

81

Van Fistfucking-thesis via 'Time of my life' en 'liften' als in Dirty dancing naar seksueel grensoverschrijdend gedrag: geen ontslag op staande voet en (nog) geen verwijtbaar handelen

Rechtbank Oost-Brabant zp Eindhoven
10 februari 2022, nr. 9556624, ECLI:NL:RBOBR:2022:459
(mr. Mommers)
Noot mr. S.A.M. van Steekelenburg

Ontslag op staande voet. Dringende reden. Seksueel grensoverschrijdend gedrag. Incident. e-grond. Bewijsopdracht.

[BW art. 7:677, 7:669 lid 3 onder e]

Essentie: Gemeenteambtenaar die seksueel grensoverschrijdend gedrag heeft vertoond, handelt wel verwijtbaar, maar de specifieke omstandigheden maken dat zijn handelen geen ontslag op staande voet rechtvaardigt. De gemeente krijgt de gelegenheid om te bewijzen dat werknemer met zijn handelen heeft veroorzaakt dat collega's geen veilige werkomgeving ervaren.

Samenvatting: Werknemer is in dienst van de gemeente Eindhoven (hierna: de gemeente) in de functie van ondersteunend facilitair medewerker C. Met ingang van 19 januari 2021 is werknemer voor een deel van zijn uren plaatsvervangend ploegleider geworden. Op zaterdag 9 oktober 2021 heeft een personeelsfeest plaatsgevonden. Er heeft die avond een (seksueel grensoverschrijdend) incident plaatsgevonden tussen werknemer en een collega. Na afloop van het feest, op zondag 10 oktober 2021, heeft de collega aan haar coördinator een e-mail geschreven inhoudende dat zij niet meer onder werknemer als ploegleider wil werken. Op 11 oktober 2021 hebben werknemer en de collega elkaar gesproken. Werknemer heeft zijn excuses aangeboden. Op 16 oktober 2021 heeft de coördinator met de collega gepraat over het incident op 9 oktober 2021. De gemeente heeft een verslag van dit gesprek gemaakt. Naar aanleiding van dit gesprek heeft werknemer op 18 oktober 2021 een gesprek gehad met twee mensen van P&O. Werknemer is door de gemeente tijdens het gesprek op 18 oktober 2021 op non-actief gesteld en geschorst. Bij brief van 22 oktober 2021 heeft de gemeente de op-non-actiefstelling en schorsing aan werknemer bevestigd, en heeft zij aangezegd dat zij voornemens is om werknemer op staande voet te ontslaan. Partijen hebben daarna overleg gevoerd, maar zijn niet tot overeenstemming gekomen. Werknemer verzoekt in kort geding (achterstallig) loon en wedertewerkstelling tot het moment dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen rechtsgeldig eindigt. In de bodemzaak verzoekt werknemer het ontslag op staande voet te vernietigen. De gemeente verweert zich tegen het verzoek.

Het gaat in deze zaak om de vraag of de gemeente een rechtsgeldig ontslag op staande voet heeft gegeven aan werknemer. De reden voor het ontslag op staande voet die de gemeente in de brief van 22 oktober 2021 geeft, is het grensoverschrijdend gedrag van werknemer op het personeelsfeest van 9 oktober 2021. Vast staat dat werknemer tijdens het feest op 9 oktober

2021 een opmerking over verkrachten heeft gemaakt, en dat hij zijn collega die avond in haar bil heeft geknepen. Dat volgt immers uit zijn eigen verklaring. Werknemer heeft echter uitgebreid toegelicht dat, gelet op de omstandigheden waaronder dit handelen heeft plaatsgevonden, er van zijn kant geen kwade bedoelingen waren en dat zijn gedrag niet kwalificeert als grensoverschrijdend gedrag.

Het is een feit van algemene bekendheid dat de problematiek omtrent seksueel overschrijdend gedrag bijzonder actueel is. Iedere situatie moet echter op zichzelf worden beoordeeld en daarbij moeten alle specifieke omstandigheden worden meegewogen. Er was in dezen sprake van een werkrelatie, maar het incident vond plaats tijdens een feest en niet op kantoor. De opmerking kan desalniettemin in het kader van deze procedure niet los worden gezien van de context van het gesprek en de rest van de avond. Van enige seksuele lading van dit handelen is overigens niet gebleken. Opnieuw geldt bovendien dat voor de consequenties daarvan zijn handeling niet los gezien kan worden van de sfeer van de avond en de losse omgangsvormen die kennelijk gewoon zijn tussen deze collega's. Losse omgangsvormen maken uiteraard niet dat ineens grenzen vervagen. De reactie van de werkgever richting werknemer moet echter wel verband houden met de context. De gemeente heeft aangegeven dat zij als werkgever is geschrokken van de melding en dat uitlatingen zoals die van werknemer voor haar absoluut onacceptabel zijn. In dat kader wordt geoordeeld dat in een dergelijk geval absoluut sprake kan zijn van een noodzaak tot handelen door de werkgever. De werkgever die een hogere morele standaard wenst dan kennelijk langere tijd in werkverband is toegestaan, kan die echter niet richting een specifieke werknemer aanhouden. Alles afwegende leidt dit tot het oordeel dat er weliswaar sprake is van verwijtbaar handelen van werknemer, maar dat dit onder de gegeven omstandigheden onvoldoende is om het gegeven ontslag op staande voet te rechtvaardigen.

De voorwaarde voor het instellen van het ontbindingsverzoek is in vervulling gegaan, zodat dat verzoek zal worden beoordeeld. Het primaire verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van een tekortkoming in de nakoming (art. 7:686 BW) kan niet worden toegewezen. De gemeente heeft haar verzoek subsidiair gegrond op art. 7:669 lid 3 sub e BW, te weten zodanig (ernstig) verwijtbaar handelen of nalaten van werknemer dat van haar in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De stelling van de gemeente dat werknemer met zijn handelen heeft veroorzaakt dat zijn collega's geen veilige werkomgeving ervaren, blijkt gelet op het voorgaande onvoldoende uit de stukken. Ook de opnames van de telefoongesprekken en de telefoonberichten geven (juist) geen aanleiding om daarvan uit te gaan. De kantonrechter ziet dan ook aanleiding om de gemeente in de gelegenheid te stellen haar stelling op dit punt te bewijzen. Benadrukt wordt in het kader van de bewijsopdracht aan de gemeente dat zij haar stelling dient te bewijzen dat het van haar als werkgever niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, specifiek vanwege de onveilige werksituatie voor de collega's van werknemer. Dit betekent dat de verantwoordelijkheid van de werkgever voor het gehele team van belang is en dat aan meer dan één collega dient te worden gedacht. Daarnaast wordt reeds nu overwogen dat gelet op de omstandigheden van het geval, zoals die ook onder de beoordeling van het verzoek zijn benoemd, van ernstig verwijtbaar handelen in dit geval geen sprake is.

[verzoeker], wonende te [woonplaats],
 verzoeker,
 gemachtigde: mr. B. van Wanrooij,
 tegen:
 de publiekrechtelijke rechtspersoon *Gemeente Eindhoven*,
 statutair gevestigd en kantoorhoudende te Eindhoven,
 verweerster,
 gemachtigde: mr. M.A.M. Houben.
 Partijen zullen hierna '[verzoeker]' en 'de Gemeente' worden
 genoemd.

1. Het procesverloop

In de zaak van het verzoek en het tegenverzoek

- 1.1. [verzoeker] heeft een verzoek gedaan om het door de Gemeente gegeven ontslag op staande voet te vernietigen. [verzoeker] heeft ook een verzoek gedaan om op grond van artikel 223 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) een voorlopige voorziening te treffen. De Gemeente heeft een verweerschrift ingediend en een tegenverzoek gedaan tot (voorwaardelijke) ontbinding van de arbeidsovereenkomst.
- 1.2. Op 20 januari 2022 heeft een zitting plaatsgevonden. De beide gemachtigden hebben op de zitting pleitaantekeningen overgelegd en voorgedragen. De griffier heeft aantekeningen gemaakt van wat partijen ter toelichting van hun standpunten naar voren hebben gebracht.
- 1.3. Na de zitting is een datum voor beschikking bepaald.

