

Obstakels bij klachten over grensoverschrijdend gedrag

ArbeidsRecht 2022/48

Valt er over het onderwerp grensoverschrijdend gedrag nog wel wat te schrijven? Sinds #MeToo en de follow-up in Nederland vanaf de situatie bij The Voice of Holland is er niet alleen in de media veel aandacht geweest voor dit onderwerp, maar ook in de arbeidsrechtliteratuur.² Omdat werkgevers vaak blijken te worstelen met meldingen over grensoverschrijdend gedrag, blijft er aanleiding om dit onderwerp in de schijnwerpers te (blijven) zetten.

Op beschuldigingen van grensoverschrijdend gedrag wordt in mijn ogen door werkgevers nogal eens primair gereageerd, gefocust op de klager waarbij de beklagde in de kou komt te staan. Een onzorgvuldig proces kan voor alle partijen tot ongewenste resultaten leiden, met voor de werkgever het risico van een veroordeling tot betaling van een billijke vergoeding op grond van ernstige verwijtbaarheid.³ Door vanaf het moment van de melding zorgvuldig de juiste stappen te bewandelen, kunnen fouten worden voorkomen.

1. Beschuldiging grensoverschrijdend gedrag

Wat is grensoverschrijdend gedrag en om wiens grenzen gaat het hier eigenlijk: die van de klager of van de werkgever? Een antwoord op deze vraag is niet gemakkelijk te geven.

In de wetgeving wordt – voor zover ik heb kunnen nagaan – het begrip grensoverschrijdend gedrag niet als zodanig gehanteerd.⁴ In plaats van grensoverschrijdend gedrag worden soms andere begrippen, zoals ontoelaatbaar of ongewenst

gedrag of ongewenste omgangsvormen, gehanteerd.⁵ De Inspectie SZW verstaat onder ongewenst gedrag in ieder geval pesten, (seksuele) intimidatie en discriminatie.⁶ Ongewenst of grensoverschrijdend gedrag beperkt zich dus niet tot het gedrag dat onderwerp is van de #MeToo-discussie. Wanneer er sprake is van ongewenste omgangsvormen, is daarmee nog niet duidelijk. Wat voor de één ongewenst is, is voor de ander onbelangrijk of een grapje. Maar gaat het dan om een subjectieve beoordeling van het gedrag of moet de ontoelaatbaarheid worden geobjectiveerd?⁷ Van Ladesteijn noemt ongewenst gedrag op de werkvloer in zijn bijdrage in dit tijdschrift,⁸ een containerbegrip en definieert het als: 'gedrag dat afwijkt van hoe het hoort'. Bij de vraag hoe het hoort, speelt de kenbaarheid een belangrijke rol. Hierop ga ik in paragraaf 3.1 van deze bijdrage in.

Een werknemer die wordt geconfronteerd met voor hem of haar⁹ ongewenst gedrag op het werk, heeft een paar mogelijkheden. Hij kan zijn pijlen richten op de dader/veroorzaker. Dat kan door met diegene in gesprek te gaan, in gesprek te gaan met de leidinggevende of – in zwaardere gevallen – door strafrechtelijke aangifte te doen.

De werknemer kan natuurlijk ook een klacht indienen bij zijn werkgever. Hoewel een verplichting voor een werkgever om een klachtprocedure vast te stellen niet expliciet in de wet is voorgeschreven, kan die (indirect) worden afgeleid uit de voor de werkgever geldende arboverplichtingen. De werkgever moet immers zorg dragen voor een veilige werkomgeving en werknemers beschermen tegen werkstress en ongewenst gedrag op de werkvloer.¹⁰ Daartoe moet beleid worden vastgesteld, waarin een gedragscode met richtlijnen over ongewenste omgangsvormen, het aanstellen van een vertrouwenspersoon en het vaststellen van een klachtregeling, gebruikelijk is.¹¹ In een klachtregeling wordt onder meer beschreven op welke wijze de klacht moet worden ingediend en moet worden behandeld (intern of extern

1 Mr. M.C.J. (Marion) van den Brekel is advocaat bij Van den Brekel Advocaten in Rotterdam. De auteur dankt mr. S. (Saffira) van Wijk, advocaat bij Van den Brekel Advocaten, voor haar hulp bij deze bijdrage.

2 In het augustusnummer van dit tijdschrift zijn maar liefst twee artikelen verschenen die hieraan te relateren zijn: A.W.A. Varkevisser, 'Seksueel grensoverschrijdend gedrag op de werkvloer: een kentering?', *ArbeidsRecht 2022/33*, afl. 8/9, p. 17-20 en J.J.W. van Ladesteijn, 'Van ongewenst gedrag op de werkvloer naar een gezonde bedrijfscultuur', *ArbeidsRecht 2022/34*, afl. 8/9, p. 21-25. Zie ook L.C. de Groot, *Seksuele intimidatie en de beschuldigde werknemer*, Weert: Celsus 2022; E.H. Damen & R. Schepers, "'Gordijnen dicht en de deur op slot': een jaar #MeToo in het arbeidsrecht", *ArbeidsRecht 2019/2*, afl. 1, p. 8-12.

3 Zo ontving een redacteur van *de Volkskrant* een billijke vergoeding van € 370.000 bruto naast de transitievergoeding: Hof Amsterdam 19 oktober 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3089.

4 Wel zie je het begrip zo nu en dan voorkomen in de arbeidsrechtspraak, met name op het terrein van seksuele intimidatie. Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 14 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:1098 en Rb. Limburg 20 juli 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:5823. Het begrip seksuele intimidatie is in de wet wel, op verschillende plaatsen, gedefinieerd. Zie art. 1a lid 3 AWGB, art. 1a lid 3 WGB en art. 7:646 lid 8 BW.

5 In deze bijdrage gebruik ik de begrippen door elkaar, zonder daarmee een verschil te beogen.

6 Zie de digitale folder: Inspectie SZW, *Ongewenste omgangsvormen*, juli 2016.

7 Bij seksuele intimidatie heeft de wetgever gekozen voor objectivering, maar in de rechtspraak wordt daar nogal eens van afgeweken. Zie het lezenswaardige boek van L.C. de Groot, *Seksuele intimidatie en de beschuldigde werknemer*, Weert: Celsus 2022.

8 J.J.W. van Ladesteijn, 'Van ongewenst gedrag op de werkvloer naar een gezonde bedrijfscultuur', *ArbeidsRecht 2022/34*, afl. 8/9, p. 21-25.

9 Voor het gemak kies ik in deze bijdrage verder overal voor 'hem', 'zijn' en 'hij', zonder daarbij specifiek op enige sekse te willen duiden.

10 Art. 3 lid 2 Arboret luidt: 'De werkgever voert, binnen het algemeen arbeidsomstandighedenbeleid, een beleid gericht op voorkoming en indien dat niet mogelijk is beperking van psychosociale arbeidsbelasting.'

11 Reactie van de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 12 april 2019 op het rapport van M. Sax & M. Engelen, *Omgang met ongewenste omgangsvormen. Toegevoegde waarde van een gedragscode*, 31 december 2018, *Kamerstukken II 2018/19*, 34 843, nr. 35.

onderzoek) en of klagen vertrouwelijk of zelfs anoniem kan gebeuren.

Naast een klacht kan ook een melding van een vermoeden van een (maatschappelijke) misstand een optie zijn. Werkgevers met vijftig of meer werknemers zijn op grond van de Wet Huis voor klokkenluiders verplicht een interne procedure vast te stellen voor het omgaan met deze (klokkenluiders)meldingen.¹² De interne regeling moet minimaal voldoen aan de wettelijke eisen. Als daarbij wordt aangesloten, dan vallen meldingen wegens grensoverschrijdend gedrag in het algemeen niet onder deze noemer omdat het vereiste maatschappelijk belang ontbreekt.¹³ Zodra de werkgever wordt geconfronteerd met een klacht, zal hij die zorgvuldig moeten behandelen in overeenstemming met – voor zover aanwezig – de interne regelingen.

2. Vaststellen feiten: wel of geen onderzoek?

De werkgever die wordt geconfronteerd met een klacht van een medewerker wegens ongewenst gedrag van een andere medewerker, moet een aantal stappen doorlopen. Ik ga hier achtereenvolgens op in.

2.1 Gesprek klager

De werkgever zal allereerst met de klager in gesprek moeten gaan, zodat de klager de klacht kan toelichten en indien nodig concretiseren.

De meest logische eerste stap voor een werkgever, die nogal eens wordt overgeslagen, is om samen met de klager na te gaan of een gesprek met de beklagde, al dan niet onder begeleiding van de leidinggevende of een mediator, tot een oplossing kan leiden. Hierdoor kan een (beginnend) conflict soms in de kiem worden gesmoord. Eventuele misverstanden kunnen uit de weg worden geruimd, de beklagde weet welk gedrag hem wordt verweten en er kunnen afspraken worden gemaakt over de aanpassing van het verweten gedrag. Natuurlijk moet de klager dan wel tot een gesprek met de beklagde bereid zijn, niet iedere situatie leent zich daarvoor. Dit zal mede afhankelijk zijn van de ernst en de aard van de verweten gedragingen. Als de klager kenbaar maakt

open te staan voor een gesprek met de beklagde, al dan niet onder begeleiding (mediation), dan zal vervolgens moeten worden nagegaan of de beklagde hiertoe ook bereid is.

Op basis van het gesprek met de werkgever zal de klager bepalen of de klacht wordt doorgezet.

2.2 Gesprek beklagde

Wat mij opvalt, is dat werkgevers na ontvangst van een klacht vaak direct grijpen naar het middel van een (extern) onderzoek, zonder zelfs met de beklagde te hebben gesproken. Het meest recente voorbeeld hiervan is het door het Presidium van de Tweede Kamer ingestelde externe onderzoek naar aanleiding van de anonieme klachten over grensoverschrijdend gedrag van voormalig Kamervoorzitter Khadija Arib, zonder haar hierover te informeren. De anonieme brieven zouden al in de maanden ervoor zijn ontvangen en niet op zichzelf staan. Nog voor Arib werd geïnformeerd, publiceerde *NRC Handelsblad* over het externe onderzoek naar de klachten over haar gedrag.¹⁴

Het ligt echter voor de hand dat de werkgever allereerst de beschuldigde werknemer informeert over de klacht. In dit gesprek kan de werkgever nagaan of de beklagde de verwijten erkent of betwist.

2.3 Onderzoek?

Als een gesprek tussen partijen om welke reden dan ook geen optie is of niet tot een oplossing leidt, dan wil dat niet automatisch zeggen dat de werkgever een onderzoek moet instellen. Een verplichting tot het instellen van een onderzoek is er niet.¹⁵ Een paar scenario's kunnen zich voordoen.

De klager kan er alsnog van afzien om een formele klacht in te dienen. In beginsel is daarmee de kous af. De werkgever (of de ingeschakelde onderzoeker) kan dan niet straffeloos en zonder de beschuldigde werknemer hierin te betrekken, op zoek gaan naar soortgelijke of andere bejegeningssklachten. Als geen sprake is van duidelijke en concrete signalen, dan kan hij voor de voeten geworpen krijgen dat er sprake

12 Er is een wetsvoorstel (Wet bescherming klokkenluiders) aanhangig om de Richtlijn (EU) 2019/1937 te implementeren. Zie *Kamerstukken II 2021/22*, 35 851.

13 Weliswaar valt onder de wettelijke definitie van een misstand ook het gevaar voor het goed functioneren van de openbare dienst of een onderneming als gevolg van een onbehoorlijke wijze van handelen of nalaten (art. 12 Wet Huis voor Klokkenluiders), maar daarbij is een *maatschappelijk belang* vereist. In interne regelingen wordt echter nogal eens afgeweken van de wettelijke definitie van een misstand, waarbij de voorwaarde van het maatschappelijk belang wordt geschrapt. Ik vind dit een slechte ontwikkeling, omdat melders in geval van individuele arbeidsconflicten dan ook vertrouwelijk kunnen melden en een beroep kunnen doen op de vergaande benadelingsbescherming (art. 7:658c BW). Benadeling kan ontslag, gedwongen overplaatsing of het weigeren of terugdraaien van een promotie, maar ook intern pesten, isolement of intimidatie betreffen. Hiermee ontbreekt een goede balans tussen de positie van de melder en de beklagde. Ik ga hier in deze bijdrage niet op in en leg de focus op de mogelijkheid van het indienen van een klacht. Zie hierover: M.C.J. van den Brekel, 'Huis voor klokkenluiders in zwaar weer: luidt de noodklok (nog) voor de melders of voor de beklagde?', *TAR* 2019/79, afl. 7/8, p. 281-289.

14 Zie voor een overzicht van de gebeurtenissen: L. Aharouay & H. Logtenbert, 'Onder bejubeld Kamervoorzitter Khadija Arib knakte de ene na de andere ambtenaar', *NRC Handelsblad* 3 oktober 2022.

15 Dit wordt heel soms in de rechtspraak op basis van art. 7:611 BW aangenomen. Zie bijvoorbeeld Ktr. Almere 12 oktober 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:4863, r.o. 3.7-3.8. Voor overheidswerkgevers kan dit anders liggen, zo blijkt uit rechtspraak van het EHRM: 'Krachtens artikel 8 (EVRM; toevoeging MvdB) hebben de staten de plicht om de fysieke en psychische integriteit van een individu te beschermen tegen andere personen. Daartoe moeten zij een passend juridisch kader handhaven en in de praktijk toepassen dat bescherming biedt tegen geweldsdaden van particulieren, ook in de context van pesterijen op het werk.' EHRM 30 augustus 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0830JUD004735820 (C./Romania).

is van een 'fishing expedition'.¹⁶ Als de werkgever echter vermoedt, bijvoorbeeld ook op basis van andere concrete signalen, dat sprake is van ongewenste omgangsvormen of grensoverschrijdend gedrag op de werkvloer, dan kán een onderzoek geboden zijn. De werkgever heeft immers een zorgplicht, mede gelet op het goed werkgeverschap, om psychosociale arbeidsbelasting te voorkomen of te beperken en om maatregelen te nemen (een resultaatsverplichting).¹⁷ Wel zal de werkgever daarbij alert moeten zijn op het risico van een hetze tegen de beschuldigde werknemer.

De klager kan er ook voor kiezen de klacht door te zetten. Ook in die situatie is het instellen van een onderzoek niet altijd de geëigende route. De werkgever zal op basis van de klacht en het gesprek met de klager moeten nagaan welk gerechtvaardigd doel met het onderzoek wordt gediend.¹⁸ Bij de beslissing zal de werkgever recht moeten doen aan de belangen van alle betrokken partijen, dus ook die van de beklagde.¹⁹ In het algemeen zal een onderzoek alleen aangewezen zijn als er discussie is over de feiten die aan de klacht ten grondslag liggen. Als de beklagde de verwijten erkent, is een onderzoek niet nodig. Een onderzoek kan ook achterwege blijven als het gaat om een vage klacht, waarin de beschuldigingen onvoldoende zijn geconcretiseerd en gesubstantieerd. Een klager die stelt dat er sprake is van een angstcultuur en die zich onveilig voelt door toedoen van zijn leidinggevende, zal dat moeten concretiseren. Laat hij dat na, dan kan de werkgever de klacht ongegrond verklaren of ervoor kiezen om een (extern) vooronderzoek uit te (laten) voeren, waarin de klager de mogelijkheid krijgt zijn beschuldiging alsnog te concretiseren en substantiëren.²⁰ Op basis daarvan kan de klacht worden afgedaan dan wel alsnog een onderzoek worden ingesteld.

Als wordt overgegaan tot onderzoek, moet de werkgever opnieuw oog hebben voor de belangen van de klager én die van de beklagde.²¹ Bestaat er een redelijke grond om de beklagde hangende het onderzoek op non-actief te

stellen? En wordt het onderzoek intern of extern uitgevoerd?²² Er moeten diverse beslissingen worden genomen waarbij de werkgever de in het maatschappelijk verkeer vereiste zorgvuldigheid moet betrachten.²³ Datzelfde geldt voor de (externe) onderzoeker die de voor het onderzoek geldende algemeen aanvaarde en fundamentele beginselen in acht moet nemen. Dat betekent onder meer het waarborgen van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het onderzoek, het bewaken van alle betrokken belangen en het respecteren van het recht van hoor en wederhoor van de beklagde. De onderzoeker moet zich rekenschap geven van de reikwijdte van de opdracht en zijn bevoegdheden daarin, van de kenbare spelregels, van de mogelijkheden van een transparante verantwoording van zijn werkwijze en bevindingen, de evenwichtigheid van de presentatie van de bevindingen en de mogelijke impact daarvan op de direct bij het onderzoek betrokken personen. Als het onderzoek (mede) is gericht op de integriteit van het handelen van de beklagde, zeker als er rechtspositionele gevolgen aan de uitkomsten van het onderzoek kunnen worden verbonden en/of als er sprake is van publieke belangstelling, dan zal de zorgplicht strenger worden beoordeeld. De werkwijze, de waarborgen en de wijze van rapportage worden vastgelegd in een onderzoeksprotocol.²⁴

Niet genoeg kan worden benadrukt dat de beklagde op diverse momenten het recht van hoor en wederhoor heeft. Een inbreuk hierop is in strijd met het goed werkgeverschap.²⁵ Dat recht geldt allereerst na ontvangst van de klacht, maar ook voorafgaand aan het instellen van het onderzoek. De beklagde mag zijn visie geven op de klachten en op de (onderzoeks)route die wordt gekozen.²⁶ Daarbij zal de beklagde moeten worden betrokken bij de totstandkoming

16 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 19 oktober 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3089. Het door de werkgever zelf benaderen van tien vrouwelijke auteurs noemde het hof een 'fishing expedition'. Rb. Amsterdam 9 maart 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:1089 (*G/Volt*). In deze uitspraak werd Kamerlid Gündogan niet op de hoogte gesteld van een brief van een ontevreden fractiemedewerker. Zij wilde geen klacht instellen, maar toch werd er in het geheim een onderzoeksbureau ingeschakeld om de signalen te onderzoeken. Zie hierover V.L.S. van Cruijningen, 'Wat valt er te leren van de Volt-affaire?', *TAR* 2022/44, afl. 5, p. 193-198.

17 Ktr. Almere 12 oktober 2021, ECLI:NL:RBME:2021:4863; L.C. de Groot, *Seksuele intimidatie en de beschuldigde werknemer*, Weert: Celsus 2022.

18 P.A. Charbon & R.H. Broekhuijsen, 'Zorgvuldig onderzoek', *ArbeidsRecht* 2022/12, afl. 3, p. 9-13.

19 Hof Arnhem-Leeuwarden 9 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4101, r.o. 4.6 en voorts A.W.A. Varkevisser, 'Seksueel grensoverschrijdend gedrag op de werkvloer: een kentering?', *ArbeidsRecht* 2022/33, afl. 8/9, p. 17-20.

20 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 9 maart 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:1089 (*G/Volt*).

21 Zie bijvoorbeeld A.W.A. Varkevisser, 'Seksueel grensoverschrijdend gedrag op de werkvloer: een kentering?', *ArbeidsRecht* 2022/33, afl. 8/9, p. 17-20, waarin wordt verwezen naar Hof Arnhem-Leeuwarden 9 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4101, r.o. 4.6.

22 A.W.A. Varkevisser, 'Seksueel grensoverschrijdend gedrag op de werkvloer: een kentering?', *ArbeidsRecht* 2022/33, afl. 8/9, p. 17-20, waarin wordt verwezen naar Ktr. Rotterdam 7 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4238, r.o. 5.10.

23 Zie onder meer Rb. Amsterdam 9 maart 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:1089 (*G/Volt*); Hof Amsterdam 19 oktober 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3089 (*de Volkskrant*).

24 Zie voor een uitgebreid overzicht: P.A. Charbon & R.H. Broekhuijsen, 'Zorgvuldig onderzoek', *ArbeidsRecht* 2022/12, afl. 3, p. 9-13. Het onderzoeksprotocol bevat onder meer de onderzoeksopzet, de middelen, de gegevensverwerking (AVG), het waarborgen van de verifieerbaarheid, de wijze van protocolleren van de interviews, het borgen van hoor en wederhoor, de wijze van rapportage en de wijze waarop met (de geheimhouding van) het rapport wordt omgegaan. Een belangrijke uitspraak is in dit kader Rb. Den Haag 3 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:759. Zie tevens HR 17 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:744. In deze uitspraak is onder meer geoordeeld dat bij een persoonsgericht onderzoek de eisen van hoor en wederhoor en het deugdelijk rapporteren moeten worden gewaarborgd. Bij de invulling van de zorgplicht van de onderzoeker moeten alle omstandigheden van het geval worden meegewogen.

25 L.C. de Groot, *Seksuele intimidatie en de beschuldigde werknemer*, Weert: Celsus 2022; Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:11149.

26 De werknemer mag zijn visie geven op de keuze van onderzoek, de onderzoeker, de aard van het onderzoek (feitenonderzoek, integriteitsonderzoek, cultuuronderzoek), de onderzoeksopdracht en de werkwijze. Zie anders Hof 's-Hertogenbosch 13 februari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:477. Het hof bepaalde dat dit hoor/wederhoor voorafgaand aan het onderzoek achterwege kon blijven, omdat de werknemer tijdens het onafhankelijk onderzoek uitvoerig werd gehoord. Zie ook L.C. de Groot, *Seksuele intimidatie en de beschuldigde werknemer*, Weert: Celsus 2022.

van de onderzoeksoopdracht waarin de werkwijze (onderzoeksprotocol, plan van aanpak) van het onderzoek is opgenomen.²⁷ En verder krijgt de beklagde de gelegenheid om de bevindingen van de onderzoeker over die onderzoeksvragen te weerspreken, corrigeren of ontkrachten (wederhoor) op een wijze die de onderzoeker kan betrekken bij de opbrengsten van het onderzoek en de rapportage daarover. De beklagde moet daarvoor kennis kunnen nemen van alle gegevens (verklaringen, documenten, andere gegevens) die aan die bevindingen ten grondslag liggen. De onderzoeker moet hiertoe uit de gegevens en de informatie die hij vergaart de voor wederhoor van de beklagde relevante delen selecteren en die laten inzien.²⁸ Deze verplichting wordt in de praktijk regelmatig veronachtzaamd.

Als de werkgever de bevindingen en conclusies van de onderzoeker overneemt, kan hij de verantwoordelijkheid voor eventueel ondeugdelijk onderzoek en rapportage niet in de schoenen van het onderzoeksbureau schuiven. Dit kan de werkgever duur komen te staan.²⁹

3. Feiten en vervolg

Als de werkgever de feiten – al dan niet op basis van (extern) onderzoek – heeft vastgesteld, dan zal hij de beklagde hiermee in het kader van hoor en wederhoor moeten confronteren. Met inachtneming van deze reactie zal de werkgever tot een beslissing moeten komen: zijn de beschuldigingen wel of niet terecht en wat betekent dit voor de beklagde?

Als de beschuldigingen onterecht worden geacht, dan lijkt het voor de hand te liggen dat de werknemer zijn functie kan voortzetten of hervatten. Soms ligt dat echter complex: de klacht en het onderzoek kunnen hebben geleid tot interne commotie of verdeeldheid waardoor de positie van de beklagde onhoudbaar is geworden. En als de beschuldigingen wel terecht blijken te zijn, dan is de vraag hoe het gedrag van de werknemer moet worden gekwalificeerd. Kan in deze situaties sprake zijn van beëindiging van het dienstverband?

Beëindiging van het dienstverband kan in klachtsituaties op verschillende manieren worden geëffectueerd. De meest verstrekkende route is uiteraard ontslag op staande voet,

waarbij moet zijn voldaan aan de eisen van een dringende reden en onverwijldheid. Een andere, vaak minder ingrijpende route is de ontbinding door de kantonrechter. Ik ga in deze bijdrage alleen in op de ontbindingsroute. Gelet op de verwijtbaarheid, wordt grensoverschrijdend of ongewenst gedrag vaak gekoppeld aan de e-grond. Subsidiair wordt soms gekozen voor de g-grond (verstoorde arbeidsverhouding). In een enkel geval wordt ook de d-grond (dysfunctioneren) als subsidiaire ontslaggrond aangevoerd. De door werkgevers gekozen ontslaggrond, hoe begrijpelijk die soms ook is, past echter niet altijd bij de feiten en het juridisch kader, waardoor de ontbindingsverzoeken worden afgewezen. Ik zal hierna achtereenvolgens ingaan op de ontbindingsgronden e, d en g.

3.1 (Ernstig) verwijtbaar handelen (e-grond)?

De werkgever moet bij een ontbindingsverzoek op de e-grond aannemelijk maken dat de werknemer zich aan het verweten grensoverschrijdend of ongewenst gedrag schuldig heeft gemaakt. Het gedrag moet zodanig verwijtbaar zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.³⁰ Dit roept de vragen op welk gedrag verwijtbaar is en hoe verwijtbaar dit gedrag dan moet zijn. Omdat het moet gaan om toerekenbare verwijtbaarheid, dus schuld aan het handelen of nalaten, zal de ontoelaatbaarheid van het gedrag bij de werknemer kenbaar moeten zijn. Grensoverschrijdend gedrag kan dus alleen verwijtbaar zijn als de werknemer voor aanvang van dit gedrag bekend was met de grenzen.³¹ Volgens Wies en Schneider zijn hier drie categorieën kenbaarheid te onderscheiden: 1) het gedrag is evident niet toegestaan, 2) er is beleid dat kenbaar maakt dat bepaald gedrag niet is toegestaan of 3) een werknemer is voor hetzelfde gedrag al gewaarschuwd.³²

Bij evident ontoelaatbaar (grensoverschrijdend) gedrag, ervan uitgaande dat het ernstig genoeg is, zal een ontbindingsverzoek op de e-grond naar alle waarschijnlijkheid worden toegewezen. Het gaat om gedrag waarvan ieder weldenkend mens weet dat dit ontoelaatbaar is, zodat bij de werknemer in redelijkheid geen twijfel kan bestaan dat zijn gedrag niet toelaatbaar is.³³ De werkgever hoeft in die gevallen dus niet vooraf kenbaar te hebben gemaakt (door een waarschuwing of door gedragsregels) dat deze gedragingen niet door de beugel konden, zo blijkt uit de IFF-beschikking

27 Dit geldt in het bijzonder als de onderzoeksvraag voor een belangrijk deel is gericht op zijn handelen al dan niet in relatie tot gedrags- en/of integriteitsnormen (in de accountancy een persoonsgericht onderzoek genoemd). Maar ook als het gaat om een in de praktijk nogal eens voorkomend 'hybride' onderzoek, waarbij er zowel een op de persoon gericht onderzoek als een breder cultuuronderzoek wordt uitgevoerd, zullen de belangen van de beklagde zoals in dit juridisch kader worden weergegeven, moeten worden veiliggesteld. Zie Rb. Den Haag 3 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:759.

28 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 24 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7000; Hof Amsterdam 19 oktober 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3089; Rb. Den Haag 3 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:759.

29 E.H. Damen & R. Schepers, "Gordijnen dicht en de deur op slot": een jaar #MeToo in het arbeidsrecht', *ArbeidsRecht* 2019/2, afl. 1, p. 8-12. In deze bijdrage worden meerdere uitspraken genoemd waarin de rechter de werkgever veroordeelt tot het betalen van een billijke vergoeding wegens onzorgvuldig onderzoek.

30 Art. 7:669 lid 3 sub 3 BW; Ktr. Rotterdam 16 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6845, r.o. 6.4.

31 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 45.

32 E. Wies & M.A. Schneider, 'Verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer ("e-grond"): de lijnen in de rechtspraak uitgekristalliseerd?', *ArbeidsRecht* 2018/30, afl. 6/7, p. 19. Zie ook in relatie tot seksuele intimidatie: E.H. Damen & R. Schepers, "Gordijnen dicht en de deur op slot": een jaar #MeToo in het arbeidsrecht', *ArbeidsRecht* 2019/2, afl. 1, p. 8-12 en voorts HR 18 december 2020, ECLI:NL:PHR:2020:1210, r.o. 3.19 (concl. A-G Hartlief).

33 Hof Den Haag 13 februari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:223, r.o. 14: '(Verzoeker) had dit redelijkerwijs moeten begrijpen en zich van dit gedrag moeten onthouden.' Hierbij ging het om het beetpakken dan wel bewust aanraken van de borsten, het leggen van een hand op de billen en/of het van achteren om de middel beetpakken van een gebukt staande vrouwelijke collega.

van de Hoge Raad.³⁴ Dat is doorgaans aan de orde als de gedraging zich kwalificeert als een strafbaar feit, zoals diefstal of bij zeden- en geweldsdelicten. Zo wordt geweld tussen werknemers, zoals het dichtknippen van de keel van een collega, veelal (ernstig) verwijtbaar geacht.³⁵ Ook het (zeer frequent en ernstig) seksueel intimideren van collega's kan als evident ontoelaatbaar worden beschouwd.³⁶ Als een werkgever echter het evident grensoverschrijdende gedrag in het verleden heeft toegestaan of gedoogd, kan dit niet worden beschouwd als kenbaar en zal dit een belemmering vormen voor een geslaagde ontbinding op de e-grond.³⁷

Als in de gedragsregels is bepaald welke specifieke gedragingen bij de organisatie niet zijn toegestaan, dan geldt dit ook als kenbaar voor de werknemer.³⁸ Een al wat oudere, maar bekende uitspraak in dit kader is de medewerker die werd ontslagen (hier: op staande voet) omdat zij in strijd met de gedragsregels een Nivea-esther meenam.³⁹ Wel is van belang dat de gedragsregels voldoende en herhaaldelijk onder de aandacht zijn gebracht en ook consequent worden gehandhaafd en gesanctioneerd.⁴⁰

Bij een werknemer die eerder is gewaarschuwd voor ontoelaatbaar gedrag, wordt in de rechtspraak de kenbaarheid doorgaans aangenomen. Als de werknemer zich opnieuw op dezelfde wijze schuldig maakt aan dit gedrag, dan kan dat leiden tot een ontbinding op de e-grond. De Groot destilleert uit haar jurisprudentieonderzoek naar seksuele intimidatie zelfs een duidelijke hoofdregel dat de werkgever eerst moet waarschuwen voor hij arbeidsrechtelijke maatregelen treft, behoudens evident verwijtbare gevallen.⁴¹ Bij de beoordeling of een waarschuwing kenbaarheid oplevert, moeten de omstandigheden van het geval worden betrokken. Daarbij kunnen het moment van die waarschuwing (hoelang geleden?),⁴² de inhoud van de waarschuwing (volgt hieruit

dat ontslag kan volgen bij soortgelijk of ander verwijtbaar gedrag?),⁴³ de termijn voor de werknemer om zijn gedrag te verbeteren en/of de eisen die aan de werknemer worden gesteld, gangbaar en niet buitensporig zijn.⁴⁴

Bij een ontbindingsverzoek op de e-grond wegens ongewenst gedrag zal de werkgever dus:

- de feiten deugdelijk moeten vaststellen, indien nodig op basis van zorgvuldig onderzoek;
- moeten onderbouwen dat sprake is van (i) een situatie van evident grensoverschrijdend gedrag, of (ii) van kenbaarheid bij de werknemer van ontoelaatbaarheid van zijn gedrag omdat hij daarvoor is gewaarschuwd door een waarschuwing hiervoor of op basis van duidelijke en gehandhaafde gedragsregels;
- moeten onderbouwen dat de drempel wordt gehaald van de ernst van het verwijtbaar handelen zodat ontslag is gerechtvaardigd ('zodanig verwijtbaar').

Daarnaast zal de werkgever in het kader van de redelijkheidstoets de persoonlijke omstandigheden moeten meewegen die van invloed zijn bij de beoordeling van de verwijtbaarheid. Het gaat om alle omstandigheden van het geval, waaronder de leeftijd, de duur van het dienstverband, het al dan niet hebben van een onberispelijke staat van dienst, de sociale positie, het opleidingsniveau, het belang bij het behoud van een baan, de kans op het vinden van een nieuwe baan en overige omstandigheden in de privésfeer.⁴⁵ De Hoge Raad heeft in een situatie van ernstig verwijtbaar handelen geoordeeld dat de persoonlijke omstandigheden van de werknemer slechts van belang zijn voor zover deze van invloed zijn op het handelen of nalaten dat tot ontslag heeft geleid.⁴⁶

3.2 Disfunctioneren

Uit de rechtspraak blijkt dat een ontbindingsverzoek op de e-grond nogal eens wordt afgewezen, omdat de werkgever de werknemer niet deugdelijk heeft gewaarschuwd en de ontoelaatbaarheid van zijn houding en gedrag hem niet kenbaar was. Zonder kenbaarheid geen verwijtbaarheid. De eis van kenbaarheid van de kritiek op het gedrag komt ook terug in het toetsingskader van een ontbinding wegens disfunctioneren.

34 HR 28 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:781. Zie ook L.E. Benner, 'De Hoge Raad over de e-grond: het laatste redmiddel en kenbaarheid vooraf', *Arbeids-Recht* 2022/3, afl. 1, p. 12-16.

35 Ktr. Rotterdam 22 december 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:11990. Zie ook Ktr. Utrecht 10 september 2020, ECLI:NL:RBUMNE:2020:3800. In deze uitspraak overweegt de kantonrechter dat het niet tolereren van ongewenste intimiteiten en 'uitingen van racisme' in de onderneming ook reeds voortvloeit uit het goed werknemerschap (art. 7:611 BW).

36 Ktr. Rotterdam (zittingsplaats Dordrecht) 30 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:2673. Het ging om een eindverantwoordelijke werknemer die leiding gaf aan honderd werknemers en die zich zeer frequent schuldig had gemaakt aan (seksuele) intimidatie.

37 Dit is de heersende leer in de rechtspraak, zoals ook uiteengezet in de conclusie van A-G Hartlief, HR 18 december 2020, ECLI:NL:PHR:2020:1210, r.o. 3.20. 'Kan de werknemer bijvoorbeeld aantonen dat de werkgever dit soort gedrag in het verleden heeft getolereerd, dan kan van kenbaarheid vooraf bij de werknemer moeilijk worden gesproken.'

38 M. Kind & M. Stekelenburg, 'Kroniek e-grond: van onwil tot ontslag, wat mag?', *TvO* 2020, afl. 2, p. 76.

39 Zie bijvoorbeeld Ktr. Rotterdam 27 december 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:10275 en ook Ktr. Amsterdam 21 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2020:3903.

40 HR 18 december 2020, ECLI:NL:PHR:2020:1210, r.o. 3.21.

41 L.C. de Groot, *Seksuele intimidatie en de beschuldigde werknemer*, Weert: Celsus 2022, p. 52 en 69.

42 Als de waarschuwing te lang geleden is gegeven, kan de werkgever zich daar niet meer op beroepen. Ktr. Amsterdam 24 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6673; E. Wies & M.A. Schneider, 'Verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer (e-grond): een analyse van de rechtspraak onder de WWZ', *ArbeidsRecht* 2016/28, afl. 6/7, p. 8-11.

43 De waarschuwing moet bovendien zien op hetzelfde of soortgelijk gedrag en moet voldoende concreet en duidelijk zijn, zodat de werknemer weet welk gedrag hij moet aanpassen. Daarvan was naar het oordeel van de kantonrechter geen sprake bij een medewerker dagbesteding aan kwetsbaren, die via Facebook Messenger in privé-tijd contact onderhield met een cliënte. Hij maakte daarvan melding op het moment waarop de cliënte hem had laten weten verliefd op hem te zijn, waarna de werkgever hem adviseerde afstand te houden. Dat deed hij niet, hetgeen voor de werkgever aanleiding was tot het indienen van een ontbindingsverzoek, primair op de e-grond. De aard van het contact werd niet als verwijtbaar aangemerkt en de werkgever had bij de melding volstrekte duidelijkheid moeten geven over wat wel en niet te doen, juist omdat het gaat om kwetsbare cliënten. Zie: Ktr. Amersfoort 9 februari 2022, ECLI:NL:RBUMNE:2022:563.

44 HR 18 december 2020, ECLI:NL:PHR:2020:1210, r.o. 3.22.

45 E. Wies & M.A. Schneider, 'Verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer ("e-grond"): de lijnen in de rechtspraak uitgekristalliseerd?', *Arbeids-Recht* 2018/30, afl. 6/7, p. 19-24.

46 HR 8 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:203, r.o. 3.4.4 (*Woondroomzorg*).

Bij de ongeschiktheid tot het verrichten van de bedongen arbeid kan het disfunctioneren liggen in de persoon van de werknemer: zijn karakter, houding en gedrag. Het gaat dan niet om de functie-uitoefening zelf, maar om aan de werknemer gekoppelde eigenschappen en gedragskenmerken, zoals communicatieve en/of gedragscompetenties die zijn vereist voor een goede samenwerking.⁴⁷ Voor een voldragen grond is het nodig dat de werknemer die is gewaarschuwd, ook in de gelegenheid is gesteld om zijn functioneren te verbeteren. Dit verbetertraject moet voldoen aan de in de rechtspraak ontwikkelde criteria.⁴⁸ Aan de werknemer moet daarbij hulp en ondersteuning, bijvoorbeeld door middel van een coach of trainer, worden aangeboden.⁴⁹ Als het verbetertraject niet het gewenste effect heeft, is er een voldragen grond die de weg naar een ontbinding op de d-grond opent.

Duidelijk is dat er zowel overeenkomsten als verschillen zijn tussen de d- en de e-grond. Zo speelt kenbaarheid van de ontoelaatbaarheid van het gedrag bij beide gronden een belangrijke rol. Bij de d-grond moet de werknemer altijd zijn gewaarschuwd en de kans hebben gekregen zich te verbeteren. Bij de e-grond kan een eerdere waarschuwing ook geboden zijn (als er geen sprake is van evidente ontoelaatbaarheid of kenbaarheid op basis van duidelijke en gehandhaafde gedragsregels). De werknemer krijgt daarna de kans zich in het vervolg niet meer grensoverschrijdend te gedragen. Het verplichte verbetertraject en de bijbehorende begeleiding is echter nadrukkelijker aan de orde bij de d-grond.

Wanneer kiest de werkgever dan voor de d-grond en wanneer voor de e-grond als sprake is van grensoverschrijdend of ongewenst gedrag? Dat is niet altijd even duidelijk. De Kantonrechter Utrecht⁵⁰ overwoog bij de beoordeling van de e-grond het volgende:

“In het ontslagrecht geldt in het algemeen als uitgangspunt dat, indien een werkgever niet tevreden is over (bepaalde aspecten van) het functioneren van de werknemer, hij dat duidelijk kenbaar moet maken aan de werknemer en hem in de gelegenheid moet stellen zijn gedrag/functioneren aan te passen. Dit uitgangspunt lijdt slechts uitzondering in gevallen waarin het gedrag van de werknemer zodanig is dat van de werkgever voortzetting van het dienstverband in redelijkheid niet kan worden gevergd.”

Het ging in deze zaak om een productiemedewerker die weliswaar was gewaarschuwd, maar niet voor het hem verweeten en erkende gedrag: het aanspreken van een collega met ‘kontenbonker’ en bij een andere collega het steeds ‘koekoek’ roepen als die collega langsliep. De overige verwijten waren

onvoldoende onderbouwd en ook betwist. Omdat niet was gebleken dat de werknemer, nadat hij op zijn gedrag was aangesproken, opnieuw in de fout was gegaan, was van aantoonbaar verwijtbaar handelen geen sprake. Het lijkt erop dat de kantonrechter hier een disfunctioneringstraject met de mogelijkheid van verbetering, meer voor de hand vond liggen. De werkgever had het ontbindingsverzoek echter gebaseerd op de e-, g- en i-grond, maar niet op de d-grond. De ontbinding werd dus afgewezen.

Bij de vraag of het gaat om verwijtbaar gedrag of om disfunctioneren, moet een onderscheid worden gemaakt tussen onkunde of onmacht en onwil of moedwil. Dit onderscheid stamt nog uit de oude *Beleidsregels Ontslagtaak* van het UWV,⁵¹ regels die op grond van de *Decor*-beschikking van de Hoge Raad⁵² nog steeds relevant zijn. In deze beleidsregels wordt als een voorbeeld van disfunctioneren genoemd de werknemer die voldoet aan de gestelde functie-eisen, maar die door karakter of houding niet past in de bedrijfscultuur die bepaalde eisen stelt. Met de nodige begeleiding moet de werknemer in de gelegenheid worden gesteld zich te verbeteren. Dit voorbeeld zie je nogal eens terug in de rechtspraak, waarbij primair wordt gekozen voor de e-grond en subsidiair voor de g-grond.

In lijn met de oude beleidsregels van het UWV scherpt de Kantonrechter Zwolle⁵³ het verschil tussen de e-grond en de d-grond voor wat betreft houding en gedrag van de werknemer, verder aan: bij verwijtbaar handelen is het kort samengevat ‘niet willen’ en bij disfunctioneren is het ‘niet kunnen’. Bij verwijtbaar handelen gaat het om een werknemer die op zichzelf de vaardigheden bezit om het werk te verrichten en die ook aan de redelijke instructies kan voldoen, maar die dat om hem moverende redenen (anders dan wegens ziekte), niet wil. Het is logisch dat bij niet willen geen verbetertraject past. Bij niet kunnen is dat wel het geval en dan geldt dat de werkgever in het ontbindingsverzoek moet onderbouwen dat de werknemer zijn ontoelaatbare houding en gedrag, ondanks het verbetertraject met de nodige begeleiding, niet heeft kunnen veranderen.

Als de werkgever een klacht ontvangt van een werknemer over ongewenste houding of gedrag, zal hij ten behoeve van een ontbinding op de d-grond de volgende stappen moeten nemen:

47 Hof Arnhem-Leeuwarden 29 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:4782.

48 HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:933, r.o. 4.1.4 (*Ecofys*).

49 Ktr. Limburg 24 december 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:9426 en Hof Den Haag 11 mei 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:991.

50 Rb. Midden-Nederland 2 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:4745.

51 J. Meijer e.a., *Ontslagprocedure UWV. Beleidsregels en regelgeving* (arbeidsjuridische dienstverlening van UWV), Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

52 HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182, NJ 2018/394, m.nt. E. Verhulp, r.o. 3.4.7 (*Decor*). Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Wwz valt af te leiden dat de in art. 7:669 lid 3 BW omschreven ontslaggronden aan deze oude regelgeving zijn ontleend en dat op dat punt geen wijziging is beoogd, zo overwoog de Hoge Raad.

53 Ktr. Zwolle 23 november 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:4969, r.o. 4.4. Deze uitspraak is in hoger beroep bekrachtigd, zie Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6364. Het hof overweegt: ‘Het moet gaan om daden of gedragingen van de werknemer waarbij sprake is van toerekenbare verwijtbaarheid in de zin van schuld aan dat handelen of nalaten. De mate van verwijtbaar handelen of nalaten is bepalend voor de vraag of sprake is van een redelijke grond voor ontbinding. Het gaat hier dus niet om onkunde of onmacht.’

- het vaststellen van de feiten, indien nodig op basis van zorgvuldig onderzoek. Daarbij moet de werkgever nagaan of er sprake is van een situatie van niet willen of niet kunnen;
- de werknemer laten weten dat zijn houding/gedrag ontoelaatbaar is (waarschuwen);
- in de situatie van niet kunnen, de werknemer in staat stellen een verbetertraject te doorlopen, waarbij hem begeleiding en/of coaching wordt aangeboden. Als de werknemer het verbetertraject afwijst, is dat een vorm van niet willen, hetgeen verwijtbaar is. Dan komt de e-grond in beeld;⁵⁴
- na ommekomst van het verbetertraject, vaststellen dat er onvoldoende verbetering is opgetreden.

In de praktijk blijkt de kritiek van de werkgever op de houding en ongewenst gedrag van de werknemer nogal eens te zijn ingegeven door vertrouwelijke (of zelfs anonieme) klachten, waarbij de beklagde geen idee heeft wie heeft geklaagd en wat de precieze verwijten zijn. De beklagde wordt hiervan slechts globaal op de hoogte gesteld om de identiteit van de klager te beschermen. Ik heb daar moeite mee, zeker als de werkgever aanstuurt op een beëindiging van het dienstverband. Niet alleen omdat de beklagde zich niet goed heeft kunnen verweren tegen de klacht(en), maar ook omdat hiermee de route van een verbetertraject feitelijk wordt afgesloten. Hoe kan iemand zich verbeteren als hij niet weet wat hij precies fout heeft gedaan? Ik begrijp dat bij evident ernstige klachten de klager niet wil worden geconfronteerd met de beklagde, maar ik meen dat hierdoor een schending kan optreden van het beginsel van *equality of arms*.⁵⁵ Niet voor niets is de verplichting van het voldoende concretiseren en substantiëren van klachten, zoals aangegeven in paragraaf 2, van niet te onderschatten belang.

3.3 Verstoring arbeidsrelatie

Het merendeel van de ontbindingsverzoeken over ongewenst gedrag wordt naast de e-grond subsidiair gebaseerd op de ernstige en duurzame verstoring van de arbeidsrelatie (g-grond).⁵⁶ De g-grond ziet op de verstoring van de arbeidsrelatie tussen de werkgever en de werknemer (verticaal: gezagsverhouding). Dat wil echter niet zeggen dat de relatie tussen de werknemer en andere medewerkers (horizontaal) geen rol speelt. Zo stond in de oude beleidsregels van het UWV over de verstoorde verhouding tussen twee werknemers:

“Indien twee werknemers die niet in een hiërarchische lijn tot elkaar staan, een verstoorde werkrelatie hebben, hoeft er op zich nog geen sprake te zijn van een verstoorde

arbeidsrelatie tussen de werknemer(s) en werkgever. De verstoorde relatie tussen beide werknemers kan echter tot gevolg hebben dat de arbeidsrelatie tussen de werkgever en één of beide betrokken werknemers eveneens ernstig en duurzaam verstoord raakt. Die doorwerking kan dan toch leiden tot een zodanig ernstig en duurzaam verstoord arbeidsrelatie tussen werkgever enerzijds en één of beide werknemers anderzijds dat werkgever één of beiden voordraagt voor ontslag.

Voorvallen tussen werknemers waarbij seksuele intimidatie een rol speelt, zijn daar een voorbeeld van. Een dergelijk concreet geval leidde ertoe dat werkgever geen vertrouwen meer had in het functioneren van een werknemer wegens onverantwoordelijk en onprofessioneel gedrag in het licht van de functie. Gevolg was een verstoorde arbeidsrelatie tussen werkgever en werknemer.

Werkgever zal in een dergelijke situatie goed moeten onderbouwen op welke wijze het gegeven dat twee werknemers niet meer door één deur kunnen, tot gevolg heeft dat tussen de werkgever en de werknemer die dan voor ontslag wordt voorgedragen, sprake is van een zodanig ernstig en duurzaam verstoord arbeidsrelatie dat herstel niet meer mogelijk is. Slaagt deze onderbouwing niet, dan kan reeds om die reden de aanvraag op deze grond afgewezen worden.⁵⁷

Een samenwerkingsprobleem tussen werknemers, bijvoorbeeld in geval van ongewenst gedrag, kan dus leiden tot een duurzaam verstoord arbeidsrelatie tussen een van de betrokken werknemers en de werkgever.

Het feit dat de werkgever (of de werknemer) een verwijt kan worden gemaakt van het ontstaan of voortbestaan van de verstoring, staat op zichzelf niet in de weg aan een ontbinding op de g-grond. De mate waarin de verstoring aan een partij te wijten is, kan wel gewicht in de schaal leggen.⁵⁸ De vertrouwensbreuk hoeft, anders dan vaak wordt gedacht, niet wederkerig te zijn.

Een voorbeeld van een situatie van ongewenst of grensoverschrijdend gedrag waarbij primair werd gekozen voor de e-grond en subsidiair voor de g-grond, is te lezen in de uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam van 16 juli 2021.⁵⁹ Een werknemer had zich in de periode 2014 tot en met begin 2021 veelvuldig op ongepaste wijze en niet conform de gedragsafspraken met zijn werkgever (Stedin) gedragen. Zijn gedrag werd door collega's en leidinggevenden als dreigend en onveilig ervaren. De kantonrechter achtte goed voorstelbaar dat zij zich hierdoor aangevallen of geïntimideerd voelden, waarvoor de werknemer een verwijt viel te maken. Maar van zodanig evidente misdrijvingen dat sprake is van een e-grond, was volgens de kantonrechter geen sprake.

⁵⁴ Zie bijvoorbeeld Ktr. Noord-Nederland 13 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:5831.

⁵⁵ Zie uitvoerig over het grondrecht van een eerlijk proces en *equality of arms* bij de beschuldigde van seksuele intimidatie: L.C. de Groot, *Seksuele intimidatie en de beschuldigde werknemer*, Weert: Celsus 2022, p. 77-94. Ook zij constateert dat alleen bij evident verwijtbare gevallen, die waarschuwing achterwege kan blijven.

⁵⁶ Art. 7:669 lid 3 aanhef en sub g BW, *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 46; M. van Kempen, 'Kroniek: De g-grond, waar komen wij vandaan, waar zijn wij, waar gaan wij naartoe?', *TvO* 2020, afl. 3, p. 83-91.

⁵⁷ Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 12 augustus 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:6480, r.o. 5.10-5.12.

⁵⁸ HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220.

⁵⁹ Ktr. Rotterdam 16 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6845.

Wel ontbond de kantonrechter de arbeidsovereenkomst op de (subsidiar aangevoerde) g-grond, omdat er sprake was van een langdurige verstoring waarbij aan de werknemer diverse kansen waren geboden zich te verbeteren. Het gevolg was een gespannen sfeer binnen het team en een groot aantal collega's en de leidinggevende die de samenwerking niet meer zagen zitten. Ik begrijp de motivering van de g-grond hier wel, maar ik had me ook (en misschien beter) kunnen voorstellen dat het gedrag van de werknemer hier aanleiding gaf tot ontbinding op de e-grond, omdat er sprake was van 'niet willen'. De werknemer schond keer op keer en gedurende zes jaar gedragsafspraken, liet zich uiterst ongenueanceerd en beledigend uit jegens collega's en leidinggevend en was hiervoor herhaaldelijk gewaarschuwd. Ook weigerde hij onder een nieuwe leidinggevende te werken. En als er geen sprake was van niet willen, dan had het klaarblijkelijk 'niet kunnen' hier kunnen leiden tot een situatie van disfunctioneren. De werkgever had immers zeer veel tijd besteed aan pogingen om de werknemer zijn houding en gedrag aan te laten passen, hetgeen niet was gelukt. De d-grond was door de werkgever echter niet aangevoerd.

Om een ontbinding op de g-grond mogelijk te maken, moet de werkgever aantonen dat hij zich zonder succes reëel, redelijk en concreet heeft ingespannen om de verstoring van de arbeidsrelatie te herstellen. Hij moet hebben geprobeerd om de onderlinge verhoudingen te verbeteren en de geschilpunten uit de weg te ruimen, door gesprekken (met schriftelijke verslaglegging) en eventueel door mediation. Dit speelde een rol in de hierna beschreven uitspraak.

De arbeidsovereenkomst van de kapitein van een schip die zich jarenlang tegen betaling (en soms naakt) liet masseren door bemanningsleden en die naakt lag te zonnen, werd door de Kantonrechter Rotterdam ook niet ontbonden op de e-grond.⁶⁰ De kapitein erkende dit gedrag, maar wees op het ontbreken van seksueel overschrijdend gedrag of ongewenste aanrakingen. De kantonrechter overwoog weliswaar dat het gedrag van de kapitein ongewenst was, maar overwoog ook dat de kapitein niet eerder op dit gedrag was aangesproken en had beloofd het niet meer te zullen doen. De subsidiar aangevoerde g-grond bood ook geen soelaas. De kantonrechter overwoog dat niet was gebleken, zoals de werkgever stelde, dat de kapitein de normen en waarden van het bedrijf niet onderschreef en vond het onduidelijk wat de kapitein nog meer had moeten verklaren om te laten blijken dat hij beschikte over de nodige zelfreflectie. Omdat de werkgever geen constructieve en reële pogingen had gedaan om te onderzoeken of de verstoorde relatie nog kon worden hersteld, was er geen sprake van een duurzame en onherstelbare verstoring in die zin dat van de werkgever niet kon worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Tot slot werd ook een verzoek tot ontbinding op de i-grond afgewezen.

Wat de werkgever moet doen bij een samenwerkingsprobleem tussen werknemers als gevolg van een klacht over ongewenst gedrag waarbij de klager niet bereid is om met de beklagde in gesprek (mediation) te gaan, is niet helemaal duidelijk. En als dat niet duidelijk is, kan dan worden gesproken van een duurzaam verstoorde arbeidsverhouding tussen de werkgever en de beklagde werknemer? Als de gedragingen die hij heeft gepleegd te licht zijn voor een ontbinding op de e-grond, kunnen de samenwerkingsproblemen op zichzelf – zonder gesprekken en/of mediation tussen betrokkenen – dan wel leiden tot een ontbinding op de g-grond? Ik denk dat hier alle omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen, waaronder de ernst van het verweten gedrag en de reactie van de beklagde op de verweten gedragingen. Als de werkgever te lichtvaardig een ontbindingsverzoek indient, kan dat leiden tot ernstig verwijtbaar handelen en tot betaling van een billijke vergoeding.⁶¹

4. **Zorgvuldigheid**

Het toverwoord voor werkgevers die worden geconfronteerd met een klacht over grensoverschrijdend of ongewenst gedrag is, het geheel overziend, *zorgvuldigheid*. In het proces zal de werkgever diverse beslissingen moeten nemen en niet alleen de belangen van de klager(s), maar ook die van de beklagde in acht moeten nemen. In ieder geval: het naleven van de vastgestelde klachtregeling, de beslissing over het instellen van een (intern of extern) onderzoek met een duidelijke onderzoeksopdracht en een gedegen onderzoeksprotocol, en op diverse momenten hoor en wederhoor voor de beklagde. En als de feiten vaststaan, zal moeten worden beoordeeld of er aanleiding is om het dienstverband te beëindigen en op welke grond: is daarvoor voldaan aan alle voorwaarden of nog niet? Gelet op de (vaak tegengestelde) belangen van klager(s) en beklagde en omdat klachten over grensoverschrijdend gedrag vaak gepaard gaan met onrust in de organisatie en niet zelden met aandacht in de (sociale) media, blijft het voor werkgevers 'op eieren lopen'.

60 Ktr. Rotterdam 15 september 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:9060.

61 Ktr. Rotterdam 6 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6858.