

ANNOTATIE

Verzekeringsplicht bij managementovereenkomst

*J.P.M. van Zijl**Annotatie bij Hoge Raad, 18-02-2022, ECLI:NL:HR:2022:282 (OR-2023-0039, AR-2022-1042)*

In het arrest van de Hoge Raad van 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:282, **AR 2022-1042**, heeft de belastingkamer van de Hoge Raad zich uitgesproken over de verzekeringsplicht van twee 'directeuren-minderheidsaandeelhouders'. Daarbij moest de Hoge Raad zich uitspreken over de vraag of de arbeidsverhouding al dan niet kwalificeert als een arbeidsovereenkomst in de zin van het burgerlijk recht. De uitspraak is voor arbeidsrechtjuristen interessant vanwege de vraag of die kwalificatie in het sociaalverzekeringsrecht op dezelfde wijze plaatsvindt als in het arbeidsrecht.

Feiten

In de zaak waarin de Hoge Raad uitspraak moest doen werkten twee directeuren-minderheidsaandeelhouders voor een werkmaatschappij op basis van een managementovereenkomst die gesloten was tussen de werkmaatschappij en de persoonlijke houdstermaatschappijen van de directeuren-minderheidsaandeelhouders. De twee houdstermaatschappijen hielden elk 24% van de aandelen van de werkmaatschappij. De andere 52% waren aanvankelijk in handen van één andere aandeelhouder, maar deze had later een deel van 15% van het aandelenbelang in de werkmaatschappij verkocht aan een vierde partij.

De directie van de werkmaatschappij werd op basis van een managementovereenkomst met elk van de twee houdstermaatschappijen door die twee houdstermaatschappijen gevoerd. Deze houdstermaatschappijen stelden daartoe elk de arbeidskracht van hun enige aandeelhouder en enige bestuurder (hierna aan te duiden als: 'de twee directeuren-minderheidsaandeelhouders') aan de werkmaatschappij ter beschikking. De directeuren-minderheidsaandeelhouders hadden elk een arbeidsovereenkomst met hun eigen houdstermaatschappij.

De persoonlijke expertise van de twee directeuren-minderheidsaandeelhouders was

essentieel voor de bedrijfsvoering van de werkmaatschappij die zich bezighield met het ontwikkelen, verkopen, leveren, onderhouden en exploiteren van software en hardware.

De vier aandeelhouders hadden een aandeelhoudersovereenkomst gesloten die met zich meebracht dat alle besluiten in de algemene vergadering van aandeelhouders van de werkmaatschappij met unanimititeit van stemmen zouden worden genomen.

De twee persoonlijke houdstermaatschappijen hadden elk ook nog belangen in andere ondernemingen.

Belastingdienst

De Belastingdienst had zich op het standpunt gesteld dat sprake was van verzekeringsplicht van de directeuren-minderheidsaandeelhouders. Dat standpunt was gebaseerd op de volgende overwegingen:

- (1) Er is sprake van persoonlijk te verrichten arbeid, aangezien de persoonlijke expertise en kennis van de directeuren-minderheidsaandeelhouders onontbeerlijk was voor de bedrijfsvoering van de werkmaatschappij. De arbeid die op grond van de managementovereenkomsten met de werkmaatschappij was afgesproken, moest daarom persoonlijk door de directeuren-minderheidsaandeelhouders worden verricht. De persoonlijke houdstermaatschappijen hadden ook geen andere mensen in dienst.
- (2) Er is sprake van een verplichting van de werkmaatschappij tot loonbetaling, in de vorm van de managementvergoeding. Deze managementvergoeding vormt de tegenprestatie voor de te verrichten arbeid.
- (3) Er is sprake van een gezagsverhouding, omdat elk van de persoonlijke houdstermaatschappijen maar 24% van de aandelen in de werkmaatschappij houdt, zodat sprake is van ondergeschiktheid aan de algemene vergadering van aandeelhouders. Dat uit de aandeelhoudersovereenkomst volgt dat alle belangrijke beslissingen in de algemene vergadering van aandeelhouders (dus ook het besluit tot ontslag van bestuurders) op basis van unanimititeit zullen worden genomen, doet daaraan niet af.

Rechtbank

De rechtbank^[1] had het beroep van de werkmaatschappij gegrond verklaard. Daartoe had de rechtbank overwogen dat er zowel aanknopingspunten zijn voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst met de directeuren-minderheidsaandeelhouders als voor het aannemen van een overeenkomst van opdracht met de persoonlijke houdstermaatschappijen.

