

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/77847>

Please be advised that this information was generated on 2017-11-20 and may be subject to change.

JOR 2009/100
Voorzieningenrechter Rechtbank
Utrecht

19 december 2008, KG ZA 08-1126; LJN
BG9163.

(Mr. Steenberghe)

H.S.A.G. Cuijpers te Hengelo,
eiser,
advocaat: mr. A.A. Camonier,
tegen
Albemarle Catalysts Company BV te
Amersfoort,
gedaagde,
advocaat: mr. P.G. Vestering.

Ontslag statutair bestuurder vennootschap,
Bestuurder tevens voorzitter van stichting
pensioenfonds, Ontslagverbod van art. 104
Pensioenwet geldt ook voor bestuurder-
werknemer, Uitleg begrip “directeur-
grootaandeelhouder”, Aansluiting bij
ontslagbescherming van art. 21 WOR

[PW - 1; 104; WOR - 21]

» **Samenvatting**

Tussen partijen is in geschil of de
vennootschap Albemarle (gedaagde) de
arbeidsovereenkomst met haar statutair
bestuurder (Cuijpers) rechtsgeldig heeft
opgezegd. De bestuurder heeft de
vernietiging van de opzegging ingeroepen,
omdat deze in strijd zou zijn met het
ontslagverbod van art. 104 PW, nu hij lid is
van het bestuur van Nederlandse Stichting
Pensioenfonds Albemarle.

De rechtbank wijst op de wetsgeschiedenis
van de Pensioenwet (PW).

Voor de beantwoording van de vraag of
Cuijpers als directeur grootaandeelhouder
is aan te merken in de zin van art. 1 PW is
van belang dat Cuijpers tevens bestuurder
is van Albemarle Netherlands, de enig
aandeelhouder van Albemarle. Dat

Cuijpers tevens de aandeelhouder van
Albemarle vertegenwoordigt, betekent niet
dat hij directeur grootaandeelhouder van
Albemarle is. Daarvoor is immers vereist
dat hij (direct of indirect) persoonlijk
houder (minstens 10%) van de aandelen is.
Aan dat vereiste is niet voldaan omdat hij
de aandelen in Albemarle niet persoonlijk
maar als bestuurder van Albemarle
Netherlands houdt. Evenmin is door
Albemarle gesteld of de
voorzieningenrechter uit de stukken
gebleken, dat Cuijpers certificaathouder is
in de zin van art. 1 PW onder c. Dit
betekent dat Cuijpers niet is aan te merken
als directeur grootaandeelhouder, en dus
niet valt onder de categorie werknemers op
wie de ontslagbescherming van de
Pensioenwet niet van toepassing is.

Dat Cuijpers onder de ontslagbescherming
van de PW valt, is in overeenstemming met
de strekking van die bescherming. Cuijpers
is immers in zijn hoedanigheid van
bestuurder van Albemarle en Albemarle
Netherlands en de uitoefening van die
functies, afhankelijk van Albemarle Ltd, de
uiteindelijke aandeelhouder van beide
vennootschappen. Als bestuurder van het
pensioenfonds heeft hij (ook) belang bij
een onafhankelijke uitoefening van zijn
functie. Omdat het opzegverbod tot doel
heeft om die onafhankelijke functie-
uitoefening te beschermen, is er geen reden
om die bescherming aan Cuijpers te
onthouden enkel omdat hij bestuurder van
Albemarle is.

Uit de parlementaire geschiedenis volgt
dat, anders dan Albemarle stelt, de
verwijzing naar art. 21 WOR niet de kring
van personen die beschermd wordt door
art. 104 lid 5 PW beoogt te beperken maar
beoogt te verduidelijken dat met het
ontslagverbod in de Pensioenwet een zelfde
soort bescherming wordt geboden als met
het ontslagverbod in de WOR.

Albemarle wordt in de betekenis die zij
hecht aan de “15 april-arresten” niet

gevolgd omdat daarin niet alleen is overwogen dat een ontslagbesluit in beginsel tevens beëindiging van de dienstbetrekking van de bestuurder ten gevolge heeft, maar ook dat voor een uitzondering slechts plaats is indien een wettelijk ontslagverbod aan die beëindiging in de weg staat, en dat is nu juist bij art. 104 lid 5 PW het geval.

Gelet op het voorgaande staat voorshands voldoende vast dat Cuijpers beschermd wordt door het ontslagverbod van art. 104 lid 5 PW. De slotsom is dan ook dat de arbeidsovereenkomst niet is geëindigd omdat Cuijpers tijdig een beroep heeft gedaan op de vernietiging van de opzegging.

» Uitspraak

(...; red.)

2. De feiten

2.1. Cuijpers, geboren op 16 maart 1951, is sinds 1 april 1987 in dienst bij (de rechtsvoorganger van) Albemarle.

2.2. Sinds 17 mei 2005 is Cuijpers (mede)bestuurder en tevens voorzitter van de Nederlandse Stichting Pensioenfonds Albemarle. Deze stichting heeft ten doel het uitkeren of doen van uitkeren van pensioenen en/of toeslagen op die pensioenen aan deelnemers (verbonden aan Albemarle), gewezen deelnemers en hun nabestaanden.

2.3. Blijkens (internet)uittreksels uit het handelsregister van 9 augustus 2008 is Cuijpers per 22 maart 2006 benoemd tot statutair bestuurder (zelfstandig bevoegd) van Albemarle en van haar enig aandeelhouder Albemarle Netherlands B.V. (hierna: Ablemarle Netherlands).

Op dezelfde datum zijn H.K. Scheepstra en S.H.Y.M.J. Lecref tevens tot bestuurders

(zelfstandig bevoegd) van Albemarle en Albemarle Netherlands benoemd. De aandelen (100%) in Albemarle Netherlands worden gehouden door Albemarle Chemicals Ltd (hierna: Albemarle Ltd).

2.4. Sinds 1 januari 2007 bekleedt Cuijpers de functie van Regional Managing Director EMEA (Europe, Middle East and Afrika).

2.5. Zijn maandelijkse salaris bedraagt € 16.370,37 bruto, te vermeerderen met de volgende componenten:

- vakantietoeslag: € 1.390,63 bruto (8%),
- pensioenpremie: € 3.860,76,
- assignment premium: € 1.733,33 bruto,
- housing allowance: € 6.250,= bruto,
- levensloopbijdrage: € 4.331,60,
- onkostenvergoeding: € 75,= netto, (hierna: de componenten).

2.6. Op 18 september 2008 heeft Albemarle Netherlands een aandeelhoudersbesluit tot ontslag van Cuijpers als statutair bestuurder van Albemarle genomen waarbij aan Cuijpers een schadeloosstelling is toegekend van € 800.000,=. Diezelfde dag heeft Albemarle bij brief de arbeidsovereenkomst met Cuijpers met onmiddellijke ingang opgezegd, zonder inachtneming van de geldende opzegtermijn van 6 maanden.

2.7. Bij brief van 14 oktober 2008 heeft (de raadsman van) Cuijpers de vernietiging van de opzegging ingeroepen.

2.8. Bij brief van 21 oktober 2008 heeft (de raadsman van) Albemarle zich op het standpunt gesteld dat de vernietiging geen effect heeft en dat zij de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig heeft opgezegd.

3. *Het geschil*

3.1. Cuijpers vordert – samengevat – dat de voorzieningenrechter bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

– Albemarle veroordeelt tot betaling aan Cuijpers van het achterstallig deel van het salaris, inclusief de componenten, en te vermeerderen met de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW en de wettelijke rente;

– Albemarle gebiedt de gewone salarisbetalingen, inclusief de componenten, te hervatten tot de dag waarop de salarisverplichting van Albemarle jegens Cuijpers zal eindigen;

– Albemarle veroordeelt in de kosten van dit geding.

3.2. Albemarle voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. *De beoordeling*

4.1. Tussen partijen is in geschil of Albemarle de arbeidsovereenkomst met Cuijpers rechtsgeldig heeft opgezegd.

4.2. Cuijpers stelt dat Albemarle de arbeidsovereenkomst in strijd met het opzegverbod van artikel 104 Pensioenwet heeft opgezegd. Om die reden heeft hij de vernietiging van de opzegging ingeroepen, waardoor de arbeidsovereenkomst tussen partijen niet is geëindigd en maakt hij aanspraak op doorbetaling van zijn loon.

4.3. Albemarle stelt dat zij op 18 september 2008 rechtsgeldig de arbeidsovereenkomst met Cuijpers heeft beëindigd. Zij betwist dat het opzegverbod van artikel 104 Pensioenwet ook Cuijpers in zijn positie als statutair directeur van Albemarle beschermt.

4.4. Artikel 104 lid 5 Pensioenwet luidt:

“De werkgever kan de arbeidsovereenkomst niet opzeggen met de werknemer die lid is van een bestuur van een pensioenfonds, een deelnemersraad of van een verantwoordingsorgaan. Indien de werkgever aan een pensioenfonds, deelnemersraad of een verantwoordingsorgaan een secretaris heeft toegevoegd, is de eerste volzin op die secretaris van overeenkomstige toepassing.”

4.5. In de Memorie van Toelichting (Kamerstuk 2005-2006, 30413, nr. 3, Tweede Kamer) is met betrekking tot deze bepaling het volgende opgenomen:

“De regering is van mening dat het voor een goede uitoefening van de taken van besturen van pensioenfondsen en van deelnemersraden van belang is dat de leden van het bestuur en de deelnemersraad onafhankelijk van de werkgever kunnen optreden. Leden van het bestuur of een deelnemersraad moeten zich op geen enkele wijze geremd voelen in de uitoefening van hun functie. Door de uitoefening van hun taak als *werknemers- of werkgeversvertegenwoordiger* (cursivering door de voorzieningenrechter) in het bestuur of als werknemersvertegenwoordiger in de deelnemersraad zijn zij als werknemer kwetsbaarder dan andere werknemers. Daarom is voor deze werknemer een extra rechtsbescherming nodig, als aanvulling op de gewone arbeidsrechtelijke bescherming van elke werknemer.

Voor leden van de ondernemingsraad bestaat een dergelijke extra rechtsbescherming al. Die is in de vorm van een algemene benadelingbescherming en een ontslagbescherming opgenomen in artikel 21 van de Wet op de Ondernemingsraden (WOR) en de artikelen 7:670, 7:670a en 7:670b van het BW.”

4.6. Hieruit volgt dat de bepaling bescherming biedt aan zowel werknemers

die in het bestuur optreden ter vertegenwoordiging van de werknemers als aan werknemers die optreden ter vertegenwoordiging van de werkgever. Dit is tussen partijen ook niet in geschil.

4.7. Albemarle stelt dat Cuijpers niet onder het begrip “werknemer” in artikel 104 lid 5 Pensioenwet valt. Dit artikel ziet volgens haar niet op werknemers die bestuurder zijn.

4.8. Met betrekking tot het begrip “werknemer” is in artikel 1 van de Pensioenwet het volgende vermeld:

“werknemer: degene die krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht of publiekrechtelijk aanstelling arbeid verricht voor een werkgever, met uitzondering van de directeur-groootaandeelhouder en de werknemer die onder de werkingsfeer van een verplicht gestelde beroepspensioenregeling als bedoeld in de Wet verplichte beroepspensioenregeling valt.”

4.9. In de Memorie van Toelichting (Kamerstuk 2005-2006, 30413, nr. 3, Tweede Kamer) is met betrekking tot het begrip “werknemer” het volgende bepaald:

“De voorgestelde definitie is ontleend aan de definitie van werknemer die wordt gebruikt in artikel 1:1 van de Wet arbeid en zorg.

Van het werknemersbegrip is de werknemer die directeur-groootaandeelhouder is uitgezonderd. Zie verder de toelichting bij directeur-groootaandeelhouder.”

4.10. In artikel 1 Pensioenwet is met betrekking tot het begrip “directeur-groootaandeelhouder” bepaald:

“directeur-groootaandeelhouder:

a. persoonlijk houder van aandelen welke ten minste een tiende deel van het geplaatste kapitaal van de vennootschap van de werkgever vertegenwoordigen;

b. indirect persoonlijk houder van aandelen welke ten minste een tiende deel van het geplaatste kapitaal van de vennootschap van de werkgever vertegenwoordigen; of

c. houder van certificaten van aandelen, uitgegeven door tussenkomst van een administratiekantoor waarvan hij voor ten minste een tiende deel in het bestuur vertegenwoordigd is, welke ten minste een tiende deel van het geplaatste kapitaal van de vennootschap vertegenwoordigen.”

4.11. De positie van de “directeur-groootaandeelhouder” wordt in de Memorie van Toelichting als volgt toegelicht:

“positie van de directeur-groootaandeelhouder

Waar het begrip werknemer in deze wet aan de ene kant op grond van de aanwijsbevoegdheid kan worden uitgebreid tot bepaalde categorieën personen die geen werknemer zijn, wordt het begrip aan de andere kant beperkt, namelijk ten aanzien van de groep werknemers die direct of indirect (eventueel via certificaten) directeur-groootaandeelhouder is. Er is sprake van een grootaandeelhouder als de werknemer persoonlijk 10% of meer van de aandelen heeft. Hiermee is de Update Hoofdlijnennotitie gevolgd. Als de directeur de zeggenschap over de aandelen in een externe organisatie, bijvoorbeeld een stichting, heeft ondergebracht waarbij hij zelf meer dan 10% van de invloed op het bestuur heeft, is sprake van indirect grootaandeelhouderschap en kwalificeert hij toch als directeur-groootaandeelhouder.

(...)

De regering wil de positie van de directeur-groootaandeelhouder in pensioenwetgeving verduidelijken door deze geheel buiten de reikwijdte van dit wetsvoorstel te brengen. Belangrijkste reden is dat een directeur-groootaandeelhouder een werknemer is die de feitelijke macht heeft in een onderneming en beschouwd kan worden als eigenaar. Zijn hoedanigheid van werknemer is van ondergeschikt belang. Een directeur-groootaandeelhouder heeft de bescherming van de wet niet nodig. Hij kan zijn eigen belangen ook in de rol van eigenaar behartigen. Er is immers geen sprake van feitelijke ondergeschiktheid aan het bestuur van de onderneming die de werkgeversrol vervult. (...)

Een aandeelhoudende werknemer die slechts beperkte zeggenschap heeft, ook als hij directeur is, wordt in dit wetsvoorstel voortaan behandeld als «gewoon» werknemer. Hij is immers wel feitelijk ondergeschikt aan zijn werkgever. (...).”

4.12. Voor de beantwoording van de vraag of Cuijpers als directeur-groootaandeelhouder is aan te merken in de zin van art 1 Pensioenwet is van belang dat Cuijpers tevens bestuurder is van Albemarle Netherlands, de enig aandeelhouder van Albemarle. Dat Cuijpers tevens de aandeelhouder van Albemarle vertegenwoordigt, betekent niet dat hij directeur-groootaandeelhouder van Albemarle is. Daarvoor is (verg. 4.10 onder a en b) immers vereist dat hij (direct of indirect) persoonlijk houder (minstens 10%) van de aandelen van Albemarle is. Aan dat vereiste is niet voldaan omdat hij de aandelen in Albemarle niet persoonlijk maar als bestuurder van Albemarle Netherlands houdt. Evenmin is door Albemarle gesteld of de voorzieningenrechter uit de stukken gebleken, dat Cuijpers certificaathouder is in de zin van artikel 1 Pensioenwet onder c. Dit betekent dat Cuijpers niet is aan te merken als directeur-groootaandeelhouder, en dus niet valt onder de categorie

werknemers op wie de ontslagbescherming van Pensioenwet niet van toepassing is.

Dat Cuijpers onder de ontslagbescherming van de Pensioenwet valt, is in overeenstemming met de (in 4.5 geciteerde) strekking van die bescherming. Cuijpers is immers in zijn hoedanigheid van bestuurder van Albemarle en Albemarle Netherlands en de uitoefening van die functies, afhankelijk van Albemarle Ltd, de uiteindelijke aandeelhouder van beide vennootschappen. Als bestuurder van het pensioenfonds heeft hij (ook) belang bij een onafhankelijke uitoefening van zijn functie. Omdat het opzegverbod tot doel heeft om die onafhankelijke functieuitoefening te beschermen, is er geen reden om die bescherming aan Cuijpers te onthouden enkel omdat hij bestuurder van Albemarle is.

Albemarle stelt dat omdat Cuijpers bestuurder van Albemarle is, de kans minimaal is dat hij in het bestuur van het pensioenfonds iets doet wat niet de goedkeuring van Albemarle kan wegdragen. Het strookt niet met de strekking van artikel 104 lid 5 Pensioenwet om de toepasselijkheid van de ontslagbescherming afhankelijk te maken van de omvang van deze kans. Bovendien is door Cuijpers gesteld, en door Albemarle niet (voldoende) betwist, dat Cuijpers over zijn handelen als bestuurder van het pensioenfonds rapporteerde aan Albemarle Ltd, de financiële verplichtingen jegens het pensioenfonds direct drukten op de winstmarge en bij Albemarle Ltd als uiteindelijk aandeelhouder de bevoegdheid berust om Cuijpers als bestuurder te ontslaan. Onder deze omstandigheden is het geenszins ondenkbaar dat Cuijpers als bestuurder van het Pensioenfonds iets doet wat niet de goedkeuring kan wegdragen van het orgaan dat bevoegd is om hem te ontslaan.

4.13. Albemarle heeft voorts, met verwijzing naar de parlementaire

geschiedenis, gesteld dat nu de wetgever artikel 104 Pensioenwet expliciet als equivalent van artikel 21 van de Wet op de Ondernemingsraden (WOR) heeft aangemerkt, hieruit valt op te maken dat het niet de bedoeling van de wetgever kan zijn dat het ontslagverbod van artikel 104 Pensioenwet zich ook uitstrekt tot bestuurders. Zij betoogt dat de bescherming die artikel 21 WOR biedt aan OR-leden, expliciet niet voor bestuurders geldt en dat (in het kader van de WOR) de bestuurder juist de onderneming vertegenwoordigt in de contacten met de OR.

4.14. In de Memorie van Toelichting van de Pensioenwet is het volgende vermeld:

“De regering vindt het wenselijk dat werknemers die lid zijn van het bestuur van een pensioenfonds of van een deelnemersraad dezelfde extra rechtsbescherming krijgen als werknemers die lid zijn van een ondernemingsraad.

Daartoe zijn in dit wetsvoorstel de volgende twee beschermingsmaatregelen opgenomen.

De eerste maatregel betreft de opname van een algemene benadelingsbescherming van de werknemer in dit wetsvoorstel overeenkomstig artikel 21 van de WOR. Dit houdt in dat een werkgever ervoor moet zorgen dat niemand uit hoofde van zijn werkzaamheden voor het bestuur van het pensioenfonds of voor de deelnemersraad benadeeld wordt in zijn positie in onderneming. Onder benadeling kan in dit verband onder andere verstaan worden: benadeling in promotiekansen, gedwongen overplaatsing naar een ander bedrijfs onderdeel en schorsing. Deze benadelingsbescherming geldt ook voor werknemers van pensioenfonds die door het pensioenfonds als (ambtelijk) secretaris zijn toegevoegd aan de deelnemersraad.

De tweede maatregel betreft een ontslagbescherming voor werknemers die

(plaatsvervangend) lid zijn van het bestuur van een pensioenfonds of een deelnemersraad, voor voormalige leden van het bestuur van het pensioenfonds of een deelnemersraad en voor werknemers die op de kandidatenlijst staan voor lidmaatschap van het bestuur van een pensioenfonds of een deelnemersraad. Dit houdt in dat een werkgever een werknemer die (plaatsvervangend) lid is van het bestuur van een pensioenfonds of een deelnemersraad niet kan ontslaan. Werknemers die op de kandidatenlijst voor het bestuur van een pensioenfonds of een deelnemersraad staan en oud-leden van besturen van pensioenfonds en deelnemersraden kunnen alleen na toestemming van de kantonrechter ontslagen worden. De ontslagbescherming geldt tevens voor werknemers van pensioenfonds die door het pensioenfonds als (ambtelijk) secretaris zijn toegevoegd aan de deelnemersraad.”

4.15. In de Nota naar aanleiding van het nader verslag (Kamerstuk 2005-2006, 30413, nr. 24, Tweede Kamer) is vermeld:

“Ten aanzien van de vraag van de leden van de PvdA-fractie of leden van deelnemersraden op dit moment dezelfde bescherming hebben als leden van een ondernemingsraad, kan de regering bevestigend antwoorden. Op grond van artikel 93 (toevoeging voorzieningenrechter: thans artikel 104) van het wetsvoorstel Pensioenwet worden leden van het pensioenfondsbestuur en de deelnemersraad beschermd. Dit artikel is gebaseerd op artikel 21 van de Wet op de ondernemingsraden. Deze bescherming komt overeen met de bescherming die leden van een ondernemingsraad hebben.”

4.16. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat, anders dan Albemarle stelt, de verwijzing naar artikel 21 WOR niet de kring van personen die beschermd wordt door artikel 104 lid 5 Pensioenwet beoogt te beperken maar beoogt te verduidelijken

dat met het ontslagverbod in de Pensioenwet een zelfde soort bescherming wordt geboden als met het ontslagverbod in de WOR.

Een andersluidende uitleg strookt niet met het feit dat de WOR en de Pensioenwet op het punt van de werknemers- en werkgeversvertegenwoordiging van elkaar verschillen. Uit de strekking van de Pensioenwet volgt immers dat ook tussen een bestuurder (geen directeur-groootaandeelhouder) aan de zijde van de werkgeversvertegenwoordiging in het bestuur van het pensioenfonds en de werkgever een belangenconflict kan ontstaan, terwijl dat in de ondernemingsraad niet het geval is.

4.17. Voorts stelt Albemarle met verwijzing naar de “15 april-arresten” dat het niet de bedoeling kan zijn geweest dat de wetgever, zonder enige expliciete onderkenning, een nieuw opzegverbod voor de bestuurder zou hebben willen introduceren via artikel 104 Pensioenwet. Dat de wetgever niet gedacht heeft aan statutair directeurs bij het opstellen van artikel 104 Pensioenwet blijkt ook uit het feit dat in lid 7 is opgenomen dat toestemming voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst kan worden gevraagd aan de kantonrechter. Voorst stelt zij dat de wet onduidelijk is omdat gesproken wordt van “een” bestuur en “een” pensioenfonds.

4.18. Albemarle wordt in de betekenis die zij hecht aan de “15 april-arresten” niet gevolgd omdat daarin niet alleen is overwogen dat een ontslagbesluit in beginsel tevens beëindiging van de dienstbetrekking van de bestuurder ten gevolge heeft, maar ook dat voor een uitzondering slechts plaats is indien een wettelijk ontslagverbod aan die beëindiging in de weg staat, en dat is nu juist bij artikel 104 lid 5 Pensioenwet het geval.

4.19. Het feit dat in lid 7 van artikel 104 Pensioenwet verwezen wordt naar de

kantonrechter, maakt nog niet dat de statutair directeur van de wetsbepaling is uitgesloten. Aannemelijk is dat wanneer sprake is van een werknemer tevens statutair directeur, in dat geval (analoog aan artikel 2:241 BW) de toestemming aan de sector handel van de rechtbank wordt gevraagd.

4.20. De – door Albemarle als onduidelijk aangemerkte – begrippen “een” bestuur en “een” pensioenfonds, vallen niet anders uit te leggen dan dat bestuur van het pensioenfonds dat is belast met het doen van pensioenuitkeringen aan werknemers van de vennootschap waarbij de bestuursleden van het pensioenfonds zelf ook in dienst zijn. Daarvan is in de onderhavige zaak sprake.

4.21. Gelet op het voorgaande staat voorshands voldoende vast dat Cuijpers beschermd wordt door het ontslagverbod van artikel 104 lid 5 Pensioenwet. De slotsom is dan ook dat de arbeidsovereenkomst niet is geëindigd omdat Cuijpers tijdig een beroep heeft gedaan op de vernietiging van de opzegging.

4.22. Cuijpers heeft de doorbetaling van zijn salaris gevorderd inclusief de componenten.

Met betrekking tot de onkostenvergoeding van € 75,= heeft hij ter zitting zijn vordering niet langer gehandhaafd.

4.23. Albemarle heeft gesteld dat Cuijpers niet in aanmerking komt voor de vergoedingen “assignment premium” en “housing allowance”. De eerste was gekoppeld aan zijn functie als Regional Managing Director EMEA, gestationeerd in België. Deze aanstelling is ten einde gekomen met zijn vennootschaprechtelijk ontslag. Hij kan zonder deze bestuursfunctie geen werk meer verrichten en werkt dan ook niet in België. Om vergelijkbare redenen heeft hij geen recht

op zijn “housing allowance”. Deze “allowance” is toegekend gedurende de “assignment”. Dat hij er zelf voor heeft gekozen een huis in België te kopen in plaats van een appartement te huren, leidt niet tot voortdoring van de “housing allowance” bij het niet langer vervullen van een bestuursfunctie in België, aldus Albemarle.

4.24. Hoewel Albemarle zich terecht op het standpunt stelt dat tegenover deze vergoedingen geen prestatie meer staat in die zin dat Cuijpers vanuit België geen bestuurswerkzaamheden meer verricht en Cuijpers het risico heeft genomen een huis te kopen in plaats van te huren, is het redelijk dat Albemarle bij de afbouw van deze vergoedingen een redelijke termijn van 6 maanden in acht neemt. De “assignment premium” en “housing allowance” zullen daarom worden toegewezen over een periode 6 maanden na de datum van het vennootschappelijk ontslag op 18 september 2008.

4.25. Gelet op de bijzondere omstandigheden van dit geval, in het bijzonder het feit dat partijen serieus gepoogd hebben een regeling te treffen ter finale oplossing van hun geschil, zal de gevorderde wettelijke verhoging beperkt worden tot nihil. De gevorderde wettelijke rente over het achterstallige deel zal worden toegewezen telkens vanaf de datum waarop de salarisbetalingen bij doorbetaling gebruikelijk hadden dienen plaats te vinden.

4.26. Met de aard van de *loonvordering* staat de spoedeisendheid vast. Het feit dat Albemarle aan Cuijpers een bedrag van € 800.000,= heeft aangeboden als beëindigingsvergoeding en ter compensatie voor het niet in acht nemen van de opzegtermijn, doet aan de spoedeisendheid van de loonvordering niets af. Partijen zijn het immers niet eens geworden over de voorwaarden waaronder dit bedrag aan Cuijpers kon worden uitgekeerd.

4.27. Albemarle zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. (...; *red.*)

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. veroordeelt Albemarle tot betaling van het achterstallige deel van het salaris, bestaande uit het maandelijks salaris, te vermeerderen met vakantietoeslag, pensioenpremie en de levensloopbijdrage, en tot 18 maart 2009 te vermeerderen met de componenten “assignment premium” en “housing allowance”, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum waarop de salarisbetalingen bij doorbetaling hadden dienen plaats te vinden;

5.2. gebiedt Albemarle de gewone salarisbetalingen, bestaande uit het maandelijks salaris, te vermeerderen met vakantietoeslag, pensioenpremie en de levensloopbijdrage, en tot 18 maart 2009 te vermeerderen met de componenten “assignment premium” en “housing allowance”, te hervatten tot de dag waarop de salarisverplichting van Albemarle jegens Cuijpers zal eindigen,

5.3. veroordeelt Albemarle in de proceskosten (...; *red.*),

5.4. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.5. wijst het meer of anders gevorderde af.

» Noot

1. Artikel 104 lid 5 Pensioenwet bepaalt dat de werkgever de arbeidsovereenkomst met de werknemer die lid is van het bestuur van een pensioenfonds, een deelnemersraad of van een verantwoordingsorgaan, niet kan opzeggen. Dit wettelijk opzegverbod is begrijpelijk. Indien een werknemer

vanwege een bijzondere situatie extra bescherming nodig heeft, kiest de wetgever steevast voor een wettelijk opzegverbod. Ik denk onder andere aan het opzegverbod bij ziekte, zwangerschap of lidmaatschap van een medezeggenschapsorgaan (de opzegverboden “tijdens”). Ik wijs voorts op de opzegverboden die gericht zijn op het tegengaan van discriminatie, lidmaatschap van een vakbond of overgang van onderneming (de opzegverboden “wegens”). In de onderhavige kwestie ging het om een statutair directeur van een besloten vennootschap die tevens voorzitter was van het bestuur van het aan de onderneming verbonden pensioenfonds. De vennootschap bepleitte dat het statutair directeurschap van de werknemer tot gevolg had dat het wettelijk opzegverbod niet van toepassing was. Daarbij werd het argument gehanteerd dat uit de (recente) wetgeschiedenis van de Pensioenwet blijkt dat aansluiting was gezocht bij het beschermingsniveau in de Wet op de ondernemingsraden (WOR) en dat de bestuurder (in de zin van de WOR) voor de toepassing van de WOR niet geacht wordt te behoren tot de in de onderneming werkzame personen (art. 1 lid 4 WOR). Dit argument strandde op het feit dat, zoals uitvoerig door de Voorzieningenrechter geciteerd, de wetgeschiedenis geen beperking zoekt in de doelgroep, maar verduidelijkt dat de wetgever met het opzegverbod in de Pensioenwet een zelfde bescherming wilde bieden als toekomt aan leden van een ondernemingsraad. De Voorzieningenrechter kwam na nog enige schermutselingen tot de conclusie dat de statutair directeur als werknemer de bescherming genoot van het opzegverbod van art. 104 lid 5 Pensioenwet en dat het beroep op de vernietiging van de opzegging stand hield. Het vonnis refereert aan een ontslagverbod, maar dat is niet meer dan een vrije vertaling van het in de Pensioenwet gehanteerde begrip opzegging.

2. Voor de praktijk is in de eerste plaats van belang dat deze uitspraak de schijnwerper zet op het bestaan van het onderhavige opzegverbod. Ik constateer voorts dat art. 104 Pensioenwet geen sanctie bevat. Het merendeel van de arbeidsrechtelijke opzegverboden is geregeld in de art. 7:670 en 7:670a BW. Voor deze opzegverboden geldt dat de werkgever niet schadeplichtig is en dat de werknemer gedurende een korte periode van twee maanden na de opzegging een beroep kan doen op de vernietigingsgrond door kennisgeving aan de werkgever (art. 7:677 lid 5 BW). Een soortgelijke regeling is te vinden in art. 7:647 lid 2 BW (victimisatieontslag). Deze laatste bepaling geldt tevens voor discriminatoire opzeggingen als bedoeld in art. 7:648 BW (onderscheid naar arbeidsduur) en art. 7:649 BW (onderscheid naar tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst). Art. 104 Pensioenwet zegt niets over het effect van het opzegverbod. Wij moeten derhalve terugvallen op de algemene regels omtrent vernietiging van rechtshandelingen in de art. 3:40 e.v. BW. De vernietigingsgrond van art. 3:40 lid 2 BW kent geen beperking in de tijd tot twee maanden. In de onderhavige kwestie riep de directeur de vernietiging in binnen vier weken na de datum van het aandeelhoudersbesluit waarbij hem ontslag was aangezegd als statutair directeur. Het punt van de termijn speelde derhalve niet. In mijn visie had de vernietiging ook stand gehouden, indien de vernietiging eerst later had plaatsgevonden. Wel geldt het bepaalde in art. 3:55 BW dat de bevoegdheid tot vernietiging vervalt, wanneer degene die bevoegd is tot vernietiging de rechtshandeling bevestigt na het starten van de verjaringstermijn van drie jaar. Hetzelfde is het geval, indien de wederpartij een redelijke termijn heeft gesteld om te kiezen tussen bevestiging en vernietiging en de tot vernietiging bevoegde partij binnen deze termijn geen keuze heeft gedaan (het tweede lid van art. 3:55 BW). Indien het de wetgever ernst

