

# Geen algemene norm voor seksueel grensoverschrijdend gedrag in een afhankelijkheidsrelatie – wat zijn de lessen voor werkgevers?

Bb 2022/63

Onlangs heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de vraag of seksueel grensoverschrijdend gedrag in een afhankelijkheidsrelatie in beginsel als ernstig verwijtbaar gedrag moet worden gekwalificeerd. De Hoge Raad oordeelt in zijn beschikking van 24 juni 2022 dat dit niet het geval is (HR 24 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:950). In deze bijdrage wordt de beschikking van de Hoge Raad besproken en worden concrete handvatten gegeven hoe als werkgever op de juiste wijze om te gaan met meldingen van (seksueel) grensoverschrijdend gedrag.

## Procedure in eerste aanleg en hoger beroep

Een docent bewegingsleer aan een Hogeschool maakt zich meerdere malen schuldig aan seksueel grensoverschrijdend gedrag ten opzichte van studentes. In 2006 ontvangt de Hogeschool al signalen van studenten over de didactische aanpak van de docent in zijn bewegingslessen en spreekt de docent daarop aan. In 2010 waarschuwt de Hogeschool de docent nogmaals dat de aanrakingen van de docent vooral bij vrouwelijke studenten tot verwarring leiden. De Hogeschool legt de docent hierbij zelfs een verbod op tot elke vorm van fysiek contact tijdens de lessen.

Ondanks de waarschuwingen raakt de docent in 2017 tijdens een les de billen van een studente aan en geeft hij een andere studente tweemaal een uitgebreide ('full body') massage. Wanneer dit na meldingen van ongewenst gedrag bij de Hogeschool bekend wordt, stelt de Hogeschool een onderzoek in. Hieruit volgt dat de feitelijke handelingen als de tik op de billen en de aanrakingen in de massageles hebben plaatsgevonden. De Hogeschool verzoekt de kantonrechter vervolgens de arbeidsovereenkomst met de docent te ontbinden.

De kantonrechter wijst het verzoek toe en ontbindt de arbeidsovereenkomst op grond van ernstig verwijtbaar handelen (e-grond), zonder toekenning van de transitievergoeding.

Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelt vervolgens in het door de docent geïnitieerde hoger beroep dat wel sprake is van verwijtbaar handelen, maar niet *ernstig* verwijtbaar. Met dit oordeel heeft de docent toch recht op een transitievergoeding. De motivering van het hof is kort gezegd dat de Hogeschool de docent (beter) had moeten begeleiden en niet adequaat gereageerd heeft op signalen van studenten.

<sup>1</sup> Irene Francken & Renske van Herpen zijn werkzaam bij L&A advocaten te Amsterdam.

## Hoge Raad: seksueel overschrijdend gedrag als vuistregel ernstig verwijtbaar?

De Hogeschool gaat in cassatie bij de Hoge Raad. De centrale vraag die bij de Hoge Raad voorligt is of seksueel grensoverschrijdend gedrag in afhankelijkheidsrelaties (zoals tussen docent en student) in beginsel als ernstig verwijtbaar handelen moet kwalificeren. Als dat het geval is, brengt dat automatisch met zich dat de werknemer het recht op een transitievergoeding verliest.

De advocaat-generaal adviseert de Hoge Raad om in dergelijke gevallen *ernstig* verwijtbaar handelen aan te nemen, mede in het licht van de huidige maatschappelijke ontwikkelingen op het gebied van (seksueel) overschrijdend gedrag en de #metoo-discussie.

De Hoge Raad neemt dit advies echter niet over. De Hoge Raad overweegt daartoe onder meer dat een werknemer het recht op transitievergoeding uitsluitend in zeer uitzonderlijke gevallen dient te verliezen. Volgens de Hoge Raad dienen alle omstandigheden van het geval bij de beoordeling van de vraag of sprake is van ernstig verwijtbaar handelen betrokken te worden, waaronder het handelen of nalaten van de werkgever. Het is aan de werkgever om grensoverschrijdend gedrag in zijn organisatie zoveel mogelijk te voorkomen en bij signalen daarvan op gepaste wijze op te treden, aldus de Hoge Raad.

## Gevolgen voor de praktijk

Met deze uitspraak houdt de Hoge Raad vast aan het uitgangspunt dat een werknemer recht heeft op een transitievergoeding wanneer de werkgever een ontslag initieert. Dit betekent echter niet dat een werknemer bij (seksueel) grensoverschrijdend gedrag daar onder alle omstandigheden recht op heeft. Per geval moet beoordeeld worden of sprake is van ernstig verwijtbaar gedrag.

Voor de praktijk is relevant dat de reactie van de werkgever bij meldingen van (seksueel) overschrijdend gedrag meeweegt bij de beoordeling of het gedrag van de werknemer ernstig verwijtbaar is. Hieronder volgen een aantal handvatten voor de werkgever.

## Tips voor de praktijk

### Preventie en protocollen

Een interne gedrags- of integriteitscode kan helpen om grensoverschrijdend (seksueel) of ander ongewenst gedrag op de werkvloer te voorkomen. Cruciaal is dat dergelijk beleid toegankelijk en bekend is onder de werknemers, dat helder is omschreven wat onder (on)gewenst gedrag wordt

verstaan en welke stappen er worden genomen bij een melding van grensoverschrijdend of ander ongewenst gedrag.

onderzoek instellen, zodat alle feiten en omstandigheden helder zijn en bij de beoordeling kunnen worden betrokken.

#### **Belangrijke pijlers bij verrichten van onderzoek**

Als binnen de organisatie vermoedens van grensoverschrijdend gedrag bestaan, kan de werkgever dit niet naast zich neerleggen. In bijna alle gevallen zal aanvullend onderzoek moeten worden verricht. Daarbij moet zorgvuldig te werk worden gegaan, omdat zowel het feit dat onderzoek wordt verricht als de uitkomsten daarvan voor de betrokken werknemers vergaande en beschadigende gevolgen kunnen hebben.

Wanneer wordt besloten tot het verrichten van aanvullend onderzoek, dienen allereerst de redenen en het doel van het onderzoek te worden vastgesteld. Er moet rekening worden gehouden met de beginselen van noodzakelijkheid, subsidiariteit en proportionaliteit: is het onderzoek echt noodzakelijk, kan het doel op een andere, minder ingrijpende manier worden bereikt en is er voldoende oog voor de belangen van betrokkenen?

In de praktijk zal vaak eerst intern onderzoek plaatsvinden, bijvoorbeeld door het horen van betrokkenen. Ook is het mogelijk dat een onderzoek uit handen wordt gegeven aan een derde partij. De externe partij dient het onderzoek deskundig, objectief en onafhankelijk uit te voeren. Hierbij dient gewerkt te worden conform een vast protocol, waarin onder andere de werkwijze van het onderzoek is vastgelegd. Het onderzoek wordt afgesloten met een rapportage. De rapportage moet een complete en nauwkeurige weergave van het onderzoek bevatten, waarin de feiten centraal staan. Ook moet uit de rapportage blijken dat en hoe tijdens het onderzoek het beginsel van hoor en wederhoor is toegepast.

#### **Sancties naar aanleiding van onderzoek**

Indien uit het onderzoek blijkt dat sprake is van (seksueel) grensoverschrijdend of ander ongewenst gedrag door een werknemer, dan kan de werkgever overgaan tot verschillende arbeidsrechtelijke sancties. Dit varieert van een schriftelijke waarschuwing, demotie of overplaatsing bij een lichte overtreding, tot een ontslag, al dan niet op staande voet, bij een zeer ernstige overtreding.

#### **Slotopmerkingen**

Gelet op de huidige maatschappelijke ontwikkelingen is het naar onze mening een gemiste kans dat de Hoge Raad niet als algemene norm heeft geformuleerd dat seksueel grensoverschrijdend gedrag in een afhankelijkheidsrelatie in beginsel ernstig verwijtbaar is.

Het oordeel van de Hoge Raad dat alle omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen bij de beoordeling van de vraag of sprake is van *ernstig* verwijtbaar handelen, waaronder het handelen of nalaten van werkgever, benadrukt nog maar eens dat een werkgever bij signalen of vermoedens hiervan voortvarend, adequaat en zorgvuldig dient te handelen. De werkgever moet mogelijk (extern)