- (1) Met betrekking tot de persoonlijk te verrichten arbeid is enerzijds van belang dat de onderneming van de werkmaatschappij volledig afhankelijk is van de persoonlijke capaciteiten van de directeuren-minderheidsaandeelhouders en anderzijds dat de directeuren-minderheidsaandeelhouders hun persoonlijke kennis en expertise ook exploiteren buiten de werkmaatschappij. De rechtbank spreekt van een 'vrije rol' van de

directeuren-minderheidsaandeelhouders.

(2) Ook de rechtbank ziet de managementvergoeding als een vorm van loonbetaling.

(3) Voor wat betreft de gezagsverhouding stelt ook de rechtbank vast dat bestuurders altijd onder instructie staan van de algemene vergadering van aandeelhouders, maar de rechtbank weegt ook mee dat alle belangrijke beslissingen in de algemene vergadering van aandeelhouders steeds zijn genomen in samenspraak met de twee andere aandeelhouders. De rechtbank acht niet van doorslaggevend belang dat de directeuren-minderheidsaandeelhouders hun eigen ontslag in de algemene vergadering van aandeelhouders niet zouden kunnen tegenhouden.

Omdat er aanknopingspunten zijn voor beide juridische kwalificaties (als arbeidsovereenkomst en als overeenkomst van opdracht) is voor de rechtbank doorslaggevend dat er managementovereenkomsten zijn gesloten met de persoonlijke houdstermaatschappijen en geen arbeidsovereenkomsten met de directeuren-minderheidsaandeelhouders. De rechtbank kent in het bijzonder belang toe aan het feit dat de bewoordingen van de managementovereenkomsten aansluiten bij een in algemene termen vervatte overeenkomst van opdracht en dat geen nadere specificaties worden gegeven over de voorwaarden waaronder de opdracht moet worden uitgevoerd, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van werktijden, vakantiedagen, gebruik van een auto, onkostenvergoedingen en andere voorwaarden die meer passen bij een arbeidsovereenkomst. Ook de vrijheid om de kennis en de expertise van de directeuren-minderheidsaandeelhouders buiten de werkmaatschappij om te exploiteren, past volgens de rechtbank beter bij een overeenkomst van opdracht dan bij een arbeidsovereenkomst.

De rechtbank concludeert dat de Belastingdienst niet aannemelijk heeft gemaakt dat in weerwil van de met de persoonlijke houdstermaatschappijen gesloten managementovereenkomsten sprake is van arbeidsovereenkomsten met de directeuren-minderheidsaandeelhouders.

Gerechtshof

Het gerechtshof^[2] kwam echter tot een andere conclusie en stelde de Belastingdienst in het gelijk. De uitspraak van de rechtbank werd vernietigd. Het gerechtshof baseerde die beslissing op het volgende:

(1) Er is voldaan aan het vereiste dat de directeuren-minderheidsaandeelhouders hun arbeid persoonlijk verrichten, omdat de persoonlijke kwaliteiten van de directeuren-minderheidsaandeelhouders onmisbaar zijn voor de werkmaatschappij, vervanging niet heeft plaatsgevonden en niet aannemelijk is dat de werkmaatschappij akkoord zou gaan met vervanging.

(2) Net als de rechtbank en de Belastingdienst ziet het gerechtshof de betaling van de managementvergoeding als de betaling van loon.

(3) Aan het vereiste van de gezagsverhouding is eveneens voldaan, omdat volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad^[3] bij de vraag of tussen een natuurlijke persoon en een rechtspersoon een gezagsverhouding bestaat, geen rol speelt welke personen deel uitmaken van het orgaan van de rechtspersoon dat instructies aan die natuurlijke persoon kan geven en of de betreffende natuurlijke persoon doorslaggevende invloed heeft op de besluitvorming van de algemene vergadering van aandeelhouders. Daarom komt geen belang toe aan de afspraak in de aandeelhoudersovereenkomst dat voor alle besluiten binnen de algemene vergadering van aandeelhouders unanimiteit van stemmen vereist is. Ook de omstandigheid dat de directeuren-minderheidsaandeelhouders hun werkzaamheden naar eigen inzicht invulden, is daarom niet van belang.

(4) De directeuren-minderheidsaandeelhouders voldoen niet aan de voorwaarden van de Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder voor het aannemen van een uitzondering op de verzekeringsplicht.

Hoge Raad

De Hoge Raad is het echter weer oneens met de uitspraak van het gerechtshof, vernietigt die uitspraak en verwijst het geding naar een ander gerechtshof om te worden beslist met inachtneming van het arrest van de Hoge Raad.

