

University of Groningen

Hoe (ernstig) verwijtbaar is seksuele intimidatie?

de Groot, L.C.

Published in:
 Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
 Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
 2022

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
 de Groot, L. C. (2022). Hoe (ernstig) verwijtbaar is seksuele intimidatie? *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk*, 2022 (7), 4-12. ???articleNumberLabel??? TAP 229.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

229. Hoe (ernstig) verwijtbaar is seksuele intimidatie?

MR. L.C. DE GROOT

Vijf jaar na #MeToo wijst de Hoge Raad de vuistregel – inhoudende dat seksuele intimidatie in afhankelijkheidsrelaties in beginsel ernstig verwijtbaar handelen oplevert – af.¹ Het gevolg daarvan is dat de werkgever, als sprake is van seksuele intimidatie op de werkvloer, alsnog een transitievergoeding aan de ‘pleger’ verschuldigd kan zijn. Deze uitspraak roept de vraag op wanneer sprake is van seksuele intimidatie op de werkvloer, aan welke verplichtingen de werkgever in dit verband moet voldoen en wanneer seksuele intimidatie (ernstig) verwijtbaar handelen oplevert. Dit artikel bespreekt de hiervoor genoemde vragen en betreft daarbij de uitspraak van de Hoge Raad.

Inleiding

Het is inmiddels vijf jaar sinds #MeToo en seksuele intimidatie op de werkvloer is nog altijd een groot probleem. Meer dan 10% van de vrouwen kreeg in 2021 te maken met ongewenst seksueel gedrag op het werk.² Op grond van een enquête onder haar leden schat het CNV het aantal vrouwen dat te maken krijgt met seksuele intimidatie op de werkvloer op twee miljoen.³

Dit is problematisch voor de hele maatschappij. Seksuele intimidatie kan ernstige gevolgen hebben, zowel persoonlijk als op het werk.⁴ Ook zijn psychische gevolgen mogelijk, variërend van stress, depressie of burn-out⁵ tot suïcidaal gedrag.⁶ Daarnaast bestaat het risico dat seksueel geïntimideerde werknemers (voorgoed) werkloos raken omdat zij niet willen terugkeren in de betreffende (of een andere) arbeidsrelatie. Voor de werkgever kunnen de kosten bij seksuele intimidatie hoog oplopen. Onderzoekers beramen potentiële kosten in een individueel geval van seksuele intimidatie op de werkvloer tot bijna € 300.000.⁷ Dit bedrag bestaat uit onder andere kosten voor personeelsvervanging, advies en een exitregeling en omvat *niet* de medische kosten en verzuimkosten.

In het Nederlandse recht ligt de verantwoordelijkheid voor de aanpak van seksuele intimidatie voornamelijk bij de werkgever.⁸ De werkgever kan bij seksuele intimidatie onder andere de kantonrechter verzoeken de arbeidsovereenkomst met de beschuldigde werknemer te ontbinden wegens (ernstig) verwijtbaar handelen.⁹ Op grond van de wet wordt echter niet duidelijk in welke gevallen seksuele intimidatie (ernstig) verwijtbaar handelen oplevert. Relevant in dit verband is de uitspraak van de Hoge Raad van 24 juni 2022, waarin de vraag centraal staat of als uitgangspunt moet gelden dat seksuele intimidatie in een afhankelijkheidsrelatie in beginsel ernstig verwijtbaar handelen oplevert.¹⁰ Het voorgaande vormt aanleiding voor de volgende onderzoeksvraag: in hoeverre levert seksuele intimidatie (ernstig) verwijtbaar handelen op? Om tot een antwoord op deze onderzoeksvraag te komen, bespreek ik eerst op grond van wetgeving, wetsgeschiedenis en jurisprudentie de definitie van seksuele intimidatie op de werkvloer. Vervolgens analyseer ik aan de hand van wetgeving en jurisprudentie welke verplichtingen gelden voor de werkgever bij seksuele intimidatie, zowel jegens het vermeende slachtoffer als de beschuldigde werknemer. Ook bespreek ik op grond van wetgeving en jurisprudentie wanneer seksuele intimidatie (ernstig) verwijtbaar handelen oplevert en welke omstandigheden daarbij relevant zijn. Tot slot behandel ik de uitspraak van de Hoge Raad, waarin de vraag centraal staat of als uitgangspunt moet gelden dat seksuele intimidatie in een afhankelijkheidsrelatie in beginsel ernstig verwijtbaar handelen oplevert. Daarbij komt tevens aan bod hoe deze uitspraak past binnen de bestaande rechtspraak.

1 Mr. L.C. de Groot is als promovenda verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen. Zij bereidt een dissertatie voor over het juridische begrip ‘seksuele intimidatie op de werkvloer’.

2 ‘Nationale enquête arbeidsomstandigheden 2021’, tno.nl.

3 ‘CNV-onderzoek: meerderheid vrouwen seksueel geïntimideerd op werkvloer’, cnv.nl.

4 F. Joemmanbaks & H. de Graaf, *Fenomenen van seksueel geweld in Nederland*, Rutgers 2022.

5 ‘Waarom is het belangrijk dat een werkgever iets doet tegen seksuele intimidatie?’, nlarbeidsinspectie.nl.

6 L.L. Magnussen Hanson e.a. ‘Work related sexual harassment and risk of suicide and suicide attempts: prospective cohort study’, *British Medical Journal* 2020/370.

7 ‘Sociale veiligheid in de Nederlandse wetenschap’, rijksoverheid.nl.

8 Slachtoffers kunnen de dader rechtstreeks aanspreken op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW), maar in de praktijk gebeurt dit zelden. Een oorzaak hiervoor kan gelegen zijn in de hoge bewijslast.

9 Art. 7:671b lid 1 sub a BW en art. 7:669 lid 3 sub e BW.

10 HR 24 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:950 (*Stichting Zuyd Hogeschool*).

Seksuele intimidatie

Wat is seksuele intimidatie op de werkvloer? Om daar een antwoord op te geven, bespreek ik eerst de implementatie van de definitie uit het EU-recht en de bedoelingen van de Nederlandse wetgever daarbij. Vervolgens wijd ik aandacht aan de twee componenten van de definitie.

Ter verdieping van de analyse van de elementen van de definitie heb ik jurisprudentieonderzoek uitgevoerd. Het jurisprudentieonderzoek bestaat uit 227 zoekresultaten,¹¹ gefilterd op bruikbaarheid.¹² Uiteindelijk acht ik 125 uitspraken bruikbaar. In 25 van de 125 uitspraken ontbreekt een inhoudelijke behandeling van de vermeende seksuele intimidatie. Van de andere 100 uitspraken toetst de rechter in 11 uitspraken de gedraging aan de wettelijke definitie van seksuele intimidatie.¹³

Implementatie definitie uit het EU-recht

De huidige definitie van seksuele intimidatie in Nederland vindt haar oorsprong in het EU-recht¹⁴ en staat in art. 7:646 lid 8 Burgerlijk Wetboek (BW), art. 1a lid 3 Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) en art. 1a lid 3 Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen (WGB). Deze definitie luidt als volgt: *‘enige vorm van verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag met een seksuele connotatie dat als doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast, in het bijzonder wanneer een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie wordt gecreëerd.’*¹⁵ Het verschil met de definitie in het EU-recht is dat het element ‘ongewenst’ in de Nederlandse definitie ontbreekt. Volgens de Nederlandse wetgever is dit een

subjectief begrip en moet *‘in rechte niet gestreden worden over de innerlijke belevingswereld van betrokkenen’*.¹⁶

De Nederlandse wetgever wenst dus een objectieve benadering van de definitie van seksuele intimidatie. In de praktijk lijkt dit moeilijk. In het Leprastichting-arrest overweegt de Hoge Raad dat het gerechtshof geen rechtsregel heeft geschonden door rekening te houden met de omstandigheid dat de gedraging in kwestie voor de van seksuele intimidatie beschuldigde werknemer geen seksuele lading had.¹⁷ Het rekening houden met de intentie van de ‘pleger’ betekent een subjectief element in de beoordeling van de wettelijke definitie. Dit strookt niet met de objectiveringswens van de wetgever. Deze uitspraak is dan ook stevig bekritiseerd in de rechtsliteratuur.¹⁸

Enige vorm van verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag met een seksuele connotatie

Dit is de eerste component van de wettelijke definitie van seksuele intimidatie. Bij seksuele intimidatie moet sprake zijn van een **gedraging** met een **seksuele connotatie**. Deze elementen worden hierna besproken.

‘Gedraging’

Met *‘enige vorm van verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag’* beoogt de wetgever een breed scala aan gedragingen te bestrijken. De wetgever geeft een niet-limitatieve opsomming van seksueel intimiderende gedragingen. Deze kunnen bestaan uit specifieke gedragingen, variërend van dubbelzinnige opmerkingen maken, onnodig aanraken, gluren, pornografische afbeeldingen op het werk tonen tot strafbaar gestelde feiten zoals aanranding en verkrachting. Ook seksuele chantage valt onder deze definitie.¹⁹

Uit de rechtspraak blijken eveneens diverse en uiteenlopende gedragingen onder seksuele intimidatie te vallen. De betreffende gedragingen bestaan uit seksueel getinte opmerkingen, berichten of vragen, seksuele toespelingen, tonen of sturen van pornografische afbeeldingen, aanrakingen, (poging tot) zoenen, seksueel contact, aanranding, seksueel misbruik en (poging tot) verkrachting.

‘Seksuele connotatie’

Volgens de wettelijke definitie moet de gedraging een seksuele connotatie bevatten. Wie bepaalt of daar sprake van is? Soms overweegt de rechter uitdrukkelijk of de gedraging in kwestie een seksuele connotatie heeft.²⁰ In deze gevallen wordt echter niet duidelijk waaruit een seksuele lading

11 Op grond van de zoekterm ‘seksuele intimidatie’ is gezocht naar uitspraken op uitspraken.rechtspraak.nl en zijn de volgende filters toegepast: Rechtsgebieden: ‘Bestuursrecht’ (waarbinnen is gefilterd op ‘Ambtenarenrecht’ en ‘geen subrechtsgebied’) en ‘Civiel recht’ (waarbinnen is gefilterd op ‘Arbeidsrecht’, ‘Verbintenissenrecht’ en ‘geen subrechtsgebied’); Instanties: Hoge Raad, Centrale Raad van Beroep, Gerechtshoven en Rechtbanken; Data: gepubliceerd en uitgesproken tussen 5 oktober 2012 en 5 oktober 2022.

12 Uitspraken die ik niet bruikbaar acht, zijn bijvoorbeeld uitspraken waarin seksuele intimidatie als voorbeeld van ongewenst gedrag of psychosociale arbeidsbelasting wordt genoemd, terwijl de zaak zelf inhoudelijk niet over seksuele intimidatie gaat. Een ander voorbeeld van niet-bruikbare uitspraken zijn die welke inhoudelijk niet over seksuele intimidatie gaan, maar bijvoorbeeld over intimidatie wegens seksuele geaardheid. Verder acht ik andere uitspraken die duidelijk geen link hebben met het arbeidsrecht, zoals uitspraken over perspublicaties of woninghuur, niet bruikbaar. Uitspraken in eerste aanleg vind ik niet bruikbaar, als dezelfde uitspraak in hoger beroep terugkomt in de zoekresultaten. Anders zouden feiten uit uitspraken dubbel gaan tellen waardoor een vertekend beeld ontstaat.

13 Dit kleine getal is mogelijk te verklaren doordat de meeste gerechtelijke procedures een door de werkgever opgelegde maatregel jegens de werknemer wegens seksuele intimidatie betreffen. Daarvoor zijn andere toetsingskaders van belang, die niet vereisen dat de rechter de gedraging(en) in kwestie aan de wettelijke definitie van seksuele intimidatie toetst.

14 Geïmplementeerd door richtlijn 2002/73/EG, thans is de definitie terug te vinden in de Herschikingsrichtlijn (richtlijn 2006/54/EG).

15 Art. 1a AWGB spreekt van ‘omgeving’ in plaats van ‘situatie’. In de praktijk maakt deze afwijking in terminologie geen verschil.

16 *Kamerstukken II 2005/06, 30237, 6, p. 8.* Verschillende auteurs uiten hier kritiek op, zie onder andere Asscher-Vonk, in: *Arbeidsovereenkomst*, art. 1a AWGB, aant. 2 (online, bijgewerkt 24 maart 2020) en J.P. Zeilstra, ‘Seksuele intimidatie: een geobjectiveerd begrip?’, *ArA* 2011/2.

17 Hoge Raad 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI4209 (*Leprastichting*), r.o. 3.3.

18 Zie onder andere M.C. van de Laar & D.C.A. Pfenning, ‘Billenkijpen in de ‘darkroom’: geen seksuele intimidatie’, *AR* 2010/24; H.M.T. Holtmaat, *Seksuele intimidatie: De juridische gids* 2009, p. 106.

19 *Kamerstukken II 2005/06, 30552, 3, p. 25-26.*

20 Onder andere in Hof ‘s-Hertogenbosch 21 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2705, r.o. 5.6.7.1; Rb. Oost-Brabant 10 februari 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:459, r.o. 5.6.

dan zou moeten blijken. De kantonrechter in Oost-Brabant overweegt bijvoorbeeld dat van het billenknippen van een collega op een feest geen seksuele lading is gebleken.²¹ Voor sommige personen is billenknippen *an sich* een seksueel geladen handeling. Deze overweging benadrukt mijns inziens een problematisch aspect van de definitie van seksuele intimidatie: wie bepaalt wanneer een handeling een seksuele connotatie heeft?

Volgens de wettelijke definitie moet de gedraging een seksuele connotatie bevatten. Wie bepaalt of daar sprake van is?

Dat als doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast, in het bijzonder wanneer een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie wordt gecreëerd

Dit is de tweede component van de wettelijke definitie. Op grond van de toepassing van de wettelijke definitie in de rechtspraak wordt niet helder wanneer sprake is van een aantasting van de waardigheid van een persoon. In een aantal uitspraken motiveert de rechter of sprake is van een aantasting van de waardigheid van een persoon.²² Rechtbank Midden-Nederland overweegt bijvoorbeeld dat het gevolg van de aantasting van de waardigheid blijkt uit de mededeling dat de werknemer niet wil terugkeren op de werkplek als de beschuldigde werknemer daar onderdeel van uit blijft maken.²³ In andere uitspraken mist echter de motivering waar de aantasting van de waardigheid uit zou moeten blijken.²⁴ Soms overweegt de rechter dat de beschuldigde werknemer met zijn gedragingen een onveilige²⁵ of intimiderende²⁶ omgeving heeft gecreëerd, twee elementen die de wettelijke definitie niet noemt.

Nabeschuiving

Hoewel de wetgever een objectieve uitleg van de definitie van seksuele intimidatie wenst, blijkt dit in de praktijk moeilijk te verwezenlijken. Binnen de rechtspraak wordt verschillend gedacht over wanneer gedragingen als seksuele intimidatie zijn aan te merken. Zo vindt de ene rechter dat de gedraging die in privé-tijd heeft plaatsgevonden niet als seksuele intimidatie op de werkvloer gekwalificeerd kan

worden,²⁷ terwijl andere rechters contact via social media in privé-tijd betrekken bij de beoordeling van seksuele intimidatie op de werkvloer.²⁸ In meerdere gevallen acht de rechter relevant of sprake is van een groot leeftijdsverschil, terwijl het gerechtshof 's-Hertogenbosch een leeftijdsverschil van 27 jaar niet heel relevant acht, omdat beide betrokkenen meerderjarig zijn.²⁹

De aard van seksuele intimidatie compliceert de toepassing van een objectieve uitleg. De grenzen voor seksuele intimidatie verschillen namelijk per persoon. Wat voor de een als grensoverschrijdend wordt ervaren, is voor de ander normaal gedrag.³⁰ De jurisprudentie is daarmee mijns inziens illustratief voor de problematiek rond het kwalificeren van seksuele intimidatie.

Het gevolg van verschillende benaderingen in de jurisprudentie is onzekerheid over wanneer welke gedragingen zijn aan te merken als seksuele intimidatie. Ook Govaert meent dat het gebrek van een eenduidig toetsingskader tot rechts-onzekerheid leidt.³¹ Hierdoor is voor 'slachtoffers' onduidelijk wanneer een bepaalde gedraging in strijd is met de wet en in welke gevallen zij juridisch actie kunnen ondernemen. Bovendien is voor 'plegers' niet duidelijk wanneer zij zich schuldig maken aan seksuele intimidatie.³² Daardoor ontbreekt voor werkgevers helderheid in welke gevallen zij moeten handelen.

Ook in de landelijke politiek lijkt het besef door te dringen dat een scherpere norm van seksuele intimidatie noodzakelijk is. In september 2022 is een nationaal actieplan ter voorkoming van seksueel grensoverschrijdend gedrag en seksueel geweld aangekondigd. Het actieplan noemt onder andere het voornemen tot '*het scheppen van scherpe formele normen in wet- en regelgeving om duidelijk te markeren wat we wel en niet toelaatbaar achten*'.³³ Dit nationale actieplan volgt op het eerder aanstellen van een regeringscommissaris seksueel grensoverschrijdend gedrag en seksueel geweld.³⁴ De regering lijkt aldus de problematiek rond seksuele intimidatie serieus te nemen.

Verplichtingen voor de werkgever

Zoals genoemd ligt de aanpak van seksuele intimidatie in het Nederlandse recht voornamelijk bij de werkgever. Voor

21 Rb. Oost-Brabant 10 februari 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:459, r.o. 5.6.

22 Onder andere in: Hof Den Haag 16 juni 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1033, r.o. 4.7; Rb. Midden-Nederland 11 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6690, r.o. 5.1.1.

23 Rb. Midden-Nederland 11 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7587, r.o. 4.4.

24 Onder andere in: Hof 's-Hertogenbosch 21 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2705, r.o. 5.6.7.1; Rb. Midden-Nederland 2 juni 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2259, r.o. 4.5.

25 Onder andere in: Hof Den Haag 16 juni 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1033, r.o. 4.7; Hof 's-Hertogenbosch 21 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2705, r.o. 5.6.7.1.

26 Hof Arnhem-Leeuwarden 20 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1832, r.o. 2.9.

27 Hof 's-Hertogenbosch 9 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1239, r.o. 3.13.

28 Onder andere in: Rb. Limburg 20 juli 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:5823 (Instagram); Rb. Midden-Nederland 23 november 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5721 (WhatsApp).

29 Hof 's-Hertogenbosch 9 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1239, r.o. 3.13.

30 Vergelijk in dit verband S.F.J. Smeets, 'Zorgen om Zeden', *NTS* 2020/2, p. 95-104.

31 M.M. Govaert, 'Seksuele intimidatie: een juridisch mijnenveld', *TRA* 2017/24.

32 Terwijl een beschuldiging van seksuele intimidatie ook ernstige gevolgen kan hebben voor de beschuldigde werknemer. Zie hierover uitvoerig L.C. de Groot, *Seksuele intimidatie en de beschuldigde werknemer*, Celsus juridische uitgeverij 2022; L.C. de Groot, '#MeToo & Trial by media: Bescherming werknemer bij beschuldiging seksuele intimidatie', *TRA* 2022/68.

33 'Kamerbrief over nationaal actieplan seksueel grensoverschrijdend gedrag en seksueel geweld', rijksoverheid.nl.

34 'Kabinet versterkt aanpak seksueel grensoverschrijdend gedrag en seksueel geweld met regeringscommissaris', rijksoverheid.nl.

de werkgever geldt een aantal specifieke wettelijke verplichtingen, die ik hierna kort bespreek. Daarna bespreek ik uitvoeriger de algemene zorgplicht die voor de werkgever geldt met betrekking tot seksuele intimidatie.³⁵ De werkgever specificeert deze zorgplicht niet. Om deze algemene zorgplicht concreter te duiden, heb ik jurisprudentieonderzoek uitgevoerd. Voor het jurisprudentieonderzoek heb ik de bruikbare resultaten overgenomen uit het jurisprudentieonderzoek naar ‘Seksuele intimidatie’. Binnen deze 125 uitspraken acht ik een aantal uitspraken niet bruikbaar voor het onderzoek naar werkgeversverplichtingen.³⁶ In totaal heb ik 84 uitspraken bestudeerd.

Specifieke wettelijke verplichtingen voor de werkgever

Ten eerste geldt voor de werkgever een wettelijk verbod op seksuele intimidatie.³⁷ In dit verband wordt de werknemer die het gezag namens de werkgever uitvoert tevens als werkgever aangemerkt, bijvoorbeeld de leidinggevende.³⁸ Ten tweede geldt voor de werkgever een verbod op onderscheid bij de arbeidsomstandigheden.³⁹ Op grond van dit verbod kan de seksueel geïntimideerde werknemer in gevallen van seksuele intimidatie tussen werknemers onderling de werkgever aanspreken. De werkgever moet adequaat en tijdig reageren en corrigeren.⁴⁰

Ten derde moet de werkgever op grond van de Arbeidsomstandighedenwet beleid voeren ter voorkoming en beperking van psychosociale arbeidsbelasting, waaronder seksuele intimidatie valt.⁴¹ Dit betreft een doelvoorschrift. Het staat werkgevers vrij deze plicht in te vullen, zolang het doel wordt bereikt. Vanwege deze beleidsvrijheid voor de werkgever heeft de Arbeidsinspectie beperkte handhavingsmogelijkheden.⁴² Uit onderzoek van Equileap blijkt minder dan de helft van de grootste beursgenoteerde Nederlandse bedrijven beleid inzake seksuele intimidatie te voeren.⁴³

35 Een algemene zorgplicht voor de werkgever met betrekking tot seksuele intimidatie kan worden afgeleid uit art. 3 Arbeidsomstandighedenwet, art. 7:658 en 7:611 BW.

36 Bijvoorbeeld omdat deze disciplinair ontslag betreffen (en dus andere eisen stellen aan werkgevers dan op grond van het arbeidsrecht) of uitspraken die niet gaan over arbeidsrecht maar over bijvoorbeeld managementovereenkomsten (omdat in deze uitspraken niet ingegaan wordt op de verplichtingen van de werkgever ten aanzien van ‘plegers’). Een schrikbarend aantal zoekresultaten betreft overigens een geschil tussen enerzijds de werkgever en anderzijds een werknemer die (onder andere) een klacht heeft ingediend over seksuele intimidatie. Dit was het geval in 25 uitspraken.

37 Art. 1a lid 1 AWGB, art. 1a lid 1 WGB en art. 7:646 lid 6 BW.

38 *Kamerstukken II 2005/06, 30237, 6, p. 4.*

39 Art. 1b WGB, art. 5 lid 1 sub h AWGB, art. 7:646 lid 1, art. 7:611 en art. 7:658 BW.

40 *Kamerstukken II 2005/06, 30237, 6, p. 4.*

41 Art. 3 lid 2 in samenhang met art. 1 lid 3 sub e Arbeidsomstandighedenwet.

42 Ter illustratie: Rb. Noord-Nederland 5 april 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:1466. Zie in dit verband ook M.S.A. Vegter, ‘Seksuele intimidatie revisited: handhaafbaarheid en de relatie met het ontslagrecht’, *TRA* 2021/25.

43 ‘Gender Equality in the Netherlands: Assessing 100 leading companies on workplace equality’, equileap.com.

Algemene zorgplicht werkgever

Op grond van art. 3 Arbeidsomstandighedenwet, art. 7:658 en art. 7:611 BW heeft de werkgever een algemene zorgplicht tegenover zijn werknemers voor een (sociaal) veilige werkomgeving. Met betrekking tot seksuele intimidatie wordt op grond van wetgeving niet duidelijk wat deze algemene zorgplicht voor de werkgever inhoudt. Volgens de wetgever moet de werkgever adequaat en tijdig reageren en corrigeren.⁴⁴ Daaruit leid ik af dat de werkgever zorgvuldig onderzoek moet plegen en zo nodig een maatregel moet treffen. Hierna bespreek ik hoe de rechtspraak deze plichten invult.

‘Onderzoek’

De werkgever moet zorgvuldig te werk gaan bij het onderzoek en de klachtenbehandeling.

Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden overweegt hierover: *‘Beschuldigingen van seksuele intimidatie moeten goed en zorgvuldig worden onderzocht. Op de werkgever rust ter zake een onderzoeksverplichting, waarbij recht wordt gedaan aan alle betrokken partijen en waarbij de voor hen geldende waarborgen in acht zijn genomen.’*⁴⁵ De inhoud van de eis van zorgvuldigheid is echter niet scherp afgebakend. Een concrete uitwerking hiervan lijkt de plicht voor de werkgever om hoor en wederhoor toe te passen. Dit betekent dat de werkgever de werknemer in de gelegenheid moet stellen te reageren op de beschuldiging(en) van seksuele intimidatie.⁴⁶ Rechters verschillen van mening over hoe deze toepassing eruit moet zien. Sommige rechters overwegen dat de werkgever hoor en wederhoor tijdens het onderzoek moet toepassen.⁴⁷ Volgens de rechtbank in Rotterdam is de werknemer voldoende gelegenheid geboden in de gerechtelijke procedure om te reageren op de verwijten, zodat geen sprake is van een gebrek aan hoor- en wederhoor: *‘In de onderhavige procedure is [verweerder] echter in elk geval voldoende in de gelegenheid geweest om te reageren op de verwijten die [verzoekster] hem maakt. De stelling van [verweerder] dat onvoldoende hoor- en wederhoor is toegepast, kan hem dan ook niet baten.’*⁴⁸

‘Maatregel’

Ten tweede moet de werkgever reageren op seksuele intimidatie, bijvoorbeeld door een (disciplinaire) maatregel te treffen. Voor een eventuele maatregel geldt een evenredigheidstoets. Is de werkgever voornemens een werknemer een maatregel op te leggen vanwege seksuele intimidatie, dan moet deze maatregel in verhouding staan tot het gedrag dat aan de maatregel ten grondslag ligt. Relevante omstan-

44 *Kamerstukken II 2005/06, 30237, 6, p. 4.*

45 Hof Arnhem-Leeuwarden 9 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4101, r.o. 4.6.

46 Onder andere in: Hof Arnhem-Leeuwarden 21 juni 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:5205, r.o. 3.8; Rb. Midden-Nederland 2 juni 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2259, r.o. 4.4.

47 Rb. Amsterdam 1 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3327, r.o. 21; Rb.

Zeeland-West-Brabant 20 juni 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:CA3725, r.o. 3.6.

48 Rb. Rotterdam 30 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:2673, r.o. 4.4.

digheden daarbij kunnen zijn: of de werkgever eerder losse omgangsvormen heeft toegestaan;⁴⁹ of de werkgever de werknemer eerder heeft gewaarschuwd;⁵⁰ of de werkgever de werknemer een kans heeft geboden tot verbetering;⁵¹ en of de werkgever pogingen heeft gedaan de verhoudingen tussen collega's te herstellen.⁵² In sommige gevallen overweegt de rechter uitdrukkelijk dat de werkgever een gesprek met de werknemer had moeten aangaan.⁵³ Voorts moet de werkgever bij het opleggen van de maatregel diverse belangen afwegen, waaronder de persoonlijke omstandigheden van de beschuldigde werknemer.⁵⁴

Met betrekking tot de relevantie van omstandigheden lijken enige tegenstrijdigheden te bestaan. Zo overweegt de ene rechter dat de werkgever eerst had moeten waarschuwen⁵⁵ terwijl andere rechters overwegen dat een voorafgaande waarschuwing niet nodig was geweest.⁵⁶ Zoals de kantonrechter te Amsterdam over ongewenste aanrakingen (hand op de bil) overweegt: *'Voor bepaalde dingen hoef je niet te worden gewaarschuwd, die heb je gewoon niet te doen.'*⁵⁷ Aangaande de bedrijfscultuur overwegen rechters enerzijds dat een werkgever die zelf een bepaalde bedrijfscultuur in stand houdt niet de werknemer daar ineens verantwoordelijk voor kan houden.⁵⁸ De Amsterdamse rechtbank overweegt hierover: *'Een werkgever die zulke uitingen toestaat binnen haar werkverband, kan als het mis gaat niet ineens hoog van de morele toren blazen.'*⁵⁹ Anderzijds neemt een bepaalde bedrijfscultuur volgens andere rechters niet de kwalijkheid van een gedraging weg⁶⁰ of brengt dit niet mee *'dat dergelijk gedrag door de vingers moet worden gezien.'*⁶¹

- 49 Rb. Oost-Brabant 10 februari 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:459, r.o. 5.6; Hof Den Haag 18 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:957, r.o. 3.12-3.13.
- 50 Onder andere in: Hof Arnhem-Leeuwarden 21 juni 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:5205, r.o. 3.18; Rb. Midden-Nederland 2 juni 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2259, r.o. 4.1.
- 51 Rb. Rotterdam 15 september 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:9060, r.o. 5.10; Rb. Noord-Holland 20 september 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:11593, r.o. 5.5.
- 52 Hof 's-Hertogenbosch 9 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1239, r.o. 3.13; Rb. Rotterdam 15 september 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:9060, r.o. 5.9.
- 53 Onder andere in: Rb. Midden-Nederland 8 november 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5560, r.o. 4.8; Hof Den Haag 18 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:957, r.o. 3.13.
- 54 Onder andere in: Hof Arnhem-Leeuwarden 9 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4101, r.o. 4.11; Rb. Amsterdam 1 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3327, r.o. 23. Werkgevers mogen daarbij ook meewegen dat zij verantwoordelijk zijn voor een veilige werkomgeving, zie onder andere Rb. Oost-Brabant 10 februari 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:459, r.o. 5.24; Rb. Rotterdam 21 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8100, r.o. 4.7.
- 55 Rb. Midden-Nederland 8 november 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5560, r.o. 4.8; Rb. Noord-Nederland 20 januari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:101, r.o. 5.8.
- 56 Onder andere in: Rb. Amsterdam 16 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:9260, r.o. 15; Hof 's-Hertogenbosch 21 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2705, r.o. 5.7.
- 57 Rb. Amsterdam 12 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4163, r.o. 15.
- 58 Rb. Amsterdam 16 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:9260, r.o. 13; Hof Den Haag 18 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:957, r.o. 3.12.
- 59 Rb. Amsterdam 12 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4163, r.o. 16.
- 60 Onder andere in Rb. Midden-Nederland 3 juni 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2221, r.o. 3.15; Hof Den Haag 16 juni 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1033, r.o. 4.6.
- 61 Rb. Midden-Nederland 2 juni 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2259, r.o. 4.6.

Nabeschuiving

Uit het voorafgaande leid ik af dat veel onduidelijk is met betrekking tot de invulling van verplichtingen die gelden voor werkgevers, terwijl zij hierop in een eventuele rechterlijke procedure wel op worden afgerekend. Het handelen (of nalaten) van de werkgever weegt de rechter namelijk in een eventuele ontslagprocedure (zie ook het stuk hierna over verwijtbaar handelen van de werknemer) en dit kan leiden tot hoge ontslagvergoedingen.⁶² Volgens Vegter ligt de lat voor de werkgever dusdanig hoog dat hierdoor een negatieve prikkel kan ontstaan voor werkgevers om seksuele intimidatie op de werkvloer aan te pakken.⁶³ Ook Sagel vindt dat werkgevers die seksuele intimidatie aanpakken in de rechter een medestander zouden moeten vinden.⁶⁴ Naast de onduidelijkheid over de invulling van verplichtingen voor werkgevers en het hiervoor besproken gebrek aan een eenduidig toetsingskader van seksuele intimidatie ontbreekt bij seksuele intimidatie vaak bewijs. Hierdoor bevindt de werkgever zich mijns inziens in een moeilijke positie bij seksuele intimidatie op de werkvloer.

Voor bepaalde dingen hoef je niet te worden gewaarschuwd, die heb je gewoon niet te doen

Naar mijn mening is het onwenselijk dat het invullen van verplichtingen met betrekking tot seksuele intimidatie vrijwel volledig aan werkgevers wordt overgelaten. Uiteindelijk is de Staat verantwoordelijk voor de veiligheid en gezondheid van werknemers.⁶⁵ Als de regering een dergelijke plicht delegeert aan werkgevers dient mijns inziens een concretere aanwijzing te volgen. In dit verband is het wetsvoorstel van Renkema tot het verplicht stellen van een vertrouwenspersoon⁶⁶ in mijn ogen een stap in de goede richting, al moet de wetgever daarbij wel hoge eisen aan kwaliteit en onafhankelijkheid stellen.⁶⁷ Een andere optie is een minder strenge beoordeling door rechters van het handelen (of nalaten) van werkgevers ten opzichte van beschuldigde werknemers. Laatstgenoemde optie is naar mijn mening de minst wenselijke optie, omdat een minder strenge toets aan het handelen van de werkgever mogelijkwerijs een afbreuk van

- 62 De rechter kan bijvoorbeeld een billijke vergoeding toekennen op grond van art. 7:682 lid 1 sub b BW indien herstel van de arbeidsovereenkomst niet mogelijk is wegens ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever.
- 63 M.S.A. Vegter, 'Seksuele intimidatie revisited: handhaafbaarheid en de relatie met het ontslagrecht', *TRA* 2021/25.
- 64 S.F. Sagel, 'Too weak @ # Me Too', *TRA* 2018/1.
- 65 Op grond van verschillende internationale verplichtingen, waaronder het Verdrag betreffende arbeidsveiligheid, gezondheid en het arbeidsmilieu (*Trb.* 1991, 165), art. 7 (b) Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (*Trb.* 1978, 178), art. 3 Europees Sociaal Handvest en richtlijn 89/391/EEG.
- 66 *Kamerstukken II* 2021/22, 35592, nr. 5.
- 67 M. Decoz & A. Kuiper, 'Prima idee, een verplicht vertrouwenspersoon op de werkvloer. Maar dan wel met criteria voor kwaliteit en onafhankelijkheid', *de Volkskrant* 29 september 2022.

de rechtsbescherming van werknemers tegen valse beschuldigingen van seksuele intimidatie of onevenredige bestrafing betekent.⁶⁸

(Ernstig) verwijtbaar handelen van de werknemer

In welke gevallen levert seksuele intimidatie (ernstig) verwijtbaar handelen op? Ik bespreek kort de grond van verwijtbaar handelen in de context van de wet. Daarna behandel ik op grond van jurisprudentieonderzoek wanneer volgens de rechter sprake is van (ernstig) verwijtbaar handelen wegens seksuele intimidatie en welke omstandigheden daarbij relevant zijn. Voor het jurisprudentieonderzoek zijn de bruikbare resultaten overgenomen uit het jurisprudentieonderzoek naar 'Seksuele intimidatie'. Deze resultaten zijn gefilterd,⁶⁹ waarna 46 uitspraken resteren die (ernstige) verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer betreffen. Daarvan heb ik 38 uitspraken bestudeerd.⁷⁰

De wet

De werkgever kan bij (vermeende) seksuele intimidatie door de werknemer besluiten een ontbindingsverzoek in te dienen.⁷¹ De kantonrechter kan een dergelijk ontbindingsverzoek toewijzen als daarvoor een redelijke grond bestaat en herplaatsing niet mogelijk is of niet in de rede ligt.⁷² De werkgever kan seksuele intimidatie als redelijke grond opvoeren met een beroep op verwijtbaar handelen

van de werknemer.⁷³ De wet geeft weinig aanknopingspunten over wanneer sprake is van verwijtbaar handelen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat in ieder geval voor de werknemer van tevoren duidelijk moet zijn geweest dat de betreffende gedraging ontoelaatbaar zou zijn voor de werkgever.⁷⁴ Aangezien ik eerder in dit artikel bespreek dat het onduidelijk is welke gedragingen als seksuele intimidatie kwalificeren, schat ik in dat het meestal vaag zal zijn voor de werknemer welke gedragingen ontoelaatbaar zijn voor de werkgever – en hiermee wanneer sprake is van verwijtbaar handelen.

De rechter

Uit mijn jurisprudentieonderzoek leid ik af dat de rechter in de meeste gevallen overweegt dat seksuele intimidatie een vorm van verwijtbaar handelen oplevert. In de 38 onderzochte uitspraken komt de rechter tot het oordeel: ofwel geen verwijtbaar handelen (8); ofwel verwijtbaar handelen (13); ofwel ernstig verwijtbaar handelen (17). De rechtspraak is op dit punt casuïstisch en het blijft vaag waarom seksuele intimidatie in het ene geval wel tot (ernstig) verwijtbaar handelen leidt en in het andere geval niet. In twee gevallen was volgens de rechter sprake van verwijtbaar handelen, maar niet zodanig dat de arbeidsovereenkomst moest worden ontbonden op grond van verwijtbaar handelen.⁷⁵

Relevante omstandigheden

In de meeste gevallen weegt de rechter mee wat de verhouding is tussen de beschuldigde werknemer en de vermeende slachtoffers. Bijvoorbeeld of sprake is van een voorbeeldfunctie,⁷⁶ leidinggevende positie,⁷⁷ een machtspositie,⁷⁸ of leeftijdsverschil.⁷⁹ In meerdere van deze gevallen overweegt de rechter dat door de aanwezigheid van een dergelijke omstandigheid het slachtoffer zich in een afhankelijkheidspositie bevindt.⁸⁰

Dit betekent niet dat een dergelijke ongelijke verhouding in alle gevallen zonder meer verwijtbaar handelen van de beschuldigde werknemer oplevert.

68 Zie in dit verband L.C. de Groot, '#MeToo & Trial by media: Bescherming werknemer bij beschuldiging seksuele intimidatie', *TRA* 2022/68.

69 Net als bij 'Verplichtingen van de werkgever' acht ik een aantal uitspraken niet bruikbaar, omdat deze disciplinair ontslag betreffen, uitspraken die niet gaan over arbeidsrecht maar over bijvoorbeeld managementovereenkomsten of uitspraken waarin de werknemer de seksueel geïntimideerde persoon is. Deze uitspraken acht ik niet bruikbaar omdat daarin niet ter discussie staat of seksuele intimidatie door de werknemer (ernstig) verwijtbaar handelen op grond van art. 7:669 lid 3 sub e BW of art. 7:678 lid 7 sub c BW oplevert.

70 In twee uitspraken laat de rechter zich niet uit over (ernstige) verwijtbaarheid, omdat de werkgever bijvoorbeeld het ontbindingsverzoek alleen nog op de g-grond stoelt. In vier uitspraken is de zaak aangehouden wegens bewijslevering. In een van die uitspraken overweegt de rechter dat het handelen van de werknemer verwijtbaar is en dat de werkgever bewijs moet leveren dat de werknemer niet kan blijven werken (omdat de werkomgeving dan onveilig is). Deze uitspraak (ECLI:NL:RBOBR:2022:459) neem ik daarom toch mee in de resultaten. In twee uitspraken gaat de rechter niet in op de vraag of sprake was van (ernstig) verwijtbaar handelen. In die uitspraken komt de werknemer op tegen ontslag op staande voet en voert de werkgever verweer (indien vernietiging ontslag op staande voet, dan ontbindingsverzoek op (onder andere) e-grond). In een uitspraak oordeelt de rechter dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen, maar niet op grond van seksuele intimidatie. Deze uitspraak is niet meegenomen in de onderzoeksresultaten.

71 Art. 7:671b lid 1 BW. Hoewel seksuele intimidatie een dringende reden voor onverwijlde opzegging van de arbeidsovereenkomst kan opleveren ex art. 7:678 lid 2 sub c in samenhang met art. 7:677 lid 1 BW, is in dit artikel gekozen het onderzoek te beperken tot de bespreking van seksuele intimidatie in verband met een ontbindingsverzoek op grond van art. 7:669 lid 3 sub e BW, ook omdat dit de grond voor het ontbindingsverzoek is in de uitspraak van de Hoge Raad, de aanleiding voor dit artikel.

72 Art. 7:669 lid 1 BW.

73 Art. 7:669 lid 3 sub e BW.

74 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 45.

75 Hof 's-Hertogenbosch 9 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1239, r.o. 3.17; Rb. Midden-Nederland 1 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:715, r.o. 5.13. Overigens bestaat het verwijtbare handelen in deze uitspraken niet uit seksuele intimidatie.

76 Onder andere in: Rb. Den Haag 20 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:14617, r.o. 5.3; Rb. Rotterdam 19 oktober 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8327, r.o. 4.5.

77 Onder andere in: Rb. Midden-Nederland 23 november 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5721, r.o. 4.10; Hof Amsterdam 12 januari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:27, r.o. 3.9.

78 Onder andere in: Rb. Limburg 20 juli 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:5823, r.o. 4.3.7; Rb. Rotterdam 13 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1415, r.o. 5.5.

79 Onder andere in: Hof Arnhem-Leeuwarden 18 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6726, r.o. 5.18; Rb. Amsterdam 12 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4163, r.o. 15.

80 Onder andere in: Rb. Limburg 20 juli 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:5823, r.o. 4.37; Hof Arnhem-Leeuwarden 18 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6726, r.o. 5.9.

De werkgever kan seksuele intimidatie als redelijke grond opvoeren met een beroep op verwijtbaar handelen van de werknemer

Zo overweegt de Amsterdamse rechtbank dat ondanks een afhankelijkheidsrelatie geen sprake is van verwijtbaar handelen.⁸¹ Ook het gerechtshof 's-Hertogenbosch acht een groot leeftijdsverschil niet heel relevant voor de beoordeling of sprake is van verwijtbaar handelen, omdat beide werknemers meerderjarig zijn.⁸²

Buiten de verhouding tussen werknemers onderling zijn verschillende andere omstandigheden mogelijk relevant. De werkgever mag bijvoorbeeld een professionele houding en gedrag van de werknemer verwachten.⁸³ Daarbij past niet dat de werknemer zich ongepast gedraagt of met zijn gedragingen een onveilige situatie of gevoelens creëert.⁸⁴ Dit geldt soms met name voor de leidinggevende werknemer, die (mede)verantwoordelijk is voor een veilige werkomgeving.⁸⁵ Verder kan het verschil maken of de beschuldigde werknemer blijk geeft van zelfreflectie.⁸⁶

Nabeschuiving

Het blijft vaag in welke gevallen seksuele intimidatie (ernstig) verwijtbaar handelen oplevert. Dit is gedeeltelijk te verklaren door het casuïstische karakter van de rechtspraak op dit gebied. De rechter moet immers bij de beoordeling van het ontbindingsverzoek op grond van verwijtbaar handelen alle omstandigheden van het geval meewegen. Daarbij betreft de rechter ook het handelen of nalaten van de werkgever, waarbij (zoals hiervoor besproken) onduidelijkheid bestaat over hoe werkgevers de verplichtingen met betrekking tot seksuele intimidatie moeten invullen. Door deze holistische benadering bij de beoordeling van een ontbindingsverzoek op grond van art. 7:669 lid 3 sub e BW kan sprake zijn van ernstig wangedrag van de werknemer, maar kan dit door bepaald handelen van de werkgever tot de eindconclusie leiden dat geen sprake is van (ernstig) verwijtbaar handelen van de werknemer.⁸⁷ Deze uitkomst lijkt me moeilijk uit te leggen aan slachtoffers. Hier gaat

overigens een signaalwerking vanuit: voor slachtoffers dat melden niet hoeft te leiden tot een veilige(re) werkomgeving en voor plegers dat bestraffing geen gegeven is. Ook Sagel wijst in dit verband op de gevaren van de rechtspraak met betrekking tot de terugkeer van de daders op de werkvloer en wat voor signaal dat afgeeft naar zowel slachtoffers als de andere werknemers.⁸⁸

Uitspraak Hoge Raad 24 juni 2022

In deze uitspraak overweegt de Hoge Raad of seksuele intimidatie in afhankelijkheidsrelaties in beginsel ernstig verwijtbaar handelen oplevert. Ik bespreek eerst de achtergrond van de uitspraak van de Hoge Raad. Vervolgens loop ik de overwegingen van de Hoge Raad door. Tot slot toets ik de uitspraak aan eerder in dit artikel besproken gezichtspunten.

Achtergrond

De werkgever, Stichting Zuyd Hogeschool (hierna: Hogeschool) heeft door de jaren heen meerdere malen afspraken gemaakt met een docent bewegingsleer vanwege grensoverschrijdend gedrag. De eerste afspraken wegens grensoverschrijdend gedrag zijn gemaakt vóór 2006. Na nieuwe signalen in 2006 spreekt de Hogeschool met de docent af dat hij zelf onderzoek doet naar didactische verandering. De Hogeschool merkt daarbij op dat bij andere docenten met dezelfde lessen geen problemen voorkomen. In 2010 ontvangt de Hogeschool opnieuw signalen over grensoverschrijdend gedrag door de docent. Ditmaal waarschuwt de Hogeschool de docent zich te onthouden van elk fysiek contact in de les.

In 2017 maakt een student melding van ongewenst gedrag door de betreffende docent waarmee de spreekwoordelijke emmer overloopt. De student verklaart dat de docent *'tijdens de les zijn hand op haar billen legde en uitsprak dat hij dit al langer had willen doen'*. Hierna stelt de werkgever intern onderzoek in, waarbij een tweede melding binnenkomt. Deze student geeft aan tweemaal een 'full body' massage in de les door de docent te hebben gekregen. Op basis van deze meldingen schorst de werkgever de docent en laat een extern onderzoek uitvoeren. Dit onderzoeksbureau concludeert dat het aannemelijk is dat de feitelijke handelingen van beide meldingen hebben plaatsgevonden. De Hogeschool dient vervolgens een ontbindingsverzoek in. De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:669 lid 3 sub e BW en oordeelt dat de docent ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, waardoor geen recht bestaat op een transitievergoeding.⁸⁹ In het hoger beroep oordeelt het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden anders dan de kantonrechter dat sprake is van verwijtbaar handelen, maar niet van **ernstig** verwijtbaar handelen. Daartoe acht het gerechtshof van belang dat de Hogeschool onduidelijk is geweest naar zowel de docenten als de studenten over *'wat wel en niet acceptabel is in termen van*

81 Rb. Amsterdam 8 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9966. De rechter ontbindt de arbeidsovereenkomst overigens wél op grond van een verstoorde arbeidsverhouding ex art. 7:669 lid 3 sub g BW.

82 Hof 's-Hertogenbosch 9 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1239, r.o. 3.13.

83 Onder andere in: Rb. Rotterdam 21 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8100, r.o. 4.6; Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3148, r.o. 5.6.

84 Rb. Midden-Nederland 3 juni 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2221, r.o. 3.21 (ongepaste gedraging); Hof 's-Hertogenbosch 21 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2705, r.o. 5.6.7.1-5.6.7.2 (onveilige omgeving gecreëerd).

85 Onder andere in: Rb. Amsterdam 16 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:9260, r.o. 13; Rb. Den Haag 20 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:14617, r.o. 5.3.

86 Onder andere in: Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3148, r.o. 5.8; Rb. Rotterdam 16 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4709, r.o. 5.16.

87 Ter illustratie Rb. Amsterdam 8 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9966. Zie ook M.M. Govaert & I.M. van Erkel, 'Seksuele intimidatie als zwaarwegende factor', AA 2019/03.

88 S.F. Sagel, 'Too weak @ # Me Too', TRA 2018/1.

89 Rb. Limburg 12 juli 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:6664.

grensoverschrijdend gedrag.⁹⁰ Het hof acht ook het gebrek aan monitoring na 2013 (na het vertrek van de toenmalige directeur) van belang. Hierdoor is de Hogeschool volgens het hof met het uitblijven van signalen te gemakkelijk ervan uitgegaan dat het goed zou zitten. Overigens overweegt het hof dat bij de docent geen kwade bedoelingen zijn gebleken. In cassatie adviseert de advocaat-generaal in haar conclusie formulering van het uitgangspunt dat als seksueel grensoverschrijdend gedrag in een afhankelijkheidsrelatie vaststaat, er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen. De Hoge Raad vernietigt vervolgens de beschikking en verwijst de zaak naar gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, maar zwijgt over het door de A-G voorgestelde uitgangspunt. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden blijft vervolgens bij de conclusie dat in deze zaak geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen.⁹¹ De Hogeschool gaat opnieuw in cassatie. Ook de advocaat-generaal blijft bij het eerdergenoemde standpunt.⁹²

Overwegingen Hoge Raad

De Hoge Raad wijst de voorgestelde vuistregel dat seksueel grensoverschrijdend gedrag in een afhankelijkheidsrelatie, zoals die van een docent jegens een leerling in beginsel ernstig verwijtbaar handelen in de zin van art. 7:673 lid 7 sub c BW inhoudt, af. De Hoge Raad overweegt dat bij de beoordeling van deze uitzonderingsgrond, die een beperkte reikwijdte heeft en terughoudend moet worden toegepast, de omstandigheden van het geval moeten worden betrokken voor zover deze van invloed zijn op de verwijtbaarheid van het handelen van de werknemer dat tot het ontslag heeft geleid.⁹³ Daarbij moet volgens de Hoge Raad ook het handelen of nalaten van de werkgever worden betrokken. *‘Daarmee strookt niet om de rechter ertoe te verplichten tot uitgangspunt te nemen dat een werknemer gezien het gedrag waaraan hij zich schuldig heeft gemaakt een ernstig verwijt treft en aldus het onderzoek naar de ernstige verwijtbaarheid te beperken tot de vraag of zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen die meebrengen dat de werknemer in zijn rechtsverhouding tot de werkgever toch geen ernstig verwijt treft.’*⁹⁴ Als dit uitgangspunt wordt aangenomen, zo overweegt de Hoge Raad, zou dat onvoldoende recht doen aan de verantwoordelijkheid van een werkgever om grensoverschrijdend gedrag te voorkomen en hiertegen op te treden.

Uitspraak van de Hoge Raad in het kader van gezichtspunten rechtspraak

De uitspraak van de Hoge Raad benadrukt mijns inziens de eerder in dit artikel besproken strenge maatstaf voor werkgevers.

Ik overweeg hierover het volgende.

Ik heb eerder in dit artikel besproken dat in de beoordeling van (ernstige) verwijtbaarheid van de werknemer het handelen of nalaten van de werkgever kan meewegen. Een voorbeeld daarvan is of de werkgever eerder **losse omgangsvormen** heeft toegelaten. Dit is hier niet het geval, omdat de Hogeschool uitdrukkelijk in 2010 de docent heeft verboden enig fysiek contact te hebben met studenten. Daarnaast is de docent wegens de eerdere waarschuwingen uit 2006 en 2010 mijns inziens **een gewaarschuwd mens** geweest.⁹⁵

De uitspraak van de Hoge Raad benadrukt mijns inziens de eerder in dit artikel besproken strenge maatstaf voor werkgevers

Bovendien heeft de Hogeschool door de jaren heen met de docent gesprekken gevoerd over het doorvoeren van didactische verandering en de docent daarmee **kansen geboden tot verbetering**. Volgens het hof heeft de Hogeschool daarbij de docent geen adequate begeleiding geboden en niet geobserveerd of deze verandering daadwerkelijk is gerealiseerd.⁹⁶ Hoe adequate begeleiding of een daadwerkelijke realisatie van verandering er uit moet zien, maakt het hof niet duidelijk. Ik acht deze overweging opvallend, omdat de Hogeschool de docent en diens klassen vanaf 2010 actief heeft gemonitord.⁹⁷

De uitspraak van de Hoge Raad bevestigt mijns inziens dat veel onduidelijkheid bestaat omtrent de invulling van de verplichtingen voor de werkgever, terwijl de rechter dit handelen wel meeweegt bij de beoordeling van de vraag of sprake is van ernstig verwijtbaar handelen in de zin van art. 7:673 lid 7 sub c BW. Bij die beoordeling, evenals bij de beoordeling van de vraag of seksuele intimidatie verwijtbaar handelen oplevert in de zin van art. 7:669 lid 3 sub e BW, ligt de nadruk naar mijn mening soms te vaak op het handelen of nalaten door de werkgever en te weinig op de verwijtbaarheid van het handelen door de werknemer. Het gaat bijvoorbeeld in de uitspraak van de Hoge Raad om een werknemer die meerdere malen is gewaarschuwd voor hetzelfde gedrag. Volgens Vegter dient zo iemand bij herhaling niet ‘beloond’ te worden met een ontslagvergoeding,⁹⁸ een overtuiging waar ik mij bij aansluit.

De teleurstelling klinkt ook door in de eerste reacties op de uitspraak van de Hoge Raad. Volgens Varkevisser zou een vuistregel een duidelijk signaal afgeven dat de rechtspraak

90 Hof 's-Hertogenbosch 2 mei 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1649, r.o. 3.20.

91 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:174.

92 Conclusie P-G E.M. Wesseling-van Gent, ECLI:NL:PHR:2021:1087, bij HR 24 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:950.

93 Hiermee verwijst de Hoge Raad naar HR 8 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:203 (*Woondroomzorg*), r.o. 3.4.4.

94 HR 24 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:950 (*Stichting Zuyd Hogeschool*), r.o. 3.3.

95 HR 24 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:950 (*Stichting Zuyd Hogeschool*), r.o. 2.11 en 2.15.

96 HR 24 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:950 (*Stichting Zuyd Hogeschool*), r.o. 2.18.

97 HR 24 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:950 (*Stichting Zuyd Hogeschool*), r.o. 2.17.

98 M.S.A. Vegter, ‘Seksuele intimidatie revisited: handhaafbaarheid en de relatie met het ontslagrecht’, *TRA* 2021/25.

de ontwikkelingen in de samenleving volgt.⁹⁹ Meerdere auteurs vinden de uitspraak van de Hoge Raad een gemiste kans: Francken en Van Herpen vanwege de maatschappelijke ontwikkelingen¹⁰⁰ en Sagel omdat de Hoge Raad hier een duidelijk precedent had kunnen scheppen voor toekomstige procedures over seksueel grensoverschrijdend gedrag.¹⁰¹

Overigens merk ik op dat als de Hoge Raad wél deze vuistregel had aangenomen, er alsnog ruimte bestaat voor het toekennen van de transitievergoeding. Dit kan bijvoorbeeld op grond van art. 7:673 lid 8 BW, indien het niet-toekennen daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.¹⁰² Dit zou feitelijk misschien weinig verschil maken ten opzichte van de huidige situatie, maar het aannemen van deze vuistregel zou een belangrijk signaal afgeven naar slachtoffers (en plegers). Bovendien zouden werkgevers door een dergelijke vuistregel zich juist gesteund kunnen voelen om seksueel grensoverschrijdend gedrag aan te pakken.

Conclusie

In dit artikel heb ik meerdere vraagstukken behandeld en daarbij een aantal pijnpunten benoemd. Uit het onderzoek naar de definitie van seksuele intimidatie, de verplichtingen voor de werkgever met betrekking tot seksuele intimidatie en de grond van (ernstig) verwijtbaar handelen van de werknemer blijkt dat veel juridische termen vatbaar zijn voor interpretatie. Die interpretatie vindt plaats in de rechtspraak en leidt tot uiteenlopende uitkomsten. Er bestaat onduidelijkheid over i) wanneer een gedraging te kwalificeren valt als seksuele intimidatie; ii) welke verplichtingen concreet voor de werkgever gelden met betrekking tot seksuele intimidatie en iii) wanneer seksuele intimidatie (ernstig) verwijtbaar handelen van de werknemer oplevert. Deze onduidelijkheid leidt tot rechtsonzekerheid. Ten eerste weten ‘slachtoffers’ niet in welke gevallen zij een actie van de werkgever kunnen eisen. ‘Plegers’ weten niet wanneer zij de wet overtreden. Van werkgevers wordt verwacht dat zij adequaat seksuele intimidatie aanpakken, maar juridische sturing daarbij ontbreekt. Uit de rechtspraak valt mijns inziens in ieder geval op te maken dat voor meerdere werkgevers onduidelijk is hoe zij moeten handelen bij een melding van seksuele intimidatie. Uit mijn onderzoek leid ik af dat werkgevers er in ieder geval verstandig aan doen om bij een melding van seksuele intimidatie op zorgvuldige wijze onderzoek uit te voeren en klachten te behandelen,

waarbij de van seksuele intimidatie beschuldigde werknemer de gelegenheid moet krijgen te reageren op de verwijten. Als seksuele intimidatie vaststaat, moet de werkgever een maatregel treffen. Uit de door mij onderzochte jurisprudentie valt te destilleren dat de werkgever daarbij onder andere de volgende vragen dient te stellen:

- hoe is de bedrijfscultuur, zijn er eerder losse omgangsvormen toegestaan;
- is de betreffende werknemer eerder duidelijk gewaarschuwd;
- wat is de houding van de beschuldigde werknemer ten opzichte van het voorgevallene, bestaat er een mogelijkheid tot verbetering;
- wat is de verhouding tussen de beschuldigde werknemer en de seksueel geïntimideerde werknemer en is deze verhouding te herstellen;
- wat zijn de persoonlijke omstandigheden van de beschuldigde werknemer en staan deze in de weg aan het opleggen van een maatregel?

Afhankelijk van de aard en ernst van de gedraging(en) in kwestie en de antwoorden op onder andere de hiervoor genoemde vragen zal de werkgever over een maatregel moeten beslissen. Of dit besluit in overeenstemming met de wet is, beoordeelt de rechter in een eventuele gerechtelijke procedure.

Echter, door het in dit artikel besproken gebrek aan duidelijkheid kunnen werkgevers en werknemers voorafgaand aan een gerechtelijke procedure moeilijk voorspellen wat de uitkomst daarvan zal zijn. Van dit alles gaat een signaalwerking uit die nadelig is voor alle partijen. Het meest vervelend is dit natuurlijk voor de slachtoffers, die immers voor arbeidsrechtelijke actie afhankelijk zijn van de werkgever. Duidelijkheid kan mijns inziens geschept worden door het stellen van concrete(re) juridische normen. De landelijke politiek is, zoals besproken in dit artikel, daarmee bezig. Verder zou duidelijkheid geschept kunnen worden door het ontwikkelen van eenduidige(re) toetsingskaders in de rechtspraak. Bijvoorbeeld doordat rechters gedragingen expliciet toetsen aan de componenten van de wettelijke definitie van seksuele intimidatie en de toetsing van deze componenten afzonderlijk motiveert. In het kader van rechtszekerheid acht ik het scheppen van enige duidelijkheid noodzakelijk. Vijf jaar na #MeToo wordt daar met smart naar uitgekeken.

Dit artikel is afgesloten op 25 oktober 2022.

Over de auteur



Mr. L.C. (Lydia) de Groot

Promovenda aan de Rijksuniversiteit Groningen.

99 A.W.A. Varkevisser, ‘Seksueel grensoverschrijdend gedrag op de werkvloer: een kentering?’, *AR* 2022/33.

100 I. Francken & R. van Herpen, ‘Geen algemene norm voor seksueel grensoverschrijdend gedrag in een afhankelijkheidsrelatie – wat zijn de lessen voor werkgevers?’, *BB* 2022/63.

101 M. de Ruiter, ‘Hoogste rechter: seksueel grensoverschrijdend gedrag niet altijd “ernstig verwijtbaar”’, *de Volkskrant* 24 juni 2022. Overigens was Sagel als advocaat van de werkgever betrokken in deze uitspraak van de Hoge Raad.

102 Zulks gebeurt ook in de praktijk, zie Rb. Den Haag 20 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:14617, r.o. 5.10; Rb. Noord-Holland 20 september 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:11593, r.o. 5.9.