

GRENDOVERSCHRIJDEND GEDRAG OP DE WERKVLOER

Het nieuws van *de Volkskrant* over het grensoverschrijdend gedrag van presentator Matthijs van Nieuwkerk past in een reeks van affaires, zoals bij muziekprogramma *The Voice* van RTL 4 en een directeur bij Ajax. Werkgevers zouden hierdoor 'massaal in een kramp zijn geschooten' aldus het *Algemeen Dagblad (AD)* in een artikel van 10 februari 2022. Maar liefst 1,8 miljoen mensen hebben naar eigen zeggen te maken met verbale vernedering, intimidatie of grensoverschrijdend gedrag op de werkplek, blijkt uit onderzoek van de Nationale Enquête Arbeidsomstandigheden (NEA) in 2019. Dit maakt de vraag naar de aansprakelijkheid van de werkgever voor grensoverschrijdend gedrag op de werkvloer actueler dan ooit. Kunnen werknemers die last hebben gehad van grensoverschrijdend gedrag door een collega hun werkgever met succes aanspreken voor hun eventuele schade?

Na het doornemen van de rechtspraak en literatuur hierover kom ik tot de conclusie dat dit nog niet eenvoudig is voor werknemers.

Juridisch kader

In het Burgerlijk Wetboek staat dat werkgevers de plicht hebben zorg te dragen voor een veilige werkomgeving voor hun werknemers (artikel 7:658 BW).

Werkgevers zijn al sinds 1998 gehouden om een beleid te voeren met betrekking tot het beschermen tegen seksuele intimidatie en tegen agressie en geweld. Sinds 2007 is het begrip 'psychosociale arbeidsbelasting' geïntroduceerd in de Arbeidsomstandighedenwet (Arbowet). Op grond van artikel 3 lid 2 is de werkgever verplicht beleid te voeren gericht op het tegengaan of beperken van psychosociale arbeidsbelasting. Psychosociale arbeidsbelasting wordt als volgt omschreven in artikel 1 lid 3 aanhef en onder e: 'de factoren direct of indirect onderscheid met inbegrip van seksuele intimidatie, agressie en geweld, pesten en werkdruk, in de arbeids-

situatie die stress teweeg brengen.'

Intimidatie

Volgens de memorie van toelichting wordt onder seksuele intimidatie verstaan:

'enige vorm van verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag met een seksuele connotatie dat als doel of gevolg heeft dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast, in het bijzonder wanneer een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie wordt gecreëerd.'

Onder pesten wordt verstaan:

'alle vormen van intimiderend gedrag met een structureel karakter, van een of meerdere werknemers (collega's, leidinggevendenden) gericht tegen een werknemer of een groep van werknemers die zich niet kan of kunnen verdedigen tegen dit gedrag. Een belangrijk element aangaande pesten op het werk is de herhaling van die gedraging in de tijd. Het gaat bij pesten dus niet om een eenmalige gedraging. Dit gedrag uit zich op verschillende

manieren maar in het bijzonder door woorden, gebaren, handelingen of bedreigingen. Deze opsomming is niet limitatief. Veelal is het doel van de dader om opzettelijk een andere persoon te kwetsen en te vernederen.'

Agressie en geweld

Veel van het grensoverschrijdend gedrag zonder seksuele connotatie zal vallen onder de noemer 'pesten' (wanneer het structureel is) en/of 'agressie en geweld'. Onder agressie en geweld wordt verstaan:

'voorvallen waarbij een werknemer psychisch of fysiek wordt lastig gevallen, bedreigd of aangevallen onder omstandigheden die rechtstreeks verband houden met het verrichten van arbeid. Bij agressie en geweld gaat het om gedragingen van verbaal geweld (uitschelden, beledigen) en fysiek geweld (schoppen, slaan, met een wapen dreigen en/of overvallen worden). Het kan ook gaan om psychisch geweld: bedreigen, intimideren, onder druk zetten, thuissituatie bedreigen en het beschadigen van eigendommen.'

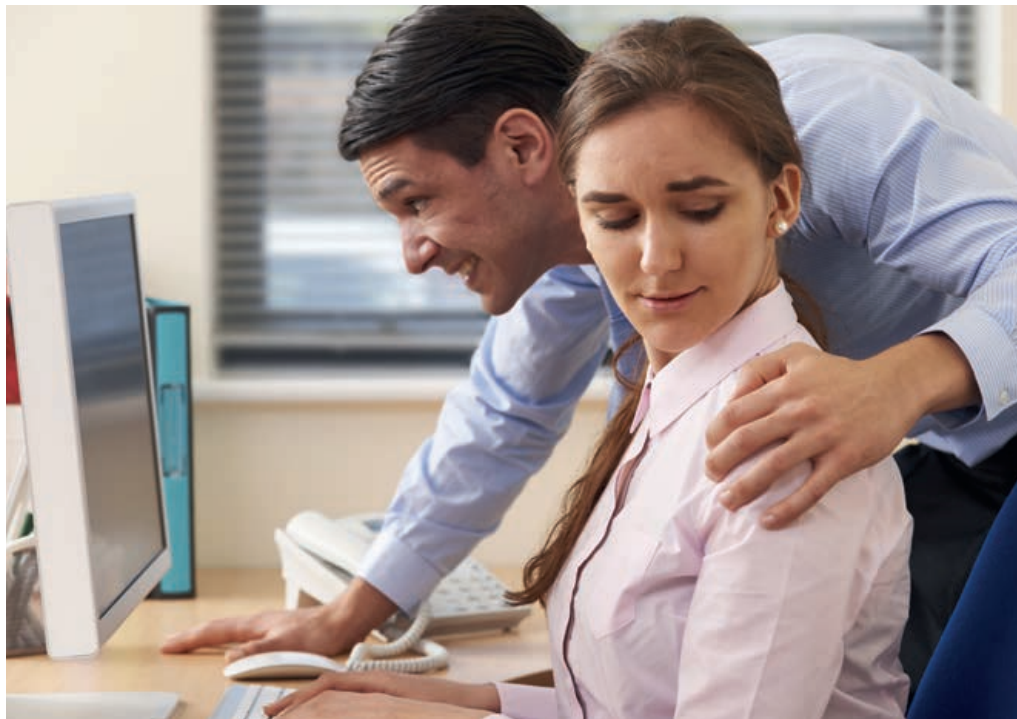
De werkgever moet psychosociale arbeidsbelastingrisico's in kaart brengen in het kader van de RI&E (artikel 5 Arbowet en art. 2.15 Arbobesluit).

Werknemers moeten ingevolge artikel 8 Arbowet worden voorgelicht en geïnstrueerd over de psychosociale arbeidsbelastingrisico's en over de maatregelen die het bedrijf heeft getroffen (artikel 8 Arbowet). Verder moet de werkgever toezien op de naleving van de instructies en voorschriften.

Vertrouwenspersoon en gedragscode

Het hebben van een vertrouwenspersoon en een gedragscode is momenteel niet wettelijk verplicht, maar wordt in een toelichting op de wijziging van het Arbobesluit in 2006 wel genoemd als een van de 'praktische maatregelen die een werkgever kan treffen en die inmiddels zijn gaan behoren tot het door vakdeskundigen breed geaccepteerde repertoire van toepasbare maatregelen bij de preventie van ongewenste omgangsvormen. Dit kan worden





beschouwd als de stand der wetenschap en professionele dienstverlening.

Maatregelen kunnen bijvoorbeeld het volgende omvatten: vertrouwenspersoon, gedragscode, training voor werknemers, klachtenregeling, registratie van incidenten, opvang na incidenten met agressie en geweld.’

Een initiatiefvoorstel tot wijziging van de Arbowet in verband met het verplicht stellen van een vertrouwenspersoon ligt op dit moment (opnieuw) bij de Tweede Kamer.

Aansprakelijkheid werkgever

Slachtoffers kunnen ook op de volgende wetsartikelen een beroep doen om, via de rechter, maatregelen en/of een schadevergoeding te eisen van de aanrichter of werkgever.

Op grond van artikel 6:170 BW is de werkgever aansprakelijk voor schade aan een derde toegebracht door een fout van een door hem ingeschakelde ondergeschikte tijdens de opgedragen werkzaamheden, ongeacht of de werkgever zelf een fout heeft begaan. Ook schade door fouten buiten taakvervulling kunnen onder dat criterium vallen. Voldoende is dat er tussen de opgedragen werkzaamheden en de foutieve gedraging van de ondergeschikte een functioneel verband bestaat. In artikel 7:646 BW is ten slotte een verbod op seksuele intimidatie

De Arbowet verplicht de werkgever om psychosociale arbeidsbelastingrisico's in kaart te brengen

opgenomen, en daarmee in boek 7 van het Burgerlijk Wetboek over de arbeidsovereenkomst.

In het kader van dit artikel beperk ik mij tot artikel 7:658 BW. Het is hierbij goed om te beseffen dat de zorgplicht van artikel 7:658 BW niet alleen naleving van geschreven normen inhoudt, maar ook die van ongeschreven (maatschappelijke) normen. Deze maatschappelijke normen en waarden zijn aan verandering onderhevig.

Met de intrede van kwesties van grensoverschrijdend gedrag als in de inleiding genoemd, verwacht ik dat bepaalde omgangsvormen die eerder wellicht irritant maar niet (voor een grotere groep) onacceptabel geacht werden, naar huidige maatstaven de toets der kritiek niet (meer) kunnen doorstaan. De morele grenzen verschuiven en de dialoog hierover is in volle gang. Ook werkgevers worden door de actualiteiten uitgenodigd het gesprek hierover aan te gaan met de werknemers om samen de grenzen te bepalen. De grenzen voor aansprakelijkheid van de werkgever zullen uiteindelijk in de rechtspraak worden bepaald.

Uitwerking in de praktijk: arbeidsrecht

Grensoverschrijdend gedrag en de juridische gevolgen daarvan komen vooral in het arbeidsrecht aan bod: de werknemer die zich schuldig zou hebben gemaakt aan

grensoverschrijdend gedrag verzet zich tegen het aan hem gegeven ontslag. De verantwoordelijkheid van de werkgever lijkt zwaarder te wegen dan de eigen verantwoordelijkheid van de grensoverschrijdende werknemer. In een arrest van de Hoge Raad van 24 juni 2022 (ECLI:NL:HR:2022:950) werd het ongewenst aanraken van studentes door een toneeldocent (het geven van een tik op de billen van een studente en het tweemaal geven van een volledige lichaamsmassage) niet als ernstig verwijtbaar in de zin van artikel 7:673 lid 7 BW onder c (geen transitievergoeding bij ernstig verwijtbaar gedrag) geacht, mede vanwege het ontbreken van begeleiding en monitoring van de docent door de onderwijsinstelling.

Rechtbank Oost-Brabant (ECLI:NL:RBOBR:2022:459) achtte het bij herhaling maken van onpaste grappen en het eenmalig knijpen in de bil door een werknemer wel verwijtbaar, maar onvoldoende grond voor ontslag op staande voet.

Rechtbank Amsterdam (ECLI:NL:RBAMS:2021:1776) oordeelde in een ontbindingszaak op verzoek van een werknemster dat sprake was van een onveilige bedrijfscultuur, waar het management van op de hoogte was: gebleken was van het bestaan van grensoverschrijdend gedrag, zoals het afspelen van korte popmuziekfragmenten met een seksuele lading bij het behalen van een handelsresultaat, het maken van gebaren met een seksuele connotatie, het delen in WhatsApp-groepen van afbeeldingen van schaars geklede vrouwen en het als oefening handelen op fictieve markten in ‘dick pics’, het salaris van vrouwelijke pornosterren en de duurste beha. De rechtbank achtte het ernstig verwijtbaar dat de werkgever te weinig maatregelen had genomen om deze onveilige bedrijfscultuur aan te pakken. Zo was er geen heldere klachtenprocedure en geen vertrouwenspersoon en had er naar aanleiding van de melding van de werknemster in 2020 slechts een beperkt onderzoek plaatsgevonden naar één incident in plaats van een meeromvattend onderzoek naar de bedrijfscultuur. Hof Den Bosch (ECLI:NL:GHSHE:2016:133) oordeelde over een »

arbeidszaak van een anesthesie-assistent die op non-actief was gesteld na een klacht over seksuele intimidatie. Een onderzoeksbureau had geconcludeerd dat het gedrag van de werknemer een ernstige be-risping rechtvaardigde. Dit gedrag bestond eruit dat hij een vrouwe-lijke collega plotseling en zonder aanleiding, gedurende enkele seconden in de operatiekamer op de mond zoende en tegen haar zei: 'ik zal je pakken'. Er waren drie andere incidenten geweest van mogelijk ongewenst gedrag. De werkgever trachtte de arbeidsovereenkomst te ontbinden, maar de kantonrechter wees dit verzoek af. Volgens het hof was de werkgever vervolgens tekortgeschoten in de zorgplicht jegens de anesthesieassistent door hem na het door de kantonrechter afgewezen ontbindingsverzoek niet voldoende te begeleiden in zijn terugkeer op de arbeidsplaats.

Overigens kan de werknemer die zich grensoverschrijdend heeft gedragen zich niet verschuilen achter de losse bedrijfscultuur, zeker niet als hij een bepaalde positie binnen de onderneming heeft die hem (mede) verantwoordelijk maakt voor die bedrijfscultuur (ECLI:NL:RBDHA:2019:12738). Zie echter ook Hof Den Haag waarin het onder werktijd betasten van borsten en billen als 'onacceptabel' werd aangemerkt, maar onvol-doende was voor ontslag op staande voet, mede vanwege het feit dat sprake was van een 'knuffelcultuur' op de werkvloer in combinatie met een vrije, vertrouwelijke wijze van communiceren 'waarbij het persoonlijke niet werd geschuwd'. (ECLI:NL:GHDA:2017:957).

Als het grensoverschrijdende ge-drag vaststaat en dit leidt niet tot beëindiging van het dienstverband, mag een intensieve begeleiding van de dader worden verwacht (ECLI:NL:KTGUTR:2001:AD5954).

Aansprakelijkheidsrecht

Er zijn diverse al oudere uitspraken bekend waarin een werkgever aansprakelijk is geacht voor seksuele intimidatie van een werknemer door een collega. Jurisprudentie over de aansprakelijkheid voor grensover-schrijdend gedrag (waarbij geen

lichamelijk letsel is toegebracht of anderszins sprake is van een strafbaar feit, zoals een seksueel vergrijp) ontbreekt vooralsnog. Ge-zien de aandacht die het onderwerp krijgt en mede vanwege het feit dat ook de overheid het bestrijden van intimidatie op de werkvloer hoog op de agenda heeft staan, verwacht ik dat procedures hierover in de nabije toekomst zullen toenemen.

Uit de reeds verschenen uitspraken (met name over seksuele intima-die) kunnen enkele gezichtspunten worden geformuleerd die een rol spelen bij het beoordelen van de aansprakelijkheid van de werkgever.

- In de eerste plaats zal de werk-nemer moeten aantonen dat sprake is geweest van (in geval van pesten: structureel) scha-delijke werkomstandigheden. Deze lat wordt niet altijd gehaald (ECLI:NL:RBNHO:2021:10079; ECLI:NL:RBLIM:2022:10062; ECLI:NL:CRVB:2020:2672; ECLI:NL:GHARN:2011:BP9066).
- De werkgever moet een helder en aantoonbaar beleid voeren dat gericht is op het voorkomen/be-perken van psychosociale arbeids-belasting en psychische schade. Het kan de werkgever worden aangerekend als deze niet over een schriftelijke RI&E, een plan van aanpak en een 'Klachtenre-geling ongewenst gedrag' beschikt. Ook het feit dat er geen onaf-hankelijke vertrouwenspersoon is aangewezen of een heldere gedragscode met richtlijnen over ongewenste omgangsvormen kan er (mede) toe leiden dat een rechter oordeelt dat de werkge-ver niet aan de zorgplicht heeft voldaan.



- Wanneer een werkgever klachten ontvangt over het gedrag van een werknemer kan de werk-gever niet achterover leunen, maar wordt daadwerkelijk actie verwacht. Het Hof Amsterdam (ECLI:NL:GHAMS:2021:755) achtte een horecawerkgever aansprake-lijk voor de gevolgen van seksu-ale intimidatie van een 15-jarige werknemster door een kok. De gedragingen (onder meer het on-gewenst vastpakken en knuffelen) vonden plaats van oktober 2015 tot en met april 2016. Het hof rekende het de werkgever aan dat hij de vele en geconcretiseerde klachten van de werknemster en van twee andere jonge werknemsters over het gedrag van de kok en de door hem gemaakte opmerkingen niet had laten onderzoeken conform de eigen klachtenregeling. In plaats daarvan heeft de werkgever vol-staan met het gedurende één dag schorsen van de kok en het geven van een schriftelijke waarschuwing.

De grenzen voor aanspra- kelijkheid van de werkgever zullen uiteindelijk in de rechtspraak worden bepaald

Dat zijn geen adequate maatre-gelen in dit geval, aldus het hof. De werkgever is dan ook aansprakelijk voor de schade

- van de werknemster.
- Wanneer de werkgever in het geheel geen idee heeft van het intimiderende gedrag van een werknemer, kan dat een argu-ment zijn tegen het aannemen van aansprakelijkheid (vooral als er wel een beleid was gericht op psychosociale arbeidsbelasting, ECLI:NL:RBHAA:2008:BG4499).
- Grensoverschrijdend gedrag door een leidinggevende wordt de werk-gever soms zwaarder aangerekend (ECLI:NL:RBGEL:2019:4320 en ECLI:NL:GHSHE:2017:2234 inzake een burn-out die was veroorzaakt door intimiderend en kleinerend gedrag door een leidinggevende).
- Ten slotte verwacht ik dat van de werkgever kan worden verlangd dat hij goede nazorg biedt aan medewerkers die op het werk te maken hebben gehad met grens-overschrijdend gedrag. In de recht-spraak zien we die nazorgverplichting vooral bij werknemers die in hun werk schokkende gebeurtenis-sen hebben meegemaakt (bijvoor-beeld treinmachinisten).



Zorgplicht werkgever

Voor de werkgever is dit alles niet eenvoudig.

Eenzijds vereist de op hem rustende zorgplicht dat hij klachten van werknemers serieus neemt, anderzijds dient hij de werknemers in bescherming te nemen tegen valse beschuldigingen. Beide partijen verdienen een zorgvuldig onderzoek (en hebben recht op een eerlijk proces en een gelijk speelveld), eventueel door een extern in te schakelen partij.

Zelfs als vast komt staan dat houding en gedrag van de aangesproken werknemer te wensen overlaat, betekent dat nog niet dat de werkgever hem makkelijk kan ontslaan. Een ontbindingsverzoek wordt regelmatig afgewezen omdat de werkgever de werknemer niet heeft gewaarschuwd. Dat wil zeggen dat de ontoelaatbaarheid van zijn gedrag hem daarmee niet kenbaar was. De Hoge Raad is bovendien terughoudend waar het betreft de beoordeling van het gedrag van de werknemer (dit is niet snel ernstig verwijtbaar).

In deze terughoudende benadering ten aanzien van het gedrag van de grensoverschrijdende werknemer zelf, past niet een (te) verstrekende zorgplicht van de werkgever ter voorkoming van grensoverschrijdend gedrag. Met andere woorden: als het gedrag van de werknemer niet kan leiden tot ontslag omdat het niet ernstig genoeg is, kan naar mijn mening ook niet snel sprake zijn onzorgvuldig hande-

Grensoverschrijdende medewerker kan zich niet verschuilen achter de losse bedrijfscultuur

len, althans handelen in strijd met artikel 7:658 BW (vergelijk ECLI:NL:GHSE:2003:AN9561) wegens het nalaten om maatregelen te treffen.

Conclusie

Gelet op de veranderende opvattingen hierover in de maatschappij, dient gewaakt te worden voor *hindsight bias* (oordelen met de kennis van nu). Centraal dient te staan of de werkgever ten tijde van de gestelde gedragingen de juiste afweging van risico en voorzorg heeft gemaakt. Wanneer de werkgever een aantoonbaar beleid voert, gericht op psychosociale arbeidsbelasting, en er niet mee bekend was dat het gedrag plaatvond (of wanneer het gedrag pas achteraf wegens voortschrijdend inzicht als ongepast of grensoverschrijdend kan worden aangemerkt), kan niet snel een zorgplichtschending en daarmee aansprakelijkheid van de werkgever worden aangenomen.

Voor de AVB-verzekeraar is ten slotte van belang dat waar schade door seksuele gedragingen vaak is uitgesloten van dekking, dit niet geldt voor schade door grensoverschrijdend gedrag zonder seksuele connotatie. ●

Mr. D. (Daphne) Gouweloos
De auteur is advocaat bij WIJ advocaten te Amsterdam.

Disclaimer: in dit artikel heb ik het over 'de werknemer' en 'hij' omdat de werknemer een mannelijk woord is. Vanzelfsprekend kunnen ook andere personen betrokken zijn bij grensoverschrijdend gedrag. 'Hij' duidt derhalve op hij/zij/hen.

GEciteerd

Ook KPMG concludeerde dat een provisieverbod een advieskloof creëert omdat consumenten niet langer de boodschap ontvangen over de noodzaak om aan vermogensopbouw te doen.

Enno Wiertsema, directeur Adfiz, in zijn maandelijkse column

Er wordt veel gevraagd van Pensioenfondsen: implementatie van de Europese SFDR-wetgeving; voorbereiding op het nieuwe pensioenstelsel en implementeren van alle doelen uit het IMVB-convenant.

Ger Jaarsma, voorzitter van de Pensioenfederatie, in Verzekeringsnieuws.nl

Een van de risico's van het hele jaar door kunnen wisselen van zorgverzekering. is dat de risicosolidariteit tussen gezond en ziek onder druk komt.

Minister Kuipers in een reactie op vragen van het televisieprogramma Radar waarom overstappen niet het hele jaar door mogelijk is

De economische schade als gevolg van klimaatverandering en natuurrampen bedroeg in 2022 wereldwijd 313 miljard Amerikaanse dollar. In Europa was dat 50 miljard dollar waarvan 36% werd gedekt door verzekeraars.

Uit een onderzoek van Aon, gepubliceerd in *Infiance*

.....
(Het opnemen van een uitspraak betekent niet per se dat de redactie de mening deelt.)

REAGEREN?
Mail naar beursbengel@nibesv.nl.