De Hoge Raad overweegt daartoe het volgende:

(1) Voor de vraag of sprake is van een dienstbetrekking tussen de werkmaatschappij en de directeuren-minderheidsaandeelhouders is maatgevend of sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van het burgerlijk recht.^[4] Daarbij is zowel van belang wat de inhoud van de afspraken is die partijen gemaakt hebben als de wijze waarop de partijen uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst en aldus aan die overeenkomst inhoud hebben gegeven. Het hof heeft terecht geoordeeld of sprake is van het persoonlijk verrichten van arbeid, loon en een gezagsverhouding.

(2) Het oordeel van het hof dat naar civiel recht moet worden uitgegaan van dienstbetrekkingen tussen de werkmaatschappij en de directeuren-minderheidsaandeelhouders is zonder nadere motivering niet begrijpelijk.

(3) Het hof heeft ten onrechte niet vastgesteld dat de directeuren-minderheidsaandeelhouders zichzelf jegens de werkmaatschappij hebben verbonden om persoonlijk arbeid te verrichten. Voor deze vaststelling is niet voldoende dat de directeuren-minderheidsaandeelhouders onmisbaar waren voor de werkmaatschappij.

(4) Ook blijkt uit de omstandigheid dat de directeuren-minderheidsaandeelhouders hebben ingestemd met de betaling van managementvergoedingen aan de persoonlijke houdstermaatschappijen niet dat de werkmaatschappij verplicht was loon te betalen aan de directeuren-minderheidsaandeelhouders.

(5) Uit de bepalingen van de aandeelhoudersovereenkomst volgt niet dat bij de

werkmaatschappij een statutaire regeling is getroffen die afwijkt van hetgeen uit het wettelijke stelsel voortvloeit ten aanzien van het uitoefenen van gezag over de uitvoering van werkzaamheden bij de werkmaatschappij. Uit het enkele feit dat de werkmaatschappij een contractuele relatie heeft met de persoonlijke houdstermaatschappijen vloeit niet voort dat de algemene vergadering van aandeelhouders van de werkmaatschappij de bevoegdheid heeft om gezag uit te oefenen ten aanzien van de directeuren-minderheidsaandeelhouders.

Commentaar

De Belastingdienst heeft waarschijnlijk gemeend om bij de beoordeling van de verzekeringsplicht van de directeuren-minderheidsaandeelhouders te kunnen volstaan met een toetsing van de arbeidsverhouding aan de criteria van de arbeidsovereenkomst (persoonlijke arbeid, loon en gezagsverhouding) met inachtneming van het bij de belastingheffing in het algemeen geldende uitgangspunt dat 'het wezen voor de schijn gaat'. Maar dat ziet de Hoge Raad toch wat genuanceerder, althans in een geval zoals het onderhavige waarbij het gaat om managementovereenkomsten die gesloten zijn door een houdstermaatschappij die ook aandeelhoudster is. Misschien speelden daarbij de bijzondere omstandigheden van dit geval een rol (dat de houdstermaatschappijen ook nog belangen in andere ondernemingen hadden, is bepaald niet standaard), maar duidelijk is dat de Hoge Raad niet bereid is om de managementovereenkomst tussen de werkmaatschappij en de houdstermaatschappij te kwalificeren als een arbeidsovereenkomst tussen de directeur-aandeelhouder van die houdstermaatschappij en de werkmaatschappij, zonder een motivering die verder gaat dan die welke door de Belastingdienst en het gerechtshof was gegeven.

De door de belastingdienst aangevoerde, en door het gerechtshof grotendeels overgenomen, argumenten waren niet ongebruikelijk en worden in soortgelijke gevallen vaker zo gebruikt voor het aannemen van verzekeringsplicht. De kwalificatie van de managementovereenkomst als een arbeidsovereenkomst was volgens de Hoge Raad daarmee echter onvoldoende gemotiveerd ten aanzien van elk van de drie criteria voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst:

- (1) de onmisbaarheid van de directeuren-minderheidsaandeelhouders was niet voldoende om te concluderen dat de directeuren-minderheidsaandeelhouders zich hadden verbonden om arbeid te verrichten voor de werkmaatschappij;
- (2) het feit dat de directeuren-minderheidsaandeelhouders hadden ingestemd met betaling van de managementvergoeding aan de persoonlijke houdstermaatschappijen was niet voldoende om de managementvergoeding als loon van de directeuren-minderheidsaandeelhouders aan te merken; en
- (3) de contractuele relatie tussen de persoonlijke houdstermaatschappijen en de directeuren-minderheidsaandeelhouders was niet voldoende om te concluderen tot een gezagsverhouding tussen de algemene vergadering van aandeelhouders en de directeuren-minderheidsaandeelhouders.