2. De feiten

In de zaak van het verzoek en het tegenverzoek

- 2.1. [verzoeker], geboren [geboortedatum] 1983, is op [datum] in dienst getreden bij de Gemeente. Voor [datum] heeft [verzoeker] als uitzendkracht voor de Gemeente gewerkt. [verzoeker] verrichtte zijn werkzaamheden (voornamelijk) in zwembad De Tongelreep.
- 2.2. Het dienstverband is aangegaan voor een arbeidsduur van 25 uren per week, het laatstverdiende brutosalaris bedraagt € 1.533,93. [verzoeker] is in dienst getreden in de functie van Ondersteunend facilitair medewerker C.
- 2.3. Met ingang van 19 januari 2021 is [verzoeker] voor een deel van zijn uren plaatsvervangend ploegleider geworden.
- 2.4. Op zaterdag 9 oktober 2021 vond er een personeelsfeest plaats. Er heeft die avond een incident plaatsgevonden tussen [verzoeker] en zijn collega [A].
 Aan het begin van de avond waren [verzoeker], [A] en nog drie collega's in gesprek. [A] vertelde dat ze voor haar studie Filosofie een thesis aan het schrijven was over fistfucking. [verzoeker] heeft haar gevraagd of dat een grap was, waarop [A] hem heeft verzekerd dat het geen grap was en dat ze echt over dit onderwerp een thesis schreef. [verzoeker] heeft [A] nog enkele vragen gesteld, waarop [A] hem duidelijk heeft gemaakt dat het niet om haar gaat, maar dat het een wetenschappelijk onderzoek is. Het gesprek is daarna, voor dat moment, geëindigd.
 [verzoeker] raakte vervolgens in gesprek met een andere collega, [B]. Het onderwerp van het gesprek kwam op hetgeen [A] zojuist aan [verzoeker] had verteld over haar thesis. [verzoeker] en [B] hebben als gevolg daarvan samen gepraat over ruige seks, [verzoeker] ging erop door, [B] maakte ook grappen en ze lachten er samen om.
 Wat later op de avond werd er gedanst. Het nummer 'Time of my life' uit de film Dirty Dancing werd gedraaid. [verzoeker] en [A] stonden met nog een collega aan de bar. Ze besloten

dat [verzoeker] en de andere collega [A] gingen optillen (liften), net als in de genoemde film. Dat trok veel bekijks en iedereen vond het grappig. Na afloop, toen [verzoeker] en [A] samen aan de bar stonden, spraken zij over het optillen. [A] zei iets in de trant van 'dat ging niet helemaal lekker net, je was niet sterk genoeg om mij omhoog te houden hè?' Ze lachten er samen om. Vervolgens lopen de verklaringen wat uiteen. Conform [verzoeker] komt het gesprek weer op het onderwerp van de thesis van [A]. [verzoeker] vroeg zich af waarom [A] dit onderwerp zou kiezen en waarom ze zou aangeven dat haar (veel) oudere professor zo werd geconfronteerd met dit onderwerp. Hij dacht aan het eerdere gesprek en vroeg of zij dan ook van rauwe seks hield, waarop [A] antwoordde dat het daar niet om ging, waarop hij iets heeft gezegd in de trant van 'dus je wilt niet door mij half verkracht worden?' [A] daarentegen heeft volgens het verslag van de Gemeente aangegeven dat [verzoeker] in reactie op de opmerking over de lift heeft gezegd dat hij wel sterk genoeg was en 'Als ik jou zou willen verkrachten, is er niks wat jij kan doen.'

Vast staat dat [A] op de opmerking van [verzoeker] heftig reageerde en wegliep.

Ongeveer twee uur later, aan het einde van de avond, zag [verzoeker] [A] staan en liep naar haar toe. Hij gaf haar een kneep in de billen en hij zei iets in de trant van 'dat was maar een grapje daar straks.' [A] werd boos op [verzoeker].

2.5. Na afloop van het feest, op zondag 10 oktober 2021 om 01:04 uur, heeft [A] aan mevrouw [C] (coördinator, verder te noemen: [C]) de volgende e-mail geschreven:

'Ik wil geen officiële melding maken maar ik wil niet meer onder [verzoeker] als ploegleider werken. Wegens persoonlijke ervaringen voel ik me niet meer op mijn gemak binnen deze machtspositie. Mocht dit echter niet mogelijk zijn zonder officiële melding dan ben ik zeker bereid om deze toch vast te leggen.

Ik heb tot op heden geen probleem om met [verzoeker] te werken binnen een gelijkwaardige functie, ik weiger echter om te werken wanneer hij ploegleider is.

Het spijt me oprecht dat dit deze wending heeft moeten nemen, maar ik hoop dat je hier begrip voor hebt.'

Ongeveer een half uur later, om 01:33 uur, schrijft [A] aan [C]: 'Ik heb er even over nagedacht en ik wil toch een melding maken van seksuele intimidatie of iets dergelijks. Ik hoor graag wat de volgende stappen zijn.'

2.6. Op maandag 11 oktober 2021 hebben [verzoeker] en [A] elkaar gesproken. [verzoeker] heeft [A] zijn excuses aangeboden.

2.7. Bij e-mailbericht van 13 oktober 2021 aan [C] heeft [verzoeker] zijn kant van het verhaal verteld.

2.8. Op 16 oktober 2021 heeft [C] gesproken met [A] over het incident op 9 oktober 2021. Ook de heer [D] (afdelingshoofd, verder te noemen: [D]) was bij dat gesprek aanwezig. De Gemeente heeft een verslag van dit gesprek gemaakt.

2.9. Vervolgens heeft [verzoeker] naar aanleiding van het incident met [A] op het personeelsfeest op maandag 18 oktober 2021 een gesprek gehad met [D] en mevrouw [E] van P&O (verder te noemen: [E]). In dit gesprek is ook een incident op een eerder personeelsfeest (in 2018) met collega [F] ter sprake gekomen. Ten aanzien van dat laatste incident heeft [verzoeker] toegelicht dat hij met [F] wilde dansen en zijn armen om haar heen deed om haar mee te nemen om te dansen. [F] was daar niet van gediend en is weggelopen. Later heeft [verzoeker] zijn excuses aangeboden aan [F].

[verzoeker] is door de Gemeente tijdens het gesprek op 18 oktober 2021 op non-actief gesteld en geschorst.

2.10. In het kader van het onderzoek hebben [D] en [E] op 18 oktober 2021 ook met [F] gesproken.

2.11. Op 20 oktober 2021 heeft een vervolgggesprek plaatsgevonden met [A]. Ook heeft die dag een gesprek met [G] (ploegleider zwemzaken) plaatsgevonden.

2.12. Op 21 oktober 2021 heeft een vervolgggesprek plaatsgevonden met [verzoeker]. Tijdens dat gesprek is ook ter sprake gekomen dat [verzoeker] in de zomer van 2021 door [G] is aangesproken naar aanleiding van het maken van seksueel getinte grappen tegenover collega's.

2.13. Bij brief van 22 oktober 2021 heeft de Gemeente de non-actiefstelling en schorsing aan [verzoeker] bevestigd, en heeft zij aangezegd dat zij voornemens is om [verzoeker] op staande voet te ontslaan. Zij schrijft in deze brief:

'Aanleiding

De melding van een jonge vrouwelijke collega over grensoverschrijdend gedrag tijdens het personeelsfeest op zaterdag 9 oktober jl. Ze heeft aangegeven zich ernstig seksueel geïntimideerd te voelen door wat je tegen haar gezegd hebt en door jouw handtastelijkheid.

Gebleken is dat je op de bewuste avond iets tegen haar gezegd hebt in de trant van: "hou je er van door mij half verkracht te worden? Daar zou je niks tegen kunnen doen." Of woorden van gelijke strekking. Zij heeft daarop duidelijk laten blijken hier niet van gediend te zijn door te zeggen dat zij het niet vond kunnen dat je dit tegen haar zei en door weg te lopen.

Later op de avond bij het naar huis gaan heb je haar benaderd en in haar bil geknepen, en woorden van de strekking gebruikt van: "Het was toch maar een grapje, daarstraks?" Ook daarop heeft zij heftig gereageerd en haar afkeuring duidelijk laten blijken, door dat te zeggen en jou van haar weg te duwen. Jij hebt daarop gezegd haar reactie overdreven te vinden. Waarop zij weggegaan is.

Context

Jij bent medewerker civiele zaken en sinds 2020 naar voren geschoven als beoogd ploegleider. Hierdoor stuur je functioneel onder meer deze collega aan.

(...)

Uit jouw eigen verklaring is gebleken dat je naar aanleiding van je grensoverschrijdend gedrag jegens een jonge vrouwelijke collega, tijdens een voorgaand feest, op verzoek van een ploegleider, je excuses hebt aangeboden aan de betreffende collega. Dit heb je een tijd later ook gedaan.

Als het niet al op basis van algemeen aanvaarde normen en waarden bij jou bekend had moeten zijn dat je vrouwelijke collega's niet seksueel intimideert, dan had jou di top grond van de gedragsregels en de eerdere situatie duidelijk moeten zijn. Daarnaast is gebleken dat je er afgelopen zomer door een ploegleider, [G] op gewezen bent dat je je moet onthouden van seksueel intimiderende uitlatingen tegen vrouwelijke collega's. Dit naar aanleiding van opmerkingen die je ten aanzien van [H] had gemaakt. Dat dit geen formele waarschuwing geweest is, doet er niet aan af. Het gebeuren op 9 oktober jl. is geen eenmalig incident. Op basis van de eerdere situatie, signalen en gedragsregels had je moeten weten dat jouw gedrag en uitlatingen op 9 oktober jl. een ambtenaar van de Gemeente onwaardig zijn en niet worden getolereerd.

(...)

Door je uitlatingen en gedrag heb je je schuldig gemaakt aan seksuele intimidatie. Je hebt het vertrouwen dat jouw collega's in jou moeten kunnen hebben, op ernstige wijze geschaad. Je bent onderdeel van de gemeente en hebt als ambtenaar een extra verantwoordelijkheid om je correct te gedragen. Ook heb je vanuit de gezagsverhouding en leeftijdsverschil juist

een voorbeeldfunctie. De gemeente verwijt je dat je het in jouw gestelde vertrouwen op onherstelbare wijze geschonden hebt en is van mening dat sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet.

(...)

Ontslag op staande voet onder opschortende voorwaarde

De aard en ernst van de dringende reden laten ons geen andere keuze dan over te gaan tot ontslag op staande voet met ingang van 21 oktober 2021, zoals je al mondeling is medegedeeld. Dit doen wij onder de opschortende voorwaarde dat je vóór 29 oktober a.s. de bijgaande vaststellingsovereenkomst aanvaardt. Op deze vaststellingsovereenkomst kan in en buiten rechte geen beroep gedaan worden, in geval deze niet integraal binnen de gesteld termijn aanvaard is. Gedurende de termijn die je hebt voor beraad, blijft de schorsing in stand en sta je op non-actief.

2.14. Partijen hebben overleg gevoerd, maar zijn niet tot overeenstemming gekomen.

3. Het verzoek

3.1. [verzoeker] verzoekt, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

voorlopige voorziening:

I. de Gemeente te veroordelen tot betaling aan [verzoeker] van het salaris van € 3.323,71 bruto inclusief 17,05% IKB per maand vanaf 21 oktober 2021 tot het moment waarop de arbeidsovereenkomst tussen partijen rechtsgeldig is geëindigd;

II. de Gemeente te verplichten om [verzoeker] binnen 24 uur na betekening van deze beschikking toe te laten tot de overeengekomen werkzaamheden, tot het moment dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen rechtsgeldig is geëindigd, onder verbeurte van een dwangsom;

bodemzaak

primair: onvoorwaardelijk

III. het ontslag op staande voet te vernietigen;

IV. de Gemeente te verplichten om [verzoeker] binnen 24 uur na betekening van deze beschikking toe te laten tot de overeengekomen werkzaamheden, tot het moment dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen rechtsgeldig is geëindigd, onder verbeurte van een dwangsom;

V. de Gemeente te veroordelen tot betaling aan [verzoeker] van het salaris van € 3.323,71 bruto inclusief 17,05% IKB per maand vanaf 21 oktober 2021 tot het moment waarop de arbeidsovereenkomst tussen partijen rechtsgeldig is geëindigd, te vermeerderen met de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW over het achterstallige salaris;

subsidiar: onvoorwaardelijk

VI. de Gemeente bij instandhouding van het ontslag op staande voet te veroordelen tot betaling van het bedrag ad € 1.501,03 bruto inclusief 17,05, als zijnde het salaris over de periode 21 oktober tot 5 november 2021, te vermeerderen met de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW;

subsidiar: voorwaardelijk

VII. bij vernietiging van het ontslag op staande voet, maar bij toewijzing van het verwachte tegenverzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, maakt [verzoeker] aanspraak op betaling van de volgende bedragen door de Gemeente:

1) de billijke vergoeding ter hoogte van € 15.000,- ex artikel 7:671b lid 8 sub c BW;

2) het achterstallige salaris en doorbetaling van het salaris vanaf 21 oktober 2021 tot de einddatum van het dienstverband, alsdan vast te stellen op € 3.323,71 bruto inclusief 17,05% IKB per maand, te vermeerderen met de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW;

3) de wettelijke transitievergoeding; *primair en subsidiair, voorwaardelijk en onvoorwaardelijk*
VIII. de Gemeente te veroordelen tot betaling aan [verzoeker] van de wettelijke rente vanaf het tijdstip van opeisbaarheid van de hierboven genoemde bedragen tot aan de dag der algehele voldoening;

IX. de Gemeente te veroordelen tot betaling aan [verzoeker] van de buitengerechtelijke incassokosten, berekend conform de staffel BIK aan de hand van de toegewezen bedragen;

X. te oordelen dat de Gemeente binnen veertien dagen na de einddatum van het dienstverband aan [verzoeker] dient te verstrekken een deugdelijke eindafrekening voorzien van netto-bruto specificatie, op laste van een dwangsom;

XI. de Gemeente te veroordelen in de kosten van de onderhavige procedure.

3.2. Aan dit verzoek legt [verzoeker] ten grondslag – kort weergegeven – dat geen sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet. Hij stelt daartoe dat hij een situatie verkeerd heeft ingeschat, maar dat zijn gedragingen richting [A] van onvoldoende gewicht zijn om te gelden als dringende reden voor een ontslag op staande voet. Hij heeft niet de intentie gehad om zich op seksueel gebied ‘op te dringen’ aan [A] en dat blijkt ook niet uit de gestelde feiten. Zijn opmerking over ‘verkrachten’ kan niet zodanig gelezen worden dat daarmee uitdrukkelijk een seksuele intentie werd uitgesproken. Hij heeft bedoeld een, zij het vergezochte, vergelijking te maken tussen het geforceerd opleggen van extreme seksuele inhoud aan een oudere professor door middel van het onderwerp van de thesis van [A], en een verkrachting. Uit de gestelde feiten blijkt ook niet dat [A] zich onveilig of seksueel geïntimideerd voelt door hem. Hij heeft na het incident nog contact met [A] gehad, hij heeft haar zijn excuses aangeboden en [A] heeft dat geaccepteerd. Ze heeft ook geen formele klacht ingediend bij de Gemeente. [A] wil ook niet dat hij ontslagen wordt en voelt zich ernstig bezwaard over het feit dat de Gemeente deze weg is ingeslagen. Het incident heeft plaatsgevonden op een feest en niet op de reguliere werkvloer. [A] is zelf een gesprek met hem begonnen over een expliciet seksueel onderwerp. Er is geen sprake van eerdere incidenten of grensoverschrijdend gedrag en hij heeft niet eerder een formele waarschuwing gehad. [verzoeker] functioneert volledig naar behoren en is zelfs naar voren gebracht voor een promotie. De verhouding met zijn directe collega's, waaronder ook zijn leidinggevende [G], is uitstekend. Voor [verzoeker] heeft het ontslag zéér ingrijpende gevolgen en het ontslag staat in schrill contrast met de wijze waarop zijn naaste collega's hem zien en waarderen. De feiten zijn niet van zodanig ernstige aard dat daarmee, ook gelet op de jurisprudentie, de ernstige gevolg van een ontslag op staande voet gerechtvaardigd worden.

De datum van het ontslag is 5 november 2021, te weten de datum dat zijn advocaat heeft aangegeven het minnelijke voorstel van de Gemeente niet te accepteren. De Gemeente stelt ten onrechte dat het ontslag op staande voet met terugwerkende kracht is ingetreden op 21 oktober 2021. Hij maakt daarom aanspraak op zijn salaris vanaf 21 oktober 2021.

4. Het verweer en het tegenverzoek

4.1. De Gemeente verweert zich tegen het verzoek. Zij voert aan – kort gezegd – dat sprake is van een rechtsgeldig ontslag op staande voet. Er is sprake van een dringende reden en een onverwijld opzegging en mededeling van de redenen daarvan.

4.2. In de zaak van het tegenverzoek wordt door de Gemeente verzocht de arbeidsovereenkomst met [verzoeker] voorwaardelijk te ontbinden, primair op grond van artikel 7:686 BW, subsidiair op grond van artikel 7:671b lid 1, onderdeel a, BW, in verbinding met artikel 7:669 lid 3, onderdeel e, meer subsidiair onderdeel g en nog meer subsidiair onderdeel i BW. Het verzoek is voorwaardelijk, namelijk voor het geval de arbeidsovereenkomst blijkt niet te zijn geëindigd door het aan [verzoeker] op staande voet gegeven ontslag. Tevens verzoekt de Gemeente de arbeidsovereenkomst te ontbinden op de korts mogelijke termijn, zonder toekenning van de transitievergoeding, zonder de billijke vergoeding, wettelijke verhoging en rente, onder toekenning van het cao loon tot datum ontbinding. Een en ander met veroordeling van [verzoeker] in de proceskosten, de wettelijke rente en de buitengerechtelijke incassokosten.

4.3. [verzoeker] heeft daartegen verweer gevoerd en stelt dat de verzochte ontbinding moet worden afgewezen.

5. De beoordeling

In de zaak van het verzoek

5.1. Het gaat in deze zaak om de vraag of er een rechtsgeldig ontslag op staande voet is gegeven door de Gemeente aan [verzoeker].

5.2. Bij de beoordeling wordt het volgende voorop gesteld. Omdat het ontslag op staande voet een uiterste middel is, stelt de wet daaraan strenge eisen. Deze zijn terug te vinden in artikel 7:677 lid 1 BW: de opzegging moet onverwijld zijn en vergezeld gaan van mededeling van de reden voor ontslag die bovendien als dringende reden moet gelden.

5.3. Op grond van artikel 7:678 lid 1 BW worden als dringende redenen in de zin van artikel 7:677 lid 1 BW beschouwd, zodanige daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer die tot gevolg hebben dat van de werkgever redelijkerwijs niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Een dringende reden zal onder andere aanwezig geacht kunnen worden wanneer de werknemer zich schuldig maakt aan diefstal, verduistering, bedrog of andere misdrijven, waardoor hij het vertrouwen van de werkgever onwaardig wordt (artikel 7:678 lid 2 onder d BW). Bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van een ontslag op staande voet dienen alle omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang bezien, in aanmerking te worden genomen (zie o.a. HR 21 januari 2000, JAR 2000/45). Hierbij moeten de aard en ernst van de aangevoerde dringende reden worden afgewogen tegen de door de werknemer aangevoerde persoonlijke omstandigheden. Relevant daarbij zijn aard en duur van de dienstbetrekking, de wijze waarop de werknemer zijn werk heeft vervuld en ook de persoonlijke omstandigheden van de werknemer. Ook indien de gevolgen van een ontslag op staande voet ingrijpend zijn, kan een afweging van de persoonlijke omstandigheden tegen aard en ernst van de dringende reden tot de slotsom leiden dat onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst was gerechtvaardigd. De stelplicht en de bewijslast ten aanzien van het bestaan van een dringende reden liggen in dit geval bij de werkgever.

5.4. De reden voor het ontslag op staande voet die de Gemeente in de brief van 22 oktober 2021 geeft, is het grensoverschrijdend gedrag van [verzoeker] op het personeelsfeest van 9 oktober 2021. Weliswaar wordt in deze brief ook verwezen naar eerdere incidenten met [F] en over [H], maar niet althans onvoldoende duidelijk is dat de Gemeente deze incidenten ook aan het ontslag op staande voet ten grondslag heeft

willen leggen. Dat is wel vereist: een werknemer dient bij het ontslag aanstonds te moeten weten wat de redenen voor het ontslag zijn. De Gemeente heeft ter zitting toegelicht dat zij met het verwijzen naar deze incidenten met name heeft willen aantonen dat het voor [verzoeker] duidelijk had moeten zijn dat hij zijn gedrag had moeten aanpassen. De exacte voorvallen bij deze aangehaalde incidenten staan echter tussen partijen ter discussie en de Gemeente heeft haar lezing niet (volledig) kunnen onderbouwen. Deze incidenten worden om voornoemde redenen niet betrokken bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet.

5.5. Vast staat dat [verzoeker] tijdens het feest op 9 oktober 2021 een opmerking over verkrachten heeft gemaakt, en dat hij [A] die avond in haar bil geknepen heeft. Dat volgt immers uit zijn eigen verklaring (productie 3 bij verzoekschrift). [verzoeker] heeft echter uitgebreid toegelicht dat, gelet op de omstandigheden waaronder dit handelen heeft plaatsgevonden, er van zijn kant geen kwade bedoelingen waren en dat zijn gedrag niet kwalificeert als grensoverschrijdend gedrag.

5.6. Het is een feit van algemene bekendheid dat de problematiek omtrent seksueel overschrijdend gedrag bijzonder actueel is. Iedere situatie moet echter op zichzelf worden beoordeeld en daarbij moeten alle specifieke omstandigheden worden meegewogen. Er was in deze sprake van een werkrelatie, maar het incident vond plaats tijdens een feest en niet op kantoor. De collega's, waaronder [verzoeker] en [A], zaten samen in een whatsapp-groep en gingen ook buiten het werk vriendschappelijk met elkaar om, genoemd is bijvoorbeeld het bezoeken van festivals. De manier van omgang blijkt ook uit het samen dansen, waarbij [verzoeker] [A] heeft 'gelift'. Zij vonden dit beiden leuk en hadden samen lol, zo blijkt uit de verklaringen en verslagen. Dit geeft aan dat er sprake was van een ongedwongen sfeer en ook dat elkaar aanraken niet ongewoon was. In die informele setting heeft [A] ook het onderwerp van haar thesis ter sprake gebracht, een onderwerp waarvan zij zelf wist dat het controversieel was, zo blijkt uit het gespreksverslag dat de Gemeente heeft opgesteld. Uit dit gespreksverslag blijkt ook dat [verzoeker] daar bepaalde vragen bij had, onder andere of [A] dit onderwerp had gekozen om haar oudere professor te choqueren. Die vragen waren naar zijn stelling voor [verzoeker] aanleiding om later, nadat zij samen gedanst hadden, op het onderwerp terug te komen. Volgens [verzoeker] heeft hij een vergelijking uitgesproken tussen de thema's uit dit gesprek en een verkrachting. Volgens [A] heeft hij gereageerd op haar opmerking dat hij niet sterk genoeg was om haar op te tillen. In beide gevallen is die vergelijking ongepast en is het kwalijk dat [verzoeker] stelt een grap te hebben willen maken, aangezien bekend moet worden verondersteld dat dit geen onderwerp is om grappen over te maken. De opmerking kan desalniettemin in het kader van deze procedure niet los worden gezien van de context van het gesprek en de rest van de avond. Uit de reactie van [A] moest het [verzoeker] duidelijk zijn en het blijkt uit zijn verklaring dat hij dat ook begreep, dat hij hiermee te ver was gegaan. Door haar dan later op de avond in de bil te knijpen handelt [verzoeker] in algemene zin ongepast jegens een collega en bovendien sociaal onhandig, gelet op de omstandigheden. Van enige seksuele lading van dit handelen is overigens niet gebleken. Opnieuw geldt bovendien dat voor de consequenties daarvan zijn handeling niet los gezien kan worden van de sfeer van de avond en de losse omgangsvormen die kennelijk gewoon zijn tussen deze collega's. Losse omgangsvormen maken uiteraard niet dat ineens grenzen vervagen. De reactie van

de werkgever richting [verzoeker] moet echter wel verband houden met de context. De Gemeente heeft aangegeven dat zij als werkgever is geschrokken van de melding en dat uitlatingen zoals die van [verzoeker] worden teruggehoord, voor haar absoluut onacceptabel zijn. In dat kader wordt, onder verwijzing naar door partijen aangehaalde jurisprudentie, geoordeeld dat in een dergelijk geval absoluut sprake kan zijn van een noodzaak tot handelen door de werkgever. De werkgever die een hogere morele standaard wenst dan kennelijk langere tijd in werkverband is toegestaan, kan die echter niet richting een specifieke werknemer aanhouden. Alles afwegende leidt dit tot het oordeel dat er weliswaar sprake is van verwijtbaar handelen van [verzoeker], maar dat dit onder de gegeven omstandigheden onvoldoende is om het gegeven ontslag op staande voet te rechtvaardigen. Op grond van het voorgaande valt niet in te zien dat de Gemeente in deze niet heeft kunnen volstaan met een andere arbeidsrechtelijke sanctie aan [verzoeker]. Een ontslag op staande voet is in dit specifieke geval een te zwaar middel.

5.7. Het ontslag op staande voet wordt daarom vernietigd. Dat betekent dat de arbeidsovereenkomst voortduurt en dat [verzoeker] recht heeft op loon. De vordering van [verzoeker] tot loonbetaling zal daarom worden toegewezen, met inachtna-me van het navolgende.

5.8. Tussen partijen is in geschil wanneer de Gemeente [verzoeker] heeft ontslagen. [verzoeker] heeft onweersproken gesteld dat hij vanaf 21 oktober 2021 geen salaris meer ontvangen heeft. De loonvordering zal daarom vanaf die datum worden toegewezen.

5.9. De arbeidsovereenkomst voorziet in een vaste arbeidsduur van 25 uur per week. Volgens [verzoeker] werkte hij echter vanaf het begin van het dienstverband onregelmatige tijden en gemiddeld zo'n 40 uur per maand. Aangezien hij een vergoeding krijgt voor deze overuren, is het uitbetaalde salaris telkens significant hoger dan het overeengekomen salaris van € 1.533,93 bruto per maand (exclusief IKB). [verzoeker] doet bij de berekening van het nog aan hem toekomend salaris een beroep op het rechtsvermoeden van arbeidsomvang ex artikel 7:610b BW. Dat leidt volgens hem tot een gemiddeld maand-salaris van € 3.323,71 bruto inclusief 17,05% IKB. Dat salaris vordert hij vanaf 21 oktober 2021.

De Gemeente betwist dat er een rechtsvermoeden bestaat van een betrekkingsomvang van meer dan 25 uur per week. Het is inherent aan het werken in een zwembad dat het weersafhankelijk is, of er veel of weinig werk is. De periode die [verzoeker] neemt is niet representatief. De Gemeente heeft ter onderbouwing daarvan de salarisstroken over het hele jaar overgelegd. De meer-uren en overuren zijn conform de van toepassing zijnde CAO uitbetaald, deels tegen verhoogd uurloon en correct voldaan.

5.10. De Gemeente heeft de salarisstroken van januari 2020 tot en met oktober 2021 overgelegd. Daar blijkt inderdaad uit dat de door [verzoeker] genomen maanden niet representatief zijn over die totale periode. De gemeente heeft toegelicht dat dat inherent is aan het werken in een zwembad, dat het werk weersafhankelijk is. De Gemeente stelt dat het loon voor loonheffing, uitgaande van 25 uur per week en rekening houdende met waarnemingstoelage en ORT, € 1.718,72 bruto bedraagt. [verzoeker] heeft op zitting nog toegelicht dat ook de verplichte sluiting van de zwembaden door Corona van invloed is geweest.

Gelet op het voorgaande en het beeld dat de loonstroken laten zien, is de kantonrechter van oordeel dat een periode van drie maanden voorafgaand aan het verzoekschrift niet representa-

tief is. Duidelijk is wel dat [verzoeker] structureel meer uren werkte dan de 25 contractuele uren. Het gemiddelde over alle maanden van 2021 geeft naar het oordeel van de kantonrechter een representatief beeld. Op de overgelegde loonstroken betreft dit bedragen inclusief het door [verzoeker] gekozen bedrag aan uit te betalen IKB en overige toeslagen, dat (ook) maandelijks wisselt. Om verwarring over hetgeen daaraan resteert te voorkomen, kan geen concreet bedrag worden toegewezen maar zal worden toegewezen het gemiddelde bruto bedrag aan salaris (excl. IKB) uitgaande van de eerste tien maanden van 2021. Daarnaast heeft [verzoeker] uiteraard recht op uitbetaling van eventueel resterend IKB.

De gevorderde wettelijke verhoging van artikel 7:625 BW en de wettelijke rente zullen ook worden toegewezen, omdat met deze beslissing de Gemeente te laat heeft betaald.

5.11. Voor wedertewerkstelling is op dit moment geen aanleiding, gelet op de beslissing op het voorwaardelijke ontbindingsverzoek.

5.12. [verzoeker] maakt aanspraak op de vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten. Hierop is het Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten van toepassing. [verzoeker] heeft voldoende gesteld en onderbouwd dat buitengerechtelijke incassowerkzaamheden zijn verricht. Conform het Besluit zal een bedrag van € 693,99 worden toegewezen, te weten het tarief conform het in lijn met de stellingen van de Gemeente in te schatten bedrag aan salaris tot de dag van deze beschikking.

5.13. Nu in deze beschikking al een beslissing wordt gegeven over het verzoek van [verzoeker], is er geen reden meer om met toepassing van artikel 223 Rv een voorlopige voorziening te treffen. Een voorlopige voorziening op grond van dat artikel kan immers alleen worden getroffen voor de duur van het geding.

5.14. De proceskosten komen voor rekening van de Gemeente, omdat zij ongelijk krijgt.

In de zaak van het tegenverzoek

5.15. De voorwaarde voor het instellen van het ontbindingsverzoek is in vervulling gegaan, zodat dat verzoek zal worden beoordeeld.

5.16. Het gaat in deze zaak om de vraag of de arbeidsovereenkomst tussen partijen (voorwaardelijk) moet worden ontbonden op grond van art. 7:686 BW of artikel 7:671b lid 1 BW. In geval van ontbinding moet ook worden beoordeeld of aan de werknemer een billijke vergoeding dient te worden toegekend.

5.17. De kantonrechter stelt voorop dat uit artikel 7:669 lid 1 BW volgt dat de arbeidsovereenkomst alleen kan worden ontbonden indien daar een redelijke grond voor is en herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn niet mogelijk is of niet in de rede ligt. In artikel 7:669 lid 3 BW is nader omschreven wat onder een redelijke grond moet worden verstaan. Bij regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015 (Stcrt. 2015/12685) zijn daarvoor nadere regels gesteld (Ontslagregeling). In artikel 7:686 BW is bepaald dat voornoemde bepalingen een ontbinding wegens een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst niet uitsluiten.

Art. 7:686 BW: tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst

5.18. De Gemeente verzoekt primair ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van een tekortkoming in de nakoming als bedoeld in artikel 7:686 BW.

5.19. Het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens een tekortkoming in de nakoming is slechts toewijsbaar als sprake is van ernstige wanprestatie, in die zin dat de tekortkomingen zodanig ernstig zijn dat deze op één lijn gesteld kunnen worden met een dringende reden als bedoeld in artikel 7:678 BW. In het kader van die toetsing moeten alle omstandigheden in aanmerking worden genomen.

5.20. De Gemeente stelt dat voor [verzoeker], naast de gebruikelijke werknemersverplichtingen, aanvullende verplichtingen als ambtenaar gelden. Hij heeft de op hem rustende verplichtingen verbonden aan het ambtenaarschap op verschillende manieren op ernstige wijze geschonden door hetgeen hij gedaan heeft op 9 oktober 2021, aldus de Gemeente.

5.21. De kantonrechter acht de tekortkomingen van [verzoeker] in de nakoming van de arbeidsovereenkomst niet dusdanig ernstig dat deze een ontbinding rechtvaardigen. Daarbij wordt ook in acht genomen dat hiervoor is geoordeeld dat de gedragingen niet voldoende zijn voor een ontslag op staande voet. Verder is [verzoeker] nooit officieel gewaarschuwd, hetgeen ook niet nodig zou moeten zijn met betrekking tot het voorliggende onderwerp, maar in dit geval specifiek betrekking zou moeten hebben op de omgang tussen collega's of binnen het team en de rol van [verzoeker] daarin. Tenslotte wordt ook rekening gehouden met de grote gevolgen van een ontbinding voor [verzoeker]. Het verzoek tot ontbinding kan voor zover het op artikel 7:686 BW is gebaseerd dan ook niet worden toegewezen.

e-grond: verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer

5.22. De Gemeente heeft haar verzoek subsidiair gegrond op artikel 7:669 lid 3 sub e BW, te weten (ernstig) verwijtbaar handelen of nalaten van [verzoeker], zodanig dat van haar in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

5.23. Zoals onder de beoordeling van het verzoek is overwogen, is er sprake van verwijtbaar handelen van [verzoeker]. Zijn gedrag is ongepast geweest, mede gelet op de zorgvuldige werkhouding die van hem werd verlengd conform de gedragsregels van de Gemeente.

5.24. De vraag die tot slot dan onder deze grond in deze zaak moet worden beantwoord, is of de verwijtbare gedragingen zodanig zijn dat van de Gemeente niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Van doorslaggevend belang daarin wordt geacht of de collega's van [verzoeker] nog (op verantwoorde wijze) met hem kunnen samenwerken. De Gemeente moet als werkgever immers een veilige werkomgeving voor al haar medewerkers creëren en heeft zich ook vooral daarop beroepen als toelichting voor de wijze waarop zij heeft gehandeld. Als de Gemeente als werkgever is gebleken dat voor de directe collega's van [verzoeker] een correcte samenwerking niet meer mogelijk was, kunnen er omstandigheden aan de orde zijn dat van haar niet kan worden verlangd dat de arbeidsovereenkomst wordt voortgezet. Ook al heeft de Gemeente terecht opgemerkt dat het haar beslissing en niet de verantwoordelijkheid van collega's van [verzoeker] is, welke consequenties zijn gedrag heeft voor zijn arbeidsrechtelijke positie, dient de Gemeente indien zij stelt te handelen in het belang van alle collega's, dit wel te onderbouwen.

[verzoeker] heeft aangegeven dat hij (nog altijd) een uitstekend contact heeft met zijn directe collega's, en dat hij door hen gewaardeerd wordt, zowel voor zijn professionaliteit als zijn sociale betrokkenheid. De collega's [H] en [G] hebben

geen problemen met hem, en ook [A] zou er geen bezwaar tegen hebben als hij weer aan het werk zou gaan, zij heeft meermaals verklaard dat zij niet wil dat hij ontslagen wordt, aldus [verzoeker]. Hij heeft ter onderbouwing daarvan opnames van de telefoongesprekken ingediend en telefoonberichten overgelegd.

De Gemeente stelt daarentegen dat zowel [A] als [F] aangegeven hebben dat zij op hun hoede zijn bij [verzoeker]. De kantonrechter leest dat in het gespreksverslag van [F] staat opgenomen dat zij wel met hem kan werken. In het gespreksverslag van [A], dat is opgemaakt naar aanleiding van het gesprek op 16 oktober 2021, is daarover niets opgenomen. In het gespreksverslag dat is opgemaakt naar aanleiding van het gesprek met [A] op 20 oktober 2021, is opgenomen dat zij niet meer met [verzoeker] wil werken, omdat ze zich niet veilig zou voelen, concreet, dat ze niet het risico wil lopen dat er iets zou gebeuren tijdens een sluitingsdienst. Dit laatste moet uiteraard niet het geval zijn voor collega's. Dit gespreksverslag is echter niet door [A] zelf opgesteld, maar door de Gemeente. In de e-mail die [A] op de avond van het feest aan [C] schreef, schreef zij nog dat ze geen problemen had om met [verzoeker] te werken binnen een gelijkwaardige functie, maar dat ze niet met hem wilde werken als hij ploegleider was. Niet in een hiërarchische relatie met iemand samen willen werken, betekent kennelijk niet automatisch dat ze zich niet veilig voelt in de samenwerking als geheel. Later schrijft [A] aan [verzoeker] dat zij na zijn excuses geen problemen meer zag.

De stelling van de Gemeente dat [verzoeker] met zijn handelen heeft veroorzaakt dat zijn collega's geen veilige werkomgeving ervaren, blijkt gelet op het voorgaande onvoldoende uit de stukken. Ook de opnames van de telefoongesprekken en de telefoonberichten geven (juist) geen aanleiding om daarvan uit te gaan. De kantonrechter ziet dan ook aanleiding om de Gemeente in de gelegenheid te stellen haar stelling op dit punt te bewijzen.

5.25. Benadrukt wordt in het kader van de bewijsopdracht aan de Gemeente dat zij haar stelling dat het van haar als werkgever niet geveerd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, specifiek vanwege de onveilige werksituatie voor de collega's van [verzoeker], dient te bewijzen. Dit betekent dat de verantwoordelijkheid van de werkgever voor het gehele team van belang is en dat aan meer dan een collega dient te worden gedacht.

5.26. Daarnaast wordt reeds nu overwogen dat gelet op de omstandigheden van het geval, zoals die ook onder de beoordeling van het verzoek zijn benoemd, van ernstig verwijtbaar handelen in dit geval geen sprake is.

5.27. Elke verdere beslissing wordt aangehouden.

6. De beslissing

De kantonrechter:

in de zaak van het verzoek

vernietigt het ontslag op staande voet;

veroordeelt de Gemeente tot betaling aan [verzoeker] van het salaris, te berekenen door een gemiddelde te nemen van het salaris over de eerste tien maanden van 2021 conform 5.10, per maand vanaf 21 oktober 2021 tot het moment waarop de arbeidsovereenkomst tussen partijen rechtsgeldig is geëindigd, te vermeerderen met de wettelijke verhoging over de achterstallige bedragen en te vermeerderen met de wettelijke rente over de afzonderlijke termijnen vanaf de respectieve vervaldata tot aan de dag van de gehele betaling; veroordeelt de Gemeente tot betaling aan [verzoeker] van de buitengerechtigde incassokosten ad € 693,99;

veroordeelt de Gemeente tot betaling van de proceskosten, die de kantonrechter aan de kant van [verzoeker] tot en met vandaag vaststelt op € 987,00, te weten:

griffierecht € 240,00

salaris gemachtigde € 747,00;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;

in de zaak van het tegenverzoek

laat de Gemeente toe, draagt haar voor zover nodig ambtshalve op, om door alle middelen rechtens en speciaal door middel van getuigen te bewijzen, dat het van haar niet geveerd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, nu [verzoeker] met zijn handelen heeft veroorzaakt dat zijn collega's geen veilige werkomgeving ervaren;

verwijst de zaak naar de zitting van *donderdag 24 februari 2022* opdat de Gemeente dan bij akte schriftelijk aangeeft of en zo ja op welke wijze zij het verlangde bewijs wenst te leveren;

bepaalt, voor het geval dat de Gemeente dat bewijs schriftelijk wil leveren, dat de Gemeente uiterlijk op genoemde zitting daartoe stukken kan indienen door middel van toezending of afgifte aan de griffie;

bepaalt, voor het geval de Gemeente dat bewijs wil leveren door het doen horen van getuigen, dat de Gemeente uiterlijk op genoemde zitting het aantal en de personalia van de getuigen zal opgeven alsmede de verhinderdata van de getuigen en de wederpartij in de komende drie maanden;

houdt iedere verdere beslissing aan.

NOOT

Schets van casus

1. Deze beschikking van de kantonrechter Eindhoven verdient om meerdere redenen bespreking. Alvorens deze redenen te bespreken, vat ik eerst de feiten die aan het oordeel ten grondslag liggen kort samen. Een facilitair medewerker, voor een deel ook werkzaam als vervangend ploegleider, is door de gemeente Eindhoven op staande voet ontslagen vanwege (seksueel) grensoverschrijdend gedrag tijdens een personeelsfeest. Gedurende dat feest zijn er meerdere incidenten geweest. De medewerker heeft tijdens een gesprek met een vrouwelijke collega een opmerking gemaakt over verkrachten – waarbij de collega's van mening verschillen over wat er precies is gezegd – waarna de medewerker diezelfde collega later op de avond een kneep in de billen heeft gegeven. De kantonrechter vernietigt het ontslag op staande voet en oordeelt op het ontbindingsverzoek van de gemeente ex art. 7:686 BW dat geen sprake is van ernstige wanprestatie die ontbinding rechtvaardigt. Het aangevoerde subsidiaire verzoek tot ontbinding op de e-grond leidt tot een bewijsopdracht. De medewerker heeft verwijtbaar gehandeld, maar volgens de kantonrechter is het de vraag of deze verwijtbare gedragingen zodanig zijn dat van de gemeente niet gevraagd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Van doorslaggevend belang wordt daarin geacht of de collega's van de medewerker nog (op verantwoorde wijze) met de medewerker kunnen samenwerken. De gemeente dient te bewijzen dat de medewerker met zijn handelen heeft veroorzaakt dat zijn collega's geen veilige werkomgeving meer ervaren.

Kwalificatie seksuele intimidatie

2. Het eerste wat aan de uitspraak opvalt, is dat de kantonrechter overweegt dat het in de bil knippen in het algemeen

jegens een collega ongepast is en bovendien sociaal onhandig, maar dat van enige seksuele lading van dit handelen niet is gebleken. De kantonrechter zegt hiermee feitelijk dat geen sprake is van seksuele intimidatie. Dit is naar mijn oordeel niet juist. Seksuele intimidatie wordt in de wet als volgt gedefinieerd: '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 of kwetsende omgeving wordt gecreëerd'.¹ In de parlementaire geschiedenis wordt door de regering een aantal verschijningsvormen opgesomd, in welke opsomming ook 'onnodig aanraken' is opgenomen.² Bovendien heeft de Centrale Raad van Beroep seksuele intimidatie eerder omschreven 'als gedrag dat een normaal weldenkend mens heeft kunnen belevan als van seksuele aard'.³ De wettelijke definitie, het in de parlementaire geschiedenis genoemde voorbeeld en de omschrijving van de Centrale Raad van Beroep lijken er juist op te wijzen dat het ongewenst in de billen knijpen van een collega zonder meer moet worden aangemerkt als seksuele intimidatie.

3. Het lijkt erop dat de Eindhovense kantonrechter zich hier heeft laten leiden door het oordeel van de Hoge Raad in het *Leprastichting*-arrest uit 2009.⁴ Ook in die zaak was er tijdens een personeelsfeest – de jaarlijkse kerstborrel – sprake van het knijpen in billen (waarbij ook het woord 'darkroom' werd gebezigd), waarover de Hoge Raad oordeelde dat een gedraging niet zonder meer als seksuele intimidatie moet worden aangemerkt indien degene jegens wie die gedraging is gericht zich seksueel geïntimideerd voelt. Bij de beoordeling van de ernst van de verweten gedraging dient rekening te worden gehouden met de omstandigheid dat een gedraging voor de pleger geen seksuele lading had, aldus de Hoge Raad. Deze opvatting lijkt achterhaald, zeker ten opzichte van gedragingen zoals knijpen in de billen.

4. In 2009 schreef Holtmaat naar aanleiding van het *Leprastichting*-arrest dat de rechter zich – indachtig de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever om de beoordeling van wat geldt als seksueel intimiderend gedrag zoveel mogelijk te objectiveren – zal moeten afvragen wat in Nederland *naar objectieve maatstaven* heeft te gelden als gedrag met een seksuele connotatie dan wel als seksuele intimidatie. Daarbij zijn ook de omstandigheden van het geval – door Holtmaat aangeduid als de 'concrete context' – relevant.⁵ Hierbij passen drie bijzondere aandachtspunten.

(i) Dat in een concreet geval moet worden vastgesteld of een opmerking, gebaar of handeling als seksuele intimidatie moet worden aangemerkt, betekent niet dat de gevolgen voor het slachtoffer minder relevant zouden zijn. Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat als gevolg van de #MeToo-beweging, maar met name vanwege de recente onthullingen over onder andere de gedragingen bij het televisieprogramma *The Voice* en de voormalig directeur

voetbalzaken bij Ajax, in Nederland juist meer aandacht is voor de schadelijke gevolgen van seksuele intimidatie.⁶

(ii) Die aandacht voor de schadelijke gevolgen benadrukt ook waarom – zoals ook door Holtmaat is opgemerkt – de subjectieve bedoeling van de pleger niet, althans veel minder relevant zou moeten zijn (in elk geval niet voor de beantwoording van de vraag of gedrag in een concreet geval als seksuele intimidatie kan worden aangemerkt).

(iii) Die toegenomen aandacht voor de gevolgen betekent niet dat een slachtoffer in een concreet geval zijn of haar subjectieve beleving als seksuele intimidatie ook daadwerkelijk dient aan te tonen. De wetgever heeft om die reden niet het woord 'ongewenst' opgenomen in de definitie van seksuele intimidatie, maar gekozen voor 'tot doel of gevolg'. Holtmaat verwijst met betrekking tot (ii) en (iii) naar de parlementaire geschiedenis.⁷

Afhankelijkheidsrelatie

5. Het oordeel van de Eindhovense kantonrechter is ook om een andere reden opvallend. Dit betreft de vraag in hoeverre een eventuele afhankelijkheidsrelatie tussen pleger en slachtoffer in de beoordeling al dan niet een belangrijke rol speelt. 6. In een arrest van de Hoge Raad uit 2020, waarin de gedragingen van een docent bewegingsleer aan een toneelacademie centraal stonden, was hierin een voorzichtige kentering waar te nemen.⁸ In navolging van A-G Wesseling-van Gent leek het er namelijk op dat de Hoge Raad seksueel grensoverschrijdend gedrag, in ieder geval in een afhankelijkheidsrelatie, strenger beoordeelt. De A-G ging zelfs zo ver dat zij concludeerde dat naar de huidige maatschappelijke maatstaven als uitgangspunt zou moeten gelden dat als seksueel grensoverschrijdend gedrag in een afhankelijkheidsrelatie (dus van leidinggevende jegens ondergeschikte of docent jegens leerling of student) vaststaat, er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen.

7. Ook in de onderhavige zaak bij de kantonrechter Eindhoven verhouden de medewerker in zijn rol als vervangend ploegleider en zijn vrouwelijke collega zich als leidinggevende en ondergeschikte tot elkaar. De collega had in een e-mail zelfs expliciet opgemerkt niet meer met de medewerker te willen werken als hij ploegleider was. De Eindhovense kantonrechter lijkt aan die omstandigheden echter geen bijzondere aandacht te schenken.

8. Wat door de kantonrechter Eindhoven wel van doorslaggevend belang wordt geacht, is de vraag of collega's nog (op verantwoorde wijze) met de medewerker kunnen samenwerken, dus niet uitsluitend de vrouwelijke collega van de knijp in de bil, maar uitdrukkelijk ook andere collega's. Deze vraag komt voort uit het betoog van de gemeente dat collega's niet langer een veilige werkomgeving ervaren waarvoor de gemeente, als gezegd, de bewijsopdracht krijgt. Het begrip 'veilige werkomgeving' doet onmiddellijk denken aan de *Optiver*-beschikking van de kantonrechter Amsterdam uit maart

1 Art. 1a lid 3 Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en art. 7:646 lid 8 BW.

2 *Kamerstukken II* 2005/06, 30552, nr. 3 (memorie van antwoord), p. 25.

3 CRvB 15 mei 2003, ECLI:NL:CRVB:2003:AF9717, TAR 2003/153.

4 HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI4209, «JAR» 2009/202.

5 H.M.T. Holtmaat, 'Voelen of bedoelen: wat bepaalt of iets seksueel intimiderend is?', *TRA* 2009/79.

6 Dit heeft onder meer geleid tot de benoeming van Mariëtte Hamer tot regeringscommissaris seksueel grensoverschrijdend gedrag en seksueel geweld in februari 2022; zie <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2022/02/08/kabinet-versterkt-aanpak-seksueel-grensoverschrijdend-gedrag-en-seksueel-geweld-met-regeringscommissaris>.

7 *Handelingen II* 2005/06, 30237, nr. 6, p. 8.

8 HR 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1307, «JAR» 2020/218.

2021.⁹ In die zaak stond buiten kijf dat geen sprake was van een veilige – vrouwvriendelijke – werkomgeving, waarvoor Optiver verantwoordelijk werd gehouden. Deze context ontbreekt in de Eindhovense zaak; het gaat om het ‘niet ervaren’ van een veilige werkomgeving.

Belastende bewijsopdracht

9. De gemeente krijgt de keuze tussen het leveren van schriftelijk bewijs of het doen horen van getuigen. Het is in mijn ogen behoorlijk belastend – zowel individueel als voor een organisatie als zodanig – om collega’s te laten verklaren of zij een toekomstige samenwerking met de medewerker al dan niet zien zitten. De gemeente kan hier bovendien sturend in optreden door – ervan uitgaande dat nog steeds de wens bestaat om van de medewerker afscheid te nemen – die collega’s die niet positief tegenover samenwerking met de betreffende medewerker staan te laten verklaren. De medewerker zal daarentegen ook tegenbewijs mogen leveren door het horen van andere, met hem op goede voet staande collega’s. Het houden van een enquête en contra-enquête is eerder voorgekomen in seksuele intimidatiezaken.¹⁰

mr. S.A.M. van Steekelenburg
Windt Le Grand Leeuwenburgh Advocaten

Personen- en familierecht

82

DNA-onderzoek: belang kind bij afstammingsinformatie prevaleert

Hoge Raad
11 maart 2022, nr. 20/02857, ECLI:NL:HR:2022:349
(mr. De Groot, mr. Sieburgh, mr. Wattendorff, mr. Lock, mr. Salomons)
(Concl. A-G Vlas; niet opgenomen)
Noot mr. E.A.C. van Dijk

Recht op bescherming privéleven. Afstamming. DNA-onderzoek.

[EVRM art. 8]

Essentie: De Hoge Raad bepaalt dat het belang van het kind dient te prevaleren bij de vraag of de vermoedelijke ouder bevolen kan worden mee te werken aan een DNA-onderzoek.

Samenvatting: Een in 1968 geboren persoon vordert dat zijn vermoedelijke biologische vader bevolen wordt om mee te werken aan een DNA-test. In de verhouding tussen een kind en een persoon van wie aannemelijk is dat hij de biologische vader van het kind kan zijn, heeft te gelden dat het recht van het kind op het verkrijgen van informatie over de eigen biologische afstamming voorgaat, ook indien deze informatie moet

worden verkregen door een bij de vermoedelijke biologische vader af te nemen DNA-test. Het hof is op ontoereikende gronden van dit uitgangspunt afgeweken.

[eiser], wonende te [woonplaats],
eiser tot cassatie,
hierna: [eiser],
advocaat: H.J.W. Alt,
tegen
[verweerder], wonende te [woonplaats],
verweerder in cassatie,
hierna: [verweerder],
advocaat: K. Teuben.

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- het vonnis in de zaak C/13/635651 / HA ZA 17-971 van de rechtbank Amsterdam van 15 augustus 2018;
- het arrest in de zaak 200.246.902/01 van het gerechtshof Amsterdam van 16 juni 2020.

[eiser] heeft tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld.

[verweerder] heeft een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal P. Vlas strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot afdoening van de zaak door de Hoge Raad zoals in de conclusie onder nr. 3.26 is voorgesteld. De advocaat van [verweerder] heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- [eiser] is geboren in [geboortedatum] 1968.
- [verweerder] heeft in 1967 gedurende enige tijd een relatie gehad met de moeder van [eiser] (hierna: de moeder).
- De moeder is in maart 1969 gehuwd met een man (hierna: de wettige vader) die niet de biologische vader is van [eiser].
- [eiser] heeft [verweerder] meermalen verzocht DNA te laten afnemen om te onderzoeken of [verweerder] zijn biologische vader is. [verweerder] heeft hieraan geen medewerking verleend.

2.2. [eiser] vordert in dit geding dat [verweerder] wordt veroordeeld mee te werken aan het laten afnemen van DNA. Daaraan heeft [eiser] ten grondslag gelegd dat [verweerder] onrechtmatig jegens hem handelt door niet mee te werken aan DNA-onderzoek en dat het grondrecht van [eiser] om zijn familie te leren kennen zwaarder weegt dan het belang van [verweerder] om niet mee te werken. De rechtbank heeft de vordering toegewezen.

2.3. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vordering alsnog afgewezen. Daartoe heeft het hof, samengevat, het volgende overwogen.

Voldoende aannemelijk is dat [verweerder] de verwekker van [eiser] kan zijn. (rov. 3.6)

Het aan grondrechten als het recht op respect voor het privéleven ten grondslag liggende algemene persoonsrecht omvat mede het recht om te weten van welke ouders men afstamt. Dit recht is echter niet absoluut. Het moet wijken voor de rechten en vrijheden van anderen, zoals het eveneens fundamentele, in het recht op respect voor zijn privéleven besloten liggende recht van de potentiële vader om de afstamming

⁹ Rb. Amsterdam 24 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1776, «JAR» 2021/128.

¹⁰ HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2806, RAR 2015/1.