

# 60. De verlengde proeftijd: een wenselijke wijziging?

MR. A.A. PELSER-STEKELBURG EN MR. S. GERRITSE

Het regeerakkoord 'Vertrouwen in de toekomst' van Rutte III stelt een aantal arbeidsrechtelijke wijzigingen voor die het onder andere aantrekkelijker moeten maken voor werkgevers om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan te bieden.<sup>1</sup> Om die reden behelst één van de door het kabinet beoogde wijzigingen een verlenging van de huidige duur van de proeftijd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van twee maanden naar vijf maanden. De vraag is echter of deze door het kabinet beoogde wetswijziging ertoe zal leiden dat werkgevers sneller aan een werknemer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aanbieden. En als dit al zo is, of dit doel ook de middelen heiligt. In het hiernavolgende zullen we allereerst ingaan op deze vragen. Vervolgens zullen we in deze bijdrage, aan de hand van een analyse van de rechtspraak, de eventuele gevolgen van een verlenging van de proeftijd in kaart brengen en in meer concluderende zin de wenselijkheid hiervan bespreken.

## 1. Het proeftijdbeding

Arbeidsovereenkomsten kunnen met een proeftijd worden aangegaan.<sup>2</sup> De proeftijd moet dan wel schriftelijk worden overeengekomen en voor beide partijen gelijk zijn. Gedurende een proeftijd is zowel de werkgever als de werknemer bevoegd de overeenkomst met onmiddellijke ingang op te zeggen.<sup>3</sup> Hierbij hoeven de wettelijke opzegtermijnen niet in acht te worden genomen. Tevens hoeft er geen sprake te zijn van een redelijke grond voor het proeftijdontslag en is instemming van de werknemer tijdens de proeftijd niet vereist.<sup>4</sup> Tot slot rust op de werkgever de verplichting om in geval van opzegging tijdens de proeftijd de werknemer op diens verzoek schriftelijk de reden van de opzegging mee te delen.<sup>5</sup> Aan de werkgever komt tijdens de proeftijd aldus een vergaande vrijheid toe als het gaat om ontslag. Dit neemt echter niet weg dat er een aantal opzegverboden tijdens de proeftijd van toepassing zijn en dat, blijkens de parlementaire geschiedenis, de algemene rechtsbeginselen onverkort gelden.<sup>6</sup> Zo moeten de wettelijke non-discriminatiebepalingen en de regels voor goed werkgeverschap gedurende de proeftijd in acht worden genomen.<sup>7</sup> Uit de parlementaire geschiedenis volgt eveneens dat de bevoegd-

heid tot het verlenen van ontslag in de proeftijd kan worden misbruikt.<sup>8</sup>

### 1.1 Duur proeftijd

Zoals hiervoor vermeld beoogt het kabinet de huidige duur van de proeftijd van twee maanden naar vijf maanden te verlengen voor arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. Daarnaast zal het volgens de plannen van het kabinet straks mogelijk zijn om in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor langer dan twee jaar een proeftijd van maximaal drie maanden op te nemen. De overige regels omtrent de duur van de proeftijd blijven volgens het regeerakkoord ongewijzigd. In het onderstaande schema hebben we schematisch weergegeven wat de maximale duur van de proeftijd volgens de huidige regels is en wat de maximale duur van de proeftijd volgens de beoogde wijzigingen van het kabinet moet worden.

Arbeidsovereenkomst	Huidige maximaal aantal maanden proeftijd	Beoogde wijzigingen maximaal aantal maanden proeftijd
Voor bepaalde tijd ≤ 6 maanden	0	0
Voor bepaalde tijd voor > 6 maanden maar < 2 jaar	1	1
Voor bepaalde tijd voor ≥ 2 jaar	2	3
Voor onbepaalde tijd	2	5

1 Regeerakkoord (2017-2021), VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, 'Vertrouwen in de toekomst', p. 23.

2 Art. 7:652 BW.

3 Art. 7:676 lid 1 BW.

4 Art. 7:669 lid 3 BW en art. 7:671 lid 1 sub b BW.

5 Art. 7:676 lid 2 BW.

6 Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 7.

7 Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 7.

8 Kamerstukken II 1998/99, 26257, 3, p. 6.

## 1.2 Opzegverboden

De bijzondere opzegverboden van artikel 7:670 lid 1 tot en met 4 en lid 10 Burgerlijk Wetboek (BW) – de zogenoemde ‘tijdens’-verboden – zijn niet van toepassing op een proeftijdontslag. De ‘wegens’-verboden, opgenomen in lid 5 tot en met 9 van artikel 7:670 BW, gelden echter wel. Een proeftijdontslag dat in strijd is met een van deze ‘wegens’-opzegverboden kan de werknemer vernietigen of de werknemer kan een billijke vergoeding vorderen op grond van artikel 7:681 lid 1 sub b BW. Zo houdt een proeftijdontslag wegens een overgang van onderneming geen stand, maar maakt het voor de geldigheid van een proeftijdontslag niet uit of een werknemer lid is van de ondernemingsraad.

## 1.3 Strijd met goed werkgeverschap

Uit de lagere rechtspraak volgt dat het proeftijdontslag door rechters getoetst wordt aan artikel 7:611 BW (*goed werkgeverschap en goed werknemerschap*).<sup>9</sup> In de literatuur worden er vraagtekens gezet bij een toetsing aan artikel 7:611 BW.<sup>10</sup> De discussie hierover in de literatuur is vooral ontstaan door het *Triple P/Tap*-arrest, waarin de Hoge Raad het in eerste aanleg gegeven oordeel van de rechtbank dat ‘een onder bepaalde omstandigheden aan een werknemer gegeven ontslag tijdens de proeftijd in strijd kan zijn met goed werkgeverschap’ in stand heeft gelaten.<sup>11</sup> Aangezien dit oordeel van de rechtbank in cassatie niet is bestreden, is het volgens Bouwens en Duk nog maar de vraag in hoeverre hieruit de gevolgtrekking kan worden gemaakt dat het proeftijdontslag volgens de Hoge Raad kan worden getoetst aan artikel 7:611 BW.<sup>12</sup>

