

Van Kalmthout / Meeùs ‘revisited’

ArbeidsRecht 2025/8

De bijna kwarteeuw oude Van Kalmthout-leer — die beoogt ‘vluchten in ziekte’ van met ontslag bedreigde bestuurders te voorkomen — vindt nog steeds algemene toepassing in ‘Vennootschapsland’. De auteurs, een oud-redacteur van dit tijdschrift (hij stond de heer Van Kalmthout indertijd bij) en een huidig redacteur, stellen in dit artikel de vraag of het wel in de haak is dat bestuurders door de vennootschap² die van hen af wil, nog steeds consequent worden geconfronteerd met een in 2000 in kort geding gewezen uitspraak van het Hof ‘s-Hertogenbosch; een uitspraak die weliswaar later door andere feitenrechtters is bevestigd en (gedeeltelijke) bijval oogst in de literatuur, maar die geen steun vindt in de wet.

1. Wat speelde er?

De heer Van Kalmthout had bij zijn ontslag een bijna veertigjarig dienstverband met (een rechtsvoorganger van) Meeùs³ achter de rug, waarvan de laatste vijf jaar als statutair directeur. Hij verloor het vertrouwen van de aandeelhouder van Meeùs door informatie over een op handen zijnde fusie, waarvan hem geheimhouding was opgelegd, te delen met een (bevriende) zakelijke relatie.

Van Kalmthout werd uitgenodigd voor een algemene vergadering van aandeelhouders (ava) die op 12 januari 2000 zou worden gehouden; zijn voorgenomen ontslag was het enige punt op de agenda. Daags voor de te houden ava meldde Van Kalmthout zich ziek en hij verscheen niet bij de ava. Niettemin werd hem als werknemer en als bestuurder ontslag verleend.

In kort geding beriep Van Kalmthout zich bij de Rechtbank Breda op de nietigheid van het ontslag als werknemer. Hij was ten tijde van het ontslag immers ziek en ook voor een bestuurder-werknemer, zo stelde Van Kalmthout met verwijzing naar het befaamde MAB/Levison-arrest,⁴ geldt het ontslagverbod tijdens ziekte.

De president van de Rechtbank Breda⁵ wilde daar niet aan. Zij hanteerde daartoe — op het spoor gezet door de advocaat van Meeùs — een op z’n minst originele redenering. Waar ‘gewone’ werknemers sinds 1 januari 1999 door opnemings in de wet van artikel 7:670 lid 1 (aanhef en sub b)

BW worden belet om te ‘vluchten in ziekte’ zodra een ontslagprocedure voor het ‘arbeidsbureau’ (toen RDA, thans UWV) is opgestart, is deze bepaling volgens de president ook (naar analogie) van toepassing op de opzegging door een vennootschap van een arbeidsovereenkomst met een bestuurder. In het vennootschapsrecht begint de ontslagprocedure van een bestuurder met de ontvangst van de oproeping voor de ava door die bestuurder. Nu Van Kalmthout zich pas daarna heeft ziek gemeld, werd hij, aldus de president, niet beschermd door het ontslagverbod tijdens ziekte.

Het Hof ‘s-Hertogenbosch⁶ vernietigde weliswaar het vonnis van de Bredase president, maar onderschreef de analoge toepassing van het bepaalde in artikel 7:670 lid 1 (aanhef en sub b) BW bij het ontslag van bestuurders van vennootschappen. Daarbij overwoog het hof onder meer dat de omstandigheid dat bij de parlementaire behandeling van de artikelen aangaande ontslagverboden geen aandacht is besteed aan de rechtspositie van bestuurders van vennootschappen, “(...) *geen aanknopingspunten biedt voor de opvatting dat een bestuurder [het hof bedoelt — mogen we aannemen — een vennootschap!] zich niet op deze bepalingen zou mogen beroepen*”.

Gezien de ratio voor invoering van het meergenoemde wetsartikel — te weten voorkomen dat ziekmelding nadat de werknemer kennis heeft genomen van het voornemen hem te ontslaan vertraging voor de ontslagprocedure met zich brengt — “(...) *acht ook het hof voorshands analoge toepassing bij het ontslag van bestuurders op zijn plaats*”.

