

‘Gordijnen dicht en de deur op slot’: een jaar #MeToo in het arbeidsrecht

ArbeidsRecht 2019/2

Het schandaal rondom filmproducent Harvey Weinstein en de daaropvolgende #MeToo beweging op sociale media heeft veel stof doen opwaaien over het onderwerp seksuele intimidatie. Uit verschillende onderzoeken blijkt dat een groot deel van werknemers wel eens te maken heeft gehad met een vorm van seksuele intimidatie.² Het thema staat bij veel werkgevers dan ook hoog op de agenda. Het afgelopen jaar heeft dit geleid tot een relatief groot aantal gepubliceerde uitspraken waarin seksuele intimidatie werd aangevoerd als belangrijkste reden voor ontslag. In dit artikel zullen deze uitspraken aan een nadere analyse worden onderworpen.

1. Wettelijke maatregelen

In verschillende wetten zijn preventieve en repressieve maatregelen opgenomen om te voorkomen dat een werknemer seksueel geïntimideerd wordt. De werkgever is primair verantwoordelijk voor gezonde en veilige arbeidsomstandigheden van de werknemer. Dit vloeit niet alleen voort uit de algemene norm van art. 7:611 BW, maar is in verschillende wettelijke bepalingen nader uitgewerkt. Op grond van art. 3 lid 2 van de Arbeidsomstandighedenwet is de werkgever in dit kader verplicht een beleid te voeren dat erop gericht is om psychosociale arbeidsbelasting van de werknemer te voorkomen of te beperken. Deze verplichting is ook in verschillende collectieve arbeidsovereenkomsten opgenomen.³ Onder psychosociale arbeidsbelasting wordt ook seksuele intimidatie verstaan.⁴ De Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid is verantwoordelijk voor de naleving van deze zorgplicht en kan boetes opleggen indien hieraan niet voldaan wordt. Daarnaast kan een werkgever op grond van art. 7:658 lid 1 BW aansprakelijk zijn voor de schade die een werknemer lijdt als gevolg van seksuele intimidatie. Een recente uitspraak van de Rechtbank Limburg toont aan dat dit geen sinecure is.⁵ Daarnaast kan seksuele intimidatie op grond van de gelijkebehandelingswetgeving verboden onderscheid opleveren.⁶ Op grond van art. 7:646 lid 9 BW is een werkgever verplicht een werknemer die (seksueel) inti-

miderend gedrag afwijst of lijdzaam ondergaat, te beschermen en niet te benadelen. In het kader van de gelijkebehandelingswetgeving zijn de oordelen van het College voor de Rechten van de Mens ook van belang. Uit deze oordelen blijkt dat van belang is of een klacht adequaat is behandeld, hoor- en wederhoor is toegepast en of noodzakelijke maatregelen zijn genomen.⁷

Opvallend genoeg zijn in de wet nauwelijks (concrete) repressieve maatregelen opgenomen ter correctie of sanctienering van werknemers die zich schuldig maken aan seksuele intimidatie. Van een dringende reden voor een ontslag op staande voet kan volgens art. 7:678 lid 2 BW sprake zijn in het geval van ‘liederlijk gedrag’. Als voorbeeld wordt ook genoemd het (trachten te) verleiden van de werkgever of collega’s ‘tot handelingen, strijdig met de wetten of de goede zeden’. Voor de vaststelling van een dringende reden dienen evenwel alle omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking te worden genomen.⁸ Er is geen sprake van een vuistregel dat seksuele intimidatie behoudens bijzondere omstandigheden een dringende reden oplevert.⁹ Seksuele intimidatie kan daarnaast kwalificeren als (ernstig) verwijtbaar handelen of nalaten of leiden tot een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding op basis waarvan de arbeidsovereenkomst kan worden ontbonden. Blijkens de wetsgeschiedenis is het uiteindelijk aan de rechter om te beoordelen of verwijtbaar gedrag van de werknemer reden kan zijn voor ontslag.¹⁰ Uit de rechtspraak over (ernstig) verwijtbaar handelen of nalaten blijkt dat, behoudens evident ontoelaatbaar gedrag, voor deze beoordeling zowel de persoonlijke omstandigheden als het kenbaarheidsvereiste van belang zijn. Het dient duidelijk te zijn voor een werknemer (bijvoorbeeld door een beleid of waarschuwing) dat bepaald gedrag niet is toegestaan.¹¹

