

**JAR 2013/58 Kantonrechter Enschede, 29-01-2013, 427.217 CV EXPL 13-224, LNJ BY9847**

**Geen verplichting om detentie in verleden mede te delen, Geen recidivegevaar**

<b>Publicatie</b>	JAR 2013 afl. 4
<b>Publicatiedatum</b>	04 maart 2013
<b>College</b>	Kantonrechter Enschede
<b>Uitspraakdatum</b>	29 januari 2013
<b>Rolnummer</b>	427.217 CV EXPL 13-224 LNJ BY9847
<b>Rechter(s)</b>	mr. Valk
<b>Partijen</b>	De werknemer te Almelo, eisende partij, gemachtigde: mr. R. Kroon, advocaat te Almelo, tegen Stichting Livio te Enschede, gedaagde partij, gemachtigde: mr. E.P. Cornel, advocaat te Enschede.
<b>Noot</b>	mr. R.L. van Heusden
<b>Trefwoorden</b>	Geen verplichting om detentie in verleden mede te delen, Geen recidivegevaar,
<b>Regelgeving</b>	BW Boek 7 - 611

» **Samenvatting**

De werknemer is op 9 juli 2012 als basisarts in dienst getreden bij de werkgever. In het cv van de werknemer, dat aan de werkgever is verstrekt, blijkt dat over de periode 2003-2011 een gat bestaat in werkervaring. Op 19 december 2012 is de werkgever gebeld door de Hoofdinspectie der Volksgezondheid met de vraag of hij wist dat één van zijn artsen een crimineel verleden had. De werkgever heeft die vraag ontkennend beantwoord. Op 20 december 2012 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen de werkgever en de werknemer. Desgevraagd heeft de werknemer erkend dat hij in detentie heeft gezeten, waarop de werkgever heeft aangegeven dat het vertrouwen in de werknemer ernstig is geschaad. Per 21 december 2012 is de werknemer vrijgesteld van werkzaamheden en is hem bericht dat de arbeidsovereenkomst per 1 maart 2013 van rechtswege zal eindigen. De werknemer vordert toelating tot het verrichten van de bedongen werkzaamheden bij de werkgever.

De kantonrechter overweegt dat de werknemer een intakegesprek heeft gehad met een bemiddelingsbureau. Tijdens dit gesprek is de werknemer geconfronteerd met het feit dat er een gat van acht jaar in zijn cv stond. De werknemer zou daarop hebben gezegd dat hij in die periode voor zijn ouders in Egypte heeft gezorgd en een studie alternatieve geneeswijzen heeft gedaan. Er heeft tevens een gesprek plaatsgevonden tussen de werkgever en de werknemer over zijn werkervaring en opleiding. De vraag is of de werknemer uit zichzelf opening van zaken had moeten geven over de periode vanaf 2003. Ter terechtzitting heeft de werknemer gezegd dat hij de waarheid zou hebben gezegd als hem daarnaar zou zijn gevraagd, maar dat dat laatste niet het geval was. Onder die omstandigheden rustte op de werknemer niet de plicht om uit zichzelf opening van zaken te geven over zijn verleden. Het gebeuren heeft zich afgespeeld in de relationele sfeer, terwijl die situatie zich naar alle waarschijnlijkheid niet meer voor zal gaan doen. Partijen dienen, blijkens jurisprudentie van de Hoge Raad, hun gedrag mede te laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Dit brengt dat de werknemer had moeten praten indien er een reëel recidivegevaar zou ontstaan zodra hij aan het werk zou gaan. Dit laatste doet zich niet voor. Daarnaast heeft de werkgever zijn onwetendheid voor een zeer groot deel aan zichzelf te wijten door niet naar het verleden van de werknemer te vragen. De vordering wordt dan ook toegewezen.

NB. De kantonrechter zoekt aansluiting bij de rechtspraak over het moeten melden van een gezondheidsaandoening die een werknemer ongeschikt maakt voor zijn werkzaamheden, zoals in «JAR» 2010/302, «JAR» 2008/196 en «JAR» 2005/233. Zie over detentie wegens een delict in de privésfeer ook «JAR» 1996/195 en «JAR» 2003/76.

