

Geen voorkeursbehandeling voor zieke directeur

Bij een wetswijziging werd de positie van de statutair directeuren 'vergeten', waardoor ontslagbescherming bij ziekte toch voor hen bleef gelden. Recente rechterlijke uitspraken proberen deze omissie te herstellen maar de vraag is of dat strookt met de bedoeling van de wetgever.

mrs. P. Habermehl en F.W.G. Ambagtsheer
advocaten te Amsterdam

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch besliste in zijn arrest van 22 augustus 2000 dat het ontslag van een statutair directeur die arbeidsongeschikt was geworden nadat hij de oproep had ontvangen voor het bijwonen van de aandeelhoudersvergadering waarin over zijn ontslag zou worden beslist, ondanks het ontslagverbod bij ziekte geldig was.¹ Het hof bekrachtigde daarmee op dat punt het vonnis in eerste instantie, van de president van de rechtbank Breda in kort geding.² Het hof volgde de werkgever in zijn stelling dat het ontslag wel geldig was conform de onder het 'nieuwe' arbeidsrecht geldende regeling voor ontslag van 'gewone' zieke werknemers (niet-statutair-directeuren).

Ziek gemeld

De casus was de volgende. De heer Van Kalmthout was sinds 1962 in dienst van de besloten vennootschap Meeûs, sinds 1995 als statutair directeur. Er ontstond een conflict tussen de enig aandeelhouder van de vennootschap en Van Kalmthout. Bij brief van 3 januari 2000 deelde de aandeelhouder aan Van Kalmthout mee dat er op 12 januari een aandeelhoudersvergadering zou plaatsvinden met het ontslag van Van Kalmthout als enige agendapunt. Van Kalmthout werd uitgenodigd om die vergadering bij te wonen. Van Kalmthout liet weten dat hij de vergadering niet zou bijwonen en meldde zich op 11 januari ziek. Op 12 januari vond de aandeelhoudersvergadering plaats waarin werd besloten om Van Kalmthout zowel als statutair directeur, als uit de dienstbetrekking te ontslaan.

Van Kalmthout wendde zich vervolgens tot de president van de Rechtbank Breda met een aantal vorderingen die onder meer gegrond waren op de stelling dat het (arbeidsrechtelijke) ontslag niet geldig was omdat het in strijd was met art. 7:670 BW. Volgens dat artikel kan de werkgever de arbeidsovereenkomst niet opzeggen gedurende de tijd dat de werknemer arbeidsongeschikt is, tenzij de arbeidsongeschiktheid twee jaar heeft geduurd of is aangevangen nadat een verzoek om toestemming als bedoeld in artikel 6 BBA door de regionaal directeur van de arbeidsvoorzieningsorganisatie (RDA) is ontvangen. De werkgever stelde daartegenover dat, nu in casu geen toestemming van de RDA vereist was, de brief waarmee Van Kalmthout opgeroepen was om de aandeelhoudersvergadering waarin over zijn ontslag gestemd zou worden bij te wonen, gelijk te stellen was met een brief waarin de RDA om toestemming wordt gevraagd. De president volgde de vennootschap in haar betoog en wees mede daarom de vorderingen van Van Kalmthout af. Van Kalmthout ging vervolgens in hoger beroep bij het gerechtshof 's-Hertogenbosch, maar ving wederom bot.³

'Niet aan gedacht'

De uitspraken van de president van de rechtbank Breda en het Gerechtshof 's-Hertogenbosch zijn opmerkelijk omdat ze op gespannen voet staan met de wet. Sinds de wetswijziging van 1 januari 1999 geldt voor 'gewone' werknemers dat de ontslagprocedure niet meer zoals voorheen 'gefrustreerd'

1 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 22 augustus 2000, *JAR* 2000, 207.

2 President Rechtbank Breda, 15 februari 2000, *JAR* 2000, 76.

3 Naar verluidt heeft Van Kalmthout geen beroep in cassatie ingesteld.

De uitspraken van rechtbank en hof staan op gespannen voet met de wet

kan worden door het intreden van de arbeidsongeschiktheid van de werknemer, wanneer hij er lucht van heeft gekregen dat aan de RDA toestemming is gevraagd om de arbeids-overeenkomst op te zeggen. Als het verzoek om toestemming de RDA eenmaal heeft bereikt, dan maakt het voor de ontslagprocedure niet meer uit of de werknemer ziek wordt. Deze regeling volgt uit artikel 7:670 lid 1 sub b BW. Deze bepaling geldt echter niet voor statutair directeuren. Volgens het hof kan deze bepaling echter analoog worden toegepast.

Het hof overwoog: 'Bij de invoering van de nieuwe bepalingen omtrent de uitzondering op de ontslagbescherming tijdens ziekte is geen aandacht besteed aan de positie van de bestuurders van vennootschappen. Dat betekent naar het voorlopige oordeel van het hof niet dat de wetgever heeft bedoeld dat deze uitzondering niet voor hen van toepassing is. Van een bewuste keuze van de wetgever is geen sprake. Het hof acht het integendeel voor de hand liggend dat een met artikel 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. In dat verband wijst het hof erop dat bij de parlementaire behandeling van de Wet flexibiliteit en zekerheid wel is gesignaleerd dat voor personeel van de arbeidsvoorzieningsorganisatie een ontslagprocedure geldt waarin het toestemmingsvereiste van de Regionaal Directeur van de arbeidsvoorzieningsorganisatie (RDA) ontbreekt. Dit heeft tot gevolg gehad dat art. 42 van de Arbeidsvoorzieningswet 1996 is gewijzigd in die zin dat voor dat personeel het algemene ontslagverbod tijdens ziekte niet geldt indien de ongeschiktheid een aanvang heeft genomen nadat het voornemen tot opzegging ter toetsing aan de ontslagcommissie, bedoeld in artikel 43, eerste lid, is voorgelegd en door die commissie is ontvangen. (...) Nu de ratio van lid 1 aanhef en sub b van art. 7:670 BW is geweest te voorkomen dat ziekmelding nadat de werknemer heeft kennis genomen van het voornemen hem te ontslaan, vertraging voor de ontslagprocedure meebrengt, acht ook het hof voorshands analoge toepassing bij het ontslag van bestuurders van vennootschappen op haar plaats.'

Fax

Is de wetgever de statutair directeuren vergeten en had hij, als hij ze niet was vergeten, een regeling in de wet opgenomen die vergelijkbaar is met die van art. 7:670 lid 1 sub b, of was het juist de bedoeling van de wetgever om de regeling voor statutair directeuren intact te laten?

De bedoelingen van de wetgever vallen slechts moeizaam te destilleren uit de parlementaire geschiedenis. Bij bestudering van de parlementaire geschiedenis bij art. 7:670 BW blijkt dat louter de RDA-procedure aan de orde is geweest.⁴ De invoering van een identieke regeling voor ontslagzaken waarbij géén toestemming van de RDA is vereist is, op één uitzondering na, niet overwogen.⁵ De enige referentie in de parlementaire stukken aan andere ontslagtrajecten dan die via de RDA is te vinden in een fax van de Nederlandse Orde van Advocaten aan de Tweede Kamer van 28 april 1997: 'Bovendien valt niet in te zien om welke reden een bestuurder van een besloten of een naamloze vennootschap een betere rechtspositie zou moeten krijgen dan een werknemer die geen bestuurder van een vennootschap is. Voor de bestuurder geldt immers niet dat aan opzegging de RDA-procedure vooraf gaat en dus evenmin dat door het starten van die procedure het opzegverbod tijdens ziekte buiten werking wordt gesteld. Zou het niet de voorkeur verdienen, om te bepalen dat het opzegverbod niet geldt vanaf de schriftelijke bevestiging van de mededeling dat het voornemen tot opzegging bestaat, en binnen een maand na die mededeling is aangevangen met de procedure om tot opzegging te geraken, te weten een verzoek om toestemming tot ontslag aan de directeur van de arbeidsvoorzieningsorganisatie, hetzij een oproep tot een buitengewone vergadering van aandeelhouders met als agendapunt opzegging?'

De Tweede Kamer is er dus wel op gewezen dat de voorgestelde regeling niet gold voor bestuurders van vennootschappen en dat zij daardoor in een gunstiger positie zouden terechtkomen.

Andere wetsgeschiedenis

De stelling dat de wetgever de statutair directeur is vergeten lijkt verdedigbaar maar er kan ook een andere uitleg van de bedoelingen van

⁴ S.W. Kuip en C.G. Scholtens, *Flexibiliteit en Zekerheid, parlementaire geschiedenis*, Kluwer Deventer, 1999.

⁵ Die uitzondering betreft de ontslagprocedure voor werknemers van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie, waarbij de toetsing om voor de hand liggende redenen niet door de RDA maar door de zogenaamde 'ontslagcommissie' wordt uitgevoerd. Door een aanpassing van artikel 32 van de Arbeidsvoorzieningswet staat het intreden van de arbeidsongeschiktheid, nadat het voornemen om die werknemer te ontslaan ter toetsing aan de commissie is voorgelegd, niet meer aan het ontslag in de weg.

actualiteiten

In de toekomst kan in gelijke zaken anders worden beslist

de wetgever worden bepleit. Een van de doelstellingen die beoogd werden met de verandering van de wet was de RDA-route aantrekkelijker te maken ten opzichte van de kantonrechterroute. Het was de wetgever kennelijk een doorn in het oog dat de ontbindingsprocedure bij de kantonrechter meer en meer werd gebruikt ten detrimente van de procedure bij de RDA. Er werd steeds meer voor de kantonrechter gekozen omdat werknemers vaak arbeidsongeschikt raakten hangende een ontslagprocedure. Als dat gebeurde gedurende de procedure bij de RDA, dan was het niet meer mogelijk om de arbeidsovereenkomst nog op te zeggen. Veel werkgevers gingen liever meteen naar de kantonrechter om zich zodoende in ieder geval veel tijd en frustraties te besparen. Gezegd zou kunnen worden derhalve dat de wetswijziging het *doel* had om de RDA-procedure in een betere positie te brengen ten opzichte van de ontbindingsprocedure, en dat art. 7:670 lid 1 sub b alleen een *middel* was om dat doel te bereiken. In dat geval gaat de redenering van het hof wellicht niet op; de RDA-procedure gold immers ook onder het oude recht niet voor statutair directeuren.

De bedoeling van de wetgever is niet per se doorslaggevend. Zelfs als de wetgever bedoeld zou hebben om de mogelijkheden weg te nemen van werknemers inclusief statutair directeuren om hun ontslag te frustreren, betekent dat nog niet dat er beslist kan worden in strijd met de wettelijke regels. Dat de beslissing van het gerechtshof in strijd is met de letter van de wet, kan moeilijk worden betwist. Het wettelijk ontslagverbod bij ziekte geldt voor statutair directeuren ook ná 1 januari 1999 onverkort.

Geen laatste woord

Hoewel de uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch uit praktisch oogpunt ondersteuning verdient – omdat de strikte handhaving van het ontslagverbod in deze situaties geen redelijk doel dient – is het de vraag of hiermee over dit vraagstuk het laatste woord is gezegd. Aangezien de uitspraak op gespannen voet staat met de wet en gebaseerd is op een uitleg van de parlementaire geschiedenis die discutabel is, valt niet uit te sluiten dat er in de toekomst in gelijke zaken anders beslist zal worden. n

(advertentie)

Een witte bef met lef:
www.advocatenwerk.nl

HV PARTNERS

Postbus 10000, 3720 BA Utrecht
T 010 2400605