

De bijzondere positie DGA ...

Masterclass 2011 ...

Een lastig onderwerp ...

Digitale informatiebron ...

Werkgeversregres, loon, dividend en de DGA

In dit artikel wordt stilgestaan bij enkele aspecten die een rol spelen bij de waardering van verlies van arbeidsvermogen van een directeur/groottaandeelhouder (DGA). Allereerst wordt ingegaan op de achtergrond en aard van de vordering verlies van arbeidsvermogen van de DGA en toelichting gegeven op de belangrijkste fiscale aspecten. Vervolgens wordt geïllustreerd welke impact de uitval van de ondernemer op het bedrijfsresultaat kan hebben. Verder wordt aandacht geschonken aan de regresvordering ter zake eventueel doorbetaald netto loon, toekomend aan de werkgever. Daarbij zal worden toegelicht dat een loondoorbetalingsverplichting niet zonder meer aan de orde hoeft te zijn in relatie tot een arbeidsongeschikte DGA. Het al dan niet aan de orde zijn daarvan heeft consequenties ten aanzien van de hoogte van de persoonlijke vordering van de DGA en de totale schadelast. Dit wordt inzichtelijk gemaakt met rekenvoorbeelden. Tot slot worden in de conclusie enkele aanbevelingen gedaan ten behoeve van het schaderegelingstraject.

De vordering van de zelfstandige

De vordering verlies van arbeidsvermogen van de zelfstandige is een persoonlijke vordering op basis van art. 6:107 BW. De onderneming zelf heeft ter zake verlies van arbeidsvermogen geen vorderingsrecht. Bepalend is of de ondernemer als gevolg van uitval een lager (netto) inkomen heeft ten opzichte

Mevrouw mr.

E.M. Dijkers

re/A.B. Peters re

Van Kouterik

Personenschade



van de hypothetische situatie zonder ongeval. Om te komen tot waardering van de vordering ter zake verlies van arbeidsvermogen van de ondernemer is het noodzakelijk dat eerst naar de rechtsvorm van de onderneming wordt gekeken.

Rechtsvorm van een onderneming

Een ondernemer kan kiezen uit verschillende >

> rechtsvormen, zoals de eenmanszaak en de vennootschap onder firma (VOF) en de besloten vennootschap (BV). Elk daarvan heeft een eigen problematiek wat betreft de omgang met eventuele inkomensschade. In dit artikel wordt de BV besproken en in het bijzonder de vordering van de ondernemer, tevens directeur/groootaandeelhouder (DGA). Bij de keuze voor een rechtsvorm spelen fiscale overwegingen een belangrijke rol. Hoe hoger het ondernemersinkomen, des te eerder zal het vanuit fiscale overwegingen aantrekkelijk zijn een BV op te richten. Verder kan afscherming van het privévermogen van de ondernemer een overweging zijn. De bestuurder van een BV kan zelf handelen en is ook zelf aansprakelijk voor zijn handelen. Als de BV echter failliet gaat, kunnen schuldeisers in principe alleen aanspraak maken op gelden en goederen uit de besloten vennootschap. De bestuurder van de BV - indien een natuurlijke persoon - wordt de directeur/groootaandeelhouder genoemd. Hij wordt als DGA gezien als hij minstens 5% van de aandelen of winstbewijzen bezit¹. Wanneer er geen gezagsverhouding is met de BV, is hij niet verplicht verzekerd voor werknemersverzekeringen (ZW, WW en WAO/WIA).

De BV moet de DGA een salaris toekennen. Dit is volgens de fiscus minimaal € 41.000 bruto per jaar, inclusief eventuele bijtelling auto (2011)². Bij het beoordelen van jaarrekening van een BV valt het op dat deze qua inrichting niet veel afwijkt van de jaarrekening van een VOF of eenmanszaak. Essentieel verschil is echter dat het salaris van de DGA deel uitmaakt van de (personeel)kosten.

Accountants kiezen er voor de duidelijkheid vaak voor het DGA inkomen apart te benoemen in de jaarrekening. Soms is er naast de werkmaatschappij sprake van een holding BV. Een holding is een BV die de aandelen van de andere BV bezit. De DGA is meestal ook van de holding de enige bestuurder en veelal enig aandeelhouder. Deze constructie wordt bijvoorbeeld gebruikt om kapitaal (van de holding) te scheiden van het ondernemersrisico (de werkmaatschappij). In dat geval wordt er vanuit de werkmaatschappij een managementfee aan de holding BV betaald. De managementfee hoeft niet gelijk te staan aan en is meestal hoger dan het DGA salaris. Vanuit de holding BV wordt in dat geval het DGA-salaris betaald. In dit artikel blijft de holding buiten beschouwing.

