

De rechtspositie van de sollicitant

Mr. dr. R.F. Kötter, datum 25-08-2011

Datum

25-08-2011

Auteur

Mr. dr. R.F. Kötter^[1]

Auteursprofiel

[R.F. Kötter](#)

Vakgebied(en)

Arbeidsrecht (V)

In dit artikel komt aan de orde in hoeverre de rechtspositie van de sollicitant door het recht is genormeerd. De sollicitatiefase wordt hierna in chronologische volgorde behandeld. Hierbij zal aandacht worden besteed aan de materiële normen voor sollicitant en werkgever en de mogelijkheid tot handhaving daarvan. De specifieke handhavingmogelijkheden in geval van ongerechtvaardigd onderscheid zullen daarbij afzonderlijk worden behandeld. Tot slot wordt de vraag gesteld of de rechtspositie van de sollicitant voldoende is genormeerd of dat verdere normering (al dan niet via een wettelijke regeling) is aangewezen.

Mr. dr. R.F. Kötter^[1]

De sollicitatiefase is een precontractuele fase

Bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst is de contractsvrijheid uitgangspunt. Deze vrijheid is evenwel niet onbeperkt. De sollicitatiefase is als een precontractuele fase aan te merken, waarin partijen met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening dienen te houden. Het afbreken van onderhandelingen kan onder bepaalde omstandigheden onredelijk zijn.^[2] Een dergelijke situatie zou zich kunnen voordoen als een werkgever aan een sollicitant een concept arbeidsovereenkomst 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.

In de praktijk zal het moeilijk zijn om aannemelijk te maken dat reeds een overeenkomst tot stand was gekomen. Voor de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst is, net als bij de totstandkoming van een overeenkomst in het algemeen, van belang dat aanbod en aanvaarding overeenstemmen. Om voldoende bepaalbaar te zijn, dient het aanbod op zijn minst de kern van de prestatie te bevatten. In veel gevallen zijn voor partijen ook andere voorwaarden dan de wettelijke essentialia wezenlijk voor het sluiten van een arbeidsovereenkomst.^[3] Om te kunnen beoordelen of die voorwaarden voor het sluiten van de overeenkomst van essentieel belang zijn, komt het aan op de bedoelingen van partijen, zoals zij die onder de gegeven omstandigheden over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen moeten begrijpen.^[4]

Een sollicitant die bij de aanvaarding van een aanbod nog nadere voorwaarden stelt, kan door overvragen het lid op de neus krijgen. Een dergelijke situatie deed zich voor in een zaak die werd berecht door de Kantonrechter Amsterdam.^[5] De werkneemster had als voorwaarde voor de aanvaarding van het voorstel van de werkgever waarbij haar een (nieuwe) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd werd aangeboden, gesteld dat de werkgever de door haar gemaakte kosten van rechtsbijstand zou vergoeden. De werkgever stemde niet in met deze voorwaarde. De kantonrechter stelde vast dat, nu aanbod en aanvaarding niet met elkaar overeenstemden, er geen arbeidsovereenkomst tot stand was gekomen. Een casus met een vergelijkbaar feitencomplex leidde tot een arrest van het Hof 's-Gravenhage.^[6] In dit geval had een sollicitant gedurende bijna twee maanden gesprekken met de aspirant-werkgever gevoerd over het aangaan van een arbeidsovereenkomst. De sollicitant had al een dag op de werkvloer meegelopen. Aansluitend werden door partijen gesprekken gevoerd over de arbeidsvoorwaarden, waarna de sollicitant aan de aspirant-directeur 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. Deze breuk ontstond nadat door de werknemer gewenste wijzigingen op de conceptarbeidsovereenkomst waren besproken met de adjunct-directeur. Na overleg tussen de adjunct-directeur en de directeur, liet de adjunct-directeur nog op dezelfde dag weten dat de 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'*.

