

Masterscriptie Fiscaal Recht
Universiteit van Tilburg
Faculteit van Tilburg
Departement Fiscaal Recht

De gebruikelijkloonregeling

Afschaffen, aftoppen of versoepelen?

Naam:	Jard de Langen
ANR:	S863045

Examencommissie:	Mr. De Wijkerslooth-Lhoëst
------------------	----------------------------

Inhoudsopgave

Lijst van afkortingen	5
Hoofdstuk 1. <u>Inleiding</u>	
Paragraaf 1	
1.1. Aanleiding	6
1.2. Probleemstelling	7
1.3. Afbakening	7
1.4. Opzet	8
Hoofdstuk 2. <u>Het ontstaan van de gebruikelijkloonregeling</u>	
Paragraaf 1	
2.1.1. De loonbelasting	9
2.1.2. Geschiedenis van de totstandkoming van de gebruikelijkloon- regeling	9
2.1.3. Inkomsten van de aanmerkelijkbelanghouder	12
2.1.4. Uitstel en geen betaling van belasting	14
Paragraaf 2	
2.2.1. Afzien van salaris	15
2.2.2. Samenloopregeling in de vermogensbelasting	17
2.2.3. Inkomensafhankelijke regelingen	18
2.2.4. Premieheffing volksverzekeringen	19
Paragraaf 3	
2.3. Tussenconclusie na hoofdstuk 1	20
Hoofdstuk 3. <u>De inhoud van de gebruikelijkloonregeling</u>	
Paragraaf 1	
3.1. Inleiding	22
Paragraaf 2	
3.2.1. Iemand die arbeid verricht	22
3.2.2. Aanmerkelijk belang	22
3.2.3. Het ter beschikking stellen van vermogen	24
Paragraaf 3	
3.3.1. Het loonbegrip	25
3.3.2. De norm van het loon	26
3.3.3. De hoogte van het gebruikelijk loon	26
3.3.4. Lager loon dan de norm	27
3.3.5. Hoger loon dan de norm	28
3.3.6. Bewijslast	30

Paragraaf 4	
3.4.1. Per lichaam	30
3.4.2. Samenvoeging doorbetaaldloonregeling en de gebruikelijk-loonregeling	31
Paragraaf 5	
3.5. Internationale verbanden	31
Paragraaf 6	
3.6. Tussenconclusie na hoofdstuk 3	33
Hoofdstuk 4. <u>Wat te doen met de huidige gebruikelijkloonregeling?</u>	
Paragraaf 1	
4.1. Inleiding	35
Paragraaf 2	
4.2.1. Het aftoppen van de gebruikelijkloonregeling	35
4.2.2. Argumenten voor aftopping	36
4.2.3. Argumenten tegen aftopping	37
4.2.4. Welke argumenten zijn het sterkst?	38
4.2.5. Schematisch overzicht	40
Paragraaf 3	
4.3.1. Het afschaffen van de gebruikelijkloonregeling	40
4.3.2. Argumenten voor afschaffing	40
4.3.3. Argumenten tegen afschaffing	41
4.3.4. Welke argumenten zijn het sterkst?	42
4.3.5. Schematisch overzicht	45
Paragraaf 4	
4.4.1. Het versoepelen van de gebruikelijkloonregeling	46
4.4.2. Argumenten voor het stellen van het gebruikelijk loon op nul in geval van een verliessituatie	46
4.4.3. Argumenten tegen het stellen van het gebruikelijk loon op nul in geval van een verliessituatie	47
4.4.4. Welke argumenten zijn het sterkst?	48
4.4.5. Schematisch overzicht	51
4.4.6. Argumenten voor de invoering van een ‘vrijstelling arbeidsloon dga’	51
4.4.7. Argumenten tegen de invoering van een ‘vrijstelling arbeidsloon dga’	52
4.4.8. Welke argumenten zijn het sterkst?	53
4.4.9. Schematisch overzicht	55
Paragraaf 5	
4.5. Tussenconclusie na hoofdstuk 4	55

Hoofdstuk 5. Conclusie

Paragraaf 1

5.1. Probleemstelling	58
-----------------------	----

Paragraaf 2

5.2.1. Dient de huidige gebruikelijkloonregeling te worden afgeschaft?	58
5.2.2. Dient de huidige gebruikelijkloonregeling te worden afgetopt?	59
5.2.3. Dient de huidige gebruikelijkloonregeling zo te worden aangepast dat er in geval van een verliessituatie het gebruikelijk loon op nul dient te worden gesteld?	59
5.2.3. Dient de huidige gebruikelijkloonregeling aangevuld te worden met een ‘vrijstelling arbeidsloon dga’?	60

Paragraaf 3

5.3. Slotconclusie	61
--------------------	----

Literatuurlijst	62
Stukken van de Tweede Kamer der Staten-Generaal	65
Besluiten	66
Jurisprudentielijst	67

Lijst van afkortingen

AB-werknemer	aanmerkelijk belang werknemer
Art.	artikel
Awir	Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen
BV	besloten vennootschap
dga	directeur-groootaandeelhouder
EG-verdrag	Europese Gemeenschapsverdrag
EVRM	Europees verdrag voor de rechten van de mens
HR	Hoge Raad
IB-ondernemer	ondernemer voor de inkomstenbelasting
MKB-winstvrijstelling	winstvrijstelling voor het midden- en kleinbedrijf
MvT	memorie van toelichting
NSV	Nederlands Standaard Verdrag
NV	naamloze vennootschap
PVV	premie volksverzekeringen
UB	uitvoeringsbesluit
WAZ	Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen
Wfsv	Wet financiering sociale verzekeringen
Wet IB	Wet op de inkomstenbelasting
Wet LB	Wet op de loonbelasting
Wet RO	Wet op de rechterlijke organisatie
Wet VB	Wet op de vermogensbelasting
Wet VPB	Wet op de vennootschapsbelasting

Hoofdstuk 1

Inleiding

Paragraaf 1

1.1. Aanleiding

De gebruikelijkloonregeling is in 1997 in de Wet LB 1964 ingevoerd. Kort gezegd is in artikel 12a van deze wet opgenomen dat de werknemer die arbeid verricht ten behoeve van een lichaam waarin hij of zijn partner een aanmerkelijk belang heeft, in principe een loon dient te genieten van dat lichaam van ten minste € 42.000. Sinds de invoering van de gebruikelijkloonregeling is er al veel geschreven en gediscussieerd over deze regeling. In de afgelopen jaren is er bij elke wetswijziging rondom de gebruikelijkloonregeling discussie ontstaan. Zo werd tijdens de recente parlementaire behandelingen van de Wet werken aan winst¹, de Notitie Fiscale positie directeur-grotaandeelhouder² en de Overige fiscale maatregelen 2011³ de vraag gesteld waarom de gebruikelijkloonregeling niet afgeschaft of aangepast kon worden. Tot op heden is de gebruikelijkloonregeling dus telkens punt van discussie geweest in de parlementaire geschiedenis, maar tot nu toe is de gebruikelijkloonregeling - op een paar aanpassingen na - telkenmale in stand gehouden.

Ook is er tot op heden redelijk wat jurisprudentie omtrent de gebruikelijkloonregeling geweest. Aan deze lijst met jurisprudentie is op 14 oktober 2011 wederom een arrest toegevoegd. In dit arrest⁴ heeft de Hoge Raad op grond van art. 81 Wet RO de onderliggende hofuitspraak zonder motivering bevestigd. De onderliggende hofuitspraak⁵ kan als volgt worden samengevat: X BV is een houdstermaatschappij. Haar aandeelhouder is de heer A, die in algemene gemeenschap van goederen is gehuwd met mevrouw B. Eind 2002 worden de salarissen van A en B fors verhoogd. Als de inspecteur dit medio 2005 gewaar wordt, legt hij over 2001 een IB/PVV-naheffingsaanslag met verzuimboete van 10% aan X BV op. Rechtbank Haarlem oordeelt dat de inspecteur niet aannemelijk heeft gemaakt dat het gebruikelijk loon hoger is dan het aan A toegekende salaris ad € 45.638. X BV maakt niet aannemelijk dat het salaris van B ad € 26.128 gebruikelijk is. Haar salaris wordt dus verhoogd tot de WAZ-norm van € 38.118. De inspecteur gaat in hoger beroep en X BV tekent incidenteel hoger beroep aan. Hof Amsterdam oordeelt dat de inspecteur niet een ambtelijk verzuim heeft begaan door geen nadere onderzoeken in te stellen naar de IB/PVV-aangifte van A over 2001 en de VPB-aangifte over dat jaar van X BV. Het is voorts aannemelijk geworden dat het gebruikelijk loon van A in 2001 op € 120.000 moet worden gesteld. Dit ligt namelijk beter in de lijn met de aan hem in 2002, 2003 en 2004 uitbetaalde salarissen van respectievelijk € 160.000, € 159.387 en € 175.819.

Uit dit arrest komt naar voren dat de loonsverhoging uit 2002 fiscaal terugwerkende kracht heeft gekregen naar het eerdere jaar 2001.

¹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 19.

² *Kamerstukken II* 2008/09, 31 705, nr. 19, p. 8-10.

³ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 505, nr. 6, p. 26.

⁴ HR 14 oktober 2011, nr. 10/01880

⁵ Hof Amsterdam 22 april 2010, nr. 08/00999.

In verschillende literatuur, waar ik in deze scriptie uitgebreid aandacht aan zal besteden, is betoogd dat doel en strekking ten tijde van de invoering van de gebruikelijkloonregeling niet meer van deze tijd is. De auteurs geven aan dat de gebruikelijkloonregeling in principe geen basis meer heeft om deze regeling tegenwoordig nog toe te passen. De auteurs vinden dan ook dat de gebruikelijkloonregeling aangepast dan wel afgeschaft dient te worden.

Naar aanleiding van het recente bovenstaand arrest - welke direct mijn aandacht trok - en de parlementaire behandelingen omtrent de vraag of de gebruikelijkloonregeling nog wel enig nut dient ben ik in deze scriptie uit gaan zoeken hoe het heden ten dage gesteld is met de gebruikelijkloonregeling.

1.2. Probleemstelling

In deze scriptie onderzoek ik hoe het heden ten dage met de gebruikelijkloonregeling is gesteld. Van belang hierbij zijn de veranderingen die de gebruikelijkloonregeling inhoudelijk heeft doorgemaakt. Ook de veranderingen in doel en strekking - neergezet door de wetgever - zijn hierbij van belang. Gezien bovenstaande luidt de probleemstelling in deze scriptie als volgt:

‘Verhoudt de huidige gebruikelijkloonregeling zich nog met doel en strekking van de gebruikelijkloonregeling of zijn er steekhoudende argumenten om de gebruikelijkloonregeling af te schaffen, af te toppen of te versoepelen?’

Via de volgende deelvragen wordt de probleemstelling onderzocht:

- Hoe is de gebruikelijkloonregeling tot stand gekomen: wat is de geschiedenis van de totstandkoming van de gebruikelijkloonregeling en wat zijn de redenen tot invoering van de gebruikelijkloonregeling, mede benoemd in doel en strekking?
- Hoe werkt de gebruikelijkloonregeling: voor wie geldt de gebruikelijkloonregeling en wat zijn de gevolgen van de gebruikelijkloonregeling voor hen?
- Status van de huidige gebruikelijkloonregeling: dient de gebruikelijkloonregeling te worden afgeschaft, afgetopt of te worden versoepeld?

1.3. Afbakening

In deze scriptie onderzoek ik specifiek de bestaande gebruikelijkloonregeling van artikel 12a Wet LB 1964. Ik ga bij de uitwerking van de gebruikelijkloonregeling met name uit van de wettekst van art. 12a Wet LB 1964. De uitwerking van deze wettekst zal volledig behandeld worden. Regelingen rondom de gebruikelijkloonregeling zullen niet allemaal behandeld worden. Ik zal bijvoorbeeld niet ingaan op de gebruikelijkloonregeling in samenhang met pensioen of de levensloopregeling. Ook andere onderwerpen die in combinatie met de gebruikelijkloonregeling in verband kunnen worden gebracht zullen niet allemaal voor komen in deze scriptie. Dit is niet relevant voor mijn scriptie, aangezien deze scriptie met name ingaat op doel en strekking van de gebruikelijkloonregeling en de eventuele aanpassingen van de huidige gebruikelijkloonregeling.

1.4. Opzet

Het onderzoek is als volgt opgebouwd. In hoofdstuk 2 wordt ingegaan op de geschiedenis en de totstandkoming van de gebruikelijkloonregeling. Hier ga ik in op de verschillende redenen voor de invoering van de gebruikelijkloonregeling en doel en strekking van de gebruikelijkloonregeling. In hoofdstuk 3 behandel ik de inhoud en de werking van de gebruikelijkloonregeling. Behandeld wordt voor wie de gebruikelijkloonregeling geldt en hoe de gebruikelijkloonregeling voor diegenen uitwerken. In hoofdstuk 4 zal ik mijn probleemstelling van deze scriptie beantwoorden. Als eerste zal ik de vraag beantwoorden of de huidige gebruikelijkloonregeling nog overeenkomt met doel en strekking van de gebruikelijkloonregeling of dat de gebruikelijkloonregeling afgeschaft dient te worden. Vervolgens beantwoord ik de vraag - wanneer deze naar mijn mening niet afgeschaft dient te worden - of er steekhoudende argumenten bestaan om de gebruikelijkloonregeling af te toppen of te versoepelen. In hoofdstuk 5 zal ik in de conclusie een samenvatting geven van mijn scriptie.

Hoofdstuk 2

Het ontstaan van de gebruikelijkloonregeling

Paragraaf 1

De gebruikelijkloonregeling is opgenomen in de Wet op de loonbelasting 1964. Alvorens de geschiedenis van de totstandkoming van de gebruikelijkloonregeling en de redenen tot invoering van deze regeling uiteen te zetten zal ik eerst een beknopte inleiding geven van de loonbelasting.

2.1.1. Loonbelasting

Tijdens de invoering van de gebruikelijkloonregeling was - en tot op heden nog steeds is - de Wet LB 1964 van toepassing. De loonbelasting is zeer nauw verbonden met de inkomstenbelasting. Oorspronkelijk was het de bedoeling dat de Wet LB zo veel mogelijk een definitieve heffing over het loon van werknemers was die een aanslag inkomstenbelasting zou moeten voorkomen. Als de aanslag inkomstenbelasting niet te vermijden was, moest de loonbelasting een voorheffing op de inkomstenbelasting zijn, waarbij het eventueel op aanslag bij te betalen bedrag zo beperkt mogelijk moest blijven.⁶ Dit geldt ook voor de aanmerkelijkbelanghouder van een vennootschap, waarvoor de gebruikelijkloonregeling geldt. De loonbelasting is dus een voorheffing op de inkomstenbelasting. De gebruikelijkloonregeling is per 1 januari 1997 opgenomen in de Wet LB 1964.

2.1.2. Geschiedenis van de totstandkoming van de gebruikelijkloonregeling

De discussie omtrent de invoering van een gebruikelijkloonregeling kwam op gang vóór de uitspraken in de kostenarresten⁷ in het jaar 1986. Deze discussie kwam namelijk op gang in het jaar 1978, na de uitspraak van de Hoge Raad in het Zweedse Grootmoederarrest.⁸ De discussie na de uitspraak van de Hoge Raad in het Zweedse Grootmoederarrest bespreek ik aan de hand van de noot⁹ van de heer Den Boer bij een van de kostenarresten, BNB 1986/297. In zijn noot wordt besproken dat belastingheffing ingewikkeld pleegt te worden wanneer onderdelen van een (rechts)persoon afzonderlijk moeten worden belast of wanneer er meer dan een (rechts)persoon in gelieerd verband optreden. Dit doet zich voor zoals in dit arrest -welke hierna besproken wordt - bij een vennootschap en met haar particuliere aandeelhouder. Daarnaast doet zich het probleem voor dat de aandeelhouder ook in andere kwaliteiten, zoals werknemer of geldschieter van zijn vennootschap, kan optreden en daarom, naast dividend ook loon kan ontvangen. Er kunnen dan twee uitgangspunten met elkaar strijden, namelijk enerzijds het streven om zoveel mogelijk rekening te houden met de waarneembare juridische en feitelijke realiteit en anderzijds om de belastingheffing zo toe te passen als zonder de gelieerdheid het geval zou zijn geweest. Er is een groot aantal arresten waarbij

⁶ Van Westen 2009, p. 29.

⁷ HR 8 juli 1986, BNB 1986/294-297.

⁸ HR 31 mei 1978, BNB 1978/252.

⁹ HR 8 juli 1986, BNB 1986/297.

aan de realiteit de voorrang wordt gegeven, zoals bijvoorbeeld BNB 1955/223¹⁰ en BNB 1959/386.¹¹ Tegenover deze arresten kunnen andere worden gesteld, waarin de HR wel afwijkingen van de feitelijke en juridische gegeven situatie toepast. Voorbeelden hiervan zijn bijvoorbeeld BNB 1962/130¹² en BNB 1954/22.¹³

In het Zweedse Grootmoederarrest¹⁴ werd door de Hoge Raad aanvaard dat een fictieve geldstroom mogelijk is. De door de kleindochtervennootschap niet verschuldigde rente werd toch als betaald aangemerkt en ongetwijfeld, wanneer er sprake van een Nederlandse grootmoedervernootschap was geweest, bij deze belastbaar verklaard. Hierdoor ontstond de vraag hoe dit zou zijn bij een Nederlandse vennootschap met een Nederlandse aandeelhouder. In theorie konden hier nu ten minste vier verschillende oplossingen worden bedacht, namelijk:

1. belastbaar voor de IB, en aftrekbaar voor de vpb, met boeking als kapitaal;
2. niet belastbaar voor de IB, en niet aftrekbaar voor de vpb, waarbij de kapitaalstortingvraag niet aan de orde komt;
3. niet belastbaar voor de IB, doch wel aftrekbaar voor de vpb, met boeking als kapitaal bij de vennootschap;
4. niet belastbaar voor de IB, doch wel aftrekbaar voor de vpb, met behandeling als kapitaal zowel bij de vennootschap als bij de aandeelhouder.

In zijn conclusie bij BNB 1978/252¹⁵ opperde Advocaat-Generaal Van Soest de derde mogelijkheid, waarbij hij de kwestie van het ‘gestorte kapitaal’ voor de inkomstenbelasting in het midden liet; deze oplossing werd ook voorgesteld door Advocaat-Generaal Moltmaker in zijn conclusies bij de onderwerpelijke arresten. De literatuur was verdeeld, doch enkele gezaghebbende schrijvers gaven de voorkeur aan de tweede oplossing, waarbij zij onderscheid maakten of de aandeelhouder de aandelen als bestanddeel van een onderneming hield of niet. Zo reeds op voorzichtige wijze Hofstra in zijn annotatie schreef bij BNB 1978/252¹⁶: “Een andere vraag is echter of hetzelfde voor de inkomstenbelasting moet gelden, met name indien de aandeelhouder een natuurlijk persoon is die de aandelen en de vordering anders dan als deel van zijn ondernemingsvermogen houdt respectievelijk heeft verstrekt. Aangezien hij niet kan worden belast voor de rente die hij niet heeft ontvangen, heeft hij, van zijn kant gezien, fiscaalrechtelijk ook geen nieuw kapitaal ingebracht.” Voorts ook Stoffer¹⁷, waar hij schrijft: “Voorshands vind ik de oplossing van AG Van Soest bij BNB 1978/252 - hij concludeert tot onbelastbaarheid bij aandeelhouder en BV - niet aantrekkelijk en zou te dezen (dus in verhouding particuliere aandeelhouder/vennootschap) meer voelen voor toepassing van de andere, voor de IB gewezen, arresten BNB 1958/116 en BNB 1959/51 hetgeen zou leiden tot belastingheffing bij de BV.”

De HR heeft in 1986 beslist in overeenstemming met de zienswijze van de

¹⁰ HR 4 mei 1955, *BNB* 1955/223.

¹¹ HR 18 november 1956, *BNB* 1959/386.

¹² HR 13 maart 1962, *BNB* 1962/130.

¹³ HR 2 december 1953, *BNB* 1954/22.

¹⁴ HR 31 mei 1978, *BNB* 1978/252.

¹⁵ HR 31 mei 1978, *BNB* 1978/252.

¹⁶ HR 31 mei 1978, *BNB* 1978/252.

¹⁷ Stoffer 1983.

laatstgenoemde schrijvers. In het arrest van 8 juli 1986 - één van de kostenarresten - ging het om een directeur (tevens aandeelhouder), die zonder beloning arbeid verrichtte voor zijn onderneming. De waarde van zijn arbeid behoorde dus niet tot zijn inkomen. De directeur heeft in 1980, toen hij zijn onderneming inbracht in een besloten vennootschap, in de akte van inbreng verklaard geen salaris te hebben bedongen of te zullen bedingen voor de door hem in 1978 en 1979 verrichte werkzaamheden. De waarde van zijn arbeid in die jaren kon worden geschat op f 150.000. De inspecteur heeft dat bedrag alsnog betrokken in het inkomen van de directeur over 1979. De Hoge Raad stelde in middel 4.1. de inspecteur in het ongelijk, omdat uit de in dat onderdeel bedoelde feiten geenszins onomstotelijk volgt dat belanghebbende op enig tijdstip in 1979 op de wijze als omschreven in artikel 33, lid 1, letter a of b, van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 een beloning als directeur van X BV heeft genoten. Dit laatste kan met name niet volgen uit een in 1979 door belanghebbende genomen besluit om af te zien van een vergoeding voor zijn werkzaamheden als directeur en om het hieruit voortvloeiende voordeel, bij de berekening van de winst van de vennootschap over 1979, in aanmerking te nemen door het als ‘informele kapitaalinbreng’ te bestempelen.¹⁸

In dit arrest en in de overige kostenarresten uit 1986 doet de Hoge Raad een beroep op een redelijke wetstoepassing en verwijst daarbij naar de onderlinge samenhang tussen de inkomsten- en de vennootschapsbelasting. De Hoge Raad oordeelt in deze kostenarresten dat er voor de aandeelhouder/particulier bij het afzien van loon, rente of huur geen genietingsmoment ex art. 33 Wet IB 1964 is aan te wijzen. Gezien de hiervoor vermelde onderlinge samenhang en het ontbreken van een correctie in de inkomstenbelastingsfeer, acht de Hoge Raad het in een dergelijke situatie niet opportuun een aftrekpost in de vennootschapsbelastingsfeer te accepteren.¹⁹

Met andere woorden volgt dus uit dit arrest dat het bedrag, waarvan de directeur en tevens aandeelhouder afzag, niet belast kon worden op grond van art. 33 Wet IB 1964. De directeur zag als het ware af van zijn salaris. In plaats van salaris te genieten van zijn vennootschap, deed de directeur een informele kapitaalstorting in zijn vennootschap. In dit arrest ging het dus om de handelswijze tussen de directeur en zijn vennootschap. Volgens de Hoge Raad was heffing over niet genoten salaris niet toegestaan. Een redelijke belastingheffing brengt dan met zich mee dat de winst van de vennootschap evenmin gecorrigeerd kan worden. Na deze arresten was het dus voor een aanmerkelijkbelanghouder ‘toegestaan’ om af te zien van zijn salaris, zonder dat daar belastingheffing tegenover stond. In het jaar 1993 hebben Vreugdenhil²⁰ en Vermeend²¹ een wetsvoorstel tot wijziging van een aantal belastingwetten in het belang van de werkgelegenheid²² ingediend. In dit wetsvoorstel is ook een voorstel opgenomen tot invoering van een gebruikelijkloonregeling. In het advies van de Raad van State omtrent de invoering van een gebruikelijkloonregeling gaf de Raad echter aan dat de invoering van een gebruikelijkloonregeling de uitleg van de Hoge Raad doorbreekt en hiervoor een

¹⁸ HR 8 juli 1986, *BNB* 1986/297.

¹⁹ Meussen 1997, par. 1.

²⁰ De heer Vreugdenhil was in de periode 1986-1994 Tweede Kamerlid voor het CDA.

²¹ De heer Vermeend was in de periode 1984-1994 Tweede Kamerlid voor de PvdA.

²² *Kamerstukken II* 1993/94, 23 071.

brede motivering voor het ter zijde stellen van deze rechtspraak behoeft.²³ In de reactie reageerden Vermeend en Vreugdenhil op het advies van de Raad van State als volgt: “Wij zijn van oordeel dat de jurisprudentie op dit punt volstrekt juist is en hebben niet de behoefte deze rechtspraak te doorbreken. Wij zijn van oordeel dat het niet uitkeren van een salaris, wanneer daartoe wel de mogelijkheid aanwezig is, maarschappelijk ongewenst is en stellen daarom een wetswijziging voor. Dit hoeft echter niet zo ver te gaan dat alle voordelen die hun oorzaak vinden in vennootschappelijke betrekkingen tot correcties van de fiscale winst aanleiding moeten geven.”²⁴

Na de reactie van Vermeend en Vreugdenhil is hun voorstel op het punt van de gebruikelijkloonregeling ingetrokken en is dat voorstel aldus geen punt van beraad geweest.²⁵

Uiteindelijk is de gebruikelijkloonregeling in 1997 toch in de wet gekomen na het wetsvoorstel inzake de herziening regime inzake winst uit aanmerkelijk belang²⁶. In eerste instantie was in het wetsvoorstel geen voorstel gedaan tot de invoering van een gebruikelijkloonregeling. De Raad van State adviseerde echter in zijn advies over het wetsvoorstel over het alsnog invoeren van een dergelijke regeling. Uit het advies van de Raad van State blijkt dat de Raad in het bijzonder wijst op de situatie waarin de directeur-grootaandeelhouder afziet van salaris en de voor die situaties gewezen jurisprudentie. De Raad acht het gewenst hier nadere maatregelen voor te treffen, indien de aandeelhouder aan de vennootschap baten doet opkomen die in zakelijke verhoudingen aan zichzelf zouden toevallen. In dit verband wijst de Raad er op dat de resultaten van vergelijkend onderzoek naar de beloning van directeuren over een breed scala van ondernemingen beschikbaar zijn, zodat ook uitvoeringsproblemen de vaststelling van een zakelijk te achten salaris voor een directeur-grootaandeelhouder niet in de weg behoeven te staan.²⁷ Dit advies van de Raad is uiteindelijk overgenomen door de toenmalige staatssecretaris. De staatssecretaris gaf aan dat de opmerkingen van de Raad voor hem aanleiding zijn geweest om in het wetsvoorstel een bepaling in de Wet LB 1964 op te nemen voor met name gevallen waarin door een directeur-grootaandeelhouder wordt afgezien van salaris of door hem in relatie tot de door hem verrichte werkzaamheden een salaris wordt genoten dat in meer dan belangrijke mate afwijkt van een zakelijk te achten salaris. In dergelijke gevallen kan voor de heffing van loon- en inkomstenbelasting een salarisvergoeding in aanmerking worden genomen die niet in belangrijke mate afwijkt van een zakelijk te achten salaris.²⁸

2.1.3. Inkomsten van de aanmerkelijkbelanghouder

In de parlementaire geschiedenis van de herziening regime inzake winst uit aanmerkelijk belang zijn de redenen tot invoering van de gebruikelijkloonregeling aangegeven en gemotiveerd. De redenen tot invoering van de

²³ *Kamerstukken II 1993/94, 23 071, A, p. 15.*

²⁴ *Kamerstukken II 1993/94, 23 071, A, p. 15.*

²⁵ *Kamerstukken II 1995/96, 24 761, B, p. 10.*

²⁶ *Kamerstukken II 1995/96, 24 761.*

²⁷ *Kamerstukken II 1995/96, 24 761, nr. B, p. 11.*

²⁸ *Kamerstukken II 1995/96, 24761, nr. B, p. 11.*

gebruikelijkloonregeling zal ik in de volgende paragraaf uiteenzetten. Alvorens de redenen te behandelen zal ik eerst ingaan op de vraag hoe de aanmerkelijkbelanghouder aan liquide middelen kan komen via zijn vennootschap. De gebruikelijkloonregeling is namelijk mede ingevoerd, omdat de aanmerkelijkbelanghouder afziet van zijn salaris. In deze paragraaf laat ik zien dat de aanmerkelijkbelanghouder niet afhankelijk hoeft te zijn van zijn salaris en daarom juist van zijn salaris af kan zien om toch aan voldoende liquide middelen te komen.

Veruit de meeste mensen zijn in loondienst bij een onderneming waarin zij geen belang hebben. Deze werknemers verkrijgen liquide middelen via het loon dat ze krijgen in ruil voor arbeid van hun werkgever. Deze werknemers krijgen alleen liquide middelen via dat loon, waarmee zij uitgaven kunnen doen voor hun algemene levensonderhoud.

De aanmerkelijkbelanghouder heeft echter meerdere manieren om liquide middelen te verwerven. Deze middelen kunnen gegenereerd worden uit de vennootschap van de aanmerkelijkbelanghouder. Via deze verschillende manieren kan hij ‘spelen’ met zijn eigen inkomen / liquide middelen. Door dit spelen met zijn inkomen / liquide middelen kan de aanmerkelijkbelanghouder belasting besparen. De aanmerkelijkbelanghouder is dus niet afhankelijk van zijn salaris voor het verwerven van liquide middelen.

Ten eerste kan de aanmerkelijkbelanghouder net als een ‘normale’ werknemer loon genieten van zijn werkgever, namelijk zijn eigen vennootschap. Ten tweede kan de aanmerkelijkbelanghouder besluiten om via zijn eigen vennootschap over te gaan tot het verstrekken van een geldlening. Hoe groter het belang van de aanmerkelijkbelanghouder, des te meer zeggenschap heeft de aanmerkelijkbelanghouder binnen zijn vennootschap om een lening aan zichzelf te kunnen verstrekken. Kenmerkend aan het verstrekken van een geldlening is dat ten eerste de aanmerkelijkbelanghouder en de vennootschap afspraken maken over het tijdstip waarop terugbetaling van de verstrekte geldlening zal plaatsvinden en ten tweede dat door de aanmerkelijkbelanghouder via zijn eigen vennootschap een rentevergoeding wordt bedongen voor de verstrekte geldlening.²⁹ De aanmerkelijkbelanghouder kan via zijn vennootschap dus een lening verstrekken aan zichzelf. De benodigde handtekeningen onder de leningovereenkomst worden gezet door de aanmerkelijkbelanghouder. Dit in tegenstelling tot een leningovereenkomst met een derde partij. Ten derde kan de aanmerkelijkbelanghouder vanuit zijn vennootschap dividend laten uitkeren. Een dividenduitkering is een voordeel uit de aandelen die de aanmerkelijkbelanghouder houdt in zijn vennootschap. Volgens de klassieke definitie van de Hoge Raad³⁰ is sprake van een voordeel uit aandelen (en dus van een dividend) ingeval een vermogensverschuiving plaatsvindt naar de aandeelhouder, die wordt gedekt door in het lichaam aanwezige winst.³¹ Ten vierde kan de aanmerkelijkbelanghouder ook via een rekening-courantverhouding tussen hem en zijn vennootschap aan liquide middelen komen. Een rekening-courantverhouding staat bijna gelijk aan de lening.

²⁹ Rapport Commissie Terbeschikkingstellingsregeling 2005, p. 54.

³⁰ HR 18 januari 1959, *BNB* 1959/124.

³¹ Sillivis & Van Kempen 2010, p. 762.

De aanmerkelijkbelanghouder kan het bedrag wat hij anders als salaris zou ontvangen (en eventueel te ontvangen huur en rente) verwerken in een rekening-courant met zijn vennootschap. Als de aanmerkelijkbelanghouder geld nodig heeft, neemt hij geld op bij zijn vennootschap. Een dergelijke opname wordt dan eveneens verwerkt in rekening-courant. Omdat stortingen en opnames in rekening-courant elkaar niet steeds zullen opvolgen en de hoogtes daarvan evenmin aan elkaar gelijk zullen zijn, kan het gebeuren dat de rekening-courant gedurende de loop van het jaar afwisselende debet- en creditstanden laat zien.³² De aanmerkelijkbelanghouder kan via de vier genoemde manieren aan liquide middelen komen via zijn eigen vennootschap. De aanmerkelijkbelanghouder is dus niet - zoals een werknemer dat wel is - afhankelijk van het salaris dat hij krijgt van zijn vennootschap. Doordat de aanmerkelijkbelanghouder niet afhankelijk is van zijn salaris om aan voldoende liquide middelen te komen waren er daardoor constructies mogelijk om minder belasting af te hoeven dragen.

2.1.4. Uitstel en geen betaling van belasting

In de memorie van toelichting van de herziening regime inzake aanmerkelijk belang³³ is als motivering voor de invoering van de gebruikelijkloonregeling in 1997 alleen het tegengaan van uitstel en geen betaling van belasting als reden genoemd. De wetgever verwoordde dit in de memorie van toelichting als volgt: “De aanmerkelijkbelanghouder heeft een ruime mate van vrijheid om de hoogte van het door hem genoten inkomen te bepalen ingeval hij meerdere relaties met de vennootschap heeft. ...Deze vrijheid leidt er toe, dat de aanmerkelijkbelanghouders onder het bestaande wettelijke systeem de neiging hebben om in bepaalde situaties af te zien van inkomsten louter met het oog op het ontgaan van belastingheffing. ...Door af te zien van bepaalde inkomsten wordt dit belastbare inkomen verminderd en zal er eveneens minder vermogensbelasting verschuldigd zijn.”³⁴

In de memorie van toelichting wordt als reden dus alleen gegeven het tegengaan van uitstel en geen betaling van belasting. Pas in een later stadium zijn aan doel en strekking nog andere redenen toegevoegd inzake de gebruikelijkloonregeling. In zijn brief van 21 januari 1998³⁵ verwoordt de staatssecretaris de strekking van de gebruikelijkloonregeling als volgt: “De hoofddoelstelling van de gebruikelijkloonregeling is te voorkomen dat de zogenoemde ab-werknemers door middel van het geheel of gedeeltelijk afzien van een gebruikelijk loon de heffing van inkomsten- en vermogensbelasting ontgaan of onbedoelde voordelen behalen in de sfeer van de sociale zekerheid en (andere) inkomensafhankelijke voorzieningen.”

Deze reden heeft de Staatssecretaris vervolgens nog verwoord in zijn besluit van 22 mei 2001³⁶: “De gebruikelijkloonregeling strekt ertoe te voorkomen dat ab-werknemers door middel van het geheel of gedeeltelijk afzien van een gebruikelijk loon de heffing van inkomsten- en vermogensbelasting ontgaan of onbedoelde

³² Rapport Commissie Terbeschikkingstellingsregeling 2005, p. 55.

³³ *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 761, nr. 3, p. 33-34.

³⁴ *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 761, nr. 3, p. 33-34.

³⁵ Brief Staatssecretaris van Financien van 21 januari 1998, nr. DB97/2769U.

³⁶ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 22 mei 2001, nr. CPP2001/3172M.

voordelen behalen in de sfeer van de sociale zekerheid en (andere) inkomensafhankelijke voorzieningen. Met een gebruikelijk loon wordt bedoeld een loon dat gelet op de opleiding van de werknemer, de aard en omvang van de werkzaamheden en andere voor de arbeidsmarkt relevante feiten en omstandigheden in het economisch verkeer tussen onafhankelijke partijen overeen pleegt te worden.”

Paragraaf 2

2.2.1. Afzien van salaris

Indien je directeur bent van je eigen vennootschap, kun je de hoogte van je eigen salaris zelf vaststellen. Aanmerkelijkbelanghouders kunnen ieder jaar kiezen of zij een hoog dan wel een laag salaris door hun vennootschap aan zichzelf uit willen laten keren. Wanneer de vennootschap een hoog salaris uitkeert aan de aanmerkelijkbelanghouder, betekent dit een daling van de winst van de vennootschap. Andersom betekent een laag salaris een hogere winst voor de vennootschap. Het contractueel afzien van loon betekende dat uitsluitend op basis van een materieelrechtelijke duiding van de feiten geconcludeerd kon worden dat er de facto geen sprake was van het genieten van loon.³⁷ Dit is bevestigd door de Hoge Raad in de bovengenoemde kostenarresten. Door een materieelrechtelijke duiding door de aanmerkelijkbelanghouder kon hij zelf bepalen hoe hoog zijn salaris was. Het was dus over het algemeen vrij eenvoudig voor de aanmerkelijkbelanghouder om af te zien van zijn salaris. Door het afzien van salaris, wordt er geen salaris genoten. Door het niet genieten van salaris is er ook geen heffing van loonbelasting, aangezien er geen salaris is om loonbelasting over te heffen.

Het afzien van salaris is geen uitstel van belasting voor de loonbelasting. Wanneer er afgezien wordt van salaris is er namelijk geen sprake van enige loonbelasting. Het afzien van salaris is echter wel een uitstel van belasting voor de inkomstenbelasting. Door het afzien van salaris stijgt - zoals eerder in deze paragraaf aangegeven - de winst van de vennootschap van de aanmerkelijkbelanghouder. De vennootschap dient, omdat deze gezien wordt als een eigen rechtspersoonlijkheid over zijn winst vennootschapsbelasting te betalen. De aanmerkelijkbelanghouder kan beslissen wat de bestemming is van de overgebleven winst na voldoening van de vennootschapsbelasting. In deze winst zit dus ook het bedrag - het salaris - waar de aanmerkelijkbelanghouder van af heeft gezien. Hij kan beslissen om de winst toe te voegen aan de winstreserve in zijn vennootschap of hij kan de winst via dividend uit laten keren aan zichzelf. Wanneer de aanmerkelijkbelanghouder er voor kiest om de winst via een dividend uit te laten keren, dan is hij daar 25%³⁸ inkomstenbelasting over verschuldigd. Tezamen met het tarief³⁹ van 35% van de vennootschapsbelasting in 1997 is het effectieve tarief - de gecombineerde belastingdruk van de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting - over de winst van de vennootschap 51,25%. Wanneer de aanmerkelijkbelanghouder er voor kiest om de overgebleven winst van

³⁷ Meussen 1997, par. 1.

³⁸ Zie art. 20a Wet IB 1964.

³⁹ Zie art. 22 Wet VPB 1969.

zijn vennootschap toe te voegen aan de winstreserve is er geen heffing in de inkomstenbelasting. Het is namelijk niet verplicht om dividend uit te laten keren. De beslissing om dividend uit te laten keren staat de aanmerkelijkbelanghouder namelijk vrij. Hierbij kan ik niet onbesproken laten dat het uitstellen van uitbetaling van dividend een voordeel oplevert voor de aanmerkelijkbelanghouder ten opzichte van een normale werknemer. Door de winst in zijn vennootschap te laten zitten, kan de vennootschap genieten van extra rente inkomsten, aangezien over het bedrag van de winst - nog - geen inkomstenbelasting is betaald. Een normale werknemer heeft minder rente-inkomsten, omdat bij de werknemer gelijk al een bedrag aan loonbelasting/inkomstenbelasting is ingehouden. Dat verschijnsel staat bekend als de tijds waarde van geld.⁴⁰

Ik heb zojuist laten zien dat wanneer de aanmerkelijkbelanghouder afziet van salaris de effectieve belastingdruk - met uitkering van dividend - 51,25% bedraagt. Wanneer de aanmerkelijkbelanghouder niet afziet van salaris werd het salaris belast tegen een maximaal tarief⁴¹ van 60%. Het effectieve tarief is nu dus 60%. Door de eerdere schijven met een lager tarief zal het effectieve tarief nooit 60% bedragen, maar naarmate het salaris stijgt, zal de aanmerkelijkbelanghouder steeds dichterbij dit effectieve tarief aan zitten.

Het bovengenoemde is goed weer te geven in een voorbeeld⁴². Ik ga hierbij uit van een situatie waarbij het bruto inkomen uit de vennootschap f 250.000 bedraagt.

Variant I: Uitsluitend loon van f 250.000.

De verschuldigde inkomstenbelasting/premie volksverzekeringen bedraagt hierbij f 125.897.⁴³

Variant II: Loon van f 100.000 plus een uitkering van dividend van f 97.500.

De verschuldigde inkomstenbelasting/premie volksverzekeringen over het loon van f 100.000 bedraagt f 37.060. De vennootschapsbelasting over f 150.000 bedraagt f 52.500. De inkomstenbelasting/dividendbelasting over het dividend van f 97.500 (f 150.000 - f 52.500) bedraagt f 24.375. Al de te betalen belasting opgeteld bedraagt aldus f 113.935.

Het verschil aan het te betalen bedrag aan belasting tussen variant I en variant II bedraagt f 11.962. Dit verschil kan nog groter worden door het loon in variant II in te stellen op een lager bedrag en/of geen dividend uit te laten keren. Via dit voorbeeld is goed te zien dat je via het afzien van salaris het bedrag aan te betalen belasting kan uitstellen. Tevens is het effectieve tarief van het loon hoger dan het effectieve tarief van het uit laten keren van dividend. Deze reden voor het invoeren van de gebruikelijkloonregeling is tegenwoordig nog steeds van toepassing. Dit zal ik laten zien in het onderstaande voorbeeld.

⁴⁰ Cnossen 1997, p. 1.

⁴¹ Zie art. 20a Wet LB 1964 van 1997.

⁴² Meussen 1997, par 2.

⁴³ Zie artt. 20a en 20b Wet LB 1964, tarief 1997 onder toepassing van tariefgroep 3.

Het bovenstaande voorbeeld gaat uit van de tarieven in het jaar 1997. Ik zal nu het voorbeeld toepassen op de tarieven van 2012.

Variant I: Uitsluitend loon van € 125.000.

De verschuldigde inkomstenbelasting/premie volksverzekeringen bedraagt hierbij € 57.656.⁴⁴

Variant II: Loon van € 50.000 plus een uitkering van dividend van € 60.000.

De verschuldigde inkomstenbelasting/premie volksverzekeringen over het loon van € 50.000 bedraagt € 19.306. De vennootschapsbelasting over € 75.000 bedraagt € 15.000. De inkomstenbelasting/dividendbelasting over het dividend van € 60.000 (€ 75.000 - € 15.000) bedraagt € 15.000. Al de te betalen belasting opgeteld bedraagt aldus € 49.306.

Het verschil aan het te betalen bedrag aan belasting tussen variant I en variant II bedraagt € 8.350.

2.2.2. Samenloopregeling in de vermogensbelasting

In het jaar 1997 - ten tijde van de invoering van de gebruikelijkloonregeling - bestond nog de Wet VB 1964. Vermogen wordt gezien als een zelfstandige factor van draagkracht. De strekking van de wet is de aanwezigheid van vermogen belasten.⁴⁵ De vermogensbelasting beoogt de eigenaar - die vermoed wordt aan het vermogen extra draagkracht te ontleen - te treffen met de belastingdruk. Zoals ook op andere plaatsen in het belastingrecht komt in de vermogensbelasting doorslaggevende betekenis toe aan de economische realiteit. Het is dan ook niet de juridische eigendom, maar de economische eigendom die reeds voldoende is om een belastingplichtige als eigenaar van het vermogen aan te merken.⁴⁶ De aandelen van een aanmerkelijkbelanghouder behoren tot zijn vermogen.

In art. 14, lid 5, Wet VB 1964 is een bepaling opgenomen welke inhoudt dat de druk van inkomsten- en vermogensbelasting samen niet meer mag bedragen dan 68% van het belastbare inkomen. Deze bepaling wordt ook wel de anti-cumulatieregeling genoemd. De regeling berust op de gedachte dat de vermogensbelasting bestreden moet kunnen worden uit de opbrengsten, dan wel dat belastingen uit het inkomen moet kunnen worden voldaan.⁴⁷ Door deze regeling kon gebruik worden gemaakt van belastingbesparing. Met name aanmerkelijkbelanghouders maakten van deze regeling gebruik. Dit kan duidelijk weergegeven worden in het volgende voorbeeld:⁴⁸

C is directeur en enig aandeelhouder van de BV X. Zijn totale belastbare vermogen bedraagt f 3.000.000, waaronder de aandelen van BV X met een waarde van f 2.000.000. C zou een salaris als directeur van de BV X kunnen bedingen van

⁴⁴ Zie artt. 20a en 20b Wet LB 1964, tarief 2012.

⁴⁵ Freudenthal, Cursus Belastingrecht, VB 4.6.0.

⁴⁶ Freudenthal, Cursus Belastingrecht, VB 2.3.4.

⁴⁷ Freudenthal, Cursus Belastingrecht, VB 4.6.0.

⁴⁸ Freudenthal, Cursus Belastingrecht, VB 4.6.0.

f 200.000, doch ziet hij hiervan af. Zijn levensonderhoud financiert hij door een lening van de bank, waarbij een deel van zijn vermogen als onderpand dient. De opbrengst uit het overige vermogen (bestaande uit een eigen huis en een effectenportefeuille) valt weg tegen de betaalde rente, zodat C's belastbare inkomen nihil bedraagt. Met toepassing van art. 14, lid 5, Wet VB 1964 bespaart C zich f 13.000 vermogensbelasting per jaar, waarbij de belastingvrije som gemakshalve is verwaarloosd.

In het voorbeeld is de belastingvrije som - de ondernemingsvrijstelling van artikel 7, lid 3, onderdeel c Wet VB 1964 - verwaarloosd. De ondernemingsvrijstelling had echter wel invloed. De ondernemingsvrijstelling was van toepassing op aanmerkelijkbelangpakketten. De ondernemingsvrijstelling kent twee schijven. De eerste schijf, met ingang van 1 januari 1999 groot f 216.000, omvat een volledige vrijstelling. De vrijstelling in de tweede schijf is zowel in percentage, als in absolute omvang in de loop der jaren verruimd. Was in 1993 nog slechts 40% vrijgesteld, in 1994 werd dat 50% en vanaf 1 januari 1995 68%. Het maximum van de vrijstelling in de tweede schijf beliep in 1993 f 583.000 en in 1994 f 1.541.000. Het maximale ondernemingsvermogen dat derhalve voor de regeling in aanmerking kon komen beliep in 1994 nog f 2.947.000. Per 1 januari 1995 is de maximering van de tweede schijf opgeheven. Sinds 1995 was steeds van het ondernemingsvermogen boven de f 216.000 (1999) nog 32% belast.⁴⁹ Aanmerkelijkbelanghouders met een kleine waarde van het aanmerkelijkbelangpakket hadden dus minder last van de vermogensbelasting dan aanmerkelijkbelanghouders met een grote waarde van het aanmerkelijkbelangpakket. De reden tot invoering van de gebruikelijkloonregeling omtrent de samenloopregeling is dus minder relevant voor de aanmerkelijkbelanghouders met een kleine waarde aan aanmerkelijkbelangpakket.

In bovenstaand voorbeeld is goed te zien dat het afzien van salaris zorgt voor een belastingbesparing in de vermogensbelasting. Door vooral het afzien van salaris bedraagt het belastbaar inkomen nihil, waardoor er op grond van lid 5 geen belasting kan worden geheven voor de vermogensbelasting. Sinds de afschaffing van de vermogensbelasting vanaf 2001 is deze reden voor het bestaan van de gebruikelijkloonregeling sinds 2001 niet meer van toepassing.

2.2.3. Inkomensafhankelijke regelingen

In Nederland kunnen personen in aanmerking komen voor inkomensafhankelijke regelingen. Tijdens de invoering van de gebruikelijkloonregeling bestonden deze inkomensafhankelijke regelingen nog niet, deze zijn pas later in de wet opgenomen. Een aantal voorbeelden van deze inkomensafhankelijke regelingen zijn de zorgtoeslag, de huurtoeslag en het kindgebonden budget. In art. 1, lid 2 Awir is opgenomen dat de inkomensafhankelijke regelingen natuurlijke personen aanspraak geven op een financiële bijdrage van het Rijk. Of deze natuurlijke personen in aanmerking komen voor een van de inkomensafhankelijke regelingen wordt getoetst naar de draagkracht. Ter bepaling van de draagkracht wordt op grond van art. 7 Awir een toetsingsinkomen ingesteld van de belanghebbende en zijn partner. Het toetsingsinkomen is het op het berekeningsjaar betrekking hebbende inkomensgegevens, volgens art. 8 Awir. Om in aanmerking te kunnen

⁴⁹ Freudenthal, Cursus Belastingrecht, VB 2.4.4.G.b.

komen voor een inkomensafhankelijke regeling mag het inkomensgegeven in een bepaald jaar niet hoger zijn dan een bepaald normbedrag.

Wanneer een aanmerkelijkbelanghouder afziet van zijn salaris, gaat zijn belastbaar inkomen in dat jaar aanzienlijk naar beneden. De aanmerkelijkbelanghouder kan dan veel sneller in aanmerking komen voor verschillende inkomensafhankelijke regelingen. Om te voorkomen dat de aanmerkelijkbelanghouder via het afzien van salaris in aanmerking kan komen voor de inkomensafhankelijke regelingen is doel en strekking van de gebruikelijkloonregeling in de brief van 22 januari 1998⁵⁰ aangepast, zodat ook het 'misbruik' van de inkomensafhankelijke regelingen als reden wordt gezien van de gebruikelijkloonregeling. Zoals eerder in deze paragraaf benoemd, waren er nog geen inkomensafhankelijke regelingen tijdens de invoering van de gebruikelijkloonregeling. Vandaar dat deze reden later - in 1998 - is toegevoegd aan doel en strekking van de gebruikelijkloonregeling. Deze reden voor de gebruikelijkloonregeling is momenteel nog steeds van toepassing.

2.2.4. Premieheffing volksverzekeringen

In Nederland wordt er een sociaal stelsel gehanteerd. Er zijn dan ook verschillende fondsen voor volksverzekeringen. In het jaar van invoering van de gebruikelijkloonregeling was er de WAZ. De WAZ is de verplichte arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zelfstandigen. Deze regeling is van kracht geweest tot 2004. Doordat de aanmerkelijkbelanghouder af kon zien van zijn salaris - zoals eerder is vermeld - kon hij onder de WAZ-premies uitkomen, aangezien de premie werd geheven als een percentage van het loon. De WAZ-premies zijn bedoeld om arbeidsongeschikten een uitkering te kunnen geven. In de kamerstukken⁵¹ is aangegeven dat "hoewel er meestal wel inkomen in de vorm van salaris aan de aanmerkelijkbelanghouder zal worden uitgekeerd, het kan voorkomen dat daarvan wordt afgezien of dat slechts een zeer gering salaris wordt vastgesteld. Om te bereiken dat ook in die situaties premie kan worden geheven, is de gebruikelijkloonregeling ingevoerd."

In 2004 is de WAZ afgeschaft. In plaats van de WAZ is de Wfsv ingevoerd. In art. 3 Wfsv is opgenomen dat de financiële middelen tot dekking van de uitgaven ten laste van de fondsen voor de volksverzekeringen, alsmede de financiële middelen voor het vormen en in stand houden van reserves in deze fondsen, worden verkregen door het heffen van premie en door bijdragen van het rijk. De algemene ouderdomswet is een van de voorbeelden van de volksverzekeringen. Op grond van art. 8 Wfsv wordt er premie betaald mede op grond van het salaris van de aanmerkelijkbelanghouder. Door het niet uitkeren van salaris aan de aanmerkelijkbelanghouder hoeft deze dus geen premie te betalen voor de Wfsv. In de kamerstukken⁵² is hier het volgende over opgenomen: "Wij aanvaarden de consequentie dat degenen die in een specifieke situatie alleen inkomen hebben in box II en III geen premie afdragen, maar wel gerechtigd zijn tot uitkeringen op grond van de volksverzekeringen. Het gaat daarbij om een uitzonderingssituatie. Aangenomen mag worden dat de meeste belastingplichtigen met een inkomen in

⁵⁰ Brief Staatssecretaris van Financien van 21 januari 1998, nr. DB97/2769U.

⁵¹ *Kamerstukken I 1996/97*, 24 758, nr. 95b, p. 14-15.

⁵² *Kamerstukken I 1999/00*, 26 727, nr. 7, p. 114.

box II en III ook een premieplichtig inkomen hebben in box I. Daarbij is van belang dat de fictiefloonregeling voor houders van een aanmerkelijkbelang er toe leidt dat deze belastingplichtigen ook premie volksverzekeringen verschuldigd zijn. De gemaakte keuze is daarom goed te rijmen met de overwegingen die hebben geleid tot de gebruikelijkloonregeling.”

Om te voorkomen dat de aanmerkelijkbelanghouders via het afzien van salaris geen premies volksverzekeringen af droegen is doel en strekking van de gebruikelijkloonregeling in de brief van 22 januari 1998⁵³ aangepast, zodat sinds deze brief ook het ‘misbruik’ van de premie volksverzekeringen als reden wordt gezien van de gebruikelijkloonregeling. Deze reden voor de gebruikelijkloonregeling is momenteel nog steeds van toepassing.

Paragraaf 3

2.3. Tussenconclusie na hoofdstuk 2

In hoofdstuk 2 heb ik het ontstaan van de gebruikelijkloonregeling beschreven. De gebruikelijkloonregeling is uiteindelijk in 1997 ingevoerd na de herziening regime inzake het aanmerkelijk belang.

Eerst werd de gebruikelijkloonregeling bepleit in een discussie na het Zweedse Grootmoederarrest in 1978. De Hoge Raad heeft in één van zijn kostenarresten uit 1986 bepaald dat de aanmerkelijkbelanghouder kan afzien van zijn loon. Door het afzien van loon is er geen genietingsmoment aan te wijzen. Vervolgens is er door Vermeend en Vreugdenhil in 1993 een wetsvoorstel ingediend met als inhoud de invoering van een gebruikelijkloonregeling. Dit heeft er echter niet toe geleid dat er toen daadwerkelijk in de wetgeving een gebruikelijkloonregeling is ingevoerd. De daadwerkelijke invoering van de gebruikelijkloonregeling geschiedde uiteindelijk dus in 1997.

De aanmerkelijkbelanghouder is voor zijn liquide middelen niet alleen afhankelijk van zijn loon van zijn vennootschap. Hij kan via een geldlening, dividenduitkering of een rekening-courant ook aan liquide middelen komen. Het is dus mogelijk voor een aanmerkelijkbelanghouder om af te zien van loon. Door het afzien van loon kon de aanmerkelijkbelanghouder van verschillende voordelen profiteren, welke de wetgever niet wenselijk achtte.

Er zijn verschillende redenen - de voordelen - voor de invoering en instandhouding van de gebruikelijkloonregeling. Het afzien van salaris door de aanmerkelijkbelanghouder leidt tot belastingbesparing in de inkomstenbelasting door de verschillen in effectieve tarieven. Het afzien van salaris leidt ook tot belastingbesparing van de vermogensbelasting door de daarin opgenomen samenloopregeling. Een lager salaris leidt tot een lager belastbaar inkomen van de aanmerkelijkbelanghouder. Door een lager belastbaar inkomen kan de aanmerkelijkbelanghouder in aanmerking komen voor verschillende inkomensafhankelijke regelingen. Als laatste dient de aanmerkelijkbelanghouder minder premies WAZ / Wfsv af te dragen, wanneer zijn salaris lager wordt

⁵³ Brief Staatssecretaris van Financien van 21 januari 1998, nr. DB97/2769U.

vastgesteld. Deze voordelen heeft de wetgever getracht te repareren door het invoeren en het in stand houden van de gebruikelijkloonregeling.

In de memorie van toelichting tijdens de invoering van de gebruikelijkloonregeling is alleen gerept over de belastingbesparing in de inkomstenbelasting en de vermogensbelasting. Later - in de brief en het besluit van de staatssecretaris - zijn hier de redenen van de inkomensafhankelijke regelingen en de onbedoelde voordelen van de sociale zekerheid aan toegevoegd.

De uiteindelijke doel en strekking van de gebruikelijkloonregeling luidt derhalve:

“De gebruikelijkloonregeling strekt ertoe te voorkomen dat ab-werknemers door middel van het geheel of gedeeltelijk afzien van een gebruikelijk loon de heffing van inkomsten- en vermogensbelasting ontgaan of onbedoelde voordelen behalen in de sfeer van de sociale zekerheid en (andere) inkomensafhankelijke voorzieningen. Met een gebruikelijk loon wordt bedoeld een loon dat gelet op de opleiding van de werknemer, de aard en omvang van de werkzaamheden en andere voor de arbeidsmarkt relevante feiten en omstandigheden in het economische verkeer tussen onafhankelijke partijen overeen pleegt te worden gekomen.”

Hoofdstuk 3

De inhoud van de gebruikelijkloonregeling

Paragraaf 1

3.1. Inleiding

In de wettekst van artikel 12a Wet LB 1964 komen veel verschillende kenmerken van de inhoud van de gebruikelijkloonregeling naar voren. Deze kenmerken van de inhoud en de gepubliceerde rechtspraak hieromtrent zal ik benoemen in de verschillende paragrafen in dit hoofdstuk.

Paragraaf 2

3.2.1. Iemand die arbeid verricht

In lid 1 van art. 12a Wet LB 1964 is opgenomen dat een werknemer “*arbeid dient te verrichten*” voor een lichaam waarin hij of zijn partner een aanmerkelijk belang heeft. In art. 2h UB LB 1965 wordt als dienstbetrekking beschouwd de arbeidsverhouding van degene die arbeid heeft verricht ten behoeve van een lichaam waarin hij of zijn partner een aanmerkelijk belang heeft. Er hoeft dus geen sprake te zijn van een dienstbetrekking. Ook zonder dienstbetrekking kan de gebruikelijkloonregeling van toepassing zijn door middel van een fictieve dienstbetrekking, bijvoorbeeld wanneer de arbeid zonder een tegenprestatie wordt verricht.

3.2.2. Aanmerkelijk belang

In lid 1 van art. 12a Wet LB 1964 is opgenomen dat de werknemer arbeid dient te verrichten ten behoeve van “*een lichaam waarin hij of zijn partner een aanmerkelijk belang heeft*”.

Voor de invoering van de Wet IB 2001 stond in de wettekst van art. 12a Wet LB 1964 dat de gebruikelijkloonregeling van toepassing was wanneer een werknemer arbeid verrichtte ten behoeve van “*een vennootschap*”. Vanaf het jaar 2001 is in de Wet ondernemerspakket 2001⁵⁴ bepaald dat het woord vennootschap gewijzigd is in het woord lichaam. In de parlementaire behandeling van de Wet ondernemerspakket 2001 is naar voren gekomen dat “de wijziging beoogde te regelen dat de zogenoemde gebruikelijkloonregeling ook zal gelden voor belastingplichtigen die een aanmerkelijk belang hebben in een coöperatie. De voorgestelde wijziging bestond eruit dat in art. 12a van eerdergenoemde wet het woord vennootschap zou worden vervangen door: rechtspersoon. Nadere overweging heeft tot het inzicht geleid dat hierdoor het ongewenste effect zou kunnen optreden dat participanten die een aanmerkelijkbelang hebben in een zogenoemde open commanditaire vennootschap niet meer onder de gebruikelijkloonregeling zouden komen te vallen doordat een dergelijk lichaam civielrechtelijk geen rechtspersoonlijkheid bezit. Om dit te voorkomen wordt thans

⁵⁴ *Kamerstukken II 1999/00, 27 209.*

voorgesteld in art. 12a Wet LB 1964 de term vennootschap te vervangen door: lichaam.”⁵⁵ In HR 9 juli 2010⁵⁶ heeft de Hoge Raad bevestigd dat de gebruikelijkloonregeling ook van toepassing is bij coöperaties, ongeacht of er sprake is van oneigenlijk gebruik.

Wanneer een werknemer of zijn partner een aanmerkelijk belang in een lichaam bezit, is benoemd in lid 4 van art. 12a Wet LB 1964. Voor zowel het begrip partner als voor het begrip aanmerkelijk belang wordt verwezen naar de definities in de Wet IB 2001. Het begrip “*partner*” is per 1 januari 2010 aan art. 12a Wet LB 1964 toegevoegd. Voor het begrip partner wordt aangesloten bij artikel 3.91, tweede lid, onderdeel b, onder 1 t/m 5, Wet IB 2001. Per 1 januari 2011 is voor de Wet IB 2001 een uniform partnerbegrip ingevoerd. Het partnerbegrip voor de gebruikelijkloonregeling heeft zich hierbij aangesloten: “volgens het wetsvoorstel Belastingplan 2010 wordt met ingang van 1 januari 2010 in art. 12a Wet LB 1964 ook het begrip partner opgenomen. Dit begrip is gelijk aan dat voor de terbeschikkingstellingsregeling. Het nieuwe partnerbegrip wordt met ingang van 1 januari 2011 ingevoerd en geldt dan ook voor de terbeschikkingstellingsregeling. Met de onderhavige wijziging van de Wet LB 1964 wordt bewerkstelligd dat ook het begrip partner voor de gebruikelijkloonregeling op dat moment dienovereenkomstig wordt gewijzigd.”⁵⁷

Voor het begrip “*aanmerkelijk belang*” wordt verwezen naar de artt. 4.6 tot en met 4.11 Wet IB 2001. In art. 4.6 Wet IB 2001 wordt de hoofdregel gegeven voor een aanmerkelijk belang. De hoofdregel in lid 1 is dat een belastingplichtige - al dan niet tezamen met zijn partner - direct of indirect voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder is in een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld. De hoofdregel is via de leden 2 tot en met 4 verruimd met (i) koopties om direct of indirect aandelen te verwerven tot ten minste 5% van het geplaatste kapitaal, (ii) winstbewijzen die betrekking hebben op ten minste 5% van de jaarwinst of het liquidatiesaldo van een vennootschap en (iii) gerechtigd tot ten minste 5% van de stemmen uit te brengen in de algemene vergadering van een coöperatie. Wanneer een belastingplichtige via één van de vier bovenstaande voorwaarden aan de minimale 5%-grens komt, voldoet de belastingplichtige aan het aanmerkelijk belang.

In de artt. 4.7 tot en met 4.11 Wet IB 2001 is het aanmerkelijkbelang verder uitgewerkt. In art. 4.7, lid 1, Wet IB 2001 wordt genoemd dat wanneer een vennootschap verschillende soorten aandelen heeft, een belastingplichtige - al dan niet tezamen met zijn partner - ook een aanmerkelijk belang heeft, indien hij direct of indirect (i) voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal van een soort aandelen aandeelhouder is of (ii) rechten heeft om direct of indirect aandelen van een soort te verwerven tot ten minste 5% van het van die soort geplaatste kapitaal. In lid 2 van dit artikel wordt genoemd dat er geen aanmerkelijk belang is, wanneer aan de soort aandelen geen financieel belang verbonden is. In art. 4.8 Wet IB 2001 wordt bepaald dat voor de vaststelling of een belastingplichtige een aanmerkelijk belang heeft, ingekocht nog in te trekken kapitaal niet in aanmerking genomen

⁵⁵ *Kamerstukken II* 1999/00, 27 209, nr. 7, p. 19.

⁵⁶ HR 9 juli 2010, *BNB* 2010/293.

⁵⁷ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 130, nr. 3, p. 62.

wordt. In art. 4.9 Wet IB 2001 is opgenomen dat indien een belastingplichtige een aanmerkelijk belang heeft in een vennootschap, daartoe ook zijn overige aandelen in of winstbewijzen van die vennootschap behoren.

In art. 4.10 Wet IB 2001 is opgenomen dat de tot het vermogen van de belastingplichtige behorende aandelen in of winstbewijzen van een vennootschap waarin hij geen, maar zijn partner of één van de bloed- of aanverwanten in de rechte lijn van de belastingplichtige of zijn partner wel een aanmerkelijk belang heeft, voor de belastingplichtige tot een aanmerkelijk belang horen. Tot slot is in art. 4.11 Wet IB 2001 benoemd dat bij een belastingplichtige een fictief aanmerkelijk belang aanwezig wordt geacht, indien hij niet op grond van bovengenoemde artikelen tot een aanmerkelijk belang behoort, maar gezien de artt. 3.65, 4.17, 4.17a, 4.17b, 4.17c, 4.40 of 4.41 Wet IB 2001. Hierbij moet vooral gedacht worden aan een fictief aanmerkelijk belang verkregen door overgang van de aandelen krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht of de omzetting in een BV of NV.

Ook de artt. 4.10 en 4.11 Wet IB 2001 gelden voor de gebruikelijkloonregeling. Door de meetrekregeling van art. 4.10 Wet IB 2001 geldt in beginsel een belang van kleiner dan 5% toch als een aanmerkelijk belang. In art. 4.11 Wet IB 2001 wordt er ook een fictief aanmerkelijk belang toegekend op aandelen waarop een doorgeschoven belastingclaim rust. Er is voor de artt. 4.10 en 4.11 Wet IB 2001 geen uitzondering gemaakt voor de toepassing van de gebruikelijkloonregeling, hoewel de fractie van het CDA hier wel een suggestie⁵⁸, namelijk dat de door art. 4.10 Wet IB 2001 meegetrokken aanmerkelijkbelanghouder van de gebruikelijkloonregeling uitgesloten kan worden, voor had gegeven: “De gebruikelijkloonregeling is volgens het voorstel van wet Overige fiscale maatregelen 2010 van toepassing als de belastingplichtige of zijn partner een aanmerkelijk belang heeft in de vennootschap waarvoor de arbeid wordt verricht. Er wordt, net als in de huidige wettekst, geen onderscheid gemaakt naar de aard van het aanmerkelijk belang.”⁵⁹

3.2.3. Het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen

De gebruikelijkloonregeling was in de jaren 2001 tot en met 2009 ook van toepassing ten aanzien van de werknemer die arbeid verricht ten behoeve van een lichaam “*waaraan hij vermogensbestanddelen ter beschikking stelt*”. In de parlementaire behandeling Belastingherziening is opgenomen dat “degene die onder de meesleep- en meetrekregeling valt maar overigens geen aanmerkelijkbelanghouder is, onder de Wet IB 1964 wel als aanmerkelijkbelanghouder wordt aangemerkt. Door de koppeling in art. 12a Wet LB 1964 aan het zijn van aanmerkelijkbelanghouder, vielen deze belastingplichtigen onder die regeling indien zij werkzaamheden voor de vennootschap verrichtten. Met de thans voorgestelde aanpassing wordt dit regime gecontinueerd.”⁶⁰

In verband met de toevoeging van de gebruikelijkloonregeling vanaf 2010 in het

⁵⁸ *Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8, p. 19.*

⁵⁹ *Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8, p. 58.*

⁶⁰ *Kamerstukken II 1999/00, 26 728, nr. 31, p.6.*

geval waarin arbeid wordt verricht ten behoeve van een lichaam waarin *de partner* van de belastingplichtige een aanmerkelijk belang heeft, heeft de wetgever besloten dat de toepassing van het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen niet langer diende te gelden. In de parlementaire behandeling Overige fiscale maatregelen 2010 is verwoord dat in verband met het toepassen van het begrip partner “niet langer bepaald wordt dat genoemd artikel 12a Wet LB 1964 ook geldt als de terbeschikkingstellingsregeling van toepassing is”.⁶¹

Per 1 januari 2012 is de gebruikelijkloonregeling uitgebreid met situaties waarin arbeid wordt verricht ten behoeve van een lichaam waarin de partner een aanmerkelijk belang heeft. Door deze uitbreiding achtte de wetgever het niet meer noodzakelijk om de gebruikelijkloonregeling nog van toepassing te laten zijn ten aanzien van de werknemer die arbeid verricht ten behoeve van een lichaam waaraan hij vermogensbestanddelen ter beschikking stelt.

Paragraaf 3

3.3.1. Het loonbegrip

In het besluit van de staatssecretaris van 29 november 2010⁶² wordt verwoord dat “de zogenoemde gebruikelijkloonregeling van art. 12a Wet LB 1964 aansluit bij het loonbegrip in de Wet LB. Het loonbegrip in de Wet LB 1964 is opgenomen in art. 10 Wet LB 1964. In art. 11 Wet LB 1964 zijn de vrijstellingen van het loonbegrip opgenomen”. In art. 10 Wet LB 1964 is opgenomen dat loon is al hetgeen uit een dienstbetrekking wordt genoten, daaronder mede begrepen hetgeen wordt vergoed of verstrekt in het kader van de dienstbetrekking. Blijkens de tekst schept art. 10, lid 1, Wet LB 1964 een zeer ruim loonbegrip: loon is kennelijk ieder voordeel dat onder wat voor naam en in welke vorm dan ook uit een dienstbetrekking wordt genoten.⁶³

Uit de parlementaire geschiedenis Herziening regime ter zake van winst uit aanmerkelijk belang komt naar voren dat ook loon in natura onder de toepassing van de gebruikelijkloonregeling valt: “ik kan de leden bevestigen dat voor de toepassing van art. 12a Wet op de LB 1964 rekening wordt gehouden met het inkomen dat de aanmerkelijkbelanghouder in de vorm van loon in natura ter zake van zijn dienstbetrekking van de vennootschap ontvangt.”⁶⁴

Ook het voordeel van het privégebruik auto is mede onderdeel van het loon voor de gebruikelijkloonregeling. Vanaf het begin van de invoering van de gebruikelijkloonregeling tot en met 2005 behoorde volgens art. 11a Wet LB 1964 het genot van een ter beschikking gestelde auto niet tot het loon. Per 1 januari 2006 is dit artikel vervallen, zodat vanaf 2006 het voordeel van een ter beschikking gestelde auto onder het loon valt.

De gebruikelijkloonregeling wordt getoetst na de vermindering van de bijdragen

⁶¹ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 53-54.

⁶² Besluit Staatsecretaris van Financiën van 29 november 2010, nr. DGB2010/5419M.

⁶³ Sillevius & Van Kempen 2010, p. 489.

⁶⁴ *Kamerstukken I* 1996/97, 24 671, nr. 62b, p. 14.

van de levensloop- en pensioenregeling. Dit is echter niet expliciet in de wet opgenomen. In de literatuur wordt er door Jansen⁶⁵ en door Van den Dool en Heithuis⁶⁶ aangegeven dat ze het eens zijn met de visie van de staatssecretaris dat het gebruikelijke loon vastgesteld dient te worden na vermindering van de bijdragen ingevolge de levensloop- en pensioenregeling. Zij geven echter wel aan dat dit allerm minst onzeker is en stellen voor om dit alsnog in de wet vast te leggen. De staatssecretaris geeft echter aan dat “deze aanbeveling inhoudt dat het aanbeveling verdient in de wet vast te leggen dat het gebruikelijke loon wordt getoetst na vermindering van de bijdragen ingevolge de levensloop- en pensioenregeling. Ik neem deze aanbeveling niet over. Uit de wet vloeit voort dat aan het fiscale loon moet worden getoetst”.⁶⁷

3.3.2. De norm van het loon

Ten tijde van de invoering van de gebruikelijkloonregeling in 1997 is het normbedrag van het gebruikelijke loon vastgesteld. Dit normbedrag is vastgesteld volgens het maximale bedrag van de WAZ-grondslag. Aldus werd voor het normbedrag verwezen naar art. 72, lid 2, WAZ. Art. 72, lid 2, WAZ verwees vervolgens naar art. 2 Regeling premieheffing WAZ. In dat laatste artikel was bepaald dat de maximale WAZ-grondslag - en daarbij dus ook het normbedrag voor de gebruikelijkloonregeling - € 38.118 bedroeg. Vanaf 1 januari 2005 is art. 72 WAZ komen te vervallen, waardoor in de wettekst verwezen werd naar art. 8, lid 11, WAZ. In dat artikel werd de uitkeringsgrondslag - en daarbij dus ook het normbedrag voor de gebruikelijkloonregeling - vastgesteld op € 38.119. Vanaf 1 januari 2006 is het normbedrag zelfstandig opgenomen in art. 12a Wet LB. In 2006 bedroeg het normbedrag € 39.000. In lid 2 - thans lid 5 - is bepaald dat het normbedrag jaarlijks wordt geïndexeerd. Het normbedrag bedraagt per 1 januari 2012 door de indexatie € 42.000.

3.3.3. De hoogte van het gebruikelijk loon

De norm van het gebruikelijke loon is per 1 januari 2012 vastgesteld op € 42.000. Van de norm dient echter afgeweken te worden, indien het gebruikelijke loon afwijkt van het normbedrag. In art. 12a, lid 1, Wet LB 1964 is opgenomen dat *“indien aannemelijk is dat ter zake van soortgelijke dienstbetrekkingen waarbij een aanmerkelijk belang van vermogensbestanddelen geen rol speelt, in het economisch verkeer een lager/hoger loon gebruikelijk is, gesteld op dat lagere/hogere loon”*. In het besluit van de staatssecretaris van 22 mei 2001⁶⁸ heeft de staatssecretaris het begrip soortgelijke dienstbetrekking verduidelijkt: “Waar gesproken wordt over soortgelijke dienstbetrekkingen worden bedoeld de dienstbetrekkingen waarvan de werkzaamheden voor wat betreft de aard en omvang in redelijkheid vergelijkbaar zijn met de werkzaamheden van de ab-werknemer. De als vergelijkingsmateriaal gebruikte andere dienstbetrekkingen behoeven niet met de vennootschap van de ab-werknemer of met een verbonden vennootschap te zijn aangegaan.” Deze verduidelijking is echter ingetrokken in het

⁶⁵ Jansen 2006, p. 615-617.

⁶⁶ Van den Dool & Heithuis 2009, p. 100.

⁶⁷ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 705, nr. 23, p. 39-43.

⁶⁸ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 22 mei 2001, nr. CPP2001/3172M.

besluit van de staatssecretaris van 9 februari 2007⁶⁹, omdat het een voorlichtend karakter had. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 17 september 2004⁷⁰ geoordeeld dat het in art. 12a Wet LB 1964 bedoelde gebruikelijke loon bepaald zal kunnen worden aan de hand van het salaris dat is toegekend aan concrete andere werknemers met soortgelijke dienstbetrekkingen doch waarbij een aanmerkelijk belang geen rol speelt.

In het hiervoor genoemde arrest⁷¹ oordeelde de Hoge Raad dat wanneer het bedoelde gebruikelijke loon niet op de hierboven beschreven manier vast kon worden gesteld, het ook mogelijk is om het gebruikelijke loon te berekenen op basis van de opbrengsten van de BV, verminderd met de aan die opbrengsten toe te rekenen kosten, lasten en afschrijvingen. Deze methode wordt ook wel de afroommethode genoemd. De afroommethode kan echter niet worden toegepast bij een BV in opbouw, aangezien de opbrengsten van de BV geen goede maatstaf vormen voor de bepaling van de hoogte van het gebruikelijke loon.⁷²

3.3.4. Lager loon dan de norm

De norm voor de gebruikelijkloonregeling is vanaf 1 januari 2012 vastgesteld op € 42.000. Het werkelijke gebruikelijke loon kan ook lager zijn dan deze norm. Dit is naar voren gekomen in de parlementaire behandeling van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen⁷³: “Het fictief inkomen kan lager worden vastgesteld indien de dga aannemelijk maakt dat een beloning die in het economisch verkeer gebruikelijk is voor een persoon die geen aanmerkelijk-belanghouder is maar overigens in dezelfde omstandigheden verkeert, lager is dan het forfait. (...) Het meest voor de hand liggend is dat de dga wijst op de lonen die worden betaald aan personen met dezelfde of een vergelijkbare functie die geen grootaandeelhouder zijn, zoals is aangegeven in de vorige paragraaf. Ook kan hij in bijvoorbeeld een verliessituatie van de vennootschap wijzen op de liquiditeitsproblemen die een hoger salaris dan het feitelijke in de onderneming zouden veroorzaken; een verklaring daaromtrent van de bank of de accountant zou daarbij goede diensten kunnen bewijzen. Verder zal hij bijvoorbeeld een half salaris kunnen motiveren met de omstandigheid dat hij slechts in 50% deeltijd voor de vennootschap werkzaam is, hetgeen hij aannemelijk zou kunnen maken door te wijzen op zijn andere activiteiten.”

In de parlementaire behandeling komt dus naar voren dat het gebruikelijke loon lager vast kan worden gesteld dan de WAZ-norm. In de behandeling wordt een aantal voorbeelden genoemd van deze situaties. Hierna zal ik in het kort ingaan op een aantal van deze voorbeelden en nog een aantal andere situaties, waarin het gebruikelijke loon lager kan worden vastgesteld dan de norm.

Bij passieve vennootschappen komt het vaak voor dat het gebruikelijke loon lager kan worden vastgesteld dan de norm. Dit heeft de staatssecretaris zowel bevestigd in de parlementaire behandeling Herziening regime ter zake van winst uit

⁶⁹ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 9 februari 2007, nr. CPP2007/284M.

⁷⁰ HR 17 september 2004, *BNB* 2005/50.

⁷¹ HR 17 september 2004, *BNB* 2005/50.

⁷² HR 14 oktober 2005, *BNB* 2005/381.

⁷³ *Kamerstukken I* 1996/97, 24 758, nr. 95b, p. 14.

aanmerkelijk belang⁷⁴ als in zijn besluit van 22 mei 2001⁷⁵, waarin hij aangeeft dat indien de werkzaamheden beperkt blijven tot vermogensbeheer, een gebruikelijk loon beneden de WAZ-norm zal liggen.

Per 1 januari 2010 is in lid 3 van art. 12a Wet LB 1964 opgenomen dat - ter verlichting van de administratieve lasten - de gebruikelijkloonregeling niet van toepassing is in het geval het vast te stellen loon voor de arbeid in het lichaam - inclusief de tot hetzelfde concern behorende andere lichamen - niet hoger is dan € 5.000. De staatssecretaris heeft in de parlementaire behandeling van de Overige fiscale maatregelen 2010⁷⁶ aangegeven, dat ter vermindering van administratieve lasten wordt voorgesteld dat de gebruikelijkloonregeling niet meer van toepassing is als het gebruikelijke loon niet hoger is dan € 5.000.

Wanneer er sprake is van een deeltijdfunctie of van een arbeidsverhouding die niet het gehele jaar bestaat, maar slechts een deel daarvan, kan het gebruikelijke loon ook lager liggen dan de WAZ-norm. In zijn besluit van 22 mei 2001⁷⁷ heeft de staatssecretaris aangegeven dat van een lagere beloning dan de WAZ-maxgrondslag sprake kan zijn bij een deeltijdfunctie of een functie die niet het gehele jaar heeft geduurd. Deze passage is niet opgenomen in het volgende besluit⁷⁸, omdat het een voorlichtend karakter heeft.

Ook wanneer er sprake is van een structurele verliessituatie kan een lager gebruikelijk loon worden vastgesteld dan de WAZ-norm. In zijn besluit van 22 mei 2001⁷⁹ heeft de staatssecretaris aangegeven, dat 'van een loonsverlaging op zakelijke gronden sprake kan zijn indien belanghebbende aantoonde dat de verlaging van het loon direct voortvloeit uit het waarborgen van de continuïteit van het bedrijf. Bij de beoordeling van een dergelijke situatie dient in beginsel geen acht te worden geslagen op een min of meer incidentele verliessituatie (...).' Deze passage is niet opgenomen in het volgende besluit⁸⁰, omdat het een voorlichtend karakter heeft.

In zijn besluit⁸¹ heeft de staatssecretaris voor de jaren 2009 en 2010 echter een tijdelijke goedkeuring verleend. Bij omzetsdalingen mag het gebruikelijk loon in 2009 en 2010 evenredig lager zijn. Daarmee is een verlaging van het gebruikelijke loon in veel gevallen eenvoudig vast te stellen zonder overleg met de inspecteur.

3.3.5. Hoger loon dan de norm

Naast dat het gebruikelijke loon lager kan worden vastgesteld dan de norm, kan het gebruikelijke loon ook hoger worden vastgesteld dan de norm. In de parlementaire behandeling van de Herziening regime ter zake van winst uit aanmerkelijk belang⁸² is dit als volgt verwoord: "In gevallen waarin het loon op of boven de WAZ-norm ligt, zal er in het algemeen geen aanleiding zijn om een hoger

⁷⁴ *Kamerstukken I* 1996/97, 24 761, nr. 62b, p. 14.

⁷⁵ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 22 mei 2001, nr. CPP2001/3172M.

⁷⁶ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 53-54.

⁷⁷ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 22 mei 2001, nr. CPP2001/3172M.

⁷⁸ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 9 februari 2007, nr. CPP2007/284M.

⁷⁹ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 22 mei 2001, nr. CPP2001/3172M.

⁸⁰ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 9 februari 2007, nr. CPP2007/284M.

⁸¹ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 15 september 2009, nr. CPP2009/1799M.

⁸² *Kamerstukken II* 1996/97, 24 761, nr. 8, p. 23-24.

fictief loon vast te stellen. Niettemin is het denkbaar dat ook in deze gevallen fiscale overwegingen een rol hebben gespeeld. Te denken valt aan de situatie waarin de samenloopregeling uit de vermogensbelasting, ingevolge welke niet meer dan 68% aan inkomstenbelasting en vermogensbelasting verschuldigd is, in beeld komt. In dergelijke gevallen is er aanleiding nadrukkelijk te bezien of het loon fictief op een hoger bedrag zou moeten worden gesteld.”

In lid 1 van art. 12a Wet LB 1964 is opgenomen in welke gevallen het gebruikelijke loon hoger kan worden vastgesteld dan de norm. Ten eerste kan het gebruikelijke loon hoger worden vastgesteld, wanneer in het economisch verkeer een hoger loon gebruikelijk is. Het loon wordt echter niet lager vastgesteld dan het hoogste loon van de overige werknemers. Wanneer het aannemelijk is dat het loon, gelet op wat gebruikelijk is in het economisch verkeer, op een lager bedrag behoort te worden vastgesteld dan het hoogste loon van de overige werknemers, dan wordt het op het gebruikelijke bedrag gesteld. Het beleid hieromtrent is vastgesteld in het besluit van 22 mei 2001⁸³: “indien aannemelijk is dat ter zake van soortgelijke dienstbetrekkingen waarbij een aanmerkelijk belang geen rol speelt een hoger loon dan de WAZ-maxgrondslag gebruikelijk is, zijn er twee mogelijkheden. Als er geen andere werknemers bij de vennootschap of daarmee verbonden vennootschappen in dienst zijn, dient de inhoudingsplichtige uit te gaan van het gebruikelijke loon. De belastingdienst zal het loon op grond van de gebruikelijkloonregeling alleen dan corrigeren indien aannemelijk is dat het loon is gesteld op een zodanig bedrag dat het in belangrijke mate - dat wil zeggen 30% - afwijkt van het gebruikelijke loon of indien het loon is gesteld op een lager bedrag dan de WAZ-maxgrondslag. Als bij een lichaam of daarmee verbonden lichamen ook andere werknemers in dienst zijn, dient de inhoudingsplichtige eveneens uit te gaan van het gebruikelijke loon, met dien verstande dat het loon ten minste wordt gesteld op het loon van de meestverdienende werknemer. In uitzonderingsgevallen kan het loon van de ab-werknemer worden gesteld op een lager bedrag dan het loon van de meestverdienende werknemer. Hiervan kan sprake zijn ingeval de meestverdienende werknemer beschikt over een uiterst schaarse, hoogwaardige deskundigheid.”

Uit het hierboven genoemde besluit is op te maken dat de belastingdienst het loon alleen dan zal corrigeren indien aannemelijk is dat het loon is gesteld op een zodanig bedrag als het in “*belangrijke mate*” afwijkt van het gebruikelijke loon. Dit is ook opgenomen in lid 1 van art. 12a Wet LB 1964. Dit wordt ook wel de doelmatigheidsmarge van 30% genoemd. Dit betekent dat indien het gestelde loon niet meer dan 30% afwijkt van het gebruikelijke loon, het gestelde loon vervolgens niet zal worden gecorrigeerd, vanwege de doelmatigheid. Voor het arrest van 17 september 2004⁸⁴ corrigeerde de belastingdienst het loon tot het gebruikelijke loon. In het arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat de belastingdienst het gestelde loon niet meer mag corrigeren tot het werkelijke loon, maar tot 70% - 30% doelmatigheidsmarge - van het gebruikelijke loon. De Hoge Raad heeft in het arrest geoordeeld “dat art. 12a Wet LB 1964 de inspecteur niet de bevoegdheid geeft het loon vast te stellen op het gebruikelijke loon, ook niet indien het gebruikelijke loon wordt bepaald met inachtneming van een zekere

⁸³ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 22 mei 2001, nr. CPP2001/3172M.

⁸⁴ HR 17 september 2004, *BNB* 2005/50.

bandbreedte en het oordeel is gewettigd dat het gebruikelijke loon niet te hoog is bepaald. Het ingevolge art. 12a Wet LB 1964 extra te belasten loon mag niet worden gesteld op een hoger bedrag dan nodig is om van het (gecorrigeerde) loon te kunnen zeggen dat het niet meer in belangrijke mate afwijkt van het gebruikelijke loon.”

3.3.6. Bewijslast

In paragraaf 3.3.3. is al naar voren gekomen dat het gebruikelijke loon in eerste instantie wordt vastgesteld op de norm. Het gebruikelijke loon kan echter ook lager - paragraaf 3.3.4. - of hoger - paragraaf 3.3.5. - worden vastgesteld. Uit de parlementaire behandeling van de Herziening regime ter zake van winst uit aanmerkelijk belang⁸⁵ komt naar voren dat “de nieuwe fictief-loonregeling mee brengt dat de inhoudingsplichtige aannemelijk kan maken dat het loon lager behoort te worden vastgesteld dan op de WAZ-norm, terwijl de inspecteur aannemelijk kan maken dat het loon hoger moet worden vastgesteld. Daarbij fungeert als ijkloon het loon dat gebruikelijk is voor een soortgelijke dienstbetrekking waarbij een aanmerkelijk belang geen rol speelt”. Het omslagpunt van de bewijslast ligt dus bij de WAZ-norm. Tevens is op de gebruikelijkloonregeling de vrije bewijsleer van toepassing. Dit blijkt uit de parlementaire behandeling van de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen⁸⁶: “Zoals op het heffingsvlak gebruikelijk is, geldt op het punt van het aannemelijk maken van een lager loon de vrije bewijsleer. Dit houdt in dat de belanghebbende op alle manieren mag aantonen dat in zijn geval het fictieve loon lager dan de WAZ-norm moet worden gesteld.”

Paragraaf 4

3.4.1. Per lichaam

In lid 1 van artikel 12a Wet LB 1964 is opgenomen dat ten aanzien van de werknemer die arbeid verricht ten behoeve van “*een lichaam*” waarin hij of zijn partner een aanmerkelijk belang heeft (...) het loon ten minste wordt gesteld op € 42.000 (...). Uit lid 1 blijkt dat de gebruikelijkloonregeling geldt per lichaam waarvoor de belastingplichtige arbeid heeft verricht. Hoewel de gebruikelijkloonregeling geldt per lichaam waarvoor de belastingplichtige arbeid verricht, hoeft niet per lichaam het normbedrag in aanmerking te worden genomen. Uit de parlementaire behandeling van de herziening regime ter zake van winst uit aanmerkelijk belang⁸⁷ komt naar voren dat “indien de belastingplichtige voor verschillende vennootschappen werkzaamheden verricht is het denkbaar dat wordt aangetoond dat de voor de afzonderlijke vennootschappen verrichte werkzaamheden zodanig van omvang zijn dat per vennootschap een lager loon dan de WAZ-norm of het loon van de overige werknemers gebruikelijk is”. De Hoge Raad heeft zich hier in zijn arrest van 11 november 2005⁸⁸ ook over uitgelaten: De Hoge Raad gaat er op grond van de wetsgeschiedenis van uit dat de wetgever ook

⁸⁵ Kamerstukken II 1996/97, 24 761, nr. 8, p. 23.

⁸⁶ Kamerstukken II 1996/97, 24 758, nr. 9, p. 6-7.

⁸⁷ Kamerstukken I 1996/97, 24 761, nr. 62b, p. 15.

⁸⁸ HR 11 november 2005, BNB 2006/147.

in daar behandelde ‘concernsituaties’ een toepassing van de in artikel 12a opgenomen regeling per dienstbetrekking voor ogen heeft gestaan. Wel zal, als het salaris van de houder van een aanmerkelijk belang van de tot een ‘concern’ behorende vennootschap mede strekt tot beloning van werkzaamheden die hij heeft verricht voor een andere ‘concernvennootschap’, de in dat salaris begrepen beloning voor die werkzaamheden in aanmerking moeten worden genomen bij de toepassing van het bepaalde in artikel 12a ten aanzien van de arbeidsverhouding tot die andere ‘concernvennootschap’. Vanaf de invoering van de gebruikelijkloonregeling dient de regeling dus te worden toegepast per lichaam waarvoor arbeid wordt verricht.

3.4.2. Samenvoeging doorbetaaldloonregeling en gebruikelijkloonregeling

De uitzondering op de regel dat de gebruikelijkloonregeling dient te worden toegepast per lichaam waarvoor arbeid wordt verricht geldt per 1 januari 2009. Per 1 januari 2009 is artikel 32d aan de Wet LB 1964 toegevoegd. In artikel 32d Wet LB 1964 is de zogenaamde doorbetaaldloonregeling weergegeven. Deze regeling houdt in dat een inhoudingsplichtige wordt geacht met het door hem verschuldigde loon van een werknemer tevens te verstrekken het loon dat de werknemer zou hebben genoten als werknemer van een andere inhoudingsplichtige.

Bij de Overige fiscale maatregelen 2008⁸⁹ is bepaald dat “in de situatie waarin een werknemer die ook aanmerkelijkbelanghouder is in het concern van zijn werkgever en uit hoofde van zijn dienstbetrekking tevens arbeid verricht voor andere onderdelen van het concern, en er tevens gekozen is voor toepassing van de doorbetaaldloonregeling, dan is artikel 12a van de Wet LB 1964 alleen van toepassing op de ‘hoofdbetrekking’, waarbij het aan de werknemer betaalde loon wordt afgezet tegen diens totale arbeidsprestatie voor de concernonderdelen”. In de overige fiscale maatregelen 2010⁹⁰ is bepaald dat de hierboven genoemde uitzondering wordt vastgelegd in lid 2 van artikel 12a Wet LB 1964. In lid 2 is per 1 januari 2010 opgenomen dat indien de doorbetaaldloonregeling van toepassing is, het eerste lid wordt toegepast alsof de ten behoeve van deze andere lichamen verrichte arbeid is verricht ten behoeve van de inhoudingsplichtige die ingevolge de doorbetaaldloonregeling geacht wordt het loon te verstrekken.

Paragraaf 5

3.5.1. Internationale verbanden

Recentelijk is de gebruikelijkloonregeling getoetst aan de internationale verdragen. Dit is gebeurd in HR 9 juli 2010⁹¹, waarin in geschil was of artikel 12a Wet LB 1964 van toepassing is op de leden van de coöperatie. Daarnaast was ook in geschil of de gebruikelijkloonregeling in strijd is met het bepaalde in artikel 11 van het EVRM, het bepaalde in artikel 43 van het EG-Verdrag dan wel met hetgeen is bepaald in de artikelen 2:53 en 2:26 van het Burgerlijk Wetboek. Als laatste was er in geschil of er sprake was van schending van het gelijkheidsbeginsel. In zijn arrest in de punten 3.2.1., 3.2.2. en 3.3. oordeelt de Hoge Raad dat het

⁸⁹ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 206, nr. 3, p. 26.

⁹⁰ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 54.

⁹¹ HR 9 juli 2010, *BNB* 2010/293.

derde middel zich keert tegen het oordeel van het Hof - welke overwoog dat de coöperatie enerzijds en de eenmanszaak, vennootschap onder firma en maatschap anderzijds zulke verschillende rechtsvormen zijn dat zij feitelijk en rechtens geen gelijke gevallen zijn, terwijl het verschil in behandeling in redelijke verhouding staat tot de verschillen die bestaan tussen deze rechtsvormen - dat de gebruikelijkloonregeling op belanghebbende van toepassing is. (...) Voor zover belanghebbende hiermee een beperkte toepassing van de gebruikelijkloonregeling bij coöperaties bepleit, faalt het middel. (...) De middelen kunnen ook voor het overige niet tot cassatie leiden.

Uit dit arrest blijkt dat de gebruikelijkloonregeling niet in strijd is met de internationale verdragen.

De staatssecretaris heeft in zijn besluit van 22 mei 2001⁹² het standpunt ingenomen dat de gebruikelijkloonregeling ook van toepassing is onder de belastingverdragen. Dit heeft de staatssecretaris als volgt verwoord: “Het bij een in het buitenland woonachtige ab-werknemer op grond van de nationale wetgeving in aanmerking te nemen gebruikelijke loon kan onder de door Nederland gesloten belastingverdragen die op dit punt luiden conform het Nederlandse standaard verdrag kwalificeren voor twee verdragsartikelen: art. 15 of art. 16 NSV. (...) Zowel in art. 15 als in art. 16 NSV wordt gesproken van ‘salarissen, lonen en andere soortgelijke beloningen verkregen door respectievelijk directeursbeloningen en andere beloningen verkregen door een inwoner van een andere verdragsluitende staat. Ook deze terminologie is niet nader gedefinieerd in het NSV, zodat zij wordt uitgelegd aan de hand van het nationale recht. Ik neem dan ook het standpunt in dat de beloning zoals deze op grond van art. 12a van de Wet LB is vastgesteld, onder de desbetreffende verdragsbepaling valt.”

Met betrekking tot het oude verdrag met België heeft de Hoge Raad echter in zijn arrest⁹³ geoordeeld dat de gebruikelijkloonregeling niet kan worden toegepast, aangezien de heffingsbevoegdheid in dit verdrag in toebedeeld aan België.

Nederland kan niet eenzijdig de heffingsbevoegdheid naar zich toe schuiven.

Met betrekking tot het nieuwe verdrag heeft Hof 's-Gravenhage in zijn arrest⁹⁴ geoordeeld dat het nieuwe verdrag toepassing van de gebruikelijkloonregeling toelaat. Het hierboven genoemde arrest van de Hoge Raad geldt niet voor het nieuwe verdrag.

De gebruikelijkloonregeling is tevens niet in strijd met het Europese gemeenschapsrecht. In het arrest⁹⁵ van de Hoge Raad kwam de vraag naar voren of de heffing van premies volksverzekeringen over het fictieve loon in strijd was met het Europese recht. De Hoge Raad oordeelde: “De Nederlandse premieheffing over dit (fictieve) loon is niet in strijd met het Europese gemeenschapsrecht. In een geval waarin de Nederlandse en Belgische wetgeving gelijktijdig van toepassing zijn op grond van artikel 14quater van de verordening, staat het gemeenschapsrecht er niet aan in de weg dat Nederland premie heft over het gedeelte van de inkomsten van de betrokkene dat op Nederlands grondgebied is verworven.”

⁹² Besluit Staatssecretaris van Financiën van 22 mei 2001, nr. CPP2001/3172M.

⁹³ HR 5 september 2003, *BNB* 2003/379.

⁹⁴ Hof 's-Gravenhage 25 maart 2011, nr. 09/00475.

⁹⁵ HR 9 oktober 2009, *BNB* 2009/312.

Paragraaf 6

3.6.1. Tussenconclusie na hoofdstuk 3

In hoofdstuk 3 heb ik de werking van de gebruikelijkloonregeling aangegeven aan de hand van wetgeving en relevante jurisprudentie. De gebruikelijkloonregeling is opgenomen in art. 12a Wet LB 1964.

De gebruikelijkloonregeling is van toepassing op de belastingplichtige die arbeid verricht voor een lichaam waarin hij of zijn partner een aanmerkelijk belang heeft. De gebruikelijkloonregeling was in de jaren 2001 tot en met 2009 ook van toepassing op de belastingplichtige die arbeid verrichtte in een lichaam waaraan hij vermogensbestanddelen ter beschikking stelde. De gebruikelijkloonregeling wordt per lichaam toegepast, tenzij er sprake is van een samenvoeging van de doorbetaaldloonregeling en de gebruikelijkloonregeling. Met betrekking tot arbeid gaat het om de arbeidsverhouding - in brede zin - met een lichaam. Voor de begrippen aanmerkelijk belang en partner is aangesloten bij deze begrippen, zoals deze voorkomen in de Wet IB 2001.

Voor de gebruikelijkloonregeling wordt aangesloten bij het loonbegrip van de Wet LB 1964. Het loon is al hetgeen uit een dienstbetrekking wordt genoten, aldus een zeer ruim loonbegrip.

De gebruikelijkloonregeling gaat bij het gebruikelijke loon uit van een normbedrag. Dit normbedrag is vastgesteld volgens het maximale bedrag van de WAZ-grondslag. Vanaf 2006 is het normbedrag opgenomen in art. 12a Wet LB 1964 zelf, waardoor het normbedrag - geïndexeerd - per 1 januari 2012 € 42.000 bedraagt.

De hoogte van het gebruikelijke loon kan echter ook boven of onder het normbedrag liggen. Wanneer het gebruikelijke loon onder het normbedrag ligt, dan dient de belastingplichtige dit aannemelijk te maken. De belastingplichtige kan dit aannemelijk maken door te wijzen op de lonen die worden betaald aan personen met dezelfde of vergelijkbare functie die geen dga zijn. Ook kan de belastingplichtige wijzen op een structurele verliessituatie, een deeltijdwerkzaamheid in de vennootschap of op een passieve vennootschap, indien de werkzaamheden beperkt blijven tot vermogensbeheer.

Wanneer het gebruikelijke loon boven het normbedrag ligt, dan dient de belastingdienst dit aannemelijk te maken. Een hoger loon kan aannemelijk gemaakt worden, wanneer in het economische verkeer een hoger loon gebruikelijk is, waarbij het loon niet lager wordt gesteld dan het hoogste loon van de overige werknemers. Hier kan van worden afgeweken, indien de meest verdienende werknemer beschikt over uiterst schaarse, hoogwaardige deskundigheid. De belastingdienst zal het loon op grond van de gebruikelijkloonregeling alleen dan corrigeren indien aannemelijk is dat het loon is gesteld op een zodanig bedrag dat het in belangrijke mate -doelmatigheidsmarge van 30% - afwijkt van het gebruikelijke loon of indien het loon is gesteld op een lager bedrag dan het normbedrag.

De gebruikelijkloonregeling is tevens niet in strijd met de internationale verdragen en het Europese gemeenschapsrecht. Nederland kan echter niet heffen over de gebruikelijkloonregeling op grond van het oude verdrag met België. Nederland kan

echter wel heffen op grond van de gebruikelijkloonregeling met betrekking tot het nieuwe verdrag.

Hoofdstuk 4

Wat te doen met de huidige gebruikelijkloonregeling?

Paragraaf 1

4.1. Inleiding

De doelstelling van de gebruikelijkloonregeling zoals weergegeven in doel en strekking uit hoofdstuk 2,

“De gebruikelijkloonregeling strekt ertoe te voorkomen dat ab-werknemers door middel van het geheel of gedeeltelijk afzien van een gebruikelijk loon de heffing van inkomsten- en vermogensbelasting ontgaan of onbedoelde voordelen behalen in de sfeer van de sociale zekerheid en (andere) inkomensafhankelijke voorzieningen. Met een gebruikelijk loon wordt bedoeld een loon dat gelet op de opleiding van de werknemer, de aard en omvang van de werkzaamheden en andere voor de arbeidsmarkt relevante feiten en omstandigheden in het economische verkeer tussen onafhankelijke partijen overeen pleegt te worden gekomen.”

staat voor een groot deel nog steeds overeind. In de Notitie Fiscale positie directeur-groootaandeelhouder⁹⁶ is doel en strekking van de gebruikelijkloonregeling up-to-date gemaakt en opnieuw verwoord:

“De dga en “zijn” BV moeten fiscaal op zakelijke basis met elkaar handelen. Wordt er onzakelijk gehandeld, dan vindt correctie plaats. Om een correctie bij een te laag loon mogelijk te maken, is de gebruikelijkloonregeling met ingang van 1 januari 1997 ingevoerd. Daarmee is oneigenlijk gebruik voorkomen.”

De gebruikelijkloonregeling in de huidige vorm stuit echter op kritiek in de literatuur. In dit hoofdstuk onderzoek ik ten eerste of de gebruikelijkloonregeling afgeschaft dient te worden. Daarnaast ga ik in op de vraag of de gebruikelijkloonregeling eventueel aangepast dient te worden.

Paragraaf 2

4.2.1. Het afschaffen van de gebruikelijkloonregeling

In hoofdstuk 2 heb ik aangegeven welke redenen er zijn voor de invoering en de instandhouding van de gebruikelijkloonregeling. De redenen - voor een uitgebreide uitleg verwijs ik terug naar hoofdstuk 2 - zijn in het kort als volgt:

- *Afzien van salaris*: via het afzien van salaris kan een aanmerkelijkbelanghouder een bedrag aan te betalen belasting uitstellen.
- *Samenloopregeling in de vermogensbelasting*: het afzien van salaris zorgt voor een belastingbesparing in de vermogensbelasting.
- *Inkomensafhankelijke regelingen*: door het afzien van salaris daalt het belastbaar inkomen van de dga, waardoor hij sneller in aanmerking komt voor inkomensafhankelijke regelingen.

⁹⁶ Kamerstukken II 2008/09, 31 705, nr. 19, p. 8-10.

- *Premie volksverzekeringen*: door het afzien van salaris dragen de dga's geen premies volksverzekeringen af.

In onder andere de parlementaire behandelingen van de Wet werken aan winst⁹⁷ en van de Overige fiscale maatregelen 2011⁹⁸ is geopperd om de gebruikelijkloonregeling af te schaffen. Steeds is hier door de staatssecretaris afwijzend op gereageerd. De argumenten tegen het afschaffen van de gebruikelijkloonregeling zal ik later in deze paragraaf behandelen. Eerst zal ik ingaan op de argumenten voor het afschaffen van de gebruikelijkloonregeling.

4.2.2. Argumenten voor afschaffing

Argument 1: De huidige gebruikelijkloonregeling heeft geen functie meer

De argumenten uit de literatuur voor afschaffing van de gebruikelijkloonregeling komen er kort gezegd op neer dat de huidige gebruikelijkloonregeling geen functie meer heeft. Dat de gebruikelijkloonregeling geen functie meer heeft, heeft te maken met het afschaffen van de vermogensbelasting ten tijde van de invoering van de Wet IB 2001. In de literatuur wordt wel betoogd dat het ontgaan van vermogensbelasting de belangrijkste reden is tot het invoeren van de gebruikelijkloonregeling.

Van Dijck⁹⁹ vraagt zich af of in 1997 zonder de ontgaansmogelijkheid van de vermogensbelasting de invoering van een gebruikelijkloonregeling plaats zou hebben gevonden. Deze vraag beantwoordt hij ontkennend. Van Dijck constateert dat voor de handhaving van de gebruikelijkloonregeling geen argumenten gegeven worden die in de belastingheffing hun grondslag vinden maar uitsluitend gebaseerd zijn op de rimpelwerking van een belastingwet op niet-belastingwetten.

Zelfs vlak na de invoering van de gebruikelijkloonregeling in 1997 is betoogd om de gebruikelijkloonregeling in de toekomst af te schaffen. Emmerig en Van der Waal¹⁰⁰ gaven in 1998 al aan dat de grondslag voor de fictief loonregeling voor een belangrijk deel voort komt uit het ontgaan van de vermogensbelasting. Emmerig en Van der Waal komen in het artikel uit 1998 al tot de conclusie dat indien in de toekomst tot afschaffing van de vermogensbelasting wordt overgegaan, de grondslag aan de fictief loonregeling voor een belangrijk deel komt te ontvallen, zodat afschaffing ervan dan in de rede ligt.

Van Westen¹⁰¹ geeft ook aan dat de gebruikelijkloonregeling in de wet is opgenomen met als doel een einde te maken aan oneigenlijk gebruik van de zogenoemde 68%-regeling, zoals weergegeven in hoofdstuk 2. Van Westen geeft aan dat de gebruikelijkloonregeling sinds de afschaffing van de vermogensbelasting overbodig is geworden. Van Westen concludeert dan ook dat met het afschaffen van de vermogensbelasting de oorspronkelijke beweegreden voor de gebruikelijkloonregeling is achterhaald: manipulatie met het inkomen uit de eigen

⁹⁷ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 19.

⁹⁸ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 505, nr. 6, p. 26.

⁹⁹ Van Dijck 2001.

¹⁰⁰ Emmerig & Van der Waal 1998, par. 5.

¹⁰¹ Van Westen 2006.

BV om vermogensbelasting te ontgaan is niet meer aan de orde. De gebruikelijkloonregeling kan derhalve beter worden afgeschaft.

Argument 2: Het afschaffen van de gebruikelijkloonregeling zorgt voor een tijd- en kostenbesparing

Van Westen¹⁰² geeft in hetzelfde artikel als hierboven genoemd aan dat een eventuele afschaffing van de gebruikelijkloonregeling zorgt voor een tijd- en kostenbesparing. De moeizame discussies over het minimaal op te nemen salaris zal veel belastingplichtigen, maar ook de fiscus veel tijd en kosten besparen.

4.2.3. Argumenten tegen afschaffing

De staatssecretaris geeft in de Notitie Fiscale positie directeur-groootaandeelhouder¹⁰³ aan dat hij bovenstaande kritiek afwijst.

Argument 1: De huidige gebruikelijkloonregeling heeft nog steeds een functie

Het argument ‘de gebruikelijkloonregeling heeft nog steeds een functie’ bevat meerdere onderdelen. Ik schaar deze onderdelen hier onder één argument.

Als eerste geeft de staatssecretaris in de Notitie aan dat wanneer een dga fiscaal van zijn loon af zou kunnen zien, hij zich zou kunnen onttrekken aan betaling van premie volksverzekeringen en inkomensafhankelijke bijdrage Zorgverzekeringswet, en tevens zou hij op ongewenste wijze een beroep kunnen doen op inkomensafhankelijke regelingen die niet tevens vermogensafhankelijk zijn.

Ten tweede stelt de staatssecretaris dat de directeur-groootaandeelhouder in de gelegenheid is van loon af te zien, omdat de extra winst in de BV blijft en op ieder gewenst moment voor uitdeling beschikbaar is. Het afzien van loon is fiscaal geïndiceerd. Als dat weer mogelijk wordt, zouden er situaties ontstaan waarbij sommige directeur-groootaandeelhouders jaren een fiscaal nulinkomen nemen en eens in de zoveel jaren inkomen uit aanmerkelijk belang aangeven. Dergelijke situaties acht de staatssecretaris onaanvaardbaar.

Als laatste geeft de staatssecretaris aan dat het vrij spel krijgen wat betreft zijn fiscale inkomen van de directeur-groootaandeelhouder zou leiden tot een ongelijkheid ten opzichte van andere belastingplichtigen, hetgeen onvermijdelijk leidt tot een ondermijning van de belastingmoraal van de belastingplichtigen die deze voordelen niet kunnen behalen.

Bovengenoemde onderdelen maken het geheel tot eenzelfde argument, namelijk dat de gebruikelijkloonregeling nog wel degelijk een functie heeft en niet alleen is op te hangen aan het ontgaan van de vroegere vermogensbelasting.

Kavelaars¹⁰⁴ geeft in zijn artikel aan ook geen reden te zien tot wijziging of

¹⁰² Van Westen 2006.

¹⁰³ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 705, nr. 19, p. 8-10.

¹⁰⁴ Kavelaars 2009, par. 2.

afschaffing van de gebruikelijkloonregeling. Kavelaars geeft aan zich in algemene zin in de gebruikelijkloonregeling te kunnen vinden, omdat deze heffing - uitzonderingen daargelaten - niet tot complicaties leidt.

Heithuis¹⁰⁵ benoemt in zijn artikel dat gelet op de achtergrond van deze regeling, te weten de afdracht van premies volksverzekeringen, hij het juist acht dat de gebruikelijkloonregeling voor dga's gehandhaafd blijft. Heithuis stelt dat zij die menen dat de gebruikelijkloonregeling kan worden afgeschaft omdat de vermogensbelasting is afgeschaft, wat dit betreft ongelijk hebben. Uit het artikel van Heithuis kan geconcludeerd worden dat de vermogensbelasting dus niet de enige drijfveer van de gebruikelijkloonregeling was. De afdracht van premies volksverzekeringen is ook een belangrijke achtergrond van de gebruikelijkloonregeling, waardoor de gebruikelijkloonregeling volgens Heithuis dus nog steeds een functie heeft binnen de loonbelasting.

4.2.4. Welke argumenten zijn het sterkst?

Argument voor afschaffing: De huidige gebruikelijkloonregeling heeft geen functie meer

Ik deel de meningen van Van Dijck¹⁰⁶, Emmerig en Van der Waal¹⁰⁷ en Van Westen¹⁰⁸ dat de belangrijkste grondslag voor de invoering van de gebruikelijkloonregeling de ontgaansmogelijkheid van de vermogensbelasting is. De vraag - welke Van Dijck stelt - of de gebruikelijkloonregeling überhaupt wel zou zijn ingevoerd, als de ontgaansmogelijkheid van de vermogensbelasting er niet zou zijn geweest, vind ik niet relevant. De gebruikelijkloonregeling is inmiddels 15 jaar geleden ingevoerd, waarbij de regeling verschillende wijzigingen heeft ondergaan. De vraag was ten tijde van het artikel in 2001 nog wel relevant, aangezien in dat jaar de vermogensbelasting is afgeschaft. In 2012 vind ik dat de discussie over het wel dan wel niet afschaffen van de gebruikelijkloonregeling daar niet van af mag hangen.

Hoewel ik van mening ben dat de belangrijkste grondslag voor de invoering van de gebruikelijkloonregeling de ontgaansmogelijkheid van de vermogensbelasting is, deel ik de mening dat de gebruikelijkloonregeling moet worden afgeschaft niet. De gebruikelijkloonregeling is namelijk niet alleen voor de ontgaansmogelijkheid van de vermogensbelasting ingevoerd en - tot nu toe steeds - in stand gehouden.

Argument voor afschaffing: Het afschaffen van de gebruikelijkloonregeling zorgt voor een tijd- en kostenbesparing

Tevens ben ik het niet eens met het argument van Van Westen¹⁰⁹, waarin hij aangeeft dat het afschaffen van de gebruikelijkloonregeling zorgt voor een tijd- en kostenbesparing. Ik ben van mening dat tijd- en kostenbesparing in principe nooit ten grondslag mag liggen aan het afschaffen van een regeling, tenzij de totale te

¹⁰⁵ Heithuis 2009, par. 4.2.

¹⁰⁶ Van Dijck 2001.

¹⁰⁷ Emmerig & Van der Waal 1998, par. 5.

¹⁰⁸ Van Westen 2006.

¹⁰⁹ Van Westen 2006.

besteden tijd en kosten buiten proportie liggen ten opzichte van het doel van de regeling. Ik heb geen enkel signaal kunnen vinden, waarbij de gebruikelijkloonregeling onredelijk veel tijd en kosten in beslag neemt, zeker niet sinds de uitbreiding van de regeling vanaf 2010, waardoor de gebruikelijkloonregeling niet meer van toepassing is als het gebruikelijke loon niet hoger is dan € 5.000.

Argument tegen afschaffing: De huidige gebruikelijkloonregeling heeft nog steeds een functie

Wanneer de gebruikelijkloonregeling nu of in de toekomst wordt afgeschaft, zouden alle dga's hiervan gebruik maken door het loon op nul te stellen. Zoals de staatssecretaris in de Notitie Fiscale positie directeur-groootaandeelhouder - zoals hierboven weergegeven - ook al aangeeft, zouden de dga's zich op deze manier kunnen onttrekken aan betaling van premie volksverzekeringen en inkomensafhankelijke bijdrage zorgverzekeringswet. Ik ben van mening dat iedereen, wanneer hij daar toe in staat is, zou moeten bijdragen aan de premie volksverzekeringen en inkomensafhankelijke bijdrage en op die manier zou moeten bijdragen aan het sociale stelsel in Nederland. Dit baseer ik op het draagkrachtbeginsel, wat naar mijn mening één van de belangrijkste beginsels is van het Nederlandse belastingstelsel. Dit is op dit moment het geval voor alle werknemers en IB-ondernemers in Nederland. Het zou naar mijn mening niet wenselijk zijn om dga's niet te laten bijdragen aan het Nederlandse sociale stelsel en dat zij vervolgens wel recht hebben op inkomen uit dit sociale stelsel. Ik ben het met de staatssecretaris eens dat dit kan leiden tot een verlaging van de belastingmoraal van de overige belastingplichtigen, omdat dit als oneerlijk zal worden beschouwd.

Hetzelfde geldt voor het beroep dat de dga's mogelijk zouden kunnen doen op de inkomensafhankelijke regelingen door het stellen van het loon op nul. Het zou zeer onwenselijk zijn om de dga's in aanmerking te laten komen voor de inkomensafhankelijke regelingen, wanneer een vergelijkbare 'normale' werknemer hiervoor niet in aanmerking zou komen. Dit is tegen de bedoeling van het Nederlandse sociale stelsel, wat tevens leidt tot een daling van de belastingmoraal van de overige belastingplichtigen.

Ik ben het niet eens met het argument van de staatssecretaris dat de situatie, waarbij sommige dga's jaren een fiscaal nulinkomen nemen en eens in de zoveel jaren inkomen uit aanmerkelijk belang aangeven, onaanvaardbaar is. Hierbij speelt ook een rol dat het afzien van loon fiscaal geïndiceerd is. Ik ben me ervan bewust dat deze situaties zeker zullen ontstaan, wanneer de gebruikelijkloonregeling wordt afgeschaft. Deze situaties dienen niet opgelost te worden via de gebruikelijkloonregeling. Het oplossen van deze situaties dient te gaan via een bredere herziening van de Nederlandse belastingwetgeving, waarbij al eens is geopperd om bijvoorbeeld een ondernemingswinstbelasting in te voeren. Over een herziening van de Nederlandse belastingwetgeving ga ik hier verder niet op in, omdat dit een vervolgvraag is op mijn huidige onderzoek en het buiten de kaders ligt van de gebruikelijkloonregeling. Ik ben echter wel van mening dat deze situaties niet opgelost dienen te worden door het gebruik van de gebruikelijkloonregeling.

Conclusie:

Ik ben van mening dat de gebruikelijkloonregeling nog wel degelijk een functie heeft. De argumentatie van de staatssecretaris is dan ook voor een groot deel steekhoudend. De gebruikelijkloonregeling dient dus niet te worden afgeschaft.

4.2.5. Schematisch overzicht

Argumenten ten aanzien van het afschaffen van de gebruikelijkloonregeling	
Argumenten voor afschaffen	Argumenten tegen afschaffen
<i>1. De huidige gebruikelijkloonregeling heeft geen functie meer.</i>	<i>1. De huidige gebruikelijkloonregeling heeft nog steeds een functie.</i>
<i>2. Het afschaffen van de gebruikelijkloonregeling zorgt voor een tijd- en kostenbesparing.</i>	

(de steekhoudende argumenten zijn dikgedrukt weergegeven)

Paragraaf 3

4.3.1. Het aftoppen van de gebruikelijkloonregeling

In de vorige paragraaf heb ik geconcludeerd dat de gebruikelijkloonregeling naar mijn mening niet afgeschaft dient te worden. Het afschaffen van de gebruikelijkloonregeling is de meest ingrijpende wijziging voor de huidige gebruikelijkloonregeling. Een wijziging die minder ingrijpend is, is het aftoppen van de gebruikelijkloonregeling. Het aftoppen van de gebruikelijkloonregeling houdt in dat het ijkloon van de gebruikelijkloonregeling - van thans € 42.000 - wordt verlaagd naar de tweede schijfgrens van € 33.863 (in 2012). Ik zal eerst ingaan op de argumenten voor en vervolgens op de argumenten tegen aftopping van de gebruikelijkloonregeling. Tijdens het bespreken van de argumenten blijkt ook duidelijk wat het aftoppen van de gebruikelijkloonregeling inhoudt.

4.3.2. Argumenten voor aftopping

Argument 1: Het huidige normsalaris ligt boven de thans gestelde premiegrens voor de volksverzekeringen

In het boek 'De fiscale positie van de DGA' van Van den Dool en Heithuis¹¹⁰ geven de auteurs aan dat, ten tijde van de invoering van de gebruikelijkloonregeling, het normsalaris werd gesteld op de maximale premiegrondslag voor de WAZ - zoals ook weergegeven in hoofdstuk 2 -, de zogenoemde WAZ-maxgrondslag. Van den Dool en Heithuis geven aan dat met de intrekking van de Wet WAZ het normsalaris is vastgesteld op € 40.000 - thans € 42.000. Deze huidige norm ligt boven de thans gestelde premiegrens voor de volksverzekeringen. Die bedraagt immers € 31.589 (2008); voor 2009 bedraagt deze € 32.127; in 2012 is hij vastgesteld op € 33.863. Bezien vanuit de optiek dat de gebruikelijkloonregeling is gecreëerd teneinde te bewerkstelligen dat de dga niet door middel van een laag loon aan de

¹¹⁰ Van den Dool & Heithuis 2009, p. 94-95.

premieheffing volksverzekeringen kan ontkomen, zou er dus een reden zijn het huidige normbedrag te verlagen tot de maximale premiegrens. Deze aanbeveling tot verlaging van het normsalaris tot de huidige premiegrens doen Van den Dool en Heithuis dan ook in het boek 'De fiscale positie van de DGA'.

Kavelaars¹¹¹ geeft in zijn artikel aan dat hij zich aansluit bij Van den Dool en Heithuis, omdat zij in elk geval een principiële relatie leggen met de achtergrond van de regeling. Te meer daar door de wetgever indertijd ook diezelfde weg is gevolgd namelijk door aan te sluiten bij het premiemaximum voor de (toenmalige) WAZ. Nu die heffing vervallen is, ligt het in de reden het maximum ook aan te passen.

Argument 2: De belastingdienst kan - indien nodig - een hoger gebruikelijk loon aannemelijk maken

In het bovengenoemde boek van Van den Dool en Heithuis¹¹² geven de schrijvers nog een argument voor het aftoppen van de gebruikelijkloonregeling naar de huidige premiegrens. Zij geven namelijk aan dat de belastingdienst de mogelijkheid heeft aannemelijk te maken dat het gebruikelijke loon hoger ligt dan het normsalaris. Hierbij impliceren de schrijvers dat het voor de bewijslast voor de belastingdienst geen verschil zal maken, aangezien de belastingdienst bovenstaande mogelijkheid heeft. Of het gebruikelijke loon boven de € 33.863 ligt of boven de € 42.000 maakt voor het aannemelijk maken daarvan geen verschil.

4.3.3. Argumenten tegen aftopping van de gebruikelijkloonregeling

De staatssecretaris geeft in de Notitie Fiscale positie directeur-groootaandeelhouder¹¹³ aan dat hij bovenstaande kritiek afwijst.

Argument 1: Het fiscale inkomen van de dga kan - als gevolg van verschillende aftrekposten - zo laag worden dat een dga toch oneigenlijk gebruik kan maken van inkomensafhankelijke regelingen

De staatssecretaris geeft in bovenstaande Notitie aan dat het aftoppen van de gebruikelijkloonregeling een minder vergaand standpunt is dan het afschaffen van de gebruikelijkloonregeling. Desondanks geeft de staatssecretaris aan dat ook aftopping van gebruikelijkloonregeling geen optie is. De staatssecretaris geeft aan dat bij het aftoppen van de gebruikelijkloonregeling naar de huidige premiegrens geen rekening wordt gehouden met het feit dat het fiscale inkomen van de dga door aftrekposten, zoals negatieve inkomsten uit eigen woning en uitgaven voor inkomensvoorzieningen, zo laag kan worden dat een dga toch oneigenlijk gebruik van inkomensafhankelijke regelingen kan maken en dat de grondslagen voor de premie volksverzekeringen en de inkomensafhankelijke bijdrage Zorgverzekeringswet daardoor worden uitgehold. De staatssecretaris is daarom geen voorstander van het aftoppen van de gebruikelijkloonregeling.

¹¹¹ Kavelaars 2009, par. 2.

¹¹² Van den Dool & Heithuis 2009, p. 94-95

¹¹³ Kamerstukken II 2008/09, 31 705, nr. 19, p. 8-10.

Stevens¹¹⁴ is van mening dat de bovengenoemde argumentatie van de staatssecretaris sterker is dan de argumenten voor aftopping van de gebruikelijkloonregeling.

Argument 2: Heffing IB over ‘het verschil’ wordt onbeperkt uitgesteld

Tevens geeft de staatssecretaris in zijn Notitie aan dat de heffing van inkomstenbelasting over het dan niet meer in aanmerking te nemen fictieve loon - het verschil tussen het huidige normsalaris van € 42.000 en de huidige premiegrens van € 33.863 - onbeperkt kan worden uitgesteld door de winst in de BV te laten zitten.

Argument 3: Zakelijk handelen tussen de dga en zijn BV stopt niet bij het maximum van de tweede tariefschijf

Tot slot merkt de staatssecretaris in zijn Notitie op dat niet valt in te zien dat het vereiste van zakelijk handelen tussen de dga en de BV bij het maximum van de tweedetariefschijf zou moeten stoppen.

Argument 4: Het verschil tussen het maximum van de tweede tariefschijf en het huidige ijkloon is ‘maar’ € 8.000

Heithuis¹¹⁵ geeft in zijn artikel aan dat hoewel hijzelf voorstander is van beperking van het ijkloon van € 40.000 - thans € 42.000 - tot de tweede schijfgrens van ongeveer € 32.000, vanwege de reeds genoemde achtergrond van de gebruikelijkloonregeling, dit verschil van amper € 8.000 ook weer niet zo groot is dat men daar fundamenteel over moet doen. Handhaving van het ijkloon op de huidige € 42.000 kan Heithuis dus billijken.

4.3.4. Welke argumenten zijn het sterkst?

Argument voor aftopping: Het huidige normsalaris ligt boven de thans gestelde premiegrens voor de volksverzekeringen

Eén van de redenen voor de gebruikelijkloonregeling is het bestrijden van ‘misbruik’ van de premie volksverzekeringen, zoals de staatssecretaris in zijn brief van 22 januari 1998¹¹⁶ heeft aangegeven. De gebruikelijkloonregeling is toendertijd op die manier aangepast dat het normbedrag van de gebruikelijkloonregeling gelijk werd gesteld aan het maximale bedrag van de WAZ-grondslag. Door het normbedrag gelijk te stellen aan het maximale bedrag van de WAZ-grondslag, kwam de achtergrond van de regeling overeen met de uitwerking van de gebruikelijkloonregeling.

In 2004 is echter de WAZ afgeschaft, waarvoor in de plaats de Wfsv is ingevoerd. Vanaf 2006 is vervolgens het normbedrag zelfstandig opgenomen in art. 12a Wet LB 1964. Het normbedrag bedroeg in 2006 € 39.000 en is inmiddels door jaarlijkse

¹¹⁴ Stevens 2009, par. 6.2.

¹¹⁵ Heithuis 2009, par. 4.2.

¹¹⁶ Brief Staatssecretaris van Financien van 21 januari 1998, nr. DB97/2769U.

indexering opgelopen tot € 42.000 in 2012. De vastgestelde premiegrens voor de volksverzekering in 2012 ligt echter op € 33.863. De premiegrens voor de volksverzekeringen en het normbedrag voor de gebruikelijkloonregeling komen momenteel dus niet overeen. Eén van de doelen van de gebruikelijkloonregeling is het bestrijden van misbruik van premies volksverzekering. De uitwerking van de huidige gebruikelijkloonregeling gaat naar mijn mening te ver, doordat het normbedrag hoger ligt.

Ik deel dus de mening van Van den Dool en Heithuis¹¹⁷ en Kavelaars¹¹⁸ dat het huidige normbedrag van de gebruikelijkloonregeling niet overeenkomt met doel en strekking van de gebruikelijkloonregeling.

Argument voor aftopping: De belastingdienst kan - indien nodig - een hoger gebruikelijk loon aannemelijk maken

Tevens ben ik het eens met het andere argument van Van den Dool en Heithuis¹¹⁹ voor het aftoppen van de gebruikelijkloonregeling naar de huidige premiegrens. De belastingdienst dient aan te tonen dat het gebruikelijke loon van de aanmerkelijkbelanghouder boven het normbedrag ligt. De belastingdienst zal ook na het aftoppen van de gebruikelijkloonregeling dienen aan te tonen dat het gebruikelijke loon boven de € 33.863 ligt. Naar mijn mening zal het voor de belastingdienst niet uitmaken om te bewijzen dat het gebruikelijke loon boven de € 33.863 in plaats van boven de € 42.000 dient te liggen. De belastingdienst zal door deze wijziging wel in meer gevallen dienen aan te tonen dat het gebruikelijke loon hoger ligt, maar aangezien het verschil omstreeks de € 8.000 ligt, mag het aantal meerdere gevallen dat de belastingdienst dient te bewijzen niet opwegen tegen een juiste uitwerking van de regeling.

Argument tegen aftopping: Het fiscale inkomen van de dga kan - als gevolg van verschillende aftrekposten - zo laag worden dat een dga toch oneigenlijk gebruik kan maken van inkomensafhankelijke regelingen

Door aftopping van de gebruikelijkloonregeling zal het fiscale inkomen door de aftrekposten inderdaad lager worden, zodat de dga eerder gebruik kan maken van inkomensafhankelijke regelingen. De staatssecretaris stelt dat dit dan oneigenlijk gebruik van de inkomensafhankelijke regelingen inhoudt. Echter, wanneer de gebruikelijkloonregeling afgetopt wordt, is er geen sprake van oneigenlijk gebruik. Het lagere normbedrag is dan namelijk gewoon in de wet vastgelegd.

Een 'normale' werknemer kan met een salaris - of een IB-ondernemer met een winst - gelijk aan het normbedrag door de aftrekposten ook eerder in aanmerking komen voor inkomensafhankelijke regelingen. Dga's dienen hierbij niet anders te worden behandeld dan de normale werknemer. Daarnaast kan, zoals ook hierboven genoemd, de belastingdienst bewijzen dat het gebruikelijke loon boven de € 33.863 dient te liggen.

¹¹⁷ Van den Dool & Heithuis 2009, p. 94-95.

¹¹⁸ Kavelaars 2009, par. 2.

¹¹⁹ Van den Dool & Heithuis 2009, p. 94-95.

Argument tegen aftopping: Heffing IB over ‘het verschil’ wordt onbeperkt uitgesteld

De staatssecretaris geeft in zijn Notitie¹²⁰ aan dat de heffing van inkomstenbelasting over het verschil van ongeveer € 8.000 onbeperkt kan worden uitgesteld door de winst in de BV te laten zitten. Zoals ik eerder ook al aangaf, dienen de situaties van onbeperkt uitstel opgelost te worden door een bredere herziening van de Nederlandse belastingwetgeving en niet via de gebruikelijkloonregeling. Het verschil zal zonder herziening onbeperkt worden uitgesteld, maar naar mening weegt het onbeperkte uitstel niet op tegen een juiste uitwerking van doel en strekking.

Argument tegen aftopping: Zakelijk handelen tussen de dga en zijn BV stopt niet bij het maximum van de tweede tariefschijf

Tijdens de invoering van de gebruikelijkloonregeling was in de MvT van de regeling niet opgenomen dat de dga en “zijn” BV zakelijk dienden te handelen. Pas tijdens de Notitie¹²¹ van de staatssecretaris werd er gerept over het op zakelijke basis handelen tussen de dga en “zijn” BV:

“De dga en “zijn” BV moeten fiscaal op zakelijke basis met elkaar handelen. Wordt er onzakelijk gehandeld, dan vindt correctie plaats. Om een correctie bij een te laag loon mogelijk te maken, is de gebruikelijkloonregeling met ingang van 1 januari 1997 ingevoerd. Daarmee is oneigenlijk gebruik voorkomen.”

De staatssecretaris geeft aan dat zakelijk handelen tussen de dga en zijn BV niet stopt bij het maximum van de tweede tariefschijf. Mijn vraag aan de staatssecretaris zou vervolgens zijn: “stopt het zakelijk handelen tussen de dga en zijn BV wel bij het huidige normbedrag van € 42.000?” Het antwoord op deze vraag is nee, een dga dient namelijk altijd zakelijk te handelen met zijn BV, anders volgen er fiscaal correcties volgens verschillende wetgeving, zoals bijvoorbeeld art. 8b Wet Vpb 1969, en jurisprudentie, zoals bijvoorbeeld het Cessna II-arrest.¹²² Het zakelijk handelen dient er dus continu te zijn. Dit argument van de staatssecretaris beschouw ik als een non-argument.

Argument tegen aftopping: Het verschil tussen het maximum van de tweede tariefschijf en het huidige ijkloon is ‘maar’ € 8.000

Heithuis¹²³ geeft aan dat het verschil tussen het huidige normbedrag en de tweede premieschijfgrens van ongeveer € 8.000 ook weer niet zo groot is dat men daar fundamenteel over moet doen. Hoewel het een klein verschil is, vind ik wel degelijk dat dit verschil van € 8.000 fundamenteel is. Het verschil van € 8.000 is namelijk het verschil tussen een juiste en een niet juiste uitwerking van doel en strekking van de gebruikelijkloonregeling. Het realiseren van een juiste uitwerking van doel en strekking van een regeling is belangrijker dan het niet aanpassen van

¹²⁰ Kamerstukken II 2008/09, 31 705, nr. 19, p. 8-10.

¹²¹ Kamerstukken II 2008/09, 31 705, nr. 19, p. 8-10.

¹²² HR 8 maart 2002, BNB 2002/210.

¹²³ Heithuis 2009, par. 4.2.

de regeling, met als reden dat ‘het verschil niet fundamenteel is’. Naar mijn mening dient elke wet een uitwerking te hebben, welke aansluit met doel en strekking van de regeling. Een verschil hiertussen dient naar mijn mening dus altijd aangepast te worden.

Conclusie

Ik ben dus van mening dat de gebruikelijkloonregeling afgetopt dient te worden. De gebruikelijkloonregeling dient de juiste uitwerking te hebben, wanneer wordt gekeken naar doel en strekking van de regeling. Het argument ‘het huidige normsalaris ligt boven de thans gestelde premiegrens voor de volksverzekeringen’ is derhalve steekhoudend.

4.3.5. Schematisch overzicht

Argumenten ten aanzien van het aftoppen van de gebruikelijkloonregeling	
Argumenten voor aftoppen	Argumenten tegen aftoppen
1. Het huidige normsalaris ligt boven de thans gestelde premiegrens voor de volksverzekeringen	1. Het fiscale inkomen van de DGA kan - als gevolg van aftopping van de gebruikelijkloonregeling - zo laag worden dat een dga toch oneigenlijk gebruik kan maken van inkomensafhankelijke regelingen
2. De belastingdienst kan - indien nodig - een hoger gebruikelijk loon aannemelijk maken	2. Heffing IB over ‘het verschil’ wordt onbeperkt uitgesteld
	3. Zakelijk handelen tussen de dga en zijn BV stopt niet bij het maximum van de tweede tariefschijf
	4. Het verschil tussen het maximum van de tweede tariefschijf en het huidige ijkloon is ‘maar’ € 8.000

(de steekhoudende argumenten zijn dikgedrukt weergegeven)

Paragraaf 4

4.4.1. Het versoepelen van de gebruikelijkloonregeling

Naast het afschaffen of het aftoppen van de gebruikelijkloonregeling, welke ik in de vorige paragrafen heb behandeld, wordt ook vaak geopperd om de gebruikelijkloonregeling te versoepelen. Er zijn in de literatuur verschillende manieren geopperd om de gebruikelijkloonregeling te versoepelen. De eerste manier, welke het meest in de literatuur wordt aanbevolen, is om het gebruikelijk loon in verliessituaties op nul te stellen. De tweede manier is de invoering van een ‘vrijstelling arbeidsbeloning dga’. De laatste manier die wordt geopperd is het verlichten van de administratieve verplichtingen rondom de gebruikelijkloonregeling, wanneer die erg laag is. In deze paragraaf zal ik alleen de eerste twee manieren bespreken. Het verlichten van de administratieve verplichtingen laat ik buiten beschouwing, aangezien per 1 januari 2010 de

gebruikelijkloonregeling niet meer van toepassing is, indien het gebruikelijke loon minder dan € 5.000 bedraagt. Aan verlichting van de administratieve verplichtingen is derhalve al tegemoet gekomen. Ik zal in deze paragrafen nagaan of naar mijn mening de gebruikelijkloonregeling, naast het aftoppen van de regeling, ook versoepeld dient te worden.

4.4.2. Argumenten voor het stellen van het gebruikelijk loon op nul in geval van een verliessituatie

Argument 1: De dga voelt zich geen werknemer, maar ondernemer

Lammers¹²⁴ geeft in zijn artikel aan dat de gebruikelijkloonregeling zo aangepast dient te worden dat het fictieve loon naar beneden kan worden bijgesteld ook als er nog geen sprake is van een structurele verliessituatie. Lammers stelt dat het feit dat er een verplichte fictieve arbeidsbeloning moet worden genoten, niet spoort met de belevingswereld van de dga. De dga voelt zich geen werknemer, maar ondernemer. Dat deze bepaling in slechte tijden betekent dat het ondernemingsvermogen moet worden aangesproken, maakt de gebruikelijkloonregeling moeilijk te verkroppen. Lammers geeft aan dat het fictieve loon bijvoorbeeld naar beneden kan worden gesteld, wanneer er als gevolg van toepassing van de gebruikelijkloonregeling een verlies ontstaat, terwijl dit niet het geval is vóór de toepassing van de gebruikelijkloonregeling. Om te voorkomen dat een eventueel verlies op bijvoorbeeld een belegging zou kunnen betekenen dat het gebruikelijk loon naar beneden wordt bijgesteld, zou het zijns inziens moeten gaan om de operationele winst van de onderneming en zouden incidentele baten of lasten buiten beschouwing kunnen blijven.

Van Schendel¹²⁵ noemt in zijn artikel het gebruikelijke loon van bepaalde dga's 'leugenloon'. Hij geeft aan dat een dga niks verdient en toch belasting en premies moet betalen. Van Schendel geeft dit aan met een voorbeeld: "Ik heb geprobeerd deze onrechtvaardige heffing uit te leggen aan de bakker op de hoek die zich door een adviseur een veronderstelde trendy BV had laten aanpraten en wiens bakkerij in enig jaar een verlies had geleden. De slagerij van zijn buurman had ook een verlies geleden. De nieuwe megasupermarkt in de buurt was de oorzaak van het verlies van beide kleine ondernemers. Maar de slager hoefde niks te betalen. Hij had geen BV en ging als eenmansondernemer door het leven. 'Waarom moet ik betalen?', was de voor de hand liggende bakkersvraag. Mijn antwoord: 'Omdat jouw bakkerij een andere juridische ondernemershuls heeft dan de slagerij van je buurman' kon hem - dat wist ik natuurlijk wel - niet tevreden stellen."

Argument 2: In verliessituaties werkt de gebruikelijkloonregeling zeer onbevredigend

Stevens¹²⁶ stelt in zijn artikel dat de gebruikelijkloonregeling erg conflictgevoelig en zeer onbevredigend werkt, met name in verliessituaties. Het valt moeilijk te verdedigen dat de dga, die samen met zijn BV in een verliessituatie verkeert, toch

¹²⁴ Lammers 2009, par. 5.

¹²⁵ Van Schendel 2011.

¹²⁶ Stevens 2009, par. 6.2.

een bedrag van € 40.000 - reeds € 42.000 - als loon krijgt toegerekend en daarover belasting en premies moet betalen, terwijl de BV deze door de fiscus afgedwongen loonpost ziet wegzakken in een (mogelijk) onverrekenbaar verlies. Stevens geeft aan dat zeker in de huidige crisistijd deze anomalie de doodsteek van de onderneming zou kunnen betekenen, omdat de aanslag die wordt gepleegd op de liquiditeitspositie hem in handen van het bankwezen drijft.

4.4.3. Argumenten tegen het stellen van het gebruikelijk loon op nul in geval van een verliessituatie

De staatssecretaris geeft in zijn notitie¹²⁷ aan dat er inderdaad wordt bepleit om het gebruikelijk loon in verliessituaties op nul te stellen, omdat een IB-ondernemer bij verlies geen inkomstenbelasting hoeft te betalen. De staatssecretaris geeft aan dat dit laatste waar is, maar dat hij het niet juist acht te bepalen dat de gebruikelijkloonregeling niet van toepassing is als de BV verlies lijdt.

Argument 1: De dga moet - ook in verliessituaties - zakelijk handelen met zijn BV

De staatssecretaris stelt in bovengenoemde notitie dat de dga op zakelijke basis met zijn BV moet handelen. Het enkele feit dat er verlies is, is geen reden om van salaris af te zien. Werknemers doen dat ook niet. Bij een eenmalig verliesjaar of een aanloopverlies is er in het algemeen geen reden om het gebruikelijke loon aan te passen.

Argument 2: De dga zal in verliessituaties een oneigenlijk beroep kunnen doen op toeslagen en andere inkomensafhankelijke regelingen

Tevens geeft de staatssecretaris aan dat als in een verliesjaar van de BV een loon van nihil zonder meer mogelijk is, er een oneigenlijk beroep zal worden gedaan op de toeslagen en andere inkomensafhankelijke regelingen.

Argument 3: De huidige wetgeving voorziet reeds in een oplossing voor structurele verliessituaties

Ook geeft de staatssecretaris in de notitie aan dat de huidige regeling al de mogelijkheid kent het salaris naar beneden bij te stellen als sprake is van een structurele verliessituatie, zeker als de continuïteit van de BV in gevaar komt. In de praktijk hoeft dat nauwelijks een probleem te zijn. Een uitzondering op de gebruikelijkloonregeling bij verlies zal ertoe leiden dat men via constructies als winstverschuivingen probeert de gebruikelijkloonregeling in een aantal jaren te ontgaan. Een dergelijke uitzondering is technisch niet goed te regelen. Het zou op het eerste gezicht voor de hand liggen uit te gaan van de fiscale winst, maar die is vanwege de vrijstellingen toch minder geschikt, zodat hiervoor vermoedelijk een apart winstbegrip zou moeten worden ontwikkeld. De uitvoeringslast voor de belastingdienst zou aanmerkelijk toenemen. De budgettaire derving aan loon- en inkomstenbelasting zou ook zeer fors zijn.

¹²⁷ Kamerstukken II 2008/09, 31 705, nr. 19, p. 8-10.

4.4.4. Welke argumenten zijn het sterkst?

Argument voor het stellen van de gebruikelijkloonregeling op nul in geval van een verliessituatie: De dga voelt zich geen werknemer, maar ondernemer

Ik ben het eens met de auteurs Lammers¹²⁸ en Van Schendel¹²⁹. Zij geven aan dat de dga zich een ondernemer voelt en geen werknemer. Dit is naar mijn mening juist. Het verschil in beleving tussen een IB-ondernemer en de dga is naar mijn mening nihil. Beiden proberen zij een onderneming te drijven, alleen in een andere juridische vorm met andere fiscale gevolgen. De gevolgen van de gebruikelijkloonregeling zijn zeer treffend weergegeven in het voorbeeld van Van Schendel in het hierboven genoemde voorbeeld van de bakker en de slager. De slager, als IB-ondernemer, maakte verlies en had geen last van de uitwerking van de gebruikelijkloonregeling. De bakker, als dga, maakte ook verlies, maar kon niet onder de uitwerking van de gebruikelijkloonregeling uit komen. Het verschil in de behandeling van een IB-ondernemer en een dga door de gebruikelijkloonregeling werkt naar mijn mening onbevredigend. Ik pleit er dan ook voor om de IB-ondernemer en de dga in verliessituaties op dit punt gelijk te behandelen.

Ik ben samen met Lammers van mening dat niet in elke verliessituatie de gebruikelijkloonregeling op nul gesteld dient te worden. Lammers geeft in zijn artikel aan dat het fictieve loon bijvoorbeeld naar beneden kan worden bijgesteld wanneer er als gevolg van toepassing van de gebruikelijkloonregeling een verlies ontstaat, terwijl dit niet het geval is vóór de toepassing van de gebruikelijkloonregeling. Hier sluit ik me bij aan. Lammers geeft vervolgens aan dat om te voorkomen dat een eventueel verlies op bijvoorbeeld een belegging zou kunnen betekenen dat het gebruikelijk loon naar beneden wordt bijgesteld, het zou moeten gaan om de operationele winst van de onderneming en zouden incidentele baten of lasten buiten beschouwing kunnen blijven. Ik sluit me ook hierbij aan. Door in elke verliessituatie het gebruikelijke loon op nul te stellen is naar mijn mening een te ruime uitwerking van deze versoepeling.

Argument voor het stellen van de gebruikelijkloonregeling op nul in geval van een verliessituatie: In verliessituaties werkt de gebruikelijkloonregeling zeer onbevredigend

Aangezien het argument ‘in verliessituaties werkt de gebruikelijkloonregeling zeer onbevredigend’ samenvalt met het hierboven genoemde argument, verwijs ik naar mijn mening bij het bovenstaande argument en zal ik hier verder niet op in gaan.

Argument tegen het stellen van de gebruikelijkloonregeling op nul in geval van een verliessituatie: De dga moet - ook in verliessituaties - zakelijk handelen met zijn BV

De staatssecretaris geeft in zijn notitie¹³⁰ aan dat de dga op zakelijke basis dient te handelen met zijn bv. De staatssecretaris geeft hierbij aan dat het enkele feit dat

¹²⁸ Lammers 2009, par. 5.

¹²⁹ Van Schendel 2011.

¹³⁰ Kamerstukken II 2008/09, 31 705, nr. 19, p. 8-10.

er verlies is, geen reden is om van salaris af te zien. In de argumentatie van de staatssecretaris over de aftopping van de gebruikelijkloonregeling is het zakelijk handelen tussen de dga en zijn BV ook al naar voren gekomen. Naar mijn mening dient de dga altijd zakelijk te handelen met zijn BV, dus ook in verliessituaties. Maar wat is zakelijk handelen in deze situatie? Daar is de staatssecretaris niet op ingegaan. Naar mijn mening is het op nul stellen van het gebruikelijke loon in geval van een verliessituatie namelijk ook zakelijk handelen. Een IB-ondernemer heeft in een verliessituatie geen last van de gebruikelijkloonregeling, dus eigenlijk een gebruikelijk loon van nul. Waarom zou een dga anders behandeld dienen te worden in een verliessituatie dan een IB-ondernemer? Naar mijn mening zijn de dga en de IB-ondernemer namelijk geen tegenpolen van elkaar, maar zeer nauw verwant. Naar mijn mening valt het op nul stellen van het gebruikelijke loon in een verliessituatie dus ook onder het zakelijk handelen tussen de dga en zijn BV.

Argument tegen het stellen van de gebruikelijkloonregeling op nul in geval van een verliessituatie: De dga zal in verliessituaties een oneigenlijk beroep kunnen doen op toeslagen en andere inkomensafhankelijke regelingen

Tevens geeft de staatssecretaris aan dat als in een verliesjaar van de BV een loon van nihil zonder meer mogelijk is, er een oneigenlijk beroep zal worden gedaan op de toeslagen en andere inkomensafhankelijke regelingen. Dit argument heeft de staatssecretaris ook ingebracht tegen het aftoppen van de gebruikelijkloonregeling. Wanneer er in de wet wordt vastgelegd dat er in een verliessituatie het gebruikelijk loon op nul wordt gesteld, is er geen sprake van het kunnen doen van een oneigenlijk beroep op toeslagen en andere inkomensafhankelijke regelingen. Daarnaast heb ik al eerder aangegeven dat een dga en een IB-ondernemer zeer verwant zijn aan elkaar. De dga zou dus in een verliessituatie, net als de IB-ondernemer, een beroep moeten kunnen doen op toeslagen en andere inkomensafhankelijke regelingen, waardoor er dus geen sprake is van een oneigenlijk beroep op deze regelingen.

Argument tegen het stellen van de gebruikelijkloonregeling op nul in geval van een verliessituatie: De huidige wetgeving voorziet reeds in een oplossing voor structurele verliessituaties

Als laatste stelt de staatssecretaris dat de huidige wetgeving reeds voorziet in een oplossing voor structurele verliessituaties. Hierdoor geeft de staatssecretaris in mijn ogen al aan dat hij het er mee eens is dat er in een verliessituatie het gebruikelijke loon op nul wordt gesteld. De staatssecretaris geeft vervolgens als argument om deze versoepeling toch niet in te voeren, dat het invoeren van deze versoepeling ertoe zal leiden dat de dga's via constructies als winstverschuivingen proberen de gebruikelijkloonregeling in een aantal jaren te ontgaan. Daarnaast vindt de staatssecretaris dat een dergelijke uitzondering technisch niet goed is te regelen. Ook zou volgens de staatssecretaris de budgettaire derving aan loon- en inkomstenbelasting zeer fors zijn.

Het eerste argument dat de dga's via constructies als winstverschuivingen zullen gaan proberen de gebruikelijkloonregeling in een aantal jaren te ontgaan snijdt mijn inziens geen hout. Ik vraag mezelf af welke winstverschuivingen de staatssecretaris bedoelt. Naar mijn weten zal een dga in de praktijk ieder jaar een

zo'n laag mogelijk belastbaar bedrag nastreven binnen de grenzen van de wet. Hier heeft de gebruikelijkloonregeling niets mee te maken. Ik vraag me dus af welke 'extra' winstverschuivingen dit dan zouden moeten zijn.

Daarnaast geeft de staatssecretaris aan dat deze versoepeling technisch niet goed is te regelen. Hoewel ik in deze scriptie niet in ga op een eventuele nieuwe wettekst, zou ik de staatssecretaris aan willen bevelen om toch een poging tot een nieuwe wettekst te doen. De recente artt. 15ad en 15e Wet Vpb 1969 zijn immers technisch ook tot stand gekomen.

Tevens zou ik aan de staatssecretaris willen vragen om de geschatte budgettaire derving aan loon- en inkomstenbelasting precies in kaart te brengen. Ik heb geen cijfers kunnen vinden van de budgettaire derving van de loon- en inkomstenbelasting, waardoor ik op dit moment geen oordeel kan geven over de budgettaire derving.

Conclusie

De argumenten voor het stellen van het gebruikelijke loon op nul in geval van verliessituaties zijn naar mijn mening steekhoudend ten opzichte van de argumenten tegen van de staatssecretaris. De gebruikelijkloonregeling dient versoepeld te worden. Het gebruikelijke loon dient op nul gesteld te worden in het geval van een verliessituatie.

4.4.5. Schematisch overzicht

Argumenten ten aanzien van het stellen van het gebruikelijke loon op nul in geval van een verliessituatie	
Argumenten voor:	Argumenten tegen:
1. De dga is een ondernemer, geen werknemer	1. De dga moet - ook in verliessituaties - zakelijk handelen met zijn bv
2. In verliessituaties werkt de gebruikelijkloonregeling zeer onbevredigend	2. De dga zal in verliessituaties een oneigenlijk beroep doen op toeslagen en andere inkomensafhankelijke regelingen
	3. De huidige wetgeving voorziet reeds in een oplossing voor structurele verliessituaties

(de steekhoudende argumenten zijn dikgedrukt weergegeven)

4.4.6. Argumenten voor de invoering van een 'vrijstelling arbeidsloon dga'

Het idee tot invoering van een 'vrijstelling arbeidsloon dga' werd geopperd door de Studiecommissie belastingstelsel in haar rapport 'Continuïteit en vernieuwing: een visie op het belastingstelsel'.¹³¹ Hoe de 'vrijstelling arbeidsloon dga' inhoudelijk uitwerkt zal naar voren komen in de verschillende argumenten voor en tegen de invoering van een 'vrijstelling arbeidsloon dga'.

¹³¹ Studiecommissie belastingstelsel 2010.

Argument 1: De invoering van een ‘vrijstelling arbeidsloon dga’ zorgt voor een meer gelijke fiscale behandeling van de dga en de IB-ondernemer

In het rapport¹³² van de studietoelmissie belastingstelsel wordt een optie geopperd om de gebruikelijkloonregeling te versoepelen. Door deze versoepeling wordt een gelijke behandeling betraht tussen de dga en de IB-ondernemer. In het rapport komt naar voren dat de arbeidsbeloning van de dga via de gebruikelijkloonregeling wordt belast in box 1 tegen maximaal 52%. De arbeidsbeloning van de IB-ondernemer wordt eveneens in box 1 belast, maar - bij een MKB-winstvrijstelling van 15% - per saldo tegen maximaal circa 44%. Een gelijke behandeling van de arbeidsbeloning van de dga kan worden bereikt door ook op het gebruikelijke loon een vrijstelling toe te passen van 15% (een ‘vrijstelling arbeidsbeloning dga’).

Heithuis¹³³ geeft in zijn artikel over het rapport van de studietoelmissie aan dat de Commissie een interessante suggestie doet die meer neutraliteit moet brengen tussen de IB-ondernemer en de dga en die het overdenken waard is. Heithuis stelt dat de Commissie terecht constateert dat de IB-heffing over de salariscomponent - het arbeidsinkomen - bij de IB-ondernemer als onderdeel van de winst uit onderneming geringer wordt belast, namelijk tegen een tarief van maximaal 45,76%, dan dezelfde salariscomponent bij de dga. Bij de dga wordt het salaris immers belast tegen het reguliere box 1-tarief van maximaal 52%. Dit komt, het is al vaker gesignaleerd, omdat de MKB-winstvrijstelling van thans 12% die in 2007 bij de Wet werken aan winst is geïntroduceerd als tegenmaatregel voor de verlaging van het VPB-tarief naar 25,5%, te ruim werkt. De VPB is namelijk slechts verschuldigd over de winst na aftrek van de loonkosten, over het kapitaalinkomen dus; het salaris, het arbeidsinkomen, is immers aftrekbaar voor de VPB. In de IB-winstsfeer bestaat dit onderscheid tussen kapitaalinkomen en arbeidsinkomen niet; beide componenten maken deel uit van de winst uit onderneming en worden als zodanig belast. De MKB-winstvrijstelling had dus, als men het theoretisch zuiver had gedaan, alleen mogen worden berekend over de winst uit onderneming die resulteert nadat hierop een salariscomponent in mindering is gebracht. Feitelijk betekent dit dus een introductie van een gebruikelijkloonregeling in de IB-winstsfeer voor IB-ondernemers. Nu dit niet gebeurt is, is het effect hiervan dat de salariscomponent voor IB-ondernemers aanzienlijk lager wordt belast dan het salaris van dga’s.

4.4.7. Argumenten tegen de invoering van een ‘vrijstelling arbeidsloon dga’

Argument 1: Het evenwicht tussen de belastingheffing over de arbeidsbeloning van de dga en de arbeidsbeloning van de werknemer wordt verstoord

De studietoelmissie belastingstelsel¹³⁴ geeft zelf in het rapport aan dat het evenwicht tussen de arbeidsbeloning van de dga en de arbeidsbeloning van de werknemer wordt verstoord. Er ontstaat dan een verschillende behandeling van looninkomen afhankelijk van de vraag door wie het genoten wordt. De studietoelmissie vraagt zich hierbij af dit wenselijk is. De dga wordt na een

¹³² Studietoelmissie belastingstelsel 2010, p. 98-99.

¹³³ Heithuis 2010.

¹³⁴ Studietoelmissie belastingstelsel 2010, p. 98-99.

‘vrijstelling arbeidsloon dga’ voor zijn arbeidsbeloning maximaal belast tegen circa 44%, terwijl de ‘normale’ werknemer maximaal belast wordt tegen circa 52%. De studietoelichting geeft aan dat de neutraliteit tussen werknemer en dga op dit punt belangrijker te vinden dan de neutraliteit tussen de IB-ondernemer en dga. In dit verband wordt benadrukt dat de Commissie streeft naar meer rechtsvormneutraliteit binnen de winstsfeer, maar niet persé naar een volledige rechtsvormneutraliteit.

Argument 2: De invoering van een ‘vrijstelling arbeidsloon dga’ is een reparatie aan de verkeerde kant, namelijk een reparatie aan de kant van de dga

Heithuis¹³⁵ geeft aan dat de invoering van een ‘vrijstelling arbeidsloon dga’ een interessante gedachte is, maar naar zijn mening een reparatie aan de verkeerde kant. Heithuis geeft aan dat de MKB-winstvrijstelling in 2007 is geïntroduceerd als tegenmaatregel voor de VPB-tariefsverlaging teneinde een vlucht in de BV te voorkomen. Die tegenmaatregel werkt echter, zoals de Commissie ook terecht constateert, te ruim, want hij geldt, zoals gezegd, ook voor de salariscomponent in de winst uit onderneming. Heithuis stelt dat men nu twee dingen kan doen: of in de IB-winstsfeer de MKB-winstvrijstelling alleen in mindering brengen op de kapitaalcomponent van de winst uit onderneming, wat feitelijk dus de introductie van een gebruikelijkloonregeling in de IB-winstsfeer inhoudt, of de MKB-winstvrijstelling ook laten gelden voor het salaris van de dga. De Commissie doet deze laatste suggestie. Effect hiervan is dat arbeidsinkomen en kapitaalinkomen voortaan (min of meer) gelijk worden belast. Maar de vraag rijst waarom dat moet. Economen betogen immers altijd dat kapitaalinkomen niet of nauwelijks kan worden belast vanwege de hoge internationale mobiliteit van dit inkomen, dat in de wereld het hoogste nettorendement na belastingen zoekt. Dit is ook de belangrijkste reden waarom kapitaalinkomen thans in box 3 in de inkomstenbelasting zo matig wordt belast. Dit geldt niet voor het arbeidsinkomen dat wel ho(o)g(er) kan worden belast, omdat dit inkomen minder mobiel is en sterker dan kapitaalinkomen territoriaal is gebonden. Het heeft Heithuis dan ook verbaasd dat hij in het rapport van de Commissie die zeer sterk deze economengeur draagt, dergelijke argumenten ten faveure van een ondernemingswinstbelasting niet heeft aangetroffen, terwijl de Commissie zelf in haar rapport aangeeft dat zij als één van de uitgangspunten ten aanzien van de belastingheffing in de winstsfeer hanteert dat kapitaalinkomen lager dient te worden belast dan arbeidsinkomen. Vanuit deze economische kring breed gedragen gedachte en mede gelet op de door de Commissie zelf geformuleerde uitgangspunten voor de belastingheffing in de winstsfeer, had de Commissie naar de mening van Heithuis moeten kiezen voor reparatie van de te ruim werkende MKB-winstvrijstelling aan de IB-ondernemerskant - door deze te beperken tot de winst uit onderneming exclusief de salariscomponent - in plaats van aan de dga-kant door de introductie van een nieuwe ‘vrijstelling arbeidsbeloning dga’. De ‘vrijstelling arbeidsbeloning dga’ die de Commissie suggereert, doet, zoals de naam van de vrijstelling al doet vermoeden, precies het tegenovergestelde en belast arbeidsinkomen juist gelijk aan kapitaalinkomen, aldus Heithuis.

¹³⁵ Heithuis 2010.

4.4.8. Welke argumenten zijn het sterkst?

Argument voor de invoering van een ‘vrijstelling arbeidsloon dga’: De invoering van een ‘vrijstelling arbeidsloon dga’ zorgt voor een meer gelijke fiscale behandeling van de dga en de IB-ondernemer

In het rapport¹³⁶ van de studietoelmissie belastingstelsel wordt geopperd om een ‘vrijstelling arbeidsloon dga’ in te voeren. Door de invoering van deze vrijstelling ontstaat er een beter evenwicht tussen de behandeling van de dga en de IB-ondernemer.

Hoewel ik voorstander ben van het zo veel mogelijk gelijk behandelen van de dga en de IB-ondernemer, ben ik geen voorstander van de invoering van een ‘vrijstelling arbeidsloon dga’. Zoals Heithuis¹³⁷ al aangeeft werkt de MKB-winstvrijstelling te ruim. De MKB-winstvrijstelling zorgt namelijk voor een aftrek van zowel het kapitaalinkomen als het arbeidsinkomen. In de IB-sfeer is er geen onderscheid tussen het kapitaalinkomen en het arbeidsinkomen. In de VPB-sfeer is dit onderscheid er wel. De MKB-winstvrijstelling zorgt dus bij de IB-ondernemer voor een aftrek van het arbeidsinkomen, terwijl de dga hier geen aftrek voor krijgt. Door de invoering van een ‘vrijstelling arbeidsloon dga’ zou dit recht getrokken kunnen worden.

Doordat de MKB-winstvrijstelling te ruim werkt, wordt dus voorgesteld om een vrijstelling te geven voor het arbeidsloon van de dga. Dit is naar mijn mening een verkeerde correctie. Door een vrijstelling te geven voor het arbeidsloon van de dga creëer je hetzelfde effect als met de MKB-winstvrijstelling. De vrijstelling van het arbeidsloon van de dga werkt dan namelijk ook te ruim. Ik ben het dus eens met Heithuis dat de te ruime werking van de MKB-winstvrijstelling niet gerepareerd dient te worden aan de kant van de dga.

Argument tegen de invoering van een ‘vrijstelling arbeidsloon dga’: Het evenwicht tussen de belastingheffing over de arbeidsbeloning van de dga en de arbeidsbeloning van de werknemer wordt verstoord

Als gevolg van de invoering van een ‘vrijstelling arbeidsbeloning dga’ wordt het arbeidsinkomen van de dga tegen maximaal 44% belast in box 1, ongeveer gelijk met het tarief voor IB-ondernemers. ‘Normale’ werknemers worden thans voor maximaal 52% belast over het arbeidsinkomen. De invoering van een ‘vrijstelling arbeidsloon dga’ zorgt er dus voor dat dga’s lager worden belast dan de normale werknemers voor het arbeidsinkomen. Dit is naar mijn mening niet wenselijk. De IB-ondernemer heeft momenteel als voordeel de MKB-winstvrijstelling, terwijl de dga momenteel het voordeel heeft van uitstel van betaling van belasting, omdat de dga niet verplicht is tot het uitkeren van zijn winst uit zijn bv. De ‘normale’ werknemer heeft deze voordelen niet. Een extra voordeel voor de dga vind ik dus niet wenselijk, zeker gezien het feit dat dit voor een onevenwichtigheid zorgt tussen de behandeling van een ‘normale’ werknemer en de dga.

¹³⁶ Studietoelmissie belastingstelsel 2010, p. 98-99.

¹³⁷ Heithuis 2010.

Argument tegen de invoering van een ‘vrijstelling arbeidsloon dga’: De invoering van een ‘vrijstelling arbeidsloon dga’ is een reparatie aan de verkeerde kant, namelijk een reparatie aan de kant van de dga

Heithuis¹³⁸ geeft naar mijn mening terecht aan dat de invoering van een ‘vrijstelling arbeidsloon dga’ een reparatie is aan de verkeerde kant. Ik ben het met Heithuis eens dat de MKB-winstvrijstelling te ruim uitpakt. Door de MKB-winstvrijstelling verkrijgt de IB-ondernemer een gedeeltelijke vrijstelling op zijn salariscomponent. Door de invoering van een ‘vrijstelling arbeidsloon dga’ verkrijgt de dga ook een gedeeltelijke vrijstelling op zijn salariscomponent. Wanneer de MKB-winstvrijstelling te ruim uitwerkt, zal een ‘vrijstelling arbeidsloon dga’ ook te ruim uitwerken, omdat dit zorgt voor eenzelfde effect.

Wanneer men de te ruime werking van de MKB-winstvrijstelling dus wil aan pakken, dient dit niet te gebeuren aan de zijde van de dga. De te ruime werking van de MKB-winstvrijstelling dient dus aangepakt te worden aan de kant van de IB-ondernemer, aangezien voor de IB-ondernemers de MKB-winstvrijstelling te ruim uitpakt. Het invoeren van een ‘vrijstelling arbeidsloon dga’ zorgt mijns inziens van een extra regeling met een ‘te ruim’ effect.

Conclusie

Het argument ‘de invoering van een ‘vrijstelling arbeidsloon dga’ is een reparatie aan de verkeerde kant, namelijk een reparatie aan de kant van de dga’ is het steekhoudende argument inzake het wel of niet invoeren van een ‘vrijstelling arbeidsloon dga’. Ik ben dus van mening dat de gebruikelijkloonregeling niet versoepeld dient te worden door de invoering van een ‘vrijstelling arbeidsloon dga’.

4.4.9. Schematisch overzicht

Argumenten ten aanzien van de invoering van een ‘vrijstelling arbeidsloon dga’	
Argumenten voor:	Argumenten tegen:
1. De invoering van een ‘vrijstelling arbeidsloon dga’ zorgt voor een gelijkere fiscale behandeling van de dga en de IB-ondernemer	1. Het evenwicht tussen de belastingheffing over de arbeidsbeloning van de dga en de arbeidsbeloning van de werknemer wordt verstoord
	2. De invoering van een ‘vrijstelling arbeidsloon dga’ is een reparatie aan de verkeerde kant, namelijk een reparatie aan de kant van de dga

¹³⁸ Heithuis 2010.

Paragraaf 5

4.3. Tussenconclusie na hoofdstuk 4

In paragraaf 4.2. heb ik als eerste onderzocht of naar mijn mening de gebruikelijkloonregeling dient af te worden geschaft. Ik heb hierbij gebruik gemaakt van de verschillende argumenten voor en tegen afschaffing in de literatuur. De verschillende argumenten zijn:

Argumenten voor:

- De huidige gebruikelijkloonregeling heeft geen functie meer.
- Het afschaffen van de gebruikelijkloonregeling zorgt voor een tijd- en kostenbesparing.

Argumenten tegen:

- De huidige gebruikelijkloonregeling heeft nog steeds een functie.

Ik ben van mening dat het argument tegen afschaffing van de gebruikelijkloonregeling steekhoudend is. Ik ben dus van mening dat de huidige gebruikelijkloonregeling niet dient te worden afgeschaft.

Vervolgens heb ik in paragraaf 4.3. onderzocht of naar mijn mening de gebruikelijkloonregeling afgetopt dient te worden. Hierbij zijn de volgende argumenten afgewogen:

Argumenten voor:

- Het huidige normsalaris ligt boven de thans gestelde premiegrens voor de volksverzekeringen.
- De belastingdienst kan - indien nodig - een hoger gebruikelijk loon aannemelijk maken.

Argumenten tegen:

- Het fiscale inkomen van de dga kan - als gevolg van verschillende aftrekposten - zo laag worden dat een dga toch oneigenlijk gebruik kan maken van inkomensafhankelijke regelingen.
- Heffing IB over 'het verschil' wordt onbeperkt uitgesteld.
- Zakelijk handelen tussen de dga en zijn bv stopt niet bij het maximum van de tweede tariefschijf.
- Het verschil tussen het maximum van de tweede tariefschijf en het huidige ijkloon is 'maar' € 8.000.

Het argument voor aftopping van de gebruikelijkloonregeling is naar mijn mening het meest steekhoudend. Naar mijn oordeel dient de gebruikelijkloonregeling dan ook afgetopt te worden naar de tweede premieschijfgrens.

Nadat ik van mening was dat de gebruikelijkloonregeling afgetopt dient te worden, heb ik in paragraaf 4.4. nog onderzocht of de gebruikelijkloonregeling wellicht nog versoepeld dient te worden. Het versoepelen van de gebruikelijkloonregeling is op te splitsen in (i) het stellen van het gebruikelijk loon op nul in geval van een verliessituatie en (ii) de invoering van een 'vrijstelling arbeidsloon dga'. De eerste

versoepeling bestaat uit de volgende argumenten:

Argumenten voor:

- De dga voelt zich geen werknemer, maar ondernemer.
- In verliessituaties werkt de gebruikelijkloonregeling zeer onbevredigend.

Argumenten tegen:

- De dga moet - ook in verliessituaties - zakelijk handelen met zijn BV.
- De dga zal in verliessituaties een oneigenlijk beroep kunnen doen op toeslagen en andere inkomensafhankelijke regelingen.
- De huidige wetgeving voorziet reeds in een oplossing voor structurele verliessituaties.

Ik ben van mening dat beide argumenten voor versoepeling van de gebruikelijkloonregeling, namelijk het op nul stellen van de gebruikelijkloonregeling in verliessituaties, steekhoudend zijn. Naar mijn oordeel dient de gebruikelijkloonregeling dus zo te worden aangepast dat het in geval van een verliessituatie het gebruikelijke loon op nul dient te worden gesteld.

De tweede versoepeling - de invoering van een 'vrijstelling arbeidsloon dga' - bestaat uit de volgende argumenten voor en tegen:

Argumenten voor:

- De invoering van een 'vrijstelling arbeidsloon dga' zorgt voor een meer gelijke behandeling van de dga en de IB-ondernemer.

Argumenten tegen:

- Het evenwicht tussen de belastingheffing over de arbeidsbeloning van de dga en de arbeidsbeloning van de werknemer wordt verstoord.
- De invoering van een 'vrijstelling arbeidsloon dga' is een reparatie aan de verkeerde kant, namelijk aan de kant van de dga.

Naar mijn mening is het tweede argument tegen de invoering van een 'vrijstelling arbeidsloon dga' steekhoudend. Naar mijn mening dient de een 'vrijstelling arbeidsloon dga' dan ook niet ingevoerd te worden.

Hoofdstuk 5

Conclusie

Paragraaf 1

5.1. De probleemstelling

De probleemstelling van deze scriptie, zoals genoemd in hoofdstuk 1 - de inleiding - is als volgt:

‘Verhoudt de huidige gebruikelijkloonregeling zich nog met doel en strekking van de gebruikelijkloonregeling of zijn er steekhoudende argumenten om de gebruikelijkloonregeling af te schaffen, af te toppen of te versoepelen?’

De probleemstelling is feitelijk onder te verdelen in 4 vragen:

- 1.) Dient de huidige gebruikelijkloonregeling te worden afgeschaft?
- 2.) Dient de huidige gebruikelijkloonregeling te worden afgetopt?
- 3.) Dient de huidige gebruikelijkloonregeling zo te worden aangepast dat er in geval van een verliessituatie het gebruikelijk loon op nul dient te worden gesteld?
- 4.) Dient de huidige gebruikelijkloonregeling aangevuld te worden met een ‘vrijstelling arbeidsloon dga’?

Paragraaf 2

5.2.1. Dient de huidige gebruikelijkloonregeling te worden afgeschaft?

Ik ben van mening dat de huidige gebruikelijkloonregeling niet afgeschaft dient te worden. Ik ben tot deze conclusie gekomen, omdat ik vind dat de huidige gebruikelijkloonregeling nog wel degelijk een functie heeft. De huidige gebruikelijkloonregeling verhoudt zich nog steeds met toenmalige doel en strekking van de gebruikelijkloonregeling. Toenmalige doel en strekking van de gebruikelijkloonregeling is al volgt:

“De gebruikelijkloonregeling strekt ertoe te voorkomen dat ab-werknemers door middel van het geheel of gedeeltelijk afzien van een gebruikelijk loon de heffing van inkomsten- en vermogensbelasting ontgaan of onbedoelde voordelen behalen in de sfeer van de sociale zekerheid en (andere) inkomensafhankelijke voorzieningen. Met een gebruikelijk loon wordt bedoeld een loon dat gelet op de opleiding van de werknemer, de aard en omvang van de werkzaamheden en andere voor de arbeidsmarkt relevante feiten en omstandigheden in het economische verkeer tussen onafhankelijke partijen overeen pleegt te worden gekomen.”

De gebruikelijkloonregeling is ingevoerd en tot op heden in stand gehouden met de volgende vier redenen:

- 1.) *Afzien van salaris:* via het afzien van salaris kan een aanmerkelijkbelanghouder een bedrag aan te betalen belasting uitstellen.

- 2.) *Samenloopregeling in de vermogensbelasting*: het afzien van salaris zorgt voor een belastingbesparing in de vermogensbelasting.
- 3.) *Inkomensafhankelijke regelingen*: door het afzien van salaris daalt het belastbaar inkomen van de dga, waardoor hij eerder in aanmerking komt voor inkomensafhankelijke regelingen.
- 4.) *Premie volksverzekeringen*: door het afzien van salaris dragen de dga's geen premies volksverzekeringen af.

Ik ben het niet eens met de eerste reden. Ik ben me ervan bewust dat door het salaris op nul te stellen de te betalen belasting kan worden uitgesteld, doordat de dga niet verplicht is de winst van zijn bv aan zichzelf uit te delen en geen loonbelasting afdraagt. Ik ben echter van mening dat het probleem van het uitstellen van salaris niet geregeld dient te worden via de gebruikelijkloonregeling, maar via een algemene herziening van het belastingstelsel. De huidige gebruikelijkloonregeling is niet meer van toepassing op de tweede reden, aangezien de vermogensbelasting in het jaar 2001 is afgeschaft. De derde en vierde reden zijn naar mijn mening echter nog steeds van belang. Nederland hanteert namelijk een sociaal stelsel, met als belangrijk beginsel het draagkrachtbeginsel. Wanneer de gebruikelijkloonregeling wordt afgeschaft, kan de dga het loon op nul stellen en een beroep doen op de inkomensafhankelijke regelingen. Ook kunnen zij op die manier ontkomen aan het betalen van premies volksverzekeringen. De gebruikelijkloonregeling dient dus niet afgeschaft te worden, aangezien de derde en vierde reden nog steeds van toepassing zijn.

5.2.2. Dient de huidige gebruikelijkloonregeling te worden afgetopt?

Ik ben dus van mening dat de huidige gebruikelijkloonregeling niet afgeschaft dient te worden. De huidige gebruikelijkloonregeling dient naar mijn mening echter wel afgetopt te worden. De huidige gebruikelijkloonregeling heeft namelijk momenteel een te hoog normbedrag van € 42.000. De gebruikelijkloonregeling is ingevoerd met als reden dat de dga's geen premies volksverzekeringen kunnen ontgaan. De gebruikelijkloonregeling is bij de invoering ook op die manier weergegeven door aan te sluiten bij de maxgrondslag-WAZ. De huidige gebruikelijkloonregeling werkt echter te ver door, gezien de voornoemde achtergrond van de regeling. Ik vind dat de huidige gebruikelijkloonregeling aangepast dient te worden naar de oorspronkelijke achtergrond van de regeling, namelijk dat de gebruikelijkloonregeling zo is bedoeld dat de dga's de premies volksverzekeringen niet kunnen ontgaan. Een juiste uitwerking van de gebruikelijkloonregeling vind ik steekhoudend ten opzichte van de argumenten van de staatssecretaris tegen aftopping van de gebruikelijkloonregeling, zeker gezien het feit dat de belastingdienst kan aantonen dat het gebruikelijke loon hoger dient te liggen dan het nieuwe lagere normbedrag. Het normbedrag van de gebruikelijkloonregeling dient dan ook afgetopt te worden op de huidige premiegrens voor de premies volksverzekeringen, zijnde € 33.863.

5.2.3. Dient de huidige gebruikelijkloonregeling zo te worden aangepast dat er in geval van een verliessituatie het gebruikelijk loon op nul dient te worden gesteld?

Naast dat ik van mening ben dat de huidige gebruikelijkloonregeling afgetopt dient te worden, ben ik ook van mening dat de huidige gebruikelijkloonregeling zo

aangepast dient te worden dat er in geval van een verliessituatie het gebruikelijke loon op nul dient te worden gesteld. Het verschil van behandeling tussen de dga en een IB-ondernemer in geval van een verliessituatie werkt naar mijn mening onbevredigend. Op dit moment heeft een IB-ondernemer recht op inkomensafhankelijke regelingen en hoeft geen premies volksverzekeringