



**Universiteit
Leiden**
The Netherlands

Het college voor de rechten van de mens over seksuele intimidatie als een vorm van ongelijke behandeling op grond van geslacht en over de menselijke waardigheid; Hoe het College door de bomen het bos niet meer ziet

Holtmaat, H.M.T.

Citation

Holtmaat, H. M. T. (2014). Het college voor de rechten van de mens over seksuele intimidatie als een vorm van ongelijke behandeling op grond van geslacht en over de menselijke waardigheid; Hoe het College door de bomen het bos niet meer ziet. *Njcm-Bulletin*, 39(2), 208-217. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/35846>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/35846>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

HET COLLEGE VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS OVER SEKSUELE INTIMIDATIE ALS EEN VORM VAN ONGELIJKE BEHANDELING OP GROND VAN GESLACHT EN OVER DE MENSELIJKE WAARDIGHEID
Hoe het College door de bomen het bos niet meer ziet

College voor de Rechten van de Mens 30 juli 2013, nr. 2013-99
 (Van der Bas & Schimmel)

Samenvatting | Een freelance grafisch ontwerpster met een contract voor één jaar en de hoofdredacteur van een tijdschrift van een beroepsvereniging onderhouden intensief contact per e-mail en WhatsApp waarbij ook veel persoonlijke zaken worden uitgewisseld. De (mannelijke) hoofdredacteur geeft bij voortdurend aan dat hij een verdergaande relatie wil met de (vrouwelijke) freelancer; zij laat evenwel weten daar niets voor te voelen. De hoofdredacteur schrijft op een bepaald moment alle contact met haar te willen verbreken. Ongeveer gelijktijdig vraagt de beroepsvereniging enkele bedrijven, waaronder dat van de freelancer, een offerte uit te brengen voor het komende jaar. Het werk wordt aan een ander bedrijf gegund dan dat van de freelancer. De freelancer vraagt bij de directie naar de redenen daarvoor en beklagt zich tevens over het gedrag van de hoofdredacteur. Deze laatste krijgt naar aanleiding van deze klacht een berisping. De beslissing om het werk aan een ander bedrijf te gunnen wordt echter niet teruggedraaid, omdat naar het oordeel van de directie die beslissing geheel los staat van het gedrag van de hoofdredacteur. Daarop wendt de freelancer zich tot het College voor de Rechten van de Mens. Het College oordeelt als volgt: er is geen sprake van onderscheid op grond van geslacht in de vorm van seksuele intimidatie of van discriminatoire bejegening; het niet aangaan van een nieuwe overeenkomst van opdrachtverlening met verzoekster vormt geen verboden onderscheid op grond van geslacht; verweester heeft voorts de klachten van verzoekster zorgvuldig behandeld; en er is geen sprake van victimisatie.

Trefwoorden | seksuele intimidatie, Algemene Wet Gelijke Behandeling, menselijke waardigheid [art. 7:646 BW]

Noot | Rikki Holtmaat *

Kluwer Navigator | NTM-NJCM-Bull. 2014/15

DE FEITEN

In deze zaak heeft een freelance grafisch ontwerpster het College verzocht om te onderzoeken of jegens haar onderscheid op grond van geslacht is gemaakt. Verzoekster nam gedurende 2012 de opmaak, eindredactie en coördinatie van het tijdschrift op zich dat wordt uitgegeven door de Nederlandse Vereniging voor Psychotherapie (hierna: verweester). Zij verrichtte deze werkzaamheden op basis van een jaarcontract. Verzoekster stond gedurende 2012 in intensief

* Prof. mr. H.M.T. Holtmaat is hoogleeraar *International Non-Discrimination Law* bij het Europa Instituut van de Universiteit Leiden.

contact met de hoofdredacteur die de eindverantwoordelijkheid droeg voor het tijdschrift, onder andere via e-mail en WhatsApp. Soms stuurden zij elkaar meer dan honderd berichten per dag, die vaak ook persoonlijke informatie bevatten. Zo schreef de hoofdredacteur onder andere dat hij haar 'zeer aantrekkelijk' vond en dat hij met haar wilde trouwen. Verzoekster deelde de gevoelens van de hoofdredacteur niet en sprak diverse malen uit dat zij geen relatie van een meer affectieve of seksuele aard met hem wilde. In een bericht bood de hoofdredacteur extra werk aan ter waarde van 600 euro, hetgeen verzoekster dankbaar aanvaardde onder verwijzing naar haar precaire financiële situatie. Later diezelfde dag schreef de hoofdredacteur dat hij niets meer van haar verwachtte en dat zij niets meer van hem moest verwachten en stelde hij voor om allebei verder te gaan met hun eigen leven. Deze berichtenwisseling duurde voort totdat de hoofdredacteur uiteindelijk een bericht verstuurd met de strekking dat hij het contact geheel wilde beëindigen. Verweerster heeft terzelfder tijd voor het jaar 2013 aan drie bedrijven, waaronder het bedrijf van verzoekster, gevraagd een offerte in te dienen. De hoofdredacteur heeft verzoekster daarna meegedeeld dat besloten is om de opdracht aan een ander bedrijf te geven en zodoende niet opnieuw met haar een overeenkomst aan te gaan. Verzoekster heeft hierna een gesprek gevoerd met de directeur van verweerster, waarin zij haar beklag heeft gedaan over het gedrag van de hoofdredacteur en het verloop van het offertetraject. De directeur heeft de hoofdredacteur naar aanleiding van dit gesprek een disciplinaire maatregel (berisping) opgelegd, maar weigerde om de beslissing omtrent de toekenning van de opdracht te wijzigen, op basis van het argument dat haar offerte aanzienlijk hoger was dan de andere uitgebrachte offertes. Verzoekster heeft vervolgens haar verhaal aan het College voorgelegd met de vraag of hier sprake was van een schending van het gelijkebehandelingsrecht.

HET OORDEEL

3 Beoordeling van het verzoek

3.1 Ter beoordeling ligt de vraag voor of verweerster jegens verzoekster (verboden) onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht:

- door haar seksueel te intimideren, dan wel discriminatoir te bejegenen op grond van haar geslacht;
- door geen nieuwe overeenkomst van opdracht met haar aan te gaan;
- door de wijze waarop zij de klacht van verzoekster over seksuele intimidatie en het niet opnieuw aangaan van een overeenkomst van opdracht heeft behandeld.

Het College onderzoekt ambtshalve of verweerster verzoekster heeft gevictimiseerd door niet opnieuw een overeenkomst van opdracht met haar aan te gaan.

Juridisch kader

3.2 Een werkgever mag geen onderscheid maken op grond van geslacht bij de arbeidsomstandigheden en evenmin bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst. Dat is neergelegd in artikel 7:646, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek (BW). In artikel 7:646, zesde lid, BW is bepaald dat het verbod van onderscheid mede het verbod van (seksuele) intimidatie inhoudt.

Artikel 7:646 BW is op grond van artikel 1c Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB) van overeenkomstige toepassing ingeval een rechtspersoon, een natuurlijk persoon of het bevoegd gezag een ander onder zijn gezag arbeid laat verrichten, anders dan krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht.

3.3 Het College zal eerst de vraag beantwoorden of verzoekster haar arbeid verrichtte onder gezag van verweerster. Het staat vast dat verzoekster zelfstandig ondernemer is en in 2012 op basis van een overeenkomst van opdracht een aantal taken heeft verricht ten behoeve van [het tijdschrift] dat door verweerster wordt uitgegeven. Verder is onbetwist dat verzoekster het uitvoerende werk deed en dat zij daarbij (inhoudelijke) aanwijzingen kreeg van de hoofdredacteur van het tijdschrift. De hoofdredacteur is in dienst van verweerster en in zijn functie eindverantwoordelijk voor het blad.

3.4 Gelet op het voorgaande stelt het College vast dat verzoekster haar arbeid verrichtte onder gezag van de hoofdredacteur, die dat gezag uitoefende namens verweerster. Het handelen van verweerster kan dan ook worden getoetst aan artikel 7:646 BW in samenhang met artikel 1c WGB.

3.5 De verdeling van de bewijslast is als volgt. Op grond van artikel 7:646, twaalfde lid, BW is het aan verzoekster om feiten aan te voeren die kunnen doen vermoeden dat verweerster onderscheid op grond van geslacht jegens haar heeft gemaakt. Indien zij daarin slaagt, is het aan verweerster te bewijzen dat niet in strijd met artikel 7:646 BW is gehandeld.

3.6 Het verbod van discriminatoire bejegening valt onder het verbod van onderscheid bij de arbeidsomstandigheden, dat is neergelegd in artikel 7:646, eerste lid, BW (vgl. Commissie Gelijke Behandeling (CGB), thans: College, 27 oktober 2011, 2011-156, overweging 3.6, en CGB 6 september 2012, 2012-149, overweging 3.4).

