

gehouden de schade die [appellant] dientengevolge lijdt te vergoeden.

2.21. Ten aanzien van het causaal verband tussen de schade en de tekortkoming heeft [appellant] gesteld – en zulks is ter zitting ook bevestigd door zijn echtgenote – dat hij indien hij had geweten dat deze verzekering niet door Wipro was afgesloten, zelf de verzekering zou hebben gesloten vanwege de verstrekende financiële gevolgen voor hem en zijn gezin. Wipro heeft hiertegenover geen feiten of omstandigheden gesteld die tot een ander oordeel zouden moeten leiden, zodat het hof het causaal verband aanneemt.

2.22. De hoogte van de schade is niet betwist door Wipro,¹ zodat het gevorderde bedrag van € 488.353,= zal worden toegewezen, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dagvaarding in eerste aanleg.

2.23. Wipro zal als in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten in eerste aanleg en hoger beroep worden veroordeeld.

4. Beslissing

Het hof:

Vernietigt het bestreden vonnis;

Veroordeelt Wipro tot betaling aan [appellant] van € 488.353,= vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dagvaarding in eerste aanleg;

Veroordeelt Wipro in de proceskosten in eerste aanleg en in hoger beroep, welke tot op heden aan de zijde van [appellant] in eerste aanleg worden begroot op € 599,89 aan verschotten en op € 3.735,= voor salaris, en in hoger beroep op € 1.880,= aan verschotten en op € 12.880,= aan salaris;

Verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad;

Wijst af het anders of meer gevorderde.

301

Te hard rijdende ambulanceverpleegkundige terecht ontslagen

Gerechtshof Amsterdam

10 oktober 2023, nr. 200.326.222/01,

ECLI:NL:GHAMS:2023:2602

(mr. Van de Poel, mr. Boot, mr. Garben)

Noot mr. M. Faber, mr. C.P.M. Oerlemans

Bewijs. Verkeersovertreding.

[BW art. 7:669 lid 3 sub e, 7:673 lid 7 sub c, 7:671b lid 8 sub c; Rv art. 152]

De werknemer treedt in 2020 bij de werkgever in dienst als verpleegkundige. Hij mag niet in een ambulance rijden en is daarvoor ook niet aangenomen. Na meldingen van collega's waaruit blijkt dat de werknemer toch op de ambulance rijdt, start de werkgever een onderzoek. Uit gegevens op de 'black box' van de ambulance en de persoonlijke tag van de werknemer blijkt dat de werknemer zestien keer in de ambulance heeft gereden en daarbij tot wel 55 kilometer per uur te hard is gegaan. Ook heeft de werknemer de ambulance buiten werktijd gebruikt. In oktober 2022 komen partijen een vaststellingsovereenkomst overeen, waarin onder meer wordt afgesproken dat zij geen negatieve uitspraken over elkaar richting derden zullen doen. Enkele dagen later mailt de werkgever aan het team dat er richting de werknemer 'onvoldoende vertrouwen en voldoende aanleiding is om de arbeidsrelatie te beëindigen'. De werknemer ontbindt hierop de vaststellingsovereenkomst omdat hij vindt dat de werkgever negatief over hem heeft bericht. De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst per 1 april 2023. De werknemer komt in hoger beroep. Het hof oordeelt dat de werkgever een voldoende gerechtvaardigd belang had om de black box en de tag uit te lezen. Er is dan ook geen sprake van onrechtmatig verkregen bewijs. De werknemer heeft ernstig verwijtbaar gehandeld door veelvuldig (veel) te hard te rijden. Het betoog van de werknemer dat iedereen binnen het bedrijf te hard rijdt en dat niemand daarop wordt aangesproken is amper onderbouwd. Ook het meene-

1 Ro 3.6 tussenarrest.

men van de ambulance in privétijd gaat tegen de gedragscode in en is verwijtbaar. De werkgever had de werknemer niet eerst hoeven waarschuwen, nu sprake is van zulke forse overtredingen dat de werkgever niet slechts hoefde te volstaan met een waarschuwing. Met de e-mail aan het team heeft de werkgever niet verwijtbaar of in strijd met het goed werkgeverschap gehandeld. De tekst was voldoende neutraal. Tot slot is de werknemer in december 2021 veroordeeld tot een gevangenisstraf wegens ontucht met patiënten bij een vorige werkgever. Hij mag doorwerken tot de straf onherroepelijk is geworden en stelt dat de werkgever hem eigenlijk om deze reden wil ontslaan. Dat betoog gaat niet op. Volgens de gedragscode had de werknemer melding moeten maken van het proces-verbaal en de zaak tegen hem. Dat hij dit niet heeft gedaan is ook ernstig verwijtbaar.

NB. De vraag of sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval (HR 11 juli 2014, «JAR» 2014/194). In een arbeidsrechtelijke procedure geldt niet als algemene regel dat de rechter onrechtmatig verkregen bewijs moet uitsluiten. In beginsel wegen het algemene maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt en het belang van partijen om hun stellingen aannemelijk te kunnen maken zwaarder dan het belang van uitsluiting van bewijs. Slechts indien sprake is van bijkomende omstandigheden kan bewijsuitsluiting gerechtvaardigd zijn (HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942).

