbreken van onderhandelingen*, Deventer: Kluwer 2005, p. 35 e.v.

83 A. de Boeck, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, diss. Antwerpen, Antwerpen-Intersentia 2000, p. 86. Zie voorts A. de Boeck, J.M. Smits en S. Steijns (Red.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen-Intersentia 2002, p. 67.

de aard van de overeenkomst en de omstandigheid dat een onjuistheid op eenvoudige wijze kan worden ontdekt een rol spelen.⁸⁴ Ook bij de beantwoording van de vraag of dwaling verschoonbaar is, kan het leerstuk van 'het goed huisvaderschap' ons te hulp schieten. Op basis van dit criterium kan dwaling als onverschoonbaar worden aangemerkt indien ze niet zou zijn begaan door ieder redelijk mens, geplaatst in dezelfde objectieve en subjectieve omstandigheid, zoals zijn verstand, opvoeding, leeftijd, de bijstand van een raadsman et cetera.⁸⁵ Dit laatste aspect kan van betekenis zijn in de relatie werkgever-sollicitant, waarin een werkgever over het algemeen over een grotere professionele kennis beschikt dan de gemiddelde sollicitant.

De redelijkheid en billijkheid verzetten zich er in het algemeen tegen dat een partij die niet aan haar mededelingsplicht heeft voldaan, ter afwering van een beroep op dwaling aanvoert dat de wederpartij het ontstaan van de dwaling mede aan zichzelf heeft te wijten.⁸⁶ Uit standaardjurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat dit uitgangspunt nog steeds geldt.⁸⁷ Ook in de lagere jurisprudentie is bij herhaling uitgemaakt dat de sollicitant zich niet van zijn mededelingsplicht kan disculperen met het verweer dat er een medische keuring had moeten plaatsvinden.⁸⁸ Deze benadering is in overeenstemming met de jurisprudentie van de Hoge Raad over het prevaleren van de mededelingsplicht boven de onderzoeksplicht in de precontractuele fase. Zeker bij zwaardere functies kan het geïndiceerd zijn dat een werkgever in het kader van de sollicitatie een onderzoek verricht naar het arbeidsverleden van de werknemer.⁸⁹ Dit is ook in het belang van de werkgever, bijvoorbeeld als er na de aanstellingsbeslissing en indienstneming kosten moeten worden gemaakt voor beëindiging van het dienstverband wegens gebleken ongeschiktheid voor de functie of andere dringende of gewichtige redenen, die bij zorgvuldiger optreden vermeden hadden kunnen worden.⁹⁰ In dit verband kan worden gewezen op een uitspraak van de Kantonrechter Groningen van 30 september 1996⁹¹ die spreekt van een onderzoeksverplichting in het kader van

84 M.M. van Rossum, *Dwaling, in het bijzonder bij koop van onroerend goed*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 1991, p. 39.

85 A. de Boeck, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, diss. Antwerpen 2000, Antwerpen-Intersentia 2000, p. 239.

86 M.M. Mendel, *De rechtsbescherming van de sollicitant, mede in verband met het psychologisch onderzoek waaraan hij zich onderwerpt*, Deventer: Kluwer 1975, p. 22. Zie ook Ktr. Amsterdam 3 maart 2008, JAR 2008/116.

87 HR 30 november 1973, NJ 1974, 97 (*Van der Beek/Van Dartel*), m.nt. G.J. Scholten, HR 7 december 1984, NJ 1985, 771 (*Türk/Van den Berg*), m.nt. C.J.H. Brunner en HR 21 december 1990, NJ 1991, 251 (*Van Geest/Nederlof*).

88 Ktr. Rotterdam 16 maart 2001 en 20 juli 2001, JAR 2001/182, Rb. Rotterdam 1 april 1999, JAR 1999/99, Ktr. Rotterdam 18 februari 1998, JAR 1998/89, Ktr. Wageningen 17 april 2002, JAR 2002/108.

89 Zie Rb. Arnhem 7 oktober 2009, RAR 2010, 7. In dit geval ging naar het oordeel van de rechtbank het door de werkgever gedane beroep op dwaling niet op, omdat op hem een onderzoeksplicht rustte. Deze onderzoeksplicht brengt volgens de rechtbank met zich mee dat de werkgever onderzoek doet naar voormalige dienstverbanden van de werknemer indien hij dat arbeidsverleden van belang acht voor het aangaan van de arbeidsovereenkomst. Zie ook O. van der Kind, 'De spreekplicht en het zwijgrecht van de sollicitant', *ArbeidsRecht* 1998/11, p. 17.

90 Zie ook C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, 3e druk, Den Haag: Bju 2008, p. 78.

91 Ktr. Groningen 30 september 1996, JAR 1996/222. Zie in dit verband ook Hof 's-Hertogenbosch 2 maart 2004, JAR 2007/70, RAR 2007/52: De werkgever schoot toerekenbaar tekort door de mogelijkheid achterwege te laten om referenties op te vragen of de werknemer te laten testen.

de sollicitatie.⁹² Een dergelijke onderzoeksplicht kan blijkens de rechtspraak ook worden aangenomen voor de sollicitant.⁹³

In de literatuur wordt wel aangenomen dat hoe groter het onderzoek of de onderzoeksplicht is, des te geringer de mededelingsplicht wordt verondersteld te zijn.⁹⁴ Dit uitgangspunt is naar mijn mening billijk, nu de werkgever over selectiemiddelen kan beschikken om de geschiktheid vast te stellen.⁹⁵ De onderzoeksplicht gaat voorts ook verder als de dwalende zelf op een bepaald gebied deskundig is, dan wel als de dwalende zich door een deskundige laat bijstaan. Ook is de reikwijdte van de onderzoeksplicht afhankelijk van de aard van de mededelingen en de aard van de overeenkomst. Ook kan een beroep op dwaling stranden als een gebrek eenvoudig waarneembaar is, bijvoorbeeld in geval van bepaalde handicaps. De mededelingsplicht gaat volgens vaste rechtspraak boven de onderzoeksplicht. Hieruit volgt dat indien een partij haar onderzoeksplicht geheel of gedeeltelijk heeft verzaakt, zij toch met succes een beroep kan blijven doen op de mededelingsplicht ter zake van diezelfde gegevens bij de wederpartij.⁹⁶ Met betrekking tot de verwerving van medische informatie over de sollicitant, bestaat op dit punt een blokkade voor de werkgever in verband met de Wet op de medische keuringen. Op grond van deze wet is een aanstellingskeuring toegestaan indien aan de functie bijzondere eisen worden gesteld op het punt van de medische geschiktheid (art. 4 WMK). Deze functiegerichtheid is naar mijn mening een manco in de systematiek van de Wet op de medische keuringen. Voor de WMK wordt voor de medische belastbaarheid van de sollicitant gekeken naar de gemiddelde sollicitant en niet naar de individuele sollicitant.⁹⁷

Ik ben van mening dat aan de informatieplicht van de werkgever in beginsel zwaardere eisen kunnen worden gesteld dan aan die van de sollicitant. Dit is het gevolg van de verschillende uitgangspunten van partijen. Bij een sollicitant speelt dat bij het verschaffen van bepaalde informatie zijn privacy in het geding kan zijn en hij recht heeft op bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer (art. 10 en 11 van de Grondwet). In de NVP Sollicitatiecode wordt mede hierom de eis gesteld dat de werkgever de sollicitant slechts vraagt om informatie die nodig is voor de beoordeling van de geschiktheid voor de functie.⁹⁸ Voor een werkgever geldt bij de voldoening aan de informatieplicht het privacyaspect niet of nauwelijks. Van een werkgever wordt

92 Zie ook HR 15 november 1957, NJ 1958, 67, m.nt. LEHR (*Baris/Riezenkamp*). Zie voorts A.G. Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1992, p. 21 e.v. Zie ook art. 6:228 lid 2 BW.

93 Hof Amsterdam 10 mei 2007, LJN: BB3127.

94 Op dit aspect zal in § 6.3.3.2 nader worden ingegaan. Zie HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*). Zie in dit verband ook C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, 3^e druk, Den Haag: Bju 2008, p. 78.

95 Zie ook D.J.B. de Wolff, *Goedwerknemerschap*, Deventer: Kluwer 2007, p. 125.

96 HR 16 juni 2000, NJ 2001, 559 (*L.E. Beheer/Stijnman*).

97 C.G.B. Rayer, 'Toepasselijkheid van de WMK op aanstellingskeuringen', *SMA* oktober 2003-10, p. 427 e.v. Zie voorts R.M. Schuttelaar, 'De rechtspositie van chronisch zieken bij aanstellingskeuringen', *Ars Aequi* 1998-6, p. 540 e.v.

98 Uitgangspunt 1.1 van de NVP Sollicitatiecode (2009).

dan ook verlangd dat hij aan de sollicitant de informatie verschaft die deze nodig heeft om een waar en getrouw beeld te verkrijgen van zijn geschiktheid voor de vacante functie.⁹⁹

Een ander aspect dat bij de wederzijdse informatieplicht ook nog van belang kan zijn, is dat werkgevers, afhankelijk van de aard van de te bekleden functie, in de regel over meer deskundigheid beschikken dan sollicitanten. Dit kan tot gevolg hebben dat het beroep van een werkgever op dwaling in de sollicitatiefase minder snel zal kunnen slagen.¹⁰⁰

Omstandigheden of hoedanigheden die het vervullen van de functie niet bemoeilijken, mogen naar mijn mening, mutatis mutandis, worden verzwegen. Een aanstaande verhuizing zou als een dergelijke omstandigheid kunnen worden aangemerkt.¹⁰¹ Te denken valt ook aan een in het verleden bestaande verslaving aan alcohol en drugs.¹⁰² Dat kan anders zijn indien er een duidelijk verband is tussen de verzwegen informatie en de geschiktheid voor de werkzaamheden. Bijvoorbeeld iemand die solliciteert bij de verkeerspolitie en bij de sollicitatie verzwijgt dat hij verslaafd is geweest. Ook kunnen we denken aan een leerkracht die bij de sollicitatie had verzwegen dat hij bij zijn laatste baan als docent wegens klachten van overspannenheid was uitgevallen. De nieuwe werkgever ontsloeg de docent op staande voet. Het verzoek van de werknemer tot het treffen van voorlopige voorzieningen (o.a. loondoorbetaling) werd door de kantonrechter afgewezen.¹⁰³ Volgens de kantonrechter had de werknemer de werkgever moeten informeren over zijn overspannenheid in het verleden, omdat deze omstandigheid voor de functie waarnaar hij solliciteerde van wezenlijk belang was. Verder heeft de werknemer volgens de kantonrechter niet weersproken dat de oorzaken van zijn huidige en zijn eerdere arbeidsongeschiktheid dezelfde waren. Hij had openheid van zaken moeten geven, temeer omdat hij wist dat de werkgever een stressbestendige docent zocht. Uit een in hoger beroep gegeven uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage kan blijken dat voor het bij een sollicitatie verzwijgen van een opname in een psychiatrische inrichting die in het verleden heeft plaatsgevonden, kennelijk ook het criterium geldt dat er een verband moet bestaan tussen de psychische klachten en de te verrichten werkzaamheden, wil de verzwijging voldoende reden zijn om tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst te komen.¹⁰⁴

Een dergelijk verband wordt volgens de rechtspraak meestal niet meer aanwezig geacht indien de voormalige sollicitant die informatie over bepaalde klachten heeft

99 Uitgangspunt 1.1 van de NVP Sollicitatiecode (2009).

100 Zie over de mogelijkheid van toepassing van wilsgebreken in het arbeidsrecht § 5.5 van dit boek.

101 Ktr. Almelo 29 januari 1998, *Prg.* 1998, nr. 4970. In deze zaak behoefde de werkneemster volgens de kantonrechter tijdens haar sollicitatie geen melding te maken van haar verhuizing nu zij volgens haar functieomschrijving geen nachtdiensten hoefde te verrichten en voor de overige diensten goed bereikbaar bleef per openbaar vervoer en eigen vervoer.

102 Ktr. Rotterdam 14 april 1992, *Prg.* 1992, nr. 3738.

103 Ktr. Haarlem (voorzieningenrechter) 15 augustus 2007, *JAR* 2007/256.

104 Rb. 's-Gravenhage 26 maart 1986, *Prg.* 1986, nr. 2511.

verzwegen reeds enige maanden zonder problemen heeft gewerkt.¹⁰⁵ Om gehandicapten en chronisch zieken een reële kans op aanstelling te geven, ligt het voor de hand om de mededelingsplicht bij hen te beperken tot het geven van informatie over belemmeringen die zij bij het vervullen van de wezenlijke functietaken zullen ondervinden.¹⁰⁶ In § 6.3.3.2 zal meer specifiek worden ingegaan op de mededelingsplicht terzake van handicap of chronische ziekte. Ook voor het mededelen van een strafrechtelijk verleden, dient het criterium te gelden dat er een verband moet bestaan tussen het strafrechtelijk verleden en de te verrichten werkzaamheden. Naar mijn mening dienen hierbij de bepalingen van de Wet op de justitiële en strafvorderlijke gegevens,¹⁰⁷ die per 1 april 2004 in werking is getreden, te worden nageleefd,¹⁰⁸ omdat anders een te grote inbreuk wordt gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de sollicitant. Op dit aspect zal in § 4.3.9 worden teruggekomen.

Een sollicitant hoeft niet te antwoorden op vragen die hem niet hadden mogen worden gesteld. Hieronder moeten we vragen verstaan die kunnen leiden tot discriminatie. Aan een sollicitante mag bijvoorbeeld niet gevraagd worden of zij zwanger is. Het stellen van een dergelijke vraag levert direct onderscheid op grond van geslacht op (art. 7:646 lid 1 BW en art. 1 WGB),¹⁰⁹ tenzij sprake is van één van de uitzonderingssituaties als bedoeld in de leden 2, 3 en 4 van artikel 7:646 BW. In het belang van de sollicitante wordt het begrip onderscheid naar zwangerschap blijkens de oordelen van de CGB ruim geïnterpreteerd.¹¹⁰ Ook vragen die de intentie hebben zwangerschappen of toekomstige zwangerschappen vast te stellen, vallen onder dit begrip.¹¹¹ Te denken valt bijvoorbeeld aan de vraag of sollicitante een kinderwens heeft. Om de gevolgtrekking van het niet antwoorden op deze vraag in het nadeel van de sollicitante te voorkomen, mag zij liegen. Het verzwijgen of ontkennen van zwangerschap levert volgens de wetsgeschiedenis¹¹² en de rechtspraak¹¹³ dan ook geen dringende reden op voor een ontslag op staande voet. Vermeldenswaardig is voorts nog een uitspraak van de Kantonrechter Maastricht, die het verzwijgen van zwangerschap geen aanleiding vond om de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van een verstoorde arbeidsverhouding.¹¹⁴ In het geval de sollicitante immers zou weigeren om een vraag over zwangerschap te beantwoorden, zou uit die weigering blijken dat zij vrijwel zeker zwanger is. Het sprak daarom voor de kantonrechter

105 Ktr. Nijmegen 9 november 2007, JAR 2007/297: geen beroep op verzwijging klachten mogelijk geacht na drie maanden werk. Zie in dit verband ook D.J.B. de Wolff, *Taai ongerief: De verzwijging van medische beperkingen*, SR 2004, 71. De Wolff trekt een parallel met de driemaandentermijn van art. 21 van de Ziektewet. Zie ook Ktr. Rotterdam 18 februari 1998, JAR 1998/89.

106 Rb. Rotterdam 1 april 1999, JAR 1999/99 en *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 169, nr. 3, p. 35. Zie ook C.W.G. Rayer en I.P. Asscher-Vonk, *Aanstellingskeuringen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 93.

107 Wet van 7 november 2002, *Stb.* 2006, 24 in werking getreden per 1 april 2004. Hierdoor is de Wet op de justitiële documentatie van 15 augustus 1955, *Stb.* 395, ingetrokken.

108 Zie ook de aanbevelingen van de STAR en de NVP Sollicitatiecode (2009).

109 Zie voorts HR 13 september 1991, NJ 1992, 225 (Dekker 2). Zie ook HvJ EG 4 oktober 2001, NJ 2002, 160, JAR 2001/220 en HvJ EG 3 februari 2000, JAR 2000/65.

110 Zie hierover verder § 6.3.1 van dit boek.

111 Zie o.a. CGB 24 november 2005, oordeel 2005-229. Zie voorts art. 7:646 BW en art. 1. WGB.

112 *Kamerstukken II* 1987-1988, 19 908, nr. 6, p.34.

113 Zie o.a. Ktr. Eindhoven 1 december 2005, JAR 2006/37.

114 Ktr. Maastricht 13 oktober 2005, LJN: AN4118.

voor zich dat een sollicitante er evenmin toe verplicht is om uit zichzelf te melden dat zij zwanger is.

Veel vrouwen kiezen ervoor om de zwangerschap wel tijdens het tweede sollicitatiegesprek aan de orde te stellen. Indien zij daarna voor de functie wordt afgewezen, kan de omstandigheid dat zij bij de sollicitatie in de tweede ronde is gekomen en ná het melden van de zwangerschap voor de functie is afgewezen, het vermoeden van onderscheid als bedoeld in de gelijkebehandelingswetgeving opleveren. In dat geval ligt de bewijslast bij de werkgever om dit te ontzenuwen. Op grond van deze beweegreden ligt het in de rede om deze handelwijze toe te passen in alle in de wet geregelde gevallen van verboden onderscheid bij de werving en selectie.¹¹⁵

4.3 Selectiemiddelen

Net als bij de werving en selectie van personeel gelden ook voor de gebruikmaking van selectiemiddelen geen wettelijke voorschriften die de toepassing van bepaalde selectiemiddelen verbieden. Een uitzondering hierop vormt de algemene regel dat bij de selectie van personeel niet mag worden gediscrimineerd (art. 5 van de AWGB). Voorts is bij de toepassing van selectiemiddelen van belang dat de hierdoor te verkrijgen informatie voor de uitoefening van de functie relevant is.

Alhoewel door het gebruik van selectiemiddelen een onevenredige inbreuk op de privacy van de sollicitant kan worden gemaakt, loopt een werkgever die onvoldoende zorgvuldig selecteert het risico dat hij er pas na het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd achter komt dat de werknemer niet past binnen de bedrijfscultuur of niet geschikt is voor de functie. Dit kan blijken de jurisprudentie, zeker als geen proeftijd werd overeengekomen, grote financiële consequenties voor de werkgever hebben.¹¹⁶ Verder dient de door de toepassing van verschillende selectiemiddelen verkregen informatie in totaliteit te worden beoordeeld. Hierdoor wordt voorkomen dat er te veel nadruk op één bepaald selectiemiddel komt te liggen. Door de ontwikkeling en steeds verdere verfijning van selectiemiddelen is scherpere selectie mogelijk, waarmee een eerlijke kans op aanstelling wordt gediend.¹¹⁷ Voorts geldt voor alle selectieinstrumenten dat ze moeten voldoen aan de eisen van validiteit (deugdelijkheid meetmethode) en betrouwbaarheid (constante meting). Deze eisen dragen bij aan het recht op een eerlijke aanstelling.¹¹⁸

4.3.1 Sollicitatiegesprek

Het sollicitatiegesprek is een belangrijk station in het gehele sollicitatietraject. Het is een goede gelegenheid voor wederzijdse informatie-uitwisseling tussen sollicitant en

¹¹⁵ Zie de opsomming in art. 1 van de AWGB.

¹¹⁶ Ktr. Haarlem 16 november 2007, LJN: BB8555.

¹¹⁷ Eindrapport van de Commissie Selectieprocedure, *Een sollicitant is ook een mens*, 's-Gravenhage 1977, p. 12 en p. 35.

¹¹⁸ Eindrapport van de Commissie Selectieprocedure, *Een sollicitant is ook een mens*, 's-Gravenhage 1977, p. 12 en p. 35.

werkgever. Toch worden aan het sollicitatiegesprek zelf, ondanks de belangrijke functie daarvan, weinig procedurele voorschriften gesteld. Wederzijdse informatie-uitwisseling impliceert tevens dat een sollicitant tijdens het sollicitatiegesprek voldoende in de gelegenheid moet worden gesteld om vragen te stellen en uitleg te verkrijgen. Voor de sollicitant is van belang, dat hij naast informatie over de aard van de functie en de daaraan te stellen eisen van de werkgever informatie verkrijgt over de aard van de onderneming alsook over het verdere verloop van de sollicitatieprocedure.¹¹⁹

Voor de door de werkgever bij de sollicitant in te winnen informatie dienen de functieomschrijving en de functie-eisen het uitgangspunt te zijn om te voorkomen dat een inbreuk wordt gemaakt op de privacy van de sollicitant.¹²⁰ Voorts verdient het, uit het oogpunt van privacy van de sollicitant, aanbeveling om verschillende sollicitanten niet tezamen in één ruimte te ontvangen. Ook is het niet de bedoeling dat voor het sollicitatiegesprek meerdere kandidaten tegelijk worden opgeroepen. Op grond van de precontractuele redelijkheid en billijkheid dienen partijen met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening te houden.¹²¹ Partijen dienen elkaar dan ook in beginsel juist en volledig te informeren over voor de uitoefening van de functie relevante feiten en omstandigheden. Op bij wet verboden vragen is de sollicitant niet verplicht te antwoorden en evenmin is hij gehouden om wettelijk verboden vragen juist te beantwoorden.

De werkgever dient geen informatie over de sollicitant aan derden te verstrekken indien de sollicitant deze geheimhouding heeft verzocht. De sollicitant dient met de door de werkgever tijdens het sollicitatiegesprek en ook daarbuiten verkregen informatie vertrouwelijk om te gaan.¹²² Het is niet de bedoeling dat het sollicitatiegesprek als een verkapt psychologisch instrument wordt toegepast, door bijvoorbeeld te testen hoe een sollicitant op bepaalde vragen reageert.¹²³ Desalniettemin wordt een sollicitatiegesprek in de praktijk toch vaak gebruikt om de houding van een sollicitant te kunnen observeren.¹²⁴

119 Zie onder andere ook de uitgangspunten 4.1 en 4.5 van de NVP Sollicitatiecode 2009.

120 Eindrapport Commissie Selectieprocedure, Sociale Zaken, Verslagen en rapporten 1977-5, *Een sollicitant is ook een mens*, 's-Gravenhage 1977, p. 36 en 37.

121 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*), m.nt. L.E.H. Rutten, HR 16 januari 1981, NJ 1981/426 (*Van Oosterom/Majoor*), m.nt. C.J.H. Brunner, HR 13 februari 1981, NJ 1981/456 (*De gemeente/Reijs*), m.nt. C.J.H.B., HR 15 mei 1981, NJ 1982/85 (*Stuyvers/Eugster*), m.nt. C.J.H. Brunner, HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (*Plas/Valburg*), m.nt. C.J.H. Brunner, *Ars Aequi* 1983, p. 758 m.nt. P. van Schilfgaarde, en HR 12 augustus 2005, RvdW 2005, 93 (*CBB/JPO*).

122 Zie onder andere art. 17 van de proeve van het Wetsontwerp op de werving en selectie, zoals opgenomen in het Eindrapport van de Commissie Selectieprocedure, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mei 1982, p. 36.

123 Eindrapport van de Commissie Selectieprocedure, Sociale Zaken, Verslagen en rapporten 1977-5, *Een sollicitant is ook een mens*, 's-Gravenhage, 1977, pag. 36.

124 Zie onder andere de toelichting op art. 17 van de proeve van het Wetsontwerp op de werving en selectie, zoals opgenomen in het Eindrapport van de Commissie Selectieprocedure, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mei 1982, p. 36.

4.3.2 Psychologische test

Een werkgever die meer informatie wenst te verkrijgen over de persoonlijkheid van de sollicitant, kan gebruikmaken van de mogelijkheid om een psychologische test bij de sollicitant te laten afnemen. Bij een psychologische test kan een grote inbreuk worden gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de sollicitant. Alhoewel het niet wettelijk is geregeld voor welke functies een psychologische test mag worden toegepast, ligt het uit het oogpunt van proportionaliteit en subsidiariteit voor de hand dat de arbeidsorganisatie ervoor kiest om eerst dan een psychologisch onderzoek te doen instellen als de aard van de functie(-eisen) daartoe aanleiding geeft.¹²⁵ Een psychologisch onderzoek behoort bovendien niet het enige selectiemiddel te zijn dat bij de besluitvorming een rol speelt.¹²⁶

De mogelijkheid van onderwerping aan een psychologische test dient in de personeelsadvertentie te zijn aangekondigd. Alhoewel hierover in de NVP Sollicitatiecode niets is vastgelegd, ligt het, gelet op de inbreuk die over het algemeen door een psychologische test op de privacy van de sollicitant wordt gemaakt, voor de hand om niet automatisch in elke selectieprocedure een psychologisch onderzoek te laten plaatsvinden. Uit het oogpunt van bescherming van de privacy van de sollicitant en uit het oogpunt van proportionaliteit, is het raadzaam om een psychologisch onderzoek alleen te laten uitvoeren als de functie relatief hoge eisen stelt aan het persoonlijk functioneren van de aspirant-werknemer. Vanuit het oogpunt van privacybescherming van de sollicitant verdient het de voorkeur om, in geval van een afwijzing bij een nieuwe sollicitatie voor dezelfde functie door dezelfde sollicitant, binnen een jaar na de afwijzing niet wederom een psychologisch onderzoek te laten verrichten.

Over de voorwaarden waaraan een psychologische test die in het kader van een sollicitatieprocedure wordt afgenomen, moet voldoen, is niets in de wet geregeld. De Wet op de medische keuringen is niet op psychologische tests van toepassing. De reden hiervoor is dat, anders dan de psychiatrie, de psychologie niet tot het gebied van de medische wetenschap behoort.¹²⁷ In werkelijkheid bestaat er echter geen duidelijke grensafscheiding tussen het medische en het psychologische vakgebied. Het is een feit van algemene bekendheid dat er een nauwe relatie tussen gedrag, emoties en lichamelijke verschijnselen bestaat. Nu bij een psychologisch onderzoek, net als bij een medisch onderzoek, een grote inbreuk kan worden gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de sollicitant, ligt het uit oogpunt van rechtsbescherming voor de hand om ook bij een psychologisch onderzoek de eis te stellen dat dit alleen mag plaatsvinden indien voor het vervullen van de functie aan de psychologische belastbaarheid van de werknemer bijzondere eisen worden gesteld.¹²⁸ Daarbij moet naar

125 Eindrapport van de Commissie Selectieprocedure, Sociale Zaken, Verslagen en rapporten 1977-5, *Een sollicitant is ook een mens*, 's-Gravenhage, 1977, p. 37.

126 Eindrapport van de Commissie Selectieprocedure, Sociale Zaken, Verslagen en rapporten, *Een sollicitant is ook een mens*, 's-Gravenhage 1977, p. 38.

127 C.W.G. Rayer en I.P. Asscher-Vonk, *Aanstellingskeuringen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 49.

128 C.W.G. Rayer en I.P. Asscher-Vonk, *Aanstellingskeuringen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 49 en 50.

mijn mening de lat -ter voorkoming van misbruik van dit selectiemiddel- hoog worden gelegd.

Sommige cao's bevatten voorschriften voor het afnemen van een psychologische test en de eisen waaraan deze moet voldoen.¹²⁹ De Stichting van de Arbeid adviseert in haar aanbevelingen dat een psychologisch onderzoek dient te worden uitgevoerd door een deskundige.¹³⁰ De Nederlandse Vereniging voor Personeelsmanagement & Organisatieontwikkeling (NVP) schrijft in haar sollicitatierichtlijnen voor dat een psychologisch onderzoek onder verantwoordelijkheid van een psycholoog dient plaats te vinden.¹³¹

De door de NVP ontwikkelde sollicitatiecode schrijft voor dat een psychologisch onderzoek, waaronder ook een assessment wordt begrepen, slechts kan plaatsvinden door of onder verantwoordelijkheid van een erkend psycholoog. In de NVP Sollicitatiecode wordt daarbij aangegeven dat bij het onderzoek de richtlijnen van het Nederlands Instituut voor Psychologen (NIP) in acht moeten worden genomen.¹³² Het NIP is de beroepsvereniging van en voor psychologen en als zodanig de enige landelijke vereniging in Nederland die de belangen van alle psychologen behartigt.

De bij het NIP aangesloten psychologen zijn onderworpen aan het door het NIP ontwikkelde kwaliteitsbeleid.¹³³ Dit kwaliteitsbeleid is verder uitgewerkt in de NIP-beroepscode,¹³⁴ richtlijnen voor psychologisch handelen, het tuchtcollege en testkwaliteit.

De beroepscode van het NIP is gebaseerd op de principes: integriteit, respect, verantwoordelijkheid en deskundigheid. De bij het NIP aangesloten leden dienen zich aan deze beroepscode te houden. Psychologen die geen lid zijn van het NIP zijn niet gebonden aan de beroepscode en vallen dus niet onder het tuchtrecht. Bij het NIP aangesloten psychologen zijn meestal herkenbaar aan het dienstmerk 'PSYCHOLOOG NIP'. De code is van toepassing bij beroepsmatig handelen van een psycholoog.

Onder beroepsmatig handelen wordt verstaan: alle handelingen die de psycholoog verricht wanneer hij optreedt in zijn functie of gebruikmaakt van de aanduiding psycholoog. Hieronder vallen de professionele relatie, het optreden als wetenschappelijk onderzoeker, docent, supervisor, in de media et cetera. Gelet op deze omschrijving handelt een testpsycholoog beroepsmatig en is de beroepscode van het NIP van toepassing.

129 Zie o.a. art. 3:14 lid 4 van de CAO Gehandicaptenzorg (looptijd van 1 april 2007 tot en met 31 december 2008), art. 2.8 lid 2 van de CAO ANO Services (looptijd van 1 april 2008 tot en met 30 september 2009) en art. 25 lid 4 van de CAO Nederlands Loodswezen B.V. (looptijd van 1 januari 2007 tot en met 30 juni 2008).

130 Pres. Rb. Utrecht 29 juli 1993, JAR 1993/192.

131 NVP Sollicitatiecode (2009), 'Nader onderzoek', onder 5.2.

132 NVP Sollicitatiecode (2009), 'Nader onderzoek', onder 5.2.

133 Zie de website van het NIP www.psynip.nl.

134 De laatste versie van de beroepscode dateert van 1 april 2007.

De testpsycholoog die normen schendt die in de beroepscode van het NIP zijn vervat, loopt hierdoor een reëel gevaar zich tegenover de onderzochte sollicitant schuldig te maken aan een onrechtmatige daad. Meer in het bijzonder speelt dit bij schending van normen die betrekking hebben op het psychisch welzijn van de onderzochte.¹³⁵ Van onrechtmatig handelen kan ook sprake zijn indien de psycholoog bijvoorbeeld tijdens het onderzoek een kunstfout heeft gemaakt. Dat kan het geval zijn indien hij bij het onderzoek verkeerde onderzoeksmethoden heeft gehanteerd. Ook kan daarvan sprake zijn indien de privacy van de keurling bij het onderzoek is aangetast of in het geval de testend psycholoog discriminatoir heeft gehandeld bij het onderzoek. Ook de opdrachtgever van de psycholoog kan in dat geval op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk worden gesteld (culpa in eligendo, art. 6:170 lid 1 BW).¹³⁶

De beroepscode van het NIP houdt onder andere in dat de sollicitant het recht heeft om via de testend psycholoog kennis te nemen van de inhoud en het resultaat van het onderzoek. Hij kan evenwel geen aanspraak maken op een kopie van het psychologisch onderzoeksrapport.¹³⁷ Verder dient de sollicitant van tevoren de gang van zaken bij het onderzoek te worden medegedeeld. Als de sollicitant besluit om de sollicitatie in te trekken en de psycholoog van deze beslissing op de hoogte is, zendt de psycholoog het onderzoeksrapport niet naar de opdrachtgever. Voorts behoort de opdrachtgever niet meer informatie te ontvangen dan in het psychologisch rapport staat vermeld en heeft de sollicitant, als er sprake is van bijzondere gronden daartoe, recht op heranalyse door een andere psycholoog of selectiecommissie.¹³⁸ Voor de onderzoeks- en testgegevens, alsook voor de psychologische rapportage, geldt een bewaarplicht voor de psycholoog van ten hoogste twee jaar. Daarna dienen de gegevens te worden vernietigd.

Mendel¹³⁹ heeft opgemerkt dat psychologische tests onder andere moeten voldoen aan het relevantiebeginsel en het vertrouwelijkheidsbeginsel. Het eerste beginsel houdt in dat de aspirant-werkgever of iemand namens hem, zich bij de sollicitatieprocedure onthoudt van handelingen die voor het vervullen van de betrekking niet relevant zijn en die de sollicitant schade toebrengen. Het tweede beginsel houdt in dat partijen vertrouwelijk met de door hen aan elkaar uitgewisselde gegevens omgaan. Bij schending van deze beginselen door de testpsycholoog is volgens Mendel vaak sprake van onrechtmatige daad.

Een sollicitant die aan een psychologisch onderzoek werd onderworpen en van mening is dat de psycholoog daarbij onzorgvuldig heeft gehandeld, heeft de mogelijkheid om bij het College van Toezicht van het NIP een klacht in te dienen. Om

135 M.M. Mendel, *De rechtsbescherming van de sollicitant, mede in verband met het psychologisch onderzoek waaraan hij zich onderwerpt*, Deventer: Kluwer 1975, p. 37.

136 In § 5.4.2.1 van dit boek wordt nader ingegaan op de in te stellen acties.

137 Zie o.a. jaarverslag Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode maart 2003 - februari 2004, p. 44.

138 Eindrapport van de interdepartementale Werkgroep Selectieprocedures, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mei 1982, p. 86.

139 M.M. Mendel, *De rechtsbescherming van de sollicitant, mede in verband met het psychologisch onderzoek waaraan hij zich onderwerpt*, Deventer: Kluwer 1975, p. 63.

ontvankelijk te kunnen worden verklaard, is het van belang dat de betrokken psycholoog lid is van het NIP. Het College van Toezicht kan, bij gegrondverklaring van de klacht, disciplinaire maatregelen opleggen. Het College heeft niet de bevoegdheid om schadevergoeding aan de keurling toe te kennen.

Hoger beroep tegen de uitspraak van het College van Toezicht kan worden ingesteld binnen twee maanden na de dag van verzending van een afschrift van de uitspraak bij het College van Beroep. Niet alleen de klager en de aangeklaagde psycholoog, maar ook het hoofdbestuur van het NIP komt het recht toe om tegen een uitspraak van het College van Toezicht in hoger beroep te komen.

De voorspellende waarde van een psychologische test wordt de laatste jaren regelmatig ter discussie gesteld. Los van het feit dat de uitslag ervan vaak cultureel bepaald is, is het bovendien aan twijfel onderhevig of men wel meet wat men denkt te kunnen meten, nu kandidaten voorafgaand aan de test oefentests kunnen doen en cursussen kunnen volgen om beter te scoren. Vaak spelen taal- en culturele verschillen een rol bij psychologische tests. Het is dan ook de vraag of de bestaande testinstrumenten eveneens geschikt zijn voor kandidaten met een niet-Nederlandse achtergrond.

Uit onderzoek blijkt dat de verblijfsduur en de leeftijd waarop men naar Nederland is geëmigreerd, een belangrijke invloed hebben op de testprestaties van de eerste generatie allochtonen. Hoe langer men in Nederland verblijft en hoe jonger men naar Nederland is geëmigreerd, hoe hoger de testscores. De leeftijd waarop men naar Nederland is gekomen, is voor de meeste tests meer van belang dan de verblijfsduur.¹⁴⁰ Geadviseerd wordt om bij het psychologisch onderzoek van allochtone kandidaten rekening te houden met mogelijke achterstanden die van invloed zijn op testprestaties.¹⁴¹ Hierbij dient te worden gelet op de Nederlandse taalbeheersing. Voorts is voorbereiding op de testafname bij allochtone kandidaten meer van belang dan bij autochtone kandidaten. Het Landelijk Bureau ter bestrijding van Rassen-discriminatie (LBR) en het Nederlands Instituut voor Psychologen (NIP) hebben naar aanleiding van het vorenstaande ter verbetering van testinstrumenten twee rapporten uitgebracht.¹⁴² Deze rapporten zijn uitgebracht in vervolg op een in 2001 afgesloten onderzoek,¹⁴³ dat heeft uitgewezen dat wie langer Nederlands onderwijs heeft genoten beter scoort in de onderzochte tests. Uit het onderzoek is voorts gebleken dat

140 R.H. van den Berg, *Psychologisch onderzoek in een multiculturele samenleving, psychologische tests, interview- en functioneringsbeoordelingen*, diss. Vrije Universiteit, Amsterdam, S.I.: Stichting NOA 2001, p. 110.

141 R.H. van den Berg, *Psychologisch onderzoek in een multiculturele samenleving, psychologische tests, interview- en functioneringsbeoordelingen*, diss. Vrije Universiteit, Amsterdam, S.I.: Stichting NOA 2001, p. 207.

142 Het betreft de navolgende rapporten: 'Richtlijnen voor het gebruik van psychologische tests bij etnische minderheden' (2005) en 'Toepasbaarheid van enkele psychologische tests bij personeelsbeoordeling bij etnische minderheden' (2005). Zie ook W.K.B. Hofstee, 'Toepasbaarheid van psychologische tests bij allochtonen', rapport samengesteld op initiatief van het LBR en het NIP (1990).

143 R.H. van den Berg, *Psychologisch onderzoek in een multiculturele samenleving, psychologische tests, interview- en functioneringsbeoordelingen*, diss. Vrije Universiteit, Amsterdam, S.I.: Stichting NOA 2001.

de zogenoemde 'Multiculturele Capaciteiten Test - Middelbaar Niveau' (MCT-M) goed kan worden gebruikt bij het voorspellen van school- of werkprestaties van zowel allochtone als autochtone kandidaten.

Om te vermijden dat aan de psychologische test als selectiemiddel een te grote waarde wordt toegekend en daardoor andere selectiemiddelen worden ondergesneeuwd, dient een psychologisch rapport slechts een adviserend karakter te hebben.¹⁴⁴ Nu het medische en psychologische vakgebied soms gescheiden zijn en soms in elkaar overlopen, is het naar mijn mening raadzaam om het psychologisch onderzoek niet onder te brengen bij de Wet op de medische keuringen. Gelet op het bezwarende karakter van een psychologische test voor een sollicitant, ben ik van mening dat het is aan te bevelen om de psychologische test wettelijk te regelen.

4.3.3 Assessment

Assessments maken vaak deel uit van sollicitatieprocedures bij de overheid en bij grote bedrijven, waar ze vaak worden toegepast bij sollicitaties naar managementfuncties. Meestal bestaan ze uit verschillende testen, simulaties of rollenspellen. De werksituatie wordt gesimuleerd en de sollicitant wordt in verschillende situaties geobserveerd. De inhoud van het assessment en de te volgen testprocedure verschillen al naar gelang de functie. Het kan dan ook nuttig zijn om assessment toe te passen om aan de hand van de daarbij gebleken geschiktheidscores van de sollicitant te bepalen of het zinvol is om deze al dan niet voor een sollicitatiegesprek uit te nodigen.

De NVP Sollicitatiecode bepaalt dat ook een assessment slechts kan plaatsvinden door of onder verantwoordelijkheid van een psycholoog met inachtneming van de richtlijnen van het Nederlands Instituut voor Psychologen (NIP). Een psychologisch onderzoek kan deel uitmaken van een assessment. In dit geval moet het assessment plaatsvinden door een erkend psycholoog.¹⁴⁵

Ook voor assessments dient te gelden dat hierbij geen onevenredige inbreuk wordt gemaakt op de privacy van de sollicitant. Voorts dient bij assessments te gelden dat de sollicitant het recht heeft om de resultaten daarvan in te zien. Ook dienen de resultaten van assessment uitsluitend met uitdrukkelijke toestemming van de sollicitant aan de arbeidsorganisatie te worden medegedeeld. Bovendien zal het de arbeidsorganisatie, ter voorkoming van schade voor de sollicitant, niet moeten worden toegestaan om de resultaten van het assessment aan derden binnen de organisatie door te spelen. Mede in verband hiermee mag het onderzoeksbureau slechts rapporteren aan de opdrachtgevende instantie en niet aan derden. Voorts heeft de sollicitant het recht op inzage van het rapport, nog voordat dit wordt doorgestuurd aan de opdrachtgever. De sollicitant mag zelfs zijn toestemming tot doorzending van het

144 Eindrapport van de interdepartementale Werkgroep Selectieprocedures, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mei 1982, p. 77.

145 NVP Sollicitatiecode (2009), 'Nader onderzoek', uitgangspunt 5.2.

rapport aan de opdrachtgever weigeren.¹⁴⁶ In dat geval heeft de werkgever wel het recht om de sollicitatieprocedure met de betreffende sollicitant te beëindigen.

Nu sollicitanten in toenemende mate in het cv een positiever beeld schetsen van zichzelf dan juist is, wordt getwijfeld aan de betrouwbaarheid van de informatie die in cv's staat vermeld en werkgevers in de praktijk niet de tijd hebben of nemen om deze informatie na te trekken, is assessment een mogelijkheid om op objectieve wijze informatie over de sollicitant te verkrijgen.¹⁴⁷

4.3.4 Grafologische test

Bij een grafologische test wordt het handschrift van de sollicitant geanalyseerd. Aan de hand van onregelmatigheden in het handschrift, zoals krullen en halen en andere kenmerken, wordt getracht om het karakter en de eigenschappen van de schrijver vast te stellen.

Het is aan gerede twijfel onderhevig of een grafologische test een betrouwbare meetmethode is om de geschiktheid van een kandidaat voor een bepaalde functie vast te stellen. Er is in wetenschappelijke kring twijfel over de instrumentele doelmatigheid (betrouwbaarheid en validiteit) van een dergelijk onderzoek. Voor het afnemen van de test is, net als bij het afnemen van een psychologische test, uitdrukkelijke toestemming van de sollicitant vereist. In de rechtspraak is uitgemaakt dat uit de toezending van een handgeschreven sollicitatiebrief die toestemming niet concludent kan worden afgeleid.

Voorts geldt ook voor de grafologische test dat deze slechts betrekking mag hebben op persoonlijkheidsaspecten die met het oog op de te verrichten functietaken van belang zijn. In de proeve voor een sollicitatiecode wordt voorgeschreven dat een grafologisch onderzoek door een psycholoog dient te worden uitgevoerd.¹⁴⁸ Nu bij een grafologische test wordt getracht om gedragskenmerken te analyseren, is een psycholoog naar mijn mening de aangewezen deskundige voor het verrichten van een dergelijk onderzoek.

4.3.5 Referenties

In sommige gevallen kan er na een sollicitatiegesprek voor een werkgever behoefte bestaan om referenties na te trekken om een behoorlijk beeld te verkrijgen van de sollicitant en zijn geschiktheid of ongeschiktheid voor de functie.

¹⁴⁶ Zie ook uitgangspunt 5.2 van de NVP Sollicitatiecode (2009).

¹⁴⁷ Zie ook § 4.2.4 van dit boek.

¹⁴⁸ Art. 18 lid 2 van de proeve van een Wetsontwerp op de werving en selectie, eindrapport van de interdepartementale Werkgroep Selectieprocedures, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mei 1982.

Een werkgever kan hiertoe aanleiding hebben indien de informatie die hij tijdens de selectiefase middels de sollicitatiebrief, het cv en bij het sollicitatiegesprek heeft verkregen, onvoldoende is. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn indien de sollicitant een beeld van zichzelf schept dat aan twijfel onderhevig is of indien bijvoorbeeld de van de sollicitant verkregen informatie onvolledig of onduidelijk is. Ook kan het zijn dat de werkgever een meer onafhankelijk oordeel wil verkrijgen over het eerder functioneren van de sollicitant. De werkgever die verzuimt om in de sollicitatiefase nader onderzoek te verrichten naar de geschiktheid van de sollicitant, door bijvoorbeeld geen referenties van de sollicitant op te vragen, kan hiervan de gevolgen ondervinden in het geval hij de werknemer tijdens de proeftijd wenst te ontslaan. In dat geval kan de rechter oordelen dat de werkgever in zijn verplichtingen toerekenbaar tekort is geschoten en kan de werkgever voor de opzegging schadeplichtig worden gehouden.¹⁴⁹ Referenties behoeven niet per se positief te zijn. Voorwaarde is wel dat bij het verstrekken van informatie zorgvuldigheid wordt betracht.

De werkgever kan er ook toe besluiten om referenties na te trekken bij referenten die door de sollicitant niet als referent zijn opgegeven. Een leidinggevende bij de huidige werkgever zou als zodanig kunnen fungeren. Het natrekken van dergelijke referenties kan voor de sollicitant verstrekken gevolgen hebben. Hij weet immers nog niet of hij voor de functie waarnaar hij heeft gesolliciteerd zal worden aangenomen, terwijl door het natrekken van de referentie zijn huidige baan op de tocht kan komen te staan. In de Aanbeveling werving en selectie van de Stichting van de Arbeid is voorgeschreven dat de werkgever voor het inwinnen van informatie bij derden en/of andere bronnen de voorafgaande toestemming van de sollicitant vraagt,¹⁵⁰ die aan deze toestemming nadere voorwaarden kan stellen. Denkbaar is dat een werkgever die zonder toestemming van de sollicitant informatie inwint bij een niet-opgegeven referent, onder omstandigheden daardoor jegens de sollicitant onrechtmatig handelt. Voorts kan de werkgever daarmee handelen in strijd met postcontractueel goed werkgeverschap.¹⁵¹ Als voorbeeld kan dienen de situatie dat buiten toestemming en medeweten van de sollicitant bij diens huidige werkgever informatie wordt ingewonnen, waardoor de sollicitant zijn baan verliest. Voorts is het denkbaar dat de werkgever ook tegenover derden op grond van onrechtmatige daad schadeplichtig is, indien hij door opzet of schuld onjuiste mededelingen over de sollicitant doet die tot schade bij derden kan leiden. Als de sollicitant kan bewijzen dat degene die de referentie heeft verschaft niet zorgvuldig is opgetreden, kan de sollicitant een strafrechtelijke aangifte doen op grond van laster of smaad.¹⁵² Een dergelijke aangifte kan echter alleen succes hebben als in rechte kan worden bewezen dat de referent hierbij opzettelijk heeft gehandeld.

149 Zie onder andere Hof 's-Hertogenbosch 2 maart 2004, *JAR* 2007/70, *RAR* 2007/52.

150 Aanbeveling werving en selectie, Stichting van de Arbeid, oktober 2006, Aanbeveling 5.1, p. 13.

151 G.J.J. Heerma van Voss in: Kluwer (losbladig), *Arbeidsovereenkomst*, aant. 1.9 bij art. 7:611 BW.

152 Art. 261 (WvSr) en art. 262 (WvSr).

Een interessante situatie deed zich voor in de casus die heeft geleid tot het arrest van het Hof 's-Gravenhage van 16 februari 2007.¹⁵³ In dit geval had de voormalige werkgever op verzoek van de nieuwe werkgever juiste informatie verstrekt over een bij zijn bedrijf geldende studiekostenregeling. Op grond van deze informatie bleek dat de werknemer zijn nieuwe werkgever onjuist had ingelicht over het aan hem op basis van de studiekostenregeling aan zijn voormalige werkgever terug te betalen bedrag. Dit leidde tot het ontslag van de werknemer. Het hof achtte dit handelen in strijd met de eisen van goed werkgeverschap alsook onrechtmatig jegens de ex-werknemer, omdat hiermee de Wet bescherming persoonsgegevens was geschonden. Op grond van toepassing van de billijkheidscorrectie leidde dit het gerechtshof uiteindelijk tot het oordeel dat 0% van de schade aan de werkgever werd toegerekend, in verband met de aard, de ernst en verwijtbaarheid van de wederzijdse bijdragen van partijen. Voor de beantwoording van de vraag of de oud-werkgever door het verstrekken van informatie aan de nieuwe werkgever onrechtmatig heeft gehandeld, is tevens van belang of de oud-werkgever deze informatie ongevraagd heeft verstrekt of op verzoek van de nieuwe werkgever.

Een werkgever die ongevraagd negatieve gegevens over zijn ex-werknemer had verstrekt, handelde daardoor volgens de Kantonrechter Eindhoven¹⁵⁴ onrechtmatig en werd veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding aan de werknemer van € 22.185,00 bruto. Ook het onvoldoende ontzenuwen van negatieve informatie die over een werknemer is verspreid, kan in strijd worden geacht met de eisen van goed werkgeverschap en tot schadeplichtigheid leiden.¹⁵⁵ Indien een nieuwe werkgever bij de oude werkgever om informatie vraagt, kan de oude werkgever aan dit verzoek voldoen, onder de voorwaarde dat hij de werknemer hierdoor niet nodeloos dupeert. Voor de sanctionering van de inbreuk op bescherming van persoonsgegevens door de werkgever, wordt blijkens de rechtspraak een grote nadruk gelegd op de vraag of de werknemer een verwijt ten aanzien van zijn gedrag kan worden gemaakt. Indien deze situatie zich voordoet, wordt een schending van de voorgeschreven bescherming van persoonsgegevens door rechters welwillend benaderd. Als daarvan geen sprake is, valt een belangenafweging eerder in het voordeel van de werknemer uit.¹⁵⁶ Als de potentiële werkgever bij de voormalige werkgever om informatie verzoekt en deze informatie juist is, wordt deze informatieverstrekking niet als onrechtmatig aangemerkt, ook als het gaat om beschuldigingen of verdenkingen of om informatie die anderszins onjuist van aard is.¹⁵⁷

De NVP Sollicitatiecode schrijft voor dat indien de arbeidsorganisatie inlichtingen over de sollicitant wenst in te winnen bij derden en/of andere bronnen, deze hiertoe

¹⁵³ Hof 's-Gravenhage 16 februari 2007, JAR 2007/125.

¹⁵⁴ Ktr. Eindhoven 9 maart 2006, JAR 2006/91. Zie eerder in gelijke zin Rb. Zwolle 6 september 2000, JAR 2001/21, spontane melding door ex-werkgever van arbeidsongeschiktheid werd in strijd geacht met de eisen van goed werkgeverschap.

¹⁵⁵ Ktr. Amsterdam 19 mei 1992, JAR 1992, 36.

¹⁵⁶ M.S.A. Vegter, 'Onrechtmatig verkregen bewijs en verstrekte gegevens aan nieuwe werkgever', JAR verklaard 3 november 2007, p. 7 en 8.

¹⁵⁷ Ktr. Haarlem 1 november 2006, JAR 2006/273. Zie voorts A.D. Putker-Blees, '(Pre-)employment screening: 'The past is your future', *ArbeidsRecht* 2007/12, p. 3 e.v.

diens voorafgaande toestemming vraagt, tenzij dit niet is vereist op grond van een wettelijk of algemeen verbindend voorschrift. Voorts schrijft de NVP Sollicitatiecode voor dat de beoogde informatie direct verband moet houden met de te vervullen vacature en dat deze geen onevenredige inbreuk mag maken op de persoonlijke levenssfeer van de sollicitant. Tot slot geeft de code op dit punt aan dat bij derden en uit andere bronnen verkregen informatie, indien relevant, met de sollicitant zal worden besproken.¹⁵⁸ Betoogd kan worden dat de werkgever, op grond van de beginselen van goed werkgeverschap, overleg met de werknemer moet voeren zodat hij zich kan verweren.¹⁵⁹ Voorts verdient het naar mijn mening aanbeveling om referenties zoveel mogelijk op schrift te stellen, dan wel deze schriftelijk te bevestigen indien zij mondeling zijn verstrekt.¹⁶⁰

In cao's stuiten we slechts sporadisch op bepalingen over het inwinnen van informatie bij derden. De cao van Universal Sodexho Netherlands B.V.¹⁶¹ bevat een uitvoerige bepaling over de verstrekking van gegevens door een sollicitant aan de onderneming, evenals voor het geval dat aan een (ex-)werkgever een volledige referentie wordt verzocht. Volgens de cao wordt dan verwacht dat er een compleet eerlijk antwoord wordt gegeven en dat de ex-werkgever erop toeziet dat de gegevens objectief en aantoonbaar zijn.

Uit de media is bekend dat werkgevers tegenwoordig steeds vaker zoekmachines gebruiken, zoals bijvoorbeeld 'Google' en 'Hyves', om een beeld van een sollicitant te verkrijgen. Het is van belang dat de werkgever er bij de sollicitant melding van maakt dat informatie op deze wijze is verkregen en deze, voor zover van belang, met hem wordt besproken.¹⁶²

4.3.6 Getuigschrift

Getuigschriften kunnen een beeld geven over een sollicitant (art. 7:656 BW).¹⁶³ Als de daarin vermelde informatie waarheidsgetrouw is, kan een getuigschrift meerwaarde hebben. Dit geldt vooral als wordt vermeld hoe de arbeidsovereenkomst is geëindigd en wordt omschreven op welke wijze de werknemer aan zijn verplichtingen heeft voldaan. Het oordeel van de werkgever hierover kan zowel positief als negatief uitpakken. Bij een ongunstig oordeel hoeft de werkgever geen feiten te noemen.¹⁶⁴ Een zekere objectivering van dit oordeel is echter wel vereist.¹⁶⁵

158 Uitgangspunt 5.1 van de NVP Sollicitatiecode (2009).

159 Zie in dit verband ook G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, preadvies Vereniging voor arbeidsrecht, Deventer: Kluwer 1999, p. 44.

160 Nationale ombudsman 13 mei 1987, TAR 1987, 202.

161 CAO Universal Sodexho (looptijd van 1 april 2006 tot en met 31 maart 2008).

162 Zie in dit verband uitgangspunt 5.1 van de NVP Sollicitatiecode (2009).

163 Voor de geldigheid van een getuigschrift is ondertekening door de werkgever vereist, zie in dit verband D. Christe en J.G.F.M. Hoffmans in: Kluwer (losbladig), *arbeidsovereenkomst*, aant. 5 bij art. 7:656 BW.

164 W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, 22^e druk, Deventer: Kluwer 2008, p. 230.

165 E. Verhulp, *T&C Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2008, art. 7:656 BW, aant. 3.

In de praktijk komt het voor dat een getuigschrift het sluitstuk vormt van een onderhandelingsproces tussen werkgever en werknemer over de beëindiging van de arbeidsrelatie. In dat geval wordt bij de totstandkoming van een vaststellings-overeenkomst waarin de gevolgen van de beëindiging van het dienstverband worden geregeld, verzocht om afgifte van een positief geredigeerd getuigschrift. In sommige gevallen leidt dit tot een goudgerand getuigschrift, waarin geen waarheidsgetrouw beeld over het functioneren van de ex-werknemer en de wijze van beëindiging van het dienstverband wordt gegeven.

Als evenwel de verplichting tot afgifte van een positief geredigeerd getuigschrift in de vaststellingsovereenkomst is opgenomen, kan sprake zijn van een toerekenbare tekortkoming van de werkgever indien deze weigert om het getuigschrift af te geven. In dat geval kan de werkgever voor de daardoor voor de werknemer veroorzaakte schade aansprakelijk worden gesteld (art. 7:656 lid 5 BW). Als in het getuigschrift door opzet of schuld van de werkgever die het heeft opgesteld onjuiste mededelingen zijn gedaan, kan deze ook door een opvolgend werkgever voor de hierdoor ontstane schade aansprakelijk worden gesteld (art. 7:656 lid 5 BW). Bovendien kan de werkgever zich hierdoor schuldig maken aan valsheid in geschrifte (art. 225 lid 1 Wetboek van Strafrecht). In de praktijk zal het evenwel niet eenvoudig zijn om te bewijzen dat de vorige werkgever in een getuigschrift door opzet of schuld een te positief beeld van de sollicitant heeft gegeven. Vanuit de rechtspraak zijn mij dan ook geen gevallen bekend waarin dit zich heeft voorgedaan.

De situatie zou zich kunnen voordoen dat een werkgever na afgifte van een positief geredigeerd getuigschrift door nadien verkregen informatie tot de conclusie komt dat de gegevens die hij in het getuigschrift heeft vermeld, niet correct zijn.¹⁶⁶ Na het vertrek van de werknemer blijkt bijvoorbeeld dat hij een aantal zaken niet goed heeft afgewikkeld of zelfs heeft gefraudeerd. In dit soort situaties is het naar mijn mening denkbaar dat de werkgever ontbinding van de vaststellingsovereenkomst vordert op grond van dwaling wegens een onjuiste voorstelling van zaken (art. 6: 228 BW). Als na de afgifte van een getuigschrift door omstandigheden die zich pas daarna hebben voorgedaan, naar redelijkheid en billijkheid niet mag worden verwacht dat de vaststellingsovereenkomst ongewijzigd in stand wordt gehouden, kan de rechter op verlangen van een der partijen de gevolgen op grond van onvoorziene omstandigheden wijzigen of de vaststellingsovereenkomst geheel of gedeeltelijk ontbinden (art. 6:248 lid 2 jo. 6: 258 BW).¹⁶⁷ Langs deze weg moet het naar mijn mening eveneens mogelijk worden geacht, dat het getuigschrift door de rechter wordt gewijzigd en/of de in de vaststellingsovereenkomst opgenomen ontslagvergoeding wordt bijgesteld. In het geval evenwel de arbeidsovereenkomst niet door een vaststellingsovereenkomst is geëindigd, maar door middel van een ontbindingsprocedure (art. 7: 685 BW), dient

¹⁶⁶ Zie in dit verband C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, 3^e druk, Den Haag 2008, p. 77.

¹⁶⁷ Zie ook HR 21 januari 2000, NJ 2000, 190, JAR 2000/45 (*P/Hema BV*). Zie voorts Ktr. Utrecht 23 juli 2009, LJN: BJ3965. In deze zaak werd het door de werkgever gedane beroep op onvoorziene omstandigheden door de kantonrechter afgewezen. Zie anders: Gerechtshof 's-Gravenhage 19 januari 2010, LJN: BL2560.

voor wijziging van de ontbindingsbeschikking in beginsel de herroepingsprocedure (art. 382 e.v. Rv jo art. 3:44 lid 3 BW) te worden gevolgd. Voor omstandigheden die zich eerst na afgifte van de ontbindingsbeschikking hebben voorgedaan, kan in het geval van een dringende reden wellicht de weg van een ontslag op staande voet worden bewandeld, als dit tenminste nog voor de formele ontbindingsdatum kan volgen.

4.3.7 Medische aanstellingskeuring

Door de Wet op de medische keuringen¹⁶⁸ is de mogelijkheid om sollicitanten op het risico van uitval op grond van hun gezondheidstoestand te selecteren aanzienlijk beperkt, alhoewel misbruik van de medische aanstellingskeuring daarmee nog steeds niet kan worden voorkomen. Bij andere beoordelingen dan medische keuringen, zoals bijvoorbeeld bij sollicitatiegesprekken, mogen geen vragen of inlichtingen over de gezondheidstoestand worden ingewonnen. Het effect van de WMK wordt versterkt door de ruime definitie die artikel 1 lid 1 van deze wet aan het begrip aanstellingskeuring heeft toegekend. Hierdoor vallen zowel vragen over de gezondheid van de keurling als het verrichten van medisch onderzoek in verband met het aangaan of wijzigen van een burgerrechtelijke arbeidsverhouding of een aanstelling in openbare dienst onder de definitie aanstellingskeuring. De sollicitant mag zelf uitmaken of hij de werkgever wenst te informeren over zijn arbeidshandicap of situatie van arbeidsongeschiktheid. Volgens Hendriks¹⁶⁹ staat het de sollicitant ook vrij om zelf te bepalen op welk moment hij melding maakt van relevante arbeidsbeperkingen tijdens de sollicitatieprocedure. Ook mag hij hierover zwijgen, omdat de vraag naar het bestaan van een handicap of situatie van arbeidsongeschiktheid als een verboden vraag is aan te merken.¹⁷⁰

Ten aanzien van de uitoefening van voor de functie niet-relevante beperkingen geldt volgens de rechtspraak een beperkte mededelingsplicht.¹⁷¹ Als het evenwel gaat om voor het verrichten van de functie relevante beperkingen, kan sprake zijn van verzwijging, indien de sollicitant zijn beperkingen wel kende en wist of had moeten begrijpen dat deze kwaal hem ongeschikt maakte voor de betrekking waarnaar hij solliciteerde.¹⁷² Dit is naar mijn mening terecht. Nu het de werkgever op grond van de WMK niet is toegestaan om de sollicitant naar eventuele beperkingen te vragen, mag hij er op grond van de precontractuele redelijkheid en billijkheid¹⁷³ op vertrouwen dat een sollicitant belangrijke medische beperkingen uit eigen beweging meldt.¹⁷⁴ Voor

168 Wet van 5 juli 1997, *Stb.* 1997, 365, in werking getreden op 1 januari 1998.

169 A.C. Hendriks, 'Zeg ik het of zeg ik het niet?', *NJB* 19/2006, p. 1048.

170 *Kamerstukken II* 1992-1993, 23 259, nr. 3, p. 10 en *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 259, nr. 7, p. 10.

171 Ktr. Arnhem 13 september 1999, *PrG.* 2000, 5401; Rb. Rotterdam 1 april 1999, *JAR* 1999/99, *TVGR* 2000, 14 en Ktr. Rotterdam 16 maart 2001 en 20 juli 2001, *JAR* 2001/182.

172 Zie onder ander HR 20 maart 1981, *NJ* 1981, 507 (*DSM/Mijnals*). In soortgelijke zin CRvB 26 april 2007, *TAR* 2007, 124, plicht tot spreken aangenomen omtrent feiten of omstandigheden de medische situatie betreffende die een reële bedreiging kunnen vormen voor het voldoen aan de specifieke functie-eisen.

173 HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*), m.nt. L.E.H. Rutten.

174 Zie ook K.M.C. Stalenhoef, 'De WGBH/CZ en de spagaat van het sollicitatiegesprek', *ArbeidsRecht* 2009/11.

de beantwoording van de vraag of van een rechtens relevante verzwijging sprake is, is het van belang dat er een verband wordt aangetoond tussen de verzwegen beperkingen en de beperkingen waarmee de werknemer op het werk is uitgevallen en waardoor hij belemmerd is om wezenlijke functietaken uit te voeren.¹⁷⁵

Artikel 4 van de WMK regelt de aanstellingskeuring. Kort samengevat komt het erop neer dat aanstellingskeuringen alleen mogen plaatsvinden als aan de vervulling van de betreffende functie bijzondere eisen op het punt van de medische geschiktheid moeten worden gesteld.¹⁷⁶ Bij bijzondere eisen ten aanzien van de medische geschiktheid gaat het om de gezondheid en veiligheid van de keurling en van diens toekomstige collega's of andere derden die bij de uitvoering van de werkzaamheden zijn betrokken.¹⁷⁷ Zo kunnen bij het verrichten van bepaalde functies, waarbij bijvoorbeeld met gevaarlijke machines wordt gewerkt, eisen worden gesteld aan scherp zien en horen of hogere waakzaamheid en beoordelingsvermogen.¹⁷⁸ Verder is van belang dat een aanstellingskeuring slechts als sluitstuk van de werving en selectie mag plaatsvinden, namelijk pas als de werkgever van plan is om de kandidaat aan te stellen (art. 4 lid 2 WMK). Hendriks heeft er daarom voor gepleit om de mededelingsplicht voor sollicitanten met een handicap pas te laten gelden vanaf het moment dat de onderhandelingen over het aangaan van een arbeidsovereenkomst zijn begonnen.¹⁷⁹ Ook bij een referent mag geen informatie worden ingewonnen over ziekteverzuim. De te verkrijgen medische informatie mag slechts via een keuring worden verkregen.

De vraag is of het niet in strijd is met de precontractuele redelijkheid en billijkheid indien een sollicitant die weet, althans behoort te weten dat hij vanwege een medisch gebrek niet geschikt is voor de functie, deze informatie achterhoudt.¹⁸⁰ Een verkoopster in een bloemenzaak verzwegen bij haar sollicitatie een relevante gezondheidskwaal. Na zes maanden te hebben gewerkt, viel zij uit wegens rugklachten. De werkgever weigerde het loon van de verkoopster uit te betalen op grond van het bepaalde in artikel 7:629 BW, omdat ze de kwaal bij de sollicitatie had verzwegen, terwijl ze tijdens de sollicitatieprocedure al zou hebben geweten dat zij de functie van verkoopster niet zou kunnen vervullen.

De kantonrechter oordeelde dat het met de strekking van artikel 4 leden 1 en 2 Wet op de medische keuringen (WMK) niet verenigbaar is dat op een sollicitant een verplichting zou rusten om uit eigen beweging medische informatie te verstrekken, terwijl het de werkgever niet vrijstaat daarover vragen te stellen.

¹⁷⁵ Ktr. Wageningen 17 april 2002, JAR 2002/108.

¹⁷⁶ Zie ook NVP Sollicitatiecode (2009), 'Nader onderzoek', onder 5.3.

¹⁷⁷ Art. 4 lid 1 WMK en art. 3 lid 1 Besluit aanstellingskeuringen, besluit van 23 november 2001, Stb.597.

¹⁷⁸ B.C.H. de Zwart, A. en H. Weel, C.W.G. Rayer e.a., *Leidraad aanstellingskeuringen, handelen van de Arbodienst en de keurend arts bij een aanstellingskeuring*, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken, voorjaar 2005, p. 20 e.v.

¹⁷⁹ A.C. Hendriks, *Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2000, p. 203.

¹⁸⁰ O. van der Kind, 'De spreekplicht en het zwijgrecht van de sollicitant', *ArbeidsRecht* 1998/11, p. 17.

De werkgever ging tegen deze uitspraak in appel bij het gerechtshof.¹⁸¹ Het hof overwoog dat de WMK niet meebrengt dat een sollicitant niet langer op grond van de precontractuele redelijkheid en billijkheid verplicht zou zijn om melding te maken van een bij hem aanwezige ernstige ziekte. Het hof leidde dit af uit de parlementaire behandeling van de WMK.¹⁸² Volgens het hof blijven dan ook in deze situatie de gewone verbintenisrechtelijke beginselen van toepassing. Kennelijk heeft het hof hierbij het oog op de in artikel 6:228 BW geformuleerde dwalingsleer. Volgens deze leer is een overeenkomst die onder invloed van dwaling tot stand is gekomen vernietigbaar als deze bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten.¹⁸³ Van dwaling kan onder meer sprake zijn als de wederpartij van de dwalende hem over voor het sluiten van de overeenkomst essentiële omstandigheden had behoren in te lichten (art. 6:228 lid 1 sub b BW). Terugkerend naar de situatie die in de zaak van het Hof Arnhem van 9 november 2004 speelde, waren de ernstige rugklachten van de werknemster als dergelijke essentiële omstandigheden aan te merken, nu deze gezondheidsklachten haar ongeschikt maakten voor de functie van verkoopster. Volgens het hof diende dan ook te worden beoordeeld of zij wist of had moeten begrijpen dat haar gezondheidsklachten haar ongeschikt maakten voor de functie van verkoopster. Deze omstandigheid zou volgens het hof een later door de werknemer gedaan beroep op doorbetaling van loon tijdens ziekte naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar maken. Het hof overwoog hierbij verder nog dat het in beginsel aan de werkgever is om te bewijzen dat de werknemster wist of had moeten begrijpen dat de gezondheidsklachten haar ongeschikt maken voor de functie. Het hof voegde hieraan nog toe dat de werknemster openheid diende te verschaffen over haar medische verleden. Het hof achtte hierbij van belang dat de werknemster het in haar macht had om gegevens in het geding te brengen, die duidelijkheid geven over de aard en ernst van haar arbeidsongeschiktheid tijdens haar eerdere dienstverbanden. Als zij geen openheid zou geven, zou het hof een deskundigenonderzoek gelasten.

Het oordeel van het hof komt erop neer dat de omstandigheid dat de werkgever buiten een aanstellingskeuring de gezondheidstoestand van de werkgever niet mag onderzoeken, niet tot het verstrekken van gevolg leidt dat op de sollicitant geen mededelingsplicht zou rusten ten aanzien van voor het verrichten van de functie relevante beperkingen. Naar mijn mening is dit op grond van de precontractuele redelijkheid en billijkheid volkomen terecht, nu een aanstellingskeuring uit oogpunt van bescherming van de sollicitant en diens privacy slechts is toegestaan indien aan de functie bijzondere eisen worden gesteld. Door de strenge eisen die aan een aanstellingskeuring worden gesteld, zou een werkgever in het geval dat een aanstellingskeuring niet is toegestaan, al snel de dupe kunnen worden indien een sollicitant ongestraft gezondheidsklachten verzwijgt die hem ongeschikt maken voor de functie. Overigens liet het hof de omstandigheid dat de werknemster sinds haar indiensttreding bij de werkgever zes

181 Hof Arnhem 9 november 2004, JAR 2005/81 (*De Zonnebloem Natuurlijk/Toppers*).

182 MvT WMK zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de RvS, *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 259, nr. 7, p. 10.

183 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*).

maanden zonder uitval had gewerkt, anders dan de kantonrechter, niet in het voordeel van de werkneemster meewegen, omdat vast was komen te staan dat op haar een mededelingsplicht rustte. Ook deze overweging van het hof is van belang, omdat in de lagere rechtspraak met enige regelmaat bij functioneren zonder uitval het door de werkgever gedane beroep op schending van de mededelingsplicht is verworpen.¹⁸⁴ Uit de overwegingen van het hof blijkt dat de door de Hoge Raad in het arrest DSM/Mijnals gegeven motiveringen over de verzwijging van gezondheidskwalen bij de sollicitatie, ondanks de invoering van de WMK, nog onverkort worden gevolgd. In dit reeds uit 1981 stammende arrest heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat een werknemer over medische kwesties mag zwijgen, tenzij het gaat om een kwaal die hem ongeschikt maakt voor de betrekking waarnaar hij solliciteert. In dat geval kan, aldus de Hoge Raad, de verzwijging een dringende reden voor ontslag opleveren.¹⁸⁵ Voor beperkingen in de toekomst geldt in beginsel geen meldingsplicht, tenzij arbeidsongeschiktheid binnen een half jaar na de aanvang van het dienstverband kan worden verwacht.¹⁸⁶ In dit verband is vermeldenswaardig dat bij de parlementaire behandeling van de WMK is opgemerkt, dat deze wet niet meebrengt dat een sollicitant niet langer op grond van de precontractuele redelijkheid en billijkheid¹⁸⁷ verplicht zou zijn om uit eigen beweging melding te maken van een bij hem aanwezige ernstige ziekte. In de literatuur wordt aangenomen dat de beperkende werking van artikel 6:2 lid 2 jo. 6:248 lid 2 BW alleen in zeer uitzonderlijke situaties van toepassing is, nu de WMK uitdrukkelijk een verbod op het stellen van medische vragen tijdens de sollicitatieperiode behelst.¹⁸⁸

Alhoewel in artikel 7:629 lid 3 BW is bepaald dat geen recht op loon bestaat als bij een aanstellingskeuring valse informatie is verstrekt, heeft dit niet tot gevolg dat als geen aanstellingskeuring heeft plaatsgevonden op dit artikel geen beroep kan worden gedaan. Volgens de rechtspraak leidt het niet melden bij een sollicitatiegesprek van beperkingen die de uitoefening van de functie verhinderen eveneens tot verlies van loonaanspraken.¹⁸⁹ In een dergelijke situatie kan ook de redelijkheid en billijkheid zich er tegen verzetten dat aanspraak kan worden gemaakt op verdere doorbetaling van het loon.¹⁹⁰ De werkgever dient in beginsel te bewijzen dat de sollicitant ten tijde

184 Zie o.a. Ktr. Wageningen 17 april 2002, *JAR* 2002, 108.

185 HR 20 maart 1981, *NJ* 1982, 507 (*DSM/Mijnals*).

186 Art. 44 lid 1 onder b Zw en de Beleidsregel weigering Ziekengeld bij bestaande of te verwachten ongeschiktheid (*Staatscourant* 2004, 115). Zie in dit verband ook A.C. Hendriks, 'Zeg ik het of zeg ik het niet?', *NJB* 19/2006, p. 1047.

187 MvT WMK zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de RvS, *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 259, nr. 7, p. 10. G.C. Boot, 'Rechterlijke toetsing van ontslag in de proeftijd', *SR* 1991/2, p. 40 e.v.

188 Zie onder andere A.R. Houweling, 'Medische vragen tijdens de sollicitatieprocedure', *SR* 2005-4, p. 144 e.v. Zie ook D.J.B. de Wolff, 'Taai ongerief: De verzwijging van medische beperkingen', *SR* 2004-71, p. 331 e.v.

189 Ktr. Rotterdam 16 maart 2001 en 20 juli 2001, *JAR* 2001/182. Zie ook Ktr. Groningen 17 juni 2009, LJN: BJ4538. In dit geval leidde verzwegen arbeidsongeschiktheid niet tot uitsluiting van loon-doorbetaling, maar wel tot de verplichting tot schadevergoeding aan de werkgever wegens schending van de eisen van goed werknemerschap. Zie over deze uitspraak ook: R.A. Heida, 'Is een werknemer verplicht spontaan te melden dat hij arbeidsgehandicapt is?', *TAP* 2009, p. 312-315. Heida stelt zich op het standpunt dat dit oordeel van de kantonrechter geen steun vindt in de wet en de wetsgeschiedenis.

190 Rb. Rotterdam 1 april 1999, *JAR* 1999/99.

van het sollicitatiegesprek wist of had moeten begrijpen dat de gezondheidsklachten hem ongeschikt maakten voor de functie waarnaar werd gesolliciteerd.¹⁹¹

Aanstellingskeuringen moeten voldoen aan het beginsel van proportionaliteit. Dit houdt in dat er bij een keuring geen vragen worden gesteld en geen medische onderzoeken worden verricht die een onevenredige inbreuk betekenen op de persoonlijke levenssfeer van de keurling (art. 3 lid 1 WMK). De keuringen dienen naar hun aard, inhoud en omvang beperkt te zijn tot het doel waarvoor zij worden verricht en de verkregen gegevens mogen slechts in het kader van dat doel worden gebruikt.¹⁹² De achtergrond hiervan is het in de Grondwet en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (art. 8 EVRM) verankerde recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (art. 10 van de Grondwet en art. 3 van de WMK)¹⁹³ en het recht op onaantastbaarheid (integriteit) van het lichaam (art. 11 van de Grondwet).

Het grondrecht van bescherming van privacy heeft volgens de rechtspraak een horizontale werking,¹⁹⁴ ook wel derdenwerking genoemd. Dit impliceert dat grondrechten in dat geval niet alleen werken in de relatie overheid-burger, maar ook direct in de relatie burger-burger c.q. werkgever-werknemer doorwerken. Deze horizontale werking komt tot stand doordat deze artikelen de open normen goed werkgeverschap en redelijkheid en billijkheid invullen.¹⁹⁵ De rechter dient het grondrecht van bescherming van privacy bij de afweging van belangen mede in aanmerking te nemen.¹⁹⁶

De keuringvrager moet schriftelijk vastleggen wat het doel is van de keuring alsmede welke vragen en onderzoeken daarvan deel uitmaken (art. 8 lid 1 WMK). Voorts moet de arbeidsorganisatie de sollicitant vooraf informeren over diens rechten bij keuringen (art. 8 lid 2 WMK), zoals bijvoorbeeld het recht op herkeuring (art. 12 WMK) en de mogelijkheid om een klacht in te dienen (art. 13 WMK) bij de Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen (CKA).¹⁹⁷ Op deze mogelijkheid zal in § 5.5.1 nader worden ingegaan.

De keurende arts dient zijn werk in onafhankelijkheid uit te voeren. Verder dient de keuringsarts bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht te nemen en dient hij daarbij in overeenstemming met de op hem rustende

191 Zie bijv. Ktr. Delft 28 december 2006, LJN: AZ7352. In dezelfde zin Hof Arnhem 9 november 2004, JAR 2005/81 (*Zonnebloem Natuurlijk/Toppers*).

192 Art. 2 WMK. Zie voorts J.K.M. Gevers, 'Rechtsbescherming bij aanstellingskeuringen na invoering van de Wet op de medische keuringen', SR 1998-6, p. 259 e.v.

193 Zie ook I.P. Asscher-Vonk e.a. (red.), *De zieke werknemer*, Deventer: Kluwer 2003, p. 23-26.

194 HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928 (*Edamse Bijstandsvrouw*). Een inbreuk op dit grondrecht levert, volgens de Hoge Raad in dit arrest, een onrechtmatige daad op. Zie voorts G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 1992, p. 266-267.

195 J.H.J. Terstegge, 'Privacy en werkplek', in: J.E.J. Prins en J.M.A. Berkvens, *Privacyregeling in theorie en praktijk*, Deventer: Kluwer 2000, p. 274-298.

196 C.W. van der Pot, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, bewerkt door D.J. Elzinga en R. de Lange, Zwolle 2006, p. 396.

197 Besluit van 23 november 2001 tot regeling van de klachtenbehandeling aanstellingskeuringen, in werking getreden per 1 februari 2002.

verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard te handelen (art. 7:453 BW). Op grond daarvan komt het erop neer dat de keuringsarts deskundig dient te zijn op zijn vakgebied. Dit houdt in dat de arts niet alleen medisch deskundig behoort te zijn, maar ook thuis zal moeten zijn op de arbeidsdeskundige aspecten van de zaak.¹⁹⁸ Praktisch gezien komt het erop neer dat de aanstellingskeuring moet worden verricht door de bedrijfsarts van de arbodienst waarbij de werkgever is aangesloten.

Volgens de rechtspraak geldt voor de beoordeling van de professionele standaard de door de Hoge Raad ontwikkelde zogenoemde '*dubbele redelijkheidstoets*'. Dit houdt in dat de arts redelijk bekwaam dient te zijn en ook redelijk moet handelen.¹⁹⁹ Op de aanstellingskeuring is ook de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO) van toepassing, zij het niet rechtstreeks omdat de keurling geen behandelingsovereenkomst met de keuringsarts heeft gesloten. Via de schakelbepaling van artikel 7:464 BW zijn regels van de afdeling die over de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst gaan, van overeenkomstige toepassing op '*andere geneeskundige handelingen*', mits deze worden verricht in het kader van een geneeskundig beroep of bedrijf, voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daar niet tegen verzet.²⁰⁰ De Wet op de medische keuringen bevat daarnaast nog een aantal rechten van de keurling waarin de WGBO niet voorziet. In zoverre is de WMK aan te merken als een *lex specialis* ten opzichte van de WGBO.²⁰¹

Door de toepasselijkheid van de WGBO zijn allerlei regels die op de 'behandelingsovereenkomst' van toepassing zijn, op de aanstellingskeuring van overeenkomstige toepassing verklaard. Dit heeft bijvoorbeeld tot gevolg dat regels over onder andere informatie en toestemming, dossierplicht, bewaring van gegevens, inzage- en vernietigingsrecht, in beginsel ook gelden voor de aanstellingskeuring. Voorts dienen, op grond van artikel 7:454 BW, bij de aanstellingskeuring verkregen keuringsgegevens slechts bewaard te worden zolang dat in verband met het onderzoek noodzakelijk is. Het begrip keuringsgegevens moet ruim worden geïnterpreteerd. Zelfs door de keuringsarts bij de keuring zelf gemaakte aantekeningen vallen hieronder (art. 7:454 e.v. BW (WGBO)).²⁰²

Voor de aanstellingskeuring gelden procedurele voorschriften. Deze zijn vastgelegd in het Besluit aanstellingskeuringen.

198 C.W.G. Rayer en I.P. Asscher-Vonk, *Aanstellingskeuring*, Deventer: Kluwer 2004, p. 83, verwijzen in dit verband naar *Kamerstukken II* 1992-1993, 23 259, nr. 3, p. 4/MvT van de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO).

199 HR 12 juli 2002, NJ 2003, 151 en HR 9 november 1990, NJ 1991, 26 (*Speeckaert/Gradener*).

200 Zie in dit verband onder andere J.K.M. Gevers, 'Rechtsbescherming bij aanstellingskeuringen na invoering van de Wet op de medische keuringen', *SR* 1998-9, p. 260-261. Zie voorts J.C.J. Dute, 'De medische aanstellingskeuring wettelijk geregeld', *SMA* 1997-9, p. 462.

201 MvT, zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de RvS, *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 259, nr. 7, p.6.

202 Art. 1 sub a Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), wet van 6 juli 2000, in werking getreden per 1 september 2000.

De Wet bescherming persoonsgegevens²⁰³ en de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg²⁰⁴ (Wet 'BIG') zijn op de aanstellingskeuring toepasselijk. De Wet bescherming persoonsgegevens is van toepassing op het vastleggen van keuringsgegevens. Deze wet heeft betrekking op de verwerking van persoonsgegevens. Dit begrip wordt ruim geïnterpreteerd. Daaronder wordt begrepen het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiding of andere vorm van terbeschikkingstelling, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwissen of vernietigen van gegevens.

Door de toepasselijkheid van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg²⁰⁵ is de keuringsarts aan het in die wet geregelde tuchtrecht onderworpen. Hierdoor kan worden gecontroleerd of de keuringsarts aan de aan hem te stellen kwaliteitseisen voldoet. Als daaraan niet is voldaan, kan eventueel een sanctie tegen de keuringsarts worden opgelegd.

De omstandigheid dat een werkgever een keuring laat uitvoeren om de medische geschiktheid van een sollicitant voor het verrichten van de functie te doen vaststellen, ontheft een sollicitant op grond van de ook in de precontractuele fase in acht te nemen redelijkheid en billijkheid²⁰⁶ niet van de verplichting om uit eigen beweging informatie over zijn gezondheidstoestand te verstrekken op punten die rechtstreeks van belang zijn voor het vervullen van de functie.

In 2001 is de effectiviteit van de Wet op de medische keuringen voor het eerst geëvalueerd.²⁰⁷ In 2006 heeft het Hugo Sinzheimer Instituut een tweede evaluatie uitgevoerd.²⁰⁸ Op grond van deze tweede evaluatie kan worden geconcludeerd dat het aantal door artsen verrichte aanstellingskeuringen sinds de inwerkingtreding van de WMK in 1998 duidelijk is afgenomen. Voorts blijkt uit het onderzoek dat slechts 1,5% van de sollicitanten een medische keuring in strikte zin ondergaat. Twaalf procent van de onderzochte cao's bevat inhoudelijke bepalingen over aanstellingskeuringen. Voorts blijkt uit het onderzoek dat sommige cao's een aanstellingskeuring mogelijk achten waar dit vanuit het perspectief van de WMK niet aan de orde zou mogen zijn.²⁰⁹ Verder is gebleken dat één op de zes aanstellingskeuringen wordt uitgevoerd zonder dat bijzondere functie-eisen gelden.²¹⁰ Bovendien komt het nog regelmatig

203 Wet van 6 juni 2000, *Stb* 302, in werking getreden per 1 september 2001.

204 Wet van 11 november 1993, *Stb*. 1993, 655, houdende regelen inzake beroepen op het gebied van de individuele gezondheidszorg, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 11 december 2008, *Stb*. 2009, 8.

205 Wet van 11 november 1993, *Stb*. 655, laatstelijk gewijzigd bij wet van 11 december 2008, *Stb*. 2009, 8.

206 G.C. Boot, 'Rechterlijke toetsing van ontslag in de proeftijd', *SR* 1991, 2, p. 40 e.v.

207 E.L. de Vos, N. Westerveld e.a., *Evaluatie Wet op de medische keuringen*, Den Haag: ZON MW 2001.

208 J.R. Popma, C.W.G. Rayer en M. Westerveld, *Tweede evaluatie Wet op de medische keuringen*, Den Haag: ZON MW 2007.

209 J.R. Popma, C.W.G. Rayer en M. Westerveld, *Tweede evaluatie Wet op de medische keuringen*, Den Haag: ZON MW 2007, p. 78. Zie voorts art. 4 lid 1 van de WMK.

210 J.R. Popma, C.W.G. Rayer en M. Westerveld, *Tweede evaluatie Wet op de medische keuringen*, Den Haag: ZON MW 2007, p. 85.

voor dat werkgevers tijdens een sollicitatiegesprek vragen stellen over gezondheid en ziekteverzuim, zonder dat dit op grond van de WMK is toegestaan. Gebleken is dat het hierbij vooral kleinere bedrijven betrof. Voorts blijkt uit een enquête die naar aanleiding van de tweede evaluatie is verricht onder sollicitanten of werknemers die in het jaar voorafgaand aan de enquête van baan zijn veranderd, dat slechts 34% vooraf was geïnformeerd over de uitvoering van een medisch en/of lichamelijk onderzoek. Bovendien bleek slechts een kleine minderheid van de respondenten op de hoogte te zijn van de mogelijkheid om een klacht in te dienen. Zelfs de bekendheid met de Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen bleek matig. Blijkens het onderzoek weet 85% van de keuringsartsen niet wat de CKA doet en hoe deze instantie bereikt kan worden.²¹¹ In de evaluatie van het Besluit aanstellingskeuringen, die ook in het kader van de tweede evaluatie van het WMK plaatsvond, constateerden de onderzoekers dat de complexiteit van de regelgeving rond aanstellingskeuringen een knelpunt is. Zij wijzen daarbij op de omvangrijke hoeveelheid regels buiten de WMK en het Besluit aanstellingskeuringen. Hierdoor zijn volgens de onderzoekers zowel werkgevers als medewerkers van arbodiensten het zicht op het totale stelsel van wet- en regelgeving kwijtgeraakt.

Het kabinet-Balkenende IV heeft naar aanleiding van de tweede evaluatie van de Wet op de medische keuringen een tweetal maatregelen aangekondigd. Allereerst wil het kabinet komen tot verduidelijking van het wettelijk kader. Hiertoe zal een project 'aanstellingskeuringen in categorale regels' worden uitgevoerd. Voorts wil het kabinet de bekendheid met de WMK en het Besluit aanstellingskeuringen vergroten. Ook wil het de bekendheid van de Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen vergroten. Voorts heeft de Staatssecretaris van VWS aangekondigd dat aan ondernemingsraden en personeelsvertegenwoordigingen de bevoegdheid zal worden toegekend om bij de Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen een oordeel te vragen over de toelaatbaarheid van aanstellingskeuringen in een organisatie. De staatssecretaris verwacht dat van de toekenning van een klachtrecht aan deze partijen een preventief effect kan uitgaan.²¹²

4.3.8 Erfelijkheidsonderzoek/Gentest

Bij een keuring mag er geen onevenredige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de keurling worden gemaakt (art. 3 lid 1 WMK). Ook onderzoek dat op enige andere wijze voor de keurling een onevenredig zware belasting met zich meebrengt, is verboden (art. 3 lid 2 sub b WMK).

211 J.R. Popma, C.W.G. Rayer en M. Westerveld, *Tweede evaluatie Wet op de medische keuringen*, Den Haag: ZON MW 2007, p. 94.

212 Zie brief van de Staatssecretaris van Volksgezondheid Welzijn en Sport (VWS) aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal d.d. 25 januari 2008 (Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 28 172, nr. 5, p. 1 t/m 6). De brief bevat het kabinetsstandpunt op het rapport inzake de tweede evaluatie van de Wet op de medische keuringen en het onderzoeksverslag van de deelevaluatie van het Besluit aanstellingskeuringen.

Een erfelijkheidsonderzoek²¹³ kan een onevenredige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de keurling tot gevolg hebben. Door de medische genetica is het immers mogelijk om van veel erfelijke ziekten de exacte aard en de plaats van het defecte gen op te sporen. Volgens de parlementaire geschiedenis van de Wet op de medische keuringen zou erfelijkheidsonderzoek bij een aanstellingskeuring niet moeten worden toegepast. Dit kan volgens de wetgever echter anders komen te liggen in het geval er een duidelijk gezondheidsbelang van de keurling met het onderzoek is gemoeid.²¹⁴ Daarbij is te denken aan genetische factoren die bij blootstelling aan een schadelijke stof leiden tot gezondheidsschade.

4.3.9 Strafrechtelijk verleden

De werkgever mag de sollicitant tijdens het sollicitatiegesprek niet zonder meer vragen naar een strafrechtelijk verleden. De omstandigheid dat de sollicitant toestemming heeft gegeven tot het verwerken van persoonsgegevens, maakt dit niet anders, aangezien er sprake is van ongelijke machtsverhoudingen tussen verantwoordelijke (werkgever) en betrokkene (sollicitant).²¹⁵

Een ongeclausuleerde mogelijkheid om naar een strafrechtelijk verleden van een sollicitant te vragen, kan een te grote inbreuk maken op het recht op privacy van de sollicitant, dat op grond van artikel 8 EVRM bescherming geniet. Op basis van dit artikel dienen bij de regeling van de verstrekking van justitiële gegevens de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit in acht te worden genomen.²¹⁶ Bovendien dient volgens de rechtspraak terughoudendheid te worden betracht bij het verbinden van consequenties aan strafrechtelijke veroordelingen in gevallen waarin de delinquent zijn straf heeft uitgeboet.²¹⁷

Naar een strafrechtelijk verleden mag alleen worden gevraagd indien de informatie voor het verrichten van de functie van belang is. Zo kan het bijvoorbeeld voor de uitoefening van het beroep van politieagent van groot belang zijn om te vernemen of de sollicitant een strafrechtelijk verleden heeft. Ook kan het van belang zijn om bij de sollicitatie naar de functie van buschauffeur te vragen of de sollicitant met Justitie in aanraking is geweest in verband met het plegen van verkeersmisdrijven. Verder kan het van belang zijn of er sinds de strafrechtelijke veroordeling en het moment van sollicitatie reeds enkele jaren zijn verstreken, en de sollicitant sindsdien naar volle

213 Een erfelijkheidsonderzoek omvat meestal een aantal deelonderzoeken zoals familie- en stamboomonderzoek, literatuuronderzoek, risicobepaling (de herhalingskans van een ziekte) en indien nodig aanvullend klinisch onderzoek (lichamelijk onderzoek), DNA-onderzoek, biochemisch onderzoek en chromosomenonderzoek. Zie in dit verband Kennisring-Gezondheidshulp, www.kennisring.nl.

214 Zie *Kamerstukken II* 1992-1993, 23 259, nr. 3, p. 11 (*MvT*). Zie ook C.W.G. Rayer en I.P. Asscher-Vonk, *Aanstellingskeuringen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 69.

215 M.M. Koevoets, *Wangedrag van werknemers*, diss. Erasmus Universiteit Rotterdam, BJu 2006, p. 37. Zie voorts art. 8 sub a WBP.

216 Zie ook M.M. Koevoets, *Wangedrag van werknemers*, diss. Erasmus Universiteit Rotterdam, BJu 2006, p. 49.

217 HR 6 januari 1995, *NJ* 1995, 422 EJD rov 5.12.1, Ktr. Amsterdam 2 juni 1993, *JAR* 1993/213, Ktr. Amsterdam 10 februari 1997, *Prg.* 1997, 4765. Ook interessant is de conclusie van A-G Spier bij HR 11 mei 2001, *JAR* 2001/111 (*Bénetière/Daalmans*).

tevredenheid heeft gewerkt en herhaling van strafbare feiten niet meer heeft plaatsgevonden.²¹⁸

Interessant is om ten aanzien van de beantwoording van de vraag of de achtergrond van een strafrechtelijk verleden bij de sollicitatie moet worden medegedeeld, een parallel te trekken met het verzwijgingsartikel 251 WvK. Van belang is in dit geval het arrest van de Hoge Raad van 18 december 1981.²¹⁹ In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat, nu de verzekeraar in het vragenformulier niet naar het strafrechtelijk verleden heeft gevraagd, de verzekeraar in beginsel niet van de aanvrager kan vergen dat deze spontaan overgaat tot opgaven omtrent dit verleden, *'dat zijn persoonlijke levenssfeer diepgaand kan raken en waarvan de bekendheid bij derden zijn maatschappelijke positie ernstig kan schaden et cetera.'*

Uit lagere rechtspraak blijkt dat het niet vermelden van oude strafrechtelijke veroordelingen of veroordelingen voor lichte strafbare feiten soms niet als grond wordt geaccepteerd voor een beroep op artikel 251 WvK.²²⁰ Artikel 251 WvK is inmiddels vervangen door artikel 7:928 BW. In dit artikel is een specifieke regeling opgenomen voor mededelingen van feiten over het strafrechtelijk verleden voor het aanvragen van een verzekering of over dat van derden, voor zover ze zijn voorgevallen binnen de acht jaren die aan het sluiten van de verzekering vooraf zijn gegaan, en voor zover de verzekeraar over dat verleden uitdrukkelijk een vraag heeft gesteld in termen die niet voor tweeërlei uitleg vatbaar zijn. Afhankelijk van de aard van de te vervullen functie kan een werkgever zijn geholpen met toepassing van inhoudelijk dezelfde norm bij sollicitaties. Hierdoor wordt vermeden, dat voor de werkgever relevante informatie in de sollicitatiefase en bij de aanstelling van personeel onbekend blijft en dit in een later stadium toch tot problemen leidt in de arbeidsrelatie. In dit verband neem ik een genuanceerder standpunt in dan Zondag en Loonstra,²²¹ die ervan uitgaan dat de sollicitant -naar analogie met het verzekeringsrecht- in beginsel niet gehouden is om spontaan mededeling te doen over een strafrechtelijk verleden.

Door de regeling van artikel 7:928 BW wordt voorkomen dat een sollicitant die langer dan acht jaar geleden werd veroordeeld nog met zijn verleden wordt achtervolgd, waardoor hij zich onvoldoende zou kunnen resocialiseren.

Voor het opvragen van justitiële documentatie door middel van het aanvragen van een Verklaring Omtrent het Gedrag, dient de weg van de artikelen 28 e.v. van de Wet op de justitiële en strafvorderlijke gegevens²²² te worden gevolgd. Een dergelijke verklaring, die in de volksmond ook wel *'bewijs van goed gedrag'* wordt genoemd,

218 HR 11 mei 2001, JAR 2001/111 (*Bénetière/Daalmans*).

219 HR 18 december 1981, NJ 1982, 570, AA 1982, p. 523 (*Gielen/Magna Insurance Company*).

220 Zie o.a. Hof 's-Hertogenbosch 29 december 1966, NJ 1968, 329 en Rb. Amsterdam 13 februari 1980, S&S 1981, 44.

221 C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, 3e druk, Den Haag 2008, p. 80-81.

222 Wet van 7 november 2002, Stb. 2006, 24 in werking getreden per 1 april 2004. Door de inwerkingtreding is de Wet op de justitiële documentatie van 15 augustus 1955, Stb. 395, ingetrokken.

houdt in dat het gedrag van de sollicitant geen bezwaar oplevert voor het vervullen van een nieuwe functie. Voor het verrichten van bepaalde functies is een Verklaring Omtrent het Gedrag wettelijk verplicht. Wij moeten hierbij denken aan functies die een bepaald risico voor de samenleving opleveren, zoals het beroep van bijvoorbeeld taxichauffeur, onderwijzer, advocaat of lid van de rechterlijke macht. De aanvraag van de Verklaring Omtrent het Gedrag dient te worden ingediend bij de burgemeester van de gemeente, waar de aanvrager op het tijdstip van de aanvraag als ingezetene is ingeschreven in de basisadministratie persoonsgegevens (art. 30 lid 1 Wet op de justitiële en strafvorderlijke gegevens). De aanvrager moet daartoe in beginsel aan de balie van de gemeente verschijnen. Indien geen sprake is van inschrijving in de Gemeentelijke Basisadministratie (GBA) wordt de aanvraag ingediend bij de Minister van Justitie. De aanvraag dient te worden ingediend door degene omtrent wiens gedrag een verklaring wordt aangevraagd of een vertegenwoordiger van de rechtspersoon omtrent wiens gedrag een verklaring wordt gevraagd (art. 33 Wet op de justitiële en strafvorderlijke gegevens).

Afgifte van een verklaring wordt geweigerd als in de justitiële documentatie een strafbaar feit is gemeld dat, indien herhaald, gelet op het risico voor de samenleving en de overige omstandigheden van het geval, aan een behoorlijke uitoefening van de taak of de bezigheden waarvoor de verklaring omtrent het gedrag wordt gevraagd, in de weg zal staan. De sollicitant heeft het recht om, voordat het tot een weigering van de afgifte van de verklaring komt, binnen twee weken nadat hij daartoe door de Minister van Justitie in de gelegenheid is gesteld, een schriftelijk verzoek aan de minister te doen om de betreffende justitiële gegevens te verbeteren, aan te vullen, te verwijderen of af te schermen indien deze onjuist, voor het doel van de verwerking onvolledig, niet ter zake dienend zijn of in strijd met een wettelijk voorschrift worden verwerkt (art. 38 lid 2, jo. artikel 22 lid 1, Wet op de justitiële en strafvorderlijke gegevens). De minister bericht de verzoeker binnen vier weken na ontvangst schriftelijk of, dan wel in hoeverre, aan het verzoek zal worden voldaan. Indien eraan wordt voldaan, dient de verbetering, aanvulling, verwijdering of afscherming zo spoedig mogelijk te worden uitgevoerd (art. 22 leden 2 en 3 van de Wet op de justitiële en strafvorderlijke gegevens).

Voor de afgifte van de Verklaring Omtrent het Gedrag worden door het COVOG (Centraal Orgaan Verklaring Omtrent Gedrag) onder andere de leeftijd van de aanvrager, de burgerlijke staat, leeftijd, het plegen van een strafbaar feit, de zwaarte van het delict (misdrijf of overtreding) en de wijze van afdoening van een strafzaak meegewogen. Ook wordt beoordeeld in hoeverre recidive waarschijnlijk is. In geval van twijfel over de afgifte van de verklaring kunnen ook de omstandigheden waaronder het strafbare feit werd gepleegd, van belang zijn. Voorts worden ook de belangen van de aanvrager bij de afwegingen over de afgifte van de Verklaring Omtrent het Gedrag meegenomen.

In beginsel worden vermeldingen over gepleegde strafbare feiten na de pleegdatum, of na de uitspraak van de rechter in eerste aanleg, na verloop van tijd uit de justitiële documentatie verwijderd. Voor zedendelicten is in de Wet op de justitiële en strafvorderlijke gegevens bepaald dat deze pas op het moment van overlijden

van de betrokken persoon uit de justitiële documentatie worden verwijderd. Voor het vervullen van het beroep van taxichauffeur of buitengewoon ambtenaar geldt dat de aanvrager gedurende vijf jaar voorafgaand aan de toetsing niet mag voorkomen in de justitiële documentatie, althans dat er geen sprake mag zijn van relevante antecedenten. Voor de vraag of in zijn algemeenheid sprake is van relevante antecedenten, is de relatie van belang tussen de strafbare feiten en de door de betrokkene te vervullen functie. Zo is het voor de vervulling van de functie van boekhouder bijvoorbeeld van belang of deze heeft gefraudeerd.

Indien het voor de vervulling van de functie noodzakelijk is dat in de Verklaring Omtrent het Gedrag een uiterst betrouwbaar beeld wordt geschapen over de integriteit van de aanvrager, kunnen ook gegevens uit het politieregister in het oordeel worden betrokken. Dit kan voor de aanvrager uiterst bezwaarlijk zijn, omdat daarin zich ook zogenoemde ‘zachte’ informatie bevindt over bijvoorbeeld strafbare feiten die niet zijn bewezen, aangiften waar verder niets mee is gedaan en andere informatie uit de door de politie opgemaakte processen-verbaal en (dag)rapporten. In hoeverre deze informatie bij het oordeel wordt meegewogen, hangt af van de concrete omstandigheden van het geval. Het is de vraag of het meewegen van deze ‘zachte’ informatie bij de beslissing over het al dan niet afgeven van een Verklaring Omtrent het Gedrag niet in strijd is met de presumptie van onschuld als bedoeld in artikel 6 leden 2 en 3 van het EVRM.

Bij het oordeel over de afgifte van een Verklaring Omtrent het Gedrag worden strafbare feiten die zijn afgedaan met een onherroepelijke vrijspraak niet betrokken (art. 35 leden 1 en 3 van de Wet op de justitiële en strafvorderlijke gegevens). Voor rechtspersonen kan bij het Ministerie van Justitie een Verklaring Omtrent het Gedrag worden aangevraagd (art. 38 van de Wet op de justitiële en strafvorderlijke gegevens).

De burgemeester kan bij de aanvraag van de Verklaring Omtrent het Gedrag binnen tien dagen na de indiening van de aanvraag het Centraal Orgaan Verklaring Omtrent Gedrag, dat bij de dienst bestuurszaken van het Ministerie van Justitie is ondergebracht, desgewenst advies uitbrengen over de bijzondere omstandigheden in zijn gemeente, voor zover deze van belang zijn voor de beoordeling van de aanvraag. Het advies van de burgemeester hoeft niet door het COVOG te worden opgevolgd. Wanneer de gegevens na de indiening van de aanvraag wijzigen, moet een nieuwe aanvraag worden ingediend.

In het kader van de bescherming van de privacy van een sollicitant (art. 8 lid 1 van het EVRM) dient een werkgever zorgvuldigheid te betrachten als hij naar een strafrechtelijk verleden van een (toekomstige) werknemer informeert. Als de werkgever daarbij een inbreuk maakt op de privacy van de sollicitant, schendt hij daarmee het bepaalde in artikel 8 lid 1 van het EVRM en is de betreffende vraag als een verboden vraag aan te merken. In dat geval mag de sollicitant zwijgen over het strafrechtelijk verleden of zelfs daarover liegen.²²³ Indien de vraag van de werkgever naar het

²²³ O. van der Kind, ‘De spreekplicht en het zwijgrecht van de sollicitant’, *ArbeidsRecht* 1998/11.

strafrechtelijk verleden van de sollicitant evenwel naar objectieve maatstaven gemeten, in verband met de te verrichten functie, terzake dienend is en de sollicitant de werkgever onjuist heeft ingelicht of het strafrechtelijk verleden heeft verzwegen, kan dit onder omstandigheden tot het ontslag van de werknemer, al dan niet op staande voet, leiden.²²⁴ Voor deze beoordeling is wel van belang of deze verzwegen informatie voldoende in verband staat met de eisen die de functie stelt.

Een werknemer die solliciteerde naar de functie van magazijnmedewerker en een eerder door hem begaan zedendelict, de straf en de opgelegde maatregel van tbs in eerste instantie bij het sollicitatiegesprek had verzwegen, kon volgens de Kantonrechter Assen in dat geval niet op staande voet worden ontslagen, omdat niet gesteld of gebleken was dat de sollicitant vanwege de eisen die de functie stelt de werkgever had moeten informeren over zijn strafrechtelijk verleden en evenmin aannemelijk was geworden dat de aard van de functie indienstneming van de werknemer met een strafrechtelijk verleden op voorhand uitsloot.²²⁵ Voorts overwoog de kantonrechter dat op grond van artikel 8 lid 1 van het EVRM terughoudendheid past om een onbeperkt recht aan te nemen van de werkgever om informatie in te winnen over onderwerpen die het privéleven diepgaand kunnen raken.

Uit het oogpunt van bescherming van de privacy van de sollicitant dient naar mijn mening een onderscheid te worden gemaakt tussen een strafrechtelijk verleden en een strafrechtelijk heden. Men mag er, mede uit het oogpunt van resocialisatie, van uitgaan dat het de werkgever over het algemeen niet vrijstaat om informatie over anterieure feiten in te winnen, tenzij daarbij de bepalingen van de Wet op de justitiële en strafvorderlijke gegevens in acht worden genomen en de informatie van belang is voor de uitoefening van de functie. Als de arbeidsovereenkomst reeds is aangegaan en er verdenking bestaat van gepleegde strafbare feiten door een werknemer die onverenigbaar zijn met de opgedragen werkzaamheden, kan het gerechtvaardigd zijn de werknemer hierover wel om opheldering te vragen.²²⁶

Voor de beantwoording van de vraag of de verzwijging door de sollicitant van een strafrechtelijk verleden of het onjuist inlichten van de werkgever daarover, kan leiden tot een geldig ontslag op staande voet, kan voorts van belang zijn of de sollicitant na het plegen van de strafbare feiten wederom in de fout is gegaan of dat hij sindsdien probleemloos heeft gefunctioneerd.²²⁷ Deze omstandigheid kan ook aanleiding zijn om een ontbindingsverzoek af te wijzen. Deze situatie deed zich voor bij een werknemer die bij zijn sollicitatie in 1978 had verzwegen in Australië tot veertig jaar gevangenisstraf te zijn veroordeeld wegens de moord op zijn echtgenote. Hij had sindsdien achttien jaar probleemloos gefunctioneerd. Alhoewel de kantonrechter het onjuist oordeelde dat de werknemer deze omstandigheid bij de sollicitatie had

224 HR 11 mei 2001, JAR 2001/111 (*Bénetière/Daalmans*), meer in het bijzonder de conclusie van A-G mr. J. Spier).

225 Ktr. Assen 6 maart 2006, JAR 2006/71, Prg. 2006, 68.

226 HR 29 oktober 1999, JAR 1999/255 (*B/PTT*), meer in het bijzonder de conclusie van A.G. mr. J. Spier.

227 Zie in dit verband HR 11 mei 2001, NJ 2001, 409, JAR 2001/111 (*Bénetière/Daalmans*). Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 28 februari 2006, JAR 2006/117.

verzwegen, achtte hij de verzwijging na achttien jaar onvoldoende grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst.²²⁸ Een enigszins hiermee vergelijkbare situatie deed zich voor in een zaak die heeft geleid tot een uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam van 3 maart 2008.²²⁹ De werknemer was in 1996 door zijn toenmalige werkgever op staande voet ontslagen wegens malversaties. Bij zijn indiensttreding op 1 december 2007 bij zijn nieuwe werkgever antwoordde hij tijdens de sollicitatiegesprekken ontkennend op de vraag van zijn werkgever of hij met Justitie in aanraking was geweest. Daarbij had de werknemer op verzoek van de werkgever nog een Verklaring Omtrent het Gedrag overhandigd die op 14 november 2006 was gedateerd. Nadat de werkgever de werknemer kort na zijn indiensttreding met geruchten had geconfronteerd over de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst in 1996, volgde korte tijd later ontslag op staande voet. De kantonrechter was van mening dat deze verzwijging geen reden voor het ontslag op staande voet vormde. Hij overwoog daarbij dat het ontslag op staande voet inmiddels elf jaar geleden had plaatsgevonden, terwijl de regels ter verkrijging van een Verklaring Omtrent het Gedrag bepalen dat voor de afgifte daarvan de werknemer gedurende een periode van vier jaar niet moet voorkomen in de justitiële documentatie. De kantonrechter heeft zich blijkens de motivering van de uitspraak bij deze regel aangesloten. De kantonrechter vond echter op grond van de omstandigheden van het geval wel aanleiding om de arbeidsovereenkomst te ontbinden zonder toekenning van een vergoeding. Dit laatste omdat de werknemer geen openheid van zaken had gegeven en daardoor de indruk had laten ontstaan dat hij feiten heeft achtergehouden die hem ongeschikt maken voor de functie waarin hij bij de werkgever is benoemd. Bovendien heeft dit gedrag volgens de rechter gezorgd voor een verstoring van de arbeidsrelatie.

De vraag is of een sollicitant er ook toe gehouden is om tijdens het sollicitatiegesprek spontaan mededeling te doen over een strafrechtelijk verleden, terwijl hij slechts werd verdacht van strafbare feiten of daarvan werd vrijgesproken. Deze vraag is niet simpel te beantwoorden. Ook ten aanzien van dit aspect is het interessant om uit te wijken naar de jurisprudentie die in het verzekeringsrecht over verzwijging van een strafrechtelijk verleden is ontwikkeld. Daaruit blijkt dat het begrip '*strafrechtelijk verleden*' niet beperkt moet worden geïnterpreteerd. Niet alleen veroordelingen maar ook andere feiten en omstandigheden in de strafrechtelijke sfeer, zoals het ondergaan van voorlopige hechtenis, een sepot, een strafrechtelijke vervolging zonder dat tot een strafrechtelijke veroordeling wordt gekomen en het opleggen van een maatregel, zoals het ontzeggen van de rijbevoegdheid, vallen onder dit begrip.²³⁰

228 Ktr. Amsterdam 10 februari 1997, Prg. 1997, nr. 5765. Zie tevens Ktr. Amsterdam 3 maart 2008, JAR 2008/116 nr. kk 08-55: Mededelingsplicht sollicitant over ontslaggrond in het verleden. Geen dringende reden, wel ontbinding zonder vergoeding (art. 7:678 BW).

229 Ktr. Amsterdam 3 maart 2008, JAR 2008/116.

230 HR 1 februari 2002, NJ 2002, 529. Zie ook de Memorie van toelichting bij de Wet bescherming persoonsgegevens, waaruit blijkt dat niet alleen veroordelingen, maar ook min of meer gegronde verdenkingen onder het begrip strafrechtelijke gegevens vallen (*Kamerstukken II* 1997-1998, 25 892, nr. 3, p. 118. Zie ook M.M. Koevoets, *Wangedrag van werknemers*, diss. Erasmus Universiteit Rotterdam, Bju 2006, p. 32 en 33.

De beantwoording van de vraag of andere feiten en omstandigheden in de strafrechtelijke sfeer dan veroordeling spontaan tijdens het sollicitatiegesprek dienen te worden gemeld, is naar mijn mening tevens afhankelijk van factoren als de ernst van de strafbare feiten waarvan betrokkene werd verdacht, persoonlijke omstandigheden van betrokkene, waaronder leeftijd, en de aard van de te verrichten functie.

Bij het verrichten van bepaalde publieke functies kan het al funest zijn dat in het verleden zelfs nog maar de verdenking voor het plegen van strafbare feiten heeft bestaan. Denk bijvoorbeeld aan medewerkers van penitentiaire inrichtingen, militairen en andere functies waarbij de nationale veiligheid in het geding is. Voor het solliciteren bij de politie geldt de eis dat het gedrag van de sollicitant onbesproken moet zijn. Alhoewel korpsen zelf bepalen of zij een sollicitatie in behandeling nemen, blijkt uit de website van de politie dat sollicitaties niet in behandeling worden genomen als de kandidaat wordt verdacht van een strafbaar feit waarover nog geen vonnis is gewezen.²³¹ De politie geeft sollicitanten dan ook de tip om in geval van twijfel ook strafbare feiten waarvan men bij de sollicitatie nog slechts wordt verdacht, bij het kennismakingsgesprek te melden.

Indien een sollicitant die naar een publieke functie solliciteert informatie over feiten en omstandigheden in de strafrechtelijke sfeer tijdens het sollicitatiegesprek verzwijgt, zal dit via het opvragen van informatie op grond van de Wet op de justitiële en strafvorderlijke gegevens in het kader van de aanstelling vrij snel aan het licht komen. Bij het inwinnen van dit soort informatie, waarbij het privéleven van een sollicitant diepgaand kan worden geraakt, past terughoudendheid.²³²

Het verzamelen van gegevens over sollicitanten is van de meldplicht als bedoeld in art. 27 lid 1 WBP vrijgesteld, althans voor zover de werking van de gegevens geschiedt voor de beoordeling van de geschiktheid van de betrokkene voor de functie.²³³

4.3.10 Veiligheidsonderzoeken

Bij het verrichten van bepaalde functies speelt de nationale veiligheid een zeer belangrijke rol, zoals bijvoorbeeld de functie van militair, functies bij de politie of luchthavenpersoneel. Deze functies worden volgens de wet aangemerkt als zogenoemde '*vertrouwensfuncties*'. Het betreft functies waarbij de nationale veiligheid kan worden geschaad.²³⁴ Onderdeel van de sollicitatieprocedure voor deze functies is dat de werkgever die een persoon wil belasten met de vervulling van een vertrouwensfunctie,

231 Zie hiervoor de website www.kombijdepolitie.nl.

232 HR 29 oktober 1999, JAR 1999/255 (B/PTT), meer in het bijzonder de conclusie van A.G. mr. J. Spier. Zie voorts art. 8 EVRM.

233 M.M. Koevoets, *Wangedrag van werknemers*, diss. Erasmus Universiteit Rotterdam, Den Haag: Bju 2006, p. 34.

234 Art. 1 lid 1 sub a van de Wet Veiligheidsonderzoeken (WVO), wet van 10 oktober 1996, Stb. 525, in werking getreden op 1 februari 1997.

deze aanmeldt bij het hoofd van de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD) (art. 4 lid 1 WVO).²³⁵ Deze aanmelding dient met schriftelijke instemming van de sollicitant te gebeuren (art. 4 lid 2 WVO). De functie mag niet worden vervuld alvorens de verklaring, inhoudende dat uit het oogpunt van de nationale veiligheid geen bezwaar bestaat tegen vervulling van een bepaalde vertrouwensfunctie door een bepaalde persoon, is afgegeven (artt. 1 lid 1 sub b en 4 lid 3 WVO). Voordat een dergelijke verklaring wordt afgegeven, moet door de AIVD een veiligheidsonderzoek worden uitgevoerd (art. 7 lid 1 WVO). Bij dit onderzoek wordt volgens de wet gelet op bepaalde gegevens, zoals bijvoorbeeld justitiële documentatie, maar ook op persoonlijke gedragingen en omstandigheden die aanleiding kunnen geven om te betwijfelen of de betrokkene de uit de vertrouwensfunctie voortvloeiende plichten onder alle omstandigheden getrouwelijk zal volbrengen (art. 7 lid 2 sub a t/m d WVO). Op de besluitvorming op het onderzoek tot afgifte van een verklaring van geen bezwaar (VGB), is de Algemene Wet Bestuursrecht²³⁶ van toepassing. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur dienen derhalve bij de besluitvorming in acht te worden genomen. In een zaak die in 2009 door de Afdeling Bestuursrechtspraak werd berecht, kwam dit aspect duidelijk aan de orde.²³⁷ In casu gaf volgens de Afdeling het verloop van de besluitvorming door de Minister (deze nam, in strijd met de achttwekentermijn van art. 6 WVO, eerst ruim een jaar na de aanmelding een besluit) er geen blijk van dat diens bezwaren, tegen afgifte van de verklaring van geen bezwaar, gewichtig en dus urgent waren. Dit terwijl de belangen van betrokkene na zijn aanstelling op 1 mei 2006 zwaarwegender werden. Het besluit was dan ook volgens de Afdeling niet met de vereiste zorgvuldigheid voorbereid en het door betrokkene tegen het besluit ingestelde hoger beroep werd dan ook gegrond verklaard.

Voor defensiepersoneel is tevens een beleidsregeling van toepassing,²³⁸ waarmee wordt beoogd aan te geven welk beleid wordt gevoerd met betrekking tot de beoordeling van de justitiële antecedenten bij veiligheidsonderzoeken in verband met vertrouwensfuncties, uitgezonderd de Koninklijke Marechaussee. In deze regeling is voor aspirant-ambtenaren bepaald dat bij verdenking van het (mede)plegen van een misdrijf, de verklaring van geen bezwaar wordt geweigerd als er nog geen onherroepelijke rechterlijke beslissing is genomen. Als een onherroepelijke uitspraak is gevolgd, kan de betrokkene, indien gewenst, volgens de beleidsregeling opnieuw solliciteren (art. 7 van de Beleidsregeling).

Vanuit het oogpunt van nationaal belang is deze regeling in mijn ogen acceptabel. Het gaat hier immers om verdenking van het plegen van een misdrijf. Het landsbelang dient hier naar mijn mening zwaarder te wegen dan de onschuldpresumptie van artikel 6 leden 2 en 3 van de EVRM. Bovendien wordt het belang van een individuele

235 Wet van 10 oktober 1996, houdende regelen inzake het verrichten van veiligheidsonderzoeken (Wet veiligheidsonderzoeken), in werking getreden op 14 januari 1997, *Stb.* 1997, 24.

236 Wet van 4 juni 1992, *Stb.* 315, in werking getreden op 1 januari 1994.

237 ABRvS 22 april 2009, LJN: B11864.

238 De 'Beleidsregeling justitiële antecedenten bij veiligheidsonderzoeken defensie', is vastgesteld op 9 april 1997 (DIS 97001684) en in werking getreden op diezelfde datum. De regeling is laatstelijk gewijzigd op 26 juni 1998 (DIS 98003418).

sollicitant er niet onherstelbaar door geschaad, omdat hij opnieuw kan solliciteren nadat de onherroepelijke rechterlijke beslissing is gevolgd.

4.3.11 Betrouwbaarheidstoetsing

Sollicitanten die een baan zoeken bij financiële ondernemingen, moeten betrouwbaar zijn. De Wet financieel toezicht (Wft) en het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen (Wft)²³⁹ stellen aan de ondernemer op dit punt hoge eisen. Zo is voorgeschreven dat de ondernemer een beleid zal voeren dat een integere uitoefening van het bedrijf waarborgt (artt. 3:9 en 4:10 Wft). Als het gaat om integriteitgevoelige functies buiten het topmanagement van een financiële onderneming, kan de werkgever het Dutch Security Institute (DSI) inschakelen voor de betrouwbaarheidstoetsing van nieuwe werknemers (de zogenoemde pre-employment screening). De werkgever is niet verplicht om het DSI in te schakelen. Voor de betrouwbaarheidstoetsing blijft de werkgever zelf verantwoordelijk. Na afloop van de screening geeft het DSI een zogenoemde 'Pre-Employment Screening-verklaring' (PES-verklaring) af. Voordat het DSI tot het al dan niet afgeven van deze verklaring overgaat, controleert het instituut een veelheid aan gegevens, waaronder het identiteitsbewijs, de Verklaring Omtrent het Gedrag, de eigen integriteitsverklaring en relevante diploma's. Voorts trekt DSI referenties over de laatste vijf jaar na en wordt gecontroleerd of er in het verleden sprake is geweest van een faillissements-situatie bij de sollicitant. De sollicitant dient zelf een PES-verklaring aan te vragen via de website van DSI (<http://www.dsi.nl>). Door het invullen van de aanvraag verklaart hij zich ermee akkoord dat DSI aan de toekomstige werkgever informatie over de behandeling van de aanvraag zal verstrekken. Over de screening zelf wordt door DSI geen informatie aan de toekomstige werkgever verstrekt. Nu voor afgifte van een PES-verklaring ook referenties over de laatste vijf jaren worden nagetrokken, kunnen zich in de praktijk problemen voordoen met weigerachtige ex-werkgevers. In dat geval zal de afgifte van de PES-verklaring op zich laten wachten. Het is ook mogelijk dat mensen wel worden aangenomen onder de ontbindende voorwaarde van tijdige afgifte van een PES-verklaring.²⁴⁰ In dat geval blijft er weinig anders over dan het starten van een voorlopige voorzieningenprocedure of het vorderen van schadevergoeding op grond van de schending van postcontractueel goed werkgeverschap bij de kantonrechter.²⁴¹

ABN AMRO Bank werd door Fortis verzocht om een PES-verklaring af te geven voor een werknemer die bij Fortis had gesolliciteerd naar de functie van relatie manager. Met de werknemer was een arbeidsovereenkomst voor deze functie aangegaan onder voorbehoud van een PES-verklaring. ABN AMRO Bank weigerde deze verklaring af te geven op grond van het persoonlijk functioneren van de werknemer, meer in het bijzonder verwees de bank hierbij naar zijn managementstijl. Fortis zag daarop af van

239 De Wet op het financieel toezicht (Wft), in werking getreden op 1 januari 2007.

240 Zie in dit verband ook H.J. Houben, 'Betrouwbaarheidstoetsing bij integriteitgevoelige functies', *ArbeidsRecht* 2008/2, p. 11.

241 Ktr. Rotterdam 5 september 2006, *JAR* 2007/272. Zie ook Ktr. Amsterdam 15 augustus 2007, *JAR* 2007/273.

het aangaan van de arbeidsovereenkomst en beriep zich hierbij op de hierboven vermelde ontbindende voorwaarde. De werknemer werd door Fortis bij het nemen van deze beslissing niet gehoord. ABN AMRO had volgens de kantonrechter zonder rechtsgeldige reden geweigerd om de PES-verklaring af te geven en handelde daarmee jegens haar werknemer onrechtmatig. ABN AMRO werd veroordeeld tot betaling van een bedrag ad € 629.598,52 bruto. Dit betrof het verlies aan inkomen over een periode van tien jaren, tot de pensioendatum van de werknemer, vermindert met een eventuele sociale uitkering en verhoogd met de personeelskorting op de hypotheekrente en de te lijden pensioenschade. Naast de betaling van deze vergoeding was ABN AMRO gehouden tot betaling van immateriële schadevergoeding ad € 10.000,00 aan de werknemer, omdat de bank ook nog eens interne publiciteit aan het voorval had gegeven. Ook Fortis bleef niet buiten schot. De kantonrechter achtte het een essentiële tekortkoming van Fortis dat zij de werknemer niet had gehoord vóór het inroepen van de ontbindende voorwaarde.²⁴²

De screening van beleidsbepalers bij financiële ondernemingen vindt plaats via een andere weg. Zij worden gescreend door de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en/of de Nederlandsche Bank (DNB). De screening van deze topmanagers is veel uitgebreider dan de screening door het DSI, die zojuist aan de orde werd gesteld. In het kader van de screening door AFM of DNB kunnen bijvoorbeeld interviews plaatsvinden van AFM en/of DNB met de sollicitant. Hierbij wordt niet alleen de betrouwbaarheid van de kandidaat getoetst, maar ook diens deskundigheid. Aan het aspect betrouwbaarheid worden redelijkerwijs zeer hoge eisen gesteld. Zo is bijvoorbeeld het niet spreken van de waarheid of geen openheid geven van relevante zaken aan de toezichthouder reeds voldoende om onbetrouwbaarheid aan te nemen. Een onherroepelijke veroordeling voor één van de strafrechtelijke delicten die op de lijst in de beleidsregels staan vermeld, leidt ertoe dat de betrouwbaarheid van de sollicitant gedurende acht jaar niet langer buiten twijfel staat. Ten aanzien van onherroepelijke veroordeling voor delicten die niet op de lijst staan vermeld, heeft de AFM en/of DNB als toezichthouder beleidsvrijheid om te beoordelen of de betrouwbaarheid al dan niet buiten twijfel staat.

Als het betrouwbaarheidsoordeel van de AFM en/of DNB voor de sollicitant negatief uitpakt, zijn diens kansen op de baan vaak verkeken. Daarbij speelt dat de werkgever, als hij tegen het negatieve betrouwbaarheidsoordeel in toch overgaat tot het aannemen van de sollicitant voor de functie, het grote risico loopt dat de toezichthouder een verregaande sanctie oplegt, zoals boetes, het intrekken of weigeren van vergoedingen en zelfs het doorhalen van de financiële onderneming in het register van de toezichthouder.²⁴³

242 Ktr. Amsterdam 15 augustus 2007, JAR 2007/273.

243 Zie in dit verband ook H.J. Houben, 'Betrouwbaarheidstoetsing bij integriteitgevoelige functies', *ArbeidsRecht* 2008/2, p. 14.

4.4 Eindbeslissing en selectie

De sollicitant dient zo spoedig mogelijk schriftelijk door de arbeidsorganisatie op de hoogte te worden gesteld van een afwijzing voor de vervulling van de vacature.²⁴⁴ Deze eis geldt evenzeer bij interne sollicitaties. Alhoewel een werkgever in geval van spooksollicitaties de neiging zou kunnen hebben om deze ongemotiveerd af te wijzen, geldt echter ook hiervoor de eis van gemotiveerde afwijzing. In vele sollicitatiecodes wordt voor het nemen van de eindbeslissing wel een termijn van veertien dagen na de sluitingsdatum van de vacature genoemd.²⁴⁵ Alhoewel dit aspect in de NVP Sollicitatiecode niet nader is uitgewerkt, ligt het voor de hand om deze termijn te laten ingaan vanaf het moment dat de werkgever het besluit heeft genomen dat de sollicitant dient te worden afgewezen. Dit impliceert dat de afwijzing uitvoeriger dient te worden gemotiveerd naarmate de sollicitatie zich in een verder stadium bevindt. Een afwijzingsgrond als 'past niet goed in het team' voldoet niet aan de motiveringseis.²⁴⁶ In het belang van een toetsbare motivering voor de sollicitant, is het aangewezen om de beslissing duidelijker en gericht te motiveren al naar gelang de sollicitant in de sollicitatieprocedure is gevorderd. Een sollicitant die zich mondeling heeft aangediend, mag volgens de NVP Sollicitatiecode ook mondeling worden afgewezen. Een goed gemotiveerde schriftelijke afwijzing geniet naar mijn mening evenwel de voorkeur. Deze dient de rechtszekerheid, waardoor misverstanden en problemen achteraf zoveel mogelijk kunnen worden voorkomen. Op basis van de NVP Sollicitatiecode is het werkgevers eveneens toegestaan om sollicitanten per e-mail af te wijzen in plaats van per brief.²⁴⁷ Afgewezen sollicitanten kunnen desgewenst, na voorafgaande kennisgeving en als zij hiervoor toestemming hebben gegeven, door de werkgever ten behoeve van toekomstige vacatures in portefeuille worden gehouden.²⁴⁸

Bij de selectie dient objectief te worden vastgesteld welke sollicitant op basis van geschiktheid voor de vervulling van de functie in aanmerking komt. Omdat het uiteindelijk om beoordeling door mensen gaat, ligt daarbij uiteraard het gevaar van subjectiviteit op de loer. Om dit gevaar zoveel mogelijk te beperken wordt door de Commissie Selectieprocedure voorgesteld om een kleinere selectiecommissie in te stellen, waarvan de leden bij voorkeur verschillende hiërarchische posities binnen de organisatie innemen ten opzichte van de voor de functie aan te stellen sollicitant.

244 Dit wordt door de NVP Sollicitatiecode voorgeschreven. Zie uitgangspunt 6.1 van de NVP Sollicitatiecode (2009).

245 Zie de NVP Sollicitatiecode (2009), uitgangspunt 6.1. Zie ook het eindrapport van de Commissie Selectieprocedure, Sociale Zaken, Verslagen en rapporten 1977-5, *Een sollicitant is ook een mens*, 's-Gravenhage 1977, p. 34.

246 Zie in dit verband: Jaarverslag Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode maart 2003 – februari 2004, p. 44.

247 Zie uitgangspunt 6.1 van de NVP Sollicitatiecode (2009).

248 Zie uitgangspunt 6.3 van de NVP Sollicitatiecode (2009). Zie tevens art. 9 lid 2 van de proeve van het Wetsontwerp op de werving en selectie, Eindrapport Werkgroep Selectieprocedures, Ministerie van SZW, mei 1982.

Door de instelling van een selectiecommissie vindt volgens de Commissie Selectieprocedure een confrontatie van meningen plaats, hetgeen leidt tot een objectief oordeel.²⁴⁹ Zo kent het Hof 's-Hertogenbosch een selectiecommissie die tot taak heeft om aan het bestuur van het gerechtshof advies uit te brengen over voorgenomen aanbevelingen en/of voordrachten tot en benoemingen en/of aanwijzingen in rechterlijke functies in het gerechtshof.²⁵⁰ Naast vice-presidenten uit elke sector van het gerechtshof en een raadsheer als vast lid, kan de commissie worden aangevuld met andere leden dan de vaste leden of hun vervangers.

De sollicitanten worden door de president van het gerechtshof uitgenodigd voor een gesprek met de selectieadviescommissie. Welke sollicitanten voor een gesprek worden opgeroepen, bepaalt de president in overleg met de voorzitter van de selectiecommissie. Als de aanbeveling of benoeming van een kandidaat van het advies van de commissie afwijkt, doet de president daarvan gemotiveerd mededeling aan de leden van het hof.

Bij de sollicitatie naar bepaalde functies, waarbij de sollicitant meerdere selectierondes en gesprekken heeft doorgemaakt en selectiemiddelen zoals bijvoorbeeld een psychologische test zijn toegepast, kan naar mijn mening de mogelijkheid van een nagesprek met de sollicitant uit het oogpunt van een zorgvuldige selectieprocedure zijn geïndiceerd.²⁵¹

Als mocht blijken dat meerdere sollicitanten in gelijke mate geschikt zijn om de functie te vervullen, stelt de Commissie Selectieprocedure voor dat bij de aanstellingsbeslissing allereerst wordt gekeken naar de persoonlijke omstandigheden van de sollicitant. Volgens de commissie geniet in deze situatie bevoordeling van kwetsbare groepen de voorkeur. Indien ook dit criterium niet tot een beslissing kan leiden, stelt de commissie voor dat eventueel loting plaatsvindt.²⁵² Ook de Nationale ombudsman acht deze methode in dat geval de meest billijke weg voor verdere selectie. Hij wijst erop dat degenen onder wie wordt geloot, in dat geval immers statistisch een gelijke kans hebben om te worden ingeloot.²⁵³

De gegevens die de sollicitant in het kader van de sollicitatie aan de werkgever ter beschikking heeft gesteld dienen, nadat de beslissing tot afwijzing is genomen, zo spoedig mogelijk aan de sollicitant te worden geretourneerd of te worden vernietigd. Op grond van artikel 10, eerste lid, van de Wet bescherming persoonsgegevens,

249 Zie het eindrapport van de Commissie Selectieprocedure, Sociale Zaken, Verslagen en rapporten 1977-5, *Een sollicitant is ook een mens*, 's-Gravenhage 1977, p. 30.

250 Zie het reglement inzake selectie- en aanbevelingsprocedures voor rechterlijke functies, Hof 's-Hertogenbosch 30 januari 2004.

251 Zie het reglement inzake selectie- en aanbevelingsprocedures voor rechterlijke functies, Hof 's-Hertogenbosch 30 januari 2004, onder 4.2: 'De president, desgewenst tezamen met de voorzitter van de commissie, is beschikbaar voor een nagesprek met de sollicitanten'.

252 Zie het eindrapport van de Commissie Selectieprocedure, Sociale Zaken, Verslagen en rapporten 1977-5, *Een sollicitant is ook een mens*, 's-Gravenhage, november 1977, p. 44.

253 Zie Nationale ombudsman 13 september 1985, TAR 1985, 237.

mogen persoonsgegevens worden bewaard zolang zij noodzakelijk zijn voor het voormelde doel. In zijn algemeenheid acht het College bescherming persoonsgegevens een bewaartermijn van vier weken na afronding van een sollicitatieprocedure redelijk.²⁵⁴ De werkgever heeft hiervoor een zorgplicht. Indien de sollicitant met de werkgever is overeengekomen dat de gegevens worden geretourneerd, geldt uiteraard hetgeen partijen met elkaar hierover zijn overeengekomen.²⁵⁵ Het Vrijstellingsbesluit Persoonsgegevens stelt de eis dat deze gegevens op verzoek van een sollicitant binnen vier weken aan hem worden teruggezonden (art. 5 Vrijstellingsbesluit Persoonsgegevens).

Indien de werkgever ertoe besluit om de sollicitant voor de functie aan te nemen, dient de werkgever de sollicitant over dit besluit zo spoedig mogelijk in te lichten en de in dit kader gemaakte afspraken en toezeggingen zo spoedig mogelijk schriftelijk vast te leggen.

Het, eventueel in een wat later stadium opstellen van een schriftelijk arbeidscontract geniet in dit opzicht, mede in het belang van de rechtszekerheid, de voorkeur.

4.4.1 Vergoeding van sollicitatiekosten

In de wet is niets geregeld over de vergoeding van onkosten die de sollicitant in het kader van de sollicitatie heeft gemaakt. De NVP Sollicitatiecode bevat het voorschrift dat de arbeidsorganisatie in de openbare bekendmaking van de vacature of in de procedure duidelijkheid geeft over het wel of niet vergoeden van de door de sollicitant in redelijkheid gemaakte kosten.²⁵⁶ In beginsel is een werkgever dan ook niet tot vergoeding van overige sollicitatiekosten gehouden. Het is meer een regel van moraal en goed fatsoen om deze kosten te vergoeden.

Veel openbare instellingen hanteren een sollicitatiecode die is afgestemd op de NVP Sollicitatiecode. Over het algemeen is daarin een regeling opgenomen die in de vergoeding van door de sollicitant in redelijkheid gemaakte reiskosten en soms ook andere kosten voorziet.²⁵⁷

Onder omstandigheden kan de weigering om door de sollicitant gemaakte of te maken kosten te vergoeden, onrechtmatig zijn. Dit kan het geval zijn indien een werkgever een sollicitant nutteloos kosten heeft laten maken, terwijl hij op dat moment reeds wist dat hij er toch niet toe zou besluiten om een arbeidsovereenkomst met de sollicitant aan te gaan. Indien bij de sollicitant de verwachting is gewekt dat een arbeidsovereenkomst tot stand zal komen en door die verwachting kosten

254 Zie Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), Wet van 6 juli 2000, in werking getreden per 1 september 2001, art. 10 lid 1. Zie voorts art. 5 Vrijstellingsbesluit Persoonsgegevens.

255 NVP Sollicitatiecode (2009), uitgangspunt 6.3.

256 Zie ook uitgangspunt 4.6 van de NVP Sollicitatiecode (2009).

257 Zie o.a. de Sollicitatiecode van de Gemeente Amsterdam, art. 3 en de sollicitatiecode van het Waterschap Brabantse Delta, art. 4 lid 4.

zijn gemaakt, dienen deze op grond van onrechtmatige daad in de precontractuele fase²⁵⁸ te worden vergoed.²⁵⁹ Denkbaar is dat de rechtspraak een dergelijke verplichting ook baseert op een stilzwijgende overeenkomst tussen sollicitant en aspirant-werkgever.²⁶⁰

4.5 Werving en selectie in cao's

4.5.1 Branchecao's

Uit het onderzoek naar de doorwerking van de Stichtingsaanbevelingen met betrekking tot werving en selectie op cao-niveau, dat in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in september en november 2004 werd uitgevoerd,²⁶¹ blijkt dat in vergelijking met eerder onderzoek uit 2000 sprake is van stabilisatie van groei in het aantal in cao's over werving en selectie vastgelegde afspraken. Ten aanzien van een aantal specifieke afspraken over werving en selectie, bijvoorbeeld de afspraak dat interne werving voorrang heeft boven externe werving en de afspraak dat vacatures bij arbeidsbemiddelende instanties zullen worden vermeld, is sprake van een daling van het aantal afspraken met maar liefst 50%. Deze ontwikkeling kan wellicht worden verklaard vanuit de economische conjunctuur. In een situatie van krapte op de arbeidsmarkt is het verklaarbaar dat een werkgever het accent wat meer verschuift naar externe werving. Uit het onderzoek blijkt verder dat, alhoewel 81% van de onderzochte cao's minstens één afspraak bevat over werving en selectie, deze weinig specifieke voorschriften hierover bevatten. Uit het onderzoek blijkt dat de meeste cao-afspraken over het aanstellingsbeleid zich richten op slechts een vijftal specifieke onderwerpen, zoals het geschiktheids criterium voor de sollicitant (25% van de cao's), non-discriminatie bij tewerkstelling (30% van de cao's), bepalingen inzake medisch onderzoek (28% van de cao's), interne werving voor externe werving (31% van de cao's) en melding van de vacature bij een arbeidsbemiddelende instantie (33% van de cao's).

Uit bestudering in 2008 van het aanstellingsbeleid in 175 branchecao's is mij gebleken dat vele cao's in mindere of meerdere mate bepalingen bevatten op het gebied van werving en selectie en dat er ook vele cao's bestaan die niet of nauwelijks bepalingen over het aanstellingsbeleid bevatten.²⁶² Voorts bleek mij dat in een aantal cao's, naast algemeen gebruikelijke bepalingen op het gebied van werving en selectie, interessante bepalingen zijn opgenomen. Zo bevatten sommige cao's een bepaling op grond waarvan ex-werknemers bij de interne vervulling van vacatures worden betrokken. We kunnen hierbij bijvoorbeeld denken aan ex-werknemers die het dienstverband

258 Zie o.a. HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (*Plas/Valburg*), HR 4 oktober 1996, NJ 1997, 65 (*ABB/Staat*) en HR 12 augustus 2005, NJ 2005,467 (*CBB/JPO*), RvdW 2005/93. Zie voorts Hof 's-Gravenhage 8 september 2006, RAR 2007, 5 / JIN 2007/1 nr. 2.

259 M.M. Mendel, *De rechtspositie van de sollicitant*, Deventer: Kluwer 1975, p. 25 en 26.

260 M.M. Mendel, *De rechtspositie van de sollicitant*, Deventer: Kluwer 1975, p. 26.

261 S. Pott en L. Junger, *Werving en selectie in cao's (2004): een onderzoek naar de doorwerking van de Stichtingsaanbevelingen met betrekking tot werving en selectie op cao-niveau*, Ministerie van SZW, december 2004.

262 Zie bijlage 1 van dit boek.

hebben beëindigd vanwege het oppakken van gezinstaken.²⁶³ Ook komen we soortgelijke bepalingen tegen over ex-werknemers, waarvan het dienstverband bijvoorbeeld na een reorganisatie of andere niet in de persoon van de werknemer gelegen redenen is beëindigd²⁶⁴ en eigen werknemers die een deeltijdfunctie willen.²⁶⁵ Ten aanzien van de inschakeling van uitzendkrachten komen we regelmatig de bepaling tegen dat deze, eventueel eerst na voorafgaande toestemming of melding aan de ondernemingsraad, alleen mogen worden ingeschakeld als het bedrijfsbelang dit eist, bijvoorbeeld in het geval van piekvorming.²⁶⁶ Sommige cao's geven percentages voor een maximaal aantal uitzendkrachten in verhouding tot het totale personeelsbestand.²⁶⁷

Slechts een aantal cao's bevat bepalingen over medische aanstellingskeuringen. De meeste bepalingen verwijzen hierbij naar de Wet op de medische keuringen en het Besluit aanstellingskeuringen. Sommige cao's geven hierbij een te ruime bevoegdheid voor het verrichten van aanstellingskeuringen. Dit is niet toegestaan, omdat cao's lager in hiërarchie zijn dan de Wet op de medische keuringen en het Besluit aanstellingskeuringen.²⁶⁸

Aan de bepalingen over vacaturemelding bij arbeidsbemiddelende instanties wordt in cao-bepalingen vaak toegevoegd, dat deze melding dient ter bevordering van de inzichtelijkheid van de arbeidsmarkt. Daarom vermelden de meeste cao's ook dat de vacatures weer dienen te worden afgemeld. Er zijn weinig cao's waarin we bepalingen aantreffen die gaan over psychologische tests. Meestal wordt daarin bepaald dat de psychologische onderzoeken dienen plaats te vinden overeenkomstig de daaraan door het Nederlands Instituut voor Psychologen (NIP) te stellen eisen.²⁶⁹ Zo nu en dan komen we in cao's bepalingen tegen waarin voor de werving en selectie wordt voorgeschreven dat functies evenwichtig dienen te worden verdeeld over diverse doelgroepen, zoals allochtonen, vrouwen, jongeren et cetera.²⁷⁰ Hierbij wordt aangegeven dat hierover beleid dient te worden ontwikkeld in overleg met de ondernemingsraad. Een aantal cao's bevat een voorkeursbeleid ten aanzien van jeugdige werklozen.²⁷¹ Andere cao's richten zich meer op de emancipatie van vrouwen en gelijke behandeling van oudere werknemers.²⁷² In één cao komen we een bepaling

263 Zie bijvoorbeeld de CAO Tuinbouwveilingen (looptijd van 1 april 2008 tot en met 1 januari 2010) en de CAO Dagbladjournalisten (looptijd van 1 januari 2007 tot en met 31 maart 2009).

264 Zie bijvoorbeeld de CAO Energie en Nutsbedrijven, sector distributie (looptijd van 1 april 2005 tot en met 1 juni 2007).

265 Zie onder andere de CAO Handel in bouwmaterialen (looptijd van 1 juli 2008 tot en met 30 juni 2010).

266 Zie bijvoorbeeld de CAO Tuinbouwveilingen (looptijd van 1 april 2008 tot en met 1 januari 2010).

267 Zie bijvoorbeeld de CAO Nederlandse baksteenindustrie (looptijd van 1 april 2007 tot en met 31 maart 2009).

268 C.W.G. Rayer en I.P. Asscher-Vonk, *Aanstellingskeuringen*, Monografieën Sociaal Recht, Deventer: Kluwer 2004, p. 17.

269 Zie o.a. de CAO Geestelijke Gezondheidszorg (GGZ) (looptijd van 1 maart 2008 tot en met 31 maart 2009).

270 Zie bijvoorbeeld de CAO Gehandicaptenzorg (looptijd van 1 april 2007 tot en met 31 december 2008).

271 Zie de CAO Waterbedrijven (looptijd van 1 juni 2004 tot en met 31 mei 2007).

272 Zie bijvoorbeeld de CAO Verzekeringsbedrijf buitendienst (looptijd van 1 juni 2007 tot en met 30 november 2009).

tegen over voorkeursbeleid ten aanzien van onder andere langdurig werklozen en vrouwen.²⁷³ Externe sollicitanten, die niet onder de cao vallen, zullen evenwel niet rechtstreeks op het in de cao geformuleerde voorkeursbeleid een beroep kunnen doen. Asscher-Vonk heeft er daarom voor gepleit om het bij externe werving toe te passen voorkeursbeleid niet bij cao te regelen.²⁷⁴ Als het in de cao geformuleerde voorkeursbeleid jegens externe sollicitanten niet wordt nagekomen, kan dit feit discriminatie doen vermoeden en dient de werkgever te bewijzen dat niet in strijd met de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) is gehandeld (art. 10 AWGB). In dat geval kan ook over dit handelen van de werkgever eventueel via een groepsactie ex. art. 3:305a BW, een oordeel van de CGB worden gevraagd.²⁷⁵

De NVP Sollicitatiecode en de Aanbeveling werving en selectie van de Stichting van de Arbeid komen we in de onderzochte cao's niet vaak tegen. Als we ze tegenkomen, zien we slechts algemene verwijzingen naar de aanbevelingen of de sollicitatiecode.²⁷⁶

4.5.2 Ondernemingscao's

In 2005 heeft IVA beleidsonderzoek en advies,²⁷⁷ in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, een onderzoek uitgevoerd naar de wijze waarop arbeidsorganisaties in de praktijk invulling geven aan gelijke behandeling in werk en beroep en werving en selectie.

