

## De management-BV: daar kijk je doorheen?

### Inleiding

Binnen de ontwikkeling van de steeds verdergaande flexibilisering van de arbeidsmarkt is het geen verrassing dat partijen om uiteenlopende redenen de wens hebben om werk te verrichten op een andere basis dan de arbeidsovereenkomst. Een in de praktijk veelvoorkomende structuur is de zogenoemde management-BV in combinatie met een managementovereenkomst.

In het geschil tussen Stichting Thuiszorg Rotterdam (hierna: STR) en Stichting Pensioenfonds PGGM (hierna: PGGM), waarin recentelijk een arrest gewezen is, stelde de Hoge Raad echter toch vast dat er tevens sprake was van een arbeidsovereenkomst.<sup>1</sup> In feite keek de Hoge Raad daardoor 'door de management-BV heen'. Een dergelijke terzijdestelling kan verstrekkende gevolgen hebben. In deze bijdrage wordt vanuit een civielrechtelijke invalshoek ingegaan op het juridisch kader en de kenmerken van de zaak tussen STR en PGGM, waarin de relatie tussen partijen binnen een structuur met een management-BV en een managementovereenkomst toch werd aangemerkt als een dienstverband. Daarna zal aan de orde worden gesteld in hoeverre het arrest gevolgen kan hebben voor de praktijk, en volgt een aantal praktische suggesties.

### Juridisch kader

#### *De arbeidsovereenkomst*

Voor de toepasselijkheid van het arbeidsrecht in titel 10 van Boek 7 BW en een aantal andere arbeidsrechtelijke wetten is het van cruciaal belang om te bepalen of er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Artikel 7:610 lid 1 BW definieert een arbeidsovereenkomst als een

'overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt om in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten'.

Artikel 7:610 lid 1 BW is van dwingend recht met de bedoeling de economisch zwakkere werknemer in bescherming te nemen. Partijen hebben hierdoor niet de mogelijkheid om een relatie die onder de hiervoor beschreven definitie valt, anders te noemen om zo het arbeidsrecht te omzeilen. Een ander belangrijk kenmerk van de arbeidsovereenkomst is dat ingevolge artikel 7:659 BW de werknemer persoonlijk zijn arbeid moet verrichten en zich niet zonder toestemming van de werkgever door een derde mag laten vervangen. Een en ander hangt nauw samen met de gezagsverhouding, het 'in dienst zijn van', hetgeen het belangrijkste kenmerk van de arbeidsovereenkomst is.

1. HR 13 juli 2007, JAR 2007, 231 en NJ 2007, 449 m.nt. E. Verhulp (Stichting Thuiszorg Rotterdam/Stichting Pensioenfonds PGGM, ook wel het PGGM-arrest).

### Gezagsverhouding niet altijd klip en klaar

In de klassieke arbeidsrelatie is het eenvoudig om een gezagsverhouding tussen de werkgever en de werknemer te ontwaren, waarin de werkgever duidelijke instructies met betrekking tot de te verrichten arbeid geeft. In de praktijk zijn er echter tal van functies waarbij de werknemer een grote mate van vrijheid heeft, en deze zijn activiteiten vrijwel geheel naar eigen inzicht kan inrichten. Van een materiële gezagsverhouding is in dergelijke gevallen nauwelijks sprake. Ingevolge vaste jurisprudentie is een formele gezagsverhouding voldoende, waarin de werkgever bijvoorbeeld 'bevoegd is aanwijzingen te geven ter bevordering van de goede orde binnen de onderneming of het werkverband'.<sup>2</sup> Zo wordt bijvoorbeeld een arbeidsovereenkomst in de regel aangenomen tussen de bezoldigde statutair directeur en een vennootschap. Dit is enigszins opmerkelijk, aangezien het de statutair directeur is die namens de vennootschap het gezag uitoefent. Hoewel sommige schrijvers menen dat er voor een gezagsverhouding altijd een bepaalde mate van inhoudelijk zeggenschap vereist is, is het duidelijk dat het gezagscriterium vaak een relatief elastisch begrip is, zeker in het geval van hogere staf- en adviesfuncties.<sup>3</sup>

### Grijs gebied tussen overeenkomst van opdracht en arbeidsovereenkomst

Niettemin is de gezagsverhouding juist het cruciale verschil met een andere, in de praktijk veelvuldig gehanteerde, manier om dergelijke staf- en adviesfuncties te vervullen: de overeenkomst van opdracht ex artikel 7:400 BW.<sup>4</sup> De wet definieert een dergelijke overeenkomst als een

'overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van een werk of het vervoeren of doen vervoeren van zaken.'