Tevens heeft Houweling, onder verwijzing naar het arrest *Dabri/Vianen Beton*,<sup>13</sup> zich op het standpunt gesteld dat een materiële toetsing van het proeftijdontslag op grond van goed werkgeverschap juridisch-dogmatisch niet houd-

baar is.<sup>14</sup> De Hoge Raad overwoog in dat arrest namelijk dat het vóór de Wet werk en zekerheid (WWZ) geldende artikel 7:681 (oud) BW (*kennelijk onredelijk ontslag*) een in de wet geregelde bijzondere vorm is van goed werkgeverschap. Het proeftijdontslag kon echter op grond van de wet niet aan artikel 7:681 (oud) BW getoetst worden. In het tweede lid van artikel 7:676 (oud) BW was namelijk opgenomen dat artikel 7:681 (oud) BW niet van toepassing is. Een toetsing van het proeftijdontslag aan artikel 7:611 BW zou om die reden een omzeiling van dit verbod impliceren. Door de invoering van de WWZ heeft artikel 7:681 BW een andere inhoud gekregen en derhalve is artikel 7:676 lid 2 BW gewijzigd.<sup>15</sup> Met Bouwens en Duk zijn wij van mening dat dit niet impliceert dat de wetgever ruimte heeft geboden voor een toetsing van het proeftijdontslag aan artikel 7:611 BW.<sup>16</sup> Indien het proeftijdontslag aan artikel 7:611 BW wordt getoetst, wordt hiermee artikel 7:669 lid 7 BW omzeild. In dit lid staat namelijk dat er geen sprake hoeft te zijn van een redelijke grond voor een opzegging tijdens de proeftijd. Er is naar onze mening aldus, vanuit juridisch-dogmatisch oogpunt bezien, geen ruimte om het proeftijdontslag aan de redelijkheid te toetsen, hetgeen wel wordt bewerkstelligd door een toetsing aan het op de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 BW) gestoelde leerstuk van goed werkgeverschap.<sup>17</sup>

Het voorgaande neemt uiteraard niet weg dat een werkgever zich tijdens de proeftijd als ‘goed werkgever’ dient te gedragen. Dit volgt ook uit de parlementaire geschiedenis waarin staat dat tijdens de proeftijd het leerstuk van goed werkgeverschap onverkort geldt.<sup>18</sup> Indien de rechter oordeelt dat er sprake is van strijd met artikel 7:611 BW dan kan dit worden beschouwd als een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst.<sup>19</sup> Hoewel er derhalve verschillende acties mogelijk zijn, wordt in de praktijk veelal een op artikel 7:611 BW gebaseerde vordering tot schadevergoeding ingesteld.<sup>20</sup>

In de rechtspraak wordt door rechters zowel het proeftijdontslag als de gedragingen van de werkgever tijdens de proeftijd aan artikel 7:611 BW getoetst. Zoals gezegd is volgens ons enkel het laatste mogelijk. Of het proeftijdontslag nu zelf aan artikel 7:611 BW getoetst kan worden of

9 Hof 's-Hertogenbosch 2 maart 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AZ8036, «JAR» 2007/70; Rb. Zwolle 11 december 2003, ECLI:NL:RBZWO:2003:AO0519, «JAR» 2004/5, m.nt. E. Verhulp; Rb. Rotterdam 22 juli 2003, ECLI:NL:RBROT:2003:AO3202, «JAR» 2004/22; Rb. Amsterdam 20 maart 2002, ECLI:NL:RBAMS:2002:AE4283, «JAR» 2002/84, m.nt. E. Verhulp; Rb. Den Haag 1 november 2000, ECLI:NL:RBSGR:2000:AG2794, «JAR» 2001/18; Rb. Amsterdam 24 maart 2000, ECLI:NL:KTGAMS:2000:AG5291, «JAR» 2000/91. Zie anders: Rb. Overijssel 6 mei 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:3460, AR 2014/457, r.o. 3.

10 W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht* (Van der Grinten), Deventer: Kluwer 2008, p. 373-374; A.R. Houweling, A.F. Bungener, F.B.J. Grapperhaus, J.M. van Slooten & Y. Konijn, *Bedingen in het arbeidsrecht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 20; S. Van Waegeningh 'Proeftijdontslag en artikel 7:611 BW: Hoe ver reikt de toets?', *ArbeidsRecht* 2010/4; O. Van der Kind, '(Vogel)vrij in de proeftijd', *TRA* 2009/37.

11 HR 10 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8251, «JAR» 2000/249 (*Triple P/Tap*).

12 W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht* (Van der Grinten), Deventer: Kluwer 2008, p. 373-374; Zie anders: E.G. van Arkel, P.A. Boontje & C.J. Loonstra, 'Ontslagrecht: het proeftijdontslag', *Sociaal Recht* 2003/11; R.F. Kötter, *De rechtspositie van de sollicitant van de werkgever tijdens de proeftijd* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 264.

13 HR 14 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9995, «JAR» 2008/318, m.nt. E. Verhulp (*Dabri/Vianten Beton*).

14 A.R. Houweling, A.F. Bungener, F.B.J. Grapperhaus, J.M. van Slooten & Y. Konijn, *Bedingen in het arbeidsrecht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 21. Zie ook: Rb. Overijssel 6 mei 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:3460, AR 2014/457.

15 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 114.

16 W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht* (Van der Grinten), Deventer: Kluwer 2015, par. 29.3.

17 G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink 1993, p. 20; HR 8 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1322, «JAR» 1994/94 (*Agfa/Schoolderman*).

18 *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, 6, p. 9.

19 G.J.J. Heerma van Voss, *Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2015 (losbl.), aantekening 1.6 bij artikel 7:611 BW, p. 13.

20 G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse Burgerlijke recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, aant. 423; R.F. Kötter, *De rechtspositie van de sollicitant van de werkgever tijdens de proeftijd* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 274.

enkel de gedragingen van de werkgever tijdens de proeftijd is wel een theoretische discussie. In beide gevallen zou de werknemer in beginsel een vordering tot schadevergoeding kunnen indienen.<sup>21</sup> Ter onderbouwing van de vordering is het verschil wel van belang. Zo zal de werknemer voor een vruchtbaar beroep op artikel 7:611 BW in het laatste geval moeten onderbouwen dat de werkgever zich gedurende de proeftijd niet als goed werkgever heeft gedragen en niet dat de reden van het proeftijdontslag in strijd is met goed werkgeverschap.

### Of het proeftijdontslag nu zelf aan artikel 7:611 BW getoetst kan worden of enkel de gedragingen van de werkgever tijdens de proeftijd is wel een theoretische discussie

#### 1.4 Misbruik van bevoegdheid en discriminatie

In de parlementaire geschiedenis wordt, onder verwijzing naar het *Codfried/ISS*-arrest, het discriminatieontslag als een voorbeeld genoemd waarin de bevoegdheid tot het verlenen van het proeftijdontslag wordt misbruikt.<sup>22</sup> In de *Codfried/ISS*-zaak oordeelde de Hoge Raad namelijk dat een proeftijdontslag misbruik van bevoegdheid kan opleveren indien het ontslag berust op discriminatie.<sup>23</sup> Sinds de invoering van de antidiscriminatiewetgeving ligt het echter niet meer voor de hand om een dergelijk 'discriminatieontslag' te toetsen aan artikel 3:13 lid 2 BW, maar aan de daarvoor geldende discriminatiebepalingen.<sup>24</sup> Indien de kantonrechter vaststelt dat er sprake is van strijd met artikel 7:646 BW, artikel 7:648 BW, artikel 7:649 BW of met enig ander verbod op onderscheid<sup>25</sup> dan kan hij de opzegging op verzoek van de werknemer op grond van artikel 7:681 lid 1 onder sub c BW vernietigen of een billijke vergoeding toekennen.<sup>26</sup>

Voorts oordeelde de Hoge Raad in het *Codfried/ISS*-arrest dat de aard van de bevoegdheid een onderzoek uitsluit naar de vraag of de beëindigingsbevoegdheid is gebruikt voor

een ander doel dan waarvoor zij is verleend. Het is dus, volgens de Hoge Raad, niet toegestaan om het proeftijdontslag te toetsen aan het doel van de proeftijd. Door rechters wordt hier echter niet altijd acht op geslagen.<sup>27</sup>

De rechtsgevolgen na een geslaagd beroep op artikel 3:13 BW laat de Hoge Raad in het *Codfried/ISS*-arrest echter onbesproken. Voorts zijn hierover in de literatuur de meningen verdeeld.<sup>28</sup> Met Maats en Van Uden zijn wij echter van mening dat in geval van misbruik de reguliere ontslagregels herleven en dat de werknemer aldus de kantonrechter kan verzoeken om de opzegging te vernietigen of om een billijke vergoeding toe te kennen (artikel 7:681 lid 1 sub a BW).<sup>29</sup>

#### 2. Doel van de (verlengde) proeftijd

In het regeerakkoord staat dat de proeftijd wordt verruimd om het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aantrekkelijker te maken voor werkgevers, hetgeen niet afdoet aan het oorspronkelijke doel.<sup>30</sup>

### In het regeerakkoord staat dat de proeftijd wordt verruimd om het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aantrekkelijker te maken voor werkgevers, hetgeen niet afdoet aan het oorspronkelijke doel

Bij de invoering van het proeftijdbeding in 1907 stond de wetgever een daadwerkelijke zogeheten proefneming voor ogen.<sup>31</sup> Een proefneming maakt het voor de werknemer mogelijk om zijn werkzaamheden en de omstandigheden waarin hij deze moet verrichten, te beoordelen. De werkgever kan tijdens deze periode beoordelen of de werknemer geschikt is voor de functie en past binnen het bedrijf. Naast dit oorspronkelijke doel van de proeftijd, 'de daad-

21 G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse Burgerlijke recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, aant. 423; R.F. Kötter, *De rechtspositie van de sollicitant van de werkgever tijdens de proeftijd* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 274.

22 *Kamerstukken II 1998/99*, 26257, 3, p. 6.

23 HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1607, NJ 1995/430 (*Codfried/ISS*).

24 A.R. Houweling, A.F. Bungener, F.B.J. Grapperhaus, J.M. van Slooten & Y. Konijn, *Bedingen in het arbeidsrecht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgever 2010, p. 19.

25 Art. 5 AWGB, art. 9 WGBH/CZ, art. 11 WGBL of art. 3 Wet aanpassing arbeidsduur verboden onderscheid. Vgl. W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht* (Van der Grinten), Deventer: Kluwer 2015, par. 29.3.

26 De werknemer moet een dergelijk verzoek wel binnen twee maanden na het gegeven proeftijdontslag indienen bij de kantonrechter. Er geldt namelijk een vervaltermijn, zie art. 7:686a lid 4 sub a onder 2 BW.

27 Zie bijv.: Hof 's-Hertogenbosch 2 maart 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AZ8036, «JAR» 2007/70. Zie anders: Hof Amsterdam 29 mei 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BD8719, «JIN» 2008/543, r.o. 3.9.

28 Zie o.a. P.F. van der Heiden & G.J.J. Heerma van Voss, 'Kroniek van sociaal recht', *NJB* 1995, p. 361; S.W. Kuip, 'Misbruik van de proeftijd-ontslagbevoegdheid', *ArbeidsRecht* 1995/23, p. 10; E.G. van Arkel, P.A. Boontje & C.J. Loonstra, 'Ontslagrecht: het proeftijdontslag', *Sociaal Recht* 2003/11, p. 46.

29 D. Maats, *Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2016 (losbl.), artikel 7:676 BW, aant. 5; F.C. van Uden, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, aant. bij artikel 7:652 BW.

30 Regeerakkoord (2017-2021), VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, 'Vertrouwen in de toekomst', p. 23: 'De mogelijkheden voor een langere proeftijd worden verruimd om het aangaan van een contract voor onbepaalde tijd aantrekkelijker te maken voor werkgevers. Indien een werkgever direct (als eerste contract) een contract voor onbepaalde tijd aanbiedt, wordt de proeftijd verruimd naar vijf maanden. Voor meerjarscontracten (meer dan 2 jaar) wordt de proeftijd drie maanden. In overige gevallen blijft de proeftijd zoals deze nu is.'

31 Memorie van toelichting op art. 1639I (oud) BW en A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst, IV*, Den Haag: Boekhandel v.h. Gebr. Belinfante 1909, p. 64-65 en R.F. Kötter, *De rechtspositie van de sollicitant van de werkgever tijdens de proeftijd* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 201.

werkelijke proefneming<sup>32</sup>,<sup>32</sup> lijkt er nu een algemener ruimer politiek doel voor de proeftijd te worden geïntroduceerd, te weten het bevorderen van het aanbieden van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd in plaats van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Haaks op dit doel staat overigens wel dat het kabinet tevens de maximumproeftijd van drie maanden bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van twee jaar en langer introduceert. Tevens is het opmerkelijk dat de wetgever tegelijkertijd de oude ketenregeling weer invoert, waarbij het sluiten van drie contracten in drie jaar tijd in plaats van twee jaar, weer mogelijk wordt alvorens er een contract voor onbepaalde tijd ontstaat. Deze maatregelen maken het namelijk weer aantrekkelijker om arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aan te bieden in plaats van (direct) een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

### 3. Wordt het beoogde doel bereikt?

Het is onzeker of de verlengde proeftijd van vijf maanden zal bijdragen aan het eerder aanbieden van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Een reden dat het beoogde doel wel wordt bereikt door de invoering van de verlengde proeftijd van vijf maanden zou de volgende kunnen zijn. Door de verlengde proeftijd van vijf maanden heeft de werkgever een langere periode de mogelijkheid om te bezien of een werknemer geschikt is voor de functie en als blijkt dat de werknemer toch niet geschikt is, dan kan de werkgever de arbeidsovereenkomst per direct beëindigen. Als de werkgever in plaats van een proeftijd zou kiezen voor een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van bijvoorbeeld vijf of zes maanden dan is het niet mogelijk om op elk willekeurig moment de arbeidsovereenkomst per direct te beëindigen. Deze tijdelijke arbeidsovereenkomst kan namelijk slechts tussentijds worden opgezegd indien partijen een tussentijds opzegbeding zijn overeengekomen. Hiervoor geldt echter wel dat de werkgever een redelijke grond voor ontslag moet hebben en afhankelijk van de grond voor ontslag zal het UWV of de kantonrechter met het ontslag moeten instemmen.<sup>33</sup> Verder dient er ook een opzegtermijn in acht te worden genomen. Een reden dat het beoogde doel niet wordt bereikt, is dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd verdergaande voordelen biedt dan een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een proeftijd van vijf maanden. Zo eindigt een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd na afloop van de contractduur van rechtswege. Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan enkel worden beëindigd als er een redelijke grond voor ontslag aanwezig is. Daarnaast is de

verplichte loondoorbetalingsperiode van 104 weken tijdens ziekte en het daarbij behorende opzegverbod voor werkgevers een groot bezwaar om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan te bieden. Indien de door het kabinet beoogde plannen worden ingevoerd, dan is het vanaf dat moment ook weer mogelijk om drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in drie jaar tijd overeen te komen alvorens er een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat. Dit biedt de werkgever dan een langere periode van flexibiliteit dan een periode van enkel vijf maanden, waarna na afloop van die vijf maanden de arbeidsovereenkomst niet meer van rechtswege zal eindigen en de werkgever de arbeidsovereenkomst enkel kan beëindigen als er sprake is van een redelijke grond voor ontslag. Een meerjarige arbeidsovereenkomst van meer dan twee jaar met een proeftijd van drie maanden zou dan voor sommige werkgevers wellicht aantrekkelijker zijn. De werkgever heeft dan namelijk de zekerheid dat de arbeidsovereenkomst eindigt, er geldt een proeftijd van drie maanden en de werkgever loopt een kleiner risico in geval van ziekte.

Om het sluiten van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd aantrekkelijker te maken hadden er onzes inziens andere wijzigingen meer voor de hand gelegen

Om het sluiten van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd aantrekkelijker te maken hadden er onzes inziens andere wijzigingen meer voor de hand gelegen. Denk bijvoorbeeld aan het vervangen van het preventieve ontslagstelsel door een eenduidig repressief stelsel, ofwel een toetsing door de rechter achteraf. Of door de beperkte verplichte loondoorbetalingsperiode tijdens ziekte van één jaar voor *alle* werkgevers en niet alleen voor de kleine werkgevers (tot 25 werknemers) te laten gelden.<sup>34</sup> Door deze wijzigingen zou het pas echt aantrekkelijker worden voor werkgevers om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te sluiten. De kans lijkt ons dan ook aanwezig dat de werkgever een werknemer net voor het verstrijken van de proeftijd ontslaat, omdat de werkgever alsnog niet middels een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan de werknemer gebonden wil zijn. De grootste bezwaren tegen het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd worden immers door het verlengen van de proeftijd niet weggenomen.

32 Memorie van toelichting op art. 1639I (oud) BW en A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, IV, Den Haag: Boekhandel vh. Gebr. Belinfante 1909, p. 64-65 en R.F. Kötter, *De rechtspositie van de sollicitant van de werkgever tijdens de proeftijd* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 201.

33 Dit geldt vanzelfsprekend niet indien de werknemer zelf met het ontslag instemt.

34 Regeerakkoord (2017-2012), VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, 'Vertrouwen in de toekomst', p. 24: 'Om te bevorderen dat het MKB weer meer personeel in (vaste) dienst durft te nemen, wordt de loondoorbetalingsperiode voor kleine werkgevers (tot 25 werknemers) verkort van twee naar één jaar. Dit betekent een verlichting van de verplichting voor een groot deel van de Nederlandse bedrijven. De verantwoordelijkheid voor loondoorbetaling en een aantal re-integratieverplichtingen in dat jaar gaan over naar het UWV (de ontslagbescherming van twee jaar blijft in stand). De collectieve kosten van het tweede jaar worden gedekt via een uniforme lastendeckende premie, te betalen door kleine werkgevers.'

#### 4. Heiligt het doel de middelen?

Mocht de verlengde proeftijd er al toe leiden dat meer werknemers als eerste arbeidsovereenkomst een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd krijgen aangeboden, dan is voorts het de vraag of het doel de middelen heiligt. Met andere woorden, is het verlengen van de proeftijd wel een geschikt middel om in te zetten om het sluiten van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd aantrekkelijker te maken? En wordt het oorspronkelijke doel van de proeftijd niet uit het oog verloren?

##### 4.1 Oorspronkelijke doel

Uit de wettelijke regeling uit 1907 volgt dat de proeftijd niet langer dan twee maanden mocht duren en dat een overeengekomen tweede proeftijd nietig is.<sup>35</sup> Al sinds de totstandkoming van de proeftijdregeling bestaat er discussie over de verlenging van de maximumduur van de proeftijd.<sup>36</sup> Ook in 1995 speelde de discussie over de maximumduur van de proeftijd weer op bij de regering. Werkgevers waren van mening dat sommige functies een langere inwerkperiode vereisten en dat de maximumduur van de proeftijd daarvoor te kort is.<sup>37</sup> Uiteindelijk heeft de Stichting van de Arbeid (STAR) de regering geadviseerd om de maximumduur van de proeftijd te handhaven op twee maanden. De regering heeft zich uiteindelijk op het standpunt gesteld dat het niet wenselijk is om de vrijwel rechteloze periode van de proeftijd langer te laten duren dan strikt noodzakelijk en dan gelet op de duur van het overeengekomen dienstverband gerechtvaardigd is. De maximale proeftijd van twee maanden bleef aldus in stand.

Met de inwerkingtreding van de Wet flexibiliteit en zekerheid (hierna: 'Flexwet') per 1 januari 1999 is de gedifferentieerde maximumduur van de proeftijd, gekoppeld aan de aard en omvang van de arbeidsovereenkomst, geïntroduceerd in artikel 7:652 BW. De regering was van mening dat het denkbaar is dat in complexe functies de behoefte kan bestaan aan een langere periode om de geschiktheid van de werknemer voor de functie te kunnen beoordelen. Voor die gevallen vond de regering een kortdurende, tijdelijke arbeidsovereenkomst, aan het einde waarvan beslist kan worden of partijen met elkaar verder gaan of niet, een toereikende oplossing.<sup>38</sup> De wetgever heeft bij de invoering van de Flexwet voorts aangegeven dat de proeftijd er voor

de werkgever is om vergissingen bij de werving en selectie te kunnen corrigeren.<sup>39</sup>

In de rechtspraak is eveneens bepaald dat de proeftijd er blijkens de wetsgeschiedenis toe dient om de geschiktheid van de werknemer voor de functie te kunnen beoordelen: *'Partijen bij de arbeidsovereenkomst desgewenst de gelegenheid moeten hebben om, alvorens voor de toekomst gebonden te zijn, zich gedurende een, met het oog op de belangen van de werknemer beperkte, periode proefondervindelijk op de hoogte te stellen van elkaanders hoedanigheden en van de geschiktheid van de werknemer voor de bedongen arbeid.'*<sup>40</sup>

Het is echter nog maar de vraag of een proeftijd van vijf maanden noodzakelijk is om te beoordelen of een werknemer geschikt is voor de functie en/of binnen het team past. Wij denken dat een werkgever in het geval van relatief eenvoudige functies, zoals bijvoorbeeld een serveerster of een callcentermedewerker, binnen twee maanden wel moet weten of de werknemer binnen het team past en/of geschikt is voor de functie. Wij kunnen ons echter voorstellen dat dit in het geval van hoger opgeleide 'kenniswerkers' lastiger is. Voor deze functies geldt over het algemeen een langere inwerkperiode en zijn de vereiste kennis en vaardigheden pas na een langere periode zichtbaar. Zo is het volgens ons bijvoorbeeld niet mogelijk om een aangenomen docent binnen twee maanden te kunnen beoordelen op zijn didactische, organisatorische en wetenschappelijke kwaliteiten. Deze kwaliteiten zullen volgens ons pas na een jaar zichtbaar zijn. De regering heeft echter met de inwerkingtreding van de Flexwet aangegeven dat juist voor complexere functies een kortdurende, tijdelijke arbeidsovereenkomst een toereikende oplossing is.<sup>41</sup> De meerjarige arbeidsovereenkomst van een advocaat-stagiaire is hier een mooi voorbeeld van. Bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gaan partijen een arbeidsovereenkomst aan voor een bepaalde duur met als oogmerk die voort te zetten als de arbeidsrelatie aan hun verwachtingen voldoet.<sup>42</sup> Op deze wijze worden er ook meer investeringen gedaan (zoals het betalen van opleidingskosten). Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan dus worden gebruikt om te beproeven of werkgever en werknemer voor onbepaalde tijd aan elkaar verbonden willen worden.

##### 4.2 Werknemersbescherming

Naast het feit dat de wetgever een periode van twee maanden, behoudens complexe functies, als afdoende heeft beschouwd voor het beoordelen van de geschiktheid van een werknemer, speelde bij het vaststellen van de maxi-

35 Memorie van toelichting op art. 1639I (oud) BW en A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, IV, Den Haag: Boekhandel vh. Gebr. Belinfante 1909, p. 59.

36 Zie beraadslagingen in de Tweede Kamer d.d. 6 juni 1906, en de beraadslagingen in de Eerste Kamer d.d. 5 juni 1907, A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, IV, Den Haag: Boekhandel vh. Gebr. Belinfante 1909, p. 57 e.v.

37 *Kamerstukken II 1997/98*, 25263, 3.

38 *Kamerstukken I 1997/98*, 25263, 132b, p. 21.

39 Zie nota naar aanleiding van het verslag (20 juni 1997) *Kamerstukken II 1996/97*, 28263, 6, in: C.G. Boot, *Wetsgeschiedenis Flexibiliteit en zekerheid*, Utrecht: Opleidingen Sociaal Recht, Kennedy van der Laan 1998, p. 38-40; R.F. Kötter, *De rechtspositie van de sollicitant van de werkgever tijdens de proeftijd* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 201.

40 Zie o.m. de uitspraken: HR 2 oktober 1987, *NJ 1988/233* (Pons/Meerman); HR 8 13 september 1991, *NJ 1992/130*, m.nt. PAS (Dingel/Merkelbach).

41 *Kamerstukken I 1997/98*, 25263, 132b, p. 21.

42 C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke thema's*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 292.



munduur van de proeftijd van twee maanden ook een rol dat de werknemer tijdens de proeftijd als het ware ‘vogel-vrij’ is. Mede om die reden heeft de wetgever het destijds niet wenselijk geacht om de proeftijd te verruimen.<sup>43</sup>

Met het oog op de werknemersbescherming achten wij een vrijwel rechteloze periode van vijf maanden geen wenselijk middel om het aanbieden van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd te bevorderen

Met het oog op de werknemersbescherming achten wij een vrijwel rechteloze periode van vijf maanden geen wenselijk middel om het aanbieden van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd te bevorderen. Nu de regering de proeftijd wel beoogt te verruimen naar vijf maanden, zijn wij van mening dat er enkele waarborgen voor werknemersbescherming moeten worden ingebouwd. Als het daadwerkelijk mogelijk wordt om een proeftijd van vijf maanden overeen te komen in aan arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, dan is het volgens ons met het oog op de werknemersbescherming aan te raden om net als in sommige andere landen te bepalen dat er bij een proeftijdontslag een korte opzegtermijn in acht moet worden genomen.<sup>44</sup>

#### 4.3 Bezwaren tegen de verlengde proeftijd

Tot slot kan men ook vanuit rechtseconomisch perspectief de nodige bezwaren uiten tegen de verlengde proeftijd van vijf maanden. Gedurende de proeftijd zullen partijen minder geneigd zijn om investeringen te doen, vanwege het risico dat de arbeidsovereenkomst op elk willekeurig moment onmiddellijk kan worden beëindigd. Dit leidt tot marktinefficiëntie.<sup>45</sup> Het kost een werkgever namelijk ook veel tijd en geld om steeds weer iemand in te werken. Daarnaast kan een lange(re) proeftijd ook zorgen voor een minder zorgvuldige werving- en selectieprocedure.<sup>46</sup> Vanuit rechtseconomisch perspectief is een ruime proeftijd volgens Houweling enkel gerechtvaardigd voor het ondervangen van informatiegebreken. Hiermee bedoelt hij de informatie die bij contractspartijen voorafgaand aan het dienstverband niet is te achterhalen door middel van gesprekken

of *assessments*, zoals bijvoorbeeld of er een klik is met de werknemer.<sup>47</sup>

Wij zijn van mening dat door het verlengen van de proeftijd in de huidige vorm de werknemersbescherming in het gedrang komt. De verlenging van de proeftijd is volgens ons dan ook geen geschikt middel om in te zetten om het sluiten van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd aantrekkelijker te maken.

#### 5. Toets verlengde proeftijd aan huidige vereisten in rechtspraak

Eerder bespraken wij al dat algemene rechtsbeginselen zoals goed werkgeverschap, non-discriminatiebeginselen alsmede misbruik van bevoegdheid tijdens de proeftijd onverkort gelden. Dit is ook in de rechtspraak bevestigd. De vraag is hoe rechters een beroep op een van de voornoemde algemene rechtsbeginselen in het geval van een proeftijdontslag – naar huidig recht – beoordelen en of de door het kabinet beoogde invoering van de verlengde proeftijd hier mogelijk verandering in brengt. Wij zullen dit aan de hand van een aantal voorbeelden uit de jurisprudentie bespreken.

##### 5.1 Goed werkgeverschap

Zaken waarin de vraag voorligt of een werkgever tijdens de proeftijd in strijd met goed werkgeverschap heeft gehandeld, zien veelal op de situatie waarin (i) een werknemer al na enkele werkdagen tijdens de proeftijd wordt ontslagen;<sup>48</sup> (ii) de werknemer wordt ontslagen op gronden die veelal de werkgever zelf betreffen;<sup>49</sup> en (iii) de werkgever pas een proeftijdontslag geeft aan het einde van de proeftijd.<sup>50</sup>

(i) Zo overwoog de kantonrechter van de Rechtbank Amsterdam recentelijk dat:

*‘de schending van artikel 7:611 BW er uit kan bestaan dat de werkgever de nieuwe werknemer, die voor de nieuwe arbeidsovereenkomst een dienstverband van een flink aantal jaren opzegt, onvoldoende kans geeft om zich te bewijzen en/of zich onvoldoende afvraagt of hij wel behoefte heeft aan de functie, waarop de nieuwe werknemer in dienst is getreden.’<sup>51</sup>*

In deze zaak was aan een werkneemster na drie dagen een proeftijdontslag gegeven in verband met miscommunicatie over de feitelijke invulling van de taken van de desbetreffende

43 Zie nota naar aanleiding van het verslag (20 juni 1997) *Kamerstukken II 1996/97*, 28263, 6, in: C.G. Boot, *Wetsgeschiedenis Flexibiliteit en zekerheid*, Utrecht: Opleidingen Sociaal Recht, Kennedy van der Laan 1998, p. 40.

44 Dit is bijvoorbeeld het geval in Duitsland en Frankrijk: Article L. 1221-25 of the French Labor Code. 622 III German Civil Code, *Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht*, 5. Auflage 2017, § 622 BGB, recital 69.

45 A.R. Houweling, A.F. Bungener, F.B.J. Grapperhaus, J.M. van Slooten & Y. Konijn, *Bedingen in het arbeidsrecht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 22.

46 A.R. Houweling, A.F. Bungener, F.B.J. Grapperhaus, J.M. van Slooten & Y. Konijn, *Bedingen in het arbeidsrecht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 22.

47 A.R. Houweling, A.F. Bungener, F.B.J. Grapperhaus, J.M. van Slooten & Y. Konijn, *Bedingen in het arbeidsrecht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 22.

48 Zie bijv.: Rb. Amsterdam 14 augustus 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:6698; Hof 's-Hertogenbosch 2 maart 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AZ8036, «JAR» 2007/70; Rb. Amsterdam 10 januari 1996, ECLI:NL:KTGAMS:1996:AI9456.

49 Zie bijv. Hof Leeuwarden 29 maart 2006, ECLI:NL:GHLEE:2006:AV7743; Rb. Zwolle 11 december 2003, ECLI:NL:RBZWO:2003:AO0519, «JAR» 2004/5, m.nt. E. Verhulp; Rb. Rotterdam 22 juli 2003, ECLI:NL:RBROT:2003:AO3202, «JAR» 2004/22, m.nt. R.M. Beltzer; Rb. Amsterdam 20 maart 2002, ECLI:NL:RBAMS:2002:AE4283, «JAR» 2002/84; Rb. Amsterdam 7 april 2000, ECLI:NL:RBHAA:2000:AH8263, *KG* 2000/239; Rb. Amsterdam 24 maart 2000, ECLI:NL:KTGAMS:2000:AG5291, «JAR» 2000/91; Rb. Den Haag 29 februari 2000, ECLI:NL:KTGAAR:2000:AG5288, «JAR» 2000/88.

50 Rb. Utrecht 18 november 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK3087.

51 Rb. Amsterdam 14 augustus 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:6698.

fende werknemster. De kantonrechter oordeelde echter dat de werkgever in dit specifieke geval niet in strijd met goed werkgeverschap had gehandeld, omdat er geen sprake was van onzorgvuldigheid.<sup>52</sup> Het feit dat de werknemster vóór de nieuwe arbeidsovereenkomst een dienstverband van een flink aantal jaren had opgezegd deed hier volgens de kantonrechter niet aan af.<sup>53</sup> Deze uitspraak achten wij juist en we verwachten ook niet dat rechters hier na de invoering van de verlengde proeftijd anders over zullen oordelen. De lengte van de proeftijd in een dergelijke zaak is namelijk niet relevant. Er wordt namelijk al na enkele dagen een proeftijdontslag gegeven en het maakt dan niet uit hoelang de proeftijd vervolgens nog zou duren. Wij merken echter op dat uit de rechtspraak blijkt dat een proeftijdontslag gegeven na enkel dagen in een andere situatie wel strijd met goed werkgeverschap kan opleveren.<sup>54</sup>

(ii) Hetzelfde geldt voor de situatie waarin aan de werknemer een proeftijdontslag wordt gegeven op grond van redenen die de werkgever zelf betreffen (zoals bijvoorbeeld een reorganisatie). Het lijkt ons juist om aan te nemen dat, hoewel er in die situatie sprake kan zijn van strijd met goed werkgeverschap,<sup>55</sup> een langere duur van de proeftijd niet tot een ander rechterlijk oordeel zal leiden. Dit is slechts anders in die situatie dat het proeftijdontslag tegen het einde van de verlengde proeftijd wordt gegeven. In die situatie zal het immers – voor zover relevant – sneller aannemelijk zijn dat de werkgever nog niet op de hoogte was van de bedrijfs-economische redenen ten tijde van het sluiten van de arbeidsovereenkomst.<sup>56</sup>

