

79

Voelen of bedoelen: wat bepaalt of iets seksueel intimiderend is?

HR 10 juli 2009, nr. 07/13308, LjN BI4209, JAR 2009/202

Gelijke behandeling

Art. 6:161, 6:170 en 7:646 lid 8 BW; art. 1a AWGB; art. 1a WGB

Feiten

Voorafgaand aan de jaarlijkse kerstborrel vindt tussen de directeur (m) en een medewerker (m) van een Stichting een klein incident met grote gevolgen plaats. Bij binnengaan van de – voor de gelegenheid feestelijk opgetuigde, maar schaars verlichte – ruimte legt de directeur zijn hand op het achterwerk van de medewerker en zegt (naar hij zelf verklaart): ‘Wat vind je van de *darkroom*. Wat kun je hier al niet meemaken?’ De medewerker kwalificeert de aanraking als seksueel van aard en gebruikt in dat verband het woord aanranding. De directeur verweert zich door te stellen dat het gebeurde gezien moet worden in het licht van de reeds 17 jaar durende vertrouwelijke en kameraadschappelijke omgang tussen hen beiden, waarin ook wel eens ‘grapjes’ werden gemaakt. Hij is ontsteld door de (overigens pas vijf dagen nadien kenbaar gemaakte) geëmotioneerde reactie van de medewerker en biedt meermalen zijn excuses aan. Desondanks raakt de arbeidsrelatie voorgoed verstoord. De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst met de medewerker. Daarna stelt deze de Stichting en de directeur hoofdelijk aansprakelijk voor de geleden pensioenschade en immateriële schade. De kantonrechter wijst beide vorderingen af.

Het Hof Amsterdam (5 juli 2007) is iets coulanter. Hoewel het incident al in 2002 had plaatsgevonden, gebruikt het hof voor de toets of het gebeurde als ‘seksuele intimidatie’ kan worden gekwalificeerd, de definitie zoals die in 2006 in het BW en in de WGB is opgenomen (*Stb.* 2006, 469). Deze definitie luidt als volgt: ‘Onder seksuele intimidatie (...) wordt verstaan: 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 wanneer een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie wordt gecreëerd.’ Het hof overweegt in dat kader ‘(...) dat weliswaar de handeling van [directeur], al dan niet in combinatie met de door hem gebezigde woorden (vooral: de verwijzing naar de ‘darkroom’) moet worden aangemerkt als gedrag met een seksuele connotatie, maar dat geconstateerd moet worden dat [medewerker] niet, althans onvoldoende, heeft aangevoerd om te kunnen oordelen dat de handeling tot gevolg heeft gehad dat hij in zijn waarde is aangetast. In dit oordeel betreft het hof dat zich niet de omstandigheid heeft voorgedaan dat een

bedreigende, vernederende of kwetsende situatie is gecreëerd.’ Desondanks was er volgens het hof wel sprake van een onrechtmatige daad van de directeur. Het spreekt in dat verband van een ‘misplaatste grap’ en van een ‘schuld van het lichte soort’ en kent op die grond een immateriële schadevergoeding van € 500 toe. Verder overweegt het hof dat ‘(...) de ernst van de handeling (...) in de gegeven omstandigheden, slechts gelegen (is) in het – aan [directeur], ook na een zeer lange samenwerking, onbekende – gegeven dat [medewerker] een traumatische jeugdervaring heeft gehad die hem heeft doen reageren op de wijze zoals hij heeft gedaan’. Dit komt echter mede vanwege de onbekendheid met deze achtergrond, niet voor rekening van de directeur of diens werkgever. Andere factoren die in de beoordeling van het hof aan de orde kwamen, waren het feit dat de directeur geen enkele seksuele bedoeling had gehad en dat de medewerker niet tot een bijzondere risicogroep behoorde.

Oordeel Hoge Raad

In cassatie werd een groot aantal middelen voorgedragen, onder meer betrekking hebbend op de vraag welke feiten en omstandigheden in aanmerking genomen mochten worden door het hof. Ik beperk me hier tot de klacht van de medewerker (eiser in cassatie) dat het hof, door bij de vaststelling of de gebeurtenis viel aan te merken als seksuele intimidatie in de zin van art. 7:646 lid 8 BW, in aanmerking te nemen dat de directeur dit niet zo had bedoeld, had miskend dat het bij die vaststelling niet gaat om diens intenties, maar uitsluitend om wat de medewerker als zodanig heeft gevoeld of ervaren.

A-G Rank-Berenschot komt tot de conclusie (in par. 2.5) dat het er niet toe doet hoe het slachtoffer de gedragingen heeft ervaren, en refereert daarbij aan de wetgevingsgeschiedenis op dit punt. De wetgever heeft immers doelbewust het woord ‘ongewenst’ weggelaten uit de definitie van seksuele intimidatie, welk woord wel is opgenomen in de definitie in de Europese richtlijn (Richtlijn 2002/73/EG) die ten grondslag lag aan de betreffende wetswijziging.

De Hoge Raad maakt weinig woorden vuil aan dit cassatiemiddel (r.o. 3.3): ‘Deze klacht, die kennelijk steunt op de opvatting dat een gedraging zonder meer als seksuele intimidatie moet worden aangemerkt indien degene jegens wie die gedraging is gericht zich seksueel geïntimideerd voelt, faalt omdat die opvatting onjuist is. Het hof kon derhalve bij zijn beoordeling van de ernst van de aan [directeur] verweten gedraging zonder enige rechtsregel te schenden rekening houden met de omstandigheid dat die gedraging voor [directeur] geen seksuele lading had.’

Commentaar

Seksuele intimidatie blijft een ongemakkelijk onderwerp. Hoewel het al lang niet meer door rechters wordt afgedaan als een ‘modeverschijnsel’ blijft met name de angst voor ‘valse beschuldigingen’ de discussies daarover

beheersen. Dit bleek ook uit de commotie die in 2005/06 ontstond, toen duidelijk werd dat door opname van het verbod op seksuele intimidatie in de gelijkebehandelingswetgeving de in dat kader geldende verschuiving van de bewijslast ook van toepassing werd op dit soort zaken. Afgezien van de vraag wie welke feiten moet stellen en/of bewijzen, is ook van belang hoe deze feiten vervolgens zullen worden beoordeeld. Hoe kun je weten welk gedrag onder welke omstandigheden door de rechter als 'seksuele intimidatie' zal worden gekwalificeerd?

Sinds 2006 hebben we daarvoor in het Nederlandse recht de hierboven geciteerde definitie, die in de plaats is gekomen van art. 3 lid 1 Arbowet 1998. (R. Holtmaat, 'Het verbod op seksuele intimidatie in de WGB', in: *Oordelenbundel Gelijke Behandeling 2007*, Deventer: Kluwer 2008, p. 261-278; en R. Holtmaat, *Seksuele Intimidatie; De Juridische Gids*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009 (verschijnt december 2009).) De term 'gedrag met een seksuele connotatie' staat daarin centraal. Wat dat is vermeldt de wet of de wetsgeschiedenis echter niet. Afgezien van het feit dat daarbij ongetwijfeld culturele aspecten een rol spelen – iets wat in Nederland aanvaardbaar is, hoeft dat in Turkije niet te zijn – is relevant in welke concrete context iets zich afspeelt. Tijdens een druk bezochte nieuwjaarsreceptie een collega onverhoeds een kus geven is heel wat anders dan een patiënt kussen in de afzondering van diens ziekenkamer. Zijn al dergelijke factoren nog in zekere zin te objectiveren, dit wordt moeilijker wanneer voor de vraag of iets een seksuele connotatie heeft mag/moet meespelen hoe het gedrag in het concrete geval is 'beleefd'. Gaat het dan om de bedoeling van de pleger en/of (ook/uitsluitend?) om de gevoelens van degene tot wie het gedrag was gericht? Anders gezegd: in hoeverre mag de subjectieve beleving van een van beide of van allebei de partijen een rol spelen bij de toepassing van dit begrip? Dit, nu, vormde de kern van de rechtsvraag die speelde in de casus die aanleiding gaf tot dit arrest van de Hoge Raad.

In dit opzicht is inderdaad wel het een en ander te vinden in de wetsgeschiedenis. De A-G gaat in de conclusie echter uitsluitend in op het aspect van de ongewenstheid aan de zijde van het slachtoffer en vergeet te melden dat de wetgever eveneens heeft gesteld dat de intentie van de pleger er evenmin toe doet. Zo merkte de regering op 'dat het niet de bedoeling is om in rechte te strijden over de innerlijke belevingswereld van *betrokkenen*' (*Handelingen II 2005/06*, 30 237, nr. 6, p. 8; cursivering RH). De wetgever heeft dat vooral duidelijk gemaakt door in de definitie te spreken van gedrag 'dat *tot doel of gevolg* heeft dat...'. Overigens vergeet de A-G ook te vermelden dat het weglaten van het woord ongewenst uit de definitie was bedoeld ter bescherming van het slachtoffer, die daardoor niet in de positie zou worden gebracht te moeten bewijzen dat de bestreden gedraging uitdrukkelijk door hem/haar als ongewenst was ervaren c.q. was afgewezen. In casu meent de geïntimideerde medewerker dat de

subjectieve ongewenstheid juist centraal zou moeten staan.

Uit de geciteerde overweging van de Hoge Raad moet worden afgeleid dat in diens visie de ervaringen van het slachtoffer niet mogen meetellen, althans dat niet *uitsluitend* daarop acht geslagen moet worden, maar dat de intentie van de pleger wel degelijk een rol mag spelen. Daarmee negeert de hoogste rechter de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever om de kwestie wat geldt als seksueel intimiderend gedrag zoveel mogelijk te objectiveren. De rechter zal zich moeten afvragen wat in Nederland *naar objectieve maatstaven* heeft te gelden als gedrag met een seksuele connotatie c.q. als seksuele intimidatie. In die zin heeft het hof het niet slecht gedaan door in aanmerking te nemen dat het 'grapje' van de directeur weliswaar volstrekt misplaatst was, maar gezien de concrete context waarin dit zich afspeelde, niet als seksuele intimidatie kon worden gekwalificeerd. Niet omdat het gedrag geen seksuele connotatie zou hebben, maar omdat het niet heeft geleid tot een aantasting van de waardigheid c.q. een bedreigende, vernederende of kwetsende situatie voor het slachtoffer. Met andere woorden, er was niet voldaan aan het tweede deel van de definitie. Dat de betreffende medewerker dat – gezien zijn jeugdtrauma – wel zo heeft kunnen ervaren, was inderdaad niet relevant. Voor zover het hof waarde heeft gehecht aan de bedoelingen van de directeur, had het arrest op dat punt inderdaad kunnen (en naar mijn idee stellig moeten) worden gecasseerd door de Hoge Raad.

Prof. mr. H.M.T. Holtmaat is hoogleraar non-discriminatie-recht te Leiden

Medezeggenschapsrecht

80

Wijziging van een omzettaarget in een bonusregeling: beloningssysteem of beloningsregeling?

Hof 's-Gravenhage 30 juni 2009, nr. 200.022.129/01, JAR 2009/199

Instemmingsrecht or. Optie/bonus

Art. 27 WOR

Feiten

Op de arbeidsovereenkomst tussen KPN Retail en haar werknemers is de collectieve arbeidsovereenkomst voor Koninklijke KPN NV 2008-2009 van toepassing. In deze cao is een zogenoemd 'Payplan' opgenomen, dat inhoudt dat werknemers die aan bepaalde omzettaargets voldoen,