

Grapje! Moet kunnen toch?

Een kader van de juridische mogelijkheden om pesten op de werkvloer te voorkomen en werkgevers aansprakelijk te houden voor de gevolgen

Heleen van der Zanden

FNV Bondgenoten

Mei 2011

Weert

Grapje! Moet kunnen toch?

Een kader van de juridische mogelijkheden om pesten op de werkvloer te voorkomen en werkgevers aansprakelijk te houden voor de gevolgen

Auteur

Heleen van der Zanden

Studentnummer

2014165

Functie

Juridisch medewerker (stagiaire)

Opleiding

Juridische Hogeschool, HBO-Rechten

Locatie

Tilburg

1^e afstudeerdocent

De heer B. Verweij

2^e afstudeerdocent

Mevrouw C. Van der Voort

Afstudeerperiode

Februari 2011 – Mei 2011

Stageverlener

FNV Bondgenoten

Locatie

Weert

Stagementor

Mevrouw S. van der Beek-Verdoorn

Datum

Mei 2011

Plaats

Weert

Voorwoord

Voor u ligt de scriptie 'Grapje! Moet kunnen toch? Een kader van de juridische mogelijkheden om pesten op de werkvloer te voorkomen en werkgevers aansprakelijk te houden voor de gevolgen'.

Deze scriptie is geschreven in het kader van de opleiding HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys. Het is het afsluitende onderdeel van de opleiding waarin ik laat zien dat ik in staat ben om als beginnend juridisch beroepsbeoefenaar te functioneren. Ik heb gekozen voor een arbeidsrechtelijk onderwerp omdat daar mijn interesses liggen sinds de minor Juridisch Advies.

De keuze om bij FNV Bondgenoten, de specialist op het gebied van het arbeids- en sociaal zekerheidsrecht, was dan ook voor de hand liggend. In november 2010 kwamen er enkele berichten in de media waarbij het ging om pesterijen op de werkvloer. Dit onderwerp bleek ook bij FNV Bondgenoten een 'hot item' te zijn. FNV Bondgenoten wilde graag een overzicht van mogelijkheden om pesten op de werkvloer te voorkomen en hoe zij werkgevers aansprakelijk kunnen stellen voor de gevolgen van pesten op de werkvloer. Deze scriptie is het resultaat van het onderzoek dat daar naar is verricht.

Ik wil graag van de mogelijkheid gebruik maken om mijn stagebegeleidster vanuit FNV Bondgenoten, mevrouw van der Beek-Verdoorn, te bedanken voor de begeleiding bij mijn scriptie. Daarnaast een woord van dank aan mijn eerste afstudeerdocent, de heer Verweij. Door zijn interesse in mijn scriptie bleef ik scherp en ben ik me continue blijven realiseren wat de belangrijkste pijlers van mijn onderzoek waren. Dankzij de begeleiding van de heer Verweij en mevrouw van der Beek-Verdoorn heb ik een scriptie kunnen produceren waar ik voor de volle 100 % achter sta.

Heleen van der Zanden

Mei 2011

Inhoudsopgave

Samenvatting

Hoofdstuk 1 Inleiding	9
Hoofdstuk 2 Pesten, een subjectief begrip met juridische basis	13
2.1 Het begrip pesten	13
2.1.1 De jurisprudentie	13
2.1.2 De literatuur	14
2.1.3 De wet	17
2.2 Psychosociale arbeidsbelasting	18
2.3 Het probleem	19
2.4 Objectief of subjectief bepalen	20
2.5 Risico's	21
Hoofdstuk 3 De zorgplicht van de werkgever	22
3.1 De elementen van artikel 7:658 BW	22
3.2 Psychische schade	23
3.3 De bewijslast	24
3.4 Jurisprudentie	25
3.5 Vergoeding	29
Hoofdstuk 4 Goed werkgeverschap	31
4.1 Artikel 7:611 BW en de bewijslast	31
4.2 Aansprakelijkheid van de werkgever	32
4.3 Jurisprudentie	34
4.4 Vergoeding	37
Hoofdstuk 5 De ontbindingsprocedure	38
5.1 De exclusieve werking van artikel 7:685 BW	38
5.2 De elementen van artikel 7:685 BW	39
5.3 Verandering in omstandigheden of dringende reden	39
5.4 Verwijtbaar werkloos	41
5.5 Vergoeding	42
5.6 Jurisprudentie	44
5.7 Bescherming van de werknemer	45
Hoofdstuk 6 Kennelijk onredelijke opzegging	47
6.1 De elementen van artikel 7:681 BW	47
6.2 Gevolgencriterium	47
6.3 Aan te voeren argumenten	49
6.4 Jurisprudentie	49
6.5 Vergoeding of herstel dienstverband	51
Hoofdstuk 7 Het belang van de Arbowet en het Wetboek van Strafrecht	52
7.1 De Arbowet	52
7.1.1 Artikelen uit de Arbowet	52
7.1.2 Beroep doen op de Arbowet	53
7.1.3 Jurisprudentie	53

7.2 Het Wetboek van Strafrecht	54
7.2.1 Relevante artikelen	54
7.2.2 Jurisprudentie	55
Hoofdstuk 8 Preventieve middelen	56
8.1 De Arbowet en de daaruit voortvloeiende verplichtingen	56
8.2 Beleid	58
8.3 Vertrouwenspersonen en/of klachtencommissies	59
8.3.1 Vertrouwenspersonen	59
8.3.2 klachtencommissies	60
8.4 Mediation	60
8.5 CAO's	61
8.6 De dreiging van aansprakelijkheid	63
Hoofdstuk 9 Conclusies	65
Hoofdstuk 10 Aanbevelingen	70
Evaluatie	73
Literatuurlijst	74

Samenvatting

Het doel van deze scriptie is om een adviesrapport aan FNV Bondgenoten te verstrekken waarin wordt beschreven welke middelen op basis van het Nederlandse recht zij kunnen aanwenden om de werknemers in Nederland een gunstigere positie te verschaffen wat betreft pestgedrag op de werkvloer, waardoor FNV Bondgenoten uiteindelijk minder gerechtelijke procedures dient op te starten en met name een betere werkomgeving voor de leden kan bewerkstelligen. Pesten op de werkvloer blijkt namelijk steeds vaker voor te komen en het is niet duidelijk in hoeverre een werkgever gehouden is hiertegen beleid te voeren of hoever de aansprakelijkheid van de werkgever gaat. Het grootste probleem is dat niet duidelijk is hoe pesten juridische aangepakt en/of voorkomen kan worden.

Onderzoeker komt tot de conclusie dat er geen sluitende definitie van het begrip pesten is. Daarbij kan aangemerkt worden dat onderzoeker twijfelt of het wel verstandig is om een concrete invulling aan het begrip pesten te geven en of dit mogelijk is. Immers, het is een probleem wat door iedereen anders wordt ervaren. Er is daardoor sprake van een subjectief element. Onderzoeker komt tot de conclusie dat er meer is vastgelegd in de wet en jurisprudentie over seksuele intimidatie met betrekking tot de invulling van dit begrip en bescherming daartegen. Dit terwijl seksuele intimidatie is aan te merken als een vorm van pesten. Pesten is namelijk intimidatie van het slachtoffer, alleen ligt bij seksuele intimidatie de nadruk op het seksuele aspect en kan pesten in allerlei vormen voorkomen.

Er zijn vervolgens diverse artikelen die aangewend kunnen worden in een procedure om een werkgever aansprakelijk te stellen. Onderzoeker is tot de conclusie gekomen dat er vaker geprocedeerd zou moeten worden op grond van art. 7:658 BW. Op dit moment is het namelijk onduidelijk wanneer een werknemer voldoende gemotiveerd heeft aangetoond, waardoor een beroep gedaan kan worden op de omkering van de bewijslast van art. 7:658 BW. Daarnaast is niet duidelijk wat nu precies schending van de zorgplicht inhoudt.

Om succesvol op grond van art. 7:658 BW te procederen, moet een werknemer aantonen dat er sprake is van schade die is geleden tijdens de werkzaamheden. Bij psychische schade, wat vaak ontstaat bij pesten, is het echter moeilijk aan te tonen dat er sprake is van schade en dat deze schade *uitsluitend* is ontstaan door de werkomstandigheden. Een werknemer zal daarom méér moeten stellen om aanspraak te kunnen maken op deze omkering van de bewijslast. Dit méér kan gevonden worden in de schending van de zorgplicht. Onderzoeker is voorts van mening dat het niet voeren van een beleid op grond van de Arbowet, schending van de zorgplicht oplevert. Door te procederen kan hier duidelijkheid over gecreëerd worden.

Er kan ook geprocedeerd worden op basis van art. 7:611, 7:685 of 7:681 BW. Daar zijn wel enkele 'obstakels' bij te noemen. Bij art. 7:611 BW wordt onder andere ook de eigen schuld van de werknemer meegewogen en is er geen sprake van een omkering van de bewijslast. Bij art. 7:685 BW is er geen garantie op een vergoeding en loopt een werknemer de kans verwijtbaar werkloos te raken in de zin van de WW of Zw. Tenslotte lijkt de tendens in de jurisprudentie te zijn, dat de kans op succes bij een procedure op grond van art. 7:681 BW niet erg groot is. Rechters lijken terughoudend in het toewijzen van vorderingen.

Als laatste zou FNV Bondgenoten gebruik moeten maken van CAO's als preventief middel om werknemers te beschermen. Ook pleit onderzoeker voor een onafhankelijke, onderzoekscommissie die onderzoek doet naar het beleid dat werkgevers voeren met betrekking tot pesten en waar werknemers klachten kunnen indienen

Hoofdstuk 1 Inleiding

Wanneer gesproken wordt over ‘pesten’ denkt iedereen meteen aan taferelen van vroeger op het schoolplein; schuchtere jongentjes/meisjes met bril/beugel/rood haar en vaak een bepaald ‘kenmerk’ dat door de rest van de groep kinderen niet werd geaccepteerd. De meeste mensen denken niet gelijk aan pesten op de werkvloer.

Toch is pesten niet iets wat alleen voorkomt op het schoolplein en onder jeugd. Ook op de werkvloer wordt er op grote schaal gepest.¹ Het probleem is dat bij pesten op de werkvloer in tegenstelling tot pesten op het schoolplein, het nog moeilijker is om er iets aan te doen. Er is weinig duidelijkheid over wat er tegen gedaan kan worden.

Ook FNV Bondgenoten loopt regelmatig tegen dit probleem aan. Er is sprake van pestgedrag op de werkvloer maar vervolgens is het niet duidelijk wat de volgende stap is. Het is moeilijk om vervolgstappen te ondernemen, omdat pesten (juridisch) ongrijpbaar is. Daarom is deze scriptie geschreven. In deze scriptie worden handvatten gegeven aan medewerkers van FNV Bondgenoten, hoe zij pesten effectief kunnen bestrijden en wat zij kunnen betekenen voor de werknemers in Nederland.

FNV Bondgenoten is een vakbond die opkomt voor de belangen van leden. Zij procederen met name op het gebied van het arbeids- en sociaalzekerheidsrecht. Op een regiokantoor² zijn kwestiebehandelaars en procesjuristen werkzaam. Leden bellen met een probleem als eerste naar de front office. Indien zij de zaak niet kunnen oplossen, wordt deze doorverwezen naar de back office. Indien ook deze medewerkers geen oplossingen kunnen bieden, nemen kwestiebehandelaars c.q. procesjuristen de zaak in behandeling. FNV Bondgenoten hecht veel belang aan het verbeteren van de arbeidsomstandigheden. Vandaar dat deze scriptie van waarde is voor FNV Bondgenoten. Doordat er in deze scriptie ook aandacht wordt besteed aan het voorkomen van pesten, oftewel verbeteren van de arbeidsomstandigheden, is deze scriptie op meerdere manieren van waarde voor FNV Bondgenoten.

De doelstelling van deze scriptie is om een adviesrapport aan FNV Bondgenoten te verstrekken waarin staat met welke middelen op basis van het Nederlandse recht zij de werknemers in Nederland een gunstigere uitgangspositie kunnen bieden wat betreft pestgedrag op de werkvloer op alle niveaus, zodat FNV Bondgenoten uiteindelijk minder gerechtelijke procedures dient op te starten en een betere werkomgeving voor de leden kan bewerkstelligen.

In de doelstelling wordt gesproken over niveaus. Bij het onderzoek is er gekeken naar de structuur van FNV Bondgenoten en de daaruit voortvloeiend ‘niveaus’ zijn gekoppeld aan de diverse mogelijkheden. Binnen FNV Bondgenoten kunnen namelijk diverse niveaus aangeduid worden. De bestuurders en kaderleden³ spelen een rol in de preventieve fase. Door middel van CAO-onderhandelingen en overleg met de wetgever kunnen bestuurders proberen pestgedrag op de werkvloer te voorkomen. De medewerkers van de front en back office kunnen, evenals de kwestiebehandelaars, vaak voorkomen dat een situatie escaleert

¹ Tossen 2010. Voor verdere uitleg over de grootte van het probleem wordt verwezen naar paragraaf 2.3.

² FNV Bondgenoten heeft 6 regiokantoren in Amsterdam, Deventer, Groningen, Rotterdam, Utrecht en Weert. Het hoofdkantoor zit in Utrecht.

³ Kaderleden zijn werknemers die binnen een bedrijf functioneren als ‘doorgeefluik’. Zij zijn lid van FNV Bondgenoten en kunnen zo problemen binnen het bedrijf signaleren en doorgeven aan bestuursleden/FNV Bondgenoten en vice versa.

door in een vroeg stadium het probleem te herkennen en advies te geven om escalatie te voorkomen. Er kan gesproken worden over een oplossingsgerichte fase. De procesjuristen bij FNV Bondgenoten staan werknemers tijdens een procedure bij en moeten middels de juiste juridische argumenten en bepalingen aantonen waarom er sprake is van een werkgever die aansprakelijk gehouden zou moeten worden voor de (financiële) schade die een werknemer lijdt ten gevolge van pestgedrag op de werkvloer. Er zijn dus drie fasen⁴ te onderscheiden waarin FNV Bondgenoten van advies wordt voorzien.

Voor de scriptie is een literatuuronderzoek gecombineerd met een theoretisch onderzoek en wordt er een probleemoplossing c.q. een advies gegeven. Door gebruik te maken van onder andere jurisprudentie, wetenschappelijke artikelen uit tijdschriften, zoals Rechtspraak Arbeidsrecht, Sociaal Recht en Jurisprudentie Arbeidsrecht Verklaard, en eerder verschenen onderzoeken is het de bedoeling dat er een overzicht wordt gegeven van hetgeen er mogelijk is. Daarnaast zal duidelijk worden of er bepalingen in o.a. de wet ontbreken en op welke manier dit aangevuld zou dienen te worden. Door deze methoden en technieken te hanteren dient er antwoord gegeven te worden op de volgende centrale vraag: *‘Welke (juridische) middelen op basis van het Nederlandse recht kan FNV Bondgenoten aanwenden om er voor te zorgen dat werknemers in Nederland beter beschermd worden tegen pestgedrag op de werkvloer en welke juridische argumenten kunnen zij aanvoeren om een zo gunstig mogelijke positie voor de werknemer te creëren in een gerechtelijke procedure?’*⁵

Er zal in deze scriptie eerst in worden gegaan op het begrip ‘pesten’. Op deze manier wordt voorkomen dat er door lezers⁶ diverse definities van pesten worden gehanteerd. Immers geeft iedereen zijn eigen invulling aan het begrip pesten. Voor het onderzoek is het van belang dat duidelijk is vanuit welke definitie deze scriptie is geschreven. Daarna zal per hoofdstuk ingegaan worden op de mogelijkheden die een werknemer heeft om een werkgever aansprakelijk te stellen voor de schade die hij heeft geleden als gevolg van pesten. Daarbij wordt ingegaan op de artikelen 7:611, 7:658, 7:685 en 7:681 BW⁷. Er zal aandacht aan de Arbowet en artikelen uit het Wetboek van Strafrecht worden besteed, in verhouding tot de eerder genoemde artikelen uit boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Vervolgens zal gekeken worden welke middelen preventief ingezet kunnen worden om pesten, of escalatie van het pestgedrag en de gevolgen daarvan, te voorkomen. Hierbij wordt aandacht besteed aan de verplichtingen die een werkgever heeft op grond van de Arbowet, het beleid dat een werkgever kan of moet voeren, vertrouwenspersonen en/of klachtencommissies, mediation en al laatste de mogelijkheden met betrekking tot CAO’s. In het hoofdstuk conclusies worden de conclusies die volgen uit het onderzoek overzichtelijke weergegeven. Daarna worden in een apart hoofdstuk de aanbevelingen gepresenteerd en wordt er tevens een koppeling gemaakt met de eerder genoemde niveaus. Per hoofdstuk zal in het begin aangegeven worden wat er in het hoofdstuk behandeld wordt.

⁴ Fase I Preventieve fase: bestuurders/kaderleden.

Fase II Oplossingsgerichte fase: medewerkers van de front en back office en kwestiebehandelaars.

Fase III Aansprakelijk stellen: procesjuristen.

⁵ Tijdens deze scriptie is er gewerkt volgens een onderzoeksplan. Deze treft u aan in bijlage 1.

⁶ De doelgroep, en dus de lezers, van deze scriptie is heel divers. De scriptie is met name geschreven voor medewerkers van FNV Bondgenoten. Maar ook werknemers/werkgevers zouden deze scriptie kunnen gebruiken. Wel wordt uitgegaan van (enige) basiskennis van het arbeidsrecht.

⁷ De schade die de werknemer heeft geleden (of lijdt), dient vergoed te worden door de werkgever indien deze aansprakelijk is. Er is daarbij sprake van een verschil hoe de ‘vergoeding’ genoemd wordt. Zo kan men spreken over een schadevergoeding; art. 7:658 BW, 7:611 of 7:681 BW of een ontbindingsvergoeding; art. 7:685 BW. Het verschil is dat bij de schadevergoeding de concrete schade berekend dient te worden, de vermogensschade. Er kan wel een vergoeding voor immateriële schade gevorderd worden op grond van art. 6:106 BW. Bij de ontbindingsvergoeding wordt er aan de hand van een formule een vergoeding toegekend. In de hoofdstukken 3, 4, 5 en 6 zal hierop ingegaan worden.

In de hoofdstukken met betrekking tot de artikelen uit boek 7 van het Burgerlijk wetboek, is iedere keer een paragraaf opgenomen waarin een uitgebreide bespreking van jurisprudentie wordt gegeven. Hier is voor gekozen omdat deze scriptie is geschreven voor FNV Bondgenoten. Voor met name de procesjuristen is het handig indien zij een overzicht hebben met relevantie jurisprudentie en in welk kader zij deze jurisprudentie kunnen gebruiken. In het hoofdstuk dat ingaat op de ontbindingsprocedure wordt er ook ingegaan op de bescherming van de werknemer. Deze paragraaf gaat niet alleen over de 7:685-procedure, maar geldt ook met betrekking tot de eerder behandelde artikelen. Toch wordt het in dat hoofdstuk behandeld omdat hetgeen onderzoeker concludeert en voorstelt in deze paragraaf, gebaseerd is op de 'bescherming' die een werknemer geniet in een 7:685-procedure⁸. Er wordt in een apart hoofdstuk ingegaan op de artikelen uit de Arbowet en het Wetboek van Strafrecht. Ondanks dat deze artikelen van belang kunnen zijn bij alle vier de besproken artikelen uit het Burgerlijk Wetboek, is er gekozen voor een apart hoofdstuk omdat dit overzicht schept en er zo geen sprake is van herhaling. De tekst is immers van toepassing op alle vier de voorgaande hoofdstukken.

Bij deze scriptie wordt gesproken over pestgedrag op de werkvloer. Het gaat daarbij om gevallen waarbij de werknemer door zijn collega's, direct leidinggevende en/of zijn werkgever wordt gepest. Al deze situaties worden op gelijke lijn gesteld. Dit komt mede omdat een werkgever aansprakelijk is voor zijn werknemers op grond van art. 6:170 BW. De werkgever is daarom ook aansprakelijk indien werknemers een andere werknemer pesten en hij daar niet direct bij is betrokken. Uiteraard is een werkgever die zelf pest ook aansprakelijk. Er wordt, met betrekking tot de aansprakelijkheid van de werkgever, vanuit gegaan dat de situatie uit de hand is gelopen en dat een werknemer schade lijdt als gevolg van de pesterijen. Het gaat om een situatie die zich al langere tijd voordoet. In de meeste gevallen zal dit betekenen dat een werknemer ziek is uitgevallen.

Zoals aangegeven wordt er in verschillende hoofdstukken een uitgebreid overzicht van jurisprudentie gegeven. Helaas is er weinig jurisprudentie te vinden die expliciet over pesterijen en de gevolgen daarvan gaat. De gevolgen van pesten zijn vaak dat een werknemer 'overbelast' raakt, oftewel een burn-out⁹ krijgt. Bij gepeste werknemers wordt het vaak geen burn-out genoemd, maar zij lijden wel psychische schade en kunnen (tijdelijk) niet werken door de omstandigheden¹⁰. Vandaar dat er ook gebruik wordt gemaakt van jurisprudentie met betrekking tot een burn-out. Ook zal er regelmatig een vergelijking worden gemaakt met seksuele intimidatie, nu er tussen seksuele intimidatie en pesten ook veel overeenkomsten zijn te vinden¹¹.

Onderzoeker is er tijdens de bestudering van literatuur en jurisprudentie achter gekomen dat er veel meer aandacht is voor seksuele intimidatie, discriminatie en een burn-out dan voor pesten. Dit zal ook terugkomen in de scriptie. Onderzoeker is van mening dat er veel overeenkomsten zijn tussen seksuele intimidatie en pesten en ook de burn-out¹², daarom kan hetgeen dat over een burn-out of seksuele intimidatie wordt geschreven of wat er in de jurisprudentie staat, vaak analoog van toepassing worden verklaard. Pesten (en dan gaat het

⁸ De arbeidsovereenkomst kan niet ontbonden worden tijdens de ziekte van de werknemer gedurende de eerste twee jaar, indien de reden voor ontbinding verband houdt met de ziekte. Dit wordt ook wel de ontslagbescherming genoemd.

⁹ Een werknemer kan door de omstandigheden (te vele of te weinig werkzaamheden, te veel werkdruk, stress, enz.) het werk niet meer aan en raakt daarom (tijdelijk) arbeidsongeschikt).

¹⁰ In hoofdstuk 2 wordt hier nader op ingegaan. Zie tevens: Rijnvis 2011

¹¹ Zie hoofdstuk 2.

¹² Zie hiervoor en hoofdstuk 2.

dus over de gevolgen¹³) is namelijk op deze wijze ook te zien als een beroepsziekte¹⁴ waardoor aansprakelijkheid van de werkgever mogelijk is.¹⁵ Door vergelijkingen met o.a. seksuele intimidatie te trekken is het ook gemakkelijker om een advies te geven over wat er verbeterd kan worden en hoe het aangepakt zou moeten worden.

In deze scriptie zal tussendoor kort verwezen worden naar Belgische wetgeving. In België is namelijk sprake van een vergelijkbaar systeem en daarnaast lijkt België ze al verder te zijn in de aanpak van pesten. Er is daar bijvoorbeeld een anti-pestwet en ze spreken ook over psychosociale arbeidsbelasting. Daarnaast heeft FNV Bondgenoten samenwerkingsverbanden met vakbonden in België, waarmee zij kunnen overleggen en dossiers uitwisselen. Daarom is het wellicht mogelijk dat zij met elkaar in overleg kunnen treden naar aanleiding van deze scriptie.

¹³ (psychische) overbelasting.

¹⁴ Binnen FNV Bondgenoten is er een 'speciale' afdeling die zich alleen bezig houdt met dergelijke zaken; Bureau Beroepsziekten.

¹⁵ Bezemer & Kuiper 2003, p. 28.

Hoofdstuk 2 Pesten, een subjectief begrip met juridische basis

In de inleiding is kort ingegaan op één van de kritieke punten van pesten op de werkvloer; het is juridisch ongrijpbaar. In grote lijnen heeft iedereen hetzelfde idee bij het begrip pesten, maar kleine verschillen kunnen toch voor een andere benadering zorgen. Daarom wordt er in dit hoofdstuk stil gestaan bij de definitie pesten. Hierbij wordt gekeken naar de invulling van het begrip in de jurisprudentie, de literatuur en de wet. De (recentelijke) wijziging in de Arbowet wordt besproken en verder zal in dit hoofdstuk ingegaan worden waarom pesten nu eigenlijk een probleem is. Daarnaast wordt besproken of de invulling van het begrip aan de hand van objectieve of subjectieve maatstaven dient te gebeuren. Tenslotte wordt ingegaan op de risico's.

2.1 Het begrip pesten

Zoals hiervoor aangegeven, geeft iedereen een eigen invulling aan het begrip pesten. Het is voor deze scriptie van belang dat duidelijk is wat er onder pesten wordt verstaan. Op diverse manieren kan er een invulling gegeven worden aan deze definitie. Zo speelt de jurisprudentie een rol, maar dient er ook gekeken te worden naar de literatuur en de wet.

2.1.1 De jurisprudentie

Uit de jurisprudentie is geen eenduidige definitie af te leiden. Uit de bestudeerde jurisprudentie blijkt dat rechters toetsen aan de omstandigheden van het geval. Indien er namens de werknemer aangevoerd wordt dat er sprake is van pesten, kijkt de rechter naar de overlegde stukken en concludeert vervolgens of hij zich kan vinden in hetgeen dat is aangevoerd. Vaak blijft onduidelijk welke criteria precies worden gehanteerd bij de beoordeling of er sprake is van pesten.¹⁶

In sommige uitspraken wordt (kort) aandacht besteed aan het subjectief of objectief beoordelen van het aangevoerde bewijs.¹⁷ Het betreft de beleving van slachtoffer en/of dader. Welke criteria hierbij specifiek van belang zijn, wordt vaak niet toegelicht. In paragraaf 2.5 wordt hier verder op ingegaan.

Toch zijn er uit de jurisprudentie wel enige criteria af te leiden. Zo gaat A-G Knigge in zijn conclusie, ondanks dat het een strafzaak betreft, in op het begrip pesten op de werkvloer.¹⁸ Hij verwijst daarbij naar de wetsgeschiedenis en haalt als criteria aan:

- een aanhoudend karakter;
- pesterijen dienen tot treiterijen te zijn verworpen.

In de uitspraak van de Kantonrechter te Haarlem van 25 maart 2008¹⁹ wordt ingegaan op de vereisten die de rechter stelt aan 'pesten'. Het ging in deze zaak volgens de rechter om:

- serieus getreiter;
- gericht op de seksuele geaardheid;

¹⁶ O.a. Ktr. Haarlem 11 januari 2008, *LJN* BC1854, er wordt alleen gezegd dat niet valt uit te sluiten of er sprake was van provocatie en dat de rechter uit gaat van 'waar er twee kijden hebben er twee schuld'. Bij Ktr. Zutphen 15 oktober 1991, *Prg.* 1992, 3614 is pesten aangenomen gezien de vergoeding die is toegekend, maar onduidelijk is wat de doorslag heeft gegeven. Bij Ktr. Arnhem 25 juni 2008, *JAR* 2008, 230 werd geen pesten aangenomen nu werknemer na het klagen over het pestgedrag nog driekwart jaar heeft doorgewerkt. Verdere criteria worden niet genoemd.

¹⁷ O.a. Ktr. Rotterdam 10 februari 2009, *LJN* BI4677 en CRvB 23 maart 2006, *LJN* AX1651.

¹⁸ HR 29 juni 2010, *LJN* BL8642 (concl. A-G Knigge onder 13).

¹⁹ Ktr. Haarlem 26 maart 2008, *LJN* BC8945.

- waarbij steeds dezelfde persoon het mikpunt was.²⁰

Onduidelijk is of het in deze zaak volgens de rechter ging om pesten of seksuele intimidatie. Onder andere uit bovenstaande uitspraak valt af te leiden dat er tussen deze twee begrippen vaak sprake is van overlap. Er kan bijvoorbeeld gepest worden door middel van seksueel intimiderende opmerkingen. Seksuele intimidatie kan dus gezien worden als een vorm van pesten, maar pesten uit zich niet altijd door middel van seksuele intimidatie aangezien er ook gepest kan worden zonder seksuele ondertoon. Uit het proefschrift van mr. M.S.A. Vegter blijkt ook dat pesten gericht kan zijn op o.a. sekse. Men spreekt dan van seksuele intimidatie en het verschil tussen pesten en seksuele intimidatie is, dat seksuele intimidatie tevens als discriminatie wordt aangemerkt.²¹

Ook de Centrale Raad van Beroep geeft in zijn uitspraken een aantal criteria.²² De Raad concludeert in één van zijn uitspraken dat er sprake is van pesten aangezien:

- jarenlang;
- intensief;
- stelselmatig pestgedrag;
- jegens één persoon door een grote groep collega's;
- dat de grenzen van het toelaatbare verre van overschreed;
- gebaseerd op aversie tegen die ene persoon.

Dit wordt gestoeld op de stukken die zijn overlegd. Onder andere gaat het hierbij om verklaringen van collega's en de verklaringen van de 'pesters' waarin zij hun gedrag goedpraten en de schuld bij het 'slachtoffer' leggen.

Uit de bestudeerde jurisprudentie blijkt dat de rechters één criteria bepalend vinden. De werknemer moet kenbaar hebben gemaakt dat er sprake is van pestgedrag, het zogeheten 'piepsysteem'.²³ Dit hoeft de werknemer niet bij de werkgever zelf duidelijk te maken, een personeelschef is ook voldoende.²⁴

2.1.2 De literatuur

Het lijkt wellicht dat pesten op de werkvloer een nieuw fenomeen is waar weinig over bekend is. In de literatuur is er echter al vaker over geschreven.²⁵

Ondanks dat de gegeven definities veel overlap hebben, blijkt ook hier sprake te zijn van kleine verschillen. Daarnaast is het nog steeds niet concreet en volledig 'dicht getimmerd' en blijven de definities op meerdere manieren interpreteerbaar. Zo wordt er vaak gesproken over stelselmatig of regelmatig. Onduidelijk is of dat er dan sprake moet zijn van minimaal 1 keer per dag, per week of per maand. Dit geldt ook voor aanhoudend of continue. Is er pas sprake van pestgedrag als dit zes maanden of een jaar aan de gang is, of wordt pestgedrag ook al aangenomen na één maand? En moeten er (fysieke en/of psychische) klachten ontstaan zijn om van pesten te spreken?

In 2003 is er een verslag van een seminar verschenen waarin staat welke definitie van pesten de heer Leymann²⁶ hanteert:

²⁰ Ktr Haarlem 26 maart 2008, *L/N* BC8945.

²¹ Vegter 2005, p. 559/560.

²² CRvB 23 maart 2006, *L/N* AX1651.

²³ Zie voor voorbeelden Vegter 2005-8, p. 5-7.

²⁴ Ktr. Zutphen 15 oktober 1991, *Prg.* 1992, 3614. De kantonrechter ging er vanuit dat aangezien het hoofd van personeelszaken het wist, de werkgever ook geacht werd ervan op de hoogte te zijn.

²⁵ Wellicht is dit te verklaren doordat pesten pas sinds kort een nadrukkelijke juridische grondslag heeft in de Arbwet, zie paragraaf 2.1.3. Deze grondslag is wel nog steeds behoorlijk summier.

‘Pesten ontstaat indien:

- *iemand doelwit wordt en*
- *systematisch wordt geïntimideerd, aangevallen, sociaal geïsoleerd of vernederende taken moet verrichten en*
- *de gepeste persoon in een mindere positie wordt gedrukt en moeite heeft zichzelf te verdedigen.*
- *Pestgedrag zich herhaaldelijk voordoet (minstens eenmaal per week)*
- *Gedurende langere tijd (bijvoorbeeld tenminste zes maanden)*

Er is geen sprake van pesten als de gebeurtenis op zichzelf staat

*En evenmin als twee gelijkwaardige partijen met elkaar in conflict zijn*²⁷

In 2005 heeft mr. Vegter een proefschrift geschreven over de aansprakelijkheid van de werkgever bij psychisch letsel. Hierin gaat zij onder andere specifiek in op pesten op de werkvloer. In het proefschrift komen meerdere definities naar voren. Zo wordt er gekeken naar welke definitie de rechter in Duitsland hanteert, maar worden ook de definities van de Internationale Arbeidsorganisatie en FNV weergegeven. Zelf spreekt zij over:

*‘Pesten kan omschreven worden als vijandig, vernederend of intimiderend gedrag, dat steeds is gericht tot dezelfde persoon.’*²⁸

Na bestudering van de andere gegeven definities komt zij tot de conclusie dat de verschillende definities overeenkomsten hebben:

*‘... pesten aanmerken als vijandig, vernederend of intimiderend gedrag dat is bedoeld om de positie van één of meerdere collega-werknemers te ondermijnen en zijn/hun werkomgeving nadelig te beïnvloeden. Het gaat daarbij steeds om opzettelijk gedrag, waarbij de opzet overigens is gericht op het pesten, niet op het toebrengen van gezondheidsschade. Het pestgedrag moet zich over een langere periode voortzetten. ... hoeft geen sprake te zijn van een vooropgezet plan.’*²⁹

In 2007 is er een scriptie geschreven waarbij de werkgeversaansprakelijkheid bij seksuele intimidatie, agressie en geweld centraal stond.³⁰ Ook hier is (hetzij kort) ingegaan op het begrip pesten.

