

Conceptregeling aanwijzing directeur-grotaandeelhouder 2014

Reactie VNO-NCW en MKB-Nederland-NCW en MKB-Nederland 13 juni 2014

VNO-NCW en MKB-Nederland-NCW en MKB-Nederland maken graag gebruik van de door de overheid geboden mogelijkheid te reageren op bovengenoemd concept dat de huidige Regeling aanwijzing directeur grotaandeelhouder vervangt.

Doel voorstel

De regeling voorziet in een nadere regels met betrekking tot de omschrijving van het begrip dga. Een dga is niet verzekerd voor de werknemersverzekeringen. Uitgangspunt in de huidige regeling is dat de dga de feitelijke macht heeft in de vergadering van aandeelhouders, hij daaraan niet ondergeschikt is en er dus geen sprake is van een reële gezagsverhouding. Daardoor is er geen sprake van werknemerschap en daarmee ook geen verplichte werknemersverzekering. De ondergeschiktheid wordt bepaald aan de hand van de omvang van het aandelen bezit of het aantal uit te brengen stemmen in de ava.

Met de komst van de flex bv is het mogelijk dat aandelen van een bepaalde soort of aanduiding worden uitgegeven, waaraan bepaalde rechten worden verbonden. Zo kan worden bepaald dat bestuurders niet worden benoemd en ontslagen door de vergadering van aandeelhouders maar door de vergadering van de houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding. De huidige Regeling aanwijzing dga is daarop niet toegesneden. Met het concept wordt de Regeling aangepast aan de flex bv. Ten behoeve van de leesbaarheid is de oude regeling volledig vervangen, aldus de toelichting.

Opmerkingen

Algemeen

VNO-NCW en MKB-Nederland menen dat de Regeling terecht wordt aangepast aan de veranderde situatie sinds de inwerkingtreding van de wet flexibilisering bv-recht op 1 oktober 2012. Een dergelijke - technische aanpassing - mag er echter niet toe leiden dat er daardoor meer dga's onder de verzekeringsplicht gaan vallen. Dat is wel het geval in de voorgestelde tekst en is niet gepast.

Evenals in de oude regeling gaat het ook in de nieuwe regeling in essentie om het vaststellen van de feitelijke macht binnen de vennootschap en daarmee van de ondergeschiktheid van de bestuurder. De nieuwe regeling beperkt echter de werking van de regeling tot de situaties waarin een bestuurder zijn ontslag kan voorkomen. VNO-NCW en MKB-Nederland menen dat het te verwachten effect daarvan is een uitbreiding van de verzekeringsplicht en in elk geval meer onzekerheid over de praktische toepassing van de regeling. De praktijk is er mee gediend dat wordt aangeknoopt bij de invloed die een dga op grond van zijn directe of indirecte aandelenbezit in het algemeen kan uitoefenen, niet bij de vraag of die invloed feitelijk en in concreto ook inhoudt dat hij daadwerkelijk zijn ontslag kan voorkomen. Zij menen dat de voorgestelde regeling op dat punt zou dienen te worden aangepast.

Artikelgewijs

Artikel 2 lid 1 sub a

Hierin zijn artikel 2 lid 1 sub a en sub b van de oude regeling samengevoegd. Het huidige sub a bepaalt dat geen sprake is van ondergeschiktheid als de directeur al dan niet samen met zijn echtgenoot 50% of meer van de stemmen inde ava kan uitbrengen. Het huidige sub b bepaalt dat geen sprake is van ondergeschiktheid als de directeur blijkens de stemrechtregeling in de statuten niet tegen zijn wil door de ava kan worden geschorst of ontslagen.

Het voorgestelde artikellid sub a beperkt zich tot de situatie dat de bestuurder in staat is het besluit tot zijn ontslag te voorkomen. Slechts in dat geval wordt aangenomen dat geen sprake is van ondergeschiktheid en dus geen verzekeringsplicht. De in de huidige regeling onder sub a opgenomen bepaling dat geen sprake is van ondergeschiktheid als de bestuurder 50% of meer van de stemmen kan uitbrengen in de ava (ook al kan hij daarmee wellicht zijn ontslag niet voorkomen) is vervallen. De samenvoeging van het huidige sub a en sub b leidt dus tot een vermindering van het aantal gevallen waarin geen ondergeschiktheid - en dus afwezigheid van verzekeringsplicht - wordt aangenomen. Die wijziging wordt in de toelichting niet gemotiveerd. VNO-NCW en MKB-Nederland menen dat de beide subonderdelen behouden zouden dienen te blijven en doet daarvoor in de bijlage een tekstvoorstel. Dat zou ook aansluiten bij de gedachte dat het hier gaat om aanpassing van de Regeling aan de flex bv en dus met name om het opnemen van de mogelijkheid van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding in de Regeling. Daarmee wordt zo dicht mogelijk aangesloten bij de huidige praktijk. Bij het feitelijk vervallen van de bepaling sub a van de huidige regeling, zou een overgangsregeling dienen te worden opgenomen om te voorkomen dat dga's die nu niet verzekeringsplichtig zijn dat na inwerkingtreding van de nieuwe regeling ineens wel zijn.