Het zal duidelijk zijn dat in het licht van de elasticiteit van het gezagscriterium er in de praktijk een grijs gebied zit tussen de overeenkomst van opdracht en de arbeidsovereenkomst. Dit geldt temeer indien de opdrachtnemer een natuurlijk persoon betreft.

#### *Management-BV als oplossing*

Teneinde een relatief flexibele relatie tot stand te brengen en in een poging om te voorkomen dat er een dienstverband

2. W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 18. Zie ook: HR 14 juni 1991, NJ 1992, 173 m.nt. Snijders (Kruis) en HR 18 november 1988, NJ 1989, 344.  
3. C.J. Loonstra, *De gezagsverhouding ex art. 7:610 BW*, Sociaal Recht 2005, p. 3.  
4. E. Verhulp, *Een arbeidsovereenkomst? Dat maak ik zelf wel uit!*, Sociaal Recht 2005, p. 90.

tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer ontstaat, kiest men er regelmatig voor om een management-BV op te richten, waarvan men de enig aandeelhouder is. Vervolgens treedt men in dienst van deze management-BV en stelt zich via deze rechtspersoon tegen een vergoeding ter beschikking aan opdrachtgevers.<sup>5</sup> Op die manier ontstaat er, in ieder geval op papier, geen contractuele relatie tussen de natuurlijke persoon en het bedrijf waar deze zijn werkzaamheden gaat verrichten. De overeenkomst die wel op schrift wordt gesteld, wordt vaak management- of consultancy-overeenkomst genoemd, maar wordt juridisch gezien in de regel gekwalificeerd als overeenkomst van opdracht.

Het is vaste jurisprudentie dat een rechtspersoon geen werknemer kan zijn, omdat deze niet persoonlijk arbeid kan verrichten.<sup>6</sup> De structuur die gebruikmaakt van een management-BV als tussenschakel, lijkt derhalve een goede manier om het risico dat de natuurlijke persoon civielrechtelijk toch als werknemer van de opdrachtgever wordt aangemerkt, met alle gevolgen van dien, uit te sluiten.

## Het PGGM-arrest

### *Achtergrond*

In het licht van het hiervoor besproken juridisch kader had de natuurlijke persoon Knipscheer in 1992 een vennootschap, Knipham Holding B.V. (hierna: Knipham), opgericht om via deze vennootschap bij de STR werkzaamheden te verrichten als algemeen directeur op basis van een zogenoemde managementovereenkomst. Knipscheer had voor 1992 geen werkzaamheden verricht voor STR.

De voornaamste reden voor Knipscheer en STR om voor de structuur van een management-BV te kiezen, lijkt te zijn geweest dat Knipscheer niet wilde deelnemen aan het bedrijfstakpensioenfonds. Werknemers in de zorgsector zijn namelijk op grond van artikel 21 van de Wet verplichte deelneming aan een bedrijfstakpensioenfonds verplicht aangesloten bij het bedrijfstakpensioenfonds van PGGM. Door nu gebruik te maken van een management-BV beoogden Knipscheer en STR om buiten de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds te blijven, aangezien Knipscheer namens de rechtspersoon Knipham Holding B.V. werkzaamheden verrichtte bij STR en daardoor niet als werknemer van de zorginstelling STR aangemerkt zou worden. Althans, dat was de bedoeling.

### *Het geschil*

PGGM stelde echter dat Knipscheer en STR wel degelijk een arbeidsovereenkomst hadden en dat Knipscheer daarom verplicht was tot deelname aan het bedrijfstakpensioenfonds van PGGM. PGGM vorderde daarom van STR met

terugwerkende kracht de betaling van pensioenpremies op grond van haar stelling dat STR de werkgever van Knipscheer was. STR bestreed dat Knipscheer een werknemer was, en weigerde daarom de achterstallige pensioenpremies te betalen. De kantonrechter stelde STR in het gelijk, omdat hij oordeelde dat STR met recht heeft 'aangevoerd dat alleen natuurlijke personen als werknemer partij bij een arbeidsovereenkomst kunnen zijn'.<sup>7</sup> Omdat niet Knipscheer maar zijn management-BV partij was bij de managementovereenkomst, bestond er volgens de kantonrechter geen dienstbetrekking tussen STR en Knipscheer en behoeft Knipscheer niet verplicht deel te nemen aan het bedrijfstakpensioenfonds van PGGM. Het hof stelde PGGM echter wel in het gelijk en de Hoge Raad volgde het hof hierin.

