
De zieke statutair directeur en ontslag: niet de bescherming, wel de beperking van de RDA-procedure

Inleiding

Sinds 1 januari 1999 is een werknemer niet meer beschermd door het ontslagverbod tijdens ziekte ingeval de arbeidsongeschiktheid een aanvang heeft genomen nadat een ontslagaanvraag door de regionaal directeur van de arbeidsvoorziening (RDA) is ontvangen. Deze uitzondering is neergelegd in artikel 7:670 lid 1 aanhef en sub b BW. Bij arrest d.d. 22 augustus 2000 sanctioneerde het Gerechtshof Den Bosch (zie JAR 2000, 207; geen van partijen heeft cassatie ingesteld) het oordeel van de president van de Arrondissementsrechtbank Breda (zie JAR 2000, 76) dat, analoog aan de hiervoor genoemde uitzondering op het ontslagverbod, ook een statutair directeur niet beschermd wordt door het ontslagverbod tijdens ziekte. Althans, indien de ziekmelding heeft plaatsgevonden nadat de directeur kennis heeft genomen van de uitnodiging voor de aandeelhoudersvergadering die zal besluiten over zijn ontslag. Vanuit de gedachte dat zowel de 'gewone' werknemer als de bestuurder een gelijke mate van ontslagbescherming zouden moeten hebben, kan worden verdedigd dat dit een redelijke uitkomst is. Dit miskent echter dat de uitspraken van de President Breda en het Hof Den Bosch in strijd zijn te achten met de wet en ook overigens aanvechtbaar lijken.

Casus

De casus, voorzover hier relevant, is als volgt. Van

Kalmthout was sinds 1 november 1962 in dienst bij (een rechtsvoorgangster van) Meeùs en met ingang van 1 januari 1995 aldaar werkzaam als statutair directeur. Omdat hij met een organisatie-deskundige, tevens een persoonlijke vriend, had gesproken over een op dat moment nog vertrouwelijke, voorgenomen fusie tussen Meeùs en de Kamerbeek-groep, heeft de enig aandeelhoudster van Meeùs hem op 3 januari 2000 uitgenodigd voor een op 12 januari 2000 te houden AVA. Het enige punt op de agenda was zijn voorgenomen ontslag. Op 11 januari 2000 meldde Van Kalmthout zich ziek. Ondanks zijn afwezigheid wegens ziekte ontsloeg de AVA hem op 12 januari 2000 zowel als statutair directeur als uit dienstbetrekking. In het vervolgens door Van Kalmthout tegen Meeùs geëntameerde kort geding beriep hij zich, onder meer, op de nietigheid van het gegeven arbeidsrechtelijke ontslag, onder verwijzing naar zijn arbeidsongeschiktheid ten tijde van het ontslag op 12 januari 2000. Zoals uitgemaakt in het Levison/MAB-arrest van de Hoge Raad (NJ 1992, 265) geniet immers ook een bestuurder van een vennootschap de bescherming van het in artikel 7:670 lid 1 aanhef BW neergelegde ontslagverbod tijdens ziekte. De president hield echter het ontslagbesluit (ook) arbeidsrechtelijk in stand, daarbij gebruik makend van de volgende redenering. Artikel 7:670 lid 1 aanhef en sub b BW voorkomt dat werknemers de RDA-ontslagprocedure kunnen frustreren door zich na het indienen van de ontslagaanvraag ziek te melden – het zogenoemde 'vluchten in ziekte'. In het licht van de ratio van deze bepaling dient voorshands te worden aangenomen dat deze uitzondering ook (analoog) van toepassing is op de opzegging door de vennootschap van een arbeidsovereenkomst met een bestuurder. In het vennootschapsrecht begint, volgens de president, de ontslagprocedure van een bestuurder met de ontvangst van een uitnodiging voor de AVA. Nu Van Kalmthout zich (pas) na ontvangst daarvan heeft ziek gemeld, wordt hij niet beschermd door het ontslagverbod. Het hof bekrachtigde vervolgens dit oordeel van de president en voegde daar onder meer aan toe dat de omstandigheid dat de wetgever zich niet heeft uitgelaten over de al dan niet toepasselijkheid van de uitzondering op bestuurders, niet betekent dat de wetgever bedoeld heeft dat deze uitzondering niet voor hen van toepassing is.

Commentaar

Om te beginnen is opmerkelijk dat de uitspraken van de president en het hof in strijd zijn te achten met de

