



door **Chris van Dijk**

| advocaat en partner bij Kennedy Van der Laan
en **Tim Nelissen**

| advocaat bij Kennedy Van der Laan

Werkgeversaansprakelijkheid voor seksueel wangedrag op de werkvloer?

Het #MeToo schandaal heeft de afgelopen tijd in Nederland weer volop de aandacht. Binnen een aantal bekende organisaties lijkt sprake te zijn geweest van seksuele intimidatie of seksueel grensoverschrijdend gedrag. In het oog springend zijn de aantijgingen tegen het televisieprogramma The Voice en tegen een directeur bij Ajax. Maar ook op de 'gewone' werkvloer krijgen werknemers te maken met deze problematiek, die nogal eens in de hand wordt gewerkt door de hiërarchische verhoudingen op de werkvloer. Voor werkgevers moet dit dan ook een thema zijn dat hoog op de agenda staat.

Dat benadeelden van seksuele intimidatie of seksueel grensoverschrijdend gedrag (verder tezamen 'seksuele intimidatie') de rechter weten te vinden, blijkt vooral uit rechtspraak in het arbeidsrecht.¹ Slachtoffers spreken maar zelden hun werkgevers aan voor schade die (mede) is ontstaan door omstandigheden die voor rekening van de werkgever komen. Desalniettemin blijkt een aanspraak niet altijd kansloos. De vooral arbeidsrechtelijke uitspraken laten bijvoorbeeld zien dat van de werkgever het een en ander mag worden verwacht aangaande de werksfeer, de mogelijkheid om (onafhankelijk) een klacht in te kunnen dienen en de nazorg bij zo'n klacht.

In dit artikel bespreken wij de twee mogelijke grondslagen voor een slachtoffer om een (schade)vergoeding te vorderen van zijn werkgever als gevolg van seksuele intimidatie op de werkvloer. Het gaat hier om art. 7:658 BW (werkgeversaansprakelijkheid) en art. 6:170 BW (aansprakelijkheid voor ondergeschikten). Wij sluiten af met een conclusie.

Schending van de veiligheidsverplichtingen van de werkgever

Kort gezegd moet een werknemer ingevolge art. 7:658 BW bewijzen dat hij schade heeft opgelopen in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Als de werknemer daarin slaagt, rust op grond van art. 7:658 lid 2 BW vervolgens de bewijslast op de werkgever, die zal moeten aantonen dat hij zijn veiligheidsverplichtingen is nagekomen, er geen causaal verband bestaat tussen de schending daarvan en de gezondheidsschade of dat sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. De omvang van de zorgplicht wordt in elk geval (mede) bepaald door hetgeen op grond van de regelgeving op het terrein van de arbeidsomstandigheden van de werkgever gevegd wordt. Een werkgever kan op grond van art. 7:658 BW ook aansprakelijk zijn voor (in het kader van seksuele intimidatie vooral relevante) psychische schade.² Hoewel bij art. 7:658 BW sprake is van schuldansprakelijkheid kan, gelet op de ruime

strekking van de zorgplicht, niet snel worden aangenomen dat de werkgever aan zijn zorgplicht heeft voldaan en niet aansprakelijk is.³

Zoals gezegd bieden vooral arbeidsrechtelijke uitspraken aanknopingspunten voor het antwoord op de vraag wat zoal van de werkgever mag worden verwacht.⁴

Slachtoffers spreken maar zelden hun werkgevers aan voor schade die (mede) is ontstaan door omstandigheden die voor rekening van de werkgever komen. Desalniettemin blijkt een aanspraak niet altijd kansloos. De vooral arbeidsrechtelijke uitspraken laten bijvoorbeeld zien dat van de werkgever het een en ander mag worden verwacht [...].

In een beschikking van Rechtbank Amsterdam van 24 maart 2021⁵ ging het om een organisatie waarin voornamelijk mannen werkzaam waren. Een van de schaarse vrouwelijke collega's stelt dat er tijdens haar dienstverband sprake is geweest van seksuele intimidatie (waaronder een poging tot verkrachting) en discriminatie wegens geslacht. In eerste instantie wordt geprobeerd om overeenstemming te bereiken over een minnelijke oplossing inclusief uitdiensttreding. Als dat niet lukt, verzoekt de werknemer ontbinding van de arbeidsovereenkomst als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever en maakt zij aanspraak op een billijke vergoeding. Ook verzoekt zij om een schadevergoeding wegens ongelijke behandeling in de zin van art. 7:646 BW.

