



## Conceptregeling aanwijzing directeur-grotaandeelhouder 2014

Reactie SRA Internetconsultatie Regeling aanwijzing DGA 2014 (hierna: de conceptregeling)  
13 juni 2014

SRA vindt dat terecht tot een herziening van de Regeling aanwijzing directeur-grotaandeelhouder (hierna: de oude Regeling) wordt overgegaan en maakt graag gebruik van de de door de overheid geboden mogelijkheid te reageren. Daarbij brengen we graag de navolgende aspecten naar voren, met het verzoek deze mee te nemen bij de definitieve vormgeving van de conceptregeling.

Wij beperken ons tot aspecten die in de per heden gepubliceerde reacties op de internetconsultatie niet of slechts beperkt aan de orde zijn gesteld.

1. De conceptregeling is naar onze indruk gericht op de beoordeling van de verzekeringsplicht van personen die werkzaam zijn bij een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Dit volgt ons inziens onder meer uit de verwijzing naar art. 2:242, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek (BW) in het voorgestelde artikel 2 onderdeel a van de conceptregeling. SRA constateert dat met de inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (hierna: Wet Flex-bv) in de praktijk in toenemende mate de Naamloze Vennootschap (hierna: nv) als rechtsvorm wordt gekozen, dit als alternatief voor de bv. Ook voor de nv kan gelden dat de benoeming en het ontslag van bestuurders plaatsvindt door de algemene vergadering (vergelijk art. 2:132 en 2:134 BW). Naar het oordeel van SRA dient de beoordeling van de verzekeringsplicht van bestuurders van een nv in die gevallen langs dezelfde lijnen te worden beoordeeld als ten aanzien van bestuurders van een bv. SRA verzoekt u derhalve de conceptregeling van overeenkomstige toepassing te verklaren voor die gevallen.
2. In de conceptregeling wordt uitgegaan van de veronderstelling dat de aandeelhouder tevens beschikt over het stemrecht. Ingeval van verpanding of de vestiging van een vruchtgebruik op aandelen bestaat de mogelijkheid dat de pandhouder of vruchtgebruiker het stemrecht verkrijgt en derhalve de aandeelhouder niet langer degene is die het stemrecht op de aandelen kan uitoefenen. Het lijkt SRA verstandig dat aan dergelijke situaties in de regeling aandacht wordt besteed. Ook menen wij dat ten aanzien van bestuurders die geen aandeelhouder zijn, maar krachtens een pandrecht of vruchtgebruik wel het stemrecht op aandelen kunnen uitoefenen, eveneens als dga in de zin van de regeling worden aangemerkt als zij als zij tevens aandeelhouder zouden zijn geweest van de desbetreffende aandelen als zodanige dga zouden worden aangemerkt.
3. In artikel 2 onderdeel b van de conceptregeling wordt slechts de stemverhouding tussen de bestuurders relevant geacht. Zoals wij de conceptregeling lezen, heeft dit tot gevolg dat bijvoorbeeld in de situatie waarin bijvoorbeeld een aandeelhouder niet tevens bestuurder 60% van de stemmen in de algemene vergadering kan uitoefenen en de resterende 40% van de aandelen het de daarop betrekking hebbende stemrechten gelijkelijk zijn verdeeld over twee aandeelhouders die beide tevens als bestuurder zijn benoemd, geen verzekeringsplicht voor de desbetreffende bestuurders oplevert. SRA acht dat een onwenselijke situatie, omdat naar ons idee in een dergelijk geval de bestuurders niet in staat zullen zijn individueel of gezamenlijk hun ontslag tegen te gaan. Dat zij op grond van artikel 3 van de conceptregeling de mogelijkheid hebben aan te tonen dat zij ondergeschikt zijn, doet daar naar ons oordeel niet aan af. Om die reden meent SRA dat niet slechts de stemgerechtigdheid van de gezamenlijke bestuurders onderling in aanmerking moet worden genomen, doch dat de totale stemgerechtigdheid van alle aandeelhouders die bevoegd zijn ten aanzien van een ontslagbesluit relevant moet worden geoordeeld.

4. Ten aanzien van artikel 2 onderdeel c van de conceptregeling constateren wij dat de aanverwantschap mede van belang is. Door echtscheiding eindigt aanverwantschap niet. Wij denken dat door een echtscheiding de vermeende gezamenlijkheid bij de uitoefening van stemrechten door aanverwanten veelal wijziging zal ondergaan. Om die reden suggereren wij een met artikel 4.2. Wet IB 2001 vergelijkbare bepaling op te nemen.
5. In de conceptregeling wordt de zeggenschap van de bestuurder en van zijn echtgenoot tezamen in de beoordeling betrokken. SRA is onduidelijk waarom slechts aandacht wordt besteed aan de zeggenschap van de echtgenoot en de zeggenschap van de partner niet van belang wordt geacht. SRA meent dat ook ingeval een bestuurder tezamen met zijn fiscale partner niet zijnde zijn echtgenoot de relevant geachte zeggenschap bezit, geen sprake dient te zijn van verzekeringsplicht. Om die reden bepleit SRA de zeggenschap van de fiscale partner mede in de beoordeling te betrekken.
6. In de praktijk komt het regelmatig voor dat aandeelhouders werkzaam zijn voor een rechtspersoon, terwijl zij geen bestuurder zijn maar wel aandeelhouder. In dergelijke gevallen dient op grond van de feiten en omstandigheden te worden beoordeeld of deze aandeelhouders verzekerd zijn. SRA meent dat het onderscheid tussen bestuurders/aandeelhouders enerzijds die wel onder de reikwijdte van de conceptregeling vallen en andere werknemers/aandeelhouders anderzijds die daar niet onder vallen, ongerechtvaardigd is. De materiele zeggenschap hoeft tussen beide niet te verschillen. Stel bijvoorbeeld dat sprake is van een bv met twee 50%-aandeelhouders waarvan een als bestuurder is benoemd en de ander niet, dan is de bestuurder niet verzekerd en de ander wel. Wij achten het voor de hand te liggen dat geen van beide in een dergelijk geval verzekerd is. Om die reden bepleiten wij de vennootschapsrechtelijke kwalificatie als bestuurder niet langer van belang te achten en voor alle werknemers ongeacht hun vennootschapsrechtelijke status te beoordelen of zij direct of indirect voldoende zeggenschapsrechten hebben om zodanige invloed uit te oefenen dat zij hun ontslagbesluit kunnen tegenhouden. Daarbij komt dat in de statuten kan zijn bepaald dat het ontslag van dergelijke werknemers aan de goedkeuring van de algemene vergadering moet worden onderworpen en zeker in dergelijke gevallen menen wij dat de kwalificatie als bestuurder niet relevant is. Wij verzoeken derhalve om aanpassing van de conceptregeling op dit punt. Dat deze werknemers ondergeschikt zijn aan de vennootschap, achten wij niet van belang aangezien die formele ondergeschiktheid gezien de stemrechtverhoudingen van ondergeschikt belang is.
7. In het verlengde van punt 6 verzoeken wij u ook op te nemen dat ook niet statutaire bepaalde stemrechtverhoudingen die tot gevolg hebben dat sprake is van gelijke stemgerechtigdheid tussen bestuurders (werknemers) of van doorslaggevende stemgerechtigdheid van een bestuurder (werknemer) geen sprake is van verzekeringsplicht. Bijvoorbeeld aan aandeelhoudersovereenkomsten dient naar ons oordeel gelijk gewicht te worden toegekend als aan statutaire bepalingen.
8. Onder de Wet flex-bv kunnen aandeelhouders onder omstandigheden hun rechten niet uitoefenen indien zij niet voldoen aan bepaalde verplichtingen. In de conceptregeling wordt aan die gevallen geen aandacht besteed. SRA meent dat het de voorkeur verdient dergelijke tijdelijke ontzegging van de stemgerechtigdheid niet van belang te achten en verzoekt u aan dergelijke gevallen aandacht te besteden. Overigens speelt een soortgelijke problematiek als een werknemer/aandeelhouder tijdelijk of permanent niet in staat is zijn zeggenschap uit te oefenen. Graag zouden wij ook voor die gevallen uw visie vernemen over de voortgezette kwalificatie als dga dan wel de beëindiging van die kwalificatie, bijvoorbeeld bij onderbewindstelling of ondercuratelestelling.

