



Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 2 juli 2015, 2015-0000160660, tot Regeling aanwijzing directeur-grootaandeelhouder 2016

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,

Gelet op artikel 6, vijfde lid, van de Ziektewet, 6, vijfde lid, van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering, 6, vierde lid, van de Werkloosheidswet en artikel 3:17, tweede lid, van de Wet arbeid en zorg;

Besluit:

Artikel 1

In deze regeling wordt verstaan onder:

a. *bestuurder*:

1. de bestuurder van een vennootschap, bedoeld in artikel 132 of 242 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, of
2. ingeval de bestuurder een rechtspersoon is, de natuurlijke persoon, die de werkzaamheden voor de vennootschap als bestuurder feitelijk verricht;

b. *echtgenoot*:

de persoon die met de bestuurder is gehuwd of op grond van artikel 1 van de Ziektewet met de echtgenoot wordt gelijk gesteld of als gehuwd wordt aangemerkt;

c. *vennootschap*:

een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid als bedoeld in de Titels 4 en 5 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel 2

1. Onder de directeur-grootaandeelhouder, bedoeld in artikel 6, eerste lid, onderdeel d, van de Ziektewet, artikel 6, eerste lid, onderdeel d, van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering, artikel 6, eerste lid, onderdeel d, van de Werkloosheidswet en artikel 3:17, eerste lid, onderdeel b, onder 5°, van de Wet arbeid en zorg wordt verstaan:
 - a. de bestuurder die, al dan niet tezamen met zijn echtgenoot, houder is van een zodanig aantal aandelen, al dan niet van een bepaalde soort of aanduiding als bedoeld in artikel 242, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, dat hij, al dan niet tezamen met zijn echtgenoot, ingevolge de statuten van de vennootschap over zijn ontslag kan besluiten; of
 - b. de bestuurder die, tezamen met bloed- of aanverwanten tot en met de derde graad, al dan niet tezamen met zijn echtgenoot, houder is van aandelen, al dan niet van een bepaalde soort of aanduiding als bedoeld in artikel 242, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, die ten minste tweederde van de stemmen vertegenwoordigen, zodat hij, tezamen met zijn bloed- of aanverwanten tot en met de derde graad, al dan niet tezamen met zijn echtgenoot, over zijn ontslag kan besluiten.
2. Onder de directeur-grootaandeelhouder, bedoeld in artikel 6, eerste lid, onderdeel d, van de Ziektewet, artikel 6, eerste lid, onderdeel d, van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering, artikel 6, eerste lid, onderdeel d, van de Werkloosheidswet en artikel 3:17, eerste lid, onderdeel b, onder 5°, van de Wet arbeid en zorg wordt tevens verstaan de bestuurder die een zodanige zeggenschap heeft binnen die vennootschap door tussenkomst van een of meer rechtspersonen, waarvan hij bestuurder is, al dan niet met elkaar in een groep verbonden, of door tussenkomst van vennootschappen waarvan hij aandelen houdt, dat hij hierdoor over zijn ontslag kan besluiten. Het eerste lid is ten aanzien van de relatie tot de echtgenoot en bloed- en aanverwanten van overeenkomstige toepassing.
3. Onder de directeur-grootaandeelhouder, bedoeld in artikel 6, eerste lid, onderdeel d, van de Ziektewet, artikel 6, eerste lid, onderdeel d, van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering, artikel 6, eerste lid, onderdeel d, van de Werkloosheidswet en artikel 3:17, eerste lid, onderdeel b, sub 5°, van de Wet arbeid en zorg worden voorts verstaan bestuurders die samen alle aandelen van de vennootschap bezitten en als aandeelhouders een gelijk of nagenoeg gelijk deel van het kapitaal van de vennootschap vertegenwoordigen. Indien een bestuurder aandelen van de vennootschap bezit door tussenkomst van een of meer rechtspersonen waarvan hij bestuurder is



of van vennootschappen waarvan hij aandelen houdt, is de eerste zin van overeenkomstige toepassing.

Artikel 3

Deze regeling is van overeenkomstige toepassing op de bestuurder van een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal die niet naar Nederlands recht is opgericht.

Artikel 4

De Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder wordt ingetrokken.

Artikel 5

Deze regeling treedt in werking met ingang van 1 januari 2016.