Artikel 2 sub c (sub d oud)

Volgens dit lid wordt als dga aangemerkt de bestuurder die al dan niet tezamen met zijn bloed- of aanverwanten tot en met de derde graad houder is van aandelen (al dan niet van een bepaalde soort of aanduiding) die 2/3 van de stemmen vertegenwoordigen zodat hij in staat is het besluit tot zijn ontslag te voorkomen. Op twee punten is daarbij sprake van afwijking ten opzichte van het huidige sub d:

- Evenals bij sub a is sprake van een beperking tot het kunnen voorkomen van ontslag, die in het huidige sub d niet aanwezig is.
- De bestuurder moet ook zelf houder zijn van de aandelen, terwijl de huidige regeling luidt: de bestuurder van een vennootschap waarvan tenminste twee derde deel van de aandelen wordt gehouden door zijn bloed- of aanverwanten. De toelichting verwijst voor deze wijziging naar een uitspraak van de HR uit maart 2013. De voorgestelde tekst sluit volgens de toelichting aan bij de oorspronkelijke bedoeling om de aandelen van bestuurder en die van de bloedverwanten gezamenlijk in aanmerking te nemen. Gedoeld wordt kennelijk op de richtlijnen die in 1993 door de (voormalige) Federatie van Bedrijfsverenigingen zijn geformuleerd als handvat voor de beoordeling van feitelijke situaties op aanwezigheid van een reële

gezagsverhouding. Die bedoeling is echter niet weergegeven in de huidige regeling, die uit 1998 stamt. Ook de Hoge Raad constateert dat en interpreteert niet teleologisch, maar grammaticaal: onder de huidige regeling kunnen volgens de Hoge Raad onder aandelen die worden gehouden door bloed- of aanverwanten niet mede worden verstaan de aandelen die door de bestuurder worden gehouden. VNO NCW en MKB-Nederland menen dat het te ver gaat om te verwijzen naar de oorspronkelijke bedoeling van ruim 15 jaar geleden. Bovendien waren de richtlijnen van genoemde Federatie zoals de Hoge Raad stelt niet bekendgemaakt op zodanige wijze dat verzekerd was dat zij voor de betrokkenen kenbaar en toegankelijk waren en was die oorspronkelijke bedoeling daarmee niet duidelijk voor de betrokkenen dga's. Door dit gebrek aan duidelijkheid, de lange periode dat de huidige regeling reeds geldt en het feit dat de huidige regeling (volgens de toelichting bij de huidige regeling) tot stand kwam met het oog op de kenbaarheid van de daarin opgenomen regels, mogen dga's er al sinds lange tijd van uitgaan dat de regeling grammaticaal moet worden geïnterpreteerd, zoals de Hoge Raad heeft gedaan. Door in de voorgestelde tekst te vereisen dat de bestuurder zelf ook aandeelhouder moet zijn, wordt een wezenlijke verandering aangebracht, die direct gevolgen zal hebben voor dga's en de structuur waarin zij hun onderneming hebben ondergebracht. VNO-NCW en MKB-Nederland menen dat dat tot ongewenste situaties zal leiden. Zij menen dat de oorspronkelijke bedoeling na verloop van meer dan 15 jaar is ingehaald door de tijd en meent dat de formulering van dit artikellid op dit punt niet dient te worden aangepast, als helemaal niet nu dat zonder enige overgangsregeling geschiedt.

Artikel 2 lid 2

VNO-NCW en MKB-Nederland vragen zich af of de redactie van het voorgestelde artikellid niet nodeloos uitgebreid is. Zij menen dat zou kunnen worden aangesloten bij de redactie van het huidige lid 2. Een voorstel daartoe is opgenomen in de bijlage.

Bijlage bij Conceptregeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder 2014 - Reactie VNO-NCW en MKB-Nederland-NCW en MKB-Nederland 13 juni 2014

Tekstvoorstellen

Artikel 1 sub b:

b. *ander orgaan*: vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding als bedoeld in artikel 2:242, 1 BW

artikel 2 lid 1

- a. de bestuurder die, al dan niet tezamen met zijn echtgenoot, houder is van een zodanig aantal aandelen, al dan niet van een bepaalde soort of aanduiding als bedoeld in artikel 2:242, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, dat zij ingevolge de statuten tenminste de helft van de stemmen in de algemene vergadering of een ander orgaan vertegenwoordigen.
- b. de bestuurder die, al dan niet tezamen met zijn echtgenoot, houder is van een zodanig aantal aandelen, al dan niet van een bepaalde soort of aanduiding als bedoeld in artikel 2:242, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, dat, indien in de statuten is bepaald dat het besluit tot schorsing of tot ontslag van deze bestuurder slechts mag worden genomen in de algemene vergadering met een versterkte meerderheid of in een ander orgaan, de overige aandeelhouders niet over deze versterkte meerderheid beschikken dan wel geen stemrecht hebben in het andere orgaan.
- c. bestuurders die door de in de statuten van de vennootschap neergelegde stemverdeling allen een gelijk of nagenoeg gelijk aantal stemmen kunnen uitbrengen binnen:
 - de algemene vergadering, of
 - een ander orgaan, dat bevoegd is over hun ontslag te beslissen
- d. de bestuurder van een vennootschap wiens bloed of aanverwanten tot en met de derde graad houder zijn van een zodanig aantal aandelen, al dan niet van een bepaalde soort of aanduiding als bedoeld in artikel 2:242, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek dat zij ingevolge de statuten tenminste twee derde van de stemmen in de algemene vergadering of een ander orgaan vertegenwoordigen.

Artikel 2 lid 2

Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing op de bestuurder die zeggenschap heeft in de algemene vergadering van de vennootschap of een ander orgaan door tussenkomst van een rechtspersoon.