

**Arbeidsovereenkomst  
ondanks management B.V.**

januari 2009

mr J. Brouwer

De auteur heeft grote zorgvuldigheid betracht in het weergeven van delen uit het geldende recht. Evenwel noch de auteur noch Boers Advocaten kan aansprakelijk worden gesteld voor schade van welke aard dan ook gebaseerd op onjuiste en/of onvolledige informatie.

Deze uitgave althans delen daarvan mag uitsluitend worden verveelvoudigd met volledige vermelding van de naam van de auteur.

## Arbeidsovereenkomst ondanks management B.V.

In het verleden is veel jurisprudentie ontstaan over de vraag of de statutair directeur van een onderneming werknemer van die onderneming is. Met name in die gevallen waar die directeur immers ook enig aandeelhouder of grootaandeelhouder (DGA) van die onderneming is, vallen werkgeverschap en werknemerschap eigenlijk in één persoon samen. Aan één van de belangrijkste kenmerken voor een arbeidsovereenkomst, te weten het bestaan van een gezagsrelatie tussen werkgever en werknemer, wordt in die gevallen immers niet voldaan.

Voor het arbeidsrecht en het sociale verzekeringsrecht is dan ook helder dat de DGA geen werknemer is.

Moeilijker ligt het bij de statutair directeur die niet tevens DGA is. Tussen hem en de onderneming bestaat dan immers wel degelijk een gezagsrelatie: de algemene vergadering van aandeelhouders wordt daar gevormd door (een) ander(e) perso(n)en dan de persoon van de directeur.

Voor de niet-statutair directeur geldt eigenlijk steeds als uitgangspunt dat de directeur werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst.

Zowel voor de statutair directeur als voor de niet-statutair directeur wordt het om uiteenlopende redenen niet steeds wenselijk geacht dat een arbeidsovereenkomst bestaat.

Dit kan zijn omdat partijen niet gebonden wensen te zijn aan arbeidsrechtelijke ontslagbescherming, dit kan zijn omdat de directeur dit werk in deeltijd verricht naast andere werkzaamheden, maar kan ook zijn om fiscale redenen.

Om te vermijden dat een arbeidsovereenkomst ontstaat tussen een onderneming en haar directeur wordt dan vaak de constructie gebruikt van de management B.V..

De constructie ziet er als volgt uit: tussen de onderneming en de management B.V. (waarvan de directeur directeur/grootaandeelhouder -DGA- is) wordt een management-overeenkomst gesloten. Op basis van die managementovereenkomst is de B.V. verplicht haar directeur ter beschikking te stellen aan de onderneming ter uitvoering van de directietaken van de onderneming.

De B.V. factureert maandelijks aan de onderneming een bedrag ter vergoeding van de door haar geleverde diensten. Er is sprake van een belaste dienst, dus de facturatie geschiedt met BTW.

De directeur staat op de loonlijst van de B.V. en ontvangt een salaris van de B.V.

Reeds eerder was duidelijk dat in belastingwetgeving en in sociaal-verzekeringsrechtelijke regelingen het betrokken overheidsorgaan niet altijd gebonden was aan wat partijen hadden afgesproken. Als er redenen waren om aan te nemen dat de praktijk niet overeenstemde met de gekozen constructie, dan werd dat gezien als een fictieve dienstbetrekking en ook in het kader van die wetgeving verder behandeld als ware er een arbeidsovereenkomst.

Uit een uitspraak van de Hoge Raad uit juli 2007 (JAR 2007/231) blijkt dat die managementconstructie echter ook op andere vlakken niet waterdicht is.

In de door de Hoge Raad berechte zaak ging het om een thuiszorgorganisatie en haar directeur die op grond van een managementovereenkomst was aangesteld.