is met de gedachte dat het opzegverbod in de Pensioenwet een zelfde soort bescherming biedt als het geval is bij het opzegverbod van leden van een ondernemingsraad, is het aan te bevelen om alsnog ook een soortgelijke sanctie (vernietiging binnen twee maanden) in de Pensioenwet op te nemen. Ik zie geen bijzondere grond voor het bestaande verschil in sancties.

3. Trekt de vernietiging op grond van het opzegverbod ook het ontslagbesluit als bestuurder onderuit? Het antwoord daarop is ontkennend. In de arresten van 15 april 2005 inzake Unidek Volumebouw en Ciris/Bartelink heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat een ontslagbesluit in beginsel tevens de dienstbetrekking beëindigt en dat voor een uitzondering op die regel slechts plaats is bij een wettelijk ontslagverbod of een andersluidende partijafpraak. De vernietiging op grond van het opzegverbod valt mitsdien binnen de uitzondering op de regel dat het ontslagbesluit een einde maakt aan het bestuurderschap en de (onderliggende) arbeidsovereenkomst. Indien overigens sprake is van een geldig besluit van het bevoegde orgaan van de vennootschap, verliest de betrokkene de hoedanigheid van bestuurder van de vennootschap en blijft slechts de dienstbetrekking in stand tot het moment dat daaraan eveneens op geldige wijze een einde is gekomen. Zie HR 15 april 2005, «JOR» 2005/144 (*Ciris/Bartelink*) en HR 15 april 2005, «JOR» 2005/145, m.nt. Witteveen (*Unidek Volumebouw*). Deze “15 april”-arresten trekken op het onderhavige punt de lijn door van HR 13 november 1992, NJ 1993, 265, m.nt. PAS (*Levison/MAB*). Het einde van het bestuurderschap en de continuering van de dienstbetrekking voeren in samenhang gezien tot een de facto op-non-actiefstelling op initiatief van de vennootschap. Dat betekent vanzelfsprekend dat er loon moet worden betaald. Zie HR 21 maart 2003, «JAR» 2003/91. Heerma van Voss heeft in zijn

noot in de NJ bij de 15 april-arresten de vraag opgeworpen of tewerkstelling kans van slagen heeft. Ik kan mij dat in de praktijk slecht voorstellen. Er zal over en weer ook geen behoefte aan zijn de rechter zo ver te krijgen. Het verbaast dan ook niet dat er geen enkele jurisprudentie over dit aspect is te vinden.

4. Het ligt voor de hand dat in een situatie als hier besproken de vennootschap alsnog naar beëindiging van de dienstbetrekking streeft via de ontbindingsroute van art. 7:685 BW. De rechtbank van de woonplaats van de vennootschap is op grond van art. 2:241 BW bevoegd. Zie HR 17 november 1995, NJ 1996, 142 (*Atlantic Nominees*). De rechter dient zich er slechts van te vergewissen of het verzoek verband houdt met het bestaan van een opzegverbod (slotzin van art. 7:685 lid 1 BW). Onder omstandigheden is denkbaar dat de rechter in een ontbindingsprocedure aan het bestaan van een opzegverbod reflexwerking toekent. Dat ligt bij een opzegverbod als in de onderhavige kwestie speelde niet voor de hand. Als er een verband was met het lidmaatschap van het bestuur van een pensioenfonds, behoort er geen ontbinding te komen. Indien dat verband er niet was, dan is er geen reden om aan het bestaan van het opzegverbod toch nog een zekere werking toe te kennen.

L.G. Verburg, hoogleraar Recht, Arbeid en Medezeggenschap Radboud Universiteit Nijmegen en advocaat bij Allen & Overy te Amsterdam