De kantonrechter gaat eerst in op de vraag of een billijke vergoeding kan

worden toegekend. De relevante norm is neergelegd in art. 7:671c lid 2 sub b BW en eist dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Dat is een hoge drempel: uit de wetsgeschiedenis blijkt dat van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten slechts sprake is in uitzonderlijke gevallen, bijvoorbeeld als een werkgever grovelijk de verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en er als gevolg daarvan een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat. Ondanks dit zware vereiste meent de kantonrechter dat daar in deze zaak aan is voldaan. Volgens de kantonrechter is de werkgever tekortgeschoten in haar verplichting om als werkgever zorg te dragen voor een veilige werkomgeving waarin vrouwelijke en mannelijke collega's zich op gelijke voet kunnen ontplooiën.

“Gebleken is dat de sfeer op met name de handelsvloer van [het bedrijf] en de wijze van onderlinge omgang tussen de traders tijdens en buiten werkuren, bijzonder is te noemen, in ieder geval in de ogen van een buitenstaander. De bedrijfscultuur kan worden omschreven als hard en competitief. De jonge, nagenoeg uitsluitend mannelijke traders werken in een high energy omgeving en presteren dagelijks onder grote druk teneinde financieel resultaat te behalen. De risico's zijn groot, de beloning hoog. Naar de kantonrechter begrijpt worden bij wijze van uitlaatklep op de werkvloer niet alleen losse omgangsvormen getolereerd, maar wordt ook grensoverschrijdend gedrag toegestaan dat in een andere omgeving naar tegenwoordige maatstaven ondenkbaar moet worden geacht. Een voorbeeld daarvan zijn de op de zitting door de gemachtigde van [het bedrijf] gedemonstreerde trade sounds, waarbij bij het behalen van een bepaald

handelsresultaat een kort popmuziekfragment wordt afgespeeld, veelal met een seksuele lading zoals Jerk it out, Sexylady en Bitch2. Ook heeft [het bedrijf] niet weerproken dat in de traderwereld bepaalde gebaren met een seksuele connotatie niet ongebruikelijk zijn. Verder is gebleken dat in verschillende WhatsApp groepsapps met collega's seksueel geladen uitingen en afbeeldingen van schaars geklede dames werden gedeeld. Er zijn verschillende voorbeelden gegeven waaruit blijkt dat een en ander niet aan de aandacht van het (hogere) management kan zijn ontsnapt. Dat is bijvoorbeeld zo geweest bij de onderwerpkeuze van een aantal morning markets, waarmee de traders onderling hun vaardigheden oefenen. Daarbij werd op een fictieve markt gehandeld in bijvoorbeeld dick pics, het salaris van vrouwelijke porno-sterren en de duurste beha.”

Naast (en vermoedelijk verband houdend met) deze werksfeer kreeg de vrouwelijke collega te maken met seksuele en vrouwonvriendelijke opmerkingen en toespelingen. Dat heeft ertoe geleid dat zij uit angst niet meer meeging op bedrijfsuitjes. De kantonrechter verwijt de werkgever te veel begrip te hebben getoond voor de mannelijke 'cultuur' en niet voldoende te hebben ondernomen om de situatie van de vrouwelijke collega te verbeteren. Volgens de kantonrechter heeft de werkgever zich onvoldoende ingespannen om ervoor te zorgen dat (ook) vrouwelijke collega's binnen een prettige sfeer hun werk kunnen doen.