Bij dit onderzoek kwamen diverse aspecten van werving en selectie aan de orde, zoals zorgvuldige werving en selectie, de praktijk van medische keuringen bij werving van personeel, het gebruik van voorkeursbeleid bij werving en selectie en de implementatie van gelijkebehandelingswetgeving bij werving en selectie. Uit het onderzoek kunnen een paar belangrijke conclusies worden getrokken. Allereerst bleek in 2005 slechts 16% van de bedrijven en instellingen bekend te zijn met het bestaan van de Aanbeveling werving en selectie van de Stichting van de Arbeid. Voorts bleek bij slechts 12% van de onderzochte organisaties kennis over de inhoud van de Aanbeveling aanwezig te zijn. Ook bleken vooral grote bedrijven en instellingen met de Aanbeveling bekend te zijn. Verder valt op dat slechts een kleine minderheid van de bedrijven en instellingen het eigen wervings- en selectiebeleid aan de NVP Sollicitatiecode heeft getoetst en dat maar 20% daarvan veranderingen heeft doorgevoerd in de bestaande praktijk of regels. Bovendien wijst maar liefst 80% van de onderzochte organisaties de sollicitant niet op het bestaan van een klachteninstantie. De belangrijkste reden hiervoor is onbekendheid met het bestaan van deze instantie. Voor wat

273 Zie de CAO Reclassering (looptijd van 1 januari 2008 tot en met 30 juni 2009).

274 I.P. Asscher-Vonk, *Toegang tot de dienstbetrekking*, diss. UvA, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1989, p. 214.

275 Zie ook § 6.5 van dit boek.

276 Zie bijvoorbeeld de CAO Kenniscentra beroepsonderwijs bedrijfsleven (looptijd van 1 februari 2007 tot en met 31 januari 2010) en de CAO Onderzoeksinstituten (looptijd van 1 januari 2008 tot en met 30 juni 2010).

277 Hermanussen, R. en T. Serail (2005), *Gelijke behandeling in bedrijf*, Tilburg: IVA Beleidsonderzoek en Advies, juni 2005. Dit rapport is uitgebracht in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

betreft de praktijk van aanstellingskeuringen blijkt uit het onderzoek dat minder dan 10% van de ondervraagde bedrijven en instellingen in 2003 nog aanstellingskeuringen in de zin van het medisch onderzoek heeft laten uitvoeren. Bij een eerder onderzoek door de Arbeidsinspectie in 1998/1999 werd nog een percentage gegeven van 20%. Verder bleek bij het onderzoek in 2005 dat aanstellingskeuringen steeds meer functiegericht worden ingezet. Tweederde deel van de werkgevers bleek redelijk tot (zeer) goed op de hoogte te zijn van de mogelijkheden om een voorkeursbeleid uit te voeren. Voorts bleek eenderde deel van de bedrijven en instellingen een actief voorkeursbeleid te voeren of dit in het verleden te hebben gedaan. Ook is uit het onderzoek gebleken dat bedrijven en instellingen matig bekend zijn met de inhoud van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (minder dan 20%). Voor de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte valt dit percentage veel positiever uit. Uit de resultaten van de meting is gebleken dat de meeste organisaties op de hoogte zijn van deze wet. Verder bleek maar liefst 43% van de ondervraagde bedrijven en instellingen in de periode 2002/2003 een of meer gehandicapte of chronisch zieke werknemers in dienst te hebben genomen. De slotconclusie uit het onderzoek is dat bekendheid met de bestaande inhoud van gelijkebehandelingswetten en regels een belangrijke voorwaarde voor de toepassing daarvan is in bedrijven en instellingen en dat deze bekendheid sterk afhankelijk is van het specifieke terrein waarop wet of regels van toepassing zijn. Ook concluderen de onderzoekers dat voorlichting van bedrijven en instellingen vanuit het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid via brochures weinig effectief blijkt te zijn. Hetzelfde geldt volgens hen voor het verschaffen van bekendheid met de gelijkebehandelingswetgeving bij werving en selectie door het opnemen van bepalingen daarover in cao's. Voor de bekendheid met wetten en regels blijkt volgens het onderzoek de grootte en de aard van de bedrijven en instellingen van belang. Over het algemeen blijken kleinere bedrijven in het onderzoek (tot 100 werknemers) en de bedrijven in de marktsector het minst goed te zijn geïnformeerd. Voor de implementatie van wetgeving op het gebied van gelijke behandeling speelt volgens de onderzoekers bovendien de attitude ten aanzien van de wet- en regelgeving een rol. Zij zien hierbij voor de overheid vooral een facilitaire rol bij de implementatie van gelijkebehandelingswetgeving weggelegd.

Uit bestudering in 2008 van 250 ondernemingscao's is mij gebleken dat ook ondernemingscao's een sterk wisselend beeld geven over de implementatie van gelijkebehandelingswetgeving en regels over werving en selectie.²⁷⁸ Soms is het daarbij alles of niets. Daarbij blijkt dat cao's van grotere ondernemingen, met meer dan 100 werknemers, vaak wel bepalingen over deze onderwerpen bevatten en cao's van kleinere bedrijven, met minder dan 100 werknemers, meestal slechts enkele bepalingen op dit gebied bevatten of zelfs in het geheel geen. Voorts is mij gebleken dat sommige ondernemingscao's enigszins afwijkende bepalingen op het gebied van het aanstellingsbeleid bevatten. Zo treffen we in de cao van Akzo Nobel Chemicals (looptijd van 1 april 2007 tot en met 31 maart 2009) de bepaling aan dat bij het aanstellingsbeleid bijzondere aandacht zal worden gegeven aan werknemers

278 Zie bijlage 2 van dit boek.

met een achterstandspositie, die tot de laagste functiegroepen behoren. In de cao van Albert Heijn Distributieorganisatie (looptijd van 15 oktober 2008 tot en met 14 oktober 2009) komen we voorkeursbeleid tegen dat is gericht op de aanstelling van werkloze jongeren. De cao van Brocacef, Brocatrade, Imgroma, Genfarma en Bipharma (looptijd van 1 mei 2008 tot en met 30 april 2009) schrijft voor wat betreft de inlening van uitzendkrachten voor, dat deze na overleg met de ondernemingsraad worden ingeschakeld voor een periode van niet langer dan drie maanden. In sommige cao's is bepaald dat inleenkrachten slechts een bepaald percentage van het totale aantal binnen de onderneming werkzame werknemers mogen uitmaken.²⁷⁹ In de cao van Flora Holland (looptijd van 31 december 2007 tot en met 31 december 2008) worden ex-werknemers die hun eerdere dienstverband met de ondernemer wegens het verrichten van verzorgingstaken hebben beëindigd bij de werving en selectie als interne kandidaten behandeld. In de cao van de GWK Bank NV (looptijd van 1 juni 2006 tot en met 31 december 2007) is geformuleerd dat werknemers bij de werving en selectie voor een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voorrang zullen genieten boven werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De cao van de Vereniging Koninklijke Nederlandse Jaarbeurs (looptijd van 1 april 2008 tot en met 30 september 2010) kent een voorkeursbeleid voor de indienstneming van jeugdigen beneden de leeftijd van 23 jaar. Verder bevat de cao van het Nederlands loodswezen b.v. (looptijd van 1 juli 2008 tot en met 30 juni 2010) een uitvoerige bepaling over het verrichten van psychologisch onderzoek, waarbij is aangegeven dat hierbij de beroepscode van het Nederlands Instituut voor Psychologen (NIP) dient te worden gevolgd. Soms zien we bepalingen over de gelijke behandeling van arbeidsgehandicapten, waarbij aan de werkgever een inspanningsverplichting is opgelegd om de arbeidsparticipatie van arbeidsgehandicapten zonodig door (bij)scholingsactiviteiten te realiseren.²⁸⁰

Sommige bepalingen over aanstellingskeuringen bieden een te ruime mogelijkheid hiertoe, waardoor wordt gehandeld in strijd met de uitgangspunten van de Wet op de medische keuringen.²⁸¹ In beginsel is dit niet toegestaan, omdat cao's lager in hiërarchie zijn dan de Wet op de medische keuringen en het Besluit aanstellingskeuringen.²⁸²

Ook in de ondernemingscao's komen we, net als in de onderzochte branchecao's, niet of nauwelijks verwijzingen tegen naar de NVP Sollicitatiecode en de Aanbeveling werving en selectie van de Stichting van de Arbeid. Kennelijk is zowel de NVP Sollicitatiecode als de Aanbeveling werving en selectie tot op heden nog steeds onvoldoende bekend bij werkgevers en sollicitanten.

279 Zie in dit verband bijvoorbeeld de cao van Ratiopharm B.V. (looptijd van 1 mei 2009 tot en met 30 april 2010). Hierin is het percentage op 3 gesteld.

280 Zie bijvoorbeeld de cao van Lucite International Holland B.V. (looptijd van 1 juli 2008 tot en met 30 juni 2010).

281 Zie bijvoorbeeld de cao van Selektvracht (looptijd van 1 januari 2007 tot en met 1 april 2009).

282 C.W.G. Rayer en I.P. Asscher-Vonk, *Aanstellingskeuringen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 17.

4.6 Conclusie

De selectiefase is voor werkgever en sollicitant het meest cruciale onderdeel van de sollicitatieprocedure. Voor de sollicitant is deze fase het meest ingrijpend, omdat de werkgever door gebruikmaking van selectiemiddelen de geschiktheid van de sollicitant voor het vervullen van de vacature zo nauwkeurig mogelijk wenst vast te stellen. Het gevaar ligt op de loer dat de werkgever in zijn *'selectiedrift'* een te grote inbreuk maakt op de privacy van een sollicitant. Voorts kunnen selectiemiddelen ondeugdelijk blijken, omdat ze niet of onvoldoende meten wat de werkgever of een door hem ingeschakelde deskundige over de geschiktheid van de sollicitant denkt te kunnen vaststellen. De werkgever kan ook zelf door een onzorgvuldige selectie worden benadeeld, omdat bijvoorbeeld eerst na indiensttreding van de kandidaat blijkt dat deze niet geschikt is voor het vervullen van de aangeboden functie.

De sollicitant op zijn beurt zal de neiging hebben om aan incorrectheden in deze fase niet al te zwaar te tillen, om bij de selectie hoge ogen te gooien. Met zijn rechtsbescherming is het slecht gesteld.

De selectie is nauwelijks wettelijk genormeerd. Branchecao's en ondernemingscao's bevatten weliswaar in meerdere of mindere mate bepalingen over werving en selectie, maar verwijzingen naar de NVP Sollicitatiecode en de Aanbeveling werving en selectie van de Stichting van de Arbeid komen we daarin niet of nauwelijks tegen. Daarenboven is er uit het oogpunt van contractsvrijheid in de sollicitatiefase veel beoordelingsruimte voor een werkgever om te selecteren op de in zijn ogen meest geschikte kandidaat voor de vervulling van een vacature. De belangen van werkgever en sollicitant kunnen worden gediend met zorgvuldige voorlichting over de spelregels die gelden of gebruikelijk zijn bij de werving en selectie van personeel. Dit kan ertoe leiden dat de normen stipter zullen worden nageleefd en een sollicitant er beter mee bekend raakt welke mogelijkheden hem ten dienste staan om tegen een incorrecte benadering door een werkgever bij de werving en selectie in het geweer te komen. Het hierdoor te bereiken bewustwordingsproces zal naar mijn verwachting uiteindelijk kunnen leiden tot een eerlijker kans op aanstelling.

HOOFDSTUK 5

Handhaving

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zullen allereerst de acties worden besproken die bij het afbreken van onderhandelingen kunnen worden ingesteld, alsmede de daarop gestoelde mogelijkheden tot vordering van schadevergoeding. Vervolgens zullen respectievelijk de specifieke handhavingsmogelijkheden in de wervings- en selectiefase worden besproken. Voor deze opzet is gekozen, omdat de sollicitatiefase als een precontractuele fase is aan te merken. Tot slot worden in hoofdstuk 6 de specifieke handhavingsmogelijkheden in geval van ongerechtvaardig onderscheid behandeld.

5.2 Handhavingsacties bij stopzetten onderhandelingen

Indien de werkgever de onderhandelingen over de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst stopzet in een fase waarin deze al zover waren gevorderd dat de werknemer er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de arbeidsovereenkomst tot stand zou zijn gekomen in het geval de onderhandelingen zouden zijn voorgezet, is het mogelijk om een rechtsvordering op twee verschillende grondslagen in te stellen. De aard van de in te stellen actie is onder andere van belang voor de mogelijkheden om schadevergoeding te verkrijgen, alsmede relevant voor stelplicht en bewijslast.

Als de sollicitant zich op het standpunt stelt dat de arbeidsovereenkomst nog niet was gesloten, maar de werkgever onrechtmatig handelt door de vergevorderde onderhandelingen (fase twee van onderhandelen)¹ af te breken, kan de sollicitant de door hem gemaakte kosten die met de onderhandelingen waren verbonden en de gederfde inkomsten bij zijn vroegere werkgever vorderen als schadevergoeding (het zogenoemde '*negatief contractsbelang*'). Ook kan de sollicitant vergoeding van schade vorderen die voortvloeit uit het mislopen van een contract met een derde.² Het vorderen van schadevergoeding op basis van het negatief contractsbelang ligt in de rede indien partijen reeds op enkele hoofdpunten overeenstemming hebben bereikt en één van de partijen de onderhandelingen abrupt afbreekt.

¹ Zie ook § 2.2 van dit boek.

² Asser-Hartkamp 4-II (2005), nr. 162.

In geval van afgebroken onderhandelingen in de derde fase³ kan de sollicitant naast vergoeding van het negatief contractsbelang ook vergoeding van het positief contractsbelang vorderen. In de praktijk vindt zelden schadevergoeding op grond van het positief contractsbelang plaats. De reden daarvoor is dat het afbreken van onderhandelingen niet vaak onaanvaardbaar wordt geacht.⁴

In geval van afgebroken onderhandelingen in de derde fase heeft de sollicitant ook de mogelijkheid om een vordering tot dooronderhandelen jegens de werkgever in te stellen. Het instellen van deze vordering heeft zin als partijen op alle hoofdpunten overeenstemming hebben bereikt of op het punt staan deze te bereiken en de onderhandelingen eenzijdig werden afgebroken. Deze vordering kan worden gecombineerd met een verbod om met derden te onderhandelen of te contracteren. Voorts kan worden gevorderd om de afbrekende partij te veroordelen tot het sluiten van een overeenkomst waarover werd onderhandeld.⁵ Ingeval deze vorderingen zijn geënt op onrechtmatige daad, is het twijfelachtig of ze met succes kunnen worden ingesteld. In beginsel is het immers niet onrechtmatig om onderhandelingen af te breken.⁶ Ook is het, behoudens uitzonderingen, geoorloofd om tegelijkertijd met meerdere partijen te onderhandelen.⁷ De sollicitant heeft ook de mogelijkheid om een vordering in te stellen op grond van onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking.⁸ Onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking mag evenwel in de onderhandelingsfase niet al te snel worden aangenomen. Het is immers vrij gebruikelijk dat de onderhandelende partij kosten moet maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden kan er aanleiding zijn tot vergoeding van kosten, bijvoorbeeld indien de wederpartij prestaties heeft verzocht die bijvoorbeeld ongebruikelijk kostbaar zijn en daardoor uitstijgen boven de gebruikelijke acquisitiekosten.⁹ In die gevallen kan het leerstuk van de onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking in de tweede fase van onderhandeling uitkomst bieden.

Indien de sollicitant zich op het standpunt stelt dat de arbeidsovereenkomst reeds tot stand was gekomen, kan hij zijn vordering tot betaling van schadevergoeding (geleden verlies, gederfde winst en gemaakte kosten) baseren op toerekenbare tekortkoming (art. 6:74 BW).¹⁰ De werkgever is in dat geval verplicht om de hierdoor ontstane schade te vergoeden. In het geval nakoming van de overeenkomst wordt gevorderd, kan

3 Zie ook § 2.2 van dit boek.

4 Zie in dit verband de conclusie van P-G. mr. A.S. Hartkamp voor HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467, RvdW 2005/93 (CBB/JPO).

5 Zie ook M.R. Ruygvoorn, 'Afbreken van onderhandelingen; een stappenplan', NJB/2006/21, p. 1150 en 1151. Zie tevens M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 2009, p. 311-312.

6 Zie hierover onder andere H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, diss. Vrije Universiteit Amsterdam, Deventer: Kluwer 1992, p. 254 e.v.

7 M.R. Ruygvoorn, *Afbreken van onderhandelingen*, Deventer: Kluwer 2005, p. 91.

8 M.R. Ruygvoorn, *Afbreken van onderhandelingen*, Deventer: Kluwer 2005, p. 85. Zie tevens M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 2009, p. 295-299.

9 Zie onder andere M.R. Ruygvoorn, *Afbreken van onderhandelingen*, Deventer: Kluwer 2005, p. 67 e.v.

10 G.J.J. Heerma van Voss in: Kluwer (losbladig), *Arbeidsovereenkomst*, aant. 5.2 bij art. 7:610 BW.

aanvullende schadevergoeding worden gevorderd. Als geen nakoming van de overeenkomst wordt verlangd, kan vervangende schadevergoeding worden gevorderd. In dat geval kan de sollicitant deze vordering baseren op het negatief contractsbelang (vergoeding van zijn kosten, zoals bijvoorbeeld advocaatkosten en kosten van een due diligence (boekenonderzoek)) alsook op het zogenoemde '*positief contractsbelang*'.¹¹ Dit houdt in dat hij de gedeelde inkomsten bij de nieuwe werkgever kan vorderen. Voor het met succes vorderen van schadevergoeding tot het beloop van het positief contractsbelang, is vereist dat aannemelijk is dat een overeenkomst zou zijn gesloten van de soort waarover partijen onderhandelen.¹² Ook kan de sollicitant ervoor kiezen om enkel nakoming te vorderen van de reeds tot stand gekomen overeenkomst. Daarbij kan doorbetaling van het overeengekomen loon, alsook toelating tot het werk worden gevorderd. Als de werknemer van de arbeidsovereenkomst af wil, heeft hij de mogelijkheid om aan de kantonrechter (de sector kanton van de rechtbank) te verzoeken om de arbeidsovereenkomst wegens een gewichtige reden te ontbinden onder toekenning van een vergoeding (art. 7:685 lid 8 BW).

Ook de werkgever heeft de mogelijkheid om -eventueel voorwaardelijk, voor het geval het bestaan van een arbeidsovereenkomst in rechte wordt aangenomen-ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken. Als de werkgever tot opzegging van de arbeidsovereenkomst overgaat zonder voorafgaande toestemming van het UWV WERKbedrijf, heeft de werknemer de mogelijkheid om de onregelmatigheid van het ontslag in te roepen (art. 7:677 BW). In dat geval heeft de werknemer de keus om een gefixeerde schadevergoeding (art. 7:680 BW) of een volledige schadevergoeding te vorderen (art. 7:677 lid 4 BW). In plaats van het vorderen van schadevergoeding op grond van onregelmatig ontslag kan de werknemer er ook voor kiezen om schadevergoeding op grond van kennelijk onredelijk ontslag te vorderen (art. 7: 681 lid 1 BW).¹³ Ook kan herstel van de dienstbetrekking worden gevorderd (art. 7:682 BW). In de praktijk zal de rechter een terugkeer evenwel niet aangewezen achten, omdat een vruchtbare samenwerking in deze situatie niet meer mag worden verwacht.

De vorderingen tot toekenning van schadevergoeding op grond van onregelmatig ontslag en/of kennelijk onredelijk ontslag kunnen ook worden ingesteld nadat de werknemer afstand heeft gedaan van zijn beroep op de vernietigbaarheid van het ontslag (art. 6 jo art. 9 BBA). Deze mogelijkheid bestaat nog tot het moment dat een onherroepelijke uitspraak is gedaan.¹⁴

In de praktijk zal het moeilijk zijn om de omvang van de schade (gemaakte kosten, geleden verlies en gedeelde winst) in rechte aan te tonen. De wetgever heeft in deze bewijsnood voorzien, door de rechter de bevoegdheid te geven om de omvang van de

11 Zie in dit verband onder andere HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (*Plas/Valburg*) en HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (*De Ruijterij/MBO*).

12 HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 (*Vaessen-Schoenmaker Holding B.V./Shell Nederland Chemie B.V.*)

13 Rb. Maastricht 9 september 1999, JAR 2000/149 (*X/Riagg*).

14 HR 7 juni 2002, NJ 2003, 125, JAR 2002/155 (*Greeven/Connexion*). Zie ook G.C. Boot, 'De switch', *ArbeidsRecht* 2002/10, nr. 53.

schade naar billijkheid (*ex aequo et bono*) te schatten (art. 6:97 BW).¹⁵ Ook heeft de rechter de mogelijkheid om de schadevergoeding te matigen (art. 6:109 BW). Uit de rechtspraak blijkt dat soms ook aansluiting wordt gezocht bij de gefixeerde schadevergoeding op grond van artikel 7:677 jo. 680 BW.¹⁶

Sommigen stellen zich op het standpunt dat de precontractuele redelijkheid en billijkheid als zelfstandige bron van verbintenis dient te worden aanvaard, naast overeenkomst, onrechtmatige daad en rechtmatige daad. Dit standpunt wordt met name aangehangen door Hartkamp.¹⁷

Ruygvoorn is van mening dat er geen noodzaak is om de redelijkheid en billijkheid als zelfstandige bron van verbintenissen toe te passen, omdat in de praktijk in die gevallen via het leerstuk van de onrechtmatige daad kan worden gekomen tot betaling van schadevergoeding voor het onaanvaardbaar afbreken van onderhandelingen. Hij pleit daarom voor het aannemen van onrechtmatige daad als bron van aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen zonder een rechtens aanvaardbare reden, omdat het leerstuk van de onrechtmatige daad beter is uitgekristalliseerd dan dat van de redelijkheid en billijkheid als zelfstandige bron van verbintenissen. Toepassing van de precontractuele redelijkheid en billijkheid werkt volgens hem slechts rechtsonzekerheid in de hand.¹⁸ In dit verband wijst hij erop dat de maatschappelijke betamelijkheidsnorm zowel bij onrechtmatige daad alsook bij het leerstuk van redelijkheid en billijkheid identiek is en dat het daardoor niet veel uit maakt welke bron als uitgangspunt voor de aansprakelijkheid van de afbrekende partij geldt.

5.3 Specifieke handhavingsacties tijdens de wervingsfase

5.3.1 Door de werkgever in te stellen acties

Alhoewel de wervingsfase nog maar het prille begin is van de sollicitatiefase, kan de sollicitant ook reeds tijdens de werving door zijn handelen de werkgever schade berokkenen. Te denken valt hierbij aan het opzettelijk verschaffen van onjuiste informatie in een curriculum vitae (cv) of in de sollicitatiebrief over aspecten die voor het verrichten van de functie relevant zijn of het verzwijgen van voor het verrichten van de functie van belang zijnde informatie. Dit kan onrechtmatig en ook in strijd zijn met de eisen van goed werknemerschap. Voor een schijnsollicitatie kan hetzelfde gelden.

¹⁵ Zie ook A.F. Bungener, 'De precontractuele fase in het individuele arbeidsrecht', SR 2006/2.

¹⁶ Zie in dit verband Rb. Arnhem 24 december 1984, NJ 1988/309 en 10 november 2000, JAR 2000/249.

¹⁷ Asser-Hartkamp, 4-II (2005) nr. 165. Zie voorts H.J. De Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, diss. Amsterdam VU, Deventer: Kluwer 1992, p. 253.

¹⁸ M.R. Ruygvoorn, *Afbreken van onderhandelingen*, Deventer: Kluwer 2005, p. 82-83. Zie tevens M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 2009, p. 290.

Een werkgever die door het handelen van de sollicitant schade lijdt, kan trachten vergoeding van schade te vorderen op grond van onrechtmatige daad. Het aantonen van het causaal verband kan daarbij een struikelblok zijn. Dat geldt vooral in die gevallen waarbij de onrechtmatigheid, bijvoorbeeld in geval van cv-fraude, pas jaren na de indiensttreding is ontdekt en de werknemer tot dat moment jaren zonder problemen heeft gewerkt.¹⁹ In die gevallen waarbij bijvoorbeeld een bepaalde voor de uitoefening van de functie relevante opleiding niet is afgerond of de sollicitant heeft geijkt over de wijze waarop zijn vorige arbeidsovereenkomst is geëindigd,²⁰ kan de werkgever na de ontdekking de werknemer op staande voet ontslaan (art. 7: 678 lid 2 onder a BW). Als deze omstandigheden tijdig bekend worden, kan dit zelfs voor de feitelijke indiensttreding aanleiding zijn om de arbeidsovereenkomst op grond van dringende reden met onmiddellijke ingang op te zeggen.

In bovengenoemde situaties is geschetst op welke wijze de sollicitant door onrechtmatig handelen in de wervingsfase schade kan toebrengen aan de werkgever. Als de selectiefase inmiddels is afgerond en de keuze op de sollicitant is gevallen, is het aannemelijk dat hierdoor schade is ontstaan, zoals bijvoorbeeld de onnodig gemaakte kosten voor een psychologische test of voor een medische aanstellingskeuring. Indien de sollicitatieprocedure zich nog in de wervingsfase bevindt, is het de vraag of dan na de ontdekking van bijvoorbeeld cv-fraude al aannemelijk kan worden gemaakt dat hierdoor schade is of nog zal worden geleden. Meestal zal dat niet het geval zijn, waardoor het daadwerkelijk instellen van een vordering tot schadevergoeding op grond van onrechtmatig handelen van de sollicitant in de wervingsfase voor de werkgever niet tot resultaat zal leiden.

5.3.2 Door de sollicitant in te stellen acties

5.3.2.1 Civielrechtelijke acties

Van onrechtmatig handelen kan sprake zijn indien bij de werving aan de sollicitant verkeerde informatie wordt verschaft, waardoor hij bij de sollicitatie op het verkeerde been is gezet, ten gevolge waarvan hij schade lijdt of in de toekomst nog zal gaan lijden. Een hierop gebaseerde vordering uit onrechtmatige daad kan daarom ook na de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst nog jegens de werkgever aanhangig worden gemaakt. Voorts kan het handelen in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving een onrechtmatige daad opleveren. Dit aspect zal nader aan de orde worden gesteld in hoofdstuk 6. Uit de rechtspraak blijkt dat een sollicitant er lang niet altijd in slaagt om aannemelijk te maken dat hij door het onrechtmatig handelen van de aspirant-werkgever materiële schade heeft geleden of nog zal lijden.²¹ Dit klemmt temeer in die situaties waarin de sollicitant vanuit een werkende positie solliciteert. Ook immateriële schadevergoeding kan worden gevorderd. Voor het instellen van een

19 Zie HR 11 mei 2001, NJ 2001, 409, JAR 2001/111 (*Bénetière/Daalmans*). Zie tevens Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba 12 november 2008, LJN: BG8463, KG 2008/3497.

20 Zie bijv. HR 15 februari 1980, NJ 1980, 328, m.nt. P.A. Stein.

21 Zie o.a. Rb. Amsterdam 14 juli 1993, JAR 1993/190.

vordering tot immateriële schadevergoeding kan aanleiding zijn als de sollicitant bij de werving discriminatoir werd bejegend. Hierop zal in hoofdstuk 6 nader worden teruggekomen.

Schadevergoeding kan ook worden gevorderd op basis van artikel 7:611 BW (goed werkgeverschap). De eisen van goed werkgeverschap werken immers reeds in de precontractuele fase door als specifieke toepassing van redelijkheid en billijkheid in het arbeidsrecht, omdat daarmee dezelfde norm tot uitdrukking wordt gebracht, te weten de verplichting om zich als goede contractspartijen te gedragen (art. 1638z (oud) BW, art 7:611 BW).²² Het kan, met betrekking tot de eisen die op grond van onrechtmatige daad aan het causale verband en de bewijsrechtelijke aspecten dienaangaande voor het vaststellen van schuld en de omvang van de schade worden gesteld, praktisch zijn om schadevordering op artikel 7:611 BW te gronden. Dit neemt echter niet weg dat in de praktijk in dit prille begin van de wervingsfase het beginsel van de contractsvrijheid nog hoogtij zal vieren en in de regel derhalve schending van artikel 7:611 BW niet snel zal worden aangenomen.

Naast de vordering van schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad is het ook mogelijk om in een voorlopige voorzieningenprocedure een verbod tot het gebruik van een onrechtmatige wervingstekst te vragen en daarbij aan de rechter te verzoeken om een dwangsom op te leggen. Voorts is het mogelijk om in een dergelijke procedure rectificatie van een onrechtmatige wervingstekst te verzoeken. Hierdoor kan de onrechtmatigheid voor het vervolg van de wervings- en selectieprocedure worden weggenomen.

5.4 Specifieke handhavingsacties tijdens de selectiefase

5.4.1 Door de werkgever in te stellen acties

Indien de werkgever kan aantonen dat hij als gevolg van een sollicitatie schade heeft geleden, kan deze worden vergoed. Te denken valt aan vergoeding van de kosten die gemaakt zijn voor een psychologische test of een medische aanstellingskeuring. Het verzwijgen van voor de functie relevante informatie en het opzettelijk verschaffen van onjuiste informatie tijdens de werving en selectie, kan in strijd zijn met de precontractuele redelijkheid en billijkheid en daarmee strijdig met de eisen van goed werknemerschap.²³ Bovendien kan dit handelen onrechtmatig zijn jegens de aspirant-werkgever.

Als het eenmaal tot een arbeidsovereenkomst is gekomen, kan -in zeer bijzondere gevallen-²⁴ ook een beroep op dwaling worden gedaan, omdat het arbeidsrecht deel uitmaakt van het algemeen verbintenissenrecht. Daardoor is het mogelijk om de

22 HR 8 april 1994, NJ 1994, 704, m.nt. P.A. Stein (*Agfa/Schoolderman*). Zie meer in het bijzonder ook de conclusie van A-G mr. T. Koopmans bij dit arrest. Zie ook G.J.J. Heerma van Voss in: Kluwer (losbladig), *Arbeidsovereenkomst*, aant. 1.9 bij art. 7:611 BW.

23 HR 8 april 1994, NJ 1994, 704, m. nt. P.A. Stein (*Agfa/Schoolderman*).

24 Zie in dit verband ook § 5.7 van dit boek.

arbeidsovereenkomst langs die weg te ontbinden en/of schadevergoeding te vorderen (art. 6:228 lid 1 onder b BW).

Als tijdens de aanstellingskeuring door de sollicitant valse informatie is verstrekt waardoor de toetsing in het medische kader van de aanstellingskeuring niet goed kon worden uitgevoerd, heeft de werkgever de mogelijkheid om de loondoorbetaling te staken (art. 7:629 BW). Ook heeft de werkgever de mogelijkheid om de werknemer op grond van dringende reden op staande voet te ontslaan als de werknemer de werkgever heeft misleid door het vertonen van valse of vervalste getuigschriften of hem opzettelijk valse inlichtingen heeft verschaft over de wijze waarop zijn vorige arbeidsovereenkomst is geëindigd (art. 7:678 lid 2 BW).

5.4.2 Door de sollicitant in te stellen acties

5.4.2.1 Civielrechtelijke acties

Als tijdens de selectiefase bijvoorbeeld wettelijk niet-toegestane vragen worden gesteld, als er wordt gediscrimineerd of selectiemethoden op onzorgvuldige wijze worden toegepast, kan schadevergoeding worden gevorderd op grond van onrechtmatige daad of wegens handelen in strijd met de eisen van goed werkgeverschap. Als kan worden vastgesteld dat de werkgever heeft gehandeld in strijd met de NVP Sollicitatiecode, staat de gewezen sollicitant sterker, omdat de rechter de NVP Sollicitatiecode als zwaarwegend advies in zijn beoordeling zal betrekken.²⁵ Voor het beginsel van goed werkgeverschap is in de literatuur uitgemaakt dat dit ook een precontractuele werking heeft, omdat de werkgever reeds in die hoedanigheid optreedt.²⁶ Bij vergoeding van schade kunnen we denken aan vergoeding van zowel het positief als het negatief contractsbelang. Bij vergoeding van het negatief contractsbelang betreft het bijvoorbeeld gemaakte sollicitatiekosten. Bij vergoeding van het positief contractsbelang kunnen we denken aan vergoeding van het verschil tussen het salaris dat in een later gevonden baan wordt verdiend en bijvoorbeeld het salaris dat de sollicitant in geval van aanstelling zou hebben ontvangen, of bijvoorbeeld het verschil tussen een WW-uitkering en het in de beoogde functie te verdienen salaris. Een praktisch aspect is dat het in de regel problematisch blijkt te zijn om zowel het causaal verband alsook de omvang van de schade te bewijzen.

Indien de werkgever voor de selectie van sollicitanten derden inschakelt, zoals bijvoorbeeld een testpsycholoog of een medicus, en deze onrechtmatig handelt tegenover de sollicitant, kan de werkgever aansprakelijk worden gesteld op grond van onrechtmatige daad (culpa in eligendo, zie artikel 6:170 lid 1 BW). Indien sprake is van een beroepsfout van de ingeschakelde derde, kan deze ook zelf op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk worden gesteld. Van een beroepsfout is eerst dan

²⁵ Jaarverslag Klachteninstantie Sollicitatiecode maart 2003 - februari 2004.

²⁶ G.J.J. Heerma van Voss in: Kluwer (losbladig), *Arbeidsovereenkomst*, aant. 1.9 bij art. 7:611 BW. Zie voorts Ktr. Hilversum 25 februari 1992 en 2 september 1992, *Prg.* 1993, nr. 3835.

sprake indien de derde niet heeft gehandeld zoals een goed of redelijk bekwaam vakgenoot betaamt.²⁷

5.5 Specifieke klachtenprocedures tijdens de selectiefase

5.5.1 Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen (CKA)

De sollicitant die klachten heeft over een aanstellingskeuring, heeft de mogelijkheid om een klacht in te dienen bij de Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen. Diezelfde mogelijkheid bestaat voor werkgevers en keurende artsen. Zij kunnen de commissie ook verzoeken om advies over de uitvoering van de Wet medische keuringen en het Besluit aanstellingskeuringen uit te brengen. Aan ondernemingsraden en personeelsvertegenwoordigers zal op korte termijn de bevoegdheid worden toegekend om zich in voorkomende gevallen tot de CKA te wenden om een oordeel te vragen over de toelaatbaarheid van aanstellingskeuringen in hun organisatie.²⁸

Gelet op de ruime interpretatie van het begrip ‘aanstellingskeuringen’ op grond van de WMK, is de drempel voor een klagende sollicitant om een klacht in te dienen over de aanstellingskeuring informeel en relatief laag. Het nadeel van deze procedure is dat de CKA geen mogelijkheid heeft tot het opleggen van sancties. Wel heeft de CKA het recht om aanbevelingen te doen en nader te onderzoeken wat er met haar aanbevelingen is gebeurd (zie art. 6 lid 3 Besluit Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen).

De klacht wordt behandeld tijdens een openbare zitting. De commissie kan ook getuigen en deskundigen horen. In de regel geeft de CKA haar oordeel binnen zes weken na de behandeling van een klacht tijdens een openbare zitting.

Bij de commissie worden relatief weinig klachten ingediend.²⁹ Een sollicitant zal zich in de regel afvragen wat hij ermee opschiet om een klacht bij de commissie in te dienen, nu deze immers geen sanctie kan opleggen. Toch kan een gang naar de commissie naar mijn mening wel zinvol zijn om in ‘twee bedrijven’ schadevergoeding van de werkgever te vorderen. Na een positieve uitspraak kan de sollicitant alsnog onder druk van de dreiging met een gerechtelijke procedure schadevergoeding van de werkgever verkrijgen of indienstneming afdwingen. Lukt dat niet in der minne, dan kan in een gerechtelijke procedure schadevergoeding of indienstneming worden gevorderd. Deze laatste vordering zal in de praktijk voor de sollicitant weinig opleveren in geval van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of een arbeidsovereenkomst met proeftijd. Het vorderen van schadevergoeding is dan ook de meest aangewezen weg.

27 Zie o.a. Rb. Utrecht 29 juli 1993, *Kort Geding* 1993, 430 en *JAR* 1993/192.

28 *Kamerstukken II* 2007-2008, 28 172, nr. 5, p. 6.

29 Zie jaarverslag 2006, Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen.

Voorts is de CKA bevoegd om aanbevelingen aan de arbeidsorganisatie te doen (zie art. 6 lid 3 van het Besluit Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen). Ook is de CKA bevoegd om de Minister van SZW aanbevelingen te doen in geval van onvolkomenheden in wet- en regelgeving. De oordelen van de CKA worden gepubliceerd op haar website (www.aanstellingskeuringen.nl).

5.5.2 Tuchtrechtelijke klacht

Een sollicitant kan, los van bovengenoemde civielrechtelijke actiemogelijkheden en de mogelijkheid tot het volgen van interne en externe klachtenprocedures, de weg inslaan van een tuchtrechtelijke klacht. Klachten over keuringsartsen kunnen worden ingediend bij het Medisch Tuchtcollege. Dit kan als het vertrouwen in de stand der geneeskunde ter discussie staat. Ook kan bij dit college een klacht tegen een klinisch psycholoog of gezondheidszorgpsycholoog (gz-psycholoog) worden ingediend. Deze beroepen vallen onder de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg.³⁰ Daardoor vallen ze onder de tuchtrechtspraak van deze wet (art. 47 BIG). Een sollicitant die van mening is dat de keuringsarts onjuist heeft gehandeld, zal als rechtstreeks belanghebbende in een klacht kunnen worden ontvangen. Bij de klachtenprocedure bij het Medisch Tuchtcollege is het reglement medisch tuchtrecht van toepassing.

Als het Medisch Tuchtcollege of het College van Toezicht van het NIP de klacht gegrond verklaart, kunnen de volgende sancties volgen:

- waarschuwing;
- berisping;
- schorsing;
- ontzetting uit het lidmaatschap of uit de beroepsgroep.

Deze maatregelen kunnen ook voorwaardelijk worden opgelegd met bepaling van een proeftijd.

Het tuchtrecht kent in zwaarte oplopende sancties, die door de beroepsgroep zelf kunnen worden opgelegd aan de hand van de ernst van de geconstateerde onregelmatigheden. Dit heeft een zuiverend effect voor de gehele beroepstak en waarborgt de integriteit.

Klachten over testpsychologen, die op grond van artikel 47 lid 2 BIG niet onder de tuchtrechtspraak van die wet vallen, kunnen worden ingediend bij het College van Toezicht van het NIP. Dit geldt althans alleen voor psychologen die erkend zijn door het NIP. Als de testpsycholoog niet door het NIP is erkend, kan de sollicitant bij de Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode een klacht tegen de werkgever indienen.

³⁰ Wet BIG, wet van 11 november 1993, *Stb.* 655, laatstelijk gewijzigd bij de wet van 11 december 2008, *Stb.* 2009, 8.

5.6 Klachtenprocedures tijdens zowel de wervings- als selectiefase

5.6.1 Interne klachtenprocedure

Sommige werkgevers hanteren een interne klachtenprocedure voor sollicitaties, soms zijn regels voor sollicitaties in een cao vastgelegd. Als in de wervings- en selectiefase fouten worden gemaakt, kan de sollicitant van deze interne klachtenprocedure gebruikmaken.³¹ Het recht van klacht kent drie aspecten: naast het recht om een klacht in te dienen houdt het tevens in dat er een serieus onderzoek naar aanleiding van de klacht zal worden verricht en dat de klager recht heeft op een uitspraak naar aanleiding van de klacht. De klachteninstantie dient onafhankelijk te zijn. De NVP Sollicitatiecode schrijft uitdrukkelijk voor dat de onderneming op een door de sollicitant schriftelijk ingediende klacht over onzorgvuldige, onbillijke of onjuiste behandeling binnen een redelijke termijn schriftelijk dient te reageren.³²

In een deugdelijke sollicitatieprocedure kan een interne klachtenprocedure niet ontbreken om een eerlijke kans op aanstelling te bereiken. Alhoewel een interne klachtenprocedure niet ten overstaan van een onafhankelijke klachteninstantie plaatsvindt, heeft deze procedure het voordeel dat met de arbeidsorganisatie zelf van gedachten kan worden gewisseld over de wijze waarop het wervings- en selectieproces heeft plaatsgevonden. Op deze effectieve en praktische wijze wordt getracht om de geschilpunten op te lossen.

5.6.2 Externe klachtenprocedures

5.6.2.1 Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode

De sollicitant kan zich over het verloop van de werving en selectie ook beklagen bij de Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode. Uit het oogpunt van doelmatigheid ligt het voor de hand dat de weg van een externe klachtenprocedure eerst wordt gevolgd nadat de interne klachtenprocedure is doorlopen.³³ De procedure bij de klachteninstantie is vrij informeel. Klachten over het verloop van de sollicitatieprocedure kunnen zowel schriftelijk als mondeling bij het secretariaat van de klachteninstantie worden ingediend. Mondelinge klachten worden door het secretariaat van de klachteninstantie of de Commissie NVP Sollicitatiecode afgehandeld. De klachteninstantie zelf behandelt schriftelijk ingediende individuele klachten over sollicitatieprocedures die niet volgens de NVP Sollicitatiecode zijn verlopen. De Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode is onafhankelijk. Ook werkgevers kunnen er informatie inwinnen.³⁴ Zij beoordeelt klachten over oneerlijk en onzorgvuldig beleid op het gebied van werving en selectie. Ook klachten over een onbeschofte behandeling tijdens de werving en selectie kunnen door de klachteninstantie in behandeling worden genomen. De

31 Zie ook uitgangspunt 7.1 NVP Sollicitatiecode (2009).

32 Zie uitgangspunt 1.1 van de NVP Sollicitatiecode (2009).

33 Zie ook Stichting van de Arbeid, *Aanbeveling werving en selectie*, oktober 2006, publicatienr. 11/06.

34 Jaarverslag Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode maart 2003 ; februari 2004, p. 15.

bevoegdheid van de klachteninstantie strekt zich uit over de gehele werving en selectie. De procedure is vrij informeel, de klager kan zelf zonder juridische bijstand een klacht indienen bij de klachteninstantie. De uitspraken van de klachteninstantie zijn voor partijen niet bindend.

De NVP Sollicitatiecode is min of meer een bundeling van fatsoensnormen die gaandeweg steeds meer gebruikelijk zijn geworden bij de werving en selectie van personeel. De NVP tracht te bereiken dat arbeidsorganisaties naar aanleiding van uitspraken van de klachteninstantie hun wervings- en selectiebeleid waar nodig aanpassen. De klachteninstantie kan ook ambtshalve onderzoek verrichten. Voorts heeft zij het recht om inlichtingen bij de arbeidsorganisatie over de sollicitant in te winnen. Ook heeft zij het recht om advies bij deskundigen in te winnen en de bevoegdheid om zelfstandig geschillen op te lossen. De klachteninstantie heeft weinig mogelijkheden om sancties te treffen. Een belangrijke maatregel die zij kan treffen is het openbaar maken van het onderzoeksrapport. Zij neemt geen klachten in behandeling wegens inbreuk op een wettelijke regeling.³⁵ Ook geeft de klachteninstantie geen oordeel over de geschiktheid van de sollicitant voor de functie. Dit is begrijpelijk, want daarmee zou het recht van de werkgever om te zoeken naar de meest geschikte kandidaat voor de functie teniet worden gedaan. Alhoewel de klachteninstantie weinig mogelijkheden heeft om sancties te treffen, kan er toch een belangrijk waarschuwend effect naar de werkgever uitgaan door openbaarmaking van het onderzoeksrapport.

5.6.2.2 Klachtenprocedure bij Commissie van Toezicht NVP

De Nederlandse Vereniging voor Personeelsmanagement & Organisatieontwikkeling (NVP) heeft bij besluit van 6 september 2001 een gedragscode vastgesteld met regels die de leden van de sectie Zelfstandigen van de NVP bij het uitoefenen van hun praktijk in acht behoren te nemen. Het bestuur van de sectie Zelfstandigen bevordert de nakoming van deze gedragscode en draagt zorg voor periodieke herziening daarvan. Een opdrachtgever die meent dat de gedragscode door een sectielid niet is nageleefd en hierdoor schade lijdt, kan hierover een klacht indienen bij de Commissie van Toezicht van de NVP.³⁶ Naar mijn mening kan de gedragscode van de NVP voor een sollicitant als kapstok fungeren voor een actie uit onrechtmatige daad tegen een NVP-lid die niet conform de gedragscode heeft gehandeld.

5.7 Wilsgebreken bij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst

Kan een arbeidsovereenkomst -buitengerechtelijk- worden vernietigd indien deze onder een verkeerde voorstelling van zaken tijdens de sollicitatieprocedure tot stand is gekomen? De eerste gedachte die opkomt is dat een beroep op deze vernietigingsgrond in strijd is met het gesloten stelsel van ontslagbescherming. Het gesloten stelsel

35 Zie uitgangspunt 8.3 van de NVP Sollicitatiecode (2009). Hierbij moet worden gedacht aan de AWGB, de WGB, de WMK en daarop gebaseerde besluiten, de WGB/CZ en de WGBL.

36 Zie de website www.nvp-plaza.nl.

is evenwel, zoals in de rechtspraak ook is gebleken,³⁷ minder gesloten dan in het verleden wel werd verondersteld.³⁸ Op een arbeidsovereenkomst zijn immers ook de algemene regels van boek 3 en boek 6 van het BW van toepassing (art. 3:59 en 6:216 BW). De gelaagde structuur van het BW leidt tot de conclusie dat bij samenloop in beginsel van cumulatie wordt uitgegaan, hetgeen inhoudt dat alle rechtsregels van toepassing zijn.

In geval van cumulatie kan de rechtzoekende kiezen voor toepassing van de rechtsregel die voor hem tot de in dat geval gunstigste uitkomst leidt. Soms gaat een speciale regeling boven een algemene regel. Of daarvan sprake is, moet blijken uit de wettekst, de strekking van de regel of de bedoeling van de wetgever.³⁹

Alhoewel werkgever en sollicitant elkaar tijdens de sollicitatieprocedure, die als precontractuele fase⁴⁰ is aan te merken, te goeder trouw dienen te benaderen en te informeren over omstandigheden die voor het aangaan van de arbeidsovereenkomst van belang zijn, gaat menig werkgever of sollicitant in de praktijk een arbeidsovereenkomst aan onder een verkeerde voorstelling van zaken. Onder bepaalde voorwaarden kan de verkeerde voorstelling van zaken arbeidsrechtelijke consequenties hebben. Als voorbeeld kan worden genoemd een advocaat-stagiaire die tijdens de sollicitatieprocedure een vervalste bul overlegt. Indien het advocatenkantoor pas na het aangaan van de arbeidsovereenkomst van dit bedrog c.q. de dwaling op de hoogte is, kan –ervan uitgaande dat geen proeftijd met de stagiaire werd overeengekomen– de arbeidsovereenkomst buitengerechtelijk worden ontbonden.⁴¹ Op zich is dat, in een situatie als deze waarbij de werknemer bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst niet over de voor de functie vereiste hoedanigheid beschikt, een billijke en praktische weg. Ontslagbescherming zou in deze situatie ook volledig misplaatst zijn, nu het langer voortduren van de arbeidsovereenkomst voor werkgever en werknemer objectief gezien geen enkele meerwaarde meer heeft. Dat zou anders kunnen zijn indien de waardering van de feiten louter aan de subjectieve beoordeling van de werkgever is overgelaten. Dan wordt, in geval van buitengerechtelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst, het stelsel van wettelijke ontslagbescherming omzeild, hetgeen in strijd moet worden geacht met het causale ontslagstelsel dat aan ons ontslagrecht ten grondslag ligt. Ook meer specifieke ontslagbescherming voor bepaalde categorieën van werknemers, die in opzegverboden tot uitdrukking is gebracht, mag door de buitengerechtelijke ontbinding van de arbeids-overeenkomst niet in het gedrang komen. De wettelijke ontslagbescherming, die in speciale wettelijke bepalingen is vervat, gaat dan op grond van de beginselen van samenloop boven de algemene bepalingen van het vermogens- en verbintenissenrecht (artt. 3:59 en 6:216 BW). In dit opzicht zijn de uitspraken van de Kantonrechter Amsterdam van

37 HR 20 maart 1992, NJ 1992/495 (*Nedlloyd/Bras c.s.*).

38 C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, 3^e druk, Den Haag: Bju 2008, p. 400–402.

39 Zie o.a. Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit?*, diss. Utrecht 1999, Den Haag: Bju 1999, p. 67 en 76; zie voorts C.J.H. Brunner, *Beginselen van samenloop*, 2^e druk, Arnhem 1984, p. 10 e.v.

40 G.C. Boot, 'Rechterlijke toetsing van ontslag in de proeftijd', SR 1991, p. 40 e.v.

41 M. van Eck, De invloed van wilsgebreken in het arbeidsrecht, *ArbeidsRecht* 2001/3, p. 31.

27 april 1999 en 25 februari 2000⁴² vreemde eenden in de bijt. Een sollicitante was tijdens de sollicitatiegesprekken expliciet medegedeeld dat haar aanwezigheid in de zomermaanden was vereist. De arbeidsovereenkomst was pas gesloten nadat de sollicitante dit had bevestigd. De sollicitante was evenwel zwanger, wat zij ook al tijdens de sollicitatieprocedure wist. Door die zwangerschap zou zij gedurende de zomermaanden afwezig zijn in verband met zwangerschapsverlof. De werkgever vernietigde daarop de arbeidsovereenkomst buitengerechtelijk op grond van dwaling. De kantonrechter achtte deze buitengerechtelijke vernietiging wegens dwaling mogelijk. Volgens de kantonrechter had de werkneemster de werkgever onder de gegeven omstandigheden misleid. Hij ging hierbij voorbij aan de werking van artikel 3 van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen, waarin is bepaald dat de werkgever ook tijdens de sollicitatieprocedure mannen en vrouwen niet ongelijk mag behandelen. Een vraag over zwangerschap impliceert direct onderscheid tussen mannen en vrouwen, hetgeen op grond van de wet verboden is.⁴³ De betrokken sollicitante zou zelfs onder de gegeven omstandigheden mogen liegen. Dit leidt tot tegenstrijdige en naar mijn mening onbillijke uitkomsten. Enerzijds zou de werkgever de arbeidsovereenkomst op grond van een wilsgebrek mogen vernietigen. Anderzijds leidt het uitlokken van mededelingen door een werkneemster dat zij zwanger is tot direct onderscheid en daardoor discriminatie in de zin van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen.

De toepassing van wilsgebreken, zoals bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden (art. 3:44 lid 1 BW) of dwaling (art. 6:228 BW) in het arbeidsrecht kan er onder omstandigheden toe leiden dat er op een snelle en praktische wijze buiten rechte een einde komt aan een arbeidsovereenkomst. In beginsel moet ervan worden uitgegaan dat het arbeidsrecht voldoende basis biedt voor een adequate ontslagbescherming. Daarom zitten wij in beginsel niet te wachten op het invoeren van de buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst via het invoeren van wilsgebreken. Slechts in zeer bijzondere gevallen zal de weg begaanbaar zijn om buiten rechte de vernietiging van de arbeidsovereenkomst in te roepen. Als voorbeeld kan worden genoemd het ziekenhuis dat een arts in dienst neemt die bij het sollicitatiegesprek een vervalste afstudeerbul heeft overgelegd.⁴⁴

Een ander aspect dat zich ook tegen toepassing van wilsgebreken in het arbeidsrecht verzet, is de algemene regel dat rechthebbenden drie jaar de tijd hebben om

42 Ktr. Amsterdam 27 april 1999 en 25 februari 2000, JAR 2000/155 (*Eekhof/Stichting Riagg Amsterdam Zuid- Nieuw West*).

43 Zie de tekst van art. 3 van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen.

44 Zie in deze zin ook Ktr. Alphen aan den Rijn 27 januari 2009, JAR 2009/59. Deze achtte vernietiging van de arbeidsovereenkomst in casu alleen mogelijk als de arbeidsovereenkomst na ontdekking van het bedrog geheel nutteloos blijkt te zijn geworden. Dit was volgens de kantonrechter in casu niet het geval. Zie voorts Ktr. Helmond 21 juni 2010, LJN: BM8770. In dit geval oordeelde de kantonrechter dat de arbeidsovereenkomst na ontdekking van de dwaling weliswaar nutteloos was geworden, maar dat de buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst tijdens ziekte van de werkneemster in strijd is met de bescherming die het gesloten stelsel van het ontslagrecht aan werknemers biedt.

rechtshandelingen te vernietigen (art. 3:52 BW).⁴⁵ In geval van bedrog en dwaling begint die verjaringstermijn te lopen vanaf het moment dat de betrokkene ontdekt dat hij gedwaald heeft of bedrogen is. Die periode zal onder veel omstandigheden veel te lang zijn, in het licht van de korte verjaringstermijnen die het arbeidsrecht kent. Een ongewenst neveneffect hiervan is dat de partij die zich op het wilsgebrek beroept hierdoor met relatief hoge kosten wordt geconfronteerd, in die gevallen waarin de werknemer ten gevolge van bedrog of dwaling niet in staat is om de bedongen arbeid naar behoren te verrichten. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen in het geval van het ontbreken van bepaalde kwaliteiten of hoedanigheden.

Het geschetste onderscheid tussen de relatief lange algemene verjaringstermijnen in het vermogens- en verbintenissenrecht en de betrekkelijk korte verjaringstermijnen in het arbeidsrecht, leidt dan ook tot veel verwarring en veel rechtsonzekerheid. Ook dat kan een belangrijke reden zijn om slechts in zeer beperkte gevallen de mogelijkheid van buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst op grond van wilsgebreken in rechte mogelijk te maken.⁴⁶

5.8 Conclusie

Contractsvrijheid is tijdens de onderhandelingsfase uitgangspunt. Deze is evenwel niet onbegrensd. Dit geldt ook voor de sollicitatiefase, die als precontractuele fase is aan te merken. Er kunnen omstandigheden zijn waaronder het afbreken van onderhandelingen als onaanvaardbaar kan worden aangemerkt. Dat kan het geval zijn als de onderhandelingen over de totstandkoming van een overeenkomst worden stopgezet in een fase waarin deze al zover waren gevorderd dat de wederpartij van de afbreker er op mocht vertrouwen dat de overeenkomst tot stand zou komen. De aard van de in te stellen actie is afhankelijk van de fase waarin de onderhandelingen werden afgebroken. De grondslag van de vordering is voorts van belang voor stelplicht en bewijslast.

Als er reeds wilsovereenstemming bestaat over de essentialia van een arbeidsovereenkomst en nog wordt voortonderhandeld over aspecten die van ondergeschikt belang zijn, kan de afbrekende partij schadeplichtig zijn of tot voortonderhandelen in rechte worden gehouden. Voorts heeft de rechter de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst c.q. de concept-arbeidsovereenkomst op grond van de redelijkheid en billijkheid aan te vullen (art. 6:248 lid 1 BW). Het is evenwel de vraag of een sollicitant met deze laatste mogelijkheid veel opschiet als een werkgever de onderhandelingen heeft afgebroken, omdat hij bijvoorbeeld zijn oog toch al had laten vallen op een

45 Zie ook Ktr. Delft 12 november 2009, LJN: BK7359. In deze zaak bekrachtigde de kantonrechter de door de werknemer ingeroepen vernietigbaarheid van het ontslag. Deze buitengerechtelijke vernietiging werkte volgens de kantonrechter op grond van art. 3:53 BW met terugwerkende kracht. Daarenboven kon een derde zich volgens de kantonrechter niet op de verkorte vervalltermijnen van de artt. 7:677 BW en 9 BBA beroepen voor het invoeren van de vernietigbaarheid van het ontslag, nu deze volgens de kantonrechter ter bescherming van partijen zijn opgenomen.

46 Zie ook M. van Eck, 'De invloed van wilsgebreken in het arbeidsrecht', *ArbeidsRecht* 2001/3.

andere sollicitant of twijfel heeft over de geschiktheid van de sollicitant. De arbeidsovereenkomst zal in dat geval, als het daartoe al komt, geen lang leven beschoren zijn.

De wervingsfase en de selectiefase kennen naast de algemene handhavingsmogelijkheden uit het algemene verbintenissenrecht specifieke handhavingsmogelijkheden die zijn afgestemd op het handelen van sollicitant en werkgever in deze fasen van de sollicitatieprocedure. Door de gebruikmaking van dit handhavingsmechanisme komen normen tot ontwikkeling over hoe werkgever en sollicitant zich jegens elkaar dienen te gedragen. Daarmee wordt de rechtszekerheid gediend.

HOOFDSTUK 6

Gelijke behandeling bij werving en selectie

6.1 Inleiding

Discriminatie is het maken van ongerechtvaardigd onderscheid. Op grond van diverse internationale verdragen, de Nederlandse Grondwet en nationale wetten is het maken van ongerechtvaardigd onderscheid verboden. Ook bij de werving en selectie van personeel is het op grond van de gelijkebehandelingswetgeving verboden om ongerechtvaardigd onderscheid te maken. Dat is ook terecht, omdat sollicitanten recht hebben op een eerlijke kans op aanstelling. In het hiernavolgende zullen allereerst de verschillende vormen van onderscheid aan de orde komen, waarna vervolgens inhoudelijk op de gelijkebehandelingswetgeving aan de hand van literatuur en jurisprudentie zal worden ingegaan. Tot slot zullen de diverse sanctiemogelijkheden de revue passeren. De probleemstelling van dit hoofdstuk is of de rechtsbescherming van de sollicitant, ondanks de ruime gelijkebehandelingswetgeving, voldoende is gewaarborgd, gelet op de handhavingsmogelijkheden. Voorts is het de vraag of de werkgever door de breedvertakte gelijkebehandelingswetgeving niet te veel wordt beperkt in zijn zoektocht naar de meest geschikte kandidaat.

6.2 Vormen van onderscheid

6.2.1 Direct onderscheid

Diverse wettelijke bepalingen verbieden het maken van onderscheid bij het aanbieden van een betrekking, de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking en het aangaan en beëindigen van een arbeidsverhouding. De EU is een belangrijke initiator geweest bij de totstandkoming van deze wetgeving. De werknemer kan op een aantal bepalingen in het EU-verdrag uitdrukkelijk een beroep doen.¹ Daarenboven heeft de EU een aantal belangrijke richtlijnen uitgevaardigd op het gebied van gelijke behandeling en bestrijding van discriminatie.² Deze richtlijnen

¹ Bijvoorbeeld op art. 141 EG-verdrag (beginsel van gelijke beloning).

² Achtereenvolgens zijn dit: a) Richtlijn nr. 75/117 van 10 februari 1975, *PbEG* 1975, L 45, de eerste richtlijn b) Richtlijn nr. 76/207 van 9 februari 1976, *PbEG* 1976, L 39, de tweede richtlijn, c) Richtlijn nr. 79/7 van 19 december 1978, *PbEG* 1979, L 6, de derde richtlijn, d) Richtlijn nr. 86/378 van 24 juli 1986, *PbEG* 1986, L 225, de vierde richtlijn, e) Richtlijn nr. 86/613 van 11 december 1986, *PbEG* 1986, L 359, de vijfde richtlijn.

moeten in het nationale recht worden geïmplementeerd (art. 249 EU-verdrag).³ Voorts vervult het Hof van Justitie een belangrijke rol bij de uniforme interpretatie van het EU-recht.⁴ Het gemeenschapsrecht heeft immers voorrang op de nationale wetgeving.⁵ Het Europees recht is dan ook voor de ontwikkeling en uitleg van gelijkebehandelingswetgeving van groot belang.⁶ Om een eerlijke kans op aanstelling te bereiken, is het van belang dat geen onderscheid tussen sollicitanten wordt gemaakt op grond van kenmerken en hoedanigheden die niet van belang zijn voor de uitoefening van de functie, tenzij een wettelijke regeling dit toestaat of daartoe verplicht.⁷

Het verbod tot het maken van direct onderscheid geldt voor het hele proces van werving en selectie, vanaf de bekendmaking van een vacature tot en met het aangaan van de arbeidsrelatie. Direct onderscheid is onderscheid dat rechtstreeks verwijst naar een bepaald kenmerk. De verplichting van een werkgever om zich te onthouden van ongelijke behandeling omvat tevens de plicht een klacht hierover zorgvuldig te behandelen.⁸ Als de werkgever in strijd met deze plicht handelt, wordt aangenomen dat sprake is van ongelijke behandeling en tevens van strijd met de gelijkebehandelingswetgeving. Nu zorgvuldige behandeling volgens de Commissie Gelijke Behandeling (CGB)⁹ inhoudt dat hoor en wederhoor wordt toegepast, en dat de klacht wordt behandeld door een onpartijdige en bij voorkeur onafhankelijke en deskundige klachtbehandelaar, wordt de rechtspositie van de sollicitant door het stellen van deze eis aanzienlijk versterkt.

De kenmerken die direct onderscheid tot gevolg kunnen hebben zijn godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homo-seksuele gerichtheid of burgerlijke staat. De kandidaat wordt in geval van direct onderscheid beoordeeld op de kenmerken van een bepaalde groep en niet op basis van zijn individuele kenmerken.

Dit verboden onderscheid wordt wel '*statische discriminatie*' genoemd. Artikel 1 van de Grondwet, waarvan door de Hoge Raad horizontale werking is aanvaard,¹⁰ biedt een nog ruimer toetsingskader dan artikel 1 van de Algemene wet gelijke behandeling, door te bepalen dat ook discriminatie op andere gronden dan wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras of geslacht niet is toegestaan. Toch is een sollicitant in de praktijk beter af indien hij in geval van ongelijke behandeling een beroep doet op artikel 1 van de AWGB in plaats van op artikel 1

3 Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, inwerkingtredingsdatum 1 januari 1958, laatstelijk gewijzigd bij *Trb.* 2005, 196.

4 Zie o.a. L. Lousberg, *Gelijke behandeling: handleiding voor de praktijk*, Deventer: Kluwer 2007, p. 11-13.

5 HvJ EG 5 februari 1962, zaak 26/62 (*Van Gend en Loos*) en HvJ 15 juli 1964, zaak 6/64 (*Costa/Enel*).

6 Zie ook P.C. Vas Nunes, 'Küçükdeveci: een wake-up call', *TAP* 2010, p. 147-151.

7 Zie het Eindrapport van de Werkgroep Selectieprocedures, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mei 1982, p. 55. Zie voorts art. 3 lid 4 van de proeve van een Wetsontwerp op de werving en selectie, zoals opgenomen in het Eindrapport van de Werkgroep Selectieprocedures, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mei 1982.

8 Zie o.a. CGB 25 augustus 2005, oordeel 2005-159 en CGB 18 april 2005, oordeel 2005-68.

9 CGB 18 april 2005, oordeel 2005-68.

10 HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 430 (*Codfried/ISS*) m.nt. P.A. Stein.

van de Grondwet, omdat artikel 120 van de Grondwet de rechter uitdrukkelijk verbiedt de grondwettigheid van wetten te beoordelen.¹¹ Dit neemt niet weg dat artikel 1 van de Grondwet voor restcategorieën van ongelijke behandeling die niet door de AWGB worden bestreken, een bruikbare kapstok kan zijn, doordat dit artikel discriminatie ‘op welke grond dan ook’ verbiedt. De wetgever heeft daarbij bewust het oog gehad op de op dat moment nog niet reeds uitgekristalliseerde discriminatiegronden. Het antwoord op de vraag of het maken van onderscheid op grond van een bepaald kenmerk als discriminatie zoals bedoeld in artikel 1 van de Grondwet dient te worden aangemerkt, is onderdeel van -dominante- maatschappelijke opvattingen. Het betreft hier een krenkende behandeling, waarbij het minder gaat om individuele eigenaardigheden dan om die van een groep of soort.¹² De formulering van artikel 1 van de Grondwet is overigens de laatste tijd onderwerp geweest van wetenschappelijke discussie. Van verschillende zijden is erop aangedrongen om persoonskenmerken aan de niet-limitatieve opsomming in artikel 1 van de Grondwet toe te voegen. Om de noodzaak hiervoor te onderzoeken, heeft de regering de Commissie rechtsbescherming non-discriminatiegronden artikel 1 Grondwet ingesteld.¹³ Deze commissie heeft in haar rapport¹⁴ geconcludeerd dat er geen termen aanwezig zijn voor aanpassing van artikel 1 van de Grondwet. Volgens de commissie zou het opnemen van een bepaalde grond in artikel 1 van de Grondwet niet per definitie leiden tot een structurele verhoging van het niveau van rechtsbescherming van de desbetreffende grond. Daar voegt de commissie nog aan toe dat de toegevoegde waarde die rechters toekennen aan het feit dat een grond is opgenomen in artikel 1 van de Grondwet, eerder voortkomt uit de aard van de huidige non-discriminatiegronden dan uit het enkele feit dat zij in artikel 1 van de Grondwet zijn opgenomen. De CGB heeft in haar advies van 26 februari 2004¹⁵ aangegeven dat het uit het oogpunt van rechtsbescherming aanbeveling verdient om artikel 1 van de Grondwet met enkele gronden aan te vullen. Bij brief van 13 juni 2006, gericht aan de Minister van Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksaangelegenheden, heeft de CGB, na kennisname van het rapport van de Commissie rechtsbescherming non-discriminatiegronden van 12 april 2006, dit standpunt nog eens herhaald. Ik ben van mening dat aanvulling van artikel 1 van de Grondwet uit hoofde van rechtsbescherming niet nodig is, omdat rechtsbescherming tegen niet in artikel 1 van de Grondwet genoemde discriminatiegronden reeds via de

11 Op 11 april 2002 heeft het kamerlid Halsema een initiatiefwetsvoorstel (*Kamerstukken II* 2001-2002, 28 331, nrs. 1-3) aanhangig gemaakt tot wijziging van art. 120 Grondwet en invoering van een partieel toetsingsrecht aan klassieke grondrechten. De Eerste Kamer der Staten Generaal heeft op 2 december 2008 met een nipte meerderheid (37 leden van de Eerste Kamer stemden voor, 36 stemden tegen) met het initiatiefwetsvoorstel ingestemd. Zie in dit verband ook de artt. 137 e.v. van de Grondwet.

12 Zie onder andere C.W. van der Pot, bewerkt door D.J. Elzinga en R. de Lange, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, 15^e druk, Deventer: Kluwer 2006, p. 304 e.v. Te denken valt hierbij wellicht aan discriminatie van solliciterende rokers en sollicitanten met overgewicht.

13 *Kamerstukken II* 2005-2006, 29 355, nr. 23 (22 september 2005).

14 Rapport van 12 april 2006. Zie in andere zin CRvB 4 november 1993, AB 1994, 213 (Van Maarseveen), m. nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens. Zie voorts de brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de Tweede Kamer d.d. 5 april 2002, *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 000-XVI, nr. 112.

15 Advies van de Commissie Gelijke Behandeling over art. 1 Grondwet, CGB-advies/2004/03, 26 februari 2004.

ationale gelijkebehandelingswetgeving voldoende is gewaarborgd. De toenmalige Minister van Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksaangelegenheden (Pechtold) heeft in een eerste reactie op het rapport aangegeven de in artikel 1 opgenomen discriminatiegronden vooral als voorbeelden te zien.¹⁶

Over het algemeen is direct onderscheid, nu dit rechtstreeks verwijst naar één van de in artikel 1 sub b AWGB gewenste non-discriminatietekenen, eenvoudig te herkennen. Direct onderscheid is verboden, tenzij er een specifieke uitzondering is gemaakt. Een voorkeursbeleid, dat erop is gericht om feitelijke nadelen die verband houden met de gronden ras of geslacht op te heffen of te verbeteren, kan als een dergelijke specifieke uitzondering worden aangemerkt. Van dit voorkeursbeleid dient in de wervingsadvertentie uitdrukkelijk melding te worden gemaakt.

Een andere uitzondering op het verbod van direct onderscheid geldt voor die functies waarvoor het geslacht bepalend is, zoals mannequin, fotomodel of bijvoorbeeld de vertolking van een filmrol.

6.2.2 Indirect onderscheid

Indirect onderscheid is onderscheid op grond van andere hoedanigheden of gedragingen dan de hierboven bedoelde, dat direct onderscheid tot gevolg heeft.¹⁷ Op deze wijze wordt min of meer 'via de achterdeur' uiteindelijk alsnog direct onderscheid gemaakt. Indien bijvoorbeeld deeltijdwerkers, anders dan fulltimewerkers, niet voor een pensioenregeling in aanmerking komen, levert dit direct onderscheid naar geslacht op, nu in de praktijk is gebleken dat vrouwen meer in het bijzonder hierdoor worden gedupeerd, omdat zij verhoudingsgewijs meer in deeltijd werken dan hun mannelijke collega's.¹⁸ Een ander voorbeeld is de zaak van een gereformeerde man die solliciteerde naar de functie van sluiswachter bij het Ministerie van Verkeer en Waterstaat. Nadat hij om godsdienstige redenen was geweigerd op zondag te werken, werd hij voor de functie afgewezen. De Commissie Gelijke Behandeling oordeelde dat er in dit geval sprake was van indirecte discriminatie op grond van godsdienst.¹⁹

Direct onderscheid tussen personen op grond van bepaalde hoedanigheden of kenmerken kan in de praktijk relatief makkelijk worden geconstateerd. Moeilijker is het om indirect onderscheid vast te stellen, dat wil zeggen onderscheid op grond van andere hoedanigheden of gedragingen dan die in de wet als zodanig zijn genoemd, dat uiteindelijk direct onderscheid tot gevolg heeft.

Indirect onderscheid kan leiden tot direct onderscheid dat, behoudens specifieke objectieve rechtvaardigingsgronden, in beginsel niet gerechtvaardigd is. In de

¹⁶ Zie www.minbzk.nl.

¹⁷ Zie onder andere de tekst van art. 1 van de WGB en art. 1 sub c van de AWGB.

¹⁸ Zie o.a. art. 3 WGB, art. 5 AWGB, art. 4 WGBH/CZ en art. 3 WGBL.

¹⁹ CGB-oordeel 2006-147 (deze zaak is ingetrokken).

eerdergenoemde zaak van de gereformeerde sluiswachter oordeelde de CGB de door het Ministerie van Verkeer en Waterstaat gegeven reden voor de inschakeling van de sluiswachter op zondagen niet objectief gerechtvaardigd, omdat niet voldoende was onderbouwd waarom de weigering tot bezettingsproblemen op zondag zou leiden.

Ook kan het stellen van de eis van een goede beheersing van de Nederlandse taal indirect onderscheid tot gevolg hebben. Zo oordeelde de CGB de eis van goede beheersing van de Nederlandse taal niet relevant voor schoonmaakwerkzaamheden.²⁰ Deze eis kan dan ook, afhankelijk van de aard van de functie, een indirect onderscheid naar nationaliteit of ras opleveren, dat niet objectief gerechtvaardigd is.

Soms is het grensgebied tussen direct en indirect onderscheid vaag. Zo werd het dringende verzoek aan een stagiaire, studente aan de Pabo, om in de klas geen hoofddoek te dragen, door de CGB²¹ als een vorm van direct onderscheid aangemerkt, nu het dragen van een hoofddoek voor deze vrouw als een uiting van haar geloofs-overtuiging moest worden aangemerkt. Uit de oordelen van de CGB blijkt dat onderscheid naar geloofsovertuiging ruim wordt geïnterpreteerd. Dit omvat niet alleen het huldigen van een geloofsovertuiging, maar ook het zich ernaar kunnen gedragen.²² Door de CGB werd bepaald, dat een stichting voor voortgezet onderwijs te Utrecht verboden indirect onderscheid op grond van godsdienst maakte bij de arbeidsomstandigheden door de functie-eis te stellen dat docenten bij het begroeten handen schudden.²³

Uit de rechtspraak blijkt dat in de praktijk niet snel wordt aangenomen dat indirect onderscheid objectief gerechtvaardigd²⁴ is. Uit een selectie van de oordelen van de CGB over de laatste tien jaar,²⁵ blijkt dat het doel van het indirecte onderscheid meestal wel als legitiem wordt aangemerkt, maar het middel om het doel te bereiken niet noodzakelijk of niet binnen evenredige verhouding staat tot het doel. Zo oordeelde de CGB dat de Immigratie- en Naturalisatiedienst van het Ministerie van Justitie (IND) indirect onderscheid op grond van godsdienst had gemaakt door van hoor- en beslismedewerkers te verlangen dat zij in voorkomende gevallen zichtbare geloofsuitingen afleggen, waarbij bijvoorbeeld gedacht kan worden aan het afdoen van een hoofddoek bij contacten met asielzoekers. De CGB oordeelde het nagestreefde doel, het zoveel mogelijk ruimte bieden aan asielzoekers om hun verhaal te formuleren in een zo neutraal mogelijke omgeving, voldoende zwaarwegend en niet

20 CGB 18 juli 1995, oordeel 1995-30, Oordelenbundel 1994-1995, p. 194, SMA 1996, p. 435.

21 CGB 9 februari 1999, oordeel 1999-18.

22 Zie onder andere CGB 19 juli 2007, oordeel 2007-137. Zie voorts *Kamerstukken II* 1990-1991, 22 014, nr. 5, p. 39-40.

23 Zie in dit verband CGB 7 november 2006, oordeel 2006-221. De Rechtbank Utrecht oordeelde het ontslag van de docente wegens het weigeren om handen te schudden evenwel terecht (Rechtbank Utrecht 30 augustus 2007, TAR 2007, 197). De Centrale Raad van Beroep liet dit oordeel in hoger beroep in stand (CRvB 7 mei 2009, JAR 2009/146).

24 Zie o.a. HvJ EG 9 februari 1999, JAR 1999/75 (*Regina, Seymour-Smith & Perez/De richtlijn*).

25 Zie o.a. CGB 18 april 1997, oordeel 1997-43, CGB 10 mei 1999, oordeel 1999-42, CGB 31 januari 2001, oordeel 2001-12, CGB 8 juli 2002, oordeel 2002-82, CGB 8 juli 2002, oordeel 2002-83, CGB 15 augustus 2002, oordeel 2002-125, CGB 21 februari 2006, oordeel 2006-26, CGB 6 november 2007, oordeel 2007-195.

discriminerend. Zij oordeelde evenwel dat het gebruikte middel niet in een evenredige verhouding stond tot het doel, nu de door de sollicitante zelf voorgestelde alternatieven onvoldoende waren beproefd.

Een rechtenstudente droeg uit geloofsovertuiging een hoofddoek. Zij solliciteerde bij de Rechtbank Zwolle als waarnemend griffier. De rechtbank weigerde om de waarnemend griffier als zodanig voor werkzaamheden in te schakelen en baseerde zich daarbij op het op artikel 19 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie gebaseerde Reglement II. Op basis van dit reglement is het volgens de rechtbank niet toegestaan om naast het dragen van een toga en bef een hoofddoek te dragen bij de uitoefening van de functie van (waarnemend) griffier. De rechtenstudente liet het er niet bij zitten en kaartte de kwestie aan bij de CGB.²⁶ De CGB oordeelde daarop dat de kledinggeis in dit geval indirect onderscheid naar godsdienst oplevert. Vanuit het oogpunt van gelijke behandeling bevat deze uitspraak een aantal interessante aspecten. Allereerst oordeelde de commissie het doel achter de kledinggeis legitiem en ook werd daarmee volgens haar een zwaarwegend belang gediend (de rechterlijke onpartijdigheid).

Het middel zelf -de weigering om de waarnemend griffier met hoofddoek aan te stellen- achtte de commissie evenwel onevenredig zwaar, waarmee het in strijd kwam met de eis van proportionaliteit. Bovendien zou het volgens de commissie ook door de opstelling ter zitting mogelijk moeten worden geacht om voor het publiek een duidelijke scheiding aan te brengen tussen met de rechtspraak belaste en ondersteunende functionarissen. Hierdoor was evenmin voldaan aan de eisen van subsidiariteit.

De uitspraak van de CGB heeft nogal wat deining in de hofvijver teweeggebracht. Kort nadat het CGB-oordeel was gewezen, werden er vragen over gesteld door onder andere de Tweede Kamerleden Halsema en Rabbae (GroenLinks).²⁷ Het oordeel van de CGB leek evenwel, ondanks de daarin opgenomen glasheldere rechtsoverwegingen, aan dovemansoren gericht. Het Ministerie van Justitie handhaaft zijn visie dat de strikte kledingvoorschriften voor de rechterlijke macht dienen te worden gehandhaafd.²⁸

Zoals in deze paragraaf reeds eerder ter sprake kwam, wordt het begrip godsdienst door de CGB ruim geïnterpreteerd, in die zin dat dit ook het recht omvat om zich er naar te kunnen gedragen.²⁹ Door de CGB wordt het dragen van een hoofddoek dan ook als een godsdienstuiting opgevat.³⁰

26 CGB 22 juni 2001, oordeel 2001-53.

27 TK 2000-2001, Aankhangsel van de Handelingen, nr. 1652. Zie voorts *NJB* 2001, p. 1592.

28 M. Kuijer, *NJCM-Bulletin*, 26 (2003) 7, p. 98-902. Zie voorts de website van rechtspraak.nl (www.rechtspraak.nl) onder het kopje 'multiculturele samenleving (de toga)'.

29 CGB 19 juli 2007, oordeel 2007-137.

30 CGB 22 juni 2001, oordeel 2001-53 en CGB 19 juli 2007, oordeel 2007-137.

6.2.3 Botsende grondrechten

Nederland is geen uniforme samenleving. Er bestaan veel verschillende geloofs-overtuigingen en leefstijlen met de daaraan verbonden of met daarop gebaseerde verschillende normen en waarden. Hierdoor kan de situatie ontstaan dat grondrechten botsen of samenlopen. Dit is het gevolg van twee omstandigheden, namelijk dat grondrechten geen onderlinge rangorde kennen en tevens in meerdere of mindere mate horizontale werking hebben.³¹ Die situatie kan zich al voordoen wanneer iemand met een homoseksuele geaardheid gaat solliciteren naar de functie van leerkracht op een school voor bijzonder onderwijs. In dat geval zijn twee verschillende grondrechten in het geding, te weten: artikel 1 van de Grondwet (recht op gelijke behandeling) en artikel 23 van de Grondwet (vrijheid van onderwijs). Enerzijds heeft de school het recht om haar organisatie overeenkomstig haar eigen grondslagen en doelstellingen in te richten, anderszijds heeft de leerkracht recht op gelijke behandeling. Hierdoor treedt een botsing van grondrechten en daarmee een spanningsveld op.

De wetgever heeft hier blijkens de Memorie van Toelichting³² op de Algemene wet gelijke behandeling uitvoerig bij stilgestaan. Concreet komt het erop neer dat het enkele feit dat iemand bijvoorbeeld homoseksueel is, niet in de beoordeling mag worden betrokken. Dit heeft tot gevolg dat een instelling als bedoeld in artikel 23 van de Grondwet geen eisen mag stellen aan de persoonlijke levenssfeer van een sollicitant. Een onderscheid op grond van bijvoorbeeld een bepaalde geaardheid acht de wetgever wel toegestaan indien er sprake is van een combinatie met andere gedragingen. Bij dit laatste kan worden gedacht aan het in het openbaar kenbaar maken van de geaardheid en daarmee verbonden leefstijl en het publiekelijk ter discussie stellen van het doel en de grondslag van de instelling. In dat geval kan gerede twijfel ontstaan over de geschiktheid van een sollicitant voor het vervullen van bijvoorbeeld de functie van leerkracht op een bijzondere school.

De CGB³³ heeft geoordeeld over een instelling van bijzonder onderwijs die in de pers over haar personeelsbeleid het volgende had verklaard:

“Ook aan leerkrachten worden bijzondere eisen gesteld. Homoseksualiteit strookt niet met de uitgangspunten van de school; openlijk homoseksuele leerkrachten zult u hier niet aantreffen.”

De CGB oordeelde dat het personeelsbeleid van de school leidt tot onderscheid op grond van het enkele feit van onder andere homoseksuele gerichtheid. Hierbij overwoog de commissie, dat uit de door de school gebruikte tekst niet anders kan worden afgeleid dan dat de school geen homoseksuele leerkrachten zal aannemen die

31 HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 430 (*Codfried/ISS*) en E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 158-159. Zie voorts: Nota grondrechten in een pluriforme samenleving. Deze nota is op 18 mei 2004 door de Minister van Bestuurlijke vernieuwing en Koninkrijksrelaties aan de Tweede Kamer aangeboden. Zie voor de tekst www.minbzk.nl.

32 Zie Memorie van Toelichting op art. 1 AWGB (*Bijl. Handelingen II* 1990/91, 22 014, nr. 3 (MvT), p. 13. Zie voorts MvT art. 5, AWGB, pag. 19.

33 CGB 15 juni 2007, oordeel 2007-100.

in hun leven gevolg geven aan hun seksuele voorkeur in de vorm van een liefdesrelatie, huwelijk of andersoortige vormen van liefdesuitingen. De CGB stelde tot slot vast dat de school haar niet heeft kunnen overtuigen dat voor de school de enkele omstandigheid dat een potentieel personeelslid ‘openlijk’ homoseksueel is, in de weg staat aan (continuering van) het dienstverband. De commissie heeft daarom geoordeeld dat in het personeelsbeleid van de school verboden onderscheid werd gemaakt.

Een aantal jaren eerder oordeelde de CGB dat de functie-eisen niet alleen mogen leiden tot onderscheid op grond van *het enkele feit* van onder andere ras of homo- of heteroseksualiteit. De functie-eis zal volgens de commissie bovendien gegrond moeten zijn op een vast op het doel van de instelling berustend beleid, dat consequent is gericht op het handhaven van de identiteit.³⁴

Met de uitleg van de wetgever over het enkele feit en de interpretatie die daaraan door de CGB wordt gegeven, zijn we nog niet van ons spanningsveld verlost. Van geval tot geval zal op basis van concrete feiten en omstandigheden moeten worden bepaald of er sprake is van verboden onderscheid op grond van het enkele feit, of van een combinatie van gedragingen waardoor het onderscheid alsnog is toegestaan.

Een homoseksuele sollicitant die zijn geaardheid niet openbaar maakt, zal op basis van dit beleid in alle redelijkheid niet op grond van zijn geaardheid als leerkracht op een bijzondere school kunnen worden afgewezen. Zodra deze geaardheid wel openbaar wordt gemaakt, bijvoorbeeld door middel van een liefdesrelatie en het openbaar uiten daarvan, wordt naar mijn mening het onderscheid vager en kan al vrij snel worden gesteld dat de sollicitant de doelstelling en de grondslag van de instelling in feite verwerpt.

Het lijkt erop dat de wetgever door de uitleg van het enkele feit een onmogelijke spagaat uitvoert. Hiermee komt de rechtszekerheid in het gedrang, hetgeen onwettig moet worden geacht. Kennelijk houdt dit vraagstuk ook de politiek sinds ‘11 september’ bezig, getuige de motie-Dittrich c.s.³⁵ waarin de regering wordt verzocht een notitie uit te brengen over het spanningsveld tussen het discriminatieverbod, de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van godsdienst. Inmiddels is naar aanleiding van deze motie de ‘Nota grondrechten in een pluriforme samenleving’ uitgebracht.³⁶

³⁴ CGB 4 december 2001, oordeel 2001-116.

³⁵ *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 000 VI nr. 34; bijlage 4.

³⁶ Nota Grondrechten in een pluriforme samenleving, Ministerie van Buitenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 2004.

6.3 Gelijkebehandelingswetgeving

6.3.1 Gelijke behandeling van mannen en vrouwen

Artikel 7:646 BW verbiedt het maken van onderscheid tussen mannen en vrouwen, onder andere bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst. Op grond van dit uitgangspunt wordt het maken van onderscheid op grond van zwangerschap als direct onderscheid op grond van geslacht aangemerkt. Als direct onderscheid wordt niet alleen de zwangerschap zelf aangemerkt, maar ook de door de werkgever verwachte veelvuldige afwezigheid in verband met zwangerschap en ziekteverschijnselen die daarmee gepaard gaan.³⁷ Zo werd door het Gerechtshof 's-Gravenhage de gedwongen opzegging van een arbeidsovereenkomst vanwege de noodzaak van het geven van borstvoeding als directe discriminatie aangemerkt.³⁸ De weigering om een arbeidsovereenkomst met een vrouw aan te gaan vanwege zwangerschap, is tevens in strijd met de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen.³⁹

6.3.2 Algemene wet gelijke behandeling/Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen

Het verbod tot het maken van ongerechtvaardigd onderscheid is een algemeen beginsel in ons recht. Artikel 3 van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB) codificeert dat het bij de aanbidding van een betrekking of bij de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking niet is toegestaan onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen. De ratio achter de regel is om kandidaten bij de aanbidding van een betrekking, bij gelijke geschiktheid voor de vervulling van een functie, gelijke kansen en daarmee een eerlijke kans op aanstelling te geven.

De norm van gelijke behandeling dient, blijkens de tekst van lid 1 van artikel 3, ook reeds bij de toegang tot de arbeidsovereenkomst in acht te worden genomen.⁴⁰ De norm van gelijke behandeling van mannen en vrouwen kan dus ook al in de sollicitatiefase een belangrijke bijdrage leveren aan de realisatie van gelijke kansen van vrouwen. Om dit doel te bereiken mag zelfs in het voordeel van de vrouw van de norm worden afgeweken.⁴¹ In beginsel wordt hierdoor een inbreuk gemaakt op het

37 Zie onder andere CGB 15 februari 2001, oordeel 2001-13. Zie voorts HR 24 juni 1988, NJ 1988, 1002 en HvJ EG 8 november 1990, zaak 177/88, NJ 1992, 224, m.nt. Stein (*Dekker/VJV*).

38 Gerechtshof 's-Gravenhage 22 februari 2008, JAR 2008/90; gedwongen opzegging vanwege noodzaak tot geven borstvoeding. Directe discriminatie. Toepassing Brown-arrest, HvJ EG 30 juni 1998, nr. C-394/96, JAR 1998/198.

39 HR 13 september 1991, NJ 1992, 225 (*Dekker/VJV*). Zie voorts Hof van Justitie EG 8 november 1990, zaak 177/88 NJ 1992, 224, m.nt. Stein (*Dekker/VJV*).

40 A.M. ten Bosch-Gerritsen in: Kluwer (losbladig), *Arbeidsovereenkomst*, aant. 2 bij art. 3 WGB, onderdeel 'WGB'. Hieruit blijkt dat het verbod de strekking heeft om de toegang tot het arbeidsproces niet te blokkeren.

41 Voorkeursbehandeling van de vrouw is geregeld in art. 5 lid 1 van de WGB. Het doel ervan is feitelijke ongelijkheden op te heffen of te verminderen.

recht op eerlijke aanstelling.⁴² Om te vermijden dat reeds bij de aanbidding van een betrekking verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen wordt gemaakt, stelt de wet eisen aan de tekst en vormgeving van wervingsteksten. Daaruit moet blijken dat zowel mannen als vrouwen voor de betrekking in aanmerking komen (art. 3 lid 3 WGB). Uitzonderingen op deze regel gelden voor voorkeursbehandeling (art. 5 lid 1 WGB) of geslachtsbepaaldheid van een functie (art. 5 lid 2 WGB). Als deze uitzonderingen zich voordoen, dient daarvan in de wervingstekst uitdrukkelijk melding te worden gemaakt (art. 5 lid 2 WGB).⁴³

Ook uit de functiebenaming moet duidelijk blijken dat niet slechts mannen of vrouwen voor de betrekking in aanmerking komen (art. 3 lid 4 WGB). In een advertentie werd gevraagd om 'Mannen met ballen m/v'. De Commissie Gelijke Behandeling oordeelde dat door het feit dat met grote letters werd aangegeven dat de aanbieder van de betrekking op zoek was naar 'mannen met ballen', in eerste instantie de suggestie werd gewerkt dat vrouwen niet op de functie kunnen solliciteren. Bovendien werd in de advertentie slechts één functiebenaming vermeld, namelijk 'credit manager m/v'. Hiermee heeft de aanbieder van de betrekking in strijd met de wet gehandeld.⁴⁴

Nederland heeft het verbod van discriminatie ingevoerd bij de grondwetherziening van 1983 (art. 1). De norm van gelijke behandeling van mannen en vrouwen werd reeds een aantal jaren daarvoor in het arbeidsrecht ingevoerd. In 1975 is de Wet gelijk loon voor vrouwen en mannen ingevoerd. In 1980 volgde de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Deze wetten kwamen, ter uitvoering van EG-richtlijnen, aanvullend tot stand. In 1989 zijn deze twee wetten samengevoegd tot de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen. In 1994 is de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) ingevoerd.

De AWGB verbiedt discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat, op de terreinen van de arbeid en het aanbieden van goederen en diensten. Naar deze kenmerken mag bij de werving en selectie van personeel niet worden gevraagd, tenzij sprake is van één van de uitzonderingsgronden als bedoeld in de leden 2 t/m 5 van artikel 5 AWGB.

De Algemene wet gelijke behandeling omvat in theorie eveneens de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen.

42 Zie in dit verband het Eindrapport van de interdepartementale Werkgroep Selectieprocedures, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mei 1982, p. 56. De werkgroep adviseert om terughoudendheid te betrachten bij de toepassing van voorkeursbeleid.

43 Zie voor uitzonderingen/voorkeursbeleid ook § 6.3.2.1 van dit boek.

44 CGB 5 januari 1995, oordeel 1995-1, CGB 4 december 1995, oordeel 1995-55, CGB 16 april 1996, oordeel 1996-25, CGB 16 december 1996, oordeel 1996-116, CGB 2 februari 2004, oordeel 2004-10, CGB 7 oktober 2008, oordeel 2008-118.

Blijkens de bedoeling van de wetgever dient de Wet gelijke behandeling als een *lex specialis* op de Algemene wet gelijke behandeling te worden aangemerkt.⁴⁵ Om de AWGB up-to-date te houden, is wettelijk bepaald dat deze wet iedere vijf jaar wordt geijkt.⁴⁶

Ingevolge artikel 1b van de WGB zijn de gelijkebehandelingsbepalingen van toepassing op iedere arbeidsverhouding waar een persoon onder gezag van een ander arbeid verricht, zoals werknemers in de particuliere sector, ambtenaren, stagiaires en vrijwilligers.

Alhoewel de norm van gelijke behandeling, zoals geformuleerd in artikel 5 van de AWGB en artikel 3 van de WGB, blijkens de oordelen van de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) ruim wordt geïnterpreteerd,⁴⁷ dient op grond van de concrete feiten en omstandigheden te worden uitgemaakt of het afwijzen van sollicitanten op grond van uiterlijke verzorging of kleding onder de reikwijdte valt van genoemde wetsbepalingen.

In de praktijk zal moeten blijken of de klagende sollicitant in staat is om voldoende feiten en omstandigheden bij de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) aan te voeren die het gestelde ongerechtvaardigde onderscheid tijdens de werving en selectie doen vermoeden. Indien sprake is van afwijzing van een sollicitant op grond van uiterlijke verzorging en kleding die niet is gebaseerd op de gronden van de artikelen 5 AWGB en 3 WGB, zal het handelen van de werkgever tijdens de werving en selectie moeten worden beoordeeld op grond van de eisen van goed werkgeverschap. De rechter zal in dat geval de belangen van werkgever en sollicitant tegen elkaar afwegen. Bij die afweging zijn de aard van het bedrijf, de plaats van vestiging van het bedrijf, de klantenkring waarop het bedrijf zich primair richt, de functie van de werknemer, de vraag of de eisen noodzakelijk zijn voor de uitoefening van de functie en de maatschappelijke opvattingen blijkens de rechtspraak maatgevend.⁴⁸ Ook zou bij die afweging van belang kunnen zijn of de werkgever door het handelen van de toekomstige werknemer aantoonbare ernstige schade zou kunnen lijden.⁴⁹

De objectieve rechtvaardigingsgrond mag geen verband houden met discriminatie op grond van geslacht. Tevens moet er sprake zijn van proportionaliteit tussen beoogd

45 Blijkens de *Memorie van Toelichting* is de Algemene wet gelijke behandeling van toepassing op gevallen die buiten de reikwijdte van de wetgeving gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid vallen (zie *Bijl. Handelingen II* 1990/91, 22 014, nr. 3 (MvT), p. 16).

46 Art. 20 AWGB: 'Jaarverslag en vijfjaarlijkse rapportage'.

47 Zie bijvoorbeeld CGB 1 mei 2006, oordeel 2006-84, in casu onderscheid naar godsdienst aangenomen door een werkgever die een kantine medewerkster verbood om tijdens representatieve gelegenheden in combinatie met de bedrijfskleding een doek te dragen. Zie voorts CGB 25 april 2006, oordeel 2006-78, onderscheid op grond van geslacht aangenomen door bij het aanbieden van een vacante functie naar sekse verschillende werkkleding voor te schrijven.

48 Zie in dit verband Ktr. Amsterdam 14 december 2009, *JAR* 2010/3. In deze zaak werd de instructie van de werkgever aan een tramconductor om een halsketting met kruis in diensttijd (in uniform) onder in plaats van boven de kleding te dragen, door de kantonrechter als niet onredelijk aangemerkt. Het Gerechtshof Amsterdam bekrachtigde dit oordeel in hoger beroep, Hof Leeuwarden 15 juni 2010, LJN: BM7410. Zie ook V. Gerlach en U.B. Verboom, 'Voorschriften over kleding en uiterlijk', *Arbeidsrecht* 2007, 8/9, p. 14 e.v.

49 Ktr. Sittard 27 augustus 1993, *NJCM-bulletin* 1993, 18-8, m.nt. G. J. J. Heerma van Voss.

doel en gehanteerd middel.⁵⁰ Eenvoudige algemene beschouwingen, bijvoorbeeld over de effecten op de werkgelegenheid, volstaan niet om indirecte discriminatie te rechtvaardigen.

6.3.2.1 Geslachtsbepaaldheid van beroepsactiviteiten/voorkeursbeleid

In die gevallen waarin vanwege de aard of de voorwaarden voor de uitvoering van de beroepsactiviteiten het geslacht bepalend is, kan van de norm van artikel 3 van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen worden afgeweken. In artikel 5 lid 3 WGB wordt een limitatieve opsomming gegeven voor categorieën van beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend kan zijn. Te denken valt aan acteurs, mannequins, toneelspelers et cetera. Voorts is er een aantal bij algemene maatregelen van bestuur aangewezen beroepen waarvoor de uitzondering van artikel 5 WGB geldt.⁵¹

Op grond van artikel 5 lid 1 WGB kan onder bepaalde omstandigheden van de norm worden afgeweken, in het voordeel van een sollicitant. Het doel van deze voorkeursbehandeling is het wegnemen van de algemene achterstandssituatie van vrouwen op de arbeidsmarkt.⁵² Op grond van de oordelen van de CGB moet voor de toelaatbaarheid van voorkeursbeleid aan een aantal voorwaarden zijn voldaan.

Allereerst dient de achterstand van de groep die onderwerp is van het voorkeursbeleid, te zijn aangetoond en te worden gerelateerd aan het beschikbare arbeidsaanbod.⁵³ Deze door de CGB geadviseerde wijze van bepaling van de achterstandssituatie van een groep in de onderneming, is door het kabinet niet gevolgd, omdat het Hof van Justitie EU niet de eis stelt dat het aandeel vrouwen bij de ondernemingen vergeleken moet worden met het relevante potentiële aanbod van vrouwen op de arbeidsmarkt. Ook om praktische redenen heeft het kabinet dit advies van de CGB naast zich neergelegd.⁵⁴ Voorts dient de voorkeursregeling te waarborgen dat sollicitaties worden onderworpen aan een objectieve beoordeling van alle kandidaten, waarbij rekening wordt gehouden met alle criteria betreffende de persoon van de kandidaten.⁵⁵ Tot slot dient het onderscheid in redelijke verhouding te staan tot het doel. De voorkeursmaatregel moet dus kunnen worden gerechtvaardigd door de mate van de achterstand.⁵⁶ Uit dit laatste vloeit voort dat een grotere achterstand verdergaande

50 Hof van Justitie EG 13 mei 1986, TVVS 1988/187; Bilka en MvA, *Kamerstukken II* 1987-1988, 19 908, nr. 6, p.12.

51 AMvB van 19 mei 1989, *Stb.* 1989, 207.

52 Zie ook HvJ EG 6 juli 2000, zaak C-407/98, *NJ* 2001, 28, *JAR* 2000/194 (*Abrahamsson Et Anderson*).

53 Het is niet toegestaan om aan vrouwen automatisch voorrang te geven zolang niet minstens de helft van het personeel uit vrouwen bestaat. Zie HvJ EG 17 oktober 1995, zaak C-450/93, *NJ* 1996, 507 (*Kalanke*).

54 Nota voorkeursbehandeling, *Kamerstukken II* 2004-2005, 28 770, nr. 11, p. 82-83.

55 HvJ EG 11 november 1997, zaak C-409/95 (*Marschall*), *JUR* 1997, p. I-6363, *NJ* 1998, 808, HvJ EG 28 maart 2000, zaak C-158/97 (*Badeck*), *JUR* 2000, p. I-1875, *NJ* 2000, 532 zaak C-407/98 (*Abrahamsson Et Anderson*), *JUR* 2000, p. 1-5539, *NJ* 2001, 28, *JAR* 2000/194 en HvJ EG 30 september 2004, zaak C-319/03 (*Brihecke*), *JAR* 2004/260.

56 Zie CGB 2 februari 2004, oordeel 2004-10, CGB 31 maart 2004, oordeel 2004-36 en CGB 15 april 2008, oordeel 2008-39.

voorkeursmaatregelen rechtvaardigt.⁵⁷ Voorts zal in geval van een openlijke aanbieding van de betrekking, van de eventueel toe te passen voorkeursbehandeling mededeling moeten worden gedaan (art. 3 lid 3 WGB).⁵⁸ De CGB heeft het kabinet geadviseerd om de mogelijkheid van voorkeursbehandeling naar alle gronden uit de gelijkebehandelingswetgeving uit te breiden. Dit advies is door het toenmalige kabinet niet overgenomen.⁵⁹ De eis van evenredigheid tussen doel en gekozen middel impliceert dat een werkgever met enige regelmaat zal moeten vaststellen of de omstandigheden nog steeds zodanig zijn dat voorkeursbeleid is gerechtvaardigd.⁶⁰ Dit past binnen de doelstelling van voorkeursbehandeling, dat als tijdelijk instrument wordt ingezet om feitelijke ongelijkheden op te heffen of te verminderen.⁶¹

Uit onderzoek blijkt dat tweederde deel van de werkgevers heeft aangegeven goed op de hoogte te zijn van de mogelijkheid tot het voeren van een voorkeursbeleid. Voorts is gebleken dat grotere werkgevers beter met dit beleid bekend zijn dan kleinere. Tot slot is vastgesteld dat eenderde deel van de werkgevers een actief voorkeursbeleid voert of in het verleden heeft gevoerd.⁶² Bij het bestuderen van branchecao's en ondernemingscao's is mij gebleken dat in een aantal cao's bepalingen over de emancipatie van vrouwen zijn opgenomen.⁶³

6.3.3 Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte

Uit hoofde van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte⁶⁴ is het verboden om bij de aanbieding van een betrekking en de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking onderscheid te maken tussen personen op grond van een werkelijke of vermeende handicap of chronische ziekte (artt. 1 en 4 van de WGBH/CZ).⁶⁵ Het verbod heeft zowel betrekking op de interne als de externe werving van personeel.⁶⁶ Dit verbod heeft blijkens de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU ook betrekking op werknemers die zelf geen handicap hebben, maar minder gunstig worden behandeld dan andere werknemers vanwege hun band met een gehandicapte.⁶⁷ Het verbod van onderscheid vanwege handicap of chronische ziekte richt zich voorts ook tot een intermediair, die de plicht heeft om een sollicitant te beschermen tegen onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte.⁶⁸

57 Zie CGB 19 april 1999, oordeel 1999-32.

58 CGB 18 november 1996, oordeel 1996-97. Zie ook CGB 2 februari 2004, oordeel 2004-10.

59 Nota voorkeursbehandeling, *Kamerstukken II* 2004-2005, 28 770, nr. 11, p. 83-85.

60 *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 564, nr. 1, p. 4.

61 Nota voorkeursbehandeling, *Kamerstukken II* 2004-2005, 28 770, nr. 11, p. 5.

62 R. Hermanussen, E. Schellekens e.a., *Voorkeursbeleid bij werving en selectie*, Tilburg, april 2004, p. 11.

63 Zie o.a. de CAO Houthandel (looptijd van 1 augustus 2007 t/m 31 juli 2009) en de CAO TNT (looptijd van 1 april 2008 tot en met 31 maart 2009).

64 Wet van 3 april 2003, *Stb.* 206, in werking getreden per 1 december 2003, gewijzigd bij wet van 15 september 2005, *Stb.* 516.

65 Zie richtlijn 2000/78/EG.

66 Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 169, nr. 3, p. 34.

67 HvJ EG 17 juli 2008, *JAR* 2008/208 (*Coleman/Attridge Law en Steve Law*). Zie over dit arrest P.C. Vas Nunes, 'Het Coleman-arrest en 'associatieve' ongelijke behandeling', *TAP* 2008, p. 8-13.

68 *Kamerstukken II*, 28 770, nr. 3, p. 11. Zie voorts A.C. Hendriks, *Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte*, actualiteiten Sociaal Recht, Deventer: Kluwer 2003, p. 74.

Ook de WGBH/CZ heeft, blijkens de Memorie van Toelichting,⁶⁹ een ruim toepassingsgebied. Zij is van toepassing vanaf het eerste stadium van de werving tot en met het moment van aangaan van de arbeidsovereenkomst. Dus ook bij de toepassing van selectiemiddelen moet de WGBH/CZ in acht worden genomen.

Een vrouw die vanaf 1984 onafgebroken in de gezondheidszorg had gewerkt, trad als leerling-verpleegkundige in dienst bij een ziekenhuis. Drie maanden daarvoor was bij haar de diagnose narcolepsie gesteld. De leerling-verpleegkundige vertelde dit in haar proeftijd aan haar teammanager. Vervolgens ontsloeg het ziekenhuis haar tijdens de proeftijd. Volgens het ziekenhuis was de leerling-verpleegkundige vanwege haar aanpak niet geschikt voor de functie. Volgens de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) heeft het ziekenhuis in casu niet kunnen bewijzen dat de leerling-verpleegkundige ongeschikt was voor de functie. Het ziekenhuis had zich vooral laten leiden door algemene informatie over narcolepsie en, na beëindiging van het dienstverband, door een verklaring van een bij hem werkzame neuroloog.

Het ziekenhuis had volgens de CGB geen zorgvuldig onderzoek laten doen door de bedrijfsarts of een andere terzake deskundige naar de geschiktheid van de leerling-verpleegkundige voor de betreffende functie. Het ziekenhuis had daarmee gehandeld in strijd met de WGBH/CZ.⁷⁰ Hetzelfde lot onderging een reisorganisatie die een manisch depressieve sollicitant voor de functie van reisleider had afgewezen, op grond van algemene informatie over het ziektebeeld, zonder nader te onderzoeken of de sollicitant met een redelijke aanpassing geschikt kon worden gemaakt voor het verrichten van de functie.⁷¹

Indien komt vast te staan dat de beslissing van de werkgever om een sollicitant niet in aanmerking te laten komen voor een bepaalde functie, enkel is gebaseerd op objectieve en zakelijke motieven die geen verband houden met een handicap of chronische ziekte, is van verboden onderscheid in de zin van de WGBH/CZ geen sprake.⁷²

Uitgangspunt blijft ook na de invoering van de WGBH/CZ dat de kandidaat in staat moet zijn om in elk geval de essentiële functietaken uit te oefenen. Ook behoudt de werkgever het recht om de in zijn ogen meest geschikte kandidaat te selecteren en in dienst te nemen.⁷³ Deze onontbeerlijke zelfstandige beoordelingsruimte heeft de werkgever, ondanks de in de nationale wetgeving en verdragen neergelegde discriminatieverboden, behouden. Naar mijn mening is dit recht noodzakelijk om

69 *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 169, nr. 3, pag. 34.

70 CGB 17 maart 2005, oordeel 2005-44. Zie in gelijke zin CGB 7 juni 2006, oordeel 2006-118. De gezondheidsrisico's en de mogelijke beperkingen als gevolg van bekkinstabiliteit waren niet onderzocht.

71 CGB 21 april 2006, oordeel 2006-77. Zie ook *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 169, nr. 3, p. 6.

72 Zie o.a. CGB 2 februari 2006, oordeel 2006-17. In dit geval was proefondervindelijk gebleken van ongeschiktheid voor de functie, zonder kennis te hebben van de handicap.

73 Zie ook A.C. Hendriks, *Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte*, Deventer: Kluwer 2003, p. 72.

een goede werving en selectie te realiseren. Bovendien is het maken van onderscheid naar geschiktheid niet als verboden grond van onderscheid in de zin van de AWGB, WGB, WGBH/CZ en andere wetten of verdragen aan te merken.⁷⁴

De werkgever mag niet zonder enige vorm van nader onderzoek de conclusie trekken dat de sollicitant medisch gezien niet geschikt is voor het werk.⁷⁵ Dit impliceert dat de werkgever -indien nodig- aangepaste selectiemethoden dient toe te passen om vast te stellen of een sollicitant met een handicap of chronische ziekte geschikt is voor het vervullen van de functie.

Tijdens een sollicitatiegesprek werd een sollicitant met een auditieve beperking enige tijd de hulp van een tolk gebarentaal onthouden, om vast te stellen of deze voldoende kon communiceren. Volgens de CGB is in dit geval sprake van verboden onderscheid.⁷⁶

Uit de wetsgeschiedenis terzake van artikel 4, onderdelen a, b en c van de WGBH/CZ blijkt dat het verbod om bij de selectie onderscheid te maken, betrekking heeft op alle onderdelen van de selectie, waarbij we volgens de wetgever o.a. dienen te denken aan de toepassing van hulpmiddelen bij de selectie.⁷⁷ Bij werkgevers leven vaak te algemene en daardoor verkeerde veronderstellingen over ziektebeelden, handicaps en daarmee samenhangende beperkingen. Uit onderzoek blijkt dat werkgevers er vaak voor terugdeinzen om mensen met een arbeidshandicap aan te nemen. Ze hebben dan ook vaak het vooroordeel dat arbeidsgehandicapten duur zijn, vaak ziek en minder gemotiveerd. Gebleken is echter dat deze zienswijze niet juist is.⁷⁸

Het verbod van onderscheid houdt mede in dat de werkgever is gehouden om, al naar gelang de behoefte, doeltreffende individuele of generieke aanpassingen te verrichten om de gehandicapte of chronisch zieke als ieder ander te laten deelnemen aan het maatschappelijk leven, tenzij deze voor hem een onevenredige belasting vormen. Daarbij kan, gelet op de Memorie van Toelichting,⁷⁹ rekening worden gehouden met de grootte van de onderneming of instelling, het personeelsbestand, de noodzakelijke investeringen en kosten voor het aanbrengen van de aanpassingen, de beschikbare financiële tegemoetkomingen, de operationele en technische haalbaarheid van de aanpassingen en de financiële draagkracht van de onderneming of instelling. Zo handelde een gemeente volgens de Commissie Gelijke Behandeling in strijd met de WGBH/CZ door een ambtenaar na zijn ziekte niet te herplaatsen en hem te ontslaan, waardoor zij haar verplichting tot het doen van aanpassingen (het aanbrengen van vergrotingsapparatuur om teksten te kunnen lezen) uit de weg is gegaan.⁸⁰ Uit de oordelen van de CGB blijkt dat het verzuimen van de werkgever om na te gaan of

74 Geschiktheid is immers een eigenschap of kenmerk dat relevant is en daardoor objectief gerechtvaardigd. Zie ook A.C. Hendriks, *Wet Gelijke Behandeling op grond van handicap of chronische ziekte*, Deventer: Kluwer 2003, p. 72.

75 CGB 16 december 2005, oordeel 2005-239.

76 CGB 6 juli 2006, oordeel 2006-137, JAR 2006/211.

77 Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 169, nr. 3, p. 34.

78 J.F.Y. Ubema en M. Evers, 'Profiel arbeid en gezondheid 2005', 2005 TNO. Dit onderzoek werd uitgevoerd in samenwerking met het Ministerie van VWS.

79 Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 169, nr. 3, p. 28.

80 CGB 8 maart 2004, oordeel 2004-21 en art. 2 WGBH/CZ.

doeltreffende aanpassingen mogelijk waren, leidt tot direct onderscheid bij de aanbidding en het aangaan in de zin van de WGBH/CZ.⁸¹

Op grond van de rechtspraak⁸² kan van de werkgever worden verwacht dat hij de werknemer in staat stelt om hem op grond van gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid ten gevolge van handicap of chronische ziekte parttime te laten werken. Indien een aankomend werkgever een aankomend werknemer hiertoe niet in staat stelt, is naar mijn mening sprake van onderscheid bij de aanbidding en het aangaan van een arbeidsverhouding in de zin van artikel 4 van de wet.

De wetgever heeft de begrippen 'handicap' en 'chronische ziekte' niet nader gedefinieerd. Het begrip handicap wordt evenmin omschreven door Richtlijn 2000-78 van de EG. Voor een definitie van dit begrip verwijst de richtlijn naar het recht van de individuele lidstaten. De Nederlandse wetgever achtte een definitie van de begrippen in het kader van een gelijkebehandelingswet niet noodzakelijk noch wenselijk.⁸³ Volgens de wetgever zijn deze begrippen in het algemeen spraakgebruik voldoende duidelijk. Uit de wetsgeschiedenis en jurisprudentie blijkt evenwel dat verschillend kan worden gedacht over de vraag of bepaalde beperkingen of klachten als een handicap of chronische ziekte moeten worden aangemerkt. Te denken valt bijvoorbeeld aan de beperkingen die een ex-psychiatrisch patiënt ondervindt.⁸⁴ Ook is tot op heden nog niet met zekerheid te zeggen of overgewicht (obesitas) als handicap of chronische ziekte kan worden aangemerkt. Voor morbide overgewicht (BMI⁸⁵ > 40, adipositas) is dat in de rechtspraak al wel vastgesteld.⁸⁶ Voor reguliere obesitas (BMI tussen 30 en 40) tot op heden nog niet.⁸⁷ Ontslag wegens ziekte kan blijken de rechtspraak niet als ontslag wegens handicap worden aangemerkt.⁸⁸ Volgens de wetsgeschiedenis⁸⁹ moet het gaan om onomkeerbare handicaps en chronische ziekte. In de context van de Richtlijn 2000-78 van de EG dient het begrip handicap te worden opgevat als een beperking die met name het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen, en die de deelneming van de betrokkenen aan het

81 CGB 12 februari 2007, oordeel 2007-25.

82 Zie onder andere HR 3 februari 1978, NJ 1978, 248 (*Roovers/De Toekomst*).

83 Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 169, nr. 3, p. 24.

84 Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 169, nr. 3, p. 24.

85 Body Mass Index, deze geeft de verhouding tussen lengte (in meters) en gewicht (in kilo's) bij een persoon weer. Deze index luidt als volgt: $BMI = \frac{\text{massa}}{\text{lengte}^2}$

86 CRvB 4 oktober 2000, LJN: AA8327; RSV 2000/244 en CRvB 5 december 2006, LJN: AZ5059.

87 Zie in dit verband S.F. Sagel, 'Obesitas: een nieuwe vette kluif voor het arbeidsrecht? (1)', *ArbeidsRecht* 2009/4, p. 27 t/m 31. Sagel verwacht dat reguliere obesitas in de toekomst ook als handicap of chronische ziekte zal worden aangemerkt en wijst ter onderbouwing onder meer naar de ruime opvatting die de CGB over het begrip 'chronische ziekte' huldigt alsmede op de opvatting hierover van de Wereldgezondheidsorganisatie die obesitas al enige jaren als zodanig aanmerkt. In het tweede deel van dit artikel, 'Obesitas: een nieuwe vette kluif voor het arbeidsrecht?' (2), *ArbeidsRecht* 2010/1, p. 9 t/m 14, verwijst Sagel ter verdere onderbouwing van deze inschatting tevens naar de definitie van obesitas, zoals deze is opgenomen in art. 1.2.1 van de eerste Nederlandse richtlijn 'Diagnostiek en behandeling van obesitas bij volwassenen en kinderen'. Zie voor deze richtlijn: www.medisch-contact.artsennet.nl/mconline/dossiers/obesitas.htm.

88 Hof van Justitie EG 11 juli 2006, nr. C.-13/05 (*Chacón/Navas*), JAR 2006/191.

89 Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 169, nr. 3, p. 24.

beroepsleven belemmert. Volgens de richtlijn gaat het hierbij om beperkingen waardoor deelname aan het beroepsleven voor langere tijd wordt belemmerd.⁹⁰ Zij kunnen voor de uitvoering van deze wet zowel fysiek, verstandelijk of psychisch van aard zijn.

Volgens de wetgever is een chronische ziekte een ziekte die langdurig van aard is.⁹¹ Een hoog ziekteverzuim in het verleden is niet synoniem met het begrip chronische ziekte.⁹² De CGB legt de begrippen handicap en chronische ziekte, gelet op het doel van de wet, ruim uit. Zo heeft de CGB een whiplashlaesie als handicap of chronische ziekte aangemerkt, ook al was op dat moment nog niet komen vast te staan dat de aandoening chronisch zou zijn, omdat er nog geen sprake was van een medische eindtoestand. Deze conclusie trok de CGB uit de algemene omstandigheid dat klachten ten gevolge van een whiplash chronisch kunnen zijn.⁹³ Hetzelfde geldt voor fibromyalgie.⁹⁴ Het verbod tot het maken van onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte strekt zich voorts uit tot vermeende handicap of chronische ziekte.⁹⁵ Dit laatste maakt, in combinatie met de ruimhartige interpretatie van het begrip handicap en chronische ziekte, dat het ontbreken van een wettelijke definitie geen negatieve gevolgen heeft voor de rechtsbescherming van een gehandicapte of chronisch zieke.⁹⁶

6.3.3.1 Uitzonderingen/voorkeursbeleid

Het verbod van onderscheid geldt niet indien dit noodzakelijk is ter bescherming van de veiligheid en gezondheid van de betrokken werknemer (art. 3 lid 1 sub a WGBH/CZ). Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de weigering om een ernstig visueel gehandicapte aan te nemen voor een functie als productiemedewerker, voor de uitoefening waarvan machines moeten worden bediend die de veiligheid of gezondheid van de betrokkene in gevaar kunnen brengen. Een uitzondering op het verbod wordt blijkens de oordelen van de CGB in de praktijk niet snel geaccepteerd. Bovendien geldt het verbod niet in die gevallen waarbij het een regeling, norm of partij betreft die tot doel heeft specifieke voorzieningen en faciliteiten te scheppen of in stand te houden ten behoeve van personen met een handicap of chronische ziekte. Deze maatregelen zijn immers in het leven geroepen om bestaande achterstanden ten gevolge van handicap en/of chronische ziekte weg te nemen. Hetzelfde geldt voor maatregelen die tot doel hebben om gehandicapten of chronisch zieken een bevoorrechte positie toe te kennen, om zo feitelijke nadelen in verband met handicap of

90 Zie de 16^e overweging van de Richtlijn 2000/78.

91 *Kamerstukken II* 2001/2002, 28 169, nr. 3, p. 9 en p. 24.

92 CGB 5 november 2004, oordeel 2004-145 en CGB 26 april 2005, oordeel 2005-77. Zie voorts Hof van Justitie EG 11 juli 2006, nr. C-1305 (*Chacón Navas*), *JAR* 2006/191.

93 CGB 13 december 2005, oordeel 2005-234.

94 CGB 12 februari 2007, oordeel 2007-25. Zie in dit verband ook Ktr. Almelo (voorzieningenrechter) 13 november 2007, *JAR* 2007/291. In casu werd proeftijdontslag voor aanvang van de werkzaamheden wegens een herseninfarct van de werknemer voorshands als discriminatoir aangemerkt op grond van strijd met art. 4 sub b van de WGBH/CZ. Zie in gelijke zin Ktr. Amersfoort (voorzieningenrechter) 27 november 2008, *JAR* 2009/4.

95 *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 169, nr. 3, p. 24 (MvT). Zie ook CGB 10 juni 2004, oordeel 2004-67, hierbij ging het om een geval van een werknemer die was hersteld na een hartinfarct.

96 Hof van Justitie EG 11 juli 2006, nr. C.-13/05 (*Chacón/Navas*), *JAR* 2006/191.

ziekte op te heffen of te doen verminderen (art. 3 lid 1 sub c WGBH/CZ). Voorwaarde is ook hierbij, net als bij de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en de Algemene wet gelijke behandeling (zie respectievelijk art. 5 lid 1 WGB en art. 2 lid 3 AWGB), dat wordt voldaan aan de eisen van legitimiteit, doelmatigheid en proportionaliteit.⁹⁷ Regelingen over o.a. gelijke behandeling van gehandicapten en niet-gehandicapten treffen we regelmatig aan in cao's.⁹⁸

6.3.3.2 Mededelingsplicht terzake van handicap of chronische ziekte

Een sollicitant mag een handicap of chronische ziekte die van belang is voor de vervulling van de wezenlijke functievereisten, ondanks het verbod om bij de aanbidding van een functie onderscheid te maken op grond van deze kenmerken, niet verzwijgen, indien hij weet of moet begrijpen dat de kwaal hem ongeschikt maakt voor de betrekking waarnaar hij solliciteert.⁹⁹ Als de sollicitant er bij de sollicitatie mee bekend is dat zijn handicap of chronische ziekte hem ongeschikt maakt voor de aangeboden functie, moet hij de werkgever hiervan mededeling doen. In die situatie geldt het verbod van onderscheid naar handicap of chronische ziekte niet.¹⁰⁰ In dat geval kan het vasthouden aan dit verbod naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid leiden tot onaanvaardbare gevolgen. Dit geldt zeker in die situatie waarbij op grond van de Wet op de medische keuringen een medische aanstellingskeuring niet is toegestaan. Op dit aspect is reeds in § 4.3.7 nader ingegaan.

Als de relevante beperkingen voor het verrichten van de bedongen werkzaamheden eerst tijdens de proeftijd bekend worden en op grond daarvan tot de opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd wordt overgegaan, kan dit leiden tot vernietigbaarheid van de opzegging wegens misbruik van bevoegdheid met, gelet op de duur van de proeftijd, disproportionele gevolgen.¹⁰¹ Als de sollicitant zwijgt over zijn ongeschiktheid voor de functie ten gevolge van handicap of chronische ziekte, dan loopt hij het risico dat hem op grond van art. 7:629 lid 3 BW een loonsanctie wordt opgelegd of zelfs beëindiging van de arbeidsovereenkomst zal volgen op grond van een dringende reden. Het gebod om van deze omstandigheden bij de sollicitatie mededeling te doen, geldt ook als de ziekte of handicap het verrichten van de

97 In de Nota voorkeursbehandeling, *Kamerstukken II* 2004-2005, 28 770 nr. 11, p. 66, is het kabinet ervan uitgegaan dat, zolang het Hof van Justitie EG niet anderszins heeft geoordeeld, de grenzen van voorkeursbehandeling voor de gronden ras en handicap hetzelfde zijn als de grenzen van de voorkeursbehandeling op grond van geslacht.

98 Zie o.a. CAO Metaalbewerkingsbedrijven (looptijd van 1 februari 2008 tot en met 30 november 2009).

99 HR 20 maart 1984, *NJ* 1981, 507 (*DSM/Mijnals*). In diezelfde lijn beslisten Ktr. Arnhem 13 september 1999, *Prg.* 2000, 5401 en Rb. Arnhem 17 april 2002, *JAR* 2002, 108. Deze verplichting vloeit ook voort uit de algemene mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1(b) BW.

100 Zie CGB 11 januari 2005, 2005-78, CGB 10 januari 2006, oordeel 2006-3, CGB 27 februari 2006, oordeel 2006-137 en CGB 3 mei 2006, oordeel 2006-228. Zie ook HvJ EG 11 juli 2006, zaak nr. C.-13/05 (*Chacón/Navas*), *JAR* 2006/191.

101 Zie in dit verband ook Ktr. Almelo (voorzieningenrechter) 13 november 2007, *JAR* 2007/291. In casu werd proeftijdontslag voor aanvang van de werkzaamheden wegens een herseninfarct van de werknemer voorshands als discriminatoir aangemerkt op grond van strijd met art. 4 sub b van de WGBH/CZ. Zie in gelijke zin Ktr. Amersfoort (voorzieningenrechter) 27 november 2008, *JAR* 2009/4.

wezenlijke functievereisten niet in absolute zin belet, maar de sollicitant (ernstige) belemmeringen zal ervaren bij het vervullen van zijn functie.¹⁰² Voorts geldt een specifieke mededelingsplicht van de sollicitant ten aanzien van door de werkgever in verband met handicap of chronische ziekte uit te voeren noodzakelijke aanpassingen (art. 2 WGBH/CZ).¹⁰³ Uit het oogpunt van een eerlijke kans op aanstelling is er veel voor te zeggen om deze mededelingsplicht eerst te laten ingaan vanaf het moment dat de onderhandelingen over het aangaan van een arbeidsovereenkomst zijn begonnen.¹⁰⁴

In § 4.2.4.1 kwam reeds ter sprake dat bij werving en selectie van personeel, net als in het algemeen verbintenissenrecht, speelt dat tegenover de informatieplicht van de ene partij een onderzoeksplicht van de wederpartij wordt verondersteld. In zekere zin houden onderzoeksplicht en informatieplicht elkaar dan ook in evenwicht. Als niet aan deze onderzoeksplicht wordt voldaan, kan dit ertoe leiden dat een beroep op dwaling op grond van onverschoonbaarheid strandt.¹⁰⁵ Als er meer onderzoek door de werkgever wordt verricht, kunnen relevante beperkingen eerder worden opgespoord.

Naarmate er meer onderzoek door de werkgever wordt verricht, ligt het voor de hand om aan te nemen dat de mededelingsplicht van de sollicitant daardoor relatief kleiner wordt.¹⁰⁶ Hierbij moet echter wel de restrictie worden gemaakt dat de mededelingsplicht van de sollicitant hoe dan ook van kracht blijft in het geval deze door ziekte of handicap bij het vervullen van zijn functie (ernstig) zal worden belemmerd.

6.3.4 Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd

De Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid verbiedt het maken van onderscheid bij uiteenlopende aspecten betreffende de totstandkoming en de uitvoering van een arbeidsovereenkomst, zoals de aanbidding van een betrekking, de arbeidsvoorwaarden, de beëindiging van de arbeidsovereenkomst et cetera (art. 3 WGBL).¹⁰⁷ Het maken van onderscheid op grond van leeftijd bij de arbeid is niet absoluut verboden. Het is toegestaan als het objectief gerechtvaardigd is. In de volgende paragraaf zal op dit aspect nader worden ingegaan. Van belang is hierbij dat in de wervingstekst wordt gemotiveerd waarom een bepaald leeftijds onderscheid wordt gemaakt (art. 9 WGBL).¹⁰⁸ Dit uit oogpunt van kenbaarheid en toetsbaarheid van de reden voor derden. Een werkgever die niet reageerde op een door een sollicitant ingediende klacht dat bij de sollicitatie onderscheid zou zijn gemaakt naar leeftijd, handelde in strijd met de WGBL door niet op de klacht te reageren,

102 *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 169, nr. 3, p. 35 (MvT) alsmede Rb. Rotterdam 1 april 1999, *JAR* 1999/99.

103 CGB 19 juli 2005, oordeel 2005-133.

104 Zie in dit verband A.C. Hendriks, *Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2000, p. 175. Zie ook *Handelingen I* 2003, 20, p. 636.

105 Zie onder andere HR 30 november 1973, *NJ* 1974, 97. Zie ook eerder HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*).

106 Zie in dit verband A.C. Hendriks, *Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2000, p. 175.

107 Wet van 17 december 2003, *Stb.* 2004, 30, in werking getreden op 1 mei 2004.

108 Zie ook CGB 27 april 2006, oordeel 2006-80.

ondanks de omstandigheid dat geen feiten waren aangevoerd die onderscheid op grond van leeftijd konden doen vermoeden.¹⁰⁹ Uit informatie van antidiscriminatiebureaus (ADB's) is gebleken dat het aantal klachten over leeftijdsdiscriminatie sinds 2003 sterk is gestegen. Na de discriminatiegrond ras neemt leeftijdsdiscriminatie het grootste aantal klachten voor haar rekening.

6.3.4.1 Uitzonderingen/voorkeursbeleid

Er kunnen omstandigheden zijn waardoor het maken van onderscheid naar leeftijd gerechtvaardigd is (art. 7 WGBL). Hierbij kan worden gedacht aan de uitvoering van bij of krachtens de wet vastgesteld beleid op het terrein van arbeidsmarkt en werkgelegenheid ter bevordering van de arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën. Als voorbeeld kan worden genoemd de arbeidsparticipatie van jeugdige werklozen. Ook de bescherming van de gezondheid van werknemers kan als een legitiem doel voor het maken van onderscheid naar leeftijd worden aangemerkt. Voorts kan het maken van onderscheid naar leeftijd objectief gerechtvaardigd zijn op grond van een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang. Zo kan bijvoorbeeld een evenwichtige leeftijdsopbouw relevant zijn voor de continuïteit van de onderneming. Voor de beoordeling van de vraag of het onderscheid objectief gerechtvaardigd is, moet ook hier weer worden getoetst aan de eerdergenoemde vereisten van legitimiteit, doelmatigheid en proportionaliteit. In een aantal cao's komen we bepalingen tegen over voorkeursbeleid ten aanzien van bepaalde leeftijdsgroepen.¹¹⁰

Soms wordt in een wervingstekst versluierd onderscheid naar leeftijd gemaakt, dat indirect onderscheid naar leeftijd kan opleveren. Te denken valt hierbij aan een wervingstekst waarin een maximum-ervaringseis is aangegeven, welke eis oudere sollicitanten kan treffen¹¹¹ en al snel ongeoorloofd onderscheid naar leeftijd kan opleveren. Ook kan worden gedacht aan de eis dat de kandidaat enkele jaren ervaring heeft, waardoor starters op de arbeidsmarkt ongelijk worden behandeld. Ook het gebruik van de term 'aankomend' of 'starter' kan als een niet-objectief gerechtvaardigd onderscheid worden aangemerkt.¹¹² De eis van een minimumaantal jaren werkervaring is wellicht wel toegestaan. Een werkgever die een advertentie wil plaatsen, doet er verstandig aan om in de wervingstekst te vermelden dat deze openstaat voor alle leeftijden.¹¹³ Als een werkgever bij een openlijke aanbieding van een betrekking echter wel onderscheid op grond van leeftijd maakt, dient hij deze leeftijdseis, zoals gezegd, bij die aanbieding te motiveren (art. 9 WGBL).¹¹⁴

109 CGB 25 augustus 2005, oordeel 2005-159.

110 Zie o.a. de CAO Groenten- en Fruitverwerkende Industrie (looptijd van 1 januari 2007 tot en met 31 maart 2008). Zie ook de CAO Vereniging Koninklijke Jaarbeurs (looptijd van 1 april 2006 tot en met 31 maart 2008).

111 CGB 3 januari 2006, oordeel 2006-1.

112 Zie bijvoorbeeld CGB-advies/2005/06, p. 7 en CGB 21 november 2006, oordeel 2006-226. Zie ook *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 170, nr. 3, p. 17.

113 Het door het Ministerie van SZW gefinancierde Expertisecentrum Leeftijd schrijft werkgevers aan die in wervingsadvertenties onderscheid naar leeftijd maken.

114 CGB 8 maart 2005, oordeel 2005-32, CGB 12 oktober 2006, oordeel 2006-209, CGB 10 juli 2008, oordeel 2008-88 en CGB 7 oktober 2008, oordeel 2008-118.

De WGBL heeft een ruime strekking. Ook arbeidsbemiddeling valt onder het verbod van onderscheid naar leeftijd bij de arbeid (art. 3 sub b van de WGBL). In dit verband kan worden gewezen op een uitspraak van de CGB van 22 februari 2005. Een man had gereageerd op een vacature voor de functie van Senior Medewerker Woninghypotheek, die op de website van de Nationale Vacaturebank werd aangeboden. Het betrof een functie bij een opdrachtgever van de Nationale Vacaturebank. De sollicitant werd in eerste instantie niet door de opdrachtgever uitgenodigd voor een gesprek en voor de functie afgewezen op grond van zijn leeftijd (50 jaar). De Nationale Vacaturebank bemiddelde bij deze sollicitatie, hetgeen impliceerde dat ook de Nationale Vacaturebank volgens de CGB onderscheid naar leeftijd had gemaakt.¹¹⁵

6.3.5 Anoniem solliciteren

Bij anoniem solliciteren worden sollicitatiegegevens, zoals naam en geboorteplaats van werkzoekende, onherkenbaar gemaakt. Het is zeer wel de vraag of de sollicitant hiermee daadwerkelijk wordt geholpen, nu de oorzaak van ongelijke behandeling hiermee niet wordt weggenomen. Allochtonen vormen een extra kwetsbare groep in het selectieproces. Afwijzing heeft vaak een systematisch karakter en wordt soms door vooroordelen veroorzaakt.¹¹⁶ Door anoniem solliciteren wordt het probleem verschoven van de wervingsfase naar de selectiefase van de sollicitatieprocedure.

Indien een sollicitant ten gevolge van anoniem solliciteren niet reeds in de wervingsfase wordt afgewezen, maar bijvoorbeeld wordt uitgenodigd voor een sollicitatiegesprek, blijkt in dat geval dat de sollicitant allochtoon is. Het bestaande vooroordeel van een werkgever ten aanzien van allochtonen komt in dat geval tot leven. Een mentaliteitsverandering om bestaande vooroordelen over allochtonen weg te nemen, is dan ook een veel fundamentele stap om ongelijke behandeling bij de werving en selectie van personeel verder in te dammen. Dit kan worden gestimuleerd door het organiseren van voorlichtingscampagnes, waardoor de gelijkebehandelingswetgeving en de NVP Sollicitatiecode bij werkgevers en sollicitanten meer bekendheid verkrijgen. De Commissie NVP Sollicitatiecode heeft de noodzaak tot het geven van voorlichting onderkend in haar jaarverslag over 2006.¹¹⁷ Zij ziet het als haar taak om de NVP Sollicitatiecode indringend binnen en buiten de NVP onder de aandacht te brengen. Hierbij is het vooral zaak om de NVP Sollicitatiecode meer onder de aandacht te brengen bij kleinere bedrijven en deze waar nodig concrete tips te geven hoe zij hun sollicitatieprocedure moeten inrichten om aan de NVP Sollicitatiecode te kunnen voldoen.¹¹⁸

115 CGB 30 december 2004, oordeel 2004-179.

116 Zie het eindrapport van de Commissie Selectieprocedure, Sociale Zaken, Verslagen en rapporten 1977-5, *Een sollicitant is ook een mens*, 's-Gravenhage, november 1977, p. 20.

117 Jaarbericht 2006, Commissie NVP Sollicitatiecode en Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode, *Eerlijk duurt het langst*, p. 5.

118 Aanbeveling werving en selectie, oktober 2006, Stichting van de Arbeid, aanbeveling 3.

In feite is anoniem solliciteren niet meer dan een anonieme briefselectie, die niets uithaalt, omdat de sollicitant na een positief uitgevallen selectie op grond van de - anonieme- sollicitatiebrief aan een persoonlijke beoordeling in een sollicitatiegesprek zal worden onderworpen. De kans is vrij groot dat de werkgever in dat geval wel een reden zal bedenken voor afwijzing van de sollicitant, zonder daarbij de verdenking van discriminatie over zich af te roepen. In dat geval is het anoniem solliciteren alleen maar een schijnvertoning, die niet in het belang is van de sollicitant. Alleen in die gevallen waarbij vooroordelen min of meer onbewust een rol spelen, kan anoniem solliciteren een hulpmiddel zijn om de werkgever van zijn vooroordelen bij het selecteren bewust te maken. Dit kan ertoe leiden dat bestaande vooroordelen op den duur zullen verminderen. Als die situatie zich voordoet, kan anoniem solliciteren meerwaarde hebben, omdat de werkgever zich van zijn vooroordeel bewust wordt en daardoor naar verwachting in de toekomst minder snel ongerechtvaardigd onderscheid bij de werving van personeel zal maken.

Bovendien zal een sollicitant die anoniem solliciteert naar verwachting over het algemeen verder in de procedure eindigen, ten gevolge waarvan discriminatoire bejegening in de sollicitatiefase wellicht beter te bewijzen zal zijn. Een werkgever dient in beginsel zelf niet anoniem te werven. Naar de mening van de Werkgroep Selectieprocedures zijn naam en aard van de arbeidsorganisatie een belangrijk onderdeel van de informatie waarover de sollicitant moet beschikken.¹¹⁹

6.4 Handhaving

6.4.1 Interne klachtenbehandeling

Indien een sollicitant van oordeel is dat een aanstaande werkgever in de fase van werving, selectie en aanstelling discrimineert of heeft gediscrimineerd, doet hij er verstandig aan om allereerst vast te stellen of de werkgever een klachtenregeling hanteert. Als er een interne klachtbehandeling binnen de arbeidsorganisatie bestaat, is deze organisatie op grond van de NVP Sollicitatiecode ertoe gehouden om de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging jaarlijks te informeren over het aantal, de aard en de wijze van afhandeling van ingediende klachten.¹²⁰ Als er sprake is van een interne klachtenbehandeling kan de sollicitant een klacht indienen op basis van deze klachtenregeling bij de werkgever.

6.4.2 Zorgtaak ondernemingsraad (artikel 28 Wet op de ondernemingsraden)

Op grond van artikel 28 lid 3 van de Wet op de ondernemingsraden heeft de ondernemingsraad onder andere tot taak om in het algemeen tegen discriminatie in de onderneming te waken en bevordert hij in het bijzonder de gelijke behandeling van mannen en vrouwen alsmede de inschakeling van gehandicapten en minderheden in

¹¹⁹ Eindrapport van de Werkgroep Selectieprocedures, *Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid*, mei 1982, p. 59.

¹²⁰ NVP Sollicitatiecode (2009), uitgangspunt 7.2.

de onderneming.¹²¹ De ondernemingsraad heeft in het kader van deze taakuitoefening de bevoegdheid om aan de Commissie Gelijke Behandeling te verzoeken een onderzoek te doen instellen of onderscheid in de zin van de Algemene wet gelijke behandeling is of wordt gemaakt.

De ondernemingsraad wordt bij deze zorgtaak gesteund door zijn algemene informatierecht ingevolge artikel 31 lid 1 WOR.¹²² Ook kan de OR een Commissie emancipatie aanstellen die een beleidsplan ter voorkoming van discriminatie en bevordering van emancipatie opstelt. In een dergelijk beleidsplan kunnen concrete maatregelen worden opgenomen ter voorkoming van structurele discriminatie.

6.4.3 Externe klachtenbehandeling

6.4.3.1 De Commissie Gelijke Behandeling

De Commissie Gelijke Behandeling (CGB) kan de sollicitant die in de fase van werving, selectie en aanstelling ongelijk wordt behandeld, steunen. Zo kan de CGB op schriftelijk verzoek onderzoeken of een onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in de Algemene wet gelijke behandeling, de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen, de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte, en de discriminatiegronden als bedoeld in de artikelen 7:646, 7:648 en 7:649 BW. In geval van 'andere gronden', zoals bedoeld in artikel 1 van de Grondwet, is er geen wettelijke basis voor de inschakeling van de CGB en kan de sollicitant een rechtsvordering instellen bij de civiele rechter. Sinds enige tijd bestaat ook de mogelijkheid om een klacht in te dienen via de website van de CGB. Het onderzoek door de CGB beperkt zich tot de vraag of er al dan niet sprake is van discriminatoir handelen of van overtreding van de wet. Bij haar oordeel kan de CGB aanbevelingen doen aan degene die het onderscheid zou maken (art. 13 lid 2 AWGB).¹²³ De CGB is niet bevoegd om te oordelen over arbeidsrechtelijke kwesties.¹²⁴

Het oordeel van de CGB heeft geen rechtsgevolgen. Als een persoon weigert om mee te werken aan een procedure bij de CGB, levert dat een strafbaar feit op (art. 84 Wetboek van Strafrecht: het niet opvolgen van een ambtelijk bevel). Als een uitspraak van de CGB niet wordt opgevolgd, kan een strafrechtelijke aangifte worden gedaan. In de praktijk werkt vaak alleen al de dreiging hiermee als stimulans om het oordeel op te volgen. De gelijkebehandelingswetgeving kent geen eigen sanctiesysteem.

De CGB heeft ook zelfstandig de bevoegdheid om een rechtsvordering bij de rechter in te stellen ter verkrijging van een bindend oordeel, waarbij een gedraging onrechtmatig kan worden verklaard, wordt verboden of een bevel wordt gegeven om de

121 Zie § 3.5 van dit boek.

122 Zie ook § 3.5 van dit boek.

123 MVT, *Kamerstukken II* 1990-1991, 22 014, nr. 3, p. 26.

124 Zie www.cgb.nl.

gevolgen van de gedraging ongedaan te maken (art. 15 lid 1 van de Algemene wet gelijke behandeling).

De CGB mag de bedoelde rechtsvordering niet instellen indien het slachtoffer van de discriminatie daartegen bezwaar heeft (art. 15 lid 2 Algemene wet gelijke behandeling).¹²⁵

De CGB zal tot het instellen van deze rechtsvordering overgaan op grond van de ernst van het onderscheid, de verwachte precedentwerking of de aard van de afweging van de in het geding zijnde belangen.¹²⁶ Uit de jaarverslagen van de CGB blijkt niet dat zij van die mogelijkheid tot op heden gebruik heeft gemaakt. Ook kan de CGB, indien zodanig onderscheid stelselmatig wordt gemaakt in de openbare dienst, zelfstandig tot een onderzoek overgaan en haar oordeel daarover kenbaar maken (art. 12 lid 1 Algemene wet gelijke behandeling). Dergelijk onderzoek kan zich echter niet op één bepaald bedrijf of één bepaalde instelling richten, maar op de bedrijven en instellingen die werkzaam zijn binnen een of meer sectoren van het maatschappelijk leven. In 2005 hebben evenwel de Eerste en de Tweede Kamer ingestemd met de Evaluatiewet gelijke behandeling,¹²⁷ op basis waarvan de CGB ook de bevoegdheid verkrijgt om binnen enkele bedrijven onderzoek te doen. Aan zo'n onderzoek gaat een vooronderzoek vooraf. Er wordt pas een individueel onderzoek ingesteld bij signalen vanuit de samenleving en/of verzoeken van als zodanig ervaren maatschappelijke problemen.

De Hoge Raad¹²⁸ heeft bepaald dat voor het afwijken van het oordeel van de CGB deugdelijke motieven moeten worden aangevoerd, gelet op de deskundigheid van de CGB. Het is evenwel de vraag of de regel uit dit arrest tegenwoordig nog wel van kracht is. Asscher-Vonk¹²⁹ heeft erop gewezen dat het arrest Gielen/St. Bavo is gewezen in de tijd dat de Wet gelijk loon gold. Op basis van deze wet bestond er een 'Commissie Gelijk Loon voor mannen en vrouwen' die na de totstandkoming van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid in 1980 werd samengevoegd met de CGB. In de zaak Gielen/St. Bavo ging het om een vordering die op de Wet gelijk loon was gebaseerd. Daardoor kan volgens Asscher-Vonk de in Gielen/St. Bavo geformuleerde regel niet algemeen op de oordelen van de CGB worden toegepast. De specifieke deskundigheid van de CGB had immers betrekking op het gelijke loon en de advisering door de Commissie Gelijk Loon was destijds verplicht.

125 Zie ook MvA, *Kamerstukken II* 1991-1992, 22 014, nr. 5, p. 4.

126 MvT, *Kamerstukken II* 1990-1991, 22 014, nr. 3, p. 26.

127 Wet van 15 september 2005, *Stb.* 516.

128 HR 13 november 1987, *NJ* 1989, 698 (*Gielen/St. Bavo*), m.nt. E.A. Alkema.

129 I.P. Asscher-Vonk, 'De Interactie tussen de Commissie Gelijke Behandeling en de Rechter: Van dode mussen en gebraden duiven', *SMA* 2007/6, p. 225 e.v.

Uit onderzoeken is gebleken dat de rechter in de praktijk de commissieoordelen soms wel en soms niet in zijn overwegingen betreft.¹³⁰ Voorts is gebleken dat de rechter in veel gevallen niet gemotiveerd op het commissieoordeel ingaat.¹³¹ Een eenduidig beeld komt uit het onderzoek niet naar voren.¹³² Deze constatering is op zich begrijpelijk, omdat de toetsing door de rechter veel ruimer is dan die van de CGB.¹³³ Een voorbeeld van deze ruimere toetsing door de rechter is een uitspraak van de Rechtbank Utrecht van 31 augustus 2007.¹³⁴ De CGB had eerder in een oordeel van 7 november 2006¹³⁵ verboden indirect onderscheid op grond van godsdienst bij de arbeidsomstandigheden aangenomen. In deze zaak was door een scholengemeenschap de functie-eis gesteld dat docenten bij het begroeten handen schudden. De rechtbank oordeelde in beroep dat er sprake was van een vertrouwensbreuk tussen partijen en tevens van gewichtige redenen die voortzetting van het dienstverband in de weg staan. Op grond van de omstandigheden van het geval oordeelde de rechtbank dat in dit geval de vrijheid van godsdienst noch enig ander rechtsbeginsel in het geding was. Voor het ontslagbesluit van de school was volgens de rechter een deugdelijke grond aanwezig.

De Kantonrechter Hilversum maakte het wel erg bont door te weigeren om toe te staan dat het rapport van de CGB door de werkneemster in het geding zou worden gebracht. In dit geval betrof het een ontbindingsprocedure waarin door de werkgever ontbinding van de arbeidsovereenkomst was gevraagd wegens een ernstige verstoring van de arbeidsrelatie, nadat de werkneemster zeventien dagen na de datum van indiensttreding voor het eerst melding had gemaakt dat zij in verwachting was. Voorts heeft de rechter verzuimd om in de ontbindingsbeschikking aan te geven waarom hij van het oordeel van de CGB, dat haar werkgever onderscheid naar geslacht had gemaakt, is afgeweken. De Rechtbank Amsterdam oordeelde het hoger beroep tegen deze ontbindingsbeschikking niet-ontvankelijk, omdat de kantonrechter met zijn beslissing niet buiten het toepassingsgebied van artikel 1639 (oud) BW was getreden en de rechter bij de totstandkoming van de beschikking geen essentiële vormen zou hebben verzuimd. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand.¹³⁶

130 C.E. van Vleuten & L. Willems, 'Commissie gelijke behandeling', in: I.P. Asscher-Vonk & C.A. Groenendijk (red.), *Gelijke behandeling: regels en realiteit*, Den Haag: Sdu 1999, I-7. Zie voorts Commissie Gelijke Behandeling, 'Het verschil gemaakt', evaluatie van de AWGB en de werkzaamheden van de CGB 1999-2004, Utrecht 2005, www.cgb.nl.