2. Seksuele intimidatie in de rechtspraak

Gelet op het voorgaande heeft een rechter de nodige vrijheid om te bepalen of – en zo ja, welke – repressieve maatregelen passend zijn indien sprake is van seksuele intimidatie. In zowel de media als de literatuur is de nodige kritiek geuit op de wijze waarop rechters hieraan invulling geven. De rechtspraak zou te genuanceerd en begripvol zijn voor daders en seksuele intimidatie zou zelden leiden tot het ein-

1 Mr. E.H. Damen en mr. R. Schepers zijn advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam.

2 Zie o.a. FNV Factsheet Seksuele Intimidatie 21 februari 2018, Nationale Enquête Arbeidsomstandigheden 2016, en Monitor Arbeid. Een rapport over agressie op het werk 2014. Ontwikkelingen, risico's, impact en behoefte aan maatregelen, Leiden: TNO 2016.

3 Zie o.a. cao Glastuinbouw 2015-2018, cao Primair Onderwijs 2016-2017 en de cao voor het Hoger Beroepsopleidingsonderwijs 2018-2020.

4 Kamerstukken II 2005/06, 30552, 3, p. 30.

5 Rechtbank Limburg 30 april 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4079.

6 Zie Richtlijn 2002/73 EG, art. 7:646 lid 6 BW, art. 1a lid 1 Algemene wet gelijke behandeling en art. 1a lid 1 Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen.

7 College voor de Rechten van de Mens oordeelnummer 2013-99; oordeelnummer 2013-46 en oordeelnummer 2014-45.

8 HR 12 februari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2849, JAR 1999/102.

9 HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1967.

10 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 45.

11 Zie E. Wies & M.A. Schneider, ‘Verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer (‘e-grond’): de lijnen in de rechtspraak uitgekristalliseerd?’, *ArbeidsRecht* 2018/30.

de van de arbeidsovereenkomst.¹² Rechters zouden te mild oordelen over seksuele intimidatie op de werkvloer.¹³ Het is daarom interessant te bezien of dit beeld ook volgt uit de gepubliceerde uitspraken en welke lessen hieruit getrokken kunnen worden. In het kader van dit artikel zullen wij ons beperken tot de gepubliceerde uitspraken vanaf de start van de #MeToo beweging in oktober 2017. Vanaf die start tot het moment van schrijven van dit artikel zijn er vijftien uitspraken gepubliceerd waarin seksuele intimidatie werd aangevoerd als reden om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Wij zullen deze uitspraken bespreken aan de hand van de belangrijkste thema's die hieruit voortvloeien.

2.1 Ontbindingsgrond

Uit de onderzochte uitspraken volgt dat in twaalf van de vijftien uitspraken (80%) seksuele intimidatie leidde tot het einde van de arbeidsovereenkomst. In negen van de vijftien uitspraken verzocht de werkgever ontbinding van de arbeidsovereenkomst. In alle ontbindingsverzoeken werd door de werkgever primair aangevoerd dat de werknemer zich door de seksuele intimidatie schuldig had gemaakt aan (ernstig) verwijtbaar handelen. Subsidiar werd veelal aangevoerd dat als gevolg van de seksuele intimidatie sprake was van een verstoorde arbeidsverhouding. De arbeidsovereenkomst werd in twee uitspraken ontbonden vanwege ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer, tweemaal vanwege 'gewoon' verwijtbaar handelen en viermaal leidde seksuele intimidatie tot een verstoorde arbeidsverhouding. In twee van de voornoemde uitspraken werd de arbeidsovereenkomst weliswaar ontbonden, maar werd ook geoordeeld dat de werkgever onzorgvuldig onderzoek had gedaan en daardoor ernstig verwijtbaar had gehandeld. Slechts in één uitspraak werd het ontbindingsverzoek afgewezen omdat niet vast was komen te staan dat de werknemer seksueel intimiderend gedrag had vertoond.¹⁴ In twee hoger beroep uitspraken werd het oordeel van de kantonrechter dat sprake was van ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer bekrachtigd.

In drie van de vijftien uitspraken verzocht de werknemer vernietiging van het door de werkgever gegeven ontslag op staande voet. Tweemaal werd de opzegging door de kantonrechter vernietigd. In één uitspraak werd het verzoek om vernietiging van het ontslag op staande voet afgewezen. De Kantonrechter Alkmaar oordeelde dat de werknemer, een groepsleider, die seksueel contact had met een aan zijn zorg toevertrouwde bewoner van een verpleeghuis, terecht op staande voet was ontslagen.¹⁵ In één hoger beroep uitspraak werd het oordeel van de kantonrechter, dat sprake was van een terecht gegeven ontslag op staande voet, bekrachtigd. Aldus kan uit de onderzochte rechtspraak geconcludeerd worden dat seksuele intimidatie in het overgrote

deel van de gevallen leidde tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

2.2 Onderzoekswijze

Indien sprake is van een (vermoeden van) seksuele intimidatie zal een werkgever veelal nader onderzoek willen (en soms moeten) doen. Volgens de Kantonrechter Maastricht is de werkgever 'te allen tijde' bevoegd om onderzoek te doen. Als daartoe aanleiding bestaat, zou de werkgever op grond van art. 7:611 BW zelfs verplicht zijn onderzoek te doen.¹⁶ Dergelijk onderzoek dient de werkgever zorgvuldig vorm te geven, waarbij ook de bescherming van de privacy van zowel de betrokkenen als van de werknemer die in het onderzoek centraal staat in ogenschouw moet worden genomen.¹⁷ Uit de onderzochte uitspraken blijkt dat het niet zorgvuldig uitvoeren van onderzoek de werkgever duur kan komen te staan. Zo oordeelde de Kantonrechter Alkmaar dat uit de gesloten en sturende vragen, en de vooringenomenheid van de vraagsteller, bleek dat de werkgever enkel tot doel had de arbeidsovereenkomst met de werknemer te beëindigen.¹⁸ De werknemer was ook niet gewezen op de mogelijkheid om tegen de schorsing in beroep te gaan bij de Commissie van Beroep, hetgeen de-escalierend had kunnen werken. Aldus was volgens de kantonrechter sprake van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. De werkgever werd veroordeeld tot betaling van een billijke vergoeding van € 15 024,90 bruto.

In een aantal uitspraken was de onderzoekwijze vastgelegd in een eigen beleid of klachtenregeling. Een dergelijke regeling kan op basis van art. 7:671b lid 10 BW en art. 7:671c lid 5 BW de bevoegdheid van de werkgever en werknemer om een ontbindingsverzoek in te dienen niet beperken of uitsluiten. Het niet-ontvankelijkheidsverweer van een werknemer omdat de interne klachtenregeling niet was doorlopen werd daarom door het Hof 's-Hertogenbosch afgewezen.¹⁹ Als sprake is van een eigen beleid of klachtenregeling wordt echter wel kritisch gekeken of de werkgever dit heeft nageleefd. In een uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam werd het ontslag op staande voet vernietigd omdat de werkgever zich niet had gehouden aan de eigen klachtenregeling. Zo was de werknemer niet gewezen op de mogelijkheid om zich tijdens het gesprek met de werkgever te laten bijstaan, hetgeen de regeling wel voorschreef. Bij het bepalen van de sanctie was daarnaast geen rekening gehouden met de in de klachtenregeling genoemde factoren, zoals de persoonlijke omstandigheden (leeftijd, duur dienstverband en financiële gevolgen) van de werknemer.²⁰ De Kantonrechter Amsterdam oordeelde dat sprake was van ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van de werkgever omdat hij zijn eigen klachtregeling ernstig had veronachtzaamd. De werkgever had voor wat betreft de sa-

12 Zie o.a. M. Govaert, 'Seksuele intimidatie: een juridisch mijnenveld', *TRA* 2017/24, S.F. Sagel, 'Too weak @ #metoo', *TRA* 2018/1 en B. Barentsen & S.F. Sagel, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJ* 2018/35.