*[Appellant] (thans [A.]) te [woonplaats], appellant,
advocaat: mr. M. de Boorder te 's-Gravenhage, tegen
Ambulance Amsterdam B.V. te Amsterdam, geïntimeerde,
advocaat: mr. L. Klumperink te Amsterdam.*

*1. Het geding in hoger beroep
(...; red.)*

2. Feiten

De kantonrechter heeft in de bestreden beschikking onder 1.1. tot en met 1.16. de feiten vastgesteld die hij tot uitgangspunt heeft genomen. Met grief 1 is aangevoerd dat de kantonrechter de feiten te beperkt heeft vastgesteld en wordt beoogd

daarop een aanvulling te geven. Aangezien de vaststelling van de feiten door de kantonrechter inhoudelijk niet wordt betwist zal het hof van die feiten uitgaan en waar nodig aanvullen met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan. De feiten komen neer op het volgende.

2.1. [appellant], geboren op 20 maart 1989, is op 12 oktober 2020 voor bepaalde tijd in dienst getreden van Ambulance Amsterdam in de functie van Medium Care Verpleegkundige. Met ingang van 21 februari 2022 is het dienstverband voortgezet voor onbepaalde tijd. Het salaris bedraagt € 3.922,00 bruto per maand exclusief toeslagen, bij een gemiddelde werkweek van 36 uur. De cao Ambulancezorg is op de arbeidsovereenkomst van toepassing.

2.2. In zijn functie van Medium Care Verpleegkundige is [appellant] niet aangenomen om als chauffeur in een ambulance te rijden. [appellant] beschikt wel over een C1-rijbewijs waarmee hij bevoegd is om een ambulance te besturen, maar niet over de vereiste opleiding.

2.3. Ambulance Amsterdam hanteert een Gedragscode voor haar medewerkers, met daarin richtlijnen voor veiligheid en gebruik van bedrijfsmiddelen en richtlijnen bij informatie-verstrekking van medewerker aan werkgever.

2.4. Op 20 juli 2021 heeft een collega geklaagd over het onbeheerd achterlaten door [appellant] van een ambulance in de wasstraat met de sleutels er nog in. Dit incident is met [appellant] besproken door zijn leidinggevende [naam 1] (verder: [naam 1]).

2.5. Op 16 augustus 2022 heeft [naam 1] een melding ontvangen over te hard rijden door [appellant] met de ambulance (zonder patiënt), waarbij de maximum snelheid ruimschoots zou zijn overtreden en waarbij ook zonder aanleiding over de vluchtstrook zou zijn gereden.

2.6. Naar aanleiding hiervan heeft Ambulance Amsterdam haar afdeling wagenparkbeheer gevraagd om aan de hand van het gebruik van de zogeheten persoonlijke tag waarmee iedere ambulancemedewerker een voertuig kan starten, een onderzoek in te stellen. Daaruit is gebleken dat [appellant] in de periode mei tot en met juli 2022 zestien keer zijn tag heeft gebruikt om in een ambulance te rijden waarbij hij dertien keer snelheidsovertredingen heeft begaan. De snelheidsovertredingen varieerden van enkele kilometers tot 55 kilometer per uur te hard.

Op 25 mei, 5 juni, 6 juli en 7 juli 2022 heeft [appellant] de ambulance buiten werktijd gebruikt, waarbij hij op 6 juli 2022 naar zijn huisadres in [plaats] is gereden.

2.7. Op 26 augustus 2022 heeft een gesprek plaatsgevonden waarbij aanwezig waren namens Ambulance Amsterdam [naam 1] en [naam 2] (HR adviseur), en [appellant], bijgestaan door een vertrouwenspersoon. [appellant] heeft volgens het door Ambulance Amsterdam opgestelde verslag op de bevindingen van Ambulance Amsterdam gereageerd met: *“Er zijn meerdere collega's die te snel rijden, daar ben ik er één van.”* Namens Ambulance Amsterdam heeft [naam 1] laten weten dat de grens voor Ambulance Amsterdam was bereikt en dat [appellant] met onmiddellijke ingang werd geschorst. Volgens [naam 2] werd deze keuze gemaakt op basis van zijn houding en gedrag welke Ambulance Amsterdam niet passend vindt binnen haar organisatie. Ambulance Amsterdam heeft [appellant] een vaststellingsovereenkomst aangeboden, om in onderling overleg de arbeidsovereenkomst te beëindigen.

2.8. Na juridisch advies te hebben ingewonnen bij zijn huidige gemachtigde heeft [appellant] op 29 augustus 2022 laten weten niet akkoord te gaan met beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

2.9. Bij intern bericht van 29 augustus 2022 heeft [naam 1] het Team Middencomplexe Ambulancezorg het volgende laten weten:

“Via deze weg wil ik jullie informeren over het volgende:

Afgelopen vrijdag heeft er naar aanleiding van een incident een gesprek plaatsgevonden met [appellant]. Dit gesprek heeft ertoe geleid dat het management heeft besloten om [appellant] momenteel niet meer in te zetten op de ambulance tot dit is afgerond. In verband met de privacy kunnen we geen uitspraken doen over de inhoud van dit gesprek of het vervolg ervan.

Ik wil jullie dan ook vragen om zorgvuldig om te gaan met de inhoud van deze mail.”

2.10. Bij brief van 1 september 2022 aan de gemachtigde van [appellant] heeft Ambulance Amsterdam haar bevindingen en conclusies uiteengezet en haar beëindigingsvoorstel herhaald.