Zoals R.A.A. Duk nog onlangs aan een van de auteurs van dit artikel bevestigde, heeft vervolgens intensief overleg plaatsgevonden over de vraag of al dan niet cassatie moest worden ingesteld. Op de analoge toepassing leek immers wel het een en ander af te dingen.

Omdat het hof echter meende dat de kans groot was dat het aan Van Kalmthout verleende ontslag door de bodemrechter kennelijk onredelijk⁷ zou worden bevonden en hem een voorschot op een schadevergoeding van 100.000 gulden had toegekend, is het nooit tot een cassatieprocedure gekomen. Het enkele dreigen met een cassatieprocedure had namelijk tot gevolg dat Van Kalmthout tenslotte een substantiële, voor hem acceptabele, vergoeding uit het vuur kon slepen.

Daarmee is wel een kans gemist dat de Hoge Raad zijn licht over de analoge toepassing heeft kunnen laten schijnen. Ook tot het instellen van cassatie in het belang der wet (dat indertijd had geleid tot het genoemde MAB/Levison-arrest) kwam het helaas niet.

1 Mr. J. J. (Jan) Trap is advocaat-mediator bij Vestius Advocaten te Amsterdam en oud-redacteur van dit tijdschrift (vanaf de oprichting per 1 januari 1994 tot 2007). Mr. P.A. (Petra) Charbon is advocaat bij Bergh Stoop & Sanders Advocaten te Amsterdam en is sinds 2007 redacteur van dit tijdschrift.

2 Deze vraag geldt sedert de invoering van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen per 1 juli 2021, ook voor verenigingen en stichtingen.

3 De besloten vennootschap Meeùs Onroerend Goed Holding BV.

4 HR 13 november 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0761, NJ 1993/265.

5 Rb. Breda 15 februari 2000, JAR 2000/76.

6 Hof ‘s-Hertogenbosch 22 augustus 2000, ECLI:NL:GHSHE:2000:AD6362, JAR 2000/207.

7 Art. 7:681 (oud) BW (dus pre-Wwz per 1 juli 2015).

2. Reacties

Vrij kort na de uitspraken van de rechtbank en het hof verschenen enkele artikelen waarin kritiek werd geïoefend op de oprekking van de werkingssfeer van artikel 7:670 lid 1 (aanhef en sub b) BW tot bestuurders van vennootschappen.

Zo meent Thierry in zijn noot bij het Bossche arrest dat de vergelijking tussen *ava* en RDA (nu dus UWV) mank gaat waar het gaat om het meewegen van ziekte bij een voorgenomen ontslag.⁸ Hij vindt dit, omdat de *ava* (anders dan de RDA) partij is in het geschil.

Nog kritischer waren Habermehl en Ambagtsheer in hun artikel in het *Advocatenblad*,⁹ die meenden dat de uitspraken van de president en het hof op gespannen voet stonden met de wet en voorspelden dat in de toekomst in gelijke zaken anders zou kunnen worden beslist. Deze auteurs onthulden dat, anders dan door het hof was overwogen, tijdens de parlementaire behandeling wel degelijk aandacht was gevraagd voor de rechtspositie van bestuurders van vennootschappen. In een faxbericht aan de Tweede Kamer van 28 april 1997 schreef de Nederlandse Orde van Advocaten ten aanzien van de bestuurder van een nv of bv:

“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....?”

Met recht kan dus de vraag worden gesteld of de wetgever de bestuurder werkelijk over het hoofd heeft gezien.

Ook De Boer¹⁰ vond de analoge redenering niet juist. Hij stelde 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. Omdat beide ontslagprocedures ook anderszins – bijvoorbeeld ten aanzien van hun duur – niet vergelijkbaar zijn, is een redenering naar analogie naar zijn mening niet gerechtvaardigd.

