

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

Mr. D.J.B. de Wolff, datum 20-12-2011

Datum

20-12-2011

Auteur

Mr. D.J.B. de Wolff¹

Auteursprofiel

[D.J.B. de Wolff](#)

Vakgebied(en)

Arbeidsrecht / Algemeen

Mr. D.J.B. de Wolff¹

R. Kötter

Deventer: Kluwer 2010

XVIII en 445 p.

9789013078916

€ 52

Korte schets inhoud

In hoeverre worden de sollicitatieprocedure en de proeftijd door het recht genormeerd en in hoeverre is verdere normering, al dan niet door een wettelijke regeling, aangewezen? Dat is kort gezegd de vraagstelling van deze studie, waarop de Twentse advocaat Robin Kötter eind 2010 te Leiden promoveerde.

De sollicitatieprocedure, besproken in de hoofdstukken 3 en verder, valt in twee delen uiteen: werving en selectie. Tijdens de sollicitatiefase kunnen juridische conflicten aan de orde komen, bijvoorbeeld bij het onterecht of onjuist uitvoeren van een medische aanstellingskeuring of bij het veronachtzamen van de niet-bindende normen die zijn neergelegd in de sollicitatiecode van de Nederlandse vereniging voor personeelsmanagement en organisatieontwikkeling (NVP). Belangrijker is dat op werving en selectie van personeel de gelijkebehandelingswetgeving van toepassing is. Voorafgaand aan de bespreking van de sollicitatieprocedure wijdt Kötter een wat globalere beschouwing aan de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst en het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen.

De tweede helft van het boek (hoofdstukken 9 tot en met 15) is gewijd aan de proeftijd: het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:652 BW, de maximale duur, het aangaan van een nieuwe proeftijd, alsmede de opzegging tijdens de proeftijd en de mogelijkheden tot toetsing van die opzegging aan bijvoorbeeld de norm van goed werkgeverschap en aan de gelijkebehandelingswetgeving.

De beide delen van het boek bevatten een kort hoofdstuk waarin Kötter de twee onderzoeksthema's naar Duits recht bespreekt. Kötter sluit af met een korte rechtsvergelijking en met conclusies die uitmonden in een 'proeve' van een nieuwe wettelijke regeling van het proeftijdbeding.

Beoordeling

Kötter schrijft toegankelijk en zakelijk. Het boek geeft een goed en actueel overzicht van wat rechtens is in een fase waarin voor de beide betrokkenen het 'rekening houden met elkaars gerechtvaardigde belangen' niet zonder meer vanzelfsprekend is. In de fase van selectie van personeel kunnen zich tal van vragen voordoen met betrekking tot bijvoorbeeld onderzoeksmogelijkheden en -plicht van de werkgever, vragen die Kötter van overzichtelijke antwoorden voorziet. Ook de toetsing van ontslag in de proeftijd krijgt de ruime aandacht die dit lastige onderwerp verdient. De auteur schroomt niet om op gezette tijden zijn onderbouwde mening te geven.

Een zorgvuldige sollicitatieprocedure is in het belang van het scheppen van eerlijke kansen voor potentiële kandidaten. Met uitzondering van situaties waarin uit de gelijkebehandelingswetgeving anders voortvloeit, prevaleert in de sollicitatiefase de contractsvrijheid sterk boven de beschermingsgedachte. Kötter laat opvallend genoeg iedere beschrijving en analyse achterwege van de huidige kansenongelijkheid op de arbeidsmarkt. Met name oudere werknemers en niet-westerse allochtonen ervaren achterstelling bij sollicitaties. De Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij werving en selectie krijgt evenwel met nog geen twee pagina's slechts een globale bespreking en het verbod van onderscheid op grond van

ras of nationaliteit blijft zelfs geheel onbelicht. Als we ons realiseren dat de Commissie gelijke behandeling inmiddels een paar honderd oordelen heeft gegeven over onderscheid op grond van leeftijd, ras en nationaliteit bij werving en selectie, had een focus op reëel bestaande kansengelijkheid en de juridische bestrijding daarvan een informatiever resultaat kunnen opleveren. Nadeel van de beperking van het onderzoek is ook dat Kötter zijn aanbevelingen ook slechts doet binnen het bestek van bestaande arbeidsrechtelijke regels en normen en zich niet uitlaat over alternatieve arbeidsmarktmaatregelen die tot betere kansengelijkheid zouden kunnen leiden. Denk aan quotumregelingen, verbetering van stagemogelijkheden voor allochtonen, verplichte aanmelding van vacatures en openbare verantwoording over indienstneming van werknemers met een achterstandspositie op de arbeidsmarkt. Het antwoord op de vraag of de sollicitatiefase betere normering verdient, blijkt in het slotdeel van het boek (p. 301) dan ook nogal vlak.

Met betrekking tot de wenselijkheid van sterkere normering van de proeftijd maakt de auteur, na kritiek op zowel de zijns inziens te korte duur van de proeftijd als het tekortschieten van ontslagbescherming, een ontwerp voor een nieuwe wettelijke regeling. Dit voorstel kon mij niet geheel overtuigen. Kötter stelt voor om enerzijds de maximale proeftijd te verlengen naar zes maanden en anderzijds te bepalen dat eerst opzegging kan plaatsvinden nadat de werknemer twee weken aaneengesloten heeft gewerkt, waarbij een opzegtermijn geldt van (nog eens) twee weken. Daarbij is kennelijk de argumentatie dat werkgever en werknemer na een samenwerking van twee weken kunnen constateren dat er eventueel sprake is van een *mismatch* (p. 308). Maar als dat zo is, valt de kritiek op de korte duur van de huidige proeftijd niet goed te begrijpen. Bovendien gaat Kötter mijns inziens te gemakkelijk voorbij aan het praktische nut van de op maat gesneden arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (al dan niet met een proeftijd van een maand).

Tegenover de verlenging van de duur van de proeftijd stelt de schrijver, behalve de opzegtermijn van twee weken, voor om het proeftijdontslag onder de reikwijdte van art. 7:681 BW te brengen, zodat de opzeggende partij schadeplichtig is als de opzegging kennelijk onredelijk zou zijn. De mogelijkheid herstel van het dienstverband te vorderen (art. 7:682 BW) sluit Kötter daarbij uit. Waar het onderzoek echter het beeld bevestigt dat rechters een proeftijdontslag nu reeds toetsen aan de norm van goed werkgeverschap, is dat voorstel in wezen niet meer dan een codificatie van de rechtspraak, met dien verstande dat het voorstel mogelijk op ongewenste wijze de weg plaveit naar schadeplichtigheid van werknemers die in de proeftijd recederen.

In de proeve stelt Kötter tevens voor om de proeftijd op te schorten wanneer de werknemer langer dan een week door ziekte, vakantie e.d. niet heeft gewerkt. Dat lijkt mij zinvol, evenals zijn voorstel om te bepalen dat de werking van een eventueel concurrentiebeding 'voor de duur van de proeftijd wordt opgeschort'. Ik neem tenminste aan dat met dat laatste opschorten bedoeld is dat de werknemer niet aan een concurrentiebeding kan worden gehouden indien de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd eindigt.

Belang voor de praktijk

In de schrijver van het proefschrift laat zich de praktijkjurist gemakkelijk herkennen. Het boek is voor de praktijk van juridische advisering of bijvoorbeeld medezeggenschap een nuttige bron van informatie. Vragen over het aangaan van een (nieuwe) proeftijd en de (toetsing van de) opzegging tijdens de proeftijd doen zich in de arbeidsrechtpraktijk met grote regelmaat voor en worden in het besproken boek van degelijke en soms uitvoerige antwoorden voorzien. Waar de sollicitatiefase en de proeftijd ogenschijnlijk niet veel met elkaar te maken hebben, geeft deze gecombineerde studie inspiratie voor het verbinden van de onderscheiden normen. De analyse van de normen in de wervings- en selectiefase kan bij geschillen over opzegging in de proeftijd namelijk bruikbaar zijn. De doorgaans onderbelichte NVP Sollicitatiecode 2009, die in het boek is opgenomen, bevat normen voor arbeidsorganisaties en sollicitanten die in latere arbeidsrechtelijke geschillen betekenis kunnen krijgen. De organisatie verstrekt bijvoorbeeld volgens deze code 'alle informatie' die de sollicitant in de fase van selectie nodig heeft om zich een 'zo volledig mogelijk beeld' te vormen van de vacature en van de organisatie. De sollicitant mag op zijn beurt geen informatie achterhouden waarvan hij weet of behoort te weten dat deze van belang is voor de vervulling van de functie waar hij op solliciteert. Dat er spanning zit tussen deze normen en de bij beide partijen voorstelbare neiging om zich beter voor te doen dan met de werkelijkheid strookt, lijkt mij voor de hand te liggen. Waar na de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst de gerechtvaardigde verwachtingen van werkgever of werknemer niet uitkomen, en bijvoorbeeld een proeftijdontslag plaatsvindt, zou deze precontractuele exhibitieplicht als element van redelijkheid en billijkheid wel wat meer aandacht kunnen krijgen. Ten slotte is het toe te juichen dat de vraag naar de beste balans tussen vrijheid en gebondenheid in de proeftijd weer eens zo uitvoerig de aandacht heeft gekregen. Aan dit onderwerp kan best weer eens een stevig arbeidsrechtelijk debat gewijd worden.

Voetnoten

[1]

Mr. D.J.B. de Wolff is advocaat te Utrecht.