131 I.P. Asscher-Vonk, 'De Interactie tussen de Commissie Gelijke Behandeling en de Rechter: Van dode mussen en gebraden duiven', *SMA* 2007/6, p. 225 e.v. Zie voorts A.K. de Jongh & M.G. Nicolai, 'Commissie Gelijke Behandeling: een goed alternatief voor de Rechter', *ArbeidsRecht* 2003, p. 50.

132 Anders hierover: I.P. Asscher-Vonk, 'De Interactie tussen de Commissie Gelijke Behandeling en de Rechter: Van dode mussen en gebraden duiven', *SMA* 2007/6, p. 225 e.v. Zie voorts A.K. de Jongh & M.G. Nicolai, 'Commissie Gelijke Behandeling: een goed alternatief voor de Rechter', *ArbeidsRecht* 2003, p. 50.

133 K. Wentholt, 'De rechtsbescherming van de zwangere sollicitante', *SMA* 1992, p. 281 en A.G. Castermans, 'Rol en betekenis van de Commissie Gelijke Behandeling', *SMA* oktober 2007 nr. 10, p. 370 e.v. Zie voorts jaarverslag CGB 2006, p. 84 e.v.

134 Rb. Utrecht 30 augustus 2007, *TAR* 2007, 197.

135 CGB 7 november 2006, oordeel 2006-221.

136 HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 672 (*Woesthoff/Intershow B.V.*).

Asscher-Vonk¹³⁷ heeft ter bevordering van meer conformiteit in uitspraken ervoor gepleit dat de CGB gebruik zal maken van haar bevoegdheid om een rechtsvordering bij de rechter in te stellen (art. 15 AWGB). Voorts adviseert zij rechters om de CGB in te schakelen voor het geven van een oordeel op grond van art. 12 lid 2 sub c AWGB.¹³⁸ De CGB heeft in haar evaluatie de gedachte afgewezen dat oordelen een bindend karakter zouden moeten krijgen. Een dergelijke aanvulling zou ingrijpende wijzigingen in de procedure en het toetsingskader vergen, omdat de oordelen van de CGB geen veroordeling tot een bepaald handelen of nalaten betreffen.¹³⁹

Ook de wetgever heeft uitdrukkelijk kenbaar gemaakt, dat hij het niet wenselijk acht dat aan de oordelen van de CGB bindende kracht wordt toegekend.¹⁴⁰ Eveneens is de suggestie afgewezen om aan CGB-oordelen de status van 'voorlopig bewijs' toe te kennen. Dit zou de bevoegdheden van de civiele rechter te veel inperken.¹⁴¹

Voorts is een motie afgewezen tot invoering van een bepaling op grond waarvan de rechter alleen gemotiveerd van een CGB-oordeel zou mogen afwijken.¹⁴² Tot slot is evenmin een suggestie overgenomen om de bewijslast om te keren wanneer de CGB al het oordeel heeft uitgesproken.¹⁴³ Wellicht kunnen de vorenstaande bezwaren worden ondervangen door in de AWGB een gefixeerde schadevergoeding op te nemen¹⁴⁴ van bijvoorbeeld een tot drie maandsalarissen en de bewijslast te verschuiven, in die zin dat de werkgever dient te bewijzen dat de sollicitant de functie ook zonder het gemaakte ongerechtvaardigd onderscheid niet zou hebben gekregen omdat een andere kandidaat geschikter was.¹⁴⁵

In de praktijk blijkt dat de CGB vaak achteraf wordt ingeschakeld voor het geven van een oordeel over gesteld discriminatoir handelen. De CGB kan evenwel op grond van de AWGB (art. 12 lid 2 sub b AWGB) ook preventief worden ingeschakeld om een oordeel over het eigen handelen van een partij te vragen. Uit de jaarverslagen van de CGB blijkt, dat hiervan tot op heden nog weinig gebruik is gemaakt. Dit is naar mijn mening een gemiste kans. Wellicht is er op dit punt een taak weggelegd voor de wetgever om, naast verspreiding van informatiemateriaal over gelijke behandeling, in de gelijkebehandelingswetgeving bepalingen op te nemen waardoor preventieve inschakeling van de

137 I.P. Asscher-Vonk, 'De Interactie tussen de Commissie Gelijke Behandeling en de Rechter: Van dode mussen en gebraden duiven', *SMA* 2007/6, p. 225 e.v.

138 I.P. Asscher-Vonk, 'De Interactie tussen de Commissie Gelijke Behandeling en de Rechter: Van dode mussen en gebraden duiven', *SMA* 2007/6, p. 229.

139 A.G. Castermans, 'Rol en betekenis van de Commissie Gelijke Behandeling', *SMA* oktober 2007 nr. 10, p. 370 e.v. Zie voorts jaarverslag CGB 2006, p. 84 e.v.

140 MvT AWGB, p. 10.

141 NEV AWGB, p. 127. Zie in dit verband ook P.F. van der Heijden, *Een eerlijk proces in het Sociaal Recht*, Deventer: Kluwer 1984, p. 189. Van der Heijden ziet pseudorechtspraak als belangrijkste taak van de Commissie Gelijke Behandeling.

142 Motie Groenman, *Handelingen Kamerstukken II* 1992-1993, 22 014, p. 3568.

143 K. Wentholt, 'Gelijke behandeling gelijk behandeld? Analyse van de jurisprudentie van de CGB en de rechter', *Nemesis* 1993, p. 158-165 en R.W. Amsterdam 18 november 1987, *N.J.C.M.-Bulletin* 1988, p. 90-91.

144 Deze suggestie is afkomstig van T. van den Berge, 'Schadevergoeding: een effectieve sanctie op rassendiscriminatie in de sollicitatiefase?', *SMA* 2007, nr. 7/8, p. 285.

145 HvJ EG 22 april 1997, zaak 180/95 (*Draehmpaehl*), *Jur.* 1997, p. I-2195, *NJ* 1998, 435, *JAR* 1997/152, *SEW* 1998, p. 69, m.nt. A. Veldman, *Rechtspraak Nemesis* 1997, 730, r.o. 34.

CGB kan worden afgedwongen. Voor een tijdens de wervingsfase gediscrimineerde sollicitant kan het dan ook zinvol zijn om het -deskundige- oordeel van de CGB te vragen. De procedure is eenvoudig en goedkoop. Procesvertegenwoordiging is niet voorgeschreven. De CGB verricht onderzoek naar de zaak. Dit onderzoek wordt gewoonlijk binnen zes maanden afgerond, waarna een zitting wordt bepaald. Binnen acht weken na de zitting spreekt de CGB haar oordeel uit.¹⁴⁶ De procedure is relatief snel en kent geen proceskostenveroordeling. De zaak wordt beoordeeld door drie commissieleden die worden bijgestaan door een griffier.

6.4.3.2 Antidiscriminatiebureau

Een individuele sollicitant die zich op het standpunt stelt dat hij in de fase van werving, selectie en aanstelling is gediscrimineerd, kan een klacht indienen bij een antidiscriminatiebureau (ADB). Een antidiscriminatiebureau kan trachten de klacht via bemiddeling op te lossen. Voorts kan het ADB de sollicitant bij het indienen van de klacht bij de CGB ondersteunen.

6.5 Groepsacties

Als er collectieve belangen op het spel staan, hebben ook de ondernemingsraad (art. 12 lid 2 sub d AWGB), een vakbond of een antidiscriminatiebureau de mogelijkheid om een oordeel van de CGB te vragen over verondersteld discriminatoir handelen. Deze bevoegdheid is eveneens toegekend aan verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid of stichtingen die de belangen behartigen van diegenen wiens belangen de AWGB beoogt te beschermen (art. 12 lid 2 sub e AWGB). Meestal zullen deze belangenorganisaties van die mogelijkheid gebruikmaken als er een vermoeden van structurele discriminatie bestaat. Voorwaarde daarbij is wel dat deze actiegroepen rechtspersoonlijkheid bezitten. Zonodig kunnen deze organisaties zich al dan niet op basis van het oordeel van de CGB rechtstreeks tot de rechter wenden. Voor de ondernemingsraad vloeit deze bevoegdheid voort uit zijn zorgplicht om in de onderneming in het algemeen tegen discriminatie te waken. Voorts moet de OR de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bevorderen alsmede de inschakeling van gehandicapten en minderheden in de onderneming (art. 28 lid 3 WOR). In de praktijk zal alleen al de dreiging met het voorleggen van een zaak aan de CGB, of het dreigen met het indienen van een vordering bij de rechter via een groepsactie, tot een oplossing kunnen bijdragen.¹⁴⁷ Ook dient de stichting of vereniging op het desbetreffende gebied in de praktijk activiteiten te ontplooiën of ontplooid te hebben. Verder is in de rechtspraak uitgemaakt dat de vordering moet strekken tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen en dat de bundeling van gelijksoortige belangen de bevordering dient van een effectieve en/of efficiënte rechtsbescherming. Indien aan deze eis niet wordt voldaan, volgt een niet-ontvankelijkheidsverklaring.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Zie www.cgb.nl.

¹⁴⁷ Zie ook G.J.J. Heerma van Voss, 'Gelijke behandeling bij werving', *OR informatie*, 15 juni 1991.

¹⁴⁸ Rb. 's-Gravenhage 7 september 2005, LJN: AU2091.

Op basis van een groepsactie kan veroordeling van de gedaagde worden gevraagd tot het openbaar maken van de uitspraak van de CGB. Het vorderen van schadevergoeding in geld is niet via de weg van een groepsactie mogelijk. Die mogelijkheid is wel weggelegd voor de vakbond op grond van de artikelen 15 en 16 van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst.¹⁴⁹ De vakbond kan op grond van deze bepalingen vergoeding van materiële of immateriële schadevergoeding namens haar leden vorderen wegens het niet-nakomen van cao-bepalingen. Voorwaarde voor deze schadevergoedingsacties is uiteraard wel dat in de betreffende cao-bepalingen ten aanzien van de werving en selectie van personeel zijn opgenomen.¹⁵⁰ De Stichting van de Arbeid raadt dit cao-partijen in haar aanbevelingen aan.¹⁵¹ Op grond van de artikelen 15 en 16 van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (WCAO)¹⁵² kan de vakbond ook vergoeding van schade vorderen die zij zelf als cao-partij hierdoor lijdt.

Uit de praktijk blijkt dat de schadevergoedingsacties op grond van de artikelen 15 en 16 WCAO zijn bedoeld voor die gevallen waarin leden door niet-naleving van diagonale bepalingen, die niet in de individuele arbeidsovereenkomst zijn opgenomen, schade lijden. Voor schending van laatstgenoemde bepalingen kan de individuele werknemer of werkgever immers zelf rechtstreeks een actie instellen. Als de leden van de cao-partijen hun verplichtingen ten aanzien van cao-partijen of als leden ten opzichte van elkaar niet nakomen, kan op grond van artikel 9 lid 2 van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst nakoming en/of vergoeding van eigen schade worden gevorderd (art. 15 WCAO jo. art. 3:305a BW). De actie die voor sollicitanten de meeste zoden aan de dijk zet, is evenwel de vordering tot naleving van de cao die door een vakbond tegen een individuele werkgever kan worden ingesteld. Om de vordering extra kracht bij te zetten, kan worden gekozen voor de mogelijkheid van een voorlopige voorziening en oplegging door de rechter van een gebod of verbod met verbeurte van een dwangsom bij niet-nakoming of overtreding.¹⁵³

Indien een vereniging of stichting een vordering instelt, omdat zij meent dat een onderscheid als bedoeld in de AWGB is of wordt gemaakt en zij in rechte feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden, dient de wederpartij te bewijzen dat niet in strijd met de wet is gehandeld (art. 10 lid 2 AWGB).

Het voordeel van een groepsactie kan zijn dat ongelijke behandeling in de fase van werving, selectie en aanstelling structureel wordt aangepakt. Voor een individuele

149 Wet van 24 december 1927, *Stb.* 415, laatstelijk gewijzigd bij wet van 4 maart 2004, *Stb.* 104. Zie in dit verband ook A.J.T.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, 2^e druk, Deventer: Kluwer 2005, p. 122 e.v.

150 Uit onderzoek in opdracht van en uitgevoerd door het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid blijkt dat de NVP Sollicitatiecode bij slechts 50% van de onderzochte bedrijven bekend was en dat slechts twee van de onderzochte bedrijven in hun cao's rechtstreeks naar de NVP Sollicitatiecode hadden verwezen. Zie het cao-onderzoek 'Werving en selectie in cao's (2004)'. Zie voorts het bedrijvenonderzoek 'Gelijke behandeling in bedrijf', dat eveneens door en in opdracht van SZW is uitgevoerd.

151 Zie de Aanbeveling werving en selectie, Stichting van de Arbeid, oktober 2006, publicatienr. 11/06, p. 7.

152 Wet van 24 december 1927, *Stb.* 1927, 415, laatstelijk gewijzigd bij wet van 7 december 2006, *Stb.* 2006, 706.

153 Zie de artt. 253 en 254 Rv. Zie voorts de artt. 611a ; 611i Rv. (dwangsom).

sollicitant die aan een groepsactie deelneemt, kan het voordeel zijn dat eventuele kosten van rechtsbijstand over alle deelnemers aan de groepsactie kunnen worden omgeslagen, waardoor een aanzienlijke kostenbesparing kan plaatsvinden.

6.6 Civielrechtelijke sancties

Indien tijdens de fase van werving, selectie en aanstelling wordt gehandeld in strijd met het gebod van gelijke behandeling,¹⁵⁴ staat daarmee blijkens de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie de onrechtmatigheid en de volledige aansprakelijkheid voor de schade vast.

Uit het Dekker-arrest¹⁵⁵ en het daarna gewezen Draehmpaehl-arrest¹⁵⁶ volgt dat elke schending van het discriminatieverbod als zodanig reeds volstaat voor de volledige aansprakelijkheid van degene die heeft gediscrimineerd. In het arrest werd tevens overwogen dat in het nationale recht voorziene rechtvaardigingsgronden niet kunnen worden erkend. Ook schuld speelt hierbij geen rol. Handelen in strijd met het gebod van gelijke behandeling is in strijd met de wet en in beginsel is daarmee reeds de onrechtmatigheid van het handelen gegeven. In de regel zal in dat geval tevens onrechtmatigheid kunnen worden aangenomen, omdat is gehandeld in strijd met een rechtsplicht of wegens strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm.¹⁵⁷ De sollicitant die meent dat in zijn nadeel bij de werving onderscheid is gemaakt, wordt bewijstechnisch gezien tegemoetgekomen. Indien hij feiten aanvoert die het gestelde onderscheid kunnen doen vermoeden, dient de wederpartij te bewijzen dat niet in strijd met deze bepaling is gehandeld.¹⁵⁸ Hiermee wordt uitvoering gegeven aan de Europese richtlijn van bewijslastverdeling.¹⁵⁹ Door deze bewijsregel wordt uitvoering gegeven aan de Kaderrichtlijn van de EU¹⁶⁰ en artikel 8 van de Rasrichtlijn.¹⁶¹ Het is blijkens de oordelen van de CGB,¹⁶² en eveneens volgens de rechtspraak,¹⁶³ voor de omkering van de bewijslast van belang dat de sollicitant voldoende feiten aanvoert die het gestelde onderscheid doen vermoeden.

Uit de rechtspraak blijkt dat een sollicitant er lang niet altijd in slaagt om aannemelijk te maken dat hij door het onrechtmatig handelen van de aspirant-werkgever materiële schade heeft geleden of nog zal lijden. Dit klemmt temeer in situaties waarin

154 Art. 3 WGB, art. 5 AWGB, art. 1 Grondwet (1982), art. 26 Internationaal Verdrag inzake Politieke Rechten (BAPO).

155 HR 13 september 1991, NJ 1992, 225 (*Dekker/VJV*). Zie voorts HvJ EG 8 november 1990, zaak 177/88 NJ 1992, 224, m.nt. P.A. Stein (*Dekker/VJV*).

156 Hof van Justitie EG 22 april 1997, zaak, c-180/95 (*Draehmpaehl*), Jur. 1997, p. I-2195.

157 C.A. Groenendijk, 'Recht tegen rassendiscriminatie op de arbeidsmarkt', SMA 1983, p. 666. Zie tevens de tekst van art. 6: 162 BW.

158 Art. 10 lid 1, AWGB. Zie voorts art. 7:646 lid 8 BW alsook art. 6a WGB. Zie ook HR 10 december 1982, NJ 1983, 687 (*Binderen/Kaya*).

159 Europese richtlijn voor bewijslast 97/80/EG.

160 Kaderrichtlijn nr. 2000/78/EG.

161 Rasrichtlijn nr. 2000/43/EG.

162 Zie o.a. CGB 26 juli 2007, oordeel 2007-144, CGB 16 juli 2007, oordeel 2007-129, CGB 22 mei 2007, oordeel 2007-83, CGB 8 maart 2007, oordeel 2007-33.

163 Ktr. Eindhoven 1 december 2005, JAR 2006/37.

de sollicitant vanuit een werkende positie solliciteert. De vordering tot materiële schadevergoeding zou meer kans van slagen hebben als de sollicitant aannemelijk kan maken dat hij, indien hij niet gediscrimineerd was, geschikt zou zijn om de functie te verrichten en de baan in dat geval wel zou hebben verkregen. In de praktijk zijn twee situaties te onderscheiden.¹⁶⁴ De eerste situatie is die waarbij de sollicitant, ondanks de omstandigheid dat hij werd gediscrimineerd, toch de baan niet zou hebben gekregen, bijvoorbeeld omdat hij niet aan de functievereisten kan voldoen. In deze situatie achtte het Hof van Justitie EG¹⁶⁵ een schadevergoeding ter hoogte van maximaal drie maandsalarissen¹⁶⁶ niet onredelijk. Volgens het Hof van Justitie ligt in dit geval de bewijslast dat de sollicitant de functie ook zonder de situatie van discriminatie niet zou hebben verkregen bij de werkgever. Slaagt de werkgever niet in dit bewijs of doet de situatie zich voor dat de sollicitant buiten het geval van discriminatie de baan wel zou hebben verkregen, dan heeft de sollicitant recht op volledige schadevergoeding inclusief smartengeld en rente.¹⁶⁷

Het Hof van Justitie EG¹⁶⁸ had reeds eerder bevestigd dat in geval van een discriminatoire gedraging het herstel van gelijkheid van kansen een volledige vergoeding van schade, inclusief rente, vergt. Dit geldt voor die gevallen waarin is gekozen voor schadevergoeding als sanctie op de discriminatoire gedraging. Ook in dit geval verzette een effectieve sanctionering van discriminatie zich volgens het Hof van Justitie tegen een nationale wettelijke limitering van schadevergoeding in geval van discriminatie. Bij volledige schadevergoeding dienen we, aldus de A-G in zijn conclusie bij dit arrest,¹⁶⁹ te denken aan verlies van eigendom, verlies van inkomen, psychische schade en schade als gevolg van tijdsverloop.

Ook vorderingen tot toekenning van immateriële schadevergoeding oogsten succes in geval van discriminatoire afwijzing van een sollicitant. Het al dan niet geschikt zijn van de sollicitant voor de functie speelt hierbij geen rol. In de wervingsfase kan -indien nodig in rechte- rectificatie van een onrechtmatige wervingstekst worden gevorderd. Hierdoor kan de onrechtmatigheid voor het vervolg van de wervings- en selectieprocedure worden weggenomen. Het Hof Amsterdam heeft in een arrest van 18 maart 1993 uitgemaakt dat het enkel op discriminatoire wijze afwijzen van een sollicitant een onrechtmatige handeling oplevert en dat een sollicitant hierdoor schade lijdt, omdat

164 T. van den Berge, 'Schadevergoeding; een effectieve sanctie op rassendiscriminatie in de sollicitatiefase?', *SMA* 2007, nr. 7/8, p. 280.

165 Dit is een wettelijk maximum naar Duits recht. HvJ EG 22 april 1997, zaak, c-180/95 (*Draehmpaehl*), *Jur.* 1997, p. I-2195.

166 HvJ EG 22 april 1997, zaak, c-180/95 (*Draehmpaehl*), *Jur.* 1997, p. I-2195.

167 T. van den Berge, 'Schadevergoeding; een effectieve sanctie op rassendiscriminatie in de sollicitatiefase?', *SMA* 2007, nr. 7/8, p. 280. Zie tevens HvJ EG 22 april 1997, zaak C-180/95 (*Draehmpaehl*), *Jur.* 1997, p. I-2195, *NJ* 1998, 435, *JAR* 1997/152, *SEW* 1998, p. 69 m.nt. A. Veldman, *Rechtspraak Nemesi* 1997, 730, r.o. 37. Zie ook J.M. van de Slooten, 'De inbedding van het gelijkebehandelingsrecht in de arbeidspraktijk', *ArbeidsRecht* 2007/8/9 p. 32 e.v. en P.C. Vas Nunes, 'Gelijke behandeling op grond van handicap en chronische ziekte in het arbeidsrecht', *TAP special* 2009/1, p. 26 e.v.

168 HvJ EG 2 augustus 1993. Zaak C-271/91 (*Marshall II*), *JAR* 1993/208, r.o. 30.

169 Zie conclusie A-G W. van Gerven bij HvJ EG 2 augustus 1993, zaak C-271/91 (*Marshall II*), *JAR* 1993/208, r.o. 18.

zijn persoon wordt aangetast, welke schade op grond van artikel 6:106 lid 1 sub b BW door de discriminator dient te worden vergoed.¹⁷⁰ In deze zaak speelde het volgende. Een vrouw was bij een sollicitatie afgewezen, omdat de functie van laborante voor haar als vrouw in fysiek opzicht te zwaar zou zijn. Voor wat betreft de hoogte van de immateriële schadevergoeding overwoog het hof, overeenkomstig de door het Europese Hof van Justitie ontwikkelde lijn in de rechtspraak,¹⁷¹ dat van de aansprakelijke partij een opoffering mag worden verlangd, die geëigend is om het gekwetste rechtsgevoel van de benadeelde te bevredigen. Het hof wees in dit geval de vordering tot immateriële schadevergoeding toe tot een bedrag van f 5.000 wegens schending van artikel 1 van de Grondwet en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen.

Voor wat betreft de forfaitair door de vrouw gevorderde materiële schadevergoeding van drie maanden loon, oordeelde het hof dat een persoonsgebonden vorm van schade in Nederland in beginsel concreet wordt berekend.¹⁷² In dit geval bleek de werkneemster geen inkomsten te hebben gederfd. Uit de tekst van artikel 7a:1639o lid 4 oud BW en artikel 16 van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst leidde het hof af, dat voor het vorderen van een gefixeerde of forfaitaire schadevergoeding een wettelijke bepaling is vereist.¹⁷³ In dit geval bestond –aldus het hof– een dergelijke wettelijke grondslag daartoe niet. Volgens Lindenbergh¹⁷⁴ neemt de omstandigheid dat de ene soort schade meer persoonsgebonden is dan de andere, evenwel niet weg dat in de rechtspraak niettemin voor de schadeberekening bepaalde abstracties worden toegepast. Deze abstracties bij de schadevaststelling vinden volgens Lindenbergh niet alleen hun bron in de wet en de rechtspraak, maar kunnen ook het resultaat zijn van rechterlijk beleid of van brancheafspraken. Aanknopingspunten voor een (meer) abstracte wijze van schadevaststelling kunnen naar de mening van Lindenbergh worden gevonden in de aard, in de doelmatigheid en in de redelijkheid van het bereikte resultaat. Deze drie kapstokken kunnen in de praktijk hun nut bewijzen. Zo kunnen we denken aan schadevaststelling in het geval van discriminatoire afwijzing van een sollicitant voor een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. In dat geval kan het redelijk zijn om de te verwachten inkomensderving niet onbegrensd toe te wijzen, maar bijvoorbeeld forfaitair vast te stellen.

Ik ben van mening dat het hof in de motivering van het arrest voorbij is gegaan aan de mogelijkheid die de wet (art. 6: 97 BW) de rechter geeft om in die gevallen waarbij wel aannemelijk is dat door het onrechtmatig handelen schade wordt geleden, de

170 Hof Amsterdam 18 maart 1993, JAR 1993/193.

171 HvJ EG 10 april 1984, 14/83, JUR. 1984 (Van Colson en Kamann); HvJ EG 2 augustus 1993, JAR 1993/208 (Marshall), Hof van Justitie EG 22 april 1997, zaak, c-180/95 (Draehmpaehl), Jur. 1997, p. I-2195, JAR 1997/152 en HvJ EG 11 oktober 2007, zaak C-460/06 (Pacquay), JAR 2007/287.

172 Zie in dezelfde zin Hof Leeuwarden 14 augustus 1999, rolnummer H98/213. Zie in andere zin Rb. Assen 1 december 2004, JAR 2005/62 en Rb. Amsterdam 14 juli 1993, JAR 1993/190. In deze zaken werd geen immateriële schadevergoeding toegekend.

173 Ook in de literatuur wordt dit wel verdedigd. I.P. Asscher-Vonk en A.C. Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 26, 2^e druk, p. 188-189.

174 S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: Algemeen, Deel 1, Mon. BW, B34*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 37 e.v.

schade schattenderwijs vast te stellen.¹⁷⁵ Bij die begroting heeft de rechter de nodige vrijheid.¹⁷⁶ Hij is volgens de rechtspraak daarbij niet gebonden aan de gewone regels van stelplicht en bewijslast.¹⁷⁷ In dit verband wordt verwezen naar een uitspraak van de Rechtbank Assen van 1 december 2004.¹⁷⁸ Een vrouw solliciteerde naar de functie van vrachtwagenchauffeur. Volgens de vacature ging het om een baan van zeven tot twaalf maanden. Aan de vrouwelijke sollicitant werd medegedeeld dat alle vacatures voor vrachtwagenchauffeurs waren vervuld. Toen daarop haar mannelijke partner naar de vacature informeerde, werd echter medegedeeld dat er nog een vacature openstond. Hiermee geconfronteerd, verklaarde de werkgever dat chaufferen een mannensport is. Uitgaande van de vermoedelijke duur van het dienstverband stelde de rechter de schade op het equivalent van zeven maanden loon, te verminderen met inkomsten uit arbeid/arbeidsongeschiktheid. De totale schadevergoeding kwam daarmee uit op een bedrag ad € 6.000. Met het verweer van de werkgever, dat de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd zou kunnen worden beëindigd waardoor de inkomensschade beperkt zou blijven, deed de rechter niets. Zij stelde zich op het standpunt dat de werkgever niet aannemelijk had gemaakt dat de arbeidsovereenkomst reeds tijdens de proeftijd zou eindigen. Voor immateriële schadevergoeding zag de rechter geen aanleiding, omdat de gronden van artikel 6:106 lid 1 BW zich niet voordeden.

Op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU is het de vraag of de overweging van de rechter om in laatstgenoemde zaak geen immateriële schadevergoeding toe te wijzen, juist is.¹⁷⁹ Indien immers de norm van gelijke behandeling is geschonden, staan daarmee de onrechtmatigheid¹⁸⁰ en schade vast. Schuld speelt hierbij geen rol. Ook in het nationale recht voorziene rechtvaardigingsgronden¹⁸¹ kunnen niet worden erkend.¹⁸² Dit heeft tot gevolg dat ook onbewust en indirect

175 Zie ook J.M. van Slooten in: 'Exit; Onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking, liber amicorum voor prof. mr. I.P. Asscher-Vonk', Deventer: Kluwer 2009, p. 475 e.v., die pleit voor de invoering van een gefixeerde minimumschadevergoeding met behulp van de abstracte schadeberekening van art. 6:97 BW, om te voorkomen dat een concrete schadeberekeningswijze te hoog of te laag zal uitvallen. Zie in dit verband tevens rechtsoverweging 3.5.6 van het arrest van de Hoge Raad van 12 februari 2010, *RAR 2010, 37 (Rutten/Breed)*, waarin de Hoge Raad overwoog dat artikel 6:97 BW de rechter vrijlaat de hoogte van de vergoeding uiteindelijk naar billijkheid op een bedrag te begroten.

176 S.D. Lindenbergh, *Smartengeld, tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 65 en 66, wijst er in dit verband op dat de begroting van schade sterk met de feiten is verweven en volgens vaste rechtspraak in zoverre in cassatie niet op juistheid kan worden getoetst. Aan de motivering worden dan ook geen strenge eisen gesteld. Zie in dit verband HR 13 december 1985, *NJ 1986, 567 m.nt. W.C.L. van der Grinten (Enci/Lindelauf)*.

177 HR 28 juni 1991, *RvdW 1991, 177 (Van der Plas/Amsterdam)*.

178 Rb. Assen 1 december 2004, *JAR 2005/62*.

179 Zie in dit verband ook J.M. van Slooten, 'De inbedding van het gelijkebehandelingsrecht in de arbeidsrechtpraktijk', *ArbeidsRecht* 2007, 40, die stelt dat het dogmatisch gezien onzuiver is om geen immateriële schadevergoeding toe te kennen als er al een materiële schadevergoeding is toegekend.

180 Parl. Gesch. WGB, *Handelingen II* 1978/79, p. 5811, zie voorts HvJ EG 22 april 1997, zaak, c-180/95 (*Draehmpaehl*), *Jur.* 1997, p. I-2195.

181 Bij rechtvaardigingsgronden dienen we te denken aan omstandigheden die een daad haar onrechtmatige karakter doet verliezen, zoals overmacht, noodweer en ambtelijk bevel.

182 HvJ EG 8 november 1990, *NJ 1992, 224 (Dekker/VJV)*.

onderscheid tot aansprakelijkheid leidt. De sanctie hierop dient op grond van het Europese recht doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend te zijn.¹⁸³ Schadevergoeding wordt in dit verband expliciet, naast de mogelijkheid van het alsnog aanbieden van de functie, als passende sanctie in het Europese recht genoemd.¹⁸⁴ Gelet hierop had in bovengenoemde uitspraak van de Kantonrechter Assen van 1 december 2004¹⁸⁵ toekenning van immateriële schade naar mijn mening voor de hand gelegen. Castermans en Zippo¹⁸⁶ pleiten op basis van een vergelijking met de toerekening van schade in het Europese mededingingsrecht ervoor om de rechter ook in discriminatiezaken ruimte voor een toerekeningsverweer te geven. Naar mijn mening kan deze ruimte binnen het kader van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU worden gevonden door de invoering van een gefixeerde minimumschadevergoeding middels de abstracte schadeberekening van art. 6:97 BW¹⁸⁷ in combinatie met de mogelijkheid van art. 6:98 BW om bij de bepaling van de omvang van de schade rekening te houden met het causaal verband en overige relevante factoren. Bij het toepassen van deze combinatie wordt zowel rekening gehouden met de uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU voortvloeiende eis dat een sanctie op discriminatie doeltreffend dient te zijn¹⁸⁸ alsook met de mate van schuld bij het bepalen van de omvang van de schade.

Een civielrechtelijke sanctie biedt de sollicitant die het slachtoffer is geworden van ongerechtvaardigd onderscheid bij de werving, een goede mogelijkheid om zijn gelijk te halen. De bewijspositie is voor hem voordelig. Ook zijn er voldoende mogelijkheden op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU om in rechte schadevergoeding te vorderen. Naast de mogelijkheid tot het vorderen van schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad, kan in een voorlopige voorzieningenprocedure een verbod worden gevorderd en daarbij aan de rechter worden verzocht om een dwangsom op te leggen.

183 Art. 249 lid 3 EG-verdrag, jo. Art. 10 EG, jo. Art. 15 van de Rasrichtlijn. Zie voorts HvJ EG 10 april 1984, 14/83, *Jur.* 1984, p. 1891 e.v. (*Van Kolson en Kamann*).

184 Richtlijn 2000/43/EG van de 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, PbEG 2000, L180/22, Richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in de arbeid en beroep. PbEG 2000, L303/16, Richtlijn 2004/113 EG van de Raad van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten; PbEU 2004, L373/37 en Richtlijn 2006/54/EG van het Europese Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking) PbEU 2006, L 2004/23.

185 Ktr. Assen 1 december 2004, *JAR* 2005/62.

186 A.G. Castermans en E.J. Zippo, 'Coherente toerekening in het Europees aansprakelijkheidsrecht. Enkele opmerkingen over toerekening in het discriminatierecht en het mededingingsrecht', in: *VrA* 2009/1, p. 23 e.v.

187 Zie ook J.M. van Slooten in: 'Exit; Onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking', liber amicorum voor prof. mr. I.P. Asscher-Vonk, Deventer: Kluwer 2009, p. 475 e.v.

188 Zie art. 249 lid 3 EG-verdrag, jo. art. 10 EG, jo. art. 15 van de Rasrichtlijn. Zie voorts HvJ EG 10 april 1984, 14/83, *Jur.* 1984, p. 1891 e.v. (*Van Kolson en Kamann*).

6.7 Strafrechtelijke sancties

Beroepsmatige discriminatie is strafbaar.¹⁸⁹ Strafbaar is hij die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf personen discrimineert wegens hun ras, hun godsdienst, hun levensovertuiging, hun geslacht of hun hetero- of homoseksuele gerichtheid.¹⁹⁰

Enkele jaren geleden is in een afzonderlijk artikellid het stelselmatig in de uitoefening van ambt, beroep of bedrijf discrimineren, van een zwaardere strafsancie voorzien.¹⁹¹ Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie EU is voor veroordeling van belang of deze in een democratische samenleving noodzakelijk kan worden geacht. Voor de bepaling daarvan is relevant of er sprake is van een dringende sociale behoefte en proportionaliteit van de beperking. Daarbij wordt de nationale rechter een zekere beoordelingsruimte vergund.¹⁹² Ook de Nederlandse overheid ziet strafrechtelijke handhaving als een ultimum remedium.¹⁹³ De vraag is dan ook wat een sollicitant die tijdens de wervingsfase ongelijk wordt behandeld, voor een aangifte koopt. Indien proces-verbaal wordt opgemaakt kan het gevolg zijn dat het discriminatoir handelen daardoor wordt gestaakt. Proces-verbaal zal evenwel niet in alle gevallen worden opgemaakt. In sommige gevallen zal slechts sprake zijn van een incident, of van omstandigheden waarin de werkgever niet of nauwelijks een verwijt valt te maken. Gelet op de toepasselijke bewijsregels uit het Wetboek van Strafvordering,¹⁹⁴ is het bewijs van discriminatie dan ook niet altijd te leveren.

Een positief effect van aangifte kan zijn dat, als er een strafrechtelijke veroordeling volgt, daarmee in beginsel ook civielrechtelijk het bewijs van onrechtmatig handelen is geleverd. Dit geldt alleen voor strafrechtelijke vonnissen die in kracht van gewijsde zijn gegaan en op tegenspraak zijn geweest (art. 161 Rv).

In geval van discriminatie bij werving en selectie bestaat de mogelijkheid om een praktijktest of undercoveractie te laten plaatsvinden. Dit zijn zware en ingrijpende opsporingsmethoden, die slechts mogen worden toegepast onder zwaarwegende omstandigheden als bijvoorbeeld stelselmatige discriminaties. Bij de toepassing van deze opsporingsmethoden dienen de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit in acht te worden genomen. Kort gezegd houdt dit in dat de te hanteren opsporingsmethoden in een juiste verhouding moeten staan tot het te dienen belang en dat er geen andere alternatieve opsporingsmethoden voorhanden zijn die wellicht

189 Art. 137g WvSR (misdrijf) en 429quater WvSr (overtreding).

190 Art. 429quater van het Wetboek van Strafrecht is laatstelijk bij wet van 14 november 1991 gewijzigd. Het verkreeg toen zijn ruime werking, doordat ook discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, geslacht en hetero- of homoseksuele gerichtheid strafbaar werd gesteld.

191 Art. 137 g lid 2 Wetboek van Strafrecht, wet van 20 november 2003, *Stb.* 480, in werking getreden op 1 februari 2004. Beroepsmatige discriminatie wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie. Beroepsmatige discriminatie door twee of meer verenigde personen wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste één jaar of een geldboete van de vierde categorie.

192 Zie onder andere EHRM, *Handyside vs. VK*, Vol. A-24, par. 48. Zie voorts EHRM, *Otto Preminger Instituut*, vol. A-295-a, par. 50 en EHRM 10 juli 2003, *Murphy vs. Ierland*, par. 67.

193 Nota 'Rechtshandhaving van discriminatie op de arbeidsmarkt', *Kamerstukken II* 2005-2006, 27 223, nr. 73, p. 6.

194 Boek II, titel VI, 3^e afdeling.

voor de verdachte minder ingrijpend zijn. Bij een praktijktest solliciteren allochtonen en autochtonen met zoveel mogelijk gelijke kwalificaties. Een aantal ingezette sollicitanten zijn in dat geval politieambtenaren.

De Commissie Gelijke Behandeling (CGB) kan, wanneer wordt vastgesteld dat een werkgever bijvoorbeeld in wervingsteksten, zoals in personeelsadvertenties, ten onrechte onderscheid maakt naar ras, geslacht of andere kenmerken, zelf aangifte doen van een strafbaar feit.¹⁹⁵ Door deze mogelijkheid kan preventief tegen discriminatie bij de werving van personeel worden opgetreden. Uit de jaarverslagen van de CGB blijkt echter dat de CGB tot op heden van deze mogelijkheid nog geen gebruik heeft gemaakt. Wellicht geeft de CGB er in deze situaties de voorkeur aan om uit eigen beweging een onderzoek als bedoeld in artikel 12 lid 1 AWGB in te stellen.¹⁹⁶ Een dergelijk onderzoek is toegestaan als het vermoeden van stelselmatig ongerechtvaardigd onderscheid bestaat.¹⁹⁷

6.8 Bestuursrechtelijke handhaving

De Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen verleent de Arbeidsinspectie de bevoegdheid om onderzoek te doen naar de naleving van artikel 7:646 BW en de bepaling van de WGB (art. 21 lid 1 WGB). Als tijdens dit onderzoek wordt vastgesteld dat in strijd met de wet onderscheid wordt gemaakt, doet het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid hiervan zowel mededeling aan de natuurlijke persoon, rechtspersoon of het bevoegde gezag, als aan de ondernemingsraad en de daarvoor in aanmerking komende vergelijkbare medezeggenschapsorganen (art. 21 lid 2 WGB). Doel van deze mededeling is dat de OR zijn in artikel 28 WOR neergelegde zorgtaak kan uitoefenen.¹⁹⁸ In andere discriminatiewetgeving dan de WGB ontbreekt de mogelijkheid van bestuursrechtelijke handhaving.

6.9 Handhaving door het UWV WERKbedrijf

Het UWV WERKbedrijf heeft de bevoegdheid om een op zijn site geplaatste vacature waarin zonder nadere motivering een eis in strijd met de Wet gelijke behandeling is gesteld, te verwijderen of op inactief te zetten. Dit meldt het UWV WERKbedrijf per e-mail aan de verantwoordelijke gebruiker. Als de vacature inactief is gezet, kan de gebruiker de betreffende eis binnen vijf werkdagen nader motiveren dan wel uit de vacature verwijderen. Als de gebruiker de vacature niet binnen de gestelde termijn heeft aangepast, zal het UWV WERKbedrijf de vacature van zijn site verwijderen.

195 *Kamerstukken II* 1987-1988, 19 908, nr. 6, p. 4 (MvA).

196 Dit onderzoek kan sinds de invoering van de Evaluatiewet Awgb, wet van 15 september 2005, *Stb.* 516 ook bij individuele bedrijven en instellingen plaatsvinden. Deze wet is op 1 november 2005 in werking getreden.

197 Zie in dit verband *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 311, nr. 3 (MvT van de Evaluatiewet Awgb).

198 *Kamerstukken II* 1986-1987, 19 908, nr. 3, p. 31.

6.10 Uitbreiding bevoegdheden arbeidsinspectie

De Arbeidsomstandighedenwet van 2007, kortweg 'Arbowet',¹⁹⁹ geeft werkgevers de verplichting om psychosociale arbeidsbelasting ('PSA') op de werkvloer te voorkomen dan wel te beperken (art. 3 lid 2 Arbeidsomstandighedenwet 2007). We moeten daarbij denken aan stressveroorzakende factoren, die door de wetgever zijn gedefinieerd. Het betreft ongewenste omgangsvormen, zoals seksuele intimidatie, agressie, bejegening, geweld, pesten en werkdruk. Verschillende instanties hebben de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid geadviseerd om onder het begrip 'psychosociale arbeidsbelasting' expliciet ook discriminatie op de werkvloer te laten verstaan en de bevoegdheid van de Arbeidsinspectie uit te breiden met gelijke behandeling op de werkvloer.²⁰⁰

Door discriminatie expliciet ook te scharen onder het begrip 'psychosociale arbeidsbelasting' verkrijgt de Arbeidsinspectie de bevoegdheid om werkgevers in de fase van werving, selectie en aanstelling aan te spreken op het maken van ongerechtvaardigd onderscheid. Dit heeft een aanmerkelijk voordeel, want de Arbeidsinspectie kan, anders dan de CGB, wel bindende uitspraken doen en bij geconstateerde overtredingen sancties, zoals geldboetes, aan de werkgever opleggen (art. 32 e.v. Arbeidsomstandighedenwet). Eerder heeft de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een motie²⁰¹ strekkende tot opnemings van discriminatie op de werkvloer in de Arbowet afgewezen,²⁰² omdat discriminatiebestrijding al is geregeld in vier antidiscriminatiewetten. Bovendien zou uitbreiding van het begrip psychosociale arbeidsbelasting in de wet- en regelgeving leiden tot toename van administratieve lasten. Eerder ontraadde de Staatssecretaris van SZW een motie van het Tweede Kamerlid Bussemaker met dezelfde strekking.²⁰³

Nadat de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) had aangekondigd om de mogelijkheid te onderzoeken van het opnemen van discriminatie als psychosociale arbeidsbelasting in de Arbowet,²⁰⁴ heeft de wetgever er inmiddels op voorzicht van de Minister van SZW toe besloten om de Arbowet op dit punt te wijzigen. Dit onderdeel van de Verzamelwet SZW-wetgeving 2009, is op 1 augustus 2009 in

199 In werking getreden per 1 januari 2007.

200 Zie brief van de voorzitter van de Commissie Gelijke Behandeling aan de voorzitter en leden van de Vaste Commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de Tweede Kamer van 1 september 2006 (deze brief is te vinden op www.cgb.nl als bijlage bij advies 2006/11 (onder: 'publicaties')). Ook het landelijk Bureau ter bestrijding van Rassendiscriminatie (thans art. 1) heeft hierop aangedrongen in zijn advies ten aanzien van de wijziging van de Arbowet, *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 552, nr. 2, d.d. 18 oktober 2006. Dit advies is te vinden op www.art1.nl onder het dossier: 'arbeid en wetgeving'.

201 Het betreft de motie van het Tweede Kamerlid J. van Dijk d.d. 21 september 2006 (*Kamerstukken II* 2006-2007, 27 223, nr. 82).

202 Brief van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Tweede Kamer d.d. 15 februari 2007, *Kamerstukken II* 2006-2007, 27 223, nr. 85.

203 Motie van 20 december 2005, *Kamerstukken II* 2004-2005, 28 770, nr. 12.

204 *Kamerstukken II* 2007-2008, 27 017, nr. 33, p. 39.

werking getreden.²⁰⁵ Het voordeel van de uitbreiding van het begrip psychosociale arbeidsbelasting met direct of indirect onderscheid is dat de werkgever op basis van art. 3 lid 2 van de Arbowet binnen het algemeen arbeidsomstandighedenbeleid een beleid moet voeren gericht op voorkoming en indien dat niet mogelijk is beperking van discriminatie op de werkvloer.²⁰⁶ Het standpunt dat eerder door de Staatssecretaris van SZW werd ingenomen naar aanleiding van de motie Van Dijk dat discriminatiebestrijding reeds in vier antidiscriminatiewetten is geregeld en de voorgestelde herziening van de Arbowet dan ook niet nodig zou zijn, deel ik niet. De Arbeidsinspectie kan immers, anders dan de CGB, bindende uitspraken doen en sancties opleggen. Een toezichthoudende taak heeft de Arbeidsinspectie bij de bestrijding van geconstateerde discriminatie op de werkvloer overigens niet. Evenmin beoordeelt de Arbeidsinspectie of er daadwerkelijk sprake is van discriminatie (of ongeoorloofd onderscheid).²⁰⁷ Via de aan de werkgever voorgeschreven risico-inventarisatie en evaluatie²⁰⁸ (RI&E) heeft de Arbeidsinspectie evenwel een goede basis om na te gaan of de werkgever aan zijn zorgplicht (art. 7:611, 7:658 en 7:660 BW) om discriminatie op de werkvloer tegen te gaan, heeft voldaan. Al deze instrumenten en sanctiemogelijkheden zijn er op grond van de huidige vier antidiscriminatiewetten niet. Daaraan is echter wel behoefte, omdat discriminatie op de arbeidsmarkt een structureel probleem is.²⁰⁹ Dit neemt niet weg dat het in de praktijk in geval van indirect onderscheid lastiger zal zijn om discriminatie aan te tonen.

6.11 Conclusie

Een eerlijke sollicitatieprocedure, waarbij eenieder een eerlijke kans op aanstelling heeft, vereist een strikte naleving van de gelijkebehandelingswetgeving.

De laatste twee decennia is door de ontwikkeling van het EU-recht veel wetgeving tot stand gekomen op het gebied van gelijke behandeling die ook op de werving en selectie van personeel van toepassing is. Gelet op de ruime strekking van deze wetgeving kan er bij de werving en selectie van personeel dan ook al vrij snel sprake zijn van handelen in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving. Een werkgever die op dit gebied onvoldoende thuis is, kan hierdoor vrij snel onbedoeld handelen in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving. Dit terwijl er in sommige situaties gerechtvaardigde redenen zijn om onderscheid te maken bij werving en selectie en daardoor uiteindelijk te komen tot de aanstelling van de voor de functie meest geschikte kandidaat. Het is vanuit deze situatie van belang dat er goede voorlichting

205 Besluit van 18 juli 2009 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Verzamelwet SZW- wetgeving 2009, *Stb.* 319.

206 *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 811, nr. 3, p. 13.

207 *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 811, nr. 3, p. 13-14.

208 Art. 2.15 van het Arbeidsomstandighedenbesluit, besluit van 15 januari 1997, *Stb.* 60, laatstelijk gewijzigd op 5 december 2006, *Stb.* 674, in samenhang met artikel 5 van de Arbowet.

209 Zie hiervoor o.a. de brief van de Minister van SZW aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten Generaal over het verslag, d.d. 15 november 2007, van het Congres discriminatiemonitor en plan van aanpak discriminatie op de arbeidsmarkt (d.d. 14 december 2007). Zie ook het advies van art. 1 'ten aanzien van de wijziging van de Arbowet', *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 552, m.r. d.d. 18 oktober 2006.

wordt gegeven over de effecten die de gelijkebehandelingswetgeving ook voor de werving en selectie van personeel kan hebben, opdat het ook voor werkgevers mogelijk blijft om op praktische en niet al te bezwaarlijke wijze te werven en selecteren voor de beste kandidaat.

Een ander punt is de handhaving van de gelijkebehandelingswetgeving. Alhoewel uit onderzoek blijkt dat de oordelen van de CGB van invloed zijn op de proceshouding van partijen en ook regelmatig door rechters in hun uitspraken worden meegewogen, is het uit het oogpunt van wetshandhaving van groot belang dat de werkgever er thans ook toe kan worden verplicht om ter voorkoming dan wel beperking van 'psychosociale arbeidsbelasting' een beleid te ontwikkelen terzake van discriminatie op de werkvloer. Voorts is het van belang dat de CGB in de toekomst vaker zal worden ingeschakeld om preventief een oordeel te geven over het eigen handelen van een werkgever. Het geven van adequate informatie over de bevoegdheden van de CGB is een eerste aanzet om tot dit resultaat te komen.

De precontractuele fase en totstandkoming van de arbeidsovereenkomst naar Duits recht

7.1 Inleiding

De precontractuele fase doet haar intrede vanaf het moment dat de onderhandelingen over de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst zijn gestart, tot het moment dat de arbeidsovereenkomst is gesloten. In Duitsland noemt men deze fase de 'Anbahnung'. In deze fase bestaat er volgens Duits recht een 'vorvertragliches Vertrauensverhältnis'. Deze fase eindigt bij het afbreken van onderhandelingen of als er tussen partijen een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen. Deze voorfase schept reeds verplichtingen tussen werkgever en sollicitant. In zoverre werpt de te sluiten arbeidsovereenkomst haar schaduw vooruit. Zo hebben werkgever en sollicitant vanuit deze vertrouwensband de verplichting om elkaar over en weer van duidelijke informatie te voorzien die voor het aangaan van de arbeidsovereenkomst van belang kan zijn (de zogenoemde *Aufklärungspflichten*). Dezelfde vertrouwensband houdt ook in dat de contractspartijen het gerechtvaardigd opgewekt vertrouwen tot het aangaan van een arbeidsovereenkomst in beginsel niet zullen beschamen. Hierna zal op deze wederzijdse precontractuele verplichtingen nader worden ingegaan.

7.2 Wettelijk kader

In het Duitse recht heeft de precontractuele fase een wettelijk fundament verkregen door § 311 Abs. 2 BGB jo. 311 a BGB jo. § 241 Abs. 2 BGB. Dit is het aloude leerstuk van de culpa in contrahendo, dat echter pas in januari 2002 in het BGB werd opgenomen. Daarvoor werd dit leerstuk op grond van het gewoonterecht toegepast. Er is uiteindelijk voor gekozen om tot codificatie over te gaan, omdat § 823 van het BGB een zeer beperkte basis verschaft om acties in te stellen op grond van onrechtmatige daad. In beginsel is op grond van dit artikel slechts een inbreuk op een absoluut recht als een onrechtmatige daad aan te merken.¹ De Boeck² wijst erop dat de grondslag van de leer van de culpa in contrahendo eerder een contractuele dan een buitencontractuele aansprakelijkheid betreft. Bij die opvatting sluit ik mij aan, omdat het teruggrijpt op het uitgangspunt dat als er een onherroepelijk aanbod is gedaan of

¹ M.R. Ruijgvoorn, *Afbreken van onderhandelingen*, Deventer: Kluwer 2005 p. 4.

² A. de Boeck, *Informatierechten en plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen-Intersentia 2000, p. 387.

sprake is van wilsovereenstemming, het afbreken van onderhandelingen niet meer is toegestaan (§ 311, Abs. 2 BGB jo. 241 Abs. 2 BGB).

Het Duitse recht kent het uitgangspunt van de contractsvrijheid. Dit impliceert dat een contractspartij in beginsel vrij is om contractsonderhandelingen op elk moment af te breken. In principe, want zodra de afbrekende partij een onherroepelijk aanbod heeft gedaan of als er sprake is van wilsovereenstemming, is het afbreken van onderhandelingen niet meer toegestaan.³ Dat aanbod hoeft overigens niet uitputtend te zijn. Als het maar voldoende bepaalbaar is, in die zin dat er overeenstemming bestaat over de essentialia van de overeenkomst, is aan dit criterium voldaan.⁴

Als er evenwel geen onherroepelijk aanbod werd gedaan, kunnen de onderhandelingen worden afgebroken, ook al heeft één van de partijen kosten gemaakt in de gerechtvaardigde veronderstelling dat het tot een overeenkomst zal komen (§ 154 lid 1, jo. § 145 BGB).

Als de ene contractspartij bij de andere contractspartij het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat er een overeenkomst tot stand is gekomen en dit vertrouwen heeft beschaamd door alsnog, zonder bij hem bestaande dringende reden, van het tot stand komen van een overeenkomst af te zien, heeft de andere contractspartij de mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen (§ 280 Abs. 1 BGB). In afwijking van het Nederlandse recht kan naar Duits recht uitsluitend vergoeding plaatsvinden van het zogenoemde 'negatief contractsbelang'. Uitgangspunt van de berekening van de schade op basis van negatief contractsbelang vormt de niet-totstandkoming van een overeenkomst waarover werd onderhandeld. Dit begrip kan ook gederfde winst omvatten, als de in de totstandkoming van de overeenkomst vertrouwende wederpartij daardoor een winstgevend contract met een derde is misgelopen.

Indien de werkgever in deze fase daarbij ook nog wettelijke discriminatieverboden overtreedt, bestaat eveneens de mogelijkheid om op grond van § 1 ff AGG; § 81 Abs. 2 SGB⁵ IX⁶ immateriële schadevergoeding van de werkgever te vorderen. Gelet op de consequenties die verbonden kunnen zijn aan het afbreken van onderhandelingen in de precontractuele fase, is het in de praktijk van belang wat als het beginpunt en het eindpunt van die fase kan worden aangemerkt.

In de rechtspraak is uitgemaakt dat de daadwerkelijke ontvangst van een zakelijke relatie al als een beginpunt voor de contractuele fase kan worden aangemerkt (§ 241 Abs. 2 en § 311 Abs. 2 BGB). Daarentegen wordt in de literatuur de enkele toezending van bedrijfsgegevens en informatie over de te vervullen vacature niet als een beginpunt voor de precontractuele fase beschouwd.⁷

3 M.R. Ruijgvoorn, *Afbreken van onderhandelingen*, Deventer: Kluwer 2005 p. 2, 3, 4.

4 F. Larenz, *Allgemeiner Teil Des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Beck 1983, p. 517.

5 Het negende boek van het 'Socialgesetzbuch' (BGBL.I S.1046) is op 1 juli 2001 in werking getreden.

6 W. Hromadka en F. Maschmann *Individualarbeitsrecht*, Band 1, Springer 2005, RN 36-42.

7 G. Schaub, *Arbeitsrecht Handbuch*, systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 13. neubearbeitete Auflage, C.H. Beck, Verlag München 2009, § 25 Rn. 3.

Zoals hierboven reeds aan de orde werd gesteld, vloeien uit de precontractuele fase diverse plichten voort waaraan de contractspartijen zich jegens elkaar moeten houden. Zo dienen zij elkaar over en weer voldoende informatie te verstrekken over voor het sluiten van de overeenkomst essentiële aspecten. Ook in de wervings- en selectiefase die aan de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst voorafgaat, is sprake van een zeker spanningsveld. Bij de werving en selectie van personeel speelt dit tussen enerzijds de werkgever die graag over zoveel mogelijk correcte informatie wenst te beschikken om kandidaten optimaal te kunnen selecteren en anderzijds het recht op privacy van de sollicitant. Voorts dienen zij onder andere aan elkaar loyaal te zijn, in die zin dat zij contractsonderhandelingen niet zonder reden mogen afbreken, terwijl zij bij de andere partij het vertrouwen voor het tot stand komen van een overeenkomst hebben gewekt. Verder hebben zij zich naar elkaar toe te houden aan een geheimhoudingsplicht. Als gevolg hiervan moet de sollicitant zich ervan onthouden om bedrijfsgeheimen en andere voor de onderneming van belang zijnde feiten prijs te geven.⁸

Op zijn beurt moet de werkgever, indien de sollicitant er belang bij heeft dat met de sollicitatiegegevens vertrouwelijk wordt omgegaan, er rekening mee houden dat het hem niet is toegestaan om buiten de wil van de werknemer bij zijn huidige werkgever referenties in te winnen.⁹ Voorts dient de werkgever schriftelijke bescheiden, zoals diploma's, getuigschriften, referenties en dergelijke, zorgvuldig te bewaren tijdens de sollicitatieprocedure, en is hij aansprakelijk voor schade die voor de sollicitant uit een schending van die plicht voortvloeit. Bovendien hebben werkgever en sollicitant als contractspartijen ook in algemene zin de plicht om elkaars persoon, persoonlijkheid en goederen (zaken en rechten) te beschermen.¹⁰

Hetgeen met betrekking tot de informatieverschaffing over en weer bij de wervings- en selectiefase voorafgaande aan de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst van de sollicitatie geldt, geldt ook in zijn algemeenheid in de precontractuele fase. Alhoewel het uitgangspunt is dat werkgever en werknemer zelf wel kunnen bepalen wat zij in verband met het eventueel aangaan van een arbeidsovereenkomst van belang achten om te vragen, dienen partijen elkaar ook ongevraagd te informeren over omstandigheden die voor het al dan niet kunnen vervullen van een bepaalde functie essentieel zijn.¹¹ De grondslag voor deze precontractuele informatieplicht is ook naar Duits recht de goede trouw (*Treu und Glauben*).¹²

Indien een werknemer niet kan voldoen aan bepaalde fundamentele eisen die aan de functie worden gesteld en deze omstandigheid bij de werving en selectie verzwijgt, handelt hij in strijd met de goede trouw. Dergelijke eigenschappen kunnen bijvoorbeeld een handicap of slechte gezondheidstoestand zijn, waardoor de werknemer

8 BAG, Urt. v. 16.3. 1982, AP Nr. 1 zu § 611 BGB, Betriebsgeheimniss.

9 MünchHdbArbR/Buchner, § 41 Rdnr. 256.

10 BGHZ 66, 54; GBH, NJW 1962, 32; BGH, BB 1986, 1185.

11 § 276 BGB Verschulden bei Vertragsschluss.

12 A. de Boeck, *Informatierechten en plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen-Intersentia 2000, p. 387.

vroeg of laat niet in staat zal zijn om aan de functie-eisen te voldoen. Een uitzondering hierop is zwangerschap. Naar deze omstandigheid mag de werkgever niet vragen en evenmin is de sollicitante gehouden om hierover ongevraagd mededeling te doen. Dit geldt zelfs indien de sollicitante op dat moment weet dat zij de aangeboden werkzaamheden ten gevolge van de zwangerschap nu of op langere termijn niet zal kunnen verrichten.¹³ Van omstandigheden die voor een werkgever in verband met de te verrichten functietaken van belang zijn, dient de sollicitant, gevraagd of ongevraagd, correcte mededeling te doen. Voorwaarde hierbij is wel dat de vraag van de werkgever toelaatbaar is.¹⁴

Voor de werkgever geldt dat hij ertoe gehouden is om aan de sollicitant omstandigheden te melden die kunnen leiden tot een vroegtijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld dat hij binnen afzienbare tijd in betalingsmoeilijkheden komt te verkeren, waardoor hij niet in staat zal zijn om de financiële verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst op correcte wijze na te komen.¹⁵ Evenzeer moet de werkgever de buitengewone eisen meedelen die hij aan de vervulling van de functie stelt, als ervan moet worden uitgegaan dat deze de sollicitant niet bekend zijn.

Als de sollicitant tijdens de sollicitatie zelf bijzondere eisen stelt, dient de aanstaande werkgever daarop in te spelen. Wanneer de werkgever daaraan niet kan voldoen, moet hij hiervan aan de sollicitant mededeling doen.¹⁶

Tot slot dient de toekomstige werkgever niet alleen bij indienstneming, maar ook al in de precontractuele fase de sollicitant volledig te informeren over zijn functietaken, verantwoordelijkheden en de plaats van de functie binnen de gehele bedrijfsorganisatie.¹⁷ Bij de indiensttreding van een sollicitant dient deze informatie te worden herhaald. Verder dient de werkgever, indien hij overweegt om de sollicitant in dienst te nemen en de ondernemingsraad (*Betriebsrat*) daarvoor nog toestemming moet verlenen, de sollicitant uitdrukkelijk op dit aspect te wijzen. Door het weigeren van toestemming door de ondernemingsraad kan de indienstneming immers ongedaan worden gemaakt.¹⁸ In dat geval is het arbeidscontract wel geldig tot stand gekomen, maar mag de werkgever de werknemer niet feitelijk tewerkstellen. Als de werkgever er in dat geval niet in slaagt om vervangende toestemming van de rechter (*‘Arbeitsgericht’*) te verkrijgen (§ 99 Abs. 4 BetrVG), heeft hij geen andere keuze dan de arbeidsovereenkomst op een zo kort mogelijke termijn op te zeggen c.q. de werknemer te ontslaan.

Als een sollicitant de werkgever toestemming heeft verleend om bij zijn huidige werkgever referenties in te winnen, dan is de huidige werkgever verplicht om de

13 EuGH, Urt. v. 3.2.2000, AP Nr. 18 zu § 611a BGB.

14 Rn. 63. Zie voorts W. Hromadka en F. Maschmann *Individualarbeitsrecht*, Band 1, Springer 2005, RN 18-22.

15 BAG, Urt. v. 2.12.1976, AP Nr. 10 zu § 276 BGB Verschulden bei Vertragsschluss.

16 BAG, Urt. v. 10.11.1955, AP Nr. 1, 2 zu § 276 BGB Verschulden bei Vertragsschluss.

17 MünchArbR/Richardi, § 45 Rn. 37. Zie ook § 81 BetrVG.

18 § 100 Abs. 1 Satz 2 BetrVG; Erfk/Preis BGB § 611 Rn. 320.

benodigde informatie te verschaffen. Voorwaarde daarbij is wel dat de huidige werkgever daarmee niet onevenredig wordt belast. Voorts dient de toekomstige werkgever een gerechtvaardigd belang bij de verzochte informatie te hebben.

Als het arbeidscontract, ondanks de schending van de informatieplicht tot stand komt, kunnen drie situaties worden onderscheiden:

- Als aan de informatieplicht zou zijn voldaan, zou de arbeidsovereenkomst onder dezelfde voorwaarden tot stand zijn gekomen.
- De overeenkomst zou onder andere voorwaarden tot stand zijn gekomen.
- De arbeidsovereenkomst zou in het geheel niet tot stand zijn gekomen.

De rechtspraak komt de benadeelde naar Duits recht bewijstechnisch zeer tegemoet, door een omkering van de bewijslast aan te nemen. Deze komt erop neer dat de partij die de informatieplicht heeft geschonden, dient te bewijzen dat de schade ook ingetreden zou zijn als de informatieplicht niet was geschonden.¹⁹

7.3 Handelen van de werkgever in combinatie met discriminatieverboden

Het is de werkgever verboden om bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst onderscheid naar geslacht te maken (§ 1 AGG). Een uitzondering op deze hoofdregel geldt als het gaat om functies voor het vervullen waarvan het geslacht een absolute voorwaarde is (§ 1 AGG). Te denken valt bijvoorbeeld aan theaterfuncties. Ook is afwijking van de hoofdregel toegestaan, indien, anders dan kennelijk werd verondersteld, niet het geslacht het kenmerkende criterium is.

Een sollicitant die stelt dat de werkgever zich aan een schending van een wettelijk discriminatieverbod schuldig heeft gemaakt, dient feiten en omstandigheden te stellen en te bewijzen die onderscheid op grond van geslacht doen vermoeden. Als de stelling dat de werkgever heeft gediscrimineerd wegens geslacht voldoende is onderbouwd, draagt de werkgever de bewijslast om aannemelijk te maken dat zakelijke gronden het onderscheid rechtvaardigen of dat het geslacht voor het vervullen van de functie essentieel is. Hier is dus eerder sprake van verschuiving dan van een omkering van de bewijslast.²⁰ Het niet-geslachtsneutraal uitschrijven van een vacature is het begin van een vermoeden van discriminatie naar geslacht.

Als discriminatie naar geslacht of handicap in rechte wordt aangenomen, kan de benadeelde sollicitant een daarop afgestemde schadevergoeding in geld vorderen. Als de werkgever aannemelijk kan maken dat de sollicitant ook bij *niet*-discriminatorisch handelen niet zou zijn aangenomen, dan is de door de sollicitant in te stellen vordering begrensd tot het drievoudige van het overeengekomen maandsalaris (§ 15 Abs. 2 AGG, § 8, Abs. 2 Rn. 3 SGB IX). Schuld van de werkgever is geen voorwaarde voor diens aansprakelijkheid.

¹⁹ Zie BGHZ 124, 151 (159).

²⁰ M. Lieb en M. Jacobs, *Arbeitsrecht*, Heidelberg u.a. 2006, Rn. 86; Münchkomm/Müller-Glöße, § 611a BGB Rn. 36.

Onder de aanspraak op schadeloosstelling zijn begrepen de vergoeding van materiële en immateriële schade. Een recht op indienstneming kan er evenwel niet uit worden afgeleid (§ 15 Abs. 6 AGG, § 81, Abs. 2 HS. 2 SGB IX).

7.4 Aansprakelijkheid van werkgever en sollicitant

Een contractspartij is aansprakelijk indien hij opzettelijk handelt in strijd met zijn precontractuele plichten of als hij deze door nalatig handelen veronachtzaamt. Of een dergelijke situatie zich voordoet, dient van geval tot geval aan de hand van objectieve criteria te worden vastgesteld.²¹

De werkgever is niet alleen aansprakelijk als door zijn eigen handelen in de precontractuele fase schade is ontstaan, maar ook indien deze schade is ontstaan door derden die hij heeft ingeschakeld.²² Hierbij dient onderscheid te worden gemaakt tussen aansprakelijkheid voor derden die een rechtspersoon wettelijk vertegenwoordigen, zoals een statutair directeur, en derden (*Erfüllungsgehilfen*) die op verzoek van de werkgever voor de sollicitatiefase en de uiteindelijke totstandkoming van een arbeidsovereenkomst worden ingeschakeld, zoals bijvoorbeeld een personeelsfunctionaris.²³ Hierbij is niet van belang of deze derde al dan niet over een aanstellingsvolmacht beschikt.²⁴

Toerekening van aansprakelijkheid voor leidinggevende functionarissen die een onderneming vertegenwoordigen vindt plaats via § 831 BGB.²⁵ Toerekening van aansprakelijkheid voor bij de sollicitatieprocedure door de werkgever daartoe ingeschakelde hulppersonen vindt zijn basis in § 278 BGB.²⁶ Het onderscheid tussen de toerekening volgens § 831 en § 278 BGB is dat de werkgever zich bij de toerekening via § 831 BGB kan exoneren. Dit is op grond van § 278 BGB niet mogelijk.

Uit de rechtspraak volgt dat van toerekening van door derden veroorzaakte schade aan de werkgever eerst dan sprake kan zijn, indien het handelen van de derden onder hun normale -algemene- taakomschrijving valt.²⁷

7.5 Schade

Aansprakelijkheid impliceert schade. Of een bepaald handelen in een concreet geval tot schade heeft geleid, wordt beoordeeld aan de hand van de zogenoemde '*Differenzhypothese*'. Hierbij wordt de vermogenspositie voor en na de schadetoebrengende gebeurtenis geijkt. Een eventueel bij deze vergelijking geconstateerd nadeel wordt als

21 Münch ArbR/Blomeyer, § 59 Rn. 4. ff., Soergel/Kraft, § 611 BGB Rn. 66.

22 § 278 BGB. Zie ook BAG 7.6.1963 AP BGB § 276 Verschulden bei Vertragsschluss nr. 4; 15.5.1974 AP BGB § 276 Verschulden bei Vertragsschluss nr. 9.

23 Zie o.a. BAG NZA 2004, 540 en in dezelfde zin BVerfG NZA 2007, 195, waarin de werkgever aansprakelijk werd gehouden voor een discriminatoire wervingstekst.

24 BAG 10.11.1955 AP BGB § 276 Verschulden bei Vertragsschluss nr. 1.

25 BGHZ 49, 21; NJW 1972, 334; Palandt/Heinrichs, § 831 BGB Rn. 7.

26 BAG, Urt. v. 10.11.1955, AP Nr. 1 zu § 276 BGB Verschulden bei Vertragsschluss.

27 BGHZ 31, 366; 114, 270; BGH, NJW-RR 1989, 725; BGH, NJW 1993, 1705.

schade aangemerkt.²⁸ Hierbij kunnen we onder andere denken aan kosten die de werknemer moet maken in het kader van het solliciteren naar een vervangende baan, zoals portokosten, telefoonkosten, kosten van fotokopieën, reiskosten et cetera. Medeschuld van de sollicitant kan leiden tot beperking van schadevergoeding (§ 254 Abs. 1 BGB). Van medeschuld kan bijvoorbeeld sprake zijn als de sollicitant van een vormfout in de arbeidsovereenkomst op de hoogte was. De sollicitant heeft bovendien een schadebeperkingsplicht, in die zin dat hij ertoe gehouden is om een andere hem passende baan te accepteren.²⁹

7.6 Causaal verband

Niet iedere schade leidt per definitie tot aansprakelijkheid. Er dient voldoende oorzakelijk verband te bestaan tussen de daad en de schade. De daad moet volgens de rechtspraak³⁰ op zijn minst medeoorzaak ('conditio sine qua non') voor de schade zijn. Daad en schade mogen dus niet in een te ver verwijderd verband tot elkaar staan. In elk geval mag de opgetreden schade niet buiten de grenzen van iedere waarschijnlijkheid zijn gelegen.³¹

Een bijkomende voorwaarde voor aansprakelijkheid is voorts dat aan de zogenoemde 'Schutznormtheorie' wordt voldaan. De schade toebrengende gedraging moet door de overtreden (rechts)norm worden bestreden.

Als niet aan de 'Schutznormtheorie' wordt voldaan, komt de aansprakelijkheid te ontbreken.³² Aan de causaliteitseis wordt niet voldaan als de schade ook zou zijn ontstaan bij rechtmatig handelen door degene die aansprakelijk wordt gesteld.³³

7.7 Handhaving

Indien aan alle hierboven genoemde eisen voor een succesvolle aansprakelijkstelling is voldaan, kan de benadeelde vervangende schadevergoeding van de schadeveroorzaker eisen (§ 249 ff BGB). Ook kan de benadeelde verlangen dat de oude toestand van voor het schadetoebrengende feit zal worden hersteld (§ 249 Satz 1, BGB alsmede § 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB). Dit kan hij ook eisen als hij geen vermogensschade door het onrechtmatig handelen heeft geleden. Voorts kan worden verzocht om de overeenkomst ongedaan te maken.³⁴ Ook kan vergoeding van het positief contractsbelang worden gevorderd, wanneer vaststaat dat het voor de benadeelde tot een contract of tot een gunstiger contract zou zijn gekomen als de informatieplicht niet was geschonden. In het laatste geval heeft de benadeelde ook de mogelijkheid om aanpassing van het contract te vorderen.

28 BGHZ 27, 183; 75, 371; 99, 196; BGH, NJW 1994, 2357; BAG, NJW 1985, 2545.

29 Zie BAG 7.6-1963 AP BGB § 276, Verschulden bei Vertragsschluss Nr. 4.

30 BGHZ 2, 141; 25, 84.

31 RGZ 78, 272; 152, 401; 158, 38; BGHZ 7, 204; 57, 141; BGH, NJW 1995, 127.

32 BAG, Urt. v. 2.3.1981, NJW 1981, 2430; Urt. v. 23.3.1984, NJW 1984, 2846.

33 BAG, Urt. v. 2-3-1981, NJW 1981, 2430; Urt. v. 23-3-1984, NJW 1984, 2846.

34 BGH, Urt. v. 31-01-1962, NJW 1962, 1198; NJW 1974, 851; NJW 1985, 1771; MJW 1993, 107.

Vervangende schadevergoeding kan, zoals het begrip zelf al in zich sluit, slechts worden gevorderd indien herstel in de oude situatie niet meer mogelijk is. Ook als herstel in de oude situatie mogelijk is, maar daarmee niet de volledige schade wordt vergoed, kan vervangende schadevergoeding worden gevorderd (§ 251 Abs. 1 BGB).

7.8 Totstandkomingsvereisten voor een arbeidsovereenkomst

Naar Duits recht komt de arbeidsovereenkomst tot stand door aanbod en aanvaarding (§ 151 Satz 1, 1 Halbsatz BGB). De arbeidsovereenkomst is in beginsel vormvrij. Wel zijn er minimale arbeidsvoorwaarden, waaraan een werkgever zich via de wet of cao-afspraken moet houden. Uit het oogpunt van bewijspositie is het voor werkgevers wel aan te raden om de arbeidsovereenkomst schriftelijk aan te gaan, omdat zij in gerechtelijke procedures de bewijslast dragen voor niet-schriftelijk overeengekomen bepalingen in de arbeidsovereenkomst. Bovendien heeft de werknemer op grond van §2 van het Nachweisgesetz,³⁵ indien hij daarom verzoekt, recht op afgifte van een schriftelijke arbeidsovereenkomst. In dat geval dient de werkgever de schriftelijke arbeidsovereenkomst binnen een maand na het aangaan van de arbeidsovereenkomst te verstrekken.

7.8.1 Wettelijke totstandkomingsvereisten

Op tijdelijke arbeidsovereenkomsten is het 'Teilzeit- und Befristungsgesetz' (TzBfG) van toepassing. Er zijn twee varianten van de 'befristeten Arbeitsvertrag' te onderscheiden. De eerste variant is de tijdelijke arbeidsovereenkomst die op een zakelijke grond is aangegaan. Deze is in beginsel niet in tijd beperkt, maar komt te vervallen op het moment dat de zakelijke reden voor het aangaan van het 'befristeten Arbeitsvertrag' is komen te vervallen (§ 14 Abs. 1 TzBfG).³⁶ Hierbij kunnen we denken aan de arbeidsovereenkomst met een metselaar die is aangenomen voor bijvoorbeeld de bouw van een woning (§ 14 Abs. 1 TzBfG).

De tweede variant is de arbeidsovereenkomst die op grond van wilsovereenstemming tussen partijen, dus zonder de aanwezigheid van een zakelijke reden, voor bepaalde tijd is aangegaan (§ 14 Abs. 2 TzBfG). In dat geval kan een tijdelijke arbeidsovereenkomst worden gesloten die maximaal drie keer kan worden verlengd, met een totale looptijd van twee jaar.

Tijdelijke contracten moeten schriftelijk worden aangegaan en kunnen maximaal drie keer worden verlengd. Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd mag op grond van het 'Teilzeit- und Befristungsgesetz' slechts worden gesloten indien er een zakelijke reden voor de tijdelijkheid is. Zonder zakelijke reden mag een tijdelijk dienstverband slechts worden aangegaan bij nieuw in dienst tredende werknemers.

³⁵ Wet van 20 juli 1995 (BGBl. I S.946), laatstelijk gewijzigd door § 32 van de wet van 13 juli 2001 (BGBl. I S. 1542).

³⁶ Het Teilzeit- und Befristungsgesetz is op 21 december 2000 ingevoerd (BGBl. I S 1966), laatstelijk gewijzigd bij wet van 19 april 2007 (BGBl. I S. 538).

7.9 Conclusie en aanbevelingen

De precontractuele fase is het voorstation van de arbeidsovereenkomst. Qua uitgangspunten en rechtsacties verschillen de precontractuele fase naar Duits en Nederlands recht niet van elkaar. Naar Duits recht is de precontractuele fase genormeerd op grond van § 311 Abs. 2 BGB jo. 241 Abs. 2 van het BGB (culpa in contrahendo). Naar Nederlands recht kwam een wettelijke normering van de 'culpa in contrahendo' via het wetsontwerp voor artikel 6.5.2.8 a NBW uiteindelijk niet van de grond.

De tekst en ratio van § 311 Abs. 2 BGB jo. 241 Abs. 2 BGB zijn in overeenstemming met de tekst van het Nederlandse artikel 6.5.2.8 a ontwerp NBW en de lijn die de Hoge Raad over de precontractuele fase sinds de jaren vijftig van de vorige eeuw heeft ingezet en tot op heden ongewijzigd heeft gehandhaafd.

Interessant voor het Nederlandse recht is dat het Duitse recht bij het afbreken van onderhandelingen de aanwezigheid van een zogenoemde '*triftige Grund*' van belang acht. Dit houdt in dat voor de beantwoording van de vraag of het een partij vrij staat om onderhandelingen af te breken, niet alleen moet worden beoordeeld of de afbrekende partij bij de andere partij het gerechtvaardigd vertrouwen heeft opgewekt dat de overeenkomst tot stand zou komen, maar ook of de afbrekende partij voor het afbreken van de onderhandelingen een gewichtige reden heeft. Op grond van de rechtspraak van de Hoge Raad van de laatste jaren kunnen naast het gerechtvaardigd opgewekt vertrouwen eveneens de omstandigheden van het geval, waaronder de gerechtvaardigde belangen van partijen en de vraag of in de loop van de onderhandelingen zich onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan, maatgevend zijn. Naar mijn mening is het Duitse begrip '*triftige Grund*' duidelijker en praktischer. Hierdoor kan aan de rechter de mogelijkheid worden gegeven om hieraan, op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval, invulling te geven.

Tot slot kent het Duitse recht de mogelijkheid tot omkering van de bewijslast ten gunste van de partij die is benadeeld door schending van de informatieplicht. Deze omkering houdt in dat de partij die de informatieplicht heeft geschonden, dient te bewijzen dat de schade ook ingetreden zou zijn als de informatieplicht niet was geschonden. Naar Nederlands recht is de mogelijkheid tot omkering van de bewijslast zeer beperkt. Het verdient aanbeveling om op dit punt het Duitse recht te volgen, waardoor de benadeelde van afgebroken onderhandelingen zal zijn verlost van het in de praktijk veelvoorkomende probleem van bewijsarmoede bij schending van de informatieplicht. Naar Duits recht komt de arbeidsovereenkomst, net als in het Nederlands recht, door aanbod en aanvaarding tot stand.

HOOFDSTUK 8

Werving en selectie naar Duits recht

8.1 Inleiding

Het spanningsveld tussen enerzijds de grote mate van vrijheid voor een werkgever om de in zijn ogen voor de functie meest geschikte kandidaat aan te nemen en anderzijds de persoonlijkheids- en privacyrechten van de sollicitant, is algemeen. Nu de rechtspositie van de sollicitant in zijn algemeenheid zwak is, is het daarom goed om te onderzoeken hoe zijn positie elders binnen de Europese gemeenschap is geregeld. Zijn er relevante verschillen met het Nederlandse recht of is er nauwelijks onderscheid door de integrerende werking van het Europese recht? In het hiernavolgende zal de positie van de sollicitant naar Duits recht vanuit de belangrijkste daaraan verbonden facetten onder de loep worden genomen.

8.2 Gerechtelijke instanties

Arbeidsrechtelijke geschillen worden in Duitsland in eerste instantie berecht door het *Arbeitsgericht*¹ (§8 ArbGG (Arbeitsgerichtsgesetz)). Dit gerecht kan op tweeërlei wijze rechtspreken, namelijk in het kader van een zogenaamd '*Urteilsverfahren*' of op grond van een '*Beschlussverfahren*' (§§ 2 en 2a ArbGG).

In civielrechtelijke arbeidsgeschillen waar individuele werknemers bij betrokken zijn, wordt meestal, na een mondelinge behandeling van de zaak ter zitting, rechtgesproken door middel van het *Urteilsverfahren*. In andere zaken waarbij geen individuele werknemers als procespartij optreden maar bijvoorbeeld rechtspersonen, zoals bijvoorbeeld de ondernemingsraad (*Betriebsrat*) wordt rechtgesproken op basis van het *Beschlussverfahren*. In de regel wordt bij een *Beschlussverfahren* door de rechter een besluit genomen zonder dat daaraan een mondelinge behandeling van de zaak tijdens een rechtzitting voorafging. Tegen de op grond van het *Urteilsverfahren* of *Beschlussverfahren* door het *Arbeitsgericht* gegeven uitspraken kan in beroep worden gekomen bij het *Landesarbeitsgericht (LAG)* (§ 8 Abs. 2 en 4 ArbGG). Daarenboven is het *Landesarbeitsgericht* bevoegd om klachten in behandeling te nemen over de interne procedure bij het *Arbeitsgericht*. Het *Arbeitsgericht* en het *Landesarbeitsgericht* bestaan uit verschillende kamers. Elk van deze kamers wordt door een rechter

1 Het *Arbeitsgericht* is vergelijkbaar met de rechtbank, sector kanton, in Nederland.

voorgezeten die tezamen met twee lekenrechters rechtspreekt. Eén daarvan is een vertegenwoordiger van werkgeverszijde, de ander een vertegenwoordiger van de kant van werknemers (§ 20 ff, 35 en 37 ArbGG). In cassatie oordeelt het Bundesarbeitsgericht (BAG) over uitspraken van het Landesarbeitsgericht (§ 72 ArbGG).

8.3 Rechtsbronnen

Het Duitse recht kent geen wetboek voor het arbeidsrecht of een afzonderlijke titel of afdeling in een wetboek waarin het arbeidsrecht is geregeld. Het Duitse arbeidsrecht wordt dan ook door vele verschillende rechtsbronnen gevormd, zoals het Europese recht (richtlijnen van de EU), de Grondwet (*Grundgesetz*), vele afzonderlijke wetten,² ondernemingscao's of branchecao's (*Tarifverträge*), ondernemingsovereenkomsten (*Betriebsvereinbarungen*) en dienstovereenkomsten voor ambtenaren (*Dienstvereinbarungen*). Ook in individuele arbeidsovereenkomsten kunnen we regelingen aantreffen.

Jurisprudentie (*Richterrecht*) geldt in Duitsland formeel niet als zelfstandige rechtsbron. Bestendige ontwikkelingen in de jurisprudentie kunnen evenwel via het gewoonterecht (*Gewohnheitsrecht*) een onderdeel worden van het positieve recht. In het arbeidsrecht, dat nauwelijks in de wet is geregeld, wordt evenwel grote betekenis aan de jurisprudentie toegekend.

8.4 Werving naar Duits recht

Zowel bij interne als bij externe werving van personeel dienen de wettelijke discriminatieverboden in acht te worden genomen. Zo dienen wervingsadvertenties bijvoorbeeld neutraal naar geslacht, ras, etnische afkomst, godsdienst of wereldbeschouwing, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te worden opgesteld (§ 1 ff. AGG).³ Deze eisen vloeien voort uit de implementatie van de Europese gelijkebehandelingsrichtlijn.⁴

Ook de Duitse gelijkebehandelingswetgeving kent het verschil tussen direct onderscheid ('*unmittelbare Benachteiligung*') en indirect onderscheid ('*mittelbare Benachteiligung*'). Indirect onderscheid is toegestaan als daarvoor een zakelijke reden ('*sachliche Grund*') bestaat (§ 3 Abs. 2 AGG). Een voorbeeld hiervan is een functievereiste ('*berufliche Anforderung*') die voor de uitoefening van de functietaak van wezenlijk belang is (§ 8 AGG).

² Zie o.a. §§ 611 ff. BGB, BetrVG, TVG, KschG AGG.

³ Het AGG (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz), is ingevoerd per 14 augustus 2006, BGBl. Iff.1897.

⁴ (2000/78 EG) d.d. 27.11.2000 (ABL EG Nr. L 303,21). Eerdere, tot het moment van invoering van de AGG bestaande gelijkebehandelingsbepalingen en ('*Benachteiligungsverbote*'), zoals onderscheid op grond van geslacht (§§ 611a, 611b, 612 Abs. 3 BGB a.F.) en handicap (§ 81 Abs. 2 SGB IX a.F.) (Socialgesetzbuch), zijn na de invoering van de AGG onder het ruime bereik van het Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz opgenomen.

Als het gebod van gelijke behandeling wordt overtreden, wil dat naar Duits recht nog niet zeggen dat onrechtmatig is gehandeld. Bewijstechnisch vormt een niet-geslachtsneutraal geformuleerde wervingstekst een vermoeden ('*Indizien*') van discriminatoir handelen (§ 22 AGG).⁵ Als dit vermoeden in rechte aannemelijk kan worden gemaakt, dient de werkgever te bewijzen dat geen verboden onderscheid is gemaakt (§ 22 AGG '*Partielle Beweisverlagerung*' op de werkgever).

Alvorens een keuze te maken voor een wervingsmethode, dient de werkgever te overwegen of hij de werving intern of extern wil laten plaatsvinden. In beginsel is de werkgever vrij om hierin zelf te beslissen, tenzij de Betriebsrat verlangt dat de werving intern plaatsvindt (§ 93 BetrVG (Betriebsverfassungsgesetz)).⁶ Dit sluit gelijktijdige externe werving niet uit. De sollicitatie-eisen mogen in dat geval evenwel niet verschillen.

Indien de vacature intern kan worden vervuld, is de werkgever verplicht om daarvan in de wervingstekst melding te maken (§ 7 Abs. 1 TzBfG⁷). Op overtreding van deze norm staat geen wettelijke sanctie. Het enige gevolg van overtreding kan zijn dat de Betriebsrat toestemming voor de indiensttreding weigert (§ 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG).

De Betriebsrat, die vergelijkbaar is met de Nederlandse ondernemingsraad, dient bij de aanname en ontslag van personeel daarover door de werkgever tijdig en volledig te worden geïnformeerd (§ 92 Abs. 1 S.1 BetrVG). Een Betriebsrat kan worden ingesteld in een onderneming waar tenminste vijf werknemers werkzaam zijn met kiesrecht voor de Betriebsrat (§ 9 BetrVG). Het recht op informatie van de Betriebsrat gaat al in als de werkgever concrete plannen voor aanname of ontslag van personeel in voorbereiding heeft.⁸ Ook heeft de Betriebsrat een medebeslissingsrecht bij het opstellen van sollicitatierichtlijnen en de invoering en wijziging van sollicitatieformulieren.⁹

Als de werkgever ter uitvoering van zijn personeelsplanning concrete maatregelen in voorbereiding heeft, volgt voor hem de verplichting om hierover advies bij de Betriebsrat te vragen.¹⁰

De Betriebsrat kan de werkgever die nog geen personeelsplanning heeft gemaakt, voorstellen doen in het kader van de invoering daarvan (§ 92 Abs. 2 BetrVG). De Betriebsrat kan de invoering van een personeelsplanning echter niet afdwingen.

5 BAG Urt. v. 27.4.2000-8 AZR 295/99-AuA 2000, 281.

6 Het 'Betriebsverfassungsgesetz' is opnieuw vastgesteld bij wet van 25 september 2001 (BGBl. I S.2518). Deze wet is laatstelijk gewijzigd bij wet van 12 augustus 2008 (BGBl. I S.1666).

7 Het 'Teilzeit- und Befristungsgesetz' is vastgesteld bij wet van 21 december 2000 (BGBl. I S.1966) en laatstelijk gewijzigd bij wet van 19 april 2007 (BGBl. I S.538).

8 BAG Urt. v. 19-6-1984 – 1 ABR – NZA 1984, 329; Urt.v. 27 juni 1989 – 1 ABR 19/88-NZA 1989, 929.

9 Zie respectievelijk § 94 en § 95 BetrVG.

10 BAG Urt. v. 6-11-1990 – 1 ABR 60/89 – NZA 1991, 358.

De werkgever uit een tijdens de sollicitatie nog bestaand dienstverband heeft de verplichting om een werknemer die zijn arbeidsovereenkomst reeds heeft opgezegd, voldoende tijd te geven voor het verrichten van sollicitatieactiviteiten (§ 629 BGB¹¹). Deze verplichting geldt ook bij het van rechtswege verstrijken van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.¹² De aard en duur van de door de werkgever ter beschikking te stellen tijd worden door de werkgever vastgesteld. Als de werkgever ten onrechte geen tijd voor sollicitatieactiviteiten ter beschikking stelt, heeft de werknemer volgens heersende opvattingen het recht om tegen de wil van de werkgever vrijaf te nemen.¹³ In de regel is aan te nemen dat de werkgever de kosten heeft te dragen van de voor sollicitatie ter beschikking gestelde tijd (§ 629 BGB in Verbindung mit § 616 BGB). In een concreet geval hangt het ervan af of met de sollicitatie een redelijke tijd is gemoeid. Bij individuele arbeidsovereenkomst kan evenwel zijn bepaald dat de werknemer geen aanspraak kan maken op vrijaf voor sollicitatieactiviteiten.¹⁴

8.4.1 'Wegkopen' van andermans personeel

Behoudens bijzondere omstandigheden is het toegestaan om personeel dat bij andere werkgevers in dienst is 'weg te kopen'. Een dergelijke bijzondere omstandigheid kan zijn het verleiden van een werkgever tot contractbreuk door de arbeidsovereenkomst, in verband met de indiensttreding bij de nieuwe werkgever, zonder inachtneming van de opzegtermijn te beëindigen. In dat geval kan het handelen van de werkgever in strijd worden geacht met de goede zeden (§ 1 UWG (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb¹⁵)). De opzegging van de arbeidsovereenkomst kan in dat geval buiten beschouwing worden gelaten (*Beseitigung*). Indien dat niet meer mogelijk is, is de werknemer en/of de nieuwe werkgever tot schadevergoeding jegens de oude werkgever gehouden.¹⁶

8.5 Selectie naar Duits recht

8.5.1 Inleiding

Ook in het Duitse recht moeten veel regels bij de selectie van personeel in acht worden genomen. Deze regels vindt men her en der verspreid terug in de jurisprudentie en in mindere mate in de wet. Alhoewel er in het Duitse recht geen sollicitatiecode is, valt uit de rechtspraak een rode draad te destilleren die aangeeft welke

11 Het 'Bürgerliches Gesetzbuch' is opnieuw vastgesteld bij wet van 2 januari 2002 (BGBl.I S.42, 2909; 2003 I S.738 en laatstelijk gewijzigd bij wet van 10 december 2008 (BGBl.I S.2399).

12 Vogt DB 1968, 264.

13 J. von Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen*, § 629 BGB Rdnr. 20.

14 BAG Urt. v. 11-6-1957 – 2 AZR 15/57-AP-Nr.1 zu § 629 BGB.

15 Het 'Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb' is opnieuw vastgesteld bij wet van 3 juli 2004 en in werking getreden op 8 juli 2004 (BGBl.I S.1414ff). De laatste wijziging dateert van 22 december 2008 (BGBl.I S.2942ff).

16 § 1 UWG en OLG Frankfurt Urt. v. 23 oktober 1995 6 U 49/94 – ZIP 1996, 390.

regels bij de selectie van personeel in acht moeten worden genomen. Uiteindelijk worden deze regels in niet onbelangrijke mate via het Europese recht gesteld. In de hiernavolgende paragrafen zal blijken dat er naar nationaal recht c.q. gebruik slechts enkele kleine nuanceverschillen zijn die bij de selectie gelden.

8.6 Te verstrekken informatie door de aspirant-werkgever

Een wervende werkgever heeft de verplichting om een sollicitant informatie te verschaffen over de te verrichten functietaken en verantwoordelijkheden. Ook dient de sollicitant op de hoogte te worden gesteld over de aard van de door hem te verrichten werkzaamheden (§ 81 Abs. 1 S1 BetrVG). Deze verplichtingen van de werkgever gelden des te meer in die gevallen waarin van de gebruikelijke prestatie-eisen wordt afgeweken en aan bovengemiddelde voorwaarden voor het verrichten van de functie dient te worden voldaan.¹⁷ In de rechtspraak werd eveneens een informatieplicht van de werkgever jegens de sollicitant aangenomen in het geval in een wervingsadvertentie melding wordt gemaakt van loon op basis van provisie en dit slechts door weinig werknemers is te realiseren.¹⁸ Een spontane mededelingsplicht van de werkgever (*Offenbarungspflicht*) werd aangenomen in geval van een werkgever die met een werknemer in onderhandeling was over de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst terwijl de onderneming in acute betalingsmoeilijkheden was komen te verkeren.¹⁹ Deze spontane mededelingsplicht van de werkgever dient ook te worden aangenomen voor andere omstandigheden die voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst van essentieel belang zijn.²⁰

8.7 Te verstrekken informatie door de sollicitant

In beginsel heeft een sollicitant geen spontane mededelingsplicht. Het ligt dan ook meer op de weg van de werkgever om binnen de speelruimte van het toelaatbare vragen te stellen die van belang zijn in het kader van de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst. Een spontane mededelingsplicht voor een sollicitant wordt echter wel aangenomen in het geval de sollicitant op grond van ontoereikende kwalificaties of vaardigheden voor de functie volledig ongeschikt is.²¹ Ook lichamelijke beperkingen die de sollicitant ongeschikt maken voor het verrichten van de functietaken, moeten door deze ongevraagd worden medegedeeld.²² Voorts moet de sollicitant de nieuwe werkgever ongevraagd mededeling doen van het bestaan van een geldig concurrentiebeding ten gevolge waarvan een nieuwe werkgever bij indiensttreding van een sollicitant schadeplichtig kan worden.²³

17 BAG 12-12-57 – 2 AZR 574/55-AP BGB § 276 Verschulden bei Vertragsschluß nr. 2.

18 LAG Hessen 13-1-93 DB 94 436 (LS).

19 BAG 24-9-74 -3 AZR 589/73 – AP GmbHG § 13 nr. 1.

20 H.Schliemann, *Das Arbeitsrecht im BGB* 2, Walter de Gruyter GmbH & Co 2002, § 64 Rn 388.

21 BAG 21.2.91-AZR 449/90-AP BGB § 123 Nr. 35.

22 BAG 1.8.85-2 AZR 101/83-AP BGB § 123 Nr. 30= EzA § 123 BGB Nr. 26 (Peterek); 25.3.76-2 AZR 136/75-AP BGB § 123 Nr. 19.

23 Preis, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 9. Auflage 2009, Rn 289.

8.8 Onjuist beantwoorden van vragen/verzwijging door de sollicitant

De werkgever mag in beginsel elke vraag stellen die objectief beschouwd relevant is in verband met het vervullen van de nog te sluiten arbeidsovereenkomst.²⁴ Indien de werkgever door het gebruikmaken van het recht om vragen te stellen in botsing komt met het recht op privacy van de sollicitant of daardoor handelt in strijd met discriminatieverboden, belandt hij in de gevarenzone. Zo kan het vragen naar persoonlijke gegevens ontoelaatbaar zijn indien de beantwoording daarvan voor de beoordeling van de geschiktheid van de sollicitant voor de functie niet is vereist.²⁵

Volgens het Duitse recht bestaat er voor de sollicitant een '*Recht auf Lüge*' (recht om te liegen) indien de werkgever in het sollicitatiegesprek een vraag stelt die ontoelaatbaar is. Dit betekent dat de sollicitant op een ontoelaatbare vraag niet slechts hoeft te zwijgen, maar ook mag liegen.²⁶ In dat geval moet er een afweging worden gemaakt tussen het belang van de werkgever bij de te wensen informatie en het recht op privacy van de sollicitant. Een sollicitant die op toelaatbare vragen niet overeenkomstig de waarheid antwoordt, loopt echter het gevaar dat de werkgever later de vernietigbaarheid van de arbeidsovereenkomst inroept, hem ontslaat of schadevergoeding van hem vordert.²⁷

De werkgever is bevoegd om vragen te stellen over de tot dan toe verlopen carrière van de sollicitant, over vaardigheden, de opgedane kennis en de inhoud van diploma's en het cv.²⁸ In Duitsland is het gebruikelijk om bij de sollicitatiebrief kopieën van diploma's, het cv, getuigschriften en andere werkstukken geordend in een map (*Bewerbungsmappe*) te voegen. Voorts is het in Duitsland gebruikelijk om bij de sollicitatie een recente pasfoto mee te sturen. Het spreekt voor zich dat door de sollicitant tijdens de sollicitatie ter inzage gegeven bescheiden, zoals diploma's, getuigschriften, cv's et cetera, niet vervalst mogen zijn. De werkgever kan verlangen dat de sollicitant een handgeschreven cv aanlevert.

Ook is het in Duitsland gebruikelijk om in de sollicitatiebrief het huidige salaris te vermelden en aan te geven welk salaris de sollicitant verwacht te verdienen in de nieuwe baan. Voorts is het gebruikelijk om in de sollicitatiebrief de mogelijke startdatum van het dienstverband aan te geven.

De werkgever mag niet naar de algemene gezondheidstoestand van de sollicitant vragen. Hij mag wel vragen naar ziekten die voortdurend of met regelmaat de

24 H. Schliemann, *Das Arbeitsrecht im BGB* 2, Walter de Gruyter GmbH & Co 2002, § 611 Rn. 392.

25 BAG 18.10.2000-AZR 380/99-AP BGB § 123.

26 BAG 5.10.95-2 AZR 923/94-AP BGB § 123 nr. 40; 21.2.91-2 AZR 449/90 AP BGB § 123 nr. 35.

27 Zie in dit verband meer in het bijzonder § 8.11 'Handhaving' van dit boek.

28 BAG Urt. v. 12 -2-1970-2 AZR 184/69-AP Nr. 17 zu § 123 BGB, LAG Köln 13.11.95, NZA-RR 96, 403. Zie ook Küttner, *Personallbuch*, 16. Auflage 2009, Rn. 7. Zie ook G. Schaub, *Arbeitsrecht Handbuch*, systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 13 neubearbeitete Auflage, C.H. Beck, Verlag München 2009, § 26 Rn 16. Zie voorts Preis, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 9. Auflage 2009, Rn 273.

arbeidsprestatie van de werknemer kunnen benadelen.²⁹ Hetzelfde geldt voor besmettelijke ziekten.

Alhoewel een werkgever verplicht is om maatregelen te treffen die in het belang zijn van een zwaar gehandicapte werknemer,³⁰ mag hij hierover tijdens de sollicitatieprocedure, op grond van de Europese gelijkebehandelingsrichtlijn, geen vragen stellen.³¹ Dat mag dan terecht zijn ter voorkoming van discriminatie, maar naar mijn mening is het merkwaardig dat de werkgever tijdens de sollicitatie niet mag vragen naar een bepaalde omstandigheid waarvoor hij aansluitend, ter bescherming van de werknemer na zijn indienstreding, wettelijk gehouden is maatregelen te treffen c.q. waarmee hij rekening moet houden.³² Anderzijds moet worden toegegeven dat de verplichting hiertoe nu juist voor de werkgever aanleiding kan zijn om de sollicitant voor de functie af te wijzen. Volgens de oudere rechtspraak was het de werkgever toegestaan om naar een handicap te vragen. De werkgever moest gedurende de loop van het arbeidscontract namelijk al rekening houden met wettelijke plichten ten aanzien van gehandicapten. Door het in werking treden van § 81 SGB IX en in het bijzonder door het AGG is er een verandering ingetreden. Niet alleen volgens de literatuur, maar ook op grond van de nieuwere rechtspraak is het de werkgever thans niet meer toegestaan om naar een handicap te vragen.³³ Vragen die verband houden met zwangerschap van de sollicitant, zijn in beginsel ontoelaatbaar. Dit discriminatieverbod voert zo ver dat vragen over zwangerschap, die worden gesteld met het doel om een zwangere werknemster te beschermen in verband met de aan het werk specifiek voor haar in die situatie bestaande gevaren,³⁴ eveneens zijn verboden. Daardoor ontstaat een schijnbare paradox, waarbij men zich kan afvragen of hiermee het belang van de zwangere sollicitant wordt gediend. De rechtspraak over deze vraag heeft een lange ontwikkeling doorgemaakt. Er bestonden uitspraken variërend van een principiële toelaatbaarheid³⁵ tot een bepaalde toelaatbaarheid (indien slechts vrouwen solliciteren).³⁶ Verder bestonden er uitspraken over een principiële ontoelaatbaarheid, met als uitzondering dat een vraag toelaatbaar is indien deze objectief de bescherming van de gezondheid van de sollicitant en het ongeboren kind diende.³⁷ In het bijzonder door de Europese rechtspraak³⁸ en het AGG is deze vraag thans ontoelaatbaar. Een uitzondering van dit principiële verbod is nu slechts denkbaar bij rechtsmisbruik of het '*venire contra factum proprium*'.³⁹ De

29 BAG Urt. v. 7-6-1984-2 AZR 270/83. Zie ook Küttner, Personalbuch, 16. Auflage 2009, Rn. 15.

30 SGB IX, Sozialgesetzbuch (boek 9) wet van 19 juni 2001 (BGBl. I S.1046), laatstelijk gewijzigd bij wet van 22 december 2008 (BGBl. I S.2959).

31 (2000/78EG) d.d. 27.11.2000 (AB/EG Nr. L 303,21). Zie ook LAG HM 19.10.2006 15 SA 740/06.

32 Zie ook § 81 Abs. 1 SGB IX, op grond waarvan de werkgever er bovendien toe gehouden is om te onderzoeken of de functie door een gehandicapte kan worden verricht.

33 J. Jousen, 'Fragerecht des Arbeitsgebers nach der Schwerbehinderung?', NJW 2003, 2857; J. Jousen, 'Schwerbehinderung, Fragerecht und positive Diskriminierung nach dem AGG', NZA 2007, 174; LAG Hamm 19.10.2006, BeckRS 2007, 40902.

34 W. Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, Verlag C.H. Beck München 2005, p. 138.

35 BAG 22.09.1961, AP BGB § 123 Nr. 15.

36 BAG NZA 1986, 739; NZA 1989, 178.

37 BAG NJW 1994, 148.

38 EuGH 03.02.2000 AP Nr. 18 zu § 611a BGB.

39 Handelen in strijd met zijn eigen eerdere handeling (rechtsverwerking).

sollicitant wordt immers in beginsel geacht er na de formele indiensttreding geen in redelijkheid te respecteren belang bij te hebben om de werkzaamheden ten gevolge van diezelfde zwangerschap niet te kunnen verrichten. In de praktijk zal het evenwel van geval tot geval voor een sollicitant moeilijk te bewijzen zijn met welk motief de werkgever naar de zwangerschap heeft gevraagd. Vanuit die optiek gezien verdient een algemeen verbod om een sollicitant vragen over zwangerschap te stellen dan ook de voorkeur. Van misbruik van recht kan wellicht sprake zijn als de sollicitante bij de sollicitatie al weet dat zij vanwege haar zwangerschap nimmer in de aangeboden functie werkzaam zal kunnen zijn. Een voorbeeld van een dergelijke situatie is niet eenvoudig te geven. Te denken valt wellicht aan zwangerschapsvergiftiging als de belastbaarheid van de sollicitante daardoor blijvend wordt beperkt en zij door deze beperkingen niet in staat zal zijn om de functie te verrichten.

In de rechtspraak⁴⁰ werd uitgemaakt dat het vragen naar zwangerschap gerechtvaardigd is, indien de sollicitante in dienst wordt genomen ter vervanging van een zwangere werkneemster en, als zij zelf ook zwanger mocht zijn, de functie überhaupt niet zal kunnen vervullen. Inmiddels heeft het Bundesarbeitsgericht uitgemaakt dat het vragen naar zwangerschap ook in deze situatie is verboden.⁴¹

8.8.1 Vragen over salaris en vermogenstoestand

Indien de sollicitant zijn huidige salaris als maatstaf wil laten gelden voor de nieuwe baan, moet hij vragen van zijn toekomstige werkgever hierover naar waarheid beantwoorden. Als het huidige salaris voor de toekomstig te vervullen functie niet van belang is, is het de aanstaande werkgever niet toegestaan om hierover vragen te stellen.⁴²

Ook toelaatbaar is het vragen naar de vermogenstoestand van de sollicitant indien het een functie voor een leidinggevende of een vertrouwenspositie betreft, zoals bijvoorbeeld de functie van boekhouder.⁴³ Bij andere posities of functies is het vragen naar de vermogenstoestand van de sollicitant niet toegestaan.⁴⁴

8.8.2 Vragen over politieke of godsdienstige gezindheid

Vragen naar politieke of godsdienstige gezindheid zijn in beginsel niet toegestaan. Indien het lidmaatschap van een bepaalde politieke partij van wezenlijk belang is in verband met de uit te oefenen functie, kan dat anders liggen. Hetzelfde geldt voor het behoren tot een bepaalde geloofsgroep of het aanhangen van een levensovertuiging.

40 BAG, Urt. v. 15. 10. 1992, AP Nr.8 zu § 611 a BGB.

41 BAG 6-2-03-2 AZR 621/01 NZA 03, 848. Zie ook EuGH 3-2-2000-Rs C-2007/98-Mahlberg NZA 2000, 255.

42 BAG Urt. v. 19.5.1983-2 AZR 171/81-DB 1984, 298. Zie ook G. Schaub, *Arbeitsrecht Handbuch*, systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 13. neubearbeitete Auflage, C.H. Beck, Verlag München 2009, § 26 Rn. 33.

43 BAG, Urt. v. 4.11.1981, EzA § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 9.

44 Küttner, *Personalbuch*, 16. Auflage 2009, Rn. 27.

Als de godsdienstige gezindte of levensovertuiging voor het vervullen van de functie van wezenlijk belang is, mag daarnaar worden gevraagd. Zo kan bijvoorbeeld aan een sollicitant voor de functie van koster in een katholieke kerk worden gevraagd of hij katholiek is.

De begrippen godsdienst en levensovertuiging moeten blijkens de rechtspraak niet al te ruim worden geïnterpreteerd. Het behoren tot de Scientology Kerk wordt bijvoorbeeld niet gezien als het aanhangen van een godsdienst of levensovertuiging.⁴⁵

8.9 Selectiemiddelen

8.9.1 Grafologische test

Het is aan gerede twijfel⁴⁶ onderhevig of een grafologische test een betrouwbare meetmethode is om de geschiktheid van een kandidaat voor een bepaalde functie vast te stellen. Voor het afnemen van de test is, net als bij het afnemen van een psychologische test, uitdrukkelijke toestemming van de sollicitant vereist.

In de rechtspraak is uitgemaakt dat uit de toezending van een handgeschreven sollicitatiebrief die toestemming niet concludent kan worden afgeleid.⁴⁷ Voorts mag de grafologische test slechts betrekking hebben op persoonlijkheidsaspecten die met het oog op de verrichten functietaken van belang zijn.

8.9.2 Referenties

Het is de Duitse werkgever ook toegestaan om bij vroegere werkgevers referenties over de sollicitant in te winnen. De Duitse rechtspraak heeft uitgemaakt, dat de werkgever daartoe zelfs tegen de uitdrukkelijke wil van de sollicitant mag overgaan als hij daarbij een gerechtvaardigd belang heeft.⁴⁸ De werkgever zal hier in de regel niet toe overgaan indien de sollicitant in zijn sollicitatiebrief of cv een zogenoemde 'Sperrklausel' heeft opgenomen. Deze clausule wordt meestal opgenomen als een sollicitant vanuit een werkende positie solliciteert. In dat geval zou hij kunnen worden benadeeld als een potentiële nieuwe werkgever bij zijn huidige werkgever informatie over hem inwint. In geval van een 'Sperrklausel' is het gebruikelijk dat een potentiële nieuwe werkgever zich onthoudt van het inwinnen van informatie langs deze weg.

De bij vroegere werkgevers ingewonnen informatie dient in overeenstemming met de inhoud van getuigschriften, overeenkomstig de waarheid en volledig te zijn.⁴⁹ Deze informatie dient met de uit te oefenen functie in verband te staan. Het is niet

45 BAG Urt. v. 22.9.1961-1 AZR 241/60 – AP Nr. 15 zu § 123 BGB.

46 Michel/Wieze NZA 1986, 505, 508.

47 Michel/Wieze NZA 1986, 505; vgl. BAG Urt. v. 16.9.1982- 2 AZR 228/00-DB 1983, 2780.

48 BAG Urt. v. 25.10.1957-1 AZR 434/55-AP Nr. 1 zu § 630 BGB; BAG Urt. v. 5.8.1976-3 AZR 491/75-ap Nr. 10 zu § 630 BGB.

49 Vgl. BAG Urt. v. 18.12.1984-3 AZR 389/83-AP Nr. 8 zu § 611 BGB Persönlichkeitsrecht.

toegestaan om persoonlijke gegevens die voor de beoordeling van de geschiktheid van de sollicitant voor de functie niet is vereist, via referenties in te winnen.⁵⁰ Een interessante vraag is of een voormalige werkgever die onjuiste informatie over de sollicitant aan de potentiële nieuwe werkgever verstrekt, jegens deze sollicitant onrechtmatig handelt.⁵¹

8.9.3 Getuigschrift

Een werknemer heeft bij het einde van het dienstverband recht op een getuigschrift (§ 630 BGB). Ook bij kortdurende dienstverbanden kan hierop aanspraak worden gemaakt.⁵² Het kan een eenvoudig getuigschrift betreffen waarin slechts wordt vermeld wat de aard van de verrichte werkzaamheden was en de duur ervan (*einfaches Zeugnis*). Naast deze vermeldingen kan de werknemer echter ook verlangen dat in het getuigschrift opgave wordt gedaan van de wijze waarop deze zijn werkzaamheden heeft verricht en diens gedrag (*Qualifiziertes Zeugnis*).⁵³ Het Bundesarbeitsgericht heeft een aantal eisen aan een getuigschrift gesteld. Zo mag de uiterlijke vorm van een getuigschrift niet de indruk wekken dat de werkgever zich van de inhoud van het door hem afgegeven getuigschrift distantieert. Voorts dient het getuigschrift overeenkomstig de waarheid te zijn opgesteld en dient het feiten en omstandigheden te vermelden die voor de totale beoordeling doorslaggevend zijn. Een opvolgend werkgever heeft recht op schadevergoeding als het getuigschrift door een onjuiste weergave van feiten een te positief beeld over de (ex-)werknemer verschaft (§ 826 BGB). Tot slot dient het getuigschrift met de nodige welwillendheid te worden opgesteld, zodat een werknemer er voor zijn toekomstige carrièrevorming niet onnodig door wordt belemmerd.⁵⁴ Dit houdt in dat de beoordelingen in het getuigschrift op constructieve wijze dienen te worden geformuleerd. In Duitsland is het gebruikelijk om hierbij een beoordelingsschaal te hanteren, waarbij de arbeidsprestatie wordt gewaardeerd op een schaal van 1 (*sehr gut*) tot en met 6 (*Note 5=Mangelhaft* en *Note 6=Ungenügend*). Een gemiddelde beoordeling (*durchschnittliche Bewerbung*, *Note 3=Befriedigend*) geldt hierbij als uitgangspunt. Als een werknemer in aanmerking wil komen voor een bovengemiddelde beoordeling, dient hij feiten en omstandigheden te bewijzen die tot de conclusie kunnen leiden dat hij bovengemiddeld heeft gepresteerd. In het geval de werkgever echter de arbeidsprestatie in het getuigschrift als onder het gemiddelde wil omschrijven (*Note 3* of *slechter*), dient hij te bewijzen dat de arbeidsprestatie onder het gemiddelde lag.⁵⁵

50 LG Köln, Beschluss v. 22.8.2007, 28 O 333/07.

51 Wellicht kan in dit geval schadevergoeding (*Schadenersatz*) worden gevorderd op grond van § 280 Abs-1 BGB (Verletzung der nachvertraglichen Nebenpflichten). Zie ook LAG BE 8.5.89 NZA 1989, 965. Zie voorts Preis Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 9, Auflage 2009, Rn 288.

52 LAG Art. v. 30-03-2001, A2:4 5a 1485/00.

53 Na afgifte van een 'einfaches Zeugnis' kan alleen nog onder bijzondere omstandigheden afgifte van een 'qualifiziertes Zeugnis' worden verlangd. LAG Köln RhPf art. v. 2-1-2003, Az:10 Sa405/02.

54 BGH 26-11-1963, DB 1964, S.517. Zie ook G. Schaub, *Arbeitsrecht Handbuch*, systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 13 neubearbeitete Auflage, C.H. Beck, Verlag München 2009, § 146 Rn. 28.

55 BAG 14 oktober 2003-9 AZR 12/03.

Als het getuigschrift onjuiste voorstellingen of beweringen bevat, kan de werknemer van de werkgever een nieuw getuigschrift verlangen. Als de werkgever niet aan dit verzoek voldoet, kan de werknemer in een arbeidsrechtelijke procedure eisen dat de werkgever een nieuw getuigschrift afgeeft. Ook is de rechter (Arbeitsgericht) bevoegd om zelfstandig een nieuw getuigschrift te formuleren. Een vordering tot afgifte van een getuigschrift verjaart na drie jaren (§ 195 BGB). Een vordering tot wijziging van een reeds afgegeven getuigschrift werd door het Bundesarbeitsgericht ontzegd, omdat deze eerst tien maanden na afgifte van het getuigschrift werd ingesteld. Bij dit oordeel werd de omstandigheid meegewogen dat de opsteller van het getuigschrift gedurende de gehele periode van tien maanden bereikbaar was.⁵⁶

8.9.4 Strafrechtelijk verleden

Het vragen naar een strafrechtelijk verleden is toegestaan als dit voor de concrete arbeidsprestatie relevant is.⁵⁷ Bij het aannemen van een caissière in een supermarkt kan het van belang zijn om te weten of zij voor vermogensdelicten werd veroordeeld. Voor het aanstellen van een leraar kan het relevant zijn om te weten of hij voor zedendelicten is veroordeeld. In deze gevallen kan, nu een veroordeling een sollicitant voor deze functies ongeschikt kan doen zijn, van een sollicitant worden verlangd dat hij hiervan -ook ongevraagd- mededeling doet ('Offenbarungspflicht').⁵⁸ Het meewegen van strafrechtelijke veroordelingen als informatie bij de werving en selectie, is alleen toegestaan bij onherroepelijke veroordelingen.⁵⁹

8.9.5 Veiligheidskeuring

Een veiligheidskeuring is mogelijk als het gaat om het vervullen van een functie waarbij veiligheidsaspecten van belang zijn. Indien een dergelijke keuring door de overheid als werkgever wordt voorgeschreven, bepaalt de wet (§ 3 Abs. 2 BVerfSchG⁶⁰) dat de veiligheidsambtenaren die met de keuring zijn belast, zich bij de keuring laten assisteren door ondersteunend personeel. Ook bij het aangaan van een privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst is een veiligheidskeuring toegestaan. In dat geval dient er een objectief gerechtvaardigd belang bij de veiligheidskeuring te bestaan.⁶¹

56 LAG Köln Urt v. 8-2-2009, Az 13 Sa 1050/99.

57 BAG 18-9-87, BB 88, 632; 21.2.91, DB 91, 1934; 20.5.99, 2AZR 320/98, NZA 99,975.

58 Zie ook Preis Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 9. Auflage 2009, Rn 289.

59 § 51 BZRG (BundesZentralregistergesetz). Deze wet is opnieuw vastgesteld bij wet van 21 september 1984 (BGBl. I S.1229, 1985 I S.195, laatstelijk gewijzigd bij wet van 21 augustus 2007 (BGBl. I S.2118)). Zie voorts BAG 5.12.1957, AP Nr. 2 zu § 123 BGB; Urt. v. 15.1.1970, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung. Zie echter ook BAG 20.5.99-2 AZR 320/98, NZA 99, 975 § 26 Rz17.

60 Het 'Bundesverfassungsschutzgesetz' is vastgesteld bij wet van 20 december 1990 (BGBl. I S.2970) en laatstelijk gewijzigd bij wet van 23 november 2007 (BGBl. I S.2590).

61 Vgl. Buchner, 'Freiheit und Bindung des Arbeitgebers bei Einstellungsentscheidungen', NZA 1991, 577.

8.9.6 Psychologische test

Een psychologische test mag bij een sollicitant alleen worden afgenomen met diens uitdrukkelijke toestemming én nadat hij over deze test is ingelicht.⁶² Voorts moet de test qua methode zijn afgestemd op de te vervullen functie(taken). De test dient door een gediplomeerd psycholoog te worden afgenomen, die gehouden is aan zijn zwijgplicht.⁶³

8.9.7 Medische aanstellingskeuring

Een sollicitant mag, behoudens bij wet gemaakte uitzonderingen,⁶⁴ alleen aan een medisch onderzoek worden onderworpen indien de behoefte aan informatie van de werkgever zwaarder weegt dan het recht op privacybescherming van de sollicitant.

Medische aanstellingskeuringen zijn toegestaan als zij worden gehouden met het doel om vast te stellen of de werknemer in lichamelijk opzicht in staat is de werkzaamheden op den duur of bij regelmatig terugkerende functiebelasting te verrichten. Het oordeel hierover is aan de keurende arts overgelaten.⁶⁵

8.9.8 Erfelijkheidsonderzoek/gentest

De gentest is een onderzoeksmethode naar de geschiktheid van een sollicitant. Deze vorm van onderzoek grijpt zeer sterk in in de persoonlijke levenssfeer van de sollicitant. Toch kan een werkgever er voor de vaststelling van de medische geschiktheid tot het verrichten van een bepaalde functie, een gerechtvaardigd belang bij hebben om een dergelijke test bij de sollicitant te doen afnemen. In de literatuur⁶⁶ wordt het voorbeeld gegeven van een bij een sollicitant voor de functie van piloot af te nemen gentest, om vast te stellen of zich bij hem epileptische aanvallen zouden kunnen voordoen. Nu de gentest als onderzoeksmethode een sterke inbreuk maakt op de privacy van de sollicitant, is terughoudendheid dan ook geboden.

Ook de wetgever heeft ingezien dat door het afnemen van een gentest bij sollicitanten een onevenredig zware inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de sollicitant wordt gemaakt. Op 24 april 2009 werd uiteindelijk na diverse voorafgaande ontwerpen en vele beraadslagingen het ontwerp van een wet op de gendiagnostiek (*Gendiagnostikgesetz*, *GenDG*) door het parlement (*Bundestag*) aangenomen.⁶⁷ In deze

62 BGH NJW 1984, 446.

63 Vgl. Scholz, Für die entsprechende Problematik bei Berufspsychologen', NJW 1981, 1987 f; a. A. v. Hogningen-Huene DB 1991, Beil. 10, 5.

64 Zie bijvoorbeeld § 32 JarbSchG (Jugendarbeitsschutzgesetz), § 37 ff Röntgenverordnung, § 67 Strahlenschutzverordnung, § 28 Gefahrstoffverordnung, § 18, 47 BseuchG (Bundesseuchengesetz), § 81 Seemannsgesetz en § 3 Arbeitssicherheitsgesetz.

65 Keller, 'Die ärztliche Untersuchung des Arbeitnehmers im Rahmen des Arbeitsverhältnisses', NZA 1988, 561.

66 W. Moll, 'Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht' Verlag C.H. Beck München 2005, p. 142.

67 Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz-GenDG).

wet is een algemeen verbod voor genetisch onderzoek opgenomen. Van dit verbod mag enkel worden afgeweken indien het genetisch onderzoek noodzakelijk is voor de vaststelling van genetische eigenschappen die van zwaarwegende ziekten of zwaarwegende medische beperkingen, die bij de uitvoering van werkzaamheden kunnen ontstaan, de oorzaak of medeoorzaak zijn (§ 20 Abs. 2. GenDG).

8.10 Bescherming van persoonsgegevens

Behoudens schriftelijke toestemming van de sollicitant mogen persoonsgegevens niet door de werkgever worden verwerkt (§ 4 Abs. 2 S. 2 BDSG⁶⁸). In zijn algemeenheid geldt dat persoonsgegevens te goeder trouw en op rechtmatige wijze moeten zijn verkregen (§ 28 BDSG). Onrechtmatig verkregen persoonsgegevens mogen volgens de rechtspraak⁶⁹ dan ook niet worden opgeslagen in datasystemen. Persoonsgegevens mogen alleen worden opgeslagen met het doel om een arbeidsovereenkomst aan te gaan, niet met het doel om deze informatie te gebruiken bij een nog te nemen beslissing over een eventuele indienstneming.⁷⁰ Dit laatste impliceert eveneens dat, zodra de werkgever de beslissing heeft genomen om de sollicitant niet in dienst te nemen, hij de persoonsgegevens uit zijn datasystemen verwijderd.⁷¹

Een werkgever heeft de plicht om informatie die hem in het kader van een sollicitatie ter beschikking wordt gesteld zorgvuldig te behandelen en te bewaren.⁷² Voorts heeft hij de verplichting om deze gegevens op zijn kosten aan de sollicitant te retourneren.⁷³ In het geval door de sollicitant ter beschikking gestelde diploma's, getuigschriften en dergelijke door toedoen van de werkgever zijn beschadigd, is denkbaar dat de werkgever die op zijn kosten dient te vervangen.

8.11 Sollicitatiekosten

In Duitsland ontbreekt een wettelijke bepaling waaruit het recht op vergoeding van sollicitatiekosten kan voortvloeien. De rechtspraak leidt een aanspraak van de sollicitant hierop af uit § 662, 670 BGB⁷⁴ indien de sollicitant door de werkgever wordt uitgenodigd. Hierdoor bestaat een verhouding tussen de werkgever en de sollicitant lijkend op een opdracht, waardoor de sollicitant recht op vergoeding van de noodzakelijke kosten door inkomstenderving heeft.⁷⁵ Geen aanspraak op vergoeding van sollicitatiekosten bestaat echter indien vooraf uitdrukkelijk door de werkgever in de wervingsadvertentie is aangegeven dat de werknemer deze kosten zelf dient te

68 Het 'Bundesdatenschutzgesetz' is opnieuw vastgesteld bij wet van 14 januari 2003 (BGBl.I S.66) en laatstelijk gewijzigd bij wet van 22 augustus 2006 (BGBl.I S.1970).

69 BAG Urt. v. 22.10.1986 – 5 AZR 660/85 – AP Nr. 2 zu § 23 BDSG.

70 BAG Urt. v. 22.10.1986 – 5 AZR 660/85 – AP Nr.2 zu § 23 BDSG; BAG Urt. v. 11.3.1986-1 ABR 12/84-AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung.

71 BAG Urt. v. 6.6.1984- 5 AZR 286/81- EzA Art.2 GG Nr. 4. Zie voorts § 35 Abs. 2 S. Nr. 3 BDSG.

72 Schaub 2009, § 26 Rn. 1, 'Obhutspflicht'. Zie ook § 311 Abs. 2 BGB.

73 Junker Arbeitsrecht 2007 Rn. 148.

74 BAG Urt. v. 29 juni 1988 – 5 AZR 433/87 – NZA 1989, 468.

75 LAG Nürnberg 16.08.1966 – AP BGB § 670 Nr. 12; Münchener Kommentar BGB/Häussler, BGB § 629 Randnr. 24.

dragen, of als sprake is van een open sollicitatie ('*Initiativbewerbung*').⁷⁶ Dit is een voordeel in vergelijking met het Nederlandse recht, waarbij in de NVP Sollicitatiecode enkel is voorgeschreven dat de arbeidsorganisatie in de openbare bekendmaking van de vacature of in de procedure duidelijkheid over het wel of niet vergoeden van de door de sollicitant in redelijkheid gemaakte kosten dient te worden gegeven.⁷⁷ Nu over vergoeding van sollicitatiekosten in Nederland niets is geregeld, zal de sollicitant in Nederland er over het algemeen voor kiezen om de kosten zelf te dragen, om zoveel mogelijk kans op de aanstelling te hebben.

8.12 Handhaving

Als de sollicitant een toelaatbare vraag van de werkgever in strijd met de waarheid beantwoordt, heeft de werkgever de mogelijkheid om een beroep te doen op de vernietigbaarheid van de arbeidsovereenkomst ('*Anfechtung*') (§ 123 BGB) op grond van bedrog ('*arglistiger Täuschung*'). Deze mogelijkheid bestaat niet wanneer de werkgever de vraag niet mocht stellen. De sollicitant is er namelijk niet toe gehouden om op een ontoelaatbare vraag te antwoorden. Dit impliceert tevens dat een sollicitant niet verplicht is om een dergelijke vraag naar waarheid te beantwoorden. Dit is de hoofdregel. Een belangrijke uitzondering daarop wordt gemaakt voor zogenoemde '*verkehrswesentliche Eigenschaften*'. Deze eigenschappen zijn voor het verrichten van de functie zodanig van belang dat de werknemer bij het ontbreken daarvan de functie niet kan vervullen of als het ontbreken daarvan de werkgever niet kan worden toegerekend.⁷⁸ De sollicitant dient, als hij weet of behoort te weten dat hij de functietaken op grond van bepaalde omstandigheden niet kan volbrengen, uit eigen initiatief de werkgever hierover te informeren. Hetzelfde geldt als nadelige omstandigheden, waarmee de sollicitant bekend is, voor de werkgever van doorslaggevende betekenis zijn. Bij het verzwijgen van de afwezigheid van deze voor het aangaan van de arbeidsovereenkomst essentiële eigenschappen, is het eveneens mogelijk om een beroep te doen op de vernietigbaarheid van de arbeidsovereenkomst. Dit is zelfs mogelijk indien de werkgever bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst de sollicitant niet naar deze eigenschappen heeft gevraagd (§ 119 Abs. 2 BGB).

Gelet op de enge interpretatie van het begrip '*verkehrswesentliche Eigenschaften*' kan een beroep hierop slechts onder bijzondere omstandigheden slagen. Om die reden doet het zich in de praktijk dan ook zelden voor.

In de rechtspraak⁷⁹ is aangenomen dat de werknemer de vernietigbaarheid van de arbeidsovereenkomst kan inroepen, indien de werkgever bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst weet dat hij het overeengekomen salaris niet kan betalen en hij die overeenkomst toch aangaat. In dat geval kan er ook in strafrechtelijke zin sprake zijn van bedrog. Tenzij er reeds een begin is gemaakt met de werkzaamheden

76 BAG Urt. v. 29 juni 1988 – 5 AZR 433/87 – NZA 1989, 468.

77 NVP Sollicitatiecode (2009), uitgangspunt 4.6.

78 Vgl. BAG Urt. v. 21.2.1991 – 2 AZR 449/90 – NJW 1991, 2723.

79 Vgl. BAG Urt. v. 2.12.1976-3 AZR 401/75-AP Nr. 10 zu § 276 BGB Verschulden bei Vertragsschluss.

op het moment dat de vernietigbaarheid van de arbeidsovereenkomst wordt ingeroepen, werkt de vernietigbaarheid van de arbeidsovereenkomst vanaf de aanvang daarvan (§ 142 BGB).⁸⁰ Partiële vernietiging van de arbeidsovereenkomst is niet mogelijk.⁸¹

De werkgever of de werknemer die stelt dat hij bij de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst werd bedrogen, heeft naast de rechtsactie om de vernietigbaarheid van de arbeidsovereenkomst in te roepen ook de mogelijkheid om vervangende schadevergoeding te vorderen (§ 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Ook in dit geval zal zich in de praktijk vaak de situatie voordoen dat de werknemer reeds een begin heeft gemaakt met de werkzaamheden. In die situatie is het voor de werkgever moeilijk om de schade te bewijzen.

Ook als een sollicitant zwijgt of liegt over 'verkehrswesentliche Eigenschaften' is het naast de mogelijkheid van 'Anfechtung' mogelijk om vervangende schadevergoeding te vorderen. Als de werkgever evenwel in het geheel niet naar 'verkehrswesentliche Eigenschaften' heeft gevraagd, kan over het algemeen niet met succes vervangende schadevergoeding worden gevorderd.

Een sollicitant die niet wordt aangenomen na het overeenkomstig de waarheid beantwoorden van een ontoelaatbare vraag, heeft eveneens de mogelijkheid om schadevergoeding (*Entschädigung*) of vervangende schadevergoeding (*Schadenersatz*) te vorderen (§ 15 AGG jo. 280, 311 Abs. 2 oder § 823 BGB jo. art. 141 EG). *Schadenersatz* kan voor vermogensschade worden gevorderd. In de praktijk zal het evenwel moeilijk zijn om deze schade te kwantificeren.⁸² Als de sollicitant, ondanks de ontoelaatbare vraag, wordt aangesteld, is de weg om materiële schade te vorderen afgesloten.⁸³ Het stellen van een ontoelaatbare vraag kan het vermoeden van overtreding van een wettelijk discriminatieverbod opwerpen.

Een vordering tot tewerkstelling zal bij schending van een discriminatieverbod niet kunnen slagen. Er kan dan een vordering tot schadevergoeding worden ingesteld, maar die ziet uitsluitend op de vergoeding van materiële schade ('*Schadenersatz*') (§ 15 Abs. 1 AGG). Immateriële schadevergoeding kan wettelijk gezien op deze basis niet worden gevorderd (§ 311 Abs. 2 nr. 1 BGB i.V.m. § 253 BGB). Voor vergoeding van de immateriële schade kan *Entschädigung* worden gevorderd (§ 15 Abs. 2 AGG). Deze schadevergoeding bedraagt maximaal drie maandlonen, ook indien de sollicitant in het geval van niet-discriminatoire werving in dienst zou zijn genomen (voor het arbeidsrecht: § 15 AGG en voor het algemeen civiele recht: § 21 AGG). Voor het instellen van een vordering tot immateriële schadevergoeding gelden relatief korte verjaringstermijnen, respectievelijk twee maanden voor het buitengerechtelijk instellen van een vordering (zie § 15 Abs. 4 AGG) en drie maanden voor het instellen van

80 BAG Urt. V-18.10.2000-2 AZR 380/99, NZA 01, 315.

81 IAG Düsseldorf 29.4.66, DB 66, 1137.

82 Küttner, Personallbuch, 16. Auflage 2009, Rn. 31.

83 Erfürter Kommentar zum Arbeitsrecht, 9 Auflage 2009, Rn. 286.

een vordering in rechte (zie § 61b ArbGG⁸⁴). Deze termijnen gaan in op het moment van kennisneming van de schade, respectievelijk vanaf het moment van de ingebrekestelling.

De weg die de sollicitant moet gaan om materiële schadevergoeding te verkrijgen, is zwaar. Hij zal de door het schenden van het wettelijk discriminatieverbod geleden schade moeten bewijzen. Dit betreft zowel het causaal verband tussen de overtreding van het verbod en de schade, alsmede de omvang van de schade. In dat bewijs zal hij in dit stadium van de sollicitatieprocedure in de regel niet kunnen slagen. De onderhandelingen om te komen tot een arbeidsovereenkomst zullen op dat moment immers nog niet of nauwelijks zijn gestart. Wellicht is er zelfs op dat moment nog geen enkel uitzicht op de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst.

Als de werkgever informatie heeft verkregen of verschaft door de inschakeling van een derde, zoals bijvoorbeeld een arts of een psycholoog, heeft de sollicitant of werknemer in het geval dat de informatie incorrect is of op incorrecte wijze werd verkregen, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, de mogelijkheid om zowel de werkgever als de door hem ingeschakelde derde aansprakelijk te stellen.

Als de door de derde verschaft informatie tevens een schending van een wettelijk discriminatieverbod inhoudt, kan immateriële schadevergoeding worden gevorderd (§ 823 Abs. 1 en § 847 BGB), naast de vergoeding van materiële schade (§ 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 241 BGB). Ook kan de sollicitant vorderen dat de door de derde verschaft onjuiste informatie wordt gecorrigeerd (§ 1004 BGB). Indiensttreding bij wijze van schadevergoeding in natura kan niet worden gevorderd (§ 249 BGB (*Naturalrestitution*)). Schadevergoeding kan voorts niet worden gevorderd als de sollicitant wordt aangenomen (§ 123 BGB).

8.13 Voor- en nadelen van de werving en selectie naar Duits recht

De sollicitatieprocedure verloopt in Duitsland in zijn algemeenheid veel formeler en punctueler dan in Nederland. Zo is gebruikelijk dat bij de sollicitatiebrief kopieën worden gevoegd van diploma's, het cv, getuigschriften, stageverslagen, scripties et cetera.

Alhoewel deze aanpak naar Nederlandse begrippen bureaucratisch overkomt, heeft dit wel het voordeel dat een werkgever door toezending van de gegevens bij de sollicitatie veel beter geïnformeerd zal zijn dan bij toezending van een sollicitatiebrief met enkel het cv als bijlage. Door deze betere informatie-uitwisseling zal de sollicitatieprocedure zorgvuldiger verlopen. Hierdoor zal de werkgever in staat zijn om zich een beter beeld te vormen van de geschiktheid van de sollicitant voor een bepaalde functie. Daardoor wordt het risico op dwaling in de sollicitatiefase, evenals de kans op verzwijging door de sollicitant van voor de werkgever essentiële feiten of omstandigheden voor het aangaan van de arbeidsovereenkomst, aanmerkelijk kleiner. Naar

⁸⁴ Het 'Arbeitsgerichtsgesetz' is opnieuw vastgesteld bij wet van 2 juli 1979 (BGBl.I S.853, 1036 en laatstelijk gewijzigd bij wet van 21 december 2008 (BGBl.I S.2940)).

verwachting zal er daardoor ook minder behoefte bestaan om de proeftijd te misbruiken door fouten in de sollicitatiefase door proeftijdontslag te repareren. Bovendien zal in het geval van optimale informatie-uitwisseling tijdens de sollicitatiefase de precontractuele fase voorafgaand aan de arbeidsovereenkomst inzichtelijker verlopen, waardoor het motief bij het afbreken van de onderhandelingen duidelijker toetsbaar zal zijn. Door dit laatste neemt de rechtsbescherming voor de sollicitant toe.

De ondernemingsraad heeft in Duitsland in de regel bij ondernemingen met meer dan twintig kiesgerechtigde werknemers (§ 99 Abs. 1 BetrVG) ook bij individuele sollicitaties een belangrijke stem in het kapittel. Deze kan zijn toestemming voor het aangaan van de arbeidsovereenkomst weigeren, waardoor de indienstneming kan worden teruggedraaid (§ 99 Abs. 2 BetrVG. G. g.v., §. 99 Abs. 4. BetrVG). Alhoewel de werkgever in dat geval vervangende toestemming kan vragen voor de indienstneming, kan de ondernemingsraad hierdoor een verregaande invloed uitoefenen op het al dan niet aannemen van een individuele sollicitant. Naar Nederlands recht heeft de ondernemingsraad slechts een adviesrecht bij het groepsgewijze werven en inlenen van arbeidskrachten (art. 25 lid 1 sub g WOR).

Bij het aangaan van een individuele arbeidsovereenkomst heeft hij in het geheel geen bevoegdheden. Ik ben van mening dat de macht van de Duitse ondernemingsraad bij het aannemen van individueel personeel te groot is. Ondanks de mogelijkheid van het vragen van vervangende toestemming bij het Arbeitsgericht bij indienstneming, wordt de werkgever hierdoor met grote kracht van zijn stoel gestoten en neemt de ondernemingsraad er vervolgens op plaats. Dit acht ik niet in het belang van de onderneming en zie ik als nadeel. Voor het Nederlands recht acht ik het dan ook niet wenselijk en praktisch om de ondernemingsraad bij het aangaan van individuele arbeidsovereenkomsten een rol toe te kennen.

Ook naar Duits recht moet worden aangenomen dat het de werkgever niet is toegestaan om informatie over de gezondheidstoestand van de sollicitant in te winnen. Zeker sinds de invoering van het Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) in 2006, zal het informeren naar de gezondheidstoestand van de sollicitant in de praktijk al vrij snel een vermoeden van discriminatie opleveren. Een uitzondering geldt voor die situaties waarin het voor de aard van de te verrichten werkzaamheden van wezenlijk belang is dat de sollicitant niet met bepaalde medische beperkingen heeft te kampen. Een werkgever die een chemische fabriek exploiteert, heeft bijvoorbeeld het recht om een medisch onderzoek te doen gelasten om vast te stellen of de longfunctie van de sollicitant al dan niet beperkt is. Hiertoe kan door een bedrijfsarts een keuring worden verricht. Ook een verzekeringsarts van de Krankenkasse is tot het verrichten van een dergelijke keuring bevoegd. In zoverre maakt het Duitse recht een risicoselectie in beperkte mate mogelijk. Dit heeft als voordeel dat hierdoor kan worden voorkomen dat een werkgever eerst na de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst wordt geconfronteerd met een werknemer die medische omstandigheden heeft verzwegen, waarvan hij wist of behoorde te weten dat deze hem ongeschikt maken voor het verrichten van een bepaalde functie.⁸⁵

85 Hoge Raad 20 maart 1981, NJ 1981, 507 (DSM/Mijnals).

In het Nederlandse recht is het vragen naar zwangerschap tijdens de sollicitatieprocedure in het geheel niet geoorloofd. Naar Duits is dit evenmin toegestaan.

In Duitsland is veelal bij hogere functies gebruikelijk om in de sollicitatiebrief het huidige salaris en het te verwachten salaris te vermelden. Dit zie ik als pluspunt, omdat zo kan worden voorkomen dat de werkgever in dwaling wordt gebracht.

Naar Duits recht is de werkgever in beginsel vrij in het stellen van vragen, tenzij die vragen in conflict komen met het recht op privacy. Op grond van de NVP Sollicitatiecode mogen bij het sollicitatiegesprek in principe alleen vragen worden gesteld die voor de beoordeling van de geschiktheid van de functie relevant zijn.⁸⁶ De Duitse uitgangspositie biedt formeel wellicht meer mogelijkheden om tijdens het sollicitatiegesprek irrelevante vragen te stellen, maar deze veronderstelling is naar mijn mening zuiver academisch, omdat de Duitser in zijn algemeenheid formeel en zakelijk is.

8.14 Conclusie

Het Duitse recht stelt op grond van de jurisprudentie eisen aan de werving en selectie van personeel. Deze eisen dienen zowel de belangen van de aanstaande werkgever als die van de sollicitant. De werkgever heeft recht op duidelijke informatie. De sollicitant heeft recht op een eerlijke kans op aanstelling en bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer.

Door de duidelijke informatie-uitwisseling in de Duitse sollicitatieprocedure middels de uitgebreide documentatie die bij een sollicitatiebrief wordt gevoegd, kan de werkgever nauwkeuriger bepalen of een sollicitant geschikt is voor het verrichten van de functie en is een eerlijke kans op aanstelling naar mijn mening beter gewaarborgd dan bij toepassing van het Nederlandse systeem dat met name voortvloeit uit de NVP Sollicitatiecode.

Het Duitse recht kent, anders dan het Nederlandse recht, geen code voor de sollicitatieprocedure. In het belang van de rechtszekerheid van de sollicitant geniet het de voorkeur dat de regels die in Duitsland bij de werving en selectie van personeel gelden, in een code of in de wet worden vastgelegd.

In zijn algemeenheid is de rechtspositie van de sollicitant op grond van het Duitse recht niet wezenlijk beter of slechter dan de rechtspositie van de sollicitant naar Nederlands recht. Een paar kleine uitzonderingen die hierop kunnen worden gemaakt zijn de -beperkte- mogelijkheden voor de werkgever tot het stellen van medische vragen tijdens de sollicitatieprocedure en de plicht tot vergoeding van sollicitatiekosten die uit de rechtspraak kan worden afgeleid.

⁸⁶ NVP Sollicitatiecode, uitgangspunt 1.1.

HOOFDSTUK 9

Geschiedenis van het proeftijdbeding

9.1 Het ontslagrecht tot 1907

In het Romeins recht werd reeds het onderscheid gemaakt tussen aanneming van werk, dat werd verricht door een vrijgeborene (ingenuus) en de verhuur van diensten verricht door onzelfstandigen (servi). Vanuit de Franse Code Civil van 1804 belandden deze rechtsfiguren in ons Burgerlijk Wetboek van 1838.¹ Basis van het oude BW is het beginsel van contractsvrijheid, dat in artikel 1374 lid 1 BW (oud) is neergelegd. Bij de regeling van de proeftijd, die in 1907 in de wet werd ingevoerd,² kwam de wetgever enigszins op het beginsel van contractsvrijheid terug.

Voor de inwerkingtreding van de Wet op de arbeidsovereenkomst van 13 juli 1907 viel de arbeidsovereenkomst onder het regime van artikel 1583 BW (oud). Dit artikel noemde twee soorten van huur en verhuur: huur van goederen en de huur van diensten, werk en nijverheid. Artikel 1585 BW (oud) omschreef huur van diensten als: *‘Overeenkomst, waarbij de ene partij zich verbindt om iets voor de andere, tegen betaling van eenen tusschen haar bepaalde prijs of loon, te verrichten’*. De vijfde afdeling van de titel gaf een bijzondere regeling voor de ‘huur van dienstboden en werklieden’ en de zesde afdeling voor de ‘aanneming van werk’. Drucker³ wees er inmiddels meer dan een eeuw geleden op dat moeilijk een verschil was te maken tussen werklieden en werkboden. Hij stelde zich na uitvoerig jurisprudentieonderzoek de vraag welke huur van diensten onder de heerschappij van de artikelen 1637 e.v. (oud) BW vielen, oftewel welke concrete invulling moest worden gegeven aan de begrippen ‘dienstboden, werklieden en werkboden’ in artikel 1637 (oud) BW.

Het was Drucker gebleken dat er in de rechtspraak over de vijfde afdeling van de titel twee stromingen waren: één waarbij werd aangenomen dat elke huur van diensten viel onder deze afdeling en één die ervan uitging dat deze afdeling niet alle gevallen van huur van diensten omvatte. Dit onderscheid was van belang omdat werknemers die niet onder de vijfde afdeling konden worden gerangschikt, waarin de huur van

1 Zie hierover onder meer H.L. Bakels, *Schets van het Nederlands Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2007, 19^e druk, p. 4.

2 Wet op de arbeidsovereenkomst, 13 juli 1907, *Stb.* 1907, 193.

3 H.L. Drucker, ‘Bouwstoffen voor eene burgerrechtelijke regeling der arbeidsovereenkomst’, *RMThe-mis* 1894, p. 502.

diensten was geregeld, niet vielen onder de competentie van de kantonrechter, zoals deze in artikel 1639 (oud) BW was neergelegd. De Hoge Raad had in een arrest van 16 december 1859, W. 2169, reeds bepaald dat de artikelen 1637, 1638 en 1639 BW als afwijkende 'van het algemene recht van enige uitlegging zijn'. Vervolgens had de Hoge Raad beslist dat die artikelen 'volgens hun exceptionele aard, volgens het spraakgebruik en volgens de bedoeling van de wetgever, alleen tot onderwerp hebben de huur der bepaaldelijk zogenoemde dienstboden en werklieden of werkboden, met uitzondering van alle andere bedienden, die een meer verhevene taak te vervullen hebben.' Volgens Drucker⁴ is dezelfde leer van de Hoge Raad in tal van uitspraken, vroeger en later, door lagere rechtscolleges gevolgd. Het was voor de invoering van de Wet van 13 juli 1907 van praktisch belang voor een 'dienstverhuurder' of deze door een rechter al dan niet als dienst- of werkbode in de zin van artikel 1639 (oud) BW werd aangemerkt.

In het geval de 'meester' de dienst- of werkbode immers eigenmachtig wegzond, was deze aan hem zes weken loon verschuldigd,⁵ indien de rechter hem als 'dienstverhuurder' ex artikel 1639 (oud) BW had beschouwd. Als de werknemer evenwel als een 'hoger soort contractant' door de rechter werd aangemerkt, werd onmiddellijk ontslag zonder enige schadevergoeding geconstrueerd of de ingestelde loonvordering ex artikel 1639 (oud) BW (zes weken loon) aan hem ontzegd.⁶ In de situatie vóór de inwerkingtreding van de Wet van 13 juli 1907, waarbij de proeftijd voor het eerst werd geregeld, kon een werknemer die viel onder de termen van 1639 (oud) BW kortom bij herhaling eigenmachtig door de werkgever worden weggezonden, met als sanctie zes weken loon bij wijze van schadeloosstelling te betalen aan de dienst- of werkbode.

