

Sinds een van mijn vorige bijdragen aan dit tijdschrift, 'Dga en werknemersverzekeringen' (zie nummer 2018/9), is er behoorlijk wat rechtspraak geweest over dat onderwerp. Met als meest in het oog springend voorbeeld twee recente uitspraken van het Hof Arnhem-Leeuwarden, van september 2020 en augustus 2021. Hoog tijd voor een update: is er iets nieuws onder de zon?

MR. L.A. (LÉONE) BOURCE, SPECIALIST LOONHEFFINGEN BIJ BOURCE-SNIKKENBURG TAX ADVISORS TE DEN BOSCH

DGA

Verzekeringsplicht minderheidsaandeelhouder: stand van zaken

Hoe zat het ook alweer met een dga en de werknemersverzekeringen? Als een dga in dienst van een eigen holding – dus een bv waarin hij 100 procent van de aandelen heeft – werkzaamheden verricht voor een bv waar hij via de holding een deel van de aandelen in houdt (ofwel de onderliggende bv), dan kan hij onder de werknemersverzekeringen vallen indien er sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking (met andere woorden, een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht).

De verzekeringsplicht voor de werknemersverzekeringen kan weer vervallen indien een van de situaties genoemd in de Regeling aanwijzing dga aan de orde is. Kort gezegd komt deze regeling erop neer dat, wanneer een dga de mogelijkheid heeft om over zijn ontslag te beslissen (eventueel samen met de familiekring) of wanneer hij op basis van gelijkwaardigheid werkt met anderen, er toch geen werknemersverzekeringen aan de orde zijn. (In dit artikel ga ik overigens verder niet inhoudelijk in op de Regeling aanwijzing dga.) Er is dus sprake van een drietrapsraket:

- Is er (uitsluitend) sprake van een overeenkomst van opdracht of managementovereenkomst tussen de holding en de onderliggende bv? Zo ja: werknemersverzekeringen zijn dan niet aan de orde. Zo nee, ga naar de volgende vraag.
- Bestaat er (ook) een arbeidsovereenkomst met de dga? Zo ja: ga dan na of de dga wellicht op basis van de Regeling aanwijzing dga weer buiten de werknemersverzekeringen valt. Zo nee, geen verzekeringsplicht.
- Valt de dga onder de situaties zoals geschetst in de Regeling aanwijzing dga? Dan zijn de werknemersverzekeringen niet van toepassing. Zo niet, dan zullen er ter zake van de vergoeding van de dga wel premies werknemersverzekeringen afgedragen moeten worden.

Volgens het arbeidsrecht is er sprake van een werknemer, indien een natuurlijk persoon – een mens, dus – persoonlijke arbeid verricht, onder werkgeversgezag staat en loon ontvangt. Deze criteria worden beoordeeld aan de hand van hetgeen partijen met elkaar hebben afgesproken en ook aan de hand van de feiten (de manier dus waarop de overeenkomst wordt uitgevoerd).

NUANCE

Ook op dit punt heeft de rechtspraak redelijk recent een nuance aangebracht: in het Groen/Schoe-

vers-arrest van november 1997 oordeelde de Hoge Raad dat zowel de partijbedoelingen als de feitelijke wijze van uitvoering van belang zijn voor de beoordeling of er al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Deze uitspraak werd in de praktijk wel gelezen als 'als we duidelijk in de overeenkomst aangeven dat we een managementovereenkomst willen, dan is arbeidsrechtelijk geen sprake van een arbeidsovereenkomst'. In een uitspraak van november 2020 legt de Hoge Raad echter uit dat dit niet de bedoeling is: 'Niet van belang is of partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden de overeenkomst onder de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst te laten vallen. Waar het om gaat, is of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst. Anders dan uit het Groen/Schoevers-arrest wel is afgeleid, speelt de bedoeling van partijen dus geen rol bij de vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst.'