Vennootschapsbelasting

Bij een BV moet in het fiscaal traject rekening worden gehouden met vennootschapsbelasting (Vpb). Afhankelijk van de hoogte van het bedrijfsresultaat moet de BV over de winst belasting afdragen. De Vpb wordt berekend over het belastbare bedrag. Dit is de winst verminderd met eventuele aftrekbare giften en te verrekenen verliezen. De huidige tarieven (2011) voor de Vpb zijn: 20% over het belastbare bedrag tot € 200.000 en 25,5% over het belastbare bedrag vanaf € 200.000³.

Het bedrijfsresultaat na afdracht Vpb kan worden uitgekeerd aan de DGA(s) als dividend. Er kan ook voor worden gekozen de winst in de BV te houden als vermogen, bijvoorbeeld voor opbouw van ondernemersvermogen ten behoeve van investeringen en of pensioenvoorzieningen.

In dat geval blijft de mogelijkheid bestaan het nog resterend dividend op een later tijdstip uit te keren.

Inkomstenbelasting

Bij een DGA moet in het fiscaal traject rekening worden gehouden met inkomstenbelasting. Inkomstenbelasting heeft betrekking op het salaris van de DGA (Box I) en de eventueel aan hem uitgekeerde bruto dividenduitkering (Box II).

Dividend in Box II wordt belast met 25% inkomstenbelasting.

Bij het afwikkelen van een schade is een belastinggarantie ter zake verlies van arbeidsvermogen op zijn plaats.

Uitgangspunten waardering verlies van arbeidsvermogen

Net als in het geval van een eenmanszaak of een VOF zal moeten worden nagegaan wat de feitelijke gevolgen zijn van de uitval van de ondernemer/DGA. Verlies van arbeidsvermogen van een DGA kan aan de orde zijn wegens misgelopen netto loon en wegens misgelopen dividenduitkering (al dan niet uitgesteld). Een DGA die bijvoorbeeld werkzaam is als consultant op urenbasis zal bij volledige arbeidsongeschiktheid zien dat het bedrijfsresultaat van de BV lager is, omdat hij minder declarabele uren heeft kunnen werken, met als gevolg een lagere omzet en uiteindelijk een lager (uitgesteld) uit te keren dividend. Slaagt de ondernemer er in de omzet op peil te houden door inzet van vervangende arbeid, dan zullen de kosten van de vervangende arbeid een negatieve invloed hebben op het resultaat. Ook dat leidt tot een lager (uitgesteld) uit te keren dividend.

Wanneer een DGA binnen de onderneming voornamelijk ondernemerstaken uitvoert, zullen gevolgen voor het bedrijfsresultaat (in geval van een korte periode van arbeidsongeschiktheid) kleiner zijn omdat deze soms op een later tijdstip kunnen worden ingehaald of eenvoudig binnen de organisatie kunnen worden opgevangen. Ook dit zegt niet alles. Er kan in de periode van arbeidsongeschiktheid bijvoorbeeld net een belangrijke opdracht gemist zijn. Eventueel toekomstig nadeel zal weer afhankelijk zijn van de vraag of de ondernemer zijn taken kan verschuiven en zo zijn restverdien capaciteit optimaal kan benutten, in dat geval met behoud van het netto winstresultaat.

Voorbeeld 1

De heer De Vries, DGA van de onderneming Dakkapel BV, raakt als gevolg van een verkeersongeval arbeidsongeschikt. Hij werkt normaal 50 uur per week waarvan 25 uur per week uitvoerend werk. Hij heeft een bruto DGA inkomen van € 50.000 per jaar. Op netto basis is dit € 34.846⁴. De bedrijfswinst na Vpb bedraagt € 35.000 per jaar. Gedurende een jaar is hij arbeidsongeschikt voor het uitvoerend werk. Voor het uitvoerend werk wordt vervangende arbeid geregeld waarmee de omzet op peil is gebleven. De kosten van de vervangende arbeid bedragen € 30.000. De BV betaalt het salaris van De Vries volledig door.

Een te beperkte benadering kan zijn dat De Vries als DGA geen schade wegens verlies van arbeidsvermogen heeft omdat zijn salaris is doorbetaald. Deze benadering is te beperkt omdat verlies van arbeidsvermogen ook kan ontstaan als gevolg van misgelopen (uitgesteld) dividend. Daarom is een vergelijking noodzakelijk van het feitelijk gerealiseerde bedrijfsresultaat met het hypothetische bedrijfsresultaat zonder ongeval.

Uitgaande van het bovengenoemde voorbeeld kan het verlies van arbeidsvermogen als volgt worden vastgesteld: De extra kosten van arbeid (meestal geboekt onder de noemer werk derden) heeft een evenredig lager bedrijfsresultaat voor Vpb tot gevolg. De mogelijke dividenduitkering is eveneens lager. Volgens het onderstaande overzicht is de netto schade van De Vries € 18.000.

Tabel 1 (€)

Jaarcijfers Dakkapel BV	zonder ongeval	met ongeval
omzet	450.000	450.000
inkoop	250.000	250.000
werk derden	0	30.000
bruto resultaat	200.000	170.000
personeelskosten	90.000	90.000
loon DGA	50.000	50.000
overige bedrijfskosten	25.000	25.000
totale kosten	165.000	165.000
resultaat	35.000	5.000
vennootschapsbelasting	7.000	1.000
netto bedrijfsresultaat	28.000	4.000
netto inkomen De Vries		
DGA loon	34.846	34.846
Dividend (min. box 2 belasting)	21.000	3.000
Totaal	55.846	37.846
schade		18.000

Netto loonvordering van de werkgever ex art. 6:107a BW In geval van arbeidsongeschiktheid van een DGA dient rekening te worden gehouden met een nettoloonvordering ex art. 6:107a BW. Deze vordering komt de BV toe waar de arbeidsongeschikte DGA op de loonlijst staat in geval van doorbetaling van het loon.

Een regresmogelijkheid is niet aan de orde wanneer de aansprakelijkheid voortvloeit uit een van de artikelen genoemd in art. 6:197 BW (Tijdelijke regeling verhaalsrechten).

Voorbeeld 2

De Vries heeft als DGA een netto maandinkomen van € 2.688⁵ en is gedurende twaalf maanden 50% arbeidsongeschikt. Op basis van een bruto jaarinkomen van € 25.000 bedraagt zijn netto jaarinkomen € 20.343. Op maandbasis is dit € 1.569. De regresvordering op grond van art. 6:107a BW van de BV bedraagt dan € 14.503⁶.

Wanneer de aansprakelijke partij dit bedrag aan de BV vergoedt, zal dit ook weer ten gunste komen van het bedrijfsresultaat (meestal geboekt als bijzondere baten). De BV moet daarover Vpb afdragen.

Gezagsverhouding

Het is de vraag of bovengenoemde benadering voor het slachtoffer en de aansprakelijke partij de juiste is. Om deze vraag te kunnen beantwoorden moet eerst vast staan of er wel sprake is van een verhouding werkgever (BV) en werknemer (DGA) met daaraan verbonden een loondoorbetalingsverplichting. Art. 7:629 BW stelt dat de werkgever gedurende twee jaren een loondoorbetalingsverplichting heeft. Gedurende het eerste jaar behoudt de werknemer het recht op doorbetaling van minimaal 70% van het loon met ondergrens van het minimum loon. In het tweede jaar is er eveneens een doorbetalingsverplichting van 70% van het verdiende loon maar is de bodemgrens van het minimum loon niet van toepassing. Gedurende het eerste jaar mogen werkgever en werknemer onderling afspreken dat het loon tot maximaal 100% wordt doorbetaald.

Behoudens eventuele bindende afspraken in de arbeidsovereenkomst bestaat daartoe geen plicht. De werkgever krijgt in die gevallen waarbij een derde aansprakelijk is voor de arbeidsongeschiktheid op grond van art. 6:107a BW een verhaalsrecht voor het netto doorbetaalde loon. De loondoorbetalingsverplichting aan een DGA is echter niet expliciet geregeld in de zin van de Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte (Wulbz). Meer in algemene zin is de uitleg van toepassing dat een DGA geen werknemer is in de zin van de Wulbz omdat hij zijn arbeid niet verricht in een gezagsverhouding met zijn werkgever, in casu zijn besloten vennootschap.

In de kern draait het om een gezagsverhouding. Daarnaast is een DGA niet verzekerd voor de werknemersverzekeringen. Een DGA kan daarom niet worden gezien als werknemer in de zin van de Wulbz⁷.

De besloten vennootschap kan uiteraard besluiten het loon door te betalen binnen de normen die art. 7:629 BW geeft. De besloten vennootschap krijgt dan wel een vordering ex art. 6:107a BW. Ter onderbouwing van de nettoloonvordering zal de werkgever bewijs moeten leveren van de loondoorbetalingsverplichting en de feitelijk gedane salarisbetalingen aan de DGA. Ook zal zo nodig bewijs moeten worden geleverd ten aanzien van de aard, de omvang en de duur van de arbeidsongeschiktheid van de DGA.

Het nadeel van deze benadering is dat de vergoeding van deze claim in de vennootschap moet worden geboekt als 'omzet', zodat daarover uiteindelijk Vpb moet worden afgedragen. Indien de DGA vrijwillig afziet van loondoorbetaling heeft de besloten vennootschap uiteraard geen art. 6:107a BW vordering en wordt de besloten vennootschap evenmin geconfronteerd met een verhoogde Vpb heffing.

De DGA kan in dat geval zijn schade wegens aangetast arbeidsvermogen op netto basis van de aansprakelijke partij vorderen. Veelal leidt deze constructie tot een voor de verzekeraar lagere totaal schade. Zie daarvoor onder-

> staand rekenvoorbeeld uitgewerkt in tabel 2. Deze weg vereist wel medewerking van de DGA. Er moeten duidelijke afspraken worden gemaakt over de vergoeding van de, in privé sfeer geleden, schade.

In onderstaande tabel worden de hiervoor genoemde scenario's rekenkundig inzichtelijk gemaakt. In kolom "met ongeval 1" wordt er vanuit gegaan dat het DGA inkomen wordt doorbetaald en de BV regres pleegt op de aansprakelijke partij. Het netto doorbetaalde inkomen wordt vervolgens geboekt als bijzondere bate. De persoonlijke schade van De Vries is in dit voorbeeld lager. Door de betaalde regresvordering is de totale WA schadelast in dit voorbeeld € 23.801. In kolom "met ongeval 2" wordt er vanuit gegaan dat het DGA inkomen voor het ongevalgerelateerde deel arbeidsongeschiktheid (50%) niet wordt doorbetaald. Het DGA loon is hierdoor € 25.000 bruto in plaats van € 50.000 bruto. De persoonlijke schade van De Vries wordt hierdoor hoger. De BV heeft in dit geval vanzelfsprekend geen regresmogelijkheid. De totale WA schadelast is in dit voorbeeld € 17.503.

Tabel 2 laat zien dat niet doorbetalen van het DGA inkomen weliswaar leidt tot een hoger verlies van arbeidsvermogen (privéclaim) doch tot een lagere totale WA schade ten laste van de aansprakelijke partij.

Conclusie

Het is van belang zo snel mogelijk een goed beeld te krijgen van de onderneming, de rol van de ondernemer vóór zijn uitval en de gevolgen van zijn uitval. Beoordeeld zal moeten worden welke maatregelen er al zijn genomen om de schade te beperken (bijvoorbeeld vervangende arbeid) en welke maatregelen er nog kunnen worden genomen. Inschakeling van een arbeidsdeskundige kan in die gevallen worden overwogen.

Naar onze mening mag een aansprakelijke partij van het slachtoffer/ tevens DGA verlangen dat deze, met een beroep op zijn schadebeperkingsplicht meewerkt aan waardering van het verlies van arbeidsvermogen, met als uitgangspunt dat het ongevalgerelateerde netto loon niet wordt doorbetaald door de werkgever/BV. Dit omdat een DGA niet zonder meer is te zien als een werknemer. Dit leidt weliswaar tot een hoger netto verlies van arbeidsvermogen, doch tot een lagere totale WA schade. Vanzelfsprekend zullen hieromtrent tijdens het schaderegelingstraject goede afspraken moeten worden gemaakt. Afsluitend merken wij op dat waardering van verlies van

Tabel 2 (€)

Jaarcijfers BV	zonder ongeval	met ongeval 1	met ongeval 2
omzet	450.000	450.000	450.000
inkoop	250.000	250.000	250.000
werk derden	0	30.000	30.000
bruto resultaat	200.000	170.000	170.000
personeelskosten	90.000	90.000	90.000
loon DGA	50.000	50.000	25.000
overige bedrijfskosten	25.000	25.000	25.000
totale kosten	165.000	165.000	140.000
bijzondere baten (regres)		14.503	
resultaat	35.000	19.503	30.000
vennootschapsbelasting	7.000	3.900	6.000
netto bedrijfsresultaat	28.000	15.603	24.000
netto inkomen De Vries			
DGA loon	34.846	34.846	20.343
Dividend (min box 2 IB)	21.000	11.702	18.000
Totaal	55.846	46.548	38.343
persoonlijke schade DGA		9.298	17503
6: 107a BW vordering		14.503	0
WA schadelast		23.801	17.503

arbeidsvermogen van een ondernemer inzicht vereist in de rol van de ondernemer en het nodige maatwerk met zich meebrengt.

¹ Bron: belastingdienst.

² Bron: belastingdienst.

³ Bron: belastingdienst.

⁴ Het bruto loon van € 50.000 is met behulp van de kladblokfunctie van A-Letsel berekend op een netto loon van € 34.846.

⁵ Afgeleid van de aanname netto jaarloon = € 34.846. Dit jaarloon is gedeeld door 12,96.

⁶ € 14.503 is het verschil tussen het netto loon € 34.846 zonder uitval en netto loon € 20.343 met uitval.

⁷ Bron: M. van der Eijk, Van Dalen & Van der Eijk BV.

Zie ook <http://www.wetenwaarjeaantoebent.nl/web/show/id=253644/contentid=6402>.