

## NOOT

Onder «JAR» 2020/298.

mr. C.F.J. van Tuyll van Serooskerken  
advocaat bij VESPER Advocaten

## 295

**Nieuwe arbeidsovereenkomst voor kortere  
duur na rechtsgeldig proeftijdontslag  
toelaatbaar**

Kantonrechter Rechtbank Midden-Nederland  
zp Utrecht  
17 juni 2020, nr. 8247400 UC EXPL 20-62  
MS/1270, ECLI:NL:RBMNE:2020:2187  
(mr. Penders)  
Noot mr. C.L.C. Reynaers

**Rechtsgeldig proeftijdbeding. Proeftijdont-  
slag bij disfunctioneren. Tweede arbeidsover-  
eenkomst voor kortere duur.**

[BW art. 7:652 lid 5 onder a, 7:676 lid 2]

*De werknemer treedt per 15 augustus 2019 als advocaat in dienst bij de werkgever voor de duur van een jaar en met een proeftijd van een maand. Tijdens functioneringsgesprekken in september 2019 laat de werkgever weten niet tevreden te zijn over het functioneren van de werknemer. De werkgever biedt de werknemer vervolgens een nieuwe arbeidsovereenkomst aan voor de duur van vier maanden met de mededeling dat zij dit aanbod tot uiterlijk 14 september 2019, één dag voor afloop van de proeftijd, kan accepteren. Partijen gaan op 16 september 2019 een tweede arbeidsovereenkomst aan. Op 11 november 2019 deelt de werkgever mee dat de arbeidsovereenkomst niet zal worden verlengd. De werknemer vordert een verklaring voor recht dat het proeftijdbeding nietig is. Volgens haar is feitelijk sprake van een proeftijd van vijf maanden nu de proeftijd van de eerste arbeidsovereenkomst en de looptijd van de tweede bij elkaar opgeteld moeten worden. De arbeidsovereenkomst eindigt daarom pas van rechtswege op 14 augustus 2020.*

*De kantonrechter volgt de werknemer niet in haar stelling. De werkgever heeft de eerste arbeidsovereenkomst rechtsgeldig gedurende de proeftijd opgezegd omdat hij niet tevreden was over het functioneren van de werknemer. De werknemer heeft deze opzegging niet tijdig in rechte aangevochten. Partijen zijn vervolgens op 16 september 2019 wederom een arbeidsovereenkomst aangegaan voor de duur van vier maanden zonder proeftijd. Hoewel het doel van dit tweede contract was dat de werkgever de geschiktheid van de werknemer voor haar functie verder kon beoordelen, betekent dit niet dat er opnieuw een proeftijd is overeengekomen. De werkgever had gedurende deze vier maanden immers niet de mogelijkheid om per direct en zonder opgave van redenen op te zeggen. De werkgever heeft ook tijdig kenbaar gemaakt de tweede arbeidsovereenkomst niet te zullen verlengen. Van onrechtmatig handelen is niet gebleken. Ook is de werknemer niet op ontoelaatbare wijze onder druk gezet om de tweede arbeidsovereenkomst aan te gaan. Het proeftijdontslag was immers al gegeven. De kantonrechter wijst de vorderingen af.*

*NB. De vraag of omzetting tijdens de proeftijd van een arbeidsovereenkomst voor een langere duur of voor onbepaalde tijd naar een arbeidsovereenkomst voor kortere tijd toelaatbaar is, is onder het oude recht een aantal keer aan de orde gesteld, met verschillende uitkomsten. In «JAR» 2011/6, m.nt. Koole, werd dit aangemerkt als een onrechtmatige verlenging van de proeftijd, maar in «JAR» 2010/184 werd het niet als misbruik gezien. Uit deze uitspraak blijkt dat de discussie ook onder de Wwz nog niet is beslecht.*

[Eiseres] te [woonplaats],  
verder ook te noemen [eiseres],  
eisende partij,  
procederend in persoon,  
tegen  
de maatschap [gedaagde] te [vestigingsplaats],  
verder ook te noemen [gedaagde],  
gedaagde partij,  
gemachtigde: mr. J.H. Plantenga.

