

# #Metoo in het arbeidsrecht: hoe wordt in de jurisprudentie omgegaan met seksuele intimidatie binnen de werksfeer?

Mr. A.I. Zwager, datum 29-10-2018

**Datum**

29-10-2018

**Auteur**

Mr. A.I. Zwager<sup>[1]</sup>

**Auteursprofiel**

A.I. Zwager

**Folio weergave**

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

**Vakgebied(en)**

Arbeidsrecht / Arbeidsomstandigheden en beroepsschade

Arbeidsrecht / Einde arbeidsovereenkomst

Mr. A.I. Zwager<sup>[1]</sup>

*In deze bijdrage zet de auteur aan de hand van de recente jurisprudentie de laatste stand van zaken uiteen ten aanzien van de arbeidsrechtelijke consequenties verbonden aan seksuele intimidatie op de werkvloer.*

## 1. Inleiding

#Metoo; een begrip wat (bijna) geen uitleg meer behoeft. Naar aanleiding van een artikel in The New York Times van oktober 2017 is #metoo wereldwijd *viral* gegaan. De #metoo beweging richt zich tegen seksuele intimidatie en ander ongewenst gedrag door leidinggevenden richting ondergeschikten. Ook in het Nederlandse arbeidsrecht blijkt de #Metoo-discussie een *trending topic*. Niet verbazingwekkend: volgens het onderzoeksinstituut TNO krijgen in ons land ieder jaar zo'n 134 duizend werknemers te maken met seksuele intimidatie door collega's of leidinggevenden. In de jurisprudentie komen dan ook met enige regelmaat zaken voorbij waarbij seksuele intimidatie een rol speelt. Anders dan het veelal harde, weinig genuanceerde veroordelende optreden tegenover seksuele intimidatie in de (*social*) media, laat de rechtspraak een wat gevarieerder en genuanceerder beeld zien.

In deze bijdrage wordt allereerst ingegaan op een aantal recente zaken (2017-2018) waarin seksuele intimidatie op de werkvloer centraal stond. Vervolgens wordt afgesloten met een conclusie en enkele praktijktips voor de werkgever hoe om te gaan met seksuele intimidatie op de werkvloer.

## 2. Juridische grondslag

In de jurisprudentie wordt voor de definitie van 'seksuele intimidatie' veelal aangesloten bij art. 1a van de Algemene wet gelijke behandeling. De aldaar opgenomen definitie van 'seksuele intimidatie' 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 zo wanneer een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie wordt gecreëerd."

Deze definitie is niet zwart-wit: er is niet zonder meer sprake van seksuele intimidatie als degene tegen wie het gedrag zich richt, zich seksueel geïntimideerd voelt. Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden vereist. De praktijk leert dat het niet eenvoudig vast te stellen is wanneer sprake is van seksuele intimidatie die arbeidsrechtelijke maatregelen rechtvaardigt. De rechtspraak die voorhanden is, is casuïstisch van aard.

De recente jurisprudentie is te casuïstisch van aard om een bestendige lijn in te kunnen ontwaren. Aan de meeste ontbindingsverzoeken wegens seksuele intimidatie werd art. 7:669 lid 3 sub e BW (verwijtbaar handelen), dan wel een dringende reden in de zin van 7:668 BW ten grondslag gelegd. Zoals ook in het vervolg van deze bijdrage zal blijken, lijkt het de proceskansen ten goede te komen om een ontbindingsverzoek te baseren op het bestaan van een verstoorde arbeidsverhouding (art. 7:669 lid 3 sub g), in plaats van de op het eerste gezicht voor de hand liggende gronden van verwijtbaar handelen of een dringende reden.

