



Mr. T.K. Lekkerkerker*

De verzekeringsplicht van de DGA

1. Inleiding

De directeur-grotaandeelhouder (DGA) is vanuit juridisch oogpunt een bijzonder persoon. Enerzijds is hij aandeelhouder, anderzijds heeft hij een dienstbetrekking¹ met de vennootschap waarvan hij aandeelhouder is. Doordat de DGA een dienstbetrekking heeft doet zich de vraag voor of hij werknemer is in de zin van werknemersverzekeringen.² Komt dat werknemerschap vast te staan, dan ontstaat verzekeringsplicht en onder omstandigheden recht op uitkering. Verzekeringsplicht betekent de verplichting voor de werkgever om premie af te dragen. Het financiële belang om vast te stellen of een DGA verzekeringsplichtig is, is dus groot. De verzekeringsplicht is vaak onderwerp van procedures geweest. In 1997 heeft de Minister van Financiën tezamen met de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de Regeling aanwijzing directeur-grotaandeelhouder³ (Regeling DGA 1998) gepubliceerd waarin nadere regels werden gegeven over de uitleg van het begrip DGA in de werknemersverzekeringen. De Regeling DGA 1998 is recent vervangen door een nieuwe regeling: de Regeling aanwijzing directeur-grotaandeelhouder 2016⁴ (Regeling DGA 2016). De Regeling DGA 1998 moest worden aangepast in verband met de inwerkingtreding per 1 oktober 2012 van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht⁵ en ontwikkelingen in de jurisprudentie. In deze bijdrage zal de Regeling DGA 2016 in historisch perspectief worden geplaatst en zullen de verschillen tussen de oude en nieuwe regeling worden besproken. Daarnaast zal aandacht worden besteed aan de rol van de notaris bij vraagstukken omtrent verzekeringsplicht van de DGA. De bijdrage wordt afgesloten met een conclusie.

2. Historie

2.1. Wettelijk kader

Werknemers zijn verplicht verzekerd voor de werknemersverzekeringen. De werknemersverzekeringswetten hanteren als uitgangspunt dat een werknemer de natuurlijke persoon is die een dienstbetrekking heeft. Als dienstbetrekking wordt mede beschouwd de arbeidsverhouding van de bestuurder van een vennootschap, met uitzondering van die van een DGA.⁶

2.2. De uitspraak van de CRvB van 1985

In het verleden lag het oordeel over de vraag of een directeur van een vennootschap⁷ in dienstbetrekking staat tot “zijn” vennootschap in hoogste instantie bij de Centrale Raad van Beroep (CRvB). Sinds 1968⁸ nam de CRvB het (formele) standpunt in dat de directeur van een vennootschap (ongeacht de omvang van zijn aandeelhouderschap) verzekerd was voor de sociale verzekeringswetten.

In zijn geruchtmakende uitspraak van 4 oktober 1985⁹ ging de CRvB echter volledig om. De CRvB overwoog in die uitspraak dat het van algemene bekendheid was dat in toenemende mate de rechtsvorm van met name de B.V. (slechts) werd gehanteerd om een oneigenlijk gebruik te maken van de socialeverzekeringswetgeving. De CRvB verbond

* Notaris te Arnhem.
(Lekkerkerker@dirkzwager.nl)

1. De woorden werknemerschap, dienstbetrekking en arbeidsovereenkomst worden vaak door elkaar gebruikt. In deze bijdrage zal ik spreken over dienstbetrekking, hetgeen is gebaseerd op art. 7:610 BW.
2. Dit zijn de Ziektewet (ZW), de Wet Werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA), de Werkloosheidswet (WW) en (voorheen) de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO). De WAO is vervangen door de WIA, maar de WAO blijft van toepassing op werknemers die ten tijde van de invoering van de WIA een uitkering uit hoofde van de WAO ontvingen. De Ziektewet wordt ook beschouwd als een werknemersverzekering, maar premies worden niet geheven.
3. Regeling Minister van Financiën Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 19 december 1997, SV/WV/5437, *Stcrt.*, 1997, 248, V-N 1998/13.20.
4. Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 2 juli 2015, 2015-0000160660, tot Regeling aanwijzing directeur-grotaandeelhouder 2016, *Stcrt.* 2015, 19073, V-N 2015/3916.
5. In de praktijk bekender onder de naam Wet Flex bv.
6. Art. 4, eerste lid onderdeel e juncto art. 6, eerste lid onderdeel d, van de ZW en van de WW, welke bepalingen inmiddels ook voor de WIA gelden.
7. Met vennootschap doel ik in deze bijdrage op de naamloze vennootschap (N.V.) en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (B.V.).
8. CRvB 10 december 1968, gepubliceerd in *Rechtspraak Sociale Verzekering* 1969, 40 en 41.
9. CRvB 4 oktober 1985, ECLI:NL:CRVB:1985:AM8604, m.nt. J.H. Smits.

