

beschikking

In naam van de Koning

RECHTBANK ROTTERDAM

zaaknummer: 7321332 VZ VERZ 18-23407

uitspraak: 9 januari 2019

beschikking van de kantonrechter, zitting houdende te Rotterdam,

██████████
wonende te Rotterdam,

verzoeker,

gemachtigde: mr. L.R.M. Vermeulen van D.A.S.,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

██████████ B.V.,

gevestigd te Rotterdam,

verweerster,

gemachtigde: mr. D. Spek.

Partijen worden aangeduid als ██████████ en ██████████.

1. Het procesverloop

1.1 Het procesverloop blijkt uit de volgende processtukken:

- het verzoekschrift, met producties, van ██████████ per fax ter griffie ontvangen op 31 oktober 2018;
- het gewijzigd verzoekschrift ingekomen bij fax van 5 november 2018;
- de akte houdende aanvullend verzoekschrift ingekomen op 30 november 2018;
- het verweerschrift van ██████████ met producties;
- de bij brief van 11 december 2018 gestuurde aanvullende productie zijdens ██████████.

1.2 De mondelinge behandeling heeft plaatsgehad ter zitting van 12 december 2018. Toen zijn verschenen ██████████, bijgestaan door mevrouw mr. L.R.M. Vermeulen als zijn gemachtigde, en namens ██████████, ██████████, directeur Telecom en ██████████, salesmanager, bijgestaan door de gemachtigde mr. D. Spek.

1.3 Beide gemachtigden hebben het eigen standpunt mondeling toegelicht. De gemachtigde van ██████████ aan de hand van een door haar overgelegde pleitnota. Van hetgeen ter zitting is verhandeld, heeft de griffier aantekening gehouden.

1.4 De datum voor deze uitspraak is door de kantonrechter bepaald op heden.

2. De feiten

2.1. ██████████ geboren op 10 december 1990, is op 20 oktober 2002 in dienst getreden bij de ██████████. De laatste functie die ██████████ vervulde blijktens het visitekaartje dat hij namens ██████████ bij klanten kon hanteren, is die van Key Accountmanager, met een salaris van €

2800,- bruto per maand exclusief emolumenten.

2.2. In de periode 27 januari 2017 tot 21 april 2017 is [REDACTED] arbeidsongeschikt geweest. Er was sprake van een energetische disbalans.

2.3. Op 15 januari 2018 is [REDACTED] wederom uitgevallen wegens arbeidsongeschiktheid, in eerste instantie als gevolg van een sportblessure. De vroegere klachten kwamen ook weer terug en uiteindelijk is [REDACTED] sinds medio juli 2018 weer volledig arbeidsgeschikt.

2.4. Eind juli 2018 wordt [REDACTED] een allonge op zijn arbeidsovereenkomst ter tekening voorgelegd.

In die allonge staat, onder meer,

“

.....

in aanmerking nemende dat:

werknemer op 16 juli 2013 bij [REDACTED] in dienst is getreden in de functie van commercieel medewerker buitendienst voor onbepaalde tijd op basis van een 40-uren contract;

werkgever en werknemer per 1 augustus 2018 zijn overeengekomen dat werknemer zijn werkzaamheden voor werkgever zal verrichten vanuit [REDACTED] B.V. in de functie van accountmanager/relatiebeheerder voor 40 uur per week;

werkgever en werknemer daartoe afspraken wensen vast te leggen;

....

2.5. [REDACTED] heeft die allonge niet voor akkoord ondertekend.

2.6. Bij brief van 21 september 2018 wordt aan [REDACTED] vanuit personeelszaken [REDACTED] namens [REDACTED] B.V. bericht:

“

...

Zoals met jou besproken wordt je dienstverband per 1 september 2018 overgezet van [REDACTED] B.V. naar [REDACTED] B.V.

Deze overgang heeft verder geen gevolgen voor jou.

....

“

2.7. Namens [REDACTED] is door zijn gemachtigde per brief van 26 september 2018 bezwaar gemaakt tegen de “vermeende” overgang en gevorderd de doorgevoerde wijziging met terugwerkende kracht ongedaan te maken.

2.8. In een gespreksnotitie van 21 november 2018 staat:

“

Beste [REDACTED]

Vandaag hebben we besproken dat ook op de huidige functie van warm accountmanager het niet goed gaat qua scores. De score per bezoek is te laag en kost [REDACTED] bestaande klanten....

De afgelopen 2 jaar zijn we continu opzoek naar een functie die bij je past je hebt al 3

verschillende functies gehad. Accountmanager koud, Accountmanager Warm en Binnendienst sales. Alle niet naar tevredenheid van jou of ██████████

Vandaar dat we besloten hebben terug te gaan naar de basis van koude accountmanager.

*.....
██████████ gaat er vanuit dat je met volle inzet aan je nieuwe functie gaat beginnen....
...
..*

2.9. Na het gesprek van 21 november 2018 heeft ██████████ zich ziek gemeld.

3. Het verzoek

3.1. ██████████ verzoekt de kantonrechter

primair:

de beëindiging van de arbeidsovereenkomst te vernietigen en ██████████ te veroordelen om ██████████ binnen 24 uur na betekening van de te wijzen beschikking toe te laten tot de overeengekomen werkzaamheden van warm accountmanager binnen ██████████ tot het moment dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen rechtsgeldig is beëindigd, onder verbeurte van een dwangsom van € 250,- per dag dat ██████████ in gebreke blijft en ██████████ te veroordelen tot betaling van salaris van ██████████ vanaf 1 september 2018 tot het moment dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen rechtsgeldig is geëindigd/ te veroordelen tot doorbetaling van loon;

subsidiair:

voor het geval de arbeidsovereenkomst wel is geëindigd, ██████████ te veroordelen tot betaling van de transitievergoeding en betaling van de vergoeding wegens onregelmatige opzegging;

primair en subsidiair:

██████████ te veroordelen in de kosten van de procedure.

3.2. Aan de verzoeken heeft ██████████ – kort weergegeven – het navolgende ten grondslag gelegd.

██████████ heeft klaarblijkelijk ██████████ overgeplaatst naar ██████████ in verband met het feit dat ██████████ wel verzekerd is voor loonkosten tijdens ziekte van werknemers, maar ██████████ niet.

Die overplaatsing heeft tegen de zin van en zonder toestemming van ██████████ plaats gevonden en hij is het er niet mee eens. Het kan zijn rechtspositie aantasten. Er is geen sprake van overgang van de onderneming want alleen ██████████ is overgeplaatst.

Dat er sprake is van een overplaatsing valt ook af te leiden uit de loonstroken. Op die van voor september 2018 staat als werkgeefster ██████████ genoemd en op die van september 2018 staat als werkgeefster ██████████ vermeld.

Bovendien is hij na een vakantie van een paar weken in het buitenland eind november 2018 tegen zijn zin en zonder zijn instemming geplaatst in de functie koud accountmanager. Dat is een andere functie dan warm accountmanager, in welke functie bestaande klanten worden bezocht.

Een warme accountmanager is een key accountmanager. De accountmanager is verantwoordelijk voor de koude acquisitie. Het betreft een startersfunctie.

In de functie van koud accountmanager wordt onvoldoende rekening gehouden met zijn beperkingen, zoals deze door de Arbo arts in mei 2018 zijn omschreven. [REDACTED] betwist dat hij niet goed heeft gefunctioneerd, doch in ieder geval had dan een verbeter traject gevolgd moeten worden en geen ontheffing uit de bestaande functie zonder instemming van [REDACTED].

[REDACTED] wijst erop dat de gespreknotitie weer afkomstig is van [REDACTED].

4. Het verweer

4.1. [REDACTED] heeft betwist dat er sprake is van beëindiging van het dienstverband en dat hem een functie is ontnomen. Zij meent dan ook dat de verzoeken afgewezen dienen te worden.

Vanwege eerdere langdurige verzuimperiodes van [REDACTED] wilde [REDACTED] [REDACTED] onderbrengen bij één van haar zusterbedrijven, omdat dat bedrijf wel verzekerd is voor de loonkosten tijdens ziekte van werknemers.

Omdat [REDACTED] die in eerste instantie aangaf een en ander te begrijpen, de allonge niet heeft getekend is er voor [REDACTED] niets gewijzigd, zij het dat er sprake is van een administratieve aanpassing en [REDACTED] verloond wordt vanuit [REDACTED].

[REDACTED] vervult de functie van accountmanager.

De taken en verantwoordelijkheden van een accountmanager zijn:

Relatiebeheer, op een klantvriendelijke en eerlijke manier nieuwe klanten genereren en/of upsell doen alsook klacht gesprekken met klanten voeren.

Koude acquisitie maakt onderdeel uit van de functie van accountmanager.

Net als andere accountmanagers switcht [REDACTED] ook tussen koude en warme acquisitie.

[REDACTED] erkent dat wat haar betreft voor [REDACTED] na zijn vakantie de focus kwam te liggen op koude acquisitie

5. De beoordeling

5.1. Nu [REDACTED] in de aanhef van zijn verzoekschrift verwijst naar artikel 7: 681 lid 1 sub a BW wordt zijn verzoek aldus uitgelegd dat hij verzoekt de door hem gestelde opzegging te vernietigen.

5.2. [REDACTED] heeft het verzoek tijdig ingediend, omdat het is ontvangen binnen twee maanden na de dag waarop ook volgens [REDACTED] gelet op de mededeling in de brief van 21 september 2018, het dienstverband is overgezet van [REDACTED] naar [REDACTED].

5.3. [REDACTED] stelt wel dat er voor [REDACTED] niets is veranderd en de verloning slechts plaats vindt vanuit [REDACTED], doch [REDACTED] wijst er terecht op dat ook op de loonstrook als werkgeefster [REDACTED] wordt vermeld sedert september 2018. [REDACTED] was niet akkoord met die "overgang".

Met [REDACTED] is de kantonrechter van oordeel dat er feitelijk sprake is geweest van een niet rechtsgeldige opzegging van de arbeidsovereenkomst.

Anders dan [REDACTED] stelt, is het niet zo dat er "slechts" verloning plaats vindt vanuit [REDACTED]. Wanneer één van beide B.V.'s bijvoorbeeld failliet gaat, kan dat verschillende consequenties hebben voor [REDACTED], afhankelijk van welke B.V. failliet gaat. Een terugkeer garantie bij faillissement van [REDACTED] is niet gegeven aan [REDACTED].

5.4. Het voorgaande leidt ertoe dat de door [REDACTED] gedane opzegging zal worden vernietigd, nu deze is gedaan zonder schriftelijke instemming van [REDACTED] en overigens ook in strijd met 7:671 BW.

5.5. Door vernietiging van de opzegging blijft [REDACTED] in de functie welke hij per 1 september 2018 vervulde bij [REDACTED].

Op dat moment was hij key accountmanager, zoals genoegzaam blijkt uit het door hem overgelegde visitekaartje. [REDACTED] moet [REDACTED] in staat stellen de werkzaamheden te verrichten welke bij die functie horen. Wanneer [REDACTED], ook na een verbetertraject, niet naar behoren functioneert, is het aan [REDACTED] om te streven naar beëindiging van de arbeidsovereenkomst wanneer partijen niet in overleg tot een wijziging van functie voor [REDACTED] kunnen komen.

De verzochte dwangsom zal worden toegewezen met een maximum.

5.6. [REDACTED] heeft verzocht om [REDACTED] te veroordelen tot betaling van loon vanaf 1 september 2018. Nu enerzijds in het petitum geen concreet loon bedrag wordt genoemd, en anderzijds [REDACTED] feitelijk loon heeft ontvangen, zal dat onderdeel van het verzoek niet worden toegewezen, waarbij de kantonrechter er vanuit gaat dat [REDACTED] een en ander met haar zusterbedrijf verrekent

5.7. Nu partijen nog met elkaar verbonden blijven vindt de kantonrechter daarin aanleiding de proceskosten te compenseren.

6. De beslissing

De kantonrechter:

vernietigt de opzegging van de arbeidsovereenkomst;

verplicht [REDACTED] [REDACTED] binnen 24 uur na betekening van deze beschikking toe te laten tot de overeengekomen werkzaamheden binnen [REDACTED] tot het moment waarop de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig is geëindigd, onder verbeurte van een boete van € 250,- per dag dat [REDACTED] in gebreke blijft, met een maximum van € 40.000,-.

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;

bepaalt dat iedere partij de eigen proceskosten draagt;

Deze beschikking is gegeven door mr. C.H. Kemp-Randewijk op 11 januari 2019 en uitgesproken ter openbare terechtzitting.

513

Algemeen voor eerste gosse aan de verzoek(st)er
verweer(d)ster

op  9 JAN. 2019

De ordier