1. De procedure  
(...)

## 2. Het geschil en de beoordeling daarvan

### Voorgeschiedenis

2.1. [gedaagde] is een maatschap van advocaten die gezamenlijk een advocatenpraktijk exploiteren. Tot deze maatschap behoren onder meer mevrouw [A] en de heren [B] en [C]. [eiseres] is per 15 augustus 2019 bij [gedaagde] als advocaat in dienst getreden op basis van een arbeidsovereenkomst voor de duur van één jaar (hierna: de eerste arbeidsovereenkomst). In artikel 1.3 van deze arbeidsovereenkomst was een proeftijdbeding van één maand opgenomen.

2.2. [eiseres] heeft op 2 september 2019 een functioneringsgesprek gehad met [A]. [A] heeft bij die gelegenheid aangegeven dat [gedaagde] niet tevreden was over het functioneren van [eiseres].

2.3. Op 12 september 2019 heeft vervolgens een gesprek plaatsgevonden tussen [eiseres], [A] en [B]. Ook in dit gesprek is het (volgens [gedaagde] onvoldoende) functioneren van [eiseres] besproken. Partijen verschillen van mening over de vraag of [A] en [B] toen expliciet hebben gezegd dat [gedaagde] de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd zou opzeggen. Zij zijn het er wel over eens dat [A] en [B] [eiseres] tijdens dit gesprek een arbeidsovereenkomst voor de duur van 4 maanden hebben aangeboden en dat [eiseres] is meegedeeld dat zij dit aanbod uiterlijk op 14 september 2019, voor afloop van de proeftijd, moest accepteren.

2.4. [B] heeft dit aanbod bij e-mail van 13 september 2019 aan [eiseres] bevestigd. Hij schrijft in deze e-mail het volgende:

“Op 12 september jl. hebben [voornaam van A] en ik een gesprek met jou gehad over het juridisch niveau waarop jij acteert en dat wij hadden verwacht. [voornaam van A] had dat ook al eerder aan jou gecommuniceerd en dit gesprek was daarop een vervolg.

Jouw werkervaring komt wat ons betreft niet overeen met de kwaliteit/niveau dat wij voor ogen hadden en ook van jou verwachtten.

Omdat wij op 12 september jl. een constructief gesprek met elkaar hebben gehad en jij in dat gesprek hebt aangegeven graag voor [gedaagde] te willen blijven werken, willen wij jou graag in de gelegenheid stellen ons ongelijk aan te tonen en te laten zien dat je wel op het door ons verwachte niveau werkzaam kunt zijn. Het spreekt voor zich dat jij hierbij alle support van ons zult krijgen om je daarin te faciliteren. Daarbij spreken wij de

hoop uit dat wij gezamenlijk tot het beoogde resultaat zullen komen. Daarom bieden wij jou een nieuwe arbeidsovereenkomst aan voor de duur van 4 maanden, met een looptijd tot 16 januari 2020. Praktisch houdt dit in dat wij de overeengekomen proeftijd inroepen, en dat daarmee de bestaande arbeidsovereenkomst dus formeel eindigt. Aansluitend wordt er een nieuwe arbeidsovereenkomst aangegaan. Deze nieuwe arbeidsovereenkomst tref je bijgevoegd alvast aan, zodat jij dit alvast in alle rust kan doornemen. Hopelijk ontwikkelt zich e.e.a. vervolgens dusdanig dat wij aansluitend aan deze overeenkomst een overeenkomst voor onbepaalde tijd met je kunnen aangaan.

Wij hebben afgesproken dat jij [voornaam van A] uiterlijk op zaterdag 14 september a.s. om 15.00 uur laat weten of jij van deze gelegenheid gebruik wilt maken.”

2.5. [eiseres] heeft het voorstel voor het aangaan van een nieuwe tijdelijke arbeidsovereenkomst bij e-mail van 14 september 2019 afgewezen omdat dit volgens haar zou neerkomen op een proeftijd van 5 maanden. Zij heeft [gedaagde] daarbij bedankt voor de korte en maar fijne samenwerking.

2.6. [A] heeft [eiseres] hierop bij e-mail van 14 september 2019 meegedeeld dat de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd wordt opgezegd en dat deze per 15 september 2019 eindigt.