De werknemer die niet als werknemer in de zin van artikel 1639 (oud) BW werd aangemerkt, verkeerde in een nog slechtere positie. Hij kon zelfs bij herhaling eigenmachtig door de werkgever worden heengezonden, zonder recht te hebben op loonbetaling.⁷ Aan deze, voor de werknemer zeer nadelige situatie, wenste de wetgever door de invoering van de wet van 13 juli 1907 een halt toe te roepen.

4 H.L. Drucker, 'Bouwstoffen voor eene burgerrechtelijke regeling der arbeidsovereenkomst', *RMThesis* 1894, p. 506.

5 Art. 1639 (oud) BW: 'De meester is echter bevoegd om hen te allen tijde, zonder het aanvoeren van redenen, weg te zenden, doch hij is, in dat geval, verplicht aan hen, behalve het verschenen loon, tot schadeloosstelling te betalen zes weken, te rekenen van de dag waarop zij uit den dienst zijn weggezonden.'

6 E.G. van Arkel, P.A. Boontje en C.J. Loonstra, 'Ontslagrecht: het proeftijdontslag', *SR* 2003, 2, hebben in hun overzichtsartikel over het proeftijdontslag het onderscheid in rechtsgevolgen tussen de positie van de dienst- of werkboden in de zin van art. 1639 (oud) BW en werknemers die niet onder dit begrip vielen, niet onderkend.

7 Interessant is het door C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag 2008, 3^e druk, p. 56, genoemde voorbeeld van de Maastrichtse keur, waarin stond dat de keukenmeid die niet over culinair talent bleek te beschikken, binnen één of twee weken kon worden weggestuurd, zonder dat daaraan enige juridische gevolgen waren verbonden.

9.2 De wet van 13 juli 1907

De eerste wettelijke regeling met betrekking tot de proeftijd werd in 1907 ingevoerd.⁸ De proeftijd werd geformuleerd in artikel 1639l (oud) BW.⁹ Zoals uit de Memorie van Toelichting op de Wet van 13 juli 1907 blijkt, was destijds uit onderzoek gebleken dat sommige omringende landen trachtten om de wettelijke voorschriften rond de opzeggingstermijnen te ontlopen door steeds een 'proeftijd' te doen voortduren.¹⁰ Dit moest naar het oordeel van de wetgever worden voorkomen.¹¹ Blijkens het voorlopig verslag van de Tweede Kamer dient uit de toelichting op artikel 1639l (oud) BW te worden opgemaakt, dat het in de bedoeling lag dat het een werkgever niet geoorloofd zal zijn een werknemer na de beëindiging van de proeftijd nogmaals 'op proef' te nemen. Zulks was echter in eerste instantie in het wetsartikel niet uitdrukkelijk verboden. Om die reden werd er uiteindelijk een tweede lid aan artikel 1639l (oud) BW toegevoegd, waarin werd bepaald dat een tweede proeftijd nietig was.¹²

Voorts heeft de wetgever er destijds voor gekozen om aan de proeftijd een maximumduur van twee maanden te verbinden en te bepalen dat overschrijding van deze voorgeschreven maximumtermijn met absolute nietigheid werd bedreigd.¹³ Maar, zo staat in de Memorie van Toelichting op artikel 1639l (oud) BW, het is '*plicht die tijd zoo te bepalen, dat aan alle billijke eisen der practijk wordt voldaan*'.

Vanuit de Tweede Kamer kwam er kritiek op diverse aspecten van de proeftijdregeling. De heer Van Doorn heeft tijdens de beraadslagingen in de Tweede Kamer een amendement op lid 2 van artikel 1639l (oud) BW voorgesteld, inhoudende dat dit tweede artikellid, dat bepaalt dat elk beding tussen dezelfde partijen waarbij een tweede proeftijd wordt aangegaan nietig is, diende te vervallen.¹⁴ De in artikel 1639l (oud) lid 2 BW tot uitdrukking gebrachte drie beginselen luiden:

1. Elk beding, waarbij de proeftijd niet voor beide partijen gelijk is, is nietig.
2. De proeftijd mag niet langer duren dan twee maanden.
3. Een tweede proeftijd is nietig.

⁸ Wet op de arbeidsovereenkomst van 13 juli 1907, *Stb.* 1907/193.

⁹ Art. 1639l (oud) BW: '*Indien een proeftijd is bedongen, is gedurende die tijd ieder der partijen bevoegd, door opzegging de dienstbetrekking onmiddellijk te doen eindigen. Elk beding, waarbij de proeftijd niet voor beide partijen gelijk is, of dat op langer dan twee maanden gesteld wordt, alsmede elk beding, waarbij tusschen dezelfde partijen een nieuwe proeftijd wordt aangegaan, is nietig*'.

¹⁰ Memorie van Toelichting o.a. op art. 1639l (oud) BW.

¹¹ Zeker, (.....) *het moet geoorloofd blijven, arbeidsovereenkomsten aan te gaan, die elke dag zonder termijn kunnen worden opgezegd. Doch wie dit verlangt kome er rond voor uit, dat hij wil afwijken van bepalingen der artikelen 45 (1639h) en 46 (1639j). Hem worde niet de vrijheid gelaten, zijne bedoeling achter de minder hard klinkende benaming 'proeftijd' te verbergen.* A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, IV, Den Haag 1909, p. 58.

¹² Memorie van Toelichting op art. 1639l (oud) BW, A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, IV, Den Haag 1909, p. 59.

¹³ Deze theorie is later door P. Zonderland als 'ijzeren proeftijd' gekenschetst, P. Zonderland, 'IJzeren' proeftijdtheorie van de Hoge Raad (kan proeftijd geschorst worden?) in: *De Onderneming*, februari 1955, p. 91-92, als ook in 'Arbeidsrecht en Rechtspraak', Haarlem 1958, p. 11-14.

¹⁴ A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, IV, Den Haag 1909, p. 57 t/m 65.

Van Doorn was van oordeel dat deze beginselen verkeerd zijn. Allereerst vond hij het een te ver doorgedreven gelijkstelling dat een werknemer evenzeer als de werkgever de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd kan opzeggen. Een ander bezwaar was dat hij een proeftijd van twee maanden willekeurig en veel te kort vond.¹⁵ Het zou volgens hem goed aan de werknemer zelf kunnen worden overgelaten zich bij een langere proeftijd neer te leggen of niet. Voorts had hij er grote bezwaren tegen dat een tweede proeftijd tussen dezelfde personen met nietigheid werd bedreigd. Dit achtte hij niet in het belang van de werknemer.¹⁶

Drucker, voorzitter van de Commissie van Rapporteurs, deelde de bezwaren van Van Doorn tegen de tekst van artikel 1639I lid 2 (oud) BW niet. Voor wat betreft de maximumduur van twee maanden van de proeftijd wees hij op alternatieven die een werkgever ten dienste staan om een voldoende oordeel over de bekwaamheid en geschiktheid van de werknemer te vormen. De werkgever zou daartoe bijvoorbeeld gebruik kunnen maken van een arbeidsovereenkomst voor betrekkelijk korte tijd en deze telkens kunnen verlengen. Ook zou de werkgever met de werknemer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, met gebruikmaking van een zeer korte opzegtermijn, kunnen sluiten. Hij wees erop dat het enige dat het artikel verbiedt, is dat 'men onder de schoonschijnenden naam van proeftijd mensen jarenlang aan het lijntje houdt.'¹⁷

De toenmalige Minister van Justitie, Van Raalte, wees erop dat door het schrappen van het tweede lid van artikel 1639I (oud) BW de gehele bepaling illusoir zou worden. Men zou dan ook het tweede lid van het artikel niet kunnen missen.¹⁸ Uiteindelijk werd het amendement van Van Doorn met 42 stemmen tegen en elf stemmen voor verworpen¹⁹ en de tekst van artikel 1639I (oud) BW, inclusief lid 2, vastgesteld.

Uit de wetsgeschiedenis is niet expliciet af te leiden of de wetgever van 1907 een daadwerkelijke proefneming voor ogen heeft gestaan. Volgens Christe²⁰ is dit oorspronkelijk wel de bedoeling van de wetgever van 1907 geweest. De enige bedoeling van de wetgever van 1907 om de proeftijdbepaling in te voeren is, zoals Christe terecht heeft opgemerkt, geweest om misbruik van de proeftijd tegen te gaan.

Na de inwerkingtreding van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 rees de vraag of de preventieve ontslagtoetsing ook gold in het geval van een

15 De wetgever van 1907 heeft de maximumduur van de proeftijd in eerste instantie op één maand gesteld. De Tweede Kamer vond een maximumduur van één maand in sommige gevallen te kort. Uiteindelijk werd de maximumduur bepaald op twee maanden, zie A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, IV, Den Haag 1909, p. 57 t/m 65.

16 A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, IV, Den Haag 1909, p. 60. Bezwaren in dezelfde zin werden geuit door S. van Houten, A.E. Bles, a.w., p. 65 (Beraadslagingen in de Eerste Kamer, d.d. 5 juli 1907).

17 A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, IV, Den Haag 1909, p. 61.

18 A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, IV, Den Haag 1909, p. 62.

19 A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, IV, Den Haag 1909, p. 62.

20 D. Christe, 'Aantekeningen bij de proeftijd van art. 1639n BW', *SMA* 1979, p. 470 e.v.

proeftijdontslag. Volgens Levenbach²¹ was bij beëindiging van het dienstverband tijdens of bij het einde van de proeftijd vergunning van de directeur van het GAB nodig, tenzij de gehele dienstbetrekking niet met een proeftijd, maar slechts voor de duur van de proeftijd was aangegaan. Deze opvatting werd door de strafkamer van de Hoge Raad gedeeld.²² De civiele kamer van de Hoge Raad had hierover een ander oordeel.²³ Uiteindelijk greep de wetgever in, door een ontheffing te verlenen voor werkgevers die een arbeidsverhouding op proef waren aangegaan, voor zover het betreft het beëindigen gedurende de proeftijd.²⁴

9.3 De wetswijziging van 1953

In 1953 werden in het ontslagrecht diverse wijzigingen ingevoerd, waardoor een belangrijk fundament werd gelegd voor de rechtsbescherming van werknemers. De rechtspositie van de werknemer tijdens de proeftijd werd door deze wetswijzigingen evenwel niet verbeterd.

Door de wetswijziging van 1953 werd de ontslagbescherming van de werknemer in algemene zin aanzienlijk versterkt. De wetgever nam voortaan als uitgangspunt dat elk ontslag een 'iusta causa' dient te hebben. Dit uitgangspunt werd door de wetgever niet op het proeftijdontslag van toepassing verklaard. Voorts werd ook de bij Wet van 17 december 1953²⁵ voor het eerst ingevoerde mogelijkheid om ontslag op kennelijke onredelijkheid te laten toetsen, niet op het proeftijdontslag van toepassing verklaard. Dit strookte volgens de minister²⁶ niet met het karakter van de proeftijd.

Door de Wet van 17 december 1953 werd de positie van de werknemer voorts nog verder versterkt door de invoering van opzegverboden, zoals het opzeggingsverbod bij ziekte en militaire dienst.²⁷ De wetgever heeft de werknemer, zolang de proeftijd nog niet was verstreken, ook van deze bescherming uitgesloten. De positie van de werknemer tijdens de proeftijd is door de invoering van de wet dus eerder verslechterd dan verbeterd. Dit is merkwaardig, nu de wetgever van 1907 met de invoering van de regeling omtrent de proeftijd geen enkel ander doel beoogde te dienen dan de werknemer te beschermen. Bovendien verhoudt deze ontwikkeling zich in de tijd omgekeerd evenredig met de na de Tweede Wereldoorlog steeds verdergaande ontslagbescherming van de werknemer. Kennelijk hebben bij de wetswijziging van 1953 de belangen van de werkgever bij het proeftijdbeding meer op de voorgrond gestaan dan die van de werknemer.

21 M.G. Levenbach, 'De Hoge Raad ten tweeden male over de proeftijd en het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen', *NJB* 10 januari 1953, 1953/2.

22 HR 8 november 1949, *Arbeid* 1950/142.

23 HR 27 juni 1952, *NJ* 1952, 488 (*Vermaak/Both*).

24 Besluit van de Staatssecretaris van Sociale Zaken van 10 november 1952, nr. 04 362, *Stcrt.* 1952, 220.

25 Wet van 17 december 1953, *Stb.* 619.

26 Memorie van Antwoord, Bijlage Handelingen II 1951-1952, no. 881, 6, p. 17. Zie voorts M.G. Levenbach, 'Aantekeningen bij het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht', *SMA* 1954, p. 288.

27 G. Gerbrandy, *Het Nieuwe Ontslagrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1954, p. 21-23.

De tekst van artikel 1639n (oud) BW werd bij de Wet van 17 december 1953 op één belangrijk punt gewijzigd. De oude tekst van artikel 1639n (oud) BW luidde:

'Indien een proeftijd is bedongen, is ieder der partijen, gedurende de proeftijd, bevoegd de dienstbetrekking onmiddellijk te doen eindigen ... (et cetera).'

De gewijzigde tekst van de wet luidde:

'Indien een proeftijd is bedongen, is ieder der partijen, zolang die tijd niet is verstreken, bevoegd om de dienstbetrekking onmiddellijk te doen eindigen ... (et cetera).'

Door deze wetswijziging werd een destijds bestaande controverse opgelost. In die tijd speelde de vraag of, als een proeftijd bedongen was, partijen reeds voor de aanvang van de proeftijd zouden kunnen opzeggen. Op grond van de nieuwe tekst van artikel 1639n (oud) BW werd deze mogelijkheid uitdrukkelijk geschapen. Van den Heuvel noemt dit verwonderlijk, omdat hiermee de essentie van de proeftijd, te weten proefneming, werd verlaten.²⁸

9.4 De wetswijziging van 1996/1997

Bij de wetswijziging van 1996²⁹ werd de proeftijdregeling in twee wetsartikelen ondergebracht, namelijk in artikel 7:652 BW, waarin de meer formele (geldigheids) vereisten waaraan een proeftijd moet voldoen werden vastgelegd, en in artikel 7:676 BW, waarin bepalingen over de materiële aspecten omtrent de proeftijd zijn opgenomen. Van Arkel, Boontje en Loonstra³⁰ stellen zich op het standpunt dat de wetgever bij de wetswijziging van 1996 een onderscheid heeft ingevoerd tussen formele en materiële aspecten van de proeftijd. Volgens hen werden bij de wetswijziging van 1996 in artikel 7:652 BW de *formele* (geldigheids)vereisten opgenomen die betrekking hadden op de bevoegdheid een proeftijd aan te gaan en in artikel 7:676 BW de *materiële* normen die betrekking hebben op de bevoegdheid om de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang op te zeggen. Het is de vraag of de door Loonstra c.s. veronderstelde scheiding tussen formele aspecten van de proeftijd in artikel 7:652 BW en materiële aspecten in artikel 7:676 BW zo strikt kan worden gemaakt, nu beide wetsartikelen zowel materiële als formele aspecten kennen. Een beroep van de werknemer op de *'ijzeren proeftijd'* (art. 7:652 lid 7 BW) kan bijvoorbeeld misbruik van bevoegdheid opleveren.³¹ Ook de beoordeling of tussen dezelfde partijen of met een volgend werkgever een (nieuwe) proeftijd kan worden overeengekomen, is van materiële aard. Voorts gelden er, ondanks de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd met onmiddellijke ingang op te zeggen (art. 7:676 lid 1 BW), tijdens de proeftijd opzegverboden.³² Andere formele aspecten zijn dat bij opzegging van de

28 L.H. van den Heuvel, *De Redelijkheidstoetsing van ontslagen*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 1983, p. 128. Van den Heuvel verwijst in dit verband in zijn proefschrift naar E.M. Meijers, 'Beëindiging der Dienstbetrekking voordat de arbeid is aangevangen', *RBA* VI, nrs. 25 en 26.

29 Wet van 6 juni 1996, *Stb.* 1996, 406, in werking getreden per 1 april 1997.

30 E.G. van Arkel, P.A. Boontje en C.J. Loonstra, 'Ontslagrecht: het proeftijdontslag', *SR* 2003, 2, p. 37 en 38.

31 HR 27 oktober 1995, *NJ* 1996, 254, *JAR* 1995/254 (*TripleP/TAP*) m.nt. P.A. Stein.

32 Zie § 13.3.1 en § 13.3.2 van dit boek.

arbeidsovereenkomst gedurende de proeftijd desgevraagd de opzegreden dient te worden medegedeeld (art. 7:669 BW) en dat de opzeggingsmogelijkheid van artikel 7:676 lid 1 BW alleen gedurende de proeftijd bestaat. De wetgever heeft daarenboven met de gemaakte opsplitsing de bedoeling gehad om de opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd systematisch te rangschikken in afdeling 9 van boek 7 BW, die het einde van de arbeidsovereenkomst regelt.³³

9.5 De Wet Flexibiliteit en zekerheid

In de tekst van artikel 7:652 BW werd bepaald dat een proeftijd voortaan pas geldig is als deze schriftelijk is aangegaan. Voorts introduceerde de wet een gedifferentieerde maximumtermijn, gekoppeld aan de aard en omvang van de arbeidsovereenkomst. Verder werd in artikel 7:669 BW, op instigatie van het toenmalige Tweede Kamerlid Rosenmöller, vastgelegd dat de in dat artikel genoemde motiveringsplicht voor de reden van de opzegging ook van toepassing is bij proeftijdontslag.

De ontslagreden moet schriftelijk worden medegedeeld. Er staat geen sanctie op weigering van het verzoek.³⁴ De werknemer heeft, blijkens de wetsgeschiedenis,³⁵ wel de mogelijkheid om -eventueel in kort geding- een gebod uit te lokken tot schriftelijke mededeling van de ontslagreden. De schriftelijke opgave van de reden van de opzegging tijdens de proeftijd kan van belang zijn voor de toetsing op overtreding van de discriminatieverboden.³⁶ De wetgever ging er daarbij van uit dat weigering om de ontslagreden schriftelijk mede te delen, in vele gevallen reeds een aanwijzing zou zijn voor kennelijk onredelijk ontslag. Toetsing van het proeftijdontslag op kennelijke onredelijkheid is evenwel bij de wetswijziging van 1953³⁷ uitdrukkelijk uitgesloten, zodat een sanctie op overtreding van de norm van 7:669 BW voor het proeftijdontslag daardoor wel degelijk gewenst zou zijn geweest.

In de in eerste instantie voorgestelde tekst van artikel 7:652 BW had de regering de duur van de proeftijd bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd trapsgewijze geregeld. Bij een arbeidsovereenkomst die zou worden aangegaan voor een periode korter dan één jaar zou, volgens de bedoeling van de wetgever, een proeftijd dienen te gelden voor een periode van ten hoogste twee weken. Indien een arbeidsovereenkomst zou zijn aangegaan voor een periode van langer dan één jaar, maar korter dan twee jaar, zou een proeftijd gelden voor ten hoogste één maand. Voor een arbeidsovereenkomst aangegaan voor een periode van twee jaar of langer, zou de maximale duur van de proeftijd twee maanden bedragen. Voor een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd waarbij het einde niet op een kalenderdatum is gesteld, zou een

33 A.M. ten Bosch-Gerritsen in: Kluwer (losbladig), *Arbeidsovereenkomst*, aant. 1: bij art. 7:652 BW.

34 *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 263, nr. 6, p. 42.

35 Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300. Zie voorts de brief van de Minister van SZW, 7 oktober 1997, commentaar op de aanbevelingen van de Werkgroep Ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht, zoals gepubliceerd in *SR* 1997, 7/8.

36 *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 263, nr. 11. Zie ook Ktr. Haarlem 28 mei 2008, LJN: BD3973.

37 Wet van 17 december 1953, *Stb.* 619.

proeftijd voor ten hoogste twee weken kunnen worden overeengekomen. Vele schrijvers hebben kritiek geuit op deze ingewikkelde regeling.³⁸

De door het kabinet voorgestelde regeling voor een gedifferentieerde proeftijd, gerelateerd aan de duur van het dienstverband, is in de Tweede Kamer bij amendement van Van Middelkoop³⁹ vereenvoudigd. De bij de Wet van 14 mei 1998 vastgestelde proeftijdregeling bepaalt dat bij een arbeidsovereenkomst die werd aangegaan voor de duur van korter dan twee jaar een proeftijd geldt van ten hoogste één maand, en bij een arbeidsovereenkomst aangegaan voor twee jaar en langer een proeftijd van maximaal twee maanden. Bij hetzelfde amendement van Van Middelkoop is voor die gevallen waarbij het einde van de arbeidsovereenkomst niet op een kalendermaand is gesteld, in afwijking van het advies van de Stichting van de Arbeid (STAR) uiteindelijk gekozen voor een proeftijd voor de duur van ten hoogste één maand.

Het eerder door de Stichting van de Arbeid gegeven advies om bij een contract voor bepaalde tijd waarvan het einde niet is gekoppeld aan een kalenderdatum, voor de bepaling van de maximale duur van de proeftijd uit te gaan van de minimaal te verwachten looptijd van het contract, werd door het kabinet niet overgenomen. Het kabinet gaf er de voorkeur aan om ook in deze situatie uit te gaan van een gefixeerde proeftijd, om onduidelijkheden en problemen achteraf te voorkomen.

Blijkens de Memorie van Toelichting⁴⁰ heeft het kabinet in de Nota Flexibiliteit en zekerheid van december 1995 diverse opties voor advies aan de Stichting van de Arbeid voorgelegd, die in essentie neerkwamen op verlenging van de proeftijd. In de praktijk was gebleken dat de proeftijdregeling in de ogen van werkgevers niet altijd voldoet, met name bij functies die een lange inwerktijd vereisen. De Stichting van de Arbeid heeft het kabinet geadviseerd om de maximumtermijn voor de proeftijd te handhaven op twee maanden.⁴¹ De STAR liet zich bij dit advies leiden door de bij de Wet Flexibiliteit en zekerheid in te voeren nieuwe en vernieuwde regeling voor de beëindiging van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, zoals deze thans in artikel 7:668a BW is neergelegd. In samenhang met deze regeling achtte de Stichting van de Arbeid zodanig voldoende flexibiliteit aangebracht, dat zij geen ruimte zag voor verruiming van de proeftijd. Het kabinet heeft dit advies van de Stichting van de Arbeid opgevolgd. De discussie over de verlenging van de maximumtermijn van de proeftijd wordt overigens niet pas vanaf medio jaren negentig van de vorige eeuw gevoerd, maar al vanaf de totstandkoming van de proeftijdregeling in 1907.⁴²

Het kabinet heeft de adviezen van de Stichting van de Arbeid over de regeling van de proeftijd vrijwel volledig overgenomen. Hij heeft daarbij gelet op het onverplichtende

38 R.E.N. Ploum, 'De wetsvoorstellen Flexibiliteit en zekerheid: commentaar en 49 aanbevelingen', onderdeel: 'art. 7:652 de duur van de proeftijd', *SR* 1997, 7/8.

39 *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 263 nr. 22.

40 Memorie van Toelichting Tweede Kamer, vergaderjaar 1996-1997, 25 263, nr. 3.

41 Stichting van de Arbeid, *Nota Flexibiliteit en zekerheid*, nr. 2/96, 's-Gravenhage 1996.

42 Zie beraadslagingen in de Tweede Kamer, d.d. 6 juni 1906, en de beraadslagingen in de Eerste Kamer, d.d. 5 juli 1907, A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, IV, Den Haag 1909, p. 57 e.v.

karakter van de proeftijd, die niet langer dient te duren dan strikt noodzakelijk is.⁴³ De leden van de SP-fractie hebben zich, blijkens de wetsgeschiedenis,⁴⁴ nog afgevraagd of werkgevers met de voorgestelde proeftijdregeling het contract voor bepaalde tijd nog steeds zullen gebruiken als verkapte proeftijd. Voorts vroegen zij zich af of het gevaar niet bestaat dat een werkgever het zekere voor het onzekere kiest en een werknemer ontslaat, omdat hij zich in de relatief korte proeftijd geen oordeel over de werknemer heeft kunnen vormen. Uit de Memorie van Toelichting bij de Wet van 13 juli 1907⁴⁵ volgt, dat de wetgever een daadwerkelijke proefneming tijdens de proeftijd voor ogen heeft gestaan.⁴⁶

Uit de wetsgeschiedenis van de Wet Flexibiliteit en zekerheid blijkt dat de wetgever het doel van de proeftijd ruimer heeft gesteld dan de wetgevers van 1907 en 1953. Volgens de wetgever van de Wet Flexibiliteit en zekerheid 1996/1997 dient de proeftijd er voor de werkgever toe om vergissingen bij de werving en selectie te kunnen corrigeren.⁴⁷

Blijkens de wetsgeschiedenis van de Wet Flexibiliteit en zekerheid⁴⁸ is er ook sprake van een accentverschuiving van de doelstelling van de proeftijd, van daadwerkelijke proefneming tot correctie van vergissingen bij de werving en selectie en beoordeling van de keuze van werkkring. Voor de werknemer is de proeftijd volgens de wetgever van de Wet Flexibiliteit en zekerheid 1996/1997 van belang om zijn keuze van werkkring in de praktijk te kunnen beoordelen. Hiertoe volstaat, aldus de wetgever, voor beiden een relatief korte periode die in redelijke verhouding dient te staan tot de duur van het dienstverband. Hier zien we dat de wetgever van de Wet Flexibiliteit en zekerheid 1996/1997 snel op zijn schreden is teruggekeerd. In eerste instantie opteerde hij voor verlenging van de proeftijd, omdat uit de praktijk was gebleken dat deze, met name bij functies die een lange inwerkperiode vereisen, niet altijd voldoet. De wetgever heeft daarbij ongetwijfeld laten meewegen dat door de invoering van het nieuwe artikel 7:668a BW een flexibele beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd mogelijk zou zijn. Bij nadere bestudering van dit aspect in de wetsgeschiedenis blijkt, dat dit ook al bij de totstandkoming van de eerste wettelijke regeling van de proeftijd in 1907 aan de orde is geweest.⁴⁹

43 Zie Nota naar aanleiding van het verslag (20 juni 1997) Tweede Kamer, vergaderjaar 1996-1997, 28 263, nr. 6, in: C.G. Boot, *Wetsgeschiedenis Flexibiliteit en zekerheid*, Utrecht: Opleidingen Sociaal Recht, Kennedy van der Laan 1998, p. 40.

44 G.C. Boot, *Wetsgeschiedenis Flexibiliteit en zekerheid*, Utrecht: Opleidingen Sociaal Recht, Kennedy van der Laan 1998, p. 40. e.v.

45 *Stb.* 1907, 193.

46 Zie Memorie van Toelichting op art. 1639I (oud) BW, Antwoord der Regering, A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, IV, Den Haag 1909, p. 64-65.

47 G.C. Boot, *Wetsgeschiedenis Flexibiliteit en zekerheid*, Utrecht: Opleidingen Sociaal Recht, Kennedy van der Laan 1998, p. 38.

48 G.C. Boot, *Wetsgeschiedenis Flexibiliteit en zekerheid*, Utrecht: Opleidingen Sociaal Recht, Kennedy van der Laan 1998, p. 40.

49 A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, IV, Den Haag 1909, p. 60 e.v., prof. Drucker: 'Wanneer de werkgever den arbeider twee maanden heeft gehad en zich nog geen voldoende oordeel over diens bekwaamheid en geschiktheid gevormd heeft om hem definitief voor één of twee jaren aan te nemen, belet niets hem die aanstelling te doen plaats hebben voor zeer korte tijd, telkens te verlengen'.

Vorm en geldigheidsaspecten van de proeftijd

10.1 Inleiding

De rechtspositie van een werknemer tijdens de proeftijd is relatief zwak. Om die reden heeft de wetgever vormvoorschriften aan de proeftijd gesteld, om te voorkomen dat de werknemer tijdens de proeftijd volledig aan de willekeur van de werkgever zou worden overgeleverd. Thans, ruim honderd jaar na de inwerkingtreding van de proeftijdregeling, blijkt dat de meeste vormvoorschriften nog steeds actueel zijn en naleving daarvan wordt verlangd. De *'ijzeren proeftijdtheorie'*, inhoudende dat een proeftijd, ondanks bijvoorbeeld omstandigheden als vakantie en ziekte van de werknemer, niet langer mag duren dan de geldende wettelijke maximumduur, is standaardrechtspraak. Ook het beginsel dat een proeftijd voor werkgever en werknemer gelijk dient te zijn, wordt nog steeds aangehangen. Met de Wet Flexibiliteit en zekerheid werd per 1 januari 1999 in het belang van de werknemer een gedifferentieerde maximumtermijn voor de proeftijd ingevoerd. Ook werd op straffe van nietigheid van het proeftijdbeding voorgeschreven dat deze schriftelijk moet worden overeengekomen. Al deze vormvoorschriften beogen de rechtspositie van de werknemer te versterken en bevorderen de rechtszekerheid. Eén vormvoorschrift kan echter als een uitzondering op die ontwikkeling worden gezien: het voorschrift dat een tweede proeftijd nietig is. Alhoewel de wetgever het sluiten van een tweede proeftijd in de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 met nietigheid bedreigde, heeft de Hoge Raad dit vormvoorschrift in diverse arresten genuanceerd. Daarmee wordt tegemoetgekomen aan de behoefte van feitelijke proefneming tijdens de proeftijd. Het nadeel van de door de Hoge Raad gemaakte nuancering is evenwel dat van geval tot geval moet worden ingeschat of het sluiten van een tweede proeftijd is toegestaan. De rechtszekerheid is daarmee niet gediend. De vraag is bovendien of de rechtspositie van de werknemer niet beter wordt gediend met een materiële toetsing van het proeftijdontslag dan door het vasthouden aan vormvoorschriften.

10.2 Vormvoorschriften van 1907

Tot de inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en zekerheid per 1 januari 1999 bevatte de wet (art. 1639n lid 3 (oud) BW) drie vormvoorschriften, die op straffe van

nietigheid dienden te worden nagekomen. Het gaat om de volgende drie bepalingen:

- 1) Elk beding, waarbij de proeftijd niet voor beide partijen gelijk is, is nietig.
- 2) De proeftijd mag niet langer duren dan twee maanden.
- 3) Een tweede proeftijd is nietig.

Aan het formele vereiste dat de proeftijd voor beide partijen gelijk dient te zijn, is in de rechtspraak tot op heden nog steeds vastgehouden. Deze bepaling dient de rechtszekerheid. Bij werkgever en werknemer dient bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst duidelijk te zijn dat de proeftijd voor hen beiden gelijk is. In de Wet Flexibiliteit en zekerheid is dit formele vereiste dan ook gehandhaafd.

Ook aan het tweede aspect, dat de proeftijd niet langer mag duren dan een door de wetgever bepaalde termijn, wordt tot op heden door de rechtspraak niet getornd.¹ Ook de Wet Flexibiliteit en zekerheid heeft overschrijding van de maximumtermijn van de proeftijd met nietigheid bedreigd. Bij de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid is een gedifferentieerde maximumtermijn voor de proeftijd opgenomen. Conversie van een te lange (nietige) proeftijd in een korte (rechtsgeldige) proeftijd is tot op heden door de Hoge Raad niet toegestaan. Evenmin is de Hoge Raad akkoord met opschorting of oprekking van de proeftijd.

Het sluiten van een tweede proeftijd werd door de wetgever van 1907 met nietigheid bedreigd. Dit aspect is een logisch uitvloeisel van de ijzeren proeftijdtheorie en geldt in beginsel nog steeds als uitgangspunt. Bij de wetswijziging van 1953² werd het mogelijk gemaakt om twee opeenvolgende proeftijden overeen te komen, mits de bij wet vastgestelde maximumduur van twee maanden in totaliteit niet werd overschreden. De Wet Flexibiliteit en zekerheid heeft hierin geen verandering gebracht. In de lagere rechtspraak tot die tijd was verschillend geantwoord op de vraag of een proeftijd kon worden vernieuwd of verlengd.³ De Hoge Raad heeft voorts uitgemaakt dat voor een opvolgende arbeidsovereenkomst een nieuwe proeftijd geoorloofd is, indien duidelijk andere vaardigheden of verantwoordelijkheden worden geleverd waarover de vorige arbeidsovereenkomst geen of onvoldoende inzicht heeft gegeven.⁴

1 De Hoge Raad heeft op deze 'ijzeren proeftijdtheorie' een nuancering aangebracht. Hij heeft bepaald dat een beroep van de werknemer op een strikte toepassing van de termijn van het proeftijdbeding in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. Zie HR 27 oktober 1995, NJ 1996, 254 (*Den Haan/The Box Fashion*).

2 Wet van 17 december 1953, Stb. 619, Handb. II, 20 februari 1953, p. 2371 r.k. en 2372 l.k. Zie ook O.O. Bijl. Handb. II 1947-1948, 881 nr. 2 p. 2; VV Bijl Handb. II 1949-1950, 881, nr. 4, p. 22; MvA Bijl. Handb. II, 1951-1952, 881, nr. 6, p. 35.

3 A.M.R.G.L. Nelissen-Noy, 'De proeftijd en de Hoge Raad: op een tweesprong of in tweestrijd?', en de door haar bij noot 34 genoemde jurisprudentie, NJB 5 maart 1988, afl. 9. Zie ook E.G. van Arkel, P.A. Boontje en C.J. Loonstra, 'Ontslagrecht: het proeftijdontslag', SR 2003, 2.

4 HR 14 september 1984, NJ 1985, 244 (*Hardchroom/Yigit*). Zie voorts ook HR 6 december 1985, NJ 1986, 230 (*Van der Leelie/B&B*), HR 13 juni 1986, NJ 1986, 715 (*Raithel/Engel*) en HR 2 oktober 1987, NJ 1988, 233 (*Pons/Meerman*).

10.3 Vereiste van schriftelijkheid

Bij de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid per 1 januari 1999 werd op straffe van nietigheid voorgeschreven dat de proeftijd schriftelijk moet worden overeengekomen (art. 3:39 BW). Blijkens de wetsgeschiedenis van de Wet van 17 december 1953 is ook destijds al geopperd om de schriftelijke vorm van de proeftijd verplicht te stellen. Uiteindelijk is een amendement van die strekking verworpen.⁵

Voor de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid moest een werkgever op grond van de regels van stelplicht en bewijslast bewijzen dat een proeftijdbeding met de werknemer was overeengekomen.⁶ Het schriftelijk overeenkomen van een proeftijd is dan ook verstandig.⁷

De wetgever heeft, blijkens de wetsgeschiedenis van de Wet Flexibiliteit en zekerheid, het schriftelijkheidsvereiste niet gemotiveerd. Het doel van het schriftelijk vastleggen van een proeftijdbeding is om de werknemer ervan te doordringen dat het aangaan van dit beding van wezenlijk belang is voor zijn rechtspositie. In dit verband wordt in de literatuur verwezen naar een arrest van de Hoge Raad, van 9 februari 1990.⁸ In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat de proeftijd voor de werknemer verstrekkende gevolgen heeft. Al naar gelang de omstandigheden moet de werkgever zich ervan vergewissen, dat de werknemer zich van de inhoud van het proeftijdbeding bewust is en daarmee instemt.

Ook voor de geldigheid van een concurrentiebeding in de zin van artikel 7:653 BW geldt het vereiste van schriftelijkheid. De Hoge Raad ziet het vereiste van een geschrift voor het concurrentiebeding als een bijzondere waarborg voor de werknemer om de bezwarende consequenties van het beding goed te overwegen.⁹ Deze redenering dient naar mijn mening ook op te gaan voor het schriftelijkheidsvereiste bij de proeftijd. Door de opschriftstelling van het proeftijdbeding kan de werknemer de voor hem bezwarende consequenties van het beding goed, althans beter overwegen. Alhoewel de wetgever het schriftelijkheidsvereiste voor de proeftijd, blijkens de wetsgeschiedenis van de Wet Flexibiliteit en zekerheid, niet heeft gemotiveerd, ligt deze uitleg op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad voor de hand. Volgens Asscher-Vonk gaat het bij het proeftijdbeding, anders dan bij het concurrentiebeding, niet om beperking van contractsvrijheid, maar juist om verruiming daarvan.¹⁰ Dit

5 Wet van 17 december 1953, *Stb.* 619. *Kamerstukken* 881, nr. 12 en *Handelingen II*, 20 februari 1953, p. 23- 71 r.k. en 23-72 l.k. Zie voorts conclusie van A-G Mok voor HR 9 februari 1990, *NJ* 1991, 146 (*Visser/Ohler*).

6 Zie onder andere HR 9 februari 1990, *NJ* 1991, 146 (*Visser/Ohler*).

7 R.E.N. Ploum, 'De wetsvoorstellen Flexibiliteit en zekerheid: commentaar en 49 aanbevelingen', onderdeel: 'art. 7:652 de duur van de proeftijd', *SR* 1997, 7/8.

8 HR 9 februari 1990, *NJ* 1991, 146 (*Visser/Ohler*).

9 HR 12 februari 1931, *NJ* 1931, 854, m.nt. E.M. Meijers. Zie voorts HR 31 maart 1978, *NJ* 1978, 325 (*Goedegebuure/Dental Post*), m.nt. P. Zonderland. Zie ook HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 462, *JAR* 1992/23. Zie ook HR 28 maart 2008, *JAR* 2008/113.

10 I.P. Asscher-Vonk, 'Bijzondere bedingen', *Ara* 2004/3, p. 13-17.

standpunt is naar mijn mening wetshistorisch gezien onjuist nu de wetgever, blijkens de Memorie van Toelichting¹¹ van de Wet op de arbeidsovereenkomst,¹² met de wettelijke regeling van de proeftijd juist heeft beoogd om misbruik hiervan tegen te gaan en derhalve hiermee een tot dan bestaande bevoegdheid wenste te beperken. Hierbij dient tevens de kanttekening te worden gemaakt dat het bij een concurrentiebeding gaat om een beperking van de contractsvrijheid van de werknemer, terwijl in geval van een proeftijdbeding nu juist de contractsvrijheid van de werkgever wordt ingedamd.

Loonstra c.s.¹³ gaan er kennelijk van uit dat het proeftijdbeding door de werknemer schriftelijk dient te zijn ondertekend. Uit de wetsgeschiedenis van de Wet Flexibiliteit en zekerheid is evenwel niet af te leiden of voor de voldoening aan het schriftelijkheidsvereiste het proeftijdbeding moet zijn ondertekend. De Centrale Raad van Beroep heeft uitgemaakt dat een proeftijdbeding niet rechtsgeldig tot stand was gekomen, omdat het niet schriftelijk werd overeengekomen.¹⁴

De ontwikkelingen in de rechtspraak met betrekking tot het schriftelijkheidsvereiste bij een concurrentiebeding laten zien dat met dit vereiste soepeler wordt omgegaan dan in het verleden. In de rechtspraak is zelfs uitgemaakt dat aan het schriftelijkheidsvereiste is voldaan als een werknemer zich schriftelijk akkoord verklaart met een brief van de werkgever, waarin is verwezen naar bijgevoegde arbeidsvoorwaarden met daarin een concurrentiebeding.

De omstandigheid dat de werknemer de bijgevoegde arbeidsvoorwaarden, waarin het concurrentiebeding is opgenomen, niet voor akkoord heeft ondertekend, doet volgens de Hoge.

Raad aan de geldigheid van het concurrentiebeding niet af.¹⁵ De hiervoor omschreven trend ten aanzien van het schriftelijkheidsvereiste van het concurrentiebeding zien we eveneens terug bij het proeftijdbeding. In de rechtspraak wordt aangenomen dat een proeftijdbeding ook rechtsgeldig in een afzonderlijke overeenkomst, bij cao of in een regeling van een publiekrechtelijk orgaan kan worden vastgelegd.¹⁶ De Kantonrechter Hilversum oordeelde dat de vastlegging van een proeftijdbeding in een

11 Memorie van Toelichting op art. 1639 L (oud) BW, A.E. Bles, *De Wet op de arbeidsovereenkomst*, IV, Den Haag 1909, p. 59.

12 Wet op de arbeidsovereenkomst, Wet van 13 juli 1907, *Stb.* 1907, 193.

13 E.G. van Arkel, P.A. Boontje en C.J. Loonstra, *SR* 2003, 2: 'Ontslagrecht, het proeftijdontslag', p. 49.

14 CRvB, uitspraak van 2 januari 2008, LJN: BC1105.

15 HR 28 maart 2008, *RAR* 2008,75 (*Philips/Oostendorp*). Vermeldenswaardig is dat de A-G mr. D.W.F. Verkade concludeerde tot vernietiging van het bestreden arrest, omdat door de enkele accordering van de brief van de werkgever, waarin naar bijgevoegde arbeidsvoorwaarden was verwezen waarin een concurrentiebeding was opgenomen, niet was voldaan aan de blijkens de jurisprudentie van de Hoge Raad gestelde strenge schriftelijkheidsvereisten bij het concurrentiebeding. Kritisch over dit arrest is A.R. Houweling: 'Herijking van het schriftelijkheidsvereiste van het concurrentiebeding; afscheid van de Waarborgfunctie', *TRA*, afl. 1-november 2008, p. 16-20.

16 A.M. ten Bosch-Gerritsen in: Kluwer (losbladig), *Arbeidsovereenkomst*, aant. 3 bij art. 7:652 BW. Zie voorts Ktr. Amsterdam 1 november 2000, *JAR* 2000/252 en Hof Leeuwarden 17 maart 2009, *JAR* 2009/109.

arbeidsvoorwaardenregeling op cd-rom eveneens voldoende was.¹⁷ Naar analogie van de jurisprudentie over het concurrentiebeding kan dan ook de conclusie worden getrokken dat de enkele opschriftstelling van het beding voldoende is.¹⁸ Hierbij is wel van belang dat de betreffende proeftijdregeling in de individuele arbeidsovereenkomst dient te zijn geïncorporeerd en dat de werknemer hier vooraf kennis van heeft kunnen nemen, bijvoorbeeld middels terhandstelling.¹⁹ Voorts moet het beding voldoende duidelijk zijn.²⁰

In de literatuur en jurisprudentie is regelmatig de vraag gesteld op welk moment aan het schriftelijkheidsvereiste moet zijn voldaan.²¹ De wettekst geeft volgens Loonstra c.s.²² aan dat dit bij het aangaan kan plaatsvinden, maar zo mogelijk ook (indien en voor zover arbeidsrechtelijk acceptabel) op een later tijdstip. Loonstra c.s. wijzen ter onderbouwing van dit standpunt voorts nog naar de totstandkoming van de Wet Flexibiliteit en zekerheid. Daaruit zou blijken, dat het naar het oordeel van de minister niet de bedoeling is geweest alleen bij de aanvang van een arbeidsovereenkomst een proeftijdbeding mogelijk te maken.²³ Loonstra c.s. komen op grond hiervan tot de conclusie dat de proeftijd niet enkel bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst kan worden overeengekomen, maar ook (kort) daarna.²⁴ Dit standpunt van Loonstra c.s. wordt in de rechtspraak gevolgd. Het Gerechtshof 's-Gravenhage²⁵ heeft over het moment van schriftelijk overeenkomen van de proeftijd overwogen, dat het proeftijdbeding ook na het aangaan van de arbeidsovereenkomst op schrift kan worden gesteld. Het hof komt tot die conclusie op basis van de overweging dat de eis dat de proeftijd bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst moet worden overeengekomen, zoals deze is geformuleerd in artikel 7:652 lid 3 BW, niet terugslaat op de in lid 2 van artikel 7:652 BW neergelegde voorwaarde dat de proeftijd schriftelijk moet

17 Ktr. Hilversum 20 maart 2002, JAR 2002/84 (*Cerfontaine/Inter Access B.V.*).

18 Zie ook Ktr. Zwolle 21 augustus 2009, LJN: BK0852. In casu was een proeftijdbeding in de concept-arbeidsovereenkomst opgenomen. De werknemer had tegen het proeftijdbeding geen bezwaar gemaakt. Onder deze omstandigheden moest volgens de kantonrechter, die oordeelde als voorzieningenrechter, worden ingeschat dat een beroep op een ontbrekende gebondenheid aan het proeftijdbeding wegens het niet ondertekend hebben van het door werkgever opgestelde arbeidscontract geen stand zou houden.

19 Zie onder andere Hof Leeuwarden 9 november 2005, JAR 2005/285, RAR 2006, 4, JIN 2005/454, m.nt. Loonstra (*Assembla Group/Mestrom*). Zie ook HR 9 februari 1990, NJ 1991, 146 (*Visser/Ohler*). Zie voorts C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag 2008, 3^e druk, p. 194. Zie ook Ktr. Amersfoort 7 november 2008, LJN: BG8859 en Gerechtshof Arnhem 13 oktober 2009, RAR 2010, 75.

20 Zie onder andere Ktr. Eindhoven 17 juli 2007, JAR 2007/218 (*A/X*).

21 A.M. ten Bosch-Gerritsen in: Kluwer (Iosbladig), *Arbeidsovereenkomst*, aant. 3.1 bij art. 7:652 BW. Zie ook E.G. van Arkel, P.A. Boontje en C.J. Loonstra, 'Ontslagrecht: het proeftijdontslag', SR 2003/2, p. 40 en 41. Zie voorts Ktr. Heerlen 6 juni 2001, JAR 2001/135 (*Odrossly/Steakhouse Eldorado*) en Ktr. Gouda 21 november 2002, KG 2002, 310.

22 E.G. van Arkel, P.A. Boontje en C.J. Loonstra, 'Ontslagrecht: het proeftijdontslag', SR 2003, 2.

23 Loonstra c.s. -zie vorige noot- verwijzen in dit verband naar S.W. Kuip en C.G. Scholtens, *Flexibiliteit en zekerheid, Parlementaire geschiedenis van de Wet Flexibiliteit en zekerheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 394-395, 399-400, alsmede naar S.W. Kuip, 'Proeftijd: nu met gedifferentieerde wederzijdse willekeur en schriftelijk gemotiveerde opzegging', *ArbeidsRecht* 1998/10, p. 55.

24 Zie ook E. Verhulp, *T&C Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2008, art. 7:652 BW, aant. 3.

25 Hof 's-Gravenhage 5 maart 2004, LJN: AO8998 (*Vidi*). Anders: Ktr. Heerlen 6 juni 2001, JAR 2001/135 (*Odrossly/Steakhouse Eldorado*). Zie in dezelfde zin ook: Ktr. Amersfoort 7 november 2008, LJN: BG8859.

worden overeengekomen. Naar mijn mening is dit een steekhoudend argument.²⁶ Loonstra c.s. en Kuip hebben opgemerkt dat eerst na het aangaan van de arbeidsovereenkomst schriftelijk overeengekomen proeftijd dan alleen nog kan worden overeengekomen voor de tijd dat de arbeidsovereenkomst korter dan één respectievelijk twee maanden heeft geduurd.²⁷ Uit het oogpunt van rechtsbescherming van de werknemer is deze opvatting verdedigbaar, nu partijen in de periode die aan de proeftijd voorafging reeds met elkaar ervaring hebben kunnen opdoen. In zoverre past het in de lijn van het arrest van de Hoge Raad van 13 september 1991, waarin de Hoge Raad een proeftijdbeding nietig verklaarde in een situatie waarin de werknemer onmiddellijk voorafgaande aan de arbeidsovereenkomst gedurende een periode van twee maanden of langer als uitzendkracht dezelfde werkzaamheden voor de werkgever had verricht.²⁸ In het belang van de rechtszekerheid en ter bescherming van de werknemer is het naar mijn mening raadzaam om wettelijk te regelen dat een proeftijdbeding slechts bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst kan worden overeengekomen.²⁹

10.4 Conclusie

Door de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid is het wezen van de proeftijd, zoals dit met name tot uitdrukking komt in de zogenaamde 'ijzeren proeftijdtheorie' ongewijzigd gebleven. Het voorschrift dat de proeftijd voor beide partijen gelijk dient te zijn is gehandhaafd en de proeftijd mag niet langer duren dan twee maanden. Van een verlenging van de maximumtermijn voor de proeftijd heeft de wetgever uiteindelijk niets willen weten. Nieuw is de bij de Wet Flexibiliteit en zekerheid ingevoerde gedifferentieerde maximumtermijn voor de proeftijd en het constitutief voorgeschreven schriftelijkheidsvereiste. Uit de tekst van artikel 7:652 lid 2 BW blijkt evenwel niet op welk moment aan het schriftelijkheidsvereiste moet zijn voldaan.

²⁶ Zie in tegengestelde zin: Ktr. Heerlen 6 juni 2001, *JAR* 2001/135.

²⁷ C.J. Loonstra, E.G. van Arkel, P.A. Boontje, 'Ontslagrecht: het proeftijdontslag', *SR* 2003, 2, p. 40-41 en S.W. Kuip en C.G. Scholtens, *Flexibiliteit en zekerheid, Parlementaire geschiedenis van de Wet Flexibiliteit en zekerheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 394-395 en 399-400. Zie ook HR 13 september 1991, *NJ* 1992, 130 (*Dingler/Merkelbach*).

²⁸ HR 13 september 1991, *NJ* 1992, 130 (*Dingler/Merkelbach*).

²⁹ A.M. ten Bosch-Gerritsen in: Kluwer (losbladig), *Arbeidsovereenkomst*, aant. 6 bij art. 7:652 BW. Zie tevens K.W.M. Bodewes & F.C. van Uden, 'Proeftijdontslag incl. proeftijdbeding' in: C.J. Loonstra & W.A. Zondag (hoofdrede.), *Commentaar Arbeidsrecht*, Den Haag, Sdu Uitgevers 2007, p. 551-552.

HOOFDSTUK 11

De duur van de proeftijd

11.1 Inleiding

De wetgever heeft het onwenselijk geacht dat de werknemer, door een proeftijd steeds te laten voortduren, bij herhaling verstoken zou blijven van de bescherming door wettelijke voorschriften over opzeggingstermijnen. Dit blijkt uit de beraadslagingen in de Tweede Kamer die aan de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst van 13 juli 1907 zijn voorafgegaan. Vanuit deze beschermingsgedachte heeft de wetgever gewenst dat aan de maximumtermijn van twee maanden strikt de hand zou worden gehouden. Vanuit ditzelfde uitgangspunt werd elk beding waarbij tussen dezelfde partijen een nieuwe proeftijd werd aangegaan, door de wetgever van 1907 als nietig aangemerkt.

Decennialang heeft de Hoge Raad zich heel duidelijk uitgelaten over de maximumduur van de proeftijd en de gevolgen van overschrijding van die termijn. Overeenkomstig de bedoelingen van de wetgever werd daarbij strikt de hand gehouden aan de maximumduur van de proeftijd. De Hoge Raad stelde zich, onder verwijzing naar de tekst van de wet, op het standpunt dat het hele beding bij overschrijding van de maximumduur als niet geschreven moest worden beschouwd.

De Hoge Raad wenste, gegeven de ratio van de wettelijke regeling van de proeftijd, evenmin te weten van opschorting of verlenging van de proeftijd als de werknemer het werk niet kon verrichten vanwege ziekte of een andere oorzaak. In dit hoofdstuk zal worden gezien of heden ten dage in de rechtspraak nog steeds consequent aan de maximumduur van de proeftijd wordt vastgehouden en welke ontwikkelingen in het recht daarbij van belang zijn.

11.2 Opschorting en verlenging van de proeftijd

In de casus die heeft geleid tot het arrest van de Hoge Raad van 9 april 1954¹ deed zich de volgende situatie voor. Een werknemer die met een proeftijd van twee maanden in dienst was getreden bij een rekenmachinefabrikant, werd kort na zijn indiensttreding

¹ HR 9 april 1954, NJ 1954, 446 (*Oranje/Monroe*). Anders: Ktr. Eindhoven 19 november 1981, NJ 1982, 600.

voor langere tijd door ziekte uitgeschakeld. Vlak voor het verstrijken van de proeftijd stuurde zijn werkgever hem een brief, waarin werd voorgesteld om op de dag van zijn terugkeer op het werk een nieuwe proeftijd voor een periode van een maand te laten ingaan. Twee maanden na ontvangst van deze brief hervatte de werknemer, hersteld van zijn ziekte, zijn werk. Nog geen week na deze werkhervatting werd hij door zijn werkgever op staande voet ontslagen.

De werknemer stelde een loonvordering in bij de kantonrechter, omdat volgens hem een dringende reden voor een ontslag op staande voet ontbrak. De Kantonrechter Amsterdam was het met deze stelling van de werknemer wel eens, maar ontzegde de loonvordering, omdat de werknemer tijdens de proeftijd was ontslagen. De kantonrechter baseerde zich daarbij op het wezen van de proeftijd, inhoudende dat gedurende de proeftijd wederzijds kan worden beoordeeld of de dienstverhouding bevalt, *'zodat het erop aan komt of gedurende de minimale tijd, die de wet stelt, inderdaad gewerkt is'*. In het gegeven geval had dit volgens de kantonrechter tot consequentie dat de proeftijd door de ziekte van de werknemer werd geschorst.

Uit het in dezelfde kwestie in cassatie gewezen arrest van de Hoge Raad blijkt dat de kantonrechter vonnis heeft gewezen op 18 december 1952, derhalve voor de inwerkingtreding van de wet van 17 december 1953², waarbij het mogelijk werd gemaakt om een arbeidsovereenkomst met een proeftijd reeds voor de aanvang van de proeftijd op te zeggen. Door deze wetswijziging werd de gedachte van een daadwerkelijke proefneming tijdens de proeftijd losgelaten. Voor de inwerkingtreding van de wet van 17 december 1953 kan, onder verwijzing naar de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever van 1907, worden betoogd dat een daadwerkelijke proefneming door de wetgever werd beoogd. De uiteindelijke bedoeling van de wetgever van 1907 is echter geweest om misbruik van de proeftijd tegen te gaan.³ De omstandigheid dat in lagere jurisprudentie bij herhaling is uitgemaakt dat de proeftijd begint op het moment van daadwerkelijke aanvang van de werkzaamheden, past bij de veronderstelling dat de proefneming werkelijk zal worden gedaan.⁴

De werknemer is tegen het genoemde vonnis van de Kantonrechter Amsterdam van 18 december 1952 in beroep gekomen bij de Rechtbank Amsterdam. De rechtbank heeft in hoger beroep het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd. Kort samengevat heeft de rechtbank zich daarbij op het standpunt gesteld dat een redelijke wets-toepassing zich er niet tegen verzet om in geval van ziekte van de werknemer gedurende de proeftijd nog een nieuwe proeftijd van een maand, die aanvangt na de terugkeer van de werknemer, te bedingen. Een andere opvatting zou de door de wetgever beoogde bescherming van de werknemer volgens de rechtbank 'in haar tegendeel doen verkeren'.

2 Stb. 1953/619.

3 Zie onder andere D. Christe, 'Aantekening bij de proeftijd van art. 1639n BW', SMA 1979, p. 470 e.v.

4 Zie vgl. Ktr. Rotterdam 31 mei 1983, Prg. 1983/1991 en Rb. Breda 16 juni 1992, Prg. 1992, 3760.

De toenmalige advocaat-generaal bij de Hoge Raad, prof. mr. G.E. Langemeijer, heeft in zijn conclusie voor dit arrest aarzeling getoond. Als de werknemer gedurende de hele proeftijd ziek zou zijn geweest, brengt de redelijkheid volgens hem met zich mee dat de proeftijd wordt opgeschort. Tevens merkte hij op dat een daadwerkelijke proefneming het wezen van de proeftijd uitmaakt. Voor het geval de werknemer gedurende een deel van de proeftijd niet in staat is om te werken, heeft Langemeijer zich de vraag gesteld hoe dan te oordelen. In casu vond hij een periode van elf dagen, die de werknemer daadwerkelijk had gewerkt, te kort om door partijen te beoordelen of zij de dienstverhouding zouden moeten voortzetten.

De Hoge Raad volgde zijn advocaat-generaal niet. Hij stelde zich op het standpunt dat voor gevallen als deze, die geenszins uitzonderlijk zijn, in de wet geen bijzondere voorzieningen zijn getroffen. Hieruit zou volgens de Hoge Raad moeten worden afgeleid dat schorsing van de proeftijd niet alleen in strijd is met de bewoordingen van de wet, maar ook met de bedoeling van de wetgever.

De Hoge Raad heeft daarbij tevens overwogen dat het belang van de rechtszekerheid over de vraag of in een gegeven geval het bedingen van een nieuwe proeftijd geoorloofd is, zwaarder weegt dan tegemoetkoming aan het bezwaar dat bij ziekte van de werknemer gedurende de proeftijd de gelegenheid tot een effectieve proefneming geheel of gedeeltelijk komt te vervallen. Zonderland spreekt in zijn beschrijving van dit arrest in dit verband van de '*ijzeren proeftijdtheorie*' en merkt op dat het de voorkeur zou verdienen om de maximumtermijn voor de proeftijd te verlengen tot bijvoorbeeld drie maanden, mede omdat de praktijk daarom ook vraagt.⁵

De wetgever van de Wet Flexibiliteit en zekerheid heeft in eerste instantie eveneens gekozen voor de optie van verlenging van de proeftijd, omdat in de praktijk was gebleken dat in de ogen van werkgevers de maximumtermijn van twee maanden niet altijd voldoet, met name niet bij functies die een lange inwerktijd vereisen.⁶

De Hoge Raad heeft in een arrest van 23 december 1983,⁷ opschorting van de proeftijd opnieuw afgewezen. In deze zaak was de werkgever met de werknemer overeengekomen dat er tijdens de vakantie en de verbouwing van het winkelpand waarin de werkgever zijn slagerij uitoefende, in casu een periode van drie weken, tussen hen geen dienstbetrekking bestond, met als gevolg opschorting van de proeftijd. De Hoge Raad volgde in dit arrest de conclusie van zijn advocaat-generaal mr. J.K. Franx die, onder verwijzing naar de rechtsoverwegingen in het hierboven genoemde arrest van de Hoge Raad van 9 april 1954,⁸ de strekking van artikel 1639n lid 3 BW (oud) uitlegt. De strekking van die bepaling was volgens de advocaat-generaal dat niet langer dan twee maanden, na het ingaan van de (eerste) proeftijd, bij de werknemer onzekerheid

5 P. Zonderland, *Arbeidsrecht en Rechtspraak*, 1958, p. 11 t/m 14.

6 Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 263, nr. 3, p. 6.

7 HR 23 december 1983, NJ 1984, 332 (*Keizer/Van Dijk*). Zie ook Rb. 's-Gravenhage 27 november 2002, JAR 2003/ 32 (*Nassau/Schwencke-Suyck*), in welke zaak verlenging van de proeftijd niet werd toegestaan.

8 HR 9 april 1954, NJ 1954, 446 (*Oranje/Monroe*).

mag bestaan over de vraag of het werken op proef al dan niet door een vast dienstverband, met de daaraan gekoppelde ontslagbescherming, zal worden gevolgd. Het tussen Keizer en Van Dijk overeengekomen beding waarbij de proeftijd gedurende een periode van drie weken werd opgeschort, viel naar het oordeel van de advocaat-generaal niet met de strekking van artikel 1639n lid 3 BW(oud) te rijmen. De Hoge Raad volgde de advocaat-generaal in die opvatting.

Slagter heeft in zijn inaugurele rede van 1961,⁹ met als thema het compromiskarakter tussen rechtvaardigheid en doelmatigheid van het recht, het arrest van de Hoge Raad van 9 april 1954¹⁰ als voorbeeld genoemd van een keuze in het recht voor doelmatigheid. Volgens Slagter is de opvatting van de Hoge Raad in dit arrest wel doelmatig, maar niet rechtvaardig. Doelmatig, omdat geschillen over de vraag of de proeftijd al dan niet voorbij is erdoor worden afgesneden. Persoonlijk voelde Slagter meer voor de in de conclusie van advocaat-generaal Langemeijer en het in die zaak ingenomen standpunt van de rechtbank, inhoudende dat de redelijkheid en billijkheid zich niet tegen een opschorting van de proeftijd wegens ziekte van de werknemer verzetten.

Formeel beschouwd is het de vraag of er in de casus die heeft geleid tot het arrest Keizer/Van Dijk wel sprake is van opschorting van de proeftijd. Mevrouw Keizer was per 11 mei 1977 met een proeftijd van twee maanden als winkelbediende bij slager Van Dijk in dienst getreden. Reeds bij haar indiensttreding waren partijen met elkaar overeengekomen dat er gedurende de periode dat de slagerij wegens vakantie en verbouwing zou zijn gesloten, van 6 juni tot en met 27 juni 1977, geen dienstbetrekking tussen hen zou bestaan. Die dienstbetrekking zou na 27 juni 1977 opnieuw worden aangegaan. Nu er geen sprake was van een arbeidsovereenkomst vanaf 6 juni tot en met 27 juni 1977, kan formeel niet worden gesproken over opschorting van de proeftijd over die periode. In zoverre wijkt de casuspositie in het arrest Keizer/Van Dijk dan ook duidelijk af van het geval dat heeft geleid tot het arrest van de Hoge Raad van 9 april 1954.¹¹ In die casus bleef de dienstbetrekking tussen Oranje en Monroe tijdens de periode van ziekte van Oranje bestaan.

Bij de wetswijziging van 1953¹² werd het mogelijk gemaakt om twee opeenvolgende proeftijden¹³ overeen te komen, mits de bij wet vastgestelde maximumduur van twee maanden in totaliteit niet zou worden overschreden. Terugkerend naar de casus Keizer/Van Dijk zou dit betekenen dat mevrouw Keizer wel degelijk tijdens de (tweede) proeftijd werd ontslagen en dat het proeftijdontslag, anders dan de Hoge Raad heeft bepaald en advocaat-generaal mr. Franx heeft geconcludeerd, rechtsgeldig was. Nadat de vakantie van Keizer en Van Dijk ten einde was en de verbouwing van de slagerij van Van Dijk was gerealiseerd, waren Keizer en Van Dijk immers opnieuw een

9 W.J. Slagter, *Rechtvaardigheid en doelmatigheid*, inaugurele rede Rotterdam, Deventer: Kluwer 1961, p. 26.

10 HR 9 april 1954, *NJ* 1954, 446 (*Oranje/Monroe*).

11 HR 9 april 1954, *NJ* 1954, 446 (*Oranje/Monroe*).

12 Wet van 17 december 1953, *Stb.* 619, *Handb. II*, 20 februari 1953, p. 2371 r.k. en 2372 l.k.

13 Zie O.O. Bijl. *Handb. II* 1947-1948, 881 nr. 2 p. 2; VV Bijl. *Handb. II* 1949-1950, 881, nr. 4, p. 22; MvA Bijl. *Handb. II*, 1951-1952, 881, nr. 6, p. 35.

dienstbetrekking met elkaar aangegaan en daarin was opnieuw een proeftijdbeding opgenomen. De totale proeftijd van twee maanden werd hierdoor niet overschreden.

Phaff¹⁴ is van mening dat in een nieuw ontslagrecht de ijzeren proeftijdtheorie zou moeten worden verlaten. Zij verwijst in dit verband naar de SER-adviesaanvraag,¹⁵ waarin de SER wijst op de mogelijkheid om de proeftijd met de duur van de ziekte van de werknemer te verlengen, zodat louter dagen van feitelijk werken voor de duur van de proeftijd meetellen. Op deze wijze zou de proeftijd meer tegemoetkomen aan de strekking van de bepaling. Phaff verwijst voor de onderbouwing van haar standpunt ook naar het Franse ontslagrecht en het Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR).¹⁶ De Cour de Cassation¹⁷ heeft in 1957 beslist dat de proeftijd verlengd kan worden met de tijd waarin de werknemer afwezig was. In het ARAR is bepaald, dat de proeftijd ambtshalve kan worden verlengd met de tijd die de ambtenaar gedurende die periode niet in werkelijke dienst heeft doorgebracht.¹⁸

Christe¹⁹ heeft opgemerkt dat het hem logisch en wenselijk voorkomt, dat in de regeling van het proeftijdbeding wordt uitgegaan van een samenhang met een werkelijke proefneming. Een regeling omtrent uitstel, verlenging en opschorting van de proeftijd is naar zijn mening dan ook dringend noodzakelijk.

Indien wordt aangesloten bij bovengenoemde regeling die in het ARAR over de verlenging van de proeftijd is opgenomen, kan naar mijn mening een meer praktische invulling aan de proeftijd worden gegeven. In dat geval kan worden tegemoetgekomen aan de bezwaren van de praktijk, zoals die zich onder andere in de arresten van de Hoge Raad van 9 april 1954²⁰ en 23 december 1983²¹ hebben voorgedaan.

In zijn uitspraak van 18 oktober 1991 heeft de Hoge Raad het beroep op opschorting van de proeftijd wederom afgewezen.²²

Indien ervan wordt uitgegaan dat de proeftijd daadwerkelijk als periode van feitelijke proefneming is bedoeld, welk standpunt ik met Christe²³ huldig, is het formeel beschouwd niet juist om te spreken van verlenging van de proeftijd tijdens ziekte of afwezigheid, indien de afwezigheid in verband met ziekte of een andere

14 T.W.J. Phaff, *Naar een nieuw ontslagrecht*, diss. Leiden, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 299.

15 SER-adviesaanvraag, p. 19, brief d.d. 20 maart 1985 van de Ministers van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en van Justitie, gericht aan de SER, met het verzoek om advies uit te brengen over een aantal voorstellen voor herziening van het ontslagrecht (kenmerk: Sociale Zaken en Werkgelegenheid nr. RBVO/Jura/B/85/04506).

16 Besluit van 12 juni 1931, *Stb.* 248, laatstelijk gewijzigd bij het Besluit van 23 oktober 1998, *Stb.* 1998, 598.

17 CH. SOC. 3 oktober 1957, D 1957, 676.

18 Zie in dit verband A.H. van Zutphen, *De rechtspositie van de rijksambtenaar: aanstelling en ontslag*, diss. Leiden, Den Haag: Vuga 1991, p. 179, die erop wijst dat art. 6 lid 2 ARAR deze mogelijkheid opent.

19 D. Christe, 'Aantekening bij de proeftijd van art. 1639 n BW', *SMA* 1979, p. 482.

20 HR 9 april 1954, *NJ* 1954, 446 (*Oranje/Monroe*).

21 HR 23 december 1983, *NJ* 1984, 332 (*Keizer/Van Dijk*).

22 HR 18 oktober 1991, *NJ* 1992, 3 (*De Jong/Beyersbergen*).

23 D. Christe, 'Aantekening bij de proeftijd van art. 1639n BW', *SMA* 1979, p. 470 e.v.

oorzaak in een later stadium wordt rechtgetrokken en daardoor de totale duur van de wettelijk voorgeschreven maximumtermijn niet wordt overschreden. In dat geval is veeleer sprake van opschorting van de proeftijd, zonder dat geweld wordt gedaan aan de ijzeren proeftijdtheorie. Bovendien wordt hierdoor volledig voldaan aan de ratio van de ijzeren proeftijd, dat een werknemer niet te lang van waarborgen in het ontslagrecht mag worden verstoken. De rechtszekerheid komt hierdoor evenmin in gevaar, nu een werkgever door het bijhouden van een deugdelijke administratie in staat moet worden geacht om de periode van afwezigheid nauwkeurig bij te houden, waardoor de maximumtermijn van de proeftijd niet wordt overschreden.

11.3 Oprekking van de proeftijd

Bij de wetswijziging van 1953²⁴ werd de proeftijd naar voren opgerekt, door de toen ingevoerde mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst reeds voor de feitelijke aanvang van de proeftijd met gebruikmaking van het proeftijdbeding op te zeggen. Hierdoor wordt inbreuk gemaakt op de ijzeren proeftijdtheorie, hetgeen naar mijn mening in strijd komt met de rechtszekerheid. Anderzijds is de mogelijkheid van opzegging van de arbeidsovereenkomst voor de feitelijke aanvang van de proeftijd praktisch gezien wel gewenst, omdat zich bij het ontbreken van deze mogelijkheid de situatie zou voordoen, dat in de periode vanaf de ondertekening van het arbeidscontract tot de aanvang van de werkzaamheden wel de wettelijke opzegverboden en opzegtermijnen van toepassing zouden zijn en na aanvang van de proeftijd niet.²⁵ Door de wetgever werd dit niet gewenst, omdat werkgevers in dat geval met de opzegging van de arbeidsovereenkomst zouden wachten tot na de indiensttreding van de werknemer.²⁶

11.4 Ijzeren proeftijd en redelijkheid en billijkheid

Door het arrest van de Hoge Raad van 27 oktober 1995,²⁷ lijkt er wat rek te zijn gekomen in de ijzeren proeftijdtheorie. De Hoge Raad overweegt in dit arrest dat de wetbepaling dient te worden uitgelegd op een wijze die strookt met het strikte uitzonderingskarakter ervan. Dat sluit echter, aldus de Hoge Raad, niet uit dat een beroep van de werknemer op een strikte toepassing van de termijn van de overeengekomen proeftijd onder omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. Aan die omstandigheden moeten dan, in het licht van het bovenstaande, hoge eisen worden gesteld.

In hetzelfde arrest overweegt de Hoge Raad dat de enkele omstandigheid dat werknemer Den Haan zich opzettelijk onttrekt aan het gesprek waarin hij zou worden

24 Wet van 17 december 1953, *Stb.* 619, *Handb. II*, 20 februari 1953, p. 2371 r.k. en 2372 l.k.

25 Zie ook J. Dop en E. Knipschild, 'De proeftijdregeling: de actuele stand van zaken in de jurisprudentie', *Praktisch procederen* 2002/5, p. 135/136.

26 L.H. van den Heuvel, *De Redelijkheidstoetsing van ontslagen*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 1983, p. 128. Zie ook M.A. Noordhoek, 'Beëindiging van de arbeidsovereenkomst vóór aanvang van de feitelijke werkzaamheden', *ArbeidsRecht* 1999/5.

27 HR 27 oktober 1995, *NJ* 1996, 254 (*Den Haan/The Box Fashion*), m.nt. P.A. Stein.

ontslagen, niet voldoende is om zijn beroep op overschrijding van de proeftijd naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te maken. Dit met name nu zijn werkgever Box Fashion op een andere wijze, bijvoorbeeld schriftelijk, had kunnen opzeggen. Bovendien had Box Fashion er volgens de Hoge Raad rekening mee gehouden dat Den Haan zich aan het gesprek zou onttrekken. De Hoge Raad vernietigde het vonnis van de rechtbank en bekrachtigde het vonnis van de kantonrechter.

Interessant is in dit verband ook een uitspraak van de Kantonrechter Middelburg,²⁸ die na de uitspraak van de Hoge Raad van 27 oktober 1995²⁹ is gegeven. In deze casus werd werkgever LSZ geconfronteerd met een werknemer (Sandifort) die zich na drie weken ziek meldde, na twee dagen weer kwam werken, om zich vervolgens vier dagen later weer ziek te melden. Het valt volgens de kantonrechter dan ook niet alleen te begrijpen maar ook te billijken, dat LSZ, zich realiserend dat de proeftijd afliep, besloot niet met Sandifort verder te willen gaan. Aangezien voor LSZ niet was te voorzien dat Sandifort zich aan elk contact zou onttrekken zonder daarvoor een passende verklaring te kunnen geven, besliste de kantonrechter dat Sandifort zich in de gegeven omstandigheden niet als een goed werknemer heeft gedragen, zodat hem de bescherming van de ijzeren proeftijdtheorie niet toekomt.

Oberman³⁰ is van oordeel dat de Kantonrechter Middelburg in deze uitspraak niet de door de Hoge Raad in zijn arrest van 27 oktober 1995³¹ geformuleerde strenge maatstaven heeft gehanteerd. Hij attendeert in dit geval op twee relevante aspecten:

1. LSZ heeft zelf tot de laatste dag van de proeftijd gewacht met het nemen van de beslissing om Sandifort te ontslaan.
2. LSZ had gebruik kunnen maken van een ander communicatiemiddel om Sandifort toch diezelfde dag nog te bereiken (bijvoorbeeld een koerier sturen of zelf langsgaan).

Oberman concludeert dat hier geen sprake is van uitzonderlijke omstandigheden die maken dat een beroep van de werknemer op de ijzeren proeftijd naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Voorts verwijst Oberman nog naar de noot van Stein bij Den Haan/The Box Fashion, waarin wordt gewezen op de werking van artikel 3:37 lid 3 BW. Volgens dit artikel heeft een verklaring, die hem tot wie zij was gericht niet tijdig heeft bereikt, haar werking, indien dit niet of niet tijdig bereiken het gevolg is van zijn eigen handeling, van de handeling van personen voor wie hij aansprakelijk is, of van andere omstandigheden die zijn persoon betreffen en rechtvaardigen dat hij het nadeel draagt.

In hoger beroep werd het hierboven besproken vonnis van de Kantonrechter Middelburg door het Gerechtshof Den Haag³² vernietigd. Volgens het hof voldeden

28 Ktr. Middelburg 7 januari 2002, JAR 2002/40 (Sandifort/LSZ).

29 HR 27 oktober 1995, NJ 1996, 254 (Den Haan/The Box Fashion).

30 C.G. Oberman, 'De loden randen van de ijzeren proeftijd', *ArbeidsRecht* 2002/10, p. 4.

31 HR 27 oktober 1995, NJ 1996, 254 (Den Haan/The Box Fashion).

32 Hof 's-Gravenhage 24 januari 2003, JAR 2003/106 (Sandifort/LSZ).

de in deze zaak bekende omstandigheden niet aan de strenge criteria die de Hoge Raad³³ stelt voor de beantwoording van de vraag of het beroep op overschrijding van de proeftijd naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Het is de vraag waarom de wetgever van 'Flexibiliteit en zekerheid' niet heeft geregeld dat de arbeidsovereenkomst, indien men tijdens de proeftijd op wil zeggen, ook schriftelijk dient te worden opgezegd, op straffe van nietigheid van de opzegging. Situaties als in Den Haan/The Box Fashion of Sandifort/LSZ kunnen dan worden vermeden. Ook dogmatisch gezien is dit zuiverder, want dan kan in het geval een schriftelijke opzegging van de arbeidsovereenkomst niet is ontvangen, worden aangesloten bij het algemene uitgangspunt van artikel 3:37 lid 3 BW.

11.5 Omzetting (conversie)

De Hoge Raad heeft voor het eerst in een arrest van 27 februari 1930³⁴ de mogelijkheid van conversie van een te lange (nietige) proeftijd in een kortere (rechtsgeldige) proeftijd verworpen. De Hoge Raad laat de mogelijkheid van conversie zelfs niet toe als aannemelijk is, dat een geldig beding zou zijn overeengekomen wanneer partijen op de hoogte waren geweest van de ongeoorloofdheid van de duur van de door hen bedongen proeftijd. De Hoge Raad overwoog dat wanneer een proeftijdbeding niet aan de eisen van de wet voldoet, de arbeidsovereenkomst moet worden geacht te zijn aangegaan zonder proeftijd. De opvatting van de rechtbank, op grond waarvan conversie wel mogelijk zou zijn, was volgens de Hoge Raad zowel in strijd met de tekst als met de strekking van artikel 1639l lid 2 BW (oud). Die strekking was om overtreding van alle drie in die bepaling genoemde verboden op gelijke voet, zonder uitzondering, met algehele nietigheid te bedreigen.

In een bijna zestig jaar nadien gewezen arrest³⁵ heeft de Hoge Raad de mogelijkheid tot conversie wederom afgewezen. De Hoge Raad heeft conform de conclusie van zijn advocaat-generaal mr. M.R. Mok overwogen dat voor conversie blijkens de wetsgeschiedenis geen plaats is, gezien de aan artikel 1639n BW (oud) ten grondslag liggende gedachte, dat er een waarborg behoort te zijn dat de werknemer in elk geval niet langer dan twee maanden verstoken mag blijven van de bescherming die hem geboden wordt door de wettelijke ontslagregeling. Aan deze strekking zou tekort worden gedaan, aldus de Hoge Raad, indien een werkgever die een te lange proeftijd in de arbeidsovereenkomst opneemt, daarvan geen andere gevolgen zou hebben te vrezen dan dat een proeftijd voor de hoogst toelaatbare duur van twee maanden geldt.

Advocaat-generaal mr. Mok had er in zijn conclusie voor dit arrest op gewezen, dat het streng handhaven van de ijzeren proeftijd en de sanctie daarop om redenen van redelijkheid en billijkheid is geboden. Hij verwijst naar de strekking van artikel 1639n lid 2 (oud) BW, dat beoogt de werknemer te beschermen. Conversie leidt tot

33 HR 27 oktober 1995, NJ 1996, 254 (*Den Haan/The Box Fashion*).

34 HR 27 februari 1930, NJ 1930, 977 (*Van Koolsbergen/Hubregtse*).

35 HR 8 juli 1987, NJ 1988/232 (*Van Hensbergen/Albersen*).

onzekerheid en dat is in strijd met de volgens sommige auteurs blijkenbedoeling van de wetgever.³⁶

Stein³⁷ heeft zich op het standpunt gesteld dat er in de zaak die heeft geleid tot het arrest Van Hensbergen/Albersen geen sprake is van conversie, maar van partiële nietigheid. In de literatuur wordt dit verschil meestal zo uitgelegd dat bij conversie een kwalitatieve verandering van de rechtshandeling plaatsvindt en bij partiële nietigheid slechts een kwantitatieve verandering van rechtsgevolgen.³⁸ Die opvatting is naar mijn mening juist, nu er in het geval van omzetting van een te lange (nietige) proeftijd in een kortere (rechtsgeldige) proeftijd sprake is van een kwantitatieve vermindering van rechtsgevolgen en niet van een kwalitatieve verandering van de rechtshandeling.

In de literatuur wordt verdedigd dat een proeftijd redelijkerwijs geacht moet worden te zijn geconverteerd naar de eerdere datum van aanvang van de werkzaamheden,³⁹ met als gevolg dat kan worden opgezegd zolang de proeftijd voortduurt.⁴⁰ Om die reden wordt wel geadviseerd om geen begindatum en einddatum voor de proeftijd overeen te komen.⁴¹ Dit advies is op grond van de tot op heden nog steeds door de Hoge Raad aangehangen 'ijzeren proeftijdtheorie' nuttig.

Uit de wetsgeschiedenis van de Wet Flexibiliteit en zekerheid⁴² blijkt dat de wetgever in het belang van de bescherming van de werknemer niet aan de 'ijzeren proeftijdtheorie' heeft willen tornen.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 8 juli 1987⁴³ een uitvoerige en duidelijke uitleg over de strekking van het proeftijdartikel gegeven: *'Het behoort een waarborg te zijn dat de werknemer in elk geval niet langer dan twee maanden verstoken mag blijven van de bescherming die hem geboden wordt door de wettelijke regeling omtrent ontslag. Aan deze strekking zou tekort worden gedaan, indien een werkgever die een te lange proeftijd in de arbeidsovereenkomst opneemt, daarvan geen andere gevolgen zou hebben te vrezen dan dat een proeftijd voor de hoogst toelaatbare duur van twee maanden geldt.'*

36 M.G. Levenbach, 'De Hoge Raad ten tweede male over de proeftijd en het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen', *NJB* 1953, nr. 3, p. 48. Zie ook J. van Drongelen en M. Kramer, 'De proeftijd nu en straks', *SMA* 1998, p. 276-281.

37 P.A. Stein, noot bij HR 8 juli 1987, *NJ* 1988, 232 (*Van Hensbergen/Albersen*).

38 C.H.J. van Leeuwen, 'Conversie kwam te paard; gaat zij te voet?' *NJB* 1982, afl. 27, p. 773 e.v.

39 Ten aanzien van het ingangsmoment van de proeftijd is in de jurisprudentie bij herhaling uitgemaakt dat een proeftijd ingaat op het tijdstip van aanvang van de werkzaamheden. Zie o.a. Rb. Breda 16 juni 1992, *Prg.* 1992, 3760 en Hof Den Bosch 16 april 1991, *NJ* 1992, 812 (*Reinders Beheer B.V./Ebbens c.s.*). Zie ook Hof 's-Gravenhage 19 december 2003, LJN: AO3524 (*Avelingen Groep*).

40 E.G. van Arkel, P.A. Boontje en C.J. Loonstra, 'Ontslagrecht: het proeftijdontslag', *SR* 2003, 2, p. 47.

41 A.M. ten Bosch-Gerritsen in: Kluwer (losbladig), *Arbeidsovereenkomst*, aant. 7.1 bij art. 7:652 BW.

42 G.C. Boot, *Wetsgeschiedenis Flexibiliteit en zekerheid*, Utrecht: Opleidingen Sociaal Recht, Kennedy van der Laan 1998, p. 37 e.v.

43 HR 8 juli 1987, *NJ* 1988, 232 (*Van Hensbergen/Albersen*).

Voor de beantwoording van de vraag of een nietige rechtshandeling in 'zodanige mate aan de strekking' van een andere, als geldig aan te merken rechtshandeling voldoet, zijn de aard van het bewuste nietigheidsvoorschrift en het stelsel van de wettelijke regeling waarvan dat voorschrift deel uitmaakt, van bijzonder belang.⁴⁴ Het is duidelijk dat de aard van het nietigheidsvoorschrift voor een te lange proeftijd en het stelsel van de wettelijke proeftijdregeling omzetting van een te lange proeftijd in een beding voor kortere tijd niet toelaat. Uit het vorenstaande blijkt dat de ijzeren proeftijdtheorie bescherming van de werknemer als uitgangspunt heeft.

De Rechtbank Utrecht⁴⁵ heeft, op grond van de strekking van de nietigheidsbepaling, conversie van een proeftijd van twee maanden in een proeftijd van een maand niet onredelijk geacht in een zaak waarin de werknemer ontslag had genomen. De rechtbank overwoog daarbij dat de nietigheidsbepaling de strekking heeft om de werknemer te beschermen. Door de conversie wordt aan deze strekking geen afbreuk gedaan. Van misbruik van bevoegdheid van de werknemer is volgens de rechtbank geen sprake, gelet op de reden van de opzegging (onzekerheid over haar geschiktheid voor de functie). De Rechtbank heeft in de overwegingen van haar bovengenoemde vonnis bovendien gewezen op de bedoeling van partijen. Volgens de rechtbank zouden partijen, indien zij bij het sluiten van de overeenkomst van de nietigheid van het proeftijdbeding op de hoogte waren geweest, een proeftijd van één maand zijn overeengekomen. De rechtbank overwoog verder dat het de werkgever niet zou baten als er geen plaats zou zijn voor conversie. Hij zou dan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar handelen en in strijd met het goed werkgeverschap door een beroep te doen op schadeplichtigheid. Verhulp⁴⁶ stelt zich op het standpunt dat een proeftijdbeding ook in deze situatie nietig is.⁴⁷ De lagere rechtpraak heeft wel vaker conversie toegestaan.⁴⁸

Oberman⁴⁹ vindt de uitkomst van het vonnis van de Rechtbank Utrecht van 6 februari 2002 op zichzelf bevredigend, maar hetzelfde resultaat kan volgens hem ook zonder conversie worden bereikt. Een oplossing zou volgens hem kunnen zijn dat een onduidelijke of met de wet strijdige bepaling in het nadeel van de werkgever wordt uitgelegd. Voorts kan worden bepaald dat een beroep op ongeldigheid van het proeftijdbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Deze oplossing acht ik dogmatisch gezien, gelet op de ijzeren proeftijdtheorie, veel zuiverder.⁵⁰

44 Jac. Hijma, *T & C Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2007, art. 3:42 BW, aant. 3. Zie tevens J.H. Nieuwenhuis, 'Conversie: is een nietig proeftijdbeding vatbaar voor conversie?', *Ars Aequi* 1988, 37(3), p. 177 e.v.

45 Rb. Utrecht 6 februari 2002, *JAR* 2002/64 (*Tiro Beheer B.V./Hubbers-Verschuur*).

46 *JAR verklaard*, 17 juni 2003, p. 4.

47 C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag 2008, derde druk, p. 196, zijn echter van mening dat conversie in dit geval voor de hand ligt.

48 Zie onder andere Ktr. Eindhoven 12 november 1981, *Prg.* 1982, 1753 en Rb. Zutphen 23 januari 1986, *Prg.* 1986, 2563.

49 C.G. Oberman, 'De loden randen van de ijzeren proeftijd', *ArbeidsRecht* 2002/10.

50 Voor deze oplossing pleiten ook K.W.M. Bodewes en F.C. van Uden, 'Proeftijdontslag incl. proeftijdbeding' in: C.J. Loonstra & W.A. Zondag (hoofdred.), *Commentaar ArbeidsRecht*, Den Haag, Sdu Uitgevers 2007, p. 516.

Door conversie wel mogelijk te achten wanneer dit in het voordeel van de werknemer uitpakt, wordt rechtsonzekerheid gecreëerd, terwijl de wetgever dit nu juist heeft willen voorkomen. Bovendien is al vanaf 1907⁵¹ in de wet vastgelegd dat de proeftijd, op straffe van nietigheid, voor beide partijen gelijk dient te zijn. In het geval dat heeft geleid tot bovengenoemde uitspraak van de Rechtbank Utrecht van 6 februari 2002,⁵² wordt aan dit wettelijke voorschrift geweld gedaan. Wanneer immers conversie wordt toegestaan als de werknemer tijdens de proeftijd ontslag neemt, resulteert dit voor de werknemer in een proeftijd, in casu van één maand. Als de werkgever zich in dit geval echter op het proeftijdbeding had beroepen, zou dit naar alle waarschijnlijkheid hebben geresulteerd in het oordeel dat de te lange proeftijd nietig is en er in het geheel geen proeftijd aanwezig worden geacht.

Wellicht kan de mogelijkheid van conversie van een door overschrijding van de maximumduur ongeldig proeftijdbeding in een rechtsgeldige proeftijdovereenkomst via een andere redenering worden verdedigd. In de zogenoemde 'AVM'-arresten⁵³ oordeelde de Hoge Raad dat het rechtsgevolg dat een concurrentiebeding in beginsel zijn geldigheid verliest na een ingrijpende wijziging van de arbeidsverhouding die een verzwaring van het concurrentiebeding meebracht, verwantschap vertoont met het rechtsgevolg van artikel 7:653 lid 2 BW. Deze bepaling geeft de rechter de bevoegdheid om een concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk te vernietigen. Op grond van deze constatering oordeelde de Hoge Raad dat een concurrentiebeding in geval van een ingrijpende wijziging van de arbeidsverhouding en daardoor ontstane verzwaring, niet onder alle omstandigheden zijn geldigheid volledig verliest, maar slechts voor zover de omstandigheden dit nodig maken met het oog op de wederzijdse belangen van werkgever en werknemer. Op grond van deze overweging van de Hoge Raad is het bij een concurrentiebeding mogelijk om dit partieel te vernietigen of aan te passen. Wellicht had de Rechtbank Utrecht met dezelfde redenering in haar uitspraak van 6 februari 2002⁵⁴ tot dezelfde uitkomst kunnen komen. Een belangrijk aandachtspunt dat we hierbij evenwel niet uit het oog mogen verliezen, is dat de rechter bij een concurrentiebeding op grond van artikel 7:653 lid 2 BW expliciet de bevoegdheid is toegekend om dit geheel of gedeeltelijk te vernietigen of te matigen. Voor een proeftijdbeding geldt een dergelijke bevoegdheid volgens de wet niet. Ook de Hoge Raad heeft tot op heden strikt aan de ijzeren proeftijdtheorie vastgehouden en de mogelijkheid van conversie van een ongeldig proeftijdbeding in een geldige proeftijd, uit het oogpunt van rechtsbescherming voor de werknemer, van de hand gewezen.⁵⁵

Christe⁵⁶ acht conversie op grond van de bedoeling van partijen onwenselijk, omdat in het ontslagrecht de grootst mogelijke rechtszekerheid is geboden. Dit argument sluit

51 Wet op de arbeidsovereenkomst van 13 juli 1907, *Stb.* 1907, 193.

52 Rb. Utrecht 6 februari 2002, *JAR* 2002/64.

53 HR 5 januari 2007, *JAR* 2007/38 (*AVM/Spaan*) en HR 5 januari 2007, *JAR* 2007/37 (*AVM/Osinga*).

54 Rb. Utrecht 6 februari 2002, *JAR* 2002/64 (*Tiro Beheer B.V./Hubbers-Verschuur*).

55 HR 8 juli 1987, *NJ* 1988, 232 (*Van Hensbergen/Albersen*).

56 D. Christe, 'Aantekening bij de proeftijd van art. 1639n BW', *SMA* 1979, p. 470 e.v.

naadloos aan bij de bedoelingen van de wetgever.⁵⁷ Wanneer het voorstel van Fase⁵⁸ wordt gevolgd, inhoudende dat bij wet wordt bepaald dat de maximale termijn van toepassing is als partijen een langere proeftijd overeenkomen dan de wet toelaat, wordt afbreuk gedaan aan het uitgangspunt van ongelijkheidscompensatie⁵⁹ voor de werknemer. Er zullen immers ook heden ten dage nog steeds vele werknemers niet op de hoogte zijn van de wettelijke maximumtermijn voor de proeftijd. De Hoge Raad heeft bij dit aspect stilgestaan in het arrest Van Hensbergen/Albersen (8 juli 1987, RvdW 1987/158). De Hoge Raad overwoog in dit arrest dat een werknemer die binnen de bedoelde proeftijd, maar na het verstrijken van de hoogst toelaatbare duur met een beroep op het beding, zou worden ontslagen, zich tegen dit beroep slechts afdoende zou kunnen verweren bij voldoende kennis van de wettelijke regeling, *'welke kennis van de wettelijke regeling bij werknemers niet zonder meer mag worden verondersteld'*. Dit klemmt temeer, nu bij de Wet Flexibiliteit en zekerheid een gedifferentieerde maximumtermijn is ingevoerd, waarvan ook vele werkgevers in de praktijk nog immer niet exact op de hoogte blijken te zijn.⁶⁰ Het is dan ook wenselijk dat de wetgever, in het belang van de bescherming van de werknemer, blijft vasthouden aan het verbod van conversie.

Nu de maximumtermijn van de proeftijd sinds de Wet Flexibiliteit en zekerheid respectievelijk een of twee maanden bedraagt, rijst de vraag of conversie is toegestaan als bij een arbeidsovereenkomst voor korter dan twee jaar een proeftijd van twee maanden is overeengekomen en binnen een maand na aanvang van de proeftijd wordt opgezegd. Alhoewel de tekst van artikel 7:652 lid 7 BW hierover geen uitsluit- sel geeft, moet het er op grond van de wetsgeschiedenis voor worden gehouden, dat conversie dan niet is toegestaan en het proeftijdbeding nietig is.⁶¹ Alhoewel de wetgever zich op het standpunt stelde dat uit de tekst van artikel 7:652 lid 6 BW volgt dat het proeftijdbeding in dat geval nietig is, had het naar mijn mening uit het oogpunt van rechtszekerheid de voorkeur verdiend om de suggestie van de PvdA-fractie over te nemen, die wilde dat in lid 7 van artikel 7:652 BW zou worden bepaald dat de proeftijd van langer dan een maand bij een tijdelijk arbeidscontract van korter dan twee jaar nietig is.

11.6 Proeftijdregelingen in cao's

De wet geeft de mogelijkheid om bij een collectieve arbeidsovereenkomst een proeftijd voor een langere duur dan een maand overeen te komen als de arbeidsovereenkomst

57 Zie o.a. Rb. Middelburg 20 maart 2002, JAR 2002/131 (Kuypers/SSK).

58 W.P.J.M. Fase, 'Deregulering of ontregeling van het ontslagrecht?', SMA 1984, p. 465-474.

59 Zie onder andere M.G. Rood, *Gelijkheden in beweging*, Thorbecke-lezing, Leiden, 1982.

60 G.C. Boot, *Wetsgeschiedenis Flexibiliteit en zekerheid*, Utrecht: Opleidingen Sociaal Recht, Kennedy van der Laan 1998, p. 40. Uit de wetsgeschiedenis van de Wet Flexibiliteit en zekerheid blijkt dat de leden van de D66-fractie en ook de Nederlandse Orde van Advocaten erop hebben geattendeerd dat de verschillen in proeftijd nodeloos onduidelijkheid creëren.

61 Memorie van Antwoord, Eerste Kamer, vergaderjaar 1997-1998, 25 263, nr. 132b, p. 17-18. Zie voorts G.C. Boot, *Wetsgeschiedenis Flexibiliteit en zekerheid*, Utrecht: Opleidingen Sociaal Recht, Kennedy van der Laan 1998, p. 44. Zie in dezelfde zin ook Rb. Middelburg 20 maart 2002, JAR 2002/131 (Kuypers/SSK).

is aangegaan voor een kortere periode dan twee jaar (art. 7: 652 lid 6 BW).⁶² Diezelfde mogelijkheid bestaat als het einde van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet op een kalenderdatum is gesteld. Uit de 'Tweede evaluatie van de Wet Flexibiliteit en zekerheid', die op verzoek van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid door het Hugo Sinzheimer Instituut in samenwerking met TNO Hoofddorp in 2007 is verricht, blijkt dat in de helft van de cao's een afwijkende regeling is opgenomen, waarbij bijna steeds een uniforme proeftijd van twee maanden wordt aangehouden.⁶³ Deze situatie zou volgens de onderzoekers nauwelijks verschillen van die van zes jaar daarvoor, toen de eerste evaluatie van de Wet Flexibiliteit en zekerheid plaatsvond. Bij de tweede evaluatie van de wet in 2007 is voorts gebleken, dat in de bouw vaak langere proeftijden worden gehanteerd en dat meer werkgevers dan in 2001 proeftijden hanteren die de wettelijke grens van twee maanden te boven gaan. Procentueel gezien is dit verschil echter niet zo groot. In 2001 kwam in 10% van de onderzochte cao's een proeftijd van langer dan twee maanden voor. In 2007 was dit percentage gestegen tot 11,4. Voorts is bij de tweede evaluatie gebleken dat in een aantal cao's een kortere proeftijd voor contracten van minder dan een jaar was opgenomen, of een proeftijd-regeling ontbrak voor contracten van minder dan een halfjaar.

Uit de bestudering in 2008 van 175 branchecao's⁶⁴ en 250 ondernemingscao's,⁶⁵ bleek mij dat in sommige cao's voor de proeftijdregeling wordt verwezen naar de wet. Er zijn ook cao's waarin de wettelijke regeling vrijwel woordelijk is overgenomen. Voorts is mij gebleken, dat in een aantal cao's de duur van de proeftijd niet is vermeld. Als voorbeeld noem ik de ondernemingscao van Lassie B.V. (looptijd van 1 juli 2008 tot en met 30 juni 2009) en die van PQ Nederland (looptijd van 1 april 2008 tot en met 31 maart 2009). Uit het oogpunt van rechtszekerheid is het naar mijn mening wenselijk om de duur van de proeftijd in de cao te vermelden. Voorts schrijven vele cao's voor dat het proeftijdbeding in de individuele arbeidsovereenkomst dient te worden vastgelegd. Dit voorschrift bevordert naar mijn mening eveneens de rechtszekerheid. Voor wat betreft de duur van de proeftijd is mij gebleken dat in sommige cao's kortere proeftijden voorkomen voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met een betrekkelijk korte looptijd. Zo bepaalt de CAO Open teelten v/h landbouw (looptijd van 1 juli 2006 tot en met 31 december 2008) dat de proeftijd maximaal twee weken bedraagt bij een arbeidsovereenkomst korter dan drie maanden. De CAO Houtverwerkende Industrie (looptijd van 1 mei 2008 tot en met 30 april 2010) bepaalt dat de maximumproeftijd voor een arbeidsovereenkomst met een duur die korter is dan een halfjaar één week bedraagt, en voor een halfjaar of langer, maar korter dan één jaar, twee weken. In een aantal cao's is bepaald dat geen proeftijd geldt voor arbeidsovereenkomsten met een looptijd van korter dan een halfjaar. Als voorbeeld kan worden genoemd de CAO Nederlands theater (looptijd van 1 januari 2008 tot en met 31 december 2008). Ook de CAO Getronics Pinkroccade (looptijd van 1 januari 2006 tot en met 31 december 2007)

62 Zie o.a. Ktr. Haarlem 2 februari 2000, *JAR* 2000/69.

63 Tweede evaluatie Wet flexibiliteit en zekerheid, Hugo Sinzheimer Instituut UvA in samenwerking met TNO Hoofddorp, Amsterdam, maart 2007.

64 Deze cao's staan vermeld in bijlage 1 van dit boek.

65 Deze cao's staan vermeld in bijlage 2 van dit boek.

bepaalt dat er bij een arbeidsovereenkomst korter dan zes maanden geen proeftijd geldt. In sommige cao's zien we dat een proeftijdbeding alleen kan worden overeengekomen als de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan. Verwezen wordt in dit verband naar de CAO Primair Onderwijs (looptijd van 1 januari 2009 tot en met 31 december 2009). Verder zijn er nogal wat cao's waarin geen proeftijdbeding is opgenomen, zoals bijvoorbeeld de CAO Hoveniersbedrijf (looptijd van 1 maart 2007 tot en met 28 februari 2009), de CAO Detailhandel in juweliersartikelen (looptijd van 1 juni 2007 tot en met 31 mei 2009) en de CAO Kappersbedrijf (SF O&O) (looptijd van 1 januari 2006 tot en met 31 december 2010). Ook zijn er cao's waaruit valt af te leiden dat een proeftijdbeding geen onderdeel van de arbeidsovereenkomst zal uitmaken. Als voorbeeld kan worden genoemd de CAO HAL Beheer B.V. (looptijd van 1 oktober 2003 tot en met 30 september 2006). Hieruit blijkt dat arbeidsovereenkomsten in beginsel voor onbepaalde tijd worden aangegaan en slechts onder bijzondere omstandigheden voor bepaalde tijd. Kennelijk fungeert de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd als een soort proeftijd. Hetzelfde geldt onder andere voor de CAO Sabic Limburg B.V. (looptijd van 1 juni 2008 tot en met 31 mei 2009). Vermeldenswaardig is in dit verband nog de CAO Bijenkorf Beheer, KBB, Warenhuizen (looptijd van 1 februari 2007 tot en met 31 januari 2008). Deze cao bepaalt dat voor nieuwe arbeidsovereenkomsten die worden aangegaan met werknemers van buiten het concern een proeftijd zal gelden voor de duur van twee maanden, maar dat een proeftijdbeding niet zal gelden bij het aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst met werknemers binnen het concern. Ook zien we wel eens in cao's dat een proeftijd alleen kan worden overeengekomen bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. In dit verband verwijs ik naar de ondernemingscao van de gebroeders Van Kessel (looptijd van 1 juli 2007 tot en met 30 juni 2009), waarin is bepaald dat een proeftijdbeding alleen van toepassing is bij een arbeidsovereenkomst met een looptijd van zes maanden of korter.

Voorts is mij gebleken dat in cao's waarin een uniforme proeftijd van twee maanden werd aangehouden, vrijwel standaard de mogelijkheid is voorbehouden om bij een individuele arbeidsovereenkomst een proeftijd met een kortere duur overeen te komen. Ook zien we wel een uniforme proeftijd voor een kortere duur dan twee maanden. Hierbij kan worden gewezen op bijvoorbeeld de CAO Mallinckrodt Baker B.V. (looptijd van 1 april 2009 tot en met 30 juni 2010), waarin is bepaald dat de proeftijd in beginsel één maand bedraagt, tenzij anders is overeengekomen. Hetzelfde geldt voor de CAO Nederlandse Optische Industrie -E.N.O.T. B.V.- (looptijd van 1 oktober 2007 tot en met 30 september 2008). Overigens is mij bij het doornemen van de cao's niet gebleken dat daarin proeftijdbedingen zijn opgenomen waarbij de ijzeren proeftijd van twee maanden wordt overschreden.

In de CAO Uitzendkrachten (looptijd van 29 maart 2009 tot en met 28 maart 2014) is allereerst bepaald, dat een uitzendovereenkomst slechts een proeftijdbeding kan bevatten indien en voor zover deze overeenkomst wordt aangegaan voor tenminste de duur van drie maanden. Voorts wordt in de bepaling over de proeftijd vermeld dat in afwijking van de in de wet voorziene maximumproeftijd, in het geval de uitzendkracht ter beschikking wordt gesteld aan de nieuwe opdrachtgever die nog geen

bekendheid heeft met een uitzendkracht, de met die uitzendkracht te sluiten uitzendovereenkomst een bijzonder proeftijdbeding kan bevatten voor een periode van zeven kalenderdagen. Deze bepaling is naar mijn mening in overeenstemming met de jurisprudentie van de Hoge Raad⁶⁶ over de vraag of een nieuwe proeftijd kan worden gesloten in geval van opvolgend werkgeverschap. In een aantal cao's staat vermeld dat na een voorafgaande inschakeling als uitzendkracht geen nieuwe proeftijd kan volgen. Ik verwijs onder andere naar de CAO Vleessector (looptijd van 1 april 2009 tot en met 31 maart 2011). Een soortgelijke bepaling is te vinden in de CAO FNV-organisaties (looptijd van 1 januari 2008 tot en met 31 december 2009). Volledigheidshalve wijs ik er in dit verband nog op dat de uitzendovereenkomst op grond van het bepaalde in artikel 7:690 BW als een arbeidsovereenkomst wordt aangemerkt. Een aantal cao's regelt voorts nog dat geen proeftijd geldt bij verlenging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of omzetting van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in onbepaalde tijd. Als voorbeeld van een dergelijke cao kan de CAO FNV-organisaties (looptijd van 1 januari 2008 tot en met 31 december 2009) worden genoemd.

Uit de Tweede evaluatie van de Wet Flexibiliteit en zekerheid, die in 2007 plaatsvond, blijkt niet dat in het onderzoek ook opzegtermijnen zijn betrokken die door cao-partijen bij opzegging tijdens de proeftijd in acht dienen te worden genomen. Uit de teksten van branchecao's en ondernemingscao's bleek mij dat er in sommige cao's bepalingen zijn opgenomen over tijdens de proeftijd in acht te nemen opzegtermijnen. De CAO Hiswa (looptijd van 1 januari 2008 tot en met 31 december 2008) bepaalt bijvoorbeeld dat tijdens de proeftijd een opzegtermijn van één week geldt. Ook zijn er cao's die voorschrijven dat een opzegtermijn van één dag in acht dient te worden genomen, zoals bijvoorbeeld de CAO Kappersbedrijf Fusion en VPP CMHF (looptijd van 1 januari 2008 tot en met 31 december 2010) en de CAO Tate and Lyle Netherlands BV (looptijd van 1 april 2007 tot en met 31 maart 2009). Sommige cao's bepalen dat tegen het einde van de werkdag kan worden opgezegd, zoals de CAO Lassie BV (looptijd van 1 juli 2008 tot en met 30 juni 2009), de CAO Profcore (looptijd van 1 oktober 2008 tot en met 31 maart 2010).

De CAO Dans (looptijd van 1 januari 2009 tot en met 30 april 2010) schrijft voor dat de proeftijd eerst ingaat op de eerste dag waarop de werknemer zijn werkzaamheden daadwerkelijk aanvangt. In de CAO Taxivervoer (looptijd van 1 januari 2009 tot en met 31 december 2013) is voor wat betreft de maximumduur van de proeftijd de aanbeveling opgenomen om de arbeidsovereenkomst vóór de in de arbeidsovereenkomst genoemde datum van indiensttreding te laten ondertekenen en de werknemer niet vóór de datum van indiensttreding met zijn werkzaamheden te laten beginnen, om te voorkomen dat een niet-toegestane verlenging van de proeftijd ontstaat.

66 Zie onder andere HR 24 oktober 1986, *NJ* 1987, 293 (*Slijkoord/Hekkema*), met conclusie A-G mr. A.M. Biegman-Hartogh, m.nt. P.A. Stein. Zie voorts ook HR 1 mei 1987, *RvdW* 1987/119 (*Wareman/Demu*).

Tot slot is mij bij bestudering van de diverse branchecao's en ondernemingscao's gebleken dat deze slechts formele bepalingen over de proeftijd geven, en dat geen van alle onderzochte cao's materiële bepalingen over de proeftijd bevatten. Kennelijk is er in het geheel niets terechtgekomen van het voornemen van de wetgever van de Wet Flexibiliteit en zekerheid om in het kader van een wat langere proefperiode bij cao ook afspraken te maken over de meer materiële aspecten van de proeftijd, waarbij we volgens het toenmalige kabinet-Kok I kunnen denken aan voorstellen over bij de proeftijd in acht te nemen opzegtermijnen, opzegverboden, kennelijke onredelijkheidstoets en het vereiste van een ontslagvergunning.⁶⁷ Hierdoor blijft een mogelijkheid onbenut om de rechtspositie van de werknemer tijdens de proeftijd via zelfregulering te versterken. Nu blijkt de eerdergenoemde Tweede evaluatie van de Wet Flexibiliteit en zekerheid is gebleken dat in de helft van de cao's een afwijkende regeling is opgenomen waarbij bijna steeds een uniforme proeftijd van twee maanden wordt aangehouden, kan de conclusie worden getrokken dat de rechtspositie van de proeftijdwerknemer in zijn algemeenheid door afspraken op cao-niveau, gezien de huidige stand van zaken, eerder is verzwakt dan versterkt. Deze zelfregulering kan naar mijn mening ook gestalte krijgen door het toekennen door de ondernemer van extra bevoegdheden aan de ondernemingsraad in het kader van het adviesrecht en het instemmingsrecht ten aanzien van het aanstellingsbeleid in de onderneming (art. 32 lid 2 WOR). Deze bevoegdheden kunnen in ondernemingsovereenkomsten of in ondernemings- of bedrijfstakcao's verder worden uitgebreid (art. 32 lid 1 WOR). Nu het instemmingsrecht het gehele aanstellingsbeleid kan bestrijken, van werving en selectie tot de regeling van de contractsvorm (bepaalde of onbepaalde tijd), brengt naar mijn mening een redelijke uitleg van artikel 27 lid 1 sub e WOR met zich mee dat het opnemen of wijzigen van een algemene proeftijdregeling in arbeidsovereenkomsten, onder het instemmingsrecht valt. Dit past ook binnen de ruime uitleg van het begrip 'aanstellingsbeleid'.⁶⁸ De ondernemingsraad kan hierdoor over alle aspecten van werving en selectie (eventueel in een nota: 'Werving en selectie') een eigen visie ontwikkelen en via het instemmingsrecht daarop invloed uitoefenen.

11.7 Wijziging contractsduur in de proeftijd

11.7.1 Voortzetting van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in geval van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde -min of meer korte- duur

Artikel 7:652 lid 4 sub a BW bepaalt dat een proeftijd met een maximumduur van één maand kan worden overeengekomen, als de overeenkomst is aangegaan voor korter dan twee jaar. Indien een werkgever aan het einde van de proeftijd van één maand er

⁶⁷ Nota Flexibiliteit en zekerheid, 4 december 1995, § 4.4, *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 543, nr. 1.

⁶⁸ Zie ook L.C.J. Sprengers, *De wet op de Ondernemingsraden bij de overheid. Op weg naar een arbeidsrecht voor ambtenaren en werknemers*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 1998, p. 371. Zelfs iedere wijziging van een-algemene- regeling, hoe gering ook, valt onder het instemmingsrecht. Zie *Kamerstukken I* 1978-1979, 13 954, nr. 8d, p. 22.

nog onvoldoende van overtuigd is geraakt dat een werknemer geschikt is voor de functie, kan hij ertoe besluiten om de arbeidsovereenkomst aan het einde van de proeftijd op te zeggen. Een andere mogelijkheid is dat partijen met elkaar aan het einde van de proeftijd een nieuwe arbeidsovereenkomst overeenkomen voor onbepaalde tijd. Bij een arbeidsovereenkomst die is aangegaan voor onbepaalde tijd, kan op grond van het bepaalde in artikel 7:652 lid 3 BW een proeftijd voor de duur van ten hoogste twee maanden worden overeengekomen. Dit heeft tot effect dat de proeftijd na het aangaan van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd nog met een maand kan worden verlengd. De wet maakt deze constructie mogelijk op grond van artikel 7:652 lid 7 BW. Deze bepaling is het gevolg van de wetswijziging van 1953,⁶⁹ waarbij het mogelijk werd gemaakt om meerdere proeftijden aan te gaan, mits het absolute maximum van twee maanden niet zou worden overschreden. Blijkens de wetsgeschiedenis heeft de wetgever bij de wetswijziging van 1953 juist met name het oog gehad op het verlengen van een (al aangevangen) proeftijd met nog een nieuwe korte proefperiode, mits het totaal niet langer dan twee maanden wordt.⁷⁰ We kunnen er dan ook van uitgaan dat een dergelijke wijziging van contractsduur in de proeftijd is toegestaan.⁷¹ Door deze wijziging van de contractsduur in de proeftijd wordt de werknemer bovendien een extra kans gegeven om de werkgever ervan te doordringen dat hij geschikt is voor de functie. Niet duidelijk is overigens of de totale duur van deze proeftijd een aansluitende periode moet betreffen. Nu de wetgever bij de wetswijziging van 1953 de mogelijkheid in het leven heeft willen roepen om een reeds aangevangen proeftijd met nog een korte proefperiode te verlengen, ga ik er, anders dan Christe,⁷² van uit dat het de bedoeling van de wetgever is geweest dat de 'nieuwe' proeftijd direct op de voorgaande aansluit.⁷³

11.7.2 Omzetting arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tijdens de proeftijd in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

Indien een werkgever aan het einde van een twee maanden durende proeftijd bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd de in de wet vastgelegde maximale -ijzeren- duur van de proeftijd zou willen omzeilen, zou hij ervoor kunnen kiezen om de werknemer ertoe te bewegen aan het einde van de proeftijd in te stemmen met het omzetten van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd van onbepaalde tijd naar bepaalde tijd. Op deze wijze zou de geschiktheid van de werknemer voor de functie nog gedurende een langere tijd kunnen worden beoordeeld.⁷⁴

⁶⁹ Wet van 17 december 1953, *Stb.* 1953, 619.

⁷⁰ A.M. ten Bosch-Gerritsen in: Kluwer (losbladig), *Arbeidsovereenkomst*, aant. 1 bij art. 7:652 BW.

⁷¹ A.M. ten Bosch-Gerritsen in: Kluwer (losbladig), *Arbeidsovereenkomst*, aant. 9 bij art. 7:652 BW.

⁷² D. Christe, 'Aantekening bij de proeftijd van art. 1639n BW', *SMA* 1979, p. 470 e.v.

⁷³ Zie ook Ktr. Amsterdam 3 april 1975, *Prg.* 1975, 1033, m.nt. J.A. de Jong.

⁷⁴ Zie in dit verband ook C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag 2008, 3^e druk, p. 197. Zie ook D.J.B. de Wolff, *De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd*, diss. nijmegen, Deventer: Kluwer 1999, p. 111.

In de jurisprudentie is regelmatig de vraag aan de orde geweest of een dergelijke omzetting rechtens is geoorloofd.⁷⁵ Uit de aangehaalde rechtspraak blijkt dat veel waarde wordt toegekend aan de redengeving voor de omzetting van de contractsduur (van onbepaalde tijd naar bepaalde tijd). De Rechtbank Amsterdam⁷⁶ heeft uit de korte duur van de tweede arbeidsovereenkomst (voor bepaalde tijd) en de bedoeling van partijen bij de omzetting naar bepaalde tijd afgeleid, dat de arbeidsovereenkomst naar strekking is te beschouwen als een verlenging van de proeftijd. Uit deze omstandigheden heeft zij afgeleid dat de omzetting in dat concrete geval in strijd was met de woorden en de strekking van artikel 7:652 BW. Het ontslag werd in dat geval dan ook nietig bevonden. Kuip⁷⁷ heeft opgemerkt dat hij dan ook betwijfelt of een omzetting van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tijdens de proeftijd in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, steeds in strijd komt met de woorden en de strekking van artikel 7:652 BW. Naar zijn mening zal veel afhangen van de concrete omstandigheden van het geval. De proeftijd kan echter in een dergelijke situatie ook worden misbruikt. In dat geval is van beëindiging van rechtswege van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, volgens de wetgever, geen sprake.⁷⁸

Codificatie van de 'Ragelie-regel' heeft bij de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid op uitdrukkelijk verzoek van de Stichting van de Arbeid en de Eerste Kamer plaatsgevonden (art. 7:667 lid 4 BW). Deze regel is terug te voeren op het Ragelie-arrest.⁷⁹ In dit arrest ging het om de vraag of een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die met wederzijds goedvinden is beëindigd en is opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, van rechtswege eindigt of dat deze op grond van het bepaalde in artikel 7:668 lid 3 (oud) BW moet worden opgezegd. De Hoge Raad oordeelde in dit arrest dat opzegging alleen bij gelijkblijvende identiteit van de arbeidsovereenkomsten nodig is.

Volgens de bepaling van artikel 7:667 lid 4 BW eindigt de voor onbepaalde tijd voortgezette arbeidsovereenkomst van rechtswege, indien de daaraan voorafgaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op rechtsgeldige wijze is opgezegd. Althans, als we uitgaan van gelijkblijvende identiteit van de voor bepaalde tijd voortgezette arbeidsovereenkomst. Nu opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd in beginsel rechtsgeldig is, eindigt de voor bepaalde tijd voortgezette

75 Zie onder andere Ktr. Nijmegen 9 maart 1979, *Prg.* 1981, 1607, p. 289 e.v. (omzetting geoorloofd). Ktr. Hilversum 11 maart 1980, *Prg.* 1981, 1608, p. 292 e.v. (omzetting niet geoorloofd). Zie voorts ook Rb. Amsterdam 18 november 1982, *NJ* 1983, 346 (*X/De Grenswisselkantoren*) (niet geoorloofd) en Ktr. Rotterdam 7 juni 1983, *Prg.* 1985, nr. 2364 (niet geoorloofd), bekrachtigd door Rb. Rotterdam 5 juli 1985, *NJ* 1986, 721 (*General Motors/Van Dobben de Bruyn*), *Prg.* 1985, nr. 2365. Zie in dit verband ook het artikel van M.G. Rood in *TVVS* 1985, p. 298. Zie voorts Ktg. Eindhoven 6 mei 2010, *JAR* 2010/184 (omzetting geoorloofd).

76 Rb. Amsterdam 18 november 1982, *NJ* 1983, 346 (*X/De Grenswisselkantoren*).

77 A.M. ten Bosch-Gerritsen in: Kluwer (losbladig), *Arbeidsovereenkomst*, aant. 9 bij art. 7:652 BW.

78 *Kamerstukken II* 1998-1999, 26 257, nr. 7, p. 5; nr. 12, p. 19.

79 HR 4 april 1986, *NJ* 1987, 678 (*Ragelie/SLM*).

arbeidsovereenkomst ook in dat geval van rechtswege. De Ragetlie-regel van artikel 7:667 lid 4 BW mist in dat geval toepassing.⁸⁰

Indien er sprake is van misbruik van de proeftijd eindigt de arbeidsovereenkomst evenwel, volgens de wetgever,⁸¹ niet van rechtswege en dient hij dus te worden opgezegd. De achtergrond hiervan zal zijn dat misbruik van de opzeggingsbevoegdheid tijdens de proeftijd niet als een rechtsgeldige opzegging in de zin van artikel 7:667 lid 4 BW kan worden aangemerkt. Indien dit wel het geval zou zijn, zou de werknemer bij voortzetting van het dienstverband voor bepaalde tijd van ontslagbescherming verstoken blijven, hetgeen de wetgever niet heeft gewenst. Op de opzegging van een voor bepaalde tijd voortgezette arbeidsovereenkomst zijn alle opzegverboden volgens de wetgever van toepassing.⁸² De Ragetlie-regel is bovendien alleen van toepassing als de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met tussenpozen van niet meer dan drie maanden is voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Deze termijn is dezelfde als de in artikel 7:668a lid 1 sub a genoemde termijn voor het vaststellen of er sprake is van een reeks arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.

11.8 Conclusie

De Hoge Raad wil tot op heden niet weten van opschorting en verlenging van de proeftijd en houdt vast aan de door de wetgever bepaalde maximumduur. Door het arrest van de Hoge Raad van 27 oktober 1995 is evenwel een nuancering op de ijzeren proeftijdtheorie toegepast, in die zin dat onder omstandigheden een strikte toepassing van de termijn van het proeftijdbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. Zoals uit het arrest blijkt, stelt de Hoge Raad hoge eisen aan die omstandigheden als uitzondering op de regel.

Ook de mogelijkheid van omzetting (conversie) van een te lange (nietige) proeftijd in een kortere (rechtsgeldige) proeftijd wordt door de Hoge Raad tot op heden verworpen, op grond van overwegingen van rechtszekerheid en doelmatigheid.

80 Zie ook D.J.B. de Wolff, *De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd*, diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer 1999, p. 111-112.

81 *Kamerstukken II* 1998-1999, 26 257, nr. 3, pag. 5; nr. 12, p. 12.

82 *Kamerstukken II* 1998-1999, 26 257, nr. 12, pag. 12 en 18.

HOOFDSTUK 12

Het aangaan van een nieuwe proeftijd

12.1 Inleiding

In 1907 werd de proeftijd in de wet geregeld. Het doel hiervan was om misbruik van de proeftijd te voorkomen. In de tijd van de totstandkoming van de wettelijke regeling werden de wettelijke voorschriften omtrent de opzeggingstermijnen ontdoken door de proeftijd telkens te doen voortduren. De Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 moest aan deze praktijk een einde maken. De wetgever bepaalde in lid 2 van het toen ingevoerde artikel 1639l BW (oud) dat een proeftijd maximaal twee maanden mocht duren. Voorts werd in hetzelfde artikellid een verbod opgenomen om tussen dezelfde partijen een nieuwe proeftijd aan te gaan.

In de wet van 1953 werd in artikel 1639n BW (oud) bepaald dat tussen dezelfde partijen een nieuwe proeftijd mag worden overeengekomen, onder de uitdrukkelijke voorwaarde dat de maximumtermijn van beide proeftijden tezamen niet langer zou zijn dan de wettelijke maximumtermijn van twee maanden.

In de rechtspraak wordt tot op heden streng toegezien op de naleving van de wettelijke maximumtermijn die op een proeftijd is gesteld. Aanmerkelijk milder wordt omgegaan met de mogelijkheid dat tussen dezelfde partijen een nieuwe proeftijd wordt overeengekomen, zelfs indien hierdoor de wettelijke maximumtermijn van twee maanden voor beide proeftijden gezamenlijk wordt overschreden. Nu de wetgever van 1907 het aangaan van een tweede proeftijd tussen dezelfde partijen uitdrukkelijk had verboden, om misbruik van de proeftijd tegen te gaan, en de wetgever van 1953 slechts het aangaan van twee of meerdere proeftijden heeft toegestaan onder de uitdrukkelijke voorwaarde dat de gezamenlijke proeftijden niet langer zouden duren dan de wettelijke maximumtermijn van twee maanden, is het tijd voor een nadere verkenning van rechtspraak en literatuur in dit hoofdstuk.

12.2 Nieuwe proeftijd tussen dezelfde partijen

De wet (art. 7:652 lid 7 BW) verbiedt in beginsel het aangaan van een nieuwe proeftijd tussen dezelfde partijen. In de jurisprudentie is echter uitgemaakt, dat een uitzondering op deze regel toelaatbaar is in het geval duidelijk andere vaardigheden of verantwoordelijkheden worden geleverd waarover de vorige arbeidsovereenkomst

geen of onvoldoende inzicht heeft gegeven.¹ Een voorbeeld uit de rechtspraak waarbij de geldigheid van het nieuwe proeftijdbeding tussen dezelfde partijen aan deze criteria werd getoetst, is de zaak van een zekere Raithel die op basis van een parttime dienstbetrekking als taxichauffeur werkzaam was bij Engel.² Een klein jaar na het aangaan van het parttime dienstverband werd de dienstbetrekking in een fulltime dienstverband omgezet, waarbij -wederom- een proeftijd van twee maanden werd bedongen. Vlak voordat deze proeftijd was verlopen, werd Raithel door Engel ontslagen. De rechtbank overwoog dat het Engel vrijstond om ondanks zijn al eerder met Raithel als taxichauffeur opgedane ervaringen een -nieuwe- proeftijd te bedingen, omdat Engel er niet zonder meer van uit hoefde te gaan dat Raithel als fulltime taxichauffeur evengoed zou functioneren als hij daarvoor als parttime taxichauffeur voor Engel had gedaan.³

In zijn conclusie voor het arrest had advocaat-generaal mr. M.R. Mok zich op het standpunt gesteld dat zich omstandigheden kunnen voordoen, waarin voor het fulltime verrichten van een dienstverband zodanig andere eisen worden gesteld dan voor het parttime verrichten van dezelfde werkzaamheden, dat bij de omzetting van een parttime in een fulltime dienstverband een proeftijd gerechtvaardigd is. Volgens hem rechtvaardigde de hiervoor weergegeven overweging van de rechtbank het aannemen van een dergelijke omstandigheid echter niet. De Hoge Raad week af van deze conclusie, toetste het feitelijke oordeel van de rechtbank -begrijpelijk- marginaal en kwam tot de conclusie dat het oordeel van de rechtbank geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting. Met Nelissen-Noij⁴ ben ik van mening dat de door de rechtbank gegeven motivering om de nieuwe proeftijd in deze casus rechtsgeldig te achten, discutabel is. De ijzeren proeftijdtheorie is doelmatig en bevordert de rechtszekerheid voor de economisch zwakkere werknemer. Een nieuwe proeftijd tussen dezelfde partijen schept bovendien risico op misbruik van de ontslagbevoegdheid, omdat een werknemer op deze wijze door zijn werkgever kan worden weggepromoveerd. De jurisprudentie van de Hoge Raad over de geoorloofdheid van een nieuwe proeftijd tussen dezelfde partijen werkt dan ook rechtsonzekerheid in de hand, op grond van de beoordeling van de feitelijke situatie door de rechter en de marginale toetsingsmogelijkheid van de Hoge Raad. Dit is zeer ongewenst, nu de werknemer in de proeftijdfase nagenoeg volledig ontslagbescherming ontbeert.

Onduidelijk is of een nieuwe proeftijd tussen dezelfde partijen zal zijn toegestaan in het geval een werknemer enige tijd na beëindiging van een eerder dienstverband met zijn vroegere werkgever voor dezelfde functie een nieuw dienstverband aangaat. Gelet op de eerdere ervaringen die partijen met elkaar hebben opgedaan, mag

1 Dit is uitgemaakt in HR 14 september 1984, NJ 1985, 244 (*Hardchroom/Yigit*). Zie in dezelfde zin Ktr. Tiel 13 mei 2009, JAR 2009/175.

2 HR 13 juni 1986, NJ 1986, 715, (*Raithel/Engel*), waarin een nieuwe proeftijd geoorloofd werd geacht. Zie voorts HR 2 oktober 1987, RvdW 1987/177 (*Pons/Meerman*), waarin een nieuwe proeftijd niet geoorloofd werd geacht.

3 Zie ook Ktr. Haarlem 20 juli 2007, LJN: BB0221 (*Tjade Petri Retail*).

4 A.M.R.G.L. Nelissen-Noij, 'De proeftijd en de Hoge Raad; op een tweesprong of in tweestrijd?' *NJB* 5 maart 1988, afl. 9.

worden aangenomen dat een nieuwe proeftijd ook in deze situatie in beginsel ongeoorloofd zal zijn.⁵ Dit zou anders kunnen liggen indien er sprake is van een aanzienlijk tijdsverloop tussen het eerdere en het nieuwe dienstverband. In dat geval is het mogelijk dat de functietaken en de geschiktheid van de werknemer om deze te verrichten in de loop der tijd aanzienlijk zijn gewijzigd. Een nieuwe proeftijd zou in dat geval geoorloofd kunnen zijn.⁶

In de lagere rechtspraak is uitgemaakt dat het 'laten staan' van een proeftijdbeding in een tweede arbeidsovereenkomst voor risico van de werkgever komt. Deze kan dan ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen beroep doen op de nietigheid van het proeftijdbeding, nu dit in het belang van de werknemer in de wet is opgenomen.⁷

12.3 De nieuwe proeftijd - de opvolgend werkgever

Misbruik van ontslagbevoegdheid ligt op de loer als een opvolgende werkgever met een werknemer een arbeidsovereenkomst met een nieuwe proeftijd aangaat, met het uitsluitende doel om hem daarna gemakkelijk in de proeftijd te kunnen ontslaan. Een zekere De Wind trad aanvankelijk in dienst bij De Hoef B.V. en aansluitend, krachtens een arbeidsovereenkomst met een proeftijd, bij De Hoef Meubelfabrieken B.V. Hij stelde zich in een gerechtelijke procedure bij de Kantonrechter Tilburg op het standpunt, dat de proeftijd die in zijn arbeidsovereenkomst met De Hoef Meubelfabrieken B.V. was opgenomen in strijd was met de letter en de geest van artikel 1639n (oud) BW.⁸ De elkaar opvolgende dienstbetrekkingen zouden volgens De Wind één geheel hebben gevormd, waardoor een nieuwe proeftijd niet geoorloofd zou zijn. De kantonrechter ging ver in deze redenering mee, door te overwegen dat onder omstandigheden twee elkaar opvolgende dienstverbanden als één dienstverband voor de proeftijd kunnen worden aangemerkt. Van een dergelijke situatie zou volgens de kantonrechter kunnen worden gesproken indien er een zodanige gelijkheid bestaat wat betreft de feitelijke leiding waaronder en het personeelsbestand waarbinnen de werknemer moet functioneren, alsmede voor wat betreft diens taak, arbeidsvoorwaarden en werkomstandigheden, dat het onderscheid tussen beide elkaar opvolgende dienstverbanden terug te voeren valt op een loutere wijziging van de werkgever. Dergelijke omstandigheden deden zich evenwel, volgens de kantonrechter, in dit geval niet voor. Van den Heuvel dacht hierover anders blijkens zijn noot bij dit vonnis. Hij was van mening dat niet de identiteit van de werkgever als maatstaf voor de toelaatbaarheid van een nieuwe proeftijd moest worden genomen,

5 Hetzelfde criterium werd door de Hoge Raad gehanteerd in het geval van twee elkaar opvolgende werkgevers in een arrest van 13 september 1991, HR 13 september 1991, *NJ* 1992, 130 (*Dingler/Merkelbach*). Zie voorts Ktr. Zwolle 21 augustus 2009, LJN: BK0852. In deze zaak werd het proeftijdbeding in de arbeidsovereenkomst met de nieuwe werkgever geldig geacht, omdat de functie wezenlijk verschilde van de werkzaamheden die de werknemer eerder voor de nieuwe werkgever in opdracht van zijn voormalige werkgever had verricht.

6 Zie ook D. Christe, 'De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd', in: E. Verhulp (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Kluwer 2002, p. 105.

7 Ktr. Hoorn 18 maart 2002, *JAR* 2002/53.

8 Ktr. Tilburg 14 juni 1979, *Prg.* 1980, 1512, m.nt. L.H. van den Heuvel.

maar de identiteit van de arbeidsovereenkomst zelf. Uit de na deze uitspraak van de kantonrechter gewezen arresten volgt, dat de Hoge Raad de identiteit van de arbeidsovereenkomst inderdaad als maatstaf heeft genomen voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van een nieuwe proeftijd tussen dezelfde partijen.⁹ In het geval een nieuwe proeftijd in een arbeidsovereenkomst met een opvolgende werkgever wordt overeengekomen, combineert de Hoge Raad in principe de door Van den Heuvel¹⁰ in zijn noot bij het vonnis van de Kantonrechter Tilburg ontwikkelde theorie met de belangrijkste overwegingen van deze kantonrechter in zijn genoemde vonnis.¹¹

In zijn arrest van 24 oktober 1986¹² overwoog de Hoge Raad dat niet alleen wanneer tussen dezelfde partijen een nieuwe arbeidsovereenkomst in onmiddellijke aansluiting op de vorige is gesloten, maar ook wanneer door de werknemer een arbeidsovereenkomst wordt gesloten met een werkgever die redelijkerwijs geacht moet worden ten aanzien van de te verrichten arbeid de opvolger van de vorige werkgever te zijn, het bedingen van een proeftijd onder omstandigheden zozeer ongerechtvaardigd kan zijn dat tot nietigheid van het proeftijdbeding moet worden geconcludeerd.¹³ Onder dergelijke omstandigheden wordt het inzicht dat de vorige werkgever tijdens de proeftijd over de kwaliteiten van werknemer heeft verkregen aan de nieuwe werkgever toegerekend. Tussen de nieuwe werkgever en de vorige werkgever kunnen immers volgens de Hoge Raad zodanige banden bestaan, dat het door de vorige werkgever op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.¹⁴ Deze uitleg past bij het doel van de proeftijd. De feitelijke proefnemering heeft in dit geval reeds plaatsgevonden bij de vorige werkgever en voor een tweede proefnemering is geen plaats.

A-G mr. J.K. Franx heeft in zijn conclusie bij het arrest van de Hoge Raad van 1 mei 1987¹⁵ een voor de rechtspraak belangrijke nuancering op deze leer van de Hoge Raad aangebracht. Hij wijst erop dat het bij de beantwoording van de vraag of van opvolgend werkgeverschap in de hierboven bedoelde zin kan worden gesproken niet om een economische vereenzelviging hoeft te gaan, maar dat het voldoende is dat de ene werkgever redelijkerwijs geacht moet worden ten aanzien van de verrichte arbeid de opvolger van de andere werkgever te zijn. In dit licht beschouwd, ben ik met Van den Heuvel¹⁶ van oordeel dat de uitspraak van de Kantonrechter Tilburg¹⁷ op een onjuiste feitelijke grondslag berust. Uiteindelijk is echter door dezelfde uitspraak wel

9 HR 14 september 1984, NJ 1985, 244 (*Hardchroom/Yigit*).

10 L.H. van den Heuvel, *Prg.* 1980, 1512, p. 377-378.

11 Ktr. Tilburg 14 juni 1979, *Prg.* 1980, 1512.

12 HR 24 oktober 1986, NJ 1987, 293, met conclusie A-G mr. A.M. Biegman-Hartogh, m.nt. P.A. Stein (*Slijkoord/Hekkema*). Zie voorts ook HR 1 mei 1987, NJ 1988/20 (*Wareman/Demu*).

13 Zie in gelijke zin Ktr. 's-Hertogenbosch (voorzieningenrechter) 10 augustus 2004, JAR 2004/213.

14 A-G mr. A.M. Biegman-Hartogh heeft in dit arrest (HR 24 oktober 1986, NJ 1987, 293 (*Slijkoord/Hekkema*)) in dezelfde zin geconcludeerd.

15 HR 1 mei 1987, RvdW 1987/119 (*Wareman/Demu*).

16 L.H. van den Heuvel, *Prg.* 1980, 1512, p. 377-378.

17 Ktr. Tilburg 14 juni 1979, *Prg.* 1980, 1512.

de toon gezet voor de leer van de Hoge Raad op het punt van de toelaatbaarheid van een tweede proeftijd.

12.4 Proeftijd en de Wet Overgang van ondernemingen

Afdeling 8 van boek 7, titel 10 van het Burgerlijk Wetboek regelt de positie van werknemers bij de overgang van een onderneming (art. 7:662 tot en met 7:666 BW). De wet bepaalt dat de rechten en verplichtingen die op grond van de arbeidsovereenkomst voor de vervreemder ten opzichte van de werknemer bestaan, van rechtswege op de verkrijger overgaan. De consequentie hiervan is dat ontslag door de vervreemder of verkrijger wegens of met het oog op de overname van de onderneming in beginsel niet geoorloofd is (art. 4 lid 1 van de EG-Richtlijn 77/187). Indien het ontslag niet is gebaseerd op de bedrijfsovergang, maar bijvoorbeeld op economische, technische of organisatorische gronden, bestaat de mogelijkheid om op grond van deze omstandigheden het dienstverband te beëindigen (art. 7:685 BW en de artt. 2 en 6 van het BBA). Nu de arbeidsovereenkomst uit het algemeen vermogensrecht is voortgekomen, moet ontbinding daarvan door de rechter op grond van onvoorziene omstandigheden eveneens mogelijk worden geacht.¹⁸ Pas als het ontslag of de ontbinding louter is gebaseerd op de bedrijfsovergang, is het strijdig met EG-Richtlijn 77/187¹⁹ en ingevolge art. 7:670 lid 8 jo. art. 7:677 lid 5 BW vernietigbaar.²⁰ Bij de beoordeling hiervan spelen de omstandigheden waaronder het ontslag werd gegeven een belangrijke rol.²¹

Als een proeftijdbeding in de arbeidsovereenkomst is opgenomen, heeft de overgang van de onderneming gevolgen als deze plaatsvindt op het moment dat de proeftijd nog niet is verstreken. De proeftijd loopt dan na de overgang door tot het moment dat hij, al dan niet van rechtswege, zal zijn geëindigd. In het geval de proeftijd op het moment van overgang van de onderneming reeds is verstreken, kan geen nieuwe proeftijd worden afgesproken, aangezien er geen sprake is van een nieuwe arbeidsovereenkomst.²² De tweede proeftijd is in dat geval nietig (art. 7:652 lid 7 BW). Dit laatste houdt in dat in het geval in de eerste arbeidsovereenkomst bijvoorbeeld een proeftijd is opgenomen voor de duur van één maand, na de overgang aansluitend een nieuwe proeftijd voor de duur van nog één maand mogelijk moet

18 Zie in dit verband C.J. van Zeben en P.F. van der Heijden, *Compendium bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 1998, p. 266. Zie ook H.L. Bakels, *Schets van het Nederlands Arbeidsrecht*, (bew. door) I.P. Asscher-Vonk en W.H.A.C.M. Bouwens, 19^e herziene druk, 2007, p. 174. Zie voorts Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit*, diss. Universiteit Utrecht 1999, Den Haag: BJu 1999, p. 262 en P.C. Vas Nunes, *Imprévision in het arbeidsrecht*, *NJB* 1989, p. 1269-1270, die in dit verband verwijst naar de parlementaire geschiedenis van het (N) BW p. 977 en de toelichting bij Boek 7 titel 10 (N) BW, p. 1030-1033.

19 P.W. van Straalen, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming*, diss. Rijksuniversiteit Groningen, Deventer: Kluwer 1999, p. 205.

20 De Hoge Raad oordeelde ontslag in strijd met art. 4 lid 1 van EG-Richtlijn 77/187 voor de invoering van het opzegverbod van art. 7:670 lid 8 BW nietig, zie HR 29 december 1995, *NJ* 1996, 418, m.nt. P.A. Stein (*Buyck/Van den Aamele*).

21 HvJ EG 15 juni 1988, *NJ* 1990, 247 (*Bork International*); HvJ EG 24 januari 2002, *JAR* 2004/47 (*Femco*). Zie voorts R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in private en publieke sector*, 2^e druk, Deventer: Kluwer 2008, p. 86.

22 Zie ook P.W. van Straalen, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming*, diss. Rijksuniversiteit Groningen, Deventer: Kluwer 1999, p. 149.

worden geacht, indien daarmee de maximumduur van de proeftijd tenminste niet wordt overschreden. De werknemer belandt daardoor niet in een nadeliger positie, nu ook de vervreemder het recht had om een nieuwe proeftijd aan te gaan zolang de maximumtermijn daarmee niet is overschreden.²³ In het geval de opvolgend werkgever de identiteit van de arbeidsovereenkomst zodanig wijzigt dat voor het vervullen van de -nieuwe- functie duidelijk andere vaardigheden en/of verantwoordelijkheden zijn vereist,²⁴ blijft ook na overgang van een onderneming het aangaan van een nieuwe proeftijd mogelijk.

In de praktijk is niet altijd duidelijk of op grond van de bekende feiten en omstandigheden in een concreet geval nu wel of niet van overgang van een onderneming in de zin van de wet kan worden gesproken. Daardoor ontstaat tevens onzekerheid over de vraag of een nieuwe proeftijd bij een nieuwe werkgever al dan niet geoorloofd is. Die onzekerheid is praktisch onvermijdelijk. Deze situatie wordt nog complexer als wordt aangenomen dat van overgang geen sprake is, maar een nieuwe proeftijd desalniettemin ongeoorloofd is, omdat de nieuwe werkgever redelijkerwijs geacht moet worden ten aanzien van de te verrichten arbeid de opvolger van de vorige werkgever te zijn.²⁵ Deze situatie is uiterst ongewenst, mede gelet op de toch al zwakke rechtspositie van de werknemer tijdens de proeftijd.

12.5 Proeftijd en reeks van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd

Na een reeks van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kan een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaan. Volgens de wet kan dit het geval zijn als arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar met tussenpozen van niet meer dan drie maanden hebben opgevolgd en een periode van 36 maanden, met inbegrip van deze tussenpozen, hebben overschreden. Uit de wetsgeschiedenis en jurisprudentie is af te leiden dat voor de reeks ook arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd meetellen.²⁶

Deze situatie kan zich ook voordoen als meer dan drie voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van niet meer dan drie maanden. Ook in dat geval ontstaat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (art. 7: 668a lid 1 sub a en b BW). Deze regeling is door de wetgever van overeenkomstige toepassing verklaard op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs geacht moeten worden elkaars opvolgers te zijn (art. 7:668a lid 2 BW). Deze regeling kent geen uitzondering bij de doorstart van een failliete onderneming, nu in artikel 7: 668a lid 2 BW geen uitzondering is opgenomen voor het geval de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de

23 Wet van 17 december 1953, *Stb.* 619, *Handb. II*, 20 februari 1953, p. 2371 r.k. en 2372 l.k. Zie ook G.O. Bijl, *Handb. II* 1947-1948, 881 nr. 2 p. 2; V.V. Bijl, *Handb. II* 1949-1950, 881 nr. 4, p. 22; M.A. Bijl, *Handb. II*, 1951-1952, 881, nr. 6, p. 35.

24 HR 14 september 1984, *NJ* 1985, 244 (*Hardchroom/Yigit*), m.nt. P.A. Stein.

25 HR 1 mei 1987, *NJ* 1988, 20 (*Wareman/Demu*).

26 *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 263, nr. 6, p. 40.

boedel behoort.²⁷ Voor de Hoge Raad telde de door de curator opgezegde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd mee in de reeks van arbeidsovereenkomsten, waardoor een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstond. Als een proeftijd is opgenomen in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een opvolgend werkgever in de zin van artikel 7: 668a lid 2 BW, dient deze arbeidsovereenkomst in de reeks van arbeidsovereenkomsten te worden meegeteld. Dit heeft tot gevolg dat als in dat geval een tweede proeftijd wordt gesloten, deze in beginsel slechts onder voorwaarden zal zijn toegestaan.²⁸ Blijkens de rechtspraak van de Hoge Raad²⁹ kan voortzetting van een dienstverband na faillissement niet alleen leiden tot een ongeldig proeftijdsontslag, maar onder de in artikel 7: 668a lid 1 en 2 genoemde omstandigheden tevens tot het ontstaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met de daarbij behorende ontslagbescherming. In het geval een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in de reeks wordt opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en er op dat moment nog geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot stand is gekomen via artikel 7: 668a lid 1 sub a of b BW, eindigt deze arbeidsovereenkomst niet van rechtswege. In die situatie is voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst voorafgaande opzegging nodig (art. 7: 667 lid 4 BW).³⁰

Voor de rechtspraak is van belang onder welke omstandigheden sprake is van opvolgende werkgevers in de zin van artikel 7: 668a lid 2 BW. Bouwens³¹ heeft geopperd dat hierbij aansluiting moet worden gezocht bij de criteria die worden gehanteerd in de jurisprudentie inzake de geldigheid van een proeftijdbeding bij wisseling van werkgever. Uit het oogpunt van rechtszekerheid sluit ik mij bij deze opvatting van Bouwens aan.

Door de ruime mogelijkheid van proefneming die ontstaat door de combinatie van proeftijd en een reeks van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, verkeert de werknemer relatief lang in onzekerheid. De werknemersvertegenwoordigers in de Stichting van de Arbeid hebben in hun commentaar op de door het kabinet opgestelde 'Hoofdpijnen heroverweging arbeidsovereenkomst en ontslagrecht' voorgesteld om in de wet te bepalen dat een proeftijd niet mogelijk is bij een arbeidsovereenkomst met een duur van niet meer dan zes maanden.³² Een proeftijdbeding kan naar mijn mening evenwel in dit geval toch meerwaarde hebben, door de

27 Ktr. Eindhoven 17 juli 2007 JAR 2007/218 en HR 14 juli 2006, JAR 2006/190 (*Boekenvoordeel/Isik*). Zie in dezelfde zin Hof 's-Gravenhage 3 maart 2009, JAR 2009/108 en Hof 's-Gravenhage 16 maart 2010, LJN: BM5878. Het boekenvoordeelarrest is bekritiseerd door E.M. Loesberg in *Ara* 2007, p. 102-110. Hij stelt zich op het standpunt dat de reeks van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd door de opzegging door de curator is doorbroken. Zie in dit verband ook Ktr. Roermond 5 april 2007, LJN: BA3448.

28 HR 14 september 1984, NJ 1985, 244 (*Hardchroom/Yigit*).

29 HR 14 juli 2006, JAR 2006/190 (*Boekenvoordeel/Isik*).

30 HR 4 april 1986, NJ 1987, 678 (*Ragettie/SLM*).

31 W.A.H.C.M. Bouwens, 'Opvolgend werkgeverschap na faillissement', *SMA* 2007-3, p. 106. Zie ook E. Verhulp, noot bij HR 14 juli 2006, NJ 2007, 101, (*Boekenvoordeel/Isik*).

32 Zie 'Commentaar werknemersvertegenwoordigers' in de Stichting van de Arbeid op de door het kabinet opgestelde Hoofdpijnen heroverweging arbeidsovereenkomstenrecht en ontslagrecht, augustus 2007, p. 43.

bevoegdheid om de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang op te zeggen. Aan deze bevoegdheid kan een werkgever behoefte hebben als de werknemer niet goed bevalt. In dat geval hoeft hij met de werknemer niet de gehele rit van zes maanden uit te zitten.³³

12.6 Proeftijd bij voortgezet dienstverband na faillissement

In geval van een voortgezet dienstverband na een faillissement zullen de te verrichten werkzaamheden in de regel dezelfde vaardigheden of verantwoordelijkheden vereisen als voor het faillissement. Dit neemt niet weg dat de opvolgende werkgever daarmee ook altijd op de hoogte is of behoort te zijn van het functioneren van de werknemer. Met Willems³⁴ ben ik van mening dat het zal afhangen van de specifieke omstandigheden van het geval of kennis van de failliete werkgever aan de opvolgende werkgever kan worden toegerekend. Het door Molemans en Loonstra³⁵ ingenomen standpunt dat opvolgende werkgevers bij een voortgezet dienstverband na faillissement worden geacht de wijze te kennen waarop werknemers hun werkzaamheden uitoefenen, is naar mijn mening dan ook te weinig genuanceerd.