3.7 Het handelen van werknemers die namens een werkgever of opdrachtgever gezag uitoefenen kan rechtstreeks worden toegerekend aan de werkgever of opdrachtgever (Kamerstukken II 2002-2003, 28 770, nr. 5, p. 28; zie ook: CGB 27 oktober 2011, 2011-156 en College voor de Rechten van de Mens 15 april 2013, 2013-46, overweging 3.4). Indien een leidinggevende zich schuldig heeft gemaakt aan seksuele intimidatie of discriminatoire bejegening is de werkgever of opdrachtgever hiervoor rechtstreeks verantwoordelijk, óók als de werkgever of opdrachtgever hiervan niet op de hoogte was, en maakt hij onderscheid op grond van de gelijkebehandelingswetgeving.

3.8 Het College behandelt de in 3.1 genoemde rechtsvragen apart. Als eerste wordt beoordeeld of sprake is geweest van seksuele intimidatie. Daarna is de vraag aan de orde of sprake is geweest van discriminatoire bejegening op grond van geslacht. Vervolgens beoordeelt het College of verweerster (verboden) onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt door geen nieuwe overeenkomst van opdracht met verzoekster aan te gaan. Hierna is de vraag aan de orde of verweerster de klacht van verzoekster over seksuele intimidatie en het niet opnieuw aangaan van een overeenkomst van opdracht zorgvuldig heeft behandeld. Ten slotte zal het College ambtshalve beoordelen of sprake is van victimisatie.

Seksuele intimidatie of discriminatoire bejegening op grond van geslacht?

3.9 Het College stelt vast dat verzoekster klaagt over het gedrag van de hoofdredacteur. Verzoekster verrichtte haar werkzaamheden onder gezag van de hoofdredacteur, die dat gezag uitoefende namens verweerster. Gelet op hetgeen in 3.7 is overwogen, kan het gedrag van de hoofdredacteur dan ook rechtstreeks aan verweerster worden toegerekend.

3.10 Verzoekster stelt dat de hoofdredacteur het aangaan van een nieuwe overeenkomst van opdracht afhankelijk heeft gemaakt van de vraag of zij een relatie met hem wilde. Omdat verzoekster dat niet wilde, is volgens haar het contract niet verlengd. Ter onderbouwing hiervan verwijst zij naar de WhatsApp-berichten van de hoofdredacteur van 2 juli 2012, zoals weergegeven in 2.5. Volgens verzoekster blijkt hieruit dat de hoofdredacteur verzoekster geen werk en geen opdrachten meer zou geven en dat hij het zakelijke contact met verzoekster wilde beëindigen als verzoekster geen relatie met hem zou beginnen. Verzoekster

voert aan dat zij herhaaldelijk heeft aangegeven geen relatie met de hoofdredacteur te willen. Vervolgens is verweerster geen nieuwe overeenkomst van opdracht met haar aangegaan.

3.11 Naar de mening van verzoekster is evident sprake van seksuele intimidatie, nu de hoofdredacteur haar seksueel heeft geïntimideerd en een verlenging van het contract afhankelijk heeft gemaakt van de vraag of zij een relatie met hem wilde beginnen. Daarmee heeft hij de waardigheid van verzoekster aangetast en voor haar een bedreigende, vernederende en kwetsende situatie gecreëerd, aldus verzoekster. Dat sprake is van seksuele connotatie blijkt volgens verzoekster uit de vele berichten die de hoofdredacteur naar verzoekster heeft gestuurd, waarin hij heeft aangegeven dat hij van haar houdt en met haar wil trouwen, dat hij haar "verschrikkelijk graag langdurig wil zoenen" en dat hij zich afgewezen en gebruikt voelt.

3.12 Volgens verweerster is geen sprake geweest van gedrag met een seksuele connotatie en is het gedrag bovendien niet intimiderend geweest. Uit de overgelegde e-mails en WhatsApp-berichten maakt verweerster op dat tussen verzoekster en de hoofdredacteur affectieve gevoelens (hebben) bestaan, die hebben geleid tot een onprofessionele relatie. De weigering van verzoekster om een relatie aan te gaan met de hoofdredacteur kan echter nooit de reden zijn geweest voor het niet afsluiten van een nieuwe overeenkomst van opdracht, aldus verweerster. Niet de hoofdredacteur, maar de directeur neemt namelijk de beslissing over het al dan niet afsluiten van overeenkomsten en de directeur was ten tijde van de beslissing over de offertes met betrekking tot jaargang 2013 van het tijdschrift niet op de hoogte van de problemen tussen verzoekster en de hoofdredacteur. Sinds de komst van de huidige directeur van verweerster op 1 oktober 2011 zijn er een aantal zakelijke veranderingen doorgevoerd om verweerster weer financieel gezond te krijgen. Eén van die maatregelen is dat bij het afsluiten van nieuwe contracten minstens twee offertes worden gevraagd. De beslissing om de opdracht niet aan verzoekster te geven, maar aan een ander bedrijf, was gebaseerd op de prijs-kwaliteitsverhouding, aldus verweerster. De offerte van verzoekster was €6.000,- duurder dan de offerte van het andere bedrijf, waarmee verweerster bovendien goede ervaringen had.

Seksuele intimidatie?

3.13 Het College zal beoordelen of verzoekster feiten heeft aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat verweerster onderscheid op grond van geslacht, in de vorm van seksuele intimidatie, jegens haar heeft gemaakt. Indien zij daarin slaagt, is het aan verweerster te bewijzen dat niet in strijd met artikel 7:646 BW is gehandeld.

3.14 Onder seksuele intimidatie wordt volgens artikel 7:646, achtste lid, BW verstaan: enige vorm van verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag met een seksuele connotatie, dat als doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast, in het bijzonder wanneer een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie wordt gecreëerd (vergelijk: College voor de Rechten van de Mens 15 april 2013, 2013-46, overweging 3.3).

3.15 Het College overweegt dat het begrip "seksuele connotatie" in de wetgeving niet nader is gedefinieerd. Uit de wetgeschiedenis blijkt dat het de bedoeling van de wetgever was om de vraag wat geldt als seksueel intimiderend gedrag zo veel mogelijk te objectiveren. Het is volgens de wetgever niet de bedoeling om "in rechte te strijden over de innerlijke belevingswereld van de betrokkenen", dat wil zeggen de pleger en het slachtoffer (Handelingen II, 2005-2006, 30 237, nr. 6, p. 8). Zoals de Centrale Raad van Beroep heeft geoordeeld, moet het gaan om "gedrag dat een normaal welkenkend mens heeft kunnen beleven als seksueel van aard" (CRvB 15 mei 2003, r.ov. 3.2, LJN: AF9717).

3.16 De eerste vraag die voorligt is of verzoekster feiten heeft aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat in dit geval sprake is van gedrag met een seksuele connotatie. Daarbij zal het College beoordelen of het gedrag van de hoofdredacteur in de gegeven context naar objectieve maatstaven kan worden vermoed te gelden als seksueel van aard. Het staat vast dat tussen verzoekster een intensieve berichtenwisseling

is geweest, waarbij op bepaalde dagen meer dan honderd berichtjes over de weer warden gestuurd. Uit de inhoud van de berichtenwisseling kan worden afgeleid dat de hoofdredacteur en verzoekster ook op privégebied intensief bij elkaar betrokken waren. Verder blijkt daaruit dat de hoofdredacteur verbleef was op verzoekster en telkens aangaf een relatie met haar te willen, terwijl verzoekster steeds aangaf alleen een vriendschappelijke band te willen. De hoofdredacteur heeft moedern keren aangegeven dat hij van verzoekster houdt, dat hij haar fysiek aantrekkelijk vindt en dat hij met haar wil trouwen, bijvoorbeeld op 1 juli 2012 om 00.05 en om 22.40 uur (hiervoor 2.3). Op 1 juli 2012 om 13.37 uur schrijft de hoofdredacteur: "Gewoon mijn armen om je heen. Dat blijft." Op 2 juli 2012 (22.02 uur) schrijft hij: "Als ik je nu verschrikkelijk graag langdurig wil zoenen. Wat zeg je dan?". Naar het oordeel van het College kunnen voornoemde feiten doen vermoeden dat sprake is van gedrag met een seksuele connotatie. De volgende vraag is of de feiten daarnaast kunnen doen vermoeden dat het gedrag als doel of gevolg heeft gehad dat de waardigheid van verzoekster is aangetast. Eerst dan kunnen de feiten doen vermoeden dat sprake is van seksuele intimidatie.

