

# Misbruik van bevoegdheid maakt ontslag tijdens de proeftijd ongeldig

**Heeft de proeftijd een doel? Is de achterliggende gedachte dat werkgever en werknemer elkaar in een korte tijd zonder al te grote verplichtingen beter leren kennen? De Hoge Raad is daar niet echt duidelijk over. Toch is die vraag van belang, want als de proeftijd geen doel heeft, kan een werkgever ook nooit iets verweten worden als hij een werknemer tijdens de proeftijd ontslaat. In het kader van die discussie heeft de kantonrechter te Enschede onlangs een interessante uitspraak gedaan. Een werkgever is veroordeeld, omdat hij bij het ontslag van een werknemer misbruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid.**

Over de vraag of de proeftijd een doel heeft, zijn de meningen al jarenlang verdeeld. Er is een stroming die het standpunt inneemt dat uit diverse arresten van de Hoge Raad valt af te leiden dat aan de proeftijd de gedachte van proefneming – dat wil zeggen: het proefondervindelijk op de hoogte stellen van elkaars hoedanigheden en van de geschiktheid van de werknemer voor het werk – ten grondslag ligt. Anderzijds is onder verwijzing naar de ijzeren proeftijdtheorie van de Hoge Raad verdedigbaar, dat de proeftijd *juist niet* voor een bepaald doel is gegeven. Op grond van deze tot op heden aangehangen theorie wordt immers ook bij ziekte of vakantie van de werknemer tijdens de proeftijd geen verlenging of opschorting van de proeftijd toegestaan.

## Détournement de pouvoir

**LET OP!** De vraag of de proeftijd een doel heeft, komt niet uit de lucht vallen. Als dat immers wél het geval is, kan van de bevoegdheid om de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd op te zeggen misbruik worden gemaakt, door deze bevoegdheid

te gebruiken met een ander doel dan waarvoor zij is verleend. Dit zou de deur wagenwijd kunnen openen voor een vergaande materiële toetsing van het proeftijdontslag.

Advocaat-generaal mr. Koopmans heeft er in zijn conclusie bij het bekende Codfried-arrest voor gepleit dat een ontslag tijdens de proeftijd aantastbaar zou dienen te zijn, als vast komt te staan dat de ontslagreden geen enkele band heeft met een objectieve beoordeling van de hoedanigheden en geschiktheid van de werknemer (Hoge Raad, 13 januari 1995, NJ 1995/430, Codfried/ISS). Hiermee heeft de advocaat-generaal impliciet te kennen gegeven dat hij toetsing van het proeftijdontslag aan misbruik van bevoegdheid of *détournement de pouvoir* – ex artikel 3:13 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) – mogelijk acht.

De Hoge Raad heeft zijn advocaat-generaal in het Codfried-arrest echter niet gevolgd. Volgens de Hoge Raad sluit de aard van de proeftijdontslagbevoegdheid een onder-

zoek naar *détournement de pouvoir* uit. Met dit oordeel heeft de Hoge Raad – kennelijk in afwijking van de lijn die hij in eerdere arresten heeft uitgezet – zie o.a. Hoge Raad, 27 juni 1952, NJ 1952/488, Vermaak/Both; en Hoge Raad, 8 mei 1992, NJ 1992/480 – kenbaar gemaakt dat de proeftijd niet een omschreven doel heeft. In hetzelfde arrest heeft de Hoge Raad de deur voor een verdere materiële toetsing van het proeftijdontslag op een kier gezet, door te overwegen dat de proeftijdontslagbevoegdheid kan worden misbruikt. Van die situatie kan volgens de Hoge Raad sprake zijn als het proeftijdontslag in strijd is met de wettelijke of verdragsrechtelijke non-discriminatiebepalingen. Hiermee moeten wij het, ondanks het feit dat in de lagere rechtspraak proeftijdontslag op *détournement de pouvoir* wordt getoetst, tot op heden doen.

## Opzegging en discriminatie

De kantonrechter te Enschede heeft recentelijk uitspraak gedaan in een zaak, waarin de werkgever het dienstverband tijdens de proeftijd wegens handicap of chronische ziekte van de werknemer vóór aanvang van het dienstverband had opgezegd. Deze uitspraak is vanuit meerdere gezichtspunten interessant.

De casus is als volgt. De betrokken werkgever, een installatiebedrijf, en de werknemer zijn op 16 mei 2007 een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangegaan. De arbeidsovereenkomst is ingegaan op 1 juli 2007 en zou van rechtswege eindigen op 11 juli 2008. De arbeidsovereenkomst, waarop de cao voor loodgieters, fitters-, centrale verwarmingsbedrijf en koeltechnisch installatiebedrijf van toepassing is, bevat een proeftijdbeding voor de duur van twee maanden. Precies een maand voordat de werknemer als junior projectleider bij de werkgever zou beginnen, is hij getroffen door een herseninfarct. Daarop laat de werkgever aan de werknemer bij brief van 16 juli 2007 weten, dat hij heeft besloten om met gebruikmaking van het proeftijdbeding de arbeidsovereenkomst met ingang van 17 juli 2007 te beëindigen.

De werknemer verzoekt daarop per brief van 19 augustus 2007 aan de werkgever om de reden voor de opzegging tijdens de proeftijd te motiveren. Deze toelichting volgt bij brief van 30 augustus 2007. Daaruit blijkt dat bij de beslissing van de werkgever, om de arbeidsovereenkomst tijdens de



## COMMENTAAR

Mr. R.F. Kötter  
advocaat  
Kötter c.s. Advocaten  
Wierden

*De uitspraak van de Enschedese kantonrechter is een voorbeeld van de in het arrest Codfried/ISS door de Hoge Raad genoemde mogelijkheid van misbruik van proeftijdontslagbevoegdheid op grond van strijdigheid met de wettelijke of verdragsrechtelijke non-discriminatiebepalingen. De kantonrechter wijst de primaire vorderingen van de werknemer grotendeels toe. Daarmee stelt hij impliciet, en naar mijn mening terecht, vast dat hij het standpunt*

*van de werknemer – dat het proeftijdontslag vernietigbaar is op grond van de artikelen 4 en 9 van de WGBH/CZ – deelt.*

*De werknemer is in deze zaak bewijstechnisch gezien goed weggekomen door het bewijsvermoeden van artikel 10 lid 1 WGBH/CZ en de omstandigheid dat de vorderingen in een voorlopige voorzieningenprocedure waren ingesteld, welke procedure zich naar zijn aard niet leent voor uitvoerige bewijslevering. Alhoewel de kantonrechter zijn uitspraak goed heeft gemotiveerd, acht ik het dan ook niet uitgesloten dat hoger beroep zal worden ingesteld of een bodemprocedure wordt opgestart.*

proeftijd op te zeggen, een rol heeft gespeeld dat de werknemer zich ten gevolge van het herseninfarct gedurende minimaal een halfjaar niet zelfstandig met een auto zou kunnen verplaatsen, hetgeen noodzakelijk is om de functie uit te oefenen. Voorts geeft de werkgever aan, dat er voor hem onvoldoende duidelijkheid en zekerheid zijn of en in hoeverre op korte termijn verandering in deze situatie zal optreden.

### Vernietigbaarheid ontslag

De werknemer doet vervolgens een beroep op de vernietigbaarheid van het proeftijdontslag, en refereert daarbij aan de artikelen 4 en 9 van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ). Voor wat betreft de gezondheidstoestand van de werknemer na het herseninfarct wordt tijdens de procedure vanuit de behandelende sector – kort samengevat – gemeld dat er nog geen medische eindtoestand is bereikt en dat verbetering valt te verwachten, al zullen enige restverschijnselen aanwezig blijven en bestaat er een verhoogde kans op recidive.

De werknemer stelt een groot aantal vorderingen in. Zo eist hij bij wijze van voorlopige voorziening salarisbetaling over de periode van 17 juli 2007 tot en met 31 oktober 2007, te vermeerderen met de wettelijke verhoging ex artikel 7: 625 BW en de wettelijke rente. Tevens vordert hij salaris vanaf 1 november 2007 tot het moment dat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zal zijn geëindigd. Voorts wil de werknemer dat de werkgever binnen veertien dagen na het vonnis overgaat tot het opstellen van een plan van aanpak als omschreven in

artikel 7: 658 lid 3 BW. Eveneens moet de werkgever in diezelfde periode opdracht verstrekken aan een re-integratiebureau om hem te begeleiden bij zijn re-integratie in het arbeidsproces. Laat de werkgever dit achterwege, dan is hij tot 11 juli 2008 – de datum waarop de arbeidsovereenkomst zou eindigen – een dwangsom verschuldigd van € 500 voor iedere dag of gedeelte daarvan dat hij hiermee in gebreke blijft, met een maximum van € 10.000. Tot slot vordert de werknemer een schadevergoeding van € 16.184,44 bruto, omdat de werkgever de beginselen van het goed werkgeverschap zou hebben overtreden, evenals een vergoeding van de buitengerechtelijke kosten.

### Werkelijke handicap

De kantonrechter gaat allereerst in op de stelling van de werknemer dat in deze zaak verboden onderscheid is gemaakt bij het aangaan en het beëindigen van de arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 4 sub b van de WGBH/CZ. Daarmee geeft hij impliciet tevens een oordeel over de vraag of er in casu sprake is van een werkelijke of vermeende handicap c.q. chronische ziekte.

De kantonrechter wijst voor de beantwoording van deze vraag op de omstandigheid dat blijkens de parlementaire geschiedenis van de WGBH/CZ, in het bijzonder de memorie van toelichting, welbewust is nagelaten te definiëren wat onder handicap of chronische ziekte moet worden verstaan. Naar de mening van de toenmalige regering is een sluitende definitie hiervoor noodzakelijk noch wenselijk, omdat het gaat om situationeel bepaalde beperkingen die een handicap of chronische ziekte mee kunnen brengen, en niet om nauw te omschrijven eigenschappen van een persoon. Volgens de wetgever moet over deze begrippen dan ook aansluiting worden gezocht bij het algemene spraakgebruik. Daarop voortbordurend komt de kantonrechter tot de conclusie dat een hersenbloeding, zoals algemeen bekend is, kan leiden tot een handicap of een chronische ziekte, en dat een dergelijke gang van zaken eerst na verloop van een betrekkelijk lange periode definitief is vast te stellen.

Het verweer van de werkgever dat er in deze zaak geen sprake zou zijn van een werkelijke of vermeende handicap of chronische ziekte, en dat hij daarom op 17 juli 2007 tot het proeftijdontslag mocht overgaan, pareert de kantonrechter op uiterst handige wijze. Hij wijst de werkgever erop dat deze zelf in zijn brief van 30 augustus 2007 juist niet heeft vermeld dat het slechts een *tijdelijke* wijziging in de ongeschiktheid van de werknemer zou betreffen, maar dat hij het heeft over een wijziging.

Zo bezien, ging de werkgever er toen al vanuit dat de werknemer gehandicapt zou blijven. Daarenboven wordt volgens de kantonrechter in de bedoelde brief gerefereerd aan een *lange termijn* van onzekerheid over de inzetbaarheid van de werknemer. Door deze omstandigheden acht de kantonrechter voldoende aannemelijk gemaakt dat de werkgever het vermoeden had, dat de werknemer als gevolg van zijn hersenbloeding voortdurend of langdurig beperkingen in zijn functioneren zou ondervinden. De kantonrechter merkt daarbij op dat het hier om een vermoeden gaat als bedoeld in artikel 10 lid 1 van de WGBH/CZ.

Alhoewel dit vermoeden door de werkgever kan worden weerlegd, merkt de kantonrechter op dat het bewijs daarvan eerst in een bodemprocedure aan de orde kan komen. Vooralsnog is volgens de kantonrechter het vermoeden van artikel 10 lid 1 WGBH/CZ in deze zaak zo sterk, dat ervan kan worden uitgegaan dat de werkgever in een dergelijke procedure niet zal slagen in het tegenbewijs.

**LET OP!** De overweging van de kantonrechter, dat de werkgever al vermoedde dat de werknemer door de hersenbloeding voortdurend of langdurig beperkingen in zijn functioneren zou ondervinden en de verwijzing in dit verband naar art. 10 lid 1 WGBH/CZ, is naar mijn mening onjuist. Voor dit artikel doet het er immers in het geheel niet toe welk vermoeden de werkgever heeft over de arbeidsmogelijkheden van de werknemer. Het gaat blijkens de tekst van artikel 10 lid 1 WGBH/CZ om een bewijsvermoeden. Als de werknemer in rechte feiten aanvoert die het onderscheid kunnen doen vermoeden, moet de wederpartij bewijzen dat niet in strijd met de wet is gehandeld. Het betreft dus een regel van bewijslastverdeling in het voordeel van de werknemer.

### Werknemer krijgt gelijk

De kantonrechter wijst de vorderingen van de werknemer toe, met uitzondering van de vergoeding van buitengerechtelijke kosten. Het spoedeisend belang hiervoor ontbreekt. Bovendien is volgens de kantonrechter – die als voorzieningenrechter oordeelt – nagelaten om te onderbouwen welke buitengerechtelijke werkzaamheden zijn verricht die voor vergoeding in aanmerking komen. Voorts matigt de kantonrechter de dwangsommen, en veroordeelt hij de werkgever in de kosten van de procedure. ■

Mr. Robin Kötter  
kotter@kotteradvocaten.nl  
www.kotteradvocaten.nl

## TIP

### Toets de regels aan de praktijk

De mogelijkheden om tijdens de proeftijd de arbeidsovereenkomst op te zeggen zijn niet onbegrensd. Blijkens de rechtspraak kan de opzegging worden getoetst aan de eisen van het goed werkgeverschap en het goed werknemerschap. Bovendien kan er sprake zijn van misbruik van bevoegdheid als de opzegging in strijd is met de wettelijke of verdragsrechtelijke non-discriminatiebepalingen. Het is voor u als werkgever dan ook van groot belang om te weten wat die bepalingen precies inhouden, en hoe u daarmee in de dagelijkse praktijk moet omgaan.