(iii) In een zaak bij de Rechtbank Utrecht vorderde een werknemer schadevergoeding op grond van artikel 7:611 BW, omdat zijn werkgever op de laatste dag van de proeftijd de arbeidsovereenkomst beëindigde zonder aan hem eerder mee te delen dat zijn functioneren te wensen overliet.<sup>57</sup> Voorts meende de werknemer wel geschikt te zijn voor de functie. De rechtbank oordeelde dat er geen sprake was van strijd met artikel 7:611 BW, omdat in een situatie waarin het proeftijdontslag wordt verleend op de grond dat de werknemer niet voldoet (en waarin noch sprake is van de bedoeling om de ander te schaden, noch van discriminatie), slechts onder bijzondere omstandigheden van schadeplichtigheid sprake is. Het niet eerder aan de werknemer kenbaar maken van kritiek op het functioneren van de werknemer leidt volgens de rechtbank niet tot schadeplichtigheid aan de zijde van de werkgever, omdat uit goed werkgeverschap niet voortvloeit dat de werkgever de werk-

nemer in de proeftijd tijdig in de gelegenheid moet stellen om zijn functioneren te verbeteren. De rechtbank overwoog voorts dat ‘aan de strekking van artikel 7:676 BW afbreuk zou worden gedaan, indien de rechterlijke toetsing van een (aldus gemotiveerd) proeftijdontslag zich in een geval als het onderhavige mede zou uitstrekken tot de vraag of de werkgever op goede gronden heeft gemeend dat de werknemer de geschiktheid voor de functie miste’.

### De vraag is hoe geoordeeld zal worden over een proeftijdontslag aan het einde van de verlengde proeftijd van vijf maanden in verband met ongeschiktheid van de desbetreffende werknemer voor zijn functie

De vraag is hoe geoordeeld zal worden over een proeftijdontslag aan het einde van de verlengde proeftijd van vijf maanden in verband met ongeschiktheid van de desbetreffende werknemer voor zijn functie. In het geval van eenvoudige functies kan bijvoorbeeld eerder aan het licht komen dat de werknemer niet naar behoren functioneert. Wij zijn echter van mening dat, ongeacht de aard van de functie, goed werkgeverschap ook in het geval van een verlengde proeftijd niet met zich meebrengt dat de werknemer eerder in de gelegenheid moet worden gesteld om zijn functioneren te verbeteren. Indien de wetgever het namelijk noodzakelijk acht om de periode van de proeftijd te verlengen, dan moet het voor een werkgever ook mogelijk zijn om gedurende de gehele periode de geschiktheid van de werknemer te beoordelen zonder daaraan nadere voorwaarden te stellen.

#### 5.2 Misbruik van bevoegdheid

Een bekend voorbeeld uit de jurisprudentie waarin wordt geoordeeld dat sprake is van misbruik van bevoegdheid van een proeftijdontslag is als een proeftijdontslag tijdens een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt gegeven onder gelijke toekenning van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

Zo oordeelde de Rechtbank Utrecht bijvoorbeeld dat er sprake was van misbruik van bevoegdheid, omdat de werkgever een werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tijdens de proeftijd had ontslagen en gelijktijdig een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd had aangeboden.<sup>58</sup> De reden hiervoor was volgens de Rechtbank Utrecht tweeledig. De eerste reden was dat tussen partijen ten tijde van de totstandkoming uitdrukkelijk was onderhandeld over een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en de werkgever daar toen ook mee akkoord is gegaan, waarna aan het eind van de proeftijd aan hem een contract voor bepaalde tijd voor één maand was aangeboden (en door de werknemer onder protest

52 Rb. Amsterdam 14 augustus 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:6698, r.o. 11.

53 Zie ook Hof Amsterdam 29 mei 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BD8719, «JIN» 2008/543.

54 Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 2 maart 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AZ8036, «JAR» 2007/70.

55 Zie bijv. Rb. Rotterdam 22 juli 2003, ECLI:NL:RBROT:2003:AO3202, «JAR» 2004/22, m.nt. R.M. Beltzer.

56 Zie voor uitspraken waarin dit een rol speelde bijv.: Rb. Den Haag 24 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:2019, «JAR» 2016/152; Rb. Amsterdam 24 maart 2000, ECLI:NL:KTGAMS:2000:AG529, «JAR» 2000/91; Rb. Den Haag 29 februari 2002, ECLI:NL:KTGAAR:2000:AG5288, «JAR» 2000/88.

57 Rb. Utrecht 18 november 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK3087.

58 Rb. Utrecht 27 januari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BV2109, «JAR» 2012/63.

was getekend). De tweede reden was dat bij de werknemer tijdens een gesprek met zijn leidinggevende – één dag voor het proeftijdontslag – de indruk was gewekt dat niets in de weg stond aan een voortzetting van zijn dienstverband voor onbepaalde tijd.<sup>59</sup>

Uit enkele andere uitspraken volgt echter dat het aanbieden van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ná een tijdens de proeftijd opgezegde arbeidsovereenkomst voor langere (bepaalde) tijd niet altijd leidt tot het oordeel dat er sprake is van misbruik van bevoegdheid.<sup>60</sup> Zo was bijvoorbeeld in een zaak het initiatief van het krijgen van een tweede kans uitgegaan van de werknemer.<sup>61</sup> In weer een andere zaak oordeelde het hof dat het vergezellen van een proeftijdontslag met een aanbod om onder minder gunstige voorwaarden voor minder uren een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te gaan geen misbruik opleverde, aangezien de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst was opgezegd omdat er een beter gekwalificeerde kandidaat voorhanden was.<sup>62</sup> In het licht hiervan sluiten we niet uit dat na de eventuele invoering van de verlengde proeftijd een dergelijke constructie nog aantrekkelijk wordt en derhalve vaker door werkgevers zal worden gebruikt.

Na de eventuele invoering van de verlengde proeftijd is dan ook de vraag hoe over de volgende situatie zal worden geoordeeld. De werkgever sluit een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een proeftijd van vijf maanden. Na vijf maanden minus één dag geeft de werkgever een proeftijdontslag en biedt een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor de duur van één jaar aan onder al dan niet dezelfde voorwaarden. Na afloop van de duur van de arbeidsovereenkomst biedt de werkgever nogmaals een arbeidsovereenkomst van één jaar aan en na afloop daarvan nog één. Volgens de wet zou dit moeten kunnen. Ook de rechtspraak is niet eenduidig over de vraag of dit misbruik van bevoegdheid oplevert. Dit hangt van de omstandigheden van het geval af. De Ragetlie-regel is na een dergelijke rechtsgeldige opzegging tijdens de proeftijd namelijk niet van toepassing (artikel 7:667 lid 4 BW jo. artikel 7:671 lid 1 onder sub b BW). Wij hopen dat de wetgever zich zal uitlaten over de vraag of dit is toegestaan. Duidelijk is in ieder geval dat in een opvolgende arbeidsovereenkomst ingevolge artikel 7:652 lid 8 sub e BW geen proeftijd kan worden opgenomen, althans dat deze proeftijd in dat geval nietig is.

### 5.3 Discriminatie

Voorbeelden in de rechtspraak waarin wordt geoordeeld dat een proeftijdontslag in strijd is met de discriminatieverboden zien onder andere op zwangere<sup>63</sup> en chronisch zieke werknemers<sup>64</sup> die worden ontslagen tijdens de proeftijd.

Zo heeft het College voor de Rechten van de Mens (hierna: 'het College') recentelijk nog geoordeeld dat de werkgever een vrouw op grond van geslacht discrimineerde door de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd te beëindigen en er aldus sprake was van strijd met artikel 7:646 BW.<sup>65</sup> In deze zaak had de werkgever ná de mededeling van de werknemster dat zij zwanger was de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd opgezegd. Hoewel de werkgever stelde dat hij de arbeidsovereenkomst slechts had opgezegd in verband met het functioneren van de desbetreffende werknemster was het College hiervan niet overtuigd, omdat de werkgever zijn stellingen onder andere niet had onderbouwd met gespreksverslagen. Het College oordeelde dan ook dat de werkgever onderscheid op grond van zwangerschap, en daarmee op grond van geslacht, had gemaakt.

Een langere proeftijd kan er onzes inziens toe leiden dat er sneller discussie ontstaat over een al dan niet aanwezige discriminatiegrond. Indien de werkgever namelijk in een laat stadium van de proeftijd (bijvoorbeeld na vier van de vijf maanden proeftijd) de arbeidsovereenkomst van een ná de indiensttredingsdatum zwanger geworden werknemster opzegt in verband met vermeend disfunctioneren van de werknemster, dan zal de werkgever wellicht sneller de schijn tegen zich hebben. Wij achten een dergelijke ontwikkeling onwenselijk, omdat de werkgever zo gedwongen wordt om ook tijdens de proeftijd het eventuele disfunctioneren van de werknemer schriftelijk vast te leggen. Indien de werknemer namelijk in rechte feiten aanvoert die een onrechtmatig onderscheid doen vermoeden, dan ligt het op de weg van de werkgever om te bewijzen dat er niet in strijd met artikel 7:646 BW is opgezegd (ex artikel 7:646 lid 12 BW).

Na de mogelijke invoering van de verlengde proeftijd zal het daarom nog belangrijker zijn om reeds in de ontslagbrief concreet uit een te zetten waarom de desbetreffende werknemster niet geschikt is voor de functie en/of niet paste in het team

De verlenging van de proeftijd zal naar onze verwachting met zich meebrengen dat er sneller een discussie ontstaat of het proeftijdontslag in strijd is met de algemene rechts-

59 De Rechtbank Utrecht verwijst ter motivering van haar oordeel naar de parlementaire geschiedenis (*Kamerstukken II 1998/99, 26257, 3, p. 5*) waarin staat dat in geval van een beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tijdens de proeftijd en voorzetting van die arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd er sprake is van misbruik van de proeftijd. Indien er sprake is van misbruik dan zal dit ertoe leiden dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet van rechtswege eindigt.

60 Zie o.a. Hof Arnhem-Leeuwarden 14 januari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:149; Hof Arnhem-Leeuwarden 26 juli 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BR6498, «JIN» 2011/736; Rb. 's-Hertogenbosch 6 mei 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN6214, «JAR» 2010/184.

61 Rb. 's-Hertogenbosch 6 mei 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN6214, «JAR» 2010/184, r.o. 6.3.

62 Hof Arnhem-Leeuwarden 14 januari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:149, r.o. 5.6.

63 Zie bijv. Rb. Amsterdam 15 juli 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BH5596, «JAR» 2009/61.

64 Zie bijv. Rb. Utrecht 21 mei 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM5297, «JAR» 2010/176.

65 CRM 8 juni 2017, 2017-71.



beginselen goed werkgeverschap, non-discriminatie en misbruik van bevoegdheid. Werknemers zullen zich naar onze verwachting dan ook sneller tot de rechter wenden. Het is onzeker of rechters een tijdens de verlengde proeftijd gegeven proeftijdontslag sneller in strijd zullen achten met de algemene rechtsbeginselen. Het is wel voorstelbaar dat rechters in situaties waarin er onduidelijkheid bestaat over de reden voor het gegeven proeftijdontslag niet terughoudend zullen zijn met het toetsen aan deze beginselen. Wat betreft de discriminatiebeginselen loopt de werkgever het risico dat hij moet bewijzen dat er andere redenen, dan bijvoorbeeld een zwangerschap of chronische ziekte, ten grondslag liggen aan het gegeven proeftijdontslag. Na de mogelijke invoering van de verlengde proeftijd zal het daarom nog belangrijker zijn om reeds in de ontslagbrief concreet uiteen te zetten waarom de desbetreffende werknemer niet geschikt is voor de functie en/of niet paste in het team.<sup>66</sup>

## 6. Conclusie

Het is onzeker of de verlengde proeftijd van vijf maanden zal bijdragen aan het eerder aanbieden van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd biedt namelijk nog steeds verdergaande voordelen. Daar komt nog eens bij dat er constructies denkbaar zijn waarin er op een creatieve manier door werkgevers gebruik kan worden gemaakt van de verlengde proeftijd en wat mogelijk tot misbruik zal leiden. Het is dan ook onze verwachting dat er sneller discussie zal ontstaan of het proeftijdontslag in strijd zal zijn met de algemene

rechtsbeginselen goed werkgeverschap, non-discriminatie en misbruik van bevoegdheid. Het is onzeker of rechters het proeftijdontslag in de verlengde proeftijd van vijf maanden sneller in strijd zullen achten met de algemene rechtsbeginselen. Het is wel voorstelbaar dat rechters in situaties waarin er onduidelijkheid bestaat over de reden voor het gegeven proeftijdontslag niet terughoudend zullen zijn met het toetsen aan deze beginselen. Wij zijn voorts van mening dat een verlenging van de proeftijd geen geschikt middel is om in te zetten om het sluiten van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd aantrekkelijker te maken. Het is volgens ons onnodig om een werknemer zo'n lange rechteloze periode te geven en dit sluit ook niet geheel aan bij het oorspronkelijke doel van de wetgever. Mocht de verlengde proeftijd worden ingevoerd dan zijn wij van mening dat – net als in enkele nabij gelegen landen – er tijdens de proeftijd een korte opzegtermijn in acht moet worden genomen.

### Over de auteurs



**Mr. A.A. Pelsler-Stekelenburg**

Advocaat arbeidsrecht bij Heussen Advocaten & Notarissen.



**Mr. S. Gerritse**

Advocaat arbeidsrecht bij Heussen Advocaten & Notarissen.

<sup>66</sup> Zie Rb. 's-Hertogenbosch 22 januari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:410.