3.17 Ter beoordeling van de vraag of verzoekster feiten heeft aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat het betreffende gedrag als doel of gevolg heeft gehad dat haar waardigheid is aangetast, overweegt het College als volgt. In de parlementaire geschiedenis is niet nader aangegeven wat onder het begrip "aantasten van de waardigheid van de persoon" moet worden verstaan. De wetgever heeft geprobeerd een scheidslijn aan te brengen tussen wel en niet acceptabel gedrag en heeft daarbij aangesloten bij de definitie zoals geformuleerd in de zogenaamde Herschikingsrichtlijn (Richtlijn 2006/54/EG van het Europees parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep, PBUE 2006, L 204/23). De beoordeling van de vraag of sprake is van gedrag dat de waardigheid van de persoon aantast, is mede afhankelijk van de context waarbinnen het gedrag heeft plaatsgevonden (vergelijk: Hoge Raad 10 juli 2009, NJ 2010, 128, m.nt. H.J. Srijders en zie: R. Holtmaat, Seksuele intimidatie, de juridische gids, 2009, p. 106-118).

3.18 Verzoekster verwijst naar de berichten van 2 juli 2012 (zie 2.4 en 2.5). Zij stelt dat deze berichten erop wijzen dat de hoofdredacteur verzoekster geen nieuwe opdrachten zal geven als zij geen relatie met hem aangaat, en dat hij daarmee haar waardigheid heeft aangetast, en bovendien een bedreigende, vernederende en kwetsende situatie heeft gecreëerd. Zij wijst onder meer op de volgende berichten. Op 2 juli 2012 (20.50 uur) schrijft de hoofdredacteur: "nooit meer", "werk", "opdrachten", "etc", "keihard". En op 2 juli 2012, 21.19 uur: "Verover mij als je dat wilt (eijze zou mijn dochter zeggen) en zo niet. Ook goed. Houdt alles op. Het is aan jou. Ik ga onvoorwaardelijk voor jou. Ga jij voor mij?"

3.19 Uit de toonzetting, de intensiteit en de tijdstippen van beantwoording van de berichten, concludeert het College dat verzoekster en de hoofdredacteur op voet van gelijkwaardigheid privécontacten onderhouden en dat zij niet een zuiver professionele relatie hadden. Van beide kanten worden zakelijke en privé-aspecten door elkaar besproken. Zo brengt verzoekster in een conversatie over het niet aangaan van een relatie en gevoelens van vriendschap ter sprake dat de hoofdredacteur haar op zakelijk gebied zou kunnen helpen. Zij schrijft op 1 juli om 23.24 uur: "En je kunt me prima helpen met wat pr. Meer klussen brengt ook relief. En ga dan gyd niet zeggen dat je alleen daarvoor goed genoeg bent." Op 2 juli 2012 om 02.17 uur vraagt verzoekster aan de hoofdredacteur: "Wil je me ook een extra kus geven zodat ik de test kan beëindigen?", waarna de hoofdredacteur daaraan gehoor geeft. De hoofdredacteur schrijft op 2 juli om 00.23 uur: "En je mag me best zakelijke dingen vragen. Maar niet tijdens zo'n discussie waar ik heel emotioneel inzit. Dan voel ik me gebruikt." Na deze berichten waarin de hoofdredacteur aangeeft dat hij zich gebruikt voelt, schrijft hij hetgeen waarnaar verzoekster hiervoor verwijst. Voorts schrijft verzoekster op 2 augustus 2012 om 00.35 uur: "Ja maar ik wil geen relatie. Dus als contract stopt, zit ik flink in de shit. Tenzij ik een relatie met jou begin. Maar dat wil ik niet." De hoofdredacteur reageert hier als volgt op (00.55 - 01.00 uur): "Nee. Dat heeft niets met elkaar te maken." "Dat zou ik niet willen. Dan zou je me gebruiken."

3.20 Gelet op deze context is het College van oordeel dat verzoekster geen feiten heeft aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat het gedrag van de hoofdredacteur tot doel of gevolg heeft gehad dat haar waardigheid werd aangetast. Evenmin is sprake van andere feiten die dat kunnen doen vermoeden. Gelet hierop is geen sprake van feiten die kunnen doen vermoeden dat verzoekster seksueel is geïntimideerd.

Discriminatoire bejegening?

3.21 Vervolgens zal het College beoordelen of verzoekster feiten heeft aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat sprake is van discriminatoire bejegening op grond van geslacht (zie 3.6).

3.22 Nu verzoekster stelt dat zij discriminatoir is bejegend op grond van haar geslacht en dit door verweerster wordt betwist, moet zij feiten naar voren brengen die kunnen doen vermoeden dat zij discriminatoir is bejegend vanwege het feit dat zij een vrouw is. Zoals hiervoor is overwogen (3.10) heeft verzoekster aangevoerd dat de hoofdredacteur heeft gezegd dat hij van haar houdt en met haar wil trouwen, dat hij een relatie met haar wil en haar graag wil zoenen. Verzoekster heeft herhaaldelijk aangegeven geen relatie met hem te willen aangaan. Dat verzoekster een vrouw is en de hoofdredacteur een man en dat, zoals hiervoor onder 3.16 overwogen, sprake was van een vermoeden van gedrag met een seksuele connotatie, brengt naar het oordeel van het College in dit geval echter nog niet mee dat er een vermoeden is dat verzoekster discriminatoir is bejegend op grond van haar geslacht. Verzoekster heeft geen andere feiten naar voren gebracht waaruit een vermoeden kan worden afgeleid dat er een verband is met de grond geslacht of een andere door de gelijkebehandelingswetgeving beschermde grond. Op grond hiervan oordeelt het College dat verzoekster geen feiten naar voren heeft gebracht die kunnen doen vermoeden dat zij discriminatoir is bejegend op grond van haar geslacht.

Onderscheid op grond van geslacht bij het niet opnieuw aangaan van een overeenkomst van opdracht?

3.23 Zoals hiervoor in 3.2 is overwogen mag een werkgever geen onderscheid maken op grond van geslacht bij het aangaan van een overeenkomst van opdracht met een persoon die hij onder zijn gezag arbeid laat verrichten. Ook hierbij geldt dat verzoekster feiten moet aanvoeren die kunnen doen vermoeden dat het feit dat zij een vrouw is een rol heeft gespeeld bij het niet (opnieuw) aangaan van de overeenkomst van opdracht. Gelet op hetgeen hiervoor in 3.22 is overwogen, oordeelt het College dat, wat er verder ook zij van een verband tussen het niet willen van een relatie en het niet krijgen van een nieuwe overeenkomst van opdracht, de grond geslacht niet in geding is. Het College concludeert dan ook dat verzoekster geen feiten naar voren heeft gebracht die kunnen doen vermoeden dat haar geslacht een rol heeft gespeeld bij het niet opnieuw aangaan van een overeenkomst van opdracht.

Is sprake van een zorgvuldige klachtbehandeling?

3.24 Zoals in 3.7 is overwogen houdt de zorg voor een discriminatievrije werkomgeving ook in dat eventuele klachten over discriminatie op de werkvloer zorgvuldig worden behandeld. Een zorgvuldige klachtbehandeling vereist in beginsel een deugdelijk en objectief onderzoek, met onder meer hoor en wederhoor. De werkgever of opdrachtgever moet, indien nodig, passende maatregelen treffen en de uitkomst van het onderzoek terugkoppelen naar de klager. Van belang is immers dat voor de klager helder is wat er naar aanleiding van de klacht is ondernomen. Indien een werkgever of opdrachtgever niet aan deze zorgplicht, de plicht om zorg te dragen voor een discriminatievrije werkomgeving, voldoet, is sprake van onderscheid bij de arbeidsomstandigheden.

3.25 Verzoekster is van mening dat verweerster haar klacht over het gedrag van de hoofdredacteur onzorgvuldig heeft behandeld. Volgens verzoekster was er geen sprake van hoor en wederhoor, heeft geen verslaglegging plaatsgevonden van de gesprekken, is verzoekster niet in de gelegenheid gesteld op de reactie van de hoofdredacteur te reageren en is sprake van vooringenomenheid. Ter onderbouwing van

haar stellingen wijst verzoekster erop dat er geen vertrouwenspersoon en klachtenregeling of klachtenbeleid is binnen de organisatie van verweerster. Verzoekster had dus, behalve de directeur, geen aanspreekpunt in de organisatie. Bij ontstentenis van een klachtenregeling of -beleid had de directeur geen richtlijn voor het behandelen van de klacht van verzoekster. Verder stelt verzoekster dat verweerster niet discreet is omgegaan met haar klacht. Zij kreeg op 3 oktober 2012 namelijk een bericht van de hoofdredacteur waaruit bleek dat hij wist dat zij een gesprek zou hebben met de directeur. Daarnaast is verzoekster van mening dat de directeur haar klacht in het eerste gesprek van 10 oktober 2012, maar ook daarna, niet serieus heeft genomen. Daartoe stelt zij dat de directeur pas op 31 oktober 2012 heeft verzocht om het berichtenverkeer tussen verzoekster en de hoofdredacteur, dat verzoekster al in het eerste gesprek aan de orde had gesteld. Daarnaast heeft de directeur volgens verzoekster geen verantwoordelijkheid genomen voor het gedrag van de hoofdredacteur. Volgens de directeur is sprake van een affectieve relatie tussen verzoekster en de hoofdredacteur en hebben beiden initiatief genomen in deze relatie. De directeur heeft ook zowel de hoofdredacteur als verzoekster aangesproken op dit (onprofessionele) gedrag. Volgens verzoekster is echter helemaal geen sprake van een relatie en blijkt dit ook niet uit de bewijsstukken. De directeur had redelijkerwijs dus niet tot dit oordeel kunnen komen. Ten slotte voert verzoekster aan dat de directeur aan haar alleen heeft meegedeeld dat hij een disciplinaire maatregel heeft genomen ten aanzien van de hoofdredacteur, maar niet wat de aard van deze maatregel is. Verzoekster kan dus niet vaststellen of inderdaad een disciplinaire maatregel is opgelegd.