Tot slot is in het koor van critici nog te noemen De Waal.¹¹ Ook hij wijst erop dat de positie van de RDA, als onafhankelijke overheidsinstantie, wezenlijk verschilt van die van de *ava* als subjectief orgaan van de werkgever. Hij meent dat het hof de rol van de bestuurder in een *ava* miskent; het door hem kunnen geven van een raadgevende stem, dat volgens de auteur “doorgaans het karakter draagt van een sacraal dansje”, zal de aandeelhouder meestal niet afbrengen van zijn voornemen om tot ontslag over te gaan. Dit staat in

contrast met het feit dat de belangen van werknemers in het kader van de RDA-procedure (wel) gewaarborgd worden. De auteur besluit met te stellen dat de door het hof gekozen analogie geen navolging verdient, omdat deze niet voldoet aan de door de Hoge Raad aan analogieën gestelde eis dat deze passen in het systeem van de wet en aansluiten bij wél in de wet geregelde gevallen.

In de rechtspraak van feitenrechters van zowel voor als na de invoering van de Wwz, werd de Van Kalmthout-leer, ondanks de hierboven aangegeven bezwaren, evenwel omarmd.¹² Ook recente rechtspraak bewijst dat de ‘trouville’ in 2000 van de genoemde analoge toepassing nog steeds springlevend is. In zijn uitspraak in de *Volksbank-zaak*¹³ volgt het hof uitdrukkelijk de Van Kalmthout-leer. Het Hof Amsterdam¹⁴ knoopt eveneens aan bij de ‘bestendige lijn in de jurisprudentie’.

Inmiddels is de kritiek van rechtsgeleerde auteurs verstomd. Zo geeft Verburg¹⁵ aan dat de literatuur hetzelfde standpunt inneemt als de jurisprudentie.¹⁶

3. De Van Kalmthout-leer nader beschouwd

Geconcludeerd kan worden dat er inmiddels eenstemmigheid lijkt te bestaan over de wenselijkheid om ‘strategische’ ziekmeldingen van bestuurders de pas af te snijden; de voor gewone werknemers geldende antimisbruikbepaling van artikel 7:670 lid 1 (aanhef en sub b) BW kan blijkbaar zonder bezwaar worden opgerekt tot bestuurders. Ook lijkt het inmiddels een uitgemaakte zaak dat vanaf het moment waarop de bestuurder kennis draagt van de uitnodiging om te verschijnen op de *ava* waar zijn ontslag op de agenda staat, hij niet langer bescherming kan ontlenen aan het *MAB/Levison*-arrest. Dit ‘objectieverbaar en duidelijk moment’ wordt vergelijkbaar geacht met dat van de ontvangst van de ontslagaanvraag door het UWV.¹⁷ Opmerkelijk is intussen wel dat de meergenoemde analogie ook op dit punt een horde moet nemen: de uitnodiging voor de *ava* wordt gericht aan de bestuurder zelf, terwijl bij de gewone werknemer een derde partij, het UWV, de adressant is.¹⁸

Er valt inderdaad veel voor te zeggen dat de met ontslag bedreigde bestuurder, net als alle andere werknemers, zijn voorgenomen ontslag niet moet kunnen frustreren door de ‘vlucht in ziekte’. Dat is niet alleen voor de BV Nederland wel zo handig, maar lijkt op zich ook redelijk te achten. Waarom

8 D.M. Thierry, annotatie bij Hof ‘s-Hertogenbosch, 22 augustus 2000, ECLI:NL:GHSHE:2000:AD6362, JAR 2000/207.

9 *Advocatenblad*, 26 januari 2001.

10 *Vennootschap en Onderneming*, februari 2001, nr. 2.

11 P.J. de Waal, ‘Een gemanteerde analogie’, *ArbeidsRecht* 2000/67.

12 Zie onder meer Rb. Utrecht 4 april 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW1741; Rb. Rotterdam 5 april 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2979 en Rb. Noord-Holland 1 april 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:3264.

13 Hof Arnhem-Leeuwarden 30 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4294.

14 Hof Amsterdam 23 mei 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1514.

15 L.G. Verburg in zijn recent verschenen herdruk *De bestuurder van de NV of BV (O&R nr. 152)* 2024/10.5.2, noot 1.

16 Opgemerkt zij dat dit jurisprudentie van de feitenrechter betreft, die voornamelijk in kort geding is geweest.

17 Rb. Noord-Holland 17 april 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:3264.

18 J.H. Bennaars, ‘Antimisbruikbepaling opzegverbod tijdens ziekte en de vennootschapsbestuurder’, *ArbeidsRecht* 2021/47.

zou de bestuurder moeten worden 'voorgetrokken' ten opzichte van andere werknemers?

De ontvangst door de bestuurder van de (in de wet, anders dan de oproeping van aandeelhouders, niet geregelde¹⁹) uitnodiging voor de ava lijkt daarbij inderdaad een bruikbaar aangrijpingspunt om te bepalen of hij al dan niet beschermd wordt door het ontslagverbod tijdens ziekte. Dat dit in de praktijk leidt tot de onsympathieke 'overvaltechniek', waarbij de bestuurder — naar valt aan te nemen, onaangenaam — wordt verrast met het hem doen toekomen (vaak per e-mail) van een uitnodiging voor de ava, moet daarbij op de koop toe worden genomen. In zoverre gaat de analogie wel op, dat ook bij de gewone werknemer veelal een *pre-emptive strike* wordt toegepast door een ontslagaanvraag bij het UWV in te dienen,²⁰ voordat hij over het voorgenomen ontslag wordt geïnformeerd.

Onbevredigend blijft echter dat de juridische basis voor de Van Kalmthout-leer gammel is. Niet alleen biedt de wetsgeschiedenis geen steun voor deze doctrine, ook heeft de Hoge Raad hierover nooit zijn licht laten schijnen. Bij de stelling van Verburg dat het oordeel van de Hoge Raad in een uitspraak in 2022 (impliciet) steun biedt aan de Van Kalmthout-leer,²¹ kunnen naar onze mening vraagtekens worden gezet, waar de Hoge Raad in die uitspraak nergens de bestuurder noemt.

Het valt moeilijk te ontkennen, zoals de hiervoor aangehaalde kritische auteurs reeds opmerkten, dat de analogie die in 2000 haar primeur beleefde, op enkele punten mank gaat. Met name het feit dat het UWV — of, bij toepassing van de invoering van de Wwz ingevoerde artikel 7:671b lid 7 BW, de kantonrechter — als objectieve instantie bij zijn beoordeling van (de gegrondheid van) het voorgenomen ontslag rekening kan houden met een ingetreden ziekte, steekt schril af tegen het subjectieve oordeel dienaangaande van de met de werkgever te vereenzelvigen ava.

Dat voorts de bestuurder zich naast het tandeloze hoorrecht ex artikel 2:8 BW alleen kan beroepen op het eerdergenoemde 'sacraal dansje' van het uitbrengen van zijn raadgevende stem (waaraan door de ava doorgaans wordt voorbijgegaan²²), staat voorts in sterk contrast met het aan de werknemer toekomende recht tot het voeren van zorgvuldig verweer, ook over ingetreden arbeidsongeschiktheid,

bij UWV of kantonrechter. Kortom: de positie van de bestuurder, die zich ziek meldt na de ontvangst van de uitnodiging voor de ava, kan wat betreft het serieus kunnen voeren van verweer rechtens niet of nauwelijks op één lijn worden gesteld met die van een werknemer die zich ziek meldt na ontvangst van de ontslagaanvraag door het UWV²³ of het ontbindingsverzoek door de kantonrechter.

Terzijde zij nog gewezen op het voor de bestuurder negatieve effect van de tijdsdruk waaraan hij, anders dan gewone werknemers, veelal blootstaat tijdens de 'ontslagprocedure'. Dat alles wettigt naar onze mening de conclusie dat de toch al veel zwakkere positie van de bestuurder, vergeleken met die van de gewone werknemer, door toepassing van de Van Kalmthout-leer verder wordt verzwakt. Vanuit de gedachte 'hoge bomen vangten nu eenmaal veel wind' is dat misschien verdedigbaar. Maar gezien vanuit het oogpunt van de bestuurder is die verzwakking zonder wettelijke basis toch bepaald onbevredigend te noemen.

4. Hoe nu verder met de Van Kalmthout-leer?

In onze ogen verdient de Van Kalmthout-leer het niet om te zijner tijd zijn halve-eeuwjubileum te beleven. Niet alleen ontbreekt het deze leer aan een solide basis die is gegrond op de wet of de jurisprudentie van de Hoge Raad, maar ook kleven er voor de bestuurder bezwaren aan die voor andere werknemers ontbreken. Omdat het nog lang kan duren voordat de Hoge Raad zich over de meergenoemde analoge toepassing heeft uitgesproken, is ons inziens wetgeving op het punt van de ziekmelding van met ontslag bedreigde bestuurders geboden.

Bennaars heeft er in dit tijdschrift²⁴ op gewezen dat de wetgever diverse kansen heeft gemist om de antimisbruikregeling in geval van ziekte bij een bestuurdersontslag te codificeren. Zij vindt dat het aanbeveling verdient dat de wetgever, net als bij 'gewone' werknemers, een heldere antimisbruikwetgeving formuleert. Die zou volgens Bennaars het beste passen in artikel 7:670 BW, met een verwijzing naar deze bepaling in artikel 7:671b BW.

Wij zijn het bijna op alle door Bennaars gesignaleerde punten²⁵ met haar eens. Onderdeel van een gedegen antimisbruikwetgeving zou wat ons betreft kunnen zijn dat bij de vraag of de opzegging van de bestuurder het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever (zie artikel 7:682 lid 3 sub b BW), in aanmerking moet worden genomen in hoeverre diens arbeidsongeschiktheid door de ava is meegewogen.

19 Bestuurders en commissarissen hebben wettelijk een raadgevende stem, maar de wet zegt niets over hoe zij in de gelegenheid moeten worden gesteld die uit te brengen. Er moet voldaan zijn aan de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW) en het ligt in de rede te verlangen dat de uitnodiging om de ava bij te wonen, hen aantoonbaar heeft bereikt.

20 Het zogenoemde 'A-formulier'.

21 L.G. Verburg in zijn zojuist verschenen herdruk *De bestuurder van de NV of BV* (O&R nr. 152) 2024/10.5.2, noot 2, over HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:276. Deze beschikking ziet op een 'gewone' werknemer en biedt hooguit steun voor de stelling dat de Hoge Raad ten aanzien van die werknemer de beperking van het opzegverbod wegens ziekte serieus neemt.

22 Wanneer de bestuurder niet in de gelegenheid is gesteld zijn raadgevende stem te geven, is het besluit van de ava echter vernietigbaar.

23 Bedacht dient te worden dat deze werknemer na het verlenen van de ontslagvergunning alsnog herstel van de arbeidsovereenkomst kan vorderen, vgl. art. 7:682 lid 1 sub a BW.

24 J.H. Bennaars, 'Antimisbruikbepaling opzegverbod tijdens ziekte en de vennootschapsbestuurder', *ArbeidsRecht* 2021/47.

25 Anders dan Bennaars menen wij dat bestuurders ondanks het mogen uitbrengen van een raadgevende stem, niet vergadergerechtigd zijn, gezien de stellige bewoordingen van art. 2:227 lid 2 BW.

5. Oproep aan de wetgever

Het louter sturen van een uitnodiging aan de bestuurder waardoor hem ontslagbescherming tijdens ziekte wordt ontnomen zonder dat hem een behoorlijk recht van verweer toekomt, relativeert al lange tijd in belangrijke mate de betekenis van het *MAB/Levison*-arrest. De vraag is of dat de bedoeling kan zijn. Zolang de Hoge Raad zich hierover niet uitspreekt, is het woord aan de wetgever. Daarbij past gezien de grote maatschappelijke en juridische impact die het ontslag van bestuurders pleegt te hebben, ons inziens, best enige urgentie.

De nieuwe minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid zou de eerste steen kunnen leggen.