Een proeftijdbeding dat door een werkgever na de doorstart van zijn onderneming vanuit een faillissementssituatie in een nieuwe arbeidsovereenkomst was opgenomen, haalde bakzeil. De werkneemster in dit geval had steeds dezelfde werkzaamheden verricht en de directeur was in beide bedrijven één en dezelfde persoon. Ook werden de werkzaamheden in het hetzelfde pand met dezelfde collega's verricht. De kantonrechter was van oordeel dat hier sprake was van een voortgezette arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:676 lid 5 BW en bepaalde dat het in de arbeidsovereenkomst overeengekomen proeftijdbeding nietig was.³⁶

Als kennis van de failliete werkgever niet aan de opvolgende werkgever kan worden toegerekend, moet naar mijn mening ook na het verrichten van soortgelijke werkzaamheden als voor het faillissement, rechtsgeldig een nieuwe proeftijd kunnen worden aangegaan.³⁷

12.7 Proeftijd na een uitzendovereenkomst

De kern van de proeftijd is erin gelegen dat partijen hierdoor de mogelijkheid verkrijgen om, voordat zij eventueel een vast dienstverband aangaan, proefondervindelijke ervaring met elkaar op te doen. Indien partijen die ervaring reeds voorafgaande

33 Dit kan anders zijn als er in de arbeidsovereenkomst een beding van tussentijdse opzegging is opgenomen. Zie art. 667 lid 3 BW.

34 P. Willems, 'Voortgezet dienstverband ook na faillissement; een pyrrusoverwinning?', *ArbeidsRecht* 2007/2, p. 28.

35 E.J. Molemans en C.J. Loonstra, 'Proeftijdbeding, stand van zaken 2003-2008(1) formele aspecten', *ArbeidsRecht* 2008/10, p. 18.

36 Ktr. 's-Hertogenbosch (voorzieningenrechter) 10 augustus 2004, *JAR* 2004/213. Zie in dezelfde zin Ktr. Deventer 11 december 2003, *JAR* 2004/5.

37 HR 14 september 1984, *NJ* 1985, 244 (*Hardchroom/Yigit*). Zie ook Ktr. Lelystad 25 november 2009, LJN: BK6649.

aan de arbeidsovereenkomst met elkaar hebben opgedaan, bestaat er geen behoefte meer aan een proeftijd en heeft die dan ook geen meerwaarde. Door in deze situatie een proeftijd geldig te achten, zou de positie van de werknemer dan ook onnodig verder worden verzwakt.³⁸

Als het werk direct voortgaand aan de arbeidsovereenkomst voor tenminste twee maanden op uitzendbasis werd verricht, is volgens de rechtspraak een proeftijd niet toegestaan.³⁹ Het moet dan wel gaan om werkzaamheden waarvoor in de opvolgende arbeidsovereenkomst dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden worden geëist als die tijdens het werken op uitzendbasis voor het verrichten van de werkzaamheden noodzakelijk waren. Nu er in formele zin sprake is van twee elkaar opvolgende werkgevers, is het naar mijn mening in dogmatische zin zuiverder om ook in deze situatie als uitgangspunt voor de nietigheid van het proeftijdbeding te nemen, dat de inlener redelijkerwijs geacht moet worden ten aanzien van de verrichte arbeid de opvolger van de uitlenende werkgever te zijn.⁴⁰

12.8 Proeftijd en stage

Een zuivere stageovereenkomst wordt in de praktijk niet als een arbeidsovereenkomst aangemerkt.⁴¹ De stageovereenkomst heeft een andere identiteit, omdat daarbij leerdoelen (te verwerven kennis) en praktische doelen (te verwerven vaardigheden) als uitgangspunt gelden. Bij een arbeidsovereenkomst staat het verrichten van productieve arbeid voorop en gelden de voor de arbeidsovereenkomst bekende eisen, zoals loonbetaling en gezagsverhouding.⁴²

Als voorbeeld kan worden genoemd een studentstage in de advocatuur, waarbij de student niet zelf zijn werktijd mag indelen en volgens instructies en opdrachten van advocaten juridische werkzaamheden verricht. Alhoewel er tijdens een studentstage over het algemeen geen salarisbetaling is overeengekomen, vertoont de studentstage veel overeenkomst met de stage van een advocaat. Een stage als advocaat is gebaseerd op een tussen het advocatenkantoor en de advocaat gesloten arbeidsovereenkomst. Bij een studentstage op een advocatenkantoor staan leerdoelen voorop. Alhoewel bij een stage in de advocatuur -vooral in de beginfase- leerdoelen voorop staan,⁴³ moet het mogelijk worden geacht om in een arbeidsovereenkomst die aansluitend op een studentstage tussen advocaat en kantoor is aangegaan, een proeftijdbeding op te

38 Zie in dit verband ook D.J. Buijs en G.J.J. Heerma van Voss, 'Tien jaar arbeidsrecht en ongelijkheidscompensatie', *SR* 1996, 11, p. 286 e.v. Zij noemen het niet accepteren van een proeftijd na uitzendarbeid een voorbeeld van ongelijkheidscompensatie.

39 HR 13 september 1991, *NJ* 1992, 130 (*Dingler/Merkelbach*), m.nt. PAS.

40 HR 1 mei 1987, *NJ* 1988, 20 (*Wareman/Demu*). Zie ook de conclusie van A-G mr. J.K. Franx bij dit arrest.

41 President Rechtbank Amsterdam 23 september 1993, *JAR* 1993/254.

42 Zie ook A.S. Friedberg, 'Al doende leert men', *ArbeidsRecht* 1998/12.

43 Dit aspect komt goed tot zijn recht in een uitspraak van de Kantonrechter Hilversum van 15 juli 1998, *JAR* 1998/187 (*Maatschap D/L*).

nemen.⁴⁴ Weliswaar zijn werkzaamheden van een student-stagiair in veel opzichten goed vergelijkbaar met die van een beginnend advocaat-stagiair, maar er zijn ook belangrijke verschillen, omdat de advocaat-stagiair wordt geacht, onder begeleiding van een patroon, zelfstandig zaken af te wikkelen.

Iets anders is het naar mijn mening gesteld met de studentstage die op een arbeidsovereenkomst is gebaseerd. Als voorbeeld kan worden genoemd de door de juridische faculteit van de Universiteit Tilburg in gang gezette tweejarige Masteropleiding Sociaal Recht,⁴⁵ waarvan een betaalde studentstage, eventueel krachtens een arbeidsovereenkomst met een proeftijd voor de duur van één maand, deel uitmaakt. De student verricht uit hoofde van deze stage werkzaamheden in toegevoegde zaken. De vraag die zich hierbij kan voordoen, is of het bij een dergelijke stage mogelijk is om in een daarop aansluitende arbeidsovereenkomst met een advocaat-stagiair op hetzelfde kantoor een proeftijd op te nemen.

Gelet op de aard van de werkzaamheden ben ik van oordeel dat een tweede proeftijd in een arbeidsovereenkomst met een advocaat-stagiair als nietig moet worden aangemerkt, nu de werkgever moet worden geacht gedurende de -betaalde- studentstage voldoende inzicht te hebben verkregen in de verantwoordelijkheden en vaardigheden van de werknemer.⁴⁶

In die gevallen waarbij de stageovereenkomst veel overeenkomsten vertoont met een arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld bij een betaalde stage waarbij sprake is van een gezagsverhouding, kan naar mijn mening worden gesteld dat de identiteit⁴⁷ van een stageovereenkomst en arbeidsovereenkomst zodanig weinig verschilt, dat een -nieuwe- proeftijd in de opvolgende arbeidsovereenkomst als ongeldig moet worden aangemerkt. Voorwaarde daarbij is wel, dat er in de opvolgende arbeidsovereenkomst sprake is van dezelfde werkzaamheden en dezelfde arbeidsomstandigheden.

12.9 Proeftijd na proefplaatsing

Ook in de situatie waarin een werknemer, in het kader van een proefplaatsing op grond van de WIA, WAO, WAZ, Wajong, Ziektewet, WW,⁴⁸ of de Wet op de

44 Zie ook Hof 's-Gravenhage 5 maart 2004, LJN: AO8997 (*Kapsalon*). In deze zaak oordeelde het hof een proeftijdbeding in een arbeidsovereenkomst met een kapster na een voorafgaande stage rechtsgeldig.

45 De 'Master Sociaal Recht in Duaal Traject', is per september 2004 ingegaan.

46 HR 13 september 1991, NJ 1992,130 (*Dingler/Merkelbach*), m.nt. PAS. Zie ook M.G. Rood, TVVS 1991, nr. 91/11, p. 298/299. Zie tevens Ktr. Tilburg 14 juni 1979, Prg. 1980/1512, m.nt. L.H. van den Heuvel.

47 Zie President Rb. Amsterdam 23 september 1993, JAR 1993/254.

48 WIA: Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen, Wet van 10 november 2005, Stb. 572, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 20 december 2007, Stb. 564; WAO: Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering, Wet van 18 februari 1966, Stb. 84, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 20 december 2007, Stb. 567; WAZ: Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen, Wet van 24 april 1997, Stb. 176, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 20 december 2007, Stb. 564 en 567; Wajong: Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten, Wet van 24 april 1997, Stb. 177, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 20 december 2007, Stb. 564 en 567; Ziektewet: Wet van 5 juni 1913, Stb. 204, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 12 december 2007, Stb. 553 en 555; WW: Werkloosheidswet, Wet van 6 november 1986, Stb. 566, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 20 december 2007, Stb. 564.

(re)integratie arbeidsgehandicapten (Wet REA),⁴⁹ voorafgaande aan een dienstverband werkzaamheden heeft verricht, is het overeenkomen van een proeftijd na een proefplaatsing in overeenstemming met de geldende jurisprudentie⁵⁰ niet toelaatbaar geoordeeld, omdat de werkgever, mede gelet op de lengte van de proefplaatsing en de relatief eenvoudige aard van de werkzaamheden, voldoende gelegenheid heeft gehad om inzicht te verkrijgen in de hoedanigheden en geschiktheid van de werknemer voor de bedongen arbeid.⁵¹ Hetzelfde geldt in het geval van een voorafgaande plaatsing binnen een concern.⁵²

12.10 Conclusie

De Hoge Raad staat tot op heden niet toe dat van de wettelijke maximumduur van de proeftijd wordt afgeweken. De 'ijzeren proeftijdtheorie' bevordert de rechtszekerheid voor de economisch zwakkere werknemer. De vraag of in een concreet geval door de rechter een tweede proeftijd toelaatbaar zal worden geacht, laat zich minder gemakkelijk beantwoorden. Uit de rechtspraak blijkt dat veel beoordelingsruimte aan de feitenrechter wordt toegekend en de Hoge Raad het oordeel van de feitenrechter slechts marginaal kan toetsen.

Indien de identiteit van de werkzaamheden in de oude en nieuwe arbeidsovereenkomst gelijk blijft, is er geen plaats voor een nieuwe proeftijd. In zoverre zou kunnen worden gesproken van een 'objectieve identiteit'. Indien er een proeftijd wordt opgenomen in een arbeidsovereenkomst met een opvolgend werkgever, kan worden gesproken van 'subjectieve identiteit' als er zodanige banden tussen de oude en nieuwe werkgever bestaan dat zij min of meer als elkaars opvolgers kunnen worden aangemerkt. In dat geval is er evenmin plaats voor een nieuwe proeftijd, omdat het door de vorige werkgever tijdens de proeftijd verkregen inzicht in hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid aan de nieuwe werkgever dient te worden toegerekend. Op deze wijze wordt voorkomen dat de maximumduur van de proeftijd wordt ontweken.

49 Wet van 1 juli 1998. Deze wet is per 29 december 2005 vervangen door de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA), Wet van 10 november 2005, *Stb.* 572.

50 Zie in dit verband onder andere HR 13 juni 1986, *NJ* 1986, 715 (*Raithe/Engel*). Zie voorts ook HR 2 oktober 1987, *RvdW* 1987/177 (*Pons/Meerman*).

51 Hof 's-Hertogenbosch 16 september 2003, *JAR* 2003/ 262 (*Janssen/Star Domestic Services*).

52 HR 24 oktober 1986, *NJ* 1987, 293 (*Slijkoord/Hekkema*). Zie ook Ktr. Utrecht 12 juli 2004, *JAR* 2004/ 230 (*RAM/Dirk van den Broek*). In deze zaak stelde de kantonrechter vast dat er geen sprake was van plaatsing binnen een concern.

Beëindiging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd

13.1 Inleiding

Het is kenmerkend voor het ontslag tijdens de proeftijd dat daarbij geen opzegtermijn in acht hoeft te worden genomen. De wet bepaalt dat zolang de proeftijd niet is verstreken, ieder van de contractspartijen bevoegd is om de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang op te zeggen. In dit opzicht is het ontslag tijdens de proeftijd vergelijkbaar met het ontslag wegens een dringende reden. De positie van de werknemer die tijdens de proeftijd wordt ontslagen, is echter ook veel kwetsbaarder dan die van de werknemer die wegens een dringende reden wordt ontslagen, omdat de mogelijkheid om gefixeerde schadevergoeding of een volledige schadevergoeding te vorderen wegens voortijdige beëindiging van het dienstverband in geval van opzegging tijdens de proeftijd ontbreekt.

Een ander belangrijk aspect waardoor de rechtspositie van de werknemer tijdens de proeftijd nog verder wordt verzwakt, vergeleken met die van een werknemer die niet tijdens de proeftijd werkzaam is, is dat het algemene opzegverbod van artikel 6 BBA en een aantal bijzondere opzegverboden, zoals die in de artikelen 7:670 en 7:670a BW staan omschreven (ziekte, dienstplicht, lidmaatschap ondernemingsraad et cetera), niet tijdens de proeftijd van toepassing zijn. Dit geldt niet voor de opzegverboden die zijn opgenomen in de artikelen 7:646 BW (verbod tot het maken van onderscheid tussen mannen en vrouwen waaronder ook zwangerschap wordt begrepen), 7:647 BW (het zogenoemde ‘*victimisatieontslag*’), artikel 7:648 BW (onderscheid naar arbeidsduur) en van artikel 5 lid 1 onderdeel b jo. artikel 8 lid 1 Algemene wet gelijke behandeling en andere wetten, zoals o.a. de in de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid en de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte. Deze opzegverboden blijven tijdens de proeftijd van toepassing, omdat het maken van onderscheid tussen mannen en vrouwen ook tijdens de proeftijd is verboden. De norm van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid is terug te voeren tot hetgeen daarover in het EU-Verdrag daarop gebaseerde richtlijnen met betrekking tot het verbod van geslachtelijk onderscheid en andere vormen van onderscheid is bepaald. Van de meeste opzeggingsverboden kan niet bij arbeidsovereenkomst of cao worden afgeweken. In dit hoofdstuk zal worden nagegaan in hoeverre de werknemer door het niet van toepassing zijn van bepaalde opzegverboden tijdens de proeftijd in zijn belangen wordt geschaad.

13.2 BBA niet van toepassing

Het algemene opzeggingsverbod van artikel 6 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA), inhoudende dat de werkgever voor de opzegging van de arbeidsverhouding voorafgaande toestemming van de Centrale organisatie Werk en Inkomen behoeft, is niet tijdens een rechtsgeldige proeftijd van toepassing¹ (art. 6 lid 2 sub b van het BBA). Dit geldt eveneens voor een rechtsgeldig ontslag op staande voet. Door het ontbreken van een preventieve ontslagtoets bij proeftijdontslag en ontslag op staande voet blijkt dat de positie van de werknemer in beide situaties erg zwak is, aangezien toetsing van het ontslag in beginsel eerst achteraf in rechte kan plaatsvinden. Nu in geval van proeftijdontslag ook de mogelijkheden tot repressieve toetsing uiterst beperkt zijn, is het duidelijk dat de werknemer tijdens de proeftijd nog steeds in grote mate aan de willekeur van de werkgever is overgeleverd.

Na de invoering van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 ontstond in de rechtspraak onduidelijkheid over de vraag of voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd toestemming van het Gewestelijk Arbeidsbureau (thans UWV WERKbedrijf) vereist was.²

De civiele kamer van de Hoge Raad had in een arrest van 27 juni 1952³ uitgemaakt dat de toestemming niet was vereist bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd. De strafkamer oordeelde in het arrest van 8 november 1949,⁴ in tegenstelling tot zijn advocaat-generaal mr. G.E. Langemeijer, dat de toestemming bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd wel was vereist. De wetgever maakte uiteindelijk in 1952 aan de ontstane onduidelijkheid een einde, door een algemene ontheffing van het toestemmingsvereiste te verlenen in geval van beëindiging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd.⁵

De Hoge Raad heeft, blijkens de motivering⁶ van zijn genoemde arrest van 27 juni 1952, op overwegend praktische gronden geconcludeerd dat voor het beëindigen van de arbeidsovereenkomst gedurende de proeftijd geen toestemming van de directeur Gewestelijk Arbeidsbureau (GAB) (thans UWV WERKbedrijf) is vereist. Volgens de Hoge Raad kan het niet de bedoeling zijn dat de directeur GAB het in zijn macht zou hebben om door weigering van de ontslagtoestemming, tegen de wil van één der partijen, een vaste band tussen partijen tot stand te brengen. Twee andere gronden die de Hoge Raad in het arrest geeft, zijn dat de toestemming, vanwege de daarmee gemoeide tijd, soms niet vóór het einde van de proeftijd zou kunnen worden verkregen en bovendien het gevaar zou bestaan dat de werkgever of werknemer uit onbekendheid met de juiste strekking van het BBA zou nalaten de toestemming te

1 HR 27 juni 1952, *NJ* 1952, 488 (*Vermaak/Both*).

2 Ktr. Amsterdam 30 januari 1946, *Arbeid* 1947, nr. 20, *NJ* 1946, 611.

3 Hoge Raad 27 juni 1952, *NJ* 1952, 488 (*Vermaak/Both*). Zie ook Ktr. Rotterdam 1 augustus 1947, *Arbeid* 1948, nr. 73. Zie anders: Ktr. Rotterdam 6 december 1949, *NJ* 1950, 412.

4 HR 8 november 1949, *Arbeid* 1950, 142.

5 Zie de beschikking van de Staatssecretaris van Sociale Zaken van 10 november 1952 (Stcrt. 1952, 220).

6 Zie in dit verband M.G. Levenbach, 'De Hoge Raad ten tweede male over de proeftijd en het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen', *NJB* 1953, nr. 2, p. 25 e.v.

vragen, hetgeen volgens de Hoge Raad een ernstig en ongerechtvaardigd nadeel zou kunnen opleveren.

De eerste grond die de Hoge Raad heeft gehanteerd om te concluderen dat tijdens de beëindiging van de arbeidsovereenkomst gedurende de proeftijd geen toestemming van de directeur GAB (thans UWV WERKbedrijf) is vereist, inhoudende dat het niet de bedoeling kan zijn dat de directeur GAB tegen de wil van partijen in toch een vaste band tussen partijen tot stand brengt, overtuigt mij het meest. De wetgever heeft immers gewenst dat partijen zich gedurende de proeftijd aan elkaars willekeur blootstellen, voordat zij een wat vastere band met elkaar aangaan.⁷ Met dit uitgangspunt is een preventieve toetsing van het proeftijdontslag niet verenigbaar.

13.3 Proeftijdontslag en opzegverboden

13.3.1 Proeftijd en ziekte

Het opzegverbod tijdens ziekte van de werknemer (art. 7:670 b lid 1 BW) geldt niet gedurende de proeftijd.⁸ Gelet op het doel dat de wetgever met de proeftijd beoogde, namelijk wederzijdse proefneming voordat partijen een vastere band met elkaar aangaan, is het begrijpelijk dat de wetgever heeft besloten om het opzegverbod tijdens ziekte van de werknemer niet gedurende de proeftijd van toepassing te verklaren. De positie van de werknemer tijdens de proeftijd wordt verder verzwakt door het niet van toepassing zijn van dit bijzondere opzegverbod. Door ziekte van de werknemer gedurende de proeftijd kan immers de mogelijkheid tot feitelijke proefneming aanzienlijk worden beperkt, waardoor de werknemer onvoldoende kans krijgt om aannemelijk te maken dat hij voor de functie geschikt is. Dit klemmt temeer nu de Hoge Raad opschorting van de proeftijd in geval van ziekte of zwangerschap niet heeft toegestaan.⁹

Nu werkgevers ten gevolge van de wetswijzigingen van de laatste jaren steeds vaker en steeds meer de lasten dragen van zieke werknemers, kan dit ertoe leiden dat werknemers in geval van ziekte tijdens de proeftijd worden ontslagen, enkel vanwege de aan ziekte verbonden financiële risico's. Dit is een ongewenste ontwikkeling, die naar mijn mening zonder preventieve toetsing van het proeftijdontslag geen halt kan worden toegeroepen.

7 D. Christe, 'Aantekening bij de proeftijd van artikel 1639n. BW', SMA 1979, p. 471. Zie ook P.A. Boontje, 'Het proeftijdontslag verder aangetast', *ArbeidsRecht* 2001/3. Zie voorts L.H. van den Heuvel, *De redelijkheidstoetsing van ontslagen*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 1983, p. 126 e.v.

8 Voorzieningenrechter Rb. Arnhem 1 augustus 2007, LJN: BB1009. Zie anders Rb. Den Haag 1 november 2000, JAR 2001/18. In casu werd ziekmelding niet als zakelijk motief aangemerkt voor ontslag tijdens de proeftijd.

9 HR 9 april 1954, NJ 1954, 446 (*Oranje/Monroe*) en HR 23 december 1983, NJ 1984, 332 (*Keizer/Van Dijk*).

13.3.2 Proeftijd en zwangerschap

Gedurende de proeftijd is het verbod om tijdens de zwangerschap en bevallingsverlof op te zeggen niet van toepassing. Het opzegverbod wegens zwangerschap geldt daarentegen ook tijdens de proeftijd. Deze afwijking op de uitzondering vindt haar oorsprong in de bescherming van de positie van de vrouw, zwangerschap en moederschap en de daarmee in verband staande, door de wet voorgeschreven, gelijke behandeling van mannen en vrouwen.¹⁰ Het verbod tot het maken van onderscheid tussen mannen en vrouwen bij de arbeid omvat zowel het verbod tot het maken van direct als indirect onderscheid. Proeftijdontslag in strijd met dit verbod kan vernietigbaar zijn.¹¹

Onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap is door de wetgever als direct onderscheid aangemerkt (art. 1 van de WGB). Dit heeft tot gevolg dat het maken van onderscheid op grond van zwangerschap nimmer is gerechtvaardigd, tenzij het de uitzonderingsbepaling van artikel 7:646 lid 2 BW betreft, die vrouwen tegen de fysieke gevolgen van zwangerschap en bevalling beoogt te beschermen.¹²

Ook onderscheid als gevolg van zwangerschaps- en bevallingsverlof, zoals bijvoorbeeld een beperkte beschikbaarheid tot het verrichten van werk, wordt blijkens de oordelen van de Commissie Gelijke Behandeling als direct onderscheid aangemerkt, nu dit wordt geacht onlosmakelijk en onvermijdelijk met de zwangerschap verbonden te zijn.¹³ Ook een minder gunstige behandeling die het gevolg is van afwezigheid tijdens zwangerschap wordt, blijkens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU, als directe discriminatie aangemerkt.¹⁴

De strekking van het opzegverbod gedurende zwangerschap, dat tijdens de proeftijd is uitgezonderd, is versterking van de arbeidsrechtelijke positie (de lichamelijke en geestelijke gezondheid) van de zwangere en bevallen werkneemster, en het verschaffen van een wettelijke waarborg dat een werkneemster niet tijdens zwangerschap haar werk verliest.¹⁵ Een dergelijk vergaande bescherming is niet te rijmen met de mogelijkheid om tijdens de proeftijd de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang op te zeggen (art. 7:676 lid 1 BW). Het opzegverbod wegens zwangerschap heeft evenwel een geheel andere grondslag, die is gebaseerd op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid. Het handelen in strijd met dit opzegverbod dient als discriminatie te worden aangemerkt. Ook kan een opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd, die berust op discriminatie, als misbruik

¹⁰ Artikel 7:646 BW jo. artikel 7:647 BW en artikel 1 e.v. van de WGB.

¹¹ Zie in dit verband HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 430, *JAR* 1995/35 (*Codfried/ISS*). Zie ook Ktr. Amsterdam 15 juli 2008, *JAR* 2009/61.

¹² *Kamerstukken II* 1986-1987, 19 908, nr. 3, p. 13 (*MvT*).

¹³ Zie onder andere CGB 15 februari 2001, oordeel 2001-13. Zie voorts HR 24 juni 1988, *NJ* 1988, 1002 en Hof van Justitie EG 8 november 1990, zaak 177/88, *NJ* 1992, 224, m.nt. PAS (*Dekker/VJV*).

¹⁴ HvJ EG 30 april 1998, zaak C-136/95, *JAR* 1998/139 (*CNAVTS/Thibault*).

¹⁵ Zie o.a. HR 9 maart 1990, *NJ* 1990, 561 (*Kacar/Stegeman*). Zie ook *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 263, nr. 3 (*MvT*), p. 27-28.

van bevoegdheid¹⁶ worden aangemerkt. Het gevolg hiervan is dat als door dit misbruik schade ontstaat, de getroffen werknemer schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad van de werkgever kan vorderen.¹⁷

Indien de werknemer die uit hoofde van bovengenoemde omstandigheden stelt te worden gediscrimineerd, feiten aanvoert die het bedoelde onderscheid kunnen doen vermoeden, verschuift de bewijslast naar de werkgever. Hij moet dan bewijzen dat de opzegging tijdens de proeftijd niet op de door de werknemer gestelde discriminatie berust.¹⁸ Deze verschuiving van de bewijslast ten gunste van de werknemer geldt eveneens bij vermeende overtreding van het opzegverbod wegens zwangerschap, bevalling en moederschap.

Nu de wetgever van de Wet Flexibiliteit en zekerheid ervoor heeft gekozen om uitzonderingen op opzegverboden in de wet zelf op te nemen, kan een beroep op misbruik van bevoegdheid slechts slagen indien het betrekking heeft op de in de artikelen 7:670 en 7:670a BW opgenomen opzegverboden.

13.4 Proeftijdontslag en verboden onderscheid

13.4.1 Proeftijdontslag en verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen

De werkgever mag geen onderscheid maken tussen mannen en vrouwen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst, het verstrekken van onderricht aan de werknemer, in de arbeidsvoorwaarden en bij de opzegging van de arbeidsovereenkomst (art. 7:646 lid 1 BW).¹⁹

Dit verbod geldt, zoals uit de systematiek van de wet volgt, ook tijdens de proeftijd (artt. 7:670, 7:670a BW jo. art. 7:670b BW). Handelen in strijd met deze norm impliceert onrechtmatigheid en à fortiori de plicht tot schadevergoeding.²⁰ Proeftijdontslag in strijd met het verbod van discriminatie kan als misbruik van bevoegdheid worden aangemerkt en om die reden vernietigbaar zijn.²¹

Tijdens de proeftijd is het, ondanks de in artikel 7:646 lid 8 BW neergelegde verschuiving van de bewijslast ten voordele van de werknemer, moeilijk om feiten aan te voeren die het veronderstelde onderscheid kunnen doen vermoeden. Allereerst is de proeftijd van relatief korte duur. De in artikel 7:669 BW geformuleerde plicht om op verzoek van de werknemer de opzeggingsreden schriftelijk te motiveren, heft dit

16 HR 13 januari 1995, NJ 1995, 430, JAR 1995/35 (Codfried/ISS). Zie tevens artikel 3:13 BW.

17 W.G. Huijgen, *T&C Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2007, art. 13, boek 3 BW, aant. 3.

18 Zie ook Ktr. Amsterdam 15 juli 2008, JAR 2009/61, die op grond van de omstandigheden van het geval oordeelde dat voldoende aannemelijk was gemaakt dat zwangerschap de reden, althans een belangrijke reden voor het proeftijdontslag was, nu de werkgever het tegendeel onvoldoende had kunnen aantonen.

19 De Wet gelijke behandeling dient als aanvulling op de regeling van de artikelen 7:646 en 7:647 BW te worden aangemerkt.

20 HvJ EG 8 november 1990, zaak C-177/88, Jur. 1990, p. I-3941, NJ 1992, 224 (Dekker/VJV) m.nt. P.A. Stein.

21 HR 13 januari 1995, NJ 1995, 430, JAR 1995/35 (Codfried/ISS).

bezwaar naar mijn mening in onvoldoende mate op. Het blijft immers voor de werkgever desondanks mogelijk om een valse reden voor de opzegging tijdens de proeftijd op te geven. De positie van de werknemer is dus, ook in deze situatie, net als in zijn algemeenheid tijdens de proeftijd, bijzonder zwak.

13.4.2 Proeftijdontslag en verboden onderscheid op grond van de AWGB

De Algemene wet gelijke behandeling verbiedt direct en indirect onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat. Dit verbod geldt onder andere bij het aangaan en het beëindigen van een arbeidsverhouding.

Het verbod tot het maken van onderscheid op grond van leeftijd, handicap en chronische ziekte is inmiddels afzonderlijk geregeld in de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid²² en de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte.²³ Het verbod tot het maken van onderscheid op deze gronden werd, vanwege het specifieke karakter ervan, niet in de AWGB geregeld. Op grond van de sinds de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid²⁴ geldende systematiek dat uitzonderingen op opzegverboden in het daarop betrekking hebbende wetsartikel zelf zijn opgenomen, geldt echter dit opzegverbod dat zo breed-vertakt is ook tijdens de opzegging gedurende de proeftijd. Op grond van artikel 8 AWGB lid 1 is een beëindiging van de arbeidsovereenkomst in strijd met één van de in artikel 5 AWGB geformuleerde opzegverboden, vernietigbaar. Voor een opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever tijdens de proeftijd zou dit in beginsel tot gevolg hebben dat de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd in stand blijft, omdat de opzegging ongeldig is.

Een rechtsvordering in verband met de vernietiging van de opzegging verjaart ingevolge artikel 8 lid 3 van de AWGB door verloop van zes maanden na de dag waarop de arbeidsverhouding is beëindigd. In theorie zal zich daardoor de situatie kunnen voordoen dat een door de werkgever ingestelde rechtsvordering tot vernietiging van het proeftijdontslag wegens strijd met artikel 5 van de AWGB, eerst na afloop van de proeftijd wordt ingesteld. De vernietigbaarheid van het proeftijdontslag zal in zo'n situatie niet tot gevolg kunnen hebben dat de proeftijd in stand blijft, nu de tijd waarvoor deze is aangegaan, is verstreken. Een andere uitleg zou in strijd komen met de door de wetgever en rechtspraak gehuldigde ijzeren proeftijdtheorie.

Direct onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras et cetera zal over het algemeen eenvoudig zijn te onderkennen. Indirect onderscheid is in de praktijk minder eenvoudig vast te stellen. Indien een werkgever een werkneemster tijdens de proeftijd ontslaat, omdat zij ten gevolge van haar

²² Wet van 17 december 2003, *Stb.* 30, in werking getreden op 1 mei 2004.

²³ Wet van 3 april 2003, *Stb.* 206, in werking getreden op 1 december 2003 en laatstelijk gewijzigd op 21 februari 2004, *Stb.* 119.

²⁴ Wet van 1 januari 1999, *Stb.* 1998/300.

gezinssituatie slechts in deeltijd kan werken en bijvoorbeeld op andere dagen niet voor een zieke collega kan invallen, is dit -onder omstandigheden-²⁵ aan te merken als indirect onderscheid op grond van burgerlijke staat. Beëindiging van de arbeidsverhouding in strijd met artikel 5 van de AWGB of wegens de omstandigheid dat de werknemer in of buiten rechte een beroep op dit artikel heeft gedaan, is vernietigbaar.²⁶ Dit houdt in dat de rechter de discriminatoire beëindiging van het dienstverband niet ambtshalve nietig kan verklaren, maar dat er in of buiten rechte door de werknemer een beroep op moet worden gedaan. Beëindiging van het dienstverband tijdens de proeftijd in strijd met het verbod van artikel 8 AWGB maakt de werkgever schadeplichtig.

13.4.3 Proeftijdontslag en verboden onderscheid op grond van de WGBH/CZ

Als de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd wegens handicap of chronische ziekte wordt opgezegd, worden we geconfronteerd met het verbod tot het maken van onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte, dat in artikel 4 van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte is geformuleerd.²⁷ Alhoewel de wetgever bij de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid²⁸ de bepaling heeft ingevoerd dat de werkgever op verzoek van de werknemer schriftelijk opgave dient te doen van de reden van de opzegging, kan het toch in de praktijk moeilijk zijn om de werkelijke ontslagredenen te achterhalen. Artikel 10 van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ)²⁹ komt de werknemer in dit opzicht enigszins tegemoet, door de bewijslast te verschuiven voor die gevallen waarin degene die meent dat te zijnen nadele een onderscheid in de zin van deze wet wordt gemaakt in rechte feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden.³⁰

Op grond van artikel 10 lid 3 van de WGBH/CZ kunnen ook rechtspersonen als bedoeld in artikel 3:305a van het BW, zoals bijvoorbeeld vakbonden wanneer zij namens hun leden rechtsvorderingen instellen die gericht zijn op de naleving van de uit WGBH/CZ voortvloeiende verplichtingen, van de bewijsregel van artikel 10 leden 1 en 2 van de WGBH/CZ gebruikmaken.

Indien ziekte de werknemer blijvend arbeidsongeschikt maakt en hij zich tegenover de werkgever bereid verklaart om ander passend werk te verrichten, is de werkgever

25 Zie Bijl. Handelingen II 1990/91, 22, nr. 3 (MvT), p. 13.

26 Voor de invoering van de Wet van 14 november 1996, *Stb.* 562, in werking getreden op 1 april 1997, ging artikel 8 lid 1 van de AWGB uit van nietigheid van de beëindiging.

27 Wet van 3 april 2003, *Stb.* 206, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 21 februari 2004, *Stb.* 119. Zie tevens Ktr. Almelo (voorzieningenrechter) 13 november 2007, *JAR* 2007/291. Zie ook EHRM 30 april 2009, no. 13444/04 (Glor t. Zwitserland). In dit geval werd ongerechtvaardigd onderscheid op grond van een chronische ziekte (diabetes mellitus) aangenomen in geval van belastingheffing door de Zwitserse overheid wegens het niet vervullen van de militaire dienstplicht.

28 Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998/300.

29 Wet van 3 april 2003, *Stb.* 2003, 206, met uitzondering van artikel 7 en 8 in werking getreden per 1 december 2003.

30 Zie ook artikel 10 AWGB, artikel 6a WGB en artikel 7:646 lid 8 BW.

ertoe gehouden om de werknemer daartoe in staat te stellen.³¹ In het geval de nieuwe functie andere vaardigheden of verantwoordelijkheden vereist, waarvoor de vorige arbeidsovereenkomst onvoldoende inzicht kon geven, kan een nieuwe proeftijd onder omstandigheden worden overeengekomen. Op deze wijze zou de situatie kunnen ontstaan dat een werknemer die door blijvende arbeidsongeschiktheid tijdens de proeftijd uitvalt, ander passend werk op basis van een opvolgende - nieuwe- arbeidsovereenkomst met proeftijd verricht. Een dergelijke gang van zaken zal zich in de praktijk niet snel voordoen, nu tijdens het relatief korte tijdsbestek van een proeftijd niet snel zal blijken dat de zieke werknemer blijvend arbeidsongeschikt is.

13.4.4 Proeftijdontslag en verboden onderscheid op grond van de WGBL

Uit de aard van de proeftijdontslagbevoegdheid vloeit niet voort dat deze niet zou kunnen worden misbruikt.³² Van een dergelijk misbruik kan, aldus de Hoge Raad in het Codfried-arrest, onder meer sprake zijn indien het proeftijdontslag in strijd is met de wettelijke of verdragsrechtelijke non-discriminatiebepalingen. In de casus die tot het Codfried-arrest heeft geleid, was een 65-jarige werkneemster tijdens de proeftijd wegens haar leeftijd ontslagen. De werkneemster stelde zich onder meer op het standpunt dat in dit geval sprake was van leeftijdsdiscriminatie.

De Hoge Raad achtte het, blijkens de motivering van het arrest, niet uitgesloten dat een ongelijke behandeling op grond van leeftijd in strijd is met artikel 1 van de Grondwet en artikel 26 van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR).³³ Deze bepalingen verbieden volgens de Hoge Raad discriminatie op welke grond dan ook. Op grond van de stand van zaken ten tijde van het wijzen van het arrest kwam de Hoge Raad tot de slotsom, dat niet kon worden gezegd dat de gangbare argumenten ter rechtvaardiging van ontslag wegens het bereiken van de 65-jarige leeftijd reeds 'thans' niet langer kunnen dienen als een redelijke en objectieve rechtvaardiging van bedoelde ontslaggrond. De Hoge Raad heeft om die reden aangenomen dat het ontslag van de werkneemster niet in strijd kwam met het verbod van ongelijke behandeling wegens leeftijd.

Op 1 mei 2004 is de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL) in werking getreden. Deze wet is een voortvloeisel van Richtlijn 2000/78/EG

31 HR 8 november 1985, NJ 1986, 309 (*Van Haaren/Cehave*). Op grond van artikel 7:660a sub c BW is de werknemer er zelf ook toe gehouden om passende arbeid te verrichten waartoe de werkgever hem in de gelegenheid stelt.

32 HR 13 januari 1995, NJ 1995, 430, JAR 1995/35 (*Codfried/ISS*).

33 Dit verdrag werd op 16 december 1966 aangenomen door de Algemene vergadering van de Verenigde Naties en is in werking getreden op 11 maart 1979 (laatstelijk gewijzigd bij: Trb. 1978, 177).

van de Europese Raad van 27 november 2000.³⁴ Deze wet verbiedt o.a. het maken van onderscheid bij het aangaan en het beëindigen van een arbeidsverhouding (art. 3 WGBL). Het verbod is ook van toepassing in geval van beëindiging van de arbeidsverhouding tijdens de proeftijd.

Onderscheid op grond van leeftijd kan objectief gerechtvaardigd zijn. Die situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen indien het verbod van onderscheid betrekking heeft op het beëindigen van een arbeidsverhouding of van het dienstverband van een ambtenaar in verband met het bereiken van de leeftijd waarop op grond van de Algemene Ouderdomswet³⁵ recht op ouderdomspensioen ontstaat, of van een bij of krachtens de wet vastgestelde of tussen partijen overeengekomen hogere leeftijd.

Indien de casus die tot het Codfried-arrest heeft geleid, wordt beoordeeld op basis van de WGBL, zou dit voor werknemster Codfried naar verwachting tot hetzelfde resultaat hebben geleid nu het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd, die thans nog 65 jaar is, ook in die wet als een objectieve rechtvaardigingsgrond voor het maken van onderscheid op grond van leeftijd is aangemerkt. Mevrouw Codfried was bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst echter al 65 jaar. Daardoor is het de vraag of uit die omstandigheid kan worden afgeleid dat partijen bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst kennelijk hebben beoogd om de arbeidsverhouding op een hogere leeftijd dan 65 jaar te beëindigen. Ik ben van mening dat het voor het aannemen van een dergelijke overeenkomst noodzakelijk is dat de hogere leeftijd dan 65 jaar expliciet tussen partijen wordt overeengekomen.

In het Codfried-arrest is uitgemaakt dat sprake kan zijn van misbruik van (ontslag) bevoegdheid indien het proeftijdontslag in strijd is met de wettelijke of verdragsrechtelijke non-discriminatiebepalingen. Indien die situatie zich voordoet, kan het ontslag op grond van artikel 3:13 BW vernietigbaar zijn en de werkgever worden verplicht om de bij de werknemer ontstane schade te vergoeden. Na invoering van de WGBL zou op grond van artikel 3:40 lid 2 BW kunnen worden betoogd dat het ontslag, als zijnde in strijd met de wet, als nietig, dus niet bestaand, dient te worden aangemerkt.³⁶ De wetgever heeft evenwel in artikel 11 van de WGBL gekozen voor de vernietigbaarheid van het ontslag. De wetgever heeft zich daardoor op het standpunt gesteld dat de verboden van artikel 3 van de WGBL kennelijk uitsluitend strekken ter bescherming van één der partijen (de werknemer), hetgeen aansluit

34 Deze richtlijn is in werking getreden op 2 december 2000. Zie ook HvJ EG 5 maart 2009, zaak C-388/07, *JAR* 2009/93 (*Age Concern England*), in welke zaak voor recht werd verklaard dat artikel 6 lid 1 van richtlijn 2000/78 aldus moet worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een nationale maatregel die geen nauwkeurige opsomming bevat van de doelstelling en die een afwijking van het principiële verbod van discriminatie op grond van leeftijd kan rechtvaardigen. Zie over dit arrest: P.C. Vas Nunes, 'Hoe liep de Heyday Challenge af', *TAP* 2010, p.57 e.v. Zie voorts HvJ EG 18 juni 2009, zaak C-88/08 (*Hütter*). In deze zaak werd discriminatie op grond van leeftijd aangenomen bij een nationale regeling krachtens welke voor de vaststelling van de beloning van arbeidscontractanten geen rekening mocht worden gehouden met tijdvakken van arbeid die vóór de voltooiing van het achttiende levensjaar waren vervuld.

35 Wet van 31 mei 1956, *Stb.* 1956, 281.

36 *Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*, bewerkt door W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, Deventer: Kluwer 2008, 22^e druk, p. 366 en 367.

bij de systematiek van artikel 3:40 lid 2 BW en de in andere wetten, die het maken van onderscheid op bepaalde gronden verbieden, gevolgde uitgangspunten.

13.5 Proeftijd en concurrentiebeding

De beëindiging van een arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd kan voor een werknemer verregaande gevolgen hebben als op de arbeidsovereenkomst een concurrentiebeding van toepassing is. In dat geval kan er een wanverhouding bestaan tussen de duur van de arbeidsovereenkomst en de duur waarvoor het concurrentiebeding geldt. Uit het oogpunt van een evenwichtige afweging van belangen verdient het aanbeveling om het concurrentiebeding in dat geval buiten werking te stellen. Verschillende varianten zijn denkbaar om tot dit resultaat te komen. Partijen kunnen overeenkomen dat het concurrentiebeding eerst ingaat na afloop van de proeftijd. In het geval dit niet contractueel is overeengekomen, kan de rechter, als partijen na beëindiging van het dienstverband tijdens de proeftijd niet in onderling overleg tot een vergelijk komen, het concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk vernietigen op grond dat, in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld. Een zaak waarin deze belangenafweging, na door de werkgever ten onrechte veronderstelde opzegging tijdens de proeftijd aan de orde kwam, werd berecht door de Kantonrechter Leeuwarden.³⁷ De werknemer verzocht bij voorlopige voorziening om schorsing van het relatiebeding met het doel om bij een relatie van zijn voormalige werkgever in dienst te kunnen treden. In haar belangenafweging kende de kantonrechter groot gewicht toe aan de omstandigheid dat werknemer feitelijk slechts tien dagen voor zijn ex-werkgever had gewerkt. Daardoor achtte de kantonrechter het niet aannemelijk dat werknemer in zulk een korte periode dermate belangrijke (bedrijfseconomische) informatie heeft vergaard dat redelijkerwijs gezegd kan worden dat hij een reële bedreiging vormt voor het behoud van deze relatie. Daarnaast was door werknemer onweersproken gesteld dat hij gedurende zijn dienstverband bij zijn ex-werkgever geen relaties met zijn nieuwe werkgever had onderhouden. In het kader van de belangenafweging nam de kantonrechter voorts in aanmerking dat het dienstverband tegen de wil van de werknemer is geëindigd. De kantonrechter liet de belangenafweging dan ook ten gunste van werknemer uitvallen. Deze was werkloos en had de kans om bij de nieuwe werkgever een gelijkwaardige managementfunctie te vervullen. Voorts hield de kantonrechter rekening met diens leeftijd en eenzijdige werkervaring.

Het feitencomplex in de hierboven beschreven casus is in hoge mate kenmerkend voor de situatie die speelt in geval van opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd. De werknemer heeft in de regel in de korte periode dat hij werkzaam was nog betrekkelijk weinig belangrijke bedrijfseconomische informatie vergaard. Daardoor moet de vrees voor benadeling van de werkgever, doordat de werknemer kennis

³⁷ Ktr. Leeuwarden 14 februari 2006, LJN: AV2511. Zie ook Rb Utrecht 8 oktober 1992, KG 1992, 43. Zie voorts Ktr. Hilversum 16 november 2005, Prg. 2005/218. In casu werden het non-concurrentiebeding en het geheimhoudingsbeding rechtsgeldig bevonden, onder matiging van de duur van het concurrentiebeding, alsmede van de verschuldigde boete.

draagt van bedrijfsgeheimen en persoonlijk contact heeft gehad met klanten of andere relaties van de werkgever, in geval van proeftijdontslag betrekkelijk gering worden geacht. In de belangenafweging kan voorts nog een rol spelen dat de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever ten einde is gekomen.

Bovengenoemde omstandigheden kunnen naar mijn mening voor een kantonrechter voldoende aanleiding zijn om het concurrentie- of relatiebeding in geval van opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd, op grond van belangenafweging, geheel of gedeeltelijk te vernietigen. Er kunnen zich evenwel ook situaties voordoen waarin de werkgever, ondanks de relatief korte duur van het dienstverband tijdens de proeftijd, grote en redelijke belangen heeft bij handhaving van het concurrentiebeding, terwijl de werknemer door die handhaving nu juist ernstig wordt benadeeld. In dit soort situaties bestaat de mogelijkheid om, onder handhaving van het concurrentiebeding, een door de werkgever voor de duur van de beperking te betalen vergoeding toe te kennen. De rechter stelt de hoogte van de vergoeding naar billijkheid vast.³⁸ Die situatie zou zich voor kunnen doen indien de werknemer uit hoofde van zijn functie reeds tijdens de proeftijd belangrijke bedrijfseconomische informatie heeft vergaard en bijvoorbeeld ten gevolge van zijn leeftijd en eenzijdige werkervaring in geval van onverkorte handhaving van het concurrentiebeding, ernstig wordt benadeeld.

De meest praktische oplossing om bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd van het concurrentiebeding af te zijn, is naar mijn mening door de regering in het wetsvoorstel tot herziening van het concurrentiebeding opgenomen.³⁹ In dit wetsvoorstel is ervoor gekozen om de werking van een concurrentiebeding voor de duur van de proeftijd op te schorten. Ook in het geval er geen concurrentie- of relatiebeding in de arbeidsovereenkomst is opgenomen, kan het overstappen naar een klant tijdens de proeftijd als handelen in strijd met de eisen van goed werknemerschap worden aangemerkt en daarmee een toerekenbare tekortkoming in de nakoming jegens de werkgever opleveren. Deze omstandigheden deden zich voor in een zaak die aan de Hoge Raad werd voorgelegd.⁴⁰ In deze zaak had de werknemer een door hem namens de werkgever gevoerd acquisitiesprek met een klant gebruikt als sollicitatiesprek en vervolgens het dienstverband met zijn werkgever met onmiddellijke ingang opgezegd om bij die klant in dienst te treden.

13.6 Conclusie

Tot de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid golden de algemene en bijzondere opzegverboden in beginsel niet tijdens de proeftijd. Sinds de invoering

38 Zie art. 7:653 lid 4 BW, alsmede de Memorie van Toelichting op dit artikellid. Handelingen der Staten- Generaal, Bijlagen 1947-1948, 881 3, p. 6. Uit rechtspraakonderzoek is mij overigens gebleken dat er weinig rechterlijke uitspraken over dit onderwerp zijn.

39 Zie wetsvoorstel 28 167, ingediend op 17 december 2001 bij de Tweede Kamer der Staten Generaal. Dit wetsvoorstel werd op 5 oktober 2004 aangenomen door de Tweede Kamer. De Eerste Kamer heeft het voorstel na stemming bij zitten en opstaan op 13 juni 2006 verworpen.

40 HR 12 december 2008, LJN: BG1213 (*Bezo-Consult B.V.*).

van de wet zijn alleen de in de artikelen 7:670 en 7:670a BW omschreven opzegverboden niet tijdens de proeftijd van toepassing. Voor alle overige bijzondere opzegverboden geldt, dat uitzonderingen op opzegverboden in het daarop betrekking hebbende wetsartikel zelf zijn opgenomen. Deze systematiek heeft tot gevolg dat een aantal opzegverboden ook tijdens de proeftijd van toepassing zijn. De relatief zwakke rechtsbescherming van de werknemer gedurende de proeftijd is daardoor toch enigszins verbeterd. De werknemer die tijdens de proeftijd in strijd met een dan ook geldend opzegverbod wordt opgezegd, verkrijgt daardoor tevens het voordeel van de in veel opzegverboden en wetten opgenomen verschuiving van de bewijslast ten voordele van de werknemer. Dit houdt in dat indien de werknemer in rechte feiten aanvoert die een door de wet verboden onderscheid kunnen doen vermoeden, de werkgever dient te bewijzen dat niet in strijd met het artikel is gehandeld. Dit lijkt een aanzienlijke stap in de richting van een betere rechtsbescherming van de werknemer die tijdens de proeftijd wordt ontslagen. In de praktijk zal de werknemer naar mijn verwachting in veel gevallen toch een zwakke rechtspositie tijdens de proeftijd blijven behouden. De proeftijd zal in veel gevallen te kort blijken om in rechte de vereiste feiten aan te voeren, die een door de wet verboden onderscheid kunnen doen vermoeden. Tot de bedoelde verschuiving van de bewijslast, in het voordeel van de werknemer, zal het in die gevallen niet komen. Ook de in artikel 7:669 BW geformuleerde plicht om de opzeggingsreden op verzoek van de werknemer desgewenst schriftelijk te motiveren, kan dit bezwaar niet opheffen, nu de werkgever de mogelijkheid heeft om een valse reden voor de opzegging tijdens de proeftijd op te geven. In dat geval zal het uiterst moeilijk zijn om de opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd met voldoende kans op succes aan de kaak te stellen. De positie van de werknemer tijdens de proeftijd verbetert gaandeweg dan ook wel meer en meer, maar hij is nog steeds te weinig afdoende beschermd.

Materiële toetsing van het proeftijdontslag

14.1 Inleiding

Voor de beantwoording van de vraag of in een concreet geval sprake is van misbruik van ontslagbevoegdheid tijdens de proeftijd, is het van belang of deze bevoegdheid al dan niet voor een bepaald doel is gegeven. In dit hoofdstuk zal, onder verwijzing naar literatuur en jurisprudentie, worden ingegaan op de heersende opvattingen over het wezen van de proeftijd. Voorts zal worden ingegaan op de mogelijkheden tot materiële toetsing van het proeftijdontslag.

14.2 Heeft de proeftijd een doel?

Uit diverse arresten van de Hoge Raad valt af te leiden dat aan de proeftijd nu juist de gedachte ten grondslag ligt dat partijen desgewenst de gelegenheid moeten hebben om zich, alvorens zij voor de toekomst een meer definitieve arbeidsrelatie met elkaar aangaan, gedurende een -met het oog op de belangen van de werknemer- relatief korte periode proefondervindelijk op de hoogte te stellen van elkaars hoedanigheden, van de aard van de te verrichten arbeid en van de geschiktheid van de werknemer voor de arbeid.¹ Evenzeer is verdedigbaar dat de bevoegdheid om tijdens de proeftijd te ontslaan, niet voor een bepaald doel is gegeven. In dit verband wordt in de literatuur² verwezen naar de ijzeren proeftijdtheorie van de Hoge Raad, op grond waarvan ook in geval van ziekte³ of vakantie⁴ van de werknemer tijdens de proeftijd geen verlenging of opschorting van de proeftijd wordt toegestaan. Een ander argument ter ondersteuning van de stelling dat de proeftijdontslagbevoegdheid

1 HR 27 juni 1952, NJ 1952, 488 (*Vermaak/Both*) en HR 8 mei 1992, NJ 1992, 480 (*Van Summeren/Ozkan*). Zie voorts de conclusie van A-G mr. T. Koopmans bij HR 13 januari 1995, NJ 1995, 430 (*Codfried/ISS*). Zie ook P.A. Boontje, 'Het proeftijdontslag verder aangetast', *ArbeidsRecht* 2001/3. Zie voorts D. Christe, 'Aantekening bij de proeftijd van art. 1639n BW', *SMA* 1979, p. 470 e.v. en L.H. van den Heuvel, *De redelijkheidstoetsing van ontslagen*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 1983, p. 128 en 129. Zie tevens Ktr. Den Helder 14 april 2008, LJN: BB2823.

2 G.J.J. Heerma van Voss, 'Misbruik van bevoegdheid in het arbeidsrecht, in het bijzonder bij ontslag in de proeftijd', in: P.F. van der Heijden, *Arbeidsovereenkomst en algemeen Vermogensrecht*, Alphen aan den Rijn 1993, p. 72 e.v.

3 HR 9 april 1954, NJ 1954, 446 (*Oranje/Monroe*). Zie ook de conclusie van A-G mr. G.E. Langemeijer, die afwijkt van het oordeel van de Hoge Raad.

4 HR 23 december 1983, NJ 1984, 332 (*Keizer/Van Dijk*).

niet voor een bepaald doel is gegeven, wordt afgeleid uit het gegeven dat het ten gevolge van een wetswijziging in 1953⁵ mogelijk werd om te ontslaan voordat de proeftijd feitelijk is gestart.

Advocaat-generaal mr. T. Koopmans heeft zich in zijn conclusie voor het Codfried-arrest⁶ op het standpunt gesteld dat ontslag tijdens de proeftijd aantastbaar is, als vast komt te staan dat de ontslagreden geen enkele band heeft met een objectieve beoordeling van de hoedanigheden en de geschiktheid van de werknemer. Daarmee heeft de advocaat-generaal impliciet te kennen gegeven dat hij toetsing van het proeftijdontslag aan *détournement de pouvoir*, ex artikel 3:13 lid 2 BW, mogelijk acht. De Hoge Raad heeft zijn advocaat-generaal in het Codfried-arrest echter niet gevolgd. Volgens de Hoge Raad sluit de aard van de proeftijdontslagbevoegdheid een onderzoek naar *détournement de pouvoir* uit. Met dit oordeel heeft de Hoge Raad, kennelijk in afwijking van de lijn die hij in eerdere arresten heeft uitgezet,⁷ kenbaar gemaakt dat de proeftijd niet een omschreven doel heeft.

De conclusie van advocaat-generaal mr. T. Koopmans past binnen die door de Hoge Raad in eerder gewezen arresten uitgestippelde lijn. Het is dan ook merkwaardig dat de Hoge Raad in het Codfried-arrest heeft overwogen, dat de aard van de proeftijdontslagbevoegdheid een onderzoek naar *détournement de pouvoir* uitsluit.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt, dat de proeftijd in 1907 in de Wet op de arbeidsovereenkomst⁸ is ingevoerd om te voorkomen dat door gebruikmaking van de proeftijd de wettelijke voorschriften omtrent de opzeggingstermijnen zouden worden ontweken door steeds een proeftijd te doen voortduren.⁹ Hierdoor zou een werkgever een werknemer na de beëindiging van de proeftijd immers nogmaals 'op proef' kunnen nemen.¹⁰ De theorie over de geoorloofdheid van een tweede proeftijd zou bovendien onbegrijpelijk en in de praktijk onwerkbaar zijn, indien feitelijke proefneming tijdens de proeftijd niet wordt verondersteld. De omstandigheid dat het ten gevolge van de wetswijziging in 1953¹¹ mogelijk werd om te ontslaan voordat de proeftijd feitelijk inging, laat onverlet dat de wetgever kennelijk een feitelijke proefneming wenselijk heeft geacht.

Het Codfried-arrest laat veel vragen onbeantwoord. Door te overwegen dat de proeftijdontslagbevoegdheid kan worden misbruikt, maar toetsing op *détournement*

5 Wet van 17 december 1953, *Stb.* 619, *Handelingen II*, 20 februari 1953, p. 2371 r.k. en 2372 l.k.

6 HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 430, HR 13 januari 1995, *JAR* 1995/35 (*Codfried/ISS*).

7 Zie o.a. HR 27 juni 1952, *NJ* 1952, 488 (*Vermaak/Both*) en HR 8 mei 1992, *NJ* 1992, 480, *JAR* 1992/24 (*Van Summeren/Ozkan*).

8 Wet op de arbeidsovereenkomst van 13 juli 1907, *Stb.* 1907/193.

9 Memorie van Toelichting op art. 1639l (oud) BW, Voorlopig Verslag der Tweede Kamer. Zie A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, IV, Den Haag 1909, p. 57 e.v.

10 Memorie van Toelichting op art. 1639l (oud) BW, Beraadslagingen in de Tweede Kamer. Zie A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, IV, Den Haag 1909, p. 57 e.v.

11 Wet van 17 december 1953, *Stb.* 619, *Handelingen II*, 20 februari 1953, p. 2371 r.k. en 2372 l.k. Zie ook de tekst van artikel 1639n lid 1 (oud) BW en artikel 7:676 lid 1 BW. Dit is af te leiden uit de zinsnede 'zolang die tijd niet is verstreken'.

de pouvoir uit te sluiten, omdat de aard van de ontslagbevoegdheid tijdens de proeftijd zich tegen een dergelijke toetsing verzet, raakt menigeen het spoor bijster. Het proeftijdontslag kan niet op kennelijke onredelijkheid worden getoetst,¹² de ontslagbevoegdheid tijdens de proeftijd kan echter wel worden misbruikt, maar toetsing op détournement de pouvoir is uitgesloten. Het ontbreken van toetsing van de ontslagbevoegdheid tijdens de proeftijd middels détournement de pouvoir is in het licht van de wetsgeschiedenis, alsmede op grond van de ontwikkelingen in de rechtspraak gedurende de laatste decennia, voor de rechtspraak onduidelijk en onwenselijk. Het is daarom raadzaam om een feitelijke proefneming als uitgangspunt te nemen, waardoor toetsing op détournement de pouvoir mogelijk wordt en een verdergaande materiële toetsing van het proeftijdontslag kan worden gerealiseerd. Deze toetsing kan naar mijn mening achterwege blijven in het geval de arbeidsovereenkomst door opzegging voor de feitelijke aanvang van de proeftijd tot een einde is gekomen of indien reeds voor of kort na de proefneming blijkt dat de werknemer bijvoorbeeld in ernstige mate de bekwaamheid of de geschiktheid mist voor het verrichten van de opgedragen functietaken, of als er anderszins sprake is van een omstandigheid die als dringende reden voor werkgever of werknemer kan worden aangemerkt in de zin van de artikelen 7:678 en 7:679 BW.

14.3 Motiveringsplicht bij proeftijdontslag

In eerste instantie is er bij de totstandkoming van de Wet Flexibiliteit en zekerheid voor gekozen om de toepasselijkheid van het bij die wet ingevoerde artikel 7:669 BW van opzegging tijdens de proeftijd uit te sluiten. Door de invoering van het amendement-Rosenmöller is deze uitsluiting van artikel 7:669 BW echter komen te vervallen, ten gevolge waarvan de bepaling dus sinds de inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en zekerheid, per 1 januari 1999, ook van toepassing is op een opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd.

Rosenmöller achtte het wenselijk dat de bepaling ook van toepassing zou zijn voor opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd, opdat opzeggingen tijdens de proeftijd beter zouden kunnen worden getoetst op overtreding van discriminatieverboden.¹³ Alhoewel de ratio van deze nieuwe regeling zal zijn gelegen in de bescherming van de werknemer tegen onrechtmatige beëindiging dan wel kennelijke onredelijkheid van het ontslag kan, blijktens de wettekst, ook de werkgever aan de werknemer die de arbeidsovereenkomst opzegt, verzoeken om schriftelijk opgave te doen van de reden van opzegging. In de praktijk zal een werkgever, naar mijn verwachting, van die mogelijkheid niet vaak gebruikmaken.

Het amendement-Rosenmöller belooft meer dan het naar mijn verwachting kan waarmaken. Allereerst is niet voorzien in een sanctie op een weigering om de reden desgevraagd schriftelijk mede te delen.¹⁴ Er zijn twee redenen waarom de wetgever

¹² Zie de tekst van artikel 1639n (oud) BW en thans artikel 7:676 lid 2 BW.

¹³ *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 263, nr. 11.

¹⁴ A.M. Luttmer-Kat in: Kluwer (losbladig), *Arbeidsovereenkomst*, aant. 2 bij art. 7:669 BW.

een dergelijke sanctie niet nodig achtte. Ten eerste zou een werkgever in een UWV WERKbedrijf-procedure waarin een ontslagvergunning wordt aangevraagd de reden toch wel schriftelijk moeten opgeven. Voorts zou in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure de weigering om de reden van de opzegging schriftelijk te noemen een indicatie zijn voor kennelijke onredelijkheid van het ontslag. Beide redenen ontbreken in het geval van een proeftijdontslag. Daardoor wordt de motiveringsplicht voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd onafdwingbaar en voor de praktijk van betrekkelijke waarde. Een ander punt is dat een werkgever juist in die gevallen waarin de reden van opzegging van de arbeidsovereenkomst bijvoorbeeld in strijd is met het discriminatieverbod of andere verboden, een andere reden voor de opzegging aan de werknemer zal mededelen. Het is hierdoor ten zeerste de vraag of de beoogde toetsing van de opzegging tijdens de proeftijd, zoals Rosenmöller beoogde, door zijn amendement in de praktijk tot stand zal komen. In die gevallen waarbij de werkgever op legitieme gronden ertoe besluit om de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd op te zeggen, kan het naar mijn mening verstandig zijn om ook ongevraagd een schriftelijk opgave van de reden voor de opzegging te geven, om iedere onduidelijkheid over de opzeggingsredenen zoveel mogelijk te vermijden.

14.4 Samenloop

In 1979¹⁵ heeft de Hoge Raad een belangwekkend arrest gewezen over de mogelijkheid van samenloop van de in de artikelen 7a:1639s-u (oud) BW -thans de artikelen 7:681 – 7:683 BW- vervatte regeling en de toetsing aan artikel 1374 derde lid (oud) BW. De Hoge Raad oordeelde in dit arrest dat de in de artikelen 1639s-u BW gegeven regeling voor het geval dat één der partijen de dienstbetrekking kennelijk onredelijk doet eindigen uitputtend is, in die zin dat naast deze regeling geen plaats meer is voor toetsing van een ontslag aan artikel 1374 lid 3 BW (oud), resulterend in herstel van de dienstbetrekking. De Hoge Raad motiveerde dit oordeel door erop te wijzen dat de in de artikelen 1639s-u (oud) BW neergelegde regeling van de kennelijk onredelijke beëindiging van de dienstbetrekking een specifiek toetsingscriterium heeft, een genuanceerde uitwerking van de gevolgen en een korte verjaringstermijn.

Velen hebben uit dit arrest afgeleid dat de Hoge Raad zich daarmee voor een gesloten stelsel van rechtsmiddelen in het ontslagrecht heeft uitgesproken.¹⁶ Naar mijn mening zijn er vele aanwijzingen om aannemelijk te maken dat het ontslagrecht geen gesloten stelsel van rechtsmiddelen kent en dat dit meer in het bijzonder geldt voor het ontslag tijdens de proeftijd. Tijdens de proeftijd kennen we immers niet of nauwelijks ontslagbescherming nu een wettelijke regeling daarvoor ontbreekt. Om die reden moet het mogelijk worden geacht om in geval van proeftijdontslag naar het

15 HR 11 mei 1979, NJ 1979, 441 (HAL/Van Werkhoven).

16 Zie de noot van P.A. Stein bij dit arrest; Vermeulen in *Prg.* 1987, p. 225. Zie voorts W.H.A.C.M. Bouwens, 'Proeftijdontslag en goed werkgeverschap', HR 10 november 2000, JAR 2000/249 (*Triple P/Tap*), *ArA* 2001/2, p. 68-80. Anders: Loonstra c.s. 'Ontslagrecht: het proeftijdontslag', *SR* 2003/2. Zie voorts P.F. van der Heijden en G.J.J. Heerma van Voss, 'Kroniek van het Sociaal Recht', *NJB* 1995, p. 361.

algemeen vermogensrecht uit te wijken.¹⁷ Het zou bovendien onwenselijk zijn om het proeftijdontslag van de ontwikkelingen in het algemeen verbintenissenrecht van vage normen als redelijkheid en billijkheid, misbruik van omstandigheden et cetera uit te sluiten. Bovendien is daarvoor ook wetshistorisch gezien geen aanleiding nu de arbeidsovereenkomst als bijzondere overeenkomst deel uitmaakt van het BW.¹⁸

14.5 Diverse toetsingsmogelijkheden

Uit de jurisprudentie blijkt dat de geldigheid van een ontslag in de proeftijd vanuit meerdere juridische invalshoeken kan worden beoordeeld. Dit ligt voor de hand nu de werknemer die te maken krijgt met ontslag tijdens de proeftijd vrijwel geheel van ontslagbescherming is verstoken. Dit neemt niet weg dat de proeftijd in de laatste decennia door diverse toetsingsmogelijkheden gaandeweg steeds minder een rechteloze periode is geworden door de algemene ontwikkelingen in het verbintenissenrecht.¹⁹ Alhoewel deze ontwikkeling is toe te juichen, brengt zij voor werkgever en werknemer ook het nadeel van rechtsonzekerheid mee, omdat van geval tot geval achteraf door de rechter moet worden beoordeeld of het proeftijdontslag rechtmatig was.²⁰ Zo kan proeftijdontslag als toerekenbare tekortkoming worden aangemerkt, indien de werkgever heeft gehandeld in strijd met de goede trouw.

Voorts kan onder omstandigheden sprake zijn van misbruik van (ontslag)bevoegdheid en strijdigheid van het proeftijdontslag met de eisen van goed werkgeverschap. Bovendien kan proeftijdontslag onder omstandigheden als onrechtmatige daad worden aangemerkt. Op grond van een arrest van de Hoge Raad van 20 maart 1992²¹ moet het bovendien onder zeer bijzondere omstandigheden mogelijk worden geacht om de nietigheid van het proeftijdontslag in te roepen. De Hoge Raad wilde evenwel in dit arrest de sanctie van nietigheid niet toepassen, terwijl er in casu sprake was van discriminatoir ontslag. In dit arrest speelden evenwel aspecten die in geval van proeftijdontslag niet aan de orde zijn. Nu in de situatie die tot dit arrest heeft geleid geen sprake was van proeftijdontslag, kon een beroep worden gedaan op het wettelijk stelsel van ontslagbescherming zoals dat in de artikelen 6 en 9 van het BBA is neergelegd. Voorts kan bij ontslag buiten proeftijd de kennelijke onredelijkheid van het ontslag worden ingeroepen. Een werknemer die tijdens de proeftijd wordt ontslagen, ontbeert deze ontslagbescherming.²²

Wellicht kunnen bijkomende bijzondere omstandigheden tot de conclusie leiden dat het proeftijdontslag nietig is. Al te snel mag deze conclusie evenwel niet worden getrokken nu nakoming van de overeenkomst middels de vordering tot herstel van de

17 Zie o.a. T. van Peijpe, 'Hoe bijzonder is de arbeidsovereenkomst?', in: *Arbeidsrecht en Algemeen Vermogensrecht*, Samson H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 48.

18 Zie o.a. J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 1999, p. 13 e.v.

19 Zie onder andere HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*). Zie ook G.C. Boot, 'Rechterlijke toetsing van ontslag in de proeftijd', *SR* 1991, 2, p. 40.

20 Zie ook J. Dop en E. Knipschild, 'De proeftijdregeling: de actuele stand van zaken in de jurisprudentie', *Praktisch procederen* 2002/5, p. 137.

21 HR 20 maart 1992, NJ 1992, 495 (*Nedlloyd/Bras c.s.*).

22 C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag 2008, derde druk, p. 401.

dienstbetrekking erdoor mogelijk zou worden,²³ terwijl deze vordering op grond van het arbeidsrecht zelf voor het proeftijdontslag niet voor de hand ligt wegens de discretionaire bevoegdheid van de werkgever om tijdens de proeftijd te ontslaan.

14.5.1 Misbruik van (proeftijd)ontslagbevoegdheid

Van misbruik van de ontslagbevoegdheid gedurende de proeftijd kan in de praktijk niet snel worden gesproken. Hierbij is van belang dat gedurende de proeftijd de in de artikelen 7:670 en 7:670a BW geformuleerde opzegverboden niet van toepassing zijn (art. 7:670 b BW). Voorts heeft de wetgever in 1953²⁴ bepaald dat ontslag tijdens de proeftijd niet kennelijk onredelijk kan zijn. Desondanks heeft de Hoge Raad in het Codfried-arrest²⁵ uitgemaakt, dat uit de aard van de proeftijdontslagbevoegdheid niet voortvloeit dat deze niet zou kunnen worden misbruikt. Van een dergelijk misbruik kan, aldus de Hoge Raad in het Codfried-arrest, onder meer sprake zijn als het proeftijdontslag in strijd is met de wettelijke of verdragsrechtelijke non-discriminatiebepalingen.²⁶ De wetgever heeft in het kader van de totstandkoming van de Wet Flexibiliteit en zekerheid²⁷ eveneens overwogen dat de wettelijke non-discriminatiebepalingen en regels van goed werkgeverschap ook tijdens de proeftijd in acht moeten worden genomen. De proeftijdontslagbevoegdheid strekt er dan ook niet toe om de dienstbetrekking zonder inachtneming van de overige verdragsrechtelijke, wettelijke of contractuele bepalingen te doen eindigen.²⁸

De vraag rijst of van misbruik van ontslagbevoegdheid ook kan worden gesproken in die gevallen waarin bij de uitoefening van de proeftijdontslagbevoegdheid geen sprake is van schending van verdragsrechtelijke, wettelijke of contractuele bepalingen. Daarbij moet worden bedacht dat de wetgever nu juist gedurende een proeftijd een zekere wederzijdse willekeur wenselijk heeft geacht om van werknemers- en werkgeverszijde te kunnen beoordelen of de dienstbetrekking en de werknemer aan de gestelde verwachtingen voldoen.²⁹ Door de werkgever en de werknemer gedurende de proeftijd aan opzeggingsverboden te houden, zou die voor de praktijk belangrijke mogelijkheid in aanzienlijke mate aan banden worden gelegd.

De omstandigheid dat een ontslag tijdens de proeftijd niet is onderworpen aan een toetsing op kennelijke onredelijkheid, doet niet af aan de mogelijkheid dat van misbruik van de ontslagbevoegdheid zou kunnen worden gesproken. Voorts dringt

23 G.J.J. Heerma van Voss, 'Misbruik van bevoegdheid in het arbeidsrecht, in het bijzonder bij ontslag in de proeftijd', in *Arbeidsovereenkomst en Vermogensrecht*, Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht 1993, p. 74 e.v.

24 Wet van 17 december 1953, *Stb.* 619.

25 HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 430 (*Codfried/ISS*).

26 Zie in dit verband ook Ktr. Almelo (voorzieningenrechter) 13 november 2007, *JAR* 2007/291. In casu werd proeftijdontslag voor aanvang van de werkzaamheden wegens een herseninfarct van de werknemer voorshands als discriminatoir aangemerkt op grond van strijd met artikel 4 sub b van de WGBH/CZ. Zie in dezelfde zin Ktr. Utrecht 21 mei 2010, LJN: BM5297.

27 *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 263 nr. 3, *MvT*, p. 7 en (id) nr. 6, p. 10.

28 Zie ook in dit verband S.W. Kuip, 'Misbruik van proeftijdontslagbevoegdheid', *ArbeidsRecht* 95/11.

29 Zie in deze zin Ktr. Amersfoort 18 november 2009, LJN: BK3087.

de vraag zich op wat de meerwaarde is van een beroep op misbruik van bevoegdheid bij het proeftijdontslag, naast de mogelijkheid om het proeftijdontslag met een beroep op schending van goed werkgeverschap dan wel met een beroep op onrechtmatige daad aan te tasten. In geval van discriminatoir proeftijdontslag kan in de regel bovendien een beroep worden gedaan op de vernietigbaarheid van het ontslag.³⁰

Volgens Loonstra zal het doen van een beroep op misbruik van bevoegdheid in het arbeidsovereenkomstenrecht strikt genomen veelal niet noodzakelijk zijn naast de eis van goed werkgever-/werknemerschap. Niettemin kan het, aldus Loonstra, toch bruikbaar zijn als concretisering van deze criteria.³¹

De Hoge Raad heeft in het eerdergenoemde Codfried-arrest bepaald dat de aard van de proeftijdontslagbevoegdheid zich verzet tegen toetsing aan détournement de pouvoir. De advocaat-generaal mr. T. Koopmans had er in zijn conclusie voor het arrest voor gepleit dat een ontslag tijdens de proeftijd aantastbaar zou dienen te zijn, als vast komt te staan dat de ontslagreden geen enkele band heeft met een objectieve beoordeling van de hoedanigheden en geschiktheid van de werknemer.³² Ook in de literatuur is er bij herhaling op aangedrongen om te komen tot een meer materiële toetsing van het proeftijdontslag.³³ In de rechtspraak verschijnen desondanks sporadisch uitspraken waarin het proeftijdontslag op détournement de pouvoir is getoetst.³⁴

In de literatuur is verdedigd dat de enige bedoeling van de wetgever van 1907 is geweest om misbruik van de proeftijd tegen te gaan.³⁵ Hieruit kan worden afgeleid dat de proeftijdontslagbevoegdheid niet voor een bepaald doel in het leven werd geroepen. Het argument dat het doen van een feitelijke proefneming tijdens de proeftijd het beoogde doel van de wetgever is geweest om de proeftijdontslagbevoegdheid in het leven te roepen, past evenwel beter in de tendens van de laatste decennia waarin de toetsing aan de redelijkheidsmaatstaven in het BW is toegenomen. In het bijzonder geldt dit voor de in de precontractuele fase in acht te nemen regels.³⁶

30 Zie o.a. art. 8 lid 1 AWGB, art. 7:647 lid 1 BW, art. 11 lid 1 WGBL en art. 9 lid 1 WGBH/CZ. Zie in dit verband ook Ktr. Eindhoven 1 december 2005, *JAR* 2006/37 (X/Y) en Rb. 's-Gravenhage (voorzieningenrechter) 8 december 2005, *JAR* 2006/258 (*Schuite/St. Jeugdformaat*).

31 G.J.J. Heerma van Voss in: Kluwer (losbladig), *Arbeidsovereenkomst*, aant. 1.3 bij art. 7: 611 BW.

32 Zie conclusie A-G mr. T. Koopmans bij HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 430 (*Codfried ISS*), m.nt. P.A. Stein. Zie in dezelfde zin Hof Leeuwarden 29 maart 2006, *JIN* 2006/181, m.nt. C.J. Loonstra.

33 Zie o.a. L.H. van den Heuvel, 'Proeftijd, proefnemingen bepaalde tijd', *SR* 1997/6.

34 Zie o.a. Ktr. Alphen a/d Rijn 29 februari 2000, *Prg*, 2000, 3303.

35 D. Christe, 'Aantekening bij de proeftijd van artikel 1639 en BW', *SMA* 1979, p. 470 e.v. en L.H. van den Heuvel (hoofddred.), *Praktijkboek Ontslagrecht* (losbl.), Deventer: Kluwer C.40-31.

36 G.C. Boot, 'Rechterlijke toetsing van ontslag in de proeftijd', *SR* 1991, 2 en voorts O. van der Kind, 'Proeftijdontslag en redelijkheid en billijkheid', *ArbeidsRecht* 1998/11. Zie voorts HR 13 maart 1936, *NJ* 1936, 415 (PS) (*Berg en Dalse Watertoren I*), zie ook HR 2 december 1937, *NJ* 1938, 353 (*Lentse Schutting*).

Alhoewel kan worden geconstateerd dat de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid toepassing vindt in het arbeidsovereenkomstenrecht,³⁷ dient dit er niet toe te leiden dat langs de weg van détournement de pouvoir, in de zin van artikel 3:13 lid 2 BW, een materiële toetsing van het proeftijd zal kunnen plaatsvinden. Los van het feit dat er evenzoveel argumenten kunnen worden aangevoerd voor de stelling dat een feitelijke proefneming tijdens de proeftijd door de werkgever werd gewenst, kunnen er ook argumenten voor het tegendeel worden aangevoerd. Ook wetssysteematisch is het minder juist om een materiële toetsing van het proeftijdontslag via de weg van artikel 3:13 lid 2 BW (détournement de pouvoir) mogelijk te maken. In geval van proeftijdontslag zijn immers de in artikel 7:670 en 7:670a BW geformuleerde opzeggingsverboden niet van toepassing. Een materiële toetsing van het proeftijdontslag zou daarmee in strijd komen.

Misbruik van ontslagbevoegdheid kan ook via de weg van artikel 3:13 lid 2 BW worden aangenomen, indien deze wordt uitgeoefend met geen ander doel dan een ander te schaden. Om de proeftijdontslagbevoegdheid haar praktische nut te doen behouden, is het van belang om deze bevoegdheid ruim te interpreteren. Een werkgever dient een mogelijkheid te hebben om, in aansluiting op de werving en selectie van personeel, in beginsel zelf te beslissen of een werknemer in de praktijk inderdaad aan de tijdens de sollicitatiefase opgewekte verwachtingen kan voldoen. Misbruik van ontslagbevoegdheid op deze grond dient dan ook om die reden niet al te snel te worden aangenomen. Alleen die gevallen waarbij het overduidelijk is dat van de proeftijdontslagbevoegdheid gebruik is gemaakt met geen ander doel dan een ander te schaden, zouden aan deze variant van misbruik van bevoegdheid dienen te worden getoetst.³⁸

Nu niet duidelijk is of de proeftijdontslagbevoegdheid voor bepaalde doeleinden is gegeven, heeft de negatieve bepaling dat de bevoegdheid niet mag worden gebruikt met uitsluitend het doel om iemand te schaden, alle reden van bestaan.³⁹ Het Gerechtshof Amsterdam oordeelde in 2007 over een zaak waarbij 36 mensen werden opgelicht en/of benadeeld doordat zij, via inschakeling van een bemiddelaar/headhunter door de voormalige werkgever, bij een andere werkgever korte tijd na aanvang tijdens de proeftijd wegens gebrek aan werk werden ontslagen om op deze wijze een ontslagprocedure uit te sparen. Het hof oordeelde het handelen van de voormalige werkgever in strijd met postcontractueel goed werkgeverschap, omdat hij zich onvoldoende bereid had getoond om de gevolgen van de mislukte replacement en ontslagfraude mede te dragen. Voorts is interessant dat het hof, voor wat betreft de bepaling van de aan de werknemer toe te kennen schadevergoeding op grond van artikel 6:101 BW (medeschuld), rekening hield met het feit dat de werknemer niet aan zijn onderzoeksplicht had voldaan.⁴⁰

37 E.G. van Arkel, P.A. Boontje en C.J. Loonstra, 'Ontslagrecht: het proeftijdontslag', *SR* 2003, 2. Anders: W.H.A.C.M. Bouwens, 'Proeftijdontslag en goed werkgeverschap', *ArA* 2001/2, p. 68-80.

38 E.G. van Arkel, P.A. Boontje en C.J. Loonstra, 'Ontslagrecht: het proeftijdontslag', *SR* 2003, 2. Anders: W.H.A.C.M. Bouwens, 'Proeftijdontslag en goed werkgeverschap', *ArA* 2001/2, p. 68-80.

39 W.H.M. Reehuis/E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe BW, invoering boeken III, V en VI*, Deventer: Kluwer 1990, p. 1026.

40 Hof Amsterdam 10 mei 2007, LJN: BB3127.

Naar mijn mening zal de werknemer zich in dit soort situaties, afhankelijk van de vraag of hij in rechte kan bewijzen of de proeftijdontslagbevoegdheid is aangewend met het doel om enkel te schaden, naar alle waarschijnlijkheid met succes kunnen beroepen op misbruik van bevoegdheid, onrechtmatige daad of handelen in strijd met het goed werkgeverschap.⁴¹

Van misbruik van de proeftijdontslagbevoegdheid kan eveneens sprake zijn als de rechthebbende, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening van de bevoegdheid en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid en billijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen. Het betreft dus een marginale toetsing van de uitoefening van de bevoegdheid. Deze belangenafweging zou ertoe moeten leiden dat de werkgever de werknemer schadeloos stelt.⁴² Hierbij kunnen zich de meest uiteenlopende situaties voordoen, waarbij de uitoefening van de proeftijdontslagbevoegdheid niet per definitie onredelijk hoeft te zijn. Een soortgelijke situatie doet zich voor bij kennelijk onredelijk ontslag. Daarbij hoeft het ontslag niet onredelijk te zijn, maar kan het onredelijk uitpakken door de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening van de ontslagbevoegdheid en het belang dat daardoor wordt geschaad. In dat geval kan een schadevergoeding worden toegekend.

Het is de vraag of de wetgever toetsing van de proeftijdontslagbevoegdheid op grond van misbruik van bevoegdheid ten aanzien van het aspect van onevenredige belangenafweging heeft gewenst, nu de wetgever van 1953⁴³ juist het proeftijdontslag van de toetsing op kennelijke onredelijkheid heeft uitgesloten. Het verschil tussen beide toetsingen is dan wel erg subtiel en voor de praktijk naar mijn mening nauwelijks werkbaar. Heerma van Voss heeft in dit verband opgemerkt dat het criterium van kennelijk onredelijk ontslag verder gaat dan dat van misbruik van bevoegdheid. Zo kan volgens hem reeds sprake zijn van kennelijk onredelijk ontslag wanneer de werknemer zonder opgave van redenen wordt ontslagen. Hij sluit niet uit dat geleidelijk een uitgebreidere toetsing zal plaatsvinden, waarbij ook een (aangepaste) motiveringsplicht voor ontslag in de proeftijd zal gelden.⁴⁴

De Hoge Raad heeft met het Codfried-arrest⁴⁵ de deur op een kier gezet om proeftijdontslagbevoegdheid op misbruik van bevoegdheid te toetsen. In de literatuur bestaat verschil van mening over de vraag wat het bereik is van de toepasselijkheid van de

41 Zie ook de in dit verband door G.C. Boot, 'Rechterlijke toetsing van ontslag in de proeftijd', *SR* 1991, 2, aangehaalde uitspraak van de President van de Rb. Dordrecht d.d. 5 februari 1987, *KG* 1987, 108.

42 G.J.J. Heerma van Voss, 'Misbruik van bevoegdheid in het arbeidsrecht, in het bijzonder bij ontslag in de proeftijd', in *Arbeidsovereenkomst en Algemeen Vermogensrecht*, geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht, Preadvies, Samson H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 74.

43 Wet van 17 december 1953, *Stb.* 619.

44 G.J.J. Heerma van Voss, 'Misbruik van bevoegdheid in het arbeidsrecht, in het bijzonder bij ontslag in de proeftijd', in: P.F. van der Heijden (red.), *Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht*, Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht, Preadvies, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 71.

45 HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 430 (*Codfried/ISS*).

misbruikgronden die in artikel 3:13 BW worden genoemd en de bij misbruik van de bevoegdheid mogelijke sancties. Toetsing van proeftijdontslag aan de normen van artikel 3:13 BW komt naar mijn mening niet in strijd met het uit het arrest Hal/Van Werkhoven⁴⁶ afgeleide gesloten stelsel van het arbeidsrecht.

In het arrest Nedlloyd/Bras⁴⁷ werd aangenomen dat er geen behoefte bestaat aan toetsing van een ontslag dat is gegeven in strijd met artikel 3:40 BW en dat doorgaans ook kennelijk onredelijk is op grond van artikel 7:681 BW. In het geval van een proeftijdontslag ligt dit anders, nu toetsing van dat ontslag aan de normen van artikel 7:681 BW bij wet⁴⁸ is uitgesloten en er dientengevolge wel behoefte bestaat aan toetsing van het proeftijdontslag aan de normen van artikel 3:40 en 3:13 BW.⁴⁹ Deze behoefte is ingegeven door de door Boot geschetste ontwikkeling van de begrippen goede trouw en onrechtmatigheid in het algemene verbintenissenrecht sinds 1953.⁵⁰ In de lagere rechtspraak treffen we zo nu en dan uitspraken aan waarin de proeftijdontslagbevoegdheid werd getoetst op misbruik van bevoegdheid. Een voorbeeld is een in een voorlopige voorzieningenprocedure gewezen uitspraak van de Kantonrechter Enschede van 13 november 2007.⁵¹ In dit geval ging het om een dienstverband dat door de werkgever korte tijd na aanvang van de arbeidsovereenkomst werd opgezegd nadat de werknemer, een junior projectleider, door een herseninfarct was getroffen. De kantonrechter kwalificeerde het herseninfarct en de gevolgen daarvan als een handicap in de zin van de wet WGBH/CZ. Hij oordeelde bij wijze van voorlopige voorziening dat de werkgever niet zou slagen in het tegenbewijs van het vermoeden van ongelijke behandeling als bedoeld in artikel 10 lid 1 WGBH/CZ. De advocaat van de werknemer had een beroep gedaan op de vernietigbaarheid van het proeftijdontslag op grond van de artikelen 4 en 9 van de WGBH/CZ, en vorderde primair doorbetaling van salaris voor de periode totdat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zou zijn geëindigd, te vermeerderen met de wettelijke rente en de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW. Subsidiair werd op grond van handelen in strijd met de eisen van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) schadevergoeding gevorderd. De primaire vordering van de werknemer, met uitzondering van de gevorderde vergoeding van buitengerechterlijke kosten, werd toegewezen.

46 HR 11 mei 1979, *NJ* 1979, 441, m.nt. P.A. Stein. Zie voorts W.H.A.C.M. Brouwens, 'Proeftijdontslag en goed werkgeverschap', *ArA* 2001/2, p. 68-80.

47 HR 20 maart 1992, *JAR* 1992/11.

48 Wet van 17 december 1953, *Stb.* 619.

49 Zie in dit verband ook C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag 2008, derde druk, p. 401.

50 G.C. Boot, 'Rechterlijke toetsing van ontslag in de proeftijd', *SR* 1991, 2, p. 40.

51 Ktr. Enschede 13 november, *JAR* 2007/92. Zie ook CGB 17 maart 2005, oordeel 2005-44, waarin zich desituatie voordeed dat een verpleegkundige tijdens de proeftijd werd ontslagen wegens het lijden aan narcolepsie (een chronische slaapstoornis).

14.5.2 Proeftijdontslag en goed werkgeverschap

Uit jurisprudentieonderzoek⁵² blijkt dat in de laatste twintig jaar in de lagere rechtspraak steeds vaker het proeftijdontslag materieel is getoetst.⁵³ Deze ontwikkeling valt samen met de groei die het algemene verbintenissenrecht heeft doorgemaakt.⁵⁴ Door die ontwikkeling wordt de precontractuele fase beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid.⁵⁵ De proeftijd kan naar mijn mening in feite worden gezien als een verlengstuk van de precontractuele fase. Een contractueel verlengstuk welteverstaan, waarop de regels van het algemene verbintenissenrecht, waaruit het arbeidsrecht voortvloeit, van toepassing zijn. Anders dan in de fase van werving en selectie, speelt in de proeftijdfase het beginsel van de contractsvrijheid geen rol meer. Hier gaat het om de uitoefening van de contractuele bevoegdheid om een arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang op te zeggen. Bij de toepassing van deze bevoegdheid dienen de beginselen van redelijkheid en billijkheid in acht te worden genomen (art. 1374 lid 3 (oud) BW. Zie voorts art. 6:2 jo. 6:248 lid 1 jo. art. 7:611 BW).⁵⁶ Dit verschil in positie verklaart dan ook de relatief betere rechtspositie van de proeftijdwerknemer ten opzichte van die van de sollicitant.⁵⁷

De wetgever zag zich door de snel wijzigende maatschappelijke verhoudingen genoodzaakt om vage normen in de wet te introduceren, waardoor de rechter zich steeds meer voor de taak zag gesteld aan deze vage normen op grond van de concrete feiten en omstandigheden invulling te geven.⁵⁸ Zo ziet de lagere rechtspraak zich met enige regelmaat genoodzaakt om een proeftijdontslag inhoudelijk te toetsen.

Uit de rechtspraak blijkt dat een aantal rechters het proeftijdontslag onzorgvuldig oordeelden in het geval de werkgever het niet of nauwelijks tot een feitelijke proefneming liet komen.⁵⁹ In sommige gevallen wordt het proeftijdontslag in strijd met goed werkgeverschap aangemerkt als er geen enkele relatie bestaat tussen de ontslagreden en de beoordeling van de geschiktheid tot het verrichten van de functie.⁶⁰

52 Zie o.a. Ktr. Enschede 27 oktober 1999, *Prg.* 1999, 5383, Ktr. Amsterdam 10 januari 1996, *Prg.* 1997, 4689 en Ktr. Alphen aan den Rijn 29 februari 2000, *Prg.* 2000, 3303.

53 Zie in dit verband ook G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Alphen aan den Rijn 1999, p. 103. Zie ook E.J. Molemans en C.J. Loonstra, 'Proeftijdbeding: stand van zaken 2003-2008 (2) Materiële aspecten', *ArbeidsRecht* 2008/11, p. 8.

54 G.C. Boot, 'Rechterlijke toetsing van ontslag in de proeftijd', *SR* 1991, 2, p. 40.

55 HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*) m.nt. LEHR. Zie voorts HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 (*Plas/Valburg*).

56 T. van Peijpe, 'Het nieuwe vermogensrecht en de arbeidsovereenkomst' in: P.F. van der Heijden (red.), *Arbeidsovereenkomst en algemeen Vermogensrecht*, Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht, Preadvies, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 38.

57 Zie ook de grafieken a (§ 17.2.1), b (§ 17.6) en d (§ 17.7) in dit boek.

58 M.G. Rood, 'Over de goede werkgever en de goede werknemer', *SMA* 1982, p. 498-507.

59 Zie o.a. Ktr. Amsterdam 10 januari 1996, *Prg.* 1997, 4689 (*Van Lingen/Biekman*), Ktr. Amsterdam 13 augustus 1998, *NJ* 1999, 19 (*Spiering/De Natuurwinkel*), Ktr. Alphen a.d. Rijn 29 februari 2000, *Prg.* 2000, 3303 en Pres. Rb. Haarlem 7 april 2000, *JAR* 2000/88 (*Ponssen/Publipress*) en Hof 's-Hertogenbosch 2 maart 2004, *JAR* 2007/70, *RAR* 2007/52 (*Interplanet*).

60 Zie o.a. Ktr. Schiedam 22 juli 2003, *JAR* 2004/22 (*Voorwald/Mennens*). In deze zaak werd de arbeidsovereenkomst aan het einde van de proeftijd beëindigd, omdat er geen werk meer voorhanden was.

Enkele jaren nadat deze ontwikkeling vanuit de lagere rechtspraak was ingezet, oordeelde de Hoge Raad dat een beroep van de werknemer op het verstrijken van de proeftijd in strijd kan zijn met de redelijkheid en billijkheid.⁶¹ Uit het enkele jaren later gewezen Triple P/Tap-arrest⁶² kan worden afgeleid dat proeftijdontslag in strijd kan komen met de beginselen van goed werkgeverschap. De rechtbank had in de casus die tot dit arrest heeft geleid reeds overwogen, dat een ontslag tijdens de proeftijd in strijd kan zijn met goed werkgeverschap en/of een onrechtmatige daad kan opleveren. Daarmee volgde de Hoge Raad zijn advocaat-generaal, mw. mr. C.L. de Vries Lentsch-Kostense, die in haar conclusie het oordeel van de rechtbank had gevolgd dat Triple P tegen de achtergrond van de aan goed werkgeverschap te stellen eisen, in zoverre meer consideratie met haar werknemer Tap had moeten hebben, dat zij hem een redelijke termijn had moeten gunnen tot overdenking van haar concrete aanbod om in plaats van in Engeland in België te gaan werken. Voorts had Triple P haar werknemer dienen te waarschuwen voor de consequenties van het niet accepteren van haar aanbod.

Bouwens⁶³ heeft er terecht op gewezen, dat in het cassatiemiddel niet werd bestreden dat een proeftijdontslag in strijd kan zijn met goed werkgeverschap en/of een onrechtmatige daad kan opleveren. Dit laat evenwel onverlet dat de Hoge Raad, door het oordeel van de rechtbank in cassatie te bevestigen, toetsing van het proeftijdontslag aan de beginselen van goed werkgeverschap mogelijk acht en, anders dan Bouwens, niet de opvatting huldigt dat een dergelijke toetsing in strijd is met het door Bouwens kennelijk veronderstelde gesloten stelsel van het ontslagrecht.

14.5.3 Onrechtmatige daad

Buiten het wettelijk stelsel van ontslagbescherming bestaat er volgens de Hoge Raad slechts bij uitzondering en in beperkte mate ruimte voor een toetsing van het ontslag aan de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW).⁶⁴ In een op 3 december 1999⁶⁵ door de Hoge Raad gewezen arrest deed zich een situatie voor waarin er behoefte bestond om het ontslag, buiten het wettelijk stelsel van ontslagbescherming om, te toetsen aan de eisen van redelijkheid en billijkheid. De werkgever had in de casus die leidde tot dit arrest, bij de ontslagaanvragen van meerdere werknemers foutieve informatie aan de Regionaal Directeur voor de Arbeidsvoorziening (thans: UWV WERKbedrijf) verstrekt over de financiële situatie van de onderneming. Eerst nadat de zesmaandentermijn van artikel 7:683 BW verstreken was, vochten zij primair het ontslag aan. Subsidiair vorderden zij schadevergoeding wegens onrechtmatige daad.

61 HR 27 oktober 1995, JAR 1995/254 (*Den Haan/The Box Fashion*).

62 HR 10 november 2000, JAR 2000/249 (*Triple P/Tap*).

63 W.H.A.C.M. Bouwens, 'Proeftijdontslag en goed werkgeverschap', *ArA* 2001/2, p. 68-80, HR 10 november 2000, JAR 2000/249 (*Triple P/Tap*).

64 HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257, JAR 1997/248 (*Baijings/Sara Lee*). Zie tevens HR 11 mei 1979, NJ 1979, 441 (*HAL/Van Werkhoven*).

65 HR 3 december 1999, JAR 2000/18 (*Pratt & Whitney/Franssen*).

De Hoge Raad bevestigde in cassatie de uitspraak van de rechtbank die de vordering tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad had toegewezen. De conclusie die hieruit kan worden getrokken, is dat er in uitzonderlijke situaties ruimte is voor toetsing van het ontslag buiten het wettelijk stelsel van ontslagbescherming aan de eisen van redelijkheid en billijkheid. Als aan de voorwaarden voor onrechtmatige daad is voldaan, kan het ontslag als onrechtmatig worden aangemerkt.⁶⁶ Voor het proeftijdontslag geldt naar mijn mening des te meer dat dit onder omstandigheden als onrechtmatig kan worden aangemerkt, nu de werknemer in beginsel ontslagbescherming ontbeert. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn indien de opzegging in strijd is met een discriminatiegrond. Voorts kan opzegging van de arbeidsovereenkomst voor aanvang van de proeftijd als onrechtmatig worden aangemerkt, indien de opzegging is gebaseerd op louter persoonlijke omstandigheden van de werknemer⁶⁷ of op omstandigheden van de zijde van de werkgever die al voor de aanvang van de dienstbetrekking bekend waren.⁶⁸ Blijkens de jurisprudentie kan ook de werving voor een niet-bestaande vacature en aansluitend ontslag tijdens de proeftijd zonder opgaaf van redenen als onrechtmatig worden aangemerkt.⁶⁹ Het Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen (Curaçao) oordeelde een door de werkgever gegeven proeftijdontslag in strijd met de eisen van goed werkgeverschap, doordat de werkgever de arbeidsovereenkomst met de werknemer had beëindigd, zonder hem in de gelegenheid te stellen op de beschuldigingen van werkgever te reageren.⁷⁰

14.5.4 Proeftijdontslag en 'just cause'

Artikel 4 van de ILO Convention 158,⁷¹ een conventie die tot op heden nog niet door Nederland is geratificeerd, eist een geldige reden voor de beëindiging van een dienstverband, die verband houdt met de geschiktheid of het gedrag van de werknemer dan wel gebaseerd is op de vereisten voor het functioneren van de onderneming.

Artikel 9 van Conventie 158 kent een toetsing van ontslag aan *détournement de pouvoir*. Voor het proeftijdontslag schieten we met deze mogelijkheid evenwel niets op, omdat artikel 2 van deze conventie lidstaten de mogelijkheid geeft om werknemers die gedurende de proeftijd werkzaam zijn, geheel of gedeeltelijk van de

66 Zie in dit verband L.H. van den Heuvel (hoofdred.), *Praktijkboek Ontslagrecht* (losbl.), Deventer: Kluwer C.60-16.

67 Ktr. Breda 22 januari 1997, *Prg.* 1997, nr. 4732. In dit geval besloot de werknemer, nadat hij een arbeidsovereenkomst met de nieuwe werkgever had gesloten, om de arbeidsovereenkomst met de oude werkgever voort te zetten toen deze met hem betere arbeidsvoorwaarden was overeengekomen.

68 Ktr. Hilversum 25 februari 1992 en 2 september 1992, *Prg.* 1993, 3835. Zie tevens Ktr. Hilversum 20 maart 2002, *JAR* 2002/84.

69 Pres. Rb. Dordrecht 5 februari 1987, *KG* 1987, 108 (*Bonneuz/Siva*). Zie in dit verband ook C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag 2008, derde druk, p. 401. Anders: W.H.A.C.M. Bouwens, 'Proeftijdontslag en goed werkgeverschap', *ArA* 2001/2, p. 68-80. Zie ook Ktr. Schiedam 22 juli 2003, *JAR* 2004/22 (*Voorwald/Mennens*). In deze zaak werd de arbeidsovereenkomst aan het einde van de proeftijd beëindigd, omdat er geen werk meer voorhanden was.

70 GiEA NA (Curaçao) 3 februari 2006, *RAR* 2007, 59 (*Horvers/AD Caribbean*).

71 International Labour Organization, Termination of Employment Convention 1982 (No. 158). Deze conventie is aangenomen op 22 juni 1982.

bepalingen van deze conventie uit te sluiten. Voorwaarde voor deze uitsluiting is dat de proeftijd van een redelijke duur is. Op grond van het vorenstaande kan worden geconcludeerd dat het proeftijdontslag niet op een 'just cause' in de zin van artikel 4 jo. art.9 van ILO Conventie 158 kan worden getoetst.⁷² Het ontbreken van deze mogelijkheid laat naar mijn mening onverlet, dat het proeftijdontslag kan worden getoetst op strijdigheid met wettelijke of verdragsrechtelijke non-discriminatiebepalingen.⁷³

14.6 Welke toetsingsmogelijkheid verdient de voorkeur?

Aan het instellen van een actie uit onrechtmatige daad zijn beperkingen verbonden ten gevolge van de daaraan verbonden specifieke eisen, zoals schuld, causaliteit, relativiteit et cetera (art. 6:162 BW). Voorts is de kantonrechter, indien een vordering op onrechtmatige daad wordt geënt, niet onbetwist altijd bevoegd. Als de vordering op onrechtmatige daad wordt gebaseerd, kan de schade die de werknemer bij de werkgever in rekening brengt zowel het negatief als het positief contractsbelang betreffen.

Bij een actie die op goed werkgeverschap⁷⁴ is gebaseerd, is steeds de kantonrechter (rechtbank, sector kanton) bevoegd. Bij het instellen van een vordering op grond van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming, worden we geconfronteerd met het gegeven dat vergoeding moet worden gevraagd van het positieve belang: het gederfde inkomen bij de nieuwe werkgever.

Zoals uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt,⁷⁵ kan onder omstandigheden⁷⁶ met succes de nietigheid van het proeftijdontslag op grond van misbruik van bevoegdheid worden ingeroepen. Het vorderen van schadevergoeding is in dat geval het meest praktisch. Zeker als de werknemer inmiddels ander werk heeft gevonden.

Het onder omstandigheden inroepen van de nietigheid⁷⁷ of vernietigbaarheid van het proeftijdontslag, kan echter zinvol zijn om herplaatsing af te dwingen.⁷⁸

72 Zie ook E.G. van Arkel, *A just cause for dismissal in the United States and the Netherlands: a study on the extend of protection against arbitrary dismissal for private-sector employees under American and Dutch law in light of Article 4 of ILO Convention 158*, diss. Erasmus Universiteit, Den Haag 2007. Het proeftijdontslag is evenwel geen onderdeel geweest van haar promotieonderzoek.

73 HR 13 januari 1995, NJ 1995, 430 (Codfried/ISS). Zie voorts ook de artt. 5 en 6 van ILO Convention 158.
74 HR 10 november 2000, JAR 2000/249 (Triple P/Tap).

75 HR 13 januari 1995, NJ 1995, 430, HR 13 januari 1995, JAR 1995/35 (Codfried/ISS).

76 Dat is volgens de Hoge Raad op grond van het Codfried-arrest onder meer het geval indien het proeftijdontslag is gebaseerd op discriminatie.

77 Van nietigheid van het proeftijdontslag op grond van misbruik van ontslagbevoegdheid is sprake indien het ontslag in strijd is met de wet, bijvoorbeeld in geval van discriminatie.

78 Vgl. G.J.J. Heerma van Voss, 'Misbruik van bevoegdheid in het arbeidsrecht, in het bijzonder bij ontslag in de proeftijd', in: *Arbeidsovereenkomst en Algemeen Vermogensrecht*, Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht, Preadvies, Samson H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 74 e.v.

14.7 Geen kennelijke onredelijkheidstoets

Het is niet de bedoeling van de wetgever geweest om het proeftijdontslag op kennelijke onredelijkheid te toetsen.⁷⁹ Zoals hiervoor al is opgemerkt, heeft de rechtspraak deze leemte evenwel herhaaldelijk opgevuld. Zo is uitgemaakt dat het proeftijdontslag in strijd kan zijn met de eisen van goed werkgeverschap of, onder omstandigheden, misbruik van bevoegdheid kan opleveren. Tevens kan het proeftijdontslag onrechtmatig zijn.

Nu het arbeidsrecht vooral beoogt om de werknemer als zwakkere partij te beschermen en er de laatste decennia door de rechtspraak steeds meer invulling is gegeven aan zogenoemde 'vage normen', zoals 'goede trouw' en 'redelijkheid en billijkheid', zou het voor de hand liggen om juist het ontslagrecht niet uit te sluiten van die algemene tendens in het algemene verbintenissenrecht, waaruit het arbeidsrecht bovendien is voortgekomen. Hierdoor kan immers ook wetssystematisch de conclusie worden getrokken dat de regels van het algemeen contractenrecht op het arbeidsrecht in zijn algemeenheid, en daarmee op het ontslagrecht en à fortiori op het ontslag tijdens de proeftijd, toepasselijk zijn.⁸⁰ Het wekt dan ook verbazing dat de wetgever, bij de herziening van het ontslagrecht in 1953, de ter bescherming van de werknemer ingevoerde regeling van het kennelijk onredelijk ontslag niet voor het ontslag tijdens de proeftijd van toepassing heeft verklaard. De Wet op de arbeidsovereenkomst is immers in 1907⁸¹ ingevoerd om de werknemer als economisch zwakkere partij te beschermen. Meer specifiek geldt dat ook voor de regeling van de proeftijd, die werd ingevoerd om te voorkomen dat tussen dezelfde partijen telkens weer een nieuwe proeftijd zou worden aangegaan, om daarmee de wettelijke ontslagbescherming te ontwijken. Bescherming van de werknemer is eveneens de ratio achter de regeling van kennelijk onredelijk ontslag. Een regeling die past bij het in 1953 ingevoerde causale ontslagstelsel.⁸² In mijn ogen heeft de wetgever dan ook bij de wetsherziening van 1953 een onverklaarbare stap in de tijd teruggezet, door het proeftijdontslag van de kennelijke onredelijkheidstoets uit te sluiten. De redengeving van de wetgever voor de uitsluiting van die mogelijkheid, namelijk dat het karakter van de proeftijd zich daartegen zou verzetten omdat tijdens de proeftijd de wettelijke opzegbepalingen niet van toepassing zijn, is naar mijn mening niet steekhoudend. Er is in mijn ogen, in een tijd dat er door de rechtspraak vanuit het algemeen verbintenissenrecht steeds meer invulling wordt gegeven aan vage normen om onrecht te voorkomen, geen enkel valide argument te geven om een kennelijk onredelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd te

79 Dit strookte volgens de minister niet met het karakter van de proeftijd. Zie *MvA*, Bijlage Handelingen II 1951-1952, no. 881, 6, p. 17. Zie voorts M.G. Levenbach, 'Aantekeningen bij het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht', *SMA* 1954, p. 288.

80 Zie in dit verband L.H. van den Heuvel (hoofdred.), *Praktijkboek Ontslagrecht* (losbl.), Deventer: Kluwer C.40-51.

81 Zie Wet op de arbeidsovereenkomst, 13 juli 1907, *Stb.* 1907, 193.

82 Zie in dit verband o.a. L.H. van den Heuvel (hoofdred.), *Praktijkboek Ontslagrecht* (losbl.), Deventer: Kluwer, C.60-11.

rechtvaardigen. Wellicht moet de tijd nu rijp worden geacht voor toetsing van het proeftijdontslag op kennelijke onredelijkheid.

14.8 Aard van de kennelijke onredelijkheidstoets

Bij de wetswijziging van 1953 is het causale ontslagstelsel ingevoerd. Tot het van kracht worden van die wet werd het ontslag alleen getoetst op formele vereisten, zoals het hebben voldaan aan de opzegtermijn et cetera. Sinds de wet van 1953 geldt dat ontslag niet alleen meer op formele vereisten kan worden getoetst, maar dat ook de ontslagreden zelf inhoudelijk kan worden getoetst. De wetgever heeft voor het proeftijdontslag bepaald dat dit niet kan worden getoetst op kennelijke onredelijkheid. Een dergelijke toetsing zou volgens de toenmalige Minister van Justitie in strijd komen met het karakter van de proeftijd, omdat tijdens de proeftijd de wettelijke opzeggeregelingen niet van toepassing zijn.⁸³ Ook wetshistorisch beschouwd liep de wetgever daarmee achter de feiten aan, nu in 1953 het causale ontslagstelsel werd ingevoerd, waardoor het ontslag in het vervolg niet nog slechts op formele voorschriften werd getoetst. Voorts is in de rechtspraak uitgemaakt dat zowel een regelmatige als een onregelmatige opzegging kennelijk onredelijk kan zijn.⁸⁴

De wetgever heeft in eerste instantie met de invoering van het kennelijke onredelijkheids criterium een marginale toetsing van het ontslag willen invoeren. Het was niet de bedoeling van de wetgever dat een rechter het ontslag ten volle zou kunnen toetsen en zich daarmee op de stoel van de werkgever zou kunnen begeven. Minder ernstige vormen van onredelijk handelen vielen niet onder het begrip 'kennelijk onredelijk'.⁸⁵ Na de invoering van belangenafweging in het tweede lid sub b van het wetsartikel kwam gaandeweg een meer volle toetsing van het ontslag tot stand.⁸⁶

Het toepasselijk verklaren van de kennelijke onredelijkheidstoets op het proeftijdontslag versterkt de verbrokkelde en zwakke rechtspositie van de werknemer tijdens de proeftijd. In de praktijk zal het er in dat geval veelal op neerkomen dat het proeftijdontslag marginaal op kennelijke onredelijkheid zal worden getoetst en niet ten volle, nu een belangenafweging als bedoeld in artikel 7:681 lid 2 sub b BW in het geval van proeftijdontslag in beginsel minder in de rede ligt dan bij ontslag buiten de proeftijd. Deze toetsing zou qua uitvoering naar mijn mening overeen moeten komen met de vanuit het bestuursrecht bekende toetsing van overheidshandelen op willekeur.⁸⁷ Deze toetsing vindt in het bestuursrecht marginaal plaats. Het komt erop neer dat wordt getoetst op kennelijke, aperte onredelijkheid.⁸⁸ Wat wel en niet als apert onredelijk moet worden aangemerkt, hangt ook in het bestuursrecht af van de

83 MvA, Bijlage Handelingen II 1951-1952, no. 881, 6, p. 17.

84 HR 29 september 1995, NJ 1996, 90, JAR 1995/232 (Arts/Kuijpers B.V.).

85 M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*, Samson, Alphen aan den Rijn: 1954, p. 49-50.

86 Zie ook HR 1 december 1961, NJ 1962, 78 (Lampe/De Vries).

87 HR 25 februari 1949, NJ 1949, 558 (Doetinchemse woonruimteverordening). Zie voorts artikel 3:4 Algemene wet bestuursrecht.

88 Zie onder andere F.H. van den Burg en G.J.M. Cartigny, *Rechtsbescherming tegen de overheid*, Nijmegen 1985, vijfde druk, p. 110-112.

concrete omstandigheden van het geval.⁸⁹ Dit laatste heeft als voordeel dat de rechter niet snel op de stoel van de werkgever gaat zitten, waardoor de beoordelingsvrijheid van de werkgever over het functioneren van de werknemer tijdens de proeftijd zoveel mogelijk intact blijft.

Een ander voordeel van het van toepassing verklaren van de kennelijke onredelijkheidstoets op het proeftijdontslag is, dat deze toetsingsmogelijkheid een duidelijke basis verschaft voor zowel de inhoudelijke beoordeling van het ontslag als de mogelijkheden tot het verkrijgen van schadevergoeding. De rechter kan de hoogte van de schadevergoeding vaststellen aan de hand van alle omstandigheden van het geval en is niet gehouden om in de beoordeling acht te slaan op de daadwerkelijk ten gevolge van de beëindiging geleden schade. Ook heeft de rechter de mogelijkheid om de werkgever tot herstel van de dienstbetrekking te veroordelen.

De rechter krijgt door het van toepassing verklaren van de kennelijke onredelijkheidstoets in geval van ontslag tijdens de proeftijd kortom een goede maatstaf voor het beoordelen van de beëindiging in handen, met een goed ontwikkeld sanctiepakket. Bovendien is deze wijze van ontslagtoetsing aan te merken als één van de pijlers van het causaal ontslagstelsel.

14.9 Conclusie

De Hoge Raad heeft in het Codfried/ISS-arrest (HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 430) overwogen dat bij een ontslag tijdens de proeftijd sprake kan zijn van misbruik van bevoegdheid, indien moet worden aangenomen dat de opzegging berustte op discriminatie. In het -in een aantal jaren nadien gewezen- Triple P./Tap/arrest (HR 10 november 2000, *JAR* 2000/249) heeft de Hoge Raad bevestigd dat een beroep op de proeftijd in strijd kan komen met de beginselen van goed werkgeverschap. De Hoge Raad heeft door het wijzen van deze twee arresten meer ruimte verschaft voor een materiële toetsing van het ontslag tijdens de proeftijd.

Een vordering uit hoofde van een tijdens de proeftijd gegeven ontslag kan op diverse juridische grondslagen worden gefundeerd. Zo kan het proeftijdontslag onrechtmatig zijn, onder omstandigheden een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst opleveren, en in strijd komen met de eisen van goed werknemerschap of goed werkgeverschap. Ook kan sprake zijn van misbruik van bevoegdheid, bijvoorbeeld als de opzegging op discriminatie berustte. De keuze voor een in te stellen vordering is van belang voor de in te stellen actie. Door het van toepassing verklaren van de kennelijke onredelijkheidstoetsing van artikel 7:681 BW, in geval van proeftijdontslag, wordt in belangrijke mate tegemoetgekomen aan de thans verbrokkelde en zwakke rechtspositie van de werknemer tijdens de proeftijd.

⁸⁹ Zie onder andere F.H. van den Burg en G.J.M. Cartigny, *Rechtsbescherming tegen de overheid*, Nijmegen 1985, vijfde druk, p. 110-112.

Schadevergoeding wegens opzegging tijdens de proeftijd

15.1 Inleiding

Zowel de werknemer als de werkgever kan schade lijden door opzegging door de ander van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd. Nu de proeftijdregeling juist in de wet is opgenomen om partijen de gelegenheid te geven proefondervindelijk met elkaar ervaring op te doen en de arbeidsovereenkomst om die reden tijdens de proeftijd met onmiddellijke ingang kan worden opgezegd, zal onrechtmatigheid van het proeftijdontslag in de praktijk niet snel worden aangenomen. Dit klemmt temeer nu de wetgever ten gevolge van de wetswijziging in 1953 heeft bepaald, dat ontslag tijdens de proeftijd niet kennelijk onredelijk kan zijn. Alhoewel tijdens de proeftijd de voor opzegging geldende bepalingen in beginsel niet van toepassing zijn, impliceert dit niet dat de dienstbetrekking zonder inachtneming van de overige verdragsrechtelijke, wettelijke of contractuele bepalingen mag worden beëindigd. Een dergelijke beëindiging kan als misbruik van bevoegdheid worden aangemerkt. Een proeftijdontslag kan onder omstandigheden ook in strijd zijn met de normen van goed werkgeverschap en aanleiding geven voor het toekennen van schadevergoeding. In dit hoofdstuk zullen de diverse grondslagen voor de toekenning van schadevergoeding bij onrechtmatig proeftijdontslag alsmede verschillende wijzen van schadeberekening aan de orde komen.

15.2 Uitsluiting van toetsing van de opzegging op kennelijk onredelijke beëindiging

Nu de wetgever in 1953¹ het proeftijdontslag van toetsing op kennelijke onredelijkheid heeft uitgesloten, is het formeel gezien niet juist om bij de vaststelling van de omvang van schadevergoeding bij onrechtmatig proeftijdontslag aansluiting te zoeken bij de norm van artikel 7:681 BW. De wetgever heeft de schadevergoeding van artikel 7:681 lid 1 BW bedoeld als tegemoetkoming voor het verlies van de arbeidspplaats. De schadevergoeding moet door de rechter naar billijkheid worden vastgesteld² en kan ook uit de vergoeding van immateriële schade bestaan.³ Alhoewel dat

1 Wet van 17 december 1953, *Stb.* 619.

2 Zie o.a. HR 20 maart 1992, *NJ* 1992, 495 (*Nedlloyd/Bras c.s.*), *JAR* 1992/11.

3 HR 3 september 1993, *NJ* 1993, 715 (*Korzelijs/Houtunie*), *JAR* 1993/223.

niet logisch klinkt, is schade geen voorwaarde voor toekenning van een schadevergoeding naar billijkheid.

In geval van onrechtmatig proeftijdontslag is het moeilijk, zo niet onmogelijk, om de omvang van de schade nauwkeurig te becijferen, nu niet duidelijk kan worden vastgesteld of en zo ja wanneer de arbeidsovereenkomst buiten het geval van aanvechtbaar proeftijdontslag tot een einde zou zijn gekomen. Ook in dat geval ligt het, evenals in het geval van kennelijk onredelijk ontslag, voor de hand dat de rechter de schadevergoeding naar billijkheid vaststelt. Anders dan bij kennelijk onredelijk of onregelmatig ontslag ligt het bij een proeftijdontslag niet voor de hand om herstel van de arbeidsovereenkomst te vorderen. Dat zou immers in strijd zijn met het karakter van de proeftijd, dat het mogelijk maakt om een arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang op te zeggen.

15.3 Uitsluiting van de mogelijkheid tot vordering van herstel van de arbeids-overeenkomst

Herstel van de arbeidsovereenkomst dient te worden aangemerkt als schadevergoeding in natura.⁴ De rechter kan alleen de werkgever die schadeplichtig is geworden volgens artikel 7:677 of 7:681 BW tot herstel van de arbeidsovereenkomst veroordelen (art. 7:682 lid 1 BW). De rechter kan in het vonnis waarin herstel van de arbeidsovereenkomst wordt gelast, bepalen dat de verplichting tot herstel vervalt door betaling van een in het vonnis vastgestelde afkoopsom. Ook de afkoopsom is een vergoeding naar billijkheid. Van onregelmatige opzegging van de arbeidsovereenkomst kan tijdens de proeftijd geen sprake zijn, omdat de wet in dat geval onmiddellijke opzegging toestaat. Zoals in alinea 15.2. reeds aan de orde is gesteld, is proeftijdontslag voorts niet onderworpen aan de toets van artikel 7:681 BW, waardoor de mogelijkheid om herstel van de arbeidsovereenkomst in geval van proeftijdontslag te vorderen rechtens in beginsel is uitgesloten. Een uitzondering hierop is wellicht de mogelijkheid om vernietiging van de rechtshandeling te vragen op grond van misbruik van bevoegdheid, waardoor herstel van de dienstbetrekking mogelijk moet worden geacht.⁵

Indien het rechtens mogelijk zou zijn om na herstel van de arbeidsovereenkomst na proeftijdontslag weer tot een nieuwe arbeidsovereenkomst te komen, zou dat praktisch gezien niet veel uithalen, omdat de arbeidsovereenkomst aansluitend wederom onmiddellijk zou kunnen worden opgezegd. De nieuwe arbeidsovereenkomst dient immers bij herstel van de arbeidsovereenkomst dezelfde inhoud te hebben als de vorige, dus ook een proeftijd. Door de invoering van de Wet Flexibiliteit

⁴ HR 20 maart 1992, NJ 1992, 495 (*Nedlloyd/Bras c.s.*).

⁵ Zie in dit verband G.J.J. Heerma van Voss, *Misbruik van bevoegdheid in het arbeidsrecht, in het bijzonder bij ontslag in de proeftijd*, in: P.F. van der Heijden (red.), *Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht*, Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht, Preadvies, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 62.

en zekerheid⁶ kan de werknemer niet meer worden veroordeeld tot herstel van de arbeidsovereenkomst.

15.4 Diverse toetsingsmogelijkheden leiden tot verschillende acties

Zoals in het vorige hoofdstuk uitvoerig aan de orde is gesteld, kan aanvechtbaar ontslag in de proeftijd vanuit meerdere juridische invalshoeken worden beoordeeld. Welke actie wel of niet kan worden ingesteld, is, zoals in het vervolg van deze alinea aan de orde zal komen, in hoge mate afhankelijk van de juridische grondslag van de vordering. De belangrijkste (basis)normen voor schadevergoeding op grond van aanvechtbaar proeftijdontslag zijn toerekenbare tekortkoming in de nakoming en onrechtmatige daad. De andere normen voor schadevergoeding die in deze paragraaf aan de orde zullen komen, zijn daarvan in meerdere of mindere mate afgeleid. Zo impliceert handelen in strijd met de norm van goed werkgeverschap of goed werknemerschap toerekenbare tekortkoming in de nakoming en is misbruik van (ontslag)bevoegdheid als onrechtmatige daad aan te merken.

15.4.1 Schadevergoeding wegens een toerekenbare tekortkoming in de nakoming

De wet bepaalt dat een proeftijd bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst kan worden overeengekomen. Uit deze bewoordingen blijkt dat de proeftijd een onderdeel is van de arbeidsovereenkomst. Dit heeft tot gevolg dat werkgever en werknemer jegens elkaar toerekenbaar tekort kunnen schieten in de nakoming van de arbeidsovereenkomst indien zij hun wederzijdse verplichtingen tijdens de proeftijd geheel of gedeeltelijk niet nakomen. Gelet op de beoordelingsruimte die de proeftijd partijen vergunt om te beoordelen of zij de arbeidsovereenkomst met elkaar wensen te continueren, zal de werkgever of de werknemer het in de praktijk behoorlijk bont moeten maken wil van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming kunnen worden gesproken. Indien de werkgever of de werknemer tijdens de proeftijd handelt in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW), of de normen van goed werkgeverschap c.q. goed werknemerschap schendt, is sprake van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming.

Het voordeel van deze ruime toepassingsmogelijkheden van het begrip toerekenbare tekortkoming heeft tot gevolg, dat de bij daarbij behorende acties binnen het territorium van het proeftijdontslag worden gebracht. In bijzondere gevallen kan toerekenbare tekortkoming in de nakoming ook een onrechtmatige daad opleveren. Uit de jurisprudentie is het geval bekend van een werkgever die een werknemer voor een niet-bestaande functie had aangenomen en vervolgens tijdens de proeftijd had ontslagen.⁷ Een dergelijk ontslag tijdens de proeftijd levert zowel een toerekenbare tekortkoming in de nakoming als onrechtmatige daad op.

⁶ Wet Flexibiliteit en zekerheid, *Stb.* 1998/300, in werking getreden op 1 januari 1999.

⁷ President Rb. Dordrecht 5 februari 1987, *KG* 1987/108.

Een toerekenbare tekortkoming in de nakoming biedt de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst door de rechter te laten ontbinden. In de praktijk zal naar verwachting nauwelijks behoefte bestaan aan ontbinding van de arbeidsovereenkomst na proeftijdontslag, omdat de arbeidsovereenkomst immers door het ontslag zelf al is geëindigd. Het instellen van een vordering tot nakoming c.q. herstel van de dienstbetrekking ligt evenmin in de rede, omdat in geval van herstel van de dienstbetrekking als de proeftijd nog niet is verstreken, wederom ontslag in de proeftijd kan volgen. In het geval de proeftijd op dat moment al wel is verstreken, kan de werknemer wel degelijk belang hebben bij het instellen van een vordering tot nakoming. Sinds de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid⁸ kan de vordering tot herstel van de dienstbetrekking alleen nog door de werknemer worden ingesteld (art. 7:682 BW).

In de praktijk zal in de meeste gevallen behoefte bestaan aan de mogelijkheid tot het vorderen van aanvullende of vervangende schadevergoeding. Deze vordering kan, zoals het begrip zelf al tot uitdrukking brengt, niet naast een vordering tot nakoming of ontbinding worden ingesteld. Vergoeding van wettelijke rente valt ook onder deze categorie, alsmede vergoeding van vermogensschade in de zin van artikel 6:96 BW. Voorts kan immateriële schadevergoeding worden gevorderd (art. 6:95, jo. art. 6:106 BW). Een actie wegens toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst ligt voor de hand in het geval een werkgever de werknemer reeds voor de feitelijke aanvang van de proeftijd ontslaat.

15.4.2 Schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad

Aan het instellen van een actie uit onrechtmatige daad zijn beperkingen verbonden, ten gevolge van de daaraan verbonden specifieke eisen, zoals schuld, causaliteit, relativiteit et cetera (art. 6:162 BW). Voorts is de kantonrechter, indien een vordering op onrechtmatige daad wordt geënt, niet onbetwist altijd bevoegd. Als de vordering op onrechtmatige daad wordt gebaseerd, kan de schade die de werknemer bij de werkgever in rekening brengt zowel het negatief als het positief contractsbelang betreffen.⁹

Het negatief contractsbelang houdt in dat het bij de oude werkgever gederfde inkomen wordt gevorderd. Vergoeding van het positief contractsbelang impliceert het vorderen van het gederfde inkomen bij de nieuwe werkgever.

Onrechtmatige daad maakt vele acties mogelijk, zoals schadevergoeding in geld, schadevergoeding in een andere vorm, zoals bijvoorbeeld in natura (art. 6:103 BW), een gebod of verbod, of een bevel tot rectificatie.

Uit de jurisprudentie blijkt dat het mogelijk is dat een gedraging naast een toerekenbare tekortkoming in de nakoming tevens een onrechtmatige daad oplevert. Dat is

⁸ Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998/300.

⁹ Zie o.a. HR 10 december 1982, *NJ* 1983, 687 (*Binderen/Kaya*) en HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 (*Plas/Valburg*).

het geval indien de gedraging los van de schending van de verbintenis een onrechtmatige daad oplevert.¹⁰ Misbruik van bevoegdheid kan tevens een onrechtmatige daad vormen.¹¹

15.4.3 Schadevergoeding bij misbruik van bevoegdheid

De Hoge Raad heeft uitgemaakt¹² dat bij een ontslag tijdens de proeftijd sprake kan zijn van misbruik van bevoegdheid, indien moet worden aangenomen dat de opzegging berustte op discriminatie. Door het wijzen van dit arrest heeft de Hoge Raad de deur voor een materiële toetsing van het ontslag tijdens de proeftijd verder geopend.

Met Heerma van Voss¹³ ben ik van mening dat de norm van artikel 3:13 BW concreter is geformuleerd en meer houvast biedt dan de norm van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW) en de plicht om te handelen als goed werkgever en werknemer (art. 7:611 BW). Het artikel geeft immers een enuntiatieve opsomming van gevallen waarin van misbruik van bevoegdheid sprake kan zijn.

Indien sprake is van misbruik van bevoegdheid, kan de werknemer of werkgever schadevergoeding vorderen op grond van onrechtmatige daad. Bij onrechtmatige daad zijn de volgende sancties denkbaar: schadevergoeding in geld (art. 6:95 e.v. BW), schadevergoeding in een andere vorm (art. 6:103 BW), een gebod of bevel, een verbod (art. 3:296 BW), een rectificatie (art. 6:167 en 6:196 BW) en vernietiging van de rechtshandeling (art. 3:49 BW).¹⁴ Indien de werknemer zich beroept op de nietigheid van het proeftijdontslag, is het de vraag of hij daarmee in de praktijk is geholpen, nu een dergelijke declaratoire uitspraak niet in een voorlopige voorzieningenprocedure kan worden gevorderd en de proeftijd in de regel allang verstreken zal zijn als het beroep op de nietigheid zal zijn toegewezen. Ik ben van mening dat het voor de werknemer gunstig kan zijn om zich op de nietigheid van het proeftijdontslag te beroepen. In een dergelijk geval zal er sprake zijn van het herleven van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd, zonder proeftijd, nu na het verstrijken van de eerste proeftijd een tweede proeftijd op grond van de ijzeren proeftijdtheorie niet mogelijk zal zijn.¹⁵

15.4.4 Schadevergoeding op grond van overtreding norm artikel 7:611 BW

Zoals in § 15.4.1. van dit boek al aan de orde kwam, kan schending van de norm van goed werkgeverschap worden beschouwd als een toerekenbare tekortkoming in de

10 HR 9 december 1955, NJ 1956, 157 (*Boogaard/Vesta*).

11 Zie o.a. Hoge Raad 8 november 1996, NJ 1997, 136 (*SKV/Boskovee*).

12 HR 13 januari 1995, JAR 1995/35 (*Codfried/ISS*).

13 Zie in dit verband G.J.J. Heerma van Voss, *Misbruik van bevoegdheid in het arbeidsrecht, in het bijzonder bij ontslag in de proeftijd*, in: P.F. van der Heijden (red.), *Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht*, Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht, Preadvies, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 62.

14 S.D. Lindenberg, *T&C Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2007, artikel 6:162 BW, aant. 6.

15 Zie ook P.F. van der Heijden (red.), *Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht*, Alphen aan den Rijn 1993, p. 75.

nakoming van de arbeidsovereenkomst.¹⁶ De acties die in geval van toerekenbare tekortkoming kunnen worden ingesteld, kunnen derhalve ook bij schending van artikel 7:611 BW worden toegepast. Op grond van de rechtspraak van de Hoge Raad kan schadevergoeding zonodig naast gefixeerde schadevergoeding op grond van artikel 7:677 BW worden toegekend.¹⁷ Het is de vraag of deze combinatie ook mogelijk is indien de actie op toerekenbare tekortkoming in de nakoming wordt gebaseerd, nu hierbij of aanvullende of vervangende schadevergoeding kan worden gevorderd. Nu gefixeerde schadevergoeding, zoals bedoeld in artikel 7:677 BW, als vervangende schadevergoeding dient te worden aangemerkt waarvan de hoogte is gefixeerd, ligt het dogmatisch gezien niet in de rede dat in geval van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming (aanvullende) schadevergoeding naast de bedoelde gefixeerde schadevergoeding kan worden gevorderd.

In geval van overtreding van de norm van goed werkgeverschap kan de werknemer ook loon vorderen.¹⁸ Bij een proeftijdontslag is het evenwel de vraag hoe de looptijd van de arbeidsovereenkomst zo nauwkeurig mogelijk kan worden bepaald als het onrechtmatige proeftijdontslag wordt weggeredeneerd. Uit de praktijk blijkt dat rechters heel verschillend met dit aspect omgaan.¹⁹ Voorts kan veroordeling tot nakoming worden gevorderd (art. 3:296 BW). Het instellen van deze vordering zal in de praktijk weinig zinvol zijn, omdat de arbeidsovereenkomst op dat moment in de regel onherstelbaar verstoord zal zijn. Voorts kan een verklaring voor recht worden gevorderd (artt. 3:302-303 BW).

Praktisch gezien kan het een voordeel zijn om schadevergoeding te vorderen op grond van schending van de eisen van goed werkgeverschap en niet op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW), omdat bij een onrechtmatige daad moet worden voldaan aan de vereisten van dat artikel, zoals bewijs van het causaal verband, van schuld en schade. Bovendien is de kantonrechter (rechtbank, sector kanton), indien een schadevergoeding wordt gevorderd op grond van artikel 7:611 BW, steeds bevoegd, terwijl dit niet zo duidelijk is als de vordering gestoeld is op onrechtmatig handelen.²⁰

16 G.J.J. Heerma van Voss in: Kluwer (losbladig), *Arbeidsovereenkomst*, aantekening 1.6 bij artikel 7:611 BW, p. 13.

17 HR 1 december 1989, NJ 1990, 451 (*Deuss/Holland N.V.*). Zie voorts artikel 6:74 BW.

18 HR 8 april 1994, NJ 1994, 704 (*Agfa/Schoolderman*), JAR 1994/94, Prg. 1994, nr. 4081.

19 Ktr. 's-Gravenhage 1 december 1998, JAR 1999/6 (*Van Pul/Benelux Press*) en Rb. Den Haag 27 oktober 1999, JAR 2000/77 (*Benelux Press/Van Pul*). (Betaling loon over restantlooptijd van arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met eventuele compensatie voor missen contract onbepaalde tijd). President Rb. Haarlem 7 april 2000, KG 2000/239 (*Doorbetaling overeengekomen basissalaris vanaf ontslagdatum tot het tijdstip van indiensttreding elders, aangenomen dat de werknemer zich maximaal inspant*), Ktr. Schiedam 22 juli 2003, JAR 2004/22 (*Voorwald/Mennens*), (Toekenning van vier maandsalarissen verminderd met WW- uitkering dan wel een elders verdiend lager salaris, Hof 's-Hertogenbosch 2 maart 2004, JAR 2007/70, RAR 2007, 52 (*Interplanet/X*), waarbij een 'redelijke' schadevergoeding (€ 10.436,94) werd toegekend.

20 G.C. Boot, 'Rechterlijke toetsing van ontslag in de proeftijd', SR 1991-2, p. 42.

15.4.5 Strijd met de redelijkheid en billijkheid

Bepalingen van dwingend recht kunnen buiten toepassing worden verklaard met een beroep op de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en art. 6:248 BW). De Hoge Raad heeft uitgemaakt,²¹ dat een beroep van de werknemer op een strikte toepassing van de termijn van het proeftijdbeding onder bijzondere omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. Aan die bijzondere omstandigheden moeten, aldus de Hoge Raad in het arrest, hoge eisen worden gesteld.

In het gegeven geval moest de werkgever erop bedacht zijn dat de werknemer tijdige opzegging trachtte te belemmeren. In beginsel verzet het bijzondere karakter van het arbeidsrecht zich niet tegen de toepasselijkheid van de algemene rechtsbeginselen van het vermogensrecht.

Volgens Ingelse²² volgt dit uit het 'regelkarakter' van het arbeidsrecht, alsmede uit de gelaagdheid van de structuur van het BW.²³ Exclusiviteit van de arbeidsrechtelijke regel boven de algemene regels van het vermogensrecht is uitzondering.²⁴

Wat brengt het ons indien een proeftijdontslag naast bijvoorbeeld strijdigheid met de normen van goed werkgever- en werknemerschap in strijd met de redelijkheid en billijkheid wordt verklaard? Volgens Van Peijpe²⁵ houden arbeidsrechtelijke normen een zodanige concretisering van redelijkheid en billijkheid in, dat een beroep op redelijkheid en billijkheid zelden iets extra's zou opleveren. Alhoewel deze zienswijze van Van Peijpe naar mijn mening in zijn algemeenheid recht doet aan de praktijk, is het proeftijdontslag, door de zwakke rechtsbescherming van de werknemer, aan te merken als de uitzondering die de regel bevestigt. Juist wanneer het arbeidsrecht geen specifieke regeling kent, kan er onder omstandigheden in de praktijk behoefte ontstaan aan toepassing van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Wat de redelijkheid en billijkheid eisen, wordt ingekleurd door de omstandigheden van het geval. Bij die inkleuring moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken

21 HR 27 oktober 1995, NJ 1996, 254 en JAR 1995/254 (*Den Haan/The Box Fashion*).

22 P. Ingelse, 'Het nieuwe vermogensrecht en de arbeidsovereenkomst', in: P.F. van der Heijden (red.), *Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht*, Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht, Preadvies, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 12-13.

23 Ingelse verwijst ter ondersteuning van zijn standpunt o.a. naar: C.A. Boukema, *Civiele Samenloop*, diss. Leiden 1966, p. 22; C.J.H. Brunner, *Beginnelsen van Samenloop*, Serie privaatrechtelijke begrippen 7, tweede druk 1984, in het bijzonder 1.4; A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht volgens het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1990, nr. 30 en T. van Peijpe, 'Het nieuwe vermogensrecht en de arbeidsovereenkomst' in: P.F. van der Heijden (red.), *Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht*, Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht, Preadvies, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 12 en 13. Anders: J.H. Nieuwenhuis, *Anders en eender*, introere Leiden, Deventer, 1982 en J. Riphagen in *Ars Aequi* 45 (1996) 11.

24 C.J.H. Brunner, *Beginnelsen van Samenloop*, serie privaatrechtelijke begrippen 7, tweede druk 1984, p. 13 en 14.

25 T. van Peijpe, 'Het nieuwe vermogensrecht en de arbeidsovereenkomst' in: P.F. van der Heijden (red.), *Arbeidsovereenkomst en algemeen Vermogensrecht*, Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht, Preadvies, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 38.

(art. 3:12 BW). De schending van de norm van redelijkheid en billijkheid kan onder omstandigheden wellicht de mogelijkheid verschaffen om de vernietigbaarheid van het proeftijdontslag in te roepen en herstel van de dienstbetrekking te vorderen.

De Hoge Raad²⁶ heeft de regeling van artikel 1639s-u (oud) BW als uitputtend aangemerkt voor het geval een der partijen de dienstbetrekking kennelijk onredelijk heeft doen eindigen, gezien het specifieke toetsingscriterium, de genuanceerde uitwerking van de gevolgen en de korte verjaringstermijn. Om die reden was er volgens de Hoge Raad geen plaats voor toewijzing van de vordering tot herstel van de dienstbetrekking, dat in het gegeven geval op de norm van redelijkheid en billijkheid was gestoeld. In geval van proeftijdontslag heeft de wetgever de kennelijk onredelijk ontslagtoets buiten werking verklaard, waardoor er naar mijn mening à contrario redenerend wel ruimte is voor toetsing van het proeftijdontslag aan de norm van redelijkheid en billijkheid en à fortiori plaats is voor de vordering tot herstel van de dienstbetrekking. Gelet op het karakter van de proeftijd die partijen in beginsel de basis verschaft om aan elkaars kennis en vaardigheden te wennen, ligt het in de praktijk niet voor de hand om herstel van de dienstbetrekking in rechte te vorderen. Bijzondere omstandigheden kunnen wellicht aanleiding zijn om in een specifiek geval wel herstel van de dienstbetrekking te vorderen. Te denken valt aan die situaties waarin de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd wordt beëindigd op gronden die geheel losstaan van het feitelijk functioneren van de werknemer. In andere gevallen ligt het naar mijn mening meer voor de hand om, met een beroep op de nietigheid of vernietigbaarheid van het ontslag, schadevergoeding te vorderen.

15.4.6 Schadevergoeding bij opzegging voor aanvang proeftijd

Volgens de rechtspraak van de Hoge Raad²⁷ kan al van een arbeidsovereenkomst worden gesproken voor de feitelijke aanvang daarvan. Zolang de proeftijd niet is verstreken, kan de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang worden opgezegd. De opzegging van de arbeidsovereenkomst kan reeds voor de feitelijke aanvang van de proeftijd plaatsvinden.²⁸ Ondanks deze ruime bevoegdheid tot opzegging van de arbeidsovereenkomst voor de aanvang van de proeftijd of tijdens de proeftijd, kan van misbruik van (ontslag)bevoegdheid tijdens de proeftijd sprake zijn.²⁹ Ook in de lagere rechtspraak is herhaaldelijk uitgemaakt dat van misbruik van ontslagbevoegdheid onder omstandigheden sprake kan zijn.

Een werknemer solliciteerde vanuit Amerika naar een functie in Nederland. Kort voor zijn feitelijke indiensttreding werd hem medegedeeld dat de aangeboden functie was geannuleerd en van de indiensttreding werd afgezien.

26 HR 11 mei 1979, *NJ* 1979, 441, m.nt. P.A. Stein.; AA 1982, p. 305, m.nt. M.G. Rood (*HAL/Van Werkhoven*).

27 HR 19 oktober 1917, *NJ* 1917, p. 1108.

28 De wetgever heeft dit bepaald bij Wet van 17 december 1953, *Stb.* 619.

29 Dat heeft de Hoge Raad bepaald in een arrest van 13 januari 1995, *NJ* 1995, 430, *JAR* 1995/35 (*Codfried/ISS*). Een dergelijk geval doet zich, aldus de Hoge Raad in dit arrest, voor als de opzegging berust op discriminatie.

Daarop werd de arbeidsovereenkomst door de werkgever tijdens de proeftijd opgezegd. De Kantonrechter Hilversum³⁰ oordeelde opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd op zich mogelijk en niet onrechtmatig, maar achtte het wel onrechtmatig om een aanbod te doen voor indiensttreding en vervolgens, uitsluitend op gronden die de werkgever betreffen, de functie op te heffen en de overeenkomst met gebruikmaking van het proeftijdbeding te beëindigen. Tien jaar later oordeelde de Kantonrechter Hilversum in gelijke zin in het geval van een werkgever, die twee dagen voor aanvang van het dienstverband van de arbeidsovereenkomst afzag vanwege een gebrek aan werk. In dit geval oordeelde de kantonrechter de opzegging tijdens de proeftijd in strijd met goed werkgeverschap.³¹ Een gebrek aan werk werd door de kantonrechter aangemerkt als omstandigheid die binnen de risicosfeer van de werkgever valt.

Uit de lagere rechtspraak van de laatste decennia kan worden geconcludeerd dat het handelen van een werkgever in veel gevallen als strijdig met de eisen van goed werkgeverschap wordt beschouwd of als onrechtmatige daad wordt aangemerkt indien opzegging van de arbeidsovereenkomst voor aanvang van de proeftijd plaatsvindt na een onzorgvuldig verlopen sollicitatieprocedure. Een dergelijke situatie deed zich bijvoorbeeld voor in geval van ontslag tijdens de proeftijd wegens een niet-bestaande functie.³²

De kantonrechter Oud-Beijerland oordeelde het handelen van een werkgever in strijd met de beginselen van goed werkgeverschap doordat deze de mondelinge toezegging van de personeelsfunctionaris tijdens de sollicitatie dat de werkneemster niet op alle zaterdagen behoefde te werken, niet bevestigde.³³ Ook de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever tijdens de proeftijd op de eerste werkdag wegens de financiële situatie waarin de onderneming verkeerde, werd in strijd met de eisen van goed werkgeverschap aangemerkt. Volgens de kantonrechter³⁴ was in dit geval op grond van de door de werkgever genoemde feiten tijdens het sollicitatiegesprek al duidelijk dat er ontslagen vielen te verwachten.

Uit de rechtspraak kan evenwel ook het tegendeel worden afgeleid, namelijk dat proeftijdontslag volgend op een zorgvuldig doorlopen sollicitatieprocedure niet als strijdig met de eisen van goed werkgeverschap of als onrechtmatig wordt aangemerkt. Een sollicitant werd door de werkgever tijdens het sollicitatiegesprek op de noodzaak van het bezit van een veiligheidscertificaat gewezen. Alhoewel de werkgever tijdens de procedure bij de kantonrechter had aangegeven dat het niet-behalen van het betreffende certificaat geen onoverkomelijke barrière was, oordeelde de kantonrechter de opzegging van de arbeidsovereenkomst voor aanvang van de

30 Ktr. Hilversum 25 februari 1992 en 2 september 1992, *Prg.* 1993, 3835.

31 Ktr. Hilversum 20 maart 2002, *JAR* 2002/84.

32 Pres. Rb. Dordrecht 5 februari 1987, *KG* 1987, 108 (ontslag tijdens proeftijd werd als strijdig met de eisen van goed werkgeverschap aangemerkt). Dit handelen kan ook in strijd worden geacht met uitgangspunt 2.1 van de NVP Sollicitatiecode 2009 (ontstaan van de vacature).

33 Ktr. Oud-Beijerland 2 april 2001, *Prg.* 2002, 5815, Rb Dordrecht 19 december 2001, *NJ* 2002, 117.

34 Ktr. Amsterdam 24 maart 2000, *JAR* 2000/91. Dit handelen kan strijdig worden geoordeeld met uitgangspunt 4.3 van de NVP Sollicitatiecode 2009 (inlichtingenplicht werkgever).

proeftijd wegens het niet-behalen van het certificaat, niet in strijd met de eisen van goed werkgeverschap.³⁵

In bovengenoemde situaties kan naar mijn mening de onrechtmatigheid of het handelen in strijd met de eisen van goed werkgeverschap worden weggenomen of verzacht, door het aanbieden van een passende schadevergoeding aan de werknemer.³⁶

De Kantonrechter Breda oordeelde een opzegging door de werknemer van de arbeidsovereenkomst voor aanvang van de proeftijd om redenen die in zijn persoonlijke sfeer lagen, onder de gegeven omstandigheden onrechtmatig.³⁷ De Wolff is van mening dat het door de kantonrechter in dit vonnis aangelegde criterium (de persoonlijke sfeer) te ruim en te vaag is.

Zij wijst erop dat er voor de werknemer legitieme, maar niettemin persoonlijke redenen kunnen zijn om in of kort voor de proeftijd op te zeggen.³⁸

In een soortgelijke situatie oordeelde twee jaar eerder de Kantonrechter Amsterdam.³⁹ Ook in dit geval was er sprake van een werknemer die de arbeidsovereenkomst nog voor de aanvang van de arbeidsovereenkomst (en proeftijd) had opgezegd, nadat hij had besloten om de arbeidsovereenkomst met zijn toenmalige werkgever voort te zetten. De kantonrechter oordeelde dat de werknemer misbruik had gemaakt van de proeftijdontslagbevoegdheid. De kantonrechter veroordeelde de werknemer tot betaling van schadevergoeding, bestaande uit een groot deel van de kosten van een wervings- en selectiebureau en de advertentiekosten. In deze casus besliste de kantonrechter voorts dat de werkgever een deel van de kosten zelf diende te dragen, omdat hij door het bedingen van een proeftijd en een beperkte duur van het contract het risico had genomen dat het dienstverband niet levensvatbaar zou zijn geweest.