daaraan de conclusie dat de vraag of de arbeidsverhouding van een DGA tot diens vennootschap moet worden beschouwd als een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht moest worden beantwoord aan de hand van feitelijke omstandigheden van het geval. Een *materiele benadering* derhalve. In de noot onder het arrest wordt de betekenis van de uitspraak vergeleken met de ommezwaai die de Hoge Raad in 1919 maakte met het arrest Lindebaum-Cohen.¹⁰ De impact van de uitspraak was enorm. Vele tienduizenden DGA's die tot de datum van de uitspraak onder de werknemersverzekeringen vielen, kwamen door de uitspraak buiten de verzekering te vallen. De benadering van de CRvB was volstrekt afwijkend van die van de Hoge Raad, die een *formele benadering* voorstond. De uitspraak van de CRvB werd uiteraard overgenomen door toenmalige Federatie van Bedrijfsverenigingen (FBV), die de uitspraak vertaalden naar hun eigen richtlijnen.¹¹

2.3. De Regeling DGA 1998

In 1997 kwam de Minister van Financiën tezamen met de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid met een publicatie, waarin nadere invulling werd gegeven aan het begrip directeur-groootaandeelhouder in de werknemersverzekeringen¹², de Regeling DGA 1998. In de Regeling DGA 1998 werd zo dicht mogelijk aangesloten bij de criteria die door de FBV waren afgeleid van de jurisprudentie van de CRvB en met name diens uitspraak van 4 oktober 1985. De Regeling DGA 1998 stelde dat de arbeidsverhouding tussen een DGA en een vennootschap in het algemeen niet als een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht kon worden aangemerkt. Om die reden kan de DGA niet als werknemer in de zin van de werknemersverzekeringen worden aangemerkt. De vraag of sprake is van een dienstbetrekking moet volgens de Regeling DGA 1998 worden beoordeeld aan de hand van de *feitelijke situatie* en niet van de *formele situatie*. Omdat de DGA de feitelijke macht heeft in de algemene vergadering van aandeelhouders, was hij daaraan niet ondergeschikt en was geen sprake van een reële gezagsverhouding en evenmin van werknemerschap en van verplichte verzekering.

In de Regeling DGA 1998 werd onder een DGA in de zin van de werknemersverzekeringen verstaan:

- a. *de bestuurder die, al dan niet tezamen met zijn echtgenoot, houder is van aandelen die ten minste de helft van de stemmen in de algemene vergadering van de vennootschap vertegenwoordigen;*
- b. *de bestuurder die, al dan niet tezamen met zijn echtgenoot, houder is van een zodanig aantal aandelen dat, indien in de statuten is bepaald dat het besluit tot schorsing of tot ontslag van deze bestuurder slechts mag worden genomen met een versterkte meerderheid in de algemene vergadering van de*

vennootschap, de overige aandeelhouders niet over deze versterkte meerderheid beschikken;

- c. *bestuurders die in de algemene vergadering van de vennootschap allen een gelijk of nagenoeg gelijk aantal stemmen kunnen uitbrengen; of*
- d. *de bestuurder van een vennootschap waarvan ten minste tweederde deel van de aandelen worden gehouden door zijn bloed- of aanverwanten tot en met de derde graad.*

De Regeling DGA 1998 werd in de praktijk zo uitgelegd dat indien op grond van de statuten van de vennootschap de DGA al dan niet tezamen met zijn echtgenoot zijn eigen ontslag als bestuurder kon tegenhouden, geen sprake was van verzekeringsplicht. Daarbij werd uitsluitend gekeken naar statutaire bestuurders, dus niet naar niet-statutaire bestuurders, zoals bijvoorbeeld een directeur zonder statutaire basis.

De Regeling DGA 1998 is ingegaan per 1 januari 1998 en is per 1 januari 2016 vervangen door de Regeling DGA 2016.

2.4. Hoge Raad wordt hoogste rechter

Tot 1 januari 2006 was het de CRvB¹³ die in hoogste instantie oordeelde over geschillen over de verzekeringsplicht voor de werknemersverzekeringen. De belastingdienst oordeelt over het loonbegrip in de Wet op de loonbelasting. Bij geschillen is het daarmee de Hoge Raad die in hoogste instantie een oordeel velt. Daardoor waren er twee instanties die over eenzelfde begrip oordeelden. Dat kon leiden (en heeft ook geleid, zie hierna) tot interpretatieverschillen. Om die reden is per 1 januari 2006 in de wet¹⁴ opgenomen dat de premies voor de werknemersverzekeringen worden geheven met overeenkomstige toepassing van de voor de heffing van de loonbelasting geldende regels. Daardoor is per die datum de Hoge Raad bevoegd te oordelen over geschillen over de verzekeringsplicht zowel voor de loonheffing als voor de premieheffing werknemersverzekeringen.