Artikel 6

Deze regeling wordt aangehaald als: Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder 2016.

Deze regeling zal met de toelichting in de Staatscourant worden geplaatst.

Den Haag, 2 juli 2015

*De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
L.F. Asscher*



TOELICHTING

1. Inleiding

De onderhavige regeling (hierna: nieuwe regeling) vervangt de Regeling aanwijzing directeur-grotaandeelhouder (hierna: oude regeling). Naar aanleiding van de inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (hierna: Wet Flex-BV) met ingang van 1 oktober 2012 was het gewenst de oude regeling aan te passen. Ook is in deze regeling rekening gehouden met ontwikkelingen in de jurisprudentie. Daarbij is beoogd voor het merendeel van de bestuurders van vennootschappen de bestaande situatie te continueren zonder dat aanpassing van de statuten daarvoor nodig is. Bedoeld is om de bestaande praktijk te verduidelijken en alleen waar nodig aan te passen in verband met wetgeving en jurisprudentie. Ten behoeve van de leesbaarheid is er voor gekozen de oude regeling volledig te vervangen. De regeling is van toepassing op bestuurders van vennootschappen, naast de BV (besloten vennootschap) ook de NV (naamloze vennootschap).

2. Achtergrond oude regeling

De oude regeling voorzag in nadere regels met betrekking tot de omschrijving van het begrip directeur-grotaandeelhouder (hierna: dga). Daarbij werd aangesloten bij een aantal criteria die destijds door de Federatie Bedrijfsverenigingen (hierna: FBV) werden afgeleid van de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep (hierna: CRvB). Sinds de uitspraak CRvB van 4 oktober 1985 (RSV 1986/21) werd er voor de toepassing van de werknemersverzekeringen vanuit gegaan dat de arbeidsverhouding van een dga en een vennootschap in het algemeen niet als een arbeidsovereenkomst kon worden aangemerkt en dat de dga om die reden niet als werknemer in de zin van de werknemersverzekeringen kon worden aangemerkt. De vraag of sprake was van een dienstbetrekking moest voor toepassing van de werknemersverzekeringen worden beoordeeld aan de hand van de feitelijke situatie en niet van de formele situatie. Met ingang van 1 januari 1998 was in verband hiermee in artikel 6 van de sociale verzekeringswetten expliciet bepaald, dat de arbeidsverhouding van de dga niet als dienstbetrekking wordt beschouwd. Er was wel behoefte op grond van artikel 6, vijfde lid, nadere regels te stellen om kenbaar te maken wanneer sprake is van een dga, waarbij de genoemde criteria van de FBV in de regeling zijn vastgelegd.

Uitgangspunt van de oude regeling was dat als de dga de feitelijke macht had in de algemene vergadering van aandeelhouders van de vennootschap, hij daaraan niet ondergeschikt was en er daarmee geen sprake was van een reële gezagsverhouding. Omdat er op die grond geen sprake was van een arbeidsovereenkomst in de zin van de werknemersverzekeringen was werknemerschap niet aan de orde en daarmee ook geen verplichte verzekering voor de werknemersverzekeringen. De ondergeschiktheid werd in de oude regeling bepaald aan de hand van de omvang van het aandelenbezit of het aantal stemmen dat uitgebracht kon worden in de algemene vergadering van aandeelhouders.

3. Nieuwe regeling

3.1 Uitgangspunt

De nieuwe regeling bevat criteria voor de beoordeling van de verzekeringsplicht van de statutair bestuurder van een vennootschap. Uitgangspunt is artikel 3 van de Ziektewet¹, de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering en de Werkloosheidswet. Degene die een arbeidsovereenkomst heeft met de vennootschap, staat formeel onder gezag van de vennootschap en daarmee is voldaan aan de voorwaarden van verzekeringsplicht. Niet van belang is welke personen deel uitmaken van het orgaan van de vennootschap dat instructies kan geven aan die persoon. Of materieel sprake is van een gezagsverhouding is niet relevant. Vergelijk ook uitspraak HR 22 maart 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BY9295) en CRvB 22 januari 2014 (ECLI:NL:CRVB:2014:227).

Indien de bestuurder een arbeidsovereenkomst heeft met de vennootschap en op grond daarvan de verplichting heeft persoonlijk arbeid te verrichten tegen een beloning en formeel onder gezag van de vennootschap staat, en daarmee in dienstbetrekking tot de vennootschap staat, is hij in beginsel verzekerd voor de werknemersverzekeringen (Ziektewet, Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering, Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen, en Werkloosheidswet). Dat is anders indien hij een dga is. Artikel 6 van de relevante werknemersverzekeringswetten bepaalt dat niet als dienstbetrekking wordt beschouwd de arbeidsverhouding van de dga en dat bij ministeriële regeling wordt geregeld

¹ Verzekering voor de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen via artikel 8, eerste lid, van die wet waarin als werknemer wordt aangemerkt 'de werknemer in de zin van de Ziektewet'.



wat onder dga moet worden verstaan. De regeling regelt voor welke gevallen er een uitzondering is op de normale regels voor de verzekeringsplicht, indien er sprake is van een bestuurder van een vennootschap. In die uitzonderingsgevallen is er dan geen sprake van een dienstbetrekking.

Voor de Wet arbeid en zorg gaat het er om, dat de dga als zelfstandige wordt beschouwd en op grond daarvan in aanmerking komt voor uitkeringen op grond van die wet voor zelfstandigen. De criteria voor het zelfstandige zijn van een dga op grond van artikel 3.17, eerste lid, onderdeel b, onder 5°, van die wet stemmen overeen met die voor het niet aanmerken van de arbeidsverhouding van de dga als dienstbetrekking. Daarom is deze regeling, net als de oude regeling, mede gebaseerd op artikel 3.17, tweede lid van de Wet arbeid en zorg.

Leidend beginsel is dat er geen sprake is van een 'gezagsverhouding', indien de bestuurder kan besluiten over zijn ontslag. Hetgeen betekent dat hij niet tegen zijn wil ontslagen kan worden. Net als in de oude regeling gaat het in de nieuwe regeling ook om het vaststellen van de feitelijke macht binnen de vennootschap op basis van de statutaire regelingen van de vennootschap over het besluiten over ontslag van de statutair bestuurder. Indien de statutair bestuurder, afzonderlijk of met echtgenoot en/of familieleden, op grond van zijn statutaire positie de beslissende stem heeft in het besluit over zijn ontslag, is er geen sprake van ondergeschiktheid en daarmee niet van een reële gezagsverhouding en geen werknemerschap. Een verplichte werknemersverzekering is dan niet aan de orde. De ondergeschiktheid en gezagsverhouding of het ontbreken ervan worden gebaseerd op het stemrecht in het besluit over ontslag. De bevoegdheden ten aanzien van het besluiten over ontslag moeten worden bepaald aan de hand van openbare stukken te weten de statuten.

Daarnaast wordt geen ondergeschiktheid aangenomen indien er sprake is van nevengeschiktheid. De nevengeschiktheid van de bestuurders blijkt in dat geval uit het gelijkwaardige economisch belang van de bestuurders als aandeelhouders. Dit wordt bepaald aan de hand van het aandeel in het kapitaal van de vennootschap.

Deze regeling heeft geen betrekking op de niet-statutair bestuurder van de vennootschap of op familieleden van een statutair bestuurder, of op de aandeelhouder met een dienstbetrekking anders dan als bestuurder. Voor de beoordeling van de arbeidsrelatie van die personen wordt volgens bestaand algemeen beleid vastgesteld of er een gezagsrelatie is. Ook is de regeling niet van toepassing op de bestuurder van een (coöperatieve) vereniging; vergelijk HR 5 juli 2013 (ECLI:NL:CRVB:2013:884).

In de oude regeling was UWV bevoegd, in afwijking van de hoofdregel, een bestuurder niet als directeur-groootaandeelhouder aan te merken, indien deze door feiten en omstandigheden aantoonde daadwerkelijk ondergeschikt te zijn aan de algemene vergadering van de vennootschap. Op grond van de Wet Flex BV kan de vennootschap de positie van een bestuurder zo regelen dat deze wel of niet als dga wordt aangemerkt. Een beslissing over het al dan niet verzekerd zijn in afwijking van de regeling is daarmee overbodig geworden. Indien de bestuurder of de vennootschap een beslissing wil over het al dan niet bestaan van een verzekerde dienstbetrekking, kan het UWV of de inspecteur op verzoek van de bestuurder of de vennootschap bepalen of sprake is van een dienstbetrekking, die tot verzekering voor de werknemersverzekeringen leidt. De bevoegdheid tot vaststelling van de verzekeringsplicht berust bij de inspecteur op grond van artikel 59, derde lid, Wet financiering sociale verzekeringen indien het gaat om een verzoek van de werkgever (in dit geval de vennootschap), en bij het UWV, indien het gaat om vaststelling op verzoek van de werknemer (in dit geval de bestuurder) op grond van artikel 72c van de Ziektewet, artikel 127a van de Werkloosheidswet en artikel 7, tweede lid, van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen.

3.2 Wet Flex BV

Kern van de Wet Flex BV is de vrijheid tot inrichting van de besloten vennootschap, waaronder meer vrijheid in vormgeving en de bevoegdheid tot benoeming en ontslag van bestuurders. Statuten kunnen bepalen dat bestuurders niet worden benoemd en ontslagen door de algemene vergadering van aandeelhouders, maar door een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding of een ander orgaan binnen de vennootschap (artikelen 2: 242 en 2:244 van het Burgerlijk Wetboek). Ook kan een one tier model van toepassing zijn, waarbij er binnen het bestuursorgaan onderscheid wordt gemaakt tussen bestuurders belast met uitvoerende werkzaamheden en bestuurders die toezicht houden op deze werkzaamheden. Ook dan blijft gelden dat de statuten bepalen hoe de benoeming en het ontslag geschieden. De oude regeling was op de Flex BV niet volledig toegesneden. In de praktijk leidde dit tot vragen over de verzekeringsplicht van de dga. Om meer duidelijkheid te creëren is deze nieuwe regeling vastgesteld.



ARTIKELSGEWIJS

Artikel 1

Het gaat om de statutair bestuurder van een vennootschap; niet om een zogeheten 'titulair' of 'commercieel' directeur. Laatstgenoemden zijn namelijk in het algemeen in dienstbetrekking werkzaam wegens de gezagsverhouding tot en daarmee ondergeschikt aan de vennootschap. Een bestuurder van een vennootschap kan ook een rechtspersoon zijn. In dat geval wordt als bestuurder tevens aangemerkt de natuurlijke persoon die namens de rechtspersoon de werkzaamheden voor de vennootschap als bestuurder feitelijk verricht. Deze gelijkstelling met de bestuurder is vooral van belang voor de toepassing van artikel 2, tweede lid, van deze regeling bij tussenplaatsing van een rechtspersoon.

De begripsomschrijving van 'echtgenoot' sluit aan bij wie in artikel 1 van de Ziektewet, en de overeenkomstige bepalingen in de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen, de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering, de Werkloosheidswet en de Wet arbeid en zorg, de wetten waarop deze regeling is gebaseerd, als gehuwd en echtgenoot worden aangemerkt. In die wetten wordt op gelijklopende wijze geregeld dat als echtgenoot ook wordt aangemerkt de geregistreerde partner en de ongehuwde meerderjarige met wie een gezamenlijke huishouding wordt gevoerd. Daarvan is geen sprake indien die gezamenlijke huishouding wordt gevoerd met een bloedverwant in de eerste graad. Daarom wordt in onderdeel b alleen verwezen naar de Ziektewet.

In deze regeling wordt verwezen naar de artikelen 6 van de Ziektewet, de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering en de Werkloosheidswet. Het gaat echter ook om verzekeringsplicht op grond van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen. Verzekerd voor die wet en dus werknemer in de zin van die wet is echter op grond van artikel 8, de verzekerde voor de Ziektewet. Daarmee kan voor de verzekering voor de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen worden volstaan met de verwijzing naar de Ziektewet. De verzekering voor de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering zal niet meer zelfstandig bestaan, maar er kunnen nog aanspraken op grond van die wet kunnen worden vastgesteld. Om die reden wordt in deze regeling nog naar het geldende artikel van die wet verwezen. De dga waarnaar in artikel 3:17 van de Wet arbeid en zorg wordt verwezen is zoals hiervoor in het algemene deel is uiteengezet zelfstandige in de zin van die wet.

Artikel 2, eerste lid

Bepalend voor deze regeling is dat de bestuurder tevens aandeelhouder is en op grond hiervan kan besluiten over zijn ontslag. Besluiten over ontslag worden genomen in een algemene vergadering of door een ander orgaan van de vennootschap. Onder algemene vergadering wordt de algemene vergadering van aandeelhouders binnen de vennootschap, zowel de naamloze vennootschap als de besloten vennootschap, verstaan met de bevoegdheden die worden genoemd in afdeling 4 van de titel 4 respectievelijk 5 van Boek 2 van het BW. Onder 'ander orgaan' wordt een ander orgaan dan de algemene vergadering bedoeld. Die andere organen worden genoemd in artikel 78a respectievelijk 189a van Boek 2 van het BW. Meer concreet betreft het een 'ander orgaan' als bedoeld in artikel 244, eerste lid, van Boek 2 van het BW, dat volgens de statuten van de vennootschap bevoegd is de bestuurder te ontslaan of de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding, bedoeld in artikel 242, eerste lid, van Boek 2 van het BW.

Het eerste en tweede lid zien op het element *gezagsverhouding* in het specifieke geval van de dga. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst ook sprake dient te zijn van de *verplichting tot het persoonlijk verrichten van arbeid* alsmede van de *verplichting tot betaling van loon*. Indien een persoon niet daadwerkelijk in het bedrijf werkzaam is, of geen loon ontvangt, is er op die grond al geen sprake van een arbeidsovereenkomst en behoeft het element gezagsverhouding niet (meer) te worden getoetst.

Indien de bestuurder van een vennootschap werkzaam is in een feitencomplex als bedoeld in de onderdelen a, of b van het eerste lid, wordt deze persoon aangemerkt als een niet voor de werknemersverzekeringen verzekerde dga. De positie van de bestuurder wordt bepaald op basis van zijn zeggenschap, tezamen met zijn echtgenoot en/of bloed- en aanverwanten tot en met de derde graad, over zijn ontslag op grond van de statuten van de vennootschap. Stemovereenkomsten zullen in het algemeen grond zijn voor de bestuurder om zich daarnaar te gedragen, maar ze doen niet af aan hetgeen in de statuten is geregeld. Anders dan de statuten van de vennootschap is een stemovereenkomst in beginsel ook niet kenbaar voor derden. Ook aan aandelen die in pand of vruchtgebruik zijn gegeven of onder bewind vallen is stemrecht verbonden en deze worden bij de bestuurder in aanmerking genomen voor het bepalen van zeggenschap. Op met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen kan geen stemrecht worden uitgeoefend en zij geven de houder geen zeggenschap in de vennootschap.

Onderdeel a

Indien een bestuurder al dan niet tezamen met zijn echtgenoot in staat is binnen de algemene



vergadering of een ander orgaan van de vennootschap te besluiten over zijn ontslag en daarmee een eventueel besluit over zijn ontslag te blokkeren wordt hij voor de werknemersverzekeringen aangemerkt als dga. Er wordt dan verondersteld dat een gezagsverhouding ontbreekt; van ondergeschiktheid van de bestuurder is geen sprake. In dit nieuwe onderdeel a zijn de onderdelen a en b van de oude regeling samengevoegd.

Voor de goede orde: voor de toepasselijkheid van onderdeel a is vereist dat de bestuurder zelf aandelen bezit. Dit onderdeel is niet van toepassing indien alleen zijn echtgenoot aandelen heeft. De bestuurder heeft in dat geval geen enkele zeggenschap in het besluit over zijn ontslag. Als hij geen enkele zeggenschap over zijn ontslag heeft, maar zijn echtgenoot wel, dan wordt aangenomen dat dit een bewuste keuze is; dan is er reden om de arbeidsverhouding wel als dienstbetrekking te beschouwen. Indien de bestuurder en de echtgenoot elk aandelen hebben, is de verhouding in aandelen en zeggenschap tussen de bestuurder en de echtgenoot niet van belang. Verondersteld wordt dat de bestuurder kan besluiten over zijn ontslag als hij samen met zijn echtgenoot kan besluiten over zijn ontslag. Daarbij is de aanname dat de echtgenoot in dezelfde zin zal stemmen als de bestuurder ('meestemmen'). Niet van belang is of vaststaat dat in een concrete situatie in dezelfde zin gestemd zal worden of wordt.

Onderdeel b

Indien een bestuurder al dan niet tezamen met zijn echtgenoot en/of bloed- of aanverwanten houder is van aandelen, al dan niet van een bepaalde soort of aanduiding als bedoeld in artikel 2:242, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, die ten minste twee derde van de stemmen vertegenwoordigen zodat hij in staat is binnen de algemene vergadering of een ander orgaan van de vennootschap over zijn ontslag te besluiten of in ieder geval niet tegen zijn wil kan worden ontslagen, wordt hij voor de werknemersverzekeringen aangemerkt als dga. Er wordt dan verondersteld dat een gezagsverhouding ontbreekt; van ondergeschiktheid van de bestuurder is geen sprake.

In artikel 2, eerste lid, onderdeel d, van de oude regeling was bepaald dat de bestuurder van een vennootschap als dga werd aangemerkt indien ten minste tweederde van de aandelen werd gehouden door de bloed- of aanverwanten tot en met de derde graad. De eis van ten minste tweederde was dus ook al opgenomen in de oude regeling. In geval de bestuurder, al dan niet met zijn echtgenoot, niet over zijn ontslag kan besluiten en het besluit mede genomen wordt door bloed- en aanverwanten tot en met derde graad, wordt ook in deze regeling een groter aandelenbezit geëist. Het is een versterkte eis om aan te geven wanneer een vennootschap in handen van een familie is. De Hoge Raad heeft in het arrest van 22 maart 2013 ter zake overwogen dat de bepaling niet kon worden toegepast indien de bloed- en aanverwanten zelf niet ten minste tweederde van de aandelen hadden, waarbij de aandelen van de bestuurder niet werden meegerekend.² Met de nieuwe formulering 'de bestuurder van de vennootschap *die tezamen* met zijn bloed- of aanverwanten tot en met de derde graad, al dan niet tezamen met zijn echtgenoot' wordt aangesloten bij de oorspronkelijke bedoeling van de oude regeling om de aandelen van de bestuurder, en van zijn bloed- en aanverwanten tot en met de derde graad *gezamenlijk*, en van zijn echtgenoot in aanmerking te nemen om te beoordelen of zij de bestuurder kunnen ontslaan. Bovendien wordt hierbij in deze regeling uitgegaan van een gezamenlijke vertegenwoordiging van ten minste tweederde van de stemmen. Dit hoeft niet per se in te houden dat daarmee ook tweederde van het kapitaal is vertegenwoordigd. Uitgaande van de bepalingen over besluiten die met versterkte meerderheid van stemmen worden uitgebracht (zie artikel 134 en 244 Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek) zal het hierbij ook meestal wel gaan om een vertegenwoordiging van meer dan de helft van het kapitaal. Deze bepaling heeft gevolgen voor bestuurders die alleen onder de uitleg van de Hoge Raad als verzekerd werden aangemerkt. Zij zullen met deze bepaling als niet verzekerd worden beschouwd. Nu is duidelijk, dat ondanks de uitspraak van de Hoge Raad er geen sprake is van verzekeringsplicht. De nieuwe regels hebben directe werking.

Voor de toepasselijkheid van onderdeel b is vereist dat de bestuurder zelf aandelen bezit. Dit onderdeel is niet van toepassing als alleen zijn bloed- en aanverwanten tot en met de derde graad al dan niet tezamen met zijn echtgenoot, aandelen bezitten. De bestuurder heeft in dat geval geen enkele zeggenschap in het besluit over zijn ontslag. Als hij geen enkele zeggenschap over zijn ontslag heeft, maar zijn bloed- en aanverwanten tot en met de derde graad, al dan niet met zijn echtgenoot wel, dan wordt aangenomen dat dit een bewuste keuze is; dan is er reden om de arbeidsverhouding wel als dienstbetrekking te beschouwen. Indien de bestuurder en bloed- en aanverwanten tot en met de derde graad, al dan niet tezamen met de echtgenoot, elk aandelen hebben, is de verhouding in aandelen en zeggenschap tussen de bestuurder en de bloed- en aanverwanten tot en met de derde graad en de echtgenoot niet van belang. Verondersteld wordt dat de bestuurder kan besluiten over zijn ontslag als hij samen met zijn bloed- en aanverwanten tot en met de derde graad, al dan niet tezamen met zijn echtgenoot kan besluiten over zijn ontslag. Daarbij is de aanname dat de bloed- en aanverwanten tot en met de derde graad en/of de echtgenoot in dezelfde zin stemmen als de bestuurder ('meestem-

² ECLI:NL:HR:2013:BY9295



men'). Niet van belang is of vaststaat dat in een concrete situatie in dezelfde zin gestemd zal worden of wordt.

Artikel 2, tweede lid

Het is mogelijk dat een bestuurder werkzaam is bij een vennootschap, waarvan de aandelen geheel of gedeeltelijk in handen zijn van een andere rechtspersoon, bijvoorbeeld van een andere vennootschap of een stichting. Ook dan dient te worden bezien hoe de feitelijke zeggenschap binnen de vennootschap geregeld is.

Het tweede lid heeft betrekking op de bestuurder die zeggenschap heeft door tussenkomst van een rechtspersoon. Ingeval de bestuurder van de vennootschap een rechtspersoon is, wordt gekeken naar de positie van de natuurlijke persoon, die niet zelf statutair bestuurder is van de vennootschap, maar de werkzaamheden voor de vennootschap als bestuurder feitelijk verricht. In dat geval komt aan de tussengeschoven houdstermaatschappij weinig betekenis toe als de natuurlijke persoon persoonlijk werkzaamheden als bestuurder van de onderliggende rechtspersoon moet verrichten.

In het tweede lid is aansluiting gezocht bij de formulering in het eerste lid en hiermee ook bij de Wet Flex-BV. Concreet betekent dit dat de bestuurder die een zodanige zeggenschap in de vennootschap heeft door tussenkomst van een rechtspersoon, dat hij in staat is te besluiten over zijn ontslag bij de vennootschap, ook wordt aangemerkt als dga. Indien die andere rechtspersoon een vennootschap is, is wel vereist, dat de bestuurder tevens aandelen houdt van die vennootschap en op grond daarvan zeggenschap heeft. Die zeggenschap kan tezamen met bloed- en/of aanverwanten tot en met de derde graad, en echtgenoot, worden uitgeoefend op de zelfde wijze als in het eerste lid is bedoeld door het van overeenkomstige toepassing verklaren van het eerste lid. Hierna worden enkele voorbeelden gegeven om de verschillende omstandigheden verder te verduidelijken.

Voorbeeld 1

A is statutair bestuurder van de BV X. De aandelen van BV X waaraan stemrecht is verbonden zijn geheel in handen van BV Y. A is bestuurder en enig aandeelhouder van BV Y. A moet worden aangemerkt als dga en valt niet onder de werknemersverzekeringen, omdat A statutair bestuurder is van BV X en via BV Y heeft hij zeggenschap over zijn ontslag in BV X.

Voorbeeld 2

BV Y is enig aandeelhouder en statutair bestuurder van BV X. Namens Y BV verricht A de werkzaamheden als bestuurder. A is tevens 100% aandeelhouder en statutair bestuurder in BV Y. A wordt aangemerkt worden als dga, omdat hij via BV Y zeggenschap heeft over zijn ontslag in BV X.

Voorbeeld 3

A is statutair bestuurder van BV X. Alle aandelen van BV X zijn in handen van BV Y. A heeft 20% van de aandelen van BV Y, zijn echtgenoot AX heeft 40% van de aandelen van BV Y en de resterende 40% van de aandelen van BV Y is in handen van C. C is statutair bestuurder van BV Y. Binnen BV Y wordt met gewone meerderheid gestemd. A wordt aangemerkt als dga, omdat hij statutair bestuurder is van BV X en via BV Y zeggenschap, tezamen met zijn echtgenoot AX, heeft over zijn ontslag in BV X. Ondanks dat A geen statutair bestuurder is van BV Y.

Voorbeeld 4

A is statutair bestuurder van BV X. Alle aandelen van BV X zijn gecertificeerd en in handen van Stichting Administratiekantoor BV X (STAK BV X). A houdt alle certificaten en is enig bestuurder van STAK BV X. Omdat A de volledige zeggenschap heeft in STAK BV X kan hij zijn ontslag als statutair bestuurder van BV X tegenhouden. A moet aangemerkt worden als dga, omdat A statutair bestuurder is van BV X en via STAK BV X heeft hij zeggenschap over zijn ontslag in BV X.

Voorbeeld 5

A is statutair bestuurder van BV X. Alle aandelen van BV X zijn gecertificeerd en in handen van Stichting Administratiekantoor BV X (hierna: STAK BV X). A en B, broers, houden alle certificaten van STAK BV X. A en B vormen, samen met C, D en E het bestuur van de STAK BV X. A en B hebben elk 2 stemmen en C, D, E hebben elk 1 stem. Omdat A niet de volledige zeggenschap heeft in STAK BV X kan hij zijn ontslag als statutair bestuurder van BV X niet tegenhouden. Ook samen met zijn broer voldoet A niet aan de eis van ten minste tweederde van de stemmen. A kan derhalve niet aangemerkt worden als dga.



Artikel 2, derde lid

Dit onderdeel ziet op de bestuurders die samen aandeelhouder zijn van een vennootschap en nevenschik zijn ten opzichte van elkaar. In dat geval is geen sprake van ondergeschiktheid. Bepalend is dat de bestuurders alles bij elkaar genomen een gelijkwaardig economisch belang hebben in de vennootschap en een positie innemen die zich laat vergelijken met de verhouding tussen gelijkgerechtigde mede-eigenaren van een onderneming. Vergelijk uitspraak CRvB 6 mei 2010 LJN: BM5154 en 4 augustus 2010, LJN: BN6062. Om dit economische belang te benadrukken gaat het niet om de stemmen, maar het aandeel in het kapitaal van de vennootschap, dat de bestuurders als aandeelhouders vertegenwoordigen. De bestuurders dienen dan tezamen alle aandelen te bezitten. Hierbij geldt zoals in artikel 189 Boek 2 Burgerlijk Wetboek is bepaald, dat wanneer de houders van aandelen een zeker gedeelte van het maatschappelijk kapitaal der vennootschap uitmaken, onder kapitaal wordt verstaan het geplaatste gedeelte van het maatschappelijk kapitaal. Tot de aandelen in het kapitaal behoren in deze bepaling ook de met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen. Er is met opzet gekozen voor de omschrijving 'een gelijk of nagenoeg gelijk deel van het kapitaal'. Dit was ook het geval in de oude regeling. Het is mogelijk dat het geplaatste deel van het maatschappelijk kapitaal niet in gelijke mate deelbaar is door het aantal aandeelhouders. Wanneer in dat geval de verdeling zo klein mogelijk is, bijvoorbeeld 33-33-34 bij 100 aandelen, kan toch nevenschiktheid worden aangenomen. De beoordeling op grond van dit lid is pas aan de orde als het eerste of tweede lid geen uitsluitel geeft. Wel is hierbij het tweede lid van overeenkomstige toepassing als het aandelenbezit door tussenkomst van een vennootschap plaatsvindt, waarvan één van de bestuurders aandelen houdt.

Artikel 3

De inhoud van dit artikel is gelijk aan artikel 4 van de oude regeling. Dit artikel heeft betrekking op de in Nederland verzekerde bestuurder van een vennootschap die naar buitenlands recht is opgericht. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de (Belgische) Bvba, de (Duitse) GmbH, de (Engelse) Limited liability company en de (Amerikaanse) Incorporated. Deze regeling is van toepassing op de beoordeling van de verzekeringsplicht van dergelijke bestuurders. Het kan hierbij ook gaan om een bestuurder die op grond van de hoofdregels van de verzekeringsplicht in de werknemersverzekeringswetten of bijvoorbeeld op grond van de aanwijzingsregels van EG Verordening 883/2004 in Nederland verzekerd zou kunnen zijn. Het kan daarbij voorkomen dat de bestuurder dan buiten Nederland werkzaam is.

Artikel 4 en 5

De regeling treedt in werking met ingang van 1 januari 2016 en de oude regeling wordt met ingang van die datum ingetrokken. Er is niet voorzien in overgangsrecht met onderscheid in verschillende groepen. Overgangsrecht betekent het in stand houden van een onderscheid tussen verschillende groepen gedurende lange tijd. Dit is onoverzichtelijk voor de vennootschappen en hun bestuurders en is voor de Belastingdienst en het UWV niet goed uitvoerbaar. Ook is er geen terugwerkende kracht verleend aan de nieuwe regeling; dit zou namelijk met terugwerkende kracht wijziging in de rechtspositie van de bestuurders kunnen leiden met gevolgen voor de bestuurders en de vennootschappen voor het verleden. Dit is niet in overeenstemming met de rechtszekerheid.

*De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
L.F. Asscher*