*‘Pesten of de Engelse term ‘mobbing’ valt ook onder agressie. Het gaat dan wel om interne agressie onder het personeel. Onder ‘pesten’ wordt verstaan het opzettelijk kwetsen van iemand.’*³¹

In voornoemde scriptie wordt ingegaan op het begrip pesten als ‘onderdeel’ van agressie en geweld omdat pas tijdens het schrijven van deze scriptie de term ‘*Psychosociale arbeidsbelasting*’ werd geïntroduceerd in de wet.³²

²⁶ De heer H. Leymann heeft veel studies rond pesten op de werkvloer verricht en is daar bekend mee geworden. Hij was psycholoog en professor bij de Universiteit van Umeå in Zweden.

²⁷ Bezemer & Kuiper 2003, p. 5.

²⁸ Vegter 2005, p. 559.

²⁹ Vegter 2005, p. 560.

³⁰ Recht-van Gompel 2007.

³¹ Recht-van Gompel 2007., p. 19.

³² Zie uitgebreid paragraaf 2.1.3 en 2.2.

Naast bovenstaande definities zijn er ook boeken over pesten op het werk en welke stappen hiertegen ondernomen kunnen worden.³³ In deze boeken worden de volgende definities gegeven:

*'Pesten binnen bedrijven is het systematisch uitoefenen van psychisch, fysiek of seksueel geweld door één persoon of groep personen tegen meestal één ander, die niet (meer) in staat is zichzelf te verdedigen.'*³⁴

*'Het gaat om vijandig, vernederen of (seksueel) intimiderend gedrag, dat steeds gericht is op dezelfde persoon. Het gebeurt vaak en gedurende lange tijd. De persoon die het doelwit is, kan zich er niet effectief tegen verweren.'*³⁵

'Zodra het niet meer om incidentele voorvallen gaat, maar de plagerijen aanhouden, blijken de gevolgen echter groter dan we veelal vermoeden. ... na een week van regelmatig pesten psychosomatische klachten kunnen optreden. Deze klachten treden niet alleen op als gevolg van de pesterijen zelf, maar ook door de voortdurende angst voor de volgende aanval. Dan hebben we het over systematisch pestgedrag.'

...

*Systematisch pesten is het vernederend, intimiderend of vijandig gedrag gericht tegen dezelfde of meer personen, dat regelmatig plaatsvindt over een langere periode en waartegen de persoon/personen zich niet (meer) afdoende kunnen verweren.'*³⁶

Uit alle weergegeven citaten kan afgeleid worden dat de hoofdlijn in de definities gelijk is en dat er slechts kleine nuanceverschillen zijn. Een aantal criteria komen in iedere definitie weer terug:

- (psychisch, fysiek of seksueel) intimiderend gedrag;
- jegens (meestal) één persoon;
- dat vaker dan één keer voorkomt;
- langere tijd aanhoudt;
- zonder dat het slachtoffer zich (effectief) kan verweren.

Onduidelijk is vanaf welk moment er sprake is van pesten. Alleen de heer Leymann geeft hier een indicatie van. Hij is van mening dat er sprake is van pesten als het minimaal één keer per week voor komt. Maar *hoelang* het moet plaatsvinden voordat van pesten gesproken kan worden, is onduidelijk omdat hij daar de term 'bijvoorbeeld' gebruikt. Ondanks dat er uit de verschillende bronnen een lijst met criteria geselecteerd kan worden, geeft dit nog geen zekerheid. Want wat is (psychisch, fysiek of seksueel) intimiderend gedrag? Iedere persoon heeft een eigen beleavingswereld en eigen grenzen. Wat voor de één te ver gaat, doet de ander af als een onschuldig grapje. In paragraaf 2.5 zal hier dieper op ingegaan worden.

Naast de hierboven geschetste definities uit Nederlandse bronnen zijn wellicht buitenlandse definities ook waardevol. In landen rondom Nederland wordt ook aandacht besteed aan pestgedrag op de werkvloer. Mr. Vegter heeft onder andere aandacht besteed aan de Duitse definitie van pesten³⁷, maar ook in België wordt er veel aandacht aan pesten op de werkvloer besteed. Daar is namelijk sprake van een 'antipestwet'. Deze is inmiddels al een keer aangepast.³⁸ In de oorspronkelijke wet stond in de titel de term 'pesterijen' letterlijk

³³ O.a. Broek 2003, Meer 1997 en Rijk 2001

³⁴ Meer 1997, p. 3.

³⁵ Rijk 2001, p. 10.

³⁶ Broek 2003, p. 22.

³⁷ Vegter 2005, p. 559.

³⁸ De eerste versie stamde uit 2002 en de laatste wijziging is in werking getreden op 16 juni 2007.

opgenomen. Bij de wijziging van 16 juni 2007 is er gebruik gemaakt van de term 'psychosociale belasting veroorzaakt door het werk'.³⁹ Dit is een ruimer begrip wat meer omvat. Ook in Nederland kennen wij sinds kort een dergelijke term, namelijk psychosociale arbeidsbelasting. De overeenkomst tussen deze begrippen is duidelijk, waardoor de definitie van pesten die in België gehanteerd wordt wellicht meer handvatten biedt omdat daar een wet tegen het pesten is⁴⁰. De volgende definitie wordt in België gehanteerd:

*'meerdere gelijkaardige of uiteenlopende onrechtmatige gedragingen, buiten of binnen de onderneming of instelling, die plaats hebben gedurende een bepaalde tijd die tot doel of gevolg hebben dat de persoonlijkheid, de waardigheid of de fysieke of psychische integriteit van een persoon bij de uitvoering van het werk wordt aangetast, dat zijn betrekking in gevaar wordt gebracht of dat een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd dat zich inzonderheid uit in woorden, bedreigingen, handelingen, gebaren of eenzijdige geschriften.'*⁴¹

Bovenstaande definitie vertoont veel overeenkomsten met de eerder gegeven (Nederlandse) definities. Zo wordt er ook gesproken over onrechtmatige gedragingen, gedurende een bepaalde tijd, waarbij de persoonlijkheid, waardigheid, fysieke en/of psychische integriteit van een persoon wordt aangetast. De Belgische definitie is alleen wat uitgebreider omdat deze ook spreekt over 'buiten of binnen de onderneming of instelling', 'een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd' en de gedragingen ook bij naam worden genoemd: 'woorden, bedreigingen, handelingen, gebaren of eenzijdige geschriften'.

Maar ook deze definitie is niet concreet. Nog steeds geldt namelijk dat de beleving van gedragingen voor iedere persoon anders kan (en zal) zijn. De vraag is alleen of dit is op te lossen. Waarschijnlijk niet. Er is geen sluitende definitie te geven van pesten omdat het een sociaal maatschappelijk probleem betreft dat op diverse manieren geopenbaard wordt en ook op diverse manieren ervaren zal worden. Door het concreet vast te leggen loop je het risico mensen en/of gedragingen uit te sluiten waardoor zij niet onder de definitie vallen.

2.1.3 De wet

Na bestudering van relevantie wetgeving⁴² kan geconcludeerd worden dat er geen definitie van pesten in de Nederlandse wetgeving is opgenomen.

In de Arbowet wordt wel een verwijzing naar het begrip pesten gemaakt, art. 3 lid 2 jo art. 1 lid 3 sub e Arbowet, maar er wordt geen invulling aan het begrip pesten gegeven. In art. 3 wordt namelijk gesproken over 'psychosociale arbeidsbelasting en in art. 1 staat dat daaronder 'seksuele intimidatie, agressie en geweld, **pesten** en werkdruk in de arbeidssituatie die stress teweeg brengen' wordt verstaan. Paragraaf 2.2 gaat hier verder op in.

Op grond van de Arbowet zou als enige criterium voor het begrip pesten 'stress teweeg brengen' gehanteerd kunnen worden. Dit is een heel summier en tegelijkertijd abstract criterium en daardoor kan het begrip nog meer situaties omvatten dan op grond van de eerder geschetste definities en criteria. Ook de definitie van stress, art. 1 lid 3 sub f

³⁹ 'Bescherming tegen geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk 2010.

⁴⁰ Een beroep op de Belgische wet is niet mogelijk voor procesjuristen/advocaten binnen Nederland. De Belgische wet kan echter wel ter inspiratie dienen nu zij al verder lijken te zijn op het gebied van pesten op de werkvloer en het beschermen daartegen.

⁴¹ 'Bescherming tegen geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk 2010.

⁴² Boek 7 Burgerlijk Wetboek en Arbowet.

Arbowet, biedt weinig duidelijkheid; 'een toestand die als negatief ervaren lichamelijk, psychische of sociale gevolgen heeft'. In deze definitie wordt weer gebruik gemaakt van ruime, abstracte begrippen die naar diverse maatstaven ingevuld kunnen worden en wat voor iedere persoon anders zal zijn.

In het Burgerlijk Wetboek staat geen definitie van het begrip pesten. Daar wordt het begrip niet eens genoemd. Het begrip seksuele intimidatie wordt wel expliciet genoemd en heeft een 'eigen' artikel, 7:646 BW. In dit artikel is een verbod op seksuele intimidatie neergelegd. Agressie en geweld is ook niet verankerd in het Burgerlijk Wetboek, maar op een andere plaats binnen de Nederlandse wetgeving is ook hierop een verbod neergelegd.⁴³ De vraag is waarom de wetgever heeft besloten een verbod op pesten niet op te nemen in de wet. Net als seksuele intimidatie, is ook pesten een juridische moeilijk begrip wat niet concreet is vast te leggen. Toch is er voor gekozen om een verbod op seksuele intimidatie wel op te nemen in onder andere het Burgerlijk Wetboek⁴⁴ en geen verbod op pesten. Dit lijkt niet logisch nu de gevolgen van pesten niet te onderschatten zijn en het een serieus probleem binnen de Nederlandse arbeidsmarkt is. Zie hiervoor paragraaf 2.3

2.2 Psychosociale arbeidsbelasting

Zoals al eerder is aangegeven, is de Arbowet recentelijk gewijzigd. Sinds 1 januari 2007 is er namelijk geen sprake meer van de Arbowet 1998, maar van de Arbowet. De relevante wijzigingen in het kader van deze scriptie, zullen in deze paragraaf besproken worden. Deze aanpassingen zijn gedaan zodat er wordt voldaan aan de minimumnormen voor arbobeleid binnen Europa met als doel een effectiever arbobeleid dat een groter draagvlak heeft in ondernemingen en daardoor zorgt voor een verbetering van de veiligheid en gezondheid op de werkvloer. Daarnaast bevat de Arbowet doelvoorschriften in plaats van middelvoorschriften zoals de Arbowet 1998. Er wordt dus niet meer aangegeven *hoe* het doel bereikt moet worden, maar er wordt alleen ingegaan op het doel. Deze voorschriften scheppen voor de werkgever de verplichting om datgene te doen wat nodig is om de werknemers te beschermen.⁴⁵

De minimumnormen die binnen Europa gelden kunnen door lidstaten nationaal aangevuld worden. Lidstaten hanteren dan een 'nationale kop'. Uit de parlementaire geschiedenis⁴⁶ blijkt duidelijk dat de regering hier terughoudend in is geweest om dat het de bedoeling is dat werkgevers en werknemers samen een beleid proberen vast te stellen dat op maat is voor de betreffende onderneming of sector. Voor de bepalingen omtrent psychosociale arbeidsbelasting is wel voor een nationale kop gekozen. Daarnaast zijn deze bepalingen concrete doelvoorschriften aangezien deze zijn opgenomen in art. 2.15 van het Arbobesluit. Tevens is dit een agendabepaling nu de werkgever actief maatregelen moet treffen ter voorkoming of beperking van psychosociale arbeidsbelasting. Raar aan art. 2.15 Arbobesluit is, dat er staat '*indien werknemers worden of kunnen worden blootgesteld aan psychosociale arbeidsbelasting ...*'. In principe kan iedere werknemer blootgesteld worden aan psychosociale arbeidsbelasting, dus zou iedere werkgever actief maatregelen moeten treffen.⁴⁷ Daarnaast is het denkbaar dat een werkgever eerder gehouden is een preventief

⁴³ Namelijk het Wetboek van Strafrecht.

⁴⁴ Maar ook in bijvoorbeeld de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen art. 12b en Algemene wet gelijke behandeling art. 1a.

⁴⁵ Kranenburg-Hanspians 2007.

⁴⁶ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 552, nr. 8 p. 37.

⁴⁷ Kranenburg-Hanspians 2007.

beleid te voeren indien op een bepaalde afdeling en/of werplek een vergrote kans op pesten is.⁴⁸

Door de term psychosociale arbeidsbelasting in de wet op te nemen, is de bescherming van de werknemer opgerekt. Door de wetgever is namelijk duidelijk aangegeven welke begrippen allemaal onder het allesomvattende begrip 'psychosociale arbeidsbelasting' vallen, zie art. 1 lid 3 sub e Arbowet. Voor de wijziging was het begrip pesten nog geen onderdeel van de Arbowet. Wellicht is het daardoor te verklaren dat pas recentelijk meer aandacht wordt besteed aan pesten op de werkvloer. Wil dit zeggen dat er voor 1 januari 2007 geen mogelijkheid was om iets te doen tegen pesten op de werkvloer? Nee, alleen had een jurist die een gepeste werknemer bij stond, op dat moment een zwaardere taak. Er moest namelijk aangetoond worden waarom de werkgever aansprakelijk was voor pesten en op basis van welk artikel de werkgever aansprakelijk zou moeten zijn. Nu hebben juristen een juridische grondslag die ze in de procedure kunnen gebruiken. Maar nog steeds zal aangetoond dienen te worden dat er sprake is van pesten. Daarnaast kan een werknemer zich ook niet rechtstreeks op de Arbowet beroepen. Wel kan het een werknemer bewijsvoordeel⁴⁹ opleveren en is daardoor een werkgever gemakkelijker aansprakelijk te stellen. In hoofdstuk 7 wordt hier verder op ingegaan.

Art. 3 lid 2 Arbowet geeft de werkgever tevens de 'verplichting' om een algemeen arbeidsomstandighedenbeleid te voeren. In dit beleid moet hij aandacht besteden aan het voorkomen –indien niet mogelijk een beperking– van psychosociale arbeidsbelasting. Op grond van art. 5 jo art. 3 lid 2 Arbowet dient de werkgever in een inventarisatie en evaluatie van risico's, schriftelijk vast te leggen wat de risico's zijn waar de werknemer aan blootgesteld wordt. Daarbij dient hij ook een plan van aanpak te maken waarin aandacht wordt besteed aan de psychosociale arbeidsbelasting, art. 5 lid 3 Arbowet. In hoofdstuk 7 en 8 zal hier op ingegaan worden.

2.3 Het probleem

Aangezien er juridisch veel onduidelijk is over pesten op de werkvloer, kan de vraag ontstaan of er sprake is van een probleem.

De gevolgen van pesten kunnen in sommige gevallen heel ernstig zijn.⁵⁰ Het is mogelijk dat werknemers die langdurig gepest worden zich uiteindelijk genoodzaakt zien zich ziek te moeten melden omdat ze (psychisch dan wel fysiek) niet langer verder kunnen.

Uit diverse onderzoeken komen verschillende cijfers naar voren. Zo toont onderzoek aan dat het ziekteverzuim stijgt van 11.6 dagen per jaar naar 16.9 dagen per jaar.⁵¹ Uit een ander onderzoek blijkt dat op dat moment 17 % van de ondervraagde werknemers gepest werd en nog eens 17 % gaf aan in het verleden slachtoffer van pesterijen te zijn geweest. Daarnaast bleek dat zowel leidinggevende⁵² als werknemers gepest worden.⁵³

⁴⁸ De sfeer kan eerder uitnodigen tot pesten of omdat er op een bepaalde afdeling in het verleden al vaker is gepest. Ook valt te denken aan afdelingen waar veel mensen samenwerken met verschillende achtergronden en instellingen.

⁴⁹ Onder bewijsvoordeel wordt in het kader van deze scriptie verstaan dat een werknemer door gebruikmaking van de betreffende artikelen gemakkelijker aan zijn bewijslast kan voldoen.

⁵⁰ Uit onderzoeken zou blijken dat na slechts één week regelmatig ondervinden van pestgedrag al psychosomatische klachten kunnen optreden (Broek 2003, p. 22.) en Rijnvis 2011.

⁵¹ *De helft ziekt door pesterijen* 2006.

⁵² Leidinggevende worden wel minder gepest dan werknemers: 8 % zegt ten tijde van het onderzoek gepest te worden en 28 % gaf aan in het verleden pestgedrag door ondergeschikte te hebben ondervonden.

⁵³ Onderzoek van de Universiteit van Twente in samenwerking met vakbond CNV; *Pesten beïnvloedt functioneren werknemers op lange termijn* 2010

Uit een onderzoek uit 2005 kwam naar voren dat het aantal ‘aanmeldingen’ voor de toenmalige WAO ten gevolge van psychische klachten, werd geschat op 14 %. Tegenwoordig is de WAO vervangen door de WIA. Recentere cijfers zijn niet gevonden, maar gezien de andere publicaties van onderzoeken, waaronder die uit 2010, blijkt dat er geen sprake is van een afname van het aantal gepeste werknemers.⁵⁴

Duidelijk is dus dat pestgedrag op de werkvloer wel degelijk een probleem vormt waar iets aan gedaan dient te worden. Iedere werknemer heeft immers recht op een fijne werkomgeving waarin hij niet aangetast wordt in zijn persoonlijke waardigheid. Afgezien van de last die werknemers ondervinden, kan er ook arbeidsongeschiktheid ontstaan met als gevolg aanvragen van de WIA. Ook een arbeidsconflict is niet uit te sluiten. Als laatste probleem zouden ook de gerechtelijke procedures genoemd kunnen worden. Het is in één ieders belang⁵⁵ dat het aantal gerechtelijke procedures zoveel mogelijk wordt beperkt of wordt voorkomen.

2.4 Objectief of subjectief bepalen

De percentages die uit de onderzoeken naar voren zijn gekomen uit de vorige paragraaf zijn uiteraard subjectief. Aan werknemers wordt gevraagd of zij pestgedrag op de werkvloer ondervinden. Maar zoals eerder al is aangegeven, is het niet zo dat wat persoon A als pesten aanmerkt, dit ook geldt voor persoon B. Iedereen heeft een eigen kader en criteria die worden toegepast om te beoordelen of hij blootgesteld wordt aan pestgedrag. Hierbij gaat het dus om een subjectieve beoordeling.

Uit de rechtspraak en literatuur⁵⁶ blijkt dat hier ook vaak discussie over ontstaat. Hoe dient pestgedrag geconstateerd te worden? Dient men in te gaan op de beleving van het slachtoffer of staat de bedoeling van de dader centraal? Wanneer is er objectief sprake van pesten en hoe kun je dit objectief vaststellen nu in paragraaf 2.1 duidelijk is geworden dat er niet één sluitende definitie van pesten valt te geven.

Uit de parlementaire geschiedenis kan geconcludeerd worden dat het kabinet met betrekking tot seksuele intimidatie, er bewust voor heeft gekozen om het woord ‘ongewenst’ niet toe te voegen aan de definitie. Dit werd wel geadviseerd door de Raad van State om directe aansluiting te zoeken bij de richtlijn⁵⁷. Het kabinet wijkt hier echter vanaf omdat, in tegenstelling waar het om moet gaan⁵⁸, het begrip ‘ongewenst’ in het Nederlandse spraakgebruik een subjectieve lading zou hebben. Daarnaast zou de bewijslast voor de geïntimideerde worden verzwaard omdat hij aan moet tonen dat er sprake is van

⁵⁴ Dit blijkt onder meer uit het feit dat mr. Vegter in haar proefschrift (Vegter 2005, p. 562.) concludeert dat er in 2000 16 % aangaf gepest te worden, in 2003 komt uit een onderzoek een percentage van 14.2 % en in 2004 gaf 15 % aan het afgelopen jaar slachtoffer te zijn geweest van intimidatie. Uit een onderzoek uit 2010 komt naar voren dat 17 % van de werknemers pesterijen ondervindt op de werkvloer. Uit de diverse onderzoeken kan geconcludeerd worden dat er geen sprake is van een afname van het percentage werknemers dat zich gepest voelt op de werkvloer. Dat het onderzoek uit 2005 spreekt van 14 % aanmeldingen voor de WAO als gevolg van psychische klachten ontstaan op de werkvloer, wil ondanks dat het spreekt over de WAO, niet zeggen dat dit onderzoek niet meer waarheidsgetrouw zou kunnen zijn.

⁵⁵ Hierbij kan gedacht worden aan onder andere de rechterlijke macht, de werknemer, de werkgever en procesvertegenwoordigers (waaronder die van FNV Bondgenoten) van werknemers.

⁵⁶ Zie o.a. Zie o.a. HR 10 juli 2009, *LJN* BI4209 (concl. A-G Rank-Berenschot onder 2.5), *Klijn* 2010 en Hoge Raad 10 juli 2009, *TRA* 2009, 79 (m.nt. Holmaat).

⁵⁷ Het ging daarbij om Richtlijn nr. 2000/78/EG (*PbEG* 2000, L 303/16).

⁵⁸ De richtlijnen spreken immers niet over of iemand zich in zijn waardigheid voelt aangetast (subjectief), maar of dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast (objectief).

ongewenst gedrag. Als laatste zou het bijvoorbeeld niet protesteren van de geïntimideerde tot de conclusie kunnen leiden dat er geen sprake is van een *ongewenste* gedraging.⁵⁹

2.5 Risico's

In dit hoofdstuk is de 'leegte' geschetst die in de wetgeving, literatuur en jurisprudentie geconstateerd wordt. Het begrip pesten, en dan met name de invulling daarvan, is niet in een artikel binnen de Nederlandse wetgeving vastgelegd en is daardoor een breed en abstract begrip. Een eenduidige definitie is niet te geven en de vraag is of dat überhaupt mogelijk is.

Van belang is om na te gaan of het wel verstandig is om een definitie van het begrip pesten vast te leggen. Pesten is met name een sociaal maatschappelijk probleem. Dit betekent automatisch dat de betekenis die je nu toekent aan het begrip, niet per definitie over 10 jaar nog steeds dekkend is. De maatschappij, mensen en hun gedragingen veranderen. Het is daarom niet uit te sluiten dat pesten, en vooral de manier waarop gepest wordt, ook zal veranderen. Het is ondoenlijk om het begrip continue aan te passen. Daarnaast ontstaat dan de vraag hoe vaak en wanneer dien je het aan te passen? Ook zal het probleem ontstaan of je, bij het vastleggen van de definitie, meer waarde toekent aan de subjectieve of de objectieve invulling. Door objectief en concreet een invulling te geven loop je het risico mensen (slachtoffers) uit te sluiten die daardoor geen recht op bescherming hebben. Dat kan nooit de bedoeling zijn. Maar door subjectief een invulling te geven aan de definitie schep je geen duidelijkheid. Immers blijft het per persoon verschillend wanneer er sprake is van pesten.

Door meer waarde te hechten aan de subjectieve invulling kan er ook gemakkelijker misbruik ontstaan. Immers het 'gevoel' van het slachtoffer is bepalend. Dit kan vergaande gevolgen hebben. Aan de andere kant kan het ook niet de bedoeling zijn dat het slachtoffer maar moet leven met het pesten. Zie ter vergelijking de redenering van het kabinet omtrent het weglaten van het woord 'ongewenst' bij het vastleggen van het begrip seksuele intimidatie⁶⁰. Het ging niet om, zoals de Hoge Raad en A-G Rank-Berenschot op 10 juli 2009 concludeerden, dat er gekeken dient te worden naar de bedoeling van de dader, maar er was nu juist beoogd dat het slachtoffer zich niet in allerlei bochten diende te wringen om zijn gevoel en idee, 'ik word gepest', te rechtvaardigen.

⁵⁹ Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 30 237, nr. 3 (MvT), p. 12 en *Kamerstukken II* 2002/03, 28 770 A, p. 15.

⁶⁰ Zie o.a. HR 10 juli 2009, *LJN* BI4209 (concl. A-G Rank-Berenschot onder 2.5), *Klijn* 2010 en Hoge Raad 10 juli 2009, *TRA* 2009, 79 (m.nt. Holmaat).

Hoofdstuk 3 De zorgplicht van de werkgever

In het voorgaande hoofdstuk is aandacht besteed aan het begrip pesten. In deze scriptie wordt, gezien de opleiding waarvoor deze scriptie wordt geschreven, de nadruk gelegd op de mogelijkheid van de werknemer om de werkgever aansprakelijk te stellen voor pesten. Één mogelijkheid die besproken wordt, is art. 7:658 BW.

Op grond van art. 7:658 BW heeft de werkgever een zorgplicht ten opzichte van de werknemer. Dit betekent dat de werkgever er voor moet zorgen dat de plaats, werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee gewerkt wordt, geen schade aan de werknemer toe brengen tijdens de werkzaamheden.⁶¹

De zorgplicht waartoe de werkgever op grond van dit artikel verplicht is, behelst ook de verplichtingen die de werkgever heeft op grond van de Arbowet.⁶² In hoofdstuk 7 zal hier nader op ingegaan worden.

3.1 De elementen van artikel 7:658 BW

De werkgever heeft op basis van lid 1 een verplichting. Deze verplichting kent verschillende elementen. Indien hij deze verplichting niet nakomt en er ontstaat schade, is hij voor deze schade aansprakelijk, art. 7:658 lid 2. Het is wel vereist dat de elementen van lid 1 niet zijn nagekomen. Het gaat daarbij om de volgende elementen:

1. de gereedschappen en omgeving waar arbeid wordt verricht;
2. maatregelen treffen en aanwijzingen verstrekken;
3. om te voorkomen dat de werknemer schade lijdt tijdens de werkzaamheden.

Om op basis van dit artikel te kunnen procederen, moet pesten op de werkvloer onder de reikwijdte van dit artikel vallen. Indien het gaat om pesten op de werkvloer wordt aan het eerste element voldaan. Het betreft immers de omgeving waar arbeid wordt verricht. Wil er sprake zijn van schending van de zorgplicht, dat is waar dit artikel over gaat, dan dient er voorts sprake te zijn van schade die is geleden door het verrichten van de arbeid (het derde element). Dat element kent dus 2 vereisten:

- Schade
- Veroorzaakt door de arbeid(ssituatie)

Dit is bij psychische schade⁶³ vaak moeilijker aan te tonen omdat er meerdere oorzaken aan ten grondslag kunnen liggen, maar ook omdat het niet altijd gemakkelijk is psychische schade 'te meten'. Aan de buitenkant is niet altijd te zien dat er sprake is van schade, in tegenstelling tot bijvoorbeeld een gebroken been.

Doordat het voor een werknemer moeilijker is aan te tonen dat er sprake is van psychische schade opgelopen tijdens de werkzaamheden, zal een werknemer in bijna alle gevallen meer moeten stellen dan alleen dat. Een werknemer zal daarom ook aan moeten tonen dat de werkgever geen maatregelen heeft getroffen om het pesten tegen te gaan en zijn zorgplicht dus heeft geschonden (het tweede element).⁶⁴

⁶¹ Zie voor de precieze formulering art. 7:658 lid 1 BW

⁶² Recht-van Gompel 2007, p. 39.

⁶³ In deze scriptie wordt er vanuit gegaan dat er (uitsluitend) psychische schade ontstaat.

⁶⁴ Zie o.a. HR 9 januari 2009, *RvdW* 2009, 172 (concl. A-G Spier onder 3.3.2), HR 11 maart 2005, *SR* 2005, 45, p. 224-228 (m.nt. Vegter onder 'zorgplicht als bedoeld in art. 7:658 BW' en 'Bewijslastverdeling in de casus van 11 maart 2005') en HR 11 maart 2005, *RvdW* 2005, 37 (concl. A-G Hartkamp; m.nt. Hartlief onder 6).

3.2 Psychische schade

Vallen de gevolgen van pesten⁶⁵ onder de schade zoals deze is omschreven in art. 7:658 BW? In de jurisprudentie en literatuur is hier discussie over geweest aangezien de Hoge Raad in zijn arrest van 30 januari 1998⁶⁶ in het midden liet of psychisch letsel ook onder de strekking van art. 7:658 BW viel. In zijn arrest van 11 maart 2005⁶⁷ maakte de Hoge Raad een einde aan deze discussie door te stellen dat psychisch letsel ook onder de reikwijdte van art. 7:658 BW valt. De Hoge Raad overwoog daartoe het volgende:

*'De tekst van art. 7:658 BW noch de geschiedenis van dit artikel dwingt tot een beperkte opvatting dat dit artikel slechts betrekking heeft op de situatie dat aan de werknemer fysieke schade is toegebracht. De ratio van de verhoogde aansprakelijkheid van de werkgever is, zowel in het geval van art. 7:658 BW ... niet zozeer gelegen in het fysieke karakter van de aantasting van de werknemer, maar in de omstandigheid dat de werkgever degene is die bepaalt op welke plaats, onder welke omstandigheden en met welke hulpmiddelen de werknemer moet werken. Dit is niet anders wanneer de werkomstandigheden niet fysiek, maar psychisch ziekmakend zijn.'*⁶⁸

Uit voornoemde overweging blijkt dat de Hoge Raad vindt dat psychisch letsel ook onder de reikwijdte van art. 7:658 BW kan vallen, nu de werkgever degene is die invloed uitoefent op de omstandigheden waaronder de werknemer werkt.⁶⁹ Daarnaast is het niet ongebruikelijk dat fysieke en psychische overbelasting samen voorkomen. Het dient niet uit te maken op welke manier de overbelasting bij de betreffende werknemer tot uiting komt. Dit zou leiden tot willekeurige uitsluiting van personen aangezien niet bij iedereen de overbelasting op eenzelfde manier tot uiting komt. Het lijkt daarom onjuist om de ene vorm van overbelasting wel onder de reikwijdte van art. 7:658 BW te laten vallen en de andere niet.⁷⁰ Daarbij kan aangemerkt worden dat anno 2011 (en ook al in 2005) in de maatschappij, steeds meer aandacht wordt besteed aan het welzijn van de werknemer in zijn totaliteit; zowel het fysieke als psychische aspect. Dat uit de wetgeschiedenis niet expliciet zou blijken dat psychisch letsel onder de reikwijdte van 7:658 BW valt, wil niet zeggen dat dit niet mogelijk is. Zoals eerder aangegeven betreft pesten een sociaal-maatschappelijk probleem dat onderhevig is aan veranderingen. Zeker in de loop der tijd kunnen er veranderingen optreden in de uitingsvorm, mate van voorkomen of de gevolgen. Het zou onmogelijk zijn om alle veranderingen continue ook door te voeren in de Nederlandse wetgeving. Er dient daarom geen strikte interpretatie van de wetgeschiedenis plaats te vinden, maar deze dient in het licht van de tegenwoordige tijd toegepast te worden.⁷¹

Het feit dat psychisch letsel onder de reikwijdte van art. 7:658 BW kan vallen, betekent nog niet dat daarmee de spreekwoordelijke kous af is. Er moet nog steeds voldaan worden aan de voorwaarden van art. 7:658 BW:

- (Uiteraard: *de gereedschappen en omgeving waar arbeid wordt verricht*⁷²);

⁶⁵ Hier wordt bedoeld de psychische schade, nu van fysieke schade al is aangenomen dat dat valt onder 7:658 BW, indien is voldaan aan alle voorwaarden. Fysieke schade is namelijk gemakkelijker vast te stellen.

⁶⁶ HR 30 januari 1998, *NJ* 1998, 476.