10. Hoge Raad 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776.

11. Richtlijnen beoordeling verzekeringsplicht van directeuren, neergelegd in de circulaire van de Federatie van Bedrijfsverenigingen nr. C 93.07 van 16 juli 1993.

12. Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 19 december 1997, SV/WV/97/5347, *Stcrt.* 1997, nr. 248.

13. Gebaseerd op de Algemene Wet bestuursrecht.

14. Zie art. 59 Wet financiering sociale verzekeringen.

2.5. Ontwikkelingen in de jurisprudentie

Om te komen tot verzekeringsplicht, dient allereerst te worden vastgesteld of sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW. Deze vraag kwam aan de orde in het zogenaamde “Gouden Kooi”-arrest van de Hoge Raad van 2011.¹⁵ In geschil was of de overeenkomst die een deelnemer met Talpa Producties B.V. had gesloten in verband met het deelnemen aan het televisieprogramma “De Gouden Kooi” moest worden beschouwd als een arbeidsovereenkomst, ondanks de andere benaming die partijen eraan gegeven hadden. De Hoge Raad oordeelde dat moest worden *getoetst of de inhoud van die rechtsverhouding voldoet aan de criteria die gelden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Daarbij moet acht worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, in onderling verband bezien, en dienen niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking te worden genomen die partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stonden, maar dient ook acht te worden geslagen op de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun overeenkomst en aldus daaraan inhoud hebben gegeven.*

Daarmee kwam vast te staan dat de feitelijke omstandigheden bepalend zijn voor de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Vervolgens is in de jurisprudentie aan de orde geweest de vraag of het ontbreken van de mogelijkheid om een eigen ontslag tegen te houden bepalend is voor de vraag of sprake is van een dienstbetrekking. Deze vraag was aan de orde in het zogenaamde “Eerste Notarissen-B arrest” van de Hoge Raad van 17 februari 2012¹⁶, dat na verwijzing uiteindelijk is gevolgd door het “Tweede Notarissen-B arrest” van de Hoge Raad van 14 februari 2014.¹⁷ De feiten die tot deze arresten hebben geleid lagen als volgt. Een N.V. had als doel de exploitatie van een notarispraktijk. De N.V. kende A-aandeelhouders en B-aandeelhouders. De A-aandeelhouders hadden meer rechten dan de B-aandeelhouders. De B-aandeelhouders konden bijvoorbeeld niet meestemmen over hun eigen ontslag (feitelijk betrof dat het opzeggen van hun eigen aansluitingsovereenkomst). Aan dat laatste gegeven hechtte het gerechtshof en in navolging de Hoge Raad weinig waarde toe. Uiteindelijk werd vastgesteld dat de B-notarissen hun werkzaamheden niet in dienstbetrekking verrichtten, ondanks het gegeven dat voor de B-notarissen de mogelijkheid ontbrak om over hun eigen ontslag te stemmen.

Een belangrijk arrest is door de Hoge Raad gewezen op 22 maart 2013.¹⁸ In de feiten die tot dit arrest hebben geleid was sprake van een directeur die 48% van de aandelen in een B.V. hield. Zijn dochter hield 26%. Aan de directeur werd ontslag verleend. Hij vroeg daarop WW aan. In geschil was de vraag of de ontslagen directeur kon worden aangemerkt als

werknemer in de zin van de werknemersverzekeringen. De Hoge Raad beoordeelde de casus aan de hand van de letterlijke tekst van de Regeling DGA 1998. Daarbij ging het om de vraag in welke mate het aandelenbezit van de dochter moest worden meegeteld. De Regeling DGA 1998 was op dat punt helder; deze sprak alleen over het meetellen van het aandelenbezit van de echtgenoot. De aandelen van de dochter telden derhalve niet mee. Daarmee kwam vast te staan dat de vader als werknemer kon worden aangemerkt. Hieruit werd nogmaals duidelijk dat de Hoge Raad een formele benadering voorstaat en de tekst van de Regeling DGA 1998 letterlijk toepaste.

Ook in de lagere rechtspraak is de verzekeringsplicht van de DGA uiteraard aan de orde geweest. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch¹⁹ moest in 2013 oordelen over een casus waarbij niet de DGA zelf, maar diens holding de positie van bestuurder bij de werkmaatschappij vervulde. De DGA was als natuurlijk persoon in dienst van de werkmaatschappij. Vast stond dat de DGA zelf geen statutair bestuurder was in de werkmaatschappij. Hij kon zelf geen stem uitbrengen in de algemene vergadering van aandeelhouders van de werkmaatschappij. Het was de holding die daartoe gerechtigd was. Alles afwegende kwam het hof tot het oordeel dat de DGA als natuurlijk persoon een arbeidsverhouding met de werkmaatschappij had en dus verplicht verzekerd was. Wellicht dat de Hoge Raad over deze uitspraak nog een ander oordeel velt.