wet. Ingevolge artikel 7:670 BW lid 1 aanhef en sub b BW geldt de genoemde uitzondering immers uitsluitend voor een opzegging van de arbeidsovereenkomst door middel van een ontslagvergunning afgegeven door de RDA. Ingevolge de ministeriële beschikking d.d. 21 november 1972 (Stcrt. 234) ex artikel 2 lid 2 en artikel 6 lid 9 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA) is voor het ontslag van een bestuurder geen ontslagvergunning vereist, hetgeen betekent dat de RDA-procedure op een dergelijk ontslag niet van toepassing is. Nergens in de wet is vermeld dat deze uitzondering óók van toepassing is op het ontslag van bestuurders door de AVA. Tijdens de parlementaire behandeling van het (ontwerp)artikel 7:670 lid 1 aanhef en sub b BW was volgens het hof geen aandacht besteed aan de positie van bestuurders. Zoals P. Habermehl en F.W.G. Ambagtsheer in het *Advocatenblad* van 26 januari 2001 echter 'onthulden', is de Tweede Kamer door de Nederlandse Orde van Advocaten bij faxbericht d.d. 28 april 1997 wel degelijk op deze kwestie geattendeerd. Dit verhoudt zich moeilijk met het oordeel van het hof dat het voor de hand ligt 'dat een met art. 7:670 lid 1 aanhef en sub b BW overeenstemmende regeling zou zijn getroffen voor degenen op wie het BBA niet van toepassing is, indien daarbij zou zijn stilgestaan'. Overigens is in dit verband een interessante, maar door het hof (begrijpelijkwijs) niet beantwoorde vraag of ambtenaren, geestelijken, docenten en huishoudelijk personeel, voor wie immers het BBA ook niet geldt, nu ook een onverkorte bescherming van het opzegverbod tijdens ziekte missen. Een belangrijk bezwaar tegen de door de president en hof voorgestane analogie is dat opzegging door de AVA niet op één lijn kan worden gesteld met de opzeggingsprocedure bij de RDA. Kort samengevat komt het verschil erop neer dat, anders dan bij een ontslag door de AVA, de RDA-procedure erin voorziet dat een onafhankelijk, paritair samengesteld overheidsorgaan, op basis van objectieve en deels in wetgeving neergelegde criteria en met het daadwerkelijk meewegen van het gevoerde verweer, al dan niet besluit een ontslagvergunning af te geven. In dit besluitvormingsproces zal een eventuele arbeidsongeschiktheid van de werknemer worden betrokken (MvA Eerste Kamer d.d. 6 maart 1998, 25 263, nr. 132b, p. 14–15). Al deze waarborgen mist een bestuurder tijdens een ontslagprocedure bij de AVA. Ik zou dan ook menen dat de reeds genoemde uitzondering niet zou zijn opgenomen in de wet indien de RDA-procedure op dezelfde wijze zou zijn ingericht als een ontslag door de AVA doorgaans wordt geëffec-

tueerd. Aangezien beide ontslagprocedures in ieder geval in de voornoemde opzichten, maar ook anderszins – bijvoorbeeld ten aanzien van hun duur – niet vergelijkbaar zijn, is een redenering naar analogie naar mijn mening niet gerechtvaardigd. Evenmin is in dit verband juist te achten dat 'gewone' werknemers en bestuurders op dit punt een gelijke mate van ontslagbescherming zouden (moeten) hebben. Een bestuurder was, ook vóór het arrest minder goed beschermd – denk bijvoorbeeld aan de onmogelijkheid van herstel van de dienstbetrekking (art. 2:244 lid 3 BW). Dit verschil is nu alleen maar groter geworden. Een redenering naar analogie is mijns inziens bovendien ook daarom niet gerechtvaardigd omdat dit, anders dan in het *Levison/MAB*-arrest, resulteert in een *beperking* van de ontslagbescherming. Dit druist in tegen het beschermende karakter van het arbeidsrecht ten opzichte van werknemers, en dat is een bestuurder nu eenmaal ook. Ten slotte is het hof er in mijn ogen ten onrechte aan voorbijgegaan dat het in de wet opnemen van de hiervoor bedoelde uitzondering, naast het voorkomen van 'vluchten in ziekte', blijkens de wetsgeschiedenis, óók tot doel had de RDA-procedure voor werkgevers aantrekkelijk te maken in vergelijking met de, de laatste jaren aan populariteit winnende, ontbindingsprocedure ex artikel 7:685 BW. Tegen de achtergrond van deze tweede doelstelling kan moeilijk worden volgehouden dat een analoge toepassing hier op zijn plaats is. De RDA-procedure gold immers ook vóór de introductie van de uitzondering op 1 januari 1999 niet voor bestuurders.

Slotopmerkingen

Ondanks de hiervoor genoemde bezwaren lijkt het door het hof bekrachtigde vonnis van de president in de praktijk nuttig te zijn, althans gezien vanuit het belang van de vennootschap. Met een beroep op deze rechtspraak kan een vennootschap thans als vuistregel hanteren dat bij een voorgenomen ontslag van een bestuurder zo snel mogelijk een AVA bijeen moet worden geroepen of, ingeval van een structuurvennootschap, een vergadering van de raad van commissarissen (RvC). Indien de uitnodiging zal zijn ontvangen door de bestuurder vóórdat deze zich ziek heeft gemeld, kan alsdan door de aandeelhouders of de RvC zowel de vennootschapsrechtelijke als de arbeidsrechtelijke rechtsverhouding worden beëindigd, aangenomen dat aan de wettelijke en statutaire vereisten is voldaan. Het probleem voor de vennootschap dat een (zieke) bestuurder die is ontslagen uit zijn statutaire positie nog arbeidsrechtelijk ontslagen moet wor-

den, zou voor deze gevallen opgelost zijn. Daarbij moet echter wel worden bedacht dat bij een dreigend ontslag bestuurders zich op hun beurt, sneller dan voorheen, al dan niet terecht, ziek zullen melden ten einde de bescherming van het ontslagverbod niet te verliezen. Dit zou betekenen dat als gevolg van de besproken rechtspraak bestuurders eerder geneigd zullen zijn te 'vluchten in ziekte', terwijl president en hof uitgerekend dát bedoelden tegen te gaan.

In aanmerking genomen dat het uitspraken betreft gewezen in kort geding, die in strijd lijken te zijn met de wet en de bedoeling van de wetgever en waarop inmiddels in de vakpers de nodige kritiek is geuit (zie naast het hiervoor genoemde artikel in het *Advocatenblad* de bijdrage van P.J. de Waal in *Arbeidsrecht* 2000/12), moet er, zolang de Hoge Raad niet heeft gesproken, rekening mee worden gehouden dat over deze problematiek door een (bodem)rechter ook een andersluidend oordeel kan worden geveld.

Mr. W.D. de Boer
Stibbe