Van belang is dat de werkgever van deze problematiek op de hoogte was: het wangedrag is door verschillende vrouwelijke collega's aangekaart bij leidinggevend en in de organisatie. Opvallend is dat binnen de organisatie lange tijd geen procedure bestond voor het indienen van een klacht. Ook

was er geen vertrouwenspersoon aangesteld. Daar komt nog bij dat de werkgever (toen eenmaal was besloten extern onderzoek te laten doen naar de misstanden) slechts één incident heeft laten onderzoeken. De vrouwonvriendelijke bedrijfscultuur is in dat onderzoek helemaal niet meegenomen.⁶

Al met al concludeert de kantonrechter dat de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Omdat dat handelen tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst heeft geleid, is het aan de oud-werknemer een billijke vergoeding verschuldigd. De additionele schadevergoeding voor ongelijke behandeling wordt afgewezen omdat de voormalige werkneemster onvoldoende heeft onderbouwd dat zij promotie heeft misgelopen.

Kort gezegd wordt van de werkgever verwacht dat de organisatie zo is ingericht dat slachtoffers veilig en onafhankelijk kunnen klagen en dat er daadkrachtig wordt opgetreden als er sprake is van een (vermoeden van) seksuele intimidatie.

Vooraf interessant om te zien is op welke gronden de kantonrechter oordeelt dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen door de werkgever. Kort gezegd wordt van de werkgever verwacht dat de organisatie zo is ingericht dat slachtoffers veilig en onafhankelijk kunnen klagen en dat er daadkrachtig wordt opgetreden als er sprake is van een (vermoeden van) seksuele intimidatie. De plicht die op de werkgever rust is daarmee zowel preventief als repressief van aard. Interessant is om te zien hoe de overwegingen van de kantonrechter zich verhouden tot een beoordeling van werkgeversaansprakelijkheid ex. art. 7:658 BW.

In een zaak waarover het hof Den Haag op 16 maart 2021 oordeelde stelt een 18-jarige vrouw een angstpsychose te hebben gekregen als gevolg van seksuele intimidatie op de werkvloer.⁷ De benadeelde stelt de werkgever aansprakelijk voor daaruit voortvloeiende schade op grond van (onder meer) art. 7:658 BW.

Zoals hierboven aangestipt, wordt van de werknemer verlangd dat deze stelt en zo nodig bewijst dat hij of zij lijdt aan psychische aandoeningen en beperkingen, en bovendien dat deze zijn opgelopen in de uitoefening van de werkzaamheden (het vereiste van causaal verband). Het slachtoffer zal dit verband aannemelijk moeten maken met objectieve aanwijzingen. Daarin wordt het slachtoffer enigszins tegemoet gekomen door de in art. 7:658 lid 2 BW besloten liggende arbeidsrechtelijke omkeringsregel: als het slachtoffer stelt en zo nodig bewijst dat zij werkzaamheden heeft moeten verrichten onder omstandigheden die schadelijk 'kunnen' zijn geweest voor haar gezondheid en dat haar gezondheidsklachten hierdoor 'kunnen' zijn veroorzaakt, wordt het vermoeden dat de gezondheidsschade is veroorzaakt door de omstandigheden waarin het slachtoffer haar werkzaamheden heeft verricht, aangenomen. Voor dat vermoeden is geen plaats als het causaal verband tussen de geleden schade en de uitoefening van de werkzaamheden te onzeker of te onbepaald is.⁸ Overigens is het zo dat de werkgever dit vermoeden kan ontzenuwen, zonder dat sprake is van omkering van de bewijslast.⁹

In eerste aanleg concludeert de kantonrechter dat benadeelde niet aannemelijk heeft kunnen maken dat de door haar geleden schade is opgelopen in de uitoefening van haar werkzaamheden. Bovendien is niet gebleken van een zorgplichtschending door haar werkgever. In hoger beroep komt het Hof Amsterdam¹⁰ tot een ander oordeel en doet uit de doeken hoe de zorgplicht van de werkgever in het kader van seksuele intimidatie kan worden ingevuld.