In een procedure die heeft geleid tot een uitspraak van de Rechtbank Limburg van 8 oktober 2014²⁰ was sprake van een belanghebbende die mede-bestuurder was van een B.V. Alle aandelen van de B.V. waren in handen van een stichting administratiekantoor (hierna: STAK). De belanghebbende was tezamen met familieleden één van de bestuurders van de STAK. De rechtbank kwam tot het oordeel dat belanghebbende in privaatrechtelijke dienstbetrekking tot de B.V. stond. De rechtbank oordeelde vervolgens dat belanghebbende geen aandeelhouder was, maar enkel in het bezit was van de certificaten van de aandelen. Om die reden was belanghebbende reeds daarom niet aan te merken als directeuren-grootaandeelhouder in de zin van de Regeling DGA 1998. Ook hier komt de grammaticale uitleg van de Regeling DGA 1998 weer terug.

15. HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887.

16. HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8926.

17. HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:283.

18. HR 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9295.

19. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 juni 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4288.

20. Rechtbank Limburg 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:8523.

Tot slot nog een uitspraak van Rechtbank Noord-Holland van 16 oktober 2014.²¹ Twee directeuren van een B.V. hielden ieder 50% van de aandelen in de B.V. Op enig moment trad een derde aandeelhouder toe, die 20% van de aandelen in de B.V. ging houden. Vanaf dat moment hielden de twee oorspronkelijke aandeelhouders ieder nog 40% van de aandelen in de B.V. In geschil was of beide directeuren nadat hun belang was gedaald naar 40% nog steeds waren aan te merken als DGA in de zin van de Regeling DGA 1998. De rechtbank stelde vast dat ieder van de directeuren een gelijk aantal stemmen in de algemene vergadering van aandeelhouders uitbrachten. Het feit dat een andere aandeelhouder naast de beide andere aandeelhouders met een belang van 40% nog 20% van de stemmen kon uitbrengen verhinderde niet dat belanghebbenden als directeur-grotaandeelhouders in de zin van de Regeling DGA 1998 konden gelden. De rechtbank verwees daarbij naar de duidelijke bewoordingen van de Hoge Raad in het hiervoor aangehaalde arrest van 22 maart 2013.

Samenvattende is in de jurisprudentie een duidelijke tendens waar te nemen dat de grammaticale interpretatie van de Hoge Raad wordt gevolgd.

3. Regeling aanwijzing directeur-grotaandeelhouder 2016

3.1. Aanleiding aanpassing Regeling DGA 1998

Per 1 oktober 2012 is de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht van kracht geworden. Deze wet introduceerde onder meer de mogelijkheid van stemrechtloze aandelen en winstrechtloze aandelen bij B.V.'s. Daarnaast werd het mogelijk om besluiten tot benoeming, schorsing en ontslag van een bestuurder te concentreren bij de vergadering van houders van een bepaalde soort aandelen.²² Daarmee werd de oude koppeling tussen de omvang van het ter beschikking gestelde kapitaal en de zeggenschap binnen de B.V. volledig losgelaten.

Daarnaast bleek het arrest van de Hoge Raad van 22 maart 2013 waarin bepaald werd dat de Regeling DGA 1998 naar de letter moet worden uitgelegd, in de praktijk tot ongewenste situaties te leiden.

Deze beide ontwikkelingen brachten het Ministerie van Sociale Zaken in 2014 er toe een internetconsultatie²³ te starten over een wijziging van de Regeling DGA 1998. Bij de aanvang van de consultatie werd een eerste concept van de nieuwe regeling gepubliceerd. Er zijn vervolgens blijkens de rapportage dertien reacties ontvangen. De consultatietermijn sloot op 13 juni 2014. Uiteindelijk heeft het nog ruim een jaar geduurd voordat Regeling DGA 2016 op 2 juli 2015 het licht zag. Die lange termijn mag op zijn minst opmerkelijk worden genoemd, temeer omdat de minister zelf opmerkte dat de nieuwe regeling bedoeld was om de bestaande praktijk te verduidelijken en alleen daar waar nodig aan te passen in verband met wetgeving en jurisprudentie.

lijken en alleen daar waar nodig aan te passen in verband met wetgeving en jurisprudentie.

3.2. De Regeling DGA 2016 inhoudelijk

3.2.1. De opbouw van de regeling

De Regeling DGA 2016 is in wezen hetzelfde opgebouwd als de Regeling DGA 1998. In beide regelingen wordt omschreven wat onder de directeur-grotaandeelhouder als bedoeld in de diverse werknemersverzekeringen moet worden verstaan. De ratio is duidelijk: krijgt de bestuurder het etiket DGA opgeplakt, dan is er geen sprake van een dienstbetrekking en is verzekeringsplicht niet aan de orde.