⁶⁷ HR 11 maart 2005, *JAR* 2005, 84.

⁶⁸ HR 11 maart 2005, *JAR* 2005, 84, r.o. 4.1.2.

⁶⁹ Ook in commentaren bij het arrest blijkt dat er veel argumenten zijn om art. 7:658 BW toe te passen bij psychisch letsel. Zie onder andere HR 11 maart 2005, *SR* 2005, 45, p. 224-228 (m.nt. Vegter), HR 11 maart 2005, *RvdW* 2005, 37 (concl. P-G Hartkamp; m.nt. Hartlief) en HR 30 januari 1998, *NJ* 1998, 476 (concl. A-G Langemeijer).

⁷⁰ Vgl. HR 11 maart 2005, *RvdW* 2005, 37 (concl. P-G Hartkamp onder 7) en HR 11 maart 2005, *RvdW* 2005, 37 (concl. P-G Hartkamp; m.nt. Hartlief onder 3).

⁷¹ Vgl. HR 11 maart 2005, *RvdW* 2005, 37 (concl. P-G Hartkamp; m.nt. Hartlief onder 5).

⁷² Element 1 uit paragraaf 3.1.

- de werkgever moet zijn zorgplicht hebben geschonden (oftewel *maatregelen treffen en aanwijzingen vertrekken*⁷³);
- er moet daadwerkelijk sprake zijn van schade⁷⁴;
- er moet sprake zijn van causaal verband^{75 76}.

Dit betekent dat psychische schade niet automatisch onder de strekking van art. 7:658 BW valt. De werkgever moet namelijk zijn zorgplicht hebben geschonden. Om van deze schending te spreken, moet in bepaalde mate concreet zijn wat de geschonden verplichting is en moet te verwachten zijn dat een 'ongeval' zal volgen. Het is vervolgens aan de werkgever om te bewijzen dat hij wel aan zijn zorgplicht heeft voldaan en dat hem geen verwijt kan worden gemaakt.⁷⁷ In de volgende paragraaf zal daar verder op ingegaan worden.

3.3 De bewijslast

De omkering van de bewijslast⁷⁸ maakt het de werknemer niet per definitie gemakkelijker. Hij dient voldoende gemotiveerd kenbaar te maken op welke grond de werkgever zijn verplichtingen op grond van art. 7:658 BW niet is nagekomen. Omdat het hierbij (in veel gevallen) gaat om alleen psychisch letsel heeft de werknemer alsnog een zware bewijslast. Hij zal voldoende bewijzen moeten overleggen dat hij psychische schade heeft die is veroorzaakt door de werksituatie en daarnaast vaak moeten aantonen dat de werkgever een bepaald voorschrift heeft overtreden en/of geen maatregelen heeft genomen. Dit omdat het moeilijk is aan te tonen dat de schade (uitsluitend) is veroorzaakt door de werkomstandigheden. De werknemer moet *meer* stellen en dat meerdere kan vaak in de schending van de zorgplicht worden gevonden⁷⁹.

Omdat er voor voorkoming van psychisch letsel veel minder richtlijnen en verplichtingen bestaan dan ten aanzien van voorkoming van fysiek letsel, zal het voor de werknemer moeilijker zijn om te bewijzen dat de werkgever fouten heeft begaan. Dit blijkt ook uit twee uitspraken die in de volgende paragraaf behandeld zullen worden.⁸⁰

Daarbij komt dat psychisch letsel altijd moeilijker voorzienbaar is dan fysiek letsel omdat niet iedereen hetzelfde reageert op bepaalde situaties. Bij psychisch letsel kan daarnaast ook sprake zijn van invloed van factoren buiten het werk om. Denk hierbij aan de persoonlijkheid van een werknemer, de thuissituatie en/of een problematisch verleden. Het causale verband tussen de ziekte en de werksituatie is daarom niet altijd eenvoudig aan te tonen. De persoonlijke omstandigheden van de werknemer zijn niet altijd een excuus waardoor een werkgever niet aansprakelijk zou zijn. Indien er sprake is van een lang dienstverband kan de rechter aannemen dat de werkgever op de hoogte had kunnen (en

⁷³ Element 2 uit paragraaf 3.1.

⁷⁴ Onderdeel van element 3 uit paragraaf 3.1.

⁷⁵ Onderdeel van element 3 uit paragraaf 3.1.

⁷⁶ HR 11 maart 2005, *SR* 2005, 45, p. 224-228 (m.nt. Vegter).

⁷⁷ HR 11 maart 2005, *SR* 2005, 45, p. 224-228 (m.nt. Vegter).

⁷⁸ De werknemer hoeft immers alleen gemotiveerd aan te voeren. Het is vervolgens aan de werkgever om tegenbewijs te leveren, art. 7:658 lid 2 BW. Naast de schade en het causale verband zal een werknemer bij psychische schade vaak ook aan moeten voeren dat er sprake is van schending van de zorgplicht, omdat het moeilijk is aan te tonen dat er sprake is van psychische schade en daarnaast dat deze schade uitsluitend is veroorzaakt door de werkomstandigheden.

⁷⁹ Zie o.a. HR 9 januari 2009, *RvdW* 2009, 172 (concl. A-G Spier onder 3.3.2), HR 11 maart 2005, *SR* 2005, 45, p. 224-228 (m.nt. Vegter onder 'zorgplicht als bedoeld in art. 7:658 BW' en 'Bewijslastverdeling in de casus van 11 maart 2005') en HR 11 maart 2005, *RvdW* 2005, 37 (concl. A-G Hartkamp; m.nt. Hartlief onder 6).

⁸⁰ Ktr. Hoorn, 25 oktober 2004, *JAR* 2005, 57 en Ktr. Terneuzen, 19 januari 2005, *JAR* 2005, 76.

moeten) zijn van de gesteldheid en/of karakter van de werknemer en dient hij daar rekening mee te houden^{81, 82}.

Het is voor een werknemer verstandig om kenbaar te maken dat de (psychische) druk hem te veel dreigt te worden of dat hij hier in ieder geval hinder van ondervindt. Op deze manier is gemakkelijker aan te tonen dat de werkgever zijn zorgplicht heeft geschonden, aangezien hij heeft nagelaten om maatregelen te treffen terwijl voorzienbaar was dat een werknemer ziek zou (kunnen) worden⁸³.

In de volgende paragraaf wordt ingegaan op diverse arresten en uitspraken. Daaruit blijkt dat het niet duidelijk is wanneer een werknemer voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat er sprake is van schade en dat deze is ontstaan door de werkzaamheden/tijdens de werkzaamheden. Met name het causaal verband kent een extra obstakel.

Indien je als werknemer aan wilt tonen dat de schade gerelateerd is aan de werkomstandigheden is het gunstig op het moment dat er naast eigen verklaringen en/of interpretaties ook rapporten of verslagen van deskundigen (o.a. huisartsen, medische behandelaren of internisten) zijn die dit verhaal bevestigen. Maar uit de praktijk blijkt vaak dat Arbo-artsen huiverig zijn om aan te geven dat de specifieke werkomstandigheden die de werknemer aanhaalt, hebben geleid tot schade. Immers is de werkgever de opdrachtgever en het is een hele stap om dan te constateren dat er sprake is van pesten binnen het bedrijf. Er wordt wel aangegeven dat er sprake *kan* zijn van werkomstandigheden die psychische schade opleveren. Daarbij speelt het wellicht een rol dat de Arbo-arts geen echte 'expert' is op het gebied van pesten en/of sociale werkomstandigheden en de gevolgen daarvan.⁸⁴

3.4 Jurisprudentie

Ondanks dat art. 7:658 BW een omkering van de bewijslast kent voor de werknemer, is er sprake van een zware bewijslast omdat het gaat om psychisch letsel. Dit blijkt onder andere uit uitspraken van de Kantonrechter in Hoorn van 25 oktober 2004⁸⁵ en de Kantonrechter in Terneuzen van 19 januari 2005⁸⁶.

Hetgeen dat aangevoerd wordt door de werknemer mag niet te algemeen zijn en moet met voldoende bewijzen onderbouwd worden. De werknemer moet dus concreet maken waarom de werkgever zijn zorgplicht heeft geschonden en op welke manier. Daarnaast hechtten beide kantonrechters veel belang aan het kenbaarheidsvereiste. Zolang de werkgever niet weet of behoort te weten dat er sprake is van een belastende situatie voor de werknemer, kan deze er ook niets aan doen.⁸⁷ Daar tegenover staat een uitspraak van de kantonrechter te Heerlen van 19 april 2006⁸⁸ die van mening is dat een werkgever wel bekend dient te zijn met de situatie, maar dat aan het begrip 'bekend' niet alleen een subjectieve betekenis toegekend dient te worden. Indien het duidelijk is dat de situatie te belastend is, dient een werkgever hier naar te handelen ongeacht of een werknemer kenbaar heeft gemaakt last te ondervinden van deze situatie.⁸⁹

⁸¹ Ktr. Rotterdam 18 september 2000, *JAR* 2000, 244.

⁸² HR 11 maart 2005, *SR* 2005, 45, p. 224-228 (m.nt. Vegter).

⁸³ Dit wordt ook wel het kenbaarheidsvereiste genoemd. Zie ook paragraaf 3.1.4.

⁸⁴ Dit blijkt uit onder andere rondvraag bij het stageverlenende adres.

⁸⁵ Ktr Hoorn, 25 oktober 2004, *JAR* 2005, 57.

⁸⁶ Ktr. Terneuzen, 19 januari 2005, *JAR* 2005, 76.

⁸⁷ Vegter 2005-8, p. 6 en ook HR 3 april 2009, *RvdW* 2009, 494 (concl. A-G Spier onder 3.11 – 3.13.1)

⁸⁸ Ktr. Heerlen 19 april 2006, *RAR* 2006, 94.

⁸⁹ Ktr. Heerlen 19 april 2006, *RAR* 2006, 94, r.o. 3.8.

Door de Kantonrechter in Terneuzen werd uitdrukkelijk gesteld dat daar geen sprake was van aansprakelijkheid van de werkgever aangezien de zwaarte inherent was aan de functie. Tevens was de kantonrechter van mening dat er sprake zou kunnen zijn van schending van de zorgplicht door de werkgever, indien hij wist of moest weten dat de langdurige overbelasting van de werknemer zou kunnen leiden tot een psychische ziekte/letsel.⁹⁰ Zoals gesteld in eerdere hoofdstukken kan algemeen aangenomen worden dat pesten zeer vergaande (psychische) gevolgen kan hebben. Zeker als het pesten, de overbelasting, lang aanhoudt.

Nadeel van het kenbaarheidsvereiste is dat werknemers die niet klagen, niet beschermd worden. Dit lijkt onterecht nu bij pesten schaamtegevoel vaak een rol speelt. Daarnaast is er niet altijd erkenning voor het pesten waardoor een werknemer de stap niet durft te nemen om aan de werkgever kenbaar te maken dat er sprake is van psychische overbelasting. Dit zal zeker het geval zijn indien de werkgever mee doet aan de pesterijen of zelfs de aanstichter is.

Er zijn weinig uitspraken bekend waarbij het ging om schending van de zorgplicht van de werkgever bij pesten op de werkvloer. Hieronder wordt een overzicht van uitspraken over pesten/art. 7:658 BW gegeven en waarom deze van belang zijn en/of iets op kunnen leveren voor de onderbouwing van de vordering.⁹¹

- Ktr. Sneek 18 augustus 2010, *Prg.* 2010, 232. De werkgever is ook aansprakelijk voor schade die door andere werknemers wordt toegebracht.
- Ktr. Amsterdam 22 september 2009, *Prg.* 2009, 208. Een beroep op art. 7:658 BW kan niet slagen indien het de grondslag betreft dat de werkgever niet voldoende re-integratie-inspanningen heeft verricht. De veiligheidsnorm van art. 7:658 BW beoogt namelijk (fysiek/psychisch) letsel te voorkomen en ziet dus niet op de re-integratieverplichtingen.
- Hof 's-Hertogenbosch 25 augustus 2009, *RAR* 2009, 160. Ondanks dat er weinig concrete normen zijn hoe een werkgever psychisch letsel dient te voorkomen, grijpt het Hof hier terug naar concrete bepalingen uit de Arbeidstijdenwet. In de Arbowet staan wellicht geen concrete normen met betrekking tot het voorkomen van psychisch letsel, maar er wordt wel duidelijk gemaakt waar een werkgever aan dient te voldoen en welke maatregelen hij moet treffen (art. 3, 4 en 5 Arbowet). De burn-out werd aangenomen door het Hof op grond van bevindingen van de huisarts, verzekeringsgeneeskundige en medisch adviseur.
- Ktr. Utrecht 20 mei 2009, *RAR* 2009, 119. Alleen aantonen dat er causaal verband is tussen schade en werkzaamheden, is niet per definitie genoeg. De werkgever kan aantonen dat hij aan de zorgplicht heeft voldaan en zodoende niet aansprakelijk is. Verouderde RI&E's⁹² betekenen geen schending van de zorgplicht indien er continue aandacht voor is.
- HR 3 april 2009, *RvdW* 2009, 494⁹³. Bij sommige functies hoort een bepaalde psychische druk nu deze druk inherent is aan de functie. Het is aan de werknemer om aan te geven als het te veel wordt en dit ook te blijven doen. Dit zal de werknemer ook moeten bewijzen door middel van bewijsmiddelen, enkel uitlatingen of beweringen zijn niet voldoende.⁹⁴

⁹⁰ Vegter 2005-8, p. 6.

⁹¹ Het gaat hierbij ook om arresten over art. 7:658 BW algemeen waarbij aandacht wordt besteed aan de schending van de zorgplicht door de werkgever bij ander psychisch letsel (bijv. een burn-out) en/of de bewijslast binnen dit artikel.

⁹² Risico-Inventarisatie en Evaluatie.

⁹³ Is de cassatie-uitspraak die volgt op Ktr. Terneuzen 19 januari 2005, *JAR* 2005, 76.

⁹⁴ Zie ook HR 3 april 2009, *RvdW* 2009, 494 (concl. A-G Spier onder 2.5.2 en 3.11)

- Ktr. Amsterdam 14 januari 2009, *JAR* 2009, 65⁹⁵. Schending van de zorgplicht werd aangenomen doordat de werkgever op de hoogte kon zijn van de druk die de werknemer voelde. Toch heeft hij nagelaten iets te ondernemen om de druk weg te nemen. Ook tijdens de re-integratie heeft de werkgever niet juist gehandeld door werknemer te willen laten re-integreren op de oude afdeling terwijl zowel werknemer als zijn leidinggevende op die afdeling, daar problemen mee hadden. Volledige schadevergoeding werd niet aangenomen omdat ten eerste onbekend was hoe lang de arbeidsongeschiktheid van de werknemer nog zou duren. Daarnaast was de werknemer pas kort in dienst bij de werkgever waardoor het moeilijk is vast te stellen wat het dienstverband zou zijn geweest. Ook zijn er andere factoren die mede de burn-out hebben veroorzaakt, waaronder de grote inzet van de werknemer.
- HR 9 januari 2009, *RvdW* 2009, 172. Om aanspraak te maken op omkering van de bewijslast van art. 7:658 BW dient werknemer te stellen en aannemelijk te maken dat de schade die hij lijdt, is veroorzaakt door de werkzaamheden.⁹⁶
- HR 12 december 2008, *RvdW* 2009, 35. De omvang van de zorgplicht van art. 7:658 BW wordt bepaald door hetgeen op grond van de regelgeving op het terrein van de arbeidsomstandigheden van de werkgever geleverd wordt.⁹⁷ Daarmee wordt verwezen naar de Arbowet(geving). Indien de werkgever zich niet houdt aan de in deze wet gestelde verplichtingen, zou hij zijn zorgplicht schenden.
- Ktr. Utrecht 2 mei 2007, *JAR* 2007, 136. Werkgever schond zijn zorgplicht nu hij onder andere niet kon bewijzen dat er RI&E's of een plan van aanpak waren opgesteld. Alleen een (anti-agressie)beleid ontwikkelen is onvoldoende, dit dient ook uitgevoerd te worden. Dit kan analoog van toepassing zijn bij (beleid tegen) pesten.
- CRvB 15 februari 2007, *TAR* 2007, 87⁹⁸. Ondanks dat hier sprake is van het ambtenarenrecht geeft de Raad zelf aan de criteria voor civiele aansprakelijkheid, zoals geschetst door de Hoge Raad, te volgen. Deze worden wel beperkt aangezien de Raad van mening is dat de werkgever geen preventieve bescherming hoeft te bieden tegen alle denkbare spanningen op de werkvloer. Indien het gaat om psychische schade moeten de factoren een, objectief bezien, buitensporig karakter hebben. Hier is geen sprake van omdat een meningsverschil en/of een andere prioriteitstelling wellicht een negatieve invloed hebben op de werksfeer, maar de werkomstandigheden hebben nog geen buitensporig karakter.
- Rb Leeuwarden 12 december 2006, *JAR* 2007, 28. De werknemer heeft onvoldoende bewezen⁹⁹ dat de ziekte is ontstaan door de situatie op het werk. Er moet dus duidelijk sprake zijn van een verband tussen de ziekte en de manier waarop de werkgever heeft gehandeld.
- Ktr. Heerlen 23 augustus 2006, *NJ* 2007, 225. De rechter vindt dat de werknemer voldoende heeft gemotiveerd dat hij psychisch letsel heeft opgelopen in de werkzaamheden. Dit door een rapport te overleggen dat is opgesteld door een deskundige binnen het vakgebied psychiatrie. Daarnaast is de rechter van mening

⁹⁵ Bijzondere uitspraak nu de werknemer in een eerdere procedure de ontbinding van de arbeidsovereenkomst had verzocht en daarbij expliciet heeft aangegeven dat de rechter geen rekening diende te houden met de schade die werknemer had geleden op grond van art. 7:611/7:658 BW. De vergoeding van deze schade vordert hij in deze nieuwe procedure.

⁹⁶ NB: HR 9 januari 2009, *RvdW* 2009, 172 (concl. A-G Spier onder 3.3.2): Volgens de A-G dient causaal verband niet aangetoond te worden indien duidelijk is dat de werkgever duidelijk in zijn zorgplicht is tekort geschoten.

⁹⁷ HR 12 december 2008, *RvdW* 2009, 35, r.o. 3.5.2.

⁹⁸ Zie ook CRvB 8 september 2005, *SR* 2006, 13.

⁹⁹ Alleen dringend aanspreken op het functioneren en daaruit voortvloeiende disciplinaire maatregelen, is onvoldoende. Ook was de werkgever niet op de hoogte van de ziekte en kon hij dit ook niet zijn.

dat de werkgever op grond van art. 3 lid 1 sub c Arbowet 1998¹⁰⁰ voor een goed evenwicht dient te zorgen tussen de belasting in psychische en fysieke zin. Een schending van deze norm die leidt tot psychische schade valt daarom ook onder de reikwijdte van art. 7:658 BW.

- HR 2 juni 2006, *RAR* 2006, 97. De kantonrechter was van mening dat, ondanks een deskundige het niet aannemelijk vond dat er sprake was van een causaal verband tussen de RSI en de werkzaamheden, de werkgever aansprakelijk was omdat hij niet kon aantonen dat de RSI niet is ontstaan door de werkzaamheden. Het hof was het daar niet mee eens en kwam daardoor niet meer toe aan de vraag of de werkgever wel had voldaan aan de eisen om het te voorkomen.¹⁰¹
- CRvB 16 mei 2006, *TAR* 2006, 90. De zorgplicht van de werkgever behelst tevens het voorkomen van werkomstandigheden die psychisch ziekmakend zijn. Desondanks dient er een causaal verband te zijn tussen de ziekte en de werkomstandigheden. De werkomstandigheden dienen, objectief gezien, een buitensporig karakter te hebben. Dit werd aangenomen door de verklaringen van collega's en van de aanstichters die het gedrag goed wilde praten. Daarnaast trof werkgever geen doeltreffende maatregelen. Een assertiviteitstraining werd niet gezien als een adequate reactie omdat de werkgever daarmee aan zou geven dat het de schuld van werknemer zou zijn. Het persoonlijke karakter van werknemer kan van invloed zijn, maar hiervoor is onvoldoende bewijs aangeleverd door de werkgever.
- HR 11 maart 2005, *JAR* 2005, 84. Ook psychisch letsel valt onder de reikwijdte van art. 7:658 BW
- Ktr. Terneuzen 19 januari 2005, *JAR* 2005, 76. Indien een werkgever wist of behoorde te weten dat de situatie voor overbelasting van de werknemer zorgde, dient hij daar naar te handelen. Indien hij dit nalaat is er sprake van schending van de zorgplicht, art. 7:658 BW.
- Ktr. Terneuzen 29 september 2004, *LJN* AR4255. Eerste zaak waarin schadevergoeding werd toegekend voor de gevolgen van een burn-out. Er wordt een signaal afgegeven dat de werkgever de verplichting heeft om een werknemer te beschermen tegen (te) zware psychische belasting.¹⁰²
- CRvB 26 mei 2004, *TAR* 2005, 19. Ook hier wordt gesproken over omstandigheden die een abnormaal en excessief karakter hebben, waardoor psychisch letsel ontstaat. De Raad acht de werkgever aansprakelijk voor de gedragingen van een andere werknemer die een collega jarenlang heeft bejegend¹⁰³, aangezien aan alle voorwaarden van art. 6:170 BW is voldaan¹⁰⁴. De werkgever had op de hoogte kunnen zijn van het gedrag van de werknemer en had maatregelen moeten treffen. Nu dit niet is gebeurd, is de werkgever aansprakelijk voor de geleden schade (zowel materiële als immateriële schade werd vergoed).
- Ktr. Rotterdam 19 augustus 1997, *RN* 1998, 873. Ook immateriële schade kan in aanmerking komen wegens het psychisch lijden onder (seksuele) intimidatie.

¹⁰⁰ Anno 2011 is er de Arbowet in plaats van de Arbowet 1998, dit is verder niet van invloed nu sinds 2007 de term pesten expliciet is opgenomen, zie hierover ook hoofdstuk 2. Artikelen uit de Arbowet 1998 kunnen analoog toegepast worden nu deze artikelen alleen uitgebreid zijn door concreet meer termen onder het bereik van deze artikelen te laten vallen.

¹⁰¹ De Hoge Raad acht zich niet bevoegd om over de zaak te oordelen nu de aangevoerde middelen niet tot cassatie kunnen leiden. De werkgever bleef dus niet aansprakelijk.

¹⁰² Homan 2004.

¹⁰³ Op onheuse en onbehoorlijke manier leveren van ongenueanceerd commentaar, gebruik van verbaal geweld en door de onvoorspelbaarheid werd een sfeer van angst en intimidatie gecreëerd.

¹⁰⁴ Er was namelijk sprake van een functioneel verband met het werk aangezien de werkgever de 'pester' tot leidinggevende had benoemd en daarnaast had de werkgever zeggenschap over de gedragingen van de 'pester' aangezien hij heeft ingegrepen, zij het te laat.

- CRvB 9 mei 1994, TAR 1994, 151. Ondanks dat het hier geen gewone arbeidsovereenkomst betreft (de Ambtenarenwet is van toepassing), is deze uitspraak wel interessant gezien de zorgplicht. Het betreffende artikel van de Ambtenarenwet vereist een causaal verband tussen de ziekte enerzijds en de werkomstandigheden anderzijds waardoor dit overeenkomt met art. 7:658 BW. Daarnaast moet er objectief sprake zijn van omstandigheden die een abnormaal en excessief karakter hebben. In deze casus wordt dat aangenomen nu de leidinggevende van werknemer systematisch allerlei ‘pesterijen’ heeft uitgehaald¹⁰⁵ waardoor werknemer uiteindelijk ziek is geworden.

Uit bovenstaande rechtspraak is de voorlopige conclusie te trekken dat het beeld erg wisselend is. Wat bij de ene rechter voldoende bewezen wordt geacht, zal niet automatisch voldoende zijn bij een andere rechter. Belangrijk is dat:

- De werkgever ook aansprakelijk gehouden kan worden voor gedragingen van zijn werknemers jegens een andere werknemer.
- Hoe psychische schade (o.a. burn-out) aangetoond dient te worden/wanneer het wordt aangenomen, is wisselend. Een verklaring van huisarts, verzekeringsdeskundige en medisch adviseur is voldoende, maar ook één rapport van een deskundige kan voldoende zijn.
- De zorgplicht dient ingevuld te worden aan de hand van de arbowetgeving.
- Te weinig RI&E's/plan van aanpak, kan schending van de zorgplicht opleveren in combinatie met andere omstandigheden/factoren.
- Causaal verband zou niet aangetoond hoeven te worden indien op voorhand duidelijk is dat er sprake is van schending van de zorgplicht.
- Verklaringen van collega's en/of aanstichters kunnen voldoende bewijs zijn dat er sprake is van pestgedrag.
- Een assertiviteitstraining aanbieden aan het 'slachtoffer' is niet aan te merken als een maatregel waardoor de werkgever voldaan zou hebben aan zijn zorgplicht.

3.5 Vergoeding

Op grond van art. 7:658 BW kan er een zelfstandige procedure gevoerd worden waarbij een schadevergoeding wordt gevorderd. Zoals aangegeven in de inleiding¹⁰⁶ dient concreet de geleden schade berekend te worden omdat het om een schadevergoeding gaat. Dit kan bestaan uit vermogensschade en ander nadeel. Met name het laatste gedeelte, de vergoeding van ander nadeel ex art 6:106 BW, kan problemen opleveren. Er zijn namelijk geen regels en/of standaarden hoe je dat bedrag dient te berekenen.¹⁰⁷

Dat er wel een vergoeding gevraagd kan worden voor de immateriële schade blijkt uit een uitspraak van de Kantonrechter te Rotterdam van 19 augustus 1997¹⁰⁸. In deze zaak ging het over seksuele intimidatie en werd vastgesteld dat de werknemer ziek was geworden door de seksuele intimidatie en daarvoor ook psychologische hulp heeft moeten inschakelen. De rechter heeft aangenomen dat:

‘Daarnaast is aannemelijk geworden, dat M ernstig te lijden heeft gehad onder seksuele intimidaties van haar directe chef C ... , maar er is onvoldoende gedaan om het geschonden

¹⁰⁵ O.a.: ontnemen van steeds meer taken/bevoegdheden en lopende projecten, poging opzegging lidmaatschap beroepsorganisaties, personalia schrappen uit personeelsgids, post niet aan laten komen/achterhouden, telefoongesprekken niet doorverbinden en niet laten bijwonen van relevante vergaderingen

¹⁰⁶ Zie noot 7.

¹⁰⁷ In deze scriptie zal daar ook niet verder op ingegaan worden, nu het onderwerp de aansprakelijkheid van de werkgever is en niet de hoogte van een eventuele schadevergoeding of de berekening daarvan.

¹⁰⁸ Ktr. Rotterdam 19 augustus 1997, RN 1998, 873.

*vertrouwen van M in de leiding van het bedrijf te herstellen, ... Verder is aannemelijk, dat M als gevolg van seksuele intimidaties van C ziek is geworden en zich onder psychiatrische behandeling heeft moeten stellen. Dit zijn omstandigheden die in ieder geval voor rekening en risico van X komen, daargelaten wat de directeur persoonlijk heeft gedaan om C te corrigeren. Onder deze omstandigheden is een hogere vergoeding dan gebruikelijk geïndiceerd, terwijl er tevens aanleiding is M een vergoeding wegens immateriële schade toe te kennen.*¹⁰⁹

Zoals eerder aangegeven kunnen pesterijen en seksuele intimidatie voor een groot gedeelte onder één lijn geschaard worden aangezien ze veel overeenkomsten hebben. Vergoeding van immateriële schade die veroorzaakt is door (de gevolgen van het) pesten zou dus mogelijk moeten zijn.¹¹⁰

Een voordeel, en wellicht ook een nadeel, voor de werknemer om op grond van art. 7:658 BW te procederen, is dat dit artikel geen aandacht besteedt aan de eigen schuld van de werknemer. De werkgever is volledig aansprakelijk of helemaal niet aansprakelijk. Er wordt geen rekening gehouden met de eigen schuld van de werknemer. De werkgever dient, indien hij aansprakelijk is, het gehele bedrag aan schadevergoeding te betalen. De werknemer kan alleen iets verweten worden indien er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid, wat in de meeste gevallen moeilijk te bewijzen zal zijn in gevallen waarbij het gaat om pestgedrag op de werkvloer¹¹¹. Het nadeel hieraan is dat indien het niet 100 % zeker is of de werkgever aansprakelijk is, de werknemer helemaal niets kan krijgen. Er is namelijk geen tussenweg mogelijk.¹¹²

¹⁰⁹ Ktr. Rotterdam 19 augustus 1997, RN 1998, 873 onder 'De beoordeling van het verzoek:'.

¹¹⁰ Uitspraken waarin expliciet op grond van art. 7:658 BW immateriële schadevergoeding wordt toegekend wegens pesten zijn niet gevonden. Wel zijn er uitspraken over de 7:685-procedures waarbij expliciet immateriële schadevergoeding werd toegekend wegens het pesten. Dit zijn o.a. Ktr. Utrecht 9 augustus 1993, Prg. 1993, 3939 en Ktr. Zutphen 15 oktober 1991, Prg. 1992, 3614. In 1996 is de kantonrechttersformule vastgelegd, waardoor er deze uitspraken nog geen gebruik van werd gemaakt en 'los' een immateriële schadevergoeding is toegekend.

¹¹¹ Immers is het moeilijk te bewijzen dat een werknemer met opzet zichzelf liet pesten of er bewust roekeloos mee omging.

¹¹² HR 11 maart 2005, SR 2005, 45, p. 224-228 (m.nt. Vegter).

Hoofdstuk 4 Goed werkgeverschap

Indien een procedure op grond van 7:658 BW niet mogelijk is, omdat bijvoorbeeld niet bewezen kan worden dat er sprake is van schade veroorzaakt door/tijdens de werkzaamheden of schending van de zorgplicht door de werkgever, kan er eventueel geprocedeerd worden op grond van art. 7:611 BW. Art. 7:658 BW is te zien als een lex specialis ten opzichte van art. 7:611 BW, de lex generalis. Art. 7:611 BW heeft dus een grotere reikwijdte dan art. 7:658 BW. Doordat dit artikel alleen de algemene verplichting geeft dat zowel werknemer als werkgever zich als goed werknemer/werkgever moet gedragen, zijn er veel situaties denkbaar die onder de reikwijdte van dit artikel kunnen vallen.¹¹³

In paragraaf 3.1 is uitgelegd dat een werknemer op grond van art. 7:658 BW een procedure kan starten om een schadevergoeding voor de geleden schade te vorderen. Procederen op grond van art. 7:611 BW ligt wat ingewikkelder. Dit heeft mede te maken met de exclusieve werking van art. 7:685 BW.

Het komt er op neer dat procederen op grond van art. 7:611 BW alleen mogelijk is indien de procedure van art. 7:685 BW nog niet is doorlopen. Dit komt omdat bij de ontbindingsprocedure de rechter alle factoren dient mee te wegen om tot een oordeel te komen over onder andere de hoogte van de (eventuele¹¹⁴) vergoeding. Daarbij gaat het dus mede om de redelijkheid en billijkheid oftewel goed werkgeverschap. Het is niet mogelijk om die factoren nogmaals aan te voeren in een nieuwe procedure waarbij een schadevergoeding wordt gevorderd op grond van schending van goed werkgeverschap, art. 7:611 BW. Dit is alleen mogelijk als de rechter expliciet aangeeft (bepaalde) factoren niet mee te nemen in zijn oordeel en hiervoor naar een aparte procedure verwijst.¹¹⁵ De exclusieve werking van art. 7:685 BW geldt alleen voor de factoren die toezien op de beëindiging. Wil de werknemer een schadevergoeding vorderen voor zaken die al speelden, is, het wel mogelijk een zelfstandige procedure op grond van art. 7:611 BW te voeren. Er moet dus onderscheid gemaakt worden naar de grondslag van de vordering.¹¹⁶

NB: de exclusieve werking van art. 7:685 BW geldt alleen ten aanzien van art. 7:611, niet ten aanzien van art. 7:658 BW. De factoren die ten grondslag liggen aan de vordering van 7:658 BW mogen wel meespelen bij de beoordeling van art. 7:685 BW en vice versa.

4.1 Artikel 7:611 BW en de bewijslast

Zoals gezegd is art. 7:611 BW te zien als een vangnet-bepaling ten opzichte van art. 7:658 BW. Vaak worden deze artikelen primair en subsidiair aangevoerd. Mocht primair het beroep op art. 7:658 BW niet slagen is er altijd nog een kans op grond van art. 7:611 BW. Er kan gedacht worden aan situaties waarbij het niet duidelijk is of de werkgever zeggenschap over de situatie had.¹¹⁷

¹¹³ Gekscherend wordt er wel eens gesteld dat het arbeidsrecht altijd nog omvangen wordt door het grote, warme deken van art. 7:611 BW; goed werkgever-/werknemerschap. Oftewel indien onduidelijk is welk artikel van toepassing zou kunnen zijn, is art. 7:611 BW (bijna) altijd nog mogelijk.

¹¹⁴ Dit is afhankelijk van de grond waarop geprocedeerd wordt, verandering van de omstandigheden of dringende reden. Zie paragraaf 5.3.

¹¹⁵ Dit wordt de Baijingsleer genoemd.

¹¹⁶ Gaarhuis 2010, HR 1 maart 2002, NJ 2003, 210, HR 1 maart 2002, NJ 2003, 211 en HR 2 april 2004, NJ 2006, 212.

¹¹⁷ Recht-van Gompel 2007, p. 44.

Art. 7:611 BW is, zo mogelijk, nog abstracter dan het begrip pesten. Het artikel legt zowel de werkgever als de werknemer de verplichting op om zich te gedragen als goed werkgever respectievelijk goed werknemer. Meer handvatten biedt dit artikel niet. Wat er verstaan wordt onder goed werkgever-/werknemerschap is onduidelijk. Hier is geen eenduidige definitie van te geven en dit verschilt per situatie. Indien er een beroep op dit artikel wordt gedaan, is er automatisch sprake van een zwaardere bewijslast. Wat heeft de werkgever gedaan en waarom is dat te kwalificeren als slecht werkgeverschap?

In tegenstelling tot art. 7:658 BW kent dit artikel geen omkering van de bewijslast. Gemotiveerd aantonen is dus niet voldoende.¹¹⁸ De werknemer zal moeten aantonen wat er is gebeurd en waarom de werkgever heeft gehandeld als een slecht werkgever. Van een werknemer kan verlangd worden dat hij het verband tussen zijn ziekte en de druk die de werkgever op hem uitoefent, aantoont.¹¹⁹ De algemene regel, wie stelt bewijst, van art. 150 Rv. is bij dit artikel onverkort van toepassing. Een werknemer zal aan moeten tonen dat er schade is, hoe die schade is ontstaan, wat de gevolgen zijn, welk verwijt de werkgever valt te maken en waarom dat er geen sprake is van goed werkgeverschap. Wat als geldig en voldoende bewijs wordt aangemerkt, is moeilijk te duiden. De ene rechter zal genoeg nemen met één enkel rapport van een deskundige, een andere rechter vindt dit wellicht onvoldoende en wenst meer bewijs.¹²⁰

Een ander nadeel, naast de zwaardere bewijslast, is dat de eigen schuld van de werknemer meegewogen wordt¹²¹. Naast het aantonen van de schade die is geleden omdat de werkgever zich niet als goed werkgever heeft gedragen, dient de werknemer aan te tonen dat hem geen verwijt valt te maken. Zo kan er sprake zijn van 'eigen schuld' indien de werknemer nog lang doorwerkt terwijl hij stelt dat hij gepest werd.¹²²

4.2 Aansprakelijkheid van de werkgever

Of aansprakelijkheid van de werkgever voor pesten op de werkvloer onder de reikwijdte van art. 7:658 BW en/of 7:611 BW valt is niet eenduidig te zeggen. Ook uit de literatuur blijkt dat de meningen daarover verschillen.¹²³

Ondanks dat psychisch letsel onder de reikwijdte van art. 7:658 BW valt, wil dit niet zeggen dat al het psychisch letsel onder de reikwijdte van art. 7:658 BW valt. Hierbij is te denken aan psychisch letsel door bijvoorbeeld personeelsbeslissingen.¹²⁴ Maar wat als de werknemer dit kwalificeert als pesten van de werkgever? Hierbij speelt het aspect dat is behandeld in paragraaf 2.4 een belangrijke rol. Wat een werknemer ervaart als pesten, is niet altijd per definitie pesten. Maar indien de werknemer de werkgever aansprakelijk wil stellen, welk artikel biedt dan de gunstigste positie? Het is daarom dat er vaak op basis van beide artikelen geprocedeerd wordt.¹²⁵

¹¹⁸ HR 11 maart 2005, *SR* 2005, 45, p. 224-228 (m.nt. Vegter).

¹¹⁹ Rb. Leeuwarden 12 december 2006, *JAR* 2007, 28.

¹²⁰ Rb. Leeuwarden 12 december 2006, *JAR* 2007, 28.

¹²¹ Op grond van art. 6:101 BW.

¹²² Ktr. Arnhem 25 juni 2008, *JAR* 2008, 230. De werknemer werd geen vergoeding toegekend aangezien de kantonrechter het niet aannemelijk vond dat werknemer last had van het pesten. Dit omdat hij nog driekwart jaar heeft doorgewerkt en ook meer uren is gaan werken.

¹²³ O.a. HR 11 maart 2005, *RvdW* 2005, 37 (concl. P-G Hartlief; m.nt. Hartlief).

¹²⁴ HR 11 maart 2005, *RvdW* 2005, 37 (concl. P-G Hartlief; m.nt. Hartlief onder 7).

¹²⁵ Primair art. 7:658 BW vanwege de omkering van de bewijslast en geen weging eigen schuld en subsidiair art. 7:611 BW. Daarbij vorder je van specifiek (7:658 BW) naar meer algemeen (7:611 BW).

Aansprakelijkheid op grond van art. 7:611 BW lijkt wel steeds sneller aangenomen te worden. Ter illustratie twee korte besprekingen van een arrest en een uitspraak waarbij de aansprakelijkheid op grond van art. 7:611 BW erg ver ging:

- HR 18 maart 2005, *JAR* 2005, 100 (KLM-piloot). Een piloot krijgt een verkeersongeval op het moment dat hij richting een restaurant wil gaan met een taxi, omdat hij aan het wachten is tussen de heen- en terugvlucht. Aansprakelijkheid van de werkgever op grond van art. 7:611 BW wordt door het hof aangenomen aangezien de wachttijden inherent zouden zijn aan de werkzaamheden en dat van de werkgever verwacht mocht worden dat hij een deugdelijke verzekering hiervoor zou afsluiten.¹²⁶ De Hoge Raad gaat niet in op het feit of de aansprakelijkheid aangenomen dient te worden op grond van art. 7:658 of 7:611 BW en kijkt alleen of er sprake is van een relatie tot het werk. Daardoor zou geconcludeerd kunnen worden dat aansprakelijkheid op grond van art. 7:611 BW (bijna) altijd mogelijk is.
- Ktr. Delft 16 juni 2005, *JAR* 2005, 159 (Fietser). Een werknemer ging op de fiets naar haar cliënten toe. Door de gladheid is zij gevallen en heeft ze een been gebroken. Ondanks dat het volgens de rechter aan te merken was als 'onder werktijd', werd aansprakelijkheid op grond van art. 7:658 BW niet aangenomen omdat de werkgever een beleid voerde dat bij slecht weer de werknemers een taxi konden nemen of cliënten af mochten bellen. Aansprakelijkheid op grond van art. 7:611 BW werd wel aangenomen omdat de werkgever niet had gewaarschuwd en geen deugdelijke verzekering had afgesloten.¹²⁷

Uit deze jurisprudentie, en ook uit de literatuur, zou geconcludeerd kunnen worden dat ondanks dat de werkgever zich aan zijn zorgplicht heeft gehouden (aansprakelijkheid op grond van art. 7:658 BW is uitgesloten), het wel mogelijk is dat hij het beginsel van goed werkgeverschap schendt.¹²⁸ Dit zou een gunstig uitgangspunt voor de werknemer zijn, omdat het daardoor mogelijk is de werkgever altijd aansprakelijk te kunnen stellen. Dit lijkt echter geen haalbare kaart omdat het onmogelijk is (en zou moeten zijn) om de werkgever te allen tijde voor alle (met name psychische) schades aansprakelijk te stellen.

Een voorbeeld daarvan is de uitspraak van de Rechtbank Leeuwarden 12 december 2006¹²⁹. Het ging om een schizofrene werknemer die stelde dat door gedragingen van de werkgever (die hij tevens aanmerkte als pestgedrag) zijn ziekte zich had gemanifesteerd waardoor er sprake was van schending van de zorgplicht (7:658 BW) dan wel schending van goed werkgeverschap (7:611 BW). Op beide gronden werd aansprakelijkheid niet gehonoreerd aangezien:

- de werkgever een bedrijfsarts had ingeschakeld;
- de gedragingen die door de werknemer als pesten werden afgedaan niet als zondanig bewezen konden worden;
- de (disciplinaire) maatregelen die de werkgever had getroffen niet als disproportioneel of als slecht werkgeverschap beschouwd konden worden;
- de tekenen die werknemer vertoonde door de werkgever niet als tekenen voor schizofrenie opgevat hoefde te worden, nu zelfs zijn artsen pas op een later tijdstip tot de conclusie kwamen dat de werknemer aan deze ziekte leed.

Uit diverse jurisprudentie (die ook in de volgende paragraaf behandeld zal worden) blijkt dat het niet duidelijk is wanneer er sprake is van schending van goed werkgeverschap en hoe je

¹²⁶ Ondanks dat het initiatief tot het nemen van de taxi bij de vriendin van de piloot lag.

¹²⁷ Recht-van Gompel 2007, p. 47.

¹²⁸ Recht-van Gompel 2007, p. 48.

¹²⁹ Rb. Leeuwarden 12 december 2006, *LJN* AZ6030.

dit als werknemer kan aantonen. Dat echter al sinds lange tijd door onder andere de Hoge Raad wordt aangenomen dat een werkgever die een werknemer wegpest, handelt in strijd met de normen van goed werkgeverschap, blijkt ook uit een arrest van de Hoge Raad van 1 december 1989¹³⁰.

Verdedigd kan worden dat art. 7:611 BW een uitkomst kan bieden bij psychische schade door pesten op de werkvloer, indien niet duidelijk is in hoeverre de werkgever zeggenschap had over hetgeen dat plaatsvond, maar hij er wel bekend mee was. Art. 7:658 BW kan dan niet slagen, maar aansprakelijkheid op basis van art. 7:611 BW behoort dan zeker tot de mogelijkheid.¹³¹ Van een goed werkgever mag namelijk verwacht worden dat hij weet wat er speelt op de werkvloer en dat hij zijn best doet om (zwakkere) werknemers te beschermen en een goede werksfeer te creëren¹³².

4.3 Jurisprudentie

Er kan veel jurisprudentie gevonden worden over procedures op grond van art. 7:611 BW. Deze zijn niet allemaal relevant voor deze scriptie. Er is daarom gekozen om jurisprudentie over 7:611 BW in combinatie met psychisch letsel (indien relevant) te bespreken. Hieronder wordt een overzicht gegeven:

- Ktr. Sneek 18 augustus 2010, *Prg.* 2010, 232. De werkgever handelde in strijd met het beginsel van art. 7:611 BW aangezien hij niet zorgvuldig is omgegaan met de klachten die tegen de werknemer werden geuit. Zo had de werkgever zijn best moeten doen om tot een volledige reconstructie van de klacht en hetgeen zich daarna heeft afgespeeld¹³³, te komen. Ook had de werkgever beter zijn best moeten doen om werknemer op de hoogte te stellen van alles wat zich in de tussentijd had afgespeeld. Enkel excuses aanbieden is niet voldoende.
- Ktr. Haarlem 30 september 2009, *RAR* 2010, 9. Werkgever heeft zich niet als goed werkgever gedragen doordat hij niet voldoende steun heeft geboden aan de werknemer tijdens zijn lange afwezigheid in verband met ziekte en tijdens de re-integratie¹³⁴. Daarnaast heeft de werkgever op een onjuiste rechtsgrond de werknemer langdurig geschorst waardoor sprake is, in combinatie met voorgaande, van schending van het beginsel van goed werkgeverschap.
- Ktr. Amsterdam 22 september 2009, *Prg.* 2009, 208. Als werknemer dien je duidelijk en onbetwist te kunnen stellen wat de werkgever heeft gedaan waardoor de re-integratie is mislukt, indien je een beroep doet op art. 7:611 BW. Het moet daarbij gaan om cruciale punten die van invloed zijn geweest.
- Ktr. Apeldoorn 2 juni 2009, *JAR* 2009, 276. De werkgever nam de problemen van de werknemer niet serieus. Het advies, te weten mediation, van de bedrijfsarts is niet opgevolgd door de werkgever. Vervolgens heeft de werkgever de werknemer een keer de mantel uitgeveegd en toch mediation aan willen bieden, dit valt als hypocriet aan te merken en is bijna een garantie voor het mislukken van de mediation. De werkgever heeft verder geen aandacht willen schenken aan de arbeidsverhoudingen, maar dacht zich er 'gemakkelijk' vanaf te maken door alleen te kijken naar de arbeidsplaats van de werknemer. Er was geen sprake van scheiding

¹³⁰ HR 1 december 1989, *NJ* 1990, 451 (m.nt. Pas; ook wel Deuss/Motel Maatschappij Holland).

¹³¹ Recht-van Gompel 2007, p. 49.

¹³² Vgl. Ktr. Utrecht 1 augustus 2001, *JAR* 2001, 195.

¹³³ Er is met collega's en derden gecommuniceerd over hetgeen dat was voorgevallen zonder dat de werknemer hiervan op de hoogte was.

¹³⁴ Er is door de werkgever te lang gewacht met het starten van de re-integratie (werknemer was in augustus 2006 weer arbeidsgeschikt, maar werd pas in 2008 weer ingezet) en tijdens de re-integratie is werknemer niet ingezet op het vakgebied waarin hij is gespecialiseerd om de kans op succes te vergroten (het verweer 'intern personeelsbeleid' was niet voldoende).

van privé en werk aan de zijde van de werkgever en het idee dat een functioneringsgesprek een eenzijdig gesprek is, getuigd van geen goed werkgeverschap.

- Ktr. Utrecht 20 mei 2009, *RAR* 2009, 119. Strijd met goed werkgeverschap werd niet aangenomen omdat de werkgever voldaan had aan de re-integratieverplichtingen. Er waren meerdere passende (zowel interne als externe) functies aangeboden en de werknemer heeft onvoldoende kunnen stellen waarom deze niet geschikt waren. Bedrijfsarts en psycholoog waren het er over eens dat terugkeren in de oude functie niet mogelijk was, maar het UWV heeft aangegeven dat andere functies wel als passend waren aan te merken.
- Ktr. Amsterdam 14 januari 2009, *JAR* 2009, 65¹³⁵. In deze uitspraak werd schending van de zorgplicht aangenomen. Maar tevens werd vermeld dat er, indien er geen sprake zou zijn van schending van de zorgplicht, er in ieder geval sprake was van strijd met het goed werkgeverschap. Dit omdat de werkgever op de hoogte kon zijn van de druk die de werknemer voelde. Dit bleek onder andere uit verslagen. Toch heeft hij nagelaten iets te ondernemen om de druk weg te nemen. Ook tijdens de re-integratie heeft de werkgever niet juist gehandeld door werknemer te willen laten re-integreren op de oude afdeling, terwijl zowel werknemer als zijn leidinggevende op die afdeling daar problemen mee hadden. Volledige schadevergoeding werd niet aangenomen omdat ten eerste onbekend was hoe lang de arbeidsongeschiktheid van de werknemer nog zou duren. Daarnaast was de werknemer pas kort in dienst bij de werkgever waardoor het moeilijk is vast te stellen wat het dienstverband zou zijn geweest. Ook waren er andere factoren die mede de burn-out hebben veroorzaakt, waaronder de grote inzet van de werknemer.
- Ktr. Enschede 22 augustus 2007, *JAR* 2008, 62. Geen goed werkgeverschap nu de werkgever de werknemer geen kans gaf om zijn vermeend slecht functioneren te verbeteren. Daarnaast heeft de werkgever getracht de werknemer het zo moeilijk mogelijk te maken¹³⁶ door bijvoorbeeld weg te blijven bij gesprekken met klanten, de werknemer buiten overleg te houden, achterhouden van e-mail en een minder geschikte leaseauto aan willen schaffen gezien de nekhernia van de werknemer.
- Hof 's-Gravenhage 24 april 2007, *LJN* BA6359. Het nalaten van een functiewaardering en functieclassificatie kan niet aangemerkt worden als strijd met goed werkgeverschap¹³⁷. Alleen het feit dat de werkgever te laat was met het opstellen van een plan van aanpak voor re-integratie en een re-integratieverslag, is niet voldoende om te spreken van onvoldoende inspanningen van de werkgever tijdens de re-integratie en daardoor strijd met art. 7:611 BW.
- Rb. Leeuwarden 12 december 2006, *JAR* 2007, 28. Een werkgever heeft het recht om een werknemer (dringend) op zijn functioneren aan te spreken. Indien dergelijke gesprekken geen verbetering opleveren, is een overplaatsing naar een andere standplaats (in het kader van disciplinaire maatregel) niet in strijd met goed werkgeverschap. Zeker niet indien de werknemer niet altijd heeft geprotesteerd

¹³⁵ Bijzondere uitspraak nu de werknemer in een eerdere procedure de ontbinding van de arbeidsovereenkomst had verzocht en daarbij expliciet heeft aangegeven dat de rechter geen rekening diende te houden met de schade die werknemer had geleden op grond van art. 7:611/7:658 BW. De vergoeding van deze schade vordert hij in deze nieuwe procedure.

¹³⁶ De kantonrechter heeft niet gezegd dat er sprake was van pesten, maar heeft dit ook niet ontkend. Het zou dus gekwalificeerd kunnen worden als pesten, zie Ktr. Enschede 22 augustus 2008, *JAR* 2008, 62 r.o. 6.

¹³⁷ Tussentijds de functie herclassificeren en herwaarderen is alleen nodig indien de werknemer hier een verzoek toe doet omdat of de functie-eisen tussentijds zijn veranderd of er serieuze aanwijzingen bestaan dat er fouten zijn gemaakt bij eerdere classificatie en/of waardering. Dat één (of meerdere) collega(s) promotie maakt, is in ieder geval onvoldoende aanleiding.

tegen het commentaar op zijn functioneren en enkele verslagen van gesprekken ook heeft ondertekend ter akkoord. Mede doordat de werknemer niet voldoende aannemelijk kon maken dat de werkgever de (psychische) druk stelselmatig op hem had verhoogd, nam de rechter aansprakelijkheid op grond van c.q. strijd met goed werkgeverschap niet aan.

- Ktr. Sneek 10 november 2006, *RAR* 2007, 58. Door het niet onderbouwen van de beoordeling over het disfunctioneren van de werknemer, het niet voeren van functioneringsgesprekken, geen verslagen te kunnen overleggen over de gevoerde gesprekken binnen het team en geen mogelijkheid te bieden aan de werknemer om het functioneren te verbeteren, heeft de werkgever zich schuldig gemaakt aan slecht werkgeverschap.
- Ktr. Rotterdam 18 september 2000, *JAR* 2000, 244. Na een 29-jarig dienstverband vorderde de werknemer een loon conform de geldende CAO. Zijn werkgever heeft hierop bedreigingen geuit aan het adres van de werknemer die hierdoor overspannen is geraakt. De werkgever heeft geen re-integratiepogingen ondernomen, maar om een vergoeding te voorkomen ook geen ontslag aangevraagd. Ook heeft de werkgever nagelaten het juiste loon aan werknemer op tijd uit te betalen. Volgens de kantonrechter had de werkgever (onder andere daarom) zijn plicht van art. 7:611 BW geschonden en was gehouden een schadevergoeding te betalen. De vordering tot vergoeding van de immateriële schade werd afgewezen, nu de intimidatie geen aantasting in de persoon opleverde^{138 139}.
- Ktr. Wageningen 20 oktober 1999, *JAR* 1999, 245. Deze uitspraak is om twee redenen relevant. Ten eerste stelt de kantonrechter dat het aan de werkgever is om er voor te zorgen dat indien collega's problemen hebben met elkaar, dit wordt opgelost. De werkgever dient dit op te vangen en hen te begeleiden. Dit zou dus ook van toepassing kunnen zijn als een werkgever merkt dat er wrevel is tussen werknemers onderling waarbij er duidelijk sprake is van één zwakkere partij. Daarnaast geeft de rechter invulling aan het begrip goed werkgeverschap door te stellen dat een ontslagbrief die nergens op gebaseerd is, het opdragen van ander werk, het weggeven van de functie aan een andere werknemer tijdens de ziekte en het dreigen met een opbouw van een dossier, getuigen van slecht werkgeverschap.¹⁴⁰
- HR 1 december 1989, *NJ* 451. Dit arrest ging niet over art. 7:611 BW, maar is wel interessant aangezien in dit arrest pesten van een werknemer in strijd werd geacht met het beginsel van goed werkgeverschap. Ziekte was niet eens een vereiste. Pesten werd op grond van de volgende feiten aangenomen: intimidatie, sterke verhoging van de werkdruk, plotselinge organisatieveranderingen en onredelijk opdrachten.

Uit bovenstaande jurisprudentie is het moeilijk een eenduidige conclusie te trekken. De kans van slagen van de procedure, is per zaak verschillend. De belangrijkste factoren zijn namelijk de concrete feiten en omstandigheden. Deze zijn per geval verschillend. Duidelijk is dat een

¹³⁸ Om voor een dergelijke vergoeding in aanmerking te komen, dient de werkgever het oogmerk te hebben om de werknemer dergelijk nadeel toe te brengen, dan wel dient de werknemer lichamelijk letsel te hebben opgelopen, in zijn eer of goede naam te zijn geschaad of op een andere wijze in zijn persoon zijn aangetast. Daar zou geen sprake van zijn, ook omdat de werknemer zelf de schade had kunnen beperken door in een eerder stadium de ontbinding te vorderen (Ktr. Rotterdam 18 september 2000, *JAR* 2000, 244 (m.nt. Verhulp)).

¹³⁹ Vegter 2005, p. 588.

¹⁴⁰ NB de kantonrechter maakt in deze uitspraak duidelijk dat het niet zo mag zijn dat een werkgever via een 7:685-procedure een zieke werknemer met een kleine vergoeding weg kan sturen in plaats van de duurdere variant (het loon gedurende ziekte doorbetalen) 'uit te zitten'.

werknemer een zware bewijslast heeft en de nodige bewijsstukken moet leveren om zijn vordering kans van slagen te geven.

Daar tegenover kan gesteld worden dat een werkgever in ieder geval voorzichtig en zorgvuldig te werk dient te gaan. Dit zowel bij re-integratie als bij arbeidsconflicten of het wijzen op slecht functioneren. De werkgever moet de werknemer ook voldoende kansen en begeleiding bieden om tot een goede oplossing te komen, zonder het geschil te laten escaleren.

4.4 Vergoeding

Zoals eerder is aangegeven, wordt er op grond van art. 7:611 BW een schadevergoeding gevorderd. Er dient dus concreet berekend te worden wat de geleden schade is en wat de diverse schadeposten zijn. Deze procedure kan alleen gevoerd worden indien de ontbindingsprocedure¹⁴¹ nog niet is gestart of afgerond (zie het begin van hoofdstuk 4). Dat er ruimte is om immateriële schade te verhalen blijkt uit de uitspraak van de Kantonrechter te Rotterdam van 19 augustus 1997¹⁴². Maar omdat, zoals al eerder is gesteld, bij een procedure op grond van art. 7:611 BW de eigen schuld van de werknemer mee wordt gewogen, is de schadevergoeding vaak minder hoog dan bij een procedure op grond van art. 7:658 BW. De schadevergoeding op grond van art. 7:611 BW wordt aan de hand van de welbekende maatstaven van redelijkheid en billijkheid vastgesteld.¹⁴³

Een zelfstandige procedure op grond van art. 7:611 BW werd ook in oudere¹⁴⁴ arresten van de Hoge Raad al mogelijk geacht. Er hoeft geen sprake te zijn van een ontbinding. Enkel het gedrag van de werkgever dat in strijd is met goed werkgeverschap, kan in aanmerking komen voor een schadevergoeding.¹⁴⁵

¹⁴¹ Art. 7:685 BW.

¹⁴² Ktr. Rotterdam 19 augustus 1997, *RN* 1998, 873, er dient wel sprake te zijn van psychisch letsel dat is ontstaan door de intimidatie. (Zoals aangegeven in paragraaf 3.5, is deze uitspraak van toepassing te verklaren ondanks het feit dat het over seksuele intimidatie gaat.)

¹⁴³ Recht-van Gompel 2007, p. 45.

¹⁴⁴ HR 1 december 1989, *NJ* 1990, 451 (m.nt. Pas; ook wel Deuss/Motel Maatschappij Holland) en HR 1 juli 1992, *NJ* 1993, 667 (m.nt. Pas; ook wel Nuts/Hofman).

¹⁴⁵ Ktr. Rotterdam 18 september 2000, *JAR* 2000, 244 (m.nt. Verhulp).

Hoofdstuk 5 De ontbindingsprocedure

In de voorgaande hoofdstukken zijn de artikelen 7:658 en 7:611 BW besproken. Naast deze artikelen om een werkgever aansprakelijk te houden voor de schade die een werknemer lijdt ten gevolge van pesten op de werkvloer, zijn er ook nog andere mogelijkheden. Één van deze mogelijkheden is om als werknemer een ontbindingsprocedure, art. 7:685 BW te starten. Tijdens de ontbindingsprocedure wordt ingegaan op de mate van verwijtbaarheid van de werkgever, waardoor het billijk zou zijn om een (hoge) vergoeding toe te kennen aan de werknemer. Het is wel afhankelijk van welke grond aangevoerd wordt voor de ontbinding of een vergoeding toegekend kan worden of niet¹⁴⁶. Zie paragraaf 5.2.

5.1 De exclusieve werking van art. 7:685 BW

Indien een werknemer van mening is dat de werkgever in strijd met het beginsel van goed werkgeverschap heeft gehandeld, maar er loopt al een 7:685-procedure of de werknemer wil deze zelf voeren, dan zullen alle argumenten met betrekking tot art. 7:611 BW aan bod moeten komen in de ontbindingsprocedure. Er kan namelijk geen aparte procedure meer gevoerd worden voor de schadevergoeding.¹⁴⁷

Bij deze gang van zaken kunnen de nodige vraagtekens gezet worden. De ontbindingsprocedure, zoals die nu geregeld is, is wellicht niet geschikt voor een dergelijke toets. Één van de speerpunten van de procedure op grond van art. 7:685 BW is, dat het een snelle procedure is die snel duidelijkheid geeft. Daardoor is er geen tijd voor een uitgebreid onderzoek met o.a. het horen van getuigen en bijvoorbeeld een oordeel van een deskundige. Dit is echter wel nodig om tot een goede beoordeling te komen met betrekking tot de vraag in hoeverre de werkgever in strijd heeft gehandeld met het goed werkgeverschap. Daar komt bij dat de beoordeling en hoogte van de materiële, maar zeker ook de immateriële, schade vaak aan discussie onderhevig is. Indien hier een oordeel over wordt geveld tijdens de ontbindingsprocedure is er (in beginsel¹⁴⁸) geen mogelijkheid meer tot hoger beroep en/of cassatie.¹⁴⁹

De exclusieve werking van art. 7:685 BW heeft nog een nadeel voor de werknemer. Wat gebeurt er indien de werknemer een werkgever op grond van art. 7:611 BW aansprakelijk stelt en daarbij een forse schadevergoeding vraagt, maar de werkgever tijdens deze procedure een ontbindingsverzoek indient. Door het snelle verloop van deze procedure is het mogelijk dat deze procedure eerder is afgerond dan de lopende vordering tot een schadevergoeding op grond van art. 7:611 BW. De kantonrechter die oordeelt tijdens de procedure op grond van art. 7:685 BW kan van mening zijn dat de aangevoerde factoren (die ook aangevoerd worden in de 7:611-procedure) in deze situatie niet leiden tot een hogere vergoeding. Ook kan de kantonrechter er voor kiezen deze factoren uitdrukkelijk dan wel stilzwijgend niet mee te laten wegen en daar eventueel voor te verwijzen naar een aparte procedure. Indien één van deze drie gevallen zich voordoet, wordt de ontbinding uitgesproken met een relatief lage vergoeding (of geen vergoeding), maar heeft de werknemer geen mogelijkheid meer om de vordering tot schadevergoeding in de lopende 7:611-procedure tot uitvoer te laten komen. De exclusieve werking van art. 7:685 BW zou hier namelijk aan in de weg staan.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Immers wanneer ontbinding op grond van dringende redenen wordt verzocht, dan is er geen ruimte voor een vergoeding, art. 7:685 lid 8 BW.

¹⁴⁷ Gaarhuis 2010 en paragraaf 3.2.

¹⁴⁸ Alleen indien de beginselen van de behoorlijke rechtsorde zijn geschaad, is hoger beroep mogelijk.

¹⁴⁹ Gaarhuis 2010 en paragraaf 3.2.

¹⁵⁰ Gaarhuis 2010. Let wel, tenzij de argumenten met betrekking tot art. 7:611 BW niet zijn aangevoerd.

De Hoge Raad¹⁵¹ heeft eerder al bepaald dat de kantonrechter alle factoren dient mee te wegen om tot de hoogte van de ontbindingsvergoeding te komen, maar het is mogelijk dat de kantonrechter dit niet doet door bijvoorbeeld tijds- en/of ruimtegebrek.¹⁵² Dat dit tot ongewenste situaties kan leiden is, gezien bovenstaande, duidelijk. Een oplossing voor dit probleem lijkt dan ook wenselijk te zijn.

In welke hoek de oplossing gezocht moet worden, is niet eenduidig te zeggen. Wellicht is de beste optie om het verbod op hoger beroep en/of cassatie bij de 7:685-procedure beperkt op te heffen. Met beperkt wordt bedoeld dat er alleen hoger beroep en/of cassatie mogelijk is, indien dit wordt ingesteld omdat de beoordeling van de schadefactoren met betrekking tot de hoogte van de vergoeding volgens één der partijen onjuist is. Op die manier kunnen bij de beoordeling van de ontbinding alle factoren die betrekking hebben op de hoogte van de vergoeding meegewogen worden.¹⁵³

5.2 De elementen van art. 7:685 BW

De ontbindingsprocedure van art. 7:685 BW kan door zowel werkgever als werknemer gestart worden. De ontbinding wordt verzocht op grond van gewichtige reden en kan alleen uitgesproken worden als de ontbinding geen verband houdt met een opzegverbod. Daar is sprake van indien de werknemer bijvoorbeeld ziek is en de reden voor de opzegging daarmee verband houdt.

Op grond van lid 2 blijkt dat de gewichtige reden onderverdeeld kan worden in:

- a. dringende reden; (art. 7:677 lid 1 BW)
- of
- b. veranderingen in de omstandigheden waardoor voortzetting van de arbeidsovereenkomst als onbillijk wordt ervaren.

Aan deze procedure zijn twee aspecten uniek. Zo staat in lid 4 dat binnen vier weken een mondelinge behandeling plaatsvindt. De uitspraak volgt vaak ook binnen vier weken, waardoor sprake is van een relatief snelle procedure. Daar is vaak behoefte aan omdat de werkgever en werknemer in conflict met elkaar zijn geraakt en snel duidelijkheid willen over het eventueel voortbestaan van de arbeidsovereenkomst. Het is ook daarom dat er geen hoger beroep en/of cassatie in een 7:685-procedure mogelijk is¹⁵⁴, art. 7:685 lid 11 BW.

Een vergoeding op basis van dit artikel is alleen mogelijk indien ontbonden wordt op grond van verandering in de omstandigheden, art. 7:685 lid 8 BW. Wordt er ontbinding verzocht op grond van een dringende reden dan dient er een losse schadevergoedingsprocedure gevoerd te worden. Paragraaf 5.3 zal hier verder op ingaan.¹⁵⁵

5.3 Verandering in omstandigheden of dringende reden

Zoals in de vorige paragraaf is aangegeven, kan de grond waarop de ontbinding wordt verzocht in twee subgronden worden opgedeeld; dringende reden of verandering in de omstandigheden.

¹⁵¹ O.a. HR 1 maart 2002, *NJ* 2003, 210 (m.nt. Heerma van Voss) en HR 2 april 2004, *NJ* 2006, 212 (m.nt. Verhulp).

¹⁵² Gaarhuis 2010.

¹⁵³ Vgl. Gaarhuis 2010.

¹⁵⁴ In paragraaf 5.1 is al aangehaald wat het nadeel hiervan is en waarom deze procedure wellicht heroverwogen zou moeten worden.

¹⁵⁵ Recht-van Gompel 2007, p. 26 en 51.

De dringende reden als in art. 7:677 BW kent twee categorieën: de dringende reden voor de werkgever (7:678 BW) en de dringende reden voor de werknemer (7:679 BW). Aangezien deze scriptie is geschreven vanuit het oogpunt van de werknemer zal er alleen gekeken worden naar de dringende reden voor de werknemer.

De kernvraag is of pestgedrag op de werkvloer is aan te merken als een dringende reden om ontbinding te vragen.¹⁵⁶ Een dringende reden heeft het kenmerk dat redelijkerwijs niet langer van de werknemer gevergd kan worden dat hij de arbeidsovereenkomst laat voortduren (7:679 lid 1 BW). In art. 7:679 BW worden een aantal redenen aangemerkt die als dringende reden worden beschouwd. Let wel, het gaat hier niet om een limitatieve opsomming, dus andere redenen zijn ook mogelijk.

De redenen die genoemd worden in lid 2 in sub a tot en met j zijn voorbeelden van dringende redenen. De volgende redenen zijn van belang in het kader van deze scriptie:

Sub a: er is sprake van een dringende reden als de werkgever de werknemer grovelijk beledigt of op ernstige wijze bedreigt of gedooft dat dergelijke handelingen door één van zijn ondergeschikte worden gepleegd.

Sub i: wanneer de voortduring van de arbeidsovereenkomst voor de werknemer ernstige gevaren voor leven, gezondheid, zedelijkheid of goede naam zou opleveren.

Sub j: wanneer de werknemer door ziekte of andere zaken, zonder zijn eigen schuld, niet meer in staat is om de bedongen arbeid te verrichten.

Pesten kan zich op diverse manieren uiten, zoals bleek uit de diverse definities die in hoofdstuk twee zijn geschetst. Daaronder kan dus ook vallen het grovelijk beledigen of op ernstige wijze bedreigen. Het maakt, op grond van sub a, niet uit of de werkgever dit doet, of één van de collega's waar de werkgever vervolgens geen actie tegen onderneemt. Het probleem bij deze reden is het bewijs. Vaak worden dergelijke beledigingen niet vastgelegd en zal het daarom moeilijk zijn voor de werknemer om te bewijzen dat hier sprake van is.

In sommige gevallen kan het pesten voor (onherstelbare) psychische schade zorgen waardoor van de werknemer niet langer verwacht kan worden dat hij de arbeidsovereenkomst laat voortduren. Tegenwoordig verschijnen er steeds meer onderzoeken waaruit blijkt dat pesten ernstige gevolgen kan hebben¹⁵⁷. Ook kan er gedacht worden aan het risico op (langdurige) arbeidsongeschiktheid. Indien de werknemer deze risico's gemotiveerd kan bewijzen¹⁵⁸, is dit waarschijnlijk een geldige dringende reden waardoor de ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt uitgesproken.

Indien er sprake zou zijn van arbeidsongeschiktheid door het pestgedrag en het onmogelijk is om terug te keren in de functie of zelfs het bedrijf, doordat de werknemer zo bang is voor het pestgedrag, zou ontbinding wegens dringende reden zoals geschetst in 7:679 lid 2 sub j BW ook mogelijk zijn. De werknemer zal wel gemotiveerd aan moeten tonen dat er sprake is van de zojuist geschetste situatie¹⁵⁹.

Verandering in de omstandigheden zal doorgaans gemakkelijker te bewijzen zijn omdat er aangetoond dient te worden dat er bijvoorbeeld sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie en/of dat de werknemer geen vertrouwen meer heeft in de werkgever. Op het moment dat één van de twee partijen al aangeeft geen vertrouwen meer te hebben in de andere partij

¹⁵⁶ Dit in verband met het veilig stellen van de WW-rechten, zie paragraaf 5.4.

¹⁵⁷ Rijnvis 2011.

¹⁵⁸ Denk hierbij aan verklaringen van Arbo-artsen, deskundigen, huisarts, psycholoog en/of psychiater.

¹⁵⁹ Denk hierbij aan verklaringen van Arbo-artsen, deskundigen, huisarts, psycholoog en/of psychiater.

en niet langer in dienst wenst te blijven, is dit eigenlijk al aangetoond. Ontbinding verzoeken wegens gewichtige redenen gelegen in veranderingen in de omstandigheden zal daarom niet snel geweigerd worden^{160, 161}.

Op het moment dat de werknemer de arbeidsovereenkomst wenst te ontbinden, loopt hij een risico met betrekking tot zijn WW-uitkering. Hij kan namelijk verwijtbaar werkloos worden geacht. In de volgende paragraaf zal hier op ingegaan worden.¹⁶²

5.4 Verwijtbaar werkloos

Wanneer de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, heeft de werknemer in de meeste gevallen geen inkomsten meer. Hij zal daarom een beroep doen op een WW-uitkering. Om in aanmerking te komen voor een WW-uitkering dient de werknemer aan een aantal voorwaarden te voldoen en mag er geen sprake zijn van een weigeringsgrond¹⁶³.

Een weigeringsgrond is dat een werknemer niet verwijtbaar werkloos mag zijn, art. 24 lid 1 sub a jo lid 2 WW. Uit de jurisprudentie blijkt dat de hoofdregel is dat een werknemer geacht wordt verwijtbaar werkloos te zijn, indien hij zelf de ontbinding heeft verzocht op grond van art. 7:685 BW¹⁶⁴. Dit is een serieus risico waar een werknemer rekening mee dient te houden indien hij besluit om een ontbinding bij de kantonrechter te verzoeken.

Het is de vraag in hoeverre van een werknemer verlangd kan, en mag, worden dat hij in dienst blijft bij zijn werkgever. Een situatie die voor de werknemer psychisch ziekmakend is, zou een geldige reden moeten zijn om de arbeidsovereenkomst te laten ontbinden zonder gevolgen voor een eventuele WW-uitkering. Om gevolgen voor de WW-uitkering te voorkomen, zou een werknemer op dit moment wellicht ontbinding moeten verzoeken op grond van een dringende reden gelegen in de reden van art. 7:679 lid 2 sub i BW. De moeilijkheid is dat de werknemer een zware bewijslast¹⁶⁵ heeft om te bewijzen dat er sprake is van een situatie die psychisch zo ziekmakend is, dat voortzetting van het dienstverband niet langer geveerd kan worden. Een rapport van een deskundige dat dit bevestigt, zou de verwijtbaarheid weg (kunnen) nemen.

In de diverse jurisprudentie¹⁶⁶ die is bestudeerd met betrekking tot dit onderdeel kan de volgende hoofdlijn gevonden worden:

Van een werknemer mag verwacht worden dat hij in het licht van de WW het dienstverband laat voortduren tenzij dit in redelijke mate niet van hem verlangd kan worden nu er sprake is van een acute noodsituatie vanuit medisch of sociaal oogpunt. Wat gezien wordt als in redelijke mate, is moeilijk te concluderen. In een uitspraak van de Raad werd geconcludeerd dat, ondanks dat er spanningsklachten waren en er geen grond meer was voor een vruchtbare samenwerking, de werknemer een outplacementaanbod had moeten

¹⁶⁰ NB: zeker niet indien de werknemer het verzoek tot ontbinding doet, nu veel rechters van mening zijn dat de werknemer recht heeft op vrije arbeidskeuze zie o.a. Ktr. Maastricht 29 december 2010, JAR 2011, 48, r.o. 2.5 en Ktr. Utrecht 14 september 2001, JAR 2001, 210, r.o. 2.5.

¹⁶¹ Vgl. Recht-van Gompel 2007, p. 51.

¹⁶² Wat betreft de Zw-uitkering, is de WW-uitkering analoog van toepassing. Het zal namelijk vaak zo zijn dat er sprake is van een zieke werknemer. Er is dan geen sprake van een WW-uitkering, maar een Zw-uitkering.

¹⁶³ Art. 19 WW gaat over de voorwaarden en art. 24 WW over de weigeringsgronden.

¹⁶⁴ Zie o.a. CRvB 25 mei 2005, L/JN AT7514, r.o. 3.

¹⁶⁵ Zie bijvoorbeeld CRvB 31 mei 2006, L/JN AY0016, r.o. 3.

¹⁶⁶ CRvB 2 juli 2008, L/JN BD7681, CRvB 20 februari 2008, L/JN BC5474, CRvB 2 januari 2008, L/JN BC1472, CRvB 26 juli 2007, L/JN BB1607, CRvB 18 juli 2007, L/JN BB0228, CRvB 31 mei 2006, L/JN AY0016, CRvB 22 februari 2006, L/JN AV2993, CRvB 25 mei 2005, L/JN AT7514 en CRvB 2 maart 2005, L/JN AT3345.

accepteren¹⁶⁷. Daarnaast is onduidelijk wat gezien wordt als een acute noodsituatie. Er zou veronderstelt kunnen worden dat, indien de ontbinding is uitgesproken op grond van een dringende reden, dat er sprake is van een acute noodsituatie¹⁶⁸. Ook indien er diverse verklaringen van deskundigen zijn, kan dit tot de conclusie leiden dat voortzetting van het dienstverband niet langer van de werknemer gevegd kon worden omdat dit zou lijden tot schade aan de gezondheid van de werknemer¹⁶⁹.

Het feit dat een vergoeding is toegekend, maakt niet per definitie verschil. Het kan alleen van invloed zijn omdat daardoor de verwijtbaarheid van de werkgever wordt aangetoond waardoor de uitkering van de werknemer niet blijvend geheel wordt geweigerd, maar slechts tijdelijk wordt gematigd.¹⁷⁰

Indien de ontbinding verzocht wordt op grond van een dringende reden als in art. 7:677 jo 769 BW, zou dit een teken kunnen (moeten) zijn dat de werknemer niet verwijtbaar werkloos wordt geacht. Het nadeel van deze 'route' is dat de werknemer een andere procedure zal moeten starten om een eventuele schadevergoeding te vorderen.

5.5 Vergoeding

Zoals al eerder is aangegeven is een vergoeding bij een 7:685-procedure alleen mogelijk indien de ontbinding wordt verzocht op grond van verandering in de omstandigheden¹⁷¹. Indien de kantonrechter van mening is dat er een vergoeding toegekend dient te worden, moet hij alle factoren die van belang zijn meewegen. Hij dient daarbij dus ook na te gaan of aan de eisen van redelijkheid en billijkheid (goed werkgeverschap) is voldaan¹⁷². Dit omdat er na de ontbinding geen ruimte meer is voor een dergelijke toets zie paragraaf 5.1.

De kantonrechter kan, indien hij dit redelijk acht, een vergoeding toekennen. Deze vergoeding wordt berekend aan de hand van de kantonrechtersformule¹⁷³. Indien de werknemer de ontbinding verzoekt op grond van verandering in de omstandigheden kan hij zelf al een voorstel voor de hoogte van de vergoeding doen. Daarbij hanteert de werknemer dezelfde formule.

De werknemer zal van mening zijn dat de veranderingen in de omstandigheden aan de werkgever te wijten zijn, waardoor het billijk zou zijn om een hogere vergoeding toe te kennen. Dit wordt bewerkstelligd door een hoge C-factor te hanteren. Maar om dit gemotiveerd aan te voeren, zal een werknemer wel bewijzen moeten overleggen waarom de C-factor volgens hem hoger zou moeten zijn.¹⁷⁴

¹⁶⁷ CRvB 26 juni 2007, *LJN* BB1607.

¹⁶⁸ Vgl. CRvB 20 februari 2008, *LJN* BC5474, r.o. 5.2 laatste volzin.

¹⁶⁹ Vgl. CRvB 18 juli 2007, *LJN* BB0228, r.o. 6.3 tot en met 6.7 en CRvB 2 januari 2008, *LJN* BC1472, r.o. 5.2.

¹⁷⁰ Zie o.a. CRvB 2 juli 2008, *LJN* BD7681. Tussen de regels door valt te lezen dat er (waarschijnlijk) sprake was van pesten. Er is een hoge vergoeding toegekend in de ontbindingsprocedure en de re-integratiepogingen zijn mislukt omdat deze er op toe zagen dat werknemer terug zou keren op zijn eigen afdeling en dit wilde de werknemer uitdrukkelijk niet.

¹⁷¹ Zie ook HR 1 december 1989, *NJ* 1990, 451.

¹⁷² HR 2 april 2004, *NJ* 2006, 212, HR 1 maart 2002, *NJ* 2003, 210 en HR 1 maart 2002, *NJ* 2003, 211.

¹⁷³ $A \times B \times C$, waarbij A staat voor het aantal (gewogen) dienstjaren, B voor het maandsalaris en C de correctiefactor is.

¹⁷⁴ NB: ook kan een rechter beslissen de C-factor te verhogen indien een werknemer bijvoorbeeld kort in dienst is. De A-factor is daardoor laag, wat zou resulteren in een lage vergoeding. In sommige gevallen kan dit onterecht zijn waardoor een kantonrechter kan besluiten een hogere C-factor te hanteren om dit te corrigeren. Zie ook Scholtens 2005.

Over het algemeen geldt dat de C-factor maximaal 2 is¹⁷⁵, uitzonderingen daargelaten. Wat het uitgangspunt voor de C-factor zou moeten zijn indien de werknemer de ontbinding verzoekt, is onduidelijk. Sommige rechters hanteren als uitgangspunt $C = 0$ en andere $C = 1$. Dit kan grote gevolgen hebben. Indien de C-factor op 0 wordt gesteld, omdat de werknemer het verzoek indient en vervolgens niet voldoende gemotiveerd kan aantonen dat de werkgever verwijtbaar heeft gehandeld, wordt er geen vergoeding toegekend, heeft de werknemer niet langer een arbeidsovereenkomst en komt hij waarschijnlijk ook niet in aanmerking voor een WW-uitkering.

Binnen de rechtspraak is nog onduidelijk welk standpunt ingenomen dient te worden met betrekking tot hoogte van de C-factor indien een werknemer het verzoek doet. De Kantonrechter in Enschede oordeelde op 22 augustus 2007¹⁷⁶ dat de C-factor als uitgangspunt op 0 gesteld dient te worden, indien de werknemer het verzoek indient. In tegenstelling tot de kantonrechter in Apeldoorn op 2 juni 2009¹⁷⁷, die stelt dat het bij een uitzichtloze situatie niet uitmaakt wie het verzoek indient, wat betreft de hoogte van de vergoeding. Daar wordt dus uitgegaan van een neutraal standpunt. Indien uit de aangevoerde bewijzen blijkt dat er sprake is van verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer zou er wellicht sneller naar beneden toe bijgesteld moeten worden, nu de werknemer ook het verzoek heeft ingediend. In de aanbevelingen met betrekking tot de kantonrechtersformule uit 2009 zou blijken dat het geen verschil dient uit te maken wie het verzoek indient. Toch zijn ook daar uitzonderingen in opgenomen waardoor nog steeds geen eenduidige conclusie is af te leiden uit zowel de theorie als de praktijk.

Er is overigens geen garantie te geven dat een werknemer een vergoeding toe zal komen. De kantonrechter is uiteindelijk degene die beslist of het hem billijk voorkomt een vergoeding toe te kennen. Een werknemer kan de kans op een vergoeding vergroten door gemotiveerd aan te tonen dat de verstoorde arbeidsrelatie niet aan zijn schuld is te wijten, maar geheel in de risicosfeer van de werkgever ligt. Dit is een behoorlijk zware bewijslast.¹⁷⁸

De werknemer kan wel gebruik maken van de handvatten die de artikelen 7:658 en 7:611 BW hem aanreiken¹⁷⁹. Als deze artikelen analoog toegepast worden in de bewijsvoering van de werknemer, kan daarmee aangetoond worden dat de veranderingen in de omstandigheden te wijten zijn aan het gedrag van de werkgever en dat het daarom billijk zou zijn de werknemer een (forse) vergoeding toe te kennen.

Wat de hoogte van de C-factor dient te zijn is niet vast te leggen in een tabel. In deze scriptie wordt hier verder ook niet op ingegaan, omdat dit als een onderwerp op zich is aan te merken. In de volgende paragraaf zal beknopt jurisprudentie besproken worden waarbij ingegaan wordt op factoren die van invloed kunnen zijn op de hoogte van de C-factor. Maar nog steeds is het per geval afhankelijk van de concrete omstandigheden en feiten. Dit kan enorm verschillen waardoor de werknemer afhankelijk blijft van de beoordeling van de kantonrechter¹⁸⁰.

¹⁷⁵ Loonstra & Zondag/Vesting 2010 en Rb. Haarlem 8 april 2003, *JAR* 2003, 125 (m.nt. E. Verhulp).

¹⁷⁶ Ktr. Enschede 22 augustus 2007, *JAR* 2008, 62.

¹⁷⁷ Ktr. Apeldoorn 2 juni 2009, *JAR* 2009, 276.

¹⁷⁸ Recht-van Gompel 2007, p. 51.

¹⁷⁹ Zie hiervoor hoofdstuk 3 en 4, o.a. de besproken jurisprudentie.

¹⁸⁰ Wellicht zou daarom overwogen moeten worden of er niet standaarden ontwikkeld dienen te worden ten aanzien van de hoogte van de C-factor. Het is maar de vraag of dit mogelijk zou zijn, nu het onmogelijk lijkt om alle mogelijk voorkomende situaties en factoren in een schema en/of tabel op te nemen. Willekeur zou wel voorkomen kunnen worden.

5.6 Jurisprudentie

Over art. 7:685 BW is veel jurisprudentie te vinden. Onderstaand wordt een (beknopt) overzicht gegeven van relevante jurisprudentie in het kader van deze scriptie. Het gaat hierbij om een hoge C-factor en de reden daarvoor of een verzoek op grond van art. 7:685 BW in combinatie met art. 7:611/7:658 BW.

- Ktr. Maastricht 29 december 2010, *JAR* 2011, 48¹⁸¹. Het opzegverbod bij ziekte geldt niet bij een 7:685-procedure, indien de werknemer het verzoek doet. Tevens blijkt uit deze uitspraak dat indien je als werknemer zijnde je beschuldigingen niet kunt motiveren en/of bewijzen, er geen vergoeding wordt toegekend.
- Ktr. Enschede 16 oktober 2009, *JAR* 2009, 5. De kantonrechter geeft aan dat discriminatie als ongrijpbaar moet worden aangemerkt. Dat het een beladen lading heeft en dat werknemers niet snel toe zullen geven dat er sprake is van discriminatie als de werkgever daar naar vraagt naar aanleiding van een klacht van een andere werknemer, is begrijpelijk. De werkgever had een andere insteek moeten kiezen door van de juistheid van de klacht uit te gaan en bijvoorbeeld een bijeenkomst moeten organiseren. Aangezien pesten ook als ongrijpbaar valt te definiëren, kan deze uitspraak van belang zijn omdat deze kantonrechter van mening is dat een werkgever bij een klacht in eerste instantie van de juistheid van deze klacht dient uit te gaan en het niet te snel mag af doen met 'het zit tussen de oren'.
- Ktr. Haarlem 30 september 2009, *RAR* 2010, 9. De werknemer doet het verzoek tot ontbinding. De kantonrechter is van mening dat de werkgever niet als goed werkgever heeft gehandeld door werknemer niet op de juiste wijze te laten re-integreren en hem zonder geldige rechtsgrond langdurig te schorsen. Er werd een ontbindingsvergoeding vastgesteld met betrekking tot het verlies van inkomen en daarnaast een vergoeding van € 5000,00 omdat de werkgever zich niet als goed werkgever heeft gedragen.
- Ktr. Leiden 7 januari 2009, *JAR* 2009, 67. Als werknemer mag je niet blijven weigeren de arbeidsverhoudingen te verbeteren. Deze werkgever gedroeg zich in eerste instantie niet als goed werkgever door de werknemer te degraderen en geen loon uit te betalen. Dit heeft werkgever aangepast, maar daarna is de werknemer vast blijven houden aan het standpunt dat niet mogelijk is om te re-integreren¹⁸². Uiteindelijk verzoekt de werknemer de ontbinding wegens veranderingen in de omstandigheden. Dit wordt aangenomen, maar er wordt geen vergoeding toegekend nu het geheel in de risicosfeer van werknemer ligt dat de arbeidsverhoudingen niet goed waren.
- Ktr. Nijmegen 8 januari 2008, *JAR* 2008, 47. De werknemer doet het verzoek tot ontbinding wegens verandering in de omstandigheden. De kantonrechter neemt een verkapte vorm van 7:658 BW aan omdat de werkgever meer voorzichtigheid in acht had moeten nemen bij de re-integratie aangezien zowel het UWV als de twee behandelaars van de werknemer van mening waren dat er een relatie was tussen de arbeidsongeschiktheid en de werksituatie. De C-factor werd gesteld op twee.
- Ktr. Utrecht 18 juli 1995, *Prg.* 1996, 4486. De werknemer verzoekt de ontbinding. De kantonrechter is van mening dat er sprake is van slecht werkgeverschap omdat de werkgever de werknemer zonder overleg heeft gedegradeerd tot een lagere functie, de werknemer buiten overleg trachtte te houden en steeds verder isoleerde door o.a. het kantoor te verplaatsen zonder bericht hierover. Er wordt daarom een

¹⁸¹ Vgl. ook Ktr. Utrecht 14 september 2001, *JAR* 2001, 210.

¹⁸² Re-integreren in de oude functie was simpelweg onmogelijk nu deze niet meer bestond.

vergoeding van materiële schade toegekend. Een vergoeding van immateriële schade wordt niet toegewezen.

- Ktr. Utrecht 9 augustus 1993, *Prg.* 1993, 3939. De werkgever verzoekt ontbinding met een met het HIV-virus besmette werknemer. De kantonrechter achtte strijd met het beginsel van goed werkgeverschap omdat de werkgever zich niet behoorlijk heeft geïnformeerd over de risico's, de starre houding die werd aangenomen en de manier waarop de werkgever de werknemer het werk heeft willen laten hervatten. Daarom werd er een vergoeding van zowel materiële schade (f 5551,23 bruto, C=1) als immateriële schade (f 10.000,00) opgelegd.
- Ktr. Zutphen 15 oktober 1991, *Prg.* 1992, 3614. De werknemer doet een ontbindingsverzoek nadat hij jarenlang door collega's is gepest met zijn seksuele geaardheid. De werkgever heeft niet als goed werkgever gehandeld. Hij had zich duidelijker moeten uitlaten over zijn standpunt met betrekking tot omgang met homoseksuele personen en het pesten moeten veroordelen. Ook al kan de werkgever niet al zijn werknemers controleren, hij blijft wel verantwoordelijk voor alle werknemers. De materiële schadevergoeding die werd toegekend was relatief laag. Dit heeft te maken met het feit dat in 1991 de kantonrechttersformule nog niet was vastgelegd. Er werd wel een immateriële schadevergoeding van f 10.000,00 opgelegd.

Uit de besproken jurisprudentie kan de conclusie worden getrokken dat verzoekschriften tot ontbinding van de arbeidsovereenkomsten namens de werknemer de nodige risico's kent. De werknemer zal gemotiveerd moeten stellen dat de werkgever (als enige) schuld heeft aan de situatie, om kans te maken op een vergoeding.

5.7 Bescherming van de werknemer

In de voorgaande paragrafen en hoofdstukken zijn de artikelen behandeld waar een werknemer zich op kan beroepen indien hij de werkgever aansprakelijk wil stellen voor (de gevolgen van) pesten op de werkvloer.¹⁸³

Het is voor een werknemer vaak een grote stap om de werkgever aansprakelijk te stellen voor het pestgedrag. Daar spelen schaamte en weinig zelfvertrouwen een grote rol bij. Mocht een werknemer de stap durven zetten, is er vaak te weinig kennis over wat hij moet doen. Daarom komt het pestgedrag vaak pas in een (te) laat stadium aan bod¹⁸⁴. Daarnaast zal het feit dat de kans van slagen niet altijd even groot is, ook meespelen. Met name de zware bewijslast, die in de vorige hoofdstukken aan bod is gekomen, kan de werknemer parten spelen.

Het is belangrijk om in dit kader ook na te denken over de arbeidsverhoudingen. Indien de werknemer een procedure op grond van art. 7:611 of 7:658 BW start, is het haast onvermijdelijk dat de arbeidsverhoudingen op scherp komen te staan. De werkgever kan in dat geval altijd een ontslagprocedure bij het UWV Werkbedrijf op starten of om een ontbinding verzoeken bij de kantonrechter op grond van art. 7:685 BW wegens verstoorde arbeidsverhoudingen¹⁸⁵.

¹⁸³ Het betreft hier de artikelen die het meest voorkomend zijn bij het stageverlenende adres.

¹⁸⁴ Tijdens het voeren van de procedure kan een procesjurist er bijvoorbeeld achter komen dat er veel oud zeer meespeelt. Door bij de werknemer door te vragen blijken er allerlei factoren mee te spelen die als pesten gekwalificeerd kunnen worden.

¹⁸⁵ Ook andere maatregelen zijn denkbaar. Bijvoorbeeld: het niet verlengen van een contract of overplaatsen. Indien het om dergelijke maatregelen gaat, is het mogelijk dat dit ook gaat spelen bij een procedure op grond van art. 7:685 BW op initiatief van de werknemer. Bij een procedure op grond van art. 7:681 BW zal dit niet voorkomen omdat er geen sprake meer is van een dienstverband.

Opmerkelijk is dat de werknemer met betrekking tot de bovenstaande geschetste procedure geen bescherming geniet. Het zal immers niet moeilijk zijn aan te tonen dat de arbeidsverhoudingen verstoord zijn geraakt en dat een vruchtbare samenwerking niet meer mogelijk is waardoor ontbinding zal volgen. Het is daarom opmerkelijk dat er geen 'opzegverbod' geldt indien een werknemer een 7:611- of 7:658-procedure opstart, zoals dit bijvoorbeeld geldt bij ziekte van de werknemer. Ook bij seksuele intimidatie¹⁸⁶ is er sprake van ontslagbescherming omdat er expliciet een artikel¹⁸⁷ is opgenomen in het Burgerlijk Wetboek¹⁸⁸. Een dergelijke bescherming zou een werknemer ook moeten genieten indien hij naar een vertrouwenspersoon of commissie zou stappen in verband met pestgedrag op de werkvloer, zie hiervoor paragraaf 5.3.

Door de werknemer te beschermen en een dergelijk opzegverbod op te nemen in de wet, zal de stap voor de werknemer om het pesten te melden, kleiner worden.¹⁸⁹

NB: een dergelijk opzegverbod hoeft niet te gelden indien de werknemer een verzoek tot de ontbinding doet naast de 7:658-procedure of na een afgeronde 7:611-procedure. Dit blijkt ook uit een uitspraak van de Kantonrechter te Maastricht van 29 december 2010¹⁹⁰. Een dergelijk verbod zou alleen moeten gelden voor de werkgever die een ontbindingsverzoek doet of een ontslagvergunning aanvraagt om op deze manier op een snelle¹⁹¹ manier van de werknemer af te geraken.

¹⁸⁶ Zoals eerder aangegeven, is onderzoeker de mening toegedaan dat er tussen pesten en seksuele intimidatie op allerlei vlakken overeenkomsten zijn, waardoor het mogelijk is een parallel tussen beide te trekken.

¹⁸⁷ Art. 7:647 BW.

¹⁸⁸ De zogenoemde 'victimisatiebepaling'.

¹⁸⁹ In de Belgische antipestwet is een dergelijke beschermingsbepaling al opgenomen.

¹⁹⁰ Ktr. Maastricht 29 december 2010, JAR 2011, 48.

¹⁹¹ De procedure op grond van art. 7:685 BW neemt namelijk maximaal 8 weken in beslag.

Hoofdstuk 6 Kennelijk onredelijke opzegging

Naast de eerder besproken artikelen waarop een beroep gedaan kan worden om de werkgever aansprakelijk te stellen, is het ook mogelijk een beroep te doen op art. 7:681 BW. Dit kan indien de werknemer¹⁹² van mening is dat er sprake is van een kennelijke onredelijke opzegging. In dit hoofdstuk zal onder andere ingegaan worden op de elementen van dit artikel en relevante jurisprudentie.¹⁹³

6.1 De elementen van art. 7:681 BW

Artikel 7:681 BW is alleen van toepassing bij een opzegging. Met andere woorden: het dienstverband is opgezegd omdat er een ontslagvergunning is verkregen. De rechter kan, indien hem dit redelijk voorkomt, een schadevergoeding toekennen. In het arrest van de Hoge Raad van 27 november 2009¹⁹⁴ is beslist dat voor berekening van deze schadevergoeding aansluiting gezocht dient te worden bij de berekening zoals deze wordt gehanteerd bij art. 7:658/7:611 BW. Er dient dus sprake te zijn van een concrete schadeberekening.¹⁹⁵

In art. 7:681 lid 2 BW wordt een niet limitatieve opsomming gegeven van gronden waardoor de opzegging kennelijk onredelijk kan zijn. In het kader van deze scriptie is met name van belang de grond die genoemd wordt in art. 7:681 lid 2 sub b BW; het zogenaamde gevolgen criterium.

Er wordt in deze scriptie ervan uitgegaan dat een werknemer door pesten arbeidsongeschikt kan raken. Na twee jaar arbeidsongeschiktheid kan het dienstverband opgezegd worden middels een verkregen ontslagvergunning. Vervolgens start de werknemer een kennelijk onredelijke opzeggings-procedure, waarbij hij een vergoeding vraagt nu de gevolgen voor hem, de werknemer, onevenredig zwaar zijn in vergelijking tot de belangen van de werkgever.

6.2 Gevolgen criterium

De meest voorkomende grond waarop de kennelijk onredelijkheid wordt gebaseerd, is de grond van art. 7:681 lid 2 sub b BW. Het gaat om het gevolgen criterium. Er dient aangetoond te worden dat de gevolgen van de opzegging voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met de belangen van de werkgever. Daarbij wordt veel waarde gehecht aan de voorzieningen die een werkgever heeft getroffen en de mogelijkheden voor de werknemer om passend werk te vinden. Het is niet vereist dat de reden voor het ontslag kennelijk onredelijk is, ook de gevolgen kunnen van doorslaggevend belang zijn.¹⁹⁶

Het zal altijd van de concrete feiten en omstandigheden afhangen of een rechter van mening is dat de gevolgen voor een werknemer inderdaad onevenredig zwaar zijn in vergelijking met de belangen van de werkgever. Daarbij gaat het om alle omstandigheden

¹⁹² Ook de werkgever kan jegens de werknemer een k.o.o-procedure (kennelijk onredelijke opzeggings-procedure) opstarten, maar deze optie is voor deze scriptie niet van belang.

¹⁹³ De k.o.o.-procedure waar het in deze scriptie om gaat, zal opgestart worden nadat het dienstverband met een werknemer na twee jaar ziekte (als gevolg van het pestgedrag op de werkvloer) wordt opgezegd middels een ontslagvergunning (aangezien hij geen bescherming meer geniet), en waarbij de werknemer een schadevergoeding vordert.

¹⁹⁴ HR 27 november 2009, *LJN* BJ6596.

¹⁹⁵ Voor dit arrest werd er namelijk vaak gebruik gemaakt van de kantonrechttersformule (met een korting van 30 %) bij de berekening van de schade. Dit is dus niet langer toegestaan volgens de Hoge Raad.

¹⁹⁶ Duijvis 2011.

van het geval ten tijde van het ontslag en hun onderlinge samenhang.¹⁹⁷ Bij een arbeidsongeschikte werknemer is dit wellicht gemakkelijker aan te tonen omdat er ook terug gegrepen kan worden naar de manier waarop de werkgever zich heeft opgesteld tijdens de ziekte en/of de re-integratie¹⁹⁸. Het enkel niet toekennen van een vergoeding is in principe geen grond voor kennelijk onredelijkheid. Dit geldt ook indien er sprake is van (meer dan) twee jaar durende arbeidsongeschiktheid¹⁹⁹. Daarnaast is er niet automatisch sprake van kennelijk onredelijkheid omdat de ziekte is ontstaan nadat de werknemer gedurende lange tijd de arbeid heeft verricht.²⁰⁰

In het arrest van de Hoge Raad van 12 februari 2010²⁰¹ gaat de A-G in zijn conclusie in op specifieke omstandigheden, indien er sprake is van arbeidsongeschiktheid, die een rol kunnen spelen bij de beoordeling van de kennelijk onredelijkheid. Het gaat om de volgende criteria:

- de relatie tussen de arbeidsongeschiktheid en het werk;
- de verwijtbaarheid van de werkgever ten aanzien van de arbeidsongeschiktheid;
- de aard, de duur en de mate van de arbeidsongeschiktheid (kansen op (volledig) herstel);
- de opstelling van werkgever ten aanzien van de arbeidsongeschiktheid, met name betreffende de re-integratie;
- de inspanningen van de werknemer ten behoeve van zijn re-integratie;
- de geboden financiële compensatie tijdens de arbeidsongeschiktheid (bijvoorbeeld aanvulling loon).²⁰²

In het algemeen zijn er vier 'categorieën' omstandigheden te onderscheiden aan de hand waarvan de kennelijk onredelijkheid van een opzegging, met betrekking tot het gevolgcriterium, beoordeeld dient te worden. Het gaat daarbij om:

1. Algemeen: dienstverband en opzegging.
2. Ander (passend) werk.
3. Financiële gevolgen van een opzegging.
4. Getroffen voorzieningen en financiële compensatie.²⁰³

Een werkgever kan door voorzieningen te treffen de kennelijk onredelijkheid afwenden, omdat daardoor de gevolgen voor de werknemer minder ernstig worden geacht, art. 7:681 lid 2 sub b BW. Onder een voorziening kan een ontslagvergoeding worden verstaan, maar het kan ook gaan om begeleiding zodat een werknemer buiten het bedrijf weer aan het werk wordt geholpen²⁰⁴. Er is geen vaststaande definitie voor het begrip 'getroffen voorziening' te geven waardoor dit begrip aan de hand van de bekende maatstaf van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) ingevuld dient te worden.

¹⁹⁷ Zie o.a.: HR 12 februari 2010, *NJ* 2010, 494 (concl. A-G Spier onder 2.5), HR 15 februari 2008, *NJ* 2009, 111 en Hof 's-Hertogenbosch 5 december 2006, *RAR* 2007, 74 en ook de noot van E. Verhulp onder 'Moment van beoordeling kennelijke onredelijkheid' bij Hof Arnhem 18 maart 2003, *JAR* 2003, 127 (m.nt. Verhulp).

¹⁹⁸ Indien er sprake is geweest van een re-integratie. Het kan namelijk ook zo zijn dat een werknemer twee jaar lang niet in staat is om te re-integreren.

¹⁹⁹ Zie o.a. HR 8 oktober 2010, *RAR* 2010, 162.

²⁰⁰ Hof Arnhem 18 maart 2003, *JAR* 2003, 127 (m.nt. Verhulp onder 'Kennelijk onredelijke opzegging').

²⁰¹ HR 12 februari 2010, *NJ* 2010, 494.

²⁰² HR 12 februari 2010, *NJ* 2010, 494 (concl. A-G Spier onder 2.5).

²⁰³ HR 12 februari 2010, *NJ* 2010, 494 (concl. A-G Spier onder 2.5).

²⁰⁴ Een zogenaamd outplacement-traject.

6.3 Aan te voeren argumenten

Naast de eerder genoemde criteria kunnen er ook andere argumenten aangevoerd worden, waardoor de rechter overtuigd kan raken van de kennelijk onredelijkheid van de opzegging. Daarbij moet in voldoende mate aangetoond worden waarom aan het gevolgencriterium is voldaan.

Deze argumenten hebben overeenkomsten met de argumenten die gebruikt kunnen worden in een 7:658- of 7:611-procedure. Dat deze argumenten van waarde kunnen zijn, blijkt ook uit de criteria die specifiek gelden bij arbeidsongeschiktheid zoals ze zijn weergegeven in paragraaf 6.2. Er zijn overeenkomsten met art. 7:658 BW. Bijvoorbeeld het (causale) verband tussen de arbeidsongeschiktheid en het werk en in hoeverre de werkgever hier verantwoordelijk voor is. De argumenten en jurisprudentie die zijn weergegeven in hoofdstuk 3 kunnen dus aangevoerd worden in de 7:681-procedure. Ook de argumenten van een 7:611-procedure kunnen in de 7:681-procedure toegepast worden, bijvoorbeeld met betrekking tot de eventueel getroffen voorzieningen, zie hiervoor hoofdstuk 4.

Vervolgens is de vraag of een 7:658-procedure en een 7:681-procedure gelijktijdig gevoerd kunnen worden en wat de verhouding tussen beide procedures is. Uit een arrest van de Hoge Raad van 11 september 2009²⁰⁵ blijkt dat het mogelijk is dat beide procedures tegelijkertijd worden gevoerd. Ook kan het mogelijk zijn dat dezelfde argumenten in beide procedures worden aangevoerd. Indien het bij één van de twee procedures eerder tot een (onherroepelijke) uitspraak komt, kan het als vanzelfsprekend worden aangemerkt dat de rechter in de andere procedure bij het toekennen van een vergoeding, rekening houdt met de eerder toegekende vergoeding.²⁰⁶

6.4 Jurisprudentie

In deze paragraaf wordt aandacht besteed aan jurisprudentie met betrekking tot de 7:681-procedure. Uitspraken of arresten met betrekking tot art. 7:681 BW en pesten zijn niet gepubliceerd²⁰⁷. Daarom wordt er een overzicht gegeven van relevante jurisprudentie met betrekking tot de 7:681-procedure en deze scriptie in een bredere zin:

- Ktr. Amersfoort 15 december 2010, *Prg.* 2011, 34²⁰⁸. In deze uitspraak wordt duidelijk dat het niet slagen van een re-integratieproces, niet betekent dat een werkgever hiervoor aansprakelijk gesteld kan worden. Primair beriep werknemer zich op art. 7:658/7:611 BW, subsidiair op art. 7:681 BW. Duidelijk wordt dat indien de vordering op grond van art. 7:658/7:611 BW op dezelfde argumenten is gestoeld als de vordering van art. 7:681 BW, de kans groot is dat de vordering op grond van art. 7:681 BW niet slaagt indien het beroep op art. 7:658 BW wordt verworpen omdat het causaal verband niet aangetoond kan worden of niet bewezen kan worden dat de werkgever zich niet als goed werkgever heeft gedragen tijdens de ziekte en/of het re-integratieproces.
- Ktr. Amsterdam 22 september 2009, *Prg.* 2009, 208. Voor de beoordeling of de opzegging kennelijk onredelijk is, moet gekeken worden naar alle omstandigheden van het geval. Dat de werkgever zich niet als slecht werkgever heeft gedragen, wil

²⁰⁵ HR 11 september 2009, *JAR* 2009, 250.

²⁰⁶ In deze procedure kwam duidelijk naar voren dat indien in de 7:658-procedure het causale verband tussen de ziekte en de werkzaamheden niet vast komt te staan, in de 7:681-procedure er niet vanuit gegaan mag worden dat het wel mogelijk zou kunnen zijn dat de werkzaamheden/omstandigheden bij hebben kunnen dragen aan de arbeidsongeschiktheid (HR 11 september 2009, *JAR* 2009, 250, r.o. 3.5.3 en 3.5.4.).

²⁰⁷ Voor zover onderzoeker heeft kunnen ontdekken.

²⁰⁸ Vgl. ook Ktr. Roermond 12 november 2002, *Prg.* 2003, 6020.

nog niet zeggen dat het niet aan de werkgever is gelegen dat de re-integratie niet naar wens is verlopen. Mede door de medische beperkingen en de leeftijd van de werknemer, is de kans op een nieuwe baan klein. Gezien bovenstaande en het feit dat er geen passende vergoeding is aangeboden bij de opzegging, wordt de opzegging kennelijk onredelijk geacht.

- Ktr. Haarlem 12 november 2008, *RAR* 2009, 23. De kantonrechter gaat bij zijn beoordeling over de onredelijkheid van de opzegging in op de factoren die van belang zijn bij schending van de zorgplicht, art. 7:658 BW. Het is daarom voor een werknemer wellicht te overwegen, indien er sprake is van arbeidsongeschiktheid, zowel op grond van art. 7:681 BW als 7:658 BW te procederen.
- Hof Amsterdam 20 december 2007, *RAR* 2008, 112. Het hof was van mening dat de werkgever niet voldaan heeft aan zijn re-integratieverplichtingen. Daardoor zijn de gevolgen voor de werknemer ten opzichte van de werkgever te ernstig en er is sprake van een kennelijk onredelijke opzegging. De werknemer had namelijk geringe mogelijkheden om passend werk te vinden gezien zijn leeftijd en psychische kwetsbaarheid. De getroffen voorzieningen door de werkgever waren daarnaast onvoldoende.
- Hof Amsterdam 26 april 2007, *RAR* 2007, 160. In deze zaak wordt de opzegging kennelijk onredelijk geacht, ondanks het feit dat de werknemer zich niet genoeg heeft ingespannen tijdens het re-integratieproces. De kennelijk onredelijkheid werd aangenomen gezien de leeftijd van de werknemer, de lange duur van het dienstverband en de beperkingen die de werknemer heeft waardoor het moeilijker is om passend werk te vinden. Daardoor zijn de gevolgen voor de werknemer te ernstig in vergelijking met het belang van de werkgever.
- Hof Arnhem 18 maart 2003, *JAR* 2003, 127²⁰⁹. In deze zaak was er sprake van een arbeidsconflict. De werknemer kon niet goed overweg met een collega. Het staat niet vast dat zij daardoor arbeidsongeschikt is geraakt, maar het heeft er wel aan bijgedragen en de werkgever heeft niets ondernomen om het conflict op te lossen. Op de inspanningen van de werkgever tijdens de re-integratie hoeft verder niet ingegaan te worden, nu door een reorganisatie de functie van werknemer niet meer bestaat. Maar, dit is een risico dat in de sfeer van de werkgever ligt waardoor hem wel een verwijt gemaakt kan worden. Daarnaast geeft de rechter een concrete invulling aan het begrip 'goed werkgeverschap'. De rechter is van mening dat van een goed werkgever verwacht mag worden dat hij, indien er sprake is van ernstige samenwerkingsproblemen, het nodige zal doen om dat probleem op te lossen. Daarnaast mag van een goed werkgever verwacht worden dat hij zich actief opstelt bij de re-integratie en dat hij op zoek gaat naar een passende functie binnen de organisatie.²¹⁰

Uit de voorgaande jurisprudentie is geen eenduidige conclusie te trekken. Bij een kennelijk onredelijk opzegging zijn steeds de concrete feiten en omstandigheden bepalend of de opzegging kennelijk onredelijk is en een vergoeding toegekend dient te worden. Er kan wel geconcludeerd worden dat bij een arbeidsongeschikte werknemer aansluiting wordt gezocht bij art. 7:658 BW en dat de werknemer dit zelf ook kan doen om voldoende bewijs te leveren met betrekking tot het gevolgcriterium.

²⁰⁹ Dit arrest is zeer interessant. Het hof acht de werkgever verplicht iets te doen aan de situatie op de werkvloer omdat hij op de hoogte was van het arbeidsconflict dat speelde. In deze zaak is er sprake van twee werknemers die onderling een conflict hebben. Als het ware zijn zij als 'gelijkwaardig' aan te merken, immers doet de ene werknemer niet onder voor de ander. Bij pesten is dit wel het geval. Daarom kan aan de hand van dit arrest gesteld worden dat de werkgever bij pestgedrag op de werkvloer in ieder geval gehouden is er iets aan te doen.

²¹⁰ Hof Arnhem, 18 maart 2003, *JAR* 2003, 127, r.o. 4.4 en 4.8.

6.5 Vergoeding of herstel dienstverband

In een 7:681-procedure kan een vergoeding gevorderd worden. Het gaat hierbij om een schadevergoeding en er dient een concrete schadeberekening gemaakt te worden. Dit heeft de Hoge Raad duidelijk aangegeven in zijn arrest van 27 november 2009²¹¹. Het gaat om specifieke feiten en omstandigheden die per geval anders zijn. Er mag daarom geen gebruik worden gemaakt van een vaste, algemene formule.²¹²

Naast een vergoeding kan er op grond van art. 7:682 BW ook herstel van het dienstverband gevorderd worden. Dat lijkt in de situatie waar in de scriptie vanuit wordt gegaan echter onwaarschijnlijk, omdat de werknemer niet terug zal willen naar de werkplek. Indien de rechter in zijn vonnis oordeelt dat het dienstverband hersteld dient te worden, kan de werkgever aan deze verplichting 'ontkomen' door de afkoopsom te betalen die is vastgesteld in hetzelfde vonnis.²¹³

²¹¹ HR 27 november 2009, *JAR* 2009, 305.

²¹² Duijvis 2011.

²¹³ Art. 7:682 lid 2 BW.

Hoofdstuk 7 Het belang van de Arbowet en het Wetboek van Strafrecht

In dit hoofdstuk zal ingegaan worden op de Arbowet en het Wetboek van Strafrecht. De Arbowet is zijdelings al verschillende keren aan bod geweest in eerdere hoofdstukken. In dit hoofdstuk worden artikelen uit de Arbowet en het Wetboek van Strafrecht besproken in het kader van het bewijsvoordeel²¹⁴. Zoals in de inleiding is aangegeven, kan dit van belang zijn voor alle vier de artikelen die in de voorgaande hoofdstukken zijn besproken.

7.1 De Arbowet

Als eerste zal de Arbowet besproken worden. Dit is het meest voor de hand liggend omdat het om een arbeidsrechtelijke kwestie gaat waarbij de werknemer zich niet in een 'veilige' werkomgeving begeeft, terwijl hij daar wel recht op heeft op grond van de Arbowet.

7.1.1 Artikelen uit de Arbowet

In het kader van dit hoofdstuk zijn met name de artikelen 3, 4 en 5 van de Arbowet van belang. In deze artikelen staat de verplichting voor de werkgever om:

- een beleid te voeren waardoor de arbeidsomstandigheden zo goed mogelijk zijn waarbij specifiek dient te worden ingegaan op de voorkoming of beperking van psychosociale arbeidsbelasting. Dit beleid dient regelmatig geëvalueerd te worden (art. 3 Arbowet).
- de plaats waar arbeid wordt verricht aan te passen als de werknemer daar behoefte aan heeft (art. 4 Arbowet)
- schriftelijk een risico-inventarisatie en -evaluatie vast te leggen over het te voeren beleid waarin staat op welke manier een werknemer zich kan wenden tot een deskundige of de arbodienst. Naast deze risico-inventarisatie en -evaluatie dient er ook een plan van aanpak opgesteld te worden waarin staat welke maatregelen genomen zullen worden om deze risico's te voorkomen (art. 5 Arbowet).

Over het algemeen kan worden aangenomen dat de werkgever, op grond van de Arbowet, de verplichting heeft om ongewenste omgangsvormen op het werk tegen te gaan en hier een preventief beleid tegen te voeren. Dit blijkt ook uit het daarop aansluitende Arbobesluit in art. 2.15.²¹⁵ Op grond van bovenstaande artikelen kan geconcludeerd worden dat er sprake is van een concreet voorschrift ten aanzien van het voorkomen van pesten²¹⁶. Het is wel een vereiste dat het voor de werkgever voorzienbaar is dat er schade kan ontstaan. Dit is gemakkelijker aan te tonen indien de werknemer heeft aangegeven last te ondervinden. Maar het is ook mogelijk dat het voorzienbaar is indien de omgeving signalen afgeeft waaruit blijkt dat er sprake is van (een te zware) belasting.²¹⁷

²¹⁴ Met bewijsvoordeel wordt in deze scriptie bedoeld dat er namens de werknemer gemakkelijker voldaan kan worden aan de bewijslast door gebruik te maken van de artikelen die besproken worden in het kader van de Arbowet en het Wetboek van Strafrecht.

²¹⁵ Geers 2005.

²¹⁶ Onder psychosociale arbeidsbelasting valt mede het begrip pesten, zie hoofdstuk 2.

²¹⁷ HR 11 maart 2005, *SR* 2005, 45, p. 224-228 (m.nt. Vegter). Mevrouw Vegter spreekt nog over de Arbowet 1998, maar zoals eerder aangegeven is pesten onder te brengen onder het 'oude' begrip agressie en geweld. Tegenwoordig is het ook zelfstandig genoemd in de Arbowet, onder de term psychosociale arbeidsbelasting.

Door als werkgever geen gehoor te geven aan deze voorschriften, zou er sprake zijn van schending van de zorgplicht als bedoeld in art. 7:658 BW²¹⁸. Ook kan verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever aangetoond worden, indien hij niet zorgvuldig handelt volgens de Arbowet en geen duidelijk beleid heeft opgesteld. Alleen het benoemen van risico's in een RI&E²¹⁹ is onvoldoende. Het kan (en zal) dus in het voordeel van de werknemer werken indien de werkgever niet duidelijk heeft opgenomen hoe hij dient te handelen indien er sprake is van intimidatie en/of andere klachten²²⁰.

7.1.2 Beroep doen op de Arbowet

Ondanks dat de Arbowet het doel heeft de werknemer te beschermen en een veilige en humane arbeidsomgeving te creëren, kun je je er als werknemer niet direct op beroepen. Indien er klachten zijn zal de arbeidsinspectie actie ondernemen, zie paragraaf 8.1 en 8.3.2. Dit lijkt een rare gang van zaken omdat je als werknemer dus verplicht bent eerst een klacht in te dienen en vervolgens niets anders kunt doen dan afwachten. Het zou beter zijn indien een werknemer meteen stappen kan ondernemen indien hij van mening is dat de werkgever in strijd handelt met hetgeen de Arbowet bepaalt. Daarbij is het wel van belang dat er aandacht wordt besteed aan het feit dat een werknemer geen bescherming geniet. Een werkgever zou, indien dit niet aangepast zou worden, wellicht er achter kunnen komen wie een klacht indient. Op het moment dat de werkgever een ontbindingsprocedure in gang zet omdat de vertrouwensrelatie ontbreekt tussen werkgever en werknemer, geniet de werknemer, op dit moment, geen bescherming. Zie ook paragraaf 5.7.

7.1.3 Jurisprudentie

Indien de werkgever zich niet houdt aan de verplichtingen van de Arbowet, kan dit gevolgen hebben voor de aansprakelijkheid op grond van art. 7:658/7:611 BW, zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Kantonrechter in Utrecht van 2 mei 2007²²¹ en de conclusie van A-G Spier bij het arrest van de Hoge Raad van 3 april 2009²²².

Er is weinig jurisprudentie, met betrekking tot deze scriptie, over de Arbowet gepubliceerd. Dit is te verklaren omdat het niet mogelijk is om als werknemer rechtstreeks een beroep te doen op de Arbowet. Vaak komen artikelen uit de Arbowet zijdelings aan bod in een procedure omdat werknemers daarmee bijvoorbeeld schending van de zorgplicht door de werkgever aan willen tonen.

Er is wel een uitspraak van de Rechtbank Leeuwarden op 16 oktober 2003²²³, maar dit betreft een strafrechtelijke vervolging.²²⁴ In deze zaak werd de werkgever niet veroordeeld omdat de officier van justitie niet aan kon tonen dat de werknemer ziek was geworden omdat er geen beleid was. Er werd wel vastgesteld dat er geen beleid was en dat de werkgever niets deed tegen het pesten ondanks dat hij hiervan op de hoogte was. Maar nu het causale verband niet bewezen werd, volgde vrijspraak. De rechter gaf wel aan dat hij tot

²¹⁸ Zie o.a. Kranenburg-Hanspians 2007, Bezemer & Kuiper 2003, p. 30, Smits 2008 onder '3.1 Zorgplicht a Beleid' (inclusief verwijzing naar Rb. Rotterdam 20 september 1999, *JAR* 1999, 230) en Vegter 2005, p. 564. In de praktijk blijkt dit niet zo zwart wit te zijn als in de theorie wordt gesteld.

²¹⁹ Risico-Inventarisatie en Evaluatie

²²⁰ Ktr Haarlem 16 september 2004, *LJN* AR2136 (met aantekening T.C.B. Homan) en Kranenburg-Hanspians 2007.

²²¹ Ktr. Utrecht 2 mei 2007, *JAR* 2007, 136. Dit arrest is ook al genoemd in paragraaf 3.1.4.

²²² HR 3 april 2009, *RvdW* 2009, 494 (concl. A-G Spier onder 3.9.1 en 3.10).

²²³ Rb. Leeuwarden 16 oktober 2003, *JAR* 2003, 260.

²²⁴ Via de Arbowet kan er namelijk na twee overtredingen binnen 48 maanden een strafrechtelijke vervolging ingezet worden, art. 32 jo 33 lid 1 en 3 Arbowet.

een veroordeling zou komen indien alleen ten laste was gelegd dat de werkgever geen adequate maatregelen had getroffen.²²⁵

7.2 Het Wetboek van Strafrecht

Het Wetboek van Strafrecht lijkt een vreemde eend in de bijt met betrekking tot het onderwerp van deze scriptie. Toch kan het nuttig zijn om aan deze artikelen aandacht te besteden.²²⁶

In sommige gevallen gaan de pesterijen verder dan opmerkingen en/of stelselmatig negeren. Het kan tot een handgemeen komen en er kunnen ook serieuze bedreigingen geuit worden. Op dat moment is het ook mogelijk om een strafrechtelijke veroordeling van de 'pester' in gang te zetten door aangifte te doen.

De werknemer kan zich in een arbeidsrechtelijke procedure niet rechtstreeks beroepen op artikelen uit het Wetboek van Strafrecht, maar er kan wel aangevoerd worden dat het analoog van toepassing zou moeten zijn. Daarnaast kan een aangifte en/of veroordeling in het strafrecht er voor zorgen dat er gemakkelijker bewijs is te leveren met betrekking tot schending van de zorgplicht en/of goed werkgeverschap. Tenslotte kan het strafrecht ook een bewijsvoordeel opleveren in kader van immateriële schadevergoeding op grond van art. 6:106 BW. De opzet om het 'slachtoffer' nadeel toe te brengen kan gemakkelijker aangenomen worden en ook kan aangetoond worden dat het 'slachtoffer' lichamelijk letsel heeft opgelopen of in zijn goede naam of eer is geschaad^{227 228}.

7.2.1 Relevante artikelen

Er zijn diverse artikelen binnen het Wetboek van Strafrecht die in het kader van deze scriptie van belang kunnen zijn. Zo kan er sprake zijn van mishandeling, art. 300 Sr, indien er fysiek geweld aan te pas komt²²⁹. Maar ook pesterijen die gepaard gaan met (ernstige) bedreigingen zijn strafbaar op grond van art. 284 Sr. Het slachtoffer kan van mening zijn dat hij wordt aangetast in zijn goede eer en naam, waardoor art. 261/266 Sr wordt overtreden. Tenslotte kan er sprake zijn van een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, art. 285b Sr.

Zoals al eerder opgemerkt, is een werkgever aansprakelijk voor de gedragingen van het personeel onderling²³⁰. Daarom kunnen deze artikelen ook aangevoerd worden om het standpunt met betrekking tot aansprakelijkheid van de werkgever te versterken, ondanks dat de werkgever de gedragingen niet zelf heeft gepleegd.

²²⁵ Deze uitspraak zou ook zeker geschikt zijn, volgens onderzoeker, om schending van de zorgplicht ex art. 7:658 BW vorm te geven. Immers het niet voeren van beleid is strafbaar en wellicht kan analoog geconcludeerd worden dat het niet voeren van beleid dus ook schending van de zorgplicht oplevert.

²²⁶ Aan het strafrecht moet alleen gedacht worden in het kader van bewijsvoordeel. Immers, nadat er aangifte is gedaan neemt het Openbaar Ministerie de zaak over en heeft de werknemer verder geen invloed en/of zeggenschap meer.

²²⁷ Respectievelijk art. 6:106 lid 1 sub a en b BW.

²²⁸ Van belang is dat er wel sprake moet zijn van een bewezen feit. Alleen aannemelijk of voldoende gemotiveerd aanbrengen, is in tegenstelling tot de civielrechtelijke procedure, onvoldoende. Daarbij moet in aanmerking genomen worden dat de strafrechtelijke procedure een lange procedure kan zijn en daardoor 'te laat' komt. Zie ook Recht-van Gompel 2007, p. 27.

²²⁹ NB geweld is, naast pesten, een term die valt onder het begrip psychosociale arbeidsbelasting, art. 1 lid 3 sub e Arbwet. Een werknemer dient hier uiteraard tegen beschermd te worden. Daarom kan het ook een zelfstandig onderwerp zijn van een procedure, maar het kan ook helpen om te bewijzen dat er sprake is van (uit de hand gelopen) pesterijen.

²³⁰ Art. 6:170 BW.

7.2.2 Jurisprudentie

In zijn conclusie bij het arrest van de Hoge Raad van 29 juni 2010²³¹, gaat A-G Knigge in op het feit waarom art. 285b Sr ook van toepassing kan zijn op pesten.

Volgens de parlementaire geschiedenis²³² kunnen diverse gedragingen onder de delictomschrijving van art. 285b Sr vallen. Het hoeft daarbij niet te gaan om dezelfde activiteiten, maar het kan ook uit verschillende gedragingen bestaan. Gedacht kan worden aan onder andere bedreigen, telefonisch of schriftelijk ongewenst benaderen en het verspreiden van valse geruchten.²³³ Gedragingen die ook binnen de reikwijdte van het begrip pesten (kunnen) vallen. Belangrijk is wel dat het gaat om gedragingen die, evenals bij pesten, een stelselmatig karakter hebben.

Een element van art. 285b Sr is dat het inbreuk moet maken op de *persoonlijke levenssfeer*. Daardoor zou de conclusie getrokken kunnen worden dat er op het werk geen sprake kan zijn van een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. Er is echter vastgesteld, o.a. door het EHRM en de Hoge Raad, dat de persoonlijke levenssfeer niet eindigt bij de voordeur. Uit de wetgeschiedenis²³⁴ blijkt zelfs letterlijk dat ‘pesten op het werk’ ook onder de reikwijdte van art. 285b Sr kan vallen, indien het een stelselmatig karakter heeft.²³⁵

²³¹ HR 29 juni 2010, *LJN* BL8642 (concl. A-G Knigge).

²³² *Kamerstukken II* 1997/98, 25 768, nr. 5, p. 2.

²³³ HR 29 juni 2010, *LJN* BL8642 (concl. A-G Knigge onder 9).

²³⁴ *Kamerstukken I* 1999/00, 25 768, nr. 67a, p. 5.

²³⁵ HR 29 juni 2010, *LJN* BL8642 (concl. A-G Knigge onder 12-13).

Hoofdstuk 8 Preventieve middelen

In de voorgaande hoofdstukken is aandacht besteed aan de mogelijkheden die een werknemer heeft om de werkgever aansprakelijk te stellen voor de gevolgen van pesten. Vanzelfsprekend is het beter als pesten op de werkvloer minder –of helemaal niet– voorkomt. Daarom is het van belang dat er ook gekeken wordt naar eventuele (preventieve) middelen die ingezet kunnen worden om pesten op de werkvloer, of in ieder geval escalatie, te voorkomen. Wellicht kan FNV Bondgenoten ze niet allemaal direct zelf aanwenden of inzetten, maar aangezien FNV Bondgenoten een grote speler op de markt is, kunnen zij wel inspiratie op doen uit dit hoofdstuk. Vervolgens kunnen zij aangeven in overleg met bijvoorbeeld de wetgever of werkgevers, wat er zou moeten veranderen en waar aandacht aan besteed zou moeten worden.

In dit hoofdstuk worden diverse ‘preventieve middelen’ besproken. Er wordt ingegaan op verplichtingen van de werkgever op grond van de Arbowet, beleid wat gevoerd moet, of kan, worden, de mogelijkheid van vertrouwenspersonen en/of klachtencommissies, mediation en welke mogelijkheden CAO’s in dit kader (kunnen) bieden. Daarnaast zal aangegeven worden of de voorgaande hoofdstukken ook betekenis kunnen hebben in een eerder stadium.

8.1 De Arbowet en de daaruit voortvloeiende verplichtingen

Zoals in eerdere hoofdstukken is aangegeven, blijkt de Arbowet een belangrijke ‘spin in het web’ te zijn. Verplichtingen van de werkgever staan opgenomen in diverse artikelen en op grond van de Arbowet zou de werknemer beschermd dienen te worden tegen psychosociale arbeidsbelasting. Het is daarom, zoals al eerder is aangegeven, opmerkelijk te noemen dat een werknemer zich niet rechtstreeks op de Arbowet kan beroepen.

In hoofdstuk 7 zijn al enkele bepalingen uit de Arbowet kort aangestipt die van belang zijn in verband met het bewijsvoordeel²³⁶. Deze artikelen bevatten verplichtingen van een werkgever. De werkgever is gehouden iets te ondernemen of iets te doen. Wat hij moet ondernemen of doen, is (helaas) in vage termen beschreven waardoor het in de praktijk moeilijk is om er een beroep op te doen²³⁷. Toch mag van een werkgever verwacht worden dat hij zich niet schuldig maakt aan psychosociale arbeidsbelasting en tevens dit tracht te voorkomen²³⁸.

In onderstaand overzicht wordt aangegeven welke verplichtingen een werkgever op grond van de Arbowet heeft in het kader van deze scriptie:

²³⁶ Met bewijsvoordeel wordt in deze scriptie bedoeld dat er namens de werknemer gemakkelijker voldaan kan worden aan de bewijslast door gebruik te maken van de artikelen die besproken worden in het kader van de Arbowet en het Wetboek van Strafrecht.

²³⁷ Dit blijkt uit rondvraag binnen FNV Bondgenoten en de afdeling Bureau Beroepsziekten. Daarnaast is er ook weinig/geen jurisprudentie te vinden waarbij er concreet een beroep wordt gedaan op de Arbowet.

²³⁸ Dit is ook op te maken uit het feit dat een werkgever (met betrekking tot seksuele intimidatie) zich niet schuldig mag maken aan discriminatoire bejegening van een werknemer en dit tevens ook moet voorkomen. Zie Smits 2008 onder ‘d Normadressaten’. De artikelen die daar besproken worden richten zich, net zoals bij de Arbowet, tegen de werkgever en niet tegen de werknemer. Uit vaste jurisprudentie valt te concluderen dat de werkgever zich moet onthouden van discriminatoire bejegening en tevens de werknemer hiertegen dient te beschermen. (NB: zoals eerder aangegeven is onderzoeker van mening dat pesten grote gelijkenissen vertoont met seksuele intimidatie waardoor het analoog is toe te passen.)

Art. 3 Arbowet	Het voeren van beleid omtrent de arbeidsomstandigheden. ²³⁹
Art. 8 Arbowet	Werknemers dienen doeltreffend ingelicht te worden over de risico's en de wijze waarop zij deskundige bijstand binnen het bedrijf kunnen inroepen.
Art. 12 Arbowet	De werkgever dient samen te werken met werknemers bij de uitvoering van het beleid. Dit geldt ook ten aanzien van overleg omtrent het beleid.
Art. 27 lid 3 Arbowet	Voldoen aan een (eventuele) eis tot naleving ²⁴⁰ .

De arbeidsinspectie is de toezichthouder. Deze is ingesteld door de minster van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, op grond van art. 24 Arbowet. De arbeidsinspectie kan een onderzoek instellen op verzoek van de ondernemingsraad, personeelsvertegenwoordiging of vereniging van werknemers²⁴¹.

Zoals al eerder is aangegeven geniet een werknemer op dit moment geen ontslagbescherming mocht hij klagen over de arbeidsomstandigheden. Dit wil echter niet zeggen dat hij helemaal geen bescherming geniet. Op grond van art. 26 Arbowet is de arbeidsinspectie verplicht de namen van personen die een klacht indienen of aangifte doen van een overtreding van de Arbowet, geheim te houden. Uit dit artikel blijkt dat het ook mogelijk is om individueel een klacht in te dienen²⁴².

De toezichthouder kan, na onderzoek, de eis stellen dat de werkgever de verplichtingen, die op hem rusten op grond van de Arbowet²⁴³, na dient te leven²⁴⁴. De werkgever is vervolgens verplicht hier gehoor aan te geven. Indien een werkgever in strijd met de bepalingen van de Arbowet handelt en weet of redelijkerwijs kon weten dat het levensgevaar of ernstige schade aan de gezondheid van één of meer werknemers kan toebrengen, pleegt hij een misdrijf. Dit volgt uit art. 31 lid 1 jo lid 2 Arbowet. Daarnaast kan het niet handelen conform art. 3, 4 en 5 beboet worden met een boete uit de eerste categorie. De eerste categorie is maximaal € 9.000,00. Deze boete wordt niet opgelegd door de arbeidsinspectie, maar door een ambtenaar die is aangewezen door de minster van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, art. 34 lid 1 jo lid 2 jo lid 4 sub 1 Arbowet. Indien een werkgever tweemaal binnen 48 maanden²⁴⁵ voor het niet naleven van verplichtingen een boete krijgt die onherroepelijk is geworden, is er sprake van een strafbaar feit. Daarnaast wordt de boete met 50 % verhoogd indien het beboetbare feit voor een tweede keer binnen 24 maanden nogmaals wordt begaan²⁴⁶.

In de Arbowet is verder weinig informatie over de controles te vinden. Het is daarom onduidelijk hoe vaak dergelijke controles plaatsvinden of boetes worden uitgedeeld. Het zou een duidelijk signaal af kunnen geven indien er vaker en vooral intensiever wordt

²³⁹ In art. 4 en 5 van de Arbowet is en nadere invulling van dit beleid gegeven. Op het beleid zal in paragraaf 8.2 verder ingegaan worden.

²⁴⁰ Zie verderop in deze paragraaf wat hiermee wordt bedoeld.

²⁴¹ Deze vereniging dient wel in de statuten vermeld te hebben staan dat: zij als doel hebben de belangen van werknemers te behartigen, ook zo werkzaam zijn en in het bezit zijn van volledige rechtsbevoegdheid, art. 24 lid 7 Arbowet.

²⁴² Op de site van de arbeidsinspectie wordt dit bevestigd en zelfs uitgebreid: vakbonden, familieleden van werknemers en derden kunnen namelijk ook klachten indienen. (www.arbeidsinspectie.nl, 'Organisatie', 'Taken Arbeidsinspectie' en als laatste 'Melden en aanvragen')

²⁴³ Het betreft hier ook de artikelen 3, 4 en 5 van de Arbowet die in het kader van deze scriptie van belang zijn, art. 27 lid 5 Arbowet.

²⁴⁴ Art. 27 Arbowet.

²⁴⁵ Waarbij de tussenliggende periode maximaal 24 maanden is.

²⁴⁶ Art. 34 lid 6 Arbowet.

gecontroleerd. Daarnaast zouden hogere boetes wellicht ook een preventieve werking hebben.

8.2 Beleid

In de voorgaande paragraaf is aangegeven dat een werkgever op grond van art. 3 Arbowet een beleid omtrent de arbeidsomstandigheden dient te voeren. In de artikelen 4 en 5 van de Arbowet zijn verdere invullingen gegeven aan dit beleid, maar nog steeds is onduidelijk hoe een dergelijk beleid er precies dient uit te zien.

Op grond van art. 13 van de Arbowet laat een werkgever zich bijstaan door een deskundige werknemer. Een deskundige medewerker is een preventiemedewerker²⁴⁷. Deze werknemer speelt een belangrijke rol bij het assisteren van de werkgever bij het vormen van beleid.

Een werkgever doet er verstandig aan preventief maatregelen te nemen om psychosociale arbeidsbelasting te voorkomen. Op die manier kan hij voorkomen dat een situatie escaleert. Een werkgever is namelijk gehouden om de sfeer op een afdeling te verbeteren en/of goed te houden.²⁴⁸

Zoals eerder aangegeven, is niet concreet te zeggen waaruit het beleid tegen psychosociale arbeidsbelasting, en dus tegen pesten, dient te bestaan. Gedacht kan worden aan:

- het ontwikkelen en bekend maken van beleid tegen pesten;
- het kenbaar maken in de onderneming dat pesten niet wordt getolereerd;
- het zorgen voor een goede klachtenregeling;
- het aanstellen van een vertrouwenspersoon.²⁴⁹

Door als werkgever preventieve maatregelen te nemen en een deugdelijk beleid te voeren, kan achteraf de kans op aansprakelijkheid verkleind worden.

Mocht, ondanks de preventieve maatregelen, er toch sprake zijn van pestgedrag op de werkvloer, is het verstandig om in het beleid op te nemen welke maatregelen genomen (kunnen) worden. Dit schept duidelijkheid voor alle werknemers en kan ook een preventieve werking hebben.

Het is raadzaam om een correcte, duidelijke en vooral zorgvuldige klachtenprocedure te hanteren²⁵⁰. Daarbij moet onder andere rekening worden gehouden met het beginsel van hoor en wederhoor. Het verdient wel de insteek dat de werkgever uitgaat van de juistheid van de klacht, in plaats van de gedachte 'het zal wel tussen de oren zitten'.²⁵¹

Op grond van art. 5 Arbowet is de RI&E²⁵² onderdeel van het arbeidsomstandighedenbeleid dat de werkgever dient te voeren. Kort gezegd geeft de werkgever weer wat de te verwachten risico's zijn en welke maatregelen de werkgever treft om deze risico's te voorkomen of in te perken. Daarnaast moet in een RI&E ook beschreven worden op welke manier een werknemer zich kan wenden tot deskundigen binnen het bedrijf.

Zoals eerder is aangegeven in deze scriptie, is pesten/psychosociale arbeidsbelasting een subjectief begrip waar ieder persoonlijk een betekenis aan toekent. Het is daarom lastig een

²⁴⁷ De term 'preventiemedewerker' is sinds 2005 opgenomen in de Arbowet. Dit naar aanleiding van een arrest van het Europese Hof Justitie van 22 mei 2003.

²⁴⁸ Vegter 2005, p. 589 en Ktr. Utrecht 1 augustus 2001, JAR 2001, 195.

²⁴⁹ Charbon 2007 en Vegter 2005, p. 590.

²⁵⁰ Denk aan: regels met betrekking tot zorgvuldig onderzoek, bij wie moet men zijn en eventuele sancties.

²⁵¹ Zie o.a. Ktr. Enschede 16 oktober 2009, JAR 2009, 5.

²⁵² Risico-Inventarisatie en Evaluatie.

passend beleid omtrent de bestrijding hiervan, op te stellen. Het dient wel te gebeuren en het niet of onvoldoende duidelijk voeren van een beleid, mag uiteraard nooit een vrijbrief opleveren voor eventuele daders²⁵³. Het enkel benoemen van risico's is niet voldoende²⁵⁴. Als werkgever dient er ook een plan van aanpak opgesteld te worden als onderdeel van de RI&E²⁵⁵. Hierin worden de maatregelen opgenomen in verband met de risico's. Door de maatregelen vooraf op te nemen én te communiceren wordt er transparantie gecreëerd²⁵⁶.

Het is verstandig om de maatregelen die de werkgever dient te ondernemen tegen de dader(s), onder te verdelen in verschillende categorieën. Niet ieder incident verdient dezelfde maatregel en een ontslag op staande voet bij een eerste, klein, incident is niet de juiste handelswijze. Naast proportionaliteit en subsidiariteit van de maatregel, kan er ook rekening worden gehouden met verzachtende omstandigheden, bijvoorbeeld:

- lengte van het dienstverband;
- eerdere incidenten;
- schuldgevoel/inzicht van de fout;
- excuses aanbieden;
- leeftijd/functie;
- positie op de arbeidsmarkt.²⁵⁷

Het kan ook verstandig zijn om de 'dader' op een andere afdeling te plaatsen of mediation tussen 'slachtoffer' en 'dader' te organiseren, zie hiervoor paragraaf 8.4.

In de jurisprudentie wordt ook aandacht besteed aan het al dan niet aanwezig zijn van een (volledige) RI&E, plan van aanpak en/of klachtenregelingen. Het ontbreken of onvolledig zijn van deze onderdelen, levert de werknemer vaak een sterkere positie op bij het aansprakelijk stellen van de werkgever.²⁵⁸

In bijlage 2 is informatie opgenomen met betrekking tot het beleid dat een werkgever dient te voeren. Daarbij is aandacht voor verschillende onderdelen met toelichting en aandachtspunten. Wellicht kan deze informatie gebruikt worden bij het geven van voorlichting aan werkgevers of het 'controleren' van het gevoerde beleid.

8.3 Vertrouwenspersonen en/of klachtencommissies

Op grond van de Arbowet is er geen sprake van een verplichting tot het aanstellen van een vertrouwenspersoon of commissie. De arbeidsinspectie, die zijn basis in de Arbowet vindt, is als klachtencommissie te beschouwen.

8.3.1 Vertrouwenspersonen

Het niet verplichten van een werkgever tot het instellen van een vertrouwenspersoon²⁵⁹ binnen het bedrijf, kan gezien worden als een gebrek binnen de Arbowet. Door een vertrouwenspersoon binnen een bedrijf aan te stellen, kunnen werknemers beter beschermd worden. Zij kunnen zich, door de neutrale en vertrouwelijke basis van een vertrouwenspersoon, eerder geneigd voelen melding te maken van pestgedrag op de

²⁵³ Smits 2008 onder: 3.1 Zorgplicht a Beleid.

²⁵⁴ Ktr. Utrecht 2 mei 2007, *JAR* 2007, 136 en Ktr. Haarlem 16 september 2004, *L/N* AR2136 (met aantekening T.C.B. Homan) en Kranenburg-Hanspians 2007.

²⁵⁵ Art. 5 lid 3 Arbowet.

²⁵⁶ Zie o.a. Ktr. Haarlem 16 september 2004, *L/N* AR2136 (aantekening T.C.B. Homan).

²⁵⁷ Vgl. Smits 2008. NB het mag natuurlijk geen excuus zijn dat er geen maatregelen worden getroffen omdat het een oudere werknemer met een lang dienstverband betreft.

²⁵⁸ Zie o.a. Ktr. Utrecht 2 mei 2007, *JAR* 2007, 136, Ktr. Utrecht 1 augustus 2001, *JAR* 2001, 195 en Ktr. Alkmaar 19 augustus 1998, *JAR* 1998, 191.

²⁵⁹ Daar waar 'vertrouwenspersoon' staat in deze scriptie, kan ook 'vertrouwenscommissie' gelezen worden.

werkvloer. Door een vertrouwenspersoon, in combinatie met een deugdelijke klachtenregeling, als ‘standaard’ in te voeren, kan de veiligheid van werknemers beter gegarandeerd worden.

Het is wel belangrijk dat er aandacht wordt besteed aan de volgende problematiek. De toegankelijkheid van een vertrouwenspersoon wordt bepaald door het ‘vertrouwen’ dat een werknemer in een dergelijk persoon heeft. Vaak geldt bij dergelijke gesprekken een geheimhoudingsplicht, wat bijdraagt aan dat vertrouwen. Echter, in het kader van deze scriptie is al aandacht besteed aan het ‘kenbaarheidsvereiste’. Een werknemer zal een sterkere positie bekleden in een eventuele gerechtelijke procedure indien er is voldaan aan het kenbaarheidsvereiste. De werkgever wist dan immers dat er problemen waren en had dus kunnen voorzien dat er schade zou optreden. Maar hoe kan er voldaan zijn aan het kenbaarheidsvereiste als een vertrouwenspersoon een geheimhoudingsplicht heeft en de werkgever feitelijk dus niet op de hoogte *kon* zijn? Wellicht moet er daarom gekeken worden naar de procedure en functie van een vertrouwenspersoon. Hierbij kan gedacht worden aan het volgende:

- de eerste gesprekken vallen onder de geheimhoudingsplicht;
- een vertrouwenspersoon stelt vervolgens een procedure in het werk waarbij hij de ‘klacht’ gaat onderzoeken, zonder er openlijk mee naar buiten te treden (bijvoorbeeld situaties observeren, verdere gesprekken voeren met het ‘slachtoffer’, enz.);
- indien de vertrouwenspersoon van mening is dat er sprake is van pestgedrag wordt de werkgever op de hoogte gesteld van bevindingen, eventueel zonder namen te noemen van degene die heeft ‘geklaagd’.

Het zou verstandig zijn als een vertrouwenspersoon hulp kan vragen aan een andere instantie of commissie, bijvoorbeeld de arbeidsinspectie. Nadeel van de arbeidsinspectie is, in de opinie van de onderzoeker, dat deze niet gespecialiseerd is in pestgedrag en sociale omgangsvormen op de werkvloer.

8.3.2 Klachtencommissies

De arbeidsinspectie is op grond van art. 24 van de Arbowet belast met het controleren van het beleid dat door een werkgever wordt gevoerd. De arbeidsinspectie kan dus controleren en beoordelen of een werkgever een beleid voert en of dit een correct, zorgvuldig en volledig beleid is. Daarbij kan de controle van de RI&E’s en het plan van aanpak een belangrijke rol spelen. Zoals eerder aangegeven kunnen individuen zich ook beklagen bij de arbeidsinspectie.

8.4 Mediation

Indien er sprake is van (mogelijk) pestgedrag op de werkvloer zullen de arbeidsverhoudingen tussen de werknemers onderling niet optimaal zijn. Volgens een uitspraak van de kantonrechter in Utrecht van 1 augustus 2001²⁶⁰, is het aan de werkgever om de sfeer op een afdeling te verbeteren. Een werkgever heeft hier ook de mogelijkheden toe, aangezien hij beslist waar, hoe, op welke manier en met wie werknemers dienen te werken.

Op het moment dat er sprake is van een conflict, is het daarom verstandig om het in een vroeg stadium op te lossen. Mediation²⁶¹ kan daarbij een uiterst geschikt middel zijn. Vaak

²⁶⁰ Ktr. Utrecht 1 augustus 2001, JAR 2001, 195.

²⁶¹ Tot op heden heeft mediation geen wettelijke basis in het Nederlandse recht. Dit wil niet zeggen dat het geen veel gebruikt hulpmiddel is op diverse rechtsgebieden. Ook kunnen rechters in bepaalde procedure partijen

zullen de partijen²⁶² niet goed met elkaar (meer) communiceren, waardoor de situatie nog sneller kan escaleren. Door een onafhankelijke derde, een mediator, kunnen de partijen (wellicht) weer met elkaar communiceren waardoor het gemakkelijker is een oplossing te zoeken voor het probleem. Het is immers denkbaar dat er geen sprake is van daadwerkelijk pestgedrag, maar dat de ene werknemer het gedrag zo ervaart. De andere werknemer kan zich van geen kwaad bewust zijn. Door de partijen met elkaar te laten communiceren, kan escalatie voorkomen worden en kan er tevens op zoek worden gegaan naar een geschikte oplossing²⁶³.

Dat mediation een geschikt middel is bij arbeidsconflicten blijkt onder andere uit de literatuur. Daarnaast blijkt het ook uit de uitbreiding van de inspanningen bij re-integratie²⁶⁴, de betekenis van art. 7:611 BW en de rechtspraak. Het niet mee werken aan of dwarsbomen van mediation kan ook van invloed zijn tijdens de procedure. Zo kan de vergoeding voor de werknemer hoger zijn, kan een weigering van de werkgever ook leiden tot afwijzing van een verzoek tot ontbinding aan de zijde van de werkgever of tot betaling van immateriële schadevergoeding²⁶⁵. Daardoor kan gesteld worden dat er getornd wordt aan *het* basisprincipe van mediation; de vrijwilligheid. Partijen zullen zich namelijk wellicht 'verplicht' voelen om mee te werken aan de mediation. Dit argument kan echter ontkracht worden doordat die verplichting in de wet is neergelegd in art. 7:611 BW. Van een goed werkgever/werknemer mag verwacht worden dat zij meewerken aan mediation.

Een voordeel van een mediator is dat deze persoon onafhankelijk is en geen invloed heeft op andere factoren op het werk. Indien een werkgever optreedt als 'onafhankelijke' derde kan dit sneller problemen opleveren omdat deze dichter bij één van beide partijen kan staan.

8.5 CAO's

Een ander middel dat ingezet kan worden om pestgedrag te voorkomen, zijn CAO's. Jaarlijks worden er voor verschillende bedrijfstakken CAO's afgesloten. FNV Bondgenoten is bij een groot deel van deze CAO's partij en bepaalt samen met andere vakbonden en betrokken werkgevers(organisaties) wat er in de CAO komt te staan. Een werkgever is hieraan gebonden indien:

- de werkgeversorganisatie waarbij de werkgever is aangesloten, de CAO ondertekend;
- de werkgever een CAO van toepassing verklaart in een arbeidsovereenkomst;
- of indien een CAO algemeen verbindend wordt verklaard.

Door in een CAO afspraken omtrent pestgedrag op te nemen, wordt de problematiek van individueel niveau verplaatst naar een collectief niveau waardoor er een breder draagvlak wordt gecreëerd. In een CAO kan onder andere een bepaling omtrent het verplicht aanstellen van een vertrouwenspersoon worden opgenomen.

'verplichten' om eerst mediation te proberen alvorens verder te procederen. Het mag dan ook niet onderschat worden.

²⁶² Twee of meer werknemers.

²⁶³ Daarbij is wel van belang dat de mediation niet wordt gezien als een vorm van 'therapie', maar zoals het daadwerkelijk bedoeld is: partijen samen op zoek laten gaan naar een oplossing onder begeleiding van een neutrale derde. Zie ook Pel 2006.

²⁶⁴ De Wet verbetering poortwachter.

²⁶⁵ Zie o.a.: Ktr. Apeldoorn 2 juni 2009, *JAR* 2009, 276 en CrvB 2 januari 2008, *LJN* BC1472. Maar ook de jurisprudentie die is genoemd in Pel 2006 onder 'rechtspraak', Sponselee 2007 en Schreurs 2008.

In het kader van deze scriptie zijn er een aantal CAO's bestudeerd²⁶⁶. In onderstaand schema wordt een overzicht van de bevindingen gegeven.

ANB AMRO	Er zijn geen bepalingen omtrent pesten en/of sociaal gedrag.
Bouwmaterialen Handel	Er is een hoofdstuk over 'Sociaal en Veilig'. Geen bepalingen over pesten, wel wordt er vermeld dat men respect voor elkaar moet hebben en dat de werkgever een beleid voert tegen niet gewenst intiem gedrag.
Frisia Zout	Geen bepalingen omtrent pesten en/of sociaal gedrag.
Glastuinbouw	De werkgever dient sociaal beleid te voeren dat ziet op ongewenste intimiteiten of intimidatie op seksueel gebied. Daarnaast is er een branche RI&E van toepassing. Ook is er sprake van een vertrouwenspersoon die is verbonden aan de paritaire commissie glastuinbouw ten behoeve van de werknemers.
Hema	Er is voor werkgever en werknemer een verbod opgenomen voor ongewenste intimiteiten en discriminatie. De werkgever kan en mag huisregels opstellen en dient ook een RI&E en plan van aanpak op te stellen. Daarnaast is er een mogelijkheid voor werknemers om een preventie spreekuur van de bedrijfsarts te bezoeken. Ook is er sprake van een klachtrecht waar werknemers gebruik van kunnen maken. De procedure en samenstelling van klachtcommissie zijn opgenomen in de CAO.
IKEA	Er wordt kort aangestipt dat een werknemer zich dient te houden aan eventuele huisregels. Verder zijn er geen bepalingen omtrent pesten en/of sociaal gedrag.
KLM-Cabinepersoneel	Er is sprake van een 'kleine' bepaling dat de werknemer geen gedrag mag vertonen dat afbreuk doet aan de waardigheid van de mens. Verder zijn er geen bepalingen omtrent pesten en/of sociaal gedrag.
Metalektro basis cao	Er zijn geen bepalingen omtrent pesten en/of sociaal gedrag. Wel is er een klachtprocedure opgenomen die ook van toepassing is op de arbeidsverhouding.
Phillips	Er is een artikel over de arbeidsomstandigheden, maar daarin is niets opgenomen over pesten en/of sociaal gedrag.
Praxis Groep	Een werknemer is gehouden zich niet schuldig te maken aan ongewenste intimiteiten op seksueel gebied en discriminatie. Tevens is er sprake van een klachtrecht. In een apart hoofdstuk wordt ingegaan op de arbeidsomstandigheden. Daarbij wordt vermelding gemaakt van een preventie spreekuur en dat de werkgever er zorgt voor draagt dat de werknemers kennis verwerven en actueel houden met betrekking tot (winkel-)criminaliteit en/of omgaan met agressie.
ProRail	Er is een aparte klachtenregeling over ongewenst gedrag. Ook pesten wordt onder ongewenst gedrag geschaard volgens deze CAO. In de bijlagen is het reglement klachtenprocedure ongewenst gedrag ProRail opgenomen. Daarbij wordt nogmaals pesten nadrukkelijk genoemd ²⁶⁷ .
Supermarkt	Er is een protocol binnen de CAO dat er beleid gevoerd dient te worden

²⁶⁶ De volgende CAO's zijn bestudeerd: ABN Amro, Bouwmaterialen Handel, Frisia Zout, Glastuinbouw, Hema, IKEA, KLM-Cabinepersoneel, Metalektro basis cao, Phillips, Praxis Groep, ProRail, Supermarkt, V&D, Wonen en Zuivelindustrie. Van iedere CAO is de meest recente versie geraadpleegd.

²⁶⁷ Er wordt tevens een concrete invulling aan het begrip 'pesten' gegeven, te weten: *'Pesten is vijandig, vernederend, of intimiderend gedrag dat steeds is gericht op dezelfde persoon. Hieruit blijkt dat er sprake moet zijn van gedrag over een langere periode. Een belangrijke richtsnoer hierbij is als de geïntimideerde aangeeft dat het gedrag door hem als onwenselijk, onplezierig of vervelend wordt ervaren.'* (ProRail CAO 2010-2011 bijlage 10, p. 104. Raadplegen via www.fnvbondgenoten.nl, zoek op *cao ProRail*)

	omtrent het voorkomen van ongewenst gedrag. Er wordt wel aandacht besteed aan de veiligheid met betrekking tot agressie en geweld.
V&D	Er is een bepaling in de bijlagen over ongewenst gedrag. In het artikel zelf wordt alleen seksuele intimidatie expliciet genoemd. Er wordt wel, op grond van de CAO, een vertrouwenspersoon aangesteld en er is sprake van een klachtenregeling.
Wonen	Er wordt expliciet gesproken over een preventiemedewerker ²⁶⁸ . Ongewenste intimiteiten dienen bestreden te worden en vanaf 50 werknemers dient er een vertrouwenspersoon benoemd te worden waar werknemers terecht kunnen met klachten over seksuele intimidatie en discriminatie. Bij kleinere bedrijven kunnen werknemers terecht bij Stichting WoonWerk als vertrouwenspersoon.
Zuivelindustrie	Een werkgever wordt verplicht om een beleid te voeren dat is gericht op het bestrijden van ongewenste intimiteiten. Verder is er geen bepaling omtrent pesten en/of sociaal gedrag.

Op grond van bovenstaand schema kan geconcludeerd worden dat niet in alle CAO's bepalingen met betrekking tot pestgedrag en/of sociaal gedrag zijn opgenomen. Indien er verplichtingen of geboden zijn opgenomen, gaan deze in bijna alle gevallen over seksuele intimidatie en in sommige gevallen agressie en geweld of discriminatie. Dat is een fenomeen wat is te verklaren. In de bestudeerde literatuur en jurisprudentie, die in voorgaande hoofdstukken uitgebreid is behandeld, werd er ook geconstateerd dat er meer bescherming is op het gebied van seksuele intimidatie en discriminatie dan op het gebied van pesten. Dit terwijl ook pestgedrag op de werkvloer een serieus probleem is wat vergaande gevolgen kan hebben, zie hoofdstuk 2. Pestgedrag op de werkvloer krijgt op dit moment nog niet de aandacht die het verdient waardoor het logisch is dat er niet meer informatie in de literatuur of jurisprudentie ontstaat. Wellicht dat het daarom ook (nog) niet wordt geïntegreerd bij het opstellen van CAO's. Er zou dan sprake kunnen zijn van een vicieuze cirkel. Doordat er in de wet geen concrete invulling wordt gegeven, wordt er in CAO's geen aandacht aan besteed, krijgt pestgedrag op de werkvloer niet meer aandacht, wordt er niet meer/vaker over geprocedeerd en/of geschreven waardoor er uiteindelijk geen verandering in bijvoorbeeld de wet of CAO's tot stand wordt gebracht.

De CAO van ProRail is een positieve uitblinker²⁶⁹ nu zij het reglement van de klachtenregeling expliciet in de CAO opnemen. In bijlage 3 is een voorbeeld gedragscode CAO van Wet sociale werkvoorziening opgenomen waarin ook duidelijk wordt ingegaan op onder andere pesten. Beiden zouden wellicht ter inspiratie gebruikt kunnen worden.

8.6 De dreiging van aansprakelijkheid

Gezien de eerder hoofdstukken is het ook mogelijk om door middel van het dreigen met een procedure aangaande aansprakelijkheid, de werkgever te 'bewegen' tot een beter houding en een grotere inzet om het pesten te voorkomen of op te lossen. Maar dan moet er wel een gerede kans bestaan dat de werkgever aansprakelijk gehouden wordt. Het heeft immers geen zin om te dreigen met een procedure waarvan de kans van slagen erg klein is.

In de voorgaande hoofdstukken is uitgebreid ingegaan op de mogelijkheden tot het aansprakelijk stellen van de werkgever. Tot op heden lijkt het in de praktijk een stuk

²⁶⁸ Bij grotere bedrijven zou dat de ondernemingsraad zijn. Indien die er niet is, wijst de werkgever een preventiemedewerker aan.

²⁶⁹ Met betrekking tot het onderwerp van deze scriptie. Onderzoeker vindt het wel raar dat er weinig/geen bepalingen omtrent het beschermen van werknemers tegen agressie en geweld van reizigers, zijn opgenomen.

moeilijker te zijn dan in de theorie. Dit heeft er vooral mee te maken dat er geen concrete norm is met betrekking tot het pesten waar de werkgever aan is gehouden. Dit is dus een duidelijke omissie in de wet. Zeker gezien het feit dat er voor seksuele intimidatie al meer concrete normen en regels zijn. Daarnaast kent de werknemer wat betreft seksuele intimidatie ook meer bescherming, bijvoorbeeld door de Commissie Gelijke Behandeling. Ook wat betreft een burn-out, ook een relatief vaag begrip, zijn concrete normen te vinden in de rechtspraak. Immers grijpt de rechter in het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 25 augustus 2009²⁷⁰ terug naar de Arbeidstijdenwet.

Het wringt daarom des te meer dat er geen concrete normen zijn die de werknemer beschermen tegen pesten. Ondanks dat het een serieus probleem is waar (veel) werknemers dagelijks mee te maken hebben²⁷¹. Er is al een begin gemaakt door de term psychosociale arbeidsbelasting op te nemen in de Arbowet en daar mede het begrip 'pesten' onder te plaatsen. Maar door het daarbij te laten, is er sprake van een groot 'gat' wat ten nadele is van de werknemer.

²⁷⁰ Hof 's-Hertogenbosch 25 augustus 2009, *RAR* 2009, 160.

²⁷¹ Zie bijvoorbeeld hoofdstuk 2 en het feit dat erbij FNV Bondgenoten ook steeds meer dossiers binnen komen waarbij pestgedrag op de werkvloer een rol speelt.

Hoofdstuk 9 Conclusies

Uit diverse onderzoeken blijkt dat pestgedrag op de werkvloer een steeds groter probleem is. Werknemers voelen zich gepest en ondervinden daar diverse (lichamelijke en psychische) klachten van. Ondanks dat het een ernstig probleem is, is het niet gemakkelijk om pesten (juridisch) aan te pakken. Vaak weet een werknemer niet waar hij met zijn problemen terecht kan en op welke manier hij erkenning kan krijgen en wat de juridische mogelijkheden zijn. Ook FNV Bondgenoten loopt steeds vaker tegen dit probleem aan.

In deze scriptie stond de vraag: *‘Welke (juridische) middelen op basis van het Nederlandse recht kan FNV Bondgenoten aanwenden om er voor te zorgen dat werknemers in Nederland beter beschermd worden tegen pestgedrag op de werkvloer en welke juridische argumenten kunnen zij aanvoeren om een zo gunstig mogelijke positie voor de werknemer te creëren in een gerechtelijke procedure?’* centraal. Het doel was om aan FNV Bondgenoten een adviesrapport te verstrekken, waarin staat met welke middelen op basis van het Nederlandse recht zij werknemers in Nederland een gunstigere uitgangspositie kunnen bieden wat betreft pestgedrag op de werkvloer zodat FNV Bondgenoten uiteindelijk minder gerechtelijke procedures dient op te starten en een beter werkomgeving voor de leden kan bewerkstelligen.

Het onderzoek heeft geleid tot de volgende conclusies:

- Pesten is moeilijk aan te pakken omdat er geen artikel in de Nederlandse wetgeving is waarin een verbod op pesten is vastgelegd. Er is geen eenduidige definitie van pesten te geven en ook in de jurisprudentie en de wet blijkt er geen uniforme uitleg van het begrip pesten te zijn. Er zijn wel een aantal criteria te onderscheiden die gebruikt kunnen worden bij de beoordeling of er sprake is van pesten. Te weten:
 - (psychisch, fysiek of seksueel) intimiderend gedrag;
 - dat vaker dan één keer voorkomt;
 - langere tijd aanhoudt;
 - zonder dat het slachtoffer zich (effectief) kan verweren.In de Arbowet wordt onder ‘psychosociale arbeidsbelasting’ mede verstaan ‘pesten’. Maar er wordt geen verdere concretisering van dit begrip gegeven waardoor nog steeds geen invulling van het begrip bestaat.
- Indien een werknemer zijn werkgever aansprakelijk wil stellen voor pestgedrag²⁷² heeft hij meerdere mogelijkheden. In deze scriptie is aandacht besteed aan:
 - Art. 7:658 BW. Op grond van dit artikel heeft een werkgever een zorgplicht waardoor hij dient te voorkomen dat een werknemer schade lijdt tijdens de werkzaamheden. Bij pestgedrag op de werkvloer zou dus sprake kunnen zijn van schending van de zorgplicht²⁷³. Het probleem bij het aansprakelijk stellen op grond van dit artikel, is de bewijslast. Ondanks dat er sprake zou zijn van een gunstigere positie voor de werknemer²⁷⁴, blijkt het in de praktijk anders. Het lijkt voor een werknemer moeilijk om aanspraak te kunnen maken op de omkering van de bewijslast, omdat hij vaak niet in staat is voldoende gemotiveerd aan te tonen dat er sprake is van schade die is veroorzaakt door de werkomstandigheden. Dit is vooral gelegen in het feit dat er bij psychische schade vaak meerdere oorzaken mogelijk zijn en het moeilijk (zo niet

²⁷² Het kan daarbij gaan om zowel pestgedrag door de werkgever als collega's of leidinggevende, art. 6:170 BW.

²⁷³ Indien er schade is ontstaan.

²⁷⁴ Art. 7:658 BW kent namelijk een omgekeerde bewijslast. Een werknemer hoeft alleen gemotiveerd aan te tonen en de werkgever dient tegenbewijs te leveren.

onmogelijk) is om aan te tonen dat de schade *uitsluitend* is veroorzaakt door de werkzaamheden. De werknemer moet daarom méér stellen om aanspraak te maken op de omkering van de bewijslast. Dat ‘méér’ ligt vaak op het terrein van de schending van de zorgplicht door de werkgever. Het probleem daarbij is dat onduidelijk is wanneer er sprake is van een schending van de zorgplicht en wat die zorgplicht concreet, met betrekking tot pesten op de werkvloer, inhoudt. Doordat er geen invulling is van het begrip ‘zorgplicht’, is het onduidelijk of het niet voldoen aan de verplichtingen op grond van de Arbowet door de werkgever, het gevolg heeft dat de zorgplicht wordt geschonden. Uit de jurisprudentie is een wisselende lijn te ontdekken met betrekking tot het succes bij procederen op grond van dit artikel. Procederen op grond van art. 7:658 BW is een mogelijkheid die serieus overwogen dient te worden, volgens onderzoeker. De slagingskans van een 7:658-procedure wordt vergroot op het moment dat een werknemer kan aantonen dat hij bij de werkgever heeft aangegeven last te hebben van pestgedrag op de werkvloer²⁷⁵. Indien de werkgever vervolgens geen ‘stappen’ onderneemt, is namelijk gemakkelijker aan te tonen dat er sprake is van schending van de zorgplicht²⁷⁶. Indien er een vergoeding wordt gevorderd zal deze concreet onderbouwd moeten worden omdat het een schadevergoeding betreft en dus gaat om vermogensschade en eventueel immateriële schade.

- Art. 7:611 BW. Art. 7:611 BW is een artikel dat veel omvat. Dit is ook meteen een valkuil omdat daardoor niet eenduidig gesteld kan worden wat een overtreding van het beginsel ‘goed werkgever-/werknemerschap’ is. Het gaat steeds om de concrete feiten en omstandigheden van het geval, waardoor een werkgever aansprakelijk kan zijn voor de gevolgen van het pestgedrag op de werkvloer. Nadeel van dit artikel is dat een werknemer het bewijs moet leveren en niet kan volstaan met gemotiveerd aanvoeren. Daarnaast weegt de eigen schuld van de werknemer mee bij de beoordeling van het geschil. Ook op grond van dit artikel kan er een schadevergoeding worden gevorderd waarbij het gaat om de concrete schade (vermogens- en immateriële schade). Procederen op grond van art. 7:611 BW is alleen mogelijk zolang een eventuele procedure op grond van art. 7:685 BW met betrekking tot dezelfde situatie, nog niet is afgerond. Dit is omdat de argumenten die van belang zijn om tot een eventuele vergoeding te komen bij de art. 7:685-procedure, niet tweemaal gewogen mogen worden; én in de 7:685-procedure én in de 7:611-procedure.
- Art. 7:685 BW. Ook op grond van art. 7:685 BW kan een werknemer proberen een werkgever aansprakelijk te stellen voor het pestgedrag op de werkvloer. Er wordt dan namens de werknemer ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzocht wegens gewichtige reden die is gelegen in veranderingen in de omstandigheden. De werknemer dient dan te beargumenteren waarom een hoge(re) vergoeding toegekend dient te worden oftewel waarom de C-factor hoger dan 1 dient te zijn. Er wordt dan gesteld dat het aan de werkgever is te verwijten dat de werknemer ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoekt. Het risico voor een werknemer is dat de rechter zich niet kan verenigen met het standpunt over de hoogte van de C-factor. Daardoor wordt er een lagere C-factor toegekend of helemaal geen vergoeding. Een vergoeding *kan* namelijk

²⁷⁵ Er is dan voldaan aan het kenbaarheidsvereiste.

²⁷⁶ De werkgever had immers kunnen voorzien dat er schade zou ontstaan, maar heeft nagelaten de werknemer hiertegen te beschermen.

toegekend worden, maar dit is geen vereiste. Daarnaast zou een werknemer verwijtbaar werkeloos geacht kunnen worden in de zin van de Ziektewet of de Werkeloosheidswet, waardoor hij ook geen aanspraak kan maken op een uitkering²⁷⁷. Een ander nadeel van de procedure op grond van art. 7:685 BW, is dat er geen hoger beroep mogelijk is. Dit levert een oneerlijke behandeling op omdat de argumenten met betrekking tot de verwijtbaarheid vaak complex en aan discussie onderhevig zijn. Indien er in eerste aanleg een oordeel is geveld, zijn beide partijen gedwongen zich daar aan te houden²⁷⁸ en kunnen zij geen verweer hier tegen voeren of een tweede 'beoordeling' vragen door hoger beroep in te stellen. Het is daarom de vraag of deze procedure op de manier zoals hij nu is geregeld, geschikt is.

- Art. 7:681 BW. Als laatste is er in deze scriptie aandacht besteed aan de mogelijkheid van het starten van een procedure op grond van art. 7:681 BW. Om op grond van dit artikel te kunnen procederen, dient de werkgever wel middels een opzegvergunning een einde hebben gemaakt aan het dienstverband. Er kan gebruik gemaakt worden van argumenten die aangevoerd worden in de art. 7:658- of 7:611-procedure.

Om te voldoen aan de bewijslast van bovenstaande artikelen, kunnen de artikelen 3, 4 en 5 uit de Arbowet en de artikelen 300, 284, 261/266 of 285b van het Wetboek van Strafrecht, gebruikt worden om bewijs te leveren.

- Voorkomen is uiteraard beter dan genezen. Daarom zijn er een aantal preventieve middelen waardoor pestgedrag op de werkvloer voorkomen of verminderd kan worden, onderzocht. In ieder geval kan door inzet van preventieve middelen escalatie van de situatie wellicht voorkomen worden. FNV Bondgenoten kan wellicht niet alle preventieve middelen direct zelf aanwenden, maar gezien het feit dat zij een grote speler op de markt zijn, hebben wij veel invloed. Zij kunnen dus aangeven waar meer aandacht aan besteed dient te worden en wat er moet veranderen. In het onderzoek is aandacht besteed aan de volgende preventieve middelen:
 - Verplichtingen op basis van de Arbowet. De werkgever moet een beleid voeren omtrent arbeidsomstandigheden, werknemers inlichten over risico's en de mogelijkheid op bijstand door een deskundige werknemer, samen met werknemers het beleid op stellen en voldoen aan een eventuele eis tot naleving. Op grond van de Arbowet kan de werkgever door een toezichthouder gecontroleerd worden of hij voldoet aan deze verplichtingen. Onder andere een boete kan het gevolg zijn van het niet naleven van de verplichtingen. Indien de controles strenger zouden zijn of de straffen hoger, is het aannemelijk dat de werkgever zijn verplichtingen op grond van de Arbowet serieuzer zou nemen. De controle zou ook aangestuurd kunnen worden door klachten die binnen komen bij vertrouwenspersonen of klachtencommissies. FNV Bondgenoten zou werkgevers in het algemeen door voorlichting kunnen wijzen op de diverse verplichtingen.
 - Beleid dat een werkgever kan/moet voeren. Op grond van de Arbowet dient een werkgever een beleid te voeren wat psychosociale arbeidsbelasting tegengaat. Een werkgever doet er verstandig aan dit beleid ook daadwerkelijk

²⁷⁷ Dit zou voorkomen kunnen worden door ontbinding te vorderen op grond van gewichtige redenen gelegen in de dringende reden. Er dient dan wel via een aparte procedure een vergoeding gevorderd te worden, nu dit niet meer mogelijk is in de 7:685-procedure op grond van art. 7:685 lid 8 BW.

²⁷⁸ Tenzij de beginselen van een behoorlijke procesorde zijn geschonden, dan is hoger beroep wel mogelijk. Dit wordt echter niet gemakkelijk aangenomen.

te voeren omdat het een preventieve werking heeft en daarnaast kan voorkomen dat hij aansprakelijk wordt gesteld voor eventuele schadeclaims. Het beleid omvat onder andere een RI&E²⁷⁹ en een plan van aanpak. Op het moment dat FNV Bondgenoten ontdekt dat een werkgever geen beleid voert, kunnen zij een werkgever aanschrijven en duidelijk maken op welke punten zijn beleid niet voldoet.

- Vertrouwenspersonen en/of klachtencommissies. Op dit moment is er nog geen verplichting om een vertrouwenspersoon binnen een bedrijf aan te stellen. Toch zou een vertrouwenspersoon een belangrijke meerwaarde kunnen hebben bij het bestrijden van pestgedrag op de werkvloer. De arbeidsinspectie is te beschouwen als een klachtencommissie. Zij controleren een werkgever op het te voeren beleid op eigen initiatief, maar ook individuen kunnen zich tot de arbeidsinspectie wenden met klachten. FNV Bondgenoten zou kunnen pleiten voor het instellen van een dergelijke commissie of vertrouwenspersoon en het belang hiervan aan kunnen tonen.
 - CAO's . De preventieve werking van CAO's kan van grote waarde zijn omdat bepalingen in CAO's werknemers bescherming kunnen bieden. Zeker zolang er wettelijk niets verandert. In een CAO kan de verplichting voor een werkgever worden opgenomen om een vertrouwenspersoon aan te stellen of actief beleid te voeren tegen pestgedrag op de werkvloer. Daarnaast kan een CAO gebruikt worden om aan te geven wat getolereerd wordt en op welke manier ongewenste gedragingen bestraft dienen te worden. Het verdient daarom de voorkeur in een CAO een heldere, duidelijke klachtenregeling op te nemen. FNV Bondgenoten kan, doordat zij bij veel CAO's partij is, in overleg samen met werkgeversorganisaties bepalen wat er in CAO's wordt opgenomen.
 - Dreigen met aansprakelijkheid. Op het moment dat er een reële kans is dat een werkgever aansprakelijk gesteld kan worden indien hij geen actie onderneemt tegen pestgedrag op de werkvloer, kan dit ervoor zorgen dat hij zich meer 'gedwongen' voelt om actief beleid te voeren tegen pestgedrag op de werkvloer.
- Op basis van het verrichte onderzoek zijn er een aantal punten geconstateerd die bijdragen in de moeilijkheid van het bestrijden van pestgedrag op de werkvloer:
 - In de Nederlandse wetgeving wordt er in geen enkel artikel een (juridische) invulling aan het begrip pesten gegeven waardoor er veel onduidelijkheid is. Het is maar de vraag of een concrete invulling van het begrip de oplossing is. Immers blijft het er een grote rol weggelegd voor de subjectieve beleving van de 'pester' en degene die gepest wordt. Daarbij moet ook gedacht worden aan de grote verschillen per sector. In de bouwsector worden 'grapjes' vaak als normaal beschouwd terwijl dezelfde soort 'grapjes' in andere sectoren absoluut 'not done' zijn. Door een concrete invulling te geven, loop je het risico te beperkt of juist te omvangrijk te zijn. Maar een iets concretere invulling dan wat er nu is, zou wel verhelderend kunnen werken. Hierbij kan onder andere gedacht worden aan het nader benoemen van uitingsvormen of frequentie van het pesten.
 - Er is (te) weinig bescherming voor een werknemer in de huidige wetgeving met betrekking tot pesten. Zeker in vergelijking met discriminatie of seksuele intimidatie, daar is meer bescherming voor. Dit wringt des te meer omdat seksuele intimidatie als een vorm van pesterijen is te beschouwen, alleen dan met een seksueel aspect.

²⁷⁹ Risico- Inventarisatie & Evaluatie.

- Er ontbreken concrete normen in de wet en rechtspraak wanneer een werkgever handelt in strijd met art. 7:611/7:658 BW bij pesten. Onduidelijk is wat er bijvoorbeeld wordt verstaan onder de ‘zorgplicht’ en schending hiervan.
- Een werknemer geniet geen bescherming op het moment dat hij melding maakt van pestgedrag op de werkvloer en/of een procedure instelt. Ook indien een werknemer een 7:685-procedure start is er geen bescherming ten aanzien van het kwijtraken van zijn recht op een uitkering op basis van de Werkloosheidswet en Ziektewet. Dit kan een belemmering vormen om pestgedrag te melden.
- Onafhankelijkheid bij onderzoeken is niet gewaarborgd. Er is geen wettelijk vastgelegd protocol of handelingswijze. Om transparantie en bescherming van werknemers te realiseren zal hier meer duidelijkheid in moeten komen. Indien dit niet gebeurt, kan er namelijk wantrouwen bij werknemers of juristen worden opgewekt.

In hoofdstuk 10 zullen aanbevelingen worden gedaan aan FNV Bondgenoten die zijn gebaseerd op het verrichte onderzoek en deze conclusies.

Hoofdstuk 10 Aanbevelingen.

Onderzoeker is van mening dat er méér gedaan kan worden om werknemers een gunstigere positie te verschaffen op de werkvloer en in een eventuele gerechtelijke procedure. In dit hoofdstuk wordt een overzicht van de aanbevelingen die onderzoeker doet, gegeven.

- Onderzoeker is van mening dat er veel overeenkomsten zijn tussen seksuele intimidatie en pesten. Seksuele intimidatie is een vorm van pesten waarbij de nadruk ligt op het seksuele aspect. Pesten omvat meer dan alleen seksuele intimidatie. Onderzoeker vindt het daarom ‘vreemd’ dat er in de wet en rechtspraak meer duidelijkheid is met betrekking tot seksuele intimidatie, in tegenstelling tot pesten. Er zou daarom ook duidelijkheid omtrent pesten gecreëerd moeten worden. Het is daarom raadzaam dat FNV Bondgenoten vaker gaat procederen op het moment dat een (zorgvuldig) anti-pestbeleid ontbreekt, een werkgever niets doet om pestgedrag te voorkomen of niets doet bij signalen van pesten. Er zou dan primair geprocedeerd dienen te worden op grond van art. 7:658 BW en subsidiair op grond van art. 7:611 BW. Door dergelijke procedures vaker te voeren wordt er meer duidelijkheid gecreëerd over de diverse normen die er (dienen te) zijn. Dit lijkt in eerste instantie niet aan te sluiten op de doelstelling van de scriptie²⁸⁰, maar door in het begin meer procedures te voeren kan er duidelijkheid verkregen worden. Daardoor kunnen in de toekomst procedures voorkomen worden en wordt de doelstelling alsnog gerealiseerd.
- Er dient meer aandacht voor ‘pesten op de werkvloer’ te komen. Onderzoeker is namelijk van mening dat het een groter probleem is dan nu verondersteld wordt. Door meer aandacht te besteden aan het onderwerp kan de schaamte doorbroken worden en zal er een preventieve werking ontstaan. Deze aandacht kan middels campagnes gerealiseerd worden, maar ook kaderleden van FNV Bondgenoten kunnen een belangrijke rol spelen bij het creëren van bewustzijn onder de werknemers. Zij kunnen werknemers ook wijzen op het belang van klagen en melden van pestgedrag in verband met het voldoen aan het kenbaarheidsvereiste. Ook kunnen zij werknemers wijzen op het belang van het bijhouden van ‘een dagboek’ over de vorm van de pesterijen en de frequentie. Mocht er in een later stadium alsnog een gerechtelijke procedure volgen, kan een werknemer in ieder geval gemakkelijker aantonen wat er volgens hem is gebeurd.
- De preventieve werking van CAO’s dient meer benut te worden. Via bepalingen in CAO’s kunnen werknemers beter beschermd worden. Gedacht kan worden aan bepalingen die een werkgever verplichtingen vertrouwenspersonen aan te stellen of een overzichtelijke klachtenprocedure te hanteren aangaande pesten. Aangezien FNV Bondgenoten bij veel CAO’s partij is, kunnen zij tijdens het tot stand komen van nieuwe CAO’s invloed uitoefenen op bepalingen die opgenomen dienen te worden.
- Het is belangrijk dat er in de wet ontslagbescherming komt voor werknemers die klagen over pestgedrag op de werkvloer en dat er tevens een verbod op (intimiderend) pestgedrag komt. Deze bescherming is er ook voor seksuele intimidatie (art. 7:646 jo 7:647 BW) en zou dus ook mogelijk moeten zijn voor ander intimiderend gedrag. FNV Bondgenoten kan hiermee naar buiten treden en de

²⁸⁰ Het verminderen van het aantal procedures.

noodzaak hiervan aan kunnen tonen om zo invloed uit te oefenen op de wetgever.

- Onderzoeker pleit voor het oprichten van een externe, onafhankelijke organisatie of onderzoekscommissie die landelijk en overkoepelend is. FNV Bondgenoten zou de noodzaak hiervan aan kunnen duiden en kunnen pleiten voor een dergelijke organisatie. Deze organisatie zou diverse taken en bevoegdheden kunnen hebben:
 - Werknemers moeten er hun klachten met betrekking tot pesten kunnen indienen;
 - De organisatie zou onderzoek moeten doen op het moment dat er signalen zijn van pesten en/of daaropvolgende situationele arbeidsongeschiktheid;
 - Jaarlijks zou er een onbepaald aantal anonieme enquêtes naar de werknemers van kleine, middel en grote bedrijven gestuurd kunnen worden. Aan de hand van de uitslagen zou een onderzoek ingesteld kunnen worden;
 - Jaarlijks steekproefsgewijs bij een onbepaald aantal bedrijven het beleid opvragen en onderzoeken.Op deze manier blijft een werknemer ook beschermd omdat een werkgever niet weet of hij willekeurig wordt gecontroleerd of omdat een werknemer heeft geklaagd.
- Indien werknemers eerder melden dat zij last hebben van pestgedrag, kan FNV Bondgenoten een mediationtraject aanbevelen of adviseren om op die manier escalatie te voorkomen. Daardoor zal het aantal procedures kunnen verminderen.
- Via www.arbosw.nl zijn er handboeken beschikbaar met betrekking tot voorkomen van psychosociale arbeidsbelasting en het opstellen van RI&E²⁸¹'s. Deze gelden voor Sociale Werkvoorziening, maar kunnen wellicht dienen ter inspiratie voor FNV Bondgenoten om standpunten te verduidelijken of uitleg te geven aan onder andere werkgevers. Ook kan er advies gevraagd worden aan adviesbureaus als 'Bezemer & Kuiper'. Zij hebben zich gespecialiseerd in ongewenste omgangsvormen en kunnen helpen bij het vormen van beleid ter voorkoming van psychosociale arbeidsbelasting. Een dergelijk bureau zou ook van toegevoegde waarde kunnen zijn voor de externe onderzoekscommissie.

Bovenstaande aanbevelingen zijn terug te voeren naar de drie niveaus binnen FNV Bondgenoten waarover in de inleiding is gesproken. Hieronder treft u een kort overzicht aan van de middelen die de diverse niveaus in kunnen zetten.

Fase I Preventieve fase: bestuurders en kaderleden.

- Meer bepalingen in CAO's opnemen om bescherming voor de werknemer tegen pesten te creëren zolang de wet geen extra bescherming biedt.
- Campagne voeren om meer bewustheid en bekendheid omtrent pesten te creëren en daardoor het taboe doorbreken.
- Pleiten voor een landelijke, externe onderzoekscommissie of organisatie.
- Werkgever proberen bewust te maken van de noodzaak van het voeren van beleid.
- Meer bescherming voor werknemers proberen te realiseren in de wet.

²⁸¹ Risico- Inventarisatie & Evaluatie.

Fase II Oplossingsgerichte fase: medewerkers van de front en back office en kwestiebehandelaars.

- Naleving van het beleid met betrekking tot pesten vragen aan werkgevers en ze daarover aanschrijven en informeren.
- Werknemers die in een vroeg stadium om advies vragen door verwijzen naar vertrouwenspersonen of klachtencommissies zowel binnen als buiten het bedrijf.
- Werknemers adviseren al in een vroeg stadium een dagboek bij te houden, doktersverklaringen te vragen en in gesprek te gaan met de werkgever waardoor ook wordt voldaan aan het kenbaarheidsvereiste.
- Mediation voorstellen.

Fase III Aansprakelijk stellen: procesjuristen.

- Procederen op grond van art. 7:658 primair en subsidiair 7:611 BW om duidelijkheid te creëren.
- Indien er sprake is of lijkt te zijn van pestgedrag, dit vaker aan bod laten komen in procedures op grond van art. 7:658, 7:611, 7:685 of 7:681 BW.

Evaluatie

In dit hoofdstuk wordt kort ingegaan op het onderzoek en het verloop van het onderzoek.

De scriptie is nu ten einde en er kan terug gekeken worden op een, naar de mening van onderzoeker, succesvol onderzoek. Onderzoeker heeft alles kunnen onderzoeken wat nodig was om een antwoord te geven op de hoofdvraag en een compleet overzicht te verstrekken aan FNV Bondgenoten. Helaas is daarbij wel het maximaal aantal pagina's overschreden, maar dat was onvermijdelijk. Onderzoeker heeft er bewust voor gekozen om het gehele onderwerp te behandelen en daarom automatisch gekozen voor meer pagina's dan in eerste instantie was toegestaan. De overschrijding van het aantal pagina's is ook te verklaren omdat er veelvuldig gebruik is gemaakt van (verklarende) voetnoten en de uitgebreide bespreking van de relevante jurisprudentie. Een beknoptere bespreking van de jurisprudentie zou tot gevolg hebben dat FNV Bondgenoten niet zo veel gebruikersgemak van deze scriptie zou genieten, als nu het geval is.

Daarnaast is er uiteindelijk, in overleg met de stageorganisatie en de opleiding, voor gekozen om naast de artikelen 7:611, 7:658 en 7:685 BW ook artikel 7:681 BW, de kennelijk onredelijke opzegging, te behandelen. Dit geeft namelijk een completer beeld geven omdat FNV Bondgenoten ook vaak procedeert op grond van dit artikel.

Onderzoeker is van mening dat een betrouwbaar onderzoek is gedaan. Er zijn diverse bronnen geraadpleegd en diverse stellingen van vooraanstaande personen zijn naast elkaar gelegd. Omdat het echter een sociaal maatschappelijk probleem betreft, waarbij veel ruimte is voor een subjectieve beoordeling en invulling, is het onderzoek wel als subjectief te bestempelen. Het gaat immers om de meningen van diverse personen waaruit onderzoeker haar eigen conclusies heeft getrokken.

Als laatste heeft onderzoeker wel een groot verschil tussen de praktijk en theorie ondervonden. Dit bleek ondermeer uit discussies die werden gevoerd met procesjuristen van FNV Bondgenoten en andere werknemers binnen FNV Bondgenoten. Volgens onderzoeker is procederen op grond van art. 7:658 BW zeker een haalbare kaart, in de praktijk blijken de procesjuristen er huiverig voor en zijn en zijn bang niet snel te kunnen voldoen aan de bewijslast. Hopelijk biedt dit onderzoek, en met name de conclusies en aanbevelingen, een nieuwe benadering van deze problematiek waarmee FNV Bondgenoten haar voordeel kan doen.

Literatuurlijst

Boeken

Broek 2003

L. van den Broek, *Gein ongein pesten. Over macht en territoriumspelletjes intimidatie en discriminatie op het werk*, Soest: Uitgeverij Nelissen 2003.

Meer 1997

B. van der Meer, *Pesten op het werk*, Assen: Van Gorcum 1997.

Rijk 2001

T. de Rijk, *Ongewenst gedrag. Een handleiding voor uw bedrijfsaanpak*, Zeist: Uitgeverij Kerckebosch BV 2001.

Vegter 2005

M.S.A. Vegter, *Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever*, Bergen NH: SDU Uitgevers 2005.

Loonstra & Zondag/Vestering 2010

P.G. Vestering, 'Correctiefactor, de C-factor' in: C.J. Loonstra & W.A. Zondag *Sdu Commentaar Arbeidsrecht I*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010.

Publicaties

Bescherming tegen geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk 2010
'Bescherming tegen geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk',
Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg 28 februari 2011,
www.werk.belgie.be (zoek op *pesten* en *werk*).

Bezemer & Kuiper 2003

W. Bezemer & A. Kuiper, *Pesten op het werk. Pas op de plaats en blik in de toekomst (Utrecht, 23 januari 2003)*, Rotterdam: Bezemer & Kuiper 2003.

Charbon 2007

P. A. Charbon, 'Verschuiving bewijslast bij seksuele intimidatie', *ArbeidsRecht* 2007, 8.

Duijvis 2011

L.E. Duijvis, 'De 'getroffen voorziening' van art. 7:681 BW: is aanbieden voldoende?', *ArbeidsRecht* 2011, 11.

Gaarthuis 2010

J.M. Gaarthuis, 'Samenloop schadevergoeding ex art. 7:611 BW en ontbindingsvergoeding ex art. 7:685 BW', *ArbeidsRecht* 2010, 15.

Geers 2005

A.J.C.M. Geers, 'Over maatwerk en ongewenste omgangsvormen', *Sr* 2005, 9.

De helft zieker door pesterijen 2006

'De helft zieker door pesterijen', *HR Square* 21 april 2006, www.hrsquare.be (zoek op *zieker* en *pesterijen*).

Homan 2004

T.C.B. Homan, 'Werkgever aansprakelijk voor schade burn-out', *ArboProf Wetgeving*, 2004 (digitaal naslagwerk via Kluwer Portal te bereiken indien abonnement).

Klijn 2010

L.M.P. Klijn, 'Hoge Raad 10 juli 2009: in perspectief geplaatst', *TRA* 2010, 58.

Kranenburg-Hanspians 2007

K. van Kranenburg-Hanspians, 'De nieuwe Arbowet', *ArbeidsRecht*, 2007-16.

Pel 2006

J. Pel, 'Mediation in de arbeidsrechtpraktijk', *ArbeidsRecht* 2006, 54.

Pesten beïnvloedt functioneren werknemers op lange termijn 2010

'Pesten beïnvloedt functioneren werknemers op lange termijn', 3 mei 2010,
www.cnvvakmensen.nl (zoek op *pesten*).

Recht-van Gompel 2007

Y. de Recht-van Gompel, *Werkgeversaansprakelijkheid bij seksuele intimidatie, agressie en geweld. Een onderzoek naar de mogelijkheden van de werknemer om schade geleden door seksuele intimidatie, agressie en geweld te verhalen op de werkgever*, Tilburg: 2007. (scriptie in het kader van de opleiding Sociaal Recht en Sociale Politiek aan de Universiteit van Tilburg)

Rijnvis 2011

D. Rijnvis, 'Pesten kan leiden tot hersenschade', *Nu.nl* 18 maart 2011, www.nu.nl (zoek op *pesten* en *hersenschade*).

Scholtens 2005

C.G. Scholtens, 'Statistiek ontslagvergoedingen 2004: de gordiaanse knoop (II)', *ArbeidsRecht* 2005, 16.

Schreurs 2008

S.K.Schreurs, 'Mediation: een strategisch verplichte omweg? Een reactie', *ArbeidsRecht* 2008, 10.

Smits 2008

T.M.J. Smits, 'Seksuele intimidatie: de rechtspraak in perspectief geplaatst' *SR* 2008, 24.

Sponselee 2007

A.J.M. Sponselee, 'Mediation: een strategisch verplichte omweg?', *ArbeidsRecht* 2007, 48.

Tossen 2010

R. Tossen, 'Klooiën in de pc van je collega', *Dagblad de Pers* 26 november 2010, p. 3.

Vegter 2005-8

M.S.A. Vegter, '2. Werkgeversaansprakelijkheid voor psychisch letsel', *JAR Verklaard* 2005-8.

Jurisprudentie

HR 8 oktober 2010, *RAR* 2010, 162.

HR 29 juni 2010, *LJN* BL8642 (concl. A-G Knigge).

HR 12 februari 2010, *NJ* 2010, 494 (concl. A-G Spier).

HR 27 november 2009, *JAR* 2009, 305.

HR 27 november 2009, *LJN* BJ6596.

HR 11 september 2009, *JAR* 2009, 250.

HR 10 juli 2009, *LJN* BI4209.

HR 10 juli 2009, *TRA* 2009, 79 (m.nt. Holmaat).

HR 3 april 2009, *RvdW* 2009, 494 (concl. A-G Spier).

HR 9 januari 2009, *RvdW* 2009, 172 (concl. A-G Spier).

HR 12 december 2008, *RvdW* 2009, 35.

HR 15 februari 2008, *NJ* 2009, 111.

HR 2 juni 2006, *RAR* 2006, 97.

HR 11 maart 2005, *JAR* 2005, 84.

HR 11 maart 2005, *SR* 2005, 45 (m.nt. Vegter).

HR 11 maart 2005, *RvdW* 2005, 37 (concl. A-G Hartkamp; m.nt. Hartlief).

HR 2 april 2004, *NJ* 2006, 212 (m.nt. Verhulp).

HR 1 maart 2002, *NJ* 2003, 211.

HR 1 maart 2002, *NJ* 2003, 210 (m.nt. Heerma van Voss).

HR 30 januari 1998, *NJ* 1998, 476 (concl. A-G Langemeijer).

HR 1 juli 1992, *NJ* 1993, 667 (m.nt. Pas; ook wel Nuts/Hofman).

HR 1 december 1989, *NJ* 1990, 451 (m.nt. Pas; ook wel Deuss/Motel Maatschappij Holland).

Hof Amsterdam 20 december 2007, *RAR* 2008, 112.

Hof Amsterdam 26 april 2007, *RAR* 2007, 160.

Hof Arnhem 18 maart 2003, *JAR* 2003, 127 (m.nt. Verhulp).

Hof 's-Hertogenbosch 25 augustus 2009, *RAR* 2009, 160.
Hof 's-Hertogenbosch 5 december 2006, *RAR* 2007, 74.
Hof 's-Gravenhage 24 april 2007, *LJN* BA6359.

Rb. Haarlem 8 april 2003, *JAR* 2003, 125 (m.nt. E. Verhulp).
Rb. Leeuwarden 12 december 2006, *JAR* 2007, 28.
Rb. Leeuwarden 12 december 2006, *LJN* AZ6030.
Rb. Leeuwarden 16 oktober 2003, *JAR* 2003, 260.

Ktr. Alkmaar 19 augustus 1998, *JAR* 1998, 191.
Ktr. Amersfoort 15 december 2010, *Prg.* 2011, 34.
Ktr. Amsterdam 22 september 2009, *Prg.* 2009, 208.
Ktr. Amsterdam 14 januari 2009, *JAR* 2009, 65.
Ktr. Apeldoorn 2 juni 2009, *JAR* 2009, 276.
Ktr. Arnhem 25 juni 2008, *JAR* 2008, 230.
Ktr. Enschede 16 oktober 2009, *JAR* 2009, 5.
Ktr. Enschede 22 augustus 2007, *JAR* 2008, 62.
Ktr. Haarlem 30 september 2009, *RAR* 2010, 9.
Ktr. Haarlem 12 november 2008, *RAR* 2009, 23.
Ktr. Haarlem 26 maart 2008, *LJN* BC8945.
Ktr. Haarlem 11 januari 2008, *LJN* BC1854.
Ktr. Haarlem 16 september 2004, *LJN* AR2136 (met aantekening T.C.B. Homan).
Ktr. Heerlen 23 augustus 2006, *NJ* 2007, 225.
Ktr. Heerlen 19 april 2006, *RAR* 2006, 94.
Ktr. Hoorn, 25 oktober 2004, *JAR* 2005, 57.
Ktr. Leiden 7 januari 2009, *JAR* 2009, 67.
Ktr. Maastricht 29 december 2010, *JAR* 2011, 48.
Ktr. Nijmegen 8 januari 2008, *JAR* 2008, 47.
Ktr. Roermond 12 november 2002, *Prg.* 2003, 6020.
Ktr. Rotterdam 10 februari 2009, *LJN* BI4677.
Ktr. Rotterdam 18 september 2000, *JAR* 2000, 244 (m.nt. Verhulp).
Ktr. Rotterdam 19 augustus 1997, *RN* 1998, 873.
Ktr. Sneek 18 augustus 2010, *Prg.* 2010, 232.
Ktr. Sneek 10 november 2006, *RAR* 2007, 58.
Ktr. Terneuzen, 19 januari 2005, *JAR* 2005, 76.
Ktr. Terneuzen 29 september 2004, *LJN* AR4255
Ktr. Utrecht 20 mei 2009, *RAR* 2009, 119.
Ktr. Utrecht 2 mei 2007, *JAR* 2007, 136.
Ktr. Utrecht 14 september 2001, *JAR* 2001, 210.
Ktr. Utrecht 1 augustus 2001, *JAR* 2001, 195.
Ktr. Utrecht 18 juli 1995, *Prg.* 1996, 4486.
Ktr. Utrecht 9 augustus 1993, *Prg.* 1993, 3939.
Ktr. Wageningen 20 oktober 1999, *JAR* 1999, 245.
Ktr. Zutphen 15 oktober 1991, *Prg.* 1992, 3614.

CRvB 2 juli 2008, *LJN* BD7681.
CRvB 20 februari 2008, *LJN* BC5474.
CRvB 2 januari 2008, *LJN* BC1472.
CRvB 26 juli 2007, *LJN* BB1607.
CRvB 18 juli 2007, *LJN* BB0228.
CRvB 15 februari 2007, *TAR* 2007, 87.

CRvB 31 mei 2006, *LJN* AY0016.
CRvB 16 mei 2006, *TAR* 2006, 90.
CRvB 23 maart 2006, *LJN* AX1651.
CRvB 22 februari 2006, *LJN* AV2993.
CRvB 8 september 2005, *SR* 2006, 13.
CRvB 25 mei 2005, *LJN* AT7514.
CRvB 2 maart 2005, *LJN* AT3345.
CRvB 26 mei 2004, *TAR* 2005, 19.
CRvB 9 mei 1994, *TAR* 1994, 151.

Overige

Richtlijn nr. 2000/78/EG (*PbEG* 2000, L 303/16)

Richtlijn nr. 2000/78/EG van de Raad van de Europese Unie van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep. (*PbEG* 2000, L 303/16).

Kamerstukken II 2005/06, 30 552, nr. 8.
Kamerstukken II 2004/05, 30 237, nr. 3 (MvT).
Kamerstukken II 2002/03, 28 770 A.
Kamerstukken II 1997/98, 25 768, nr. 5.
Kamerstukken I 1999/00, 25 768, nr. 67a.