De Kantonrechter Arnhem oordeelde in een uitspraak van 13 augustus 2007⁴⁰ de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werknemer tijdens de proeftijd voor aanvang van het dienstverband niet onrechtmatig. Evenmin was hem gebleken van omstandigheden die als misbruik van bevoegdheid in de zin van artikel 3:13 BW zouden kunnen worden aangemerkt. In dit geval was de werknemer een arbeidsovereenkomst aangegaan waarin een proeftijdbeding was opgenomen.

35 Ktr. Roermond 19 juli 2006, *JAR* 2006/202.

36 Zie in dit verband Ktr. Alphen aan den Rijn 17 juni 2008, *JAR* 2009/41.

37 Ktr. Breda 22 januari 1997, *Prg.* 1997, nr. 4732. In dit geval besloot de werknemer, nadat hij een arbeidsovereenkomst met de nieuwe werkgever had gesloten, om de arbeidsovereenkomst met de oude werkgever voort te zetten toen deze met hem betere arbeidsvoorwaarden was overeengekomen. Zie ook Ktr. Nijmegen 19 februari 2010, *JAR* 2010/153. In deze zaak had de werknemer de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd vanwege zijn privésituatie opgezegd. De kantonrechter veroordeelde de werknemer tot terugbetaling van de volledige opleidingskosten ad € 13.000.

38 D.J.B. de Wolff, *Goedwerknemerschap*, Deventer: Kluwer 2007, p. 69. Zie in dezelfde zin ook Ktr. Haarlem 5 januari 2005, *JAR* 2005/123. Zie ook Ktr. Arnhem 13 augustus 2007, *JAR* 2007/236 en Ktr. Amsterdam 26 augustus 2004, *JAR* 2004/263.

39 Ktr. Amsterdam 4 mei 1995, *Prg.* 1995, nr. 4363. Zie tevens Hof 's-Gravenhage 20 februari 2004, *NJ* 2004, 378 (*Appellant/Enraf*).

40 Ktr. Arnhem 13 augustus 2007, *JAR* 2007/236.

Deze arbeidsovereenkomst werd door hem ongeveer veertien dagen voor aanvang van het dienstverband opgezegd, in verband met het accepteren van een baan met betere vooruitzichten. Ten aanzien van de gevorderde schadevergoeding (in dit geval was verzocht om de gemaakte advertentiekosten ad. € 2.667,51 te vergoeden) oordeelde de rechter, dat de werkgever onvoldoende had gesteld om tot de conclusie te kunnen komen dat deze kosten door toedoen van de proeftijdwerknemer nodeloos zouden zijn gemaakt. Dit laatste, aldus de kantonrechter, omdat niet aannemelijk was dat deze specifieke kosten zijn gemaakt met het oog op alleen de proeftijdwerknemer.

Uit de jurisprudentie kan een disbalans worden afgeleid tussen de positie van de werkgever die tijdens de proeftijd voorafgaand voor de aanvang van het dienstverband de arbeidsovereenkomst opzegt, en de werknemer die van diezelfde mogelijkheid gebruikmaakt. In zijn algemeenheid blijkt uit de jurisprudentie dat rechters niet snel aannemen dat werknemers die arbeidsovereenkomsten om uitsluitend persoonlijke redenen voor aanvang van de proeftijd opzeggen, daarmee handelen in strijd met de eisen van goed werknemerschap dan wel daardoor misbruik maken van hun opzegbevoegdheid tijdens de proeftijd.⁴¹ Op zich is dit merkwaardig, omdat zowel voor werkgever als werknemer de plicht geldt om in de (pre)contractuele fase te handelen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid.⁴² Uit het oogpunt van rechtsbescherming van de in de regel zwakkere sollicitant en proeftijdwerknemer is deze benadering in de rechtspraak echter wel begrijpelijk.

Nu de proeftijd naar mijn mening een meervoudig doel heeft, namelijk 'het proeven van de geschiktheid van de werknemer voor de functie, het zich op de hoogte stellen van elkaars hoedanigheden en van de aard van de te verrichten werkzaamheden', mag misbruik van opzeggingsbevoegdheid door de werknemer niet te snel worden aangenomen. In dit verband kan worden verwezen naar een uitspraak van de Kantonrechter Haarlem d.d. 5 januari 2005.⁴³ De kantonrechter oordeelde dat het de werknemer vrij staat de arbeidsovereenkomst op te zeggen zolang de proeftijd nog niet is verstreken. Voorts is van misbruik van bevoegdheid slechts sprake in bijzondere omstandigheden, waarvan de kantonrechter in dat geval niet was gebleken. De Kluiver⁴⁴ noemt als voorbeeld van onderhandelen in strijd met de precontractuele redelijkheid en billijkheid het geval dat men onderhandelt terwijl men niet wenst te contracteren, maar bijvoorbeeld uitsluitend het doel heeft om de andere partij zijn bedrijfsgeheimen te ontfutselen. Verhulp stelt zich op het standpunt dat bij misbruik van opzeggingsbevoegdheid tijdens de proeftijd door de werknemer, de lat hoog moet worden gelegd. Als voorbeeld noemt hij het geval dat de werknemer bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst wist dat hij wegens andere verplichtingen geen inhoud aan de arbeidsovereenkomst zou kunnen geven.⁴⁵ Ook uit de parlementaire

41 Zie ook E.J. Molemans en C.J. Loonstra, 'Proeftijdbeding: stand van zaken 2003-2008 (2) materiële aspecten', *ArbeidsRecht* 2008/11, p. 6.

42 HR 8 april 1994, NJ 1994, 704 (*Agfa/Schoolderman*).

43 Ktr. Haarlem 5 januari 2005, JAR 2005/123. Zie in dezelfde zin HR 12 december 2008, JAR 2009/16 (*Bezo/Verhoeven*), meer in het bijzonder de conclusie van A-G mr. D.W.F. Verkade.

44 Zie in dit verband ook H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 45.

45 E. Verhulp, 'Proeftijd', JAR Verklaard 2005, afl. 2, p. 8.

geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek blijkt dat de rechtspraak met het toepassen van de rechtsfiguur van misbruik van bevoegdheid in eerste instantie tamelijk terughoudend is geweest, in die zin dat misbruik van bevoegdheid beperkt bleef tot gevallen waarin het recht werd uitgeoefend met geen ander doel dan een ander te schaden.⁴⁶

15.4.7 Schadevergoeding bij opzegging na aanvang proeftijd

Als de arbeidsovereenkomst na aanvang van de proeftijd wordt opgezegd, zal de werkgever of de werknemer in de regel niet snel schadeplichtig zijn. De proeftijd is immers bedoeld om partijen proefondervindelijk met elkaar ervaring op te laten doen. De mogelijkheid om tijdens de proeftijd de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang op te zeggen, sluit daarbij aan. Toch zijn er gevallen denkbaar, waarbij wel tot schadeplichtigheid van de werkgever of de werknemer kan worden geconcludeerd. Van een dergelijke situatie zou bijvoorbeeld sprake kunnen zijn indien de opzegging berustte op discriminatie.⁴⁷ In dat geval kan de werknemer of de werkgever schadevergoeding vorderen op grond van onrechtmatige daad. Ook andere vormen van schadevergoeding kunnen op onrechtmatige daad worden geënt.⁴⁸

De rode draad die uit de rechtspraak kan worden afgeleid, is dat de werkgever de werknemer na aanvang van de proeftijd wel in redelijkheid de tijd moet hebben gegeven alvorens zich een oordeel te vormen over de geschiktheid van de werknemer voor de bedongen arbeid. Dat is niet het geval als de werknemer reeds zeer korte tijd na aanvang van de proeftijd wordt ontslagen. In dat geval kan de opzegging tijdens de proeftijd in strijd komen met de eisen van goed werkgeverschap. Een goed voorbeeld van een dergelijke situatie is de uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 2 maart 2004.⁴⁹ In dit geval werd de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd opgezegd nadat de werknemer slechts één uur te werk was gesteld. Uit de rechtspraak blijkt voorts dat ook motieven die niets met de arbeidsovereenkomst zelf hebben uit te staan of die al voor het aangaan van het dienstverband bekend waren, zoals bijvoorbeeld een slechte financiële situatie, rechters tot de conclusie leiden dat opzegging van de arbeidsovereenkomst kort na de aanvang van de proeftijd in strijd is met de eisen van goed werkgeverschap.⁵⁰

46 W.H. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1990, p. 1032. Zie voorts HR 13 maart 1936, NJ 1936, 415 (PS) (*Berg en Dalse Watertoren I*) en HR 2 april 1937, NJ 1937, 639 (*Berg en Dalse Watertoren II*). Zie voorts G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Alphen aan den Rijn 1993, p. 43 e.v., die zuiverheid van oogmerk als een van de beginselen van goed werkgeverschap noemt.

47 HR 13 januari 1995, JAR 1995/35 (*Codfried/ISS*).

48 Zie bijvoorbeeld de in de artikelen 6:103, 6:167, 6:196 en art. 3:296 BW opgenomen acties.

49 Hof 's-Hertogenbosch 2 maart 2004, JAR 2007/70, RAR 2007, 52. Zie in gelijke zin Ktr. Amsterdam 10 januari 1996, Prg. 1997/4689. In dat geval was sprake van opzegging tijdens de tweede werkdag. Zie voorts ook Ktr. Amsterdam 13 augustus 1998, NJ 1999, 19.

50 Zie in dit verband Ktr. Amsterdam 24 maart 2000, JAR 2000, 91. Zie ook Ktr. Schiedam 22 juli 2003, JAR 2004/22 (*Voorwald/Mennens*).

Ook buiten het geval van opzegging tijdens de proeftijd die op discriminatie berust, kan sprake zijn van proeftijdontslag dat schadeplichtig maakt. Bijvoorbeeld als het proeftijdontslag in strijd is met de normen van goed werkgeverschap,⁵¹ of wanneer het ontslag tevens als onrechtmatige daad kan worden aangemerkt.

Een werknemer die het dienstverband tijdens de proeftijd (dus zowel voor als na aanvang van de proeftijd) opzegt, krijgt meestal geen WW-uitkering. Het UWV stelt zich hierbij meestal op het standpunt, dat het besluit van de werknemer om zijn vorige baan op te zeggen te lichtvaardig is genomen. Uit de rechtspraak blijkt evenwel dat de soep in dit opzicht niet altijd zo heet wordt gegeten als zij wordt opgediend. Een werkneemster was in dienst bij een bedrijf in Gelderland. De werkgever maakte bekend dat het bedrijf zou gaan verhuizen. Hierdoor zou de reistijd voor de werkneemster ruim drie uur per dag gaan bedragen en daarmee aanzienlijk toenemen. Nu de werkneemster hier niets voor voelde, ging zij op zoek naar een andere baan. Na indiensttreding bij de nieuwe werkgever werd zij tijdens de proeftijd ontslagen. Het UWV weigerde vervolgens een WW-uitkering aan de werkneemster. De uitkeringsinstantie stelde zich daarbij op het standpunt dat de reisafstand na de verhuizing voor de werkneemster overbrugbaar zou zijn. In beroep oordeelde de Centrale Raad van Beroep dat de werkneemster goede redenen had voor het opzeggen van haar oude dienstverband. Om die reden vernietigde de Centrale Raad van Beroep de beslissing van het UWV en verkreeg de werkneemster alsnog het recht op een WW-uitkering.⁵²

Uit de toelichting van het UWV op de Wet wijziging WW-stelsel blijkt, dat voor de beoordeling van de verwijtbaarheid van de proeftijdontslagnemering door de werknemer nog steeds de norm geldt van artikel 24 lid 2 onder b BW.⁵³ Dit houdt in dat beoordeeld moet worden of voorzetting van de dienstbetrekking van de werknemer te vergen is geweest.

Ik ben van mening dat een werknemer wegens het gevaar van weigering van een WW-uitkering door het UWV, onaanvaardbaar wordt belemmerd in zijn wettelijke bevoegdheid om tijdens de proeftijd de arbeidsovereenkomst om hem moverende redenen met onmiddellijke ingang op te zeggen (art. 7:676 lid 1 BW).

15.5 Conclusie

In geval van aanvechtbaar proeftijdontslag staat de werkgever of de werknemer een groot arsenaal aan acties ter beschikking. In veel gevallen zal het vorderen van schadevergoeding uiteindelijk het meest voor de hand liggen. In de wijze van schadeberekening is, na raadpleging van de rechtspraak, weinig lijn te ontdekken, nu de schade bij aanvechtbaar proeftijdontslag niet of nauwelijks kan worden geconcretiseerd.

⁵¹ HR 10 november 2000, JAR 2000/249 (*Triple P/Tap*).

⁵² Centrale Raad van Beroep 20 april 2005, gepubliceerd op 26 mei 2005, LJN: AT6119.

⁵³ Toelichting van de voorzitter van de Raad van Bestuur UWV d.d. 26 september 2006, § 1. Zie voorts de Wet wijziging WW-stelsel, *Stb.* 2006, 303, in werking getreden per 1 oktober 2006.

Bij schending van de norm van redelijkheid en billijkheid kan wellicht onder omstandigheden de vernietigbaarheid van het proeftijdontslag worden ingeroepen en herstel van de dienstbetrekking worden gevorderd. Ook bestaat de mogelijkheid om zich in geval van misbruik van (ontslag)bevoegdheid tijdens de proeftijd te beroepen op de nietigheid van het proeftijdontslag. In de praktijk zal evenwel het vorderen van schadevergoeding de meest voorkomende actie zijn.

Het proeftijdbeding naar Duits recht

16.1 Inleiding

De 'Probezeit' heeft tot doel om werkgever en werknemer de mogelijkheid te geven om zowel het werk als elkaar als contractspartijen te toetsen op een eventuele duurzame samenwerking.

Duitsland kent geen wettelijke regeling van de proeftijd. Een uitzondering geldt voor de proeftijd die in het kader van een beroepsopleiding ('*Berufsausbildung*') wordt aangegaan. De proeftijd moet worden onderscheiden van een zogenoemde '*Einfühlungsverhältnis*'. Hierbij kan een sollicitant onverplicht een werkplek leren kennen, zonder dat er op dat moment reeds een arbeidsovereenkomst bestaat. De proeftijd kent in Duitsland twee varianten, de voorgeschakelde proeftijd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ('*unbefristetes Dauerarbeitsvertrag mit vorgeschalteter Probezeit*') en de arbeidsovereenkomst voor een proeftijd ('*befristetes Probearbeitsverhältnis*'). Welbeschouwd is de '*Probearbeitsverhältnis*' niet als een proeftijd aan te merken. De 'vorgeschaltete Probezeit' en het 'befristetes Probearbeitsverhältnis' kunnen, afgezien van de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst op grond van *Ausserordentliche Kündigung* (§ 626 BGB) te beëindigen, niet met onmiddellijke ingang worden opgezegd. Ontslagbescherming geldt bij de Duitse proeftijd die deel uitmaakt van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en langer duurt dan zes maanden. Ook met name door dit laatste aspect is het van belang om de regeling van de proeftijd zoals die in Duitsland geldt, te onderzoeken.

In dit hoofdstuk zal nader worden ingegaan op diverse aspecten van de Duitse proeftijd, zoals de daaraan te stellen geldigheidsvereisten, de duur van de proeftijd, de tijdens de proeftijd geldende ontslagbescherming et cetera. Tot slot zal worden ingegaan op de voor- en nadelen van het proeftijdbeding en de regeling van het proeftijdontslag naar Duits recht.

16.2 Vorm- en geldigheidsaspecten van de proeftijd

Het Duitse recht stelt -op straffe van nietigheid- de eis dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (befristetes Probearbeitsverhältnis) schriftelijk (§14 Abs. 4 TzBfG) moet worden aangegaan. De beperking van de arbeidsovereenkomst in de tijd is naar

Duits recht toegestaan als voor de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een zakelijke grond wordt opgevoerd (§ 14 TzBfG).¹

De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan zich naar Duits recht in twee gedaanten voordoen. De eerste is de tijdelijke arbeidsovereenkomst op een zakelijke grond, die niet in tijd is beperkt en komt te vervallen op het moment dat de zakelijke grond is opgehouden te bestaan (§14 Abs. 1 TzBfG). De tweede is de arbeidsovereenkomst die op grond van wilsovereenstemming van partijen voor bepaalde tijd is aangegaan. Bij deze variant kan een tijdelijke arbeidsovereenkomst worden gesloten die maximaal drie keer kan worden verlengd, met een totale looptijd van twee jaar (§ 14 Abs. 2 TzBfG).² Als zich bij de eerste variant de zakelijke grond voor de 'Befristung' niet voordoet, bijvoorbeeld in geval van het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor de duur van een proeftijd wegens zwangerschap, kan sprake zijn van misbruik van recht.³ Proefneming tijdens de proeftijd is als zakelijke grond geaccepteerd als het een eerste proeftijd betreft (§ 14 Abs. 1 nr. 5 TzBfG).

Voor het bewijs van het bestaan van een proeftijd in het kader van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (unbefristetes Dauerarbeitsvertrag mit vorgeschalteter Probezeit) is voldoende dat uit de omstandigheden blijkt dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan met het doel om proef te nemen. Het is voor de werking van de proeftijd dan ook niet nodig dat deze tussen partijen is overeengekomen.⁴ Voldoende is dat de proeftijd uit de omstandigheden blijkt.⁵ De rechtspraak stelt daarentegen strenge eisen aan het bewijs van het overeengekomen zijn van een proeftijd als arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (befristetes Probearbeitsverhältnis). Uit de arbeidsovereenkomst moet uitdrukkelijk en eenduidig blijken dat deze voor bepaalde tijd is aangegaan met het doel om proef te nemen.⁶ Daarenboven moet het doel van de proeftijd in een redelijke verhouding staan tot de duur daarvan.⁷ Gelet op deze strenge eisen is het aan te bevelen om dit doel schriftelijk in de arbeidsovereenkomst vast te leggen. Dit geldt temeer nu de werkgever het bewijs draagt van de omstandigheid dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met het doel van proefneming werd aangegaan (§ 2 Nachweisgesetz).⁸

1 Dit artikel kent ook mogelijkheden tot het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, zoals bijvoorbeeld het 'zeitlich befristetes Arbeitsvertrag'. Het Teilzeit- und Befristungsgesetz is op 21 december 2000 ingevoerd (BGBl. 1 s 1966).

2 In ondernemingen waarin in de regel meer dan twintig voor de Betriebsrat kiesgerechtigde werknemers werkzaam zijn, heeft de Betriebsrat (OR) het recht op informatie aangaande de voorgenomen aanstelling (§ 99 Abs. 1 BetrVG).

3 BAG 163 1989, NZA 89, 719.

4 Urteil Bundesarbeitsgericht 23 juni 2004, 7 AZR 636/03.

5 H.J. Bauscke, 'Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch auflösende Bedingung oder Zweckbefristung', BB 1993, p. 2523.

6 LAG Düsseldorf DB 1965, 1862; Arbeitsgericht Frankfurt NJW81, 2832. Zie voorts BAG 23.6.2004 NZA 2004. 1333, 1334.

7 BAG 30.9.81, DB 82, 436.

8 Het 'Nachweisgesetz' (BGBl. I S.946) is op 28 juli 1995 in werking getreden en laatstelijk gewijzigd bij wet van 13 juli 2001 (BGBl. I S.1542).

Punt van discussie is of in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (bepaalde Probearbeitsverhältnis) een 'Probezeit' -eenzijdig- kan worden opgenomen, waardoor gebruik zou kunnen worden gemaakt van de korte opzegtermijn van § 622 Abs. 3 BGB. In de literatuur wordt betoogd dat deze constructie in strijd is met de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever.⁹

Wel bestaat de mogelijkheid voor partijen om een proeftijd in het kader van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd overeen te komen. In dat geval dient deze proeftijd in een schriftelijke arbeidsovereenkomst te worden vastgelegd.

Indien de partij die zich op het bestaan van de proefarbeidsovereenkomst beroept -meestal is dit de werkgever-¹⁰ niet in het bewijs daarvan slaagt, wordt een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangenomen waarin een proeftijd is opgenomen (vorgeschaltete Probezeit).¹¹

In principe kan de proeftijd vormvrij worden aangegaan. Wel is het voorgeschreven dat de ondernemingsraad ervan op de hoogte wordt gesteld (§ 99 BetrVG). Om te voorkomen dat een bewijsprobleem ontstaat over het bestaan van de proeftijd, zoals zich ook in Nederland voor de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid heeft voorgedaan, zou het naar mijn mening ook voor het Duitse systeem van de proeftijd raadzaam zijn om de schriftelijke vorm als geldigheidsvereiste voor de proeftijd in de wet op te nemen.

16.3 De duur van de proeftijd

Afhankelijk van de zwaarte van de functie kan de duur van de proeftijd naar Duits recht variëren.¹² Als de werknemer reeds eerder bij de werkgever werkzaam was, begint de proeftijd -voor nieuw op te dragen werkzaamheden- reeds te lopen vanaf het begin van het dienstverband.¹³ Er bestaat geen wettelijk voorgeschreven minimumduur.¹⁴ De maximale duur bedraagt in beginsel zes maanden (§ 622, Abs. 3 BGB). Voor leerlingen is een proeftijd dwingendrechtelijk voorgeschreven. Voor hen bestaan er wettelijk voorgeschreven proeftermijnen, te weten minimaal één maand (§ 20 BBiG ('Berufsbildungsgesetz')) en maximaal vier maanden. Het overeenkomen van een kortere of langere proeftijd is voor leerlingen in het kader van het leerlingwezen ('Berufsausbildung') niet toegestaan (§ 20 BBiG). Voorts kunnen leerlingen van het ene op het andere moment worden opgezegd, dat wil zeggen zonder inachtneming van een opzegtermijn (§ 22 Abs. 1 BBiG).

9 PT-DRS.12/4902, S.9.

10 Zie ook LAG Düsseldorf 18.6.76, EzA Nr. 3 zu § 611 BGB Probearbeitsverhältnis.

11 BAG 29 juli 1958, DB 59, 147. Zie ook BAG 30.9.1981, AP BGB § 620 befristetes Arbeitsvertrag Nr. 61. Zie voorts Küttner, Personalbuch, 16. Auflage 2009, Rn. 3.

12 Hierbij moet worden voldaan aan het evenredigheidsbeginsel, zie BAG AP Nr. 26 zu § 620 BGB.

13 BAG AP 1 zu § 5 BAT EzA 5 zu § 611 BGB (Probearbeitsverhältnis).

14 Een uitzondering geldt voor 'Auszubildenden'. Voor hen bedraagt de proeftijd minimaal één maand (zie § 20 S. 2, BBiG, 2005 (Berufsbildungsgesetz)). Het 'Berufsbildungsgesetz' is opnieuw vastgesteld bij wet van 23 maart 2005 (BGBl.I S.931) en op 1 april 2005 in werking getreden. Het is laatstelijk gewijzigd bij wet van 21 december 2008 (BGBl.I S.2917).

Uit de praktijk blijkt dat bij eenvoudige werkzaamheden vaak een proeftijd van drie tot vier maanden wordt bedongen. Als ingewikkelde taken moeten worden verricht, zoals bij musici, toneelspelers of wetenschappers, geldt een termijn van zes tot negen maanden (§ 20 BBiG).¹⁵ Na afloop van de proeftijd die in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is opgenomen (*unbefristetes Dauerarbeitsvertrag mit vorgeschalteter Probezeit*), kan de arbeidsovereenkomst, als deze tenminste niet tijdens de proeftijd werd opgezegd, in een ‘normale’ arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd overgaan.¹⁶

Als een proeftijd voor een kortere periode dan drie maanden wordt gesloten, heeft dit niet tot gevolg dat dan na afloop van de proeftijd de wettelijke ontslagbescherming (*Kündigungsschutz*) ingaat. Dit kan wel het geval zijn als dit uitdrukkelijk tussen partijen is overeengekomen.¹⁷

Indien een proeftijd langer duurt dan zes maanden, geniet de werknemer tijdens de proeftijd na verloop van die zes maanden de normale ontslagbescherming op grond van het zogenoemde ‘*Kündigungsschutzgesetz*’ en gelden de opzegtermijnen voor ‘gewoon’ ontslag (*ordentliche Kündigung*) (§ 622 Abs. 3 BGB). In dat geval geldt in beginsel de algemene opzegtermijn van vier weken (*‘allgemeine Grundkündigungsfrist’*) (§ 622 Abs. 1 BGB).¹⁸

Een ijzeren proeftijd kennen onze oosterburen niet. Bij een proeftijd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (*vorgeschaltete Probezeit*) kan zelfs nog op de laatste dag van de proeftijd ontslag worden aangezegd, met inachtneming van de tijdens de proeftijd geldende opzegtermijn van twee weken. Deze opzegtermijn geldt ook indien partijen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst hierin geen opzegtermijn hebben opgenomen. In dat geval valt de ontslagdatum buiten de proeftijd, zonder dat daardoor de arbeidsovereenkomst na het verstrijken van de proeftijd voor bepaalde of onbepaalde tijd voortduurt.¹⁹ Bovendien is in Duitsland, anders dan in Nederland, een proeftijd die voor een periode van langer dan zes maanden werd overeengekomen niet ongeldig. De enige consequentie van het overeenkomen van een langere proeftijd dan wettelijk maximaal is toegestaan, is dat de normale ontslagbescherming na het verstrijken van de maximumduur van de proeftijd gaat gelden (§ 1 Abs. 1 *Kündigungsschutzgesetz*). De proeftijd is in dat geval daardoor feitelijk onwerkzaam.

15 Zie ook BAG 12.9.1996 NZA 1997, 841f, proeftijd van achttien maanden toegestaan bij een dirigent. Zie voorts BAG 31.8.1994 AP BGB § 620, proeftijd van één jaar toegestaan bij een ondergekwalficeerde leraar.

16 Preis/Kliemt, Das Probearbeitsverhältnis, AR-Blattei, SD 1270 Rn. 14 ff.; G. Schaub, *Arbeitsrecht Handbuch*, systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 13. neubearbeitete Auflage, C.H. Beck, Verlag München 2009, § 41 Rn. 4.

17 Arbeitsgericht Frankfurt/Mein Az.: 6 Ca 6950/00.

18 Voor zwangere werknemers geldt vanaf de aanvang van de arbeidsovereenkomst een bijzondere ontslagbescherming (§ 9 Abs. 1 Musch 6). Zie ook § 16.5 van dit boek.

19 BAG AP 1 zu § 53 BAT; AP 30 zu § 133 BGB; LAG Niedersachsen ARS t. 1966, 59; LAG Baden-Württemberg BB 63, 349.

Bij een proeftijd die is opgenomen in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (een 'vorgeschnittener Probezeit') geldt een minimale opzegtermijn van twee weken. Bij cao ('Tarifvertrag') kunnen afwijkende opzegtermijnen worden overeengekomen. Deze afwijking is alleen bij cao toegestaan (§ 622 Abs. 4 BGB). In dat geval gelden er geen minimale of maximale opzegtermijnen, waardoor zelfs een onmiddellijke opzegging kan worden overeengekomen.²⁰ Indien in een individueel arbeidscontract, buiten de genoemde mogelijkheid van afwijking bij cao, een kortere opzegtermijn is overeengekomen dan veertien dagen, is deze ongeldig (§ 622 Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 S. 2 BGB). Bij een proeftijd in de variant van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (een befristetes Probearbeitsverhältnis), met een niet langere duur dan zes maanden, geldt geen opzegtermijn. Deze arbeidsovereenkomst eindigt door simpel tijdsverloop (§ 15 Abs. 1 TzBfG en § 620 Abs. 1 BGB). Een plicht tot verlenging van de arbeidsovereenkomst heeft de werkgever niet, ook niet als de werknemer tijdens de 'Probearbeitsverhältnis' goed heeft gefunctioneerd.²¹ Een uitzondering op deze hoofdregel kan zich voordoen als de werknemer, op grond van gedragingen van de werkgever, erop mocht vertrouwen dat de arbeidsovereenkomst na afloop van de proeftijd zou worden voortgezet.²² Om te vermijden dat dit vertrouwen ontstaat, verdient het aanbeveling dat de werkgever de werknemer erop attendeert dat een verlenging van het dienstverband na het verstrijken van de bepaalde tijd niet is beoogd ('nicht Verlängerungsanzeige'), (§ 15 II TzBfG). Indien zich een gewichtige reden ('wichtige Grund') (§ 626 BGB) voordoet, kan de proefarbeidsovereenkomst tussentijds worden beëindigd op grond van 'ausserordentliche Kündigung'.²³ Bij deze opzegmogelijkheid dient de werkgever de arbeidsovereenkomst binnen twee weken na ontdekking van de gewichtige reden te beëindigen.²⁴

Het enkel slecht functioneren van de werknemer tijdens de proeftijd wordt volgens de rechtspraak niet als voldoende gewichtige reden aangemerkt om te komen tot beëindiging van het dienstverband tijdens de proeftijd.²⁵ Een uitzondering hierop doet zich voor als de werknemer voor de functie totaal ongeschikt is, met het doel om verdere schade te voorkomen. Tussentijdse beëindiging van de proefarbeidsovereenkomst is ook mogelijk als dit uitdrukkelijk tussen partijen is overeengekomen.²⁶ Als de werknemer al eerder bij de werkgever heeft gewerkt, begint de proeftijd bij aanvang van het dienstverband.²⁷

De proeftijd kan naar Duits recht niet worden verlengd met de tijd dat hij ten gevolge van bijvoorbeeld ziekte of vakantie feitelijk is onderbroken. In de praktijk zou dit voor de werkgever zuur kunnen uitpakken indien de pas aangetreden werknemer tijdens

20 Stahlhacke/Preis/Vossen Rz 402.

21 BAG 8.3. 1962 AP 22 zu § 620 BGB Befristetes Arbeitsvertrag.

22 s. Rz-45 sowie BAG, 26.8.1999, AP Nr. 202 zu § 620 BGB Befristetes Arbeitsvertrag.

23 BAG AP Nr. 16, 23 zu § 620; BAG AP Nr. 3 zu § 620 BGB.

24 § 626 Abs. 2 BGB.

25 BAG 10.5.71, DB 71, 1820, LAG München v.15.7.1975 DB 1975, 1756; LAG Frankfurt aM v. 5.2.1987, BB 87, 1672.

26 BAG AP Nr. 55 zu § 620; Gaul 1986, p. 105; Bemm e.a. 1997, p. 41.

27 BAG AP Nr. I zu § BAT. Zie ook G. Schaub, *Arbeitsrecht Handbuch*, systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 13. neubearbeitete Auflage, C.H. Beck, Verlag München 2009, p. 321.

de proeftijd voor langere tijd vakantie opneemt. Om te voorkomen dat op deze wijze de feitelijke proefneming geen doorgang vindt, is in het Duitse recht bepaald dat opname van de volledige jaarlijkse opbouw van vakantiedagen pas kan plaatsvinden nadat de arbeidsovereenkomst zes maanden heeft bestaan, tenzij partijen anders zijn overeengekomen.

Schaub²⁸ merkt op dat de beantwoording van de vraag of de proeftijd door de onderbreking van de werkzaamheden door de werknemer wordt verlengd, afhangt van de uitleg die in een concreet geval aan de tussen partijen overeengekomen proeftijd wordt gegeven. Naar zijn mening wordt een proeftijd in zijn algemeenheid niet door kortdurend ziekteverzuim onderbroken.²⁹ Hij voegt daaraan toe dat ook bij langdurig ziekteverzuim een verlenging van de proeftijd voor de duur van de onderbreking niet in de rede ligt, omdat, ook als verlenging mogelijk zou worden geacht, de werkgever desondanks kan opzeggen. Als wij evenwel terugkeren naar de grondgedachte achter de proeftijd naar Duits recht, waarbij als doel voor de proeftijd van een daadwerkelijke proefneming wordt uitgegaan, ligt een verlenging van de proeftijd naar mijn mening in geval van relatief langdurig ziekteverzuim met de tijd van de onderbreking voor de hand.³⁰

Het argument van Schaub dat de werkgever ook bij verlenging van de proeftijd kan opzeggen, acht ik niet van doorslaggevende betekenis, omdat deze mogelijkheid inherent is aan het fenomeen proeftijd. Ook Kania³¹ huldigt de mening van Schaub, onder verwijzing naar het doel van de proeftijd en de aard van de onderbreking. Hij wijst er voorts op dat onderbreking door kort ziekteverzuim in zijn algemeenheid niet leidt tot een verlenging van de proeftijd.³²

Zoals hij verder terecht heeft opgemerkt, is het wel mogelijk dat partijen in een situatie van onderbreking van de werkzaamheden, bijvoorbeeld door ziekte tijdens de proeftijd die voor een kortere periode dan zes maanden werd aangegaan, de proeftijd binnen de eerste zes maanden daarvan, met de resterende tijd (tot een maximum van zes maanden) verlengen.³³

Een uitzondering op de hoofdregel dat een proeftijd bij onderbreking van de werkzaamheden niet met de tijd van de onderbreking kan worden verlengd, moet worden gemaakt voor de proeftijd die in een leer-werkovereenkomst (*'Berufsausbildungsverhältnis'*) is opgenomen. Daarvoor geldt dat indien de opleiding gedurende de proeftijd voor meer dan eenderde deel daarvan wordt onderbroken, deze met de tijd van de onderbreking wordt verlengd. Deze verlenging komt niet automatisch tot stand en

28 G. Schaub, *Arbeitsrecht Handbuch*, systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 13 neubearbeitete Auflage, C.H. Beck, Verlag München 2009, § 41 Rn. 11.

29 Zie ook KR/Lipke § 14 TzBfG Rz 166.

30 BAG 15 maart 1966, AP Nr. 28 zu § 620 BGB. Zie ook Küttner, *Personalbuch*, 16. Auflage 2009, Rn 1–2.

31 T. Kania in W. Küttner u.a., *Personalbuch 2005*, Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Socialversicherungsrecht 12. Auflage, C.H. Beck, Verlag München 2005, p. 1946.

32 KR/Lipke § 14 TzBfG Rz. 167.

33 LAG RhPf 51 1999-2 (4) Sa 1139/98, NZA 2000, 258.

geldt niet indien de onderbreking minder dan een derde van de tijd betrof waarvoor de proeftijd is aangegaan.

Een in de rechtspraak³⁴ toegestane mogelijkheid tot verlenging van de proeftijd van zes maanden, onder uitsluiting van ontslagbescherming, is om de arbeidsovereenkomst voor afloop van de proeftijd met een langere opzegtermijn dan de minimaal voorgeschreven twee weken, bijvoorbeeld met een opzegtermijn van twee maanden,³⁵ op te zeggen. Indien de werknemer zich volgens de werkgever in die tijd nog niet heeft bewezen, eindigt de arbeidsovereenkomst door het aflopen van de opzegtermijn. Via deze constructie verkrijgen werkgever en werknemer een extra mogelijkheid om met elkaar ervaring op te doen. Aan deze wijze van verlenging van de proeftijd is wel een aantal strikte voorwaarden verbonden. De werkgever moet aan de werknemer kenbaar maken dat de proeftijd niet is geslaagd en dat hij voor het aflopen van de proeftijd van zijn opzeggingsbevoegdheid gebruik wil maken. Van deze opzeggingsbevoegdheid moet nog gedurende de (eerste zes maanden van de) proeftijd gebruik worden gemaakt. Verder moet de opzegging onvoorwaardelijk zijn en mag de verlenging van de opzegtermijn niet enkel en alleen in het belang van de werkgever zijn. In dat geval zou kunnen worden aangenomen, dat de verlenging van de opzegtermijn wegens misbruik van recht nietig is. In feite zal uit de omstandigheden moeten blijken dat de opzegtermijn is verlengd om de werknemer daarmee een extra kans te geven zich waar te maken. Een 'Wiedereinstellungszusage' (een toezegging van de werkgever om de werknemer bij gebleken geschiktheid wederom in dienst te nemen) geeft er in de praktijk blijk van dat de verlenging van de opzegtermijn ook in het belang van de werknemer is. Als alternatief hiervoor kan een zogenoemd 'Aufhebungsvertrag' (een beëindigingsovereenkomst) voor het einde van de proeftijd worden gesloten,³⁶ waarbij de arbeidsovereenkomst op een wat langere termijn wordt beëindigd. Zo'n beëindigingsovereenkomst dient op straffe van nietigheid schriftelijk te worden gesloten, met vermelding van de volledige inhoud (§ 623 BGB). Als de proeftijd door verlenging langer dan zes maanden duurt, geldt de normale ontslagbescherming (§ 1 Abs.1 KSchG).

Het Bundesarbeitsgericht oordeelde in een uitspraak van 7 februari 2002³⁷ dat verlenging van een proeftijd voor een bepaalde periode ('*Auslauffrist*') met het doel om verder proef te kunnen nemen, is toegestaan, omdat dit in het belang van beide partijen moet worden geacht. Het is tevens van belang dat daarbij een einddatum wordt vastgesteld, om discussie achteraf over het al dan niet bestaan van de proeftijd te vermijden. Ook hiervoor gelden de bovengenoemde voorwaarden die van toepassing zijn bij het verlengen van de opzegtermijn tijdens de proeftijd.

34 BAG, Urteil van 7 maart 2002, 2 AZR 93/01.

35 In de uitspraak van het BAG van 7 maart 2002 (2 AZR 93/01, DB 02, 1997) werd een opzegtermijn van vier maanden toelaatbaar geacht. Zie ook Küttner, Personalbuch, 16. Auflage 2009, Rn. 3.

36 Zie o.a. Urteil Bundesarbeitsgericht 7 maart 2002 (2 AZR 93/01, DB 02, 1997). Zie ook Küttner, Personalbuch 16. Auflage 2009, Rn 1-2.

37 BAG 7 februari 2002, AZR 93/01.

De verlenging van de proeftijd via een 'Aufhebungsvertrag' mag niet voor een langere periode zijn dan de duur van de maximaal wettelijke of via cao overeengekomen toegestane opzegtermijn.

Het Bundesarbeitsgericht heeft in zijn uitspraak van 7 februari 2002³⁸ uitdrukkelijk geen maximumtermijn voor de verlenging van de proeftijd bepaald. Van geval tot geval moet daarom worden uitgemaakt of de verlenging van de opzegtermijn in een redelijke verhouding staat tot de termijn waarvoor de proeftijd was aangegaan. In de regel zal een proeftijd van maximaal zes maanden -eventueel na verlenging- voor eenvoudige werkzaamheden voldoende moeten worden geacht.

16.4 De beëindiging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd

De opzegging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd waarin een proeftijd is opgenomen (vorgeschalteter Probezeit) dient -op straffe van nietigheid-schriftelijk (§ 623 BGB)³⁹ plaats te vinden. Voorts kan deze opzegging op elke dag van de maand plaatsvinden (§ 622 Abs. 3 BGB).⁴⁰ Naar Duits recht kan zowel de werkgever als de werknemer de arbeidsovereenkomst voor indiensttreding ('*Stellennantritt*') opzeggen. In dat geval moet wel de opzegtermijn in acht worden genomen. De bij de proeftijd geldende minimale opzegtermijn bedraagt twee weken. Bij individuele arbeidsovereenkomsten kan ook een langere opzegtermijn worden overeengekomen.⁴¹ Een kortere opzegtermijn dan twee weken is ongeldig.⁴² Van belang is voorts dat deze termijn eerst begint te lopen vanaf de geplande ingang van de arbeidsovereenkomst. Bij cao (Tarifvertrag) kan een kortere, maar ook een langere opzegtermijn worden overeengekomen (§ 622 Abs. 4 BGB). De arbeidsovereenkomst moet voor het verstrijken van de proeftijd zijn opgezegd, anders geldt een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.⁴³ De einddatum van de arbeidsovereenkomst mag na de datum van het verstrijken van de proeftijd zijn gelegen (§ 622 Abs. 1, 3 BGB).⁴⁴

Voor een proeftijd in de vorm van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd geldt dat opzegging niet nodig is, omdat de arbeidsovereenkomst door simpel tijdsverloop ('*schlichten Zeitablauf*') wordt beëindigd. Bij die beëindiging blijven de algemene (§1 KSchG, § 102 BetrVG) en de bijzondere ontslagbescherming (§ 9 MuSchG, § 85 SGB IX) buiten toepassing.

38 BAG 7 februari 2002, AZR 93/01.

39 Dit artikel is in werking getreden per 1 mei 2000.

40 Zie voorts G. Schaub, *Arbeitsrecht Handbuch*, systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 13 neubearbeitete Auflage, C.H. Beck, Verlag München 2009, § 41 Rn. 13.

41 APS/Linek Rn. 96.

42 LAG RP 6.12.2006, AuA 2007, 369.

43 BAG 297 1958, DB 59, 147.

44 BAG AP, zu § 53 BAT; AP 30 zu § 133 BGB; LAG Niedersachsen ARST. 1966, 59; LAG Baden Württemberg BB 63, 349.

16.5 Materiële toetsing van het proeftijdontslag

De werknemer wordt in beginsel niet beschermd tegen het niet-verlengen van de arbeidsovereenkomst.⁴⁵ Op algemene of bijzondere ontslagbescherming kan geen aanspraak worden gemaakt (§ 1 Abs. 1 KSchG⁴⁶), 102 BetrVG en § 9 MuSchG,⁴⁷ § 85 SGB IX). Een uitzondering kan worden gemaakt indien de beëindiging is gebaseerd op discriminatoire gronden ('*sachfremden Gründen*'), zoals bijvoorbeeld beëindiging op grond van zwangerschap, handicap et cetera.⁴⁸

Bij een proefarbeidsovereenkomst (Probearbeitsverhältnis) kan, behoudens in geval van dringende redenen of indien de mogelijkheid van tussentijdse opzegging tussen partijen werd overeengekomen, geen tussentijds ontslag plaatsvinden. Een uitzondering op deze hoofdregel is het ontslag op grond van in § 626 BGB bedoelde '*Tatsachen*'. Daarbij moet men denken aan ernstige ongeschiktheid van de werknemer voor het verrichten van de functie. Het ontslag is dan geboden om verdere schade voor de werkgever te voorkomen. Voorwaarde hierbij is dat de ontslagreden schriftelijk wordt medegedeeld en bij de opzegging een opzegtermijn van veertien dagen in acht wordt genomen (§ 626 Abs. 2 BGB). Partijen kunnen -in afwijking van de wet- overeenkomen dat ook bij een 'Probearbeitsverhältnis' de arbeidsovereenkomst dient te worden opgezegd. Voorts kan worden overeengekomen dat ook tijdens de 'Probearbeitsverhältnis' ontslagbescherming geldt.

Indien de proeftijd is opgenomen in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (vorgeschnittener Probezeit) en deze niet langer duurt dan zes maanden, bestaat geen ontslagbescherming (*Kündigungsschutz*). In dat geval kan het ontslag tijdens de proeftijd worden getoetst aan wettelijke verboden (§ 134 BGB), aan de beginselen van '*Treu und Glauben*' (§ 242 BGB) ('redelijkheid en billijkheid') en aan de goede zeden (*Guten Sitten*) (§ 138 BGB en § 1 KSchG).⁴⁹

In het geval de proeftijd langer duurt dan zes maanden, geldt de normale ontslagbescherming. Voor het ontslag moet de werkgever die minimaal vijf werknemers in dienst heeft de ondernemingsraad (*Betriebsrat*) inlichten, die op zijn beurt een week de tijd heeft om te reageren (§ 102 II BetrVG). Om te vermijden dat het ontslag op grond van een vormfout ongeldig wordt verklaard, doet de werkgever er verstandig aan om het ontslag op basis van concrete feiten en omstandigheden te motiveren. Algemene typeringingen zoals bijvoorbeeld 'ongeschikt' of 'past niet in de groep' moeten in dit verband als onvoldoende worden aangemerkt.⁵⁰

45 Zie evenwel ook s. Rz. 45 sowie BAG, 26.8.1998, AP Nr. 202 zu § 620 BGB Befristetes Arbeitsvertrag.

46 Het 'Kündigungsschutzgesetz' is opnieuw vastgesteld bij wet van 25 augustus 1969 (BGBl. I S.1317) en laatstelijk gewijzigd bij wet van 26 maart 2008 (BGBl. I S.444).

47 Het 'Mutterschutzgesetz' is opnieuw vastgesteld bij wet van 20 juni 2002 (BGBl. I S.2318) en laatstelijk gewijzigd bij wet van 5 december 2006 (BGBl. I S.2748).

48 BAG 16 maart 1989, NZA 89, 719. Zie ook Küttner, Personalbuch 16. Auflage 2009, Rn 3.

49 Zie bijvoorbeeld BAG 23.6.94, DB 94, 2190. In dit geval vond opzegging tijdens de proeftijd plaats wegens homoseksualiteit.

50 Zie onder andere BAG 8.9.1988, AP Nr. 49 zu § 102 BetrVG 1972.

Als er geen reactie komt van de OR, wordt dit als instemming met het ontslag aangemerkt. Als er wel een reactie komt, kan dit bezwaren ('*Bedenken*') van de OR met het ontslag inhouden of een afkeuring ('*Widerspruch*'). De werkgever kan voorbijgaan aan de bezwaren van de OR tegen het ontslag. In geval van afkeuring is de werkgever gehouden om de werknemer in dienst te houden tot de rechter in eerste aanleg heeft beslist.

Een verklaring van afkeuring wordt door de OR afgegeven indien:

- De werkgever bij de selectie van voor ontslag voorgedragen werknemers onvoldoende rekening heeft gehouden met sociale aspecten (§ 102 Abs. 3 nr. 1 BetrVG).
- Het ontslag in strijd is met de richtlijnen die tussen OR en werkgever bestaan (§ 102 Abs. 3 nr. 2 BetrVG en § 1 Abs. 2 nr. 1a KSchG).
- Er overplaatsing of om- of bijscholing mogelijk was (§ 102 Abs. 3 nr. 3 und 4 BetrVG en § 1 Abs. 2 nr. 1b KSchG).
- De werknemer heeft ingestemd met de overplaatsing naar een lagere functie (§ 102 Abs. 3 nr. 5 BetrVG).⁵¹

De werkgever heeft de mogelijkheid om na de afgifte van de verklaring van afkeuring een spoedprocedure bij de arbeidsrechtbank (*Arbeitsgericht*) te beginnen. Een dergelijke procedure kan resultaat hebben als:

- De klacht van de werknemer onvoldoende kans van slagen heeft (§ 102 Abs. 5 nr. 1 BetrVG).
- De voortzetting van het dienstverband een ondraaglijke economische last zou zijn (§ 102 V BetrVG en § 102 Abs. 5 nr. 2 BetrVG).
- De bezwaren van de OR kennelijk ongegrond zijn (§ 102 Abs. 5 nr. 3 BetrVG).

De werknemer kan aan de rechter verzoeken om het ontslag af te wijzen of zich tegen het ontslag verweren en ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoeken (§ 9 Abs. 1 nr. 1 KSchG).

Er bestaat, naast de toetsingsmogelijkheid door de OR, een rechterlijke toetsing (*Kündigungsschutz*), die niet van toepassing is bij een proefarbeidsovereenkomst voor een periode van niet langer dan zes maanden. Voorwaarde voor de toetsing is voorts dat het bedrijf waar de werknemer in dienst is, minimaal zes werknemers⁵² in dienst heeft en deze werknemers ieder meer dan tien uur per week, dan wel 45 uur per maand werken, én de betrokken werknemer minimaal gedurende zes maanden ononderbroken bij de werkgever werkzaam is geweest.⁵³ Als aan die voorwaarden is voldaan, kan de rechter het ontslag nietig verklaren indien dit niet steunt op één van de drie in de wet (§ 1 Abs. 2 KSchG) genoemde ontslaggronden, te weten:

⁵¹ Schaub 1996, p. 1100, 1101; Jacobs 1993, p. 114; Boonstra c.a. 1999, p. 47.

⁵² Vanaf 1 januari 2004 geldt als één van de voorwaarden voor 'Kündigungsschutz' dat de werkgever minimaal elf werknemers in dienst heeft.

⁵³ T. Kania & N. Moritz, 'Der praktische Fall-Arbeitsrecht: Ein bedingter und befristeter Arbeitsvertrag', *JuS* 1996, p. 518.

- Redenen gelegen in de persoon van de werknemer.
- Redenen gelegen in het gedrag van de werknemer.
- Redenen die in het bedrijf gelegen zijn.

Voorts kan de rechter het ontslag nietig verklaren indien:

- Hij de bezwaren van de OR tegen het ontslag gegrond verklaart.
- Het ontslag in strijd is met de tussen OR en werkgever overeengekomen ontslagregels.

Voor zwangere werknemers geldt vanaf de aanvang van de arbeidsovereenkomst, een bijzondere ontslagbescherming (*'besondere Kündigungsschutz'*) (§ 9 Abs. 1 MuSchG (Mutterschutzgesetz)). Deze bijzondere ontslagbescherming geldt ook gedurende de eerste zes maanden van een 'vorgeschalteter Probezeit', waardoor een zwangere werknemer gedurende de proeftijd niet kan worden ontslagen. Voor ernstig gehandicapten (*'Schwerbehinderte'*) geldt dat zij tijdens de proeftijd gedurende de eerste zes maanden na aanvang van de arbeidsovereenkomst geen bijzondere ontslagbescherming genieten (§§ 90 Abs. 1 nr. 1 SGB⁵⁴ IX).

16.6 Conclusie

Het Duitse recht kent geen afzonderlijke wetsbepaling voor de proeftijd. Evenmin behoeft de proeftijd schriftelijk te zijn aangegaan. Volgens de rechtspraak is het voldoende dat deze uit de omstandigheden blijkt. Het ontbreken van een wetsbepaling waarin de proeftijd is geregeld en het ontbreken van het vormvereiste dat de proeftijd schriftelijk moet zijn aangegaan, schaden de rechtszekerheid. Vanuit dit oogpunt is het geboden om aspecten zoals de maximale duur van de proeftijd, de minimale opzegtermijn, de consequenties van overschrijding van de maximumduur van de proeftijd, de mogelijkheden tot verlenging van de proeftijd et cetera, te codificeren.

Het Duitse recht kent, zij het onder voorwaarden, de mogelijkheid om de opzegtermijn voor opzegging tijdens de proeftijd te verlengen, waardoor werkgever en werknemer nog wat langer ervaring met elkaar kunnen opdoen en de werknemer daardoor in feite nog een extra kans krijgt om zich tijdens de proeftijd waar te maken.

De ontslagbescherming van de werknemer tijdens de proeftijd is op grond van wet en jurisprudentie naar Duits recht goed geregeld. Bij een 'befristetes Arbeitsverhältnis' is tussentijdse opzegging niet mogelijk, tenzij dit uitdrukkelijk werd overeengekomen of indien er sprake is van een situatie die aanleiding geeft tot een 'ausserordentliche Kündigung'. In dat geval moet er sprake zijn van een 'wichtige Grund'. Volgens de rechtspraak is disfunctioneren daartoe in beginsel onvoldoende, omdat het doel van de proeftijd nu juist is om 'proef' te nemen.

Bij het opzeggen van een proeftijd die in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is opgenomen (vorgeschaltete Probezeit) geldt een minimale opzegtermijn van

⁵⁴ Socialgesetzbuch.

veertien dagen, indien de proeftijd niet langer is dan zes maanden. Na zes maanden geldt de normale opzegtermijn van vier weken en de algemene wettelijke ontslagbescherming.

Naar Duits recht kan de opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd worden getoetst aan de wettelijke verboden, aan redelijkheid en billijkheid (Trau und Glauben) en de goede zeden (Guten Sitten).

De proeftijd zoals die in het Duitse recht is geregeld, is een lappendeken van mogelijkheden die niet in de wet zijn vastgelegd. Vanuit het doel van de proefneming krijgt de werknemer de kans om zich waar te maken. De duur van de proeftijd treedt de werknemer daartoe tegemoet. Bovendien kan de proeftijd met dat doel, zij het onder voorwaarden, ook nog eens worden verlengd. Toch komt de rechtsbescherming daarmee niet in het gedrang.

Vergelijkingen en conclusies

17.1 Algemene inleiding

In dit hoofdstuk worden vergelijkingen getrokken tussen de rechtspositie van de sollicitant naar Nederlands recht en naar Duits recht. Tevens worden de mate van rechtsbescherming van de werknemer tijdens de proeftijd naar Nederlands recht afgezet tegen die van de proeftijdwerknemer naar Duits recht. Tot slot worden over de beide delen van dit boek in hun onderlinge samenhang conclusies getrokken.

17.2 Sollicitatiefase

17.2.1 Inleiding

In dit boek wordt aandacht besteed aan de zwakke rechtspositie van de sollicitant. De laatste decennia is in toenemende mate een tendens te bespeuren waaruit blijkt dat zijn positie steeds meer positieve aandacht krijgt. Belangrijke ontwikkelingen zijn in dit verband het toenemende algemene ontwikkelingsniveau en de mede daardoor toegenomen mondigheid van werknemers en aspirant-werknemers. Ook de toegenomen flexibiliteit op de arbeidsmarkt en de economische ontwikkelingen spelen hierbij een rol. Het is dan ook de vraag of de rechtspositie van de sollicitant een voldoende fundament heeft op basis van de thans bestaande NVP Sollicitatiecode en de Aanbeveling werving en selectie van de STAR.

De NVP Sollicitatiecode is, evenals de Aanbeveling werving en selectie van de STAR, geen wetgeving. Daardoor is het de vraag wat een sollicitant ermee opschiet als in strijd met de code wordt gehandeld. Daarbij dienen we ons te realiseren dat contractuele verbintenissen niet enkel uit de wet voortvloeien, maar ook uit de gewoonte en de redelijkheid en billijkheid.¹ Voor de redelijkheid en billijkheid bepaalt artikel 3:12 BW dat rekening moet worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken.

¹ Zie in dit verband ook C. Asser en A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, 4: Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten, bewerkt door A.S. Hartkamp, Deventer: Kluwer 2005, nr. 289 e.v.

Het is de vraag of de NVP Sollicitatiecode, die de STAR in haar Aanbeveling werving en selectie heeft overgenomen, als een zelfstandige rechtsbron in de zin van art. 3:12 BW kan worden aangemerkt. Volgens De Wit² kan worden betoogd, dat de verkeersopvattingen in het arbeidsrecht ertoe hebben geleid dat er bij de vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers overeenstemming bestaat ten aanzien van de verplichtingen van de werkgevers (en werknemers). Hierdoor hebben zij op het hoogste niveau een consensus bereikt, waaruit contractuele verbintenissen voortvloeien. Maar met deze constatering hebben we de vraag nog niet beantwoord. Voor de vaststelling wat de verplichtingen van de werkgever op grond van de aanbevelingen zijn, zijn ook van belang de duidelijkheid en precisie hiervan.³ De duidelijkheid en precisie van de aanbevelingen voor werving en selectie zijn relatief sterk wanneer zij onder druk van wetgeving tot stand komen.⁴ Bij de Aanbeveling werving en selectie is dat het geval, omdat de NVP Sollicitatiecode die hierin is opgenomen door een door het Ministerie van Sociale Zaken ingestelde commissie (de Commissie 'Hessel') werd opgesteld.⁵

Aanbevelingen van de STAR die een weerslag zijn van reeds bestaande rechtsovertuigingen respectievelijk verkeersopvattingen kunnen verplichtingen voor de werkgever scheppen. Naar mijn mening geldt dat ook voor de Aanbeveling werving en selectie van de STAR. Deze aanbevelingen zijn immers, aldus de toelichtingen van de STAR, in het verlengde van eerdere aanbevelingen uit 1982 en '*rekening houdend met de resultaten van onderzoek naar de praktijk van werving en selectie in ondernemingen*' opgesteld.⁶ Ten aanzien van de rechtskracht van een code kwam overigens vanaf 2004 een boeiende gedachteswisseling in de literatuur op gang naar aanleiding van de door de Commissie Tabaksblat in 2003 vastgestelde Nederlandse corporate governance code (code Tabaksblat).⁷ De code bevat principes en '*best practice*'-bepalingen die de verhoudingen reguleren tussen het bestuur, de raad van commissarissen en de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA).⁸ Ook voor deze code wordt aangenomen dat deze indirecte rechtskracht heeft.

2 M.A.C. de Wit, *Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht*, diss. Katholieke Universiteit Brabant, Tilburg, Deventer: Kluwer 1999, p. 99 e.v.

3 M.A.C. de Wit, *Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht*, diss. Katholieke Universiteit Brabant, Tilburg, Deventer: Kluwer 1999, p. 100 e.v.

4 M.A.C. de Wit, *Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht*, diss. Katholieke Universiteit Brabant, Tilburg, Deventer: Kluwer 1999, p. 101 e.v. Zie ook M.G. Rood in zijn boekbespreking van *Aanbevolen arbeidsrecht*, TVVS 1995-10, p. 288.

5 Ministerie van Sociale Zaken, instellingsbesluit nr.: 62957, d.d. 5 november 1973, gepubliceerd in de Nederlandse Staatscourant van 8 november 1973, nr. 217.

6 Zie 'Aanbeveling inzake het wervings- en selectiebeleid van ondernemingen', Stichting van de Arbeid 1 maart 1991, publicatienr. 2/91, p. 117, laatstelijk gewijzigd in oktober 2006, publicatienummer 11/06.

7 *Stcrt.* 2004, 250. Zie ook www.corpgov.nl. Deze code is op 10 december 2008 door de Monitoring Commissie Corporate Governance (Commissie Frijns) geactualiseerd (www.corpgov.nl).

8 Zie ook W.B. Kuipers en M. Meinema, 'De nieuwe Nederlandse corporate governance code 2008' in: *Ars Aequi*, 58 (2009) mrt., p. 178-184.

De gebondenheid aan de code Tabaksblad wordt op grond van de rechtspraak⁹ en literatuur¹⁰ eveneens afgeleid uit de toepasselijkheid van ongeschreven rechtsregels en -beginselen. Door de inkleuring van vage normen als bijvoorbeeld 'redelijkheid en billijkheid' (art. 2:8 en art. 2:15 BW), behoorlijkheid en onbehoorlijkheid ten aanzien van de taakvervulling door bestuurders (respectievelijk art. 2:9 en de artt. 2:138/2:248 BW), kennelijke onredelijkheid van besluiten van de ondernemer (art. 26 WOR) et cetera, kan de rechter van geval tot geval nauwkeurig de strekking van deze ongeschreven rechtsregels en -beginselen bepalen.

De Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode, die een paar jaar geleden is ingesteld, is belangrijk voor het waarborgen van de gedragsregels die op grond van de NVP Sollicitatiecode en de aanbevelingen voor de werving en selectie van de STAR worden geadviseerd. Niet in de laatste plaats is voor de naleving van de NVP Sollicitatiecode, zoals eerder in hoofdstuk 3, § 3.2.1, aan de orde kwam, ook bekendheid daarvan bij het publiek van groot belang.

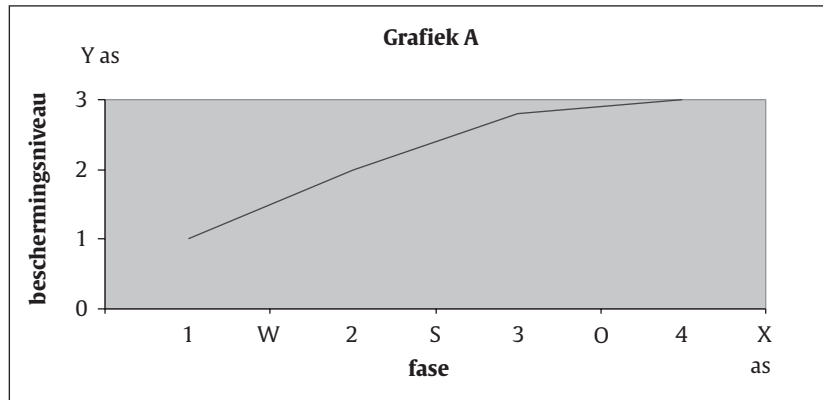
Tot slot is in de onderstaande grafiek (grafiek A) de rechtspositie van de sollicitant in de wervingsfase, selectiefase en onderhandelingsfase weergegeven. Op de x-as staan de fasen opeenvolgend vermeld. Op de y-as is het beschermingsniveau op een schaal van 0 tot en met 4 weergegeven. Uit het verloop van de grafiek blijkt duidelijk dat de mate van bescherming van de sollicitant gaandeweg de sollicitatiefase toeneemt tot het moment van totstandkoming van een arbeidsovereenkomst.

9 HR 21 februari 2003, JOR 2003/57 (HBG), HR 13 juli 2007, JOR 2007, 178 (ABN AMRO).

10 S.M. Bartman, 'De Code-Tabaksblad; een juridisch lichtgewicht', *Ondernemingsrecht* 2004-4, p. 123 e.v., M.J.G.C. Raaijmakers, "'Zelfregulering" van corporate governance van beursondernemingen', *WPNR* 2004/6563, p. 67, J.W. Winter, 'In Nederland aanvaarde inzichten omtrent corporate governance', in: *LT*, verzamelde 'Groninger' opstellen aangeboden aan Vino Timmerman, *JVO*, nr. 44, p. 331-342, P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009, p. 41 en 42.

Grafiek A: Beschermingsniveau sollicitant in de wervingsfase, selectiefase en onderhandelingsfase

Thans bestaande situatie



Legenda Y-as

0	geen bescherming
1	onrechtmatige daad, klachtenprocedure NVP, strafrechtelijke/ bestuursrechtelijke handhaving
2	onrechtmatige daad, goed werkgeverschap, misbruik van bevoegdheid, vage normen, klachtenprocedures, strafrechtelijke/ bestuursrechtelijke handhaving
3	onrechtmatige daad, opzegverboden, toerekenbare tekortkoming

Legenda X-as

W	werving
S	selectie
O	onderhandelingen

17.2.2 Vergelijking rechtspositie sollicitant naar Nederlands en Duits recht

Het Duitse recht kent, evenmin als het Nederlands recht, een wettelijke regeling voor de werving en selectie. Ook zijn de in Duitsland geldende regels voor werving en selectie niet in een code vastgelegd. In Duitsland vindt in de praktijk wel een duidelijke informatie-uitwisseling tijdens de sollicitatiefase plaats door het gebruik om uitgebreide documentatie bij de sollicitatiebrief te voegen. Dit gebruik bevordert een zorgvuldige sollicitatieprocedure en daarmee een eerlijke kans op aanstelling.

De ondernemingsraad (Betriebsrat) heeft in Duitsland bij ondernemingen met -in de regel- meer dan twintig kiesgerechtigde werknemers, ook in geval van individuele sollicitaties een belangrijke invloed. Hij heeft het recht om zijn toestemming voor het aangaan van de arbeidsovereenkomst te weigeren, waardoor de indienstneming kan worden teruggedraaid. Hiermee verkrijgt de Betriebsrat naar mijn mening een te grote macht bij de aanneming van individueel personeel. Voor het Nederlands recht acht ik het niet wenselijk en praktisch om de ondernemingsraad bij het aangaan van individuele arbeidsovereenkomsten een rol toe te kennen. Wel verdient het aanbeveling om -naar Duits gebruik- uitgebreide documentatie bij de sollicitatiebrief te voegen, waardoor een duidelijke informatie-uitwisseling tijdens de sollicitatiefase kan worden bevorderd. Voorts zou door de rechter -naar Duits voorbeeld- de bewijslast van de sollicitant kunnen worden verlicht, in die zin dat de partij die de informatieplicht heeft geschonden, dient te bewijzen dat de schade ook ingetreden zou zijn als de informatieplicht niet was geschonden.

17.2.3 Conclusie

In haar algemeenheid is de rechtspositie van de sollicitant naar Duits recht niet wezenlijk beter of slechter dan de rechtspositie van de sollicitant naar Nederlands recht. Dit ondanks het feit dat de rechtspositie van de sollicitant naar Duits recht, anders dan naar Nederlands recht, niet in een code is geregeld. De Duitse sollicitatieprocedure onderscheidt zich in positieve zin van de Nederlandse sollicitatieprocedure door de duidelijke informatie-uitwisseling middels de uitgebreide documentatie die op grond van het gebruik bij een sollicitatiebrief wordt gevoegd. Nu uit onderzoek, dat in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid werd verricht, is gebleken dat de NVP Sollicitatiecode bij ondernemingen en instellingen onvoldoende bekend is, is het van praktisch belang om na te gaan in hoeverre de rechtspositie van de sollicitant nog verder kan worden versterkt. Het is de vraag of de invoering van een wettelijke regeling voor de werving en selectie hiertoe het beste middel is. Wetgeving zal eerst meerwaarde hebben als de sollicitatiecode bij werkgever en sollicitanten voldoende bekend is geworden en in de wet een goed werkend sanctieapparaat is opgenomen. Als wordt gekozen voor versterking van de rechtspositie van de sollicitant via autonome regelgeving in cao's of middels afspraken met de ondernemingsraad waardoor aan dit orgaan extra bevoegdheden kunnen worden toegekend op het gebied van het aanstellingsbeleid, kan maatwerk bij de binnen de bedrijfstak of onderneming geldende regelgeving op het gebied van werving en selectie worden geleverd. Een ander voordeel hiervan is dat werknemers door ze actief bij het aanstellingsbeleid te betrekken, medeverantwoordelijk worden voor het sociaal beleid binnen de bedrijfstak of onderneming.

17.3 Proeftijd

17.3.1 Inleiding

De proeftijd kan in sommige gevallen, met name bij ongeschoold of minder geschoold werk, een doeltreffend middel zijn om vast te stellen of een werknemer voor een

bepaalde functie een geschikte kandidaat blijkt te zijn. Bij de invoering van de regeling van de proeftijd in de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907, was de arbeidsmarkt beduidend anders dan nu. In 1907 en ook in de decennia daarna was veel werk vrijwel ongeschoold of minder geschoold. Na de Tweede Wereldoorlog kwam daarin verandering, doordat de scholingsgraad van de gemiddelde werknemer aanzienlijk verbeterde. Daardoor werd het moeilijker om in een periode van maximaal twee maanden vast te stellen of een werknemer inderdaad voor een bepaalde functie geschikt was. Die mogelijkheid werd nog verder verkleind door de gedifferentieerde maximumduur voor de proeftijd die bij de Wet Flexibiliteit en zekerheid is ingevoerd.

Velen hebben gepleit voor afschaffing van de proeftijd, omdat die te kort duurt om goed te kunnen vaststellen of de werknemer voor het werk geschikt is. Bovendien geeft de proeftijdregeling te veel mogelijkheden om de proeftijdontslagbevoegdheid te misbruiken.

In dit hoofdstuk zal aan de orde worden gesteld of de proeftijdregeling inderdaad dient te worden afgeschaft of dat deze moet worden verbeterd en aangepast aan de eisen van deze tijd.

17.3.2 De Wet Flexibiliteit en zekerheid

Volgens de Memorie van Toelichting van de Wet Flexibiliteit en zekerheid,¹¹ was in de praktijk gebleken dat de toen bestaande proeftijdregeling in de ogen van werkgevers niet altijd voldeed, met name niet bij functies die een lange inwerktime vereisen. Om die reden wijkt de praktijk vaak uit naar tijdelijke contracten of overeenkomsten met uitzendkrachten. Daarom heeft het toenmalige kabinet in de Nota Flexibiliteit en zekerheid van december 1995 diverse mogelijkheden om de proeftijdregeling aan te passen voor advies voorgelegd aan de Stichting van de Arbeid. Daarbij pleitte het kabinet voor verlenging van de proeftijd.¹²

De Stichting van de Arbeid (STAR) heeft echter, tegen de verwachting in, geadviseerd om de maximumtermijn voor de proeftijd te handhaven op twee maanden. Deze periode achtte zij in veel gevallen voldoende om eventuele vergissingen in het kader van werving en selectie, dan wel keuze van werkkring, te corrigeren. In die gevallen waarbij behoefte zou bestaan aan een wat langere proefperiode, adviseerde de STAR om één of meerdere arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te sluiten. De regering heeft de adviezen van de Stichting van de Arbeid op dit punt overgenomen. De proeftijd werd zelfs voorzien van een gedifferentieerde maximumtermijn.

Voor een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gold een proeftijd van ten hoogste twee maanden. Bij een overeenkomst voor de tijd van één jaar of minder bedroeg de proeftijd ten hoogste twee weken. Bij een overeenkomst voor langer dan één jaar, maar korter dan twee jaar, ten hoogste één maand. Bij een overeenkomst

11 *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 263, nr. 3, p. 6. Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300.

12 *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 543, *Nota Flexibiliteit en zekerheid*, p. 24.

voor twee jaar of langer was dat ten hoogste twee maanden. In een later stadium is deze regeling gewijzigd. Uiteindelijk is in de Wet Flexibiliteit en zekerheid vastgelegd dat bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd een proeftijd geldt van ten hoogste twee maanden. Bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een duur korter dan twee jaar is de proeftijd één maand en als de arbeidsovereenkomst is aangegaan voor twee jaar of langer: twee maanden. Voor een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die niet op een kalenderdatum is gesteld, kan een proeftijd overeengekomen worden voor de duur van ten hoogste één maand. Voorts is bij de Wet Flexibiliteit en zekerheid geregeld dat de proeftijd, op straffe van nietigheid, schriftelijk moet worden aangegaan. Op een proeftijd die was overeengekomen, maar nog niet verstreken op het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en zekerheid, bleven de bepalingen over de duur van de proeftijd gelden zoals zij golden vóór het tijdstip voor inwerkingtreding van deze wet.

In artikel 7:676 BW werd een wijziging doorgevoerd. De tekst is gewijzigd van *'een doen eindigen zonder opzegging'* naar *'een opzegging met onmiddellijke ingang'*. Voorts werd de motiveringsplicht van artikel 7:669 (nieuw) BW ook van toepassing verklaard voor opzegging tijdens de proeftijd. Uit de Tweede evaluatie van de Wet Flexibiliteit en zekerheid, die op verzoek van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is uitgevoerd door het Hugo Sinzheimer Instituut in samenwerking met TNO Kwaliteit van Leven te Hoofddorp,¹³ blijkt dat het oordeel van werkgevers over het effect dat de regels rond de proeftijd bij tijdelijke contracten hebben op de bereidheid om personeel aan te nemen, een stuk positiever is geworden dan bij de eerste evaluatie in 2001.¹⁴

Alhoewel het uit het oogpunt van rechtsbescherming van de werknemer tijdens de proeftijd begrijpelijk is dat het kabinet uiteindelijk niet heeft willen besluiten tot verlenging van de proeftijd, schiet de bij de Wet Flexibiliteit en zekerheid ingevoerde gedifferentieerde maximumtermijn van de proeftijd naar mijn mening het doel van de proeftijd, namelijk het doen van een feitelijke proefneming, volledig voorbij. In de praktijk zal het niet of nauwelijks mogelijk zijn om voldoende te beoordelen of een werknemer geschikt is om de functie te vervullen. Voorts zal het voor een werknemer vrijwel onmogelijk zijn om binnen de korte tijd van de proeftijd voldoende te kunnen beoordelen of de baan hem zal brengen wat hij er bij de sollicitatieprocedure van heeft verwacht. De betrekkelijke rechteloosheid van de werknemer tijdens de proeftijd en de te korte duur ervan maken de huidige proeftijdregeling naar mijn mening tot een onvolwaardig instrument.

13 Tweede evaluatie Wet flexibiliteit en zekerheid, R. Knegt e.a., Amsterdam, 2007.

14 Zo ervoer in 2007 slechts 4% van de werkgevers die bij het onderzoek waren betrokken de regels over de proeftijd als een belemmering, terwijl dat in 2001 nog 11% was. Voorts beschouwde in 2007 maar liefst 23% van de werkgevers de regels als een stimulans, tegenover in 2001 nog slechts 10%. Opvallend is voorts nog dat bij de tweede evaluatie in 2007 nog maar 27% van de werknemers met een tijdelijk contract een proeftijd van twee maanden of langer had. Bij de eerste evaluatie in 2001 was dit nog 58%. Zie Tweede evaluatie Wet flexibiliteit en zekerheid, R. Knegt e.a., Amsterdam, 2007, p. 65-66.

17.3.3 Aanbevelingen van de STAR

Zoals al in de vorige paragraaf is gemeld, heeft de Stichting van de Arbeid, tegen de verwachting in, bij de totstandkoming van de Wet Flexibiliteit en zekerheid geadviseerd om de maximumtermijn voor de proeftijd te handhaven op twee maanden. De STAR adviseerde hiertoe in verband met het wederzijds vrijwel onverplichtende karakter van de proeftijd, waardoor de proefperiode niet langer zou moeten duren dan strikt noodzakelijk is om zijn functie te kunnen vervullen, namelijk het kunnen corrigeren van eventuele evidente vergissingen in het kader van werving en selectie dan wel de keuze van werkkring.¹⁵ Het kabinet nam dit voorstel van de Stichting van de Arbeid over, ondanks het feit dat zijn gedachten vóór de inwinning van het advies van de Stichting van de Arbeid uitgingen naar de mogelijkheid van verlenging van de proeftijd.

Alhoewel er bij de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid een gedifferentieerde maximumtermijn voor de proeftijd is ingevoerd, heeft de wetgever geen bepalingen in de nieuwe proeftijdregeling opgenomen waardoor de relatieve rechteloosheid van de werknemer tijdens de proeftijd zou kunnen worden verminderd.

Door een materiële toetsingsmogelijkheid voor het proeftijdontslag in te voeren, zou het in de praktijk vaak bij werkgevers ondervonden bezwaar dat de proeftijd te kort is, kunnen worden weggewonnen. Dit laatste is ook in het belang van werknemers, aangezien hen daardoor meer mogelijkheden en tijd worden gegund om van hun geschiktheid voor een functie te doen blijken. Bij veel functies wordt de proeftijd, door de aard en niveau van de te verrichten werkzaamheden, als te kort ervaren om de geschiktheid van de werknemer voldoende te kunnen vaststellen. In landen als Frankrijk en Duitsland hangt de duur van de proeftijd daarom samen met de aard en het niveau van de functie.¹⁶

Door een verlenging van de proeftijd mogelijk te maken, zoals het kabinet zich in eerste instantie ook had voorgenomen, zou meer worden tegemoetgekomen aan de eisen van de praktijk. Bovendien kan de proeftijd een barrière vormen voor een werknemer met een vast dienstverband die van baan wil veranderen, maar het risico loopt om tijdens de proeftijd te worden ontslagen op gronden die niets met zijn functioneren van doen hebben.

De Stichting van de Arbeid achtte verruiming van de proeftijd evenmin noodzakelijk door de bij de Wet Flexibiliteit en zekerheid ingevoerde mogelijkheid om drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd binnen een termijn van 36 maanden te sluiten, die van rechtswege eindigen zonder dat voorafgaande opzegging is vereist.

15 STAR-advies inzake de Nota Flexibiliteit en zekerheid, 3 april 1996, publicatienummer 2/96, blz. 15.

16 Zie in dit verband T.W.J. Phaff, *Naar een nieuw ontslagrecht*, diss. Leiden, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 168 en 191.

Vóór de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid genoot de werknemer bij verlenging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd meer rechtsbescherming dan na de invoering van deze wet, omdat volgens de rechtspraak bij verlenging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd de verlengde arbeidsovereenkomst niet van rechtswege eindigde, maar moest worden opgezegd. Deze opzegging was onderhevig aan het bepaalde in de artikelen 6 en 9 van het BBA. De Wet Flexibiliteit en zekerheid heeft in dit opzicht meer flexibiliteit voor werkgevers gebracht en minder ontslagbescherming voor werknemers.

De bij de Wet Flexibiliteit en zekerheid ingevoerde gedifferentieerde maximumduur van de proeftijd is niet of nauwelijks als een verbetering aan te merken. Het is een lapmiddel, waarbij de oorzaak van de kwaal zelf niet wordt weggenomen. Beter zou zijn geweest om, zoals in eerste instantie ook door de Sociaal Economische Raad (SER) is voorgesteld, de proeftijd geheel af te schaffen.¹⁷ Met een halfslachtige regeling, die bovendien volop de mogelijkheid biedt om misbruik te maken, is de praktijk niet gebaat. Bovendien past een proeftijdregeling, zonder de mogelijkheid van een marginale toetsing van het proeftijdontslag, niet in het reeds kort na de Tweede Wereldoorlog ingevoerde causale ontslagstelsel.

17.4 Heeft de proeftijd thans nog meerwaarde?

Door de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid¹⁸ is er in de kern eigenlijk niet zo veel veranderd aan de voordien bestaande proeftijdregeling. De rechtsbescherming voor werknemers tijdens de proeftijd is nog steeds uiterst zwak. Feit is wel dat sinds de invoering van de 'Flexwet' alleen de opzegverboden van artikel 7:670 en 670a BW tijdens de proeftijd niet van toepassing zijn en de in de artikelen 7:646 t/m 7:649 BW, de Algemene wet gelijke behandeling en de Wet aanpassing arbeidsduur geformuleerde opzegverboden wel toepasselijk zijn. Vóór de invoering van de Flexwet was in de wet bepaald dat de voor opzegging geldende bepalingen tijdens de proeftijd niet van toepassing zijn. Dit duidt erop dat thans, sinds de invoering van de Flexwet, opzegverboden tijdens de proeftijd geldend zijn die voordien niet in beeld waren. Nu de bovengenoemde opzegebepalingen, die thans wel tijdens de proeftijd van toepassing zijn, alle in hoofdlijnen zijn terug te voeren tot het verbod om onderscheid te maken, lijkt er de laatste tien jaar evenwel, gelet op de jurisprudentie,¹⁹ in dit opzicht niet zoveel veranderd en is veelal sprake van codificatie van bestaand recht.

Door de motiveringsplicht van artikel 7:669 BW ook voor opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd van toepassing te verklaren,²⁰ heeft de wetgever getracht om ook in die periode discriminatoir ontslag tegen te gaan. Meer rechtsbescherming heeft de wetgever van de Wet Flexibiliteit en zekerheid de werknemer in de proeftijd niet toegekend. Dat is een gemiste kans. Door het invoeren in de wet

17 SER-Advies nr. 1988/12.

18 Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998/300.

19 Zie o.a. HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 430, *JAR* 1995/35 (*Codfried/ISS*).

20 Zie amendement Rosenmöller (*Kamerstukken II* 1997-1998, 25 263, nr. 11).

van de verplichting tot een daadwerkelijke proefneming, in combinatie met verlenging van de proeftijd en materiële toetsing van het proeftijdontslag, had de proeftijd, ondanks de sinds de Wet Flexibiliteit en zekerheid ingevoerde mogelijkheid om achtereen meerdere arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te sluiten zonder dat opzegging is vereist, tot een nuttig instrument kunnen worden voor werkgever en werknemer voordat zij een langduriger arbeidsrelatie met elkaar aangaan.²¹

Uit de jurisprudentie blijkt dat door het overeenkomen van een proeftijdbeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd veel onnodige kosten en ergernis bespaard kunnen blijven. Een werkgever was zo zeker van de kwaliteiten van een werknemer dat hij in een arbeidsovereenkomst voor de periode van een jaar een proeftijdbeding achterwege liet. Maar al de eerste dag kwam de werkgever tot de conclusie dat de werknemer niet paste in de bedrijfscultuur. Aan de werknemer werd vervolgens geen inhoudelijk werk aangeboden en hij werd evenmin goed ingewerkt. Na deze minder florissante aftrap van de arbeidsovereenkomst verzocht de werkgever om ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van verandering in omstandigheden. De kantonrechter wees het ontbindingsverzoek echter af. De werknemer had volgens de kantonrechter recht op een reële kans om zich qua houding en inhoudelijk werk te bewijzen, maar hij had die mogelijkheid van de werkgever niet gekregen. Dit kwam de werkgever duur te staan. Het vonnis kwam erop neer dat de werkgever de salaristermijnen over het gehele jaar verschuldigd was.²²

17.4.1 Invoering van een wettelijke plicht tot feitelijke proefneming

Door invoering van de plicht tot daadwerkelijke proefneming tijdens de proeftijd, in combinatie met de mogelijkheid tot materiële toetsing van het proeftijdontslag, kan de huidige proeftijdregeling voor werkgever en werknemer ook voor de toekomst bestaansrecht behouden. Indien het functioneren van de werknemer als grondslag wordt genomen voor het na het verstrijken van de proeftijd al dan niet continueren van het dienstverband, is dat een duidelijk en toetsbaar uitgangspunt.²³ Met Van den Heuvel²⁴ pleit ik dan ook voor het invoeren van een wettelijke plicht tot feitelijke proefneming. Gelet op de relatief korte duur van de proeftijd is het raadzaam om de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang op te zeggen, te wijzigen in een opzeggingsmogelijkheid nadat de werknemer gedurende de proeftijd tenminste twee aaneengesloten weken heeft gewerkt. Dit geeft werkgever en werknemer een optimale gelegenheid om zich tijdens de proeftijd een beeld te vormen van elkaars eigenschappen en hoedanigheden. Op deze wijze kunnen inschattingfouten, die eventueel tijdens de sollicitatiefase door werkgever en werknemer zijn gemaakt,

21 Zie in dit verband ook L.H. van den Heuvel, 'Proeftijd, proefneming en bepaalde tijd', SR 1997-6, p. 164 e.v.

22 Ktr. Haarlem 16 november 2007, LJN: BB8555.

23 Zie in dit verband de conclusie van A-G mr. T. Koopmans bij Hoge Raad 13 januari 1995, NJ 1995, 430, JAR 1995/35 (Codfried/ISS), die van mening was dat ontslagen tijdens de proeftijd aantastbaar zijn als vast komt te staan dat de ontslagreden geen enkele band heeft met een objectieve beoordeling van hoedanigheden en geschiktheid van de werknemer.

24 L.H. van den Heuvel: 'Proeftijd, proefneming en bepaalde tijd', SR 1997-6, p. 164 e.v.

op zorgvuldige wijze worden vastgesteld. Dit verhoogt ook de mobiliteitsgraad van werknemers, omdat zij naar mijn verwachting in deze situatie eerder van werkkring durven veranderen. In geval van dringende redenen die een ontslag op staande voet tijdens de proeftijd zouden kunnen rechtvaardigen, zou voor die mogelijkheid kunnen worden gekozen.

De invoering bij wet van de verplichting tot feitelijke proefneming zonder de mogelijkheid om deze -materieel- te toetsen, is naar mijn mening zinloos. In dat geval zal de werkgever immers nog steeds tijdens de proeftijd kunnen ontslaan, op gronden die niets van doen hebben met een objectieve beoordeling van hoedanigheden en geschiktheid van de werknemer.

17.4.2 De 'drie maal drie regeling'

Het bij de Wet Flexibiliteit en zekerheid per 1 januari 1999 ingevoerde artikel 7:668a lid 1 sub b BW geeft werkgevers de mogelijkheid om meerdere arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd achter elkaar te sluiten.

Indien de arbeidsovereenkomsten elkaar met tussenpozen van niet meer dan drie maanden hebben opgevolgd en een periode van 36 maanden in totaal, inclusief tussenpozen, niet hebben overschreden, eindigt de laatste arbeidsovereenkomst van rechtswege zonder dat opzegging is vereist.

Vóór de inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en zekerheid gold voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd dat deze na verlenging niet van rechtswege eindigden, maar dat voorafgaande opzegging was vereist.

De invoering van de zogenoemde 'drie maal drie regeling' heeft werkgevers veel meer dan voordien de mogelijkheid gegeven om uitvoerig op de hoogte te geraken van eigenschappen en geschiktheid van werknemers voor functies, zonder dat zij al vrij snel met een vast dienstverband worden geconfronteerd, met alle daaraan verbonden consequenties in verband met de geldende ontslagbescherming van werknemers. Behoudens de mogelijkheid van tussentijdse ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt deze immers, indien aan de overige voorwaarden van artikel 7:668a BW wordt voldaan, van rechtswege zonder dat voorafgaande opzegging is vereist. De werknemer geniet bovendien tijdens de periode van maximaal 36 maanden op grond van artikel 7:668a BW, anders dan de werknemer die tijdens de proeftijd wordt ontslagen, wettelijke ontslagbescherming nu de wettelijke opzegverboden in de artikelen 6 en 9 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 ook bij de opzegging van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in acht dienen te worden genomen, op straffe van nietigheid van het gegeven ontslag.

De Stichting van de Arbeid heeft, in haar in het kader van de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid aan het kabinet uitgebrachte advies,²⁵ overwogen dat de maximumtermijn voor de proeftijd zou kunnen worden gehandhaafd op twee

25 STAR-advies inzake de Nota Flexibiliteit en zekerheid, 3 april 1996, Publicatienummer 2/96, blz. 15.

maanden, omdat de werknemer, in die gevallen waarbij behoefte zou bestaan aan een wat langere proefperiode, op grond van het bepaalde in artikel 7:668a BW de mogelijkheid heeft om één of meerdere arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te sluiten. Het karakter van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is evenwel geheel anders dan een proeftijd. Bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gelden opzegverboden onverkort en gelden ook de wettelijke opzegtermijnen. Voorts geldt het in de artikelen 6 en 9 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 verankerde causale ontslagstelsel. Sommige opzegverboden gelden niet bij een ontslag tijdens de proeftijd. Evenmin gelden in de proeftijdfase wettelijke opzegtermijnen. Voorts mist het BBA toepassing in geval van proeftijdontslag.

Indien de proeftijd wordt afgeschaft, zoals door velen is geadviseerd,²⁶ ontbreekt de mogelijkheid om door gebruikmaking van ontslag tijdens de proeftijd, inschattingfouten van werkgever of werknemer over eigenschappen, mate van functioneren of de aard van het werk te corrigeren. In de praktijk zal het er dan, behoudens bijzondere omstandigheden, vaak op neerkomen dat de werknemer tegen de zin van de werkgever de bepaalde tijd zal uitdienen. Door sommigen²⁷ is de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met het beding van tussentijdse opzegging wel als alternatief genoemd voor de proeftijd (art. 7:667 lid 3 BW). Een dergelijk beding is alleen geldig indien het schriftelijk wordt aangegaan. Het kan ook eerst in de loop van het dienstverband worden aangegaan. Een ander vereiste is dat het beding wederzijds moet zijn overeengekomen. Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met het beding van tussentijdse opzegging biedt werkgever en werknemer evenwel veel minder flexibiliteit dan men wellicht op het eerste gezicht zou verwachten. Volgens de rechtspraak van de Hoge Raad²⁸ is immers de werkgever bij tussentijdse opzegging gebonden aan de algemene en de bijzondere opzeggingsverboden. Bovendien moet zowel de werkgever als de werknemer zich aan de wettelijke of contractuele opzegtermijn houden. Kortom, opzegging tijdens de proeftijd biedt zowel werkgever als werknemer veel meer mogelijkheden om snel uit te stappen. Dit is gewenst in die gevallen waarbij de werknemer de tijdens de sollicitatiefase opgewekte verwachtingen met betrekking tot zijn eigenschappen en/of geschiktheid voor de functie in evidente mate blijkt te ontberen of als de functie en/of (nieuwe) werkring de werknemer in het geheel niet bevallen. In die gevallen is er behoefte aan de op grond van de proeftijdregeling bestaande mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang op te zeggen.

In dat geval zijn werkgever en werknemer van elkaar af, tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden, zoals misbruik van recht of kennelijke onredelijkheid van het proeftijdontslag.

26 De leden van de VVD-fractie hebben blijkens de wetsgeschiedenis van de Wet Flexibiliteit en zekerheid ook voor afschaffing van de proeftijd gepleit, *MvA Kamerstukken I* 1997-1998, 25 263, nr. 132b, p. 4-5.

27 Zie o.a. J.A. Bijker, 'Afschaffing van de proeftijd ex art. 1639n. BW gewenst', *SMA* 1992, p. 1494 e.v. Zie ook D. Christe, 'Aantekening bij de proeftijd ex art. 1639n. BW', *SMA* 1979, p. 470 e.v.

28 HR 4 september 1998, *JAR* 1998/200.

Alhoewel de ‘drie maal drie regeling’ werkgevers meer mogelijkheden biedt om zich door het achter elkaar sluiten van meerdere arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd een goed beeld te vormen van de eigenschappen en geschiktheid van werknemers voor een functie, en werknemers bij meerdere arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd veel meer rechtsbescherming genieten dan tijdens de proeftijd, is daarmee het laatste woord niet gezegd. Werknemers worden immers sinds de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid door werkgevers in de praktijk lang aan het lijntje gehouden, voordat zij uiteindelijk weten of hen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zal worden aangeboden. Deze constatering laat onverlet dat de huidige proeftijdregeling, waarbij zowel een wettelijke verplichting tot daadwerkelijke proefneming ontbreekt als de mogelijkheid van het materieel toetsen van het proeftijdontslag, onvolmaakt is, nu werknemers tijdens de proeftijd vrijwel iedere ontslagbescherming moeten ontberen.

In de volgende paragrafen zal worden ingegaan op de mogelijkheid om ontslag tijdens de proeftijd materieel te toetsen.

17.4.3 Preventieve toetsing van het proeftijdontslag

Tot 1952²⁹ was ook het proeftijdontslag door het voorafgaande vereiste van een ontslagvergunning op grond van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA) aan een preventieve ontslagtoets onderworpen. De civiele kamer van de Hoge Raad had reeds een aantal jaren voor de invoering van het besluit van 27 juni 1952 geoordeeld dat het eisen van ontslagbescherming in geval van proeftijdontslag geen nut had, maar nodeloze moeite en tijdverlies ten gevolge zou hebben en dat er praktisch gezien van zou moeten worden uitgegaan dat de vergunning niet voor het einde van de proeftijd zou kunnen worden verkregen.³⁰ Ook het door de Hoge Raad in dit arrest gebezigde argument dat de directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau (thans sinds 1 januari 2009 UWV WERKbedrijf) door weigering van de gevraagde toestemming niet tegen de wil van partijen het in zijn macht zou hebben om een vaste band tussen werkgever en werknemer in het leven te roepen, is naar mijn mening voldoende overtuigend om van een preventieve toetsing van het proeftijdontslag af te zien.

17.4.4 Repressieve toetsing van het proeftijdontslag

Na de invoering van het causale ontslagstelsel in 1953,³¹ met als strekking dat de ontslagreden inhoudelijk kan worden getoetst, is het proeftijdontslag gaandeweg steeds meer een vreemde eend in de bijt geworden. Alhoewel ontslag tijdens de proeftijd in de rechtspraak met enige regelmaat als onrechtmatig wordt aangemerkt of in strijd met de eisen van goed werkgeverschap en ook onder omstandigheden als

29 Besluit van de Staatssecretaris van Sociale Zaken van 10 november 1952, nr. 04 362, *Stb.* 1952/220, p. 6.

30 HR 27 juni 1952, *NJ* 1952, 488 (*Vermaak/Both*).

31 Zie ook G.C. Boot: ‘Rechterlijke toetsing van ontslag in de proeftijd’, *SR* 1991, 2, en de door hem vermelde jurisprudentie.

misbruik van bevoegdheid en toerekenbare tekortkoming kan worden gekwalificeerd, ontbreekt tot op heden een in de wet geregelde specifieke repressieve toetsingsmogelijkheid. Het dilemma bij toetsing van het proeftijdontslag is dat deze, gelet op het wezen van de proeftijd, marginaal zal moeten blijven. Dit om te voorkomen dat te veel wordt getornd aan de beoordelingsvrijheid van de werkgever.

Alleen in die gevallen waarin sprake is van volstrekte willekeur, zou proeftijdontslag met succes repressief moeten kunnen worden getoetst. Het ligt voor de hand om voor die toetsing aansluiting te zoeken bij de reeds bestaande en in de rechtspraak voldoende geëvolueerde regeling omtrent het kennelijk onredelijk ontslag.³² Deze wijze van toetsing van het proeftijdontslag sluit naar mijn mening het best aan bij de behoefte van de praktijk om enerzijds de werknemer te beschermen tegen al te grote willekeur en anderzijds de werkgever zoveel mogelijk de vrijheid te laten om zich een oordeel te vormen over de geschiktheid van de werknemer voor een bepaalde functie. Een repressieve toetsing van het proeftijdontslag moet, wil de proeftijd effectief zijn, worden gecombineerd met een wettelijk voorgeschreven feitelijke proefneming.³³

17.5 Naar een nieuwe proeftijdregeling op basis van rechtsvergelijking

De proeftijd is naar mijn mening een essentieel verlengstuk van de sollicitatiefase en heeft nog altijd meerwaarde. Om die meerwaarde te kunnen behouden c.q. te vergroten, is het van belang dat de proeftijdregeling wordt aangepast aan de eisen van de praktijk. Tijdens de proeftijd kunnen door werkgever en werknemer gemaakte inschattingsfouten op eenvoudige wijze worden gecorrigeerd, voordat zij een vastere band met elkaar aangaan. Alhoewel werkgevers door de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid meer ruimte hebben verkregen om opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te sluiten die elk van rechtswege eindigen, blijft er in mijn visie behoefte bestaan aan de proeftijd. Dit neemt niet weg dat de huidige proeftijdregeling in mijn ogen op meerdere punten aanzienlijk zal moeten worden aangepast om meer aan de eisen van de praktijk tegemoet te komen.

Om misbruik van de proeftijdregeling zoveel mogelijk te voorkomen, zal een feitelijke proefneming tijdens de proeftijd wettelijk verplicht moeten worden gesteld. Voorts zal in de wettelijke regeling moeten worden vastgelegd dat de arbeidsovereenkomst aan het einde van de proeftijd kan worden opgezegd. Ook zal het mogelijk moeten zijn de proeftijd zonodig te verlengen met de tijd waarin de werknemer door ziekte of andere oorzaken feitelijk niet heeft gewerkt.

Indien daarenboven een repressieve materiële toetsingsmogelijkheid van het proeftijdontslag in de wet wordt ingevoerd, is er weinig bezwaar voor verlenging van de maximumduur van de proeftijd, waardoor een doelmatige proefneming mogelijk zal

32 Zie in dit verband: L.H. van den Heuvel (hoofddred.), *Praktijkboek Ontslagrecht* (losbl.), Deventer: Kluwer, C.40-51 en T.W.J. Phaff, *Naar een nieuw ontslagrecht*, diss. Leiden, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 298.

33 Zie voorts in dit verband § 14.2 en § 17.4.1 van dit boek.

worden. In de volgende paragrafen zijn de uitgangspunten voor een nieuwe wettelijke regeling van de proeftijd verder uitgewerkt. Hierbij is op grond van rechtsvergelijking gekozen voor een combinatie van het Duitse en Nederlandse rechtssysteem.

17.5.1 *Verplichting tot een daadwerkelijke proefneming*

In hoofdstuk 14 is stilgestaan bij de vraag of de proeftijd een doel heeft. Uit een aantal arresten die de Hoge Raad in de laatste decennia heeft gewezen, kan de conclusie worden getrokken dat de proeftijd tot doel heeft om werkgever en werknemer desgewenst in de gelegenheid te stellen daadwerkelijk proef te nemen.³⁴ Het vastleggen in de tekst van artikel 7:652 BW van de verplichting tot een daadwerkelijke proefneming tijdens de proeftijd maakt, zoals ook al in § 14.2 van dit boek is gesteld, een verdergaande materiële toetsing van het proeftijdontslag mogelijk. Die verdergaande inhoudelijke toetsing van het proeftijdontslag is, gelet op de ontwikkeling die het algemene verbintenissenrecht de laatste decennia heeft doorgemaakt,³⁵ uiterst wenselijk, om zoveel mogelijk te voorkomen dat de werknemer tijdens de proeftijd bijna vogelvrij zal zijn.

De bij de wetswijziging van 1953 ingevoerde mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst reeds voor de feitelijke aanvang van de proeftijd op te zeggen, dient naar mijn mening om praktische redenen in stand te worden gehouden. Dit om te vermijden dat partijen de proeftijd ingaan terwijl er op dat moment reeds omstandigheden bestaan op grond waarvan tenminste één van de partijen de arbeidsovereenkomst wenst op te zeggen. Daarbij dienen we ons te realiseren dat de proeftijd een meervoudig doel heeft, niet alleen het proeven van de geschiktheid van de werknemer voor de functie, doch ook het zich op de hoogte stellen van elkaars hoedanigheden en van de aard van de te verrichten werkzaamheden.³⁶

Met het in de wet opnemen van de verplichting om feitelijk proef te nemen, zijn we er nog niet. Deze verplichting zal, wil zij meerwaarde hebben, aan een mogelijkheid tot toetsing van de proefneming moeten worden gekoppeld. Het ligt voor de hand dat de wetgever een inhoudelijke rechterlijke toetsing van de proeftijd niet heeft gewild en om die reden in de wet geen verplichting tot proefneming heeft opgenomen. Een argument voor die gedachte is dat de wetgever in 1953 de kennelijk onredelijk ontslagtoets van de opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd buiten toepassing heeft gelaten.³⁷ De toetsing van de proefneming zou evenwel zodanig van karakter dienen te zijn, dat zij het specifieke karakter en de ratio van een proeftijd intact laat. Daarbij behoort een zekere zelfstandige vrijheid om het al

34 Zie o.a. HR 27 juni 1952, NJ 1952, 488 (*Vermaak/Both*) en HR 8 mei 1992, NJ 1992, 480 (*Van Summeren/Ozkan*). Zie voorts de conclusie van A-G mr. T. Koopmans bij HR 13 januari 1995, NJ 1995, 430, JAR 1995/35 (*Codfried/ISS*).

35 Zie ook G.C. Boot, 'Rechterlijke toetsing van ontslag in de proeftijd', SR 1991-2.

36 Zie in dit verband ook § 14.2 van dit boek.

37 Dit strookte volgens de minister niet met het karakter van de proeftijd. Zie MvA, bijlage Handelingen II 1951-1952, no. 881/6, pag. 17. Zie voorts M.G. Levenbach, 'Aantekeningen bij het nieuwe burgerrechtelijke ontslagrecht', SMA 1954, p. 288.

dan niet slagen van de proefneming te beoordelen. Naar Duits recht wordt de opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd getoetst aan wettelijke verboden, redelijkheid en billijkheid (Trau und Glauben) en de goede zeden (Guten Sitten). Disfunctioneren tijdens de proeftijd wordt in het Duitse recht niet snel als geldige ontslaggrond (ausserordentliche Kündigungsgrund) aangemerkt.

In de literatuur wordt uit de omstandigheid dat het civiele arbeidsrecht niet in de mogelijkheid tot opschorting of verlenging van de proeftijd voorziet, afgeleid dat daarin niet in een feitelijke proefneming is voorzien.³⁸ Uit een aantal arresten van de Hoge Raad kan evenwel ook worden afgeleid, dat ons hoogste rechtscollege een feitelijke proefneming veronderstelt.³⁹

Uit het oogpunt van voorkoming van misbruik van de mogelijkheid tot onmiddellijke opzegging tijdens of voorafgaande aan de proeftijd, is het opnemen van de verplichting tot feitelijke proefneming wenselijk. De vraag die daarbij kan worden gesteld is: kan de opzegging van de arbeidsovereenkomst betrekkelijk kort na de feitelijke aanvang van de arbeidsovereenkomst materieel als een voldoende feitelijke proefneming worden aangemerkt? De rechter zal naar mijn mening op grond van de specifieke omstandigheden van het geval moeten uitmaken of de betrokken werknemer voldoende in de gelegenheid is gesteld om de bedongen werkzaamheden daadwerkelijk te verrichten. Indien de werkgever onvoldoende gelegenheid geeft tot feitelijke proefneming, kan worden geconcludeerd dat sprake is van schending van de eisen van goed werkgeverschap en kan wellicht ook worden betoogd dat sprake is van misbruik van recht.

Een andere vraag die zich aandient als een verplichting tot feitelijke proefneming in de wet wordt opgenomen is: moeten de opzegverboden die thans nog buiten toepassing blijven bij opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd (art. 7:676 jo de artikelen 7:670a en 7:670g BW) in dat geval alsnog van toepassing worden verklaard om te voorkomen dat een feitelijke proefneming anders langs die weg wordt gefrustreerd? Dit zou zich bijvoorbeeld kunnen voordoen in geval van ziekte van de werknemer gedurende de proeftijd.

Indien het opzegverbod bij ziekte (art. 7:670 lid 1 BW) onverkort buiten toepassing zou blijven gedurende de proeftijd, zou zich de situatie kunnen voordoen dat het door ziekte van de werknemer gedurende de proeftijd niet tot een feitelijke proefneming komt. Het recht op feitelijke tewerkstelling is echter in de literatuur en de rechtspraak van de Hoge Raad nog niet algemeen geaccepteerd.⁴⁰ De lagere rechtspraak heeft

38 Zie o.a. P.F. van der Heijden (red.) in *Arbeidsovereenkomst en Vermogensrecht*, Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht, Alphen aan den Rijn 1993, p. 72 e.v. Zie ook HR 9 april 1954, NJ 1954, 446 (*Oranje/Monroe*) en HR 23 december 1983, NJ 1984, 332 (*Keizer/Van Dijk*).

39 HR 27 juni 1952, NJ 1952, 488 (*Vermaak/Both*) en HR 8 mei 1992, NJ 1992, 480 (*Van Summeren/Ozkan*). Zie voorts de conclusie van A-G mr. T. Koopmans bij HR 13 januari 1995, NJ 1995, 430 (*Codfried/ISS*).

40 Zie o.a. HR 26 maart 1965, NJ 1965, 163 (*Walsweer c.s./Acmesa*). Zie in dezelfde lijn voorts HR 25 januari 1980, NJ 1980, 264 (*Possemis/Hoogenboom*), HR 27 mei 1983, NJ 1983, 758 (*Ruskamp/Welsuria*), HR 12 mei 1989, NJ 1989, 801 (*Chelbi/Klene*).

evenwel een ander standpunt over het recht op feitelijke tewerkstelling ingenomen. In kortgedingprocedures die handelen over schorsing en ‘non-actiefstelling’, stellen rechters zich veelvuldig op het standpunt dat de werkgever een geldige reden moet hebben om de werknemer toelating tot het werk te weigeren. Het zonder voldoende grond geen arbeid verschaffen, kan dan ook in strijd komen met de eisen van goed werkgeverschap.⁴¹

17.5.2 Invoering kennelijke onredelijkheidstoetsing

In § 14.7 en § 14.8 van dit boek heb ik gepleit voor het van toepassing verklaren van de kennelijke onredelijkheidstoets (art. 7:681 BW) op de opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd. Daarbij heb ik mij op het standpunt gesteld dat deze toetsingsmogelijkheid een duidelijke basis verschaft voor zowel de inhoudelijke beoordeling van het ontslag als de mogelijkheden tot het verkrijgen van schadevergoeding.

Artikel 7:676 lid 2 BW verklaart de kennelijke onredelijkheidstoets buiten toepassing in het geval van opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd. Ook de mogelijkheid van de rechter om de werkgever die schadeplichtig is geworden, omdat hij onregelmatig of op kennelijk onredelijke wijze heeft opgezegd, te veroordelen tot herstel van de dienstbetrekking, wordt door het tweede lid van artikel 7:676 BW uitgesloten.

Om de kennelijke onredelijkheidstoets op de opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd van toepassing te verklaren, is het noodzakelijk dat het tweede lid van artikel 7:676 BW komt te vervallen. Indien de tekst van artikel 7:676 lid 2 BW geheel zou komen te vervallen, zou daardoor de mogelijkheid voor de rechter herleven om op grond van de in artikel 7:682 BW genoemde situaties de werkgever tot herstel van de dienstbetrekking te veroordelen. Bij een proeftijdontslag acht ik dit praktisch ongewenst. In geval van toepasselijkheid van de kennelijke onredelijkheidstoets bij opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd dient dan ook het bepaalde in artikel 7:682 BW om die reden buiten toepassing te worden verklaard. In dat geval zou de werkgever immers de arbeidsovereenkomst na herstel vrij snel weer kunnen beëindigen op grond van de hem in artikel 7:676 lid 1 BW gegeven bevoegdheid om de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd met onmiddellijke ingang op te zeggen. In de praktijk zal daarom worden gekozen voor de mogelijkheid om de werkgever tot schadevergoeding te veroordelen in geval van kennelijke onredelijke opzegging tijdens de proeftijd. Integrale schrapping van artikel 7:676 lid 2 BW geniet dan ook mijn voorkeur.

41 Zie o.a. Rb. Haarlem 30 januari 1987, KG 1987/110 en R.A.A. Duk, ‘Over de goede werkgever en het recht op feitelijke tewerkstelling; een voorbeeld van rechtsvinding in het arbeidsrecht’, in: W. Duk, *Recht op Scherp*, Zwolle 1984, p. 495-506.

17.5.3 Het verlengen van de maximumtermijn

Reeds bij de totstandkoming van de Wet op de arbeidsovereenkomst⁴² werden bezwaren geuit tegen de duur van de proeftijd.⁴³ Een periode van twee maanden werd als te kort ervaren. Voorts zou het volgens sommigen⁴⁴ goed aan de werknemer zelf kunnen worden overgelaten om zich bij een langere proeftijd neer te leggen of niet. De totstandkomingsgeschiedenis van de Wet Flexibiliteit en zekerheid⁴⁵ heeft geleerd dat de discussie over de duur van de proeftijd negentig jaar later nog steeds springlevend was. Bovendien speelden nog steeds dezelfde argumenten daarbij een rol. In 1907 werd als argument om de maximumduur van de proeftijd te beperken tot twee maanden aangevoerd, dat na verloop van de proeftijd aansluitend een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zou kunnen worden aangegaan, waarin de werkgever zich verder een oordeel zou kunnen vormen over de bekwaamheid en geschiktheid van de werknemer voor het werk. Bij de totstandkoming van de Wet Flexibiliteit en zekerheid werd dit argument opnieuw van stal gehaald om uiteindelijk van verlenging van de maximumduur van de proeftijd af te zien. Daarbij nam het kabinet het advies van de Stichting van de Arbeid over, die door de bij de Wet Flexibiliteit en zekerheid ingevoerde vernieuwde regeling voor de beëindiging van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, als neergelegd in artikel 7:668a BW, geen ruimte zag voor verruiming van de proeftijd. Het kabinet heeft daarbij tevens gewezen op het onverplichtende karakter van de proeftijd, die niet langer dient te duren dan strikt noodzakelijk is.⁴⁶

De vraag is nu of het mogelijk is tegemoet te komen aan de behoefte van de praktijk om langer proef te kunnen nemen dan maximaal twee maanden, zonder afbreuk te doen aan de rechtspositie van de werknemer. Indien wordt gekozen voor verlenging van de proeftijd zelf, zonder daaraan een repressieve toetsingsmogelijkheid door de rechter van de opzegging van de arbeidsovereenkomst te verbinden, wordt de werknemer te lang in onzekerheid gehouden, en neemt de mogelijkheid voor werkgevers om van de opzeggingsbevoegdheid tijdens de proeftijd misbruik te maken navenant toe. Dat is onwenselijk. Een werknemer kan, indien daarbij aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan, echter wel degelijk belang hebben bij een langere (maximumduur van de) proeftijd. In geval van twijfel over de bekwaamheid en geschiktheid van de werknemer voor het werk, kunnen de bij een langere proeftijd opgedane ervaringen de doorslag geven om hem na verloop van de proeftijd al dan niet een contract voor langere duur aan te bieden. Voorwaarde daarbij behoort dan naar mijn mening wel te zijn dat de werknemer gedurende de proeftijd niet 'vogelvrij' is, maar de mogelijkheid heeft om een onrechtmatige of onredelijke beëindiging van de proeftijd inhoudelijk door de rechter te laten toetsen. Deze toetsing dient, gelet op de aard van de proeftijd, geen volle toetsing te zijn. In dat geval zou een werkgever

42 Wet van 13 juli 1907, *Stb.* 1907/193.

43 O.a. het Tweede Kamerlid Van Doorn, zie A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, IV, Den Haag 1909, p. 60 t/m 64.

44 O.a. Van Doorn, zie A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, IV, Den Haag 1909, p. 57 e.v.

45 Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300.

46 Nota naar aanleiding van het verslag (20 juni 1997) Tweede Kamer, vergaderjaar 1996-1997.

immers in belangrijke mate de discretionaire bevoegdheid worden ontnomen om zich zelfstandig een oordeel te vormen over de bekwaamheden en de geschiktheid van de werknemer. Dat zou inbreuk maken op het wezen van de proeftijd. Een toetsing van de opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd dient naar mijn mening bij voorkeur een marginale kennelijke onredelijkheidstoets te zijn. Zoals ik in § 14.8 van dit boek reeds heb betoogd, biedt deze toetsingsmogelijkheid een duidelijke basis voor de inhoudelijke beoordeling van het ontslag alsmede een goed ontwikkeld sanctiepakket.

In het Duitse recht varieert de duur van de proeftijd naar gelang de aard en zwaarte van de functie. Voor relatief eenvoudige werkzaamheden geldt in de regel een proeftijd van drie tot vier maanden. Voor ingewikkelder werkzaamheden kan de proeftijd maximaal zes tot negen maanden duren. Voor de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst die voor de duur van een proeftijd (befristetes Probearbeitsverhältnis) werd aangegaan, geldt in beginsel geen ontslagbescherming (Kündigungsschutz). Bij cao (Tarifvertrag) kan een langere duur van de proeftijd worden overeengekomen en tevens worden bepaald dat ook gedurende de eerste zes maanden van de proeftijd ontslagbescherming zal gelden.⁴⁷ In Nederland kan ook bij cao een langere duur van de wettelijke proeftijd worden overeengekomen, zij het dat de maximumduur van in totaal twee maanden, op straffe van nietigheid van het proeftijdbeding, niet mag worden overschreden (art. 7:652 lid 6 jo lid 7 BW).

Indien verlenging van de proeftijd gepaard zou gaan met een repressieve toetsing van de opzegging tijdens de proeftijd, keert het belang van de werknemer zich naar mijn mening niet tegen deze verlenging. Nu de toetsing van de opzegging marginaal dient te zijn om het wezen van de proeftijd in stand te laten, dient een proeftijd naar mijn mening in beginsel niet langer te duren dan maximaal zes maanden. Indien werkgever en werknemer het dienstverband daarna voor bepaalde of onbepaalde tijd wensen voort te zetten, kan de werknemer aanspraak maken op de normale -volle- ontslagbescherming.

Indien wordt gekozen voor een proeftijd met een maximumduur van zes maanden, kan voorts de vraag worden gesteld of deze onmiddellijk kan worden opgezegd, zoals thans door artikel 7:676 lid 1 BW wordt bepaald, of dat bij de opzegging een opzegtermijn in acht zou moeten worden genomen. In de volgende paragraaf zal op dit aspect nader worden ingegaan.

17.5.4 Invoering van een opzegtermijn

Indien de duur van de proeftijd bij cao kan worden geregeld en de maximale wettelijk toegestane duur van de proeftijd zou mogen variëren van één tot zes maanden, kan het overeenkomen van een opzegtermijn in geval van opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd zinvol zijn. Bij de huidige stand van de wetgeving,

⁴⁷ BAG v. 19.6.1980-AP 55 zu § 620 BGB Befristetes Arbeitsvertrag; AP 7 zu § 174 BGB=NZA 90,63=BB 89, 2256=DB 90,635; LAG Berlin BB 77,997.

waarbij de maximale duur van de proeftijd twee maanden bedraagt, acht ik het overeenkomen van een opzegtermijn niet praktisch, gelet op de relatief korte duur van de proeftijd.

Een opzegtermijn zal in het algemeen in het belang zijn van een werknemer, die daardoor niet letterlijk van vandaag op morgen op straat staat, maar de gelegenheid krijgt om een passend alternatief te zoeken.⁴⁸ Naar Duits recht geldt voor een proeftijd die is opgenomen in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (vorgeschaftete Probezeit), een minimale opzegtermijn van twee weken.

Opzegging dient naar mijn mening, overeenkomstig de regeling die voor opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd in het Duitse recht⁴⁹ geldt, op elke dag van de maand te kunnen plaatsvinden. Uit oogpunt van rechtszekerheid verdient schriftelijke opzegging naar mijn mening de voorkeur.

In wat oudere jurisprudentie is het standpunt ingenomen dat het hanteren van een opzegtermijn in geval van opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd, in strijd zou zijn met het wezen van de proeftijd, inhoudende dat de arbeidsovereenkomst op elk ogenblik kan worden beëindigd. De Rechtbank Rotterdam⁵⁰ baseerde dit standpunt op het gegeven dat ook de wetgever er in 1953 van is uitgegaan, dat het tot het wezen van de proeftijd behoort dat deze op elk ogenblik kan worden beëindigd. Dit laatste is overigens maar de vraag, nu de minister al in 1907 bij de beraadslagingen als zijn standpunt kenbaar heeft gemaakt dat het eerste lid van het proeftijdartikel juist van aanvullend recht is.⁵¹ Volgens Christe⁵² en Van den Heuvel⁵³ behoort opzegging tijdens de proeftijd met onmiddellijke ingang niet tot het wezen van de proeftijd. Van den Heuvel beroept zich daarbij eveneens op het standpunt dat minister Van Raalte in 1906/1907 bij de totstandkoming van de Wet op de arbeidsovereenkomst heeft ingenomen en wijst erop dat de wetgever daarop niet is teruggekomen.

Ik sluit me aan bij de opvatting van Christe en Van den Heuvel. Uit de wetgeschiedenis blijkt dat de Minister van Justitie er in 1953 bij de parlementaire behandeling van de wet van 17 december 1953⁵⁴ op heeft gewezen, dat het tot het wezen van de proeftijd behoort dat deze elk ogenblik kan worden beëindigd. De mogelijkheid om

48 Zie ook de overwegingen van de Rb. Utrecht in haar vonnis van 20 maart 2002, *JAR* 2002/96 (*Jagdeu/DaimlerChrysler Nederland*).

49 § 622 Abs. 3 BGB.

50 Zie o.a. Rb. Rotterdam 29 maart 1974, *NJ* 1974, 379 (*Bulk Oil/Uijl*) en de conclusie van P-G mr. W.J.M. Berger bij HR 20 mei 1983, *NJ* 1983, 702 (*Lubout/Meelis*).

51 Minister Van Raalte: 'Daar het artikel intusschen in hoofdzaak aanvullend recht inhoudt, zijn partijen vrij om van het voorschrift van het eerste lid, mits binnen de grenzen door het tweede lid aangegeven, bij hare overeenkomst af te wijken' (Bles IV, p. 60). Zie ook D. Christe, 'Aantekening bij de proeftijd van artikel 1639n BW, SMA 1979, p. 478. Anders: P-G mr. W.J.M. Berger in zijn conclusie voor HR 20 mei 1983, *NJ* 1983, 702 (*Lubout/Meelis*).

52 D. Christe, 'Aantekening bij de proeftijd van artikel 1639n BW, SMA 1979, p. 478.

53 L.H. van den Heuvel, *De redelijkheidstoetsing van ontslagen*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 1982, p. 127-128.

54 Wet van 17 december 1953, *Stb.* 1953/619.

onmiddellijk te kunnen beëindigen, houdt naar mijn mening geen verplichting daartoe in. Bovendien moet het hanteren van een opzegtermijn bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd normaliter in het belang van de werknemer worden geacht, nu hem daardoor tijd wordt vergund om naar ander werk uit te zien. Mede om deze reden dient naar mijn mening in de wet de mogelijkheid te worden vastgelegd om in een individuele arbeidsovereenkomst of bij cao een opzegtermijn in acht te nemen van maximaal twee weken in geval van beëindiging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd.

De opzegging tijdens de proeftijd zal er hoe dan ook tot moeten leiden dat de arbeidsovereenkomst nog tijdens de proeftijd tot een einde komt. Indien de arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld door het hanteren van een opzegtermijn aan het einde van de proeftijd, wordt opgezegd, waardoor de maximumduur van de proeftijd wordt overschreden, ontstaat er rechtsonzekerheid over de vraag of de bepalingen die handelen over de opzegging, na het verstrijken van de proeftijd van toepassing zijn. Die onzekerheid, die nu juist door de ijzeren proeftijdtheorie wordt voorkomen, moet naar mijn mening worden vermeden.⁵⁵

17.5.5 Opschorting/oprekking van de proeftijd

Het is de vraag of de 'ijzeren proeftijdtheorie' opschorting of oprekking van de proeftijd mogelijk maakt. Tot op heden is die vraag door de Hoge Raad zonder uitzondering ontkennend beantwoord.⁵⁶ Het Duitse recht kent evenmin de mogelijkheid om de proeftijd, bijvoorbeeld in geval van ziekte of vakantie van de werknemer, op te schorten. Wel kent het Duitse recht de mogelijkheid om de proeftijd op te rekken of te verlengen. Een opschorting of oprekking van de proeftijd kan er evenwel in de praktijk toe leiden dat tijdens de proeftijd zoveel mogelijk feitelijk proef wordt genomen, waardoor tot een goed afgewogen oordeel kan worden gekomen over de eigenschappen en geschiktheid van de werknemer voor een bepaalde functie. De Hoge Raad laat het belang van rechtszekerheid voor de werknemer over de duur van de proeftijd in zijn uitspraken zwaarder wegen dan het belang om via een meer gedifferentieerde regeling van de proeftijd in bijvoorbeeld gevallen van ziekte te komen tot een feitelijke proefneming. De Hoge Raad heeft dit standpunt nader gemotiveerd door erop te wijzen dat de wetgever voor de geenszins uitzonderlijke gevallen, waarbij het niet of nauwelijks tot een feitelijke proefneming komt, geen bijzondere voorziening heeft opgenomen. Het is de vraag of deze verstrekkende conclusie kan worden getrokken. Uit de wetsgeschiedenis blijkt immers niet dat de wetgever überhaupt heeft stilgestaan bij de mogelijkheid dat het bijvoorbeeld door ziekte niet tot een feitelijke proefneming komt. Nu de wetgever blijkens de

⁵⁵ Ook in de rechtspraak wordt opzegging waardoor de maximumduur van de proeftijd wordt overschreden, uitgesloten geacht. Zie o.a. HR 20 mei 1983, NJ 1983, 702 (*Lubout/Meelis*) en Rechtbank Utrecht 20 maart 2002, JAR 2002/96 (*Jagdew/DaimlerChrysler Nederland*).

⁵⁶ HR 9 april 1954, NJ 1954, 446 (*Oranje/Monroe*), met interessante conclusie van A-G mr. G.E. Langemeijer en HR 23 december 1983, NJ 1984, 332 (*Keizer/Van Dijk*).

wetsgeschiedenis van de Wet op de arbeidsovereenkomst⁵⁷ wel een feitelijke proefneming heeft gewenst, zou onder verwijzing naar dezelfde wetsgeschiedenis kunnen worden betoogd dat opschorting van de proeftijd is toegestaan in die gevallen waarbij het buiten toedoen van werknemer niet tot een voldoende feitelijke proefneming is gekomen. Gelet op de relatief korte duur van de proeftijd is het mijns inziens mede uit het oogpunt van rechtszekerheid raadzaam om bij wet te bepalen dat de proeftijd met een bepaalde tijd wordt verlengd, als het buiten toedoen van de werknemer over een aaneengesloten periode niet tot een feitelijke proefneming is gekomen. De werkgever moet de tijd bijhouden, die de werknemer door ziekte of andere oorzaken niet op het werk heeft doorgebracht.⁵⁸ Daardoor is op eenvoudige wijze vast te stellen met hoeveel dagen de proeftijd zal worden verlengd c.q. opgeschort. Tot rechtsonzekerheid hoeft dit naar mijn mening heden ten dage niet meer te leiden. Indien we ons baseren op het standpunt dat de proeftijd in deze situaties wordt opgeschort voor de tijd dat het niet tot een feitelijke proefneming kwam, is geen sprake van schending van de ijzeren proeftijdtheorie. Bovendien sluit het begrip 'opschorting' goed aan bij de gedachtegang van een feitelijke proefneming tijdens de proeftijd. Ook in de literatuur wordt ervoor gepleit om de proeftijd te verlengen in die gevallen dat het door ziekte of andere oorzaken geheel of gedeeltelijk niet tot een feitelijke proefneming kwam.⁵⁹

Ik ben van mening dat het invoeren van de wettelijke mogelijkheid tot opschorting van de proeftijd in die gevallen dat het buiten toedoen van werknemer geheel of gedeeltelijk niet tot een feitelijke proefneming komt, de doelmatigheid van de proeftijdregeling ten goede komt en in het belang van de werknemer moet worden geacht. Ik pleit dan ook voor invoering van die mogelijkheid.

17.6 Conclusie

De proeftijd kan een nuttig instrument zijn voor zover hij de werkgever en werknemer in voldoende mate in staat stelt om gedurende een zekere periode ervaring met elkaar op te doen. Daarvoor moet de proeftijdregeling terugkeren naar de basis. Daadwerkelijke proefneming gedurende een proeftijd van langere duur, in combinatie met de mogelijkheid van opschorting tijdens ziekte van de werknemer of andere omstandigheden waardoor het buiten toedoen van de werknemer niet tot een feitelijke proefneming kwam, alsook de mogelijkheid van repressieve toetsing van het proeftijdontslag, komen tegemoet aan de eisen van de praktijk. Werkgevers wensen immers over het algemeen gedurende langere tijd ervaring tijdens de proeftijd te kunnen opdoen. Werknemers hebben de behoefte aan meer rechtszekerheid

57 Memorie van Toelichting, o.a. op artikel 1639l (oud) BW, Voorlopig Verslag der Tweede Kamer. Zie A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, IV, Den Haag 1909, p. 57 e.v. Zie ook § 14.2 van dit boek.

58 Zie o.a. art. 6 lid 2 sub a van het ARAR.

59 Zie o.a. T.W.J. Phaff, *Naar een nieuw ontslagrecht*, diss. Leiden, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 153. Zie SER-adviesaanvraag p. 19, brief d.d. 20 maart 1985 van de Ministers van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en van Justitie, gericht aan de SER, met het verzoek om advies uit te brengen over een aantal voorstellen voor herziening van het ontslagrecht (kenmerk: Sociale Zaken en Werkgelegenheid nr. ARBVO/Jura/B/85/04506), waaruit blijkt dat ook de minister een opschortingsmogelijkheid voor de proeftijd heeft gesuggereerd.

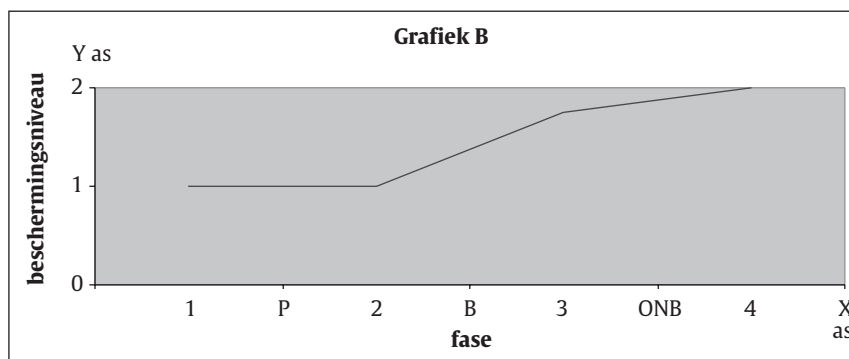
tijdens de proeftijd. De bepaling dat bij opzegging van de arbeidsovereenkomst een opzegtermijn van twee weken moet worden gehanteerd, maakt een einde aan de als oneervol ervaren onmiddellijke opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd.

Voor de totstandkoming van een proeve voor de regeling van een nieuwe proeftijd is gekozen voor een combinatie van het Duitse en Nederlandse rechtssysteem. In de proeve heb ik de genoemde voordelen van de proeftijd naar Duits recht, zoals de plicht tot feitelijke proefneming, het hanteren van een opzegtermijn bij opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd en het hanteren van een langere maximumduur (zes maanden) van de proeftijd in het belang van de feitelijke proefneming overgenomen. Voordelen van de huidige Nederlandse proeftijdregeling heb ik in de proeve intact gelaten, zoals het schriftelijk overeenkomen van de proeftijd en de ijzeren proeftijdtheorie. Voorts is de mogelijkheid van toetsing van de opzegging tijdens de proeftijd op kennelijke onredelijkheid in de proeve ingevoerd. De proeve voor een nieuwe proeftijdregeling is weergegeven in bijlage 3 van dit boek.

In onderstaande grafieken is de rechtspositie van de werknemer tijdens de proeftijd in kaart gebracht, respectievelijk conform de thans bestaande situatie (grafiek B) en de situatie na de invoering van een kennelijke onredelijkheidstoetsing en een verplichte feitelijke proefneming (grafiek C). Uit grafiek C blijkt dat de zwakke rechtspositie van de proeftijdwerknemer door de combinatie van een verplichte feitelijke proefneming en een kennelijke onredelijkheidstoets van het proeftijdontslag in niet-onbelangrijke mate wordt versterkt.

Grafiek B: Beschermingsniveau werknemer gedurende de proeftijd

Thans bestaande situatie

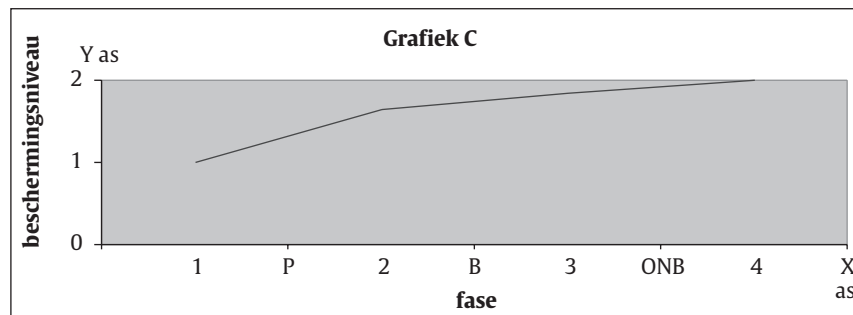


Legenda Y-as	
0	geen bescherming
1	onrechtmatige daad, goed werkgeverschap, misbruik van bevoegdheid,
2	onrechtmatige daad, toerekenbare tekortkoming, goed werkgeverschap, misbruik van bevoegdheid, opzegverboden, ontslagvergoeding kennelijk onredelijk ontslag

Legenda X-as	
P	proeftijd
B	bepaalde tijd
ONB	onbepaalde tijd

Grafiek C: Beschermingsniveau werknemer gedurende de proeftijd

Situatie na invoering kennelijke onredelijkheidstoets bij proeftijdontslag en verplichte proefneming



Legenda Y-as	
0	geen bescherming
1	onrechtmatige daad, goed werkgeverschap, misbruik van bevoegdheid, kennelijke onredelijkheidstoets, verplichte proefneming
2	onrechtmatige daad, toerekenbare tekortkoming, goed werkgeverschap, misbruik van bevoegdheid, opzegverboden, ontslagvergoeding, kennelijk onredelijk ontslag

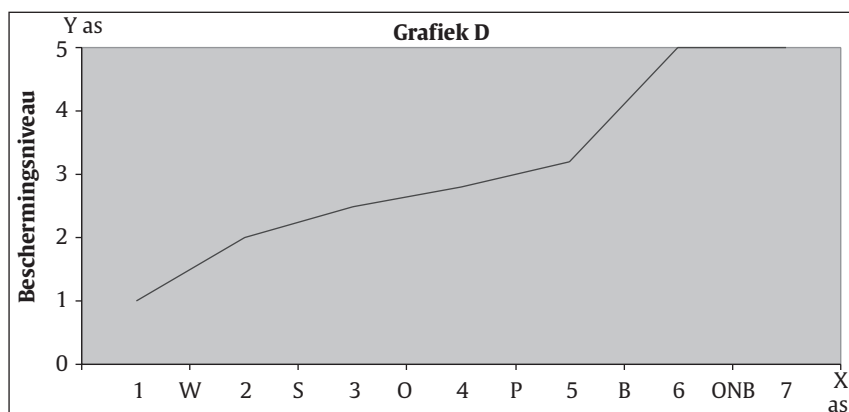
Legenda X-as	
P	proeftijd
B	bepaalde tijd
ONB	onbepaalde tijd

17.7 Eindconclusie over de sollicitatiefase en proeftijd

De mate van rechtsbescherming neemt gaandeweg de sollicitatiefase tot het einde van de proeftijd toe. In dit boek is een aantal voorstellen gedaan om de rechtsbescherming van zowel de sollicitant als de werknemer tijdens de proeftijd te versterken, onder gelijktijdige verlenging -onder voorwaarden- van de proeftijd, om die beter tot zijn recht te laten komen. De daardoor ontstane versterking in rechtspositie, is zichtbaar bij onderlinge vergelijking van onderstaande grafieken D en E.

Grafiek D: Beschermingsniveau sollicitant/werknemer gedurende de sollicitatiefase en proeftijd

Thans bestaande situatie



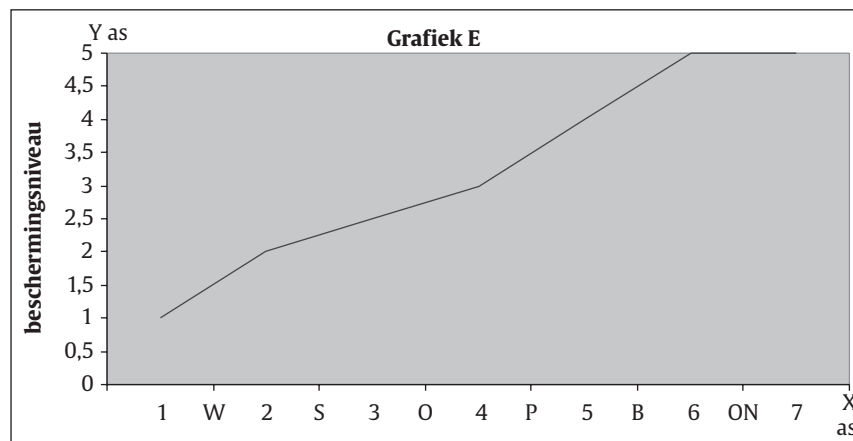
Legenda Y-as	
0	geen bescherming
1	onrechtmatige daad, klachtenprocedure NVP, strafrechtelijke/ bestuursrechtelijke handhaving
2	onrechtmatige daad, goed werkgeverschap, misbruik van bevoegdheid, vage normen, klachtenprocedures, strafrechtelijke/ bestuursrechtelijke handhaving
3	onrechtmatige daad, opzegverboden, toerekenbare tekortkoming

Legenda Y-as	
4	onrechtmatige daad, goed werkgeverschap, misbruik van bevoegdheid
5	onrechtmatige daad, toerekenbare tekortkoming, goed werkgeverschap, misbruik van bevoegdheid, opzegverboden, ontslagvergoeding, kennelijk onredelijk ontslag

Legenda X-as	
W	werving
S	selectie
O	onderhandelingen
P	proeftijd
B	bepaalde tijd
ONB	onbepaalde tijd

Grafiek E: Beschermingsniveau sollicitant/werknemer gedurende de sollicitatiefase en proeftijd

Situatie na invoering kennelijke onredelijkheidstoets bij proeftijdontslag en verplichte proefneming



Legenda Y-as	
0	geen bescherming
1	onrechtmatige daad, Klachtenprocedure NVP, strafrechtelijk/ bestuursrechtelijk handhaving
2	onrechtmatige daad, goed werkgeverschap, misbruik van bevoegdheid, vage normen, klachtenprocedures, strafrechtelijke/ bestuursrechtelijke handhaving
3	onrechtmatige daad, opzegverboden, toerekenbare tekortkoming
4	onrechtmatige daad, goed werkgeverschap, misbruik van bevoegdheid, kennelijk onredelijkheid, verplichte proefneming
5	onrechtmatige daad, toerekenbare tekortkoming, goed werkgeverschap, misbruik van bevoegdheid, opzegverboden, ontslagvergoeding, kennelijk onredelijk ontslag

Legenda X-as	
W	werving
S	selectie
O	onderhandelingen
P	proeftijd
B	bepaalde tijd
ONB	onbepaalde tijd

Slotbeschouwing

In een democratische samenleving vindt de vrijheid van de één zijn begrenzing in de vrijheid van een ander. Als we dit vertalen naar de sollicitatiefase en de proeftijd, houdt dit in dat de contractsvrijheid en de bevoegdheid om tijdens de proeftijd de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang op te zeggen, niet *coûte que coûte* en zonder inachtneming van zorgvuldigheidsregels mogen worden toegepast. Partijen moeten in de sollicitatiefase, die een onderhandelingsfase is tussen werkgever en sollicitant, alsook tijdens de proeftijd, met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening houden. Als uitgangspunt voor de sollicitatieprocedure dient te gelden dat misbruik moet worden voorkomen door een eerlijke kans op aanstelling middels een zorgvuldige sollicitatieprocedure. Misbruik ligt op de loer nu de rechtspositie van de sollicitant, alhoewel deze de laatste decennia onder andere door de invoering van de gelijkebehandelingswetgeving aanzienlijk is verbeterd, nog nauwelijks in de wet, cao's of ondernemingsovereenkomsten is geregeld. Bovendien is het de vraag of een wettelijke regeling voor de werving en selectie de voorkeur geniet of dat beter kan worden gekozen voor autonome regelgeving via de sociale partners en/of medezeggenschapsorganen.

Bij een eerlijke kans op aanstelling en een zorgvuldige sollicitatieprocedure hoort dat onderhandelingen over de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst niet zonder rechtens aanvaardbare reden mogen worden afgebroken. Daarbij zal rekening moeten worden gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Wordt in strijd met dit beginsel gehandeld, dan kan sprake zijn van misbruik van bevoegdheid, onrechtmatige daad of bijvoorbeeld handelen in strijd met de eisen van goed werkgeverschap of goed werknemerschap. Om een eerlijke kans op aanstelling volgens een zorgvuldige sollicitatieprocedure te bewerkstelligen, is het van belang dat de gelijkebehandelings-wetgeving en de NVP Sollicitatiecode door publicaties van de overheid bij het grote publiek bekend worden gemaakt. Goede voorlichting door de overheid kan ertoe leiden dat de positie van de sollicitant in de toekomst verbetert en er minder misbruik van zal worden gemaakt. Ook van de werkgever mag worden verwacht dat de sollicitant naar behoren wordt geïnformeerd over de vacature en het verloop van de sollicitatieprocedure. Deze informatieverschaffing aan de sollicitant kan worden bevorderd door vermelding in een personeelsadvertentie van een contactpersoon waarbij de gewenste informatie kan worden ingewonnen of het beschikbaar stellen van een informatiefolder door de werkgever. Voorts ligt er een taak voor de sociale partners en/of medezeggenschapsorganen om de rechtspositie van de sollicitant door middel van autonome regelgeving (bijvoorbeeld ondernemings- of bedrijfstakcao's, ondernemingsovereenkomsten of middels bepalingen in de cao waarbij verdere bevoegdheden aan de ondernemingsraad worden toegekend) te versterken.

Ook de opzeggingsbevoegdheid tijdens de proeftijd kan eenvoudig worden misbruikt. De materiële rechtspositie van de werknemer tijdens de proeftijd is, evenals die van de sollicitant, wettelijk niet of nauwelijks geregeld. De arbeidsovereenkomst kan zelfs voor aanvang van de proeftijd worden opgezegd. Alleen opzegging in strijd met een

discriminatieverbod of opzegging op grond van redenen die niets met het functioneren van de werknemer te maken hebben, kunnen volgens de lagere rechtspraak als misbruik van bevoegdheid worden aangemerkt. In zoverre dient dus ook tijdens de proeftijd met de belangen van de werknemer rekening te worden gehouden. Als wordt gekozen voor een wettelijke plicht om feitelijk proef te nemen tijdens de proeftijd, zal het eenvoudiger zijn om de opzegging tijdens de proeftijd te toetsen aan het kader van artikel 3:13 BW. Dit zou een belangrijke verbetering van de rechtspositie van de proeftijdwerknemer tot gevolg hebben, omdat de opzegbevoegdheid dan zal worden getoetst aan het wettelijk verankerde doel om tijdens de proeftijd daadwerkelijk proef te nemen. Ook de rechtspositie van de proeftijdwerknemer kan door zelfregulering via de sociale partners (bijvoorbeeld middels ondernemings- of bedrijfstakcao's) en/of medezeggenschapsorganen) worden versterkt. De invloed van de ondernemingsraad bij zelfregulering kan nog verder worden versterkt door het toekennen van extra bevoegdheden in ondernemingsovereenkomsten of middels bepalingen hierover in de cao, waarbij verdere bevoegdheden aan de ondernemingsraad kunnen worden toegekend. Daarbij dient deze zich meer dan thans het geval is ook te richten op de materiële rechtspositie van de proeftijdwerknemer.

In deze tijd van toenemende flexibiliteit in arbeidsverhoudingen en maatschappelijke discussie over verminderde ontslagbescherming blijft er naar mijn mening behoefte bestaan aan misbruiktoetsing van het proeftijdontslag. Het ligt zelfs voor de hand dat de behoefte aan een materiële toetsing van het proeftijdontslag door deze ontwikkeling alleen nog maar toeneemt, om te voorkomen dat de proeftijdwerknemer, net als een eeuw geleden bij de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst, volledig rechteloos zal zijn.

Bij nader inzien vertonen de rechtspositie van de sollicitant en de werknemer tijdens de proeftijd veel punten van overeenkomst. Als uitvloeisel van de precontractuele redelijkheid en billijkheid dienen werkgever en sollicitant elkaar te informeren over omstandigheden die voor het aangaan van de arbeidsovereenkomst van belang zijn. De contractsvrijheid werkt in feite na afronding van de sollicitatiefase door de aanstelling, door in de proeftijd. Hierdoor ontstaat een spanningsveld. Enerzijds staat in de precontractuele fase de verplichting van partijen centraal om hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen. Anderzijds moeten we daarbij de ratio achter de proeftijd -wederzijdse proefneming- niet uit het oog verliezen. Gelet op deze doelstelling is het tijdens de proeftijd nog niet de bedoeling dat partijen zich tijdens de aanvang van het dienstverband reeds binden. De proeftijdfase is hierdoor dan ook in feite een contractueel verlengstuk van de sollicitatiefase. De proeftijdfase wordt eveneens door de redelijkheid en billijkheid beheerst. Aan het uitgangspunt om zowel in de sollicitatiefase als in de contractuele fase met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening te houden, wordt in beide fasen uitvoering gegeven. Hierdoor ontstaan dwarsverbindingen. Zo kan verzwijging in de sollicitatiefase leiden tot ontslag in de proeftijd en kan een onzorgvuldig verlopen sollicitatieprocedure ertoe leiden dat ontslag voor aanvang of tijdens de proeftijd in strijd met de eisen van goed werkgeverschap wordt beschouwd of als onrechtmatig

wordt aangemerkt. De werking van de redelijkheid en billijkheid in de precontractuele fase is echter beperkt door het beginsel van contractsvrijheid, dat aan ons algemeen verbintenissenrecht ten grondslag ligt. Tijdens de proeftijd speelt de contractsvrijheid geen rol meer, maar gaat het om de uitoefening van de contractuele bevoegdheid om een arbeidsovereenkomst onmiddellijk op te zeggen. Dit verklaart de relatief betere rechtspositie van de proeftijdwerknemer ten opzichte van die van de sollicitant. Dit laat echter onverlet dat de algemene rechtspositie van de sollicitant en die van de proeftijdwerknemer middels zelfregulering door werkgevers en werknemers, als onderdeel van het sociaal beleid, kan worden versterkt.

Het arbeidsrecht bevindt zich niet in een vacuüm. Het wordt beïnvloed door de ontwikkeling van vage normen binnen het algemene verbintenissenrecht. Toekomstige maatschappelijke veranderingen zullen daaraan richting en verdere invulling geven. De rechtspositie van de sollicitant en die van de werknemer tijdens de proeftijd varen op de golven van die ontwikkelingen mee. De tijd zal het leren....