Het hof achtte het besluit van de werkgever niet onaanvaardbaar. Daarbij overwoog het hof dat het zeker op managementniveau van belang kan zijn dat men binnen de bedrijfscultuur past. Ik deel de visie van het hof, nu de maatstaf

dat het afbreken van onderhandelingen in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn, terughoudend dient te worden toegepast.^[7] Ook speelt een rol dat een arbeidsovereenkomst een duurovereenkomst is, waaruit over en weer rechten en plichten over een langere periode voortvloeien.

Werving

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 de (aspirant-) werkgever geldend te kunnen maken. Onder werving is te verstaan: het geheel van activiteiten dat erop is gericht geschikte kandidaten te bewegen zich aan te melden voor een vacante arbeidsplaats.

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.

Voor de werving gelden nauwelijks wettelijke voorschriften. Wel gelden de gelijkebehandelingsnormen, die op grond van de gelijkebehandelingswetgeving zowel in de precontractuele als in de contractuele fase gelden.^[8] Tevens is de Wet op de medische keuringen in de fase van werving relevant, omdat deze zowel het verrichten van medisch onderzoek als het stellen van vragen over de gezondheidstoestand van de keuring omvat.^[9] Om de positie van de sollicitant waar mogelijk te verbeteren, heeft de Nederlandse Vereniging voor Personeelsbeleid (NVP) vanaf 1981 sollicitatierichtlijnen gepubliceerd.^[10] Het doel van de NVP Sollicitatiecode is bescherming van de sollicitant in ruime zin. De code is gebaseerd op de conclusies van de door de regering ingestelde Commissie Selectieprocedure, die de sollicitant in haar in 1977 verschenen rapport zes rechten toekent. Het betreft een eerlijke kans op aanstelling, het recht op informatie, het recht op privacy, het recht op vertrouwelijke behandeling van persoonlijke gegevens, het recht op een instrumenteel doelmatige procedure en het klachtrecht. De NVP Sollicitatiecode is inmiddels een aantal keren geactualiseerd, de laatste versie is van oktober 2009. De in de code neergelegde regels dienen te worden aangemerkt als gedragsnormen, die in acht behoren te worden genomen bij de werving en selectie van personeel. Deze richtlijnen leiden langs de weg van het goed werkgeverschap en de precontractuele redelijkheid en billijkheid, tot een verdere normering van de werving.^[11]

Bij de werving van personeel is een duidelijke en toegespitste functieomschrijving de basis voor een objectieve beoordeling van de sollicitant en daarmee de basis voor een eerlijke kans op aanstelling.^[12]

Door uitoefening van het initiatiefrecht (art. 23 WOR), het adviesrecht (art. 25 WOR), het instemmingsrecht (art. 27 WOR), de zorgplicht (art. 28 lid 3 WOR) en het adviesrecht bij de benoeming en het ontslag van bestuurders (art. 30 WOR) kan de OR de rechtspositie van de sollicitant en werknemer in zijn algemeenheid verbeteren.

Selectie

Op de wervingsfase volgt de selectiefase. Hieronder is te verstaan: het geheel van activiteiten dat ten doel heeft een beslissing te nemen over de aanstelling of afwijzing van sollicitanten. De selectiefase is daardoor in feite het hart van de sollicitatieprocedure.

Er bestaat geen wetgeving die specifiek op de sollicitatiefase van toepassing is. Branche-cao's en ondernemings-cao's bevatten weliswaar soms bepalingen over de werving en selectie, maar verwijzingen naar de NVP Sollicitatiecode en de Aanbeveling werving en selectie van de Stichting van de Arbeid komen we daarin nauwelijks tegen. Dit neemt niet weg dat de aspirant-werkgever en de sollicitant ook in de selectiefase 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.^[13] Daardoor kan achteraf beter worden aangetoond of de sollicitant een eerlijke kans op aanstelling is gegeven.