3.2.2. Definities

Art. 1 van de Regeling DGA 2016 geeft definities van de begrippen bestuurder, echtgenoot en vennootschap. De toelichting geeft aan dat het gaat om de statutair bestuurder van de vennootschap en dus niet over de "titulair" of "commercieel" directeur. Dat is niet anders dan onder de Regeling DGA 1998.

Voor het begrip "echtgenoot" wordt verwezen naar de omschrijving van hetzelfde begrip in art. 1 Ziektewet. Daarmee wordt duidelijk dat ook geregistreerde partners en ongehuwd meerderjarigen die een gemeenschappelijke huishouding voeren onder het begrip echtgenoot vallen.

Voor het begrip "vennootschap" wordt verwezen naar de B.V. en de N.V. In dat verband is het wel van belang te beseffen dat art. 3 van de Regeling DGA 2016 de regeling van overeenkomstige toepassing verklaart op de bestuurder van een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal die niet naar Nederlands recht is opgericht. In de toelichting wordt een aantal buitenlandse rechtspersonen met naam en toenaam genoemd.

3.2.3. Direct aandeelhouderschap (art. 2, eerste lid, letter a)

De kern van de Regeling DGA 2016 is te vinden in art. 2 waarin de nieuwe criteria staan vermeld. Het eerste lid letter a van art. 2 bepaalt dat *onder een de DGA wordt verstaan de bestuurder die, al dan niet tezamen met zijn echtgenoot, houder is van een zodanig aantal aandelen, al dan niet van een bepaalde soort of aanduiding (...) dat hij, al dan niet tezamen met zijn echtgenoot, ingevolge de statuten van de vennootschap over zijn ontslag kan besluiten.*

21. Rechtbank Noord-Holland 16 oktober 2014, ECLI:NL:RBN-HO:2014:9589.

22. Art. 2:242 en 2:244 BW.

23. Zie <https://www.internetconsultatie.nl/l1999>.

Ik licht de belangrijkste bestanddelen nader toe.

Doordat de bestuurder in staat is zelf te besluiten over zijn ontslag en het daarmee kan blokkeren wordt hij voor de werknemersverzekeringen aangemerkt als DGA.

De bestuurder dient zelf ten minste één aandeel te bezitten. Dat blijkt niet direct uit de tekst, maar wel uit de toelichting.²⁴ Indien de bestuurder geen enkel aandeel bezit, kan hij niet meestemmen over zijn ontslag en mist de regeling toepassing. Onder de Regeling DGA 1998 was het volgens de Hoge Raad overigens niet nodig dat de bestuurder zelf aandelen bezat.²⁵ In zoverre is dus sprake van een wijziging.

De regeling spreekt over “soort” of “aanduiding”. Dit verwijst naar de mogelijkheid die art. 2:242 juncto 2:244 BW biedt: de houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding kunnen in de statuten het recht toegekend krijgen om bestuurders te benoemen en via art. 2:244 BW ook het recht om te schorsen en ontslaan. Bedacht dient te worden dat de wet wel eist dat iedere aandeelhouder met stemrecht kan deelnemen aan de besluitvorming inzake de benoeming van ten minste één bestuurder.

Een belangrijk onderdeel van de tekst van de regeling is het gedeelte *ingevolge de statuten van de vennootschap*. Deze eis kwam in de Regeling DGA 1998 niet voor. De vraag is wat hieronder moet worden verstaan. De toelichting op het eerste lid merkt hierover op:

Indien de bestuurder van een vennootschap werkzaam is in een feitencomplex als bedoeld in de onderdelen a, of b van het eerste lid, wordt deze persoon aangemerkt als een niet voor de werknemersverzekeringen verzekerde dga. De positie van de bestuurder wordt bepaald op basis van zijn zeggenschap, tezamen met zijn echtgenoot en/of bloed- en aanverwanten tot en met de derde graad, over zijn ontslag op grond van de statuten van de vennootschap. Stemovereenkomsten zullen in het algemeen grond zijn voor de bestuurder om zich daarnaar te gedragen, maar ze doen niet af aan hetgeen in de statuten is geregeld. Anders dan de statuten van de vennootschap is een stemovereenkomst in beginsel ook niet kenbaar voor derden.

Ook de hiervoor aangehaalde rapportage bij de internetconsultatie gaat van hetzelfde standpunt uit:

“De regeling gaat uit van de zeggenschap die voortvloeit uit de statuten. In de toelichting wordt verduidelijkt dat met stemovereenkomsten of andere overeenkomsten zoals pandrecht, of maatregelen van de overheid, zoals onderbewindstelling of curatele, geen rekening wordt gehouden in de regeling.”

Een en ander komt er dus op neer dat volgens de regelgever met stem- en aandeelhoudersovereenkomsten geen rekening wordt gehouden bij de vraag of de DGA over zijn ontslag kan besluiten. De achtergrond hiervan lijkt te zijn dat de mogelijkheid altijd bestaat om te stemmen in strijd met een stemovereenkomst. Dat levert weliswaar een toerekenbare niet-nakoming op, maar de stem uitgebracht in strijd met een stemovereenkomst is in beginsel vennootschapsrechtelijk wel geldig. Dit standpunt van de regelgever is overigens op zijn minst opmerkelijk, gezien de nog steeds lopende discussie over de vennootschapsrechtelijke doorwerking van de aandeelhoudersovereenkomst.²⁶ Het is overigens opvallend dat de toelichting op de regeling het stemrecht op aandelen die in pand zijn gegeven of onder bewind vallen bij het bepalen van de zeggenschap in één adem toerekent aan de bestuurder. Een pandgever van aandelen waarbij het stemrecht toekomt aan de pandhouder kan immers niet stemmen op de desbetreffende aandelen.

3.2.4. Direct aandeelhouderschap (art. 2, eerste lid, letter b)

In het eerste lid onder letter b wordt het begrip DGA uitgebreid met *de bestuurder die, tezamen met bloed- of aanverwanten tot en met de derde graad, al dan niet tezamen met zijn echtgenoot, houder is van aandelen, al dan niet van een bepaalde soort of aanduiding (...), die ten minste tweederde van de stemmen vertegenwoordigen, zodat hij, tezamen met zijn bloed- of aanverwanten tot en met de derde graad, al dan niet tezamen met zijn echtgenoot, over zijn ontslag kan besluiten.*

Het betreft hier het zogenaamde familieverband. Ook de aanverwanten tot en met de derde graad worden meegeteld. In dit verband wijs ik nog op het bepaalde in art. 1:3 lid 3 BW, op grond waarvan het aanverwantschap niet eindigt bij het eindigen van het huwelijk of geregistreerd partnerschap.²⁷ De eis van ten minste tweederde van de stemmen kwam ook al voor in de Regeling DGA 1998. De oorsprong ligt in het bepaalde in art. 2:244 lid 2 BW, waarin is bepaald dat in de statuten van een B.V. een versterkte meerderheid voor schorsing of ontslag nooit meer

24. A.L. Mertens, De Regeling aanwijzing DGA 2016: al bij de invoering over de datum, *NTR* 2015-3044, wijst erop dat het vreemd is dat de eis dat de bestuurder zelf een aandeel bezit niet in de regeling staat vermeld, doch slechts in de toelichting.

25. HR 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9295.

26. Zie over dit onderwerp bijvoorbeeld W.J.M. van Veen, *Opnieuw: contractuele ontslagregelingen, doorwerking en het belang van de vennootschap in WPNR 2016/7089*.

27. Voor die situatie is door de wetgever geen regeling getroffen, zoals bijvoorbeeld wel in art. 4 lid 2 Wet op de inkomstenbelasting 2001.

mag bedragen dan twee derden van de uitgebrachte stemmen. In het al eerder aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 22 maart 2013 is bepaald dat onder de regeling DGA 1998 de bepaling niet kon worden toegepast indien de bloed- en aanverwanten zelf niet ten minste tweederde van de aandelen hadden, waarbij de aandelen van de bestuurder **niet** werden meegerekend. In de Regeling DGA 2016 worden de aandelen van de bestuurder zelf ook meegeteld. Daarmee wordt door de Regeling DGA 2016 de uitkomst van het arrest teruggedraaid.

Opvallend is dat het bepaalde onder letter b niet de zinsnede kent: *ingevolge de statuten van de vennootschap*, zoals die onder letter a wel expliciet staat vermeld. Ik ga ervan uit dat dit een *slip of the pen* van de regelgever is geweest en dat hier geen inhoudelijke gevolgen aan verbonden moeten worden.

Ook voor onderdeel b geldt weer de eis dat de bestuurder zelf ten minste één aandeel houdt. Als dat niet het geval is en alleen zijn bloed- of aanverwanten tot en met de derde graad al dan niet tezamen met zijn echtgenoot de aandelen bezitten zal de arbeidsverhouding wel als dienstbetrekking worden beschouwd. Er is dan dus geen sprake van een niet verzekerde DGA.

3.2.5. Indirecte aandeelhouderschap (art. 2, tweede lid)

In het tweede lid van art. 2 van de Regeling DGA 2016 wordt het zogenaamde indirecte aandeelhouderschap geregeld. Dit lid bepaalt dat onder de DGA tevens wordt verstaan *de bestuurder die een zodanige zeggenschap heeft binnen die vennootschap door tussenkomst van een of meer rechtspersonen, waarvan hij bestuurder is, al dan niet met elkaar in een groep verbonden, of door tussenkomst van vennootschappen waarvan hij aandelen houdt, dat hij hierdoor over zijn ontslag kan besluiten*.

Het komt in de praktijk uiteraard vaak voor dat de bestuurder niet rechtstreeks aandeelhouder is in de vennootschap waarin hij arbeid verricht, maar dat hij de aandelen houdt via een door hem beheerste rechtspersoon. In de Regeling DGA 1998 was dit ook al geregeld, maar in veel kortere bewoordingen. De nieuwe regeling is ruim geformuleerd, zodat hij snel van toepassing kan worden. Door het gebruik van het woord “rechtspersoon”, komt ook de stichting administratiekantoor (STAK) aan de orde. Bij een STAK worden de aandelen gehouden door een daartoe opgerichte stichting, waarbij het economisch belang via certificaten toekomt aan de certificaathouder. Het stemrecht berust bij het bestuur van de STAK.²⁸ Indien de bestuurder van de B.V. als bestuurder van de STAK over zijn ontslag kan beslissen, zal sprake zijn van een DGA in zin van de Regeling DGA 2016.²⁹ Indien sprake is van meerdere bestuurders in de stichting en de DGA heeft binnen dat bestuur niet de doorslaggevende stem, komt het

mij voor dat geen sprake is van een situatie dat “over zijn ontslag kan worden besloten”. Daarmee is het van belang ook goed aandacht te besteden aan de inrichting van het bestuur van de stichting. In de toelichting op de regeling zijn illustratieve praktijkvoorbeelden gegeven van indirect aandeelhouderschap. Daarbij lijkt het erop dat in voorbeeld 5 de regelgever de verkeerde weg in slaat, de eis van tweederde van de stemmen speelt mijns inziens niet in het bestuur van de STAK. In het voorbeeld kan A tezamen met zijn broer wel degelijk zijn ontslag tegenhouden, zodat de conclusie dat A geen DGA is onjuist is.

3.2.6. Meerdere bestuurders-aandeelhouders (art. 2, derde lid)

In het derde lid van art. 2 van de Regeling DGA 2016 gaat het om meerdere bestuurders van een vennootschap, die tezamen alle aandelen houden. Men spreekt ook wel over het nevengeschikt zijn. Het derde lid bepaalt dat onder de DGA tevens wordt verstaan: *bestuurders die samen alle aandelen van de vennootschap bezitten en als aandeelhouders een gelijk of nagenoeg gelijk deel van het kapitaal van de vennootschap vertegenwoordigen*. De toepassing wordt vervolgens uitgebreid naar indirect aandeelhouderschap. Hiervan is sprake als een bestuurder aandelen van de vennootschap bezit door tussenkomst van een of meer rechtspersonen waarvan hij bestuurder is of van vennootschappen waarvan hij aandelen houdt.

De regeling op dit punt wijkt af van de Regeling DGA 1998. Daar werd de nevengeschiktheid in art. 1 letter c omschreven als: *bestuurders die in de algemene vergadering van de vennootschap allen een gelijk of nagenoeg gelijk aantal stemmen kunnen uitbrengen*. Daaraan is nu toegevoegd de eis dat de bestuurders ook alle aandelen in de vennootschap moeten bezitten. Dat is nieuw. In de hiervoor aangehaalde uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland³⁰ was het gegeven dat een deel van de aandelen werd gehouden door een niet-DGA geen probleem. Dat is onder de Regeling DGA 2016 dus duidelijk anders. De eis dat alle aandelen gehouden worden door de DGA's werd in het verleden ook door de CRvB gesteld.³¹ De nieuwe regeling is overigens niet op alle

28. Zie voor een uitgebreide beschouwing van deze rechtsfiguur onder meer R.A. Wolf, Het certificaat van aandeel in de BV in *WPNR* 2016/7093, p. 97-107.

29. Vergelijk in dit verband de hiervoor aangehaalde uitspraak van Rechtbank Limburg van 8 oktober 2014.

30. Rechtbank Noord-Holland 16 oktober 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:9589.

31. Zie CRvB 6 mei 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BM5154 en CRvB 21 oktober 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AR4532.

punten duidelijk. Weliswaar is bepaald dat de DGA's alle aandelen moeten houden en dat zij min of meer gelijk gerechtigd moeten zijn tot het kapitaal, maar nergens is geregeld of het stemrecht ook gelijk geregeld moet zijn. Denkbaar is een situatie dat in economische zin het belang tussen meerdere bestuurders gelijk is verdeeld, maar dat door de invoering van stemrechtloze aandelen het stemrecht slechts bij één van die bestuurders is geconcentreerd. Alle bestuurders voldoen naar de letter van de regeling aan het criterium DGA, maar gevoelsmatig zouden de bestuurders zonder stemrecht daar niet onder horen te vallen.