2.7. [eiseres] heeft die dag telefonisch contact met [A] opgenomen en heeft daarbij aangegeven dat zij de arbeidsrelatie graag wilde voortzetten. Op 16 september 2019 heeft er tussen [eiseres], [A] en [C] telefonisch contact plaatsgevonden. Dit heeft ertoe geleid dat [eiseres] en [gedaagde] per 16 september 2019 een tweede arbeidsovereenkomst voor de duur van 4 maanden zijn aangegaan, die op 16 januari 2020 van rechtswege zou eindigen.

2.8. Op 11 november 2019 heeft [eiseres] een gesprek gehad met [A] en [C]. Hierin is haar meegedeeld dat haar arbeidsovereenkomst niet zou worden verlengd. [eiseres] is vanaf 13 december 2019 vrijgesteld van werk.

### De vorderingen

2.9. [eiseres] is het niet eens met de beëindiging van haar arbeidsovereenkomst en vordert *primair*:

A. een verklaring voor recht dat het proeftijdbeding dat tussen haar en [gedaagde] is overeengekomen nietig is en dat derhalve de eerste overeen-

komst wordt geacht te zijn aangegaan zonder proeftijdbeding, dat derhalve deze eerste overeenkomst van kracht is en pas van rechtswege eindigt op 14 augustus 2020;

B. [gedaagde] op straffe van verbeurde van een dwangsom (kort samengevat) te veroordelen:

1. tot doorbetaling van haar loon vanaf 16 januari 2020, te vermeerderen met emolumenten, de wettelijke verhoging en wettelijke rente, en haar maandelijks te voorzien van een deugdelijke bruto-netto specificatie;

2. haar in de gelegenheid te stellen haar werkzaamheden bij [gedaagde] als advocaat te blijven verrichten;

3. voor haar de financiële bijdragen aan de Orde van Advocaten Midden-Nederland en de Nederlandse Orde van Advocaten te dragen en kosten voor permanente opleiding te vergoeden, vermeerderd met wettelijke rente;

4. tot vergoeding van de (proces)kosten.

[eiseres] vordert *subsidiair en meer subsidiar*:

A. een verklaring voor recht dat [gedaagde] onrechtmatig heeft gehandeld wegens handelen in strijd met goed werkgeverschap (artikel 7:611 van het Burgerlijk Wetboek (BW)) respectievelijk misbruik van bevoegdheid;

B. [gedaagde] te veroordelen:

1. tot betaling van een schadevergoeding van € 53.560,-bruto voor gederfde inkomsten uit werk, vermeerderd met wettelijke rente;

2. voor haar de financiële bijdragen aan de Orde van Advocaten Midden-Nederland en de Nederlandse Orde van Advocaten te dragen en kosten voor permanente opleiding te vergoeden, vermeerderd met wettelijke rente;

3. tot vergoeding van de (proces)kosten.

#### *Rechtsgeldigheid proeftijdbeding*

2.10. [eiseres] legt aan haar primaire vordering ten grondslag dat [gedaagde] met de proeftijd van de eerste arbeidsovereenkomst en de looptijd van de tweede arbeidsovereenkomst eigenlijk een proeftijd van 5 maanden heeft gehanteerd, terwijl op grond van artikel 7:652 lid 5 onder a BW alleen een proeftijd van ten hoogste één maand kon worden overeengekomen. Het proeftijdbeding is hierdoor nietig. Het gevolg hiervan is volgens [eiseres] dat de eerste arbeidsovereenkomst geacht wordt te zijn aangegaan zonder proeftijdbeding en tot 15 augustus 2020 van kracht blijft.

2.11. [gedaagde] betwist dit en ook de kantonrechter volgt [eiseres] niet in deze stelling. Tussen

partijen is niet in geschil dat de proeftijd van één maand in de eerste arbeidsovereenkomst rechtsgeldig is overeengekomen en dat [gedaagde] deze arbeidsovereenkomst binnen de proeftijd heeft opgezegd omdat zij niet tevreden was over het functioneren van [eiseres]. [gedaagde] heeft hiermee een reden voor de opzegging gegeven, zoals vereist in artikel 7:676 lid 2 BW. [eiseres] betwist dat haar functioneren te wensen overliet, maar dit kan in het midden worden gelaten omdat voor opzegging tijdens de proeftijd geen redelijke grond nodig is. In het kader van een proeftijdschikking kan daarom in beginsel geen inhoudelijke beoordeling plaatsvinden van de gegrondheid van de reden die de werkgever voor het ontslag heeft gegeven. Dit kan anders zijn in gevallen waarin sprake is van opzegging op discriminatoire gronden, maar dit doet zich hier niet voor.

2.12. [eiseres] heeft deze opzegging tijdens de proeftijd bovendien niet tijdig in rechte aangevochten. [gedaagde] stelt terecht dat [eiseres] hiervoor op grond van artikel 7:686a lid 2 en lid 4 onder a BW een verzoekschriftprocedure had moeten starten en dat een vervaltermijn van 2 maanden gold, die ten tijde van het aanhangig maken van deze dagvaardingprocedure al was verstreken. Er heeft daarom op 14 september 2019 een rechtsgeldig proeftijdschikking plaatsgevonden en de eerste overeenkomst is dus per 15 september 2019 geëindigd.

2.13. Partijen hebben vervolgens op 16 september 2019 overeenstemming bereikt over het aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst voor de duur van 4 maanden, waaraan geen proeftijd was verbonden als bedoeld in artikel 7:652 BW. Tussen partijen is niet in geschil dat het doel van dit tijdelijke contract was dat [gedaagde] de geschiktheid van [eiseres] voor haar functie verder kon beoordelen, maar dat betekent niet dat hiermee een nieuwe proeftijd als bedoeld in artikel 7:652 BW is overeengekomen. Deze overeenkomst bood [gedaagde] immers niet de mogelijkheid de overeenkomst met onmiddellijke ingang op te zeggen.

2.14. [gedaagde] heeft [eiseres] tijdig te kennen gegeven dat deze tweede overeenkomst niet zou worden verlengd. Deze arbeidsovereenkomst is hierdoor op 16 januari 2020 van rechtswege geëindigd. De primaire vorderingen die zijn gebaseerd op de stelling dat de arbeidsovereenkomst tot 15 augustus 2020 doorloopt, kunnen daarom niet worden toegewezen.

*Geen onrechtmatig handelen*

2.15. [eiseres] legt aan haar subsidiaire en meer subsidiaire vorderingen ten grondslag dat [gedaagde] onrechtmatig heeft gehandeld door te handelen in strijd met de eisen van goed werkgeverschap en zich schuldig te maken aan misbruik van recht. Hiervan is echter geen sprake geweest. De kantonrechter licht dit oordeel hieronder toe.

*Geen ontoelaatbare druk om de tweede arbeidsovereenkomst te sluiten*

2.16. [eiseres] verwijt [gedaagde] in de eerste plaats dat [gedaagde] haar op ontoelaatbare wijze onder druk heeft gezet om de tweede arbeidsovereenkomst aan te gaan door haar daartoe over te halen onder dreiging met proeftijdontslag. Volgens [eiseres] heeft [gedaagde] hiermee misbruik gemaakt van haar positie als werkgever en van de proeftijd, omdat [gedaagde] wist, althans had moeten weten, dat [eiseres] op dat moment geen alternatieve mogelijkheden had dan op het aanbod van de tweede overeenkomst in te gaan.

2.17. Dit verwijt ligt in het verlengde van de stelling van [eiseres] dat [gedaagde] met de tweede arbeidsovereenkomst feitelijk een niet toegestane proeftijd van 5 maanden heeft aangeboden. Zoals eerder is overwogen, is hiervan echter geen sprake geweest. Het is bovendien niet zo dat [eiseres] op 16 september 2019 onder dreiging van een proeftijdontslag met de tweede arbeidsovereenkomst heeft ingestemd. Het proeftijdontslag was immers al op 14 september 2019 gegeven en de eerste arbeidsovereenkomst was als gevolg hiervan al geëindigd. Uit het feit dat [eiseres] [gedaagde] in haar e-mail van 14 september 2019 voor de korte maar fijne samenwerking bedankt, kan ook worden afgeleid dat zij wist dat er sowieso een proeftijdontslag zou volgen. Gelet hierop kan niet worden gezegd dat [gedaagde] [eiseres] op ontoelaatbare wijze onder druk heeft gezet om de tweede arbeidsovereenkomst aan te gaan. Niet valt in te zien dat [gedaagde] jegens [eiseres] onrechtmatig heeft gehandeld door haar na de beëindiging van de eerste arbeidsovereenkomst een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden.

*[Gedaagde] heeft in redelijkheid kunnen besluiten de tweede arbeidsovereenkomst niet te verlengen*

2.18. [eiseres] verwijt [gedaagde] verder dat zij geen steekhoudende argumenten heeft gegeven voor het niet verlengen van de tweede overeenkomst. Zoals [B] in zijn e-mail van 13 september

2019 heeft geschreven, vindt [gedaagde] dat de werkervaring van [eiseres] niet overeenkomt met de kwaliteit en het niveau dat zij voor ogen had en van [eiseres] verwachtte. Volgens [eiseres] verlangt [gedaagde] echter ten onrechte van haar het niveau van een advocaat met 8 jaar werkervaring terwijl zij maar 5 jaar werkervaring als advocaat heeft. [gedaagde] betwist dat dit voor de beoordeling van haar functioneren relevant is geweest.

2.19. De kantonrechter merkt hierover op dat op een werkgever in beginsel geen verplichting rust om een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die van rechtswege zal eindigen, te verlengen. Dit kan echter anders zijn als een werknemer bij gebleken geschiktheid een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in het vooruitzicht is gesteld. [gedaagde] betwist dat zij een dergelijke toezegging heeft gedaan. Gezien de e-mail van [B] van 13 september 2019 waarin hij schrijft: "Hopelijk ontwikkelt zich e.e.a. vervolgens dusdanig dat wij aansluitend aan deze overeenkomst een overeenkomst voor onbepaalde tijd met je kunnen aangaan." heeft [gedaagde] naar het oordeel van de kantonrechter echter wel bij [eiseres] de verwachting gewekt dat bij goed functioneren en arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou worden gesloten.

2.20. Daarbij geldt wel dat het aan de werkgever is om te beoordelen of hij de werknemer geschikt vindt voor de functie en dat de werkgever daarbij een ruime beoordelingsvrijheid heeft. De kantonrechter kan een oordeel van de werkgever over de geschiktheid van de werknemer en zijn beslissing de werknemer wegens onvoldoende geschiktheid geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan te bieden, slechts marginaal toetsen. Het toetsingskader is in dit opzicht minder streng dan bij een opzegging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wegens disfunctioneren (artikel 7:669 lid 3 sub d BW).

2.21. Zoals gezegd heeft [gedaagde] voor het niet verlengen van de tweede arbeidsovereenkomst als reden gegeven dat [eiseres] niet functioneert op het niveau dat van haar verwacht mag worden. Uit de door [eiseres] geciteerde transcriptie van de geluidsopname die zij van het gesprek van 11 november 2019 heeft gemaakt, kan worden afgeleid het hierbij niet alleen ging om het juridisch inhoudelijk functioneren van [eiseres], maar ook om de wijze waarop zij communiceerde en bepaalde zaken oppakte.

2.22. [C] heeft in zijn e-mail aan [eiseres] van 11 december 2019 verder het volgende geschreven over het besluit om de arbeidsovereenkomst niet te verlengen:

“In de voorbije maand heb jij meerdere gesprekken gehad. Zowel met mij, [voornaam van A] als [voornaam van B]. In die gesprekken hebben wij jou meerdere keren duidelijk gemaakt waarom wij vinden dat jouw functioneren ondermaats is. Er zijn verschillende voorbeelden genoemd. Ook hebben wij jou aangegeven dat niet alleen wij vinden dat jij ondermaats presteert, maar dat wij ook van anderen gelijksoortige reacties hebben gehad. Ik doel dan met name op [D (voornaam)] en [E (voornaam)]. Ook die zijn ontevreden over de kwaliteit van jouw juridisch werk. Het feit dat je nauwelijks declarabel bent en ook niet in staat om (intern) werk te genereren, is wellicht nog het beste bewijs hiervan. Dit klemt te meer nu er volop werk is en vrijwel iedereen binnen kantoor het druk heeft.

Het bevreemd mij dan ook dat jij aangeeft dat wij op onduidelijke gronden hebben besloten de arbeidsovereenkomst niet te verlengen. Het lijkt mij meer dat jij de kritiek op jouw functioneren niet wilt of kunt begrijpen/accepteren. Overigens is dit al eerder aan de orde gekomen en hebben wij jou dit ook teruggekoppeld. Hierop heb jij gereageerd in de trant van: een ieder heeft zo z'n mindere kanten”

2.23. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft [gedaagde] hiermee voldoende toegelicht waarom zij [eiseres] onvoldoende geschikt vindt voor haar functie van advocaat en haar contract niet wil verlengen. [gedaagde] heeft dit weliswaar in deze procedure in algemene bewoordingen gedaan, maar tussen partijen is niet in geschil dat er verschillende gesprekken hebben plaatsgevonden waarin [gedaagde] meer concreet heeft toegelicht waarom zij niet tevreden was over het functioneren van [eiseres]. [eiseres] is het met de kritiek van [gedaagde] op haar functioneren niet eens, maar gesteld noch gebleken is dat deze kritiek door [gedaagde] geheel uit de lucht is gegrepen en kant noch wal raakt. Het behoort tot de beoordelingsvrijheid van [gedaagde] als werkgever om zich een oordeel te vormen over het functioneren van haar medewerkers en op basis daarvan het besluit te nemen om een tijdelijk contract al dan niet te verlengen. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft [gedaagde] in dit geval in redelijkheid kunnen oordelen dat [eiseres] onvoldoende

geschikt is voor de functie van advocaat zoals die volgens [gedaagde] moet worden ingevuld en in redelijkheid kunnen besluiten haar per 16 januari 2020 geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan te bieden. [gedaagde] heeft deze beslissing al vrij snel genomen, maar dit is op aandringen van [eiseres] zelf geweest. [gedaagde] heeft hiermee niet onrechtmatig jegens [eiseres] gehandeld. De subsidiaire en meer subsidiaire vorderingen zullen daarom ook worden afgewezen.

2.24. [eiseres] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van [gedaagde] worden begroot op € 1.442,- (2 punten x tarief € 721,-).

### 3. De beslissing

De kantonrechter:

3.1. wijst de vorderingen af;

3.2. veroordeelt [eiseres] tot betaling van de proceskosten aan de zijde van [gedaagde], tot de uitspraak van dit vonnis begroot op € 1.442,- aan salaris gemachtigde.

### NOOT

1. In deze zaak staat niet ter discussie dat de proeftijd in de eerste arbeidsovereenkomst met een beoogde duur van een jaar rechtsgeldig overeen is gekomen. Interessant aan de zaak is de vraag of de werkgever de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd mocht opzeggen om vervolgens aansluitend een kortere arbeidsovereenkomst, namelijk voor vier maanden, aan te bieden. Volgens werkneemster is hiermee de *facto sprake* van een verlengde proeftijd. De kantonrechter gaat hier niet in mee en acht het proeftijdontslag rechtsgeldig. De vraag is of dit terecht is.

2. Art. 7:652 lid 8 BW dient op basis van de door de Hoge Raad ontwikkelde ‘ijzeren proeftijddoctrine’ strikt te worden toegepast. Een beding in strijd hiermee, waaronder een beding dat de maximumduur overschrijdt, is nietig, waarbij geen ruimte is voor conversie. Ook verlenging van de proeftijd kan dus niet. Hoe zit dat dan met gevallen waarin de maximumtermijn (min of meer) wordt omzeild door een arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd op te zeggen en te laten opvolgen door een kortere arbeidsovereenkomst?

3. Een interessant oordeel in dit verband is een zaak bij de kantonrechter Utrecht («JAR» 2012/63) waarin een werknemer bij een positieve evaluatie werd voorgehouden dat zijn er geen proeftijdontslag zou volgen. Kort daarna volgde toch proeftijdontslag. Tegelijkertijd bood de werkgever een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan van één maand die de werknemer onder protest aanvaardde. De kantonrechter wijst op de wetsgeschiedenis van art. 7:667 lid 4 BW (Ragelie-regel) waaruit volgt dat omzetting van een arbeidsovereenkomst van onbepaalde in bepaalde tijd tijdens de proeftijd misbruik van recht kan opleveren. Daarvan is hier sprake volgens de kantonrechter, zowel omdat partijen uitdrukkelijk hebben onderhandeld over een overeenkomst voor onbepaalde tijd als gezien de positieve evaluatie.

4. Anders dan in de Utrechtse zaak, gaat het in onderhavige kwestie niet om omzetting van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd naar bepaalde tijd, maar om een verkorting van de duur van de opvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Leidt dit tot een ander oordeel? De lagere rechtspraak pre-WWZ is verdeeld. In een zaak bij de kantonrechter Wageningen («JAR» 2010/6) werd de eerste arbeidsovereenkomst voor twaalf maanden tijdens de proeftijd omgezet in een tweede overeenkomst van zes maanden. De kantonrechter achtte dit nietig want in strijd met de ratio van art. 7:652 BW. Daarbij vond de rechter niet relevant dat de werknemer onder dreiging van proeftijdontslag met de omzetting had ingestemd. In appel («JIN» 2011/736) volgde vernietiging van dit vonnis. Het Hof Arnhem overwoog dat het partijen vrijstaat nadere afspraken te maken over de termijn van de arbeidsovereenkomst. Van een verlenging van de proeftijd is geen sprake, omdat de tweede arbeidsovereenkomst niet onmiddellijk kan worden opgezegd en dus geen proeftijd is. Misbruik was evenmin aan de orde omdat geen ongeoorloofde druk was uitgeoefend op de werknemer.

5. Opvallend is dat bij omzetting naar een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd naar een kortere arbeidsovereenkomst in het oordeel wordt betrokken of de opvolgende arbeidsovereenkomst onmiddellijk kan worden opgezegd. Dit zou mijns inziens geen, of slechts een beperkte, rol moeten spelen. Een werkgever kan immers ook zonder opgave van reden niet verlenen en zeker bij (aanzienlijk) kortere opvolgende

arbeidsovereenkomsten kan dat moment al snel aan de orde zijn. Wat daar ook van zij, de parlementaire geschiedenis (*Kamerstukken I* 2013/14, 33818, nr. E, p. 102-103) bij de WWZ geeft geen uitsluitel, anders dan dat bij proeftijdontslag onder aanbieding van een nieuwe kortere arbeidsovereenkomst sprake van misbruik kan zijn, maar dit niet steeds zo hoeft te zijn. De intentie van de werkgever speelt geen rol en het is aan de rechter om hierover te oordelen. Ook de lite-ratuur biedt geen uitsluitel. Aan de ene kant is er het standpunt (W.H.A.C.M. Bouwens, D.M.A. Bij de Vaate & R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, 2020, p. 519) dat wetsontduiking niet snel mag worden aangenomen omdat het partijen in beginsel vrijstaat in plaats van proeftijdontslag te kiezen voor continuering voor bepaalde tijd. Daar kan ik mij in vinden omdat werkgevers nu eenmaal het recht hebben tot proeftijdontslag over te gaan en de werknemer daarbij betrekkelijk rechteloos is. Dat is nu eenmaal de keuze van de wetgever geweest. Aan de andere kant is er het standpunt (D. Maats, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, aant. 9) dat het, juist gezien de beperkte bescherming van de werknemer, onjuist is om nadruk te leggen op de contractsvrijheid.

6. Is er iets veranderd post-WWZ? De Wolff (*ArbeidsRecht* 2014/37) betoogde nog voor de invoering van de WWZ dat er sneller sprake zal zijn van misbruik omdat de proeftijd nu is gekoppeld aan een termijn van de arbeidsovereenkomst van zes maanden en werkgevers daarmee geacht worden te kiezen tussen een korte arbeidsovereenkomst zonder proeftijd of een langere arbeidsovereenkomst met proeftijd. Deze voorspelling lijkt niet te zijn uitgekomen. Een voorbeeld hiervan is een zaak bij het Hof Amsterdam waarbij een proefperiode werd gehonoreerd zonder schriftelijk proeftijdbeding omdat het gerechtvaardigd vertrouwen ontbrak dat sprake was van een arbeidsovereenkomst, terwijl de werknemer wel al vier dagen meedraaide in de organisatie bij de werkgever (zie «JIN» 2020/57 met noot van mijzelf en kantoorgenoot Dempsey).