Beide partijen wensten uitdrukkelijk geen arbeidsovereenkomst. De reden daarvoor was dat de thuiszorgorganisatie verplicht valt onder de werking van de Wet verplichte deelneming in een pensioenfonds 2000. Die wet bepaalt dat alle medewerkers die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst een verplichte pensioenverzekering hebben. Bij aanvang van

de relatie hadden partijen onderkend dat voor de directeur daardoor een pensioenbreuk zou ontstaan. Ter vermijding daarvan was afgesproken om geen arbeidsovereenkomst met elkaar aan te gaan. Negen jaar na aanvang van het dienstverband (en één jaar na invoering van genoemde wet) stelt het PGGM zich op het standpunt dat de directeur verplicht verzekerd is en stuurt een premienota. De thuiszorgorganisatie meent dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst en dat zij dus niet gehouden is tot betaling.

De Kantonrechter, die als eerste over de zaak oordeelt, is van mening dat het standpunt van de thuiszorgorganisatie juist is: er is geen arbeidsovereenkomst, dus ook geen verplichte deelname. Bovendien kan het PGGM, aldus de kantonrechter, als derde partij geen beroep doen op een fictieve dienstbetrekking. Dit begrip kent de Wet verplichte deelneming (anders dan eerdergenoemde belastingwetgeving en sociaalrechtelijke regelingen) niet.

PGGM gaat in hoger beroep. Het Gerechtshof stelt het pensioenfonds vervolgens in het gelijk. Het Gerechtshof oordeelt dat niet alleen waarde toekomt aan wat partijen hebben afgesproken, maar ook aan hoe partijen in de praktijk uitvoering geven aan hun relatie. Aldus het Hof was gebleken dat in de praktijk er geen BTW betaald werd over de managementvergoeding, dat de thuiszorgorganisatie niet op declaratiebasis aan de B.V. betaalde, maar maandelijks rechtstreeks aan de directeur betaalde en dat de directeur de werkzaamheden persoonlijk diende te verrichten waarbij er ook sprake is van een gezagsrelatie tussen de thuiszorgorganisatie en de directeur.

Het lijkt dat het Hof hier wel bijzondere omstandigheden te pakken heeft. Immers, aan enkele essentialia van de managementovereenkomst is niet voldaan. Dan valt ook moeilijk vol te houden dat er nog steeds geen arbeidsovereenkomst is.

De thuiszorgorganisatie gaat in cassatie en voert aan dat de door het Hof bepalend geachte omstandigheden wellicht van belang zouden zijn in een procedure tussen haar en de directeur (danwel diens management B.V.) over de vraag of er nu een arbeidsovereenkomst is of niet, maar niet in een procedure met een derde. Die derde, zo stelt de thuiszorgorganisatie heeft het te doen met wat partijen afgesproken hebben en die derde gaat het niet aan hoe partijen daar in de praktijk uitvoering aan geven.

De Hoge Raad denkt daar anders over. Bepalend is, aldus de Hoge Raad, niet alleen wat partijen hebben afgesproken maar ook de wijze waarop zij feitelijk daaraan uitvoering hebben gegeven en verder, dat de verschillende rechtsgevolgen van hun afspraken en hun handelen in onderlinge samenhang kunnen betekenen dat er daadwerkelijk een andere rechtsverhouding bestaat dan die ooit is opgeschreven door partijen. Als dat zo is, dan geldt dat niet alleen tussen partijen, maar ook jegens derden.

Kortom PGGM krijgt alsnog gelijk en mag pensioenpremies incasseren bij de thuiszorgorganisatie.

Betekent dit nu het einde van de constructie met de management B.V.?

Zeker niet. De les is wel dat het zaak is de daarbij gemaakte afspraken in de praktijk ook uit te voeren.

Voorts geeft de uitspraak de criteria die van toepassing voor de beoordeling van de "houdbaarheid" van de constructie:

- er mag alleen een relatie zijn met de management B.V. (die moet declareren, met BTW, en ook betaald krijgen, waarna de directeur loon ontvangt van zijn eigen B.V.),
- het is beter in de managementovereenkomst op te nemen dat de B.V. "een werknemer" ter beschikking moet stellen en niet dat zij verplicht is haar DGA daarvoor ter beschikking te stellen,
- in de praktijk mag er geen gezagsrelatie zijn tussen de onderneming en de directeur. Opdrachten dient de onderneming aan de management B.V. te geven.