

Van: NOAB Adviesgroep lid Marree & Van Uunen Belastingadviseurs

Datum: 10 december 2024

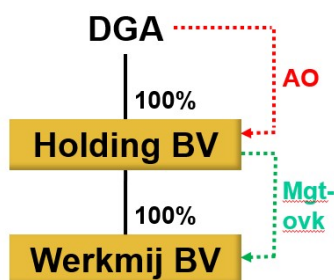
Onderwerp: Minderheidsaandeelhouders en SV-plicht

1. Inleiding

In het mkb kan een ondernemer kiezen voor een bv-structuur als rechtsvorm. Daarbij kiest hij vaak een zgn. holdingstructuur:

- de ondernemer is directeur-groootaandeelhouder (dga) van de holding;
- waarbij de holding weer alle aandelen houdt in een werkmaatschappij;
- daarbij is veelal sprake van een arbeidsovereenkomst (AO) tussen de dga en zijn holding;
- en bestaat er een managementovereenkomst (mgt-ovk) tussen de holding en de werkmaatschappij.

Schematisch:



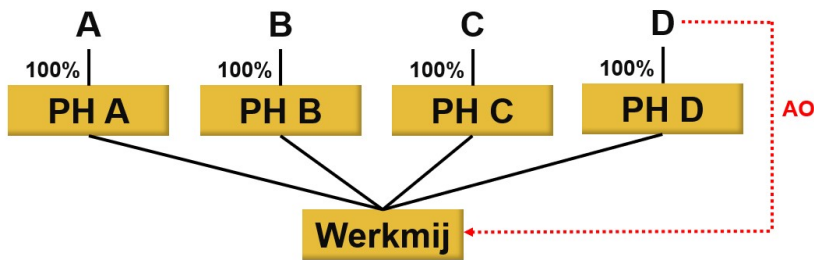
De dga verricht daarbij arbeidsprestaties aan de holding en ontvangt daarvoor zijn dga-loon. De holding levert managementwerkzaamheden aan de werkmaatschappij en ontvangt daarvoor een managementfee.

Als sprake is van meerdere ondernemers, verdient het aanbeveling dat elke dga beschikt over een eigen personal holding (PH). Dit, vanwege de flexibiliteit die dan elke dga met zijn personal holding heeft op het gebied van onder andere:

- beloningsbeleid van een personal holding jegens haar dga;
- beleggingsbeleid van de personal holding;
- dividendbeleid van een personal holding;
- kostenbeleid op het gebied van auto's die ook privé worden gebruikt, representatiekosten, WKR-vergoedingen en dergelijke.

Ook in dat geval staat doorgaans elke dga op de loonlijst van zijn eigen personal holding, waarbij de personal holdings vervolgens een managementovereenkomst sluiten met de gezamenlijke werkmaatschappij.

Schematisch:



Als sprake is van een minderheidsaandeelhouder, komt het vraagstuk om de hoek kijken of sprake is van SV-plicht ten aanzien van die aandeelhouder. In deze notitie komt vooral het vraagstuk van de SV-plicht van een minderheidsaandeelhouder aan de orde en niet zozeer andere op zich ook boeiende vraagstukken, zoals:

- de hoogte van het dga-loon;
- de hoogte van de managementfee;
- behandeling van de materie als er een onzakelijke discrepantie bestaat tussen dga-loon en managementfee;
- omzetbelastingaspecten van de managementfee.

In deze notitie gaan we niet in op de overigens niet onbelangrijke vraag of het überhaupt wel wenselijk is om sociaal verzekerd te zijn of niet. SV-plicht impliceert immers enerzijds de plicht tot het betalen van SV-premies. Maar geeft anderzijds ook aanspraak op SV-uitkeringen. Zo kan het voor een dga enerzijds wenselijk zijn om onder de SV-plicht uit te komen, omdat hij de kans op het claimen van een uitkering later verwaarloosbaar klein acht. Maar kan het anderzijds wenselijk zijn dat hij juist wel sociaal verzekerd is, bijvoorbeeld omdat hij bij een arbeidsongeschiktheidsverzekering met allerlei uitsluitingen te maken krijgt.

2. SV-plicht bij een dga

Als hoofdregel zijn alleen werknemers in dienstbetrekking sociaal verzekerd. Als er geen dienstbetrekking bestaat, is er ook geen sociale verzekeringsplicht (SV-plicht). De kenmerken van een dienstbetrekking¹ ingevolge art. 7:610 BW zijn:

- een verplichting van de werknemer tot het persoonlijk verrichten van arbeid;
- een verplichting van de werkgever tot het betalen van loon;
- een gezagsverhouding tussen de werkgever en de werknemer, met daarbij:
 - a. een materiële toets (wil en uitvoering);
 - b. een formele toets (mogelijkheid ontslag).

Die gezagsverhouding impliceert meer specifiek het volgende:

- degene die de arbeid verricht is aan een zeker gezag onderworpen van de wederpartij;
- die wederpartij is bevoegd opdrachten en instructies te geven. Het enkele geven daarvan zelf is evenwel minder relevant²;

¹ Zie o.a. de arresten van de Hoge Raad ECLI:NL:HR:2011:BP3887 en ECLI:NL:HR:2013:BY9295.

² Zie ECLI:NL:CRVB:2017:2799.

- de wederpartij is bevoegd controle uit te oefenen op de voortgang en de resultaten van het werk.

Let wel, bij de beoordeling of welk of geen sprake is van een arbeidsverhouding, moet acht worden geslagen op alle feiten en omstandigheden van het individuele geval, in hun onderling verband bezien. Het is nooit zo dat één enkel kenmerk beslissend is, maar alle verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden moeten in hun onderling verband worden bezien. We verwijzen kortheidshalve verder naar het wetsvoorstel Verduidelijking Beoordeling Arbeidsrelaties en Rechtsvermoedens (Wet VBAR). In de Wet VBAR tracht de wetgever een onderscheid te definiëren tussen een zelfstandig ondernemer (zzp'er) en een werknemer, daarbij ook aansluitend bij de criteria die de Hoge Raad gaf in het Deliveroo-arrest³:

1. de aard en de duur van de werkzaamheden;
2. de manier waarop de werkzaamheden en werktijden zijn bepaald;
3. de mate waarin de werkzaamheden én de opdrachtnemer onderdeel zijn van de organisatie van de opdrachtgever;
4. er of wel of geen verplichting bestaat om het werk persoonlijk uit te voeren;
5. de manier waarop de afspraken tot stand zijn gekomen;
6. de manier waarop de beloning is bepaald en wordt uitbetaald;
7. de hoogte van de beloning;
8. de mate waarin de opdrachtnemer bij de opdracht commercieel risico loopt;
9. de mate waarin de opdrachtnemer zich als ondernemer gedraagt of kan gedragen.

