

Nieuwsbrief

september 2011



Arbeidsrecht

In de nieuwsbrief Arbeidsrecht van de sectie arbeidsrecht van Holland Van Gijzen willen wij u op korte en bondige wijze informeren over recente rechtspraak, wetgeving en actuele ontwikkelingen op het gebied van het arbeidsrecht en het medezeggenschapsrecht.

Inhoudsopgave:

1. Valt een in de arbeidsovereenkomst opgenomen ontslagvergoeding onder de stamrechtvrijstelling?
2. Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht
3. Heeft een directeur-groootaandeelhouder aanspraak op loon na faillissement?

1. Valt een in de arbeidsovereenkomst opgenomen ontslagvergoeding onder de stamrechtvrijstelling?

Indien aan een werknemer bij het einde van de arbeidsovereenkomst een beëindigingsvergoeding wordt toegekend, is op het moment van de betaling, de vergoeding belastbaar. Met het oprichten van een stamrecht B.V. door de werknemer, kan belastingheffing over de ontslagvergoeding worden uitgesteld. Dit wordt een stamrechtvrijstelling genoemd.

Werknemers kunnen met hun werkgever bij aanvang van de arbeidsovereenkomst een contractuele ontslagvergoeding overeenkomen, ook wel een '*golden parachute*' genoemd, die de werknemer uitgekeerd krijgt op het moment van (vroegtijdig) ontslag.

De belastingdienst heeft recent het nieuwe beleid gepubliceerd inzake de toepassing van de stamrechtvrijstelling bij contractuele ontslagvergoedingen die bij aanvang van de arbeidsovereenkomst zijn overeengekomen. Volgens de belastingdienst is geen sprake van een stamrecht indien de werknemer reeds bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst een eenmalige ontslagvergoeding heeft bedongen, omdat het gaat om een eenmalige uitkering en niet om het vervangen van gederfd loon. Van de stamrechtvrijstelling kan in dat geval geen gebruik worden gemaakt.

Hoewel het beleid van de belastingdienst kan worden betwist kan de werkgever - indien hij een contractueel overeengekomen ontslagvergoeding betaalt door storting van die ontslagvergoeding in de stamrecht B.V. van de voormalig werknemer zonder inhouding van de loonbelasting en premie volksverzekeringen - mogelijk aansprakelijk worden gehouden om alsnog loonbelasting en premie volksverzekeringen over de ontslagvergoeding te betalen. Dit kan additionele kosten voor de werkgever met zich brengen, indien deze kosten niet op de voormalig werknemer kunnen worden verhaald.

Het is daarom van belang om bij het opnemen van contractuele ontslagvergoedingen in de arbeidsovereenkomst met het beleid van de belastingdienst rekening te houden. Indien partijen in de arbeidsovereenkomst de aanspraak op een ontslagvergoeding en de hoogte daarvan opnemen - maar bepalen dat de vorm van de ontslaguitkering (in de vorm van een stamrecht of een eenmalige uitkering ter vervanging van gederfd loon) pas zal worden vastgesteld als het ontslag zich voordoet - kunnen partijen, indien ten tijde van het voortijdige ontslag voor een stamrecht wordt gekozen, van een stamrechtvrijstelling gebruik maken. Op deze manier kan belastingheffing over de ontslagvergoeding toch worden uitgesteld.

Wij adviseren om reeds overeengekomen *golden-parachute*-regelingen aan te passen voordat het voortijdige ontslag zich voordoet, zodat ook hierbij (indien gewenst) van een stamrechtvrijstelling gebruik kan worden gemaakt en additionele kosten kunnen worden voorkomen.

2. Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht

Op 31 mei 2011 heeft de Eerste Kamer het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht aangenomen. Met het wetsvoorstel wordt het voor N.V.'s en B.V.'s mogelijk om een keuze te maken tussen een dualistisch bestuursmodel met een Raad van Bestuur en een afzonderlijke Raad van

Commissarissen (*two tier*) en een monistisch bestuursmodel, ook wel *one tier board* genoemd. Hierbij is slechts sprake van één bestuursorgaan met uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders. De niet-uitvoerende bestuurders hebben binnen dit model een toezichthoudende taak. Het *one tier board* model, dat vergelijkbaar is en aansluit bij een systeem dat in Anglo-Amerikaanse landen bekend is, is op grond van het huidige recht reeds toegestaan (tenzij het een structuurvennootschap betreft) maar was nog niet geregeld in de wet. De nieuwe wet zal per 1 januari 2012 in werking treden. Voor de vennootschapsrechtelijke gevolgen verwijzen wij naar de *Law Alert: Wetsvoorstel over het bestuur en toezicht van N.V.'s en B.V.'s* (zie ook onze website: www.hollandlaw.nl/NW/nl/Newsroom/Publications).

Het wetsvoorstel regelt verder dat de rechtsverhouding tussen de bestuurder en een N.V., die beursgenoteerd is, civielrechtelijk niet meer wordt aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Tussen de beursvennootschap en de bestuurder zal naar verwachting sprake zijn van een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 van het Burgerlijk Wetboek. Dat de bestuurder moet worden aangemerkt als opdrachtnemer en niet als werknemer heeft tot gevolg dat de bestuurder geen rechten kan ontlenen aan de arbeidsrechtelijke bescherming die de Nederlandse wet aan werknemers toekent. Zo zal een bestuurder bijvoorbeeld geen recht meer hebben op een vergoeding op grond van kennelijk onredelijk ontslag. Ook vervalt voor de bestuurders van beursvennootschappen de bescherming van de opzegverboden van artikel 7:670 van het Burgerlijk Wetboek, waaronder ontslag bij ziekte of zwangerschap.

Niet alleen zal sprake zijn van een verminderde arbeidsrechtelijke bescherming, ook kunnen de bestuurders, nu zij geen werknemers zijn, in bepaalde omstandigheden niet langer deelnemen aan een collectieve pensioenregeling in de zin van de Pensioenwet. Mogelijk zal de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid bewerkstelligen dat bestuurders van een beursvennootschap voor de collectieve pensioenregeling gelijk worden gesteld met werknemers die op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden verrichten.

Hoewel civielrechtelijk geen sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de bestuurder en de beursvennootschap, zal wel sprake zijn van een fictieve dienstbetrekking voor de loonbelasting. Er zal loon- en inkomstenbelasting moeten worden afgedragen over de vergoeding die de bestuurder ontvangt voor de werkzaamheden die hij verricht voor de beursvennootschap.

Ook voor het sociaal verzekeringsrecht zal sprake zijn van een fictieve dienstbetrekking tussen de bestuurder en de beursvennootschap. Een bestuurder blijft als werknemer verzekerd voor de werknemersverzekeringen indien hij voldoet aan de voorwaarde dat hij persoonlijk arbeid verricht op doorgaans ten minste twee dagen per week.

Een bestuurder zou overigens kunnen overwegen een Verklaring Arbeidsrelatie aan te vragen, zodat de vennootschap geen loonheffingen behoeft in te houden.

De inwerkingtreding van de wet zal voor bestaande arbeidsovereenkomsten geen gevolgen hebben, maar het is niet mogelijk om nieuwe arbeidsovereenkomsten te sluiten. Ook kunnen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd niet worden verlengd.

Beursvennootschappen dienen er aldus rekening mee te houden dat zij vanaf 1 januari 2012 geen arbeidsovereenkomst meer kunnen sluiten met bestuurders. De meest voor de hand liggende

overeenkomst om met een bestuurder overeen te komen, zal een overeenkomst van opdracht zijn. Wij zijn u graag bereid te assisteren bij het opstellen van een dergelijke overeenkomst van opdracht.

3. Heeft een directeur-groootaandeelhouder aanspraak op loon na faillissement?

Op 5 juli 2011 heeft het Gerechtshof Leeuwarden zich uitgelaten over de vraag of de arbeidsovereenkomst tussen een vennootschap en een bestuurder, tevens directeur-groootaandeelhouder, ophoudt te bestaan als de bestuurder het faillissement van de vennootschap aanvraagt.

In deze zaak ging het om X, enig bestuurder en enig aandeelhouder van een holdingvennootschap die onderdeel uitmaakte van een werkmaatschappij. Op 1 juni 2004 is een arbeidsovereenkomst gesloten tussen X en de werkmaatschappij waarbij de werknemer in dienst trad als directeur. Op een bepaald moment heeft X het eigen faillissement van de werkmaatschappij aangevraagd. Na de faillietverklaring op 8 april 2008 zijn de werkzaamheden van X gestaakt. In december 2008 heeft X bij de curator een loonvordering ingesteld over de periode van de faillietverklaring tot aan de datum waarop de arbeidsovereenkomst op een rechtsgeldige wijze tot een einde zou komen. Daarnaast meende X een boedelvordering te hebben vanwege het gemis van de leaseauto. De curator heeft daarop eind december 2008 de arbeidsovereenkomst, voor zover deze nog bestond, met X opgezegd en geen gehoor gegeven aan de erkenning van de vorderingen van X. X heeft vervolgens in rechte doorbetaling van zijn loon gevorderd. De kantonrechter heeft de vordering van X afgewezen, waarop X in hoger beroep is gegaan.

Het Hof gaat in op de vraag of tussen werknemer X en de werkmaatschappij sprake is van een arbeidsovereenkomst, die de vorderingen van de werknemer zou rechtvaardigen. Hierbij overweegt het Hof dat een arbeidsovereenkomst tussen een grootaandeelhouder/bestuurder en een vennootschap in beginsel mogelijk is. Het Hof ziet echter reden voor relativering van de arbeidsovereenkomst. Volgens het Hof moet de arbeidsovereenkomst gerelativeerd worden omdat *"indien X de onderneming in een andere rechtsvorm (eenmanszaak, vennootschap onder firma of een commandite) had gedreven, hij ook geen enkel recht zou hebben gehad op een vergoeding voor gemiste inkomsten vanaf de faillissementsdatum, te betalen uit de boedel, die in rang de facto boven alle pre-faillissementsschulden zou gaan."*

Het Hof voegt daaraan toe dat nu X als enig aandeelhouder alle touwtjes in handen had en zelf het faillissement van de werkmaatschappij had aangevraagd, niet kan worden gesproken van een gezagssituatie en een afhankelijke positie van de werknemer die juist kenmerkend zijn voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Van een arbeidsovereenkomst en de daarbij behorende rechten is volgens het Hof, dus geen sprake. De loonvordering van X wordt door het Hof afgewezen.

Dit arrest biedt aanknopingspunten voor de stelling dat de rechtsverhouding tussen een vennootschap en een bestuurder, tevens directeur-groootaandeelhouder, niet kan worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst. Deze lijn wordt al geruime tijd gevolgd door de Centrale Raad van Beroep, die bepaalt dat een directeur-groootaandeelhouder in beginsel niet verzekerd is voor de werknemersverzekeringen.

Contactpersonen:

Amsterdam, Utrecht, Eindhoven

Roeland Hartman

T: 088 407 04 08

E: roeland.hartman@hollandlaw.nl

Den Haag

Nicky ten Bokum

T: 088 407 03 08

E: nicky.ten.bokum@hollandlaw.nl

Rotterdam

Wendy de Jong

T: 088 407 02 35

E: wendy.de.jong@hollandlaw.nl

Holland Van Gijzen

Advocatuur | Notariaat

Over Holland Van Gijzen

Holland Van Gijzen is een toonaangevend advocaten- en notarissenkantoor met hoogwaardige juridische dienstverlening. De 150 advocaten en (kandidaat-) notarissen zijn actief op alle rechtsgebieden die voor ondernemingen relevant zijn. Met vestigingen in Amsterdam, Den Haag, Eindhoven, Rotterdam, Utrecht, Brussel en legal desks in Londen en New York zijn wij in staat u passende oplossingen te bieden voor al uw juridische vraagstukken. In Nederland heeft Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP een strategische alliantie met Ernst & Young Belastingadviseurs LLP.

Kijk voor meer informatie op:

www.hollandlaw.nl

Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP is een limited liability partnership opgericht naar het recht van Engeland en Wales met registratienummer OC335658 en is in Nederland geregistreerd bij de Kamer van Koophandel Rotterdam onder nummer 24433164.

© Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP 2011

Disclaimer

Deze publicatie is met grote zorgvuldigheid samengesteld. Voor mogelijke onjuistheid en/of onvolledigheid van de hierin verstrekte informatie aanvaardt Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP geen aansprakelijkheid, evenmin kunnen aan de inhoud van deze publicatierechten worden ontleend.