

Graag geef ik gehoor aan de uitnodiging om inhoudelijk te reageren op de *Concept Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder 2014)*

Algemeen

Volgens de onderdelen 'Algemeen' en 'Artikel 3' van de Toelichting op de Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder van 19 december 1997 (hierna: de oude Regeling) sloot deze zoveel mogelijk aan op de Richtlijnen Federatie Bedrijfsverenigingen van 6 juli 1993 (hierna: Richtlijnen FBV). Ook de concept Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder 2014 (hierna: de concept Regeling) beoogt slechts een beperkte wijziging van de oude regeling, namelijk ter zake van de noodzakelijke aanpassing aan de Wet Flex-BV en de gewenste afwijking van het arrest van de Hoge Raad d.d. 22 maart 2013. Tegen deze achtergrond is het nuttig dat de concept Regeling 2014 geen onduidelijkheid laat bestaan over de navolgende aspecten.

I. Artikel 2 lid 1 letter b: nevengeschiktheid

De oude Regeling en de concept Regeling verklaren dat de (nagenoeg) gelijke stemverdeling bepalend is voor de nevengeschiktheid. De Richtlijnen FBV (sub 2.2,3) vergden voor de nevengeschiktheid tussen de werkzame directeuren niet alleen een gelijk aantal stemmen, maar tevens dat zij de winst gelijkelijk verdeelden.

- Indien dit laatste criterium van gelijke winstverdeling niet van belang is, verdient het aanbeveling in de Toelichting uitdrukkelijk afstand te nemen van de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep d.d. 04-08-2010. De CRvB verklaarde dat het vereiste gelijke aandelenbezit van artikel 2 lid 1 letter c van de oude Regeling de voorwaarde met zich meebrengt van een gelijkwaardig economisch belang. Daarvan was geen sprake nu de vier directeuren weliswaar een identiek stemrecht hadden, maar de (indirecte) winstgerechtigheid drie keer 30% en één maal 10% bedroeg.
- Los van dit (klaarblijkelijk vervallen) gelijke economisch belang, bevestigde de CRvB (met de zinsnede dat "het aandelenbezit gelijkelijk over alle bestuurders is verdeeld") dat het de *volledige* zeggenschap van *alle* aandelen moet betreffen. Zoals in de situatie dat vier directeuren van een stichting (met verschillende certificatenpakketten) op grond van de statuten van de stichting ieder met één stem de stichting vertegenwoordigen in de algemene vergadering van aandeelhouders van de BV. Tekstuele verduidelijking kan bijvoorbeeld voorkomen dat drie directeuren met elk één aandeel in de BV, letterlijk beschouwd wegens een gelijk aantal stemmen niet verzekerd zijn, ondanks dat de overige 37 aandelen in bezit zijn van een participatiemaatschappij.
- Aangezien 'nagenoeg gelijk' in de fiscaliteit synoniem is aan 'ten minste 90%', maar het onderlinge stemrechtverschil in het voorbeeld van "Onderdeel b" met 3, 3 en 4 geplaatste aandelen groter is dan 10% (het verschil tussen 3 en 4 ad 1 beloopt immers 33,33% van 3), gaat de voorkeur uit naar een formulering als "b. bestuurders *met individuele stemrechten die ingevolge de statuten geen of het kleinst mogelijke verschil vertonen* binnen: ...".

II. Artikel 2 lid 1 letter c: ten minste tweederde van de stemmen

Artikel 2,1,c van de concept Regeling koppelt het vereiste aandelenbezit van minimaal tweederde van de stemmen aan de bestuurder en/of zijn bloed- en aanverwanten tot en met de derde graad.

- Letterlijk wordt niet over de echtgenoot gerept!
- Ondanks dat de echtgenoot geen aanverwant is, verklaart de Toelichting (II Artikelsgewijs, Artikel 2, Onderdeel c) uitdrukkelijk dat met de nieuwe formulering wordt aangesloten bij de oorspronkelijke bedoeling om de gezamenlijke aandelen in aanmerking te nemen van de bestuurder, zijn *echtgenoot* en *andere* bloed- en *aanverwanten*.

