

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Het zoenen van ondergeschikten – buiten de reguliere verjaardagen, recepties en bijzondere gebeurtenissen – is seksuele intimidatie als bedoeld in artikel 7:646 lid 8 BW ongeacht de bedoeling van de leidinggevende. Ontslag op staande voet in casu een te zwaar middel. Werkgever wordt verweten werknemer niet eerder te hebben gewaarschuwd en dat een klachtprocedure voor seksuele intimidatie ontbreekt waarmee het voorgaande had kunnen worden voorkomen

Werknemer (62 jaar) is vanaf medio 1994 werkzaam geweest bij werkgever, alwaar hij aanvankelijk op detacheringsbasis te werk was gesteld door een aannemersbedrijf. Per 1 januari 2006 trad hij bij werkgever in dienst in de functie van technisch onderhoudsmedewerker, laatstelijk tegen een salaris van € 2.903 bruto per maand exclusief vakantietoeslag, 13e maand en een vergoeding van € 779,57 bruto per maand voor het afsluiten van de gebouwen. In de vestiging van werkgever werken ongeveer 250 employees. Daarnaast werken er ongeveer 15 mensen via een ander bedrijf in de schoonmaak. Tot de taken van werknemer behoorde het toezicht op die schoonmaaksters. Op 18 mei 2009 heeft manager P&O werknemer op staande voet ontslagen nadat twee in de schoonmaak werkzame medewerksters (hierna aangeduid als de klaagsters) zich die dag hadden beklagd over seksuele intimidatie door werknemer. Werknemer zou de dames meermalen en ongevraagd een zoen op de wang hebben gegeven en een van de dames in de billen geknepen. Werknemer heeft de nietigheid van de opzegging ingeroepen en loon gevorderd. De kortgedingrechter heeft de loonvordering toegewezen. Op verzoek van werkgever is de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk ontbonden per 15 augustus 2009, onder toekenning van een vergoeding van € 115.000 bruto aan werknemer. De bodemrechter heeft het ontslag op staande voet rechtsgeldig geoordeeld en werknemer veroordeeld gefixeerde schadevergoeding te betalen, evenals terugbetaling van het loon tot datum van ontbinding. Thans staat de vraag centraal of het op 18 mei 2009 verleende ontslag rechtsgeldig is.

Het hof oordeelt als volgt. Er is onvoldoende bewijs voor het verwijt dat werknemer in de billen van dame 1 heeft geknepen, maar staat, mede gelet op zijn eigen verklaring, wel vast dat hij de klaagsters regelmatig heeft gezoend. Het mag zo zijn dat werknemer geen seksuele intenties heeft gehad doch slechts genegenheid wilde tonen, maar ongewenste zoenen op het werk zijn, buiten gelegenheden als verjaardagen, recepties en andere bijzondere gebeurtenissen waar in de regel ook anderen aanwezig zijn, naar hun aard wel een vorm van

fysiek gedrag met een seksuele connotatie, welk gedrag, zeker wanneer die zoenen afkomstig zijn van een leidinggevende (hetgeen werknemer als toezichthouder was), het gevolg kan hebben dat de ongewilde ontvanger zich op het werk onvrij of zelfs onveilig gaat voelen. Er is derhalve wel degelijk sprake van seksuele intimidatie als bedoeld in artikel 7:646 lid 8 BW. Het voorgaande neemt evenwel niet weg dat de sanctie van ontslag op staande voet een ultimum remedium is. Niet ieder grensoverschrijdend gedrag rechtvaardigt inzet van dat zware middel. In de onderhavige zaak rekent het hof het werkgever aan dat toen manager P&O op de hoogte werd gebracht van ‘rumours’ over het gedrag van werknemer, hij werknemer niet heeft gewaarschuwd, doch onmiddellijk zonder nadere toelichting van zijn toezichthoudende functie heeft ontheven. Werknemer had toen verstaan moeten worden dat hij onmiddellijk moest stoppen met zijn ongewenste gedrag.

Voorts is gebleken dat binnen werkgever, ondanks de omvang van het bedrijf, in het kader van arbeidsomstandighedenbeleid of ter preventie van ongewenst gedrag geen werk is gemaakt van het stellen van heldere gedragsregels die uitdrukkelijk en bij herhaling aan haar werknemers kenbaar zijn gemaakt. Zij heeft geen contactpersoon voor klachten aangesteld en beschikte niet over een klachtenprotocol. Dergelijke maatregelen kunnen ongewenst gedrag voorkomen, bevorderen dat zulk gedrag eerder wordt gecorrigeerd en maken medewerkers zoals de klaagsters weerbaarder tegen ongewenst gedrag. Het hof sluit voorts niet uit dat de klaagsters met een mildere sanctie voor werknemer hadden kunnen leven wanneer hun klacht op een andere wijze was behandeld en afgedaan, temeer omdat al was besloten dat werknemer niet meer hun leidinggevende zou zijn. Bij dit alles komt dat het gaat om een oudere werknemer (62 jaar) en een onberispelijk dienstverband van ruim 15 jaar. Het ontslag op staande voet is niet rechtsgeldig.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 10-04-2011

ECLI: ECLI:NL:GHLEE:2011:BW1643

Zaaknummer: 200.087.557/01

Rechters: M.E.L. Fikkers, R.A. Zuidema en M.J. van Lee

Advocaten: A.S.M. Kunst en T.S. Nicolai

Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:678 BW en 7:646 BW