

beschikking

RECHTBANK OVERIJSSSEL

Team kanton en handelsrecht
Zittingsplaats Zwolle

Zaaknummer : 7277441 \ HA VERZ 18-109

Beschikking van de kantonrechter van 5 december 2018

in de zaak van

de besloten vennootschap
gevestigd te
verzoekende partij,
gemachtigde: mr. L. Milders,

tegen

wonende te
verwerende partij,
gemachtigde: mr. M.A.M. Aerts.

1. De procedure

1.1. heeft een verzoek ingediend om de arbeidsovereenkomst tussen partijen te ontbinden. Dat verzoekschrift is op 15 oktober 2018 ontvangen. heeft een verweerschrift ingediend.

1.2. De mondelinge behandeling heeft op 16 november 2018 plaatsgevonden. De griffier heeft aantekeningen gemaakt van wat partijen ter toelichting van hun standpunten naar voren hebben gebracht. Voorafgaand aan de zitting heeft met haar brieven van 9 en 13 november 2018 nog nadere producties toegezonden.

2. De feiten

2.1. ontwikkelt, produceert en verkoopt kunststof transportverpakkingen, waaronder pallets en kratten. is wereldwijd actief.

2.2. is geboren op 22 september 1959. Hij is op 12 april 1999 in dienst getreden van de rechtsvoorganger van . Binnen heeft diverse, vooral commerciële functies vervuld.

2.3. Vanaf 2014 tot juli 2017 is op basis van detachering werkzaam geweest als Director Loading bij B.V. (onderdeel van hierna te noemen:). is eind 2017 gestopt met haar activiteiten in verband met acuut teruglopende omzet. is per juli 2017 weer werkzaam voor in Hardenberg. In een brief van juli 2017 heeft de terugkeer aan als volgt bevestigd:

'Op 1 oktober 2012 ben je op verzoek van de toenmalige CEO van , de heer , gedetacheerd bij , om als commercieel ervaren professional zorg te dragen voor meer klanten/business, naast de enige klant () die op dat moment had.

Onlangs heeft : het contract met opgezegd en omdat er onvoldoende nieuwe business is gegeneerd naast de bestaande klant heeft de directie moeten besluiten de activiteiten van te beëindigen. Alle medewerkers hebben een Sociaal Plan aangeboden gekregen. Ook jij kon gebruik maken van deze regeling. Je hebt aangegeven er de voorkeur aan te geven om terug te keren naar (voormalig), wetende dat er grote vraagtekens zijn bij je functioneren als sales professional. Immers, heeft hierdoor de uiterste consequentie moeten ervaren'.

2.4. Over de precieze inhoud van functie hebben managing director Benelux bij , en in november 2017 nadere afspraken gemaakt. Zij zijn overeengekomen dat in de rol van accountmanager voor aan de slag zal gaan. Daarnaast heeft te kennen gegeven dat het functioneren van onder de maat is, met name wat betreft de verkoopresultaten. In een brief van 17 november 2017, waarin de afspraken over de werkzaamheden aan bevestigt, zet hij uiteen aan welke aan verkoopdoelstellingen dient te voldoen (grofweg € 200.000,00 per maand omzet), dat wekelijks en maandelijks dient te rapporteren en dat voor het verbeteren van zijn verkoopresultaten in kan gaan op het aanbod van voor training/opleiding. sluit deze brief af met: 'De punten inzake het verbetertraject heb ik aangescherpt zodat onze verwachtingen en het doel van het verbetertraject, te weten het bieden van een laatste kans om jouw functioneren te verbeteren, voor jou duidelijk zijn'. heeft de brief ondertekend voor akkoord, met de aantekening dat dit 'onder protest van gehoudenheid' is.

2.5. Op 27 december 2017 heeft zijn rug geblesseerd bij het tillen van pallets. Hij is daarop gedeeltelijk uitgevallen voor zijn werk als accountmanager. is per 26 april 2018 weer volledig hersteld.

2.6. en hebben op 31 mei 2018 een gesprek gevoerd. Uit het gespreksverslag van 4 juni 2018 komt naar voren dat nog geen € 200.000,00 omzet heeft gerealiseerd, terwijl volgens de oorspronkelijke verkoopdoelstelling een miljoen omzet had moeten zijn gerealiseerd. Verder heeft afgezien van het aanbod een verkooptraining bij te volgen. sluit het gespreksverslag als volgt af:

'Vanwege jouw tijdelijke, gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid begin van dit jaar, ben ik bereid om de duur van het verbetertraject voor enkele maanden te verlengen, te weten tot 1 september 2018.

De afspraken zoals toen overeengekomen blijven verder hetzelfde. Indien per 1 september a.s. jouw omzet derhalve niet is conform de vastgestelde targets, zal (kantonrechter) de rechtbank verzoeken jouw arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens disfunctioneren.

Nogmaals, zoals ook besproken vandaag en blijkt uit de administratie: jouw (omzet)cijfers zijn onvoldoende en blijven ook fors achter ten opzichte van jouw collega's. Van belang is dus dat je spoedig meer sales gaat genereren.

Een goede salestraining is naar onze mening hard nodig, om jou een kans te bieden betere sales te genereren, in het kader van het verbetertraject. Omdat je bij herhaling expliciet hebt aangegeven de training niet te willen volgen, lijkt mij het jou verplicht laten

deelnemen aan deze training weinig zinvol/effectief. Graag wil ik jou daarom vragen om mij uiterlijk volgende week maandag 4 juni te laten weten, welke (sales)training of cursus op korte termijn je wel zou willen volgen? Of wellicht dat een coach jou kan ondersteunen bij je dagelijkse werk tijdens een periode? Met als doel jouw omzet op niveau te krijgen. Ik hoor graag jouw ideeën hierover, dank alvast'.

2.7. heeft op het gespreksverslag gereageerd per e-mailbericht van 11 juni 2018. geeft daarin te kennen dat naar zijn mening geen sprake is van een verbetertraject en dat een omzet van circa € 460.000,00 ten onrechte niet op zijn naam is geboekt. Het aanbod van een verkooptraining legt naast zich neer, hij wil zich concentreren op zijn klanten. heeft per e-mailbericht van 14 juni 2018 de discussie over de omzetcijfers weerlegd aan de hand van een overzicht van de controller. Daarnaast dringt hij opnieuw aan op een salestraining. Ook tijdens een voortgangsgesprek op 23 juli 2018 heeft zijn ontevredenheid over de achterblijvende omzetcijfers uitgesproken en opnieuw coaching en/of training aangeboden.

3. Het verzoek

3.1. verzoekt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst met ten grondslag dat sprake is van – kort gezegd – disfunctioneren, subsidiair een verstoorde arbeidsverhouding, zodat van redelijkerwijs niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

3.2. verweert zich tegen het verzoek en stelt primair dat de verzochte ontbinding moet worden afgewezen. Voor zover de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, verzoekt (subsidiair) om toekenning van een billijke vergoeding van € 113.000,00 bruto, alsmede om veroordeling van tot betaling van de transitievergoeding ter hoogte van € 112.195,00 bruto.

4. De beoordeling

4.1. heeft haar verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst als volgt onderbouwd. functioneert al enkele jaren onvoldoende. Zo ook bij Daarom heeft aan een vertrekregeling geboden toen haar activiteiten moest beëindigen, maar heeft van dat aanbod geen gebruik gemaakt. is teruggekeerd bij Daarop heeft besloten een verbetertraject te starten. Dat traject heeft er niet toe geleid dat inmiddels op het gewenste niveau functioneert. haalt de omzetdoelstelling bij lange na niet en weigert training of coaching. Van kan daarom niet worden verwacht dat zij de arbeidsovereenkomst met nog voortzet, terwijl herplaatsing binnen een redelijke termijn niet mogelijk is, althans niet in de rede ligt, aldus

4.2. Het verzoek van op deze grondslag moet worden beoordeeld aan de hand van de maatstaf die gegeven is in de uitspraak van de Hoge Raad van 16 februari 2018 (ECLI:NL:HR:2018:182): de werkgever zal de aan zijn ontbindingsverzoek ten grondslag liggende feiten en omstandigheden moeten stellen, en bij voldoende gemotiveerde betwisting door de werknemer, moeten bewijzen. Daarbij is niet steeds vereist dat de te bewijzen feiten en omstandigheden onomstotelijk komen vast te staan, maar kan worden volstaan dat deze voldoende aannemelijk worden. Vervolgens zal de rechter moeten onderzoeken of, uitgaande

van de feiten en omstandigheden die zijn komen vast te staan, in redelijkheid kan worden geoordeeld dat sprake is van disfunctioneren van de werknemer. Voor de vraag of er sprake is van disfunctioneren komt aan de werkgever een zekere mate van beoordelingsruimte toe.

4.3. [] is kennelijk al langere tijd ontevreden over het functioneren van []. Daarover was [] op de hoogte gebracht tijdens een gesprek op 29 juli 2015 met [], directeur van []. In dat gesprek is aan de orde geweest dat onvoldoende commerciële successen boekt en dat de samenwerking suboptimaal is. [] heeft niet gesteld dat daarna pogingen in het werk zijn gesteld om het functioneren van [] naar een hoger plan te brengen. Dat kan ook niet blijken uit de gedingstukken. Feit is dat [] daarna nog gedurende twee jaren zijn werkzaamheden bij [] heeft voortgezet, zonder dat uit bijvoorbeeld een beoordelingsgesprek kan blijken of zijn functioneren al dan niet verbeterde. Het gestelde disfunctioneren bij [] is al met al naar het oordeel van de kantonrechter onvoldoende feitelijk onderbouwd en kan dan ook niet bijdragen aan []'s stelling dat [] ongeschikt is tot het verrichten van de bedongen arbeid als accountmanager bij [] in Hardenberg.

4.4. De voorgeschiedenis bij [] kan wel begrijpelijk maken dat het functioneren van [] en dan met name de verkoopresultaten, na zijn terugkeer bij [] onder een vergrootglas is komen te liggen. [] had bij [] een commerciële rol en diende zorg te dragen voor het werven van nieuwe klanten, maar is daar onvoldoende in geslaagd. [] behield zijn commerciële functie na zijn terugkeer bij []. Ook in die rol had [] de opdracht om de producten van [] aan de man te brengen. De ervaring van [] met de verkoopresultaten van [] in het verleden is niet onverdeeld positief. [] mocht daarom in redelijkheid vraagtekens stellen bij de geschiktheid van [] als verkoper bij [], zich daarbij beroepend op het verleden bij []. Daarmee verwerpt de kantonrechter het verweer van [] voor zover dat erop neer komt dat hij in november 2017 ten onrechte een verbetertraject kreeg aangeboden.

4.5. [] heeft verder aan zijn verweer ten grondslag gelegd dat het verbetertraject die naam eigenlijk niet mag dragen, omdat het niet voldoet aan de kenmerken van een SMART-geformuleerd PIP. Volgens [] is slechts sprake van een opgelegde verkoopdoelstelling waaraan hij bij voorbaat al niet kon voldoen. Dat verweer moet om de volgende redenen worden verworpen.

4.5.1. [] heeft als voornaamste taak omzet te genereren voor [] door klanten te benaderen en hen te verleiden de producten van [] af te nemen. Daarin schiet [] volgens [] tekort, omdat de gerealiseerde omzet te ver achterblijft. Dat heeft [] onder meer bevestigd in de brief van 17 november 2017 (zie 2.4). Daarmee heeft [] voldaan aan het vereiste dat zij haar werknemer tijdig informeert over het zo ervaren disfunctioneren. Van de werkgever wordt vervolgens verwacht dat zij de werknemer in staat stelt het functioneren te verbeteren. Naarmate een werknemer een langer dienstverband heeft, mogen zwaardere eisen worden gesteld aan de pogingen van een werkgever om verbetering teweeg te brengen en ontslag te voorkomen. De werknemer moet voorts een eerlijke kans krijgen om zich te verbeteren. Het ligt hierbij voor de hand dat een verkoper die onvoldoende omzet realiseert nadere begeleiding bij de verkoop krijgt, waarvoor specifieke doelstellingen en een tijdsplan worden geformuleerd, en bijvoorbeeld een verkooptraining krijgt aangeboden. Daaraan voldoet het verbetertraject. Het mag zo zijn dat het verbetertraject verder niet veel om het lijf heeft, maar dat is mede de

schuld van die immers geen aanleiding zag voor een verbetertraject en daarmee ook geen aanknopingspunten bood voor een gesprek over het naar een hoger plan tillen van zijn functioneren. Feit is wel dat partijen wekelijks en maandelijks gesprekken zouden voeren over de voortgang en blijkens een aantal overgelegde 'weekly's' is dat ook gebeurd. Bovendien moet voldoende doordrongen zijn geweest dat het menens is, aangezien herhaaldelijk heeft aangegeven dat zij zou streven naar een einde van de arbeidsovereenkomst als het functioneren van niet zou verbeteren en zij dit schriftelijk aan heeft bevestigd (vgl. HR 16 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2105).

4.5.2. heeft de omzetdoelstelling voor vastgesteld op € 2.400.000,00 per jaar, ofwel € 200.000,00 per maand. Daarbij heeft rekening gehouden met enerzijds de jarenlange ervaring van als verkoper, maar anderzijds met het gegeven dat zijn verkoopresultaten sterk moet verbeteren. heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat de doelstelling als realistisch moet worden ingeschat, omdat zij deze heeft afgezet tegen doelstellingen van de senior accountmanagers die jaarlijks € 5.500.000,00 omzet genereren en beginnende accountmanagers die € 1.500.000,00 omzet realiseren. Dat is door niet adequaat weerlegd. Ook kan uit de schriftelijke verslaglegging van het verbetertraject niet blijken dat op enig moment zijn bezwaren ten aanzien van de omzetdoelstelling heeft geuit, laat staan dat hij in gesprekken met nader heeft toegelicht waarom de doelstelling niet realistisch is. Verder zou het verbetertraject aanvankelijk een periode van vier maanden (met twee maanden voorbereidingstijd) beslaan. Gelet op de overkomen arbeidsongeschiktheid, heeft de duur van project nog eens verlengd met vier maanden. Niet gezegd kan worden dat daarmee geen reële kans heeft geboden om te werken aan zijn omzetdoelstelling en daarmee zijn functioneren te verbeteren.

4.5.3. Tijdens de mondelinge behandeling heeft betoogd dat zijn verkoop in een opgaande lijn zit. Zijn inspanningen, die gericht zijn op het bewerken van klanten, beginnen volgens hem steeds meer vruchten af te werpen. heeft dat ter zitting weersproken en erop gewezen dat per 16 november 2018 een omzet heeft gerealiseerd van € 450.000,00. Dat is inclusief een order van waarmee in het vaarwater van Duitsland heeft gezeten. Daarvan uitgaande zijn er geen harde cijfers die de opgaande lijn van kunnen bevestigen. Maar heeft ook niet op een andere manier aannemelijk gemaakt dat hij de periode van opstarten voorbij is en een significante omzetstijging slechts een kwestie van tijd is. Hij heeft niet inzichtelijk gemaakt welke klanten hij heeft verleid om binnen afzienbare tijd producten van af te gaan nemen en welke orderbedragen daarmee gemoeid zullen gaan. Al met al heeft naar het oordeel van de kantonrechter ruimschoots de tijd geboden om een omzetverbetering te bewerkstelligen.

4.5.4. heeft in algemene zin verweten dat hij de oorzaken voor zijn onvoldoende functioneren buiten zichzelf zoekt. Daarvan heeft tijdens de mondelinge behandeling ook blijk gegeven. (Pas) bij die gelegenheid heeft aan de orde gesteld dat hij de producten van moeilijk kan verkopen omdat het gaat om generieke producten terwijl de prijzen die hanteert te hoog zijn. Bovendien zouden andere accountmanagers een bestaande klantenportefeuille bewerken, terwijl nieuwe klanten moest binnenhalen. Volgens hebben andere accountmanagers minder tot geen last van de prijsstelling van 's producten, zij hebben de omzet juist met 28% laten groeien. En verder heeft weersproken dat

andere accountmanagers, waaronder net beginnende, bestaande klanten toegewezen krijgen. Zelfs de junior accountmanagers halen de omzetdoelstelling met het binnenhalen van nieuwe klanten. Uit de gespreksverslagen kan niet blijken dat op enig moment zijn onmogelijkheid aan de verkoopdoelstelling te voldoen heeft gerelateerd aan de moeilijkheidsgraad (koude acquisitie) daarvan. De kantonrechter verwerpt daarom het verweer van op dit punt.

4.5.5. Tot slot merkt de kantonrechter op dat zichzelf geen dienst heeft bewezen door niet in te gaan op het aanbod van om een verkooptraining te volgen. Het staat vast dat de gerealiseerde omzet geen enkele maand in de buurt komt bij de doelstelling. Verder moet zich ervan bewust zijn geweest dat zijn positie bij wankel was. Door geen training te volgen heeft onvoldoende laten blijken dat hij wil meewerken aan het verbeteren van zijn functioneren.

4.6. De kantonrechter concludeert uit het voorgaande dat voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat , ondanks dat aan hem een verbetertraject van circa acht maanden is geboden, niet in staat is om te voldoen aan hetgeen van hem in zijn functie als accountmanager wordt verwacht. Daarom kan in redelijkheid worden geoordeeld dat als accountmanager wordt verwacht. Volgens zijn er geen sprake is van disfunctioneren van binnen binnen een mogelijkheden voor herplaatsing van binnen een redelijke termijn, althans dat ligt volgens haar niet in de rede mede gelet op de houding van die hij heeft laten zien in het verbetertraject. De kantonrechter volgt daarin. Hij heeft daarbij laten meewegen dat wat betreft heeft afgedaan als verkoper. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft laten die conclusie niet lichtvaardig genomen. Gedurende het verbetertraject heeft laten zien dat het hem aan voldoende reflectie ontbreekt om te kunnen slagen in een commerciële rol bij . De tijdens de mondelinge behandeling geopperde Sales Manager in Duitsland kan daarom niet als een passende functie worden aangemerkt. Daarvan uitgaande zou hooguit in een andere rol binnen kunnen worden herplaatst, maar gesteld noch gebleken is dat binnen een redelijke termijn vacatures voorhanden zijn.

4.7. De conclusie is dat de kantonrechter het verzoek van zal toewijzen en dat de arbeidsovereenkomst zal worden ontbonden met ingang van 1 maart 2019. Dat is de datum waarop de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging zou zijn geëindigd, verminderd met de duur van deze procedure.

4.8. De kantonrechter ziet geen aanleiding om aan een billijke vergoeding toe te kennen. Voor toekenning van een billijke vergoeding is alleen plaats indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werkgever. Een dergelijke situatie doet zich hier niet voor. Volgens heeft doelbewust aangestuurd op een verstoring van de arbeidsverhoudingen. Dat is naar het oordeel van de kantonrechter onvoldoende feitelijk onderbouwd, nog daargelaten dat de kantonrechter het verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst toewijst op de grond dat sprake is van disfunctioneren.

4.9. Nu aan de ontbinding geen vergoeding wordt verbonden, hoeft werkgever geen gelegenheid te krijgen het verzoek in te trekken.

4.10. heeft een verzoek gedaan om te veroordelen een transitievergoeding te betalen ter hoogte van € 112.195,00 bruto. heeft niet

betwist dat zij aan een transitievergoeding moet betalen, maar stelt de hoogte wel ter discussie. Volgens haar bedraagt de transitievergoeding € 108.370,24 bruto.

4.11. Vaststaat dat het loon van over twaalf maanden een hoger bedrag vertegenwoordigt dan de maximale transitievergoeding van € 79.000,00. Volgens artikel 7:673 BW moet daarom worden uitgegaan van het loon van over twaalf maanden. Partijen hebben zelf geen inzicht gegeven in de wijze waarop zij het jaarloon hebben vastgesteld. Onder de gedingstukken bevindt zich één salarisspecificatie. Daaruit blijkt dat een brutoloon genoot van € 7.539,14, exclusief 8% vakantietoeslag, per maand. Verder maakte aanspraak op een vaste bonus ter hoogte van het brutosalaris over twee maanden. Uit de salarisspecificatie blijkt dat het salaris € 7.139,86 per maand bedraagt. Daarvan uitgaande is het bruto jaarsalaris € 97.707,25, vermeerderd met twee bonussen ter hoogte van opgeteld € 14.279,72, in totaal € 111.986,97. De kantonrechter zal daarom veroordelen tot betaling van dat bedrag aan transitievergoeding. De gevorderde wettelijke rente over de transitievergoeding kan eveneens worden toegewezen, te rekenen vanaf een maand na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd, dus vanaf 1 april 2019.

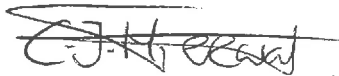
4.12. Gelet op de uitkomst van de zaak, is de kantonrechter van oordeel dat het redelijk is dat partijen ieder hun eigen proceskosten dragen.

5. De beslissing

De kantonrechter:

- 5.1. ontbindt de arbeidsovereenkomst tussen partijen met ingang van 1 maart 2019;
- 5.2. veroordeelt om aan een transitievergoeding te betalen van € 111.986,97, te vermeerderen met de wettelijke rente over dat bedrag vanaf 1 april 2019 tot aan de dag van de gehele betaling;
- 5.3. bepaalt dat iedere partij de eigen proceskosten draagt;
- 5.4. verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

Deze beschikking is gegeven door mr. J.A.O.M. van Aerde, kantonrechter, en in het openbaar uitgesproken op 5 december 2018 in tegenwoordigheid van mr. C.J.H. Terwal als griffier. (CT)



Voor kopie conform
De griffier van de
Rechtbank (Afdeling)
Team kanton en handelsrecht, Zwolle