De toelichting meldt nog dat *“tot de aandelen in het kapitaal behoren ook de met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen”*. Ik merk op dat het begrip “met medewerking van de vennootschap” met de invoering van de Flex B.V. is komen te vervallen. Vermoedelijk mogen we de Regeling DGA 2016 op dit punt zo uitleggen dat bedoeld is certificaten waaraan vergaderrechten zijn toegekend.³² De toelichting verwijst overigens ook nog naar het maatschappelijk kapitaal van de vennootschap, welke term bij de invoering van de Flex B.V. eveneens is komen te vervallen.

3.2.7. Buitenlandse vennootschap (art. 3)

Dit artikel meldt dat de regeling van overeenkomstige toepassing is op de bestuurder van een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal die niet naar Nederlands recht is opgericht. Dat was onder de Regeling DGA 2008 niet anders.

3.2.8. Inwerkingtreding en overgangsrecht

De Regeling DGA 2016 is op 1 januari 2016 in werking getreden en de Regeling DGA 1998 is met ingang van die datum ingetrokken. Er is niet voorzien in overgangsrecht. Volgens de toelichting zou een overgangsregeling onoverzichtelijk zijn voor de vennootschappen en hun bestuurders zou deze voor de Belastingdienst en het UWV niet goed uitvoerbaar zijn. De Regeling DGA 2016 heeft volgens de toelichting geen terugwerkende kracht.

4. De rol van de notaris

Statuten van vennootschappen worden opgesteld door een notaris. De notaris is op de hoogte van de vennootschapsrechtelijke structuur van de DGA. De notaris die zich bezighoudt met het bouwen van structuren voor DGA's zal zich steeds bewust moeten zijn van de gevolgen van de te maken keuzes voor de verzekeringsplicht van de DGA. Op de notaris rust een (zwaarwegende) zorgplicht ter zake van hetgeen nodig is voor het intreden van de rechtsgevolgen welke zijn beoogd met de in de notariële akte opgenomen rechtshandelingen.³³ De notaris moet, met andere woorden, met de door hem opgestelde notariële akten zorg dragen voor een juiste realisatie van de bedoelde rechtsgevolgen van partijen. In dit verband is het de vraag hoe de notaris

moet en kan omgaan met het vraagstuk van de verzekeringsplicht voor de DGA. Hij zal zijn cliënten moeten informeren over de gevolgen van de in statuten gemaakte keuzes in relatie tot de verzekeringsplicht van de DGA. Dat valt onder de normale “Belehrungspflicht” van de notaris. Het verdient aanbeveling om in het dossier op zijn minst goed vast te leggen dat hieraan aandacht is besteed en waarom bepaalde keuzes zijn gemaakt.³⁴ Waar hij de kennis ontbeert zal de notaris dat aan de cliënt moeten melden en deskundig advies moeten (laten) inwinnen.

Aan de andere kant biedt de Regeling DGA 2016 ook mogelijkheden en kansen aan de notaris om zijn toegevoegde waarde in de praktijk te brengen. De Regeling DGA 2016 is een speeltuin voor makers van statuten en structuren om het door de DGA gewenste resultaat te bereiken, temeer omdat de Regeling DGA 2016 een doorslaggevende rol toekent aan statuten van de vennootschap. De notaris is als geen ander geschikt om bij dit vraagstuk een belangrijke rol te spelen.

5. Conclusie

Met de publicatie van de Regeling DGA 2016 heeft de regelgever gepoogd duidelijkheid te scheppen over de invulling van het begrip DGA in de werknemersverzekeringen. De Regeling DGA 2016 borduurt voort op de Regeling DGA 1998. Voor de praktijk is in een aantal gevallen duidelijkheid gekomen, hetgeen toe te juichen is. Aan de andere kant blijft nog een aantal vragen onbeantwoord. De Regeling DGA 2016 geeft in combinatie met de mogelijkheden van de Flex B.V. meer mogelijkheden aan de DGA om een gewenst resultaat te bereiken. Voor de notaris is een belangrijke taak weggelegd.

32. Zie art. 2:227 BW.

33. HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0095.

34. In de wenk bij het arrest van de Hoge Raad van 23 maart 2013 in RN 2013/56 wordt terecht gesteld dat de DGA meestal niet verzekerd wil zijn, maar dat ook het tegendeel interessant kan zijn. De wenk stelt: *Fijn als het notariële dossier een aantekening bevat waaruit blijkt dat hieraan de nodige aandacht is besteed*. Dat het maken van aantekeningen in een notarieel dossier van groot belang is, blijkt weer eens uit het arrest van de Hoge Raad van 16 februari 2016 (ECLI:NL:HR:2016:288) waarin de Hoge Raad stelt: *Voor zover de notaris geen aantekeningen bijhoudt en bevaart van hetgeen hij in het kader van zijn voorlichtingsplicht met de betrokkene heeft besproken, kan dat ertoe leiden dat hij niet aan de zojuist genoemde motiveringsplicht kan voldoen, hetgeen dan voor zijn risico komt*.