» Uitspraak  
**De procedure**

(...; red.)

**De feiten**

De navolgende feiten die door de ene partij zijn gesteld en door de wederpartij niet of niet voldoende zijn betwist, worden als vaststaand beschouwd.

- De werknemer is op 9 juli 2012 als basisarts in dienst getreden van Livio voor bepaalde duur en wel tot 1 december 2012. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO Verpleeg- en Verzorgingstehuizen en Thuiszorg (CAO VVT) van toepassing.
- Het contract tussen de werknemer en Livio is via het bemiddelingsbureau Start People Medi Interim (Start) tot stand gekomen. Aan dat bureau heeft de werknemer een Curriculum Vitae (CV) verstrekt. In het CV blijkt dat over de periode 2003-2011 een gat bestaat in werkervaring van acht jaar. Start heeft het CV aan Livio verstrekt.
- Bij het aangaan van het dienstverband zijn partijen overeengekomen dat de werknemer de opleiding tot Specialist Ouderen Geneeskunde (SOG) zou gaan volgen.
- Met ondersteuning van Livio heeft de werknemer voor de opleiding tot SOG toelatingsgesprekken gevoerd. Medio december 2012 is de werknemer toegelaten tot de opleiding aan het UMC St. Radboud te Nijmegen. De opleiding vangt aan per 1 maart 2013 en zal drie jaren duren. Gedurende de opleiding treedt de arts in opleiding (AIO) in dienst van de Stichting SBOH.
- In november 2012 is Livio telefonisch benaderd door een journalist van het AD. Gevraagd werd of de werknemer of een andere persoon met een Arabische naam bij Livio als Verpleeghuisarts actief is. Bij gebrek aan wetenschap heeft de betreffende medewerker van Livio hierop aangegeven, dat hij de vraag bevestigend noch ontkennend kon beantwoorden. Later ontdekte de medewerker op het Livio-net dat de werknemer wel bij Livio werkzaam is en heeft hij de manager Verpleeghuizen en LG (de heer [vertegenwoordiger]) van een en ander op de hoogte gesteld. Die heeft daarop de werknemer de vraag gesteld wat de reden kon zijn dat het AD naar hem informeerde. De werknemer antwoordde dat hij dat niet wist, maar dat hij met een vriend een homeopathische praktijk aan het opzetten was en daarvoor een persbericht had doen uitgaan.
- Op 19 december 2012 werd Livio gebeld door de Hoofdinspectie der Volksgezondheid. De vraag werd voorgelegd of zij ervan op de hoogte was dat één van haar artsen een crimineel verleden had. Livio heeft die vraag ontkennend beantwoord.
- Op 20 december 2012 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen de heren X en Y van Livio enerzijds en de werknemer anderzijds. Desgevraagd erkende de werknemer dat hij in detentie had gezeten. Livio gaf daarop aan dat het vertrouwen in de werknemer ernstig was geschaad.
- Bij brief van 21 december 2012 heeft Livio het gesprek van 20 december 2012 bevestigd. Aangegeven werd dat de werknemer bij zijn aanstelling openheid van zaken had moeten geven. Door onjuiste informatie te verschaffen over het gat in zijn CV heeft hij zowel Start als Livio op het verkeerde been gezet. Als gevolg hiervan is het vertrouwen van Livio ernstig geschonden. De werknemer is hierop vrijgesteld van het verrichten van werkzaamheden met behoud van salaris. Tevens werd hem meegedeeld dat de met hem gesloten arbeidsovereenkomst per 1 maart 2013 van rechtswege zou eindigen.
- Op 27 december 2012 is de werknemer door de Inspectie van de Gezondheidszorg (IZG) voor een gesprek uitgenodigd. De uitkomst van dat gesprek was vooralsnog dat men geen argumenten zag om zijn werkzaamheden als arts te beletten dan wel andere maatregelen te treffen. Zijn zogenoemde BIG-registratie is nog onverkort van kracht.