3.26 Verweerster is van mening dat zij de klacht van verzoekster over discriminatie zorgvuldig heeft behandeld en adequate maatregelen heeft genomen. De directeur van verweerster heeft twee keer een gesprek met verzoekster gevoerd. Na het eerste gesprek heeft de directeur meteen een gesprek gevoerd met de hoofdredacteur en hem aangesproken op zijn gedrag. In de brief van 6 november 2012 (zie 2.6) heeft de directeur genuanceerd uiteengezet hoe hij tegen de klacht van verzoekster aankeek. Hij heeft daarin aangegeven dat hij zowel het gedrag van de hoofdredacteur als dat van verzoekster onprofessioneel vindt en dat hij de hoofdredacteur daarvoor een disciplinaire maatregel zou opleggen. Hij heeft dit gedaan op basis van hoor en wederhoor. Ten slotte heeft verweerster bij brief van 15 november 2012 de hoofdredacteur een officiële waarschuwing gegeven, welke wordt opgenomen in het personeelsdossier.

3.27 Het College overweegt dat verweerster de klacht van verzoekster adequaat heeft opgepakt. Zij heeft snel gesprekken gevoerd en daarbij hoor en wederhoor toegepast. Daarnaast heeft verweerster een maatregel getroffen om ongewenst gedrag in de toekomst te voorkomen. Zij heeft de hoofdredacteur een disciplinaire maatregel in de vorm van een officiële waarschuwing opgelegd. Verweerster heeft haar beslissing om de hoofdredacteur een waarschuwing te geven meegedeeld aan verzoekster. Dat verzoekster geen kopie van de officiële waarschuwing aan de hoofdredacteur heeft ontvangen, is om redenen van privacybescherming niet onbegrijpelijk en betekent niet dat verweerster de klacht van verzoekster onzorgvuldig heeft behandeld. Ook het feit dat verweerster niet beschikt over een klachtenregeling en een vertrouwenspersoon maakt de behandeling van de klacht door verweerster niet onzorgvuldig. Een klachtenregeling en een vertrouwenspersoon kunnen behulpzaam zijn bij een zorgvuldige klachtbehandeling, maar zij zijn daarvoor geen noodzakelijke voorwaarde.

Victimisatie?

3.28 Hoewel verzoekster hier niet expliciet een beroep op heeft gedaan, zal het College ambtshalve onderzoeken of sprake is van victimisatie nu verweerster geen nieuwe overeenkomst van opdracht met verzoekster is aangegaan.

3.29 Op grond artikel 7:646, negende lid, BW mag de werkgever de werknemer niet benadelen vanwege de omstandigheid dat de werknemer (seksuele) intimidatie afwijst of lijdzaam ondergaat.

3.30 Nu in dit geval is gesteld noch gebleken dat sprake is van intimidatie, en wel gesteld doch niet gebleken is dat sprake is van seksuele intimidatie, concludeert het College dat geen sprake kan zijn van victimisatie als bedoeld in artikel 7:646, negende lid, BW.

4 Oordeel

Het College voor de Rechten van de Mens spreekt als zijn oordeel uit:

- dat niet is gebleken dat [...] jegens [...] onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht in de vorm van seksuele intimidatie of discriminatoire bejegening, door geen nieuwe overeenkomst van opdracht met haar aan te gaan of door de wijze waarop de klacht van verzoekster is behandeld;
- dat verweerster niet in strijd heeft gehandeld met het victimisatieverbod van artikel 7:646, negende lid, BW.

Aldus gegeven te Utrecht op 30 juli 2013 door mr. Ch.M van der Bas, voorzitter, prof. mr. J.C.J. Dute en mr. H.J. Vilters, leden van het College voor de Rechten van de Mens, in tegenwoordigheid van mr. R.E.M. Schimmel, secretaris.¹

NOOT

1. *Inleiding.* Het College voor de Rechten van de Mens stelt allereerst vast dat de freelancer, hoewel zij als zzp-er werkt, onder de categorie 'gelijkgestelden' (aan personen met een arbeids-overeenkomst) valt, aangezien zij haar werk verrichtte onder het gezag van de hoofdredacteur.¹ Bovendien stelt het vast dat het gedrag van de hoofdredacteur valt onder de verantwoordelijkheid van de beroepsvereniging, die dan ook verantwoordelijk kan worden gehouden voor een schending van de gelijkebehandelingswetgeving door de hoofdredacteur, ook als de directeur niet op de hoogte was van dit gedrag. Dit laatste is in overeenstemming met vaste jurisprudentie van het College. Als rechtsoptvolger van de Commissie gelijke behandeling is het College gebonden aan het toetsingskader van de gelijkebehandelingswetgeving. Andere mogelijk relevante rechtsnormen, zoals de Arbowetgeving en een meer algemeen arbeidsrechtelijk toetsingskader, vallen daarom buiten de beoordelingsbevoegdheid van het College. Het College vat de rechtsvragen die uit deze casus voortvloeien als volgt samen: is er sprake van verboden onderscheid op grond van geslacht (1) in de vorm van seksuele intimidatie, dan wel (2) in de vorm van discriminatoire bejegening; (3) vormt het niet aangaan van een nieuwe overeenkomst van opdrachtverlening met verzoekster verboden onderscheid op grond van geslacht; (4) heeft verweerster de klacht van verzoekster over seksuele intimidatie en het niet opnieuw aangaan van een overeenkomst van opdrachtverlening zorgvuldig behandeld; en (5) is er sprake van victimisatie?² Het College toetst daarmee of een en dezelfde concrete feitenconstellatie op verschillende manieren juridisch kan worden gekwalificeerd. Daarbij richt vraag 1 zich op de vraag of er sprake is van ongelijke behandeling op grond van geslacht in de vorm van seksuele intimidatie, zoals dit verschijnsel is gedefinieerd in de gelijkebehandelingswetgeving, in het bijzonder in artikel 7:646, achtste lid, BW. Bij de vragen 2 en 3 vraagt het College zich af of

1 Het College past hierbij art. 1c WGBm/v toe. De grens tussen deze bepaling en art. 2 WGBm/v, dat ziet op de zelfstandige beroepsbeoefenaar, is discutabel. Zie hierover E. Cremers-Hartman: 'Ongelijke beloning vrouwelijke freelancer' (noot bij Commissie Gelijke Behandeling 18 oktober 2005, nr. 2005-196), in: S.D. Buri (red.), 'Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2005', p. 399-403.

2 Zie College voor de Rechten van de Mens 30 juli 2013, nr. 2013-99, par. 3.1 en 3.8.

dezelfde feiten en omstandigheden gekwalificeerd kunnen worden als discriminatoire bejegening of als het discriminatoir niet verlengen van een contract, waarbij het artikel 7:646, eerste lid, BW toepast. Ten vierde behandelt het college de vraag of de manier waarop intern met de behandeling van de klacht werd omgegaan door de beugel van het gelijkebehandelingsrecht kan. Het College behandelt tenslotte op eigen initiatief ook nog de (vijfde) vraag of er sprake was van victimisatie van de verzoekster in de zin van artikel 7:646, negende lid, BW.³ Mijn stelling is dat het College door de casus op deze manier te behandelen de beoordeling daarvan onnodig en ongewenst heeft gecompliceerd. Het College onttrekt door toepassing van deze juridische methodiek aan het zicht om wat voor vorm van seksuele intimidatie het hier mogelijk zou kunnen gaan.⁴

2. *Een korte toelichting.* Omdat de problemen die in dit oordeel zichtbaar worden te maken hebben met de veranderde wetgeving op het gebied van seksuele intimidatie, schets ik ter introductie een klein stukje van de geschiedenis daarvan. Nederland liep in Europa voorop met het wettelijk bestrijden van seksuele intimidatie op het werk. De Arbowet van 1994 gaf een tweeledige definitie van seksuele intimidatie, waarin zowel het element van een 'voor-wat-hoort-wat-situatie' voorkwam,⁵ alsook het ontstaan/laten voortbestaan van een voor de werknemer intimiderende, vijandige of onaangename werkomgeving.⁶ Het bestrijden van seksuele intimidatie werd daarbij uitdrukkelijk geplaatst in het kader van de gezondheid en veiligheid op het werk en welbewust geconstrueerd als iets anders dan het bestrijden van ongelijke behandeling op grond van sekse.⁷ In de Europese Unie voltrok zich daarna onder invloed van ontwikkelingen in het Angelsaksische recht een ontwikkeling waarbij het bestrijden van seksuele intimidatie juist werd gezien als een onderwerp dat thuis zou horen in het gelijkebehandelingsrecht.⁸ Dit leidde tot opname van een verbod van seksuele intimidatie in verschillende Europese gelijkebehandelingsrichtlijnen.⁹

3 In JAR 2013, 286 heb ik aandacht besteed aan de eerste en vijfde vraag vanuit het oogpunt van de mijns inziens gebrekkige definitie van seksuele intimidatie in de gelijkebehandelingswetgeving, waarin de 'voor-wat-hoort-wat-vorm' van seksuele intimidatie ontbreekt. Het vierde onderdeel van het oordeel behelst weinig opzienbarends en zal verder onbesproken blijven.