III. Artikel 2 lid 2: zeggenschap door tussenkomst van

- De laatste volzin van artikel 2 lid 2 vergeet tevens onderdeel c van lid 1 van artikel 2 toepasselijk te verklaren. Of wordt bedoeld de onderdelen b en c (in plaats van "a en b") van overeenkomstige toepassing te verklaren?

- Artikel 2, lid 2 lijkt een tegenstrijdigheid te bevatten in de situatie van nevengeschiktheid. Het gaat daarbij om de passage "bestuurder die een zodanige zeggenschap heeft binnen de vennootschap door tussenkomst van één of meer rechtspersonen dat hij hierdoor in staat is het besluit tot zijn ontslag binnen die vennootschap te voorkomen" in combinatie met "Het eerste lid, onderdelen a en b is van overeenkomstige toepassing".

De indruk wordt gewekt dat de voorwaarde dat ontslag voorkomen kan worden wordt overruled door de gelijkgerechtigdheid. Indien lid 2 van artikel 2 beoogt te verklaren dat de situaties a, b en c van lid 1 van artikel 2 ook toepasselijk kunnen zijn wanneer de relevante zeggenschap berust op aandelenbezit door tussenkomst van een of meer rechtspersonen, is een verduidelijking op dit punt in de toelichting wenselijk.

- In de praktijk gaat de Belastingdienst verschillend om met navolgende en vergelijkbare situaties: A, B, en C hebben ieder een eigen Holding (A BV, B BV en C BV). Deze drie Holdings hebben ieder 1/3 van de aandelen in ABC Holding BV. ABC Holding BV bezit 60% van de aandelen in de werkmaatschappij W BV. De overige 40% van de aandelen W BV worden gehouden door D BV (zijnde de Holding van D). A, B, C en D zijn allen statutair bestuurder van W BV.

Sommige inspecteurs redeneren dat A, B en C indirect elk 20% van de aandelen W BV en daarmee 20% stemrecht in W BV bezit en D 40%, waardoor er geen sprake is van gelijkgerechtigdheid. De bestuurders A, B, C en D zijn dan verplicht verzekerd. Op grond van artikel 2, lid 2 is echter ook verdedigbaar dat A, B en C niet tegen hun wil ontslagen kunnen worden, omdat zij middels ABC Holding BV gezamenlijk 60% van de stemmen in W BV kunnen uitoefenen en aldus niet tegen hun zin kunnen worden ontslagen. Ook hier zouden wij graag een verduidelijking in de toelichting zien.

- De Toelichting op het tweede lid van dit artikel schakeert eveneens ten onrechte de echtgenoot onder de aanverwanten ("Die zeggenschap kan al dan niet tezamen met bloed- en aanverwanten tot de derde graad, waaronder zijn echtgenoot, worden uitgeoefend.").

- Dit laatste citaat ("Die zeggenschap kan al dan niet tezamen met bloed- en aanverwanten tot de derde graad, waaronder zijn echtgenoot, worden uitgeoefend.") bedoelt waarschijnlijk "... tot en met de derde graad, ..".

IV. Overige aspecten

De concept Regeling geldt evenals de huidige Regeling Aanwijzing Directeur grootaandeelhouder alleen voor statutair bestuurders. In de praktijk komen echter ook veel situaties voor waarin partners, kinderen en andere familieleden voor de vennootschap werken zonder dat zij statutair bestuurder zijn. In de praktijk is hier veel onduidelijkheid over. De genoemde personen werken vaak onder dusdanige omstandigheden dat de gezagsverhouding ontbreekt en ook zij kunnen in de praktijk vaak niet tegen hun wil ontslagen worden. De praktijk zou naar onze mening zeer geholpen zijn bij duidelijke richtlijnen voor deze situaties.