

Rolnr. 14/01023
Hof Amsterdam

LB art. 12a

LB: Geen cassatie in zaak over toepassing afroommethode

Toelichting staatssecretaris op afwijzing cassatievoorstel, nr. DGB 2016-397, n.a.v. Uitspraak Hof Amsterdam van 12 januari 2016, nr. 14/01023, ECLI:NL:GHAMS:2016:72

X BV is houdstermaatschappij. Zij is 100% aandeelhouder in Y BV. Alle aandelen in X zijn in handen van de heer A. Hij is ook de enige werknemer van X. Y is een juridisch adviesbureau en heeft geen werknemers in dienst. A verricht de juridische diensten en wordt daartoe door X aan Y ter beschikking gesteld. X brengt maandelijks € 8.000 bij Y aan managementfee in rekening. In 2012 bedroeg de omzet van Y € 198.052. A genoot in 2012 een brutoloon van € 62.503. De inspecteur heeft het loon over 2012 gecorrigeerd met € 46.500 (art. 12a Wet LB; gebruikelijkloonregeling). Voor de berekening van het gebruikelijke loon heeft de inspecteur de afroommethode toegepast en daarbij de omzet van Y als uitgangspunt genomen.

In geschil is of de inspecteur het loon van A terecht met toepassing van art. 12a Wet LB heeft gecorrigeerd.

Volgens het hof blijkt uit het arrest HR 17 september 2004, nr. 38 378, ECLI:NL:HR:2004:AN8666, BNB 2005/50 niet met zoveel woorden dat de afroommethode alleen dan aan de orde kan komen als de vergelijkingsmethode niet kan worden toegepast. Het hof oordeelt echter dat uit de formulering en strekking van art. 12a lid 1 van de Wet volgt dat allereerst gezocht moet worden naar het loon dat betaald zou worden door een werkgever voor vergelijkbare arbeid die wordt verricht door een werknemer die geen aanmerkelijkbelanghouder is. Pas indien dat loon niet gevonden wordt, komt de afroommethode in beeld. Steun voor dit oordeel vindt het hof ook in de parlementaire geschiedenis. In deze zaak doet zich niet een situatie voor waarin bij gebrek aan gegevens de vergelijkingsmethode niet kan worden toegepast en moet worden teruggevallen op de afroommethode. Bij toepassing van de vergelijkingsmethode is – naar de inspecteur ter zitting van het hof desgevraagd (nogmaals) heeft bevestigd – de ‘comparable’ in dezen de senior jurist met een salaris van € 82.181. Nu het loon van A hoger is dan het in art. 12a, lid 1, van de Wet gemelde bedrag van € 42.000 en voorts niet in belangrijke mate afwijkt van het salaris van de ‘comparable’, heeft de inspecteur het loon van A ten onrechte met toepassing van de gebruikelijkloonregeling gecorrigeerd.

De staatssecretaris ziet af van een beroepschrift in cassatie. Ter toelichting merkt hij het volgende op.

In deze zaak gaat het over de hoogte van het gebruikelijk loon. De achterliggende aandeelhouder is jurist en verricht werkzaamheden in een werkmaatschappij die op uurbasis worden doorberekend aan de klanten. De aandeelhouder is in dienstbetrekking bij de moedermaatschappij van de werkmaatschappij. Voor de werkzaamheden binnen de werkmaatschappij brengt de moedermaatschappij een managementfee in rekening. Naast de aandeelhouder zijn er geen andere werknemers. De werkzaamheden betreffen juridische diensten.

- De aandeelhouder heeft in 2012 een salaris van € 62.503 per jaar.
- De holding brengt € 8.000 managementfee per maand in rekening aan de werkmaatschappij.
- De werkmaatschappij heeft € 198.052 aan gewerkte uren in rekening

gebracht aan klanten.

- Tussen partijen is niet in geschil dat voor een soortgelijke dienstbetrekking (seniorjurist) waarbij een aanmerkelijk belang geen rol speelt een loon van € 82.181 gebruikelijk is.

De inspecteur heeft verdedigd dat voor deze "éénpitter" het gebruikelijk loon conform de afroommethode mag worden bepaald. Dat komt uit op een bedrag van 70% van 156.088 = € 109.261.

Het Hof oordeelt dat uit het arrest HR 17 september 2004, nr. 38 378, BNB 2005/50 afgeleid kan worden dat de afroommethode ook aan de orde kan komen als er geen echte comparable is. Het Hof meent echter dat wanneer er zowel een comparable is als een via de afroommethode berekend loon gelet op de tekst van de wet en de wetsgeschiedenis de echte comparable voorrang dient te krijgen. In dat geval is het loon van € 62.503 niet lager dan 70% van het gebruikelijke loon, want 70% van € 82.181 = € 57.526.

Dat het Hof voorrang geeft aan de ene methode boven de andere kan wellicht nog worden afgewezen. Maar in mijn opvatting is in ieder geval sprake van twee methoden die beide geschikt zijn om aan te tonen of het loon niet meer dan 30% lager dan gebruikelijk is vastgesteld. Als dan volgens een van die methoden het loon van belanghebbende niet te laag is, is er geen ruimte voor een correctie op basis van de tekst van de wet. Wel kan de uitkomst van de afroommethode een vermoeden opleveren dat geen sprake is van een echte comparable. Nu de inspecteur dat niet heeft gesteld, kan dit in deze fase niet meer aan de orde komen. Ik heb dan ook besloten om geen beroep in cassatie in te stellen tegen deze uitspraak.

Hoogachtend,

DE STAATSSECRETARIS VAN FINANCIËN,
namens deze,
DE DIRECTEUR-GENERAAL BELASTINGDIENST,
loco

mr. J. de Blicck