Specifiek voor de situatie van een dga, blijkt uit de jurisprudentie⁴ dat er een aantal concrete criteria bestaat waaruit kan worden opgemaakt of er tussen de dga en zijn eigen bv wel of geen arbeidsovereenkomst bestaat:

- is de overeenkomst schriftelijk vastgelegd (maar alleen het ontbreken van een akte is niet bepalend);
- de hoogte van het loon;
- vaste werkdagen;
- extra werken op verzoek (waarbij flexibiliteit wel is toegestaan);
- functioneringsgesprekken zijn niet vereist;
- lagere positie t.o.v. wederpartij.

Maar nogmaals, in elke situatie moet het geheel van feiten en omstandigheden worden bezien. Eén enkel feitje is nooit doorslaggevend.

Als aan de drie bovengenoemde voorwaarden is voldaan (persoonlijke arbeid, loon en gezagsverhouding), is sprake van een arbeidsovereenkomst. En houdt dat in beginsel SV-plicht in. Als aan één of meer van die voorwaarden niet is voldaan, houdt dat in dat er géén sprake is van een dienstbetrekking, waardoor ook géén sprake is van een SV-plicht. Dit is bij een dga niet anders. Als een dga kwalificeert als werknemer, is er in beginsel sprake van SV-plicht. Als de dga niet kwalificeert als werknemer, is er géén sprake van SV-plicht.

³ ECLI:NL:HR:2023:443.

⁴ Zie o.a. ECLI:NL:HR:2007:BA6231, ECLI:NL:HR:2011:BP3887, ECLI:NL:HR:2012:BU8926 en ECLI:NL:HR:2020:1746.

Maar dat wil nog niet zeggen dat elke dga waarbij sprake is van een dienstbetrekking ook onder de SV-plicht valt. Als al sprake is van een dienstbetrekking ingevolge art. 7:610 e.v. BW, moet bij dga's nog worden gekeken naar art. 6 ZW/AOV/WW: niet als dienstbetrekking wordt beschouwd de arbeidsverhouding van een dga. Die regeling is nader vastgelegd in ministeriële regeling⁵ van MvSZ&W, genaamd "Regeling aanwijzing dga 2016".

Ofwel, samenvattend:

1. als geen sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de dga en zijn eigen bv, maar bijvoorbeeld een reële overeenkomst van opdracht ingevolge art. 7:400 BW, is ook geen sprake van een SV-plicht;
2. maar ook als wel sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de dga en zijn eigen bv, is een dga toch niet sociaal verzekerd als hij voldoet aan de voorwaarden van de Regeling aanwijzing dga 2016.

Als tussen de dga en zijn eigen bv civielrechtelijk geen arbeidsovereenkomst bestaat, kom je ook niet toe aan de Regeling aanwijzing dga 2016. Er is dan simpelweg geen sprake van SV-plicht wegens het ontbreken van een arbeidsovereenkomst. Pas als er wel een arbeidsovereenkomst tussen de dga en zijn eigen bv bestaat, speelt de Regeling aanwijzing dga 2016 een rol.

Dus als X dga is van zijn eigen personal holding, die op haar beurt weer bestuurder is van een werkmaatschappij, waarbij X een arbeidsovereenkomst met zijn eigen personal holding heeft en een overeenkomst van opdracht met de werkmaatschappij heeft, houdt dat nog geen arbeidsovereenkomst in tussen X en de werkmaatschappij. Dan ontbreekt immers de verplichting van X jegens de werkmaatschappij om persoonlijk arbeid te verrichten.

Dat geldt zelfs als X (onbezoldigd) bestuurder van de werkmaatschappij is. Evenmin is dan sprake van een fictieve dienstbetrekking tussen X en de werkmaatschappij, omdat tussen hen geen overeenkomst is gesloten.

De personal holding factureert dan managementfee aan de werkmaatschappij en dat vormt dan nog geen loon voor X. X ontvangt loon van zijn eigen personal holding. Er is immers een overeenkomst van opdracht tussen de personal holding en de werkmaatschappij en het is een dga die op basis van die overeenkomst werkzaamheden verricht.

3. *Managementovereenkomst minderheidsaandeelhouder*

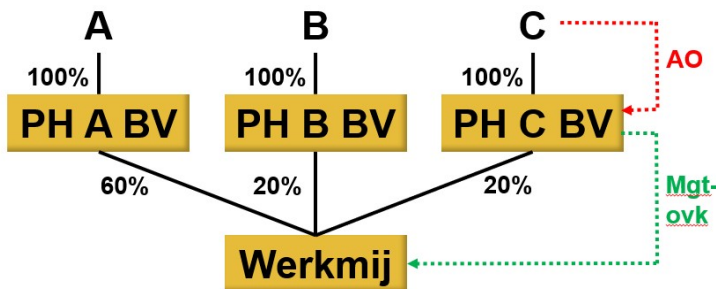
3.1. *Wel of geen arbeidsovereenkomst*

Het belang van het antwoord op de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst ex art. 7:610 e.v. BW of een overeenkomst van opdracht ex art. 7:400 e.v. BW, speelt bij dga's vooral bij indirecte minderheidsaandeelhouders, die opereren via een managementstructuur.

Want als dan sprake is van een zuivere managementovereenkomst die geen of onvoldoende elementen van een arbeidsovereenkomst bevat, is voor de (indirect) minderheidsaandeelhouder geen sprake van een arbeidsovereenkomst, en dus ook niet van SV-plicht.

⁵ Stcrt. 2015, 19073.