BIJLAGE 1 OVERZICHT VAN ONDERZOCHE BRANCHECAO'S

	Branchecao's op alfabetische volgorde	ingangsdatum	expiratedatum
	1 Afbouw	01-01-2008	31-12-2009
	2 Aardappelen, groenten en fruit, Groothandel in	01-04-2009	31-03-2010
	3 Algemene Bank	01-01-2008	01-04-2009
	4 Ambulante detailhandel	01-06-2007	31-12-2008
	5 Apotheken	01-04-2008	31-03-2010
	6 Architectenbureau's	01-04-2007	31-03-2009
	7 Bakkersbedrijf	17-10-2009	31-05-2013
w	8 Baksteenindustrie, Nederlandse	01-04-2007	31-03-2009
	9 Banden- en wielenbranche	01-01-2009	30-09-2010
	10 Bedrijfsverzorgingsdiensten	01-07-2008	30-06-2010
	11 Bereide Verf- en Drukinktindustrie	01-04-2007	31-03-2009
	12 Beroepsgoederenvervoer over de weg	01-10-2008	31-12-2009
	13 Besloten busvervoer	01-07-2008	31-12-2011
	14 Betonproductenindustrie	01-03-2007	28-02-2009
	15 Beveiligingsorganisaties, particuliere	01-08-2008	30-06-2010
	16 Bibliotheken, Openbare	01-01-2007	30-06-2009
	17 Bioscoopbedrijf	01-01-2007	31-12-2008
	18 Bitumineuze en kunststof dakbedekkingsbedrijven	01-01-2008	31-03-2010
	19 Bloembollen, Groothandel in- V/H. Bloembollenbedrijf	01-07-2009	30-06-2010
	20 Bloemen en Planten gespecialiseerde detailhandel in	01-01-2009	31-03-2011
	21 Boeken- en Tijdschriftuitgeverijbedrijf	01-01-2007	31-03-2009
	22 Boekhandel	01-10-2008	31-01-2010
	23 Bos en Natuur Raam-Cao VH Bosbouw Particuliere	01-01-2008	31-12-2009
w	24 Bouwmaterialen, Handel in	01-07-2008	30-06-2010
	25 Bouwnijverheid (CAO voor de)	01-07-2009	31-12-2010
	26 Branche Kinderopvang Nederland	01-01-2009	31-12-2010

Bijlage 1 Overzicht van onderzochte branchecao's

	Branchecao's op alfabetische volgorde	ingangsdatum	expiratedatum
	27 Brandstoffenbedrijf	01-06-2004	01-06-2007
	28 BVE, beroeps- en volwasseneneducatie	01-02-2007	31-01-2009
	29 Callcenters, facilitaire	01-05-2008	30-04-2010
	30 Carosseriebedrijf	01-02-2008	30-11-2009
	31 Colland Agrarische en Aanverwante sectoren	01-01-2006	31-12-2010
	32 Contractcateringbranche	01-04-2008	01-04-2010
	33 Contractspelers betaald voetbal	01-07-2005	30-06-2008
	34 Crematoria	01-07-2007	31-12-2009
	35 Dagattractiebedrijf	01-01-2009	31-12-2010
w	36 Dagbladjournalisten	01-01-2007	31-03-2009
p	37 Dans	01-01-2009	30-04-2010
	38 Dierenartsenpraktijken	01-01-2008	31-12-2009
	39 Dierenspeciaalzaken aquariumspeciaalzaken en hengelsportspeciaalzaken detailhandel in-	01-06-2007	31-12-2008
	40 Dierhouderij	01-07-2007	31-12-2009
	41 Doe-het-zelfbranche	01-04-2004	31-12-2006
	42 Drankindustrie en groothandel in dranken	01-04-2009	30-06-2010
	43 Drogisterijbranche	01-04-2007	31-03-2008
	44 Eieren en eiproducten en de eiproductenindustrie groothandel in	01-01-2007	31-12-2010
	45 Elektrotechnische detailhandel	01-07-2007	31-12-2008
w	46 Energie en nutsbedrijven sector distributie	01-04-2005	01-06-2007
	47 Energie en nutsbedrijven sector CAO productie	01-01-2005	31-05-2007
	48 Energie en nutsbedrijven kabel en telecomsector cao	01-04-2009	01-04-2010
	49 Evenementen- en horecabeveiliging vaste werknemers en oproepkrachten ttw	01-01-2007	31-12-2009
	50 Fotografische artikelen detailhandel in-	01-06-2007	31-05-2009
w	51 Geestelijke gezondheidszorg (GGZ)	01-03-2008	31-03-2009
w	52 Gehandicaptenzorg	01-04-2007	31-12-2008
	53 Geluids- en beelddragende samenwerkende winkels en ketens	01-06-2007	31-05-2009
	54 Gemaksvoedingsindustrie	01-07-2007	30-06-2009
	55 Gezondheidscentra	01-04-2007	31-03-2008
	56 Glastuinbouw	01-07-2007	30-06-2009
	57 Goederenvervoer Nederland	01-10-2008	31-12-2009
	58 Goederenvervoer over het spoor	01-04-2005	31-03-2007
	59 Golfbranche	01-07-2008	31-03-2010
	60 Goud- en zilvernijverheid	01-02-2008	30-11-2009
	61 Graanbe- en verwerkende bedrijven	01-04-2008	31-03-2010
	62 Grafimedia	01-02-2007	31-01-2010

Bijlage 1 Overzicht van onderzochte branchecao's

	Branchecao's op alfabetische volgorde	ingangsdatum	expiratedatum
63	Groenten- en fruitverwerkende industrie	01-04-2008	31-03-2010
64	Groenvoederdrogerijen	01-07-2007	30-06-2009
65	Haringpakkers-, schuur-, erf- en technisch personeel	01-01-2007	31-12-2008
p	66 Hiswa (houten en kunststoffen jachtbouw)	01-01-2008	31-12-2008
w	67 Hoger beroepsonderwijs 2007-2010	01-08-2007	31-07-2010
	68 Horeca- en aanverwante bedrijf	01-04-2008	31-03-2010
	69 Horecaproducten (groothandel)	01-06-2008	31-05-2009
	70 Houthandel	01-08-2007	31-07-2009
p	71 Houtverwerkende industrie	01-05-2008	30-04-2010
	72 Hoveniersbedrijf in Nederland	01-03-2007	28-02-2009
	73 Huis-aan-huisbladjournalisten	01-01-2007	31-12-2009
	74 Huisarts in dienst bij een huisarts HIDHA	01-05-2008	30-06-2010
	75 Huisartsenzorg	01-01-2009	31-12-2008
	76 Informatie-, communicatie- en kantoortechnologiebranche (ICK)	01-01-2008	31-03-2010
	77 Internaten kinderen van binnenschippers en/of kermisexploitanten	01-05-2008	31-12-2008
	78 Isolatiebedrijf	01-02-2008	30-11-2009
	79 ISP & HS	01-01-2009	31-12-2010
	80 Jeugdzorg	01-05-2008	30-04-2010
	81 Juweliersartikelen detailhandel in-	01-06-2007	31-05-2009
	82 Kaaspakhuis, particuliere	01-04-2008	31-03-2010
	83 Kantoorvakhandel	01-04-2008	30-09-2008
p	84 Kappersbedrijf Fusion en VPP CMHF	01-01-2008	31-12-2009
	85 Kappersbedrijf SF O&O	01-01-2006	31-12-2010
	86 Kartonnage- en flexibele verpakkingenbedrijf	01-07-2009	30-06-2010
w	87 Kenniscentra beroepsonderwijs bedrijfsle-ven vh landelijke organen beroepsonderwijs	01-02-2007	31-01-2010
	88 Kinderopvang voor kindercentra en gastouderopvang	01-05-2009	30-04-2010
	89 Kringloopbranche	01-07-2008	30-06-2009
	90 Kunsteducatie v/h Kunstzinnige vorming	01-04-2006	31-12-2008
	91 Kunststof en rubberindustrie NWBC	01-06-2007	31-05-2009
	92 Landbouwwerktuigen exploiterende ondernemingen	01-04-2009	31-03-2010
	93 Lederwaren en reisartikelen (detailhandel)	01-06-2007	31-12-2008
	94 Levensmiddelenbedrijf	01-04-2008	31-03-2010
	95 Levensmiddelen, grootwinkelbedrijven VGL	01-04-2008	31-03-2010
	96 Levensmiddelen, zoetwaren, tabaksproduc-ten en bakkerijproducten (groothandel)	01-07-2007	01-07-2009
	97 Metaalbewerkingsbedrijf	01-02-2008	30-11-2009

	Branchecao's op alfabetische volgorde	ingangsdatum	expiratedatum
98	Metalektro	01-11-2007	31-01-2010
99	Meubelindustrie en meubileringsbedrijven	01-07-2008	30-06-2010
100	Mode- interieur- tapijt- en textielindustrie ttw	01-05-2008	30-06-2010
101	Mortel- en morteltransportondernemingen	01-04-2009	31-12-2010
102	Motorvoertuigenbedrijf en tweewielerbedrijf	01-02-2008	30-11-2009
103	Multimodaal vervoer	01-01-2005	31-12-2007
104	Muziekinstrumenten en bladmuziek (detailhandel)	01-06-2007	31-12-2008
105	Natuursteenbedrijf	01-03-2009	28-02-2010
p	106 Nederlands Theater	01-01-2008	31-12-2008
107	Nederlandse Poppodia en -festivals	01-01-2009	31-12-2010
108	Nederlandse Universiteiten	01-09-2007	28-02-2010
109	Omroeperspersoneel	01-04-2007	31-03-2009
w	110 Onderzoeksinstellingen	01-01-2008	30-06-2010
111	Openbaar vervoer	01-01-2008	30-06-2009
p	112 Open teelten vh landbouw	01-07-2006	31-12-2008
113	Opinieweekbladjournalisten	01-01-2007	30-06-2009
114	Optiekbedrijven	01-01-2006	31-12-2006
115	Orgelbouwbedrijf in Nederland	01-01-2009	31-12-2010
116	Orkesten, Nederlandse	01-01-2009	31-12-2009
117	Papierindustrie	01-07-2009	30-06-2010
118	Parketvloerenondernemingen	01-02-2008	31-12-2009
119	Pluimveeverwerkende industrie	01-05-2009	30-04-2010
p	120 Primair onderwijs	01-01-2009	31-12-2009
121	Publiektijdschriftjournalisten	01-01-2007	30-06-2009
122	Railinfrastructuur	01-01-2008	23-04-2010
w	123 Reclassering	01-01-2008	30-06-2009
124	Recreatie	02-12-2009	30-06-2010
125	Reisbranche	11-01-2009	31-03-2009
126	Reprografisch bedrijf	01-02-2007	31-01-2011
127	Rundveeverbetering in Nederland	01-01-2009	31-12-2009
128	Schilders-, afwerkings en glaszetbedrijf	01-03-2009	28-02-2011
129	Schoen- en lederwarenindustrie	01-07-2009	30-06-2010
130	Schoonmaak- en glazenwassersbedrijf ttw	01-04-2008	31-12-2009
131	Signbedrijven	01-12-2007	31-12-2010
132	Slagersbedrijf	01-04-2007	31-03-2009
133	Sociale werkvoorziening	01-11-2007	31-12-2008
134	Suikerverwerkende industrie	01-07-2008	30-06-2010
135	Suikerwerk- en chocoladeverwerkende industrie	01-01-2007	30-06-2007
136	Tabaksartikelen (detailhandel)	01-06-2007	31-12-2008

Bijlage 1 Overzicht van onderzochte branchecao's

	Branchecao's op alfabetische volgorde	ingangsdatum	expiratedatum
	137 Tandtechniek	01-07-2007	30-06-2009
	138 Tankstation ttw	01-07-2006	30-06-2011
p	139 Taxivervoer	01-01-2009	31-12-2013
	140 Technische Install. Bedr	01-02-2008	30-11-2009
	141 Technische groothandel FKB	01-04-2005	31-03-2010
	142 Tentoonstellingsbedrijven	01-07-2007	31-12-2009
	143 Textielgoederen en aanverwante artikelen (groothandel)	01-01-2008	31-03-2009
	144 Textielverzorging	01-07-2007	30-06-2009
	145 Thuiszorg	01-10-2006	01-03-2010
	146 Timmerfabrieken	01-01-2007	30-06-2007
	147 Timmerindustrie	01-07-2009	31-12-2009
w	148 Tuinbouwveilings	01-04-2008	01-01-2010
	149 Tuincentra	02-04-2008	01-04-2010
	150 Tuinzaadbedrijven	01-07-2009	30-06-2010
	151 Uitvaartverzorging	01-07-2008	30-06-2010
p	152 Uitzendkrachten	29-03-2009	28-03-2014
	153 Uitzendondernemingen vaste medewerkers	01-01-2009	31-03-2011
	154 Vaktijdschriftjournalisten	01-01-2007	31-03-2009
	155 Varkensverbetering in Nederland	01-01-2009	31-12-2009
	156 Verf- en behang (detailhandel)	01-06-2007	31-12-2008
	157 Verpleeg- en verzorgingshuizen en thuiszorg (VVT)	01-01-2008	01-03-2010
	158 Verzekeringsbedrijf binnendienst	01-06-2007	30-11-2009
w	159 Verzekeringsbedrijf buitendienst	01-06-2007	30-11-2009
	160 Vlakglas, glasbewerkings- en glazeniersbedrijf (groothandel)	01-04-2009	31-03-2011
p	161 Vleessector	01-04-2009	31-03-2011
	162 Vleeswarenindustrie	01-04-2009	31-03-2010
	163 Voortgezet Onderwijs VO	01-07-2008	01-08-2010
w	164 Waterbedrijven aangesloten bij de WWB	01-06-2004	31-05-2007
	165 Waterbouw v/h Baggerbedrijf	01-01-2006	31-12-2007
	166 Weefselkweeksector	01-04-2008	31-03-2010
	167 Welzijn en Maatschappelijke Dienstverlening	01-05-2008	31-12-2010
	168 Wonen v/h woninginrichting	01-01-2008	31-12-2009
	169 Woondiensten	01-01-2007	31-12-2008
	170 Zeescheepvaart 9000 Gross Tonnage	01-04-2004	31-03-2005
	171 Zeilmakerijen, dekkledenvervaardiging, scheepstuigerijen en scheepsbenodigdhedenhandel	01-04-2007	31-03-2009
	172 Ziekenhuizen	01-02-2008	28-02-2009
	173 Zoetwarenindustrie	01-07-2007	30-06-2009

	Branchecao's op alfabetische volgorde	ingangsdatum	expiratedatum
174	Zorgverzekeraars	01-06-2007	31-05-2009
175	Zuivelindustrie I ttw	01-04-2008	31-03-2010

De met een "w" aangegeven cao's bevatten bepalingen over werving en selectie die in § 4.5.1 van dit boek aan de orde worden gesteld.

De met een "p" aangegeven cao's bevatten bepalingen over de proeftijd die in § 11.6 van dit boek aan de orde worden gesteld.

BIJLAGE 2 OVERZICHT VAN ONDERZOCHE
ONDERNEMINGSCAO'S

	Ondernemingscao's op alfabetische volgorde	ingangsdatum	expiratedatum
	1 Altro via Login Koerierbedrijven	01-01-2007	31-12-2008
	2 A&O Services	01-04-2008	01-10-2009
	3 ABN AMRO Hypotheken Groep B.V.	01-01-2009	28-02-2010
	4 Abvakabo FNV	01-01-2009	31-12-2009
	5 Adidas Logistic Services B.V.	01-01-2008	31-12-2008
w	6 Akzo Nobel Chemicals	01-04-2007	31-03-2009
w	7 Albert Heijn Distributie-organisatie	15-10-2008	14-10-2009
	8 Aldipress B.V.	01-01-2007	31-12-2008
	9 Algemene Onderwijsbond Aob-FNV Bondgenoten	01-01-2009	31-12-2009
	10 Arboduo B.V.	01-07-2007	31-12-2008
	11 Basf Nederland B.V. Catalysts De Meern	01-04-2007	31-03-2009
	12 Bavaria N.V.	01-07-2007	30-06-2010
p	13 Bijenkorf Beheer, KBB, Warenhuizen	01-02-2007	31-01-2008
	14 Bloemenveiling Aalsmeer	01-07-2004	01-06-2007
	15 Boerenbond en Welkoop	01-04-2008	30-09-2010
w	16 Brocacef, Brocatrade, Imgroma, Genfarma, Bipharma	01-05-2008	30-04-2009
	17 Broere Shipping Services B.V.	01-01-2007	31-12-2008
	18 Brunner Mond (Netherlands)	01-04-2008	31-03-2009
	19 BSN Glasspack B.V.	01-07-2004	30-09-2005
	20 Campbells Netherlands B.V.	01-08-2006	31-07-2008
	21 Carglass B.V.	01-07-2008	30-06-2009
	22 CBR, Stichting Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen	01-01-2007	31-12-2008
	23 Centraal Boekhuis Culemborg	01-07-2005	30-06-2007
	24 Centraal Orgaan voor Kwaliteitsaangelegen- heden in de zuivel	01-04-2007	31-12-2007
	25 Champworld	01-09-2006	31-08-2008

Bijlage 2 Overzicht van onderzochte ondernemingscao's

	Ondernemingscao's op alfabetische volgorde	ingangsdatum	expiratedatum
26	Chevron Oronite Technology BV (Voorheen Chevron C)	01-07-2008	30-06-2010
27	Christelijk Nationaal Vakverbond	01-01-2007	31-12-2008
28	Consumentenbond	01-06-2007	31-05-2009
29	Damco (Netherlands) B.V., Damco International BV	01-04-2007	31-03-2008
30	Danisco Zaandam B.V.	01-05-2008	30-04-2009
31	Delta Lloyd N.V.	01-06-2007	31-05-2009
32	Depron B.V.	01-08-2009	31-07-2010
33	Dicom Nederland B.V.	01-04-2007	01-07-2008
34	Dielco Plastic Industrie B.V. v/h Tiger Products BV	01-05-2009	30-04-2010
35	Dienst Landbouwkundig Onderzoek (DLO) Stichting	01-04-2007	31-03-2009
36	Dierenpark Emmen	01-01-2007	31-12-2011
37	Dixons Dynabyte	01-02-2007	30-09-2008
38	Douwe Egberts Household & Body	01-07-2007	30-06-2008
39	DSM, Limburg B.V.	01-06-2008	31-05-2009
40	Eastman Chemical Middelburg B.V.	01-07-2008	30-06-2009
41	Ecolab B.V.	01-04-2009	31-03-2011
42	Engelhard De Meern B.V.	01-04-2006	31-03-2007
43	Enitor	24-03-2007	12-06-2009
44	Ericsson Telecommunicatie B.V.	01-01-2008	31-12-2009
45	Eternit	01-04-2009	31-03-2010
46	Etos B.V. Winkelpersoneel van	01-04-2008	31-03-2011
47	European Bulk Services (EBS) B.V.	01-07-2007	30-06-2009
48	Evonik Colortrend B.V.	01-01-2009	31-12-2009
49	Farm Frites Oudenhorn	01-10-2008	30-09-2009
50	Favini Apeldoorn B.V.	01-04-2007	31-03-2008
51	Ferro (Holland) B.V. te Uden	01-05-2008	31-07-2009
52	Fibor Packaging	01-09-2006	31-08-2009
w	53 Flora Holland	31-12-2007	31-12-2008
p	54 FNV-Organisaties	01-01-2008	31-12-2009
	55 Forbo Flooring B.V.	01-04-2009	31-03-2010
	56 Fort Dodge Animal Health	01-04-2009	31-12-2009
	57 Fortis Bank Nederland	01-01-2009	28-02-2010
	58 Frisia Zout B.V.	01-05-2007	30-06-2009
	59 GBI Holding B.V.	01-04-2007	31-03-2008
	60 Gerkens Cacao B.V. (thans cao Cargill B.V.)	01-06-2007	31-05-2009
p	61 Getronics Pinkroccade Nederland B.V.	01-01-2006	31-12-2007
	62 Gezondheidsdiensten voor dieren	01-04-2007	31-03-2008
	63 Glasfabriek Sas van Gent	01-04-2008	31-03-2009

Bijlage 2 Overzicht van onderzochte ondernemingscao's

	Ondernemingscao's op alfabetische volgorde	ingangsdatum	expiratedatum
	64 Glaverbel Nederland B.V.	01-05-2008	30-04-2009
	65 Grolsche Bierbrouwerij Nederland	01-01-2007	30-06-2008
	66 Grontmij CAOS	01-03-2008	28-02-2009
w	67 GWK Bank N.V.	01-06-2006	31-12-2007
	68 Gulpener Bierbrouwerij	01-01-2007	31-12-2008
p	69 Hal Beheer	01-10-2003	30-09-2006
	70 Hapag - Lloyd Nederland	01-01-2007	31-12-2008
	71 Hartman Productie & Evenementenservice	01-04-2008	31-03-2010
	72 Hatendoer Neptunus	01-01-2009	31-12-2011
	73 Heineken Nederlands Beheer	01-07-2008	30-09-2009
	74 Helvoet B.V.	01-05-2008	30-04-2009
	75 Hercules Zwijndrecht v/h Aqualon	01-06-2008	31-05-2010
	76 Hexion Specialty Chemicals B.V.	01-04-2008	31-03-2010
	77 Holland Casino	01-01-2006	31-03-2008
	78 Ico Holland B.V.	01-01-2008	31-12-2008
	79 Ikea Nederland B.V. en Inter Ikea Systems B.V.	01-10-2009	30-09-2010
	80 Imko B.V. The Nut Company	01-08-2008	31-05-2010
	81 Imperial Tobacco Ryo B.V. en Imperial Tobacco Nederl	01-04-2009	31-03-2010
	82 Inbev Nederland N.V.	06-01-2009	06-01-2010
	83 Inclusief Groep N.V.	01-07-2006	30-06-2008
	84 ING	01-07-2008	31-03-2010
	85 Instituut Schoevers B.V.	01-09-2007	01-09-2009
	86 International Automotive Components IAC	01-06-2007	31-05-2008
	87 Interpharm B.V.	01-04-2007	31-03-2008
w	88 Jaarbeurs Vereniging Koninklijke Nederlandse	01-04-2008	30-09-2010
	89 JohnsonDiversey	01-07-2007	30-06-2009
	90 Jumbo Crew Services B.V.	01-05-2009	30-04-2010
	91 Kappa Packaging Massiefkarton	01-01-2006	31-03-2008
	92 Katwijk Farma B.V.	01-04-2008	31-03-2009
	93 Kema	01-03-2009	31-03-2010
p	94 Kessel, gebroeders van regulier	01-07-2007	30-06-2009
	95 Kiwa N.V. Bedrijfs-cao	01-01-2009	31-12-2009
	96 Klok BV, Zeepfabriek Dalli de	01-01-2008	30-06-2009
	97 Koopmans Meel B.V.	01-06-2009	28-02-2010
	98 Lafarge Gips (vh Norgips)	01-04-2009	31-03-2010
p	99 Lassie B.V.	01-07-2008	01-07-2009
	100 Lekkerland Vending Services B.V. (vh Maas Services B.V.)	01-01-2008	31-12-2009
	101 Lensen Toppoint B.V.	01-01-2008	31-12-2009
	102 Linde Gas Benelux B.V.	01-06-2007	31-05-2009

Bijlage 2 Overzicht van onderzochte ondernemingscao's

		Ondernemingscao's op alfabetische volgorde	ingangsdatum	expiratedatum
w	103	Loodswezen B.V. Nederlands	01-07-2008	30-06-2010
w	104	Lucite International Holland B.V. v/h Ineos Acrylics Holland B.V.	01-07-2008	30-06-2010
	105	Luxan B.V.	01-01-2008	31-12-2008
	106	Maastricht Aachen Airport	01-04-2008	31-03-2010
	107	Maecon Groep bv	01-01-2008	31-12-2008
	108	Maersk Benelux B.V.	01-04-2009	31-03-2010
p	109	Mallinckrodt Baker B.V.	01-04-2009	30-06-2010
	110	Master Foods C.V.	01-01-2007	31-12-2008
	111	McCain Foods Holland	01-07-2009	30-06-2010
	112	Medica Europe B.V.	01-04-2008	31-03-2009
	113	Meeus cao	01-07-2008	30-06-2009
	114	Meldon Plastics	01-07-2008	30-06-2009
	115	Meneba B.V.	01-06-2006	18-05-2008
	116	Merck Sharp & Dohme I	01-10-2008	30-09-2009
	117	Michelin Nederland N.V. en Michelin Distribution B.V.	01-04-2009	31-03-2012
	118	Mn Services N.V.	01-04-2008	31-03-2010
	119	Moerdijk, Logistic Services	01-01-2008	31-12-2008
	120	Mondi Packaging Maasticht	01-03-2007	28-02-2009
	121	Mondriaan onderwijsgroep convenant taakbeleid domein Educatie	01-02-2007	01-02-2009
	122	Mosa, Koninklijke	01-04-2008	31-03-2009
	123	Nationale Reisopera Stichting	01-01-2006	31-12-2007
	124	Nederlandse Gasunie N.V. cao	01-07-2009	31-03-2011
p	125	Nederlandse Optische Industrie E.N.O.T. BV	01-10-2007	30-09-2008
	126	Nedlloyd Lines Officiëren	01-01-2008	31-12-2009
	127	Nestlé Nederland B.V. cao I	01-04-2008	31-03-2009
	128	Niemeijer B.V. Koninklijke, Theodorus	01-01-2006	31-03-2008
	129	Nizo Food Research	01-07-2008	30-06-2010
	130	Nob N.V. cross media facilities	01-04-2007	31-12-2008
	131	Noordgastransport B.V.	01-07-2007	30-06-2009
	132	Norit Nederland B.V.	01-08-2007	31-07-2009
	133	Norske Skog Parenco B.V.	01-10-2008	30-09-2010
	134	NS/Nederlandse Spoorwegen regulier	01-04-2007	01-05-2009
	135	Nufarm B.V.	01-01-2009	31-12-2009
	136	OCE Technologies BV/OCE Nederland BV	01-04-2008	30-06-2009
	137	Oetker Nederland B.V., Dr.	01-07-2008	30-06-2009
	138	Onderwijs Service Groep (OSG)	01-01-2010	31-12-2010
	139	Onstream Project Services B.V.	01-07-2008	30-06-2009
	140	Oordt Portionpack B.V. van	01-07-2007	30-06-2009

Bijlage 2 Overzicht van onderzochte ondernemingscao's

	Ondernemingscao's op alfabetische volgorde	ingangsdatum	expiratedatum
141	OPG Groep N.V. (voorheen cooperatieve apothekers)	01-05-2007	30-04-2009
142	Organon Biosciences Nederland	01-04-2007	31-03-2009
143	Owase-bedrijven	01-07-2008	30-06-2009
144	Owens Corning Veil Nederland	01-11-2007	31-12-2008
145	P&O North Sea Ferries B.V.	01-04-2005	31-12-2008
146	Panteia B.V.	01-04-2006	31-03-2008
147	Papyrus B.V.	01-01-2008	31-12-2008
148	PGGM	01-01-2008	31-12-2008
149	PGI Nonwovens cao I	01-01-2009	30-06-2009
150	Pharmaceutical Research Associates Group	01-10-2007	30-09-2009
151	Pharmachemie B.V.	01-05-2009	30-04-2010
152	Philip Morris Holland B.V.	01-04-2008	31-03-2010
153	Philips CAO B	01-01-2008	31-12-2009
154	Pipelife Nederland B.V.	01-04-2008	31-03-2010
155	Plasticon The Netherlands B.V.	01-07-2008	30-06-2009
156	Please B.V.	01-10-2007	30-09-2010
157	Plusfood	01-01-2009	30-04-2010
158	Polaroid Europa en Polaroid Trading	01-04-2007	31-03-2009
159	Postkantoren B.V.	01-04-2009	31-12-2009
p 160	PQ Nederland	01-04-2008	31-03-2009
161	Prenatal	01-01-2007	31-03-2009
162	Pregis B.V. en PilloPak B.V.	01-04-2007	31-12-2008
p 163	Profcore	01-10-2008	31-03-2010
164	Promens Deventer B.V.	01-01-2008	31-05-2009
165	Prorail 2007-2009	01-03-2007	28-02-2009
166	Purac Biochem B.V.	01-04-2008	31-03-2009
167	Qlip N.V.	01-01-2008	30-06-2009
168	Quaker Oats	01-01-2009	31-12-2009
169	Quaron N.V.	01-01-2009	31-12-2009
170	Quest International Nederland	01-01-2008	31-12-2008
171	Rabobank	01-05-2009	01-02-2010
172	Rail Service Center Rotterdam B.V.	01-01-2008	31-12-2009
w 173	Ratiopharm	01-05-2009	30-04-2010
174	Recticel Nederland	01-01-2009	31-12-2010
175	Rendac Son B.V. en HR-service Son B.V.	01-04-2007	31-03-2009
176	Renolit Nederland B.V.	01-07-2009	30-06-2010
177	RGV Holding B.V.	01-07-2007	01-07-2009
178	Rixona B.V.	01-07-2008	01-07-2010
179	Rockwool Benelux	01-04-2006	31-03-2008
180	Rodenstock Benelux B.V.	01-04-2009	31-12-2009
181	Rotterdam Short Sea Terminals B.V.	01-01-2006	31-12-2008

Bijlage 2 Overzicht van onderzochte ondernemingscao's

	Ondernemingscao's op alfabetische volgorde	ingangsdatum	expiratedatum
	182 Royal Leerdam	01-07-2008	30-06-2009
	183 RPC Packaging Kerkrade B.V.	01-04-2009	30-06-2010
	184 RTL Nederland 2007-2008	01-01-2007	31-12-2008
	185 Rubber Resources B.V.	01-04-2008	31-03-2010
p	186 Sabic Limburg B.V.	01-06-2008	31-05-2009
	187 Saint-Gobain Isover Benelux B.V.	01-07-2008	30-06-2009
	188 Sanquin 2008-2009	01-02-2008	28-02-2009
	189 SCA Hygiene Products Gennep B.V.	01-07-2008	30-06-2010
	190 Schiphol Airport Retail B.V.	01-04-2007	31-03-2009
	191 Schur Flexible Benelux B.V.	01-04-2007	31-03-2009
	192 Schut B.V. Papierfabriek	01-04-2007	30-06-2009
w	193 Selektvracht	01-01-2007	01-04-2009
	194 SHB Rotterdam	01-01-2007	31-12-2009
	195 Smink	01-01-2004	31-12-2008
	196 Smits Vuren	01-06-2007	31-05-2009
	197 SNS Reaal	01-06-2008	31-05-2009
	198 Solidpack B.V.	01-10-2008	30-09-2009
	199 Solvay Chemie	01-04-2009	31-03-2010
	200 Sphinx B.V. Koninklijke	01-01-2008	31-12-2009
	201 Stayokay Stichting	01-04-2007	31-03-2009
	202 Stena Line Stevedoring B.V.	01-04-2005	31-12-2008
	203 Swetsodv Groep B.V.	01-01-2008	31-12-2010
	204 Syntens	01-01-2008	31-12-2009
	205 Talens, Koninklijke I	01-04-2009	30-06-2010
p	206 Tate and Lyle Netherlands B.V.	01-04-2007	31-03-2009
	207 Team Terminal	01-04-2008	31-03-2010
	208 Teso, Texels Eigen Stoomboot Onderneming	01-01-2009	31-12-2009
	209 Tessengerlo Chemie Rotterdam B.V.	01-04-2009	31-03-2010
	210 Thyssenkrupp Veerhaven B.V. Bison	01-01-2008	31-12-2009
	211 Tichelaars Koninklijke Makkumer Aardewerk- en Tegelfabriek	01-01-2009	31-12-2009
	212 TNT	01-04-2008	31-03-2009
	213 Tominggroep B.V.	01-10-2007	31-03-2009
	214 Total Lubricants Plant Beverwijk B.V.	01-04-2009	31-03-2010
	215 Transavia Airlines Grondpersoneel	01-04-2008	31-03-2010
	216 Travellex Bank N.V.	01-01-2009	31-12-2009
	217 Trega International B.V.	01-04-2007	31-03-2009
	218 Trobas Gelatine B.V.	01-01-2008	31-12-2009
	219 T. Systems Nederland B.V.	01-01-2008	31-12-2008
	220 Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV)	01-05-2007	30-04-2010
	221 Uniport Multipurpose Terminals B.V.	01-04-2008	31-12-2008

Bijlage 2 Overzicht van onderzochte ondernemingscao's

	Ondernemingscao's op alfabetische volgorde	ingangsdatum	expiratedatum
222	Uniquema Nederland B.V.	01-04-2009	31-03-2010
223	Universal Sodxho The Netherlands B.V.	01-04-2006	31-03-2008
224	Urk, Visafslag	01-10-2007	31-12-2009
225	URS Nederland	01-01-2007	31-12-2008
226	UTI Nederland B.V. (voorheen Union-Transport B.V.)	01-02-2009	31-01-2011
227	UW Holding B.V.	01-01-2008	31-12-2009
228	Vendor BV Regulier	01-01-2007	31-12-2008
229	Verenigde Bedrijven Van der Valk + De Groot B.V.	01-07-2009	31-12-2010
230	Verocog	01-01-2007	31-12-2009
231	Vesteda Groep B.V.	01-01-2008	31-12-2009
232	VHD Groep	01-08-2009	30-09-2010
233	VHP Veiligheidspapierfabriek Ugchelen B.V.	01-04-2009	31-03-2010
w 234	Visko Teepak B.V.	01-04-2009	31-03-2010
235	Voest Alpine Polynorm van Niftrik B.V.	01-04-2009	31-03-2010
236	Volker Wessels Netwerk Bouw B.V.	01-01-2009	30-11-2009
237	VPK Packaging B.V.	01-01-2008	31-12-2008
238	Vredestein Banden N.V.	01-01-2009	30-06-2010
239	Vroom en Dreesmann Food	01-02-2008	31-01-2010
240	Wagenborg Passagiersdiensten	01-01-2009	31-12-2009
241	Waterbus	01-07-2006	31-12-2008
242	Werkgeversvereniging Adviesorganisatie voor Onderwijs en Jeugd ttw	01-07-2007	30-06-2010
243	Westerscheldetunnel N.V.	01-08-2008	30-09-2010
244	WIAL	01-04-2008	31-03-2010
245	Winpac Netherlands B.V.	01-04-2007	31-03-2009
246	Wijnen B.V., H. van	01-10-2007	30-09-2009
247	Xerox Manufacturing Nederland B.V.	01-04-2008	31-03-2010
248	Zenitel Netherlands B.V.	01-01-2008	31-12-2008
249	Zoutwater	01-01-2007	31-12-2008
250	Zuid-chemie	01-11-2007	30-04-2009

De met een "w" aangegeven cao's bevatten bepalingen over werving en selectie die in § 4.5.2 van dit boek aan de orde worden gesteld.

De met een "p" aangegeven cao's bevatten bepalingen over de proeftijd die in § 11.6 van dit boek aan de orde worden gesteld.

BIJLAGE 3 PROEVE VOOR EEN NIEUWE REGELING VAN DE PROEFTIJD

Artikel 652

1. Indien partijen een proeftijd overeenkomen, is deze voor beide partijen gelijk.
2. De proeftijd wordt schriftelijk overeengekomen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst.
3. Bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan een proeftijd worden overeengekomen van ten hoogste zes maanden.
4. Bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan een proeftijd worden overeengekomen van ten hoogste:
 - a) drie maanden, indien de overeenkomst is aangegaan voor korter dan twee jaren;
 - b) zes maanden, indien de overeenkomst is aangegaan voor twee jaren of langer.
5. Indien het einde van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet op een kalendermaand is gesteld, kan een proeftijd worden overeengekomen van ten hoogste drie maanden.
6. Elk beding waarbij een proeftijd wordt aangegaan in strijd met de voorgaande leden is nietig.
7. De proeftijd wordt opgeschort ingeval de werknemer gedurende meer dan één week aaneengesloten door ziekte, vakantie of andere oorzaken niet in staat is om de bedongen werkzaamheden te verrichten. De opschorting geldt voor de duur van de verhindering.
8. De werking van een in de arbeidsovereenkomst opgenomen concurrentiebeding wordt opgeschort voor de duur van de proeftijd.

Artikel 676

1. Zolang de proeftijd niet is verstreken, kan ieder der partijen de arbeidsovereenkomst schriftelijk opzeggen met inachtneming van een opzegtermijn van twee weken, nadat de werknemer tijdens de proeftijd tenminste twee weken aaneengesloten heeft gewerkt.
2. In afwijking van het bepaalde in lid 1, kan de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd met onmiddellijke ingang worden opgezegd voor de feitelijke aanvang van de proeftijd.
3. Bij een opzegging tijdens de proeftijd is artikel 7:682 BW niet van toepassing.

BIJLAGE 4 NVP SOLLICITATIECODE 2009

Dé gedragscode voor werving en selectie

De NVP Sollicitatiecode (hierna te noemen: 'de code') bevat basisregels die arbeidsorganisaties (bedrijven en instellingen die arbeidsrelaties aangaan) en sollicitanten naar het oordeel van de Nederlandse Vereniging voor Personeelsmanagement & Organisatieontwikkeling (NVP) in acht behoren te nemen bij de werving en selectie ter vervulling van vacatures. Het doel van de code is een norm te bieden voor een transparante en eerlijke werving en selectieprocedure.

De code is chronologisch opgebouwd vanaf het ontstaan van de vacature tot de aanstelling. De arbeidsorganisatie kan de (toepassing van de) code aan haar eigen specifieke situatie aanpassen, zo daartoe aanleiding bestaat.

De NVP zal de praktijk van werving en selectie door arbeidsorganisaties volgen en haar invloed aanwenden om deze op het door haar voorgestane peil te brengen en te houden. De code is opgesteld in overleg met de Stichting van de Arbeid.

1. UITGANGSPUNTEN

1.1 De code is gebaseerd op de volgende uitgangspunten:

- een eerlijke kans op aanstelling voor de sollicitant (gelijke kansen bij gelijke geschiktheid; de arbeids-organisatie bepaalt haar keuze op basis van geschiktheid voor de functie);
- de sollicitant wordt deugdelijk en volledig geïnformeerd over de procedure, over de inhoud van de vacante functie en over de plaats daarvan in de organisatie;
- de arbeidsorganisatie vraagt van de sollicitant slechts die informatie die nodig is voor de beoordeling van de geschiktheid voor de functie;
- de sollicitant verschaft aan de arbeidsorganisatie de informatie die deze nodig heeft om een waar en getrouw beeld te krijgen van de geschiktheid van de sollicitant voor de vacante functie;
- de van de sollicitant verkregen informatie wordt vertrouwelijk en zorgvuldig behandeld; ook in andere opzichten wordt de privacy van de sollicitant gerespecteerd;

- de sollicitant en de arbeidsorganisatie zijn zich er van bewust dat beschikbare informatie van open bronnen, zoals internet en informatie via derden verkregen niet altijd betrouwbaar is;
- op een door de sollicitant schriftelijk bij de arbeidsorganisatie ingediende klacht over onzorgvuldige, onbillijke of onjuiste behandeling wordt door de betrokken arbeidsorganisatie schriftelijk gereageerd.

1.2 Het is van belang dat de sollicitant duidelijkheid heeft over de te volgen sollicitatieprocedure. Dit betekent dat indien de arbeidsorganisatie afwijkt van de eenmaal gekozen procedure, zij dit aan de sollicitant meedeelt en toelicht. De sollicitant kan, indien daartoe aanleiding bestaat, om een afwijking van de procedure verzoeken.

1.3 De code is van toepassing op een procedure die erop gericht is om een vacature binnen een arbeidsorganisatie te vervullen en waarvoor de werving van kandidaten plaatsvindt a) door openbare bekendmaking, zoals advertenties in kranten, via radio, internet en open sollicitatie b) binnen beperkte kring, zoals via kennissen of familie, UWV Werkbedrijf, publicatieborden, interne werving en c) via externe bemiddelingsbureaus.

1.4 De code sluit aan bij bestaande Europese (inclusief Nederlandse) wet- en regelgeving.

2. ONTSTAAN VAN DE VACATURE

2.1 Indien de arbeidsorganisatie besluit dat er een vacature is of komt en dat die vervuld moet worden, maakt zij een beschrijving van de vacante functie waarin de relevante kenmerken worden vermeld. Daartoe behoren in elk geval: functie-eisen, taakinhoud en verantwoordelijkheden, plaats in de organisatie, aard van het dienstverband (bijvoorbeeld tijdelijk of detachering), arbeidstijden en arbeidsduur (bijvoorbeeld ploegdienst of deeltijd) en standplaats.

2.2 Functie-eisen kunnen betrekking hebben op vakbekwaamheid (opleiding, kennis en ervaring), gedrag en persoonlijke kwaliteiten. Eisen ten aanzien van persoonlijke kenmerken worden slechts gesteld indien deze in verband met een goede functie-ervulling noodzakelijk zijn en voorzover zij niet in strijd zijn met wettelijke regelingen.

3. WERVING

3.1 Een personeelsadvertentie vermeldt, naast de relevante kenmerken van de vacature, de wijze van solliciteren (bijvoorbeeld of een sollicitatieformulier moet worden ingevuld), de door de sollicitant te verschaffen informatie (zoals opleiding, diploma's, arbeidsverleden en ervaring), eventuele bijzondere selectieprocedures/-middelen (zoals psychologisch onderzoek en/of assessment), een eventuele aanstellingskeuring, een verplicht antecedentenonderzoek en de termijn waarbinnen moet

worden gesolliciteerd. In geval de arbeidsorganisatie gebruik maakt van een open sollicitatie, verstrekt de arbeidsorganisatie genoemde informatie aan de sollicitant op verzoek van de sollicitant.

3.2 Externe bemiddelingsbureaus en arbeidsorganisaties die gegevens van vacaturesites/internet halen, dienen bij gebruik hiervan in databases of voor bemiddelingsdoeleinden de betrokkene hiervan in kennis te stellen.

3.3 Wanneer het stellen van een leeftijdsgrens noodzakelijk is, wordt de reden daarvan aangegeven.

3.4 Indien een voorkeursbeleid ten behoeve van bepaalde groepen wordt gevoerd, wordt daarvan uitdrukkelijk melding gemaakt en wordt hiervoor een reden gegeven. (1)

3.5 De arbeidsorganisatie verlangt van de sollicitant geen pasfoto voordat zij de sollicitant heeft uitgenodigd.

4. SELECTIEFASE

4.1 De arbeidsorganisatie bericht de sollicitant zo spoedig mogelijk (binnen enkele weken) na de sluitingsdatum:

- of hij wordt afgewezen;
- of hij wordt uitgenodigd;
- of zijn sollicitatie wordt aangehouden (onder vermelding van de termijn waarbinnen nader bericht volgt).

Indien de sollicitant voor een bezoek wordt uitgenodigd of indien zijn sollicitatie wordt aangehouden, stuurt de arbeidsorganisatie samen met dit bericht de bij haar geldende sollicitatieprocedure, met inbegrip van de verwachte duur daarvan.

4.2 De arbeidsorganisatie stelt alleen vragen over aspecten die voor de functie en/of voor de functievervulling relevant zijn.

4.3 De arbeidsorganisatie kan de sollicitant verzoeken zich te legitimeren met een geldig legitimatiebewijs.

4.4 De sollicitant verschaft de arbeidsorganisatie de informatie die een waar en getrouw beeld geeft van zijn vakbekwaamheid (opleiding, kennis en ervaring) en hij houdt geen informatie achter waarvan hij weet of behoort te weten dat deze van belang is voor de vervulling van de vacante functie waarop hij solliciteert.

4.5 De arbeidsorganisatie verstrekt de sollicitant naar waarheid alle informatie die deze nodig heeft om zich een zo volledig mogelijk beeld te vormen van de vacature en van de arbeidsorganisatie.

4.6 De arbeidsorganisatie geeft in de openbare bekendmaking van de vacature of in de procedure duidelijkheid over het wel of niet vergoeden van de door de sollicitant in redelijkheid gemaakte kosten.

5. NADER ONDERZOEK

5.1 Indien de arbeidsorganisatie inlichtingen over de sollicitant wil inwinnen bij derden en/of andere bronnen, vraagt zij hiertoe vooraf diens toestemming, tenzij zulks niet vereist is op grond van een wettelijk of algemeen verbindend voorschrift. De te verkrijgen informatie moet direct verband houden met de te vervullen vacature en mag geen onevenredige inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer van de sollicitant. De bij derden en andere bronnen, waaronder websites, verkregen informatie zal, indien relevant, a) aan de sollicitant worden meegedeeld, met uitdrukkelijke vermelding van de bron en b) met de sollicitant worden besproken.

5.2 Een psychologisch onderzoek of assessment kan slechts plaatsvinden door of onder verantwoordelijkheid van een psycholoog met inachtneming van de richtlijnen van het Nederlands Instituut van Psychologen (NIP). De psycholoog heeft toestemming nodig van de sollicitant om de resultaten van het onderzoek aan de opdrachtgever (de arbeidsorganisatie en/of extern bemiddelingsbureau) te kunnen verstrekken.

5.3 Een medisch onderzoek in verband met de aanstelling kan slechts plaatsvinden indien er aan de vervulling van de functie bijzondere eisen op het punt van de medische geschiktheid moeten worden gesteld en uitsluitend nadat alle overige beoordelingen van geschiktheid hebben plaatsgevonden aan het einde van de selectieprocedure. Het onderzoek wordt verricht door een keurend arts, met inachtneming van de voor een dergelijk onderzoek geldende wettelijke regels. (2)

6. AFWIJZING, AFRONDING SOLLICITATIEPROCEDURE EN AANSTELLING

6.1 Indien de arbeidsorganisatie, in enige fase van de sollicitatieprocedure, besluit dat een sollicitant niet in aanmerking komt voor de vervulling van de vacature, ontvangt deze binnen twee weken na dit besluit schriftelijk of elektronisch bericht. De afwijzing wordt zo goed mogelijk gemotiveerd.

6.2 De sollicitatieprocedure wordt als afgerond beschouwd indien de vacature is vervuld dan wel doordat de arbeidsorganisatie heeft besloten dat de vacature vervalst. Allen die op dat moment nog deelnemen aan de procedure, ontvangen hierover binnen twee weken schriftelijk (elektronisch) bericht.

6.3 Voor zover van toepassing worden (schriftelijke) gegevens afkomstig van een sollicitant binnen vier weken na de afwijzing teruggezonden of vernietigd, tenzij anders met de sollicitant is overeengekomen. Indien anders is overeengekomen, dient de sollicitant na een jaar te worden benaderd voor het actualiseren van die gegevens en het verlengen van de toestemming. Externe bemiddelingsbureaus

kunnen de sollicitant toestemming vragen de sollicitatiegegevens gedurende een nader te bepalen periode en maximaal vijf jaar te bewaren. Daarna dienen deze gegevens te worden vernietigd tenzij de sollicitant opnieuw toestemming verleent om de gegevens voor een nieuwe periode van maximaal vijf jaar te bewaren en in de gelegenheid is gesteld om de gegevens te actualiseren.

6.4 Bij de aanstelling worden alle afspraken en toezeggingen schriftelijk vastgelegd.

7. KLACHTENBEHANDELING DOOR DE ARBEIDSORGANISATIE

7.1 De arbeidsorganisatie onderzoekt schriftelijke klachten van sollicitanten die van oordeel zijn dat zij onzorgvuldig, onbillijk of onjuist zijn behandeld, waarna de sollicitant binnen een maand schriftelijk en gemotiveerd wordt geïnformeerd over de bevindingen van de arbeidsorganisatie.

7.2 De arbeidsorganisatie informeert jaarlijks de ondernemingsraad, respectievelijk de personeelsvertegenwoordiging over het aantal, de aard en de wijze van afhandeling van de ingediende klachten, en de eventueel door de Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode gedane aanbeveling.

8. KLACHTENBEHANDELING DOOR DE NVP

8.1 Een sollicitant die zich met een schriftelijke klacht omtrent een sollicitatieprocedure heeft gericht tot de betrokken arbeidsorganisatie en daarop geen of een onbevredigende reactie heeft gekregen, kan zich met zijn schriftelijke klacht wenden tot de NVP. De NVP toetst deze schriftelijke klacht vervolgens aan deze code. De NVP stelt de arbeidsorganisatie waartegen de klacht zich richt in de gelegenheid om schriftelijk te reageren op hetgeen de klager naar voren heeft gebracht. De uitspraak van de NVP wordt toegezonden aan de klager en in afschrift aan de betrokken arbeidsorganisatie.

8.2 De uitspraak is niet bindend. De NVP zal haar oordeel vergezeld doen gaan van een aanbeveling aan de arbeidsorganisatie, welke aanbeveling kan bijdragen aan een zorgvuldig werving- en selectiebeleid.

8.3 Klachten wegens inbreuk op een wettelijke regeling (3) worden niet in behandeling genomen. Klager wordt gewezen op de mogelijkheid zijn klacht voor te leggen aan de rechter, respectievelijk wanneer het (wettelijk verboden) discriminatie betreft ook aan de Commissie Gelijke Behandeling (www.cgb.nl) en wanneer het een aanstellingskeuring betreft ook aan de Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen (www.aanstellingskeuringen.nl).

U kunt contact opnemen met de Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode voor informatie over de code of als u een klacht wilt indienen. De Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode is van woensdag t/m vrijdag van 9.00 uur tot 17.00 uur telefonisch bereikbaar.

Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode
Postbus 70 T 030 605 57 84
3430 AB Nieuwegein F 030 234 39 91
sollicitatiecode@nvp-plaza.nl
www.nvp-plaza.nl

1. Het voeren van voorkeursbeleid is alleen toegestaan binnen wettelijke grenzen. De (website van de) Commissie Gelijke Behandeling verstrekt hierover nadere informatie (www.cgb.nl / 030 888 38 88).

2. Bij een aanstellingskeuring vormen de Wet op de Medische Keuringen, het Protocol Aanstellingskeuringen van juni 1995 en het Besluit aanstellingskeuringen van november 2001 het richtsnoer. Het protocol aanstellingskeuringen is ondertekend door de centrale organisaties van: werknemers, werkgevers, patiënten/consumenten, artsen en arbodiensten. Het protocol is in grote lijnen overgenomen in de Wet op de Medische Keuringen. Deze wet is te raadplegen via www.overheid.nl.

Er is een mogelijkheid voor de sollicitant een klacht in te dienen bij de Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen. De Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen is te bereiken onder tel. 070 34 99 573.

3. Het betreft hier de Algemene wet gelijke behandeling (ter zake van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homo-seksuele gerichtheid of burgerlijke staat), de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en ook de Wet medische keuringen met de daarop gebaseerde Besluiten aanstellingskeuringen en klachtenbehandeling aanstellingskeuringen. Ook kunnen worden genoemd de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte en de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid. Het juridische spreekuur van de Commissie Gelijke Behandeling is te bereiken op werkdagen tussen 14.00 uur en 16.00 uur, tel. 030 888 38 88.

Voor informatie over bescherming persoonsgegevens kunt u terecht bij www.cbpreweb.nl.

Nederlandse Vereniging voor Personeelsmanagement & Organisatieontwikkeling
te Nieuwegein, oktober 2009

BIJLAGE 5 OVERZICHT VAN DUITSE WETSARTIKELN

§ 85

Die Verfassung einer Stiftung wird, soweit sie nicht auf Bundes- oder Landesgesetz beruht, durch das Stiftungsgeschäft bestimmt.

§ 119 Abs. 2

Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden.

§ 123

- (1) Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten.
- (2) Hat ein Dritter die Täuschung verübt, so ist eine Erklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben war, nur dann anfechtbar, wenn dieser die Täuschung kannte oder kennen musste. Soweit ein anderer als derjenige, welchem gegenüber die Erklärung abzugeben war, aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat, ist die Erklärung ihm gegenüber anfechtbar, wenn er die Täuschung kannte oder kennen musste.

§ 138

- (1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.
- (2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.

§ 142

- (1) Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen.
- (2) Wer die Anfechtbarkeit kannte oder kennen musste, wird, wenn die Anfechtung erfolgt, so behandelt, wie wenn er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gekannt hätte oder hätte kennen müssen.

§ 145

Wer einem anderen die Schließung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, dass er die Gebundenheit ausgeschlossen hat.

§ 151

Der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrags zustande, ohne dass die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Der Zeitpunkt, in welchem der Antrag erlischt, bestimmt sich nach dem aus dem Antrag oder den Umständen zu entnehmenden Willen des Antragenden.

§ 154

- (1) Solange nicht die Parteien sich über alle Punkte eines Vertrags geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen. Die Verständigung über einzelne Punkte ist auch dann nicht bindend, wenn eine Aufzeichnung stattgefunden hat.

§ 195

Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt drei Jahre.

§ 241

- (1) Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.
- (2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.

§ 249

- (1) Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.
- (2) Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen. Bei der Beschädigung einer Sache schließt der nach Satz 1 erforderliche Geldbetrag die Umsatzsteuer nur mit ein, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist.

§ 251

- (1) Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen.
- (2) Der Ersatzpflichtige kann den Gläubiger in Geld entschädigen, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist. Die aus der

Heilbehandlung eines verletzten Tieres entstandenen Aufwendungen sind nicht bereits dann unverhältnismäßig, wenn sie dessen Wert erheblich übersteigen.

§ 253

- (1) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.
- (2) Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.

§ 254

- (1) Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.
- (2) Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung.

§ 276

- (1) Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos zu entnehmen ist. Die Vorschriften der §§ 827 und 828 finden entsprechende Anwendung.
- (2) Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.
- (3) Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden.

§ 278

Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 276 Abs. 3 findet keine Anwendung.

§ 280

- (1) Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

§ 311

- (1) Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.
- (2) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch
 1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen,
 2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder
 3. ähnliche geschäftliche Kontakte.
- (3) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst.

§§ 611a und 611b (weggefallen)

–

§ 612

- (1) Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleitung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.
- (2) Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen.
- (3) (weggefallen)

§ 616

Der zur Dienstleitung Verpflichtete wird des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, dass er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleitung verhindert wird. Er muss sich jedoch den Betrag anrechnen lassen, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt.

§ 620

- (1) Das Dienstverhältnis endigt mit dem Ablauf der Zeit, für die es eingegangen ist.
- (2) Ist die Dauer des Dienstverhältnisses weder bestimmt noch aus der Beschaffenheit oder dem Zwecke der Dienste zu entnehmen, so kann jeder Teil das Dienstverhältnis nach Maßgabe der §§ 621 bis 623 kündigen.
- (3) Für Arbeitsverträge, die auf bestimmte Zeit abgeschlossen werden, gilt das Teilzeit- und Befristungsgesetz.

§ 622

- (1) Das Arbeitsverhältnis eines Arbeiters oder eines Angestellten (Arbeitnehmers) kann mit einer Frist von vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden.
- (2) Für eine Kündigung durch den Arbeitgeber beträgt die Kündigungsfrist, wenn das Arbeitsverhältnis in dem Betrieb oder Unternehmen
 1. zwei Jahre bestanden hat, einen Monat zum Ende eines Kalendermonats,
 2. fünf Jahre bestanden hat, zwei Monate zum Ende eines Kalendermonats,
 3. acht Jahre bestanden hat, drei Monate zum Ende eines Kalendermonats,
 4. zehn Jahre bestanden hat, vier Monate zum Ende eines Kalendermonats,
 5. zwölf Jahre bestanden hat, fünf Monate zum Ende eines Kalendermonats,
 6. 15 Jahre bestanden hat, sechs Monate zum Ende eines Kalendermonats,
 7. 20 Jahre bestanden hat, sieben Monate zum Ende eines Kalendermonats.Bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer werden Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahrs des Arbeitnehmers liegen, nicht berücksichtigt.
- (3) Während einer vereinbarten Probezeit, längstens für die Dauer von sechs Monaten, kann das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden.
- (4) Von den Absätzen 1 bis 3 abweichende Regelungen können durch Tarifvertrag vereinbart werden. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags gelten die abweichenden tarifvertraglichen Bestimmungen zwischen nicht tarifgebunden Arbeitgebern und Arbeitnehmern, wenn ihre Anwendung zwischen ihnen vereinbart ist.
- (5) Einzelvertraglich kann eine kürzere als die in Absatz 1 genannte Kündigungsfrist nur vereinbart werden,
 1. wenn ein Arbeitnehmer zur vorübergehenden Aushilfe eingestellt ist; dies gilt nicht, wenn das Arbeitsverhältnis über die Zeit von drei Monaten hinaus fortgesetzt wird;
 2. wenn der Arbeitgeber in der Regel nicht mehr als 20 Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten beschäftigt und die Kündigungsfrist vier Wochen nicht unterschreitet.Bei der Feststellung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer sind teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von nicht mehr als 20 Stunden mit 0,5 und nicht mehr als 30 Stunden mit 0,75 zu berücksichtigen. Die einzelvertragliche Vereinbarung längerer als der in den Absätzen 1 bis 3 genannten Kündigungsfristen bleibt hiervon unberührt.
- (6) Für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer darf keine längere Frist vereinbart werden als für die Kündigung durch den Arbeitgeber.

§ 626

- (1) Das Dienstverhältnis kann von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider

Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

- (2) Die Kündigung kann nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Der Kündigende muss dem anderen Teil auf Verlangen den Kündigungsgrund unverzüglich schriftlich mitteilen.

§ 629

Nach der Kündigung eines dauernden Dienstverhältnisses hat der Dienstberechtigte dem Verpflichteten auf Verlangen angemessene Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses zu gewähren.

§ 630

Bei der Beendigung eines dauernden Dienstverhältnisses kann der Verpflichtete von dem anderen Teil ein schriftliches Zeugnis über das Dienstverhältnis und dessen Dauer fordern. Das Zeugnis ist auf Verlangen auf die Leistungen und die Führung im Dienst zu erstrecken. Die Erteilung des Zeugnisses in elektronischer Form ist ausgeschlossen. Wenn der Verpflichtete ein Arbeitnehmer ist, findet § 109 der Gewerbeordnung Anwendung.

§ 662

Durch die Annahme eines Auftrags verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen.

§ 670

Macht der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Auftraggeber zum Ersatz verpflichtet.

§ 823

- (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.
- (2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

§ 826

Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

§ 831

- (1) Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.
- (2) Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher für den Geschäftsherrn die Besorgung eines der im Absatz 1 Satz 2 bezeichneten Geschäfte durch Vertrag übernimmt.

§ 847

(weggefallen)

§ 1004

- (1) Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen.
- (2) Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist.

Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG)

§2 en 2a

Die Gerichte für Arbeitssachen sind auch zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern,

- a) die ausschließlich Ansprüche auf Leistung einer festgestellten oder festgesetzten Vergütung für eine Arbeitnehmererfindung oder für einen technischen Verbesserungsvorschlag nach § 20 Abs. 1 des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen zum Gegenstand haben.

§ 8

- (1) Im ersten Rechtszug sind die Arbeitsgerichte zuständig.
- (2) Gegen die Urteile der Arbeitsgerichte findet die Berufung an die Landesarbeitsgerichte nach Maßgabe des § 64 Abs. 1 statt.
- (3) Gegen die Urteile der Landesarbeitsgerichte findet die Revision an das Bundesarbeitsgericht nach Maßgabe des § 72 Abs. 1 statt.
- (4) Gegen die Beschlüsse der Arbeitsgerichte und ihrer Vorsitzenden im Beschlußverfahren findet die Beschwerde an das Landesarbeitsgericht nach Maßgabe des § 87 statt.
- (5) Gegen die Beschlüsse der Landesarbeitsgerichte im Beschlußverfahren findet die Rechtsbeschwerde an das Bundesarbeitsgericht nach Maßgabe des § 92 statt.

§ 20

- (1) Die ehrenamtlichen Richter werden von der zuständigen obersten Landesbehörde oder von der Landesregierung durch Rechtsverordnung beauftragten Stelle auf die Dauer von fünf Jahren berufen. Die Landesregierung kann die Ermächtigung nach Satz 1 durch Rechtsverordnung auf die zuständige oberste Landesbehörde übertragen.
- (2) Die ehrenamtlichen Richter sind in angemessenem Verhältnis unter billiger Berücksichtigung der Minderheiten aus den Vorschlagslisten zu entnehmen, die der zuständigen Stelle von den im Land bestehenden Gewerkschaften, selbständigen Vereinigungen von Arbeitnehmern mit sozial- oder berufspolitischer Zwecksetzung und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von den in § 22 Abs. 2 nr. 3 bezeichneten Körperschaften oder deren Arbeitgebervereinigungen eingereicht werden.

§ 35

- (1) Das Landesarbeitsgericht besteht aus dem Präsidenten, der erforderlichen Zahl von weiteren Vorsitzenden und von ehrenamtlichen Richtern. Die ehrenamtlichen Richter werden je zur Hälfte aus den Kreisen der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber entnommen.
- (2) Jede Kammer des Landesarbeitsgerichts wird in der Besetzung mit einem Vorsitzenden und je einem ehrenamtlichen Richter aus den Kreisen der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber tätig.
- (3) Die zuständige oberste Landesbehörde bestimmt die Zahl der Kammern. § 17 gilt entsprechend.

§ 37

- (1) Die ehrenamtlichen Richter müssen das dreißigste Lebensjahr vollendet haben und sollen mindestens fünf Jahre ehrenamtliche Richter eines Gerichts für Arbeitssachen gewesen sein.
- (2) Im übrigen gelten für die Berufung und Stellung der ehrenamtlichen Richter sowie für die Amtsenthebung und die Amtsentbindung die §§ 20 bis 28 entsprechend.

§ 61b

- (1) Eine Klage auf Entschädigung nach § 15 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes muss innerhalb von drei Monaten, nachdem der Anspruch schriftlich geltend gemacht worden ist, erhoben werden.
- (2) Machen mehrere Bewerber wegen Benachteiligung bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses oder beim beruflichen Aufstieg eine Entschädigung nach § 15 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes gerichtlich geltend, so wird auf Antrag des Arbeitgebers das Arbeitsgericht, bei dem die erste Klage erhoben ist, auch für die übrigen Klagen ausschließlich zuständig. Die Rechtsstreitigkeiten sind von Amts wegen an dieses Arbeitsgericht zu verweisen; die Prozesse sind zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden.

- (3) Auf Antrag des Arbeitgebers findet die mündliche Verhandlung nicht vor Ablauf von sechs Monaten seit Erhebung der ersten Klage statt.

§ 72

- (1) Gegen das Endurteil eines Landesarbeitsgerichts findet die Revision an das Bundesarbeitsgericht statt, wenn sie in dem Urteil des Landesarbeitsgerichts oder in dem Beschluß des Bundesarbeitsgerichts nach § 72a Abs. 5 Satz 2 zugelassen worden ist. § 64 Abs. 3a ist entsprechend anzuwenden.
- (2) Die Revision ist zuzulassen, wenn
1. eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage grundsätzliche Bedeutung hat,
 2. das Urteil von einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, von einer Entscheidung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes, von einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts oder, solange eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts in der Rechtsfrage nicht ergangen ist, von einer Entscheidung einer anderen Kammer desselben Landesarbeitsgerichts oder eines anderen Landesarbeitsgerichts abweicht und die Entscheidung auf dieser Abweichung beruht oder
 3. ein absoluter Revisionsgrund gemäß § 547 nr. 1 bis 5 der Zivilprozessordnung oder eine entscheidungserhebliche Verletzung des Anspruchs auf die rechtliche Gehör geltend gemacht wird und vorliegt.
- (3) Das Bundesarbeitsgericht ist an die Zulassung der Revision durch das Landesarbeitsgericht gebunden.
- (4) Gegen Urteile, durch die über die Anordnung, Abänderung oder Aufhebung eines Arrests oder einer einstweiligen Verfügung entschieden wird, ist die Revision nicht zulässig.
- (5) Für das Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht gelten, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über die Revision mit Ausnahme des § 566 entsprechend.
- (6) Die Vorschriften des § 49 Abs. 1, der §§ 50, 52 und 53, des § 57 Abs. 2, des § 61 Abs. 2 und des § 63 über Ablehnung von Gerichtspersonen, Zustellung, Öffentlichkeit, Befugnisse des Vorsitzenden und der ehrenamtlichen Richter, gütliche Erledigung des Rechtsstreits sowie Inhalt des Urteils und Übersendung von Urteilen in Tarifvertragsachen gelten entsprechend.

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

§ 1

Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.

Gesetz über das Zentralregister und das Erziehungsregister (BZRG)

§ 51

- (1) Ist die Eintragung über eine Verurteilung im Register getilgt worden oder ist sie zu tilgen, so dürfen die Tat und die Verurteilung dem Betroffenen im Rechtsverkehr nicht mehr vorgehalten und nicht zu seinem Nachteil verwertet werden.
- (2) Aus der Tat oder der Verurteilung entstandene Rechte Dritter, gesetzliche Rechtsfolgen der Tat oder der Verurteilung und Entscheidungen von Gerichten oder Verwaltungsbehörden, die im Zusammenhang mit der Tat oder der Verurteilung ergangen sind, bleiben unberührt.

Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz (BverfSchG)

§ 3 Abs. 2

Die Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder wirken mit

1. bei der Sicherheitsüberprüfung von Personen, denen im öffentlichen Interesse geheimhaltungsbedürftige Tatsachen, Gegenstände, oder Erkenntnisse anvertraut werden, die Zugang dazu erhalten sollen oder ihn sich verschaffen können
2. bei der Sicherheitsüberprüfung von Personen, die an sicherheitsempfindlichen Stellen von lebens- oder verteidigungswichtigen Einrichtungen beschäftigt sind oder werden sollen,
3. bei technischen Sicherheitsmaßnahmen zum Schutz von im öffentlichen Interesse geheimhaltungsbedürftigen Tatsachen, Gegenständen oder Erkenntnissen gegen die Kenntnisnahme durch Unbefugte,
4. bei der Überprüfung von Personen in sonstigen gesetzlich bestimmten Fällen.

Die Befugnisse des Bundesamtes für Verfassungsschutz bei der Mitwirkung nach Satz 1 nr. 1, 2, und 4 sind im Sicherheitsüberprüfungsgesetz vom 20. April 1994 (BGBl. I. S. 867) geregelt.

Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)

§ 9

Der Betriebsrat besteht in Betrieben mit in der Regel

- 5 bis 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern aus einer Person,
- 21 bis 50 wahlberechtigten Arbeitnehmern aus 3 Mitgliedern,
- 51 wahlberechtigten Arbeitnehmern
- bis 100 Arbeitnehmern aus 5 Mitgliedern,
- 101 bis 200 Arbeitnehmern aus 7 Mitgliedern,
- 201 bis 400 Arbeitnehmern aus 9 Mitgliedern,
- 401 bis 700 Arbeitnehmern aus 11 Mitgliedern,
- 701 bis 1.000 Arbeitnehmern aus 13 Mitgliedern,
- 1.001 bis 1.500 Arbeitnehmern aus 15 Mitgliedern,

1.501 bis 2.000 Arbeitnehmern aus 17 Mitgleidern,
2.001 bis 2.500 Arbeitnehmern aus 19 Mitgleidern,
2.501 bis 3.000 Arbeitnehmern aus 21 Mitgleidern,
3.001 bis 3.500 Arbeitnehmern aus 23 Mitgleidern,
3.501 bis 4.000 Arbeitnehmern aus 25 Mitgleidern,
4.001 bis 4.500 Arbeitnehmern aus 27 Mitgleidern,
4.501 bis 5.000 Arbeitnehmern aus 29 Mitgleidern,
5.001 bis 6.000 Arbeitnehmern aus 31 Mitgleidern,
6.001 bis 7.000 Arbeitnehmern aus 33 Mitgleidern,
7.001 bis 9.000 Arbeitnehmern aus 35 Mitgleidern.

In Betrieben mit mehr als 9.000 Arbeitnehmern erhöht sich die Zahl der Mitglieder des Betriebsrats für je angefangene weitere 3.000 Arbeitnehmer um 2 Mitglieder.

*) Gemäß Artikel 14 Satz 2 des Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVerf-Reformgesetz) vom 23. Juli 2001 (BGBl. I S. 1852) gilt § 9 (Artikel 1 Nr. 8 des BetrVerf-Reformgesetzes) für im Zeitpunkt des Inkrafttretens bestehende Betriebsräte erst bei deren Neuwahl.

§ 81

- (1) Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmer über dessen Aufgabe und Verantwortung sowie über die Art seiner Tätigkeit und ihre Einordnung in den Arbeitsablauf des Betriebs zu unterrichten. Er hat den Arbeitnehmer vor Beginn der Beschäftigung über die Unfall- und Gesundheitsgefahren, denen dieser bei der Beschäftigung ausgesetzt ist, sowie über die Maßnahmen und Einrichtungen zur Abwendung dieser Gefahren und die nach § 10 Abs. 2 des Arbeitsschutzgesetzes getroffenen Maßnahmen zu belehren.

§ 87

- (1) Der Betriebsrat hat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, in folgenden Angelegenheiten mitzubestimmen:
1. Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb;
 2. Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage;
 3. vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit;
 4. Zeit, Ort und Art der Auszahlung der Arbeitsentgelte;
 5. Aufstellung allgemeiner Urlaubsgrundsätze und des Urlaubsplans sowie die Festsetzung der zeitlichen Lage des Urlaubs für einzelne Arbeitnehmer, wenn zwischen dem Arbeitgeber und den beteiligten Arbeitnehmern kein Einverständnis erzielt wird;
 6. Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen;

7. Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften;
 8. Form, Ausgestaltung und Verwaltung von Sozialeinrichtungen, deren Wirkungsbereich auf den Betrieb, das Unternehmen oder den Konzern beschränkt ist;
 9. Zuweisung und Kündigung von Wohnräumen, die den Arbeitnehmern mit Rücksicht auf das Bestehen Nutzungsbedingungen;
 10. Fragen der betrieblichen Lohngestaltung, insbesondere die Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen und die Einführung und Anwendung von neuen Entlohnungsmethoden sowie deren Änderung;
 11. Festsetzung der Akkord- und Prämiensätze und vergleichbarer leistungsbezogener Entgelte, einschließlich der Geldfaktoren;
 12. Grundsätze über das betriebliche Vorschlagswesen;
 13. Grundsätze über die Durchführung von Gruppenarbeit; Gruppenarbeit im Sinne dieser Vorschrift liegt vor, wenn im Rahmen des betrieblichen Arbeitsablaufs eine Gruppe von Arbeitnehmern eine ihr übertragene Gesamtaufgabe im Wesentlichen eigenverantwortlich erledigt.
- (2) Kommt eine Einigung über eine Angelegenheit nach Absatz 1 nicht zustande, so entscheidet die Einigungsstelle. Der Spruch der Einigungsstelle ersetzt die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat.

§ 92

- (1) Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat über die Personalplanung, insbesondere über den gegenwärtigen und künftigen Personalbedarf sowie über die sich daraus ergebenden personellen Maßnahmen und Maßnahmen der Berufsbildung anhand von Unterlagen rechtzeitig und umfassend zu unterrichten. Er hat mit dem Betriebsrat über Art und Umfang der erforderlichen Maßnahmen und über die Vermeidung von Härten zu beraten.
- (2) Der Betriebsrat kann dem Arbeitgeber Vorschläge für die Einführung einer Personalplanung und ihre Durchführung machen.
- (3) Die Absätze 1 und 2 gelten entsprechend für Maßnahmen im Sinne des § 80 Abs. 1 Nr. 2a und 2b, insbesondere für die Aufstellung und Durchführung von Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern.

§ 93

Der Betriebsrat kann verlangen, dass Arbeitsplätze, die besetzt werden sollen, allgemein oder für bestimmte Arten von Tätigkeiten vor ihrer Besetzung innerhalb des Betriebs ausgeschrieben werden.

§ 94

- (1) Personalfragebogen bedürfen der Zustimmung des Betriebsrats. Kommt eine Einigung über ihren Inhalt nicht zustande, so entscheidet die Einigungsstelle. Der Spruch der Einigungsstelle ersetzt die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat.

- (2) Absatz 1 gilt entsprechend für persönliche Angaben in schriftlichen Arbeitsverträgen, die allgemein für den Betrieb verwendet werden sollen, sowie für die Aufstellung allgemeiner Beurteilungsgrundsätze.

§ 95

- (1) Richtlinien über die personelle Auswahl bei Einstellungen, Versetzungen, Umgruppierungen und Kündigungen bedürfen der Zustimmung des Betriebsrats. Kommt eine Einigung über die Richtlinien oder ihren Inhalt nicht zustande, so entscheidet auf Antrag des Arbeitgebers die Einigungsstelle. Der Spruch der Einigungsstelle ersetzt die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat.
- (2) In Betrieben mit mehr als 500 Arbeitnehmern kann der Betriebsrat die Aufstellung von Richtlinien über die bei Maßnahmen des Absatzes 1 Satz 1 zu beachtenden fachlichen und persönlichen Voraussetzungen und sozialen Gesichtspunkte verlangen. Kommt eine Einigung über die Richtlinien oder ihren Inhalt nicht zustande, so entscheidet die Einigungsstelle. Der Spruch der Einigungsstelle ersetzt die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat.
- (3) Versetzung im Sinne dieses Gesetzes ist die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs, die voraussichtlich die Dauer von einem Monat überschreitet, oder die mit einer erheblichen Änderung der Umstände verbunden ist, unter denen die Arbeit zu leisten ist. Werden Arbeitnehmer nach der Eigenart ihres Arbeitsverhältnisses üblicherweise nicht ständig an einem bestimmten Arbeitsplatz beschäftigt, so gilt die Bestimmung des jeweiligen Arbeitsplatzes nicht als Versetzung.

§ 99 Abs. 2

- (1) Der Betriebsrat kann die Zustimmung verweigern, wenn
1. die personelle Maßnahme gegen ein Gesetz, eine Verordnung, eine Unfallverhütungsvorschrift oder gegen eine Bestimmung in einem Tarifvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung oder gegen eine gerichtliche Entscheidung oder eine behördliche Anordnung verstoßen würde,
 2. die personelle Maßnahme gegen eine Richtlinie nach § 95 verstoßen würde,
 3. die durch Tatsachen begründete Besorgnis besteht, dass infolge der personellen Maßnahme im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer gekündigt werden oder sonstige Nachteile erleiden, ohne dass dies aus betrieblichen oder persönlichen Gründen gerechtfertigt ist; als Nachteil gilt bei unbefristeter Einstellung auch die Nichtberücksichtigung eines gleich geeigneten befristet Beschäftigten,
 4. der betroffene Arbeitnehmer durch die personelle Maßnahme benachteiligt wird, ohne dass dies aus betrieblichen oder in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen gerechtfertigt ist,
 5. eine nach § 93 erforderliche Ausschreibung im Betrieb unterblieben ist oder
 6. die durch Tatsachen begründete Besorgnis besteht, dass der für die personelle Maßnahme in Aussicht genommene Bewerber oder Arbeitnehmer den Betriebsfrieden durch gesetzwidriges Verhalten oder durch grobe Verletzung

der in § 75 Abs. 1 enthaltenen Grundsätze, insbesondere durch rassistische oder fremdenfeindliche Betätigung, stören werde.

- (2) Verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung, so hat er dies unter Angabe von Gründen innerhalb einer Woche nach Unterrichtung durch den Arbeitgeber diesem schriftlich mitzuteilen. Teilt der Betriebsrat dem Arbeitgeber die Verweigerung seiner Zustimmung nicht innerhalb der Frist schriftlich mit, so gilt die Zustimmung als erteilt.
- (3) Verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung, so kann der Arbeitgeber beim Arbeitsgericht beantragen, die Zustimmung zu ersetzen.

§ 100

- (1) Der Arbeitgeber kann, wenn dies aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist, die personelle Maßnahme im Sinne des §§ 99 Abs. 1 Satz 1 vorläufig durchführen, bevor der Betriebsrat sich geäußert oder wenn er die Zustimmung verweigert hat. Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmer über die Sach- und Rechtslage aufzuklären.
- (2) Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat unverzüglich von der vorläufigen personellen Maßnahme zu unterrichten. Bestreitet der Betriebsrat, dass die Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist, so hat er dies dem Arbeitgeber unverzüglich mitzuteilen. In diesem Fall darf der Arbeitgeber die vorläufige personelle Maßnahme nur aufrechterhalten, wenn er innerhalb von drei Tagen beim Arbeitsgericht die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats und die Feststellung beantragt, dass die Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war.
- (3) Lehnt das Gericht durch rechtskräftige Entscheidung die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats ab oder stellt es rechtskräftig fest, dass offensichtlich die Maßnahme aus sachlichen Gründen nicht dringend erforderlich war, so endet die vorläufige personelle Maßnahme mit Ablauf von zwei Wochen nach Rechtskraft der Entscheidung. Von diesem Zeitpunkt an darf die personelle Maßnahme nicht aufrechterhalten werden.

§ 102

- (1) Der Betriebsrat ist vor jeder Kündigung zu hören. Der Arbeitgeber hat ihm die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam.
- (2) Hat der Betriebsrat gegen eine ordentliche Kündigung Bedenken, so hat er diese unter Angabe der Gründe dem Arbeitgeber spätestens innerhalb einer Woche schriftlich mitzuteilen. Äußert er sich innerhalb dieser Frist nicht, gilt seine Zustimmung zur Kündigung als erteilt. Hat der Betriebsrat gegen eine außerordentliche Kündigung Bedenken, so hat er diese unter Angabe der Gründe dem Arbeitgeber unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von drei Tagen, schriftlich mitzuteilen. Der Betriebsrat soll, soweit dies erforderlich erscheint, vor seiner Stellungnahme den betroffenen Arbeitnehmer hören. § 99 Abs. 1 Satz 3 gilt entsprechend.

- (3) Der Betriebsrat kann innerhalb der Frist des Absatzes 2 Satz 1 der ordentlichen Kündigung widersprechen, wenn
 - 1. der Arbeitgeber bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat,
 - 2. die Kündigung gegen eine Richtlinie nach § 95 verstößt,
 - 3. der zu kündigende Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz im selben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann,
 - 4. die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen möglich ist oder
 - 5. eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers unter geänderten Vertragsbedingungen möglich ist und der Arbeitnehmer sein Einverständnis hiermit erklärt hat.
- (4) Kündigt der Arbeitgeber, obwohl der Betriebsrat nach Absatz 3 der Kündigung widersprochen hat, so hat er dem Arbeitnehmer mit der Kündigung eine Abschrift der Stellungnahme des Betriebsrats zuzuleiten.
- (5) Hat der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung frist- und ordnungsgemäß widersprochen, und hat der Arbeitnehmer nach dem Kündigungsschutzgesetz Klage auf Feststellung erhoben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, so muss der Arbeitgeber auf Verlangen des Arbeitnehmers diesen nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits bei unveränderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigen. Auf Antrag des Arbeitgebers kann das Gericht ihn durch einstweilige Verfügung von der Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung nach Satz 1 entbinden, wenn
 - 1. die Klage des Arbeitnehmers keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet oder mutwillig erscheint oder
 - 2. die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung des Arbeitgebers führen würde oder
 - 3. der Widerspruch des Betriebsrats offensichtlich unbegründet war.
- (6) Arbeitgeber und Betriebsrat können vereinbaren, dass Kündigungen der Zustimmung des Betriebsrats bedürfen und dass bei Meinungsverschiedenheiten über die Berechtigung der Nichterteilung der Zustimmung die Einigungsstelle entscheidet.
- (7) Die Vorschriften über die Beteiligung des Betriebsrats nach dem Kündigungsschutzgesetz bleiben unberührt.

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

§ 1

Ziel der Gesetzes ist, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.

§ 3

- (1) Eine unmittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts liegt in Bezug auf § 2 Abs. 1 nr. 1 bis 4 auch im Falle einer ungünstigeren Behandlung einer Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft vor.
- (2) Eine mittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.
- (3) Eine Belästigung ist eine Benachteiligung, wenn unerwünschte Verhaltensweisen, die mit einem in § 1 genannten Grund in Zusammenhang stehen, bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.
- (4) Eine sexuelle Belästigung ist eine Benachteiligung in Bezug auf § 2 Abs. 1 nr. 1 bis 4, wenn ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten, wozu auch unerwünschte sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie unerwünschtes Zeigen und sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen gehören, bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.
- (5) Die Anweisung zur Benachteiligung einer Person aus einem in § 1 genannten Grund gilt als Benachteiligung. Eine solche Anweisung liegt in Bezug auf § 2 Abs. 1 nr. 1 bis 4 insbesondere vor, wenn jemand eine Person zu einem Verhalten bestimmt, das einen Beschäftigten oder eine Beschäftigte wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt oder benachteiligen kann.

§ 8

- (1) Eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 genannten Grundes ist zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.
- (2) Die Vereinbarung einer geringeren Vergütung für gleiche oder gleichwertige Arbeit wegen eines in § 1 genannten Grundes wird nicht dadurch gerechtfertigt, dass wegen eines in § 1 genannten Grundes besondere Schutzvorschriften gelten.

§ 15

- (1) Bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot ist der Arbeitgeber, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Die gilt nicht, wenn der Arbeitgeber die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.
- (2) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der oder die Beschäftigte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Die Entschädigung darf bei einer Nichteinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre.
- (3) Der Arbeitgeber ist bei der Anwendung kollektivrechtlicher Vereinbarungen nur dann zur Entschädigung verpflichtet, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig handelt.
- (4) Ein Anspruch nach Absatz 1 oder 2 muss innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden, es sei denn, die Tarifvertragsparteien haben etwas anderes vereinbart. Die Frist beginnt im Falle einer Bewerbung oder eines beruflichen Aufstiegs mit dem Zugang der Ablehnung und in den sonstigen Fällen einer Benachteiligung zu dem Zeitpunkt, in dem der oder die Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt.
- (5) Im Übrigen bleiben Ansprüche gegen den Arbeitgeber, die sich aus anderen Rechtsvorschriften ergeben, unberührt.
- (6) Ein Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 begründet keinen Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses, Berufsausbildungsverhältnisses oder einen beruflichen Aufstieg, es sei denn, ein solcher ergibt sich aus einem anderen Rechtsgrund.

§ 21

- (1) Der Benachteiligte kann bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot unbeschadet weiterer Ansprüche die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen.
- (2) Bei einer Verletzung des Benachteiligungsverbots ist der Benachteiligende verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Dies gilt nicht, wenn der Benachteiligende die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der Benachteiligte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen.
- (3) Ansprüche aus unerlaubter Handlung bleiben unberührt.
- (4) Auf eine Vereinbarung, die von dem Benachteiligungsverbot abweicht, kann sich der Benachteiligende nicht berufen.
- (5) Ein Anspruch nach den Absätzen 1 und 2 muss innerhalb einer Frist von zwei Monaten geltend gemacht werden. Nach Ablauf der Frist kann der Anspruch nur geltend gemacht werden, wenn der Benachteiligte ohne Verschulden an der Einhaltung der Frist verhindert war.

§ 22

Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.

Sozialgestezbuch (SGB)

§ 8

- (1) Werden bei einem Rehabilitationsträger Sozialleistungen wegen oder unter Berücksichtigung einer Behinderung oder einer drohenden Behinderung benatragt oder erbracht, prüft dieser unabhängig von der Entscheidung über diese Leistungen, ob Leistungen zur Teilhabe voraussichtlich erfolgreich sind.
- (2) Leistungen zur Teilhabe haben Vorrang vor Rentenleistungen, die bei erfolgreichen Leistungen zur Teilhabe nicht oder voraussichtlich erst zu einem späteren Zeitpunkt zu erbringen wären. Dies gilt während des Bezuges einer Rente entsprechend.
- (3) Absatz 1 ist auch anzuwenden, um durch Leistungen zur Teilhabe Pflegebedürftigkeit zu vermeiden, zu überwinden, zu mindern oder eine Verschlimmerung zu verhüten.

§ 81 Abs. 2

Arbeitgeber dürfen schwerbehinderte Beschäftigte nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligen. Im Einzelnen gelten hierzu die Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes.

§ 90 Abs. 1

Die Vorschriften dieses Kapitels gelten nicht für schwerbehinderte Menschen,

4. deren Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung ohne Unterbrechung noch nicht länger als sechs Monate besteht oder
5. die auf Stellen im Sinne des § 73 Abs. 2 nr. 2 bis 5 beschäftigt werden oder
6. deren Arbeitsverhältnis durch Kündigung beendet wird, sofern sie
 - a. das 58. Lebensjahr vollendet haben und Anspruch auf eine Abfindung, Entschädigung oder ähnliche Leistung auf Grund eines Sozialplanes haben oder
 - b. Anspruch auf Knappschaftsausgleichsleistung nach dem Sechsten Buch oder auf Anpassungsgeld für entlassene Arbeitnehmer des Bergbaus haben,

wenn der Arbeitgeber ihnen die Kündigungsabsicht rechtzeitig mitgeteilt hat und sie der beabsichtigten Kündigung bis zu deren Ausspruch nicht widersprechen.

Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (TzBfG)

§ 7 Abs. 1

Der Arbeitgeber hat einen Arbeitsplatz, den er öffentlich oder innerhalb des Betriebes ausschreibt, auch als Teilzeitarbeitsplatz auszuschreiben, wenn sich der Arbeitsplatz hierfür eignet.

§ 14

- (1) Die Befristung eines Arbeitsvertrages ist zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Ein sachlicher Grund liegt insbesondere vor, wenn
 1. der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht,
 2. die Befristung im Anschluss an eine Ausbildung oder ein Studium erfolgt, um den Übergang des Arbeitnehmers in eine Anschlussbeschäftigung zu erleichtern,
 3. der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird,
 4. die Eigenart der Arbeitsleistung die Befristung rechtfertigt
 5. die Befristung zur Erprobung erfolgt,
 6. in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe die Befristung rechtfertigen,
 7. der Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet wird, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt wird, und er entsprechend beschäftigt wird oder
 8. die Befristung auf einem gerichtlichen Vergleich beruht.
- (2) Die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes ist bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig; bis zu dieser Gesamtdauer von zwei Jahren ist auch die höchstens dreimalige Verlängerung eines kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrages zulässig. Eine Befristung nach Satz 1 ist nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Durch Tarifvertrag kann die Anzahl der Verlängerungen oder die Höchstdauer der Befristung abweichend von Satz 1 festgelegt werden. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren.
- (2a) In den ersten vier Jahren nach der Gründung eines Unternehmens ist die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von vier Jahren zulässig; bis zu dieser Gesamtdauer von vier Jahren ist auch die mehrfache Verlängerung eines kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrages zulässig. Dies gilt nicht für Neugründungen im Zusammenhang mit der rechtlichen Umstrukturierung von Unternehmen und Konzernen. Maßgebend für den Zeitpunkt der Gründung des Unternehmens ist die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit, die nach § 138 der Abgabeordnung der Gemeinde oder dem Finanzamt mitzuteilen ist. Auf die Befristung eines Arbeitsvertrages nach Satz 1 findet Absatz 2 Satz 2 bis 4 entsprechende Anwendung.

- (3) Die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes ist bis zu einer Dauer von fünf Jahren zulässig, wenn der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 52. Lebensjahr vollendet hat und unmittelbar vor Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses mindestens vier Monate beschäftigungslos im Sinne des § 119 Abs. 1. nr. 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch gewesen ist, Transferkurzarbeitergeld bezogen oder an einer öffentlich geförderten Beschäftigungsmaßnahme nach dem Zweiten oder Dritten Buch Sozialgesetzbuch teilgenommen hat. Bis zu der Gesamtdauer von fünf Jahren ist auch die mehrfache Verlängerung des Arbeitsvertrages zulässig.
- (4) Die Befristung eines Arbeitsvertrages bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform.

§ 15

- (1) Ein kalendermäßig befristeter Arbeitsvertrag endet mit Ablauf der vereinbarten Zeit.
- (2) Ein zweckbefristeter Arbeitsvertrag endet mit Erreichen des Zwecks, frühestens jedoch zwei Wochen nach Zugang der schriftlichen Unterrichtung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber über den Zeitpunkt der Zweckerreichung.
- (3) Ein befristetes Arbeitsverhältnis unterliegt nur dann der ordentlichen Kündigung, wenn dies einzelvertraglich oder im anwendbaren Tarifvertrag vereinbart ist.
- (4) Ist das Arbeitsverhältnis für die Lebenszeit einer Person oder für längere Zeit als fünf Jahre eingegangen, so kann es von dem Arbeitnehmer nach Ablauf von fünf Jahren gekündigt werden. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate.
- (5) Wird das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Zeit, für die es eingegangen ist, oder nach Zweckerreichung mit Wissen des Arbeitgebers fortgesetzt, so gilt es als auf unbestimmte Zeit verlängert, wenn der Arbeitgeber nicht unverzüglich widerspricht oder dem Arbeitnehmer die Zweckerreichung nicht unverzüglich mitteilt.

Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)

§ 4 Abs. 2

Personenbezogene Daten sind beim Betroffenen zu erheben. Ohne seine Mitwirkung dürfen sie nur erhoben werden, wenn

1. eine Rechtsvorschrift dies vorsieht oder zwingend voraussetzt oder
2. a) die zu erfüllende Verwaltungsaufgabe ihrer Art nach oder der Geschäftszweck eine Erhebung bei anderen Personen oder Stellen erforderlich macht oder
b) die Erhebung beim Betroffenen einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass überwiegende schutzwürdige Interessen des Betroffenen beeinträchtigt werden.

§ 23

- (1) Das Amtsverhältnis des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit beginnt mit der Aushändigung der Ernennungsurkunde. Es endet

1. mit Ablauf der Amtszeit,
2. mit der Entlassung.

Der Bundespräsident entläßt den Bundesbeauftragten, wenn dieser es verlangt oder auf Vorschlag der Bundesregierung, wenn Gründe vorliegen, die bei einem Richter auf Lebenszeit die Entlassung aus dem Dienst rechtfertigen. Im Falle der Beendigung des Amtsverhältnisses erhält der Bundesbeauftragte eine vom Bundespräsidenten vollzogene Urkunde. Eine Entlassung wird mit der Aushändigung der Urkunde wirksam. Auf Ersuchen des Bundesministers des Innern ist der Bundesbeauftragte verpflichtet, die Geschäfte bis zur Ernennung seines Nachfolgers weiterzuführen.

- (2) Der Bundesbeauftragte darf neben seinem Amt kein anderes besoldetes Amt, kein Gewerbe und keinen Beruf ausüben und weder der Leitung oder dem Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat eines auf Erwerb gerichteten Unternehmens noch einer Regierung oder einer gesetzgebenden Körperschaft des Bundes oder eines Landes angehören. Er darf nicht gegen Entgelt außergerichtliche Gutachten abgeben.
- (3) Der Bundesbeauftragte hat dem Bundesministerium des Innern Mitteilung über Geschenke zu machen, die er in bezug auf sein Amt erhält. Das Bundesministerium des Innern entscheidet über die Verwendung der Geschenke.
- (4) Der Bundesbeauftragte ist berechtigt, über Personen, die ihm in seiner Eigenschaft als Bundesbeauftragter Tatsachen anvertraut haben, sowie über diese Tatsachen selbst das Zeugnis zu verweigern. Dies gilt auch für die Mitarbeiter des Bundesbeauftragten mit der Maßgabe, daß über die Ausübung dieses Rechts der Bundesbeauftragte entscheidet. Soweit das Zeugnisverweigerungsrecht des Bundesbeauftragten reicht, darf die Vorlegung oder Auslieferung von Akten oder anderen Schriftstücken von ihm nicht gefordert werden.
- (5) Der Bundesbeauftragte ist, auch nach Beendigung seines Amtsverhältnisses, verpflichtet, über die ihm amtlich bekanntgewordenen Angelegenheiten Verschwiegenheit zu bewahren. Dies gilt nicht für Mitteilungen im dienstlichen Verkehr oder über Tatsachen, die offenkundig sind oder ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen. Der Bundesbeauftragte darf, auch wenn er nicht mehr im Amt ist, über solche Angelegenheiten ohne Genehmigung des Bundesministeriums des Innern weder vor Gericht noch außergerichtlich aussagen oder Erklärungen abgeben. Unberührt bleibt die gesetzlich begründete Pflicht, Straftaten anzuzeigen und bei Gefährdung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung für deren Erhaltung einzutreten. Für den Bundesbeauftragten und seine Mitarbeiter gelten die §§ 93, 97, 105 Abs. 1, § 111 Abs. 5 in Verbindung mit § 105 Abs. 1 sowie § 116 Abs. 1 der Abgabenordnung nicht. Satz 5 findet keine Anwendung, soweit die Finanzbehörden die Kenntnis für die Durchführung eines Verfahrens wegen einer Steuerstraftat sowie eines damit zusammenhängenden Steuerverfahrens benötigen, an deren Verfolgung ein zwingendes öffentliches Interesse besteht, oder soweit es sich um vorsätzlich falsche Angaben des Auskunftspflichtigen oder der für ihn tätigen Personen handelt. Stellt der Bundesbeauftragte einen Datenschutzverstoß fest, ist er befugt, diesen anzuzeigen und den Betroffenen hierüber zu informieren.

- (6) Die Genehmigung, als Zeuge auszusagen, soll nur versagt werden, wenn die Aussage dem Wohle des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereiten oder die Erfüllung öffentlicher Aufgaben ernstlich gefährden oder erheblich erschweren würde. Die Genehmigung, ein Gutachten zu erstatten, kann versagt werden, wenn die Erstattung den dienstlichen Interessen Nachteile bereiten würde. § 28 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes bleibt unberührt.
- (7) Der Bundesbeauftragte erhält vom Beginn des Kalendermonats an, in dem das Amtsverhältnis beginnt, bis zum Schluß des Kalendermonats, in dem das Amtsverhältnis endet, im Falle des Absatzes 1 Satz 6 bis zum Endes des Monats, in dem die Geschäftsführung endet, Amtsbezüge in Höhe der einem Bundesbeamten der Besoldungsgruppe B 9 zustehenden Besoldung. Das Bundesreisekostengesetz und das Bundesumzugskostengesetz sind entsprechend anzuwenden. Im Übrigen sind § 12 Abs. 6 sowie die §§ 13 bis 20 und 21a Abs. 5 des Bundesministergesetzes mit den Maßgaben anzuwenden, dass an die Stelle der vierjährigen Amtszeit in § 15 Abs. 1 des Bundesministergesetzes eine Amtszeit von fünf Jahren und an die Stelle der Besoldungsgruppe B 11 in § 21a Abs. 5 des Bundesministergesetzes die Besoldungsgruppe B 9 tritt. Abweichend von Satz 3 in Verbindung mit den §§ 15 bis 17 und 21a Abs. 5 des Bundesministergesetzes berechnet sich das Ruhegehalt des Bundesbeauftragten unter Hinzurechnung der Amtszeit als ruhegehaltsfähige Dienstzeit in entsprechender Anwendung des Beamtenversorgungsgesetzes, wenn dies günstiger ist und der Bundesbeauftragte sich unmittelbar vor seiner Wahl zum Bundesbeauftragten als Beamter oder Richter mindestens in dem letzten gewöhnlich vor Erreichen der Besoldungsgruppe B 9 zu durchlaufenden Amt befunden hat.
- (8) Absatz 5 Satz 5 bis 7 gilt entsprechend für die öffentlichen Stellen, die für die Kontrolle der Einhaltung der Vorschriften über den Datenschutz in den Ländern zuständig sind.

§ 28

- (1) Das Erheben, Speichern, Verändern oder Übermitteln personenbezogener Daten oder ihre Nutzung als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke ist zulässig
 - 1. wenn es für die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses mit dem Betroffenen erforderlich ist,
 - 2. soweit es zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt, oder
 - 3. wenn die Daten allgemein zugänglich sind oder die verantwortliche Stelle sie veröffentlichen dürfte, es sei denn, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung gegenüber dem berechtigten Interesse der verantwortlichen Stelle offensichtlich überwiegt.

Bei der Erhebung personenbezogener Daten sind die Zwecke, für die Daten verarbeitet oder genutzt werden sollen, konkret festzulegen.

- (2) Die Übermittlung oder Nutzung für einen anderen Zweck ist zulässig
 - 1. unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 2 oder Nummer 3,
 - 2. soweit es erforderlich ist,
 - a) zur Wahrung berechtigter Interessen eines Dritten oder
 - b) zur Abwehr von Gefahren für die staatliche oder öffentliche Sicherheit oder zur Verfolgung von Straftaten und kein Grund zu der Annahme besteht, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Übermittlung oder Nutzung hat, oder
 - 3. wenn es im Interesse einer Forschungseinrichtung zur Durchführung wissenschaftlicher Forschung erforderlich ist, das wissenschaftliche Interesse an der Durchführung des Forschungsvorhabens das Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Zweckänderung erheblich überwiegt und der Zweck der Forschung auf andere Weise nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand erreicht werden kann.
- (3) Die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten für Zwecke des Adresshandels oder der Werbung ist zulässig, soweit der Betroffene eingewilligt hat und im Falle einer nicht schriftlich erteilten Einwilligung die verantwortliche Stelle nach Absatz 3a verfährt. Darüber hinaus ist die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten zulässig, soweit es sich um listenmäßig oder sonst zusammengefasste Daten über Angehörige einer Personengruppe handelt, die sich auf die Zugehörigkeit des Betroffenen zu dieser Personengruppe, seine Berufs-, Branchen- oder Geschäftsbezeichnung, seinen Namen, Titel, akademischen Grad, seine Anschrift und sein Geburtsjahr beschränken, und die Verarbeitung oder Nutzung erforderlich ist
 - 1. für Zwecke der Werbung für eigene Angebote der verantwortlichen Stelle, die diese Daten mit Ausnahme der Angaben zur Gruppenzugehörigkeit beim Betroffenen nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 oder aus allgemein zugänglichen Adress-, Rufnummern-, Branchen- oder vergleichbaren Verzeichnissen erhoben hat,
 - 2. für Zwecke der Werbung im Hinblick auf die berufliche Tätigkeit des Betroffenen und unter seiner beruflichen Anschrift oder
 - 3. für Zwecke der Werbung für Spenden, die nach § 10b Absatz 1 und § 34g des Einkommensteuergesetzes steuerbegünstigt sind.

Für Zwecke nach Satz 2 Nummer 1 darf die verantwortliche Stelle zu den dort genannten Daten weitere Daten hinzuspeichern. Zusammengefasste personenbezogene Daten nach Satz 2 dürfen auch dann für Zwecke der Werbung übermittelt werden, wenn die Übermittlung nach Maßgabe des § 34 Absatz 1a Satz 1 gespeichert wird; in diesem Fall muss die Stelle, die die Daten erstmalig erhoben hat, aus der Werbung eindeutig hervorgehen. Unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des Satzes 2 dürfen personenbezogene Daten für Zweck der Werbung für fremde Angebote genutzt werden, wenn für den Betroffenen bei der Ansprache zum Zwecke der Werbung die für die Nutzung der Daten verantwortliche Stelle eindeutig erkennbar ist. Eine Verarbeitung oder Nutzung nach den Sätzen 2 bis 4 ist nur

zulässig, soweit schutzwürdige Interessen des Betroffenen nicht entgegenstehen. Nach den Sätzen 1, 2 und 4 übermittelte Daten dürfen nur für den Zweck verarbeitet oder genutzt werden, für den sie übermittelt worden sind.

- (3a) Wird die Einwilligung nach § 4a Absatz 1 Satz 3 in anderer Form als der Schriftform erteilt, hat die verantwortliche Stelle dem Betroffenen den Inhalt der Einwilligung schriftlich zu bestätigen, es sei denn, dass die Einwilligung elektronisch erklärt wird und die verantwortliche Stelle sicherstellt, dass die Einwilligung protokolliert wird und der Betroffene deren Inhalt jederzeit abrufen und die Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen kann. Soll die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden, ist sie in drucktechnisch deutlicher Gestaltung besonders hervorzuheben.
- (3b) Die verantwortliche Stelle darf den Abschluss eines Vertrags nicht von einer Einwilligung des Betroffenen nach Absatz 3 Satz 1 abhängig machen, wenn dem Betroffenen ein anderer Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Leistungen ohne die Einwilligung nicht oder nicht in zumutbarer Weise möglich ist. Eine unter solchen Umständen erteilte Einwilligung ist unwirksam.
- (4) Widerspricht der Betroffene bei der verantwortlichen Stelle der Verarbeitung oder Nutzung seiner Daten für Zwecke der Werbung oder der Markt- oder Meinungsforschung, ist eine Verarbeitung oder Nutzung für diese Zwecke unzulässig. Der Betroffene ist bei der Ansprache zum Zweck der Werbung oder der Markt- oder Meinungsforschung und in den Fällen des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 1 auch bei Begründung des rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses über die verantwortliche Stelle sowie über das Widerspruchsrecht nach Satz 1 zu unterrichten; soweit der Ansprechende personenbezogene Daten des Betroffenen nutzt, die bei einer ihm nicht bekannten Stelle gespeichert sind, hat er auch sicherzustellen, dass der Betroffene Kenntnis über die Herkunft der Daten erhalten kann. Widerspricht der Betroffene bei dem Dritten, dem die Daten im Rahmen der Zwecke nach Absatz 3 übermittelt worden sind, der Verarbeitung oder Nutzung für Zwecke der Werbung oder der Markt- oder Meinungsforschung, hat dieser die Daten für diese Zwecke zu sperren. In den Fällen des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 1 darf für den Widerspruch keine strengere Form verlangt werden als für die Begründung des rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses.
- (5) Der Dritte, dem die Daten übermittelt worden sind, darf diese nur für den Zweck verarbeiten oder nutzen, zu dessen Erfüllung sie ihm übermittelt werden. Eine Verarbeitung oder Nutzung für andere Zwecke ist nicht-öffentlichen Stellen nur unter den Voraussetzungen der Absätze 2 und 3 und öffentlichen Stellen nur unter den Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 erlaubt. Die übermittelnde Stelle hat ihn darauf hinzuweisen.
- (6) Das Erheben, Verarbeiten und Nutzen von besonderen Arten personenbezogener Daten (§ 3 Abs. 9) für eigene Geschäftszwecke ist zulässig, soweit nicht der Betroffene nach Maßgabe des § 4a Abs. 3 eingewilligt hat, wenn

1. dies zum Schutz lebenswichtiger Interessen des Betroffenen oder eines Dritten erforderlich ist, sofern der Betroffene aus physischen oder rechtlichen Gründen außerstande ist, seine Einwilligung zu geben,
 2. es sich um Daten handelt, die der Betroffene offenkundig öffentlich gemacht hat,
 3. dies zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung überwiegt, oder
 4. dies zur Durchführung wissenschaftlicher Forschung erforderlich ist, das wissenschaftliche Interesse an der Durchführung des Forschungsvorhabens das Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung erheblich überwiegt und der Zweck der Forschung auf andere Weise nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand erreicht werden kann.
- (7) Das Erheben von besonderen Arten personenbezogener Daten (§ 3 Abs. 9) ist ferner zulässig, wenn dies zum Zweck der Gesundheitsvorsorge, der medizinischen Diagnostik, der Gesundheitsversorgung oder Behandlung oder für die Verwaltung von Gesundheitsdiensten erforderlich ist und die Verarbeitung dieser Daten durch ärztliches Personal oder durch sonstige Personen erfolgt, die einer entsprechenden Geheimhaltungspflicht unterliegen. Die Verarbeitung und Nutzung von Daten zu den in Satz 1 genannten Zwecken richtet sich nach den für die in Satz 1 genannten Personen geltenden Geheimhaltungspflichten. Werden zu einem in Satz 1 genannten Zweck Daten über die Gesundheit von Personen durch Angehörige eines anderen als in § 203 Abs. 1 und 3 des Strafgesetzbuches genannten Berufes, dessen Ausübung die Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten oder die Herstellung oder den Vertrieb von Hilfsmitteln mit sich bringt, erhoben, verarbeitet oder genutzt, ist dies nur unter den Voraussetzungen zulässig, unter denen ein Arzt selbst hierzu befugt wäre.
- (8) Für einen anderen Zweck dürfen die besonderen Arten personenbezogener Daten (§ 3 Abs. 9) nur unter den Voraussetzungen des Absatzes 6 Nr. 1 bis 4 oder des Absatzes 7 Satz 1 übermittelt oder genutzt werden. Eine Übermittlung oder Nutzung ist auch zulässig, wenn dies zur Abwehr von erheblichen Gefahren für die staatliche und öffentliche Sicherheit sowie zur Vergolung von Straftaten von erheblicher Bedeutung erforderlich ist.
- (9) Organisationen, die politisch, philosophisch, religiös oder gewerkschaftlich ausgerichtet sind und keinen Erwerbszweck verfolgen, dürfen besondere Arten personenbezogener Daten (§3 Abs. 9) erheben, verarbeiten oder nutzen, soweit dies für die Tätigkeit der Organisation erforderlich ist. Dies gilt nur für personenbezogene Daten ihrer Mitglieder oder von Personen, die im Zusammenhang mit deren Tätigkeitszweck regelmäßig Kontakte mit ihr unterhalten. Die Übermittlung dieser personenbezogenen Daten an Personen oder Stellen außerhalb der Organisation ist nur unter den Voraussetzungen des § 4a Abs. 3 zulässig. Absatz 2 Nummer 2 Buchstabe gilt entsprechend.

Kündigungsschutzgesetz (KSchG)

§ 1

- (1) Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat, ist rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist.
- (2) Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. Die Kündigung ist auch sozial ungerechtfertigt, wenn
 1. in Betrieben des privaten Rechts
 - a) die Kündigung gegen eine Richtlinie nach § 95 des Betriebsverfassungsgesetzes verstößt,
 - b) der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann und der Betriebsrat oder eine andere nach dem Betriebsverfassungsgesetz insoweit zuständige Vertretung der Arbeitnehmer aus einem dieser Gründe der Kündigung innerhalb der Frist des § 102 Abs. 2 Satz 1 des Betriebsverfassungsgesetzes schriftlich widersprochen hat,
 2. in Betrieben und Verwaltungen des öffentlichen Rechts
 - a) die Kündigung gegen eine Richtlinie über die personelle Auswahl bei Kündigungen verstößt,
 - b) der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in derselben Dienststelle oder in einer anderen Dienststelle desselben Verwaltungszweigs an demselben Dienort einschließlich seines Einzugsgebiets weiterbeschäftigt werden kannund die zuständige Personalvertretung aus einem dieser Gründe fristgerecht gegen die Kündigung Einwendungen erhoben hat, es sei denn, daß die Stufenvertretung in der Verhandlung mit der übergeordneten Dienststelle die Einwendungen nicht aufrechterhalten hat.

Satz 2 gilt entsprechend, wenn die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen oder eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers unter geänderten Arbeitsbedingungen möglich ist und der Arbeitnehmer sein Einverständnis hiermit erklärt hat. Der Arbeitgeber hat die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung bedingen.
- (3) Ist einem Arbeitnehmer aus dringenden betrieblichen Erfordernissen im Sinne des Absatzes 2 gekündigt worden, so ist die Kündigung trotzdem sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltungspflichten und die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat; auf Verlangen des Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Gründe anzugeben, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben. In die soziale Auswahl nach Satz 1 sind Arbeitnehmer nicht einzubeziehen, deren

Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes, im berechtigten betrieblichen Interesse liegt. Der Arbeitnehmer hat die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung als sozial ungerechtfertigt im Sinne des Satzes 1 erscheinen lassen.

- (4) Ist in einem Tarifvertrag, in einer Betriebsvereinbarung nach § 95 des Betriebsverfassungsgesetzes oder in einer entsprechenden Richtlinie nach den Personalvertretungsgesetzen festgelegt, wie die sozialen Gesichtspunkte nach Absatz 3 Satz 1 im Verhältnis zueinander zu bewerten sind, so kann die Bewertung nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden.
- (5) Sind bei einer Kündigung auf Grund einer Betriebsänderung nach § 111 des Betriebsverfassungsgesetzes die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, in einem Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat namentlich bezeichnet, so wird vermutet, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne des Absatzes 2 bedingt ist. Die soziale Auswahl der Arbeitnehmer kann nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Die Sätze 1 und 2 gelten nicht, soweit sich die Sachlage nach Zustandekommen des Interessenausgleichs wesentlich geändert hat. Der Interessenausgleich nach Satz 1 ersetzt die Stellungnahme des Betriebsrates nach § 17 Abs. 3 Satz 2.

§ 9

- (1) Stellt das Gericht fest, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, ist jedoch dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten, so hat das Gericht auf Antrag des Arbeitnehmers das Arbeitsverhältnis aufzulösen und den Arbeitgeber zur Zahlung einer angemessenen Abfindung zu verurteilen. Die gleiche Entscheidung hat das Gericht auf Antrag des Arbeitgebers zu treffen, wenn Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen. Arbeitnehmer und Arbeitgeber können den Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz stellen.
- (2) Das Gericht hat für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses den Zeitpunkt festzusetzen, an dem es bei sozial gerechtfertigter Kündigung geendet hätte.

Berufsbildungsgesetz (BbiG)

§ 20

Das Berufsausbildungsverhältnis beginnt mit der Probezeit. Sie muss mindestens einen Monat und darf höchstens vier Monate betragen.

§ 22

- (1) Während der Probezeit kann das Berufsausbildungsverhältnis jederzeit ohne Einhalten einer Kündigungsfrist gekündigt werden.
- (2) Nach der Probezeit kann das Berufsausbildungsverhältnis nur gekündigt werden
 - 1. aus einem wichtigen Grund ohne Einhalten einer Kündigungsfrist,

2. von Auszubildenden mit einer Kündigungsfrist von vier Wochen, wenn sie die Berufsausbildung aufgeben oder sich für eine andere Berufstätigkeit ausbilden lassen wollen.
- (3) Die Kündigung muss schriftlich und in den Fällen des Absatzes 2 unter Angabe der Kündigungsgründe erfolgen.
- (4) Eine Kündigung aus einem wichtigen Grund ist unwirksam, wenn die ihr zugrunde liegenden Tatsachen dem zur Kündigung Berechtigten länger als zwei Wochen bekannt sind. Ist ein vorgesehenes Güteverfahren vor einer außergerichtlichen Stelle eingeleitet, so wird bis zu dessen Beendigung der Lauf dieser Frist gehemmt.

MuSchGIX

§ 9

- (1) Die Kündigung gegenüber einer Frau während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung ist unzulässig, wenn dem Arbeitgeber zur Zeit der Kündigung die Schwangerschaft oder Entbindung bekannt war oder innerhalb zweier Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt wird; das Überschreiten dieser Frist ist unschädlich, wenn es auf einem von der Frau nicht zu vertretenden Grund beruht und die Mitteilung unverzüglich nachgeholt wird. Die Vorschrift des Satzes 1 gilt für Frauen, die den in Heimarbeit Beschäftigten gleichgestellt sind, nur, wenn sich die Gleichstellung auch auf den Neunten Abschnitt –Kündigung- des Heimarbeitsgesetzes vom 14. März 1951 (BGBl. I S. 191) erstreckt.
- (2) Kündigt eine schwangere Frau, gilt § 5 Abs. 1 Satz 3 entsprechend.
- (3) Die für den Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle kann in besonderen Fällen, die nicht mit dem Zustand einer Frau während der Schwangerschaft oder ihrer Lage bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung in Zusammenhang stehen, ausnahmsweise die Kündigung für zulässig erklären. Die Kündigung bedarf der schriftlichen Form und sie muss den zulässigen Kündigungsgrund angeben.
- (4) In Heimarbeit Beschäftigte und ihnen Gleichgestellte dürfen während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung nicht gegen ihren Willen bei der Ausgabe von Heimarbeit ausgeschlossen werden; die Vorschriften der §§ 3, 4, 6 und 8 Abs. 5 bleiben unberührt.

Gesetz zum Schutz der arbeitenden Jugend (JarbSchG)

§ 32

- (1) Ein Jugendlicher, der in das Berufsleben eintritt, darf nur beschäftigt werden, wenn
 1. er innerhalb der letzten vierzehn Monate von einem Arzt untersucht worden ist (Erstuntersuchung) und
 2. dem Arbeitgeber eine von diesem Arzt ausgestellte Bescheinigung vorliegt.

- (2) Absatz 1 gilt nicht für eine nur geringfügige oder eine nicht länger als zwei Monate dauernde Beschäftigung mit leichten Arbeiten, von denen keine gesundheitlichen Nachteile für den Jugendlichen zu befürchten sind.

Bundesseuchengesetz (BseuchG)

§ 18

- (1) Personen dürfen die in § 17 Abs. 1, 3 oder 4 bezeichneten Tätigkeiten erstmalig nur dann ausüben und mit diesen Tätigkeiten erstmalig nur dann beschäftigt werden, wenn durch ein nicht mehr als sechs Wochen altes *Zeugnis des Gesundheitsamtes* nachgewiesen worden ist, daß die dort bezeichneten Hinderungsgründe nicht bestehen; beschäftigte Personen haben diesen Nachweis ihrem Arbeitgeber oder Dienstherrn gegenüber zu erbringen. Auf das Ausscheiden von Choleravibrionen braucht nur dann untersucht zu werden, wenn dies aus besonderen Gründen erforderlich erscheint. Durch Untersuchung einer Stuhlprobe ist innerhalb von vier Wochen, im Falle der Verhinderung aus zwingenden Gründen innerhalb eines Jahres, nach Aufnahme der Tätigkeit zu überprüfen, ob die untersuchte Person auch weiterhin keine Salmonellen, Shigellen oder Choleravibrionen ausscheidet. Der Nachweis, daß eine ansteckungsfähige Tuberkulose der Atmungsorgane nicht vorliegt, muß sich auf eine intrakutane Tuberkulinprobe oder auf eine Röntgenaufnahme der Atmungsorgane stützen. Ist auf die Tuberkulinprobe eine Reaktion vom verzögerten Typ eingetreten (positive Reaktion), ist in jedem Falle eine Röntgenaufnahme erforderlich. Satz 1 gilt nicht für Personen, die beim Herstellen, Behandeln oder Inverkehrbringen von Milch oder Eiprodukten tätig sind oder beschäftigt werden, wenn die Milch an eine Molkerei oder einen anderen Betrieb, in dem sie molkereimäßig be- oder verarbeitet wird, abgegeben wird oder wenn die Eiprodukte an einen anerkannten Vorbehandlungsbetrieb abgegeben werden. Satz 1 gilt ferner nicht für Lehrer und Schüler von hauswirtschaftlichen und nahrungsgewerblichen Klassen.
- (2) Der Bundesminister für Gesundheit wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates vorzuschreiben, daß Personen, die nach Absatz 1 untersuchungspflichtig sind, sich Wiederholungsuntersuchungen zu unterziehen und durch ein Zeugnis des Gesundheitsamtes nachzuweisen haben, daß bei ihnen Hinderungsgründe nach § 17 Abs. 1, 3 oder 4 nicht vorliegen, wenn
1. sie einer erhöhten Ansteckungsgefahr an einer der in § 17 Abs. 1 oder in einer Rechtsverordnung nach § 17 Abs. 5 genannten Krankheiten ausgesetzt sind oder vorübergehend ausgesetzt waren,
 2. sonstige Tatsachen den Verdacht einer Erkrankung an einer dieser Krankheiten nahelegen,
 3. sie beim Herstellen, Behandeln oder Inverkehrbringen von Lebensmitteln tätig oder beschäftigt werden, bei denen die besondere Gefahr besteht, daß durch sie Erreger der in § 17 Abs. 1 oder in einer Rechtsverordnung nach § 17 Abs. 5 genannten Krankheiten übertragen werden oder
 4. Rechtsnormen der Europäischen Gemeinschaften dies erfordern.

In der Rechtsverordnung kann auch bestimmt werden, daß Personen, die sich einer vorgeschriebenen Wiederholungsuntersuchung nicht unterziehen, die in § 17 bezeichneten Tätigkeiten nicht weiter ausüben und mit diesen Tätigkeiten nicht weiter beschäftigt werden dürfen. Ferner kann darin bestimmt werden, daß ein Beschäftigter verpflichtet ist, seinem Arbeitgeber Tatsachen mitzuteilen, die eine Pflicht zur Wiederholungsuntersuchung begründen können. In dringenden Fällen kann die Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates erlassen werden, jedoch ist ihre Geltungsdauer auf längstens drei Monate zu befristen.

- (3) Solange der Bundesminister für Gesundheit von der Ermächtigung nach Absatz 2 Satz 1 keinen Gebrauch macht, sind auch die Landesregierungen zum Erlaß einer Rechtsverordnung nach Absatz 2 ermächtigt. Die Landesregierungen können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf andere Stellen übertragen.
- (4) Die zuständige Behörde kann zulassen, daß das Zeugnis von einem Arzt ausgestellt wird, der über die für die Untersuchung notwendigen Einrichtungen verfügt. In diesem Falle hat der Arzt eine Abschrift des Zeugnisses unverzüglich dem zuständigen Gesundheitsamt zu übersenden.
- (5) Das Zeugnis ist dem Arbeitgeber für die Dauer der Beschäftigung auszuhändigen. Er hat dieses Zeugnis und, sofern er eine in § 17 bezeichnete Tätigkeit selbst ausübt, sein eigenes Zeugnis an der Arbeitsstätte verfügbar zu halten und der zuständigen Behörde und ihren Beauftragten auf Verlangen vorzulegen.

§ 47

- (1) Lehrer und zur Vorbereitung auf den Beruf des Lehrers in Schulen tätige Personen sowie Schulbedienstete, die Kontakt mit den Schülern haben, haben vor erstmaliger Aufnahme ihrer Tätigkeit der zuständigen Behörde ein Zeugnis des Gesundheitsamtes darüber abzugeben, daß bei ihnen eine ansteckungsfähige Tuberkulose der Atmungsorgane nicht festgestellt wurde. Das Zeugnis muß sich auf eine Röntgenaufnahme der Atmungsorgane und eine intrakutane Tuberkulinprobe stützen. Die Erhebung der Befunde darf nicht länger als sechs Monate zurückliegen. Bei Schwangeren ist von der Röntgenaufnahme abzusehen; statt dessen ist ein Zeugnis des Gesundheitsamtes vorzulegen, daß nach sonstigen Befunden eine ansteckungsfähige Tuberkulose der Atmungsorgane nicht zu befürchten ist. Vor einer Wiederaufnahme der Tätigkeit nach Beendigung der Schwangerschaft ist die Röntgenaufnahme nachzuholen. Solange das Zeugnis nach Satz 1 oder 4 nicht vorgelegt worden ist, dürfen die in Satz 1 genannten Personen ihre Tätigkeit nicht ausüben und nicht damit beschäftigt werden.
- (2) Werden bei der Erhebung der Befunde Tatsachen festgestellt, die zu einer ansteckungsfähigen Tuberkulose führen können, ordnet das Gesundheitsamt die erforderlichen weiteren Untersuchungen an. Dies ist im Zeugnis nach Absatz 1 zum Ausdruck zu bringen.
- (3) Bei Wiederholungsuntersuchungen kann der Nachweis nach Absatz 1 auch durch das Zeugnis eines sonstigen Arztes geführt werden. In diesem Fall hat der Arzt eine Abschrift des Zeugnisses unverzüglich dem zuständigen Gesundheitsamt zu übersenden.

- (4) Schüler dürfen durch eine perkutane oder intrakutane Tuberkulinprobe auf Tuberkulose untersucht werden. Personen, denen die Sorge für die Person eines Schülers zusteht, sind verpflichtet, diese Untersuchung zu dulden.
- (5) Das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit (Artikel 2 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes) wird insoweit eingeschränkt.

Gendiagnostikgesetz (GenDG)

§ 20 Abs. 2

Abweichend von Absatz 1 sind im Rahmen arbeitsmedizinischer Vorsorgeuntersuchungen diagnostische genetische Untersuchungen durch Genproduktanalyse zulässig, soweit sie zur Feststellung genetischer Eigenschaften erforderlich sind, die für schwerwiegende Erkrankungen oder schwerwiegende gesundheitliche Störungen, die bei einer Beschäftigung an einem bestimmten Arbeitsplatz oder mit einer bestimmten Tätigkeit entstehen können, ursächlich oder mitursächlich sind. Als Bestandteil arbeitsmedizinischer Vorsorgeuntersuchungen sind genetische Untersuchungen nachrangig zu anderen Maßnahmen des Arbeitsschutzes.

SAMENVATTING

1. Algemene inleiding

De rechtspositie van de sollicitant en werknemer tijdens de proeftijd staan bekend als zwak. De sollicitatiefase is nauwelijks in de wet geregeld, in de proeftijd geldt weinig rechtsbescherming.

De probleemstelling voor dit onderzoek is in hoeverre de sollicitant en werknemer tijdens de proeftijd werkelijk rechteloos zijn of in welke mate hun rechtspositie toch door het recht wordt genormeerd. Daarnaast wordt de vraag gesteld of (verdere) normering, eventueel via een wettelijke regeling, is aangewezen.

2. De precontractuele fase en totstandkoming van de arbeidsovereenkomst

De sollicitatiefase is aan te merken als een precontractuele fase. Volgens het algemene contractenrecht dienen partijen in deze fase met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening te houden. Wel is de contractsvrijheid het uitgangspunt. Een werkgever moet de mogelijkheid hebben om de in zijn ogen meest geschikte kandidaat voor een bepaalde functie aan te nemen. Wilsovereenstemming tot het aangaan van een arbeidsovereenkomst is een belangrijke vereiste, omdat partijen over het algemeen een relatie voor langere tijd met elkaar aangaan. Om die reden mag niet te snel worden aangenomen dat tijdens de onderhandelingen over het aangaan van een arbeidsovereenkomst het gerechtvaardigd vertrouwen tot het aangaan van een arbeidsovereenkomst is gewekt en bij afbreken van onderhandelingen de afbrekende partij schadeplichtig zal zijn of tot voortonderhandelen door de rechter dient te worden veroordeeld.

Het algemeen verbintenissenrecht is in beginsel op de arbeidsovereenkomst van toepassing. Daardoor gelden in principe voor het aangaan van een arbeidsovereenkomst de algemene regels voor de totstandkoming van een overeenkomst (artt. 3:33-35 en 6:217 ev. BW). In sommige situaties wijkt het arbeidsrecht echter hiervan af, uit het oogpunt van bescherming van de werknemer, als in de regel economisch zwakkere partij ten opzichte van de werkgever. Zo bestaan er wettelijke beperkingen voor het aangaan van een arbeidsovereenkomst en kunnen sommige bedingen in de

arbeidsovereenkomst slechts schriftelijk worden aangegaan. Het beginsel van contractsvrijheid verkrijgt hiermee in het arbeidsrecht een eigen dimensie. Het arbeidsrecht heeft binnen het vermogensrecht een aparte positie.

3. Werving

Alhoewel er relatief weinig wettelijke regels bestaan die betrekking hebben op de werving van personeel, leidt dit nog niet tot de conclusie dat de werving van personeel niet genormeerd is en de sollicitant daardoor 'vogelvrij' is. Zo is het wettelijk verboden om bij de werving van personeel ongerechtvaardigd onderscheid te maken. Daarnaast hebben de Sollicitatiecode van de NVP en de Aanbeveling werving en selectie van de STAR weliswaar geen wettelijke status, maar oefenen zij toch indirect invloed uit.

4. Selectie

De selectiefase is voor werkgever en sollicitant het meest cruciale onderdeel van de sollicitatieprocedure. De sollicitant is in deze fase sterk afhankelijk van de zorgvuldigheid die de werkgever betracht.

De selectie is nauwelijks wettelijk genormeerd. Branchecao's en ondernemingscao's bevatten weliswaar in meerdere of mindere mate bepalingen over werving en selectie, maar verwijzingen naar de NVP Sollicitatiecode en de Aanbeveling werving en selectie van de STAR, komen we daarin echter niet of nauwelijks tegen. Daarenboven is er uit het oogpunt van contractsvrijheid in de sollicitatiefase veel beoordelingsruimte voor een werkgever om te selecteren op de in zijn ogen meest geschikte kandidaat voor de vervulling van een vacature. De belangen van werkgever en sollicitant kunnen worden gediend met zorgvuldige voorlichting over de spelregels die gelden of gebruikelijk zijn bij de werving en selectie van personeel. Dit kan ertoe leiden dat de normen stieter zullen worden nageleefd en een sollicitant er beter mee bekend raakt welke mogelijkheden hem ten dienste staan om tegen een incorrecte benadering door een werkgever bij de werving en selectie in het geweer te komen. Het hierdoor te bereiken bewustwordingsproces zal naar mijn verwachting uiteindelijk kunnen leiden tot een eerlijker kans op aanstelling.

5. Handhaving

In bepaalde gevallen kan de sollicitant een onjuiste behandeling in de wervings- en selectiefase wel aanvechten. Dat kan het geval zijn als de onderhandelingen over de totstandkoming van een overeenkomst worden stopgezet in een fase waarin deze al zover waren gevorderd dat de sollicitant er op mocht vertrouwen dat de overeenkomst tot stand zou komen. De aard van de in te stellen actie is afhankelijk van de fase waarin de onderhandelingen werden afgebroken.

Als er reeds wilsovereenstemming bestaat over de essentialia van een arbeidsovereenkomst en nog wordt voortonderhandeld over aspecten die van ondergeschikt

belang zijn, kan de afbrekende partij schadeplichtig zijn of tot voortonderhandelen in rechte worden gehouden. Voorts heeft de rechter de mogelijkheid om de (concept)arbeidsovereenkomst op grond van de redelijkheid en billijkheid aan te vullen (art. 6:248 lid 1 BW). Het is evenwel de vraag of een sollicitant met deze laatste mogelijkheid veel opschiet als een werkgever de onderhandelingen heeft afgebroken, omdat hij bijvoorbeeld zijn oog toch al had laten vallen op een andere sollicitant of twijfel heeft over de geschiktheid van de sollicitant. De arbeidsovereenkomst zal in dat geval, als deze toch tot stand komt, geen lang leven beschoren zijn.

Daarnaast bestaan klachtenprocedures over de werving en selectie en aanstellingskeuringen. Door gebruikmaking van deze handhavingsmechanismen komen normen tot ontwikkeling over hoe werkgever en sollicitant zich jegens elkaar dienen te gedragen. Daarmee wordt de rechtszekerheid gediend.

6. Gelijke behandeling bij werving en selectie

Een eerlijke sollicitatieprocedure, waarbij een ieder een eerlijke kans op aanstelling zal hebben, vereist een strikte naleving van de gelijkebehandelingswetgeving. De laatste twee decennia is door de ontwikkeling van het EU-recht veel wetgeving tot stand gekomen op het gebied van gelijke behandeling die ook op de werving en selectie van personeel van toepassing is. Gelet op de ruime strekking van deze wetgeving, kan er bij de werving en selectie van personeel dan ook al vrij snel sprake zijn van handelen in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving. Een werkgever die op dit gebied onvoldoende thuis is, kan hierdoor vrij snel onbedoeld handelen in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving. Goede voorlichting over de effecten van de gelijkebehandelingswetgeving voor de werving en selectie van personeel is dan ook noodzakelijk, opdat het ook voor werkgevers mogelijk blijft om op praktische en niet al te bezwaarlijke wijze te werven en selecteren voor de beste kandidaat.

Verder is van belang dat de Commissie Gelijke Behandeling een oordeel kan worden gevraagd over het eigen handelen van een werkgever. Een dergelijk oordeel kan ook worden ingebracht in een civiele procedure.

7. De precontractuele fase en totstandkoming van de arbeidsovereenkomst naar Duits recht

De precontractuele fase is het voorstation van de arbeidsovereenkomst. Qua uitgangspunten en rechtsacties verschillen de precontractuele fase naar Duits en Nederlands recht niet van elkaar. Naar Duits recht is de precontractuele fase genormeerd op grond van § 311 Abs. 2 BGB jo. 241 Abs. 2 van het BGB (*culpa in contrahendo*).

De tekst en ratio van § 311 Abs. 2 BGB jo. 241 Abs. 2 BGB zijn in overeenstemming met de lijn die de Hoge Raad over de precontractuele fase sinds de jaren vijftig van de vorige eeuw heeft ontwikkeld.

Interessant voor het Nederlandse recht is dat het Duitse recht bij het afbreken van onderhandelingen de aanwezigheid van een zogenoemde '*triftige Grund*' van belang acht. Dit houdt in dat voor de beantwoording van de vraag of het een partij vrij staat om onderhandelingen af te breken, niet alleen moet worden beoordeeld of de afbrekende partij bij de andere partij het gerechtvaardigd vertrouwen heeft opgewekt dat de overeenkomst tot stand zou komen, maar ook of de afbrekende partij voor het afbreken van de onderhandelingen een gewichtige reden heeft. Op grond van de rechtspraak van de Hoge Raad van de laatste jaren kunnen naast het gerechtvaardigd gewekt vertrouwen eveneens de omstandigheden van het geval, waaronder de gerechtvaardigde belangen van partijen en de vraag of in de loop van de onderhandelingen zich onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan, maatgevend zijn. Naar mijn mening is het Duitse begrip '*triftiger Grund*' duidelijker en praktischer. Hierdoor kan aan de rechter de mogelijkheid worden gegeven om hieraan, op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval, invulling te geven.

Tot slot kent het Duitse recht de mogelijkheid tot omkering van de bewijslast ten gunste van de partij die is benadeeld door schending van de informatieplicht. Deze omkering houdt in dat de partij die de informatieplicht heeft geschonden, dient te bewijzen dat de schade ook ingetreden zou zijn als de informatieplicht niet was geschonden. Naar Nederlands recht is de mogelijkheid tot omkering van de bewijslast zeer beperkt. Het verdient aanbeveling om op dit punt het Duitse recht te volgen, waardoor de benadeelde van afgebroken onderhandelingen zal zijn verlost van het in de praktijk veelvoorkomende probleem van bewijsarmoede bij schending van de informatieplicht. Naar Duits recht komt de arbeidsovereenkomst, net als in het Nederlands recht, door aanbod en aanvaarding tot stand.

8. Werving en selectie naar Duits recht

Het Duitse recht stelt op grond van de jurisprudentie eisen aan de werving en selectie van personeel. Deze eisen dienen zowel de belangen van de aanstaande werkgever als die van de sollicitant. De werkgever heeft recht op duidelijke informatie. De sollicitant heeft recht op een eerlijke kans op aanstelling en bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer.

Door de duidelijke informatie-uitwisseling in de Duitse sollicitatieprocedure middels de uitgebreide documentatie die bij een sollicitatiebrief wordt gevoegd, kan de werkgever nauwkeuriger bepalen of een sollicitant geschikt is voor het verrichten van de functie en is een eerlijke kans op aanstelling naar mijn mening beter gewaarborgd dan bij toepassing van het Nederlandse systeem dat met name voortvloeit uit de NVP Sollicitatiecode.

Het Duitse recht kent, anders dan het Nederlandse recht, geen code voor de sollicitatieprocedure. In het belang van de rechtszekerheid van de sollicitant geniet het de voorkeur dat de regels die in Duitsland bij de werving en selectie van personeel in de jurisprudentie zijn ontwikkeld, in Nederland in een code of in de wet worden vastgelegd.

In zijn algemeenheid is de rechtspositie van de sollicitant op grond van het Duitse recht niet wezenlijk beter of slechter dan de rechtspositie van de sollicitant naar Nederlands recht. Een paar kleine uitzonderingen die hierop kunnen worden gemaakt zijn de -beperkte- mogelijkheden voor de werkgever tot het stellen van medische vragen tijdens de sollicitatieprocedure en de plicht tot vergoeding van sollicitatiekosten die uit de rechtspraak kan worden afgeleid.

9. Geschiedenis van het proeftijdbeding

De eerste wettelijke regeling van de proeftijd werd in 1907 ingevoerd. De wetgever heeft er destijds voor gekozen om aan de proeftijd een maximumduur van twee maanden te verbinden en te bepalen dat overschrijding van deze voorgeschreven maximumtermijn met absolute nietigheid werd bedreigd. Door een wijziging in 1953 werd het mogelijk om de arbeidsovereenkomst reeds voor aanvang van de proeftijd op te zeggen. In het algemeen werd door die wetswijziging de ontslagbescherming van de werknemer aanzienlijk versterkt door de invoering van het vereiste dat elk ontslag een "iusta causa" dient te hebben. Dit uitgangspunt werd door de wetgever echter niet op het proeftijdontslag van toepassing verklaard. De positie van de werknemer tijdens de proeftijd is door de invoering van de wet van 17 december 1953 dus eerder verslechterd dan verbeterd.

Bij de invoering van het NBW in 1996 werd de proeftijdregeling in twee wetsartikelen ondergebracht, namelijk in artikel 7:652 BW en in artikel 7:676 BW. De Wet Flexibiliteit en zekerheid legde per 1 januari 1999 in artikel 7:652 BW vast dat een proeftijd schriftelijk moet worden aangegaan. Voorts introduceerde de wet een gedifferentieerde maximumtermijn, gekoppeld aan de aard en omvang van de arbeidsovereenkomst. In artikel 7:669 BW werd vastgelegd dat de in dat artikel genoemde motiveringsplicht voor de reden van de opzegging ook van toepassing is bij proeftijdontslag. De ontslagreden moet desgevraagd schriftelijk worden medegedeeld. Er staat geen expliciete sanctie op weigering van het verzoek.

10. Vorm en geldigheidsaspecten van de proeftijd

Door de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid is het wezen van de proeftijd, zoals dit met name tot uitdrukking komt in de zogenaamde '*ijzeren proeftijdtheorie*' ongewijzigd gebleven. Het voorschrift dat de proeftijd voor beide partijen gelijk dient te zijn is gehandhaafd en de proeftijd mag niet langer duren dan twee maanden. Van een verlenging van de maximumtermijn voor de proeftijd heeft de wetgever uiteindelijk niets willen weten. Nieuw is de bij de Wet Flexibiliteit en zekerheid ingevoerde gedifferentieerde maximumtermijn voor de proeftijd en het constitutief voorgeschreven schriftelijkheidsvereiste. Uit de tekst van artikel 7:652 lid 2 BW blijkt evenwel niet op welk moment aan het schriftelijkheidsvereiste moet zijn voldaan.

11. De duur van de proeftijd

De Hoge Raad wil tot op heden niet weten van opschorting en oprekking van de proeftijd en houdt vast aan de door de wetgever bepaalde maximumduur. Door het arrest van de Hoge Raad van 27 oktober 2005 is evenwel een nuancering op de ijzeren proeftijdtheorie toegepast in die zin dat onder omstandigheden een strikte toepassing van de termijn van het proeftijdbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. Blijkens dit arrest stelt de Hoge Raad aan die omstandigheden, als uitzondering op de regel, hoge eisen. Ook de mogelijkheid van omzetting (conversie) van een te lange (nietige) proeftijd in een kortere (rechtsgeldige) proeftijd wordt door de Hoge Raad tot op heden, op grond van overwegingen van rechtszekerheid en doelmatigheid, verworpen.

12. Het aangaan van een nieuwe proeftijd

De wet bepaalt dat een tweede proeftijd niet mogelijk is indien de totale duur van de proeftijden de maximale termijn overschrijdt.

Indien de identiteit van de werkzaamheden in de oude en nieuwe arbeidsovereenkomst gelijk blijft, is er geen plaats voor een nieuwe proeftijd. In zoverre kan worden gesproken van een 'objectieve identiteit'. Indien er een proeftijd wordt opgenomen in een arbeidsovereenkomst met een opvolgend werkgever kan worden gesproken van 'subjectieve identiteit' als er zodanige banden tussen de oude en nieuwe werkgever bestaan dat zij min of meer als elkaars opvolgers kunnen worden aangemerkt. In dat geval is er evenmin plaats voor een nieuwe proeftijd, omdat het door de vorige werkgever tijdens de proeftijd verkregen inzicht in hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid aan de nieuwe werkgever dient te worden toegerekend. Op deze wijze wordt voorkomen dat de maximumduur van de proeftijd wordt ontweken.

De Hoge Raad aanvaardt echter wel een tweede proeftijd indien sprake is van een nieuwe functie die andere vaardigheden of verantwoordelijkheden meebrengt.

13. Beëindiging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd

Tot de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid golden de algemene en bijzondere opzegverboden in beginsel niet tijdens de proeftijd. Sinds de invoering van de wet zijn de in de artikelen 7: 670 en 7: 670a BW omschreven opzegverboden niet tijdens de proeftijd van toepassing. Voor alle overige bijzondere opzegverboden is de systematiek aldus dat uitzonderingen op opzegverboden in het daarop betrekkinghebbende wetsartikel zelf zijn opgenomen. Deze systematiek heeft tot gevolg dat een aantal opzegverboden ook tijdens de proeftijd van toepassing zijn. De relatief zwakke rechtsbescherming van de werknemer gedurende de proeftijd, is daardoor toch enigszins verbeterd. De werknemer wiens arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd in strijd met een alsdan geldend opzegverbod wordt opgezegd, verkrijgt daardoor tevens het voordeel van de in veel opzegverboden en wetten opgenomen

verschuiving van de bewijslast ten voordele van de werknemer, in die zin dat indien de werknemer in rechte feiten aanvoert die door de wet verboden onderscheid doen vermoeden, de werkgever dient te bewijzen dat niet in strijd met het artikel is gehandeld.

De in artikel 7:669 BW geformuleerde plicht om de opzeggingsreden van de werknemer desgewenst schriftelijk te motiveren, kan ertoe leiden dat de werkgever een valse reden voor de opzegging tijdens de proeftijd opgeeft. De werknemer zal dan toch de bewijslast hiervan dragen, waardoor hij toch slechts beperkt is beschermd.

14. Materiële toetsing van het proeftijdontslag

De Hoge Raad heeft in het Codfried/ISS-arrest (HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 430 (Codfried ISS)), overwogen dat bij een ontslag tijdens de proeftijd sprake kan zijn van misbruik van bevoegdheid. In het Triple P/Tap arrest (HR 10 november 2000, *JAR* 2000/249) heeft de Hoge Raad bevestigd dat een beroep op de proeftijd in strijd kan komen met de eis van goed werkgeverschap. De Hoge Raad heeft door het wijzen van deze twee arresten meer ruimte verschaft voor een materiële toetsing van het ontslag tijdens de proeftijd.

Een vordering uit hoofde van een tijdens de proeftijd gegeven ontslag kan op diverse juridische grondslagen worden gefundeerd. Zo kan het proeftijdontslag onrechtmatig zijn, kan het onder omstandigheden een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst opleveren of in strijd komen met de eisen van goed werknemer- of goed werkgeverschap. Ook kan bij de opzegging sprake zijn van misbruik van bevoegdheid. De keuze voor een in te stellen vordering is van belang voor de in te stellen actie. Een belangrijke belemmering blijft evenwel dat de kennelijke onredelijkheidstoetsing van artikel 7:681 BW in geval van proeftijdontslag is uitgesloten.

15. Schadevergoeding wegens opzegging tijdens de proeftijd

In het geval van aanvechtbaar proeftijdontslag staat werkgever of werknemer een groot arsenaal aan acties ter beschikking. In veel gevallen zal het vorderen van schadevergoeding uiteindelijk het meest voor de hand liggen. In de wijze van schadeberekening is, na raadpleging van de rechtspraak weinig lijn te ontdekken nu schade bij aanvechtbaar proeftijdontslag niet of nauwelijks kan worden geconcretiseerd. Bij schending van de norm van redelijkheid en billijkheid kan wellicht onder omstandigheden de nietigheid van het proeftijdontslag worden ingeroepen en herstel van de arbeidsovereenkomst worden gevorderd. In de praktijk zal evenwel het vorderen van schadevergoeding de meest voorkomende actie zijn.

16. Het proeftijdbeding naar Duits recht

Het Duitse recht kent geen afzonderlijke wetsbepaling voor de proeftijd. Evenmin behoeft de proeftijd schriftelijk te zijn aangegaan. Volgens de rechtspraak is het voldoende dat deze uit de omstandigheden blijkt. Het ontbreken van een wetsbepaling waarin de proeftijd is geregeld en het ontbreken van het vormvereiste dat de proeftijd schriftelijk moet zijn aangegaan, schaden de rechtszekerheid. Vanuit dit oogpunt is het geboden om aspecten zoals de maximale duur van de proeftijd, de minimale opzegtermijn, de consequenties van overschrijding van de maximumduur van de proeftijd, de mogelijkheden tot verlenging van de proeftijd et cetera, te codificeren.

Het Duitse recht kent, zij het onder voorwaarden, de mogelijkheid om de opzegtermijn voor opzegging tijdens de proeftijd te verlengen, waardoor werkgever en werknemer nog wat langer ervaring met elkaar kunnen opdoen en de werknemer daardoor in feite nog een extra kans krijgt om zich tijdens de proeftijd waar te maken.

De ontslagbescherming van de werknemer tijdens de proeftijd is op grond van wet en jurisprudentie naar Duits recht goed geregeld. Bij een 'befristetes Arbeitsverhältnis' is tussentijdse opzegging niet mogelijk, tenzij dit uitdrukkelijk werd overeengekomen of indien er sprake is van een situatie die aanleiding geeft tot een 'ausserordentliche Kündigung'. In dat geval moet er sprake zijn van een 'wichtige Grund'. Volgens de rechtspraak is disfunctioneren daartoe in beginsel onvoldoende, omdat het doel van de proeftijd nu juist is om 'proef' te nemen.

Bij het opzeggen van een proeftijd die in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is opgenomen (vorgeschaltete Probezeit) geldt een minimale opzegtermijn van veertien dagen, indien de proeftijd niet langer is dan zes maanden. Na zes maanden geldt de normale opzegtermijn van vier weken en de algemene wettelijke ontslagbescherming.

Naar Duits recht kan de opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd worden getoetst aan de wettelijke verboden, aan redelijkheid en billijkheid (Trau und Glauben) en de goede zeden (Guten Sitten).

De proeftijd zoals die in het Duitse recht is geregeld, is een lappendeken van mogelijkheden die niet in de wet zijn vastgelegd. Vanuit het doel van de proefneming krijgt de werknemer de kans om zich waar te maken. De duur van de proeftijd treedt de werknemer daartoe tegemoet. Bovendien kan de proeftijd met dat doel, zij het onder voorwaarden, ook nog eens worden verlengd. Toch komt de rechtsbescherming daarmee niet in het gedrang.

17. Vergelijking en conclusies

17.1 Sollicitatiefase

Het Duitse recht kent, evenmin als het Nederlands recht, een specifieke wettelijke regeling voor de werving en selectie. Ook zijn de in Duitsland geldende regels voor werving en selectie niet in een code vastgelegd. In Duitsland vindt in de praktijk wel een duidelijke informatie-uitwisseling tijdens de sollicitatiefase plaats door het gebruik om uitgebreide documentatie bij de sollicitatiebrief te voegen. Het verdient aanbeveling om dit gebruik te volgen. Voorts zou in de jurisprudentie naar Duits voorbeeld de bewijslast van de sollicitant kunnen worden verlicht, in die zin dat de partij die de informatieplicht heeft geschonden, dient te bewijzen dat de schade ook ingetreden zou zijn als de informatieplicht niet was geschonden.

De ondernemingsraad (Betriebsrat) heeft in Duitsland ook in geval van individuele sollicitaties een belangrijke invloed. Deze heeft het recht om zijn toestemming voor het aangaan van de arbeidsovereenkomst te weigeren, waardoor de indienstneming kan worden teruggedraaid.

Hiermee verkrijgt de Betriebsrat volgens mij een te grote macht bij de aanname van individueel personeel.

Voor het Nederlands recht acht ik het niet wenselijk en praktisch om de ondernemingsraad bij het aangaan van individuele arbeidsovereenkomsten een rol toe te kennen.

In zijn algemeenheid is de rechtspositie van de sollicitant naar Duits recht niet wezenlijk beter of slechter dan de rechtspositie van de sollicitant naar Nederlands recht. Dit ondanks het feit dat de rechtspositie van de sollicitant naar Duits recht, anders dan naar Nederlands recht, niet in een code is geregeld. De NVP Sollicitatiecode is nog onvoldoende bekend. Ook de invoering van een wettelijke regeling voor de werving en selectie heeft pas effect als de normen voldoende bekend zijn geworden en in de wet een goed werkend sanctieapparaat is opgenomen. Als evenwel wordt gekozen voor versterking van de rechtspositie van de sollicitant via regelgeving in cao's of afspraken met de ondernemingsraad, kan maatwerk bij de binnen de bedrijfstak of onderneming geldende regelgeving op het gebied van werving en selectie worden geleverd. Hierdoor kan snel en flexibel op de concrete situatie binnen een bedrijfstak of onderneming worden ingespeeld. Een ander voordeel hiervan is dat werknemers door ze actief bij het aanstellingsbeleid te betrekken, mede- verantwoordelijk worden voor het sociaal beleid binnen de bedrijfstak of onderneming.

17.2 Proeftijd

De proeftijd kan een nuttig instrument zijn voor zover hij de werkgever en werknemer in voldoende mate in staat stelt om gedurende een zekere periode ervaring

met elkaar op te doen. Daarvoor moet de proeftijdregeling terugkeren naar de basis. Daadwerkelijke proefneming gedurende een proeftijd van langere duur, in combinatie met de mogelijkheid van opschorting tijdens ziekte van de werknemer of andere omstandigheden waardoor het buiten toedoen van de werknemer niet tot een feitelijke proefneming kwam, alsook de mogelijkheid van (rechterlijke) toetsing van het proeftijdontslag, komen tegemoet aan de eisen van de praktijk. Werkgevers wensen immers over het algemeen gedurende langere tijd ervaring tijdens de proeftijd te kunnen opdoen. Werknemers hebben de behoefte aan meer rechtszekerheid tijdens de proeftijd. De bepaling dat bij opzegging van de arbeidsovereenkomst een opzegtermijn van twee weken moet worden gehanteerd, maakt een einde aan de als oneervol ervaren onmiddellijke opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd.

In een proeve voor een nieuwe regeling van de proeftijd heb ik mijn aanbevelingen vorm gegeven. Hierbij is gekozen voor een combinatie van het Duitse en Nederlandse rechtssysteem. Uit het Duitse recht komen de plicht tot feitelijke proefneming, het hanteren van een opzegtermijn bij opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd en het hanteren van een langere maximumduur (zes maanden) van de proeftijd. Voordelen van de huidige Nederlandse proeftijdregeling zijn in de proeve intact gelaten, zoals het schriftelijk overeenkomen van de proeftijd en de ijzeren proeftijdtheorie. Voorts is de mogelijkheid van toetsing van de opzegging tijdens de proeftijd op kennelijke onredelijkheid in de proeve ingevoerd. De proeve voor een nieuwe proeftijdregeling is weergegeven in bijlage 3 van het boek.

17.3 *Sollicitatiefase en proeftijd*

De mate van rechtsbescherming neemt gaandeweg de sollicitatiefase tot het einde van de proeftijd toe. In dit boek is een aantal voorstellen gedaan om de rechtsbescherming van zowel de sollicitant als de werknemer tijdens de proeftijd te versterken, onder gelijktijdige verlenging ;onder voorwaarden- van de proeftijd, om die beter tot zijn recht te laten komen. Daarbij wordt nog nadrukkelijker gestreefd naar het uitgangspunt dat ook heeft voorgezeten bij de Wet flexibiliteit en zekerheid, dat de rechtsbescherming van de werknemer toeneemt naarmate de band met de werkgever langduriger is geworden.

Slotbeschouwing

In een democratische samenleving vindt de vrijheid van de één zijn begrenzing in de vrijheid van een ander. Als we dit vertalen naar de sollicitatiefase en de proeftijd, houdt dit in dat de contractsvrijheid en de bevoegdheid om tijdens de proeftijd de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang op te zeggen, niet coûte que coûte en zonder inachtneming van zorgvuldigheidsregels mogen worden toegepast. Partijen moeten in de sollicitatiefase, die een onderhandelingsfase is tussen werkgever en sollicitant, alsook tijdens de proeftijd, met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening houden. Als uitgangspunt voor de sollicitatieprocedure dient te gelden dat misbruik moet worden voorkomen door een eerlijke kans op aanstelling middels

een zorgvuldige sollicitatieprocedure. Misbruik ligt op de loer nu de rechtspositie van de sollicitant, alhoewel deze de laatste decennia onder andere door de invoering van de gelijkebehandelingswetgeving aanzienlijk is verbeterd, nog nauwelijks in de wet, cao's of ondernemingsovereenkomsten is geregeld.

Bij nader inzien vertonen de rechtspositie van de sollicitant en de werknemer tijdens de proeftijd veel punten van overeenkomst. Als uitvloeisel van de precontractuele redelijkheid en billijkheid dienen werkgever en sollicitant elkaar te informeren over omstandigheden die voor het aangaan van de arbeidsovereenkomst van belang zijn. De contractsvrijheid werkt in feite na afronding van de sollicitatiefase door de aanstelling, door in de proeftijd. Hierdoor ontstaat een spanningsveld. Enerzijds staat in de precontractuele fase de verplichting van partijen centraal om hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen.

Anderzijds moeten we daarbij de ratio achter de proeftijd -wederzijdse proefneming- niet uit het oog verliezen. Gelet op deze doelstelling is het tijdens de proeftijd nog niet de bedoeling dat partijen zich tijdens de aanvang van het dienstverband reeds voor langere tijd binden. De proeftijdfase is hierdoor dan ook in feite een contractueel verlengstuk van de sollicitatiefase. De proeftijdfase wordt eveneens door de redelijkheid en billijkheid beheerst. Aan het uitgangspunt om zowel in de sollicitatiefase als in de contractuele fase met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening te houden, wordt in beide fasen uitvoering gegeven. Hierdoor ontstaan dwarsverbanden. Zo kan verzwijging in de sollicitatiefase leiden tot ontslag in de proeftijd en kan een onzorgvuldig verlopen sollicitatieprocedure ertoe leiden dat ontslag voor aanvang of tijdens de proeftijd in strijd met de eisen van goed werkgeverschap wordt beschouwd of als onrechtmatig wordt aangemerkt. De werking van de redelijkheid en billijkheid in de precontractuele fase is echter beperkt door het beginsel van contractsvrijheid, dat aan ons algemeen verbintenissenrecht ten grondslag ligt. Tijdens de proeftijd speelt de contractsvrijheid geen rol meer, maar gaat het om de uitoefening van de contractuele bevoegdheid om een arbeidsovereenkomst onmiddellijk op te zeggen. Dit verklaart de relatief betere rechtspositie van de proeftijd-werknemer ten opzichte van die van de sollicitant. Dit laat echter onverlet dat de algemene rechtspositie van de sollicitant en die van de proeftijd-werknemer middels zelfregulering door werkgevers en werknemers, als onderdeel van het sociaal beleid, kan worden versterkt.

Het arbeidsrecht bevindt zich niet in een vacuüm. Het wordt beïnvloed door de ontwikkeling van vage normen, zoals redelijkheid en billijkheid, binnen het algemene verbintenissenrecht. De rechtspositie van de sollicitant en die van de werknemer tijdens de proeftijd verdienen het dan ook om de ontwikkeling van het algemene overeenkomstenrecht op dit punt te volgen.

ZUSAMMENFASSUNG

1. Allgemeine Einleitung

Die Rechtsstellung des Bewerbers und des Arbeitnehmers während der Probezeit kann als schwach bezeichnet werden. Die Bewerbungsphase ist kaum gesetzlich geregelt, zugleich gibt es nur wenig rechtlichen Schutz in der Probezeit.

Die in dieser Doktorarbeit zugrunde liegende Fragestellung lautet, in wieweit ein Bewerber und ein Arbeitnehmer während der Probezeit tatsächlich ohne Rechte sind, oder in welchen Ausmaß ihre Rechtsstellung nichtsdestotrotz durch das Recht normiert wird. Zudem wird die Frage gestellt, ob (weitere) Normierung, eventuell über eine gesetzliche Regelung, notwendig ist.

2. Die vorvertragliche Phase und die Entstehung des Arbeitsvertrages

Die Bewerbungsphase kann als vorvertragliche Phase qualifiziert werden. In dieser Phase sollten die Parteien, gemäß dem allgemeinen Schuldrecht, ihre rechtmäßigen Interessen berücksichtigen. Als Ausgangspunkt gilt dabei stets die Vertragsfreiheit. Ein Arbeitgeber muss die Möglichkeit haben, um den seiner Meinung nach geeignetsten Kandidaten für eine bestimmte Stelle einzustellen. Dass die Parteien beim schließen des Arbeitsvertrages Übereinstimmen, ist eine wichtige Voraussetzung, da sie für eine längere Zeit eine geschäftliche Beziehung eingehen. Da ein Arbeitsvertrag als Dauerschuldverhältnis zu betrachten ist und die Vertragsfreiheit dem niederländischen Privatrecht zugrunde liegt, darf nicht allzu schnell angenommen werden, dass während den Verhandlungen des Arbeitsvertrages, ein berechtigtes Vertrauen erweckt wird und dass die Partei die die Verhandlungen abbricht, schadenersatzpflichtig ist, beziehungsweise von einem Richter dazu verurteilt wird, weiter zu verhandeln.

Im Allgemeinen kann das Schuldrecht beim Arbeitsvertrag angewendet werden. Dementsprechend gelten prinzipiell die für das schließen eines Arbeitsvertrages allgemeinen Regeln bezüglich der Entstehung von Verträgen (§§ 3:33-35 und 6:217 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuches, *Burgerlijk Wetboek*, hiernach: BW). In manchen Fällen kann es sein, dass das Arbeitsrecht zum Schutze des Arbeitnehmers, der im allgemeinen als die schwächere Partei betrachtet wird, davon abweicht. So unterliegt der

Arbeitsvertrag gesetzlichen Beschränkungen, z.B. dass manche Bedingungen in einem Arbeitsvertrag schriftlich vereinbart werden müssen. Damit bekommt das Prinzip der Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht eine eigene Dimension und nimmt demnach im Rahmen des Schuldrechtes eine besondere Stellung ein.

3. Personalwerbung

Obgleich es nur wenig gesetzliche Regelungen bezüglich der Personalwerbung gibt, führt dieses jedoch nicht zur Schlussfolgerung, dass Personalwerbung nur wenig normiert ist und der Bewerber deshalb 'Vogelfrei' ist. Demnach ist es gesetzlich verboten, bei der Personalwerbung unbegründet zu unterscheiden. Obwohl der Bewerbungskodex des niederländischen Vereines für Personalführung und Organisationsentwicklung (*Nederlandse Vereniging voor Personeelsmanagement & Organisatieontwikkeling*, hiernach: NVP) und die Empfehlung Personalwerbung und -auswahl der Stiftung für Arbeit (*Stichting van de Arbeid*, hiernach: STAR) keinen gesetzlichen Status haben, so üben sie dennoch indirekten Einfluss aus.

4. Personalauswahl

Die Phase der Personalauswahl ist für den Arbeitgeber und dem Bewerber der wichtigste Teil des Bewerbungsverfahrens. In dieser Phase ist der Bewerber sehr stark abhängig von der Sorgfältigkeit des Arbeitgebers.

Die Personalauswahl ist kaum gesetzlich normiert. Es existieren Branchentarifverträge und Unternehmenstarifverträge die, mehr oder weniger, Bestimmungen in Bezug auf die Personalwerbung und -auswahl enthalten. Jedoch enthalten diese leider keine bzw. nur wenige Hinweise zu dem oben genannten Bewerbungskodex des NVP und der Empfehlung der STAR. Außerdem kommt dem Arbeitgeber in der Bewerbungsphase aufgrund der Vertragsfreiheit, Beurteilungsfreiheit zu, um den seiner Meinung nach geeignetsten Kandidaten auszuwählen und so die freie Stelle zu besetzen. Die Interessen des Arbeitgebers und des Bewerbers wären mit sorgfältiger Information über die geltenden oder üblichen Spielregeln bei der Personalwerbung und -auswahl gedient. Dieses könnte dazu führen, dass Normen genauer befolgt werden und ein Bewerber besser informiert ist, welche Möglichkeiten er hat um gegen inkorrekte Vorgehensweisen eines Arbeitgebers bei der Personalwerbung und -auswahl zu protestieren. Diese Bewusstwerdung wird, meiner Meinung nach, letztendlich dazu führen, dass die Chance auf Einstellung ehrlicher ist.

5. Handhabung

In bestimmten Fällen kann der Bewerber eine inkorrekte Vorgehensweise in der Werbungs- und Auswahlphase anfechten. Dieses kann der Fall sein, wenn sich die Verhandlungen über das Zustandekommen eines Vertrages in einer schon fortgeschrittenen Phase befinden, so dass der Bewerber darauf vertrauen durfte, dass dieser Vertrag zustande kommen würde. Die Art der Rechtsforderung ist abhängig von der Phase in der die Verhandlungen abgebrochen worden sind ab.

Wenn es Willensübereinstimmung gibt über die Essentialien des Arbeitsvertrages, und noch weiterverhandelt wird über Aspekte von geringfügiger Bedeutung, dann kann die Partei, die die Verhandlungen abbricht, schadensersatzpflichtig sein oder rechtlich verurteilt werden um weiter zu verhandeln. Zudem hat der Richter die Möglichkeit den (Konzept)Arbeitsvertrag aufgrund von Treu und Glauben zu ergänzen (§ 6:248 Absatz 1 BW). Es ist jedoch die Frage, ob ein Bewerber mit dieser letzten Möglichkeit viel Erfolg hat, wenn ein Arbeitgeber die Verhandlungen abgebrochen hat, z.B. weil er sich doch einen anderen Kandidaten vorgestellt hat oder weil er Zweifel an der Kompetenz des Arbeitnehmers hat. In solch einem Fall wird dieser Arbeitsvertrag nicht von langer Dauer sein.

Zudem gibt es noch den Prozess der Klageerhebung über die Personalwerbung und -auswahl und Einstellungstests. Durch den Gebrauch solcher Vollstreckungsmaßnahmen entstehen Normen, wie sich Arbeitgeber und Bewerber zu verhalten haben. Dieses kommt der Rechtssicherheit zugute.

6. Gleichbehandlung bei der Personalwerbung und -auswahl

Eine faire Bewerbungsphase, wobei ein jeder eine ehrliche Chance auf Einstellung hat, verlangt strikte Einhaltung der Gleichbehandlungsgesetzgebung. Durch die Entwicklung von EU-Recht, ist in den letzten zwei Jahrzehnten viel Gesetzgebung erlassen worden was das Gleichbehandlungsrecht, auch in Bezug auf die Personalwerbung und -auswahl, angeht. Aufgrund der sehr weit interpretierten Gesetzgebung, kann es bei der Personalwerbung und -auswahl schon schnell vorkommen, dass gesetzwidrig mit dieser Gesetzgebung gehandelt wird. Gute Auskunft über die Folgen der Gleichbehandlungsgesetzgebung für die Personalwerbung und -auswahl ist notwendig, so dass es auch für Arbeitgeber möglich ist, um auf praktische und nicht allzu beschwerliche Weise, den besten Kandidaten zu werben und auszuwählen.

Weiterhin besteht die Möglichkeit, den Gleichbehandlungsausschuss (*Commissie Gelijke Behandeling*) um ein Urteil zu bitten über das eigene Handeln des Arbeitgebers. Ein solches Urteil kann auch in einem Zivilprozess Verwendung finden.

7. Die vorvertragliche Phase und die Entstehung des Arbeitsvertrages nach deutschem Recht

Die vorvertragliche Phase ist ein Vorstadium des Arbeitsvertrages. Was die Ausgangspunkte und die Rechtsforderungen angeht, unterscheiden sich das deutsche und niederländische Recht nicht voneinander. Nach deutschem Recht ist die vorvertragliche Phase normiert aufgrund der §§ 311 Absatz 2 und 241 Absatz 2 BGB (*culpa in contrahendo*).

Der Text und die Ratio der §§ 311 Absatz 2 und 241 Absatz 2 BGB stimmen mit der Linie des niederländischen Obersten Gerichtshofes (*Hoge Raad*) über die vorvertragliche Phase seit den fünfziger Jahren überein.

Ein für das niederländische Recht interessanter Punkt ist, dass das deutsche Recht beim abbrechen der Verhandlungen einen so genannten 'triftigen Grund' voraussetzt. 'Triftiger Grund' bedeutet, dass für die Beantwortung der Frage, ob es einer Partei freisteht, die Verhandlung abzubrechen, nicht nur geschaut werden muss, ob diese Partei ein berechtigtes Vertrauen erweckt hat, dass der Vertrag zustande kommen sollte, sondern auch, ob die Partei die die Verhandlungen abbricht, einen triftigen Grund dafür hat. Aufgrund der Rechtsprechung der letzten Jahre des niederländischen Obersten Gerichtshofes können, neben einem berechtigten Vertrauen, auch alle gegebenen Umstände, sowie berechnete Interessen der Parteien und die Frage ob es im Laufe der Verhandlungen unvorhergesehen Umstände gab, entscheidend sein. Meiner Meinung nach, ist der deutsche Begriff 'triftiger Grund' deutlicher und praktischer als die Kriterien, die im niederländischen Recht hantiert werden zur Beantwortung der Frage, ob es einer Partei in einem konkreten Fall freisteht, die Verhandlung abzubrechen. Dem Richter wird dadurch die Möglichkeit eingeräumt, aufgrund von besonderen Umständen, zu interpretieren.

Zum Schluss kennt das deutsche Recht die Möglichkeit zur Umkehrung der Beweislast zugunsten der Partei, die durch die Verletzung der Informationspflicht, benachteiligt wurde. Diese Umkehrung beinhaltet, dass die Partei die die Informationspflicht vernachlässigt hat, beweisen muss, dass der Schaden auch eingetreten wäre wenn die Informationspflicht nicht vernachlässigt worden wäre. Nach niederländischem Recht ist die Umkehrung der Beweislast sehr beschränkt. Demnach ist es empfehlenswert, in diesem Punkt das deutsche Recht zu übernehmen. Dadurch wäre die Partei, die durch das abbrechen der Verhandlungen benachteiligt ist, erlöst von dem in der Praxis auftretendem Problem der Beweisarmut. Nach deutschem Recht kommt der Arbeitsvertrag, wie im niederländischen Recht, durch Angebot und Akzeptanz zustande.

8. Personalwerbung und -auswahl nach deutschem Recht

Das deutsche Recht stellt aufgrund der Rechtsprechung Anforderungen an die Personalwerbung und -auswahl. Diese Anforderungen müssen sowohl den Interessen des zukünftigen Arbeitgebers, als auch die des Bewerbers, gerecht werden. Für einen zukünftigen Arbeitgeber ist es essentiell, dass diesem genügend Informationen zur Verfügung stehen. Ein Bewerber hat dagegen das Recht auf eine ehrliche Chance auf Einstellung und das Recht auf Schutz seiner Privatsphäre.

Dadurch dass dem Bewerbungsbrief Dokumente hinzugefügt werden, findet in der deutschen Bewerbungsphase ein eindeutiger Informationsaustausch statt. Demzufolge ist es dem Arbeitgeber möglich, zu bestimmen ob ein Bewerber geeignet ist die zu besetzende Funktion (Stelle) auszuüben. Zudem ist die faire Chance auf Einstellung, meiner Meinung nach, besser gewährleistet als im niederländischen System, dass hauptsächlich aus dem Bewerbungskodex des NVP hervorgeht.

Das deutsche Recht kennt, anders als das niederländische, keinen Kodex der die Bewerbungsphase regelt. Im Interesse der Rechtssicherheit des Bewerbers, sollten

die in Deutschland in der Rechtsprechung entwickelten Normen bezüglich der Personalwerbung und -auswahl in den Niederlanden in einem Kodex oder einem Gesetz aufgenommen werden.

Im Allgemeinen ist die Rechtsstellung des Bewerbers im deutschen Recht nicht wesentlich besser oder schlechter, als die Rechtsstellung des Bewerbers im niederländischen Recht. Jedoch existieren einige minimale Unterschiede. Dabei kann, unter anderem, hingewiesen werden auf die relativ beschränkten Möglichkeiten des Arbeitgebers in den Niederlanden, um medizinische Fragen während des Bewerbungsverfahrens zu stellen im Vergleich zu den dafür in Deutschland entwickelten Regeln. Dieses gilt besonders in Situationen worin es für die Art der zu verrichten Tätigkeit essentiell ist, dass der Bewerber nicht mit bestimmten medizinischen Einschränkungen zu kämpfen hat. Weiterhin wird auf die Pflicht die Bewerbungskosten zu erstatten hingewiesen, welche aus der deutschen Rechtsprechung hergeleitet wird.

Es gibt jedoch einige Ausnahmen. Der Arbeitgeber hat nur (bedingt) die Möglichkeit, während der Bewerbungsphase medizinische Fragen zu stellen, und ist er nicht verpflichtet die getätigten Bewerbungskosten zu erstatten so wie es in der Rechtsprechung entwickelt worden ist. Des Weiteren stellen das Gesetz und die Rechtsprechung hohe Anforderungen an den Inhalt des Zeugnisses gestellt werden.

9. Geschichte der Probezeitklausel

Die erste gesetzliche Regelung der Probezeit wurde im Jahre 1907 eingeführt. Der Gesetzgeber hat sich zu der Zeit für eine Probezeit mit der Dauer von maximal zwei Monaten ausgesprochen. Weiterhin wurde die Überschreitung der maximalen Dauer mit absoluter Nichtigkeit angedroht. Durch eine Änderung im Jahre 1953, wurde es möglich, den Arbeitsvertrag bereits vor Beginn der Probezeit zu kündigen. Im Allgemeinen wurde durch diese Gesetzesänderung der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers wesentlich verbessert, da die Bedingung, dass jede Kündigung ein 'iusta causa' haben muss, eingeführt wurde. Dieser Ausgangspunkt wurde durch den Gesetzgeber jedoch nicht für die Kündigung während der Probezeit zutreffend erklärt. Die Position des Arbeitnehmers während der Probezeit ist durch Einführung des Gesetzes vom 17. Dezember 1953 demnach eher verschlechtert als verbessert.

Bei der Einführung des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches im Jahre 1996, wurde die Probezeitregelung in zwei Gesetzesartikel aufgenommen, nämlich §§ 7:652 und 7:676 BW. Seit dem 1. Januar 1999 bestimmt § 7:652 BW, dass eine Probezeit schriftlich vereinbart werden muss. Weiterhin hat dieses Gesetz eine differenzierte maximale Dauer eingeführt, die an die Art und den Umfang des Arbeitsvertrages gekoppelt ist. In § 7:669 BW wurde festgelegt, dass die in dem Artikel aufgenommene Begründungspflicht für die Kündigung, auch anwendbar ist im Falle einer Kündigung während der Probezeit. Diese Kündigungsgründe müssen auf Verlangen bei der Kündigung mitgeteilt werden. Es gibt keine Sanktionen bei der Weigerung diese Gründe zu nennen.

10. Form und Gültigkeitsaspekte der Probezeit

Mit der Einführung des Gesetzes Flexibilität und Sicherheit, ist das Wesen der Probezeit sowie es hauptsächlich zum Ausdruck kommt in der so genannten 'eisernen Probezeittheorie', unverändert geblieben. Die Vorschrift, dass die Probezeit für beide Parteien gleich sein muss und dass diese nicht länger dauert als zwei Monate, wird weiterhin gehandhabt. Von einer Verlängerung der Probezeit hat der Gesetzgeber abgesehen. Mit dem Gesetz Flexibilität und Sicherheit ist eine maximale Dauer der Probezeit die schriftlich vereinbart werden muss, eingeführt. Aus dem Text von § 7:652 Absatz 2 BW, kann nicht hergeleitet werden, zu welchem Zeitpunkt die Probezeit schriftlich vereinbart werden muss.

11. Die Dauer der Probezeit

Der niederländische Oberste Gerichtshof hält sich bis heute an die durch den Gesetzgeber vorgeschriebene maximale Dauer der Probezeit, und lehnt jegliche Verschiebung und Erweiterung der Probezeit ab. Die Entscheidung des niederländischen Obersten Gerichtshofs vom 27. Oktober 2005 hat eine Nuance an die eiserne Probezeittheorie angebracht. Diese beinhaltet, dass die Probezeit unter keinen Umständen ausgesetzt oder verlängert werden darf. Das bedeutet, dass eine strikte Anwendung der maximalen Dauer der Probezeit, nach Maßstäben von Treu und Glauben inakzeptabel sein kann. Jedoch die Umwandlung der langen (nichtigen) Probezeit, in eine kürzere (rechtskräftige) Probezeit, wird durch den niederländischen Obersten Gerichtshof verworfen.

12. Das entstehen einer neuen Probezeit

Das Gesetz bestimmt, dass eine zweite Probezeit nicht möglich ist, wenn die Gesamtdauer der Probezeiten die maximale Dauer überschreitet.

Wenn die Identität der Arbeit in dem neuen Arbeitsvertrag gleich bleibt, kann keine zweite Probezeit vereinbart werden. Somit kann von einer 'objektiven Identität' gesprochen werden. Wenn eine Probezeit in einem Arbeitsvertrag vereinbart ist mit einem Arbeitgeber-Nachfolger, kann von 'subjektiver Identität' gesprochen werden. Dazu muss die Beziehung zwischen dem alten und dem neuen Arbeitgeber so sein, dass der neue Arbeitgeber als Nachfolger betrachtet werden kann. In solch einem Fall kann keine neue Probezeit vereinbart werden, weil die durch den vorigen Arbeitgeber während der Probezeit bekommen Einsicht, was die Eigenschaft und Kompetenz angeht, dem neuen Arbeitgeber zugeschrieben werden können. Auf dieser Weise wird verhindert, dass die maximale Dauer der Probezeit entwichen wird.

Der niederländische Oberste Gerichtshof akzeptiert eine zweite Probezeit nur, wenn sich die Funktion ändert und diese andere Fähigkeiten und Verantwortungen mit sich bringt.

13. Beendigung des Arbeitsvertrages während der Probezeit

Bis zur Einführung des Gesetzes 'Flexibilität und Sicherheit', galten die allgemeinen und besonderen Kündigungsverbote anfänglich nicht während der Probezeit. Seit Einführung des Gesetzes, sind die in den §§ 7:670 und 7:670a BW umschriebenen Kündigungsverbote nicht anwendbar auf die Probezeit. Was alle anderen Kündigungsverbote angeht, ist die Systematik so, dass Ausnahmen auf diese Verbote in den diesbezüglichen Bestimmungen selber aufgenommen sind. Diese Systematik hat zur Folge, dass einige Kündigungsverbote auch während der Probezeit anwendbar sind. Den relativ schwachen Rechtsschutz des Arbeitnehmers während der Probezeit, hat sich dadurch ein wenig verbessert. Der Arbeitnehmer, dessen Arbeitsvertrag während der Probezeit gesetzwidrig trotz eines Kündigungsverbotes gekündigt wird, bekommt dadurch ebenfalls einen Vorteil von der in vielen geltenden Kündigungsverbotten und Gesetzen aufgenommenen Verschiebung der Beweislast. Dieses ist so zu verstehen, dass der Arbeitnehmer vor Gericht Tatsachen anführt, die ein durch das Gesetz verbotenen Unterschied vermuten lassen, so dass der Arbeitgeber beweisen muss, dass nicht gesetzwidrig gehandelt worden ist.

Die in § 7:669 BW formulierte Pflicht die Kündigung auf Verlangen schriftlich zu begründen, kann dazu führen, dass der Arbeitgeber falsche Gründe für die Kündigung während der Probezeit anführt. Der Arbeitnehmer wird dann doch die Beweislast haben, wodurch er jedoch nur beschränkten Schutz genießt.

14. Materielle Normenkontrolle während der Probezeit

Der niederländische Hoge Raad hat in der Codfried/ISS Entscheidung (HR 13. Januar 1995, NJ 1995, 430) geurteilt, dass bei einer Kündigung während der Probezeit von Missbrauch der Befugnisse die Rede sein kann. In der Triple p/Tap Entscheidung (HR 10. November 2000, JAR 2000/249) hat der niederländische Hoge Raad bestätigt, dass eine Berufung auf die Probezeit gesetzwidrig sein kann mit den Anforderungen die an einen guten Arbeitgeber gestellt werden (*eis van goed werkgeverschap*, Artikel 7:611 BW). Der niederländische Hoge Raad hat mit diesen zwei Entscheidungen mehr Raum geschaffen für eine materielle Normenkontrolle der Kündigung während der Probezeit.

Eine Forderung, kraft einer während der Probezeit gegebenen Kündigung, kann auf diversen juristischer Grundlagen fundiert werden. So kann eine Kündigung während der Probezeit gesetzwidrig sein, oder unter Umständen eine zurechnungsfähigen Vertragsbruch beinhalten beziehungsweise gesetzwidrig sein mit den Anforderungen die an einen guten Arbeitgeber und Arbeitnehmer gestellt werden (*eisen van goed werkgever- en werknemerschap*, § 7:611 BW). Auch kann bei einer Kündigung, von Missbrauch von Befugnissen die Rede sein. Die Wahl für eine einzustellen Forderung ist wichtig für die einzureichenden Klage. Ein wichtiges Hindernis jedoch bleibt, dass die offensichtliche Unangemessenheitskontrolle des § 7:681 BW im Falle einer Kündigung während der Probezeit ausgeschlossen ist.

15. Schadensersatz wegen Kündigung während der Probezeit

Im Falle einer anfechtbaren Kündigung während der Probezeit, stehen dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine Anzahl an Rechtsforderungen zur Verfügung. In vielen Fällen wird eine Schadensersatzforderung letztendlich am ehesten nahe liegen. Was die Art der Schadensersatzforderung angeht, so ist nach Untersuchung der Rechtsprechung im Großen und Ganzen keine klare Linie zu erkennen, da der Schaden bei einer anfechtbaren Kündigung während der Probezeit gar nicht oder kaum konkretisiert werden kann. Möglicherweise kann bei Verletzung des Prinzips von Treu und Glauben die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages gefordert werden. In der Praxis jedoch wird das Fordern von Schadensersatz die meist vorkommende Rechtsforderung sein.

16. Die Probezeitklausel nach deutschem Recht

Das deutsche Recht kennt keine separaten Bestimmungen im Gesetz für die Probezeit. Ebenso wenig muss die Probezeit schriftlich vereinbart werden. Der Rechtsprechung zufolge reicht es aus, dass diese aus den Umständen zu erkennen sind. Das Fehlen einer Bestimmung in dem die Probezeit geregelt ist und das Fehlen einer Formvorschrift, dass die Probezeit schriftlich vereinbart werden muss, schaden der Rechtssicherheit. Aus diesem Blickpunkt bietet es sich an, Aspekte wie die maximale Dauer der Probezeit, die minimale Kündigungsfrist, die Konsequenzen der Überschreitung der maximalen Dauer der Probezeit, die Möglichkeiten um diese Dauer zu verlängern et cetera, zu kodifizieren.

Das deutsche Recht kennt, wenn auch unter bestimmten Bedingungen, die Möglichkeit die Kündigungsfrist für die Kündigung während der Probezeit zu verlängern. Dadurch erlangt sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer die Möglichkeit mehr Erfahrung zu sammeln. Zusätzlich erhält der Arbeitnehmer eine Chance, sich während der Probezeit zu beweisen.

Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers während der Probezeit ist auf Grund von Gesetz und Rechtsprechung nach deutschem Recht gut geregelt. Bei einem befristeten Arbeitsverhältnis ist eine zwischenzeitliche Kündigung nicht möglich, es sei denn, dass dieses ausdrücklich vereinbart wurde oder wenn eine Situation eine außerordentliche Kündigung rechtfertigt. In diesem Fall muss es einen triftigen Grund geben. Gemäß der Rechtsprechung ist eine schlechte Leistung nicht ausreichend, weil der Zweck der Probezeit ja ist, jemanden auf die Probe zu stellen.

Während einer vereinbarten Probezeit mit einer Dauer von maximal sechs Monaten, kann das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von vierzehn Tagen gekündigt werden (die so genannte vorgeschaltete Probezeit). Nach sechs Monaten gilt die normale Kündigungsfrist von vier Wochen und der allgemeine gesetzliche Kündigungsschutz.

Nach deutschem Recht kann die Kündigung des Arbeitsvertrages während der Probezeit geprüft werden anhand der gesetzlichen Verbote, an Treu und Glauben und die guten Sitten.

Die Probezeit, wie wir sie aus dem deutschen Recht kennen, besteht aus einem Geflecht von Möglichkeiten die nicht gesetzlich geregelt sind. In der Probezeit bekommt der Arbeitnehmer die Chance, sich zu beweisen. Die Dauer der Probezeit kommt dem Arbeitnehmer demnach entgegen. Zudem kann die Probezeit, mit dem Ziel sich zu beweisen, wenn auch unter Bedingungen, verlängert werden. Und dennoch gerät der Rechtsschutz nicht in Gefahr.

17. Vergleich und Schlussfolgerungen

17.1. Die Bewerbungsphase

Das deutsche Recht kennt, ebenso wenig wie das niederländische Recht, eine spezielle gesetzliche Regelung für die Werbung und Auswahl von Personal. Die Regeln für die Werbung und Auswahl von Personal, sind in Deutschland nicht in einem Kodex aufgenommen. In Deutschland findet in der Praxis ein deutlicher Informationsaustausch in der Bewerbungsphase statt. Bereits in einem Bewerbungsbrief werden ausführliche Dokumente beigelegt. Es ist empfehlenswert, dieser Praxis Folge zu leisten. Weiterhin sollte in der Rechtsprechung, nach deutschem Vorbild, die Beweislast der Bewerber erleichtert werden, so dass die Partei, die eine Informationspflicht missachtet hat, beweisen muss, dass der Schaden auch eingetreten wäre, wenn die Informationspflicht nicht missachtet worden wäre.

Der Betriebsrat hat in Deutschland, auch bei individuellen Bewerbungen, einen großen Einfluss. Dieser hat das Recht, seine Zustimmung zur Schließung eines Arbeitsvertrages zu weigern, wodurch die Einstellung rückgängig gemacht werden muss. Hiermit hat der Betriebsrat, meiner Meinung nach, eine zu große Macht bei der Einstellung von individuellem Personal. Für das niederländische Recht erachte ich es nicht für empfehlenswert, und auch nicht praktikabel, dem Betriebsrat eine so große Rolle zu geben. Damit würde die dem eigenen Ermessen überlassene Befugnis des Arbeitgebers, um den für die Stelle am meisten geeigneten Kandidaten einzustellen, durchkreuzt werden.

Im Allgemeinen ist die Rechtsstellung des Bewerbers nach deutschem Recht nicht wesentlich besser oder schlechter als die Rechtsstellung des Bewerbers nach niederländischem Recht. Auch wenn die Rechtsstellung des Bewerbers nach deutschem Recht, anders als im niederländischen Recht, nicht in einem Kodex geregelt ist. Der NVP Bewerbungskodex ist noch wenig bekannt. Auch die Einführung einer gesetzlichen Regelung für die Werbung und Auswahl von Personal hat erst Auswirkung, wenn die Normen einen Bekanntheitsgrad erworben haben und wenn es einen gesetzlich geregelten Sanktionsapparat gibt. Wenn entschieden wird die Rechtsstellung des Bewerbers zu stärken durch Tarifverträge oder Vereinbarungen mit dem Betriebsrat, kann Maßarbeit in der in dem Unternehmen geltenden Regelungen in Bezug auf Personalwerbung und -auswahl geleistet werden. Hierdurch kann schnell

und flexibel auf die konkrete Situation in einer Branche oder in einem Unternehmen eingegangen werden. Ein anderes Beispiel wäre, dass Arbeitnehmer die aktiv daran beteiligt werden, mit verantwortlich sind für die soziale Politik in einer Branche oder einem Unternehmen.

17.2. Die Probezeit

Die Probezeit kann ein nützliches Instrument sein, falls diese dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer genügend Gelegenheit gibt, während einer gewissen Zeit Erfahrung miteinander zu sammeln. Dafür muss die Probezeitreglung zurückkehren zum Ursprung. Des Weiteren ist ein wirklicher Versuch während einer Probezeit von längerer Dauer in Kombination mit der Befugnis zur Verschiebung der Probezeit notwendig, wenn es durch Krankheit oder andere Umstände, ohne Zutun des Arbeitnehmers, zu einem tatsächlichen Versuch kam. Um den Anforderungen der Praxis entgegen zu kommen, sollte weiterhin die Möglichkeit der richterlichen Kontrolle der Probezeit im Gesetz verankert werden.

Ein wirklicher Versuch während einer länger anhaltenden Probezeit, in Kombination mit der Möglichkeit diese auszusetzen aufgrund von Krankheit des Arbeitnehmers oder andere Umstände wodurch es ohne zutun des Arbeitnehmers nicht zum tatsächlichen Versuch kam, sowie die Möglichkeit der (richterlichen) Kontrolle der Kündigung während der Probezeit, kommen den Anforderungen der Praxis entgegen. Arbeitgeber wünschen sich im Allgemeinen, eine längere Zeit um Erfahrung während der Probezeit zu sammeln. Arbeitnehmer haben das Bedürfnis mehr Rechtssicherheit während der Probezeit zu genießen. Die Bestimmung dass bei Kündigung während der Probezeit eine Kündigungsfrist von zwei Wochen beachtet werden muss, macht ein Ende an die unehrenhafte Kündigung des Arbeitsvertrages während der Probezeit.

In einem Beispiel für eine neue Regelung der Probezeit habe ich meine Vorschläge zum Ausdruck gebracht. Dabei ist gewählt worden aus einer Kombination des deutschen und niederländischen Rechtssystems. Aus dem deutschen Recht kommt die Pflicht zur eigentlichen Probezeit, das Hantieren einer längeren Kündigungsfrist sowie das einführen einer längeren maximalen Dauer der Probezeit (sechs Monate). Die Vorteile der heutigen niederländischen Probezeitregelung sind in dem Versuch intakt gelassen, sowie das schriftliche vereinbaren der Probezeit und die eiserne Probezeittheorie. Weiterhin ist die Möglichkeit der Kontrolle der offensichtlich ungerechten Entlassung während der Probezeit in dem Versuch eingeführt. Der Versuch einer neuen Probezeitregelung ist zu finden in Beilage 3.

17.3. Bewerbungsphase und Probezeit

Das Maß an Rechtsschutz nimmt in der Zeit von der Bewerbungsphase bis zum Ende der Probezeit allmählich zu. In diesem Buch ist eine Anzahl an Vorschlägen gemacht worden, um den Rechtsschutz von Bewerber und Arbeitnehmer während der Probezeit zu verbessern, unter zeitgleicher Verlängerung, unter Bedingungen, der

Probezeit, so dass das recht besser geltend gemacht werden kann. Dabei wird noch eindringlich nach einen Ausgangspunkt gestrebt, der auch dem Gesetz Flexibilität und Sicherheit gedient hat, nämlich dass die Rechtssicherheit des Arbeitnehmers zunimmt wenn die Beziehung zum Arbeitgeber dauerhafter wird.

Schlussbetrachtung

In einer demokratischen Gesellschaft findet die Freiheit des einen, eine Begrenzung in der Freiheit des anderen. Für die Bewerbungsphase und die Probezeit bedeutet das, dass die Vertragsfreiheit und die Befugnis um während der Probezeit den Arbeitsvertrag unmittelbar zu kündigen nicht *coûte que coûte* und ohne Berücksichtigung der Sorgfaltnormen Anwendung finden. Die Parteien müssen in der Bewerbungsphase, die als eine Verhandlungsphase zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer betrachtet werden kann, sowie auch während der Probezeit, berechnigte Interessen berücksichtigen. Der Ausgangspunkt der Bewerbungsphase sollte sein, dass Missbrauch verhindert werden muss durch eine faire Chance auf Einstellung aufgrund eines sorgfältigen Bewerbungsprozesses. Missbrauch kann vorliegen, da die Rechtsstellung, obwohl in den letzten Jahrzehnten unter anderem durch Einführung der Gleichbehandlungsgesetzgebung anfänglich verbessert ist, noch kaum im Gesetz oder in Tarifverträgen oder Unternehmenstarifverträgen geregelt ist.

Wenn man näher hinschaut, dann sieht man parallelen in der Rechtsstellung des Bewerbers und des Arbeitnehmers während der Probezeit. Als Folge des vorvertraglichen Prinzips von Treu und Glauben, müssen der Arbeitgeber und der Bewerber einander informieren über die Umstände die wichtig sind für das vereinbaren eines Arbeitsvertrages. Die Vertragsfreiheit wirkt in der Probezeit, nach abschließen der Bewerbungsphase durch die Einstellung fort. Hierdurch entsteht ein Spannungsfeld. Einerseits steht in der vorvertraglichen Phase die Verpflichtung der Parteien im Mittelpunkt, um ihr Verhalten auch durch die berechtigten Interessen bestimmen zu lassen.

Andererseits dürfen wir dabei die Ratio dieser Probezeit – nämlich eine gegenseitige Probe – nicht vernachlässigt werden. Unter Berücksichtigung des Zieles der Probezeit, haben Parteien noch nicht die Absicht sich für längere Zeit aneinander zu binden. Die Probezeitphase ist hierdurch eigentlich eine vertragliche Verlängerung der Bewerbungsphase. Die Probezeit wird auch durch Treu und Glauben beherrscht. Der Ausgangspunkt, dass in der Bewerbungsphase aber auch in der vertraglichen Phase die berechtigten Interessen der Parteien berücksichtigt werden, wird in beiden Phasen beachtet. So kann eine Verheimlichung in der Bewerbungsphase zu einer Kündigung in der Probezeit führen, und führt ein unsorgfältig verlaufenes Bewerbungsverfahren dazu, dass Kündigung vor Anfang oder während der Probezeit gegen den Anforderungen die an einen guten Arbeitgeber gestellt werden (*eisen van goed werkgeverschap*) gesehen werden oder als widerrechtlich gesehen werden. Die Wirkung von Treu und Glauben in der vorvertraglichen Phase wird jedoch begrenzt durch das Prinzip der Vertragsfreiheit, dass dem allgemeinen Schuldrecht unterliegt. Während der Probezeit spielt die Vertragsfreiheit keine Rolle mehr, sondern geht es

um die Ausübung der vertraglichen Befugnisse, um einen Arbeitsvertrag unmittelbar zu kündigen. Dieses erklärt die relativ bessere Rechtsstellung des Arbeitnehmers in der Probezeit verglichen mit der Position des Bewerbers. Das ändert nichts an der Tatsache, dass die allgemeine Rechtsstellung des Bewerbers und die des Arbeitnehmers in der Probezeit durch Selbstregulierung durch Arbeitgeber und Arbeitnehmer, als Teil der Sozialpolitik, verstärkt werden kann.

Das Arbeitsrecht befindet sich nicht in einem Vakuum. Es wird beeinflusst durch die Entwicklung undeutlicher normen, wie Treu und Glauben, im allgemeinen Schuldrecht. Die Rechtsstellung des Bewerbers und die des Arbeitnehmers während der Probezeit sind es dann auch Wert, die Entwicklung des allgemeinen Vertragsrechts in diesem Punkt zu folgen.

LITERATUURLIJST

- Arkel, E.G. van, *A just cause for dismissal in the United States and the Netherlands: a study on the extend of protection against arbitrary dismissal for private-sector employees under American and Dutch law in light of Article 4 of ILO Convention 158*, diss. Erasmus Universiteit, Den Haag 2007.
- Arkel, E.G. van/ P.A. Boontje/ C.J. Loonstra, 'Ontslagrecht: het proeftijdontslag', *SR* 2003, 2.
- Asscher-Vonk, I.P., *Toegang tot de dienstbetrekking*, diss. UvA, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. TjeenkWillink 1989.
- Asscher-Vonk, I.P./K. Wentholt, *Wet Gelijke Behandeling van mannen en vrouwen*, Deventer: Kluwer 1994.
- Asscher-Vonk, I.P./C.A. Groenendijk (red.), *Gelijke behandeling: regels en realiteit*, Den Haag: Sdu 1999, 1-7.
- Asscher-Vonk, I.P., 'Bijzondere bedingen', *Ara* 2004/3.
- Asscher-Vonk, I.P./A.C. Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2005.
- Asscher-Vonk, I.P., 'De Interactie tussen de Commissie Gelijke Behandeling en de Rechter: Van dode mussen en gebraden duiven', *SMA* 2007/6.
- Asscher-Vonk, I.P., e.a., *De zieke werknemer*, Deventer: Kluwer 2007.
- Asser, C./Hartkamp, A.S., *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4: Verbintenissenrecht. Deel II en III*, bewerkt door A.S. Hartkamp, Deventer: Kluwer 2005.
- Bakels, H.L., *Schets van het Nederlands Arbeidsrecht*, 19^e druk, Deventer: Kluwer 2007.
- Bauscke, H.J., 'Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch auflösende Bedingung oder Zweckbefristung', *BB* 1993, p. 2523.
- Beltzer, R.M., 'Vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens zwangerschap: De kantonrechter verdwaald?', *Arbeid Integraal* 2000/4.
- Beltzer, R.M., *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008, 2^e druk.
- Bennaars, J.H., 'De nieuwe werkgever: lachende derde of toch niet?', *Arbeidsrecht* 2007/11.
- Berg, R.H. van den, *Psychologisch onderzoek in een multiculturele samenleving, psychologische tests, interview- en functioneringsbeoordelingen*, diss. Vrije Universiteit, Amsterdam, S.I.:Stichting NOA 2001.

- Berge, T. van den, 'Schadevergoeding: een effectieve sanctie op rassendiscriminatie in de sollicitatiefase', *SMA* juli/augustus 2007, nr. 7/8.
- Bijker, J.A., 'Afschaffing van de proeftijd ex art. 1639 n. BW gewenst', *SMA* 1992, p. 1494 e.v.
- Bles, A.E., *De wet op de arbeidsovereenkomst*, IV, Den Haag 1909.
- Bodewes, K.W.M./Uden van, F.C. 'Proeftijdontslag incl. proeftijdbeding' in: C.J. Loonstra & W.A. Zondag (hoofddred.), *Commentaar Arbeidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.
- Boeck, A. de/J. Smits/S. Steijns (red.): *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands Recht*, Antwerpen-Intersentia 2002.
- Boeck, A. de, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen-Intersentia 2000.
- Bollen C., 'Afbreken van onderhandelingen: de drie mythes van Plas/Valburg. Van drie fasen naar twee stadia in het onderhandelingsproces', *WPNR* 2004, p. 860.
- Boontje, P.A., 'Het proeftijdontslag verder aangetast', *Arbeidsrecht* 2001/3.
- Boot, G.C., 'Rechterlijke toetsing van ontslag in de proeftijd', *SR* 1991, 2.
- Boot G.C., *Wetgeschiedenis Flexibiliteit en zekerheid*, Utrecht: Opleidingen Sociaal Recht, Kennedy van der Laan 1998.
- Bouwens, W.H.A.C.M., 'Proeftijdontslag en goed wergeverschap', *ARA* 2001/2, p. 68-80.
- Bouwens, W.H.A.C.M., 'Opvolgend werkgeverschap na faillissement', *SMA* 2007-3, p. 106.
- Bouwens, W.H.A.C.M./R.A.A. Duk, *Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*, bewerkt door W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, 22^e druk, Deventer: Kluwer 2008.
- Brunner, C.J.H., *Beginnelen van Samenloop*, 2^e druk, Arnhem 1984.
- Buchner, 'Freiheit und Bindung des Arbeitgebers bei Einstellungsentscheidungen', *NZA* 1991, 577.
- Buijs, D.J./ G.J.J. Heerma van Voss, 'Tien jaar ongelijkheidscompensatie in het arbeidsrecht', *SR* 1996, 11.
- Bungener, A.F., 'De precontractuele fase in het individuele arbeidsrecht', *SR* 2006, 2.
- Burg, F.H. de/Cartigny, G.J.M., *Rechtsbescherming tegen de overheid*, 5^e druk, Nijmegen 1985.
- Castermans, A.G., *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase*, Deventer: Kluwer 1992, diss.
- Castermans, A.G., 'Rol en betekenis van de Commissie Gelijke Behandeling', *SMA* oktober 2007 nr. 10, p. 370 e.v.
- Castermans, A.G./E.J. Zippo, 'Coherente toerekening in het Europees aansprakelijkheidsrecht. Enkele opmerkingen over toerekening in het discriminatierecht en het mededingingsrecht', in: *VrA* 2009/1, p. 23 e.v.
- Christe, D., 'Aantekeningen bij de proeftijd van artikel 1639 n. BW', *SMA* 1979, p. 470 e.v.
- Christe, D., 'De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd', in: E. Verhulp (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Kluwer 2002.
- Dop, J./E. Knipschild, 'De proeftijdregeling: de actuele stand van zaken in de jurisprudentie', *Praktisch procederen* 2002/5.

- Drion, C.E., 'Ons onderhandelingsrecht onderhanden', *NJB* 2005/34, p. 1781.
- Drion, J., 'Een nieuwe koers in 's Hoogen Raads jurisprudentie over de onrechtmatige daad', *WPNR* 3992 e.v., 1947.
- Drongelen, J. van/M. Kramer, 'De proeftijd nu en straks', *SMA* 1998/6, p. 276-281.
- Drongelen, J. van/S.F.H. Jellinghaus, *Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2008.
- Drucker, H.L., 'Bouwstoffen voor een burgerrechtelijke regeling der arbeidsovereenkomst', *RMThemis* 1894.
- Duk, R.A.A., 'Over de goede werkgever en het recht op feitelijke tewerkstelling; een voorbeeld van rechtsvinding in het arbeidsrecht', in: W. Duk, *Recht op Scherp*, Zwolle 1984.
- Dunné, J.M. van, *Verbintenissenrecht, deel 1, Contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2001.
- Dute, J.C.J., 'De medische aanstellingskeuring wettelijk geregeld', *SMA* 1997/9.
- Eck, M. van, 'De invloed van wilsgebreken in het arbeidsrecht', *Arbeidsrecht* 2001/3.
- Eindrapport van de Commissie Selectieprocedure, Sociale Zaken, Verslagen en rapporten 1977-5 *Een sollicitant is ook een mens*, 's-Gravenhage 1977.
- Eindrapport van de Interdepartementale Werkgroep Selectieprocedures, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mei 1982.
- Fase, W.P.J.M., 'De regulering of ontregeling van het ontslagrecht?', *SMA* 1984, p. 469.
- Friedberg, A.S., 'Al doende leert men', *Arbeidsrecht* 1998/12.
- Genderen, D.M. van, e.a., *Arbeidsrecht in de praktijk*, 6^e druk, Den Haag: Sdu 2008.
- Gerbrandy, G., *Het Nieuwe Ontslagrecht*, Zwolle Tjeenk Willink 1954.
- Gerlach, V./U.B. Verboom, 'Voorschriften over kleding en uiterlijk', *Arbeidsrecht* 2007, 8/9 p. 14 e.v.
- Gerritsen, A.M., *Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer, onderdeel 'WGB', 2002.
- Gevers, J.M.K., 'Rechtsbescherming bij aanstellingskeuringen na invoering van de Wet op de medische keuringen', *SR* 1998, 6.
- Grinten, W.C.L. van der/ J.W.M. van der Grinten/W.H.A.C.M. Bouwens (bew.), *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2005.
- Grinten, W.C.L. van der, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, 22^e druk, Deventer: Kluwer 2008.
- Groenendijk, C.A., 'Recht tegen rassendiscriminatie op de arbeidsmarkt', *SMA* 1983, p. 666.
- Hartkamp, A.S., *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, 4: Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2005.
- Hartkamp, A.S., *Compendium van het vermogensrecht volgens het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer Kluwer 1990.
- Heerma van Voss, G.J.J., 'Gelijke behandeling bij werving', *OR informatie*, 15 juni 1991.
- Heerma van Voss, G.J.J., *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 1992.

- Heerma van Voss, G.J.J., 'Misbruik van bevoegdheid in het arbeidsrecht, in het bijzonder bij ontslag in de proeftijd', in: *Arbeidsovereenkomst en algemeen Vermogensrecht*, Alphen aan den Rijn 1993.
- Heerma van Voss, G.J.J., *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, preadvies Vereniging voor arbeidsrecht, 2^e druk, Deventer: Kluwer 1993.
- Heerma van Voss, G.J.J., 'Medezeggenschap van werknemers met betrekking tot arbeidsvoorwaarden', *Rm Themis* 1999/8.
- Heerma van Voss, G.J.J., *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Alphen aan den Rijn 1999.
- Heerma van Voss, G.J.J., *De Le(e)nigheid van het Sociaal Recht*, Liber Amicorum voor Leen van den Heuvel, Amsterdam: Vrije Universiteit 2006.
- Heerma van Voss, G.J.J., (hoofddred.), *Arbeidsovereenkomst* (losbl.), Deventer: Kluwer.
- Heida, R.A., 'Is een werknemer verplicht spontaan te melden dat hij arbeidsgehandicapt is?', *TAP* 2009, p. 312–315.
- Heijden, P.F. van der, *Een eerlijk proces in het Sociaal Recht*, Deventer: Kluwer 1984.
- Heijden, P.F. van der, *Arbeidsovereenkomst en algemeen Vermogensrecht*, Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht, Preadvies, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1993.
- Heijden, P.F. van der/G.J.J. Heerma van Voss, 'Kroniek van het Sociaal Recht', *NJB* 1995, p. 361.
- Hendriks, A.C., 'Sollicitanten met een handicap', *MC* 2000-3.
- Hendriks, A.C., *Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2000.
- Hendriks, A.C., *Wet Gelijke Behandeling op grond van handicap of chronische ziekte*, Deventer: Kluwer 2003.
- Hendriks, A.C., 'Zeg ik het of zeg ik het niet?', *NJB* 19/2006, p. 1048.
- Hermanussen, R./E. Schellekens e.a., *Voorkeursbeleid bij werving en selectie*, Tilburg, april 2004.
- Hermanussen, R./T. Serail (2005), *Gelijke behandeling in bedrijf*, Tilburg: IVA Beleidsonderzoek en Advies, juni 2005.
- Heuvel, L.H. van den, 'Proeftijd, proefneming en bepaalde tijd', *SR* 1997, 6.
- Heuvel, L.H. van den, *De redelijkheidstoetsing van ontslagen*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 1983.
- Heuvel, H.L. van den, (hoofddred.), *Praktijkboek Ontslagrecht* (losbl.), Deventer: Kluwer.
- Hijma, J., *T & C Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2007.
- Hofstee, W.K.B., *Toepasbaarheid van psychologische tests bij allochtonen*, rapport samengesteld op initiatief van het LBR en het NIP (1990).
- Houben, H.J., 'Betrouwbaarheidstoetsing bij integriteitsgevoelige functies', *ArbeidsRecht* 2008/2, p. 11.
- Houweling, A.R., 'Medische vragen tijdens de sollicitatieprocedure', *SR* 2005, 4, p. 144 e.v.
- Hromadka, W./ F. Maschmann, *Individualarbeitsrecht*, Band 1, Springer 2005, RN 36-42.

- Huijgen, W.G., *T&C Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2007.
- Ingelse, P., *Het nieuwe vermogensrecht en de arbeidsovereenkomst*, in: *Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht*, Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht, Alphen aan den Rijn 1993.
- Jaarbericht 2006, Commissie NVP Sollicitatiecode en Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode, *Eerlijk duurt het langst*.
- Jaarverslag Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode maart 2003- februari 2004.
- Jacobs, A.T.J.M., *Collectief Arbeidsrecht*, 2^e druk, Deventer: Kluwer 2005.
- Jellinghaus, S.F.H., *Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na een fusie of overname*, Kluwer 2003.
- Jongh, A.K. de/M.G. Nicolai, 'Commissie Gelijke Behandeling: een goed alternatief voor de Rechter', *Arbeidsrecht* 2003.
- Joussen, J., 'Fragerecht des Arbeitsgebers nach der Schwerbehinderung?', *NJW* 2003, 2857.
- Joussen, J., 'Schwerbehinderung, Fragerecht und positive Diskriminierung nach dem AGG', *NZA* 2007, 174.
- Kania, T./N. Moritz, *Der praktische Fall-Arbeitsrecht: Ein bedingter und befristeter Arbeitsvertrag*, JuS 1996, p. 518.
- Kania, T., in: W. Küttner u.a., *Personalbuch 2005*, Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Socialversicherungsrecht 12. auflage, C.H. Beck, Verlag München 2005.
- Keller, 'Die ärztliche Untersuchung des Arbeitnehmers im Rahmen des Arbeitsverhältnisses', *NZA* 1988, 561.
- Kind, O. van der, 'De spreekplicht en het zwijgrecht van de sollicitant', *Arbeidsrecht* 1998/11.
- Kind, O. van der, 'Proeftijdontslag en redelijkheid en billijkheid', *Arbeidsrecht* 1998/11.
- Kluiver, H.J. de, *Onderhandelen en privaatrecht*, diss. Amsterdam VU, Deventer: Kluwer 1992.
- Knijp, G.J., 'Plas/Valburg geldt nog altijd', *NJB* 2005/45/46, p. 2375-2376.
- Koevoets, M.M., *Wangedrag van werknemers*, diss. Erasmus Universiteit Rotterdam, BJu 2006.
- Konijn, Y., *Cumulatie of exclusiviteit?*, diss. Utrecht 1999, Den Haag: BJu 1999.
- Koning, F., *Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht*, diss. Groningen 1987, Deventer: Kluwer.
- Kuip, S.W., 'Misbruik van proeftijdontslagbevoegdheid', *Arbeidsrecht* 1995/11.
- Kuip, S.W., 'Proeftijd: nu met gedifferentieerde wederzijdse willekeur en schriftelijk gemotiveerde opzegging', *Arbeidsrecht* 1998/10, p. 55.
- Kuip S.W./C.G. Scholtens, *Flexibiliteit en zekerheid, Parlementaire geschiedenis van de Wet Flexibiliteit en zekerheid*, Deventer: Kluwer 1999.
- Larenz, F., *Allgemeiner Teil Des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Beck 1983.
- Leeuwen, C.H.J. van, 'Conversie kwam te paard; gaat zij te voet?' *NJB* 1982, p. 773 e.v.
- Levenbach, M.G., 'De Hoge Raad ten tweeden male over de proeftijd en het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen', *NJB* 1953, 2.
- Levenbach, M.G., 'Aantekeningen bij het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht', *SMA* 1954.

- Levenbach, M.G., *Het nieuwe burgerlijk rechtelijke ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn 1954.
- Levenbach, M.G., 'Aantekeningen bij het nieuwe Burgerlijk Rechterlijk Ontslagrecht', *SMA* 1954, p. 288.
- Lieb, M./M. Jacobs, *Arbeitsrecht*, Heidelberg u.a. 2006.
- Lindenberg, S.D., *T&C Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2007.
- Lindenberg, S.D., *Schadevergoeding: Algemeen, Deel 1, Mon. BW, B34*, Deventer: Kluwer 2008.
- Lindenberg, S.D., *Smartengeld, tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008.
- Linsen, J., 'De rechten van de sollicitant, de staatssecretaris ten halve gekeerd', *AA* 1984.
- Loonstra, C.J., c.s., 'Ontslagrecht: Het Proeftijdontslag', *SR* 2003, 2.
- Loonstra, C.J., /W.A. Zondag, (hoofred.), *Commentaar Arbeidsrecht*, Den Haag, Sdu Uitgevers 2007.
- Loonstra C.J./W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, 3^e druk, Den Haag: Bju 2008.
- Lousberg, L., *Gelijke behandeling: handleiding voor de praktijk*, Deventer: Kluwer 2007.
- Luttmer-Kat, A.M., *Ontslagbescherming van werknemers*, diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer 1985.
- Meijers, E.M., 'Beëindiging der dienstbetrekking voordat de arbeid is aangevangen', *RBA* VI, nrs. 25 en 26.
- Mendel, M.M., *De rechtsbescherming van de sollicitant, mede in verband met het psychologisch onderzoek waaraan hij zich onderwerpt*, Deventer: Kluwer 1975.
- Mendel, M.M., *De rechtspositie van de sollicitant*, Deventer: Kluwer 1975.
- Molemans, E.J./C.J. Loonstra, 'Proeftijdbeding, stand van zaken 2003-2008 (1)', *Arbeidsrecht*, 2008/10, p. 18.
- Moll, W., *Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht*, Verlag C.H. Beck München 2005.
- Monster, W.C., 'Het vraagstuk van de zwangere sollicitant', *SMA* 1987, p. 310.
- Nelissen-Noij, A.M.R.G.L., 'De proeftijd en de Hoge Raad; op een tweesprong of in tweestrijd?', *NJB* 5 maart 1988, afl. 9.
- Nieuwenhuis, J.H., 'Conversie: is een nietig proeftijdbeding vatbaar voor conversie?', *Ars Aequi* 1988, 37(3), p. 177 e.v.
- Nieuwenhuis, J.H., *Anders en eender*, intreerede Leiden, Deventer 1982 en J. Riphagen in *AA* 45 (1996) 11.
- Noordhoek, M.A., 'Beëindiging van de arbeidsovereenkomst vóór aanvang van de feitelijke werkzaamheden', *Arbeidsrecht* 1999/5.
- Oberman, C.C., 'De loden randen van de ijzeren proeftijd', *Arbeidsrecht* 2002/10.
- Peijpe, T. van, 'Het nieuwe vermogensrecht en de arbeidsovereenkomst' in: P.F. van der Heijden (red.), *Arbeidsovereenkomst en algemeen Vermogensrecht*, Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht, Preadvies, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 38.
- Peijpe, T. van, 'Hoe bijzonder is de arbeidsovereenkomst?', p. 48, in: *Arbeidsrecht en Algemeen Vermogensrecht*, Alphen aan den Rijn 1993.

- Phaff, T.W.J., *Naar een nieuw ontslagrecht*, diss., Arnhem: Gouda Quint 1986.
- Ploum, R.E.N., 'De wetsvoorstellen Flexibiliteit en zekerheid: commentaar en 49 aanbevelingen', onderdeel: 'artikel 7:652 de duur van de proeftijd', *SR* 1997, 7/8.
- Popma J.R./C.W.G. Rayer/M. Westerveld, *Tweede evaluatie Wet op de medische keuringen*, Den Haag: ZON MW 2007.
- Pot, C.W. van der, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, bewerkt door D.J. Elzinga en R. de Lange, Zwolle 2006.
- Pott, S./L. Junger, *Werving en selectie in cao's (2004): een onderzoek naar de doorwerking van de Stichtingsaanbevelingen met betrekking tot werving en selectie op cao-niveau*, Ministerie van SZW, december 2004.
- Preis/Kliemt, *Das Probearbeitsverhältnis*, AR-Blattei, Rdnr. 181.
- Prins, J.E.J./J.M.A. Berkvens, *Privacyregeling in theorie en praktijk*, Deventer: Kluwer 2000.
- Putker-Blees, A.D., '(Pre-)employment screening: The past is your future', *Arbeidsrecht* 2007/12.
- Rayer, C.W.G., 'Toepasselijkheid van de WMK op aanstellingskeuringen', *SMA* oktober 2003-10, p. 427 e.v.
- Rayer, C.W.G./I.P. Asscher-Vonk, *Aanstellingskeuringen*, Deventer: Kluwer 2004.
- Reehuis, W.H.M./E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuw Burgerlijk Wetboek*, invoering boeken III, V en VI, Deventer: Kluwer 1990.
- Rood, M.G., 'Over de goede werkgever en de goede werknemer', *SMA* 1982, p. 498-507.
- Rood, M.G., *Gelijkheden in beweging*, Thorck-lezing, Leiden 1982.
- Rood, M.G., *TVVS* 1985, p. 298.
- Rood, M.G., *TVVS* 1991, nr. 91/11, p. 298/299.
- Rood, M.G., in zijn boekbespreking van *Aanbevolen Arbeidsrecht*, *TVVS* 1995-10, p. 288.
- Rood, M.G./P.F. van der Heijden, *Rood's wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2004.
- Rossum, M.M. van, *Dwaling, in het bijzonder bij koop van onroerend goed*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 1991.
- Rossum, M.M. van, 'Open normen in de totstandkoming van de overeenkomst: afbreken van onderhandelingen', *WPNR* 2002-6472, p. 78 e.v.
- Ruijgvoorn, M.R., *Afbreken van onderhandelingen*, Deventer: Kluwer 2005.
- Ruijgvoorn, M.R., *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 2009.
- Sagel, S.F., 'Obesitas: een nieuwe vette kluit voor het arbeidsrecht', *ArbeidsRecht* 2009/4, p. 27 t/m 31.
- Sagel, S.F., 'Obesitas: een nieuwe vette kluit voor het arbeidsrecht', *ArbeidsRecht* 2010/1, p. 9 t/m 14.
- Schaub, G., *Arbeitsrecht Handbuch*, systematische Darstellung und Nasschlagewerk für die Praxis, 11, neubearbeitete Auflage, C.H. Beck, Verlag München 2005.
- Schliemann, H., *Das Arbeitsrecht im BGB* 2, Walter de Gruyter GmbH & Co 2002, § 64 Rn 388.

- Scholz, 'Für die entsprechende Problematik bei Berufspsychologen', *NJW* 1981, 1987.
- Schuttelaar, R., 'De rechtspositie van chronisch zieken bij aanstellingskeuringen', *AA* 1998/6, p. 20.
- Senden, L.A.J., *Soft law in European Community Law: A Study on its relation to Legislation*, diss. Tilburg 2003, Wolf Legal Publishers (WLP) Nijmegen.
- Slagter, W.J., *Rechtvaardigheid en doelmatigheid*, inaugurele rede Rotterdam, Deventer: Kluwer 1961.
- Slooten, J.M. van, 'De inbedding van het gelijkebehandelingsrecht in de arbeidspraktijk', *Arbeidsrecht* 2007/8/9 p. 32 e.v.
- Slooten, J.M. van, *Arbeid en loon*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 1999.
- Slooten, J.M. van, in: 'Exit; Onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking, liber amicorum voor prof. mr. I.P. Asscher-Vonk', Deventer: Kluwer 2009.
- Smits, J./S. Steijns, *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen- Intersentia 2002.
- Smits, J.M., *Bronnen van verbintenissen*, Mon. Nieuw BW, A-2 Deventer: Kluwer 2003, p. 49.
- Sprengers, L.C.J., *De wet op de Ondernemingsraden bij de overheid. Op weg naar een arbeidsrecht voor ambtenaren en werknemers*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 1998.
- Sprengers, L.C.J., *T&C Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2008, art. 25 WOR, aant. 8.
- Stalenhoef, K.M.C., 'De WGBH/CZ en de spagaat van het sollicitatiegesprek', *ArbeidsRecht* 2009/11.
- STAR-advies inzake de Nota 'Flexibiliteit en zekerheid', 3 april 1996, publicatienummer 2/96.
- Staudinger, J. von, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, § 629 BGB Rdnr. 20.
- Stichting van de Arbeid, *Aanbeveling werving en selectie*, oktober 2006, publicatienummer 11-06.
- Stichting van de Arbeid, *Aanbeveling werving en selectie*, 9 maart 2000, nr. 07-24, met als bijlage de NVP Sollicitatiecode en de Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode. Bijlage bij TK 1999/2000, 25024, nr. 11.
- Straalen, P.W. van, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming*, diss. Rijksuniversiteit Groningen, Deventer: Kluwer 1999.
- Terstegge, J.H.J., 'Privacy en werkplek', in: J.E.J. Prins en J.M.A. Berkvens, *Privacy-regeling in theorie en praktijk*, Deventer: Kluwer 2000.
- Tuijtel, M.M., 'De ondernemingsraad en het enquêterecht', in: G. van Solinge, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation* 2004-2005, p. 198.
- Ubema, J.F.Y./Evers, M., 'Profiel arbeid en gezondheid 2005', 2005 TNO.
- Vas Nunes, P.C., *Imprévision in het arbeidsrecht*, *NJB* 1989, p. 1269-1270.
- Vas Nunes, P.C., 'Het Coleman-arrest en 'associatieve' ongelijke behandeling', *TAP* 2008, p. 8-13.
- Vas Nunes, P.C., 'Gelijke behandeling op grond van handicap en chronische ziekte in het arbeidsrecht', *TAP special* 2009/1, p. 26 e.v.
- Vas Nunes, P.C., 'Hoe liep de Heyday Challenge af?', *TAP* 2010, p. 57 e.v.

- Vas Nunes, P.C., Küçükdeveci: een wake-up call, *TAP* 2010, p. 147-151.
- Vegter, M.S.A., 'Onrechtmatig verkregen bewijs en verstrekte gegevens aan nieuwe werkgever', *JAR verklaard* 3 november 2007.
- Verhulp, E., *Grondrechten in het Arbeidsrecht*, Vereniging voor arbeidsrecht, Deventer: Kluwer 1999.
- Verhulp, E., 'Proeftijd', *JAR Verklaard* 2005, afl. 2, p. 8.
- Verhulp, E., *T&C Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2008.
- Vink, F.W.H./R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu 2008.
- Vleuten, C.E. van/L. Willems, 'Commissie gelijke behandeling', in: I.P. Asscher-Vonk & C.A. Groenendijk (red.), *Gelijke behandeling: regels en realiteit*, Den Haag: SDU 1999, 1-7.
- Vogt, DB 1968, 264.
- Vos, E.L. de/ N. Westerveld e.a., *Evaluatie Wet op de medische keuringen*, Den Haag: ZON MW 2001.
- Wentholt, K., 'De rechtsbescherming van de zwangere sollicitante', *SMA* 1992, p. 340.
- Wentholt, K., 'Gelijke behandeling gelijk behandeld? Analyse van de jurisprudentie van de CGB en de rechter', *Nemesis* 1993, p. 158-165.
- Wessels, B., *Arbeidsrechtelijke themata*, april 2007 (boekbespreking).
- Willems, P., 'Voortgezet dienstverband ook na faillissement; een pyrrusoverwinning?', *Arbeidsrecht* 2007/2, p. 28.
- Wit, M.A.C. de, *Aanbevolen Arbeidsrecht*, Aanbevelingen van de Stichting van de Arbeid, Sdu Juridische en Fiscale Uitgeverij.
- Wit, M.A.C. de, *Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht*, diss. Katholieke Universiteit Brabant, Tilburg, Deventer: Kluwer 1999.
- Wolff, D.J.B. de, *De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd*, Deventer: Kluwer 1999.
- Wolff, D.J.B. de, 'Taai ongerief; De verzwijging van medische beperkingen', *SR* 2004, 71.
- Wolff, D.J.B. de, *Goedwerknemerschap*, Deventer: Kluwer 2007.
- Zeben, C.J. van,/P.F. van der Heijden, *Compendium bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 1998.
- Zonderland, P., 'Ijzeren' proeftijd-theorie van de Hoge Raad (kan proeftijd geschorst worden?) in: *De Onderneming*, februari 1955 als ook in 'Arbeidsrecht en Rechtspraak', Haarlem 1958.
- Zonderland, P., *Arbeidsrecht en Rechtspraak*, 1958.
- Zutphen, A.H. van, *De rechtspositie van de rijksambtenaar*, diss. Leiden, 's-Gravenhage 1991.
- Zwart, B.C.H./A. en H. Weel/ C.W.G. Rayer e.a., *Leidraad aanstellingskeuringen, handelen van de Arbodienst en de keurend arts bij een aanstellingskeuring*, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken, voorjaar 2005.

RECHTSPRAAKREGISTER

(Dit register verwijst naar de paragrafen)

Internationaal

Hof van Justitie van de EU

5 februari 1962	zaak 26/62	6.2.1
15 juli 1964	zaak 6/64	6.2.1
10 april 1984	14/83, <i>Jur.</i> 1984, p. 1891	6.6
13 mei 1986	<i>TVVS</i> 1988/187	6.3.2
15 juni 1988	<i>NJ</i> 1990, 247	12.4
17 oktober 1989	zaak 109/88 <i>Jur.</i> 1989, p. 31-99, <i>SEW</i> 1992, p. 183	3.4, 4.1
8 november 1990	<i>NJ</i> 1992, 224, zaak 177/88, <i>Jur.</i> 1990, p. I-3941	4.2.4, 6.3.1, 6.6, 13.3.2, 13.4.1
2 augustus 1993	zaak C-271/91, <i>JAR</i> 1993/208	6.6
14 juli 1994	zaak C-32/93, <i>Jur.</i> 1994, p. I-3567, <i>JAR</i> 1994/169	4.2.4
17 oktober 1995	zaak C-450/93, <i>NJ</i> 1996, 507	6.3.2.1
22 april 1997	c-180/95 <i>Jur.</i> 1997, p. I-2195, <i>JAR</i> 1997/152	6.4.3.1, 6.6
11 november 1997	zaak C-409/95 <i>Jur.</i> 1997, p. I-6363, <i>NJ</i> 1998, 808	6.3.2.1
30 april 1998	zaak C-136/95, <i>JAR</i> 1998/139	4.2.4, 13.3.2
30 juni 1998	zaak C-394/96, <i>JAR</i> 1998/198	6.3.2
9 februari 1999	<i>JAR</i> 1999/75	6.2.2
3 februari 2000	<i>JAR</i> 2000/65	4.2.4.1

28 maart 2000	zaak C-158/97, <i>Jur.</i> 2000 p. I-1875, <i>NJ</i> 2000,532 zaak C-407/98, <i>Jur.</i> 2000, p. 1-5539, <i>NJ</i> 2001, 28, <i>JAR</i> 2000/94	6.3.2.1
6 juli 2000	zaak c-407/98, <i>NJ</i> 2001,28, <i>JAR</i> 2000/194	6.3.2.1
4 oktober 2001	<i>JAR</i> 2001/220	4.2.4, 4.2.4.1
24 januari 2002	<i>JAR</i> 2004/47	12.4
30 september 2004	zaak C-319/03, <i>JAR</i> 2004/260	6.3.2.1
11 juli 2006, nr. C.-13/05	<i>JAR</i> 2006/191	6.3.3, 6.3.3.2
11 oktober 2007	zaak C-460/06, <i>JAR</i> 2007/287	6.6
17 juli 2008	<i>JAR</i> 2008/208	6.3.3
5 maart 2009	C-388/07, <i>JAR</i> 2009/93	13.4.4
18 juni 2009	C-88/08	13.4.4

Nederland

Hoge Raad

19 oktober 1917	<i>NJ</i> 1917, 1108	15.4.6
31 januari 1919	<i>NJ</i> 1919, 161	3.6
27 februari 1930	<i>NJ</i> 1930, 977	11.5
12 februari 1931	<i>NJ</i> 1931, 854	10.3
13 maart 1936	<i>NJ</i> 1936, 415	14.5.1, 15.4.6
2 april 1937	<i>NJ</i> 1937, 639	15.4.6
2 december 1937	<i>NJ</i> 1938, 353	14.5.1
25 februari 1949	<i>NJ</i> 1949, 558	14.8
8 november 1949	<i>Arbeid</i> 1950/142	9.2, 13.2
27 juni 1952	<i>NJ</i> 1952, 488	9.2, 13.2, 14.2, 17.4.3, 17.5.1
9 april 1954	<i>NJ</i> 1954, 446	11.2, 13.3.1, 14.2, 17.5.1, 17.5.4
9 december 1955	<i>NJ</i> 1956, 157	15.4.2
15 november 1957	<i>NJ</i> 1958, 67	2.2, 2.3, 4.2, 4.2.4.1, 4.3.1, 4.3.7, 6.3.3.2, 14.3, 14.5, 14.5.2
1 december 1961	<i>NJ</i> 1962, 78	14.8
12 januari 1962	<i>NJ</i> 1962, 246	3.6
8 juni 1962	<i>NJ</i> 1962, 366	4.2.4.1

26 maart 1965	NJ 1965, 163	17.5.1
26 mei 1967	NJ 1967, 331	3.6
18 juni 1971	NJ 1971, 408	3.6
30 november 1973	NJ 1974, 97	4.2.4.1, 6.3.3.2
21 mei 1976	NJ 1977, 73	2.2
3 februari 1978	NJ 1978, 248	6.3.3
31 maart 1978	NJ 1978, 325	2.4.4, 10.3
11 mei 1979	NJ 1979, 441	14.3, 14.5.1 14.5.3, 15.4.5
25 januari 1980	NJ 1980, 264	17.5.1
15 februari 1980	NJ 1980, 328	5.3.1
21 november 1980	NJ 1981, 152	2.4.2
16 januari 1981	NJ 1981, 426	2.2, 4.3.1
13 februari 1981	NJ 1981, 456	2.2, 4.3.1
13 maart 1981	NJ 1981, 635 en RvdW 1981, 43	2.4.1
20 maart 1981	NJ 1981, 507	4.2, 4.2.4, 4.2.4.1, 4.3.7, 8.12
27 maart 1981	NJ 1981, 492	2.4.2
15 mei 1981	NJ 1982, 85	2.2, 4.2.4.1
18 december 1981	NJ 1982, 570, AA 1982 p. 523	4.3.9
28 mei 1982	NJ 1982, 554	2.4.3
18 juni 1982	NJ 1983, 723	2.2, 2.3, 4.3.1, 4.4.1, 5.2, 15.4.2
18 juni 1982	AA 1983/32, p. 758-763	4.2, 14.5.2
10 december 1982	NJ 1983, 687	6.6, 15.4.2
20 mei 1983	NJ 1983, 702	17.5.4
27 mei 1983	NJ 1983, 758	17.5.1
23 december 1983	NJ 1984, 332	11.2, 13.3.2, 14.2, 17.5.1, 17.5.5
20 maart 1984	NJ 1981, 507	6.3.3.2
14 september 1984	NJ 1985, 244	10.2, 11.7.2, 12.3, 12.4, 12.5, 12.6
2 november 1984	NJ 1984, 192	4.2, 4.2.4
7 december 1984	NJ 1985, 771	4.2.4.1
18 oktober 1985	NJ 1986, 340	4.2.4.1
8 november 1985	RvdW 1985/205	13.4.3
6 december 1985	NJ 1986, 230	10.2
13 december 1985	NJ 1986, 567	6.6
4 april 1986	NJ 1987, 678	11.7.2, 12.5
13 juni 1986	NJ 1986, 715	10.2, 12.2
24 oktober 1986	NJ 1987, 293	11.6, 12.3, 12.9

9 januari 1987	NJ 1987, 928	4.3.7
1 mei 1987	NJ 1988, 20, RvdW 1987/119	11.6, 12.3, 12.4, 12.7
8 juli 1987	NJ 1988, 232	11.5
2 oktober 1987	NJ 1988, 233, RvdW 1987/177	10.2, 12.2, 12.9
23 oktober 1987	NJ 1988, 1017	2.2, 2.3, 5.2
13 november 1987	NJ 1989, 698	6.4.3.1
24 juni 1988	NJ 1988, 1002	4.2.4, 6.3.1, 13.3.2
3 maart 1989	NJ 1989, 489	4.2.4.1
12 mei 1989	NJ 1989, 801	17.5.1
1 december 1989	NJ 1990, 451	15.4.4
9 februari 1990	NJ 1991, 146	2.4.4, 10.2, 10.3
9 maart 1990	NJ 1990, 561	13.3.2
9 november 1990	NJ 1991, 26	4.3.7
21 december 1990	NJ 1991, 251	4.2.4.1
4 januari 1991	NJ 1991, 270	4.2.4.1
15 januari 1991	NJ 1991, 493	4.2
21 mei 1991	NJ 1990, 507	4.2.4
31 mei 1991	NJ 1991, 647	2.2
28 juni 1991	RvdW 1991, 177	6.6
13 september 1991	NJ 1992, 225	6.3.1, 6.6
13 september 1991	NJ 1992, 130	10.3, 12.2, 12.7, 12.8
18 oktober 1991	NJ 1992, 3	11.2
20 maart 1992	NJ 1992, 495, JAR 1992/11	5.7, 14.5 14.5.1, 15.2, 15.3
24 april 1992	NJ 1992, 462, JAR 1992/23	10.3
24 april 1992	NJ 1992, 672	4.2.4, 6.4.3.1
8 mei 1992	NJ 1992, 480	14.2, 17.5.1
6 november 1992	NJ 1993, 578	2.2
26 januari 1993	NJ 1993, 289	2.2
17 maart 1993	ROR 1993/16	3.5
3 september 1993	NJ 1993, 715, JAR 1993/223	15.2
8 april 1994	NJ 1994, 704 JAR 1994/94, Prg. 1994, nr. 4081	3.2, 5.3.2.1, 5.4.1, 15.4.4 15.4.6
6 januari 1995	NJ 1995, 422	4.3.9

13 januari 1995	NJ 1995, 430, JAR 1995/35	6.2.1, 6.2.3, 13.3.2, 13.4.1, 13.4.4, 14.2, 14.5.1, 14.5.4, 14.6 15.4.3, 15.4.6, 15.4.7, 17.4, 17.4.1, 17.5.1
16 juni 1995	NJ 1995, 705	2.2
29 september 1995	NJ 1996, 90, JAR 1995/232	14.8
27 oktober 1995	NJ 1996, 254, JAR 1995/254	9.4, 10.2, 11.4, 14.5.2, 15.4.5
29 december 1995	NJ 1996, 418	12.4
14 juni 1996	NJ 1997, 481	2.2, 2.3, 5.2
4 oktober 1996	NJ 1997, 65	2.3, 4.4.1
8 november 1996	NJ 1997, 136	15.4.3
24 oktober 1997	NJ 1998, 257, JAR 1997/248	14.5.3
4 september 1998	JAR 1998/200	17.4.2
7 oktober 1998	JAR 1998/251	3.5
29 oktober 1999	JAR 1999/255	4.3.9
3 december 1999	JAR 2000/18	14.5.3
21 januari 2000	NJ 2000, 190, JAR 2000/45	4.3.6
16 juni 2000	NJ 2001, 559	4.2.4.1
10 november 2000	JAR 2000/249	14.4, 14.5.2, 14.5.4, 15.4.7
8 december 2000	NJ 2001, 56	2.4.3
11 mei 2001	NJ 2001, 409, JAR 2001/111	4.3.9, 5.3.1
21 december 2001	NJ 2002, 60	2.2
11 februari 2002	NJ 2002, 529	4.3.9
7 juni 2002	NJ 2003, 125, JAR 2002/155	5.2
12 juli 2002	RvdW 2002, 122	4.3.7
20 december 2002	JAR 2003/19	3.5
21 februari 2003	JOR 2003/57	17.2.1
19 maart 2004	NJ 2006, 54	2.4.1
10 september 2004	JAR 2004/238	3.5
12 augustus 2005	NJ 2005, 467, RvdW 2005, 93	2.2, 4.4.1 4.3.1
14 juli 2006	JAR 2006/190, NJ 2007, 101	12.5
5 januari 2007	JAR 2007/37	11.5
5 januari 2007	JAR 2007/38	11.5

26 januari 2007	NJ 2007, 78	3.6
13 juli 2007	JOR 2007, 178	17.2.1
29 februari 2008	LJN: BC1855	2.2
28 maart 2008	RAR 2008, 75	10.3
12 december 2008	JAR 2009/16	13.5, 15.4.6
12 februari 2010	RAR 2010, 37	6.6

Gerechtshoven

's-Hertogenbosch 29 december 1966	NJ 1968, 329	4.3.9
Amsterdam (OK) 7 juli 1988	NJ 1989, 845	3.5
Den Bosch 16 april 1991	NJ 1992, 812	11.5
Amsterdam (OK) 9 april 1992	ROR 1992/18	3.5
Amsterdam 18 maart 1993	JAR 1993/193	6.6
Amsterdam (OK) 16 december 1993	NJ 1995, 49, JAR 1994/14	3.5
Amsterdam 30 juni 1994	SMA 1995, p. 394	4.2.4
Amsterdam (OK) 6 oktober 1994	JAR 1994/231	3.5
's-Hertogenbosch 5 juli 1996	JAR 1996/166	3.6
Amsterdam (OK) 19 december 1996	JAR 1997/22	3.5
Amsterdam (OK) 18 februari 1999	JAR 1999/60	3.5
Amsterdam (OK) 10 mei 1999	ROR 1999/22	3.5
Amsterdam (OK) 3 juni 1999	JAR 1999/147	3.5
Leeuwarden 14 augustus 1999	rolnummer H98/213	6.6
Den Haag 19 november 2002	JAR 2003/15	3.5
's-Gravenhage 29 november 2002	ROR 2003, nr. 13	3.5
's-Gravenhage 24 januari 2003	JAR 2003/106	11.4
's-Hertogenbosch 16 september 2003	JAR 2003/ 262	12.9
Amsterdam (OK) 12 december 2003	ARO 2003, 196	3.5
's-Gravenhage 19 december 2003	LJN: AO3524	11.5
Amsterdam (OK) 29 december 2003	JAR 2004/44	3.5
's-Gravenhage 20 februari 2004	NJ 2004, 378	15.4.6
's-Hertogenbosch 2 maart 2004	JAR 2007/70, RAR 2007/52	4.2.4.1, 4.3.5, 14.5.2, 15.4.4, 15.4.7
's-Gravenhage 5 maart 2004	LJN: AO8998	10.3, 12.8
Arnhem 9 november 2004	JAR 2005/81	4.2.4.1, 4.3.7
Amsterdam 25 augustus 2005	JAR 2005/233	4.2.4.1
's-Hertogenbosch 1 november 2005	niet gepubliceerd	3.5

Leeuwarden 9 november 2005	JAR 2005/285 RAR 2006, 4, JIN 2005/454	10.3
's-Hertogenbosch 28 februari 2006	JAR 2006/117	4.3.9
Leeuwarden 29 maart 2006	JIN 2006/181	14.5.1
Amsterdam 6 april 2006	JAR 2006/280	3.6, 4.2.4.1
Leeuwarden 31 mei 2006	JAR 2006/154	3.5
's-Gravenhage 8 september 2006	RAR 2007, 5, JIN 2007/2	2.2, 4.4.1
Den Haag 3 november 2006	niet gepubliceerd	3.5
's-Gravenhage 16 februari 2007	JAR 2007/125	4.3.5
Amsterdam 10 mei 2007	LJN:BB3127	4.2.4.1, 14.5.1
Amsterdam 21 juni 2007	RAR 2008, 6	2.4.1
Amsterdam 20 november 2007	JAR 2008/35	3.6
Leeuwarden 19 december 2007	LJN: BC1634, JAR 2008/37	2.4.1
's-Gravenhage 22 februari 2008	nr. C05/01780, LJN: BC5086, JAR 2008/90	6.3.1
Amsterdam 27 juni 2008	ARO 2008/10	3.5
Arnhem 15 juli 2008	JAR 2008/314	3.5
's-Gravenhage 3 maart 2009	JAR 2009/108	12.5
Leeuwarden 17 maart 2009	JAR 2009/109	10.3
Arnhem 13 oktober 2009	RAR 2010, 75	10.3
's-Gravenhage 19 januari 2010	LJN: BL2560	4.3.6
's-Gravenhage 16 maart 2010	LJN: BM5878	12.5
Leeuwarden 15 juni 2010	LJN: BM7410	6.3.2

Rechtbanken

Rotterdam 29 maart 1974	NJ 1974, 379	17.5.4
Amsterdam 13 februari 1980	S&S '81, 44	4.3.9
Amsterdam 18 november 1982	NJ 1983, 346	11.7.2
Arnhem 24 december 1984	NJ 1988, 309	5.2
Rotterdam 5 juli 1985	NJ 1986, 721, Prg. 1985, nr. 2365	11.7.2
Zutphen 23 januari 1986	Prg. 1986, 2563	11.5
's-Gravenhage 26 maart 1986	Prg. 1986, nr. 2511	4.2.4.1
Haarlem 30 januari 1987	KG 1987/110	17.5.1
Haarlem 7 april 1987	ROR 88, 36	3.5
Haarlem 19 februari 1988	KG 1988, 133	3.5
Haarlem 2 augustus 1988	ROR 88,36	3.5
Breda 16 juni 1992	Prg. 1992, 3760	11.2, 11.5
Utrecht 8 oktober 1992	KG 1992, 43	13.5
Amsterdam 12 januari 1993	ROR 1993, nr. 23	3.5

Amsterdam 14 juli 1993	JAR 1993/190	5.3.2.1, 6.6
Utrecht 29 juli 1993	KG 1993, 430, JAR 1993/192	4.3.2, 5.4.2.1
Den Haag 29 april 1997	JAR 1997/199	3.5
Amsterdam 19 november 1997	JOR 1998, 24	3.5
Rotterdam 1 april 1999	JAR 1999/99, TVGR 2000, 14	4.2.4.1, 4.3.7, 6.3.3
Maastricht 9 september 1999	JAR 2000/149	5.2
Den Haag 27 oktober 1999	JAR 2000/77	15.4.4
Haarlem 7 april 2000	JAR 2000/88	14.5.2
Zwolle 6 september 2000	JAR 2001/21	4.3.5
Den Haag 1 november 2000	JAR 2001/18	13.3.1
Arnhem 10 november 2000	JAR 2000/249	5.2
Dordrecht 19 december 2001	NJ 2002, 17	15.4.6
Utrecht 6 februari 2002	JAR 2002/64	11.5
Middelburg 20 maart 2002	JAR 2002/131	11.5, 11.6
Utrecht 20 maart 2002	JAR 2002/96	11.5, 17.5.4
Arnhem 17 april 2002	JAR 2002, 108	6.3.3.2
's-Gravenhage 27 november 2002	JAR 2003/ 32	11.2
Assen 1 december 2004	JAR 2005/62	6.6
's-Gravenhage 7 september 2005	LJN: AU2091	6.5
's-Gravenhage (vzr) 8 december 2005	JAR 2006/258	14.5.1
Middelburg (vzr) 9 maart 2006	LJN: AZ1157	3.6
Amsterdam 4 januari 2007	niet gepubliceerd	3.5
Rotterdam 20 februari 2007	JAR 2007/84	3.6
Arnhem (vzr) 1 augustus 2007	LJN: BB1009	13.3.1
Utrecht 30 augustus 2007	TAR 2007, 197	6.2.2, 6.4.3.1
Amsterdam (vzr) 28 februari 2008	JAR 2008/122	3.5
Zwolle-Lelystad (vzr) 20 november 2008	LJN: BH3364	3.6
Zwolle-Lelystad (vzr) 28 november 2008	LJN: BH3365	3.7
Zwolle-Lelystad (vrz) 12 februari 2009	LJN: BH9361	3.6
Arnhem 8 april 2009	LJN: BL1781	3.6
's-Gravenhage 3 juni 2009	LJN: BJ3251, JOR 2009, 245	2.3
Arnhem 7 oktober 2009	RAR 2010, 7	4.2.4.1

President Rechtbanken

Amsterdam 19 maart 1984	ROR 1971-1984, nr. 122	3.5

Dordrecht 5 februari 1987	KG 1987, 108	14.5.1, 14.5.3, 15.4.1, 15.4.6
Haarlem 19 februari 1988	KG 1988, 133	3.5
Den Haag 19 mei 1992	JAR 1992/22	3.5
Utrecht 29 juli 1993	JAR 1993/192	4.3.2
Amsterdam 23 september 1993	JAR 1993/254	12.8
Zwolle 30 januari 1995	ROR 1995, nr. 31	3.5
's-Hertogenbosch 8 februari 1996	JAR 1996/94	3.6
Den Haag 3 april 1996	JAR 1996/111	3.5
Utrecht 21 januari 1999	KG 1999, 61	4.2.3
Maastricht 24 maart 2000	JAR 2000/116	3.6
Haarlem 7 april 2000	JAR 2000/88	15.4.4

Kantongerechten

Amsterdam 30 januari 1946	<i>Arbeid</i> 1947, nr. 20, <i>NJ</i> 1946, 611	13.2
Rotterdam 1 augustus 1947	<i>Arbeid</i> 1948, nr. 73	13.2
Rotterdam 6 december 1949	<i>NJ</i> 1950, 412	13.2
Den Haag 28 januari 1959	<i>NJ</i> 1959, 661	2.4.2
Amsterdam 3 april 1975	<i>Prg.</i> 1975, 1033	11.7.1
Nijmegen 9 maart 1979	<i>Prg.</i> 1981, p. 289	11.7.2
Tilburg 14 juni 1979	<i>Prg.</i> 1980, 1512	12.3, 12.8
Hilversum 11 maart 1980	<i>Prg.</i> 1981, p. 2-91	11.7.2
Amsterdam 16 oktober 1980	ROR 1971-1984, nr. 103	3.5
Rotterdam 20 augustus 1981	ROR 1971-1984, nr. 106	3.5
Eindhoven 12 november 1981	<i>Prg.</i> 1982, 1753	11.5
Eindhoven 19 november 1981	<i>NJ</i> 1982, 600	11.2
Rotterdam 31 mei 1983	<i>Prg.</i> 1983, 1991	11.2
Rotterdam 7 juni 1983	<i>Prg.</i> 1985, nr. 2364	11.7.2
Gouda 13 maart 1986	<i>Prg.</i> 1986, 2667	4.2.4
Hilversum 25 februari 1992	<i>Prg.</i> 1993, nr. 3835	5.4.2.1, 14.5.3, 15.4.6
Rotterdam 14 april 1992	<i>Prg.</i> 1992, nr. 3738	4.2.4.1
Amsterdam 19 mei 1992	JAR 1992/36	4.3.5
Hilversum 2 september 1992	<i>Prg.</i> 1993, nr. 3835	5.4.2.1, 14.5.3, 15.4.6
Amsterdam 2 juni 1993	JAR 1993/213	4.3.9
Sittard 27 augustus 1993	<i>NJCM-bulletin</i> 1993, 18-8	6.3.2
Amsterdam 12 oktober 1993	<i>Prg.</i> 1993, nr. 4003	4.2.4
Rotterdam 21 november 1994	ROR 1995, 19	3.5
Amsterdam 4 mei 1995	<i>Prg.</i> 1995, 4363	3.3.2, 15.4.6
Amsterdam 10 januari 1996	<i>Prg.</i> 1997, 4689	14.5.2, 15.4.7
Groningen 30 september 1996	JAR 1996/222	4.2.3, 4.2.4.1

Breda 22 januari 1997	Prg. 1997, nr. 4732	14.5.3, 15.4.6
Amsterdam 10 februari 1997	Prg. 1997, 4765	4.3.9
Almelo 29 januari 1998	Prg. 1998, nr. 4970	4.2.4.1
Rotterdam 18 februari 1998	JAR 1998/89	4.2.4.1
Hilversum 15 juli 1998	JAR 1998/187	12.8
Amsterdam 13 augustus 1998	NJ 1999, 19	14.5.2, 15.4.7
's-Gravenhage 1 december 1998	JAR 1999/6	15.4.4
Amsterdam 27 april 1999	JAR 2000/155	4.2.4, 5.7
Arnhem 13 september 1999	Prg. 2000, 5401	4.3.7, 6.3.3.2
Enschede 27 oktober 1999	Prg. 1999, 5383	14.5.2
Haarlem 2 februari 2000	JAR 2000/69	11.6
Amsterdam 25 februari 2000	JAR 2000/155	4.2.4, 5.7
Alphen a/d Rijn 29 februari 2000	Prg. 2000, 3303	14.5.1, 14.5.2
Amsterdam 24 maart 2000	JAR 2000/91	15.4.6, 15.4.7
Amsterdam 1 november 2000	JAR 2000/252	10.3
Tilburg 8 februari 2001	JAR 2001/74	4.2.4
Hilversum 7 maart 2001	JAR 2001/72	2.4.2
Rotterdam 16 maart 2001	JAR 2001/182	4.2.4.1, 4.3.7
Oud-Beijerland 2 april 2001	Prg. 2002, 5815	15.4.6
Heerlen 6 juni 2001	JAR 2001/135	10.3
Rotterdam 20 juli 2001	JAR 2001/182	4.2.4.1, 4.3.7
Zutphen 24 juli 2001	JAR 2001/228	4.2.4.1
Rotterdam 27 juli 2001	JAR 2001/166	2.2
Middelburg 7 januari 2002	JAR 2002/40	11.4
Hoorn 18 maart 2002	JAR 2002/53	12.2
Hilversum 20 maart 2002	JAR 2002/84	10.3, 14.5.3 15.4.6
Wageningen 17 april 2002	JAR 2002/108	4.2.4.1, 4.3.7
Gouda 21 november 2002	KG 2002, 310	10.3
Deventer 11 december 2003	JAR 2004/5	12.6
Middelburg, 21 juli 2003	JAR 2003/204	4.2.4.1
Schiedam 22 juli 2003	JAR 2004/22	14.5.2, 14.5.3, 15.4.4, 15.4.7
Utrecht 12 juli 2004	JAR 2004/230	12.9
's-Hertogenbosch (vzr) 10 augustus 2004	JAR 2004/213	12.3, 12.6
Amsterdam 26 augustus 2004	JAR 2004/263	15.4.6
Assen 1 december 2004	JAR 2005/62	6.6
Haarlem 5 januari 2005	JAR 2005/123	15.4.6
Utrecht 28 januari 2005	JAR 2005/60	4.2.4.1
Heerlen 16 februari 2005	JAR 2005/88	3.5
Maastricht 13 oktober 2005	LJN: AN4118	4.2.4.1
Hilversum 16 november 2005	Prg. 2005/218	13.5
Eindhoven 1 december 2005	JAR 2006/37	4.2.4.1, 6.6, 14.5.1
Leeuwarden 14 februari 2006	LJN: AV2511	13.5

Assen 6 maart 2006	JAR 2006/71, Prg. 2006, 68	4.3.9
Eindhoven 9 maart 2006	JAR 2006/91	4.3.5
Roermond 19 juli 2006	JAR 2006/202	15.4.6
Rotterdam 5 september 2006	JAR 2007/272	4.3.11
Haarlem 1 november 2006	JAR 2006/273	4.3.5
Delft 28 december 2006	LJN: AZ7352	4.2.4.1, 4.3.7
Amsterdam 4 januari 2007	JAR 2007/63	3.5
Roermond 5 april 2007	LJN: BA3348	12.5
Eindhoven 17 juli 2007	JAR 2007/218	10.3, 12.5
Haarlem 20 juli 2007	LJN: BB0221	12.2
Arnhem 13 augustus 2007	JAR 2007/236	15.4.6
Amsterdam 15 augustus 2007	JAR 2007/273	4.3.11
Haarlem 15 augustus 2007	JAR 2007/256	4.2.4.1, 4.3.11
Leiden 26 september 2007	JAR 2007/271	4.2.4
Nijmegen 9 november 2007	JAR 2007/297	4.2.4.1
Almelo (vzr) 13 november 2007	JAR 2007/291	6.3.3, 6.3.3.2, 13.4.2, 14.5.1
Enschede 13 november 2007	JAR 2007/92	14.5.1
Haarlem 16 november 2007	LJN: BB8555	4.2.4.1, 17.4.1
Amsterdam 3 maart 2008	JAR 2008/116	4.2.4.1, 4.3.9
Utrecht 9 april 2008	LJN: BD3236	2.4.2
Den Helder 14 april 2008	LJN: BB2823	14.2
Amsterdam 13 mei 2008	niet gepubliceerd	2.2
Haarlem 28 mei 2008	LJN: BD3973	9.5
Apeldoorn (Vzr) 11 juni 2008	JAR 2008/229	4.2.4.1
Alphen aan den Rijn 17 juni 2008	JAR 2009/41	15.4.6
Apeldoorn 20 juni 2008	LJN: BD4891	3.5
Breda 2 juli 2008	JAR 2008/196	4.2.4
Amsterdam 15 juli 2008	JAR 2009/61	13.3.2
Amsterdam 15 september 2008	JAR 2008/266	4.2.4
Amersfoort 7 november 2008	LJN: BG8859	10.3
Amersfoort (vzr) 27 november 2008	JAR 2009/4	6.3.3, 6.3.3.2
Alphen aan den Rijn 27 januari 2009	JAR 2009/59	5.7
Heerlen 23 februari 2009	RAR 2009, 69	4.2.4.1
Tiel 13 mei 2009	JAR 2009/175	12.2
Groningen 17 juni 2009	LJN: BJ4538	4.3.7
Utrecht 23 juli 2009	LJN: BJ3965	4.3.6
Zwolle 21 augustus 2009	LJN: BK0852	10.3, 12.2
Groningen (vzr) 3 november 2009	LJN: BK3864	4.2.4
Delft 12 november 2009	LJN: BK7359	5.7

Amersfoort 18 november 2009	LJN: BK3087	14.5.1
Den Helder 19 november 2009	LJN: BK7947	4.2.4
Lelystad 25 november 2009	LJN: BK6649	12.6
Rotterdam 10 december 2009	LJN: BK6560	4.2.4.1
Amsterdam 14 december 2009	JAR 2010/3	6.3.2
Amsterdam 29 januari 2010	LJN: BL3524	2.4.1
Nijmegen 19 februari 2010	JAR 2010/153	15.4.6
Utrecht 21 mei 2010	LJN: BM5297	14.5.1
Helmond 21 juni 2010	LJN: BM8770	5.7
Eindhoven 6 mei 2010	JAR 2010/184	11.7.2

Gerecht in Eerste Aanleg Nederlandse Antillen

Curaçao (GiEA NA) 3 februari 2006	RAR 2007, 59	14.6
Aruba 12 november 2008	LJN: BG8463, KG 2008/3497	5.3.1

Afdeling Bestuursrecht van de Raad van State

ABRvS 22 april 2009	LJN: BI1864	4.3.10
<i>Centrale Raad van Beroep</i>		
4 november 1993	AB 1994, 213	6.2.1
4 oktober 2000	LJN: AA8327, RSV 2000/244	6.3.3
20 april 2005	LJN: AT 6119	15.4.7
5 december 2006	LJN: AZ5059	6.3.3
26 april 2007	TAR 2007, 124	4.3.7
2 januari 2008	LJN: BC1105	10.3
7 mei 2009	JAR 2009/146	6.2.2

Commissie Gelijke Behandeling van mannen en vrouwen

5 januari 1995	Oordeel CGB 1995-1	6.3.2
18 juli 1995 (95-30)	Oordelenbundel 1994-1995, p. 194	6.2.2
4 december 1995	Oordeel CGB 1995-55	6.3.2
2 april 1996	Oordeel CGB 1996-20	3.4, 4.2
16 april 1996	Oordeel CGB 1996-25	6.3.2
18 november 1996	Oordeel CGB 1996-97	6.3.2.1
16 december 1996	Oordeel CGB 1996-116	6.3.2
18 april 1997	Oordeel CGB 1997-43	6.2.2
20 juli 1999	Oordeel CGB 1999-75 JAR 1999/179	4.2.4.1
10 mei 1999	Oordeel CGB 1999-42	6.2.2
9 februari 1999	Oordeel CGB 1999-18	6.2.2

19 april 1999	Oordeel CGB 1999/32	6.3.2.1
31 januari 2001	Oordeel CGB 2001-12	6.2.2
15 februari 2001	Oordeel CGB 2001-13	6.3.1, 13.3.2
22 juni 2001	Oordeel CGB 2001-53	6.2.2
4 december 2001	Oordeel CGB 2001/116	6.2.3
8 juli 2002	Oordeel CGB 2002-82	6.2.2
8 juli 2002	Oordeel CGB 2002-83	6.2.2
15 augustus 2002	Oordeel CGB 2002-125	6.2.2
2 februari 2004	Oordeel CGB 2004-10	6.3.2, 6.3.2.1
26 februari 2004	Advies CGB 2004-03	6.2.1
8 maart 2004	Oordeel CGB 2004/21	6.3.3
31 maart 2004	Oordeel CGB 2004-36	6.3.2.1
10 juni 2004	Oordeel CGB 2004-67	6.3.3
5 november 2004	Oordeel CGB 2004-145	6.3.3
30 december 2004	Oordeel CGB 2004-179	6.3.4.1
11 januari 2005	Oordeel CGB 2005-78	6.3.3.2
8 maart 2005	Oordeel CGB 2005-32	6.3.4.1
17 maart 2005	Oordeel CGB 2005/44	6.3.3, 15.5.1
18 april 2005	Oordeel CGB 2005-68	6.2.1
26 april 2005	Oordeel CGB 2005-77	6.3.3
19 juli 2005	Oordeel CGB 2005-133	6.3.3.2
25 augustus 2005	Oordeel CGB 2005 – 159	6.2.1, 6.3.4
24 november 2005	Oordeel CGB 2005-229	4.2.4.1
13 december 2005	Oordeel CGB 2005-234	6.3.3
16 december 2005	Oordeel CGB 2005-239	6.3.3
3 januari 2006	Oordeel CGB 2006-1	6.3.4.1
10 januari 2006	Oordeel CGB 2006-3	6.3.3.2
2 februari 2006	Oordeel CGB 2006-17	6.3.3
21 februari 2006	Oordeel CGB 2006-26	6.2.2
27 februari 2006	Oordeel CGB 2006-137	6.3.3.2
21 april 2006	Oordeel CGB 2006-77	6.3.3
25 april 2006	Oordeel CGB 2006-78	6.3.2
27 april 2006	Oordeel CGB 2006-80	6.3.4
1 mei 2006	Oordeel CGB 2006-84	6.3.2
3 mei 2006	Oordeel CGB 2006-228	6.3.3.2
7 juni 2006	Oordeel CGB 2006-118	6.3.3
6 juli 2006	Oordeel CGB 2006-137, JAR 2006/211	6.3.3
12 oktober 2006	Oordeel CGB 2006-209	6.3.4.1
7 november 2006	Oordeel CGB 2006-221	6.2.2, 6.4.3.1
21 november 2006	Oordeel CGB 2006-226	6.3.4.1
12 februari 2007	Oordeel CGB 2007-25	6.3.3
8 maart 2007	Oordeel CGB 2007-33	6.6

22 mei 2007	Oordeel CGB 2007-83	6.6
15 juni 2007	Oordeel CGB 2007-100	6.2.3
16 juli 2007	Oordeel CGB 2007-129	6.6
19 juli 2007	Oordeel CGB 2007-137	6.2.2
26 juli 2007	Oordeel CGB 2007-144	6.6
27 augustus 2007	Oordeel CGB 2007-158	3.4, 4.2
6 november 2007	Oordeel CGB 2007-195	6.2.2
15 april 2008	Oordeel CGB 2008-39	6.3.2.1
7 juli 2008	Oordeel CGB 2008-79	3.4, 4.2
10 juli 2008	Oordeel CGB 2008-88	6.3.4.1
24 juli 2008	Oordeel CGB 2008-99	3.4, 4.2
7 oktober 2008	Oordeel CGB 2008-118	6.3.2, 6.3.4.1

Nationale ombudsman

13 september 1985	TAR 1985, 237	4.4
3 mei 1987	TAR 1987, 202	3.3.7
13 mei 1987	TAR 1987, 202	4.3.5

Duitsland

EuGH

– EuGH, 3 februari 2000, AP Nr. 18 zu § 611a BGB	7.2, 8.8
– EuGH, 3 februari 2000-Rs C-2007/98-Mahlberg NZA 2000, 255	8.8

BVerfG

– BVerfG NZA 2007, 195	7.4

BAG

– BAG 22 september 1961, AP BGB § 123 Nr. 15	8.8
– BAG 10 november 1955, AP Nr. 1, 2 zu § 276 BGB	7.2, 7.4
– BAG 11 juni 1957 – 2 AZR 15/57-AP-Nr.1 zu § 629 BGB	8.4
– BAG 25 oktober 1957-1 AZR 434/55-AP Nr. 1 zu § 630 BGB	8.9.2
– BAG 5 december 1957, AP Nr. 2 zu § 123 BGB	8.9.4
– BAG 12 december 1957 – 2 AZR 574/55-AP BGB § 276	8.6
– BAG 29 juli 1958, DB 59, 147	16.2, 16.4
– BAG 22 september 1961, AP BGB § 123 Nr. 15	8.8
– BAG 22 september 1961-1 AZR 241/60 – AP Nr. 15 zu § 123 BGB	8.8.2
– BAG 8 maart 1962 AP 22 zu § 620 BGB	16.3
– BAG 7 juni 1963 AP BGB § 276	7.2, 7.5
– BAG 15 maart 1966, AP Nr. 28 zu § 620 BGB	16.3
– BAG 12 februari 1970-2 AZR 184/69-AP Nr. 17 zu § 123 BGB	8.8
– BAG 10 mei 1971 DB71, 1820	16.3

– BAG 24 september 1974-3 AZR 589/73 – AP GmbHG § 13 nr. 1	8.6
– BAG 5 augustus 1976-3 AZR 491/75-ap Nr. 10 zu § 630 BGB	8.9.2
– BAG 2 december 1976-3 AZR 401/75-AP Nr. 10 zu § 276 BGB	7.2, 8.12
– BAG 19 juni 1980 – AP 55 zu § 620 BGB Befristetes Arbeitsvertrag	17.5.3
– BAG 2 maart 1981, NJW 1981, 2430; Urt. v. 23.3.1984, NJW 1984, 2846	7.6
– BAG 30 september 1981, AP BGB § 620 befristetes Arbeitsvertrag Nr. 61	16.2
– BAG 4 november 1981, EzA § 1 KSchG 1969, Verh. K. Nr. 9	8.8.1
– BAG 16 maart 1982, AP Nr. 1 zu § 611 BGB, Betriebsgeheimniss	7.2
– BAG 16 september 1982- 2 AZR 228/00-DB 1983, 2780	8.9.1
– BAG 19 mei 1983-2 AZR 171/81-DB 1984, 298	8.8.1
– BAG 23 maart 1984, NIW 1984, 2846	7.6
– BAG 6 juni 1984- 5 AZR 286/81	8.10
– BAG 7 juni 1984-2 AZR 270/83	8.8
– BAG 19 juni 1984 – 1 ABR – NZA 1984, 329	8.4
– BAG 18 december 1984-3 AZR 389/83-AP, Nr. 8 zu § 611 BGB	8.9.2
– BAG 1 augustus 1985 – 2 AZR 101/83 nr. 30= EzA § 123 BGB Nr. 26	8.7
– BAG NJW 1994, 148	8.8
– BAG NZA 1986, 739, NZA 1989, 178	8.8
– BAG 11 maart 1986-1 ABR 12/84-AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972	8.10
– BAG 22 oktober 1986 – 5 AZR 660/85 – AP Nr. 2 zu § 23 BDSG	8.10
– BAG 18 september 1987, BB 88, 632; 21 februari 1991, DB 91, 1934; 20 mei 1999, 2AZR 320/98, NZA 99.975	8.9.4
– BAG 29 juni 1988 – 5 AZR 433/87 – NZA 1989, 468	8.11
– BAG 8 september 1988, AP Nr. 49 zu § 102 BetrVG 1972	16.4
– BAG 16 maart 1989, NZA 89, 719	16.4
– BAG 27 juni 1989 – 1 ABR 19/88-NZA 1989, 929	8.4
– BAG 6 november 1990 – 1 ABR 60/89 – NZA 1991, 358	8.4
– BAG 21 februari 1991 – AZR 449/90 – AP BGB § 123 nr. 35	8.7
– BAG 21 februari 1991 – 2 AZR 449/90 – NJW 1991, 2723	8.12
– BAG 15 oktober 1992, AP Nr.8 zu § 611 a BGB	8.8
– BAG 23 juni 1994, DB 94, 2190	16.5
– BAG NJW 1994, 148	8.8
– BAG 31 augustus 1994 AP BGB § 620	16.3
– BAG 5 oktober 1995-2 AZR 923/94-AP BGB § 123 nr. 40;	8.8
– BAG 12 september 1996 NZA 1997, 841f	16.3
– BAG 26 augustus 1998, AP Nr. 202	16.4
– BAG 20 mei 1999-2 AZR 320/98, NZA 99, 975 § 26 Rz17	8.9.4
– BAG 26 april 2000, 8 AZR 295/99-AuA 2000, 281	8.4
– BAG 27 april 2000-8 AZR 295/99-AuA 2000, 281	8.4
– BAG 18 oktober 2000 – AZR 380/99 – AP BGB § 123	8.8, 8.12
– BAG 7 februari 2002, AZR 93/01	16.3
– BAG 7 maart 2002, 2 AZR 93/01	16.3

– BAG 6 februari 2003, AZR 621/01 NZA 03, 848	8.8
– BAG 14 oktober 2003-9 AZR 12/03	8.9.3
– BAG NZA 2004, 540	7.4
– BAG 23 juni 2004, 7 AZR 636/03, NZA 2004	16.2
BGH	
– BGH 31 januari 1962, NJW 1962, 1198	7.7
LAG	
– LAG Baden-Württemberg BB 63, 349	16.3
– LAG Düsseldorf DB 1965, 1862	16.2
– LAG Düsseldorf 29 april 1966, DB 66, 1137	8.12
– LAG Nürnberg 16 augustus 1966 – AP BGB § 670 Nr. 12	8.11
– LAG Niedersachsen ARS t. 1966, 59	16.4
– LAG München 15 juli 1975 DB 1975, 1756	16.3
– LAG Düsseldorf 18 juni 1976, EzA Nr. 3 zu § 611 BGB Probearbeitsverh.	16.2
– LAG Berlin BB 77, 997	17.5.3
– LAG Frankfurt aM 5 februari 1987 LAGE § 626 BGB Na.29	16.3
– LAG BE 8 mei 1989 NZA 1989, 965	8.9.2
– LAG Nessen 13 januari 1993 DB 94, 436 (LS)	8.6
– LAG Köln 13 november 1995, NZA-RR 96, 403	8.8
– LAG RhPf 5 januari 1999, NZA 2000, 258	16.3
– LAG art. v. 30 maart 2001, A2:4 5a 1485/00	8.9.3
– LAG RP 6 december 2006, AuA 2007. 369	16.4
– LAG Köln Urt v. 8 februari 2009, Az 13 Sa 1050/99	8.9.3
OLG	
– OLG Frankfurt 23 oktober 1995, 6 U 49/94-Zip 1996, 390	8.4.1

ZAKENREGISTER

(Dit register verwijst naar de paragrafen.)

Aanbeveling STAR	3.2, 3.2.1, 3.3.1, 3.3.2, 3.7, 4.3.2, 4.3.5, 4.6, 6.5
Aanbevelingen door CKA	5.5.1
Aangifte van discriminatie	6.7
Aanpassingen bij handicap of chronische ziekte	6.3.3
Aanstellingskeuring	1.4, 4.2.4.1, 4.3.7, 4.5.1, 5.5.1
Adviesrecht	3.5, 11.6
Afwijzing	4.1, 4.3.1, 4.2.3, 4.3.2, 4.4, 6.3.2, 6.3.5, 6.6
<i>Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz</i>	8.4, 8.12, 8.13
Amendement Rosenmöller	14.3
<i>Anbahnung</i>	7.1
<i>Anfechtung</i>	8.12
Anoniem solliciteren	6.3.5
Antidiscriminatiebureau	6.3.4, 6.4.3.2
Arbeidsinspectie	4.5.2, 6.8, 6.10
Arbeidsovereenkomst	
– Buitengerechtelijke vernietiging	5.7
– Totstandkoming en dwaling	5.7
– Totstandkomingsvereisten	2.4.1 – 2.4.3, 7.8
<i>Arglistiger Täuschung</i>	8.12
Assessment	4.3.2, 4.3.3
<i>Aufklärungspflichten</i>	7.1
Bedrog	8.12
Beginn van goed werkgeverschap	3.2, 4.3.5, 14.5.2, 14.9, 15.4.6
Beginn van goed werknemerschap	3.2
Beroepsfout	4.3.2, 5.4.2.1
Beroepsmatige discriminatie	6.7
<i>Berufliche Anforderung</i>	8.4

Bescherming persoonsgegevens	3.2.1, 4.2.4.1, 4.3.3, 4.3.4, 4.3.5, 4.3.7, 4.3.9, 4.4, 7.2, 8.8, 8.8.9, 8.9
– Wet Bescherming Persoonsgegevens	3.2.1, 4.3.5, 4.3.7, 4.4
<i>Beseitigung</i>	8.4.1
Bestuursrechtelijke handhaving	6.8
Betalingsmoeilijkheden	7.2, 8.6
<i>Betriebsrat</i>	7.2, 8.2, 8.4, 17.2.2
Betrouwbaarheid van selectiemiddel	4.3, 4.3.3, 4.3.4
Betrouwbaarheidstoetsing	4.3.11
Bevallingsverlof	13.3.2
Bewijslast, omkering	7.2, 7.9
Bewaarplicht op keuringsgegevens	4.3.2, 4.3.7
Buitengerechterlijke vernietiging	5.7
Causaal ontslagstelsel	9.3, 14.7, 14.8, 17.3.3, 17.4.2, 17.4.4
Causaal verband	5.3.1, 5.4.2.1, 6.6, 7.6, 8.12, 15.4.4
Centraal Orgaan Verklaring Omtrent Gedrag (COVOG)	4.3.9
Chronische ziekte	2.4.1, 4.2.4.1, 4.5.2, 6.3.3, 6.3.3.1, 6.3.3.2, 6.4.3.1, 13.1, 13.4.2, 13.4.3
Civielrechtelijk bewijs	6.7
Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen (CKA)	1.4, 4.3.7, 5.5.1
Commissie Selectieprocedure	3.1, 3.2, 3.3.1, 3.3.2, 3.4, 4.1, 4.2.3, 4.3.4, 4.4
Commissie van Toezicht NVP	4.3.2, 5.6.2.2
Concurrentiebeding	2.4.1, 2.4.4, 3.6, 4.2.4.1, 8.7, 10.3, 13.5
Constructie Drion	2.2
Contactpersoon	4.2.3
Contractsbelang	
– Negatief	2.2, 5.2, 5.4.2.1, 7.2, 14.6, 15.4.2
– Positief	2.2, 5.2, 5.4.2.1, 7.7, 14.6, 15.4.2
Contractsvrijheid	
	1.1, 2.1, 2.2, 2.3, 2.4.1, 2.5, 4.6, 5.3.2.1, 5.8, 7.2, 9.1, 14.5.2
– Formele	2.2
– Materiële	2.2
Culpa in eligendo	4.3.2, 5.4.2.1
Culpa in contrahendo	7.2, 7.9

Cumulatie	4.3.3, 5.7
Curriculum vitae	5.3.1, 4.2.4, 4.3.3, 4.3.5, 8.9.2, 8.13
Datasystemen	8.10
Derdenwerking zie 'horizontale werking'	4.3.7, 6.2.1, 6.2.3
Détournement de pouvoir	2.4.1, 14.2, 14.5.1, 14.5.4
Differentzhypothese	7.5
Discriminatie	
– Beroepsmatige	3.2, 6.7
– Bewijslast	4.2.4.1, 6.4.3.1, 6.6, 7.3, 13.3.2
Drie maal drie regeling	17.4.2
Drietrapleer	2.2
Dringende reden	4.2.4, 4.2.4.1, 4.3.6, 4.3.7, 5.3.1, 5.4.1, 6.3.3.2, 11.2, 13.1, 14.2, 17.4.1
Dubbele redelijkheidstoets	4.3.7
Dutch Security Institute (DSI)	4.3.11
Duur sollicitatieprocedure	4.2.1
Duurovereenkomst	2.2
Dwaling	4.2.4, 4.2.4.1, 5.4.1, 5.7, 6.3.3.2, 8.13
Dwangsom	5.3.2.1, 6.5, 6.6
Eindbeslissing selectie	4.4
Flexibiliteit en Zekerheid	
– Wet	1.1, 2.4.4, 9.5, 10.2, 10.3, 10.4, 11.5, 11.6, 11.7.2, 13.3.2, 13.4.2, 13.6, 14.3, 14.5.1, 15.3, 15.4.1, 16.2, 17.3.1, 17.3.2, 17.3.3, 17.4, 17.4.2
– Nota	9.5, 17.3.2
Functieomschrijving	3.3.1, 3.4, 3.7, 4.3.1, 7.2
Functiegerichtheid WMK	4.2.4.1, 4.3.7
Geheimhouding	4.2.3, 4.3.1, 4.3.7, 7.2
Gelijke behandeling	
– Algemene Wet gelijke behandeling/wet Gelijke behandeling	6.3.2, 13.1, 13.4.2, 17.4
– Antidiscriminatiebureau	6.3.4, 6.4.3.2, 6.5
– Bewijslastverdeling	6.6
– Civielrechtelijke acties	6.6
– Commissie Gelijke Behandeling	6.4.3.1
– Bevoegdheden van CGB	6.4.3.1, 6.7, 6.11
– Commissie Hessel	3.2
– Groepsacties	6.5
– Handhaving	6.4 – 6.10

- Handhaving door UWV WERKbedrijf	6.9
- Handhaving middels het bestuursrecht	6.8
- Objectieve rechtvaardigingsgrond	6.2.2, 6.3.2, 13.4.4
- Rapport gelijke behandeling	6.4.3.1
- Strafrechtelijke sancties	6.7
- Arbeidsinspectie	6.10
- Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd	6.3.4
- Wet gelijke behandeling handicap of chronische ziekte	6.3.3.2
Gefailleerde	2.4.2
Gelijke kansen op aanstelling	3.1, 3.2, 3.3.1, 3.4., 4.1, 4.2, 4.6
Gentest	4.3.8, 8.9.8
Gesloten stelsel van rechtsmiddelen	14.4
Getuigschrift	4.3.6, 5.4.1, 7.2, 8.8, 8.9.2, 8.9.3, 8.10, 8.13, 8.14
Goed werkgeverschap	2.2, 2.4.1, 3.2, 4.2.1, 4.2.3, 4.2.4, 4.2.4.1, 4.3.5, 4.3.7, 5.3.2.1, 5.4.2.1, 6.3.2, 11.5, 14.5, 14.5.1, 14.5.2, 14.5.3, 14.6, 14.7, 14.9, 15.1, 15.4, 15.4.1, 15.4.4, 15.4.6, 15.4.7, 17.4.4, 17.5.1
Goed werknemerschap	3.2, 4.2.2, 4.2.4, 5.3.1, 5.4.1, 13.5, 14.9, 15.4, 15.4.1, 15.4.6
Grafologische test	4.3.4, 8.9.1
Groepsacties	6.5
Grondrechten	4.3.7, 6.2.3
Grondwet	4.3.7, 6.1, 6.2.1, 6.2.3
Handelingsbekwaamheid	2.4.1, 2.4.2
Handicap	2.4.1, 3.3.7, 4.2.4.1, 4.3.7, 4.5.2, 6.3.3, 6.3.3.1, 6.3.3.2, 6.4.3.1, 6.5, 7.2, 7.3, 8.4, 8.8, 13.1, 13.4.2, 13.4.3, 16.5
Handhaving (algemeen)	1.3, 4.1, 5.1 - 5.7, 6.4, 6.7, 6.11, 7.7, 8.12, 14.5 - 14.8, 15.2 - 15.4.7, 16.5
Haviltexnorm	2.4.1
Herkeuring	4.3.7
Herstel van dienstbetrekking	5.2, 14.4, 14.5, 14.8, 15.2, 15.3, 15.4.1, 15.4.5, 15.5, 17.5.2
Hoor en wederhoor	6.2.1
Horizontale werking grondrechten	4.3.7, 6.2.1, 6.2.3
Huur van dienstboden	9.1

Informatieplicht werkgever	4.2.3, 4.2.4.1, 6.3.3.2, 7.2, 8.6
Informatieplicht sollicitant	4.2.4, 4.2.4.1, 6.3.3.2, 7.2, 8.7, 8.8
Informed consent	4.3.7
Initiatiefrecht	3.5
<i>Initiativbewerbung</i>	8.11
Instemmingsrecht	3.5, 4.2.3, 11.6
Inzagerecht keurling	4.3.7
Klachtbehandeling	
– Interne	5.5.2, 5.6.1, 6.4.1
– Externe	5.5.1, 5.5.2, 5.6.2, 5.6.2.1, 6.4.3 – 6.4.3.2
Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode	3.2.1, 5.5.2, 6.5
Leeftijdsdiscriminatie	6.3.4, 13.4.4
Lex specialis	4.3.7, 6.3.2
Limitering van schadevergoeding	6.6
Loting	4.4
Mededelingsplicht	4.2.4.1, 4.3.7, 6.3.3.2, 8.6, 8.7
Medische aanstellingskeuring	4.2.1, 4.3.8, 4.5.1, 5.3.1, 5.4.1, 8.8.9
Misbruik van (proeftijd)ontslagbevoegdheid	12.3, 13.4.4, 14.1, 14.5.1, 15.4.2, 15.4.3, 15.4.6, 17.5.1
Motie Bussemaker	6.10
Motie Dittrich	6.2.3
Motie Vellenga	3.2
Motivering eindbeslissing	4.2.3, 4.4
Nagesprek	4.4
Nederlands Instituut voor Psychologen (NIP)	4.3.3, 4.5.1, 5.5.2
NIP – beroepscode	4.3.2
Normering werving	3.2
NVP Sollicitatiecode	3.2, 3.2.1, 3.3.1, 3.3.2, 3.4, 3.7, 4.2, 4.2.1, 4.2.2, 4.2.4, 4.2.4.1, 4.3.2, 4.3.3, 4.3.5, 4.4.1, 4.4, 4.4.1, 4.5.1, 4.5.2, 4.6, 5.4.2.1, 5.6.1, 5.6.2, 5.6.2.1, 6.3.5, 6.4.1, 8.11, 8.13, 8.14, 17.2.1, 17.2.3
Ondercuratelegestelden	2.4.2
Onderhandelen	
– Onderscheid mannen/vrouwen	6.3.2
– Onrechtmatige daad en schadevergoeding	4.4.1, 5.2, 5.3.1, 5.3.2.1, 5.4.1, 5.4.2.1

– Stopzetten van onderhandelingen	2.2
– Wetsontwerp artikel 6.5.2.8.a Nieuw BW	2.3
Ondernemingsraad	3.2.1, 3.3.1, 3.5, 3.7, 4.5.1, 4.5.2, 6.4.1, 6.4.2, 6.5, 6.8, 7.2, 8.2, 8.4, 8.13, 11.6, 16.2, 16.5, 17.2.2
Onderscheid	
– Direct	6.2.1
– Indirect	6.2.2
Onderzoek naar arbeidsverleden	4.2.4.1
Onderzoeksplicht	3.6, 4.2.4, 4.2.4.1, 6.3.3.2, 14.5.1,
Ontslag op staande voet	4.2.4, 4.2.4.1, 4.3.6, 4.3.9, 5.3.1, 5.4.1, 11.2, 13.2, 17.4.1
Ongelijkheidscompensatie	1.1, 3.2, 11.5
Ongerechtvaardigde verrijking	5.2
Onrechtmatige daad	14.5.3
Onschuldpresumptie	4.3.9, 4.3.10
Ontslagbescherming	1.1, 5.7, 9.3, 11.2, 11.7.2, 12.2, 12.5, 13.6, 14.4, 14.5, 14.5.3, 14.7, 14.8, 16.1, 16.3, 16.5, 16.6, 17.3.3, 17.4.1, 17.4.2, 17.4.4, 17.5, 17.5.1, 17.5.2, 17.6
Ontvangstbevestiging sollicitatie	4.2.1, 4.2.3
Onverschuldigde betaling	5.2
Open sollicitatie	3.3.1, 3.3.2, 8.11
Openbaar maken uitspraak	6.5
Pasfoto	8.8
Personeelsadvertentie	3.3.2, 6.7
Postcontractueel goed werkgeverschap	4.3.5, 4.3.11, 14.5.1
Praktijktest	6.7
Precontractuele fase	1.3, 1.4, 2.1, 2.5, 3.7, 4.2, 4.2.4, 4.3.7, 4.4.1, 5.1, 5.2, 5.3.2.1, 5.4.1, 5.7, 5.8, 7.1, 7.2, 7.4, 7.9, 8.13, 14.5.1, 14.5.2, 15.4.6
Preventieve inschakeling CGB	6.4.3.1
Preventieve ontslagtoets	17.4.3
Pre-Employment Screening-verklaring (PES)	4.3.11
Privacy sollicitant	3.2, 3.2.1, 4.2.4, 4.2.4.1, 4.3.2, 4.3.3, 4.3.5, 4.3.7, 4.3.8, 4.3.9, 4.6, 7.2, 8.1, 8.8, 8.8.9, 8.9.7, 8.9.8, 8.13, 8.14

Probezeit

– Aufhebungsvertrag	16.3
– Ausserordentliche Kündigung	16.1
– Befristetes Probearbeitsverhältnis	16.1, 16.2, 16.3, 16.6, 17.5.3
– Betriebsrat	7.2, 8.2, 8.4, 16.5, 17.2.2
– Doel	16.1, 16.2, 16.6, 16.7
– Duur	16.3
– Kündigungsschutz	16.3, 16.5, 16.6, 17.5.3
– Nicht Verlängerungsanzeige	16.3
– Unbefristetes Dauerarbeitsvertrag mit vorgeschalteter Probezeit/secondaryie>	16.1, 16.2, 16.3, 16.4
– Nadelen	16.6
– Opschorting	16.3
– Opzegtermijn	16.4, 16.5, 16.6
– Schriftelijkheidsvereiste	16.3
– Voordelen	16.6
– Wichtige Grund	16.3, 16.5, 16.6
– Wiedereinstellungszusage	16.3
Probleemstelling onderzoek	1.2
Procedure-eisen	4.2
Proefneming	9.1, 9.2, 9.3, 9.5, 11.2, 12.5, 13.2, 13.3.1, 13.5.1, 13.5.2, 14.2, 14.5.1, 14.5.2, 16.2, 16.3, 16.4, 16.6, 17.3.2, 17.4, 17.4.1, 17.4.2, 17.4.4, 17.5, 17.5.1, 17.5.5, 17.6

Proeftijd

– Aanbevelingen Stichting van de Arbeid (STAR)	17.3.3
– Afschaffing	17.3.1, 17.3.3, 17.4.2
– Alternatieven	9.2, 17.3.2
– Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR)	11.2
– Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945	9.2, 13.2, 17.4.3
– Concurrentiebeding	10.3, 11.5, 13.5
– Conversie	10.2, 10.5, 11.5, 11.8
– Discriminatieverboden	9.5, 13.3, 13.4.4, 14.3
– Doel	9.3, 9.5, 10.3, 12.1, 12.3, 13.3.1, 13.5, 14.2, 14.5.1, 15.4.6, 16.1, 16.2, 16.6, 17.3.2, 17.5.1
– Duur	9.2, 9.5, 10.1, 10.2, 11, 12.4, 12.10, 16.3, 17.3.2, 17.3.3, 17.5.3
– Formele aspecten	9.4, 9.5
– Gedifferentieerde maximumduur	9.5, 10.1, 10.2, 10.4, 11.5, 17.3.1, 17.3.2, 17.3.3
– Geschiedenis	9.1 – 9.5

– IJzeren proeftijdtheorie	10.1, 10.2, 10.4, 11.2, 11.3, 11.4, 11.5, 11.8, 12.2, 12.10, 13.4.2, 14.2, 15.4.3, 17.5.4, 17.5.5, 17.6
– Kennelijke onredelijkheidstoetsing	14.7, 14.8, 14.9, 15.2, 17.4.4, 17.5.2, 17.6
– Leeftijdsdiscriminatie	13.4.4
– Materiële aspecten	9.4, 11.6
– Materiële toetsing	10.1, 14.1 – 14.9, 15.4.3, 16.5, 17.3.3, 17.4, 17.4.1, 17.5, 17.5.1
– Maximumduur	10.1, 10.2, 11.1 – 11.9
– Mededeling ontslagreden	9.5, 13.4.3, 16.5
– Meerwaarde	17.4, 17.6
– Misbruik van ontslagbevoegdheid	12.1, 12.2, 12.3, 13.4.4, 14.1, 14.2, 14.5.1, 15.4.2, 15.4.3, 15.4.6, 17.3.1
– Motiveringsplicht	9.5, 14.3, 17.4
– Na faillissement	12.6
– Na proefplaatsing REA	12.9
– Na stage	12.8
– Na uitzendovereenkomst	12.7
– Nieuwe proeftijd	12.1 – 12.10
– Omzetting (zie conversie)	11.5
– Oprekking	10.2, 11.3, 17.5.5
– Opschorting	10.2, 11.1, 11.2, 11.8, 13.3.1, 14.2, 17.5.1, 17.5.5
– Opvolgende proeftijden	12.2
– Ontslag	9.1, 9.5, 11.2, 11.4, 11.5, 11.7.2, 12.2, 12.4, 13.1, 13.2, 13.3, 13.4, 13.4.1 – 13.4.4, 13.4.4, 13.5, 14.2, 14.3, 14.4, 14.5, 14.5.1, 14.5.2, 14.5.3, 14.5.4, 15.1, 15.2, 15.4, 17.4.3, 17.4.4
– Ontslagbescherming	9.3, 11.2, 11.7.2, 12.2, 12.5, 13.6, 14.4, 14.5, 14.5.3, 14.7, 14.8, 16.1, 16.3, 16.5, 16.6, 17.3.3, 17.4.1, 17.4.2, 17.4.4, 17.5, 17.5.1, 17.5.2, 17.6
– Opvolgend werkgever	12.3, 12.4
– Opzegging voor aanvang	9.3, 11.3, 14.2, 15.4.6
– Opzegging na aanvang proeftijd	15.4.7

– Opzegtermijn	9.2, 11.3, 11.6, 13.1, 16.2, 16.3, 16.4, 16.5, 16.6, 17.4.2, 17.5.4, 17.6
– Opzegverboden	9.3, 9.4, 11.3, 11.6, 11.7.2, 11.8.2, 13.1, 13.2, 13.3.1, 13.3.2, 13.4.1, 13.4.2, 13.4.3, 13.4.4, 13.6, 14.5.1, 16.5, 17.4, 17.4.2, 17.5.1, 17.6, 17.7
– Overgang onderneming	12.4
– Proefneming	9.2, 9.3, 9.5, 10.1, 11.2, 12.3, 12.5, 13.3.1, 14.2, 14.5.1, 14.5.2, 16.2, 16.3, 16.6, 17.3.2, 17.4, 17.4.1, 17.4.2, 17.4.4, 17.5, 17.5.1, 17.5.5, 17.6
– Proeve voor een nieuwe regeling	Bijlage 3
– Rechtspositie werknemer	9.3, 10.1, 10.3, 11.6, 13.1, 13.6, 14.8, 14.9, 17.5.3, 17.6
– Redelijkheid en billijkheid	11.4
– Schadevergoeding	15.1 – 15.5
– Schriftelijkheidsvereiste proeftijd	10.3, 10.4, 16.2
– Toetsingsmogelijkheden proeftijdontslag	14.5 - 14.6, 15.4
– Tweede opvolgende proeftijd	12.2, 12.3
– Verlenging	9.5, 11.2, 11.6, 11.7.2, 11.8, 14.2, 16.3, 16.6, 17.3.2, 17.3.3, 17.4.2, 17.5.1, 17.5.3, 17.5.4, 17.5.5
– Verlenging maximumtermijn	9.5, 10.4, 11.2, 11.8, 16.3, 16.6, 17.5, 17.5.1, 17.5.3, 17.5.4, 17.5.5, 17.6
– Voortzetting contract voor bepaalde tijd	11.7.1
– Vormvoorschriften	10.1, 10.2
– Wet overgang ondernemingen	12.4
– Wetswijziging proeftijd	
– 1953	9.3
– 1996/1997	9.4
– 1998 (Flexibiliteit en Zekerheid)	9.5
– Wijziging contractsduur	11.7.1, 11.7.2
– Ziekte	13.3.1
– Zwangerschap	13.1, 13.3.1, 13.3.2, 16.2, 16.5
Proeftijdontslag	
– Preventieve toetsing	13.2, 17.4.3
– Repressieve toetsing	13.2, 17.4.4

– Vernietigbaarheid	13.4.1, 13.4.2, 13.4.4, 14.5.1, 14.6, 15.4.5, 15.5
– WW-uitkering	15.4.7
Proportionaliteit	4.3.2, 4.3.7, 4.3.9, 6.2.2, 6.3.2, 6.3.31, 6.3.4.1, 6.7
Psychologische test	4.2.1, 4.3.2, 4.3.4, 4.4, 4.5.1, 5.3.1, 5.4.1, 8.9.1, 8.9.6
Psychosociale arbeidsbelasting	6.10, 6.11
Ragelie-regel	11.7.2
Rectificatie wervingstekst	5.3.2.1, 6.6
Reële sollicitatie	3.3.2
Reële vacature	3.3.2
Referenties	2.4.1, 4.2.1, 4.3.5, 4.3.7, 4.3.11, 7.2, 8.9.2
Reiskosten	4.4.1, 7.5
Risico-inventarisatie en evaluatie	6.10
Risicoselectie	4.3.7, 8.13
Rompovereenkomst	2.2
<i>Sachliche Grund</i>	7.3, 8.4
Samenloop	5.7, 14.4
<i>Schade (in de precontractuele fase naar Duits recht)</i>	7.5 - 7.7
<i>Schadenersatz</i>	7.7, 8.12
Schadevergoeding	
– Aanvullende	5.2, 15.4.1, 15.4.4
– Gelijke behandeling	6.5, 6.6
– Forfaitaire	6.6
– Gefixeerde	5.2, 6.6, 13.1, 15.4.4
– Immateriële	4.3.11, 5.3.2.1, 6.5, 6.6, 7.2, 7.3, 8.12, 15.2, 15.4.1
– Inkomensschade	6.6
– In geld	6.5, 7.3, 15.4.2, 15.4.3
– In natura	8.12, 15.3, 15.4.2
– Vervangende	5.2, 7.7, 8.12, 8.13, 15.4.1, 15.4.2, 15.4.4
– Volledige	5.2, 6.6, 13.1
– Normen	15.4.1 - 15.4.5
– Onrechtmatige daad	15.4.2
– Wanprestatie	15.4.1
– Overtreding norm artikel 7: 611 BW	15.4.4
– Strijd met redelijkheid en billijkheid	15.4, 15.4.5, 15.4.6, 15.5
– Werving	5.3.1, 8.12
– Selectie	5.4.2.1, 8.12
Schijnsollicitatie	3.3.2, 5.3.1
Schijnwerving	3.3.2
Screening van beleidsbepalers	4.3.11

Schriftelijke bedingen	2.4.4
<i>Schutznormtheorie</i>	7.6
Selectie	
– definitie	4.1
– middelen	4.3, 4.3.10
– naar Duits recht	8.9.1- 8.9.8
Selectiecommissie	4.4
Slotbeschouwing (algemeen)	p. 270 - 271
Sollicitant rechtspositie	1.1, 1.2, 3.2, 3.5, 3.6, 3.7, 4.2, 4.2.1, 4.3.7, 4.6, 6.2.1, 8.13, 8.14, 17.2.1, 17.2.3
Sollicitantencode	4.2.2
Sollicitatiebrief	4.2.1, 4.3.4, 4.3.5, 5.3.1, 6.3.5, 8.8, 8.9.1, 8.9.2, 8.13, 8.14, 17.2.2, 17.2.3
Sollicitatiecode NVP	2.3.1, 2.3.2, 2.4.1, 2.4.2, 3.2, 3.2.1, 3.3.1, 3.3.2, 3.4, 4.2, 4.2.1, 4.2.4.1, 4.3.1, 4.3.2, 4.3.5, 4.3.7, 4.4
Sollicitatiefase	3.1
– Aanvang	4.3.1
– Einde	4.4
Sollicitatiegesprek	4.3.1, 4.3.9
Sollicitatiekosten	4.4.1, 8.11
<i>Sperrklausel</i>	8.9.2
Stageovereenkomst	12.8
Staking loondoorbetaling	5.4.1
Statische discriminatie	6.2.1
Stopzetten van onderhandelingen	2.2, 2.3
Strafrechtelijke sancties	6.7
Strafrechtelijk verleden	4.2.4.1, 4.3.9, 8.9.4
Wet op de Justitiële en Strafvorderlijke Gegevens	4.2.4.1, 4.3.9
Subsidiariteit	4.3.2, 4.3.9, 6.2.2, 6.7
Tewerkstellingsvergunning	2.4.2
Tewerkstelling vordering tot	7.3, 8.12
Tijdelijke arbeidsovereenkomst	11.7.1
Totstandkomingsvereisten arbeidsovereenkomst	7.8
Totstandkomingsvertrouwen	2.2, 2.3, 7.2
<i>Triftige Grund</i>	7.9
Tuchtrechtelijke klacht	
– College van Toezicht Nederlands Instituut van Psychologen	5.5.2
– Medisch Tuchtcollege	5.5.2
Uitleg over sollicitatieprocedure	4.2.1
<i>Unmittelbare Benachteiligung</i>	8.4

Vaardigheden	3.3.2, 4.2.4.1, 8.7, 8.8, 10.2, 12.2, 12.4, 12.6, 12.7, 12.8, 13.4.3, 15.4.5
Vacaturemelding	3.3.2, 4.5.1
Vage normen	1.1, 3.5, 14.4, 14.5.2, 14.7, 17.2.1
Validiteit van selectiemiddelen	4.3, 4.3.2
Veiligheidsonderzoeken	4.3.10
Veiligheidskeuring	8.9.5
Verantwoording rechtsvergelijking	1.4
Verboden vragen	4.2.4, 4.2.4.1, 4.3.1, 4.3.7, 8.8
Verklaring omtrent het gedrag	4.3.9, 4.3.11
<i>Verkehrswesentliche Eigenschaften</i>	8.12
Vermogenspositie	7.5
Vertrouwensbreuk	4.2.4.1, 6.4.3.1
Vertrouwensfuncties	4.3.10
Verzwijging	4.2.4.1, 4.3.7, 6.3.3.2, 8.7, 8.8
Voorkeursbeleid	4.5.2, 6.2.1, 6.3.2.1, 6.3.3.1, 6.3.4.1
Voorlichting	3.5
Voorlopige voorzieningenprocedure	5.3.2.1, 6.6
Vooroordelen	6.3.5
Voorspellende waarde psychologische test	4.3.2
Vordering tot nakoming	5.2
<i>Vorvertragliches Vertrauensverhältnis</i>	7.1
Vrij voor sollicitatieactiviteiten	8.4
Vrijstellingsbesluit persoonsgegevens	4.4
Vrije markteconomie	2.3
Vrije sollicitatie zie “Open sollicitatie”	3.3.2, 8.11
Wegkopen andermans personeel	3.6, 8.4.1
Wanprestatie	15.4.1, 15.4.2
Werving	
– aanvang	3.1
– afsluiting	3.1
– definitie	3.1
– externe	3.3.2
– handhaving	1.3, 5.3.1, 6.4.1-6.10
– interne	3.3.1
– methoden	3.3
– normering	3.2, 3.2.1
– naar Duits Recht	8.1, 8.4, 8.5, 8.13
– zwangerschap	4.2.4, 4.2.4.1, 5.7, 6.3.1, 7.2, 8.8, 8.13, 16.5

Wet op de Arbeidsovereenkomst	1.1, 2.4.1, 9.1, 9.2, 10.1, 10.2, 10.3, 11.1, 12.1, 14.2, 14.5.1, 14.7, 17.3.1, 17.5.3, 17.5.4, 17.5.5
Wet Arbeid Vreemdelingen	2.4.2
Wet op de Beroepen in de individuele Gezondheidszorg	4.3.7
Wetsontwerp artikel 6.5.2.8.a Nieuw BW	2.3
– Rapport Werving en Selectie in cao's	3.2.1
Zelfstandige rechtsbron	8.3, 17.2.1
Zoekmachines	4.3.5
Zorgtaak ondernemingsraad	6.4.2

CURRICULUM VITAE

Robin Kötter is geboren op 3 januari 1961 te Enschede. Hij behaalde in 1981 het diploma VWO aan het Twents Carmellyceum te Oldenzaal. Eind 1986 studeerde hij af aan de Rijksuniversiteit Groningen in de hoofdrichtingen Privaatrecht en Strafrecht. Sinds januari 1987 is hij advocaat. Na eerst bij twee andere advocatenkantoren te hebben gewerkt, is hij in 1993 een eigen advocatenkantoor gestart in Wierden. In 1997 startte hij een tweede advocatenkantoor in zijn geboorteplaats. Hij is gehuwd en vader van twee dochters.