In de wet is niet geregeld welke informatie de aspirant-werkgever bij de sollicitatie aan de sollicitant dient te verstrekken. Door de vermelding van een contactpersoon in een personeelsadvertentie of de verstrekking van aanvullende informatie op de website van de werkgever, kan in de behoefte aan informatie worden voorzien. De positie van de sollicitant kan op dit punt ook verder worden versterkt door soft law door de sociale partners in cao's ^[14] of door afspraken met medezeggenschapsorganen.

De werkgever mag in beginsel afgaan op de juistheid van de door de sollicitant verstrekte informatie.^[15] 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.^[16] 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. Door de werkgever mogen geen vragen worden gesteld naar de gezondheidstoestand van de sollicitant, voor zover deze in strijd zijn met het bepaalde in de Wet op de medische keuringen (art. 4 lid 2 WMK). Aan een sollicitante mag bijvoorbeeld niet worden gevraagd of zij zwanger is. Op dergelijke 'verboden vragen' mag volgens de rechtspraak onjuist worden geantwoord of worden gezwegen.^[17] Het niet- zorgvuldig

informereren kan, afhankelijk van de aard van de te verschaffen informatie, als onrechtmatig worden aangemerkt. In de praktijk komt het voor dat sollicitanten in het cv een positiever beeld schetsen van zichzelf dan juist is. Zo wordt bijvoorbeeld vermeld dat bepaalde opleidingen zijn gevolgd, maar niet dat ze zijn afgerond. Ook wordt de werkervaring soms te rooskleurig voorgesteld, omdat bijvoorbeeld gaten in het cv zijn verbloemd. 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. De gevolgen van onjuiste informatie in het cv kunnen evenwel anders uitpakken als deze relevant is voor de te verrichten functietaken. Zo nam de Kantonrechter Amsterdam een dringende reden voor ontslag aan toen een werknemer bij de sollicitatie voor de functie van bankdirecteur zich bleek te hebben voorgedaan als afgestudeerd econoom, terwijl zijn bul was vervalst.^[18] Voorts is van belang in hoeverre de werkgever aan zijn onderzoeksplicht heeft voldaan. In dit verband kan worden verwezen naar een uitspraak van de Kantonrechter Groningen, die spreekt van een onderzoeksverplichting in het kader van de sollicitatie.^[19]

Onder omstandigheden kan verzwijging leiden tot verlies van loonaanspraken.^[20] Het toepassen van deze sanctie ligt voor de hand indien een sollicitant bij de 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). Verzwijgen van niet-medische informatie wordt de sollicitant, blijkens de rechtspraak, zwaarder aangerekend dan het verzwijgen van medische informatie.^[21] 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 voor ontslag aangemerkt indien de werknemer wist of had moeten begrijpen dat die kwaal hem ongeschikt maakte voor de betrekking waarnaar hij solliciteerde.^[22] 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.^[23] De Hoge Raad spreekt dan ook niet voor niets van ongeschiktheid.^[24] Een soortgelijke maatstaf werd door het Hof Amsterdam bij psychische klachten gehanteerd.^[25]

Selectiemiddelen

Net als bij de werving en selectie van personeel gelden ook voor de gebruikmaking van selectiemiddelen, zoals bijvoorbeeld een psychologische test of assessment, geen wettelijke voorschriften die de toepassing van bepaalde selectiemiddelen verbieden. Een uitzondering geldt voor de Wet op de medische keuringen (WMK). Door deze wet is de mogelijkheid om sollicitanten op het risico van uitval op grond van hun gezondheidstoestand te selecteren aanzienlijk beperkt. Ook mogen bij andere beoordelingen dan medische keuringen, zoals bijvoorbeeld sollicitatiegesprekken, geen vragen of inlichtingen over de gezondheidstoestand worden ingewonnen (art. 1 WMK). Voorts gelden voor de aanstellingskeuring procedurele voorschriften. Deze zijn vastgelegd in het Besluit aanstellingskeuringen. 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).