Een voorbeeld van een structuur met minderheidsaandeelhouders luidt als volgt:



Hier houdt C 100% van de aandelen in PH C BV en is hij ook enig bestuurder van PH C BV. PH C BV houdt 20% van de aandelen in de werkmaatschappij, een minderheidsbelang.

Of in dit voorbeeld bij minderheidsaandeelhouder C sprake is van arbeidsovereenkomst tussen C en de werkmaatschappij van een overeenkomst van opdracht tussen PH C BV en de werkmaatschappij, moet – vooral als geen beroep de Regeling aanwijzing dga 2016 mogelijk is – op basis van alle relevante feiten en omstandigheden worden beoordeeld:

1. uitleggen: welke rechten en verplichtingen zijn tussen partijen overeengekomen;
2. kwalificeren: beoordelen of de vastgestelde overeengekomen rechten en verplichtingen kenmerken hebben van een arbeidsovereenkomst.

Voor de goede orde, als de inspecteur stelt dat sprake is van een arbeidsovereenkomst, heeft hij daartoe de bewijslast.

Er lijkt geen SV-plicht als de middellijke minderheidsaandeelhouder C in de werkmaatschappij een arbeidsovereenkomst heeft met zijn eigen personal holding en die personal holding weer een reële managementovereenkomst heeft met de werkmaatschappij.

3.2. Richtinggevende jurisprudentie

Belangrijke jurisprudentie als het gaat om het wel of niet aanwezig zijn van een arbeidsovereenkomst tussen een dga en zijn minderheidsbelang, betreft deze procesgang:

- uitspraak⁶ van het Hof Arnhem-Leeuwarden 15-09-2020;
- met cassatieberoep⁷ voor de Hoge Raad HR 18-02-2022;
- en de verwijzingsuitspraak⁸ van het Hof Den Bosch van 13-12-2023.

Maar pas op, er zijn meer belangrijke uitspraken op dit punt verschenen, zoals:

- Hof Den Haag 15-01-2019⁹; en
- Hof Arnhem-Leeuwarden 17-08-2021¹⁰.

⁶ ECLI:NL:GHARL:2020:7357.

⁷ ECLI:NL:HR:2022:282.

⁸ ECLI:NL:GHSHE:2023:4168.

⁹ ECLI:NL:GHDHA:2019:98.

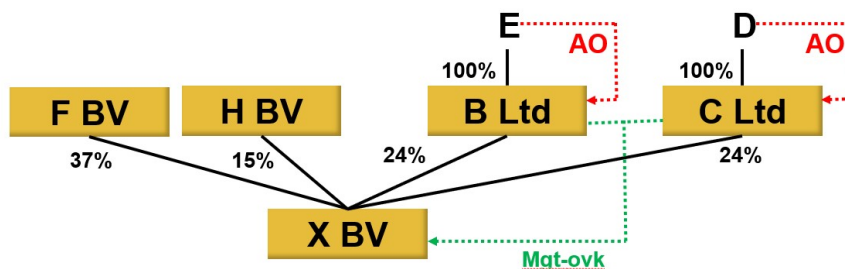
¹⁰ ECLI:NL:GHARL:2020:7357.

3.2.1. Feiten en omstandigheden

De feiten en omstandigheden in voorgenoemde rechtsgang via de Hoge Raad, uitmondend in de uitspraak van het Hof Den Bosch van 13 december 2023, luiden kort geformuleerd als volgt:

- X BV exploiteert een ICT-bedrijf met 11 personeelsleden;
- C Ltd is bestuurder van X BV;
- er is een managementovereenkomst tussen de natuurlijke personen D en E en X BV, opgesteld in “algemene bewoordingen”, er zijn met name geen meldingen over:
 - de werktijden en vakantiedagen;
 - het gebruik van auto;
 - een onkostenvergoeding;
- verder is in de managementovereenkomst elke aansprakelijkheid van opdrachtnemers uitgesloten;
- D en E hebben als enig werknemers werkzaamheden voor X BV verricht en voeren de dagelijkse leiding over X BV uit;
- D en E zijn vanwege hun persoonlijke kwaliteiten, visie en ideeën in wezen onmisbaar binnen onderneming van X BV;
- er heeft geen vervanging van D en E plaatsgevonden en X BV zou ook niet akkoord gaan met een vervanging;
- D en E konden naar eigen inzicht invulling geven aan wijze waarop zij hun werkzaamheden verrichten;
- C Ltd en D Ltd hielden ook belangen in andere vennootschappen. Zo exploiteren D en E hun kennis ook elders.

Schematisch luidde de vennootschapsstructuur als volgt:



3.2.2. Geschil

In geschil was het antwoord op de vraag of X BV geldt als werkgever en D en E als werknemers in het kader van sociale verzekeringen.

De inspecteur vond dat wel sprake is van een dienstbetrekking tussen een werkgever en werknemers:

- voor de SV-plicht geldt immers een materiële toets, je moet door de juridische verhoudingen heen kijken;
- er is sprake van een privaatrechtelijke dan wel fictieve dienstbetrekking tussen E en D enerzijds en X BV anderzijds, waarbij de uitzonderingen van SV-plicht uit hoofde van de Regeling aanwijzing 2016 dga niet van toepassing zijn.

De belanghebbende X BV vond dat die dienstbetrekking er niet was:

- primair omdat het ondernemerschap van C Ltd en B Ltd aan een SV-plicht van D en E in de weg staat;
- secundair omdat er niet wordt voldaan aan drie eisen van een dienstbetrekking.

3.2.3. Uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden

Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde dat aan die drie eisen (moeten verrichten van persoonlijke arbeid, loonbetaling en gezagsverhouding) was voldaan:

- D en E moesten hun arbeid persoonlijk verrichten;
- er was sprake van een betaling van loon als verplichte tegenprestatie voor de geleverde arbeid, omdat X BV managementfee betaalde;
- en er was een gezagsverhouding, vanwege deze feiten:
 - D en E verrichten de werkzaamheden onder gezag van de Algemene Vergadering (AV) van X BV;
 - de AV is bevoegd tot geven van instructies;
 - de AV mag directeurs benoemen, schorsen en ontslaan;
 - dit, ondanks bepalingen in SHA over een vereiste unanimiteit voor bijv. ontslag van een managing director.

En omdat de uitzonderingen van de Regeling aanwijzing dga 2016 niet van toepassing waren, waren D en E dus sociaal verzekerd.