9. Ten aanzien van artikel 2, tweede lid, conceptregeling menen wij dat de huidige formulering tot gevolg heeft dat in een situatie waarin aandelen zijn gecertificeerd en alle bestuurders (of werknemers) binnen het bestuur van de Stichting Administratiekantoor gelijke stemgerechtigdheid hebben ten aanzien van besluiten tot het ontslag van een van hen bij de bv, de conceptregeling hen niet uitsluit van de verzekeringsplicht. Immers, de conceptregeling bepaalt dat bij tussenkomst van een rechtspersoon de bestuurder via die rechtspersoon zijn ontslag moet kunnen voorkomen. Indien het stichtingsbestuur bijvoorbeeld bestaat uit twee bestuurders die beide tevens bestuurder zijn van de bv waarvan de aandelen zijn gecertificeerd, dan wordt aan die eis niet voldaan. Zonder tussenkomst van de stichting zouden de beide bestuurders niet verzekerd zijn omdat zij een gelijk of nagenoeg gelijk aantal stemmen zouden kunnen uitbrengen. Naar het oordeel van SRA dient de conceptregeling zodanig te worden aangepast dat bij gelijke stemgerechtigdheid binnen het stichtingsbestuur evenmin sprake is van verzekeringsplicht.
10. De huidige formulering van artikel 2 onderdeel b heeft naar het idee van SRA tot gevolg dat alle bestuurders gelijke of nagenoeg gelijke zeggenschap dienen te hebben. In de praktijk komen situaties voor van bijvoorbeeld drie bestuurders waarvan twee ieder 50% van de aandelen bezitten en de derde geen aandelen bezit. Op grond van de tekst van bedoeld onderdeel zou mogelijk geen van deze bestuurders zijn uitgesloten van de verzekeringsplicht. SRA acht dat niet wenselijk en verzoekt dergelijke situaties duidelijker onder de regeling te scharen; niet van belang is of alle bestuurders gelijke of nagenoeg gelijke stemrechten hebben, maar ten aanzien van bestuurders die zeggenschap hebben, geldt geen verzekeringsplicht indien die bestuurders ten opzichte van elkaar gelijke of nagenoeg gelijke zeggenschap hebben.
11. In de praktijk komt het regelmatig voor dat een dga de aandelen in zijn onderneming verkoopt en vervolgens nog enige tijd als werknemer aan zijn voormalige onderneming verbonden blijft dan wel vanuit zijn houdstermaatschappij managementwerkzaamheden blijft vervullen. Veelal vindt dat plaats in het kader van een goede overdracht van de bedrijfsvoering, de introductie van de nieuwe eigenaar bij personeel en relaties van de onderneming, de overdracht van specifieke kennis aan de nieuwe eigenaar en de afronding van bijzondere lopende projecten. Door de vervreemding van de aandelen in de werkmaatschappij zou dan niet langer worden voldaan aan de voorwaarden om niet verzekerd te zijn en dient derhalve op grond van de feitelijke omstandigheden de eventuele verzekeringsplicht te worden beoordeeld. SRA bepleit de conceptregeling uit te breiden zodanig dat in dergelijke gevallen geen sprake is van verzekeringsplicht gedurende indien sprake is van een tijdelijke continuering van de werkzaamheden na de verkoop van de aandelen. Daarbij zou een dergelijke regeling bijvoorbeeld beperkt kunnen blijven tot een periode van een jaar na verkoop van de aandelen, onder de voorwaarde dat de werkzaamheden, behoudens bijzonder projecten, na afloop van die periode niet worden voortgezet.

Ten slotte hebben we nog een redactionele suggestie: In par. 3.1. de zin “Indien geen sprake is van ondergeschiktheid en daarmee van een reële gezagsverhouding is geen sprake van werknemerschap” vervangen door “Indien geen sprake is van ondergeschiktheid en daarmee niet van een reële gezagsverhouding is geen sprake van werknemerschap.” Mocht er naar aanleiding van bovenstaande aspecten behoefte zijn aan nader overleg, dan zijn wij daartoe uiteraard graag bereid.