Bij de toepassing van selectiemiddelen is van belang dat de hierdoor te verkrijgen informatie voor de uitoefening van de functie relevant is. Verder dient naar mijn mening de door de toepassing van verschillende selectiemiddelen verkregen informatie in totaliteit te worden beoordeeld. Hierdoor wordt voorkomen dat er te veel nadruk op een 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.^[26] Voorts geldt voor alle selectiemiddelen 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.^[27]

Handhaving

Als de sollicitant zich op het standpunt stelt dat de arbeidsovereenkomst nog niet was gesloten, maar de werkgever onrechtmatig handelt door de vergesloopte onderhandelingen 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 negatief contractsbelang). Ook kan de sollicitant vergoeding van schade vorderen die voortvloeit uit het mislopen van een contract met een derde.^[28] Het vorderen van schadevergoeding op basis van het negatief contractsbelang ligt in de rede indien partijen reeds op enkele hoofdpunten overeenstemming hebben bereikt en een van de partijen de onderhandelingen abrupt afbreekt. In geval de sollicitant zich op het standpunt stelt dat reeds wilsovereenstemming over de essentialia van de arbeidsovereenkomst is bereikt, kan hij schadevergoeding vorderen op grond van het positief contractsbelang (geleden schade, gederfde winst en gemaakte kosten). Dit houdt tevens in dat de gederfde inkomsten bij de nieuwe werkgever kunnen worden gevorderd. 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.^[29] 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.

In de praktijk zal het moeilijk zijn om de omvang van de schade (gemaakte kosten, geleden verlies en gederfde 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 schade naar billijkheid te schatten (art. 6:97 BW). 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 art. 7:677 jo. art. 7:680 BW.^[30]

Een werkgever die door het handelen van de sollicitant schade lijdt, kan trachten vergoeding van schade te vorderen op grond van onrechtmatige daad. Te denken valt aan de vergoeding van kosten die gemaakt zijn voor een psychologische test of een medische aanstellingskeuring. Ook kan de sollicitant jegens de aspirant-werkgever onrechtmatig handelen door voor de functie relevante informatie te verzwijgen of door opzettelijk onjuiste informatie tijdens de werving en selectie te verschaffen. 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, jaren na de indiensttreding is ontdekt en de werknemer tot dat moment jaren zonder problemen heeft gewerkt.^[31] In die gevallen waarbij bijvoorbeeld een bepaalde voor de uitoefening van de functie relevante opleiding niet is afgerond of de sollicitant de werkgever onjuist heeft geïnformeerd over de wijze waarop zijn vorige arbeidsovereenkomst is geëindigd,^[32] kan de werkgever na de ontdekking de werknemer op staande voet ontslaan (art. 7:678 lid 2 onder a BW). Voorts moet het onder bijzondere omstandigheden mogelijk worden geacht om de arbeidsovereenkomst buitengerechtelijk te vernietigen als deze onder een verkeerde voorstelling van zaken tijdens de sollicitatieprocedures tot stand is gekomen. We moeten hierbij denken aan gevallen waarin het langer voortduren van de arbeidsovereenkomst voor werkgever en werknemer objectief gezien geen enkele meerwaarde meer heeft.

Een zaak waarin een werkgever de buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst inriep, speelde bij de Kantonrechter Helmond. In deze zaak verzweeg de sollicitant, die solliciteerde naar de functie van taxichauffeur, dat hij ten gevolge van een TIA, op grond van de toepasselijke Regeling eisen geschiktheid 2000, gedurende een periode van vijf jaar na het verkrijgen van de TIA ongeschikt was voor het besturen van taxi's. De kantonrechter oordeelde dat de arbeidsovereenkomst na ontdekking van de dwaling 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.^[33]

Ook als de werkgever de sollicitant bij de werving verkeerde informatie verschaft en deze daardoor schade lijdt, kan sprake zijn van onrechtmatige daad. Daarvan kan ook sprake zijn als tijdens de werving en selectie niet-toegestane vragen worden gesteld, als er wordt gediscrimineerd of selectiemethoden op onzorgvuldige wijze worden toegepast. Daarenboven is de werkgever op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk voor derden, zoals bijvoorbeeld een testpsycholoog of medicus, die jegens de sollicitant onrechtmatig handelt (culpa in eligendo, art. 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 sprake indien de derde niet heeft gehandeld zoals een goed of redelijk bekwaam vakgenoot betaamt.^[34]

Tot slot gelden er specifieke klachtenprocedures tijdens de selectiefase, zoals de Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen (CKA), tuchtrechtelijke klachtprocedures zoals het Medisch Tuchtcollege of de klachtprocedure bij het College van Toezicht van het Nederlands Instituut voor Psychologen (NIP). Als externe klachtenprocedures kunnen verder het klachtrecht bij de Klachteninstantie NVP Sollicitatiecode en de klachtenprocedure bij de Commissie van Toezicht NVP worden genoemd. Ook hanteren sommige werkgevers interne klachtenprocedures voor sollicitaties. Soms zijn regels voor sollicitaties in een cao vastgelegd.

Gelijke behandeling bij werving en selectie

Ook bij de werving en selectie van personeel is het, op grond van de gelijkebehandelingswetgeving verboden om ongerechtvaardigd onderscheid te maken. 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.^[35] Daarenboven heeft de EU een aantal belangrijke richtlijnen uitgevaardigd op het gebied van gelijke behandeling en bestrijding van discriminatie.^[36] Deze richtlijnen zijn in het nationale recht geïmplementeerd (art. 288 VwEU). Voorts vervult het Hof van Justitie een belangrijke rol bij de uniforme interpretatie van het Unierecht. Het Unierecht heeft voorrang op de nationale wetgeving, nu de algemene beginselen van het Unierecht directe werking hebben.^[37]

Er zijn verschillende gelijkebehandelingswetten die rechtstreeks van belang zijn voor de rechtspositie van de sollicitant. Het betreft de Algemene wet gelijke behandeling, de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen, de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte en de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd. Uit de oordelen van de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) blijkt dat het verzuimen van de werkgever om na te gaan of doeltreffende aanpassingen mogelijk waren, leidt tot ongeoorloofd onderscheid bij de aanbieding en het aangaan in de zin

van de WGBH/CZ.^[38]

Indien een sollicitant van oordeel is dat een aanstaande werkgever in de fase van werving, selectie en aanstelling ongeoorloofd onderscheid maakt of heeft gemaakt, of heeft gediscrimineerd, doet hij er verstandig aan om allereerst vast te stellen of de werkgever een klachtenregeling hanteert. Als er sprake is van een interne klachtenbehandeling kan de sollicitant een klacht indienen op basis van deze klachtenregeling bij de werkgever.

De 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 art. 7:646 BW. Onderscheid kan zowel direct als indirect worden gemaakt. Direct onderscheid verwijst rechtstreeks naar een bepaald kenmerk. Indirect onderscheid kan 'via de achterdeur' direct onderscheid tot gevolg hebben. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien voor het verrichten van schoonwerkzaamheden de eis van een goede beheersing van de Nederlandse taal wordt gesteld.^[39]

Het oordeel van de CGB is niet bindend voor partijen. Als een uitspraak van de CGB niet wordt opgevolgd, kan een strafrechtelijke aangifte worden gedaan.^[40] In de praktijk werkt alleen al de dreiging hiermee als stimulans om het oordeel op te volgen. Voorts heeft de CGB 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 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).^[41]

Indien tijdens de fase van werving, selectie en aanstelling wordt gehandeld in strijd met het gebod van gelijke behandeling,^[42] staat daarmee blijkens de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie de onrechtmatigheid en de volledige aansprakelijkheid vast.^[43] Een civielrechtelijke procedure biedt de sollicitant die het slachtoffer is geworden van ongerechtvaardigd onderscheid bij de werving, een goede mogelijkheid om zijn gelijk te behalen. De bewijspositie is voor hem voordelig. 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.^[44] Door deze bewijsregel wordt uitvoering gegeven aan de Kaderrichtlijn van de EU^[45] en art. 8 van de Rasrichtlijn.^[46] Het is blijkens de oordelen van de CGB,^[47] en eveneens volgens de rechtspraak,^[48] voor de omkering van de bewijslast van belang dat de sollicitant voldoende feiten aanvoert die het gestelde onderscheid doen vermoeden. Naast de mogelijkheid tot het vorderen van schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad, kan in een voorlopige voorzieningenprocedure een verbod tot onderhandelen met een derde worden gevorderd en daarbij aan de rechter worden verzocht om een dwangsom op te leggen.

Nu beroepsmatige discriminatie wegens ras strafbaar is,^[49] kan eveneens aangifte van discriminatie worden gedaan. Het positieve effect daarvan kan zijn dat, als er een (onherroepelijke) strafrechtelijke veroordeling volgt, daarmee in beginsel ook civielrechtelijk het bewijs van onrechtmatig handelen is geleverd (art. 161 Rv).

De Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen verleent de Arbeidsinspectie de bevoegdheid om onderzoek te doen naar de naleving van art. 7:646 BW en de bepalingen van de WGB m/v (art. 21 lid 1 WGB). Inmiddels is het begrip psychosociale arbeidsbelasting in art. 1 lid 3 sub e Arbeidsomstandighedenwet (PSA) verruimd, in die zin dat direct of indirect onderscheid als stressveroorzakende factor thans eveneens onder de definitie van psychosociale arbeidsbelasting wordt geschaard. Daardoor heeft de Arbeidsinspectie de bevoegdheid om werkgevers in de fase van werving, selectie en aanstelling aan te spreken op het maken van ongerechtvaardigd onderscheid (art. 32 e.v. Arbeidsomstandighedenwet).

Verdiert een wettelijke regeling voor de werving en selectie de voorkeur?

Regelingen over de werving en selectie van personeel hoeven niet per se in de wet te worden verankerd. Misschien is het zelfs wel aan te bevelen om regelgeving op het gebied van werving en selectie primair aan werkgevers en werknemers over te laten. Door zelfregulering middels regelingen in cao's (3/4 dwingend recht) of afspraken met de ondernemingsraad (2/3 dwingend recht), kan immers snel en flexibel worden ingespeeld op de specifieke behoeften binnen de bedrijfstak of onderneming. 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 dwingendrechtelijke wetgeving in het kader van de bescherming van fundamentele rechten van de sollicitant, zoals het recht op eerlijke aanstelling en bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

Een overweging voor het invoeren van een nadere 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. Invoering van een nadere wettelijke regeling voor de werving en selectie heeft naar mijn mening eerst 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.

Voetnoten

[1]

Mr. dr. R.F. Kötter is advocaat te Wierden. Hij verdedigde op 16 november 2010 zijn proefschrift over de rechtspositie van de sollicitant en van de werknemer tijdens de proeftijd.

[2]

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

[3]

Zie in dit verband de conclusie van A-G mr. L.A.D. Keus bij HR 26 november 2010, *JAR* 2011/14.

[4]

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

[5]

Ktr. Amsterdam 13 mei 2008 (niet gepubliceerd).

[6]

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

[7]

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

[8]

Zie o.a. art. 3 WGB, art. 5 AWGB, art. 1 en 4 van de WGBH/CZ en art. 3 WGBL.

[9]

Art. 1 lid 1 sub a WMK.

[10]

De naam van de Nederlandse Vereniging voor Personeelsbeleid is in 2002 veranderd in Nederlandse Vereniging voor Personeelsmanagement & Organisatieontwikkeling (NVP).

[11]

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.

[12]

Uitgangspunt 2.2 van de NVP Sollicitatiecode (2009).

[13]

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).

[14]

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 ten minste 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.

[15]

Zie ook NVP Sollicitatiecode 2009, uitgangspunten 1.1 en 4.4.

[16]

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.

[17]

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

[18]

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.

[\[19\]](#)

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.

[\[20\]](#)

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

[\[21\]](#)

HR 18 oktober 1985, *NJ* 1986/340 (*Kwist/Pro Juventute*) en HR 3 maart 1989, *NJ* 1989/489 (*Hendriks/AVT*), m.nt. P.A. Stein.

[\[22\]](#)

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

[\[23\]](#)

Ktr. Middelburg 21 juli 2003, *JAR* 2003/204. Zie ook *Kamerstukken II* 1996/97, nr. 3, p. 31.

[\[24\]](#)

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

[\[25\]](#)

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

[\[26\]](#)

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

[\[27\]](#)

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

[\[28\]](#)

Asser-Hartkamp 4-II (2005), nr. 162.

[\[29\]](#)

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

[\[30\]](#)

Zie in dit verband Rb. Arnhem 24 december 1984, *NJ* 1988/309 en 10 november 2000, *JAR* 2000/249.

[\[31\]](#)

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.

[\[32\]](#)

Zie bijv. HR 15 februari 1980, *NJ* 1980/328, m.nt. P.A. Stein.

[\[33\]](#)

Zie in deze zin Ktr. Helmond 21 juni 2010, *LJN* BM8770 en Ktr. Alphen aan den Rijn 27 januari 2009, *JAR* 2009/59. Zie voorts Ktr. Amsterdam 27 april 1999 en 25 februari 2000, *JAR* 2000/155, vernietiging wegens dwaling van een arbeidsovereenkomst met een werknemster die had verzwegen zwanger te zijn en in een cruciale fase met verlof zou gaan.

[\[34\]](#)

Zie o.a. Rb. Utrecht 29 juli 1993, *Kort Geding* 1993, 430 en *JAR* 1993/192.

[\[35\]](#)

Bijvoorbeeld op art. 157 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU, voorheen: EG-Verdrag), op basis waarvan de gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers wordt gewaarborgd.

[\[36\]](#)

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, de Rasrichtlijn van 29 juni 2000, *PbEG* 2000, L 180/22 en de Kaderrichtlijn van 27 november 2000, *PbEG* 2000, L 303.

[\[37\]](#)

HvJ EU 19 januari 2010, *JAR* 2010/53 (*Küçükdeveci/Swedex*).

[\[38\]](#)

CGB 12 februari 2007, oordeel 2007-25.

[\[39\]](#)

[40]

Art. 137g Sr (misdrijf) en 429quater Sr (overtreding).

[41]

Zie ook MvA, *Kamerstukken II* 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 4.

[42]

Art. 3 WGB m/v, art. 5 AWGB, art. 1 Grondwet (1982), art. 26 Internationaal Verdrag inzake Politieke Rechten (BuPo).

[43]

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*) en Hof van Justitie EG 22 april 1997, zaak C-180/95 (*Draehmpaehl*), *Jur.* 1997, p. I-2195.

[44]

Art. 10 lid 1, AWGB. Zie voorts art. 7:646 lid 8 BW als ook art. 6a WGB. Zie ook HR 10 december 1982, *NJ* 1983/687 (*Binderen/Kaya*).

[45]

Kaderrichtlijn nr. 2000/78/EG.

[46]

Rasrichtlijn nr. 2000/43/EG.

[47]

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.

[48]

Ktr. Eindhoven 1 december 2005, *JAR* 2006/37.

[49]

Art. 137g Sr (misdrijf) en 429quater Sr (overtreding).