3.2.4. Arrest van de Hoge Raad

Volgens de Hoge Raad is voor aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst ex art. 7:610 BW bepalend of wordt voldaan aan de toetsen persoonlijke arbeid, loon en gezagsverhouding. Daarbij gaat het om de inhoud van gemaakte afspraken en de wijze waarop partijen daaraan uitvoering hebben gegeven en aldus daarin inhoud hebben gegeven.

Het oordeel van Hof Arnhem-Leeuwarden dat de managementovereenkomst tussen enerzijds X BV en anderzijds B Ltd en C Ltd en X BV civielrechtelijk moet worden uitgelegd als een arbeidsovereenkomst tussen X BV en D / E is zonder nadere motivering niet begrijpelijk. Want:

1. onmisbaarheid van D en E zegt niets over vraag of D en E jegens X BV een verplichting hebben om persoonlijke arbeid te verrichten;
2. betaling van managementfee zegt niets over een verplichting van X BV om D en E loon te betalen;
3. er blijkt niet dat D en E hun werkzaamheden verrichten onder gezag van de AV van X BV.

Op grond hiervan verwees de Hoge Raad naar het Hof Den Bosch.

3.2.4. Verwijzingsuitspraak van het Hof Den Bosch

Volgens het Hof Den Bosch liggen aan de uitvoering van de managementwerkzaamheden een managementovereenkomst en arbeidsovereenkomsten met de personal holdings ten grondslag.

De bepalingen in de managementovereenkomst duiden er niet op dat er in wezen sprake is van arbeidsovereenkomst, zoals:

- werktijden;
- vakantiedagen; en
- afspraken over ziekte.

De enkele omstandigheden dat D en E feitelijk managementwerkzaamheden voor X BV verrichtten en daarvoor de expertise hadden, leiden niet tot conclusie dat zij zich jegens X BV persoonlijk hebben verplicht arbeid te verrichten. Het feit dat D en E elkaar over en weer vervangen, ondersteunt dit oordeel.

De enkele omstandigheid dat de personal holdings de managementfees hebben ontvangen, betekent niet dat X BV een verplichting heeft opgenomen om loon aan D en E te betalen. De managementfees zijn immers verschuldigd op basis van managementovereenkomst.

Uit wat de inspecteur heeft aangedragen, kan niets meer worden vastgesteld dan dat de belanghebbende een contractuele relatie heeft met de personal holdings, zodat niet valt in te zien waaraan de AV bevoegdheid zou ontleenen om rechtstreeks gezag uit te oefenen ten aanzien van de door D en E te verrichten werkzaamheden.

Het enkele feit dat D bij de KvK als bestuurder van X BV staat ingeschreven, maakt dit eindoordeel niet anders.

Het oordeel van het Hof Den Bosch luidde dan ook dat er geen sprake was van een dienstbetrekking, en dus ook niet van SV-plicht.

3.3. Conclusie uit deze richtinggevende jurisprudentie

In een bv-structuur waarbij sprake is van een minderheidsaandeelhouder kan gegeven een bepaalde vormgeving van de arbeidsovereenkomsten en managementovereenkomsten, SV-plicht van de minderheidsaandeelhouder worden voorkomen.

Vooropgesteld: daarbij gaat het altijd om de feiten, de feiten en nogmaals de feiten. Papier is geldig. Er dient feitelijk sprake te zijn van het ontbreken van een arbeidsovereenkomst tussen de minderheidsaandeelhouder en de werkmaatschappij. Dat houdt in dat die minderheidsaandeelhouder op grond van de managementovereenkomst geen aanspraak mag hebben op rechten die kenmerkend van een arbeidsovereenkomst zijn, zoals:

- vakantiedagen en vakantiegeld;
- doorbetaling vergoeding bij ziekte van de minderheidsaandeelhouder;
- doorbetaling vergoeding een aantal maanden na overlijden van de minderheidsaandeelhouder;
- een ontbindingstermijn die gelijkenis vertoont met de opzegtermijn van een arbeidsovereenkomst;
- geen vergoedingen bij beëindiging van de managementovereenkomst, zoals een arbeidsovereenkomst kent een 'beëindigingsvergoeding' of 'transitievergoeding'.

4. Regeling aanwijzing dga 2016

4.1. Algemeen

Als tussen de dga en de bv ten behoeve waarvan werkzaamheden worden verricht sprake is van een arbeidsovereenkomst, is de dga in beginsel sociaal verzekerd. In dat geval kan de Regeling aanwijzing dga 2016¹¹ evenwel soelaas bieden.

Ook al is sprake van een arbeidsovereenkomst, dan hoeft de dga toch nog niet per se sociaal verzekerd zijn. Als geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, dan komt deze regeling dus niet aan de orde.

Kortom, de Regeling aanwijzing dga 2016 speelt alleen maar als civielrechtelijk sprake is van een dienstbetrekking. Dan bepaalt art. 6 van de ZW, AOV en WW dat niet als dienstbetrekking voor de sociale verzekeringen wordt beschouwd een arbeidsverhouding van de dga, waarbij de voorwaarden en bepalingen nader te regelen zijn in een ministeriële regeling. En dat laatste is gebeurd in de Regeling aanwijzing dga 2016.

4.2. Hoofdregel

De regeling borduurt voort op de basis, ooit gelegd door de CRvB in een uitspraak¹² van 04-10-1985: de vraag of bij een bestuurder van een bv sprake is van een gezagsverhouding vertaalt zich in het antwoord op de vraag of hij tegen zijn wil in is te ontslaan.

Een dga die enig aandeelhouder en enig bestuurder van een bv is, is niet sociaal verzekerd omdat hij zelf als aandeelhouder in de AV beslist over hemzelf als directeur van de vennootschap. Ook als iemand een meerderheid van stemmen in de AV heeft, kan hij bij stemming daarover een ontslag tegen zijn wil in tegenhouden. Dat geldt zelfs als hij 50% van de stemmen heeft. Ook dan is er geen meerderheid die tegen zijn ontslag stemt.