4 Volgens de advocaat van klaagster heeft het College op eigen initiatief en zonder nader overleg met klaagster of haar advocaat het verzoek om een oordeel opgesplitst in de genoemde vijf deelvragen.

5 In de literatuur ook wel *quid pro quo* seksuele intimidatie of 'seksuele chantage' genoemd. Dat wil zeggen dat de pleger in ruil voor bijvoorbeeld een promotie of salarisverhoging eist dat het slachtoffer op zijn avances ingaat of de seksuele intimidatie tolerereert. Het woord eisen is wellicht misleidend – vaak gaat het om een subtiel machtspeel waarbij op allerlei impliciete manieren aan het slachtoffer duidelijk wordt gemaakt dat ze om vooruit te komen of het werk te behouden maar beter niet tegen het gedrag van de pleger kan protesteren.

6 Art. 3(3) Arbowet 1994, later opgenomen in art. 1(3)e Arbowet 1998. De betreffende definitie is in zijn geheel geciteerd in mijn annotatie in de JAR. Zie Hofmaat 2013 (*supra* noot 3).

7 Zie voor de weergave van deze discussies en de relevante literatuur J.E. Goldschmidt & R. Hofmaat, *Vrouw en Recht, Trenchsupport, DCE/STEO*, Min. SZW, Den Haag 1993, p. 368-376.

8 Zie over deze ontwikkeling onder meer A. Saguy, 'Employment Discrimination or Sexual Violence? Defining sexual harassment in American and French Law', *Law and Society Review* 2000, p. 1091-1128; G. Friedman and J. Whitman, 'The European Transformation of Harassment Law: Discrimination versus Dignity', *Columbia Journal of European Law*, p. 241-274; en K.S. Zippel, *The Politics of Sexual Harassment. A Comparative Study of the United States, the European Union, and Germany*, Cambridge: Cambridge University Press 2006.

9 Richtlijn 2002/73/EC (*Communautaire Schaarichtlijn*), art. 2 (2) vierde gedachteleestepje. Daarnaast is de bepaling ook opgenomen in de zogenoemde *Gender- en dienstrechtlijn* (2004/113/EC). Tenslotte komt de bepaling terug in de zogenoemde *Herzieningsrichtlijn* 2006/54/EC, art. 2 (1) d. De Richtlijnen dwingen niet tot het overnemen van de EU-definitie, noch tot het plaatsen van dit bodemverp in de gelijke behandelingswetgeving; in tegendeel,

De Nederlandse wetgever voelde zich genoodzaakt deze lijn te volgen en nam in 2006/2007 een verbod van seksuele intimidatie op in de gelijkebehandelingswetgeving.¹⁰ Op het weglaten van het woord 'ongewensd' (voor '... gedrag') na,¹¹ is de definitie van seksuele intimidatie in deze wetten identiek aan die van de EU-richtlijnen:

'Onder seksuele intimidatie (...) wordt verstaan: enige vorm van verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag met een seksuele connotatie dat als doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast, in het bijzonder wanneer een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie wordt gecreëerd.'

Daarnaast is bepaald dat het feit dat een persoon intimidatie of seksuele intimidatie afwijst of lijdzaam ondergaat niet ten grondslag mag liggen aan een beslissing die die persoon betreft.¹² Dit aspect (dat lijkt op het voor-wat-hoort-wat-element in de arbodefinitie) is echter niet langer een onderdeel van de definitie van seksuele intimidatie, maar heeft het karakter van een afzonderlijk victimisatieverbod, aldus ook de Memorie van Toelichting¹³ en Europeesrechtelijke deskundigen.¹⁴ Na het opnemen van seksuele intimidatie in de WGBm/v en AWGB, is de definitie van seksuele intimidatie uit de Arbowet verwijderd.¹⁵

3. *Problemen die zich als gevolg hiervan voordoen bij de beoordeling van seksuele intimidatie.* In eerdere publicaties heb ik verschillende problemen gesignaleerd die kunnen optreden als gevolg van het opnemen van het verbod op seksuele intimidatie in de gelijkebehandelingswetgeving en het vervangen van de arbodefinitie door die van de Europese gelijkebehandelingsrichtlijnen.¹⁶ In dit oordeel van het College is zichtbaar dat die problemen zich inderdaad voordoen. Het gaat in het bijzonder om de volgende knelpunten die ertoe hebben geleid dat verzoekster in deze zaak door het College op alle punten in het ongelijk is gesteld:

1. Het element in de nieuwe definitie dat er sprake is/ zal moeten zijn van het schenden van de waardigheid van de persoon die het betreft, zal mogelijk een verzwarende van de bewijslast voor een klager opleveren.

ze laten uitdrukkelijk de ruimte aan de Lidstaten om dit onderwerp naar eigen inzicht te regelen.

10 Zie art. 1a (3) WGBm/v, art. 7:646 (6) jo. (8) BW en art. 1a (3) AWGB.

11 Dit woord zou leiden tot een onwenselijk geachte verzwarende van de bewijslast voor slachtoffers van seksuele intimidatie. Zie *Kamerstukken II 2004/05, 30 237*, nr. 3, p. 12 en nr. 6, p. 8 en *Kamerstukken II 2006/07, 30 967*, nr. 3, p. 3 en p. 9.

12 Art.1a (4) WGBm/v, art. 8a (2) AWGB en art. 7:646 lid 9 BW.

13 Zie *Kamerstukken II 2006/07, 30 967*, nr. 3, p. 9.

14 See Ann Nunthausen-Henning and Sylvaine Lauloni *Harassment related to sex and sexual harassment late in 33 European countries*, European Network of Legal Experts in the Gender Equality Field, p. 3. Beschikbaar op: ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/your_rights/final_harassment_en.pdf.

15 Wet van 30 november 2006, houdende wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet 1998 (...); *Stb.* 2006, 673. De MvT bij het wetsontwerp tot wijziging van de Arbowet stelt dat voor de definitie van seksuele intimidatie voortaan aansluiting moet worden gevonden bij die welke in de gelijkebehandelingswetgeving is opgenomen. *MvT, Kamerstukken II 2005/06, 30 552*, nr. 3, p. 25.

16 Zie onder meer R. Holtmaat, *Seksuele intimidatie: De Juridische Gids*. Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009; R. Holtmaat, 'Het verbod op seksuele intimidatie in de WGB: een koekoeksei in het nest van de gelijkebehandelingswetgeving?', in: J.H. Gerards (red): *Gelijke behandeling: Oordelen en Commentaren 2007*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 261-278; R. Holtmaat, 'Sexual Harassment as Sex Discrimination: A Logical Step in the Evolution of EU Sex Discrimination Law or a Step Too Far?', in: Mielie Bulterman et al. (red.): *Views of European law from the Mountains*, Liber Amicorum Piet Jan Slot. Deventer: Kluwer Law International 2009, p. 27-40.

2. Het ontbreken van het 'voor-wat-hoort-wat-element' in de nieuwe definitie van seksuele intimidatie kan deze vorm onzichtbaar maken en het feit dat het afzonderlijk opgenomen victimisatieverbod waarschijnlijk onvoldoende bescherming zal bieden tegen deze vorm van seksuele intimidatie.¹⁷

3. Het feit dat het onderwerp seksuele intimidatie nu geplaatst is in het kader van de gelijkebehandelingswetgeving kan met zich meebrengen dat bij iedere casus op dat terrein ook wordt beoordeeld of er sprake is geweest van discriminatie *op grond van geslacht*. Dat kan met zich meebrengen dat er een causaal verband zal worden vereist tussen het seksueel intimiderende gedrag en de (verschillende) sekse van de betrokken partijen.

4. *Schending van de waardigheid?* Hierboven (onder punt 2) is de nieuwe wettelijke definitie van seksuele intimidatie geciteerd. Daarin komt expliciet het element 'de waardigheid van de persoon' voor. Dit begrip was niet opgenomen in de eerdere Arbowetdefinitie, maar speelde zeker een rol bij de motivering waarom seksuele intimidatie wettelijk geregeld zou moeten zijn, dat wil zeggen bij de beantwoording van de vraag waarom seksuele intimidatie gezien wordt als onwenselijk of schadelijk gedrag waar de wetgever iets tegen moet doen. In dat kader duidt de term 'aantasting van de (menselijke) waardigheid' veelvuldig op. Ik beperk me nu verder tot motiveringen voor het verbieden van seksuele intimidatie in de context van arbeidsrelaties (ruim gedefinieerd, zoals in deze casus het geval is). De menselijke waardigheid is bij dit gedrag in deze specifieke context om twee redenen in het geding: ten eerste omdat het gedrag een seksuele connotatie heeft en daarmee raakt aan zeer intieme en kwetsbare aspecten van het menselijk bestaan; ten tweede omdat dit gedrag zich afspeelt in een situatie van afhankelijkheid en ondergeschiktheid. Een werknemer kan niet zomaar beslissen om ergens anders te gaan werken als hij/zij last heeft van seksuele intimidatie en heeft dus een groot belang bij veilige en waardige arbeidsomstandigheden.

5. De (menselijke) waardigheid is met het opnemen van de EU-definitie in het Nederlandse recht gepromoveerd van een achterliggend beginsel naar een constitutief bestanddeel van de 'delictsomschrijving'. Het maakt echter groot verschil of schending van de (menselijke) waardigheid opgevoerd wordt als een achterliggend doel van een verbodsbepaling dan wel beginsel waarop de bepaling rust, waarmee het (binnen het kader van de teleologische interpretatiemethode) mede richtinggevend kan zijn voor de uitleg en toepassing van een bepaling, of dat het expliciet opgenomen wordt als een bestanddeel van een verbodsbepaling. In het laatste geval wordt het een element dat (door het slachtoffer) moet worden aangevoerd en bewezen. Dit is precies hoe het College dit element hier ook toepast, en daardoor wordt het een test waarvoor verzoekster niet slaagt. Waarom eigenlijk niet?

17 Dit onderwerp is uitvoeriger aan de orde gesteld in mijn noot in *JAR*. Zie Holtmaat 2013 (supra noot 3).

6. Hoewel het *in casu* ging om gedrag met een seksuele connotatie, is toch niet komen vast te staan, aldus het College, dat er sprake was van seksuele intimidatie.¹⁸ Daarbij gaat het College als volgt te werk:

Naar het oordeel van het College kunnen voornoemde feiten doen vermoeden dat sprake is van gedrag met een seksuele connotatie. De volgende vraag is of de feiten daarnaast kunnen doen vermoeden dat het gedrag als doel of gevolg heeft gehad dat de waardigheid van verzoekster is aangetast. Eerst dan kunnen de feiten doen vermoeden dat sprake is van seksuele intimidatie.¹⁹

Het College legt bij de beoordeling van dit element nadruk op de context waarin dit gedrag heeft plaatsgevonden. Over die context merkt het College op dat het 'uit de toonzetting, de intensiteit en de tijdstippen van beantwoording van de berichten concludeert (...) dat verzoekster en de hoofdredacteur op voet van gelijkwaardigheid privécontacten onderhielden en dat zij niet een zuiver professionele relatie hadden. Van beide kanten worden zakelijke en privé-aspecten door elkaar besproken'.²⁰ Het College concludeert vervolgens dat naar zijn oordeel geen sprake was van aantasting van de waardigheid van verzoekster. In feite houdt het daarmee beide betrokken personen in gelijke mate verantwoordelijk voor het feit dat zij hun zakelijke en persoonlijke verhoudingen door elkaar hebben laten lopen. Cruciaal zijn de woorden 'op voet van gelijkwaardigheid'.²¹ Omdat de freelancer zelf aan de intensieve e-mail- en WhatsAppcorrespondentie heeft deelgenomen en zakelijke en persoonlijke dingen door elkaar heeft besproken, zou haar waardigheid niet geschonden (kunnen) zijn. Verkeerden partijen in deze concrete situatie echter ook daadwerkelijk in gelijke omstandigheden en waren beiden op gelijke wijze vrij om wel of niet aan een dergelijke berichtenuitwisseling deel te nemen? Naar mijn opvatting valt dat zeer te betwijfelen. De context waarin het gedrag van beide partijen zich afspeelt is er een van afhankelijkheid, waarbij partijen duidelijk niet gelijk zijn in termen van (economische) macht. Verzoekster stond immers 'onder het gezag van de hoofdredacteur', zoals het College zelf eerder in het oordeel heeft geconcludeerd. Bovendien was zij afhankelijk van hem en van verweerster voor het verkrijgen van nieuwe opdrachten in de toekomst, iets waar zij als zzp-er haar bestaanszekerheid aan moet ontlenen.

7. De schending van de waardigheid krijgt in dit oordeel daarmee een zeer zware, zelfstandige, en ook nogal merkwaardige betekenis. De wettelijke definitie geeft aan dat die waardigheid

18 Het College laat zich niet uitdrukkelijk uit over de vraag wie van partijen ten aanzien van deze vraag wat zou moeten bewijzen. Een opmerkelijk punt is dat het College, bij de bespreking van de bewijslastverdeling in par. 3.5. voor de behandeling van de hele casus (dus alle vijf de vragen die aan de orde zijn), stelt dat het 'op grond van art. 7:646, twaalfde lid, BW [aan] het verzoekster [is] om feiten aan te voeren die kunnen doen vermoeden dat verweerster onderscheid op grond van geslacht jegens haar heeft gemaakt.' [kurs. RH]. Daarmee suggereert het College dat dit element van causaliteit tussen de gedragingen en het geslacht van verzoekster ook moet worden bewezen bij de vraag of er sprake was van seksuele intimidatie in de zin van art. 7:646 lid 6 jo. 8 (vraag 1). Dit blijkt echter niet uit de wijze waarop het College deze vraag behandelt.

19 College voor de Rechten van de Mens 30 juli 2013, nr. 2013-99, par. 3.16.

20 College voor de Rechten van de Mens 30 juli 2013, nr. 2013-99, par. 3.19.

21 Het gebruik van dit woord suggereert dat het College ook bij vraag 1 op de achtergrond de vraag heeft laten meespelen of hier sprake was van onderscheid op grond van geslacht. Nu partijen gelijk(waardig) waren, kan geen sprake zijn van een ongelijke behandeling. Bij vraag 1 zou die vraag echter op geen enkele wijze een rol moeten spelen, omdat de woorden 'op grond van geslacht' in de definitie van seksuele intimidatie niet voorkomen.

in het bijzonder geschonden kan zijn als het gedrag met een seksuele connotatie 'tot doel of gevolg heeft dat er een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie wordt gecreëerd'. Aan dit element van de definitie gaat het College geheel voorbij. Het feit dat verzoekster bij voortdurende duidelijk heeft gemaakt dat zij slechts een vriendschappelijke relatie met de hoofdredacteur wilde, was voor het College blijkbaar niet genoeg reden om te beslissen dat hier mogelijk sprake zou kunnen van een bedreigende situatie, namelijk een dreiging van het verlies van haar werk als ze niet op zijn avances zou ingaan – wat uiteindelijk ook gebeurde. Het College onderzoekt dit aspect van de zaak echter in het geheel niet in het kader van de eerste vraag (is voldaan aan de wettelijke definitie van seksuele intimidatie?), maar pas bij de derde en vijfde vraag (zie daarover punt 10 van deze noot). Naar mijn mening was er voldoende aanleiding om dit wel te onderzoeken: de hoofdredacteur wilde een liefdesrelatie met de freelancer en ongeveer gelijktijdig met het moment dat het tot hem doordrong dat zij daar niets voor voelde, werd haar contract niet verlengd.

8. Het feit dat het College bij de behandeling van vraag 1 onvoldoende aandacht schenkt aan de voor-wat-hoort-wat vorm van seksuele intimidatie kan het gevolg zijn van het weglaten van dit element uit de nieuwe definitie in de gelijkebehandelingswetgeving. Dat neemt niet weg dat ook bij de toepassing van de nieuwe definitie van seksuele intimidatie in de gelijkebehandelingswetgeving, het College nauwkeurig had moeten onderzoeken of zich hier inderdaad een bedreigende situatie voordeed. Het kan zijn dat verzoekster zelf mede 'aanleiding heeft gegeven', door de correspondentie met de hoofdredacteur niet strikt zakelijk te houden. Maar dat rechtvaardigt naar mijn idee niet om – als beoordeelende instantie – geheel voorbij te gaan aan haar situatie van afhankelijkheid waarin zij verkeerde en te stellen dat partijen in een situatie van gelijkwaardigheid verkeerden. Het is immers mogelijk dat de freelancer zich vanaf het begin mede heeft laten verleiden tot deze onprofessionele correspondentie omdat ze in de positie verkeerde op goede voet te moeten blijven staan met de hoofdredacteur. In elk geval heeft ze vanaf het begin onomwonden te kennen gegeven geen (seksuele) relatie te willen en het te willen houden bij een vriendschappelijke omgang.

9. De menselijke waardigheid is een groot goed en ligt mede ten grondslag aan het idee van de mensenrechten.²² Als zodanig ligt het zeker ook ten grondslag aan het anti-discriminatie-recht.²³ McCrudden geeft aan dat het begrip of beginsel van de menselijke waardigheid zowel *foundational* is als op zichzelf genomen *substantive rights* kan opleveren.²⁴ Maar hij toont ook aan dat, met name als bescherming van de *dignity* in de vorm van een rechtsaanspraak wordt gegoten, er grote interpretatie- en toepassingsverschillen kunnen ontstaan tussen verschillende jurisdicties en tussen verschillende rechtscolleges, ook als het om een identieke feitenconstellatie gaat. Het is dus een zeer moeilijk (eenduidig) toe te passen begrip. Op zichzelf is het toe te juichen dat dit beginsel (of waarde) via het EU-recht ook zichtbaar is gemaakt in het Nederlandse

22 Zie voor een bijzonder rijke analyse en beschouwing op dit terrein Christopher McCrudden, 'Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights', *European Journal of International Law* 2008, p. 654-724.

23 Zie met name Sandra Fredman, *Discrimination Law*, Oxford: Oxford University Press 2011 en Susanne Baer, 'Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism', *University of Toronto Law Journal* 2009, 417.

24 McCrudden 2008 (*supra* noot 22), p. 675.

gelijkebehandelingsrecht,²⁵ maar ik had liever gehad dat de (menselijke) waardigheid uitsluitend een plaats had gekregen in de preambule van de richtlijnen en in de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp waarmee deze werden omgezet in Nederlands recht. Van richtinggevend beginsel is de menselijke waardigheid nu een substantieel element geworden van een regel die wel of geen toepassing kan vinden in een concreet geval. In Dworkiniaanse termen: het is een *yes/no rule* geworden, in plaats van een *guiding principle* dat dienst kan doen in *hard cases*.²⁶ Dat dit de bescherming van slachtoffers van discriminatie, in casu een slachtoffer van seksuele intimidatie, niet ten goede komt is naar mijn idee gedemonstreerd met dit betreurenswaardige oordeel van het College voor de Rechten van de Mens.

10. *Het ontbreken van de 'voor-wat-hoort-wat-vorm' van seksuele intimidatie in de nieuwe definitie en de vraag of dit met het afzonderlijke victimisatieverbod kan worden opgevangen.*²⁷ Of de niet-verlenging van het contract inderdaad op enigerlei wijze in verband stond met de afwijzing van die avances onderzoekt het College in het kader van de vraag of de Vereniging daarmee onderscheid op grond van sekse heeft gemaakt (vraag 3) en in het kader van de vraag of er wellicht sprake was van victimisatie (vraag 5). Bij vraag 3 duikt de causaliteitskwesitie op, een punt dat ik hieronder nader zal bespreken. Vraag 5 wordt door het College ontkennend beantwoord. Omdat er eerder in het oordeel is geconcludeerd dat er geen sprake was van seksuele intimidatie, noch van discriminatoire bejegening of discriminatoire niet-verlenging van de opdracht, kan de verzoekster volgens het College ook geen slachtoffer van victimisatie zijn. Het College toont hiermee aan geen begrip te hebben van het doel en de reikwijdte van de algemene bescherming tegen victimisatie in de gelijkebehandelingswetgeving, en zeker van deze specifieke victimisatiebepaling. Victimisatie vindt plaats als iemand te maken krijgt met een minder gunstige behandeling als gevolg van protest tegen een bepaalde behandeling, of nu wel of niet op een later tijdstip wordt vastgesteld dat die behandeling inderdaad discriminatoir was. In dit geval was het mogelijk wel degelijk victimisatie dat verzoekster werd geconfronteerd met het verlies van werk nadat ze nadrukkelijk had aangegeven niet te willen ingaan op de wens van de hoofdredacteur om een liefdesrelatie met hem aan te gaan.

11. *Moet er sprake zijn van een causaal verband tussen seksueel intimiderende gedragingen en geslacht?* Nadat het College heeft geconcludeerd dat er geen sprake was van seksuele intimidatie in de zin van de nieuwe wettelijke definitie daarvan omdat de waardigheid van verzoekster niet zou zijn geschonden, gaat het verder en onderzoekt of er dan wellicht wel sprake is geweest van ongelijke behandeling van verzoekster op grond van geslacht. Bij vraag 2 wordt onderzocht of sprake is geweest van discriminatoire bejegening op grond van geslacht door de hoofdredacteur. Onder vraag 3 beoordeelt het College of verweerster verboden onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt door geen nieuwe overeenkomst van opdracht met verzoekster aan te gaan.²⁸ Door het stellen van deze twee extra vragen wordt het causale verband tussen de

gestelde (en te bewijzen) gedragingen en het geslacht van verzoekster uitdrukkelijk in de beoordeling betrokken: heeft verzoekster deze bejegening door de hoofdredacteur moeten ondergaan en heeft zij van de directie geen nieuw contract gekregen *omdat zij een vrouw is?* Nee, concludeert het College in beide gevallen: het is niet aangetoond dat het vrouw-zijn van verzoekster een rol heeft gespeeld bij die bejegening en bij die beslissing. Ergo: er was ook geen sprake van ongelijke behandeling.

12. Gezien de feitenconstellatie die in het oordeel wordt beschreven, komt de zaak bij mij over als een mogelijk geval van voor-wat-hoort-wat seksuele intimidatie. Zoals gezegd ziet het College deze vorm van seksuele intimidatie over het hoofd bij de behandeling van vraag 1 en ziet het ook geen aanleiding om het onder het victimisatieverbod (dat in plaats van dit element uit de Arbodefinitie is gekomen!) te laten vallen. Maar ook bij de vragen 2 en 3 heeft het College voor deze vorm van seksuele intimidatie in het geheel geen oog. Dat komt omdat het College bij die twee vragen de nadruk legt op de causaliteitsvraag: is er een oorzakelijk verband tussen de gedragingen/beslissing en het geslacht van verzoekster? Elders heb ik betoogd dat die causaliteitsvraag in seksuele-intimidatiezaken zeer moeilijk of in het geheel niet te beantwoorden valt en in wezen ook niet relevant zou moeten zijn voor de beoordeling/veroordeeling van dit verschijnsel.²⁹ Als vastgesteld wordt dat iemand seksueel wordt geïntimideerd, doet het er niet toe of dat wel of niet op grond van een bepaalde (verboden) discriminatiegrond geschiedt. Anders gezegd: het doet er niet toe of het motief of de oorzaak van de seksueel intimiderende handelingen of beslissingen iets te maken heeft met de discriminatiegrond sekse.³⁰ Niet voor niets maakt de wetgever onderscheid tussen seksuele intimidatie en intimidatie op grond van sekse (of op grond van een van de andere verboden discriminatiegronden).³¹ De beweging die het College in dit oordeel (na het negatief beantwoorden van vraag 1) maakt naar het behandelen van de casus als een gelijkebehandelingskwesitie gaat rechtstreeks in tegen de bedoeling van de Europese wetgever, die in de definitie van seksuele intimidatie, in tegenstelling tot die van intimidatie op grond van sekse, opzettelijk en uitdrukkelijk het eisen van een causaal verband tussen de bestreden gedragingen en het geslacht van de getroffen persoon heeft weggelaten. Het gevolg van deze methodiek is dat het – gezien de bewijslastregels die in het gelijkebehandelingsrecht bestaan – aan verzoekster is om 'feiten aan te voeren die kunnen doen vermoeden dat verweerster onderscheid op grond van geslacht jegens haar heeft gemaakt' [curs. RH].³² Hetgeen moeilijk te bewijzen is, omdat de vrouw daarvoor zou moeten aanvoeren en

25 Dit laat onverlet dat ik van mening blijf dat een verbod op seksuele intimidatie, in tegenstelling tot een verbod op discriminatoire intimidatie, niet thuisvoert in die wetgeving.

26 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Cambridge University Press, 1977.

27 Zie over dit punt meer uitgebreid mijn noot in de JAR. Zie Holtmaat (*supra* noot 3).

28 Daarmee worden het, inclusief de vijfde vraag, in totaal vier verschillende rechtsvragen, in plaats van één vraag: is hier sprake van seksuele intimidatie in de vorm van voor-wat-hoort-wat? Zie daarover mijn annotatie in de JAR. Zie Holtmaat (*supra* noot 3).

29 Zie daarvoor de publicaties genoemd *supra* noot 16.

30 De gedraging is afkeurenswaardig vanwege de seksuele connotatie van het gedrag en de context van afhankelijkheidsrelaties waarin dit plaatsvindt, niet omdat er een discriminatiegrond in het spel is. En voorts mist kent het leggen van een verband tussen sekse en seksuele intimidatie het feit dat dergelijke gedragingen ook voorkomen tussen mensen van gelijk geslacht (bijv. seksuele intimidatie van een homoseksuele man door mannelijke collega's) of op grond van andere gronden dan geslacht, bijvoorbeeld seksuele intimidatie van een goede jongen door zijn medescholieren omdat hij is besneden, waarbij een relatie zou kunnen bestaan met de grond godsdienst.

31 Het is van groot belang om deze twee soorten van gedragingen uit elkaar te houden. Zie voor een vergelijking van de twee definities en de implicaties daarvan R. Holtmaat: 'Sexual Harassment and Harassment on the Ground of Sex in EU Law: a Conceptual Clarification', *European Gender Equality Law Review*, no. 2, 2011, p. 4-13.

32 College voor de Rechten van de Mens 30 juli 2013, nr. 2013-99, par. 3.5. Deze passage gaat over alle vijf onderdelen waarin het College de zaak heeft opgesplitst. Echter, alleen bij vraag 2 en 3 toetst het College expliciet of klaagster aan deze bewijsopdracht heeft voldaan. Zie ook *supra* noot 18.

aannemelijk maken dat het motief voor de gedragingen van de hoofdredacteur en de beslissing van de directie om haar contract niet te verlengen terug te voeren is op haar geslacht.

13. Ten aanzien van vraag 2 concludeert het College dan ook: 'Dat verzoekster een vrouw is en de hoofdredacteur een man en dat, zoals hiervoor onder 3.16 overwogen, sprake was van een vermoeden van gedrag met een seksuele connotatie, brengt naar het oordeel van het College in dit geval echter nog niet mee dat er een vermoeden is dat verzoekster discriminatoir is bejegend op grond van haar geslacht [par. 3.22, curs. RH]'. Inderdaad: het kan niet vastgesteld worden dat de man het motief had om haar *als vrouw* te discrimineren. Hoewel zoals gezegd het geslacht van partijen ook geen rol zou moeten spelen bij de vraag of iets (discriminatoire) seksuele intimidatie is, speelde in werkelijkheid het (verschillende) geslacht van beide betrokkenen hoogstwaarschijnlijk toch wel een zekere rol bij de bejegening die de freelancer heeft ondervonden. Als een man hardnekkig aandringt op een heteroseksuele relatie met een vrouw mag toch worden aangenomen dat haar geslacht een rol speelde bij zijn gedrag? Deze gedachtegang is echter niet in het oordeel te vinden. Ook ten aanzien van de derde vraag oordeelt het College onomwonden dat een causaal verband tussen het besluit van de directie en het geslacht van verzoekster geen sprake is: 'Gelet op hetgeen hiervoor in 3.22 is overwogen, oordeelt het College dat, wat er verder ook zij van een verband tussen het niet willen van een relatie en het niet krijgen van een nieuwe overeenkomst van opdracht, de grond geslacht niet in geding is'.³³ De zinsnede 'wat er verder ook zij van een verband tussen het niet willen van een relatie en het niet krijgen van een nieuwe overeenkomst' is onthullend: dit mogelijke verband had het College op zijn minst serieus moeten onderzoeken bij vraag 1 en/of bij vraag 5. We hebben gezien dat het College dit onderzoek op die twee plaatsen in het Oordeel achterwege heeft gelaten. Op deze plaats (bij vraag 3) schuift het College dit terzijde omdat het zich helemaal concentreert op de causaliteitsvraag (die het negatief beantwoordt). Of de directie zich bij het nemen van het besluit over de toekenning van het nieuwe jaarcontract (mede) heeft laten beïnvloeden door de vertroebelde relatie tussen de mannelijke hoofdredacteur en de vrouwelijke freelance medewerker, is een feitelijke vraag die we hier niet kunnen beantwoorden.³⁴ Opmerkelijk is wel dat het College wel erg gemakkelijk accepteert dat de directie zegt helemaal niets te hebben geweten van de opgelopen spanningen tussen de hoofdredacteur en de freelancer (op het moment dat de offerteaanvraag speelde had de hoofdredacteur het contact geheel verbroken) en dat de beslissing zuiver op economische gronden genomen zou zijn. In een dergelijke kleine organisatie is dat op zijn minst onaannemelijk.³⁵

33 College voor de Rechten van de Mens 30 juli 2013, nr. 2013-99, par. 3.23.

34 Uit de aan mij beschikbaar gestelde pleitnota van de advocaat blijkt dat klaagster ter zitting heeft aangevoerd dat het in feite de hoofdredacteur was die haar om een offerte heeft gevraagd en dat de hoofdredacteur de beslissing heeft genomen aan wie het werk werd gegund, hetgeen volgens de advocaat ter zitting niet is bestreden door de directie. In het oordeel zijn deze feiten niet terug te vinden.

35 Verder blijkt uit informatie van de advocaat van klaagster dat - hoewel daarop is aangedrongen bij de mondelinge behandeling van de zaak - de directie van verweerster geen bewijs heeft geleverd dat de hoofdredacteur inderdaad zou zijn berispt voor zijn gedrag.

14. Het is tenslotte opvallend dat het College, onder de tweede vraag, spreekt van discriminatoire bejegening en niet van discriminatoire intimidatie.³⁶ Het College construeert dit als volgt: 'Het verbod van discriminatoire bejegening valt onder het verbod van onderscheid bij de arbeidsomstandigheden, dat is neergelegd in artikel 7:646, eerste lid, BW'. (par. 3.6.) Deze wijze van construeren was noodzakelijk in de jaren voordat er een afzonderlijke bepaling over discriminatoire intimidatie (onder andere op grond van sekse) in de gelijkebehandelingswetgeving was opgenomen. Waarom heeft het College niet besloten tot het toepassen van deze meer specifieke bepaling?³⁷ Deze keuze voor kwalificatie als bejegening betekent dat het College niet toetst of voldaan is aan de elementen van de wettelijke definitie van discriminatoire intimidatie.³⁸ Daarmee verdwijnt het bedreigende van de situatie (dat onderdeel is van die definitie) wederom uit beeld.

15. *Conclusie.* Mijns inziens gebeurt er in dit oordeel van het College voor de Rechten van de Mens wat Stanley Fish zo treffend heeft beschreven in zijn boek *The Trouble with Principle*: juristen zijn heel goed in het opsplitsen van een bepaalde feitenconstellatie in een groot aantal afzonderlijke juridische vragen, waardoor het grotere geheel onzichtbaar wordt gemaakt.³⁹ Juristen, met andere woorden, bekijken alle bomen apart en zijn daardoor niet meer in staat om het bos te zien (of zijn in staat het bos heel handig aan het zicht te onttrekken). Het College rafelt de klacht van verzoekster uiteen in vijf afzonderlijk te beantwoorden rechtsvragen en ziet niet meer dat het hier in zijn context, samenhang en totaliteit gezien mogelijkzwaar gaat om een klassiek voorbeeld van voor-wat-hoort-wat seksuele intimidatie, dat het als zodanig onder vraag 1 grondig had moeten behandelen. Met als gevolg dat de verzoekster met lege handen naar huis wordt gestuurd.

36 Voor alle duidelijkheid: de wet verbiedt (a) seksuele intimidatie (b) discriminatoire intimidatie - dat wil zeggen intimidatie op grond van een bepaalde verboden discriminatiegrond, zoals geslacht en (c) discriminatoire bejegening. Het College heeft gekozen om onder vraag 1 mogelijkheid (a) te behandelen en onder vraag 2 en 3 mogelijkheid (c).

37 Het College gaat in het oordeel wel indirect in op de relatie tussen seksuele intimidatie en discriminatoire bejegening in par. 3.14, waar het verwijst naar de volgende passage uit het oordeel van 15 april 2013, 2013-46, par. 3.3: 'Seksuele intimidatie kan worden gekwalificeerd als een bijzonder ernstige vorm van discriminatoire bejegening (vergelijk CGB 27 oktober 2011, nr. 2011-156, overweging 3.6, en CGB 22 juni 2011, 2011-96, no. 3.7)'.
38 Intimidatie op grond van sekse (evenals intimidatie op grond van bijvoorbeeld ras, handicap of godsdienst) is in de AWGB (art. 1a(2)) gedefinieerd als 'geding dat met [een discriminatiegrond] verband houdt en dat tot deel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangeleest en dat een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd'.

39 Stanley Fish: *The Trouble with Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.