

Afromen? Nee, dank u

Gebruikelijk loon kan niet volgens de afroommethode worden berekend als de vergelijkingsmethode kan worden toegepast. Dat is de strekking van een recent arrest van de Hoge Raad.

X bv (X) verleent diensten op pensioengebied. Enig aandeelhouder van X is A Ltd. A Ltd houdt naast de aandelen in X belangen van 30 tot 51 procent in vier andere (concern) vennootschappen. Fiscaal jurist F is enig aandeelhouder van A Ltd en tevens enig bestuurder en werknemer van X. Voordat hij in 2005 X opricht, werkt F als pensioenconsultant bij een verzekeraar. Het loon van F bedraagt over 2007 t/m 2010 circa 70.000 euro. De inspecteur corrigeert het loon van F op basis van de omzet, verminderd met de aan die omzet toe te rekenen kosten, lasten en afschrijvingen (de afroommethode). Dit leidt over de betreffende jaren tot bedragen van 90.000 euro tot 125.000 euro.

Volgens Hof Den Haag mocht de inspecteur voor de vaststelling van het loon van F de afroommethode gebruiken. Maar wat op grond van de wetsgeschiedenis niet juist is, aldus het hof, is de opvatting van de inspecteur dat hij het gebruikelijk loon in de jaren waarin de vennootschap een substantiële winst behaalt mag berekenen volgens de afroommethode en dat hij in de jaren waarin de vennootschap verlies lijdt of een bescheiden winst behaalt, het (hogere) daadwerkelijk aan F uitbetaalde loon mag hanteren. Dat leidt volgens het hof tot een onredelijke en willekeurige belastingheffing die de wetgever niet heeft beoogd en niet heeft voorzien.

Het loon van F moet worden gesteld op 70 procent van het loon ter zake van dienstbetrekkingen die soortgelijk zijn aan de dienstbetrekking tussen F en X, maar waarbij een aanmerkelijk belang geen rol speelt. Partijen zijn het erover eens dat het loon voor soortgelijke dienstbetrekkingen 120.000 euro bedraagt, dus moet het loon van F worden gesteld op 84.000 euro, zo concludeert het hof. De inspecteur heeft niet aannemelijk gemaakt dat F voor de overige concernvennootschappen meer heeft gedaan dan wat een aanmerkelijk belanghouder in zijn hoedanigheid van (middellijk) aandeelhouder normaliter doet voor de vennootschappen waarin hij een aanmerkelijk belang heeft. Dat is geen reden om het loon van F te verhogen.

Volgens de Hoge Raad volgt uit de wettekst, de toelichting daarop of de rechtspraak niet dat het gebruikelijk loon in het

geval als dat van X moet worden bepaald met behulp van de afroommethode. Uit artikel 12a lid 1 Wet LB volgt juist dat de wettelijke regeling op een vergelijkingsmethodiek is gebaseerd. Als dus een loon beschikbaar is van een werknemer met soortgelijke werkzaamheden als die van de directeur-grotaandeelhouder, is toepassing van de afroommethode niet aan de orde. Het hof

‘Een meest vergelijkbare dienstbetrekking bestaat altijd’

heeft terecht geconcludeerd dat het loon van F op 70 procent van het gebruikelijk loon voor soortgelijke dienstbetrekkingen moet worden gesteld.

Bron: *Hoge Raad 24 juni 2016, nr. 15/02880, ECLI:NL:HR:2016:1269*

▶ In 2015 is het begrip ‘soortgelijke dienstbetrekking’ in de gebruikelijkloonregeling vervangen door het begrip ‘meest vergelijkbare dienstbetrekking’. ‘Een soortgelijke dienstbetrekking kan ontbreken, maar een meest vergelijkbare dienstbetrekking bestaat altijd’, aldus de Memorie van Toelichting.¹ Daarmee lijken de dagen van de afroommethode geteld. De staatssecretaris is optimistischer: ‘Er kunnen verschillen blijven bestaan tussen de meest vergelijkbare dienstbetrekking en de dienstbetrekking van de directeur-grotaandeelhouder. Hoe groter deze verschillen zijn, hoe meer de afroommethode als alternatief in beeld komt om vast te stellen wat een gebruikelijk loon is’.² ◀

Noten:

1 Kamerstukken II 2014/15, 34 002, nr. 3, p. 13-14

2 Kamerstukken I 2014/2015, 34 002, G, p. 5