13 J. Leupen, 'Nederlandse rechter oordeelt veel te mild over seksuele intimidatie op de werkvloer', *Financieel Dagblad* 3 januari 2018.

14 Kantonrechter Rotterdam 20 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7907.

15 Kantonrechter Alkmaar 31 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:9753, *JAR* 2018/26, m.nt. B. Barentsen.

16 Kantonrechter Maastricht 12 juli 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:6664; Kantonrechter Utrecht 27 juni 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2885.

17 Kantonrechter Haarlem 20 september 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:11493; Kantonrechter Rotterdam 20 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7907.

18 Kantonrechter Alkmaar 31 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:9753.

19 Hof 's-Hertogenbosch 21 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2705.

20 Kantonrechter Amsterdam 1 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3327.

menstelling van de klachtencommissie, haar werkwijze en conclusies, de eigen klachtregeling niet nageleefd. Volgens de kantonrechter had de werkgever hierdoor de belangen van de werknemer (een docent) en de betrokken leerlingen geschaad, hetgeen ernstig verwijtbaar handelen opleverde. De werknemer werd naast de transitievergoeding van € 55 488,60 bruto een billijke vergoeding van € 10 000 bruto toegekend.

Verder volgt uit de onderzochte uitspraken dat sprake dient te zijn van een onafhankelijk onderzoek. In de hiervoor genoemde uitspraak van de Kantonrechter Alkmaar hadden de opleidingsmanager en de vertrouwenspersoon van de werkgever, een opleidingsinstituut, gesprekken gevoerd met de studenten. Dit droeg bij aan het oordeel van de kantonrechter dat het onderzoek niet zorgvuldig was uitgevoerd. De Kantonrechter Maastricht oordeelde dat hij het zonder meer verstandiger had gevonden als de werkgever een gespecialiseerd extern onderzoeksbureau had ingeschakeld.²¹ Overigens betekent onafhankelijk onderzoek niet dat altijd een extern onderzoeksbureau ingeschakeld moet worden. Uiteindelijk gaat het erom of het onderzoek zorgvuldig wordt vormgegeven en uitgevoerd. Dit kan naar onze mening ook bereikt worden als het onderzoek wordt uitgevoerd door een (onafhankelijke) HR-medewerker of compliance-afdeling.²² In ieder geval is van belang dat de werknemer een (reële) mogelijkheid wordt geboden om zijn kant van het verhaal toe te lichten. In een uitspraak van de Kantonrechter Utrecht werd het ontslag op staande voet onder andere vernietigd omdat de werkgever op voorhand al niet geïnteresseerd was in de toelichting van de werknemer.²³

2.3 Bewijs

De Hoge Raad heeft in zijn *Mediant*-beschikking overwogen dat als uitgangspunt moet worden aanvaard dat de algemene wettelijke bewijsregels van toepassing zijn in ontbindingsprocedures.²⁴ Dit leidt vaak tot bewijsproblemen bij werkgevers, met name indien blijkt dat de geïntimideerde of andere betrokkene(n) geen klacht wilt indienen of geen verklaring wilt of kan geven. In een uitspraak van de Kantonrechter Maastricht werd een werknemer, een medewerker ecologisch beheer, beschuldigd van seksuele handelingen met een vrijwilligster met een geestelijke beperking.²⁵ Uit de verklaring van een collega en die van de vrijwilligster kon niet vastgesteld worden of en in welke precieze vorm de werknemer seksuele handelingen had verricht. De kantonrechter oordeelde op basis hiervan dat 'niet onomstotelijk' was komen vast te staan dat de werknemer seksuele handelingen had verricht. De Kantonrechter Rotterdam lijkt de maatstaf te hanteren dat de seksuele intimidatie 'met een hoge mate van zekerheid' moeten komen vast te staan. Beide kantonrechters lijken een (te) strenge

maatstaf te hanteren. Uit een tweetal beschikkingen van de Hoge Raad van 16 februari 2018 volgt immers dat in het geval van een ontbinding op de d- of g-grond in beginsel volstaan kan worden met het 'voldoende aannemelijk maken' van de feiten en omstandigheden.²⁶ Of een feit of omstandigheid voldoende aannemelijk is berust op een waardering en afweging van de argumenten van partijen door de rechter. Deze maatstaf geldt wat ons betreft ook voor een ontbinding vanwege (ernstig) verwijtbaar handelen.²⁷