“Nu vaststaat dat [appel-lante] in de uitoefening van haar werkzaamheden schade heeft geleden waarvan zij op grond van artikel 7:658 BW vergoeding vordert, kan [het bedrijf] zich, op grond van lid 2 van dat artikel, van aansprakelijkheid voor die schade bevrijden door te stellen en zo nodig te bewijzen dat zij de in lid 1 van dat artikel genoemde zorgplicht is nagekomen. Van belang in het kader van deze zorgplicht is dat de werkgever op grond van artikel 3 lid 2 Arbeidsomstandighedenwet (hierna: Arbowet) binnen het algemene arbeidsomstandighedenbeleid een beleid dient te voeren gericht op voorkoming, en indien dat niet mogelijk is, beperking van psychosociale arbeidsbelasting (waaronder krachtens

artikel 1 lid 3 sub e Arbowet seksuele intimidatie valt). Artikel 5 lid 1 Arbowet bepaalt in dat kader dat de werkgever in een risico-inventarisatie en evaluatie (hierna: RI&E) schriftelijk vastlegt welke risico's de arbeid voor de werknemers met zich brengt. In een plan van aanpak, dat is gebaseerd op de RI&E, moeten vervolgens maatregelen worden opgenomen ter voorkoming van die risico's, waaronder seksuele intimidatie (artikel 5 lid 3 Arbowet). De werkgever dient deze acties aantoonbaar uit te voeren en toe te zien op naleving door de medewerkers van de instructies en voorschriften, die erop gericht zijn het risico op (onder meer) seksuele intimidatie te voorkomen of beperken.”

Vaststaat dat het bedrijf in 2016 niet beschikte over een schriftelijke RI&E en een plan van aanpak. Tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep heeft het bedrijf erkend dat het in april 2016 niet aan de arboregels voldeed. Volgens het bedrijf was een regeling in 2016 'latent aanwezig' en was er tijdens personeelsbijeenkomsten en vergaderingen van het MT en afdelingshoofden aandacht aan besteed. Eerst met ingang van 1 februari 2017 heeft het bedrijf in het personeelsreglement een 'Klachtenregeling ongewenst gedrag' (met als bijlage een klachtenprocedure ongewenst gedrag) opgenomen. Volgens deze klachtenregeling kan een medewerker die met ongewenst gedrag wordt geconfronteerd zich wenden tot de vertrouwenspersonen. Eerst wordt gekeken of de klacht in informele zin kan worden opgelost. Eventueel kan onderzoek nodig zijn en een beroep worden gedaan op een klachtencommissie ongewenst gedrag. Wat daar ook van zij, vaststaat dat het bedrijf in 2016



niet heeft gehandeld volgens de in 2017 opgenomen Klachtenregeling ongewenst gedrag en de klachtenprocedure, hetgeen door het bedrijf tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep ook is erkend. Het hof stelt op grond hiervan vast dat het bedrijf in ieder geval niet heeft voldaan aan – wat het hof zal noemen – haar formele zorgplicht op grond van de Arbowet.

In deze overwegingen komt het hof tot de conclusie dat op werkgevers een formele zorgplicht rust. De grondslag daarvan wordt in dit geval in de Arbowet gevonden. Concreet betekent dit dat er niet alleen een (klachten)regeling moet zijn voor het aankaarten van seksuele intimidatie, maar dat de werkgever verplicht is toe te zien op een correcte naleving daarvan. In dit geval wordt de schending van de formele zorgplicht geweten aan het feit dat de werkgever niet heeft gehandeld volgens de (blijkbaar pas later schriftelijk ingevoerde) klachtenprocedure. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat voor een schending van de formele zorgplicht niet voldoende

de is het enkele feit dat een (klachten)regeling ontbreekt. Ook in het vervolg van de uitspraak ligt de nadruk op het handelen van de werkgever (of het gebrek daaraan). Uit de overwegingen van het hof blijkt dat de werkgever er verstandig aan doet klachten over seksuele intimidatie door een (intern of extern) vertrouwenspersoon of een onafhankelijke klachtencommissie te laten onderzoeken. Aan de hand van de uitkomst daarvan kan de werkgever beoordelen of en welke maatregelen passend zijn. In dit geval had de werkgever besloten dat een gesprek met de dader en een aantal officiële waarschuwingen afdoende waren. Daar kon het hof geen begrip voor opbrengen.