### *Overwegingen van het hof*

Het hof oordeelde dat het antwoord op de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst, niet uitsluitend moet worden afgeleid uit de bedoelingen van de partijen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, maar dat tevens moet worden gekeken naar de manier waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan deze overeenkomst. Een en ander sluit aan bij eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad.<sup>8</sup>

Ook gaat het hof in op het ondernemingsbegrip in de omzetbelastingwetgeving en stelt, kort gezegd, dat er pas geen btw over nota's in rekening hoeft te worden gebracht indien er sprake is van ondergeschiktheid. Partijen hadden afgesproken dat er geen btw in rekening zou worden gebracht over de managementfee. Bovendien verliep de betaling van de managementfee via de loonadministratie van STR, zonder dat Knipham facturen daartoe verzond, en werden de bedragen rechtstreeks aan Knipscheer voldaan.

Het hof overwoog voorts dat de doelomschrijving in de statuten van Knipham, 'het doen van periodieke, van het leven van de gerechtigde afhankelijke uitkeringen, alsmede houdstermaatschappij',<sup>9</sup> niet zag op de werkzaamheden die voortvloeiden uit de managementovereenkomst. Het hof was daarom van oordeel dat de betalingen van STR aan Knipscheer moesten worden beschouwd als tegenprestatie voor de werkzaamheden van Knipscheer.

Verder overwoog het hof dat krachtens de statuten van STR uitsluitend een natuurlijk persoon in dienst van STR kon fungeren als algemeen directeur van STR. Ook bracht de managementovereenkomst met zich mee dat Knipscheer de werkzaamheden in de functie van algemeen directeur persoonlijk moest verrichten, nu in deze overeenkomst stond

5. M.E.M. Beelaerts van Blokland, De managementovereenkomst als dienstverband?, *Arbeidsrecht* 1997, p. 9.

6. HR 9 juli 1990, NJ 1991, 215 m.nt. PAS (Bruins en Hoek/Arrow).

7. L. van den Berg, De managementovereenkomst volgens de Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2007, p. 37.

8. HR 14 november 1997, NJ 1998, 149 (Groen/Schroevers) en HR 10 december 2004, JAR 2005, 15 (Diosyth/Groot).

9. L. van den Berg 2007, p. 39.

dat de overeenkomst van rechtswege eindigde wanneer Knipscheer niet langer actief was in die functie. Daarnaast bevatte de managementovereenkomst bepalingen over ziekte, arbeidsongeschiktheid en vakantie van Knipscheer. De vennootschap Knipham behoeft in deze gevallen geen werkzaamheden te verrichten, en ook was nergens bepaald dat Knipscheer zich mocht laten vervangen.

Omdat er volgens het hof sprake was van een gezagsverhouding en een tegenprestatie voor arbeid die persoonlijk door Knipscheer verricht diende te worden, oordeelde het hof dat er (in dit geval: ook) sprake was van een arbeidsovereenkomst tussen Knipscheer en STR, met als gevolg dat Knipscheer verplicht was tot deelname in het bedrijfstakpensioenfonds van PGGM en de STR achterstallige pensioenpremies aan PGGM verschuldigd was.

### *Hoge Raad*

De Hoge Raad bekrachtigde het vonnis van het hof en benadrukte nog eens dat

‘voor de beoordeling of tussen Knipscheer en [STR] een arbeidsovereenkomst bestond, niet één enkel kenmerk beslissend is, maar dat de verschillende rechtsgevolgen die Knipscheer, Knipham en [STR] aan hun respectieve verhoudingen hebben verbonden, in hun onderling verband moeten worden gezien, gelet op alle ter zake dienende omstandigheden van het geval.’<sup>10</sup>

### **De management-BV na het PGGM-arrest**

In het PGGM-arrest werd als het ware door de structuur van de management-BV heengekeken en werd toch een arbeidsovereenkomst tussen de ‘opdrachtgever’ en de ‘werknemer van de opdrachtnemer’ aangenomen. De vraag is nu of de flexibiliteit die de structuur van een management-BV met een managementovereenkomst beoogt te bieden onder druk is komen te staan door dit arrest van de Hoge Raad of dat de belangrijkste reden voor de uitkomst in deze zaak gelegen is in het feit dat beide partijen op deze manier uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst.

### *Mogelijke consequenties PGGM-arrest*

Indien de management-BV terzijde wordt geschoven en een arbeidsovereenkomst wordt aangenomen, kan dit tot een aanzienlijke schade leiden voor de opdrachtgever die bij nader inzien tevens werkgever blijkt te zijn. Dergelijke schade kan onder meer voortvloeien uit het feit dat er, zoals in de casus van het PGGM-arrest, een verplichte deelname aan een bedrijfstakpensioenfonds bestaat. Maar ook andere typisch arbeidsrechtelijke bepalingen kunnen tot onvoorziene verplichtingen leiden, zoals de loondoorbetalingsverplichting in geval van ziekte van de werknemer en het op een geldige wijze beëindigen van de arbeidsovereenkomst door de opdrachtgever alias werkgever.

### *Belangrijke lessen*

Uit deze zaak blijkt wederom dat de feitelijke uitvoering van een overeenkomst van groot belang is om te bepalen hoe die overeenkomst vervolgens juridisch gekwalificeerd moet worden. Een belangrijke algemene les die uit dit arrest is te trekken, is dat de bedoelingen van partijen, de naam van de overeenkomsten en de structuur die partijen hebben ontworpen op zichzelf van ondergeschikt belang zijn. Veel meer gewicht komt toe aan de wijze waarop partijen feitelijk uitvoering hebben gegeven aan hun afspraken. Het was immers de feitelijke uitvoering waardoor de overeenkomst als een arbeidsovereenkomst werd aangemerkt.

### *Risico beperken*

Vrijwel iedere structuur waarin gebruikgemaakt wordt van een management-BV, vereist een bepaalde mate van maatwerk. Ook zal aan iedere structuur op een andere manier uitvoering worden gegeven. Niettemin is het wel mogelijk om de volgende praktische handvatten te destilleren uit het PGGM-arrest om het risico te beperken dat op een later moment toch blijkt dat sprake is van een arbeidsovereenkomst:

1. **Zelfstandigheid en ondernemersrisico:** de gebruikmaking van een management-BV impliceert dat partijen geen arbeidsovereenkomst wensen. De management-BV moet dan wel een bepaalde mate van zelfstandigheid hebben en ondernemersrisico lopen. Dit brengt onder andere met zich mee dat deze BV de vrijheid moet hebben de werknemer die namens haar werkzaamheden uitvoert, te vervangen, zeker bij diens arbeidsongeschiktheid en vakantie. Ook is het verstandig om de management-BV toe te staan meerdere opdrachtgevers te hebben.
2. **Facturen en betalingen:** het achterwege laten van het in rekening brengen van omzetbelasting, het ontbreken van facturen en de wijze van betalen vormen belangrijke overwegingen van het hof. Het is daarom van groot belang dat de management-BV facturen stuurt voor de verleende diensten, inclusief omzetbelasting, en deze facturen aan de management-BV en niet direct aan de natuurlijke persoon die zich via de management-BV verhuurt, te laten voldoen. De hoogte van het uurloon dient tevens een bepaalde mate van het ondernemersrisico te verdisconteren.
3. **Consistentie in statuten:** het hof besteedde relatief veel aandacht aan de bepalingen in de statuten. Van STR omdat die enerzijds aangaven dat de algemeen directeur slechts een natuurlijk persoon in dienstbetrekking kon zijn, en die van Knipham omdat de doelomschrijving volstrekt niet overeenkwam met de werkzaamheden die Knipscheer uitvoerde. Om misverstanden op dit punt te voorkomen dienen de statuten van de management-BV een duidelijk doel, dat consistent is met de daadwerkelijke activiteiten van de vennootschap en dus met name van degene die namens de vennootschap de werkzaamheden verricht, te bevatten en dienen de statuten van de opdrachtgever het mogelijk te maken dat rechtspersonen worden ingeschakeld op de desbetreffende functie.

<sup>10</sup> PGGM-arrest, r.o. 3.5.

---

### Conclusie

De algemene conclusie moet zijn dat de management-BV zeker een goede structuur is om te gebruiken als men een overeenkomst van opdracht wil, maar dat daar dan ook naar gehandeld moet worden. Als echter toch wordt gehandeld alsof men een arbeidsovereenkomst heeft, zal die kwalificatie ook aan de overeenkomst worden gegeven. Een dergelijke uitleg is ook in overeenstemming met eerdere jurisprudentie.

De waarde van het PGGM-arrest is vooral gelegen in de aandacht die wordt gevestigd op het belang van een zorgvuldige en consistente uitvoering die partijen aan hun bedoelingen moeten geven indien zij gebruik wensen te maken van een management-BV, om zo toepasselijkheid van het arbeidsrecht te vermijden. Gebeurt dit niet, dan is er een groot risico dat er toch een arbeidsrechtelijke relatie ontstaat, hetgeen tot aanzienlijke onvoorziene kostenposten kan leiden voor de opdrachtgever, die in dat geval ook werkgever blijkt te zijn. Geen reden tot paniek dus, maar wel voor extra alertheid.

*Mr. drs. C.J. Flink  
Loyens & Loeff*