De hoofdregel is dan ook dat als jij niet tegen je wil in kunt worden ontslagen, er geen sprake is van een gezagsverhouding, en dus ook niet van SV-plicht. Daarbij zijn de statuten van de bv bepalend. Denk daarbij wel aan stemaandelen en andere soort aandelen.

Dat geldt ook bij een zogenoemde indirect bestuurder bij een holdingstructuur. Kijk naar de natuurlijke persoon die de werkzaamheden voor de werkmaatschappij verricht. Als hij daar niet tegen zijn wil in kan worden ontslagen, is hij niet sociaal verzekerd.

Alleen als een bestuurder een minderheid in de AV heeft, in de zin dat zijn stemrecht in de AV minder dan 50% is, is hij tegen zijn wil in te ontslaan en dus in beginsel sociaal verzekerd.

Let op, daarbij gaat het wel om een bestuurder. Als iemand geen bestuurder van een bv is (in de volksmond ook wel genoemd een statutair directeur), maar een 'gewone directeur' (in de volksmond vaak genoemd een directeur titulair), is hij altijd tegen zijn wil in door het bestuur van een bv

¹¹ Een ministeriële regeling uitgevaardigd op 02-07-2015 en in werking is getreden per 01-01-2016. De regeling is gepubliceerd in Stcrt 2015, 19073.

¹² RSV1986/21.

te ontslaan, en daardoor sociaal verzekerd. Alleen bestuurders worden bij minstens 50% van de stemmen in de AV beschermd.

Formeel luidt de hoofdregel van de regeling als volgt: niet verzekerd is de bestuurder ex 2:242 BW die, samen met echtgenoot, houder is van een zodanig aantal aandelen (al dan niet van bepaalde soort of aanduiding) dat hij tezamen met zijn echtgenoot ingevolge de statuten van de bv over zijn ontslag kan besluiten.

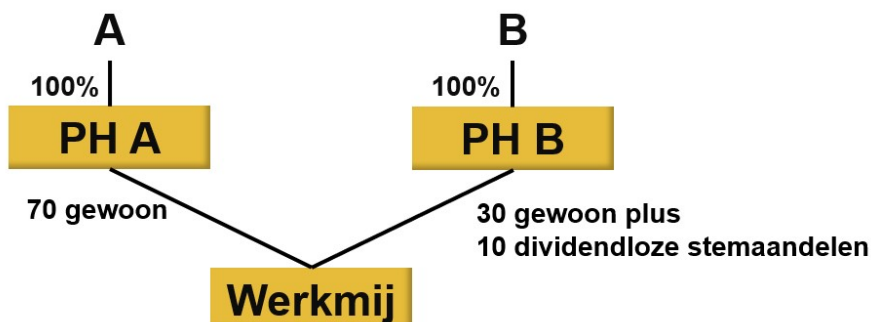
Dat betekent onder andere voor de echtgenoot van de dga het volgende. Als die echtgenoot geen bestuurder is, kan hij geen gebruik maken van deze regeling. Dan moet er weer eerst worden gekeken of er al dan niet sprake is van een civielrechtelijke dienstbetrekking. Als die er wel is, is de echtgenoot van een dga sociaal verzekerd. Als je dan onder de SV-plicht wilt uitkomen, is het aanstellen van die echtgenoot tot (mede)bestuurder de enige oplossing.

Kijk daarbij wel steeds naar de statuten van de bv. Op grond van boek 2 BW mag je statutair een zeker ontslagverbod creëren. Je kunt namelijk bepalen dat een bestuurder alleen kan worden ontslagen bij besluitvorming door de AV met een kwalificerende meerderheid. Die meerderheid mag wettelijk niet meer zijn 2/3^e van de stemmen in de AV.

Daardoor kun je de statuten zodanig vormgeven, dat twee aandeelhouders met een belang van bijvoorbeeld 60% en 40% toch geen van beiden sociaal verzekerd zijn. Want dan kan de meerderheidsaandeelhouder met 60% de minderheidsaandeelhouder met 40% niet tegen zijn wil ontslaan. Maar dan moet dat wel als zodanig in de statuten zijn opgenomen, niet in bijvoorbeeld een aandeelhoudersovereenkomst of in een stemovereenkomst. Het moet statutair zijn bepaald.

Die 'oplossing' biedt dus geen soelaas bij een aandelenverdeling van 70 en 30. Dan mag je niet statutair bepalen dat een meerderheid van bijvoorbeeld 75% nodig is voor het ontslaan van een bestuurder. De grens ligt bij 2/3^e. Dan kan wel door middel van bijvoorbeeld dividendloze stemaandelen die 1/3^e grens worden bereikt. Stel dat in dit voorbeeld bij de minderheidsaandeelhouder ook 10 dividendloze stemaandelen worden geplaatst.

Schematisch:



Dan wordt de waardeangroei van de werkmaatschappij (en de dividendstroom daaruit) verdeeld in de verhouding 70/30, maar is de stemverhouding 70/40, waardoor B wel uit de SV-plicht kan worden gehouden, want dan heeft A 'maar' 64%. En dat is minder dan 2/3^e.

Uiteraard is het hier maar de vraag of A daarmee akkoord gaat, want hij raakt zo wel de 'macht' kwijt om B als (indirect) bestuurder van de werkmaatschappij te ontslaan.

Op de hoofdregel dat bij het bestaan van een arbeidsovereenkomst van een minderheidsaandeelhouder sociaal verzekerd is, bestaan twee uitzonderingen;

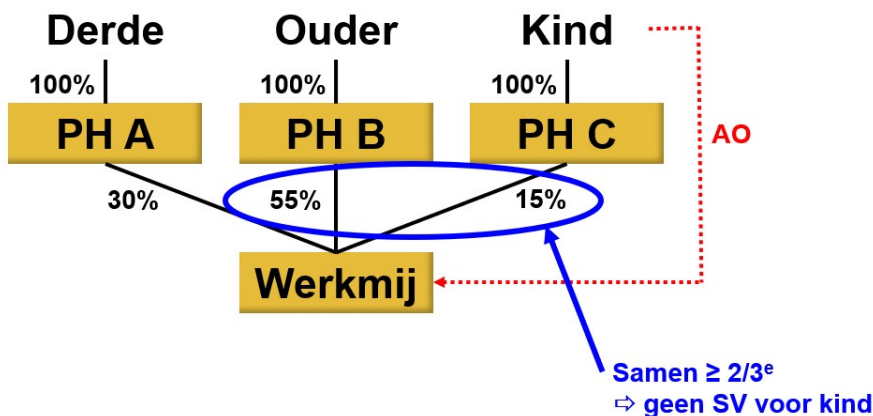
1. familieverhoudingen;
2. nevengeschiktheid.

