

Rapportage internetconsultatie Regeling aanwijzing directeur-grotaandeelhouder

Inleiding

Aanleiding tot aanpassing van de regels voor aanwijzing van de directeur-grotaandeelhouder is de invoering van Wet Flex-BV en ontwikkeling in de jurisprudentie. Gekozen is voor een nieuwe regeling ter vervanging van de oude regeling ter wille van de leesbaarheid van de tekst en van de toelichting. Inhoudelijk zijn geen grote wijzigingen beoogd. De regeling betekent een beperkte aanpassing. De insteek is de nieuwe regeling zo vorm te geven dat er geen grote verschuiving in de personenkring voor de verzekeringsplicht optreedt. Bij onderscheid in zeggenschap tussen aandelen kan de nieuwe regeling leiden tot verandering. In gevallen waarin de aandelen geen onderscheid maken naar soort met betrekking tot zeggenschap over ontslag, zal doorgaans de nieuwe regeling geen wijziging tot gevolg hebben. Een belangrijke uitzondering geldt daarbij de situatie waarin ondergeschiktheid mede bepaald wordt door aandeelhouderschap of zeggenschap bij bloed- of aanverwanten, al dan niet samen met echtgenoot. Hieronder wordt nader op deze situatie ingegaan.

Ontvangen respons algemeen

Er zijn 13 reacties ontvangen, waarvan 10 openbaar en 3 niet openbaar. De aard van de opmerkingen van de niet openbare reacties is vergelijkbaar met die van de openbare reacties. De reacties zijn alle afkomstig van beroepsmatig geïnteresseerde en betrokken organisaties of personen. Ze hebben voornamelijk een technische invalshoek en vragen om verduidelijking of aanpassing. Daarnaast zijn opmerkingen gemaakt over de reikwijdte van de regeling en beleidsmatig verder gaande aanpassingen.

In deze rapportage wordt niet per inzender ingegaan op diens opmerkingen, maar wordt kort de verduidelijking of aanpassing van verschillende onderwerpen of onderdelen besproken waarover opmerkingen zijn gemaakt.

Harmonisatie begrip directeur-grotaandeelhouder

De regeling heeft een beperkte strekking en beoogt geen grote ingreep in het begrip directeur-grotaandeelhouder en geen grote aanpassing van de kring van verzekerden. Daarvoor is het instrument van een regeling niet geschikt. De regeling heeft ook alleen betrekking op de bestuurder en niet op andere personen die werkzaam zijn in dienst van de vennootschap, zoals de gewezen bestuurder of de aandeelhouder die geen bestuurder is. Ook heeft de regeling geen betrekking op de verzekering van bloed- of aanverwanten van bestuurders die geen bestuurder zijn.

Begrip dienstbetrekking

De nieuwe regeling bevat criteria voor de beoordeling van de verzekeringsplicht voor de werknemersverzekeringen van de statutaire bestuurder van een vennootschap. Degene die een arbeidsovereenkomst heeft met de vennootschap, staat formeel onder gezag van de vennootschap. Of materieel sprake is van een gezagsverhouding is niet relevant. In beginsel is hij verzekerd voor de werknemersverzekeringen. Dat is anders indien hij een dga is. 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. Indien geen loon wordt genoten, dan wordt geen dienstbetrekking aanwezig geacht. Dit wordt in de toelichting vermeld. In het kader van de werknemersverzekeringen is er sprake van een dienstbetrekking en de vraag naar mogelijke verzekeringsplicht aan de orde als er voldaan is aan de voorwaarden voor een dienstbetrekking. Indien er geen sprake is van een verplichting tot betaling van loon, dan is niet voldaan aan een van de voorwaarden en is er om die reden geen verzekeringsplicht mogelijk. Aan de toetsing aan de regeling komt men dan niet toe.

Begrip echtgenoot

De Regeling directeur-grotaandeelhouder is een regeling op grond van de werknemersverzekeringen, en geeft een uitwerking van de bepalingen in die wetten. Daarom is voor de definitie van echtgenoot gebaseerd op de definitie in de wetgeving met betrekking tot werknemersverzekeringen, dus de ZW, de WW en de Wet WIA, en wordt voor het begrip echtgenoot niet aangesloten bij fiscale wetgeving. Dit is niet anders dan onder de bestaande

regeling. De rechtspositie van de echtgenoot met betrekking tot verzekeringsplicht is niet rechtstreeks afhankelijk van de positie van de bestuurder. De verzekeringsplicht van de echtgenoot wordt volgens de normale regels bepaald.

Aandelen bij bloed- en aanverwanten en echtgenoot, aandelen wel of niet bij bestuurder

In de bestaande regeling wordt als dga aangemerkt degene wiens bloed- en aanverwanten tot en met de derde graad, al dan niet samen met zijn echtgenoot, ten minste tweederde van de aandelen bezitten. De aandelen van de bestuurder zelf spelen daarbij op grond van de letterlijke tekst van de regeling geen rol, aldus de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2013:BY9295). Deze letterlijke lezing van de tekst sluit niet aan bij de oorspronkelijke en nog geldende bedoeling van de regeling. In de nieuwe regeling worden daarom, anders dan in de bestaande regeling, ook aandelen van de bestuurder zelf in aanmerking genomen bij de beoordeling van zijn positie in de vennootschap. Dit kan gevolgen hebben voor bestuurders die onder de bestaande regeling verzekerd zijn omdat hun aandelen geen rol spelen. Onder de nieuwe regeling zullen sommigen niet meer verzekerd zijn, omdat met inbegrip van hun aandelen de zeggenschap bij de bestuurder ligt, met zijn bloed- en aanverwanten en eventueel zijn echtgenoot. Indien de bestuurder geen aandelen heeft, en zijn bloed- en aanverwanten en/of echtgenote wel, dan wordt aangenomen dat dit een bewuste keuze is.

Zeggenschap op grond van stemrecht in vergadering of zeggenschap in orgaan

De regeling baseert zich voor de vraag of sprake is van ondergeschiktheid op de zeggenschap van de bestuurder. De zeggenschap kan losgekoppeld zijn van aandelen die een economisch belang geven. Dat uitgangspunt sluit aan bij de Flex-BV waarin aandelen van verschillende soort en aanduiding kunnen worden uitgegeven. Bepalend is wat in de statuten is bepaald zoals ze gelden en de bestaande verhoudingen in de zeggenschap op het moment van de beoordeling.

De regeling gaat uit van de zeggenschap die voortvloeit uit de statuten. In de toelichting wordt verduidelijkt dat met stemovereenkomsten of andere overeenkomsten zoals pandrecht, of maatregelen van de overheid, zoals onderbewindstelling of curatele, geen rekening wordt gehouden in de regeling.

Nevengeschiktheid van bestuurders

Geregeld is dat bestuurders die samen alle aandelen bezitten in de vennootschap met een gelijk of nagenoeg gelijk deel van het kapitaal niet verzekerd zijn. De bestuurders die samen aandeelhouder zijn van een vennootschap en in gelijke of nagenoeg gelijke mate zijn te beschouwen als nevingeschikt ten opzichte van elkaar. Toegelicht wordt dat 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.

Oordeel op verzoek dat wel of geen sprake is van verzekeringsplicht

In de bestaande regeling is het UWV bevoegd op verzoek van de belanghebbende vast te stellen dat hij niet als directeur-groootaandeelhouder is aan te merken als hij op grond van feiten en omstandigheden aantoonbaar daadwerkelijk ondergeschikt is. Die bepaling keert niet terug in de nieuwe regeling en ook is geen bepaling opgenomen dat op verzoek wel als directeur-groootaandeelhouder kan worden aangemerkt degene die formeel niet aan de voorwaarden daarvoor voldoet maar in vergelijkbare positie verkeert. 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. Er is geen reden voor een discretionaire bevoegdheid om af te wijken van de regeling. De vennootschap kan aan de Belastingdienst en de dga aan het UWV een beschikking vragen over het al dan niet verzekerd zijn. Indien deze niet overeenstemt met wat door de vennootschap of de bestuurder is beoogd, bieden de bepalingen in de wet voldoende mogelijkheden om door middel van aanpassing van de zeggenschap in de statuten en de aanduiding van aandelen de gewenste situatie te bereiken. Het al dan niet bestaan van een verzekeringsplichtige dienstbetrekking van een bestuurder wordt niet geregistreerd bij bijvoorbeeld de kamer van koophandel. Indien een derde dit wenst, kan de vennootschap of de bestuurder zo nodig een beslissing over de rechtspositie ter informatie verstrekken aan derden.

Zeggenschap via andere rechtspersoon

De bepaling over beoordeling van verzekeringsplicht bij tussenkomst is verplaatst en in verband daarmee geherformuleerd. Inhoudelijk is geen wijziging van de bestaande praktijk beoogd. Ter verduidelijking zijn in de toelichting verschillende voorbeelden gegeven van indirecte zeggenschap en de gevolgen daarvan voor de verzekeringsplicht. Ingegaan wordt onder andere op de situatie waarin een rechtspersoon bestuurder is van de vennootschap en de bestuurder van die rechtspersoon werkzaamheden als een bestuurder uitoefent bij de vennootschap. De uitoefening van zeggenschap in een vennootschap via een andere rechtspersoon kan heel divers zijn vormgegeven; een uitputtende opsomming of overzicht van situaties is daarom niet mogelijk. In geval van twijfel kan de vennootschap een beslissing vragen aan de Belastingdienst.

Inwerkingtreding en overgangsrecht

De regeling treedt in werking met ingang van 1 januari 2016. Deze inwerkingtreding is voor alle situaties met onmiddellijke ingang. Er is afgezien van inwerkingtreding met terugwerkende kracht omdat dit onzekerheid zou geven. Dit zou leiden tot wijziging van de rechtspositie ten nadele van betrokkenen betekenen met terugwerkende kracht, namelijk het ontbreken van verzekeringsplicht en aanspraak op verzekering, respectievelijk intreden van verplichting tot premiebetaling met toerekening van lasten bij intreden van verzekeringsplicht. Ook is afgezien van uitgestelde werking. Uitstel van toepasselijkheid van de gehele regeling of van een deel van de nieuwe regeling is onoverzichtelijk voor betrokkenen en schept onduidelijkheid in de uitvoering. Door tijdige publicatie van de regeling kunnen betrokkenen zich voorbereiden op de nieuwe regeling en zo nodig maatregelen nemen om het door hen gewenste resultaat te bereiken.