De Belastingdienst zal nu moeten bezien welke andere argumenten kunnen worden aangevoerd om persoonlijke arbeidsverrichting, een verplichting tot loonbetaling en een gezagsverhouding aan te tonen. Het gerechtshof 's-Hertogenbosch zal moeten beoordelen of daarmee dan alsnog is voldaan aan de criteria van de arbeidsovereenkomst.

De verzekeringsplicht van de directeur-minderheidsaandeelhouder

Hoe moet nu, gegeven het arrest van de belastingkamer van de Hoge Raad van 18 februari 2022, de vraag worden beantwoord of sprake is van verzekeringsplicht voor de werknemersverzekeringen en dus van de verplichting om premies werknemersverzekeringen in te houden, als een (indirecte) minderheidsaandeelhouder via een managementovereenkomst met een eigen bv werkt voor de werkmaatschappij waarin hij minderheidsaandeelhouder is?

In zijn meest kenmerkende vorm gaat het om de volgende situatie:

img alt="" src="https://assets.budh.nl/updates/ar-updates/annotatie_van_zijl.png" style="height:509px; width:1019px">

[NB Bovenstaand plaatje is wel zichtbaar op de website AR Updates, maar kan niet weergegeven worden in de pdf (red.)]

De beoordeling van de verzekeringsplicht vindt plaats op grond van de vraag of sprake is van:

(1) een dienstbetrekking;^[5] dan wel

(2) een fictieve dienstbetrekking.^[6]

Van een dienstbetrekking is sprake als tussen partijen een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht bestaat. Vastgesteld moet dan worden of sprake is van:

(1) een verplichting om de overeengekomen arbeid persoonlijk te verrichten;

(2) een verplichting om loon te betalen;

(3) een gezagsverhouding.

Als op deze wijze is vastgesteld dat sprake is van een dienstbetrekking dan wel indien sprake is van een fictieve dienstbetrekking, moet worden beoordeeld of sprake is van een uitzondering op de verzekeringsplicht.^[7] Het gaat dan met name om de uitzondering van de verzekeringsplicht die geldt voor de directeur-groootaandeelhouder (dga).^[8] Om van een dga te kunnen spreken moet zich een van de gevallen voordoen die zijn aangewezen in artikel 2 van de Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder 2016.^[9]

Bij de vraag of de natuurlijke personen A en B uit bovengenoemd voorbeeld kunnen worden aangemerkt als werknemers van de werkmaatschappij moet worden getoetst aan de criteria van de arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht (kort gezegd: arbeid, loon en gezag). Opvallend is dat de belastingkamer van de Hoge Raad daarbij verwijst naar twee eerdere uitspraken van de belastingkamer, namelijk het *Gouden Kooi*-arrest uit 2011^[10] en de door het gerechtshof ook aangehaalde uitspraak uit 2013.^[11]

In het *Gouden Kooi*-arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat bij de toetsing van de vraag of de inhoud van de rechtsverhouding voldoet aan de criteria die gelden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst, acht moet worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, in onderling verband bezien, en dat daarbij niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking dienen te worden genomen die partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stonden, maar dat ook acht dient te worden geslagen op de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun overeenkomst en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. De Hoge Raad herhaalt dit uitgangspunt nog eens met de volgende overweging: 'De inhoud van de tussen partijen gemaakte afspraken is bij die beoordeling relevant, evenals de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst en aldus daaraan inhoud hebben gegeven.'

In de uitspraak van 2013 heeft de Hoge Raad het volgende overwogen:

- (1) Bij de vraag of tussen een rechtspersoon en een natuurlijk persoon een gezagsverhouding bestaat, is niet van belang wie deel uitmaken van het orgaan van de rechtspersoon dat de instructies aan de natuurlijke persoon kan geven. Bij deze beoordeling is daarom niet van belang of materieel sprake is van een gezagsverhouding.
- (2) Als een statutaire bestuurder werkzaam is voor een bv en zich daarbij verbonden heeft om arbeid tegen loon te verrichten, is daarom sprake van een arbeidsovereenkomst, ook als die bestuurder in de algemene vergadering van de bv doorslaggevende zeggenschap heeft (en dus kan voorkomen dat hij wordt ontslagen).
- (3) De arbeidsovereenkomst tussen een bv en een statutaire bestuurder wordt echter bij wijze van uitzondering niet aangemerkt als een dienstbetrekking (en dus is geen sprake van verzekeringsplicht) indien sprake is van een dga. De vraag waarin sprake is van een dga moet worden beantwoord aan de hand van artikel 2 Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder 2016. Is op grond van toetsing aan dit artikel geen sprake van een dga, dan is er geen ruimte om de arbeidsverhouding van de bestuurder desondanks niet als een dienstbetrekking te beschouwen vanwege het ontbreken van een materiële gezagsverhouding (immers: geen materiële toetsing, zie hierboven).

Opvallend is dat de (belastingkamer van de) Hoge Raad niet verwijst naar het *Gemeente Amsterdam*-arrest van de (civiele kamer van de) Hoge Raad uit 2020.^[12] In dat arrest onderscheidt de Hoge Raad bij de vraag of een arbeidsverhouding kan worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst twee fases. In de eerste fase stelt de rechter de inhoud van de overeenkomst tussen partijen vast op basis van de rechten en verplichtingen die partijen zijn

overeengekomen. Daarbij gaat de rechter uit van de verwachtingen die partijen redelijkerwijs over en weer mochten hebben,[13] waarbij de rechter ook rekening houdt met de maatschappelijke positie van partijen en de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen. In de tweede fase stelt de rechter vast of de overeenkomst de kenmerken van een arbeidsovereenkomst (persoonlijke arbeid, loon en gezag) heeft of niet, zonder daarbij rekening te houden met de bedoeling van partijen.

Stappenplan beoordeling verzekeringsplicht

De beoordeling van verzekeringsplicht van B in het bovengenoemde voorbeeld voltrekt zich derhalve op basis van de volgende stappen:

1. Is sprake van een dienstbetrekking?

Om een dienstbetrekking te kunnen aannemen moet worden vastgesteld dat voldaan is aan de criteria van de arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht. Daarbij moet zowel de bedoeling van de partijen om al dan niet een arbeidsovereenkomst aan te gaan als de feitelijke wijze van uitvoering van de arbeidsverhouding (wijst die wel of niet op het bestaan van een arbeidsovereenkomst?) worden betrokken.

Vastgesteld moet worden dat sprake is van:

- (a) een verplichting van B om persoonlijk arbeid te verrichten ten behoeve van de werkmaatschappij;
- (b) een verplichting van de werkmaatschappij om loon te betalen aan B;
- (c) een gezagsverhouding tussen de werkmaatschappij en B.

Bij deze vaststelling kan niet zonder goede motivering worden voorbijgegaan aan het feit dat tussen de werkmaatschappij en B BV een managementovereenkomst is gesloten en dat er geen arbeidsovereenkomst is gesloten tussen de werkmaatschappij en B. Waarschijnlijk minder gemakkelijk dan in het fiscale recht kan 'door de BV worden heengekeken' en minder gemakkelijk gaat 'het wezen voor de schijn'.

a. ten aanzien van de verplichting om persoonlijk arbeid te verrichten

Vastgesteld moet worden dat B zich ten aanzien van de werkmaatschappij heeft verbonden om arbeid te verrichten. Dat gaat verder dan de vaststelling dat B BV gehouden was om de op grond van de managementovereenkomst te verrichten werkzaamheden uitsluitend door B te doen verrichten. Vereist is dat aannemelijk gemaakt wordt dat B zelf (en niet B BV) zich ten opzichte van de werkmaatschappij verbonden heeft om persoonlijk arbeid te verrichten.

b. ten aanzien van de verplichting om loon te betalen

Vastgesteld moet worden dat de werkmaatschappij verplicht was om loon te betalen aan B. Daartoe is niet voldoende dat B heeft ingestemd met betaling door de werkmaatschappij van een managementvergoeding aan B BV.

c. ten aanzien van de gezagsverhouding

Vastgesteld moet worden dat de werkmaatschappij rechtstreeks gezag kan uitoefenen ten opzichte van B ten aanzien van de door B BV te verrichten werkzaamheden. Daartoe is niet voldoende dat de werkmaatschappij een managementovereenkomst heeft gesloten met B BV. Zo lang dat niet is vastgesteld wordt ook niet toegekomen aan de overweging uit het arrest van de Hoge Raad uit 2013 dat voor de vraag of tussen een natuurlijk persoon en een rechtspersoon een gezagsverhouding bestaat niet van belang is welke personen deel uitmaken van het orgaan van de rechtspersoon dat instructies aan de natuurlijke persoon kan geven (met andere woorden dat materiële gezagsuitoefening niet vereist is en dat formeel gezag voldoende is).

Als bij de beoordeling van de bovengenoemde criteria van de arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht niet voldoende kan worden gemotiveerd waarom de managementovereenkomst tussen de werkmaatschappij en B BV niet op basis van elk van de bovengenoemde criteria kan worden gezien als een arbeidsovereenkomst tussen de werkmaatschappij en B, is geen sprake van verzekeringsplicht.

2. Als sprake is van een dienstbetrekking tussen de werkmaatschappij en B, is dan sprake van een uitzondering op de verzekeringsplicht omdat B een directeur-grotaandeelhouder (dga) is?

Deze beoordeling vindt plaats op basis van de criteria van artikel 2 van de Regeling aanwijzing directeur-grotaandeelhouder 2016. Als dga wordt daar beschouwd:

a. de bestuurder die:[14]

- (i) al dan niet tezamen met zijn echtgenoot
- (ii) houder is van een zodanig aantal aandelen
- (iii) (al dan niet van een bepaalde soort of aanduiding)
- (iv) dat hij, al dan niet samen met zijn echtgenoot,
- (v) op grond van de statuten van de vennootschap
- (vi) over zijn eigen ontslag kan besluiten;

b. de bestuurder die:[15]

- (i) samen met bloed- en aanverwanten tot en met de derde graad,

(ii) al dan niet tezamen met zijn echtgenoot

(iii) houder is van aandelen

(iv) (al dan niet van een bepaalde soort of aanduiding)

(v) die ten minste twee derde van de stemmen in de algemene vergadering van aandeelhouders vertegenwoordigen,

(vi) zodat hij samen met die bloed- en aanverwanten en al dan niet samen met zijn echtgenoot

(vii) over zijn eigen ontslag kan besluiten;

c. de *bestuurder* die:[16]

(i) binnen de vennootschap

(ii) door tussenkomst van een of meer rechtspersonen waarvan hij de bestuurder is

(iii) waarbij die vennootschappen al dan niet met elkaar in een groep zijn verbonden

(iv) of door vennootschappen waarvan hij de aandelen houdt;

(v) een zodanige zeggenschap heeft dat hij over zijn eigen ontslag kan besluiten

(vi) waarbij die zeggenschap kan worden uitgeoefend samen met bloed- en/of aanverwanten tot en met de derde graad en samen met de echtgenoot;

d. de *bestuurders* die:[17]

(i) samen alle aandelen van de vennootschap bezitten

(ii) als aandeelhouders elk een (nagenoeg) gelijk deel van het kapitaal van de vennootschap vertegenwoordigen

(iii) ook als het aandelenbezit plaatsvindt door tussenkomst van een of meer rechtspersonen waarvan hij bestuurder is of waarvan hij de aandelen houdt.

Om als dga in aanmerking te komen voor een uitzondering op de verzekeringsplicht moet B dus in elk geval statutair bestuurder van de werkmaatschappij zijn.

De verwijzing naar verschillende soorten aandelen (bijvoorbeeld: prioriteitsaandelen of

preferente aandelen) dan wel aanduiding van aandelen (bijvoorbeeld: letteraandelen) brengt met zich mee dat het de aandeelhouders vrijstaat om de statuten van de vennootschap zodanig in te richten dat het mogelijk is om een verdeling van aandelen te kiezen waardoor de uitzondering van de verzekeringsplicht wegens het zijn van dga wel of juist niet van toepassing is. Deze keuze heeft dan echter wel ook steeds statutaire gevolgen voor de zeggenschap binnen de vennootschap.

Als B op grond van de Regeling aanwijzing directeur-grotaandeelhouder 2016 moet worden aangemerkt als dga, dan is geen sprake van verzekeringsplicht. Uit het arrest van de Hoge Raad uit 2013 volgt dat geen sprake is van verzekeringsplicht als B niet als dga kan worden aangemerkt. Reeds vastgesteld is immers dat sprake is van een dienstbetrekking en als de uitzondering voor dga's op B niet van toepassing is, dan is sprake van verzekeringsplicht.

Hoe ver strekt de werking van dit arrest?

De vraag is hoe breed de strekking van dit arrest van de Hoge Raad is. Zoals hierboven al aangegeven is de casus redelijk bijzonder doordat de houdstermaatschappijen ook belangen in andere ondernemingen dan die van de werkmaatschappij hadden. Doorgaans is dat niet zo. Maar als bovengenoemde argumenten onvoldoende zijn, welke andere argumenten kunnen dan worden aangevoerd om te kunnen concluderen tot persoonlijke arbeidsverrichting, een verplichting tot loonbetaling en een gezagsverhouding, als een directeur-minderheidsaandeelhouder voor een werkmaatschappij werkt op basis van een managementovereenkomst met zijn houdstermaatschappij als die houdstermaatschappij geen belangen heeft in andere ondernemingen dan de onderneming van de werkmaatschappij?

Wellicht kan de conclusie zijn dat een directeur-minderheidsaandeelhouder die werkt op basis van een managementovereenkomst tussen de werkmaatschappij en zijn houdstermaatschappij niet snel verplicht verzekerd zou zijn. Dat op zichzelf is een uitkomst die wel te billijken is. Het zijn van aandeelhouder wijst immers eerder op ondernemerschap dan op werknemerschap, als het aandelenbezit tenminste een omvang van enige betekenis heeft.

Maar is de strekking van het arrest van de Hoge Raad hier niet te breed? Wat nu als de kassajuffrouw bij Albert Heijn zich voor het verrichten van werkzaamheden bedient van een managementovereenkomst tussen Albert Heijn en een door haar c.q. hem opgerichte bv? Hoe gaat de Belastingdienst dan aannemelijk maken dat:

- (1) sprake is van persoonlijke arbeidsverrichting als niet eens sprake is van onmisbaarheid?
- (2) de managementvergoeding loon is als de instemming van de kassajuffrouw met betaling van de managementvergoeding aan de bv niet voldoende is?
- (3) er een gezagsverhouding was, niet alleen tussen Albert Heijn en de bv van de kassajuffrouw, maar ook tussen Albert Heijn en de kassajuffrouw zelf?

Wie het bovenstaande voorbeeld wat realistischer wil maken mag voor Albert Heijn lezen Deliveroo of Uber en voor de kassajuffrouw een maaltijdbezorger of taxichauffeur.

Verschil tussen civiele kamer en belastingkamer van de Hoge Raad?

Sinds de overgang per 1 januari 2006 van de premieheffing werknemersverzekeringen naar de Belastingdienst heeft de Hoge Raad het laatste woord als het gaat over de uitleg van het begrip dienstbetrekking. Omdat de premieheffing is opgegaan in de loonheffing, werd de belastingkamer van de Hoge Raad automatisch ook de hoogste rechter als het ging om de premieheffing, en om ervoor te zorgen dat de Hoge Raad ook aan de uitkeringszijde het laatste woord zou hebben over de vraag wanneer sprake is van een dienstbetrekking is in de werknemersverzekeringswetten geregeld dat van uitspraken van de Centrale Raad van Beroep over de vraag of sprake is van een dienstbetrekking voortaan cassatieberoep bij de (belastingkamer van de) Hoge Raad mogelijk.[18] Zie hierover ook de **annotatie** van mr. dr. L. van den Berg bij de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 11 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4328.[19]

Daarmee zou de uitleg van het begrip dienstbetrekking in de werknemersverzekeringen (dat bepalend is voor de vraag of sprake is van verzekeringsplicht voor de werknemersverzekeringen) zowel bij de premieheffing als bij de verstrekking van uitkeringen moeten worden afgestemd op de jurisprudentie van de civiele kamer van de Hoge Raad.

Maar waar het bij de civiele kamer gaat om bescherming van de werknemer door het arbeidsrecht mogelijk te maken, gaat het er bij de werknemersverzekeringen om vast te stellen of verzekeringsplicht geldt.

Bij de uitleg van het begrip dienstbetrekking is steeds de vraag of de bedoeling van partijen ten aanzien van de kwalificatie van de arbeidsverhouding leidend moet zijn dan wel de wijze waarop die arbeidsverhouding in de praktijk vorm krijgt. Als het gaat om de vraag of sprake moet zijn van werknemersbescherming kan aan de bedoeling van partijen makkelijker belang worden toegekend dan wanneer het gaat om de vraag of sprake is van verzekeringsplicht. Bij de verzekeringsplicht speelt namelijk de solidariteitsgedachte een belangrijke rol. Het uitgangspunt dat de sterkste schouders de zwaarste lasten moeten dragen, verdraagt zich slecht met het toekennen van veel gewicht aan de bedoeling van partijen om al dan niet een arbeidsovereenkomst aan te gaan. Te verwachten is immers dat juist arbeidskrachten die relatief goed in staat zijn om voor zichzelf te zorgen zouden proberen om onder de verplichting uit te komen om premies werknemersverzekeringen te betalen door hun arbeidsverhouding een andere vorm te geven dan die van een arbeidsovereenkomst.

Dat die spanning tussen de arbeidsrechtelijke en de bestuursrechtelijke kwalificatie van de arbeidsverhouding nog steeds bestaat, is af te leiden uit de uitspraak van de Hoge Raad van 18 februari 2022. De civiele kamer van de Hoge Raad heeft in 2020 nog een belangrijke uitspraak gedaan over de rol van de partijbedoeling bij de kwalificatie van de arbeidsverhouding als arbeidsovereenkomst (of niet).[20] In zijn arrest uit 2020 onderscheidt de Hoge Raad bij de kwalificatievraag twee fases. In de eerste fase stelt de rechter de inhoud van de overeenkomst

tussen partijen vast op basis van de rechten en verplichtingen die partijen zijn overeengekomen. Daarbij gaat de rechter uit van de verwachtingen die partijen redelijkerwijs over en weer mochten hebben en houdt de rechter rekening met de maatschappelijke positie van partijen en de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen. In de tweede fase stelt de rechter vast of de overeenkomst de kenmerken van een arbeidsovereenkomst (persoonlijke arbeid, loon en gezag) heeft of niet.

Opvallend is dat de belastingkamer van de Hoge Raad het arrest van de civiele kamer uit 2020 niet noemt. Ook de benadering met de twee fases van beoordeling die bij de kwalificatievraag aan de orde zijn, wordt niet aangehaald. In plaats daarvan zegt de Hoge Raad slechts dat het gaat om de inhoud van de gemaakte afspraken en de wijze waarop daaraan uitvoering is gegeven. En in plaats van het arrest uit 2020 wordt het *Gouden Kooi*-arrest^[21] uit 2011 aangehaald. Volgens het *Gouden Kooi*-arrest moet bij de toetsing van de vraag of de inhoud van de rechtsverhouding voldoet aan de criteria die gelden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst, acht worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, in onderling verband bezien, en dienen daarbij niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking te worden genomen die partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stonden, maar dient ook acht te worden geslagen op de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun overeenkomst en aldus daaraan inhoud hebben gegeven.

Daarmee lijkt er nog steeds licht te zitten tussen de uitleg van het begrip dienstbetrekking door de civiele kamer van de Hoge Raad en de uitleg van het begrip dienstbetrekking door de belastingkamer van de Hoge Raad. Dat is jammer, want als de belastingkamer het arrest van de civiele kamer uit 2020 wel tot leidraad had genomen, was niet alleen de eenheid van rechtspraak van de Hoge Raad (civiele kamer en belastingkamer) benadrukt, maar was ook een uitspraak mogelijk geweest die meer tot uitdrukking brengt dat het een uitspraak betreft die ziet op de omstandigheden van de directeuren-minderheidsaandeelhouders in het concrete geval, waarbij uitzonderlijke omstandigheden (het feit dat de directeuren-minderheidsaandeelhouders er ook belangen bij andere ondernemingen op na mochten houden) leiden tot een uitspraak die niet op niet uitzonderlijke gevallen toegepast kan worden.

J.P.M. (Joop) van Zijl

[1] Rb. Gelderland 13 februari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:918.

[2] Hof Arnhem-Leeuwarden 15 september 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:7357.

[3] HR 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9295.

[4] Art. 7:610b BW.

[5] Art. 3 Ziektewet, art. 3 Werkloosheidswet en art. 8 Wet inkomen naar arbeidsvermogen jo. art. 3 Ziektewet.

[6] Art. 4 en 5 Ziektewet, art. 4 en 5 Werkloosheidswet en art. 8 Wet inkomen naar arbeidsvermogen jo. art. 4 en 5 Ziektewet.

[7] Art. 4 en 5 Ziektewet, art. 4 en 5 Werkloosheidswet en art. 8 Wet inkomen naar arbeidsvermogen jo. art. 4 en 5 Ziektewet.

[8] Art. 6 lid 1 onder d Ziektewet, art. 6 lid 1 onder d Werkloosheidswet en art. 8 Wet inkomen naar arbeidsvermogen jo. art. 6 lid 1 onder d Ziektewet.

[9] Op grond van art. 6 lid 5 Ziektewet, art. 6 lid 4 Werkloosheidswet of art. 8 Wet inkomen naar arbeidsvermogen jo. art. 6 lid 5 Ziektewet.

[10] HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887 (*Gouden Kooi*).

[11] HR 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9295.

[12] HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*Gemeente Amsterdam*).

[13] De zogenoemde *Haviltex*-maatstaf: HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Haviltex*).

[14] Art. 2 lid 1 onder a Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder 2016.

[15] Art. 2 lid 1 onder b Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder 2016.

[16] Art. 2 lid 2 Regeling aanwijzing directeur-grotaandeelhouder 2016.

[17] Art. 2 lid 3 Regeling aanwijzing directeur-grotaandeelhouder 2016.

[18] Art. 129d WW, art. 75m ZW en art. 116 WIA.

[19] De CRvB verbindt (verdere) consequenties aan het fiscaal regime van rechtsbescherming. Annotatie bij CRvB 11 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4328.

[20] HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*Gemeente Amsterdam*).

[21] HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887 (*Gouden Kooi*).