“[Het bedrijf] vond verder onderzoek niet aangewezen vanwege de betwisting door [X] en het feit dat ‘niemand anders heeft gezien dat er sprake zou zijn van (seksuele) intimidatie’. Het hof deelt dit standpunt niet. Dat niemand anders had gezien dat sprake

zou zijn van (seksuele) intimidatie disculpeert [het bedrijf] niet, nu het algemeen bekend is dat (seksuele) intimidatie veelal heimelijk plaatsvindt. [Het bedrijf] stelt dat zij [X] in de periode vanaf april 2016 nadrukkelijk in de gaten is gaan houden en dat het niet is gebleken dat [X] zich tot november 2016 intimiderend heeft gedragen. Zulks heeft evenwel niet verhindert dat er in november 2016 vervolgens weer heel feitelijke klachten over seksuele intimidatie door [X] door [appellante] zijn ingediend. Dit heeft geleid tot een dag schorsing van [X] gedurende een onderzoek, welke schorsing een dag later is omgezet in een officiële waarschuwing en een dreiging met ontslag op staande voet.”

Het hof meent dat deze maatregelen van de werkgever onvoldoende zijn

en concludeert dat ook niet is voldaan aan de materiële zorgplicht die op een werkgever rust.

“Het had evenwel op de weg van [het bedrijf] gelegen om zeker bij hernieuwde klachten over seksuele intimidatie door [X] binnen een tijdsbestek van zeven maanden adequaat onderzoek te doen, hetgeen [het bedrijf] wederom heeft nagelaten. ‘Diepgaand onderzoek’ van een dag volstaat in dat kader allerminst. Het hof oordeelt dan ook dat [het bedrijf] ook niet heeft voldaan aan haar materiële zorgplicht, waarmee vaststaat dat [het bedrijf] haar zorgplicht op grond van 7:658 lid 1 BW niet is nagekomen. Bij dit alles merkt het hof nog op dat niet is gesteld of gebleken dat [appellante] en/of de andere jonge werknemers opzettelijk onjuiste mededelingen over (het gedrag van) [X] heeft/hebben gedaan en/of het gedrag van [X] (steeds) verkeerd heeft/hebben geïnterpreteerd.”

De conclusie is dat benadeelde schade heeft geleden in de uitoefening van haar werkzaamheden. Omdat de werkgever niet heeft aangetoond de op hem rustende zorgplicht te zijn nagekomen, is het verplicht de materiële en immateriële schade van benadeelde te vergoeden.

Globaal kan worden gezegd dat de werkgever in allebei de hierboven besproken uitspraken de inrichting van zijn organisatie niet voldoende op orde had wat betreft het kunnen instellen van een klacht wegens seksuele intimidatie. Ook kan worden volgehouden dat de werkgevers in beide gevallen tekort zijn geschoten in hun handelen naar aanleiding van binnengekomen klachten.

Op één punt bestaat echter een verschil: in de zaak die speelde voor de kantonrechter was sprake van een sfeer op de werkvloer waarin seksuele intimidatie in

de hand werd gewerkt. Uit de overwegingen van de kantonrechter kan worden afgeleid dat de werkgever ook daar verantwoordelijkheid voor draagt. Dat lijkt ons terecht. Een civielrechtelijke aansprakelijkstelling zou in die zaak waarschijnlijk eveneens een goede kans van slagen hebben gehad.

Het vorenstaande brengt met zich dat van de werkgever het nodige mag worden verwacht ten aanzien van het creëren van een veilige werksfeer. Hij dient actief op te treden tegen een bedrijfscultuur waarin seksuele intimidatie kan ontstaan of blijft voortduren. Voorts moet hij zorgvuldig omgaan met een vermoeden van seksuele intimidatie en het in dat kader uitgevoerde onderzoek.

“Zijn de ondergeschikte en degene in wiens dienst hij stond, beiden voor de schade aansprakelijk, dan behoeft de ondergeschikte in hun onderlinge verhouding niet in de schadevergoeding bij te dragen, tenzij de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid.”

Aangezien art. 7:658 BW een schuldaansprakelijkheid behelst zal een slachtoffer dit artikel vaak niet in stelling kunnen brengen tegen zijn werkgever. De seksuele intimidatie vindt immers vaak buiten de schijnwerpers plaats zonder dat de werkgever ervan op de hoogte is of kan zijn. Dan treft de werkgever die ook voldoende zorg heeft gedragen voor de arbeidsomstandigheden geen verwijt. De vraag is of het slachtoffer in dat geval baat heeft bij art. 6:170 BW, dat immers een risicoaansprakelijkheid van de werkgever inhoudt. Die vraag behandelen wij in de volgende paragraaf.

Aansprakelijkheid voor de fout van de ondergeschikte

In art. 6:170 BW is bepaald dat degene in wiens dienst de ondergeschikte zijn taak vervult aansprakelijk is voor schade aan een derde toegebracht door een fout van de ondergeschikte, indien de kans op de fout door de opdracht tot het verrichten van deze taak is vergroot en degene in wiens dienst de ondergeschikte stond uit hoofde van hun desbetreffende rechtsbetrekking zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen. Met andere woorden: er moet sprake zijn van functioneel verband. Indien aan deze voorwaarden is voldaan is ‘de werkgever’ risicoaansprakelijk. Wij zetten dit woord tussen aanhalingstekens omdat het bij dit artikel niet alleen gaat om de dienstbetrekking uit arbeidsovereenkomst.¹¹ Ondergeschiktheid dient ruim te worden opgevat, doorslaggevend is of sprake is van een juridische gezagsverhouding. Het derde lid van art. 6:170 BW bepaalt voorts: “Zijn de ondergeschikte en degene in wiens dienst hij stond, beiden voor de schade aansprakelijk, dan behoeft de ondergeschikte in hun onderlinge verhouding niet in de schadevergoeding bij te dragen, tenzij de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid.” Art. 6:170 BW kan jegens de werkgever ook in stelling worden gebracht door een werknemer die schade lijdt door gedrag van een collega-werknemer.¹²

De vraag of in een concreet geval sprake is van functioneel verband levert doorgaans veel discussie op. Ook in het kader van seksuele intimidatie zal dit vereiste vermoedelijk de doorslag geven voor het al dan niet aannemen van aansprakelijkheid ex. art. 6:170 BW. Daarom gaan wij hieronder nader in op de reikwijdte van het functionele verband.

In het arrest Groot Kievitsdal heeft de Hoge Raad overwogen dat in de beoordeling van het vereiste van functioneel verband alle ter zake dienende omstandigheden van het geval moeten worden betrokken. Onder meer noemt de Hoge Raad omstandigheden als het tijdstip waarop en de plaats waar de



gedraging is verricht, de aard van die gedraging en de eventueel geschapen gelegenheid die verband houdt met de dienstbetrekking. Ook kan relevant zijn of een leidinggevende een verwijt valt te maken ten aanzien van de fout van de ondergeschikte. In deze zaak ging het om een bedrijfsuitje in het partycentrum Groot Kievitsdal, waarbij de directeur van het bedrijf met zijn ondergeschikten en levenspartners binnen aan het (gas)barbecueën was. Er werd flink gedronken en na het eten gooiden twee werknemers die bij de directeur aan tafel zaten lampolie op het nog hete barbecue-rooster. Hierdoor ontstond brand en brandde Groot Kievitsdal geheel af. De directeur had niet preventief opgetreden, maar juist een 'duit in het zakje' gedaan door deel te nemen aan het elkaar 'opjuinen' om olie op de barbecue te gooien. Die omstandigheden nam het hof mee in haar beoordeling. De Hoge Raad liet het oordeel van het hof dat aansprakelijkheid bestond op de voet van art. 6:170 BW in stand.

Dat functioneel verband ruim moet worden uitgelegd blijkt ook uit een uitspraak van de Hoge Raad van 30 oktober 2009.¹³ Hierin ging het om

een medewerker van de gemeente Utrecht, die tijdens een werkpauze zittend op een stoel zodanig door een collega van achteren in de greep werd genomen dat hij enige tijd met zijn volle gewicht aan zijn nek in diens armen bleef hangen. Voor de gevolgen hiervan sprak hij de gemeente ex art. 6:170 lid 1 BW aan. De rechtbank nam aansprakelijkheid van de gemeente op die grondslag aan. Zij achtte daarbij van belang: a) dat de greep plaatsvond binnen de 'werksfeer' van de gemeente, immers tijdens een pauze in een ruimte die door de gemeente daartoe was ingericht en die werd gebruikt door personeelsleden een dienst van de gemeente, en die vanaf de werkplaats binnendoor bereikbaar is, alsmede dat deze ruimte in dit geval gelegenheid voor collega's bood om te stoeien, b) dat de greep in de visie van [de desbetreffende medewerker] en de gemeente zich afspeelde in de werksituatie omdat volgens hen sprake was van collegiaal stoeien, c) dat een zeker verband bestaat tussen de werksfeer en de reden waarom [de desbetreffende medewerker] een greep toepaste, nu vaststaat dat [de desbetreffende medewerker] op het moment dat hij de greep toepaste, zei: 'Als pa zegt dat je blijft

zitten, doe dit ook' en 'Heb jij een andere baas ofzo' waarmee hij schertsenderwijs bedoelde te refereren aan een door hem ten opzichte van [het slachtoffer] in te nemen bevoorrechte positie gezien zijn senioriteit en hij verwees naar het recente verleden waarin [het slachtoffer] in dienst was van een uitzendbureau en d) dat de greep werd toegepast in een werkring waarbinnen volgens de afgelegde getuigenverklaringen een collegiale stoeipartij als normaal werd beschouwd. Het hof dacht daar anders over en vond dat geen sprake was van een aan de dader gegeven opdracht 'tot het verrichten van een bepaalde taak die de kans op de fout objectief (volgens statistische ervaringsregels) heeft vergroot'. De Hoge Raad casseerde omdat het hof zich beperkt had tot een beantwoording van de vraag of de kans op de fout is vergroot door een opdracht aan de werknemer tot het verrichten van een 'bepaalde taak'. Aan de hand van alle terzake dienende omstandigheden moest worden onderzocht of tussen de fout van de betrokken werknemer en diens werk in dienstbetrekking een zodanig verband bestond dat zijn werkgever voor de daardoor veroorzaakte schade aansprakelijk was. Het hof had alle omstandigheden die de rechtbank noemt in zijn oordeel moeten betrekken.

Hoewel het criterium functioneel verband ruim moet worden opgevat kan het uiteraard ook niet grenzeloos worden opgevat omdat het dan – bij gebleken ondergeschiktheid – geen onderscheidende rol meer zou spelen in art. 6:170 BW. Zo zal in een geval dat een werknemer zijn voorman doodschiet, omdat hij meent dat deze verantwoordelijk is voor zijn ontslag, geen aansprakelijkheid worden aangenomen. Wij zouden menen dat het bij functioneel verband moet gaan om fouten die door de omstandigheden van de werksfeer worden veroorzaakt, in de hand gewerkt of tenminste waarschijnlijker gemaakt.¹⁴ Of daarvan sprake is hangt – zoals blijkt uit de overwegingen van de Hoge Raad – van alle omstandigheden van het geval af. Zowel de genoemde omstandigheden in de stoeiende werknemers-zaak als de omstandigheden in de zaak Groot Kievitsdal voldeden aan dit criterium.

Een voorbeeld waarbij de rechter (aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval) oordeelde dat geen sprake was van functioneel verband met het werk is een uitspraak van Hof Amsterdam van 11 augustus 2015.¹⁵ Het betrof een ruzie tussen een schoonmaker en de assistent-regiomanager van een schoonmaakbedrijf. Na afloop van het werk moest een aantal werknemers van het schoonmaakbedrijf met een bedrijfsbusje naar huis teruggebracht worden. De betreffende schoonmaker bevond zich in het bedrijfsbusje en heeft een aantal keer op de claxon gedrukt, omdat hij vond dat het vertrek van het busje te lang op zich liet wachten. Daarop is de assistent-regiomanager naar hem toegelopen en heeft hem tweemaal op het hoofd/rechteroor geslagen. De politierechter heeft de assistent-regiomanager veroordeelt wegens mishandeling. Vervolgens heeft de schoonmaker het schoonmaakbedrijf aangesproken tot schadevergoeding. Het hof overwoog:

"Gesteld noch gebleken is dat Z X heeft mishandeld om redenen die verband hielden met of inherent waren aan de uitvoering van de door Y aan hen opgedragen werkzaamheden of daarin hun aanleiding vonden. (...) zijn er geen aanwijzingen dat tussen X en Z reeds op dat moment een slechte verstandhouding bestond. (...) Het incident heeft zich buiten werktijd en niet op de werkvloer voorgedaan. Dat door of ingevolge zijn dienstbetrekking aan Z gelegenheid is geschapen tot de fout de mishandeling van X, kan (...) niet worden gezegd en dat Z daarbij gebruik heeft gemaakt van hem door de werkgever ter beschikking staande middelen evenmin. Naar het oordeel van het hof kan de vordering van X ook niet op de aansprakelijkheid van Y voor ondergeschikten worden gebaseerd."

Uitgaande van deze feiten lijkt ons deze uitspraak juist, omdat moet worden

aangenomen dat geen sprake was van fouten die door de omstandigheden van de werksfeer werden veroorzaakt, in de hand gewerkt of tenminste waarschijnlijker gemaakt.

Op grond van het vorenstaande menen wij dat een werkgever op de voet van art. 6:170 BW in beginsel niet aansprakelijk is voor seksuele intimidatie door een van zijn werknemers jegens een andere werknemer als hij daarvan niet heeft geweten of hoeven weten en de kans ook niet vergroot is door de werksfeer, zoals in het hiervoor besproken geval van [het tradersbedrijf] wél het geval lijkt te zijn geweest. Als uitgangspunt is de kans op de seksuele intimidatie in die gevallen niet vergroot door de verrichting van de opgedragen taak of door het dienstverband.¹⁶

Hoewel het criterium functioneel verband ruim moet worden opgevat kan het uiteraard ook niet grenzeloos worden opgevat omdat het dan – bij gebleken ondergeschiktheid – geen onderscheidende rol meer zou spelen in art. 6:170 BW.

Dekkingsperikelen

In AVB-polissen maken verzekeraars regelmatig van de mogelijkheid gebruik om een clause voor seksuele intimidatie in de polis op te nemen. Daarin wordt doorgaans uitgesloten van dekking aansprakelijkheid voor schade die wordt veroorzaakt door of voortvloeit uit seksuele gedragingen van welke aard dan ook. Op basis van een dergelijke clause is de aansprakelijkheid van de werkgever op grond van art. 7:658 BW niet gedekt. Zelfs in het geval dat de clause een insluiting bevat voor het handelen van ondergeschikten ont-

breekt veelal dekking, omdat aan die insluiting vaak de voorwaarde wordt gekoppeld dat de verzekerde zelf (vaak de werkgever) in dat verband geen verwijt treft.

De strekking lijkt te zijn om voor de werkgever kenbare seksuele gedragingen van dekking uit te sluiten.

Conclusies

Artikel 7:658 BW kan onder omstandigheden een goede grondslag zijn voor aansprakelijkheid van de werkgever bij seksuele intimidatie. Dat kan allereerst het geval zijn als de werkgever een werksfeer laat voortbestaan waarin dit normaal wordt gevonden. Daarnaast zal de werkgever aansprakelijk kunnen zijn als hij wist of kon weten van de seksuele intimidatie maar niets of onvoldoende deed om dit te doen stoppen. Ook kan aansprakelijkheid bestaan als hij geen interne of externe vertrouwenspersoon heeft of na gebleken seksuele intimidatie geen deugdelijk onderzoek laat uitvoeren door bijvoorbeeld een onafhankelijke klachtencommissie.

Aansprakelijkheid op grond van art. 6:170 BW voor seksuele intimidatie lijkt alleen mogelijk als de seksuele intimidatie door de omstandigheden van de werksfeer is veroorzaakt, in de hand gewerkt of tenminste waarschijnlijker gemaakt. Als de werkgever niet van de seksuele intimidatie afwist en ook niet hoefde te weten, zal een vordering op deze grondslag niet snel slagen.

Het lijkt niet vergezocht te vermoeden dat slachtoffers van seksuele intimidatie vaker het aansprakelijkheidsrecht zullen beproeven om een vergoeding te krijgen van hun werkgever. Het is dan ook onze verwachting dat de (verzekerings)praktijk daar de komende tijd meer van gaat zien. Daarom doen verzekeraars er goed aan erover na te denken in hoeverre zij daarvoor dekking willen geven.