### 3. Jurisprudentie

Sinds de #metoo discussie vorige jaar het licht heeft gezien, zijn diverse juridische procedures gevoerd waarin seksuele intimidatie een rol speelde. Hieronder wordt een aantal recente, in het oog springende zaken kort behandeld.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft zich in hoger beroep gebogen over de vraag of het doen van ongepaste voorstellen (om samen kerst te vieren of samen op vakantie te gaan), fysieke aanrakingen (de verplaatsbare weegschaal tegen de billen van de betreffende uitzendkracht rijden) en het maken van ongepaste opmerkingen (“*ik heb je in de reet gereden*”) tegen ondergeschikten, voldoende is om een ontslag op staande voet te rechtvaardigen. De kantonrechter hield het door de werkgever gegeven ontslag op staande voet eerder al in stand gelaten, waarna de werknemer in hoger beroep is gegaan. Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft bij arrest van 20 februari 2018 de lijn van de kantonrechter gevolgd en heeft eveneens geoordeeld dat de gedragingen van de werknemer een ontslag op staande voet rechtvaardigen. Het Hof overweegt daarbij dat de reeks incidenten een zodanig karakter had dat deze zorgden voor een intimiderende en onveilige omgeving voor de betrokken uitzendkrachten. In combinatie met het feit dat de werknemer uitdrukkelijk in strijd handelde met de gedragsregels van werkgever, in 2001 een schriftelijke waarschuwing kreeg voor vergelijkbaar gedrag en ook in 2006, 2012, 2013 en 2016 voor gelijksoortige klachten was aangesproken, was sprake met de laatste gedragingen sprake van “*de druppel die de emmer deed overlopen*” (ECLI:NL:GHARL:2018:1832). Het arrest laat de vraag of de handelingen op zichzelf staand ook een ontslag op staande voet zouden kunnen rechtvaardigen onbeantwoord, maar gelet op de waarde die het Hof hecht aan het repeterende karakter van de gedragingen, is het naar mijn beoordeling twijfelachtig of een enkel incident voldoende grond op zou hebben geleverd voor een rechtsgeldig ontslag op staande voet.

In een zaak die is voorgelegd aan de kantonrechter Limburg werd ook belang gehecht aan het feit dat bepaalde gedragingen een repeterend karakter hadden (ECLI:NL:RBLIM:2018:6664). In deze kwestie diende de werkgever een ontbindingsverzoek in op grond van (ernstig) verwijtbaar handelen. De werknemer in deze zaak, een docent bewegingsleer, had in het verleden al diverse waarschuwingen gekregen en was verzocht zijn lesmethodes waarbij hij vrouwelijke studentes aanraakte, aan te passen omdat er twijfel bestond of de “*fysieke houdingscorrecties professioneel/vakmatig waren of privaat/ongewenst*”. Bovendien had de werknemer al een verbod opgelegd gekregen om elke vorm van fysiek contact tegen te gaan. Dit verbod heeft de werknemer er echter niet van weerhouden een vrouwelijke studente een volledige lichaamsmassage te geven, waarbij “*wellicht terloops*) ook *intiemere delen van het lichaam zijn aangeraakt*”. Ook heeft dit verbod hem er niet van weerhouden een andere studente een tik op de billen te geven met de opmerking “*Dat had ik al eerder willen doen!*”. De rechtbank Limburg was van oordeel dat deze feiten en omstandigheden voldoende om te spreken van ernstig verwijtbaar handelen, hetgeen aanleiding vormde om de arbeidsovereenkomst te ontbinden zonder toekenning van de transitievergoeding.

Op 1 mei 2018 heeft Rechtbank Amsterdam zich uitgelaten in een zaak waar een dronken werknemer tijdens de kerstborrel twee keer de billen betastte van een collega en daarbij beledigende en kwetsende opmerkingen maakte. Dit gedrag kon volgens de rechter niet door de beugel, maar was onvoldoende om een ontslag op staande voet te rechtvaardigen. De kantonrechter hechtte er belang aan dat niet was gebleken dat de werknemer zich gedurende zijn 40-jarig dienstverband eerder schuldig had gemaakt aan ongewenst gedrag. Een officiële waarschuwing had volgens de kantonrechter meer op de weg gelegen (ECLI:NL:RBAMS:2018:3327).

Als een werkgever volstaat met het geven van een officiële waarschuwing, kan hij daar niet lichtzinnig op terugkomen, zo blijkt uit een kwestie die voorlag bij de rechtbank Den Haag. In deze zaak had de werkgever aanvankelijk volstaan met het geven van een officiële waarschuwing aan een werknemer die 's nachts herhaaldelijk geprobeerd had een stagiair te zoenen en betasten. De werkgever heeft zich later bedacht en besloot alsnog een ontbindingsverzoek op grond van ernstig verwijtbaar handelen in te dienen. De Rechtbank Den Haag heeft hierover geoordeeld dat een na het opleggen van een onvoorwaardelijke officiële waarschuwing voor bepaalde gedragingen alsnog ingediend ontbindingsverzoek voor dezelfde gedragingen in beginsel dient te worden afgewezen. Dit kan anders zijn indien sprake is van nieuwe feiten of omstandigheden, die kunnen rechtvaardigen dat de werkgever op de al eerder gegeven sanctie van de officiële waarschuwing terugkwam (ECLI:NL:RBDHA:2018:2670).

Uit de jurisprudentie volgt dat ook de bedrijfscultuur een rol speelt bij de beoordeling van de vraag of sprake is van ongepast gedrag. Indien op de werkvloer bijvoorbeeld sprake is van een “*knuffelcultuur*” waar fysiek contact – in de zin van “*huggen/knuffelen bij binnenkomst of een collegiale arm om de schouder*” – word gecombineerd met een vrije, vertrouwelijke wijze van communiceren, dan kan dat volgens het Hof Den Haag een omstandigheid zijn die aan een ontslag op staande voet in de weg staat (ECLI:NL:GHDA:2017:957). Zo heeft het Hof in deze zaak overwogen dat het onder werktijd betasten van borsten en billen als “*onacceptabel*” moet worden aangemerkt, maar ging een ontslag op staande voet volgens het Hof toch te ver.

Genoemd arrest lijkt op zichzelf te staan. Uit de jurisprudentie volgt veeleer dat ook in een vrije bedrijfscultuur er vanzelfsprekend grenzen zijn aan gedrag. Zo stelt het Hof Den Haag dat het verweer van werknemer dat sprake was een “*amicale/aanrakerige sfeer*” op de werkvloer geen rechtvaardiging vormt voor het door deze werknemer overschrijden van een “*duidelijke grens*” door onder meer “*het beetpakken dan wel bewust aanraken van de borsten*” en “*het leggen van een hand op de billen en/of het van achteren om de middel beetpakken*” van zijn vrouwelijke collega's

(ECLI:NL:GHDHA:2018:223).

Een verweer van de werknemer dat hij een “*open mensenmens*” is, wordt door de rechtbank Noord-Holland van de hand gewezen ten aanzien van een werknemer die zich, “*met een (onbetwiste) voorbeeldfunctie maar ook als normaal denkend mens, (had) dienen te realiseren dat zijn betreffende gedragingen jegens de vele jaren jongere medewerkers door hen als seksueel intimiderend zouden worden ervaren*”. Hoewel de kantonrechter de gedragingen van de werknemer ernstig verwijtbaar achtte, heeft hij wel een gedeeltelijke transitievergoeding gerechtvaardigd geacht, nu de werknemer reeds twaalf jaar voor werkgever werkte, hij zelf geen seksuele bijbedoelingen had bij de gedragingen en de gevolgen van het ontslag aanzienlijk waren, mede gelet op zijn leeftijd en gezondheidsproblemen (ECLI:NL:RBNH:2017:11593).

De werknemer die na een sollicitatiegesprek met een stagiair haar vervolgens Whatsappberichten stuurt waarin hij haar complimenteert over haar uiterlijk, vraagt of zij vaker zulke hoge hakken aan heeft en of zij daar ook op kan dansen, gedraagt zich volgens de kantonrechter Leeuwarden op zichzelf verwijtbaar, maar niet gesproken kan worden van zodanig verwijtbaar gedrag dat van de werkgever niet gevergd kon worden om de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De kantonrechter overweegt dat deze gedragingen veeleer als een incident moeten worden beschouwd en een waarschuwing meer voor de hand had gelegen (ECLI:NL:RBNNE:2017:3709).

Een andere zaak waarin de rechter bepaalde gedragingen wel kwalijk acht, maar onvoldoende om een ontbinding op de grond te rechtvaardigen, deed zich voor bij de Rechtbank Noord-Holland (ECLI:NL:RBNHO:2017:9753). In de zaak die voorlag heeft docent tegen een leerling gezegd “*I am not looking at your tits*” en “*strek je niet uit want anders krijg ik het helemaal heef*”. De werkgever heeft verzocht de arbeidsovereenkomst met de docent te ontbinden op grond van de ‘e-grond’, ‘d-grond’ dan wel de ‘g-grond’, zonder toekenning van de transitievergoeding. De docent verzocht in deze procedure eveneens om de arbeidsovereenkomst te ontbinden, maar wel onder toekenning van de transitievergoeding en een billijke vergoeding. Hoewel de kantonrechter oordeelt dat sprake is van verwijtbaar gedrag van de werknemer, worden de uitlatingen van de docent niet zodanig verwijtbaar geacht te zijn dat de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden op de e-grond. De kantonrechter hecht er daarbij waarde aan dat de docent aan de werkgever te kennen heeft gegeven dat hij “*zijn spreekstijl en houding zal aanpassen door meer zakelijk te zijn*”. Volgens de kantonrechter viel daarom in te zien waarom de werkgever “*niet tot een minder ingrijpende maatregel was overgegaan, zoals bijvoorbeeld een waarschuwing of herplaatsing*”. Bovendien speelde in deze zaak mee dat de betrokken werknemer al 25 jaar in dienst was en er niet eerder dergelijke klachten over hem zijn ingediend. Daarbij komt ook dat de werkgever tijdens de zitting bevestigde dat herplaatsing in een ander team of lesgeven aan klassen met voornamelijk jongens op zichzelf mogelijk was. Wel zag de kantonrechter aanleiding om de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van een verstoorde arbeidsverhouding (g-grond). De rechter acht daarbij het toekennen van de transitievergoeding en een billijke vergoeding van ongeveer één jaarsalaris van EUR 15.024,90 op zijn plaats. De kantonrechter neemt voor het toewijzen van deze billijke vergoeding in aanmerking dat werknemer “*een 62-jarige man is, die gelet op zijn leeftijd en werkervaring alsmede gelet op de smet die als gevolg van (de aard van) deze zaak aan hem zal kleven, geen rooskleurig arbeidsperspectief heeft*”. Het is de moeite waard om de noot van Prof. B. Barentsen bij deze uitspraak te lezen. Barentsen heeft zich daarin kritisch uitgelaten over deze uitspraak, omdat daarin volgens hem teveel de nadruk zou zijn gelegd “*op bescherming van deze werknemer in plaats van bescherming tegen deze werknemer*”.

#### 4. Tips voor de praktijk

Ondanks dat het in de besproken jurisprudentie niet met zoveel woorden aan de orde komt, moet het voorkomen van seksuele intimidatie worden geplaatst in de algemene zorgplicht van de werkgever om te zorgen voor een veilige werkplek. Deze zorgplicht wordt breed uitgelegd en geldt dus ook tijdens bijvoorbeeld kantoorborels of bedrijfsuitjes.

In dat kader is het raadzaam om als werkgever een duidelijk en adequaat beleid ten aanzien van seksuele intimidatie en ander ongewenst gedrag te hanteren, waarbij ook is vermeld dat het in strijd met een dergelijk beleid handelen kan leiden tot ontslag. Het moet voor alle werknemers duidelijk zijn dat (seksueel) grensoverschrijdend gedrag niet wordt getolereerd. Ook moet duidelijk zijn waar dergelijk gedrag kan worden aangekaart, bijvoorbeeld bij een vertrouwenspersoon. Hoewel de jurisprudentie casuïstisch van aard is, kan daaruit wel als algemene lijn worden afgeleid dat het raadzaam is om het beleid, inclusief de op te leggen sancties, consequent na te komen en werknemers aan te spreken op ongewenst gedrag. De waarde van het voeren van een beleid en geven van (officiële) waarschuwingen bij incidenten dragen bij aan de kansen op een succesvolle ontbindingsprocedure.

Indien een werknemer melding maakt van seksuele intimidatie is het van belang de melding in alle gevallen serieus te onderzoeken voordat sancties worden opgelegd. Zorgvuldigheid is in de eerste plaats vereist omdat de werkgever moet zorgen voor een veilige omgeving en de bewijslast draagt van de stelling dat een incident of handelwijze zich heeft voorgedaan. Zorgvuldigheid is echter ook van belang om te voorkomen dat gedragingen ten onrechte als seksuele intimidatie worden aangemerkt. Als sancties worden opgelegd wegens vermeende handelingen die na onderzoek niet te kwalificeren blijken als seksuele intimidatie, is dat zeer beschadigend voor de betrokken werknemer.

Waar op *social media* bij een #metoo verwijt snel de kant wordt gekozen van degene die het aanklaart en reeds bij voorbaat wordt uitgegaan van ‘daderschap’ van degene die wordt aangewezen, mag van de werkgever een meer terughoudende

en zorgvuldige opstelling worden verwacht. Uit de jurisprudentie volgt dan ook rechters kritisch en terughoudend zijn en in beginsel pas overgaan tot ontbinding indien vast komt te staan dat gedragingen daadwerkelijk hebben plaatsgevonden en niet door de beugel kunnen.

Voetnoten

[\[1\]](#)

Annemeijne Zwager is advocaat op de sectie arbeidsrecht van Rutgers & Posch te Amsterdam.