7. Dan onderhavige kwestie. De kantonrechter laat zich eigenlijk niet uit over de vraag of sprake is van omzeiling van de ijzeren proeftijddoctrine. De kantonrechter komt hier helaas niet aan toe omdat er geen *nieuwe* proeftijd is overeengekomen. Dit omdat de werkneemster het aanbod voor een nieuwe arbeidsovereenkomst *na* het

proeftijdontslag heeft geaccepteerd. Daar komt bij dat de opvolgende arbeidsovereenkomst niet onmiddellijk kan worden opgezegd. Hiermee kan het argument van de werknemster dat sprake is van een verlengde proeftijd dan wel dat misbruik is gemaakt van de druk van het proeftijdontslag niet worden gevolgd, aldus de kantonrechter. Bij deze motivering kunnen denk ik vraagtekens worden gezet. Ten eerste gaat de kantonrechter voorbij aan de korte duur van de opvolgende arbeidsovereenkomst. Kennelijk doet dit – in lijn met de rechtspraak pre-WWZ – niet ter zake omdat niet onmiddellijk kan worden opgezegd. Daarnaast stelt de werknemster duidelijk dat sprake is van een verlengde proeftijd en dat dit niet mag. Daarom gaat werknemster aanvaardbaar niet op het aanbod in. Vervolgens belt werkgever werknemster waarbij opeens slechts een dag na het proeftijdontslag werknemster het aanbod alsnog accepteert. Een en ander komt op zijn minst gekunsteld over, maar de drempel van misbruik is hiermee op basis van de huidige lijn niet gehaald.

8. Kortom, je zou kunnen zeggen dat er post-WWZ meer nadruk op de contractsvrijheid ligt. Creatieve manoeuvres lijken de toets van misbruik hierbij te kunnen doorstaan. De drempel voor een succesvol beroep op misbruik is daarmee onverminderd hoog, wellicht zelfs hoger. Of dat wenselijk is, is overigens de vraag.

mr. C.L.C. Reynaers  
advocaat Houthoff te Amsterdam

## 296

**Instemming onder voorwaarde van toekomstige instemmingsbevoegdheid is onredelijk**

Kantonrechter Rechtbank Midden-Nederland  
zp Utrecht  
28 oktober 2020, nr. 8672546/UC FORM  
20-5827 LH/1040, ECLI:NL:RBMNE:2020:4722  
(mr. Pinckaers)  
Noot mr. R.J.M. Hampsink

**Bovenwettelijk instemmingsrecht. Vervangende instemming. Voorwaardelijke instemming OR. Ondernemingsovereenkomst.**

[WOR art. 27 lid 4, 32 lid 2; BW art. 7:611, 7:613]

*De ondernemingsraad en de ondernemer hebben sinds 2012 een praktijk ontwikkeld waarin arbeidsvoorwaardenregelingen, inclusief regelingen die buiten het instemmingsrecht van de WOR vallen, ter instemming worden voorgelegd aan de COR. De COR verleent de instemming telkens onder de voorwaarde dat bij intrekking of wijziging van de regeling opnieuw instemming zal worden gevraagd. In 2018 is het bovenwettelijke instemmingsrecht in een convenant opgenomen. In het daaropvolgende convenant van mei 2019 is het bovenwettelijke instemmingsrecht niet opgenomen. De ondernemer legt twee regelingen voor aan de COR die op grond van de WOR geen instemming behoeven. De ondernemer weigert in het besluit op te nemen dat de toekomstige wijziging of intrekking ervan ter instemming aan de COR zal worden voorgelegd. Partijen vragen de kantonrechter of het onthouden van instemming op de grond dat de ondernemer niet akkoord gaat met de hierboven genoemde voorwaarde, onredelijk is op grond van art. 27 lid 4 WOR.*

*De kantonrechter overweegt dat het onthouden van de instemming onredelijk is als de inhoudelijke argumenten van de ondernemer voor het besluit zwaarder wegen dan de inhoudelijke argumenten van de COR om de instemming te onthouden. In het onderhavige geval wordt de instemming onthouden om te bewerkstelligen*