Of er sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking hangt af van de vraag wat voor soort afspraken er gemaakt zijn. Met andere woorden:



zijn de gemaakte afspraken meer passend bij een arbeidsovereenkomst of bij een overeenkomst van opdracht? Tevens is van belang hoe de overeenkomst wordt uitgevoerd. Behandelen partijen elkaar bij de uitvoer van de overeenkomst als opdrachtnemer en opdrachtgever of meer als een werkgever en werknemer?

In een concreet voorbeeld: als opdrachtnemer en opdrachtgever afspreken dat de opdrachtnemer werkzaamheden zelfstandig verricht en vervolgens krijgt de dga twintig pagina's werkinstructies voor handelingen die een andere opdrachtnemer zelfstandig zou kunnen, dan is dit een indicatie dat er eigenlijk niet alleen beoogd was (ook) een overeenkomst te sluiten met de dga zelf (de persoon dus), maar ook dat deze persoon wel degelijk onder werkgeversgezag staat. Dit is een aanwijzing dat deze dga als werknemer in de zin van de werknemersverzekeringen beschouwd kan worden.

Als we dit terugvertalen naar de dga die via zijn holding voor een onderliggende bv werkzaamheden verricht, dan leiden deze uitspraken tot de volgende conclusies.

- In principe sluiten de holding en de onderliggende bv een overeenkomst van opdracht af (ook wel managementovereenkomst genoemd). Als er inderdaad sprake is van een overeenkomst tussen twee bv's (de holding en de onderliggende bv), dan is er geen persoonlijke arbeidsverplichting

Bij een zuivere management-bv is er nog steeds geen werknemersverzekeringen

van of werkgeversgezag over een natuurlijke persoon en komt de civielrechtelijke dienstbetrekking niet in beeld. Premies werknemersverzekeringen zijn dan niet aan de orde.

- Ligt er een overeenkomst met de titel overeenkomst van opdracht of managementovereenkomst die verder allerlei kenmerken van een arbeidsovereenkomst bevat en verplichtingen voor de persoon van de dga bevatten, dan moeten partijen aan de hand van (onder meer de Hoge Raad van november 2020) beoordelen of de inhoud van de afspraken en de wijze van uitvoering meer passen bij een arbeidsovereenkomst of bij een overeenkomst van opdracht.

Als de conclusie vervolgens is dat de afspraken en wijze van uitvoering wel erg lijken op die in een arbeidsovereenkomst, dan kan de overeenkomst tussen de holding en de onderliggende bv met de naam overeenkomst van opdracht en managementovereenkomst gezien worden als een rechtstreekse arbeidsovereenkomst tussen de dga en de onderliggende bv. Ook kunnen er eigenlijk twee overeenkomsten naast elkaar bestaan: zowel een managementovereenkomst of overeenkomst van opdracht als een arbeidsovereenkomst. In beide gevallen valt de dga wel onder de werknemersverzekeringen voor in ieder geval een deel van de management-fee.

TWEE ZAKEN

Met deze toelichting in het achterhoofd kunnen we nu kijken naar de twee genoemde uitspraken van het Hof Arnhem-Leeuwarden van september 2020 en augustus 2021. In de eerste zaak oordeelt het Hof dat de dga's onder de werknemersverzekeringen vallen. Wat is het geval? Er liggen managementovereenkomsten tussen de persoonlijke holdings (Ltd's) en de vennootschap. De aandelenverhouding is zodanig dat de in de Regeling aanwijzing dga genoemde situaties voor uitzondering van de verzekeringsplicht toepassing missen. Verder is in de managementovereenkomsten uitdrukkelijk opgenomen dat de dga's de arbeid persoonlijk moeten verrichten. Een deel van de tijd is een van de dga's ook in persoon benoemd als bestuurder en bevat ook het shareholdersagreement afspraken die te maken hebben met de dga's persoonlijk.

Uit de uitspraak valt echter niet goed op te maken of de indicaties dat er toch sprake is van een overeenkomst van opdracht wel voldoende meegewogen zijn. De rechtbank heeft immers op basis van dezelfde feiten wel het oordeel geveld dat er sprake is van een overeenkomst van opdracht. Deze zaak ligt momenteel bij de Hoge Raad ter beoordeling, wellicht krijgen we hierover dus op korte termijn meer duidelijkheid.

De andere uitspraak, die van augustus 2021, betreft vier aandeelhouders die (vermoedelijk) ook niet onder de in de Regeling aanwijzing dga genoemde uitzonderingen voor verzekeringsplicht vallen. Als de rechter zou oordelen dat de dga's als

werknemer moeten worden aangemerkt, zal dit dus leiden tot verzekeringsplicht. In dit geval echter concluderen zowel de rechtbank als het gerechtshof dat er geen sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking.

Wat zijn de feiten? Vier holdings (met niet alle een gelijk aandeel) zijn ingevolge een managementovereenkomst belast met het bestuur en management van een vennootschap. Het is daarbij duidelijk dat de holdings in ieder geval het grootste deel van de tijd hun dga zullen inschakelen voor het werk. In de praktijk worden de werkzaamheden tussen de verschillende holdings wekelijks verdeeld tussen de verschillende holdings. De holdings vervangen elkaar indien nodig en soms worden externe partijen ingeschakeld.

De managementovereenkomst ziet uitsluitend op afspraken tussen de holding en de onderliggende bv en leidt dus niet tot verplichtingen voor of gezag over de dga's zelf. Met andere woorden: op basis van de afspraken is er sprake van een zuivere managementovereenkomst. Ook de wijze van uitvoering past bij een overeenkomst van opdracht. Ten tijde van de zitting is bijvoorbeeld de samenwerking met enkele holdings beëindigd. Hierbij volgden de partijen de regels van het algemeen overeenkomstenrecht en niet de regels van het arbeidsrecht. Onder meer daardoor kan belanghebbende aantonen dat de uitvoering past bij een overeenkomst van opdracht.

COMMENTAAR

Uit de in deze bijdrage beschreven ontwikkelingen blijkt dat de rechtspraak van de laatste jaren het beeld laat zien dat er bij een zuivere management-bv nog steeds geen sprake is van werknemerschap voor de werknemersverzekeringen. Is er een overeenkomst waarbij de persoon van de dga wordt meegebonden of worden er veel op arbeidsrecht lijkende afspraken gemaakt (zoals een concurrentiebeding voor de dga of doorbetaling van de fee

bij ziekte), dan zijn dat indicaties dat er wel degelijk sprake is van werknemerschap voor de werknemersverzekeringen.

Of die indicaties voldoende zijn om daadwerkelijk de conclusie te trekken dat er sprake is van werknemerschap voor de werknemersverzekeringen, is dan steeds de vraag. Bovendien is van belang hoe partijen feitelijk handelen. Hoe zuiverder de overeenkomst van opdracht – en dus hoe minder bepalingen die suggereren dat eigenlijk een overeenkomst met de dga bedoeld is – en hoe meer partijen handelen in lijn met die zuivere overeenkomst, hoe kleiner het risico is dat de overeenkomst achteraf nog geherkwalificeerd wordt als een (gedeeltelijke) arbeidsovereenkomst.

TOT BESLUIT

Deze uitspraken brengen weliswaar iets meer duidelijkheid ten aanzien van het belang van bepaalde afspraken bij de kwalificatie van de overeenkomst, maar in de basis bevestigen ze in mijn ogen de oudere rechtspraak en is er in zoverre niet echt iets nieuws onder de zon.

Hoge Raad, 14 november 1997, zaaknummer ECLI:NL:HR:1997:ZC2495
Hof Arnhem-Leeuwarden, 15 september 2020, zaaknummer ECLI:NL:GHARL:2020:7357
Hoge Raad, 6 november 2020, zaaknummer ECLI:NL:HR:2020:1746
Hof Arnhem-Leeuwarden, 17 augustus 2021, zaaknummer ECLI:NL:GHARL:2021:7822