2.11. Op 3 oktober 2022 hebben partijen alsnog overeenstemming bereikt over beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. In de vaststellingsovereenkomst is in artikel 8.2 opgenomen: *“Beide partijen doen geen negatieve uitlatingen over elkaar richting derden.”* Door

[appellant] is daarbij met pen bijgeschreven: *“of intern.”* [appellant] heeft de overeenkomst op 7 oktober 2022 getekend en retour gestuurd.

2.12. Bij bericht van 11 oktober 2022 heeft Ambulance Amsterdam het Team Mediumcare het volgende laten weten:

“Op deze wijze informeren jullie over de volgende situatie:

29 augustus jl. is er met jullie informatie gedeeld over het op non-actief stellen van een medewerker ([appellant]) met onmiddellijke ingang. Het incident waarover werd geschreven en het onderzoek wat daarna heeft plaatsgevonden is afgerond.

Naar aanleiding van de uitkomsten van dit onderzoek is gebleken dat er vanuit Ambulance Amsterdam onvoldoende vertrouwen en voldoende aanleiding is om de arbeidsrelatie te beëindigen. Met wederzijdse instemming is dan ook besloten door Ambulance Amsterdam om te komen tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met [appellant] per 1-12-2022. Tot die datum (1-12) zal [appellant] geen werkzaamheden meer verrichten in de organisatie. Vanzelfsprekend is de inhoud van het onderzoek vertrouwelijk. Wij vragen jullie ook met de inhoud van deze mail vertrouwelijk om te gaan.

Overige vragen – anders dan over de inhoud en onderzoek – kunnen in elk geval worden gesteld aan de teammanagers MCA.

Voor dit moment hopen wij jullie voldoende te hebben geïnformeerd, ons realiserend dat de informatie lang op zich heeft laten wachten.”

2.13. Bij e-mail van 11 oktober 2022 heeft de gemachtigde van [appellant] geschreven: *“Van cliënt heb ik vernomen dat een negatief bericht intern is verspreid door het teammanagement MCA. Dat is in strijd met hetgeen afgesteld in de vaststellingsovereenkomst. Cliënt verzoekt u dit bericht te rectificeren en te vervangen door een korte, positieve mededeling conform de afspraken in de VSO.”*

2.14. Ambulance Amsterdam heeft daarop laten weten dat het teammanagement het team heeft geïnformeerd via een neutrale mail en dat daarmee artikel 8.2 van de vaststellingsovereenkomst is nagekomen.

2.15. Bij e-mail van 17 oktober 2022 heeft [appellant] een beroep gedaan op de mogelijkheid om de vaststellingsovereenkomst binnen 14 dagen te ontbinden. [appellant] heeft daarbij te kennen gegeven dat er vanuit Ambulance Amsterdam negatieve en schadelijke correspondentie is gevoerd naar het gehele team en niet is gereageerd op het schrijven van zijn gemachtigde naar aanlei-

ding daarvan, laat staan dat is overgegaan tot rectificatie. Volgens [appellant] kan de berichtgeving leiden tot reputatieschade, is het onmogelijk om negatieve beeldvorming vanuit teamleden naar de buitenwereld te voorkomen en is dit kwaad mogelijk al geschied.

2.16. Bij e-mail van 18 oktober 2022 heeft de gemachtigde van [appellant] de ontbinding van de vaststellingsovereenkomst door [appellant] bevestigd.

2.17. Bij e-mail van 21 oktober 2022 heeft Ambulance Amsterdam het volgende aan [appellant] bericht:

“Naar aanleiding van jouw eerdere bericht met betrekking tot het ontbinden van de VSO hebben we juridisch advies ingewonnen. Wij begrijpen dat de terminologie die in het communicatiebericht richting het team heeft gestaan negatief kan worden uitgelegd en zijn dan ook bereid een interne rectificatie te sturen, op voorwaarde dat de arbeidsovereenkomst alsnog wordt beëindigd door middel van een VSO. Om zeker er van te zijn dat je je in de nieuwe tekst kan vinden, willen we dit dan ook eerst aan jou voorleggen.

We horen graag of je je hierin kan vinden, waarna we de rectificatietekst aan je zullen toesturen.”

2.18 Bij e-mail van 25 januari 2023 heeft [naam 3] van Ambulance Amsterdam [appellant] het volgende bericht:

“De mail van 13 januari heb ik in goede orde ontvangen. [naam 1] en ik hebben [naam 4] van de RAV Haaglanden teruggebeld op zijn verzoek en hem te woord gestaan. Er was eerst enige onduidelijkheid over de achternaam, die wij niet kenden. [naam 4] heeft ons ingelicht over jouw naamswijziging. Hierna heeft hij ons gevraagd of het klopt dat jij momenteel op non-actief bent gesteld. Dit hebben wij bevestigd. Wij hebben aangegeven dat de situatie nog niet is afgehandeld, maar dat het zeker niet te maken heeft met jouw skills als verpleegkundige. [naam 4] gaf aan dat hij hiermee voldoende was geïnformeerd. Hierna is het gesprek beëindigd.”

3. Beoordeling

3.1. Ambulance Amsterdam heeft de kantonrechter, samengevat, verzocht om de arbeidsovereenkomst met [appellant] te ontbinden, met veroordeling van [appellant] in de kosten van het geding.

3.2. [appellant] heeft de kantonrechter verzocht om het verzoek van Ambulance Amsterdam af te wijzen. Voor zover de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden heeft [appellant] verzocht om toeken-

ning van een transitievergoeding van 2/3 van € 4.500,00 en een billijke vergoeding van twee jaarsalarissen van € 58.000,00 per stuk.

3.3. Bij de bestreden beschikking heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst tussen partijen ontbonden met ingang van 1 april 2023 en de proceskosten gecompenseerd. De kantonrechter heeft de overige verzoeken afgewezen.

3.4. Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt [appellant] met zijn grieven op. Ambulance Amsterdam bestrijdt de grieven.

3.5. Met grief 2 komt [appellant] op tegen het oordeel van de kantonrechter dat niet hoeft te worden beoordeeld dat Ambulance Amsterdam onrechtmatig verkregen bewijs gebruikt en opzettelijk de vaststellingsovereenkomst heeft geschonden. Ter toelichting daarop voert [appellant] aan dat de opzettelijke schending van de vaststellingsovereenkomst als gevolg waarvan [appellant] niet meer aan het werk komt en de reactie op die situatie, dient mee te wegen bij de vraag of de arbeidsovereenkomst al dan niet dient te worden ontbonden. [appellant] meent van niet, ook omdat hem als verpleegkundige geen enkel verwijt wordt gemaakt.

3.6. Het hof volgt [appellant] niet in zijn betoog. Voor zover [appellant] bedoelt te betogen dat het onderzoek naar zijn rijgedrag door middel van het verkrijgen van gegevens uit de black box en zijn persoonlijke tag door Ambulance Amsterdam onrechtmatig verkregen bewijs oplevert dat dient mee te wegen bij de vraag of de arbeidsovereenkomst dient te worden ontbonden, overweegt het hof als volgt.

3.7. Voorop gesteld wordt dat de vraag of sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval (HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1632). Het enkele feit dat bewijs onrechtmatig is verkregen, heeft niet zonder meer tot gevolg dat dit bewijs moet worden uitgesloten. Uit artikel 152 Rv volgt immers dat bewijs door alle middelen kan worden geleverd en dat de waardering van het bewijs aan het oordeel van de rechter is overgelaten, tenzij de wet anders bepaalt. In een civiele procedure geldt niet als algemene regel dat de rechter op onrechtmatig verkregen bewijs geen acht mag slaan. In beginsel wegen het algemene maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, alsmede het belang dat partijen erbij hebben hun stelling

gen in rechte aannemelijk te kunnen maken (welke belangen mede aan artikel 152 Rv ten grondslag liggen) zwaarder dan het belang van uitsluiting van bewijs. Slechts indien sprake is van bijkomende omstandigheden, is terzijde legging van dat bewijs gerechtvaardigd (HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942).

3.8. Het hof is van oordeel dat Ambulance Amsterdam met de melding van een van haar werknemers dat [appellant] tijdens een rit op 16 augustus 2022 de maximumsnelheid ruimschoots had overschreden en zonder aanleiding over de vluchstrook had gereden, een voldoende gerechtvaardigd belang had om de black box en persoonlijke tag van [appellant] te onderzoeken op zijn rijdrag. Ambulance Amsterdam heeft gesteld dat zij op grond van de Gedragscode gerechtigd was onderzoek hiernaar te doen op de wijze zoals zij dat heeft gedaan, hetgeen door [appellant] niet is weersproken. Van onrechtmatig verkregen bewijs, laat staan van bewijsuitsluiting, kan dan ook geen sprake zijn.

3.9. Met de grieven 3 tot en met 8 (met uitzondering van grief 7 die ziet op de overweging van de kantonrechter dat herplaatsing niet in de rede ligt) komt [appellant] op tegen het oordeel van de kantonrechter dat er sprake is van een redelijke grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens verwijtbaar handelen van [appellant] als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub e BW, en dat [appellant] bovendien een ernstig verwijt kan worden gemaakt op grond waarvan de kantonrechter de arbeidsovereenkomst heeft ontbonden met ingang van 1 april 2023. Het hof zal die grieven gezamenlijk behandelen.

3.10. Ter toelichting op zijn grieven voert [appellant] – samengevat – aan dat (vrijwel) iedereen te hard rijdt bij Ambulance Amsterdam en dat niemand daarop is aangesproken. [appellant] zal voortaan niet meer rijden. Hij is immers geen chauffeur maar verpleegkundige. Rijden maakt geen deel uit van zijn functie. Hij is ook nooit gewaarschuwd voor te hard rijden, terwijl zijn leidinggevende weleens is meegereden en er niets van heeft gezegd. Daardoor is stilzwijgend ingestemd met deze manier van functioneren. Het had op de weg van Ambulance Amsterdam gelegen hem hiervoor te waarschuwen. Het is juist dat [appellant] een aantal keer de ambulance in privé-tijd heeft gebruikt om bedrijfswerkzaamheden zo goed mogelijk te verrichten. Er was geen schriftelijke toestemming, maar Ambulance Amsterdam

wist ervan af en de direct leidinggevende heeft er in toegestemd. [appellant] is hier nooit eerder op aangesproken. [appellant] kan geen ernstig verwijt worden gemaakt en het door Ambulance Amsterdam gestelde kan niet leiden tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, aldus [appellant].

3.11. Het hof volgt [appellant] niet in zijn betoog. Vast is komen te staan dat [appellant] in het kader van zijn werkzaamheden voor Ambulance Amsterdam veelvuldig (veel) te hard heeft gereden in ambulances, zoals blijkt uit de door Ambulance Amsterdam overgelegde overzichten bij het verzoekschrift in eerste aanleg, zonder dat daarvoor een noodzaak bestond. [appellant] heeft de inhoud van die overzichten niet betwist. Daarmee staat vast dat [appellant] in strijd heeft gehandeld met de Gedragscode van Ambulance Amsterdam en de algemeen geldende verkeersregels. Het betoog van [appellant] dat iedereen binnen Ambulance Amsterdam te hard rijdt en niemand daarop is aangesproken, is amper onderbouwd. Hij heeft slechts verwezen naar het rijgedrag van zijn collega [naam 5] Ambulance Amsterdam heeft verklaard naar dit rijgedrag onderzoek te zullen doen en het betoog van [appellant] voor het overige gemotiveerd weersproken. Ook het verweer van [appellant] dat zijn leidinggevende weleens is meegereden en niets heeft gezegd van zijn rijstijl gaat niet op. Ambulance Amsterdam heeft aangevoerd dat dit om een eenmalige rit ging. [appellant] betoog leidt ook overigens niet tot het oordeel dat hem geen verwijt valt te maken. [appellant] weet dat te hard rijden op grond van de Gedragscode van Ambulance Amsterdam en op grond van de algemeen geldende verkeersregels niet is toegestaan. Tijdens de mondelinge behandeling bij het hof heeft [appellant] op vragen van het hof geantwoord dat het verkeerd was dat hij te hard heeft gereden en dat hij niet boven de wet staat. Hij had het niet moeten doen en wist dat hij fout zat, aldus [appellant]. Ook heeft [appellant] erkend dat hij ambulances in privé-tijd heeft gebruikt wat eveneens in strijd is met de Gedragscode van Ambulance Amsterdam. [appellant] heeft weliswaar aangevoerd dat zijn direct leidinggevende daarmee heeft ingestemd, maar gelet op de gemotiveerde betwisting daarvan door Ambulance Amsterdam, en de omstandigheid dat [appellant] zijn verweer op geen enkele manier heeft onderbouwd, wordt hij daarin niet gevolgd. Bovendien heeft [appellant] in de procedure bij

de kantonrechter erkend dat hij geen toestemming van de teamleiding had om de ambulance mee te nemen buiten werktijd. Toen Ambulance Amsterdam de gegevens had opgevraagd over het gebruik van de ambulance door [appellant], is zij geschrokken van het aantal keer dat [appellant] de ambulance buiten werktijd had meegenomen. Dit verwijtbare gedrag van [appellant], dat door hem wordt onderkend, rechtvaardigt de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter. De stelling van [appellant] dat hij nooit is gewaarschuwd doet hieraan niet af, nu sprake is van zulke forse overtredingen dat Ambulance Amsterdam niet slechts behoefde te volstaan met een waarschuwing. Overigens was [appellant] al eens aangesproken naar aanleiding van het hiervoor onder 2.4 genoemde incident waarbij hij een ambulance onbeheerd had achtergelaten in een wasstraat met de sleutels er nog in. Ook het door [appellant] aangevoerde dat hij niet meer zal rijden, dat rijden geen deel uitmaakt van zijn functie en dat op zijn werkzaamheden als verpleegkundige niets valt aan te merken, leidt niet tot een andere conclusie en maakt niet dat er geen redelijke grond is voor ontbinding wegens verwijtbaar handelen aan de zijde van [appellant]. De arbeidsovereenkomst is dan ook terecht ontbonden. Daarmee is het primair door [appellant] verzochte herstel van de arbeidsovereenkomst niet toewijsbaar.

3.12. Met grief 7 komt [appellant] op tegen het oordeel van de kantonrechter dat herplaatsing niet in de rede ligt. In artikel 7:669 lid 1 BW is bepaald dat herplaatsing in ieder geval niet in de rede ligt indien sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer als bedoeld in lid 3 onder e. Nu sprake is van verwijtbaar handelen aan de zijde van [appellant] in de hier bedoelde zin faalt grief 7.

3.13. Naar het oordeel van het hof is het gedrag van [appellant] bovendien aan te merken als ernstig verwijtbaar. Het meermaals (veel) te hard rijden in de ambulance en het meenemen van de ambulance buiten werktijd, maakt dat dit beschouwd kan worden als ernstig verwijtbaar handelen. Het hof is daarom van oordeel, nu sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van [appellant] in de zin van artikel 7:673 lid 7 onder c BW, dat de transitievergoeding niet verschuldigd is.

3.14. Dit betekent dat de grieven 3 tot en met 8 falen.

3.15. Met grief 9 komt [appellant] op tegen het oordeel van de kantonrechter dat er evenmin aanleiding is om aan hem een billijke vergoeding toe te kennen ten laste van Ambulance Amsterdam. Ter toelichting hierop voert [appellant] aan dat de mededeling van Ambulance Amsterdam (zie hiervoor onder 2.12) niet in voldoende neutrale bewoordingen is opgesteld en in strijd met de gemaakte afspraken direct door Ambulance Amsterdam aan het uitzendbureau van [appellant] is gedaan. Dit is ook in strijd met goed werkgeverschap. Afgesproken is dat geen negatieve mededelingen zouden worden gedaan. In haar e-mail van 21 oktober 2022 heeft Ambulance Amsterdam toegegeven dat zij wel negatieve mededelingen heeft gedaan, aldus [appellant].

3.16. Het hof oordeelt als volgt. In artikel 7:671b lid 8 sub c BW is bepaald dat aan de werknemer een billijke vergoeding kan worden toegekend indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Voor zover [appellant] betoogt dat sprake is van verwijtbaar handelen aan de zijde van Ambulance Amsterdam, omdat zij de vaststellingsovereenkomst heeft geschonden door de hiervoor onder 2.12 weergegeven mededeling, overweegt het hof dat Ambulance Amsterdam in haar e-mail van 21 oktober 2022 (zie hiervoor onder 2.17) weliswaar heeft erkend dat de terminologie in het communicatiebericht richting het team negatief kan worden uitgelegd, maar dit betekent niet dat het bericht in strijd is met de vaststellingsovereenkomst. Evenmin kan naar aanleiding van deze uitgebrachte enkele mededeling geconcludeerd worden dat sprake is van verwijtbaar handelen aan de zijde van Ambulance Amsterdam dan wel strijd met goed werkgeverschap. Het hof is van oordeel dat de mededeling in voldoende neutrale bewoordingen is gedaan, in elk geval niet in zodanige bewoordingen dat sprake is van schending van de vaststellingsovereenkomst dan wel ernstig verwijtbaar handelen van Ambulance Amsterdam. Aan [appellant] komt daarom geen billijke vergoeding toe. Grief 9 faalt eveneens.

3.17. Daar komt bij dat gebleken is dat [appellant] bij vonnis van de meervoudige strafkamer van de rechtbank Noord-Holland van 7 december 2021 is veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van zes maanden, waarvan drie maanden voorwaardelijk, met een proeftijd van drie jaar wegens op 9 april en 15 april 2020 gepleegde on-

tucht, terwijl [appellant] als verpleegkundige werkzaam was in de gezondheidszorg, met twee benadeelden die zich als patiënt aan [appellant] zorg hadden toevertrouwd. Bij dit vonnis is [appellant] tevens ontzet van het recht tot uitoefening van het beroep van verpleegkundige voor de duur van drie jaar. Tegen dit vonnis is hoger beroep ingesteld.

3.18. Ter zitting van het hof heeft [appellant] aangevoerd, hetgeen door Ambulance Amsterdam gemotiveerd is weersproken, dat voornoemde veroordeling al voor de procedure bij de kantonrechter bekend was bij Ambulance Amsterdam en dat Ambulance Amsterdam eigenlijk om die reden ontbinding van de arbeidsovereenkomst heeft verzocht. Van de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd mag [appellant] doorwerken bij Ambulance Amsterdam totdat de uitkomst van de strafzaak in hoger beroep vast staat. Het beroepsverbod geldt (nog) niet. Daarom kan de arbeidsovereenkomst niet op deze grond worden ontbonden en heeft Ambulance Amsterdam bij de kantonrechter op andere gronden ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzocht, aldus [appellant]. [appellant] ontkent strafrechtelijk schuldig te zijn en heeft bij Ambulance Amsterdam een blanco personeelsdossier. Dit dient te leiden tot gegrondverklaring van het beroep.

3.19. Het hof is van oordeel dat dit betoog van [appellant] niet opgaat. In de Gedragscode van Ambulance Amsterdam is onder meer onder *“Richtlijnen bij informatieverstrekking van medewerker aan werkgever”* onder 4.9. bepaald: *“De medewerker tegen wie een proces-verbaal is opgemaakt in verband met een misdrijf of overtreding (waarbij de RAV direct of indirect is betrokken) meldt dit onmiddellijk aan zijn leidinggevende. De medewerker legt een oproep om voor de rechter te verschijnen in verband met een misdrijf of overtreding onmiddellijk voor aan zijn leidinggevende.”* Gelet op voornoemde richtlijn had [appellant] melding moeten maken aan zijn leidinggevende bij Ambulance Amsterdam dat tegen hem proces-verbaal was opgemaakt wegens voornoemd misdrijf. Daarnaast had [appellant] aan zijn leidinggevende moeten melden dat hij was opgeroepen om op 23 november 2021 voor de meervoudige strafkamer van de rechtbank Noord-Holland te verschijnen in verband met de verdenkingen wegens ontucht. Vast staat dat [appellant] hiervan geen melding heeft gedaan. Verder staat vast dat de strafrechtelijke veroordeling heeft plaatsgevon-

den voordat de ontbindingsprocedure bij de kantonrechter aanhangig was gemaakt die heeft geleid tot de bestreden beschikking waarbij de arbeidsovereenkomst tussen partijen met ingang van 1 april 2023 is ontbonden. Dat er nog geen sprake was van een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling maakt niet dat [appellant] niet verplicht was hiervan melding te doen aan Ambulance Amsterdam. Het hof is van oordeel dat het in strijd met de Gedragscode niet melden door [appellant] van de strafrechtelijke procedure aan zijn leidinggevende bij Ambulance Amsterdam eveneens is aan te merken als (ernstig) verwijtbaar handelen.

3.20. De conclusie is dat de bestreden beschikking zal worden bekrachtigd. [appellant] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van het hoger beroep, waaronder de nakosten.

4. Beslissing

Het hof:

bekrachtigt de bestreden beschikking; veroordeelt [appellant] in de proceskosten van het hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Ambulance Amsterdam begroot op € 783,00 aan verschotten en € 2.366,00 voor salaris en op € 163,- voor nasalaris, te vermeerderen met € 85,- voor nasalaris en de kosten van het betekeningsexploit ingeval betekening van deze beschikking plaatsvindt; verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

In deze uitspraak komt onder meer de vraag aan de orde wanneer onrechtmatig verkregen bewijs al dan niet kan worden gebruikt in een civiele (arbeidsrechtelijke) procedure. Het hof zet daartoe in r.o. 3.7 het toepasselijke juridische kader uiteen. Kort gezegd komt dit erop neer dat het enkele feit dat bewijs onrechtmatig is verkregen, niet per se betekent dat dit niet als civielrechtelijk bewijsmiddel kan worden aanvaard. Dit heeft de Hoge Raad reeds in arbeidsrechtelijke context overwogen in het *Wennekes/Lederwaren*-arrest van 27 april 2001 (ECLI:NL:HR:2001:AB1347). Art. 152 Rv bepaalt namelijk dat bewijs kan worden geleverd door alle middelen en dat de waardering van het bewijs aan de rechter is overgela-

ten. De Hoge Raad heeft voorts bepaald dat uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs enkel aan de orde kan zijn indien sprake is van 'bijkomende omstandigheden' (HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, (*Achmea*)). Die bijkomende omstandigheden waren in deze zaak bij de Hoge Raad aan de orde omdat de verzekeraar het desbetreffende bewijs had vergaard op een wijze waarmee zij haar eigen (zelfregulerende) gedragscode had geschonden.

Maar hoe vertaalt zich dit nu precies naar de arbeidsrechtpraktijk: wanneer is in het arbeidsrecht sprake van dusdanige bijkomende omstandigheden dat het onrechtmatig verkregen bewijs daadwerkelijk wordt uitgesloten, en hoe vaak komt dit voor?

Uit een in 2020 door Huys uitgevoerd jurisprudentieonderzoek blijkt dat lagere rechters in het arbeidsrecht zelden onrechtmatig verkregen bewijs buiten beschouwing laten (*Arbeidsrecht* 2020/35). In de onderzochte zaken, die veelal zagen op heimelijk opgenomen camerabeelden, werd vaak overwogen dat de waarheidsvinding zwaarder weegt dan het belang van het uitsluiten van bewijs en dat de werkgever in casu de waarheid op geen andere manier boven tafel kon krijgen (zie bijvoorbeeld ktr Dordrecht 29 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3327 en ktr Maastricht 6 maart 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:2130). Uit het onderzoek van Huys blijkt dat ook gerechts-hoven zelden onrechtmatig verkregen bewijs ter zijde schuiven. Ter illustratie kan worden gewezen op een zaak van het hof Den Haag (ECLI:NL:GHDHA:2020:571), die oordeelde over een zaak waarin de werknemer op staande voet was ontslagen omdat uit observaties van een bedrijfsrecherchebureau, die de werknemer zowel thuis als op de sportschool had geobserveerd, was gebleken dat de werknemer de werkgever had voorgelogen over zijn arbeidsongeschiktheid. Het hof oordeelde dat dit bewijs weliswaar onrechtmatig verkregen was, maar liet het toch toe. Het beroep van de werknemer op bijkomende omstandigheden (o.a. dat het onderzoek erg lang had geduurd en er dat onzorgvuldige gespreks- en verhoormethoden waren gebruikt, namelijk onder valse voorwendselen) werd door het hof verworpen nu deze niet van dien aard waren dat deze uitsluiting van het bewijs zouden rechtvaardigen.

De lat voor het uitsluiten van onrechtmatig bewijs ligt dus bijzonder hoog. Er is voor zover ons bekend slechts één (gepubliceerde) arbeidsrechtelijke casus waarin onrechtmatig verkregen bewijs daadwerkelijk ter zijde werd geschoven wegens bijkomende omstandigheden, namelijk in de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 11 januari 2022 («JAR» 2022/58). In deze zaak had de werkgever (een autobedrijf) de werknemer op staande voet ontslagen, omdat hij, in strijd met de cao, een eigen auto te koop zou hebben aangeboden aan een klant van de werkgever. Dit bleek uit een door de werkgever heimelijk opgenomen telefoongesprek tussen de werknemer en de desbetreffende klant. De kantonrechter kwam tot de conclusie dat de werkgever in strijd met de AVG had gehandeld en daarmee de privacy van de werknemer op onrechtmatige wijze had geschonden. Bijkomende omstandigheden die werden meegewogen waren (i) dat de feiten die ten grondslag lagen aan de verdenking dat de werknemer concurrerende activiteiten aan het opzetten was hoogstens een vermoeden hiervan rechtvaardigden, (ii) dat niet was gebleken dat als de werknemer zou zijn aangesproken hij niet open kaart had gespeeld, en (iii) dat niet was gebleken dat de werknemer daadwerkelijk een begin had gemaakt met zijn concurrerende activiteiten, anders dan een inschrijving bij de KVK. Gelet op deze omstandigheden moest de opname van het telefoongesprek buiten beschouwing worden gelaten.

Uit deze uitspraak lijkt te kunnen worden afgeleid dat bijkomende omstandigheden eerder aan de orde zijn indien de uiteindelijke beschuldigingen aan het adres van de werknemer niet bewezen kunnen worden. Wij vragen ons af of dit de juiste meetlat is. Dit wordt immers pas achteraf vastgesteld, terwijl dit aan de aard van het handelen van de werkgever op het moment van de onrechtmatige bewijsvergaring niets afdoet. Dit komt ons wat arbitrair voor.

Hoe dan ook toont deze uitspraak aan dat het voor werknemers, ondanks de strenge jurisprudentie op dit vlak, toch kan lonen om bijkomende omstandigheden aan te voeren en te onderbouwen. Dit wordt door werknemers in de praktijk vaak nagelaten.

Het feit dat het onrechtmatig verkregen bewijs zelden buiten beschouwing wordt gelaten, betekent overigens niet dat werkgevers deze middelen zonder consequenties kunnen inzetten. Zo overwoog de kantonrechter Limburg (in vergelijkbare zaken, zie ECLI:NL:RBLIM:2020:973, ECLI:NL:RBLIM:2020:9474, ECLI:NL:RBLIM:2020:9475 en ECLI:NL:RBLIM:2020:9476), dat de tekst van een WhatsApp-groep, die de werkgever onrechtmatig had verkregen, wel mocht worden meegewogen in de beoordeling van het ontbindingsverzoek, maar dat de onrechtmatige wijze waarop dit bewijsmiddel werd verkregen wel in het nadeel van de werkgever werd meegewogen. Uiteindelijk kwam de kantonrechter tot een afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Daarnaast plegen rechters het feit dat bewijs onrechtmatig is verkregen ook wel mee te wegen bij het vaststellen van de (immateriële component van de) billijke vergoeding, bijvoorbeeld in de uitspraken van de rechtbank Noord-Holland van 21 december 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:11863 en in uitspraak van de rechtbank Limburg van 5 september 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:6772). Opvallend is overigens dat in deze twee zaken niet was aangevoerd dat het bewijs moest worden uitgesloten. Tevens kan in dit verband worden verwezen naar de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 12 mei 2014 («JAR» 2014/149), waarin werd geoordeeld dat het onrechtmatig verkregen bewijs niet buiten beschouwing moest worden gelaten, maar dat voorkomen moest worden dat het recht op privacy van een werknemer door het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs zou worden uitgehold. De rechtbank kende daarom een schadevergoeding toe wegens onrechtmatig handelen van € 7.500.

De afdrank van deze verkenning is dat er, anders dan een mogelijke financiële consequentie, vrij weinig prikkels voor de werkgever bestaan om zich bij het vergaren van bewijs aan de wettelijke regels te houden. Het is duidelijk dat waarheidsvinding doorgaans voorrang heeft op de privacy van de werknemer.

mr. M. Faber
advocaat bij Wijn & Stael Advocaten

mr. C.P.M. Oerlemans
advocaat bij Wijn & Stael Advocaten

302

Gefingeerde opdrachtovereenkomst: Rabbijn is werknemer

Gerechtshof Amsterdam
10 oktober 2023, nr. 200.315.852/01,
ECLI:NL:GHAMS:2023:2615
(mr. Boot, mr. Arnold, mr. Akkaya)

Kwalificatie van de arbeidsrelatie. Rechtsvermoeden. Schijnconstructie.

[BW art. 7:610, 7:610a]

De Gemeente is een kerkgenootschap en heeft ten doel de orthodox-Joodse godsdienst volgens de Portugees-Israëlitische ritus uit te oefenen. Eind 2018 sluit de Gemeente een overeenkomst van opdracht met een vereniging voor het verrichten van rabbinale werkzaamheden. Een rabbijn, die tevens oprichter en voorzitter van de vereniging is, wordt belast met de uitvoering van de opdracht. De werkzaamheden hebben een omvang van acht uur per week waarvoor de vereniging maandelijks een factuur stuurt ter hoogte van € 3.300. De overeenkomst van opdracht wordt tweemaal verlengd. De rabbijn vordert in deze procedure onder andere een verklaring voor recht dat tussen hem en de Gemeente een arbeidsovereenkomst ex art. 7:610 BW bestaat. Hij beroept zich mede op het rechtsvermoeden van art. 7:610a BW. De kantonrechter overweegt dat de Gemeente nooit loon aan de rabbijn heeft betaald. Er bestaat daarom geen arbeidsovereenkomst tussen partijen. De rabbijn komt tegen het vonnis op in hoger beroep.

Het hof stelt vast dat het beroep van de rabbijn op het rechtsvermoeden slaagt. De Gemeente weet dit rechtsvermoeden vervolgens onvoldoende te weerleggen. Uit de gedingstukken komt het beeld naar voren dat de Gemeente en de Vereniging erop gericht waren zo min mogelijk (loon)belasting en sociale premies te betalen. Uit de feitelijke uitvoering volgt evenwel dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. Ten eerste bestaat er in de gegeven omstandigheden een directe arbeidsrelatie tussen de Gemeente en de rabbijn. Vrijwel al het contact vond namelijk plaats met de rabbijn