**De vordering**

De werknemer vordert Livio te veroordelen om hem binnen twee dagen na betekening van het in dezen te wijzen vonnis toe te laten tot het verrichten van de bedongen werkzaamheden als verpleeghuisarts/Specialist Ouderenzorg in opleiding en hem alle ondersteuning te bieden bij het effectueren en volgen van de opleiding tot Specialist Ouderen Zorg, waaronder begrepen maar daartoe niet beperkt, het bieden van de voor die opleiding vereiste stageplaatsen en noodzakelijke begeleiding, zulks op straffe van de dwangsom van € 5.000,= voor iedere dag of een gedeelte van de dag dat Livio in gebreke blijft geheel of gedeeltelijk aan deze veroordeling te voldoen, kosten rechtens.

Aangevoerd wordt dat de door Livio aangedragen argumenten tot schorsing en beëindiging van de arbeidsovereenkomst onjuist zijn. De werknemer heeft voor, tijdens, noch na het sluiten van de arbeidsovereenkomst iets verzwegen. Op de hem gestelde vragen heeft hij altijd naar eer en geweten geantwoord. Juist is dat hij niets heeft verteld over zijn strafrechtelijk verleden maar daar is impliciet noch expliciet naar gevraagd. De werknemer hoefde daar ook niet over te spreken omdat het een kwestie betrof die zich in de privésfeer had voltrokken. Die kwestie heeft ook niets van doen met zijn functioneren als arts. Het feit dat Livio niet naar een verklaring omtrent gedrag heeft gevraagd en in het geheel niet naar het (arbeids)verleden van de werknemer heeft geïnformeerd, benadrukt dat dit verleden voor Livio kennelijk niet belangrijk was.

Livio gaat geheel voorbij aan hetgeen partijen met betrekking tot de opleiding zijn overeengekomen. De stelling van Livio dat het voornemen was de overeenkomst in februari 2013 te sluiten kan niet worden gevolgd, aldus de werknemer. Bij het traject van de opleiding is Livio immers uitvoerig betrokken geweest. Als opleidingsinstituut heeft zij alle contacten met de opleidingsinstellingen (UMC St. Radboud) onderhouden. De werknemer wijst erop dat de bevestiging van toelating tot de opleiding in afschrift is verzonden aan Opleidingsinrichting Livio, t.a.v. zowel de directie als aan de aan Livio verbonden opleider. De werknemer vordert op grond hiervan nakoming van de verplichtingen uit die overeenkomst.

#### ***Het verweer***

De werknemer heeft zowel in de sollicitatiefase als tijdens het dienstverband zijn informatieplicht geschonden. Door te verzwijgen dat hij in 2004/2005 is veroordeeld tot een langdurige gevangenisstraf wegens een levensdelict (de werknemer is veroordeeld tot 15 jaar gevangenisstraf wegens het in brand laten steken van zijn vrouw) en vervolgens foutieve informatie te verschaffen over het gat in zijn CV (de werknemer gaf aan dat hij in die periode zijn zieke moeder in Egypte verzorgde) heeft de werknemer zowel Start als Livio op het verkeerde been gezet. Daarnaast zijn er twee momenten geweest waarop de werknemer die informatie alsnog had kunnen geven. Dat was op het moment dat de heer X hem vroeg naar het hoe en waarom van de vraag om informatie van het AD, en op het moment dat de werknemer op eigen initiatief contact zocht met de betreffende journalist van het AD. Livio is van mening dat de verzwegen informatie relevante informatie bevat voor de uit te oefenen functie. Door daarover geen openheid van zaken te geven heeft de werknemer het vertrouwen van Livio in hem onherstelbaar beschadigd.

Juist is dat tussen partijen de intentie is uitgesproken dat wanneer de werknemer tot de opleiding SOG zou worden toegelaten, Livio in dat kader de benodigde interne als externe stageplaatsen zou bieden, en dat zij gedurende die drie jaar het inkomen van de werknemer zou aanvullen. Tot het definitief aangaan van de beoogde studieovereenkomst is het echter niet gekomen. De overeenkomst zou in februari 2013 worden gesloten.

Livio concludeert de werknemer niet ontvankelijk te verklaren in zijn vorderingen dan wel hem deze te ontzeggen, met veroordeling in de kosten van het geding.

#### ***De motivering voor de beslissing in kort geding***

Livio is in oktober 2011 een samenwerkingsovereenkomst aangegaan met Start People Medi Interim, welk bedrijf zich profileert als specialistisch arbeidsmarktintermediair in innovatieve oplossingen voor personele vraagstukken binnen de zorg- en welzijnssector.

Krachtens deze overeenkomst voert Start People intake- en selectiegesprekken volgens een professionele methode, welke in 7 stappen verloopt. Tot één van die stappen behoort screening van de kandidaat.

Met betrekking tot de werknemer heeft Start People op 25 februari 2012 een intakegesprek gehouden in het Van der Valk hotel te Hengelo. Mevrouw A van Start People heeft een gesprek met de werknemer gevoerd. Een dag eerder is er door Start People een check gedaan op de BIG-registratie.

Vervolgens zijn er enkele gesprekken geweest. Mevrouw A zegt dat zij in die gesprekken de werknemer heeft geconfronteerd met het feit dat er een gat van 8 jaar in zijn CV stond.

Mevrouw A zegt dat de werknemer haar daarop heeft gezegd dat hij in die periode voor zijn ouders in Egypte heeft gezorgd. Ook zou hij in die periode een studie alternatieve geneeswijzen hebben gedaan.

Feit is dat het vinden van verpleeghuisartsen moeilijk is. Om die reden neemt Livio sedert enige tijd basisartsen in dienst, voor bepaalde tijd, om tijdens de bepaalde tijd over en weer te kunnen beoordelen of de opleiding tot Specialist Ouderen Geneeskunde (SOG) een begaanbare weg is voor beide partijen.

Op 8 juni 2012 heeft Start People de werknemer spontaan voorgedragen bij Livio voor een snuffelstage.

Op 15 juni 2012 heeft de werknemer een gesprek gehad met de manager behandeling en paramedische diensten en leidinggevende van de verpleeghuisartsen bij Livio, de heer X. Livio stelt zelf dat er tijdens dat gesprek is gesproken over de werkervaring en opleiding van de werknemer. De werknemer zou in dat gesprek uitdrukkelijk te kennen hebben gegeven dat de recente ziekte van zijn moeder (kanker) hem het gevoel had gegeven om over te stappen naar de ouderengeneeskunde. Echter daarmee is niet gezegd dat de werknemer gedurende 8 jaar zijn zieke moeder in Egypte heeft verzorgd.

De heer X heeft ter terechtzitting gezegd dat hij tijdens het gesprek met de werknemer had moeten doorvragen omtrent het gat in zijn CV, maar dat niet heeft gedaan.

De voorliggende vraag is dan of de werknemer uit zichzelf opening van zaken had moeten geven over de periode vanaf 2003. Hijzelf vindt van niet. Hij zegt dat de reclassering hem heeft aangeraden niet uit zichzelf te gaan spreken over zijn verleden.

Daarnaast heeft hij ter terechtzitting gezegd dat hij de waarheid zou hebben gezegd als hem daarnaar zou zijn gevraagd, maar dat dat laatste niet het geval was.

Naar het oordeel van de kantonrechter rustte op de werknemer onder die omstandigheden niet de plicht om uit zichzelf opening van zaken te geven omtrent zijn verleden.

Livio betoogt weliswaar anders maar daarbij miskent zij dat er voor de werknemer geen reden aanwezig was om er van uit te gaan dat zijn spreken noodzakelijk was voor een goede uitoefening van de werkzaamheden: het gebeuren heeft zich immers afgespeeld in de relationele sfeer, terwijl die situatie zich naar alle waarschijnlijkheid niet meer voor zal gaan doen, zodat het verleden niet relevant is voor een goede uitoefening van de werkzaamheden.

Partijen dienen, aldus de Hoge Raad, hun gedrag mede te laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Dit brengt met zich mee, zo concludeert de kantonrechter, dat de werknemer had moeten praten, indien er een reëel recidive gevaar zou ontstaan, indien de werknemer de werkzaamheden zou gaan uitvoeren. Dit laatste doet zich echter niet voor.

Daarnaast mag toch zeker niet onvermeld blijven dat Livio haar onwetendheid voor een zeer groot deel aan haarzelf te wijten heeft door niet naar het verleden van de werknemer te vragen, terwijl daarvoor alle redenen en aanwijzingen aanwezig waren.

Het proefschrift van mr. Kötter, getiteld "de rechtspositie van de sollicitant en de werknemer tijdens de proeftijd" maakt dat niet anders.

Voorts is ter terechtzitting gezegd door en namens Livio dat het nog maar de vraag was of zij, op de hoogte zijnde van het verleden van de werknemer, bij de sollicitatie zou hebben afgezien van de snuffelstage. Zij zou graag de mogelijkheid hebben gehad om een onderzoek te laten uitvoeren naar een persoonlijkheidsstoornis en door het zwijgen van de werknemer is haar die mogelijkheid ontnomen.

Dit argument komt de kantonrechter wat onwaarachtig voor. Het zou dan veel meer voor de hand hebben gelegen dat Livio een dergelijk onderzoek bij aankomende verpleeghuisartsen tot norm gaat verheffen en niet slechts afwachtend gaat reageren op eventuele mededelingen vanuit de aspirant arts.

Livio heeft geconcludeerd tot afwijzing van de vordering. Zij heeft de overeenkomst beëindigd omdat, zo zegt zij, het vertrouwen van haar in de werknemer onherstelbaar is beschadigd.

Dat het vertrouwen een deuk heeft opgelopen, wil de kantonrechter wel geloven, maar dat deze onherstelbaar is, lijkt wat overtrokken. Noch uit de stukken, noch uit het verhandelde ter terechtzitting blijkt van een spoor van kritiek op het functioneren van de werknemer, zodat het er voor moet worden gehouden dat de werknemer op een adequate wijze functioneert.

Als die deuk in het vertrouwen er is, dan dient Livio de hand ook in eigen boezem te steken. Mede door haar toedoen is deze hele onverkwikkelijke zaak immers ontstaan. Indien zij op een

alerte wijze het sollicitatiegesprek was ingegaan en in dat gesprek de gebruikelijke vragen had gesteld, dan had zij het hele verhaal boven tafel gekregen. Dit heeft zij niet gedaan, zodat het niet fair lijkt om de gevolgen van haar eigen onjuist handelen geheel en al voor rekening van de werknemer te laten komen. Dat gebeurt immers als de vordering van de werknemer wordt afgewezen: hij zal naar alle waarschijnlijkheid na alle commotie in de media over deze zaak nergens een stageplaats kunnen bemachtigen!

Uit voorgaande vloeit voort dat de kantonrechter de vordering in kort geding als na te melden zal toewijzen. De vraag of er sprake is van een al dan niet verlengde arbeidsovereenkomst kan daarbij voorshands buiten beschouwing blijven, omdat het in deze gaat om de beweerde overeenkomst die er toe zou leiden dat de werknemer zal worden toegelaten tot de opleiding tot specialist Ouderengeneeskunde. Het moge dan zo zijn dat er wellicht (nog) geen op schrift gestelde overeenkomst met betrekking tot de stageplaats bij Livio is opgesteld, feit is wel dat beide partijen op zijn zachtst gezegd de intentie hadden om de werknemer in staat te stellen die opleiding te gaan volgen en dat Livio daarvoor een stageplaats zou leveren. Dit nu is de strekking van de vordering van de werknemer en die is naar de vaste overtuiging van de kantonrechter toewijsbaar.

Gelet op de grote publiciteit die deze zaak in de media heeft gekregen, ligt het voor de hand dat Livio enige tijd nodig heeft om binnen haar organisatie weer een plaats voor de werknemer in te ruimen. De gevraagde termijn van twee dagen komt de kantonrechter in dit verband wat kort voor. Die termijn zal gesteld worden op één week. De dwangsom zal de kantonrechter bepalen op € 1.000,= per dag en zal worden gemaximeerd tot € 45.000,=.

Livio zal als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van deze procedure worden verwezen.

#### **De beslissing**

Veroordeelt Livio om de werknemer binnen één week na betekening van dit vonnis toe te laten tot het verrichten van de bedongen werkzaamheden als verpleeghuisarts/specialist Ouderenzorg in opleiding en hem alle ondersteuning te bieden bij het effectueren en volgen van de opleiding tot Specialist Ouderen Zorg, waaronder begrepen maar daartoe niet beperkt, het bieden van de voor die opleiding vereiste stageplaatsen en noodzakelijke begeleiding, één en ander op straffe van een dwangsom van € 1.000,= per dag of gedeelte van een dag dat Livio in gebreke blijft geheel of gedeeltelijk aan deze veroordeling te voldoen.

Stelt het bedrag dat Livio terzake die dwangsom maximaal zal verbeuren vast op € 45.000,=.

Veroordeelt Livio in de kosten van deze procedure, tot op heden aan de zijde van de werknemer begroot op € 172,38 wegens verschotten en € 400,= wegens salaris van zijn gemachtigde.

Verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

Wijst af het meer of anders gevorderde.

#### **» Noot**

In de rechtspraak en literatuur wordt in het algemeen aangenomen dat een sollicitant alleen dan een zelfstandige mededelingsplicht in de richting van de werkgever heeft indien hij weet of behoort te weten dat bepaalde informatie wezenlijk is voor het verrichten van de beoogde functie (zie bijv. R.F. Kötter, 'De rechtspositie van de sollicitant', *Arbeidsrecht* 2011/40, NJ 1981/507, *RAR* 2006/77 en «JAR» 2012/263). Het oordeel van de kantonrechter dat de werknemer voorafgaand aan indiensttreding niet uit eigen beweging melding had hoeven te maken van zijn strafrechtelijke verleden, omdat dit verleden niet relevant was voor een goede uitoefening van de werkzaamheden, is derhalve niet opmerkelijk. Wel opmerkelijk is dat de kantonrechter van oordeel lijkt dat het de werkgever in de sollicitatiefase zonder meer vrij staat om gerichte vragen te stellen ten aanzien van het strafrechtelijke verleden van de sollicitant, ongeacht of deze informatie relevant is voor de functie of niet, en dat de werknemer gehouden is deze vragen naar waarheid te beantwoorden. De vraag is of dit oordeel juist is.

De verhouding tussen partijen in de sollicitatiefase wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid (Asser/Heerma van Voss 7-V 2012/49). Uit de redelijkheid en billijkheid vloeit voort dat partijen rekening dienen te houden met elkanders gerechtvaardigde belangen. Als het gaat om de belangen van de sollicitant bij het gevrijwaard blijven van vragen omtrent zijn strafrechtelijke verleden kan allereerst gewezen worden op het recht op privacy. Dit recht is verankerd in art. 8 EVRM, art. 17 IVBPR en art. 10 Grondwet en vindt nadere uitwerking in onder meer de Wbp. Algemeen uitgangspunt binnen de Wbp is dat gegevens alleen mogen worden verwerkt indien dit noodzakelijk is voor de behartiging van een gerechtvaardigd belang

en voor zover de verwerking de toets van proportionaliteit en subsidiariteit kan doorstaan. De Wbp merkt strafrechtelijke gegevens daarbij aan als *bijzondere* persoonsgegevens, net als gegevens betreffende iemands godsdienst, ras, politieke gezindheid, gezondheid, e.d. (zie art. 16 Wbp), en legt aan de verwerking daarvan bijzondere regels op. Zo vallen strafrechtelijke gegevens van sollicitanten niet onder het Vrijstellingsbesluit Wbp en mogen deze derhalve niet zonder melding aan het CBP verwerkt worden. Bij de belangen van de sollicitant bij het gevrijwaard blijven van vragen omtrent zijn strafrechtelijke verleden kan voorts gewezen worden op zijn belang bij resocialisatie, dat als mensenrecht is vastgelegd in art. 10 lid 3 IVBPR, op het recht op (vrije keuze van) arbeid en op het recht op gelijke kansen (vgl. I.P. Asscher-Vonk, *Toegang tot de dienstbetrekking* (diss.), 's-Gravenhage 1989, p. 199 en 208). Opgemerkt kan daarbij worden dat resocialisatie niet alleen een persoonlijk maar ook een belangrijk maatschappelijk belang is. In dit verband is relevant dat bij de vaststelling van wat de redelijkheid en billijkheid eisen niet alleen rekening gehouden moet worden met de persoonlijke belangen van partijen maar ook met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken (art. 3:12 BW).

In het licht van het voorgaande kan het belang dat de werkgever heeft bij het verkrijgen van informatie omtrent het strafrechtelijke verleden van de sollicitant naar ik meen alleen dan prevaleren indien een strafrechtelijk verleden in de weg staat aan een verantwoorde invulling van de werkzaamheden. Steun voor dit standpunt is te vinden in de in overleg met de Stichting van de Arbeid opgestelde NVP Sollicitatiecode. Deze code zegt over strafrechtelijke gegevens als zodanig weliswaar niets, maar benadrukt wel het belang van privacy en stelt dat de werkgever tijdens het sollicitatiegesprek alleen vragen over aspecten mag stellen die voor de functie-ervulling relevant zijn.

In het kader van genoemde proportionaliteit en subsidiariteit kan dan nog worden opgemerkt dat zelfs wanneer naar het gevoelen van de werkgever een strafrechtelijk verleden relevant is voor de functie, de werkgever daarnaar niet rechtstreeks hoeft te vragen maar de sollicitant kan verzoeken een Verklaring Omtrent Gedrag ("VOG") te overleggen. Het Ministerie van Veiligheid en Justitie weigert in beginsel een VOG, zo valt te lezen in de Beleidsregels VOG-NP-RP 2013 (*Stcrt.* 2013/5409), indien "de justitiële gegevens die ten aanzien van de aanvrager zijn aangetroffen, indien herhaald, gelet op het risico voor de samenleving, een belemmering vormen voor een behoorlijke uitoefening van de functie/taak/bezigheid waarvoor de VOG is aangevraagd". Verlangt de werkgever een VOG, dan brengt dit zodoende ook uitkomst voor de sollicitant die twijfelt over de vraag of op hem een zelfstandige mededelingsplicht rust of niet (vgl. «JAR» 2008/116). Dat deze vraag niet altijd gemakkelijk te beantwoorden is, blijkt al uit het feit dat de rechter in de ontbindingsprocedure die volgde op de onderhavige zaak, anders dan zijn collega, wél uitging van een zelfstandige spreekplicht en de arbeidsovereenkomst ontbond zonder vergoeding (LJN:BZ1359).

Maar wat te doen als werkgever niet naar een strafrechtelijk verleden mag vragen, maar het toch doet? De vraag niet beantwoorden - met als argument "Dat mag u niet vragen" - zal de sollicitant geen soelaas bieden. Ten aanzien van de zwangere sollicitante wordt om die reden wel aangenomen dat zij op een ongepaste vraag mag liegen (zie bijv. *NJ* 1991/144 en D.J. Rutgers in: E. Verhulp en W.A. Zondag (red.), *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, Deventer: Kluwer 2008, p.129). Verdedigd kan worden dat hetzelfde opgaat voor een ongepaste vraag naar het strafrechtelijk verleden. In deze zin oordelen onder anderen ook R.F. Kötter, *De rechtspositie van de sollicitant en van de werknemer tijdens de proeftijd* (diss.), Deventer: Kluwer 2010, p. 94 en O. van der Kind, 'De spreekplicht en het zwijgrecht van de sollicitant', *Arbeidsrecht* 1998/11. Dat liegen een weinig vruchtbare basis is om een arbeidsrelatie te beginnen, en tot mogelijke strubbelingen in die relatie leidt bij ontdekking, moge duidelijk zijn, maar is de enige remedie om recht te doen aan bovengenoemde gerechtvaardigde belangen. Daarbij zullen genoemde strubbelingen, alsook de eventuele geschokte reacties onder collega's, naar ik meen niet snel een zelfstandige grond voor ontslag kunnen vormen (vgl. «JAR» 2011/19 m.nt. M.M. Koevoets en «JAR» 2011/50; on-juist in mijn optiek is «JAR» 2008/116). Een beroep op art. 7:678 lid 2 onder a BW gaat naar ik meen evenmin op.

Het bovenstaande laat intussen uiteraard onverlet dat de werkgever die niet naar het strafrechtelijke verleden van de sollicitant mag vragen, maar niettemin huiverig is om een sollicitant met een strafrechtelijk verleden in dienst te nemen, uit een significant 'gat' in diens CV toch zijn conclusies zal kunnen trekken.

mr. R.L. van Heusden,