2.4 Kenbaarheid

Bij de beoordeling of sprake is van (ernstig) verwijtbaar handelen of een verstoorde arbeidsverhouding is van belang of het voor een werknemer kenbaar was dat bepaald gedrag niet is toegestaan. Zo betrof het Hof Arnhem-Leeuwarden in zijn oordeel, dat sprake was van een terecht gegeven ontslag op staande voet, dat de werknemer al eerder gewaarschuwd was voor het seksueel intimideren van Poolse uitzendkrachten. Desondanks bleven er soortgelijke klachten komen, hetgeen volgens het hof leidde tot de spreekwoordelijke druppel die de emmer deed overlopen. De Kantonrechter Amsterdam oordeelde dat een docent een gewaarschuwd mens was nu hij al in 2015 was aangesproken op ongepaste en seksueel intimiderende gedragingen tegen studenten. Desondanks werd de arbeidsovereenkomst niet ontbonden vanwege (ernstig) verwijtbaar handelen. De studente had de opmerking "haha ja en dan doe ik de lampen uit, de gordijnen dicht en de deur op slot" opgevat als een (misplaatste) grap en niet als intimiderend ervaren. Kenbaarheid hoeft niet voort te vloeien uit een (persoonlijke) waarschuwing, maar kan ook gebaseerd worden op het binnen een onderneming geldende beleid. De Kantonrechter Maastricht oordeelde dat een werknemer, die een 'opaknuffel' (een arm over de schouder) gaf aan een vrijwilligster met een geestelijke beperking, welbewust een expliciet (fysiek) contactverbod had overtreden.²⁸ Dit contactverbod was een afspraak die de (samenwerking met de) vrijwilligster juist beoogde te beschermen. Mede daardoor werd de arbeidsovereenkomst ontbonden vanwege een verstoorde arbeidsverhouding. Onder omstandigheden kan een relatief kleine overtreding dus zwaar gesanctioneerd worden als sprake is van een expliciet verbod. Een soortgelijke situatie was aan de orde in een uitspraak waar een docent bewegingsleer, ondanks een fysiek contactverbod naar aanleiding van eerdere klachten, zijn studenten fysiek betastte.²⁹ Volgens de kantonrechter was daardoor sprake van ernstig verwijtbaar handelen. De Kantonrechter Alkmaar achtte het ontslag op staande voet van een werknemer, een groepsleider,

21 Kantonrechter Maastricht 22 maart 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:2766.

22 Kantonrechter Haarlem 20 september 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:11593.

23 Kantonrechter Utrecht 8 november 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5560.

24 HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998 en art. art. 284 lid 1 Rv en art. 361 Rv.

25 Kantonrechter Maastricht 22 maart 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:2766.

26 Zie HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220 en HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182 en de conclusie van A-G De Bock. Over deze beschikkingen: F.G. Laagland, 'Bewijzen in de ontbindingsprocedure', *AR Update annotaties* 2018-0214 en A.M. van Capelle, "'Hard' bewijs voor ontslaggronden versus de beoordelingsvrijheid van de werkgever", *ArbeidsRecht* 2018/23.

27 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 44-45. Ook: D.M.A. Vaate, 'Bewijzen én toch aannemelijk maken in de ontbindingsprocedure', *TRA* 2018/211.

28 Kantonrechter Maastricht 22 maart 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:2766.

29 Kantonrechter Maastricht 12 juli 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:6664.

die seksueel contact had met een aan zijn zorg toevertrouwde bewoner van een verpleeghuis, gerechtvaardigd omdat hij hierdoor verschillende regels overtrad.³⁰ Volgens de kantonrechter waren de brochure van de Inspectie voor de Gezondheidszorg, de Beroepscode van Verpleegkundigen en Verzorgenden en het Protocol Grensoverschrijdend gedrag van de werkgever duidelijk: onder geen enkele omstandigheid mag een seksuele relatie aangegaan worden met een bewoner of cliënt.

Dat een voorafgaande waarschuwing of een kenbaar beleid niet altijd noodzakelijk is blijkt uit het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch.³¹ Een werknemer maakte misbruik van zijn leidinggevende positie door een vaste aanstelling in het vooruitzicht te stellen als tegenprestatie voor seksuele diensten. Volgens het hof was dergelijk gedrag 'volstrekt ontoelaatbaar' waarvoor geen beleid of (voorafgaande) waarschuwing nodig is om tot de conclusie te komen dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen.

2.5 Afhankelijkheid

Een ander terugkerend thema is of de werknemer een functioneel of hiërarchisch ondergeschikte seksueel intimideerde. Het hiervoor reeds aangehaalde voorbeeld van de leidinggevende die een vaste aanstelling in het vooruitzicht stelde als tegenprestatie voor seksuele diensten is hiervoor illustratief. Het volstrekt ontoelaatbare gedrag bestond onder andere uit misbruik van zijn leidinggevende positie en leidde tot een rechtsgeldig ontslag op staande voet.³² De docent bewegingsleer die tijdens een massage-les ook de intieme delen van een studente masseerde en de hand op de billen van een studente had gelegd met de mededeling 'dit had ik al langer willen doen' kon eveneens op weinig sympathie van de kantonrechter rekenen. De arbeidsovereenkomst werd ontbonden vanwege ernstig verwijtbaar handelen.³³ Hetzelfde geldt voor de fractiemedewerker die na een kerstborrel een stagiaire onderdak aanbood omdat er geen treinen meer reden. Toen hij de stagiaire tijdens de wandeling naar huis probeerde te zoenen, maar zij vanaf de eerste poging duidelijk aangaf dit niet te willen, liet hij de stagiaire zonder telefoon midden in de nacht achter in het centrum van Den Haag.³⁴ Ook de avances van de kapitein op een onderzoekschip jegens een opvarende promovenda, leidden vanwege zijn voorbeeldfunctie, bijzondere positie als handhaver van de openbare orde aan boord van het schip en hiërarchische positie, tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens verwijtbaar handelen.³⁵ Van een afhankelijke positie is niet alleen sprake als het gaat om een hiërarchisch of functioneel hogere positie. Ook als het gaat om een collega met een geestelijke stoornis of een bewoner van een verzorgingstehuis van wie de zorg aan de werknemer is

toevertrouwd, kan sprake zijn van afhankelijkheid.³⁶ Ook in deze gevallen werd het de werknemer zwaar aangerekend dat hij misbruik had gemaakt van zijn positie.³⁷

2.6 Cultuur

Sinds het arrest van het Hof Den Haag van begin 2017 wordt door werknemers met enige regelmaat aangevoerd dat sprake is van een 'knuffelcultuur' of losse omgang met collega's.³⁸ De Kantonrechter Haarlem ging mee in het betoog van de werknemer dat hij een 'open mensenmens' was en geen seksuele bijbedoelingen had toen hij ondergeschikten ongewenst aanraakte. Hoewel de arbeidsovereenkomst werd ontbonden vanwege ernstig verwijtbaar handelen werd de werknemer op basis van art. 7:673 lid 8 BW wel een transitievergoeding toegekend. Dat een beroep op een losse of amicale omgang niet altijd wordt gehonoreerd bleek begin dit jaar uit een arrest van hetzelfde Hof Den Haag.³⁹ De werknemer, een halmedewerker in een amusementshal, had de borsten en billen van vrouwelijke collega's betast. De werknemer voerde ter verdediging aan dat binnen het bedrijf sprake was van een amicale, aanrakerige onderlinge omgang. In navolging van de kantonrechter maakte het hof korte metten met het verweer van de werknemer. Door het betasten van de borsten en billen had de werknemer een duidelijke grens overschreden, ook indien sprake is van een amicale sfeer. De arbeidsovereenkomst was volgens het hof terecht ontbonden vanwege ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer.

2.7 Zelfreflectie

Tot slot blijkt dat ook van belang is of de werknemer enige vorm van zelfreflectie of spijt heeft van zijn gedragingen. Het Hof Den Haag en de Kantonrechter Rotterdam namen het gebrek aan zelfreflectie en het feit dat de werknemer niet had onderkend dat zijn gedrag niet door de beugel kon, mee in het oordeel dat sprake was van ernstig verwijtbaar handelen.⁴⁰ De werknemer die, ondanks twee andersluidende verklaringen, hardnekkig bleef volharden in zijn standpunt dat slechts sprake was van een 'opaknuffel' werd dit ook zwaar aangerekend.⁴¹ Zijn handelwijze en opstelling leidden tot een verstoorde arbeidsverhouding. De Kantonrechter Alkmaar oordeelde dat de groepsleider geen recht had op een transitievergoeding op basis van art. 7:673 lid 8 BW, onder andere omdat hij de relatie met een bewoner had verzwegen en verborgen hield, ook nadat hem daarnaar werd gevraagd.⁴²

30 Kantonrechter Alkmaar 27 februari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:1725.

31 Hof 's-Hertogenbosch 21 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2705.

32 Misbruik leidt soms ook tot ontbinding van de e- of g-grond. Zie Kantonrechter Haarlem 20 september 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:11593 en Hof Arnhem-Leeuwarden 18 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6726.

33 Kantonrechter Maastricht 12 juli 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:6664.

34 Kantonrechter Den Haag 1 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2670.

35 Kantonrechter Rotterdam 19 oktober 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8327.

36 Kantonrechter Maastricht 22 maart 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:2766 en Kantonrechter Alkmaar 31 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:9753.

37 Dat niet iedere misstap leidt tot ontbinding blijkt uit Kantonrechter Leeuwarden 27 september 2018, ECLI:NL:RBNNE:2017:3709.

38 Hof Den Haag 18 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:957.

39 Hof Den Haag 13 februari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:223.

40 Kantonrechter Rotterdam 16 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4709 en Hof Den Haag 18 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:957.

41 Kantonrechter Maastricht 22 maart 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:2766.

42 Kantonrechter Alkmaar 27 februari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:1725.

3. Andere wind

Een rechter heeft veel vrijheid om te bepalen of – en zo ja, welke – repressieve maatregelen passend zijn indien sprake is van seksuele intimidatie. Uit de vijftien gepubliceerde uitspraken sinds de start van de #MeToo beweging volgt dat seksuele intimidatie veelal leidde tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst. In het grootste deel van de uitspraken werd bovendien geoordeeld dat sprake was van (ernstig) verwijtbaar handelen van de werknemer. Uit de uitspraken kan worden geconcludeerd dat met name van belang is dat een werkgever zorgvuldig omgaat met een vermoeden van seksuele intimidatie en een hierop volgend onderzoek. Behoudens uitzonderlijke gevallen is daarnaast van doorslaggevend belang dat voor de werknemer kenbaar is, of zou moeten zijn, dat zijn/haar gedrag ontoelaatbaar is. Bij de beoordeling speelt tot slot de positie die de werknemer had ten opzichte van de geïntimideerde, alsmede de heersende bedrijfscultuur, een belangrijke rol.

In zowel de media als de literatuur is kritiek geuit op de wijze waarop rechters oordelen in zaken waarin seksuele intimidatie een rol speelt. Deze kritiek is naar onze mening niet (meer) terecht. De maatschappelijke discussie die is aangewakkerd door de #MeToo beweging heeft ongetwijfeld een rol gespeeld bij deze kentering. Het verweer van een 'beklaagde' werknemer dat hij *'in het huidig tijdsgewricht op zijn minst de schijn tegen heeft'*⁴³ is wellicht wat overtrokken, maar illustreert wel dat er een andere wind is gaan waaien.

43 Kantonrechter Maastricht 12 juli 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:6664.