Als sprake is van bepaalde familieverhoudingen of nevengeschiktheid, is – ondanks dat sprake is van een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst – toch geen sprake van SV-plicht. Die twee uitzonderingen worden hieronder afzonderlijk behandeld.

4.3. Uitzondering # 1: familieverhoudingen

Die uitzondering van SV-plicht bij het bestaan van een arbeidsovereenkomst luidt als volgt: niet verzekerd is de bestuurder (die zelf ook aandeelhouder moet zijn) die, samen met zijn bloed- of aanverwanten tot en met de derde graad, al dan niet tezamen met diens echtgenoot, houder is van aandelen (al dan niet van bepaalde soort of aanduiding), die ten minste 2/3^e van de stemmen vertegenwoordigen, zodat hij, tezamen met die familieleden en echtgenoot, over zijn ontslag kan besluiten.

Een voorbeeld van de familie-uitzondering luidt schematisch als volgt:



Hier hebben de ouder en het kind samen ten minste 2/3^e deel van het stemrecht in de AV, dus is het kind, ondanks dat hij minderheidsaandeelhouder is, niet sociaal verzekerd.

Let bij toepassing van deze uitzondering op de volgende feiten en omstandigheden:

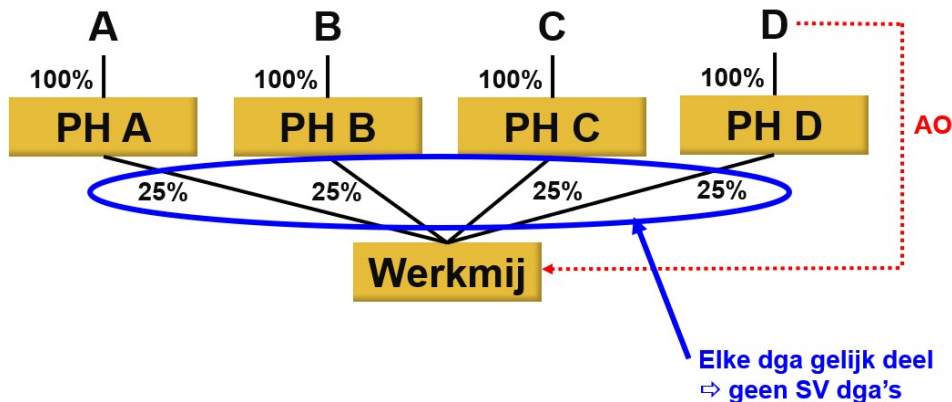
1. als het kind geen bestuurder is, maar 'gewoon werknemer', is hij weer wel sociaal verzekerd. Hij moet dus echt (indirect) bestuurder van die werkmaatschappij zijn;
2. als het kind überhaupt geen aandeelhouder is, maar wel bestuurder, is hij ook sociaal verzekerd.

Wil je dan onder de SV-plicht uitkomen, mag er weer – terug bij af – geen sprake zijn van een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst.

4.4. Uitzondering # 2: nevengeschiedtheid

Deze uitzondering van SV-plicht bij het bestaan van een arbeidsovereenkomst luidt als volgt: niet verzekerd zijn bestuurders die samen (direct of indirect) alle aandelen van de bv bezitten en als aandeelhouders een gelijk of nagenoeg gelijk deel van het kapitaal van de bv vertegenwoordigen.

Een voorbeeld van de nevengeschiedtheid uitzondering luidt schematisch als volgt:



Hier houdt elke dga (indirect) 25% van de aandelen in de werkmaatschappij, zodat ze allen een even groot belang in die werkmaatschappij houden. Daardoor zijn ze geen van vieren, ook al zijn allemaal minderheidsaandeelhouder, sociaal verzekerd.

Let op, het criterium is dat ze én allen bestuurder én allen als aandeelhouder een nagenoeg gelijk deel van het kapitaal vertegenwoordigen. Dat houdt in de praktijk het volgende in:

1. als een van hen géén bestuurder is, zijn ze alle vier sociaal verzekerd;
2. als de verdeling van aandelen bijvoorbeeld luidt 30%-30%-20%-20%, zijn ze alle vier sociaal verzekerd. Nevengeschiedtheid kun je dan niet creëren door middel van emissie van cumulatief preferente aandelen, want dan is krijg je weliswaar een gelijke verdeling van de nominale waarde van het aandelenkapitaal, maar vormt nog geen gelijke vertegenwoordiging in het kapitaal van de bv. Dit, omdat een cumpref een ander belang vertegenwoordigt dan een gewoon aandeel;
3. ook het creëren van prioriteitsaandelen biedt daarom geen soelaas, daardoor krijg je weer geen gelijke verdeling van het kapitaal;
4. ook het certificeren van aandelen via een stichting administratiekantoor (SrAK) is geen oplossing. Weliswaar zijn dan alle bestuurders vertegenwoordigd in de StAK, met een gelijk stemrecht daarin. Maar eerder heeft de CRvB al beslist¹³ dat dit geen oplossing biedt;
5. ook regelingen in een aandeelhoudersovereenkomst of in een stemovereenkomst, waarbij is overeengekomen dat alleen met unanimiteit een bestuurder kan worden ontslagen, is geen oplossing. Nevengeschiedt moet echt worden gecreëerd in openbare stukken, te weten de statuten van de bv.

Het woordje 'nagenoeg' ziet erop als het aantal aandelen niet deelbaar is door het aantal aandeelhouders. Als een bv bijvoorbeeld 100 aandelen heeft met drie aandeelhouders, mag de verdeling

¹³ CRvB 04-08-2010, nr. 09/3479.

33-33-34 zijn. Dan heeft ieder een nagenoeg gelijk deel van het kapitaal, waardoor SV-plicht buiten de deur wordt gehouden.

5. **Voorbeeld managementovereenkomst**

In de bijlage bij deze notitie is een voorbeeld van een managementovereenkomst opgenomen, waarbij sprake is van meerdere (indirecte) aandeelhouders. Dit voorbeeld kan men gebruiken als men de kans op SV-plicht wil beperken. We verwijzen daarbij evenwel naar onderdeel 3.3 van deze praktijknotitie.

Daarbij geldt één belangrijk voorbehoud: feiten zijn belangrijk, papier is geduldig. Als men dit voorbeeld gebruikt maar de feitelijke uitvoering is anders, heeft deze overeenkomst nul en generlei waarde.

6. **Ten slotte**

Mocht u vragen hebben over de inhoud van deze NOAB praktijknotitie, dan kunt u als NOAB-lid in het kader van de NOAB-helpdesk contact opnemen met:

NOAB Adviesgroep lid Marree & Van Uunen Belastingadviseurs
Tel. 013 – 577 34 81

Voorwaarden en disclaimer

Deze praktijknotities zijn specifiek bedoeld voor NOAB-kantoren. Het is niet toegestaan deze te delen met andere partijen. Daarnaast is de disclaimer van kracht die u kunt vinden op <https://noab.nl/disclaimer-privacy-en-cookieverklaring/>.

BIJLAGE: VOORBEELD MANAGEMENTOVEREENKOMST¹⁴

De ondergetekenden:

1. de besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid:
 - a. "..... B.V.", hierna te noemen de moeder vennootschap sub 1, statutair gevestigd te en kantoorhoudende aan de te, te dezen vertegenwoordigd door haar bestuurder, de heer/mevrouw;
 - b. "..... B.V.", hierna te noemen de moeder vennootschap sub 2, statutair gevestigd te en kantoorhoudende aan de te, te dezen vertegenwoordigd door haar bestuurder, de heer/mevrouw;
 - c. "..... B.V.", hierna te noemen de moeder vennootschap sub 3, statutair gevestigd te en kantoorhoudende aan de te, te dezen vertegenwoordigd door haar bestuurder, de heer/mevrouw;
 hierna gezamenlijk te noemen de moeder vennootschappen;

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid "..... B.V.", hierna te noemen de dochter vennootschap, statutair gevestigd te en kantoorhoudende aan de te, te dezen vertegenwoordigd door de moeder vennootschappen:
 - a. de moeder vennootschap sub 1, te dezen op haar beurt vertegenwoordigd door haar bestuurder, de heer/mevrouw;
 - b. de moeder vennootschap sub 2, te dezen op haar beurt vertegenwoordigd door haar bestuurder, de heer/mevrouw;
 - c. de moeder vennootschap sub 3, te dezen op haar beurt vertegenwoordigd door haar bestuurder, de heer/mevrouw;

in aanmerking nemende:

dat de moeder vennootschappen sedert¹⁵, hierna te noemen de ingangsdatum, managementwerkzaamheden verrichten ten behoeve van de dochter vennootschap, omvattende de feitelijke en de dagelijkse leiding met betrekking tot de uitgeoefende onderneming van de dochter vennootschap;

dat de moeder vennootschappen de enige aandeelhouders zijn van de dochter vennootschap;

dat de vennootschappen in financieel opzicht gelieerd zijn en in organisatorisch opzicht in verregaande mate samenwerken;

dat partijen een overeenkomst van opdracht wensen aan te gaan in de zin van art. 7:400 BW en geenszins beogen om arbeidsovereenkomst(en) in de zin van artikel 7:610 e.v. BW tot stand te laten komen¹⁶;

¹⁴ Dit is een model voor een managementovereenkomst tussen meerdere holdings met één werkmaatschappij.

¹⁵ Hier dient te worden ingevuld de datum waarop de managementovereenkomst feitelijk start. Bij de oprichting van een nieuwe dochter vennootschap, is dat de datum van oprichting van die dochter vennootschap.

¹⁶ Als sprake is van een dienstbetrekking kan dat leiden tot sociale verzekeringsplicht voor de dga's. Kenmerken van een dienstbetrekking zijn (zie o.a. ECLI:NL:CRVB:2011:BQ1785):

1. verplichting tot het persoonlijk verrichten van arbeid;
2. verplichting tot het betalen van loon;

dat het de vennootschappen wenselijk is voorgekomen hun onderlinge rechtsverhouding dienaangaande schriftelijk vast te leggen;

zijn met elkaar een managementovereenkomst aangegaan, die wordt beheerst door de volgende voorwaarden en bepalingen.

Artikel 1: AANVANG EN DUUR

Deze managementovereenkomst is gesloten op¹⁷. De overeenkomst gaat in op de ingangsdatum en is aangegaan voor onbepaalde tijd.

Artikel 2: VOORWERP VAN DE OVEREENKOMST

Sedert de ingangsdatum voeren de moedervenootschappen managementwerkzaamheden uit met betrekking tot de door de dochtervennootschap uitgeoefende onderneming. Voornoemde werkzaamheden omvatten de feitelijke en dagelijkse leiding van de onderneming van de dochtervennootschap.

Artikel 3: MANAGEMENTWERKZAAMHEDEN

1. Tot het aangaan van overeenkomsten met derden in het kader van de onderneming van de dochtervennootschap waardoor voor die vennootschap financiële verplichtingen van € 50.000,- per transactie of hoger zouden ontstaan alsmede tot het verwerven of vervreemden van onroerende zaken, huren en verhuren, opzeggen van huur of in huuropzegging voor wat betreft onroerende zaken berusten, het doen verrichten van herstellingen aan onroerende zaken het normale onderhoud te boven gaande, en het aanstellen of ontslaan van personeel is een moedervenootschap niet bevoegd.
2. Elke moedervenootschap is in beginsel verplicht – indien en voor zover mogelijk – de werkzaamheden te doen laten verrichten door de in de aanhef van deze akte vermelde bestuurder

-
3. een gezagsverhouding, zowel materieel getoetst (wil en uitvoering) als formeel getoetst (mogelijkheid van ontslag).

Als geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, is er ook geen sprake van een SV-plicht. Een richtinggevend arrest is hier HR 18-02-2022 (ECLI:NL:HR:2022:282) met de verwijzingsuitspraak Hof Den Bosch 13-12-2023 (ECLI:NL:GHSHE:2023:4168).

Maar zelfs als sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de dga (natuurlijk persoon) en de werkgever (doorgaans de werkmaatschappij) kan de Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder 2016 (nummer 2015-0000160660, geldend vanaf 02 juli 2016) er toe leiden dat toch geen sprake is van SV-plicht. Met name is dat aan de orde als:

- a. de bestuurder (eventueel samen met zijn echtgenoot) zoveel (soort)aandelen houdt dat hij volgens de statuten van de bv over zijn eigen ontslag kan besluiten;
- b. de bestuurder die, tezamen met bloed- of aanverwanten tot en met de 3^e graad (eventueel samen met zijn echtgenoot) zoveel (soort)aandelen houdt, met ten minste 2/3^e van de stemmen in de Algemene Vergadering, dat hij, tezamen met zijn bloed- of aanverwanten tot en met de 3^e graad, over zijn eigen ontslag kan besluiten.
- c. 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.

¹⁷ Hier dient te worden ingevuld de datum waarop beide partijen de overeenkomst zijn aangegaan. Dit staat los van de ingangsdatum of de datum tot wanneer de overeenkomst terugwerkt.

van de betreffende moeder vennootschap.

Een bestuurder mag zich evenwel laten vervangen door een ander, mits die ander beschikt over minimaal dezelfde relevante kennis, kunde en ervaring als degene die hij vervangt. Een moeder vennootschap mag zich te allen tijde laten vervangen door een andere moeder vennootschap.

3. Het staat de dochter vennootschap vrij om aanwijzingen aan elk van de moeder vennootschappen ter invulling van diens opdracht, zoals bedoeld in art. 7:402 BW.
4. Elke moeder vennootschap mag haar opdracht naar eigen professioneel inzicht uitvoeren en is vrij te bepalen op welke wijze deze opdracht wordt uitgevoerd. Zo bepaalt elke moederschap zelf wanneer, waar en hoe deze werkzaamheden worden uitgevoerd.

Artikel 4: VERGOEDING

1. De moeder vennootschappen ontvangen voor de door hen ten behoeve van de onderneming van de dochter vennootschap verrichte werkzaamheden een vergoeding van:
 - de moeder vennootschap sub 1: €;
 - de moeder vennootschap sub 2: €;
 - de moeder vennootschap sub 3: €;
 alle bedragen exclusief eventueel verschuldigde omzetbelasting¹⁸ per maand.
2. De omvang van bovenvermelde vergoedingen kan jaarlijks in onderling overleg worden gewijzigd.
3. Als een moeder vennootschap haar werkzaamheden staakt of verzaakt in het verrichten van haar werkzaamheden, is de dochter vennootschap jegens die moeder vennootschap geen vergoeding verschuldigd, ongeacht de oorzaak van dit staken of verzaken.

Artikel 5: BETALING

Betaling van de vergoeding door de dochter vennootschap geschiedt binnen 14 dagen na de factuurdatum, in Nederlandse valuta en zonder enig recht op korting of schuldvergelijking, ten kantore van de betreffende moeder vennootschap of door storting ten gunste van een door laatstgenoemde aan te wijzen bankrekening. De dochter vennootschap kan betaling ook door middel van verrekening in rekening-courant verrichten.

Artikel 6: AANSPRAKELIJKHEID

1. De dochter vennootschap is ten opzichte van derden aansprakelijk voor de schade die het gevolg is van de door een moeder vennootschap gemaakte fouten in het kader van de uit deze overeenkomst voortvloeiende werkzaamheden ten behoeve van de dochter vennootschap. De dochter vennootschap vrijwaart elke moeder vennootschap voor schadeclaims van derden die het gevolg zijn van door de betreffende moeder vennootschap gemaakte fouten bij het verrichten van de uit deze overeenkomst voortvloeiende werkzaamheden voor de dochter vennootschap, voor zover die fouten niet het gevolg zijn van opzet dan wel grove nalatigheid van de betreffende moeder vennootschap.

¹⁸ Management is een btw-belaste prestatie, waardoor de moeder vennootschap btw in rekening dient te brengen aan de dochter vennootschap, tenzij sprake is van een fiscale eenheid voor de omzetbelasting ingevolge art. 7, vierde lid van de Wet OB 1968.

Als de dochter vennootschap btw-vrijgestelde prestaties verricht, kan de dochter vennootschap de in rekening gebrachte btw niet geheel als voorbelasting in aftrek brengen.

2. Een moedervennootschap is jegens de dochtervennootschap uitsluitend aansprakelijk voor schade welke door de betreffende moedervennootschap met opzet of grove nalatigheid is veroorzaakt.

Artikel 7: OPZEGGING

1. Opzegging van deze overeenkomst kan door elke vennootschap plaatsvinden en dient met inachtneming van een opzegtermijn van één maand te geschieden.
2. Deze opzegging dient plaats te vinden door middel van een behoorlijke kennisgeving. Behoorlijke kennisgeving kan plaatsvinden door middel van een aangetekend schrijven met bewijs van ontvangst, door middel van een deurwaardersexploot of door een door alle vennootschappen ondertekende verklaring.

Artikel 8: OVERIGE BEPALINGEN

1. Het is elke moedervennootschap toegestaan om belangen te houden in andere vennootschappen dan de dochtervennootschap.
2. Het is elke bestuurder van een moedervennootschap toegestaan om andere werkzaamheden te verrichten, waaronder begrepen andere managementwerkzaamheden, dan werkzaamheden ten behoeve van de dochtervennootschap.

Artikel 9: TOEPASSELIJK RECHT EN FORUMKEUZE

1. Op deze overeenkomst is steeds het Nederlands recht van toepassing.
2. Alle geschillen voortvloeiende uit of verband houdende met de uitvoering van deze overeenkomst worden door de vennootschappen in eerste aanleg aanhangig gemaakt bij de gerechtelijke instantie waaronder de statutaire plaats van vestiging van de dochtervennootschap ressorteert.

Aldus in drievoud opgesteld en
ondertekend te op

De moedervennootschap sub 1,
te dezen:

De moedervennootschap sub 2,
te dezen:

De moedervennootschap sub 3,
te dezen:

De dochtervennootschap,
te dezen: