

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Ontslag op staande voet. Het kan van een werkgever redelijkerwijze niet worden gevergd om de arbeidsovereenkomst te laten voortduren met een werknemer die zich schuldig heeft gemaakt aan het zich toe-eigenen van gelden van haar. Werkgever wordt voorshands geslaagd geacht in de bewijslast van de dringende reden. Werknemer wordt tot tegenbewijs toegelaten.

Feiten

Werknemer is sinds 1 juli 2016 bij werkgever in dienst getreden in de functie van tandprotheticus. Voorafgaand aan zijn indiensttreding was werknemer via zijn holding enig aandeelhouder en directeur van A. A maakte in opdracht van doorverwijzende tandartsen en eigen patiënten tandprotheses. Medio 2014 is werknemer benaderd door X. X exploiteert onder de overkoepelende naam B 14 tandartspraktijken en mondzorgcentra, waaronder werkgever en C. C heeft op 1 oktober 2014 activa en personeel overgenomen van A en activa van haar holding. Dit had tot gevolg dat werknemer en zijn echtgenote per 1 oktober 2014 in dienst zijn getreden bij C. Op 15 december 2016 is werknemer op staande voet ontslagen. Als dringende reden is door werkgever opgegeven dat werknemer nota's voor door hem als werknemer verrichte werkzaamheden, met de AGB-code van Y als declarant en A als declaratielocatie, bij verzekeraar D heeft ingediend en deze inkomsten ten goede heeft laten komen aan zichzelf in plaats van werkgever. Werknemer komt op tegen het ontslag op staande voet. De kantonrechter heeft de opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden vernietigd, omdat het ontslag niet onverwijld was gegeven. De kantonrechter heeft met betrekking tot de verzoeken van werkgever de arbeidsovereenkomst ontbonden met ingang van 21 april 2016 en voor recht verklaard dat werknemer aansprakelijk is voor door werkgever geleden schade. Beide partijen komen tegen dit vonnis in hoger beroep.

Oordeel

Ontslag op staande voet

Vast staat dat werkgever vanaf juni 2016 geconfronteerd werd met een hoeveelheid garantiefacturen/servicenota's op grond waarvan zij nader onderzoek deed, dat zij vanaf september 2016 wist dat die betrekking hadden op werkzaamheden van werknemer en dat zij hierover op 15 september 2016 contact heeft opgenomen met de verzekeraar. Het betoog van werknemer dat voor werkgever op dat moment al duidelijk was dat hij omzet aan werkgever

onttrok wordt verworpen. Uit een e-mail van werkgever van 16 september 2016 aan de verzekeraar blijkt immers dat nota's van werknemer nog steeds vragen opriepen, zoals de vraag of de behandelingen bij verzekeraar waren gedeclareerd, welke AGB-code de zorgverlener had en op welk rekeningnummer met welke tenaamstelling de gedeclareerde gelden waren overgemaakt. Werkgever heeft de verzekeraar in die e-mail al gevraagd om antwoord te geven, maar vanwege de gevoeligheid van het onderzoek verzocht de verzekeraar tijdens een overleg op 24 oktober 2016 om een schriftelijk verzoek van werkgever via een advocaat; dat verzoek is op 15 november 2016 bij de verzekeraar ingediend. Werkgever heeft vervolgens twee keer geïnformeerd bij de verzekeraar, maar is pas op 15 december 2016 op de hoogte gesteld van alle antwoorden op haar vragen. Werknemer is die dag direct op staande voet ontslagen, niet alleen wegens zijn manier van declareren bij de verzekeraar, maar ook omdat de gelden van de verzekeraar niet aan werkgever, maar aan hemzelf zouden zijn toegekomen. Het onderzoek bij de verzekeraar was voor werkgever noodzakelijk om zich van de juistheid van haar vermoeden met betrekking tot het door werknemer toe-eigenen van gelden van werkgever te vergewissen en zij heeft daarbij met voldoende voortvarendheid gehandeld. Dat betekent dat het ontslag op staande voet onverwijld is gegeven. Het hof dient vervolgens de vraag te behandelen of voor werkgever sprake was van een dringende reden voor ontslag op staande voet. Zoals werkgever terecht heeft betoogd, is in de overeenkomst 'overdracht onderneming' overeengekomen dat het volledige klantenbestand en de volledige orderportefeuille behorende bij A is overgedragen aan C. In deze overeenkomst is geen uitzondering opgenomen voor onderhanden werk. Deze overeenkomst is een onderhandse akte en levert tussen partijen dwingend bewijs op voor de gemaakte afspraken. Werknemer heeft verwezen naar zijn e-mails van 17 en 29 september 2016 aan de accountant van C, maar hieruit blijkt niet van een afspraak dat het onderhanden werk voor rekening van A zou blijven.

Werknemer heeft zich verder op het standpunt gesteld dat hij uit de handelwijze van C en/of haar accountant mocht begrijpen dat hij de uitstaande opdrachten mocht afhandelen. Het hof gaat, gelet op de inhoud van de tot op heden overgelegde stukken, aan dit betoog voorbij. Werknemer had op grond van voornoemde overeenkomst, in samenhang gezien met de e-mails van de accountant van C, juist moeten begrijpen dat werkzaamheden na de overname niet langer voor rekening van A, maar voor rekening van C werden verricht.

Volgens werkgever bleef de facturering na de overname wél via A lopen, omdat A vreesde dat zij minder werk aangeboden zou krijgen van andere tandartspraktijken als die wisten dat A was overgenomen door C. Werknemer zou zijn werkzaamheden via A declareren en vervolgens één op één aan C factureren, aldus werkgever. Werknemer heeft dit niet gemotiveerd weersproken. Vanuit deze achtergrond gezien levert de door werknemer toegelichte wijze van facturering na de overname, via maandelijkse verzamelfacturen van A die door C werden gecorrigeerd met bedragen die A toekwamen, onvoldoende steun voor de door hem gestelde afspraak met betrekking tot het onderhanden werk. Werknemer heeft in dit verband verwezen naar één verzamelfactuur van oktober 2014, waarmee werkgever naar haar zeggen niet bekend was, twee e-mails van C van 16 en januari 2015 (met betrekking tot een factuur van december 2014) en een ongedateerd 'Overzicht te betalen/ontvangen A', maar

werkgever heeft er terecht op gewezen dat dit niet verklaart waarom volgens de verzekeraar gedurende de jaren 2014, 2015 en 2016 in totaal € 30.685,10 is gedeclareerd. Overige stukken, die dit wel kunnen verklaren, ontbreken.

Nu de bewijslast van de dringende reden op werkgever rust en zij daarin op grond van een rechterlijk vermoeden voorshands geslaagd wordt geacht behoudens tegenbewijs, dient werknemer tot tegenbewijs te worden toegelaten. Het gaat dan om tegenbewijs tegen de voorshands bewezen geachte stelling van werkgever dat werknemer de door A bij de verzekeraar ingediende declaraties, die niet zijn doorbetaald aan C, niet als onderhanden werk per 1 oktober 2014 mocht verrichten, althans voor rekening van A mocht verrichten, zonder dat die bedragen aan C ten goede zouden komen. Het hof zal hem daartoe dan ook in de gelegenheid stellen. Slaagt werknemer in het tegenbewijs, dan rust op werkgever de bewijslast van de dringende reden. Slaagt werknemer niet in het tegenbewijs, dan moet de vraag worden beantwoord of de grond voor ontslag ook ontslag op staande voet rechtvaardigt. Naar het oordeel van het hof kan de door werkgever gegeven dringende reden, als deze na bewijslevering komt vast te staan, het ontslag op staande voet dragen.

Het kan van werkgever redelijkerwijze niet worden gevergd om de arbeidsovereenkomst te laten voortduren met een werknemer die zich schuldig heeft gemaakt aan het zich toe-eigenen van gelden van haar, of van een vennootschap van de groep waartoe zij behoort. Dat werknemer wegens organisatorische redenen op 1 juli 2016 in dienst is getreden bij werkgever en voor die tijd werkzaam was bij C is derhalve niet relevant. Werkgever had op de declaratiewijze van werknemer moeten kunnen vertrouwen, met name nu hij ook na de activaovername nog gebruik maakte van een ander declaratieprogramma dan werkgever zelf. Al zou werknemer zelf geen enkel bedrag hebben ontvangen, dan nog is het aan de handelwijze van werknemer zelf te wijten dat de betreffende bedragen ten onrechte niet aan C zijn toegekomen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 21-12-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:5845

Zaaknummer: 200.219.935_01 en 200.219.937_01

Rechters: M.E. Smorenburg, P.P.M. Rousseau en A.J. van de Rakt

Advocaten: Th.J.H.M. Linssen en J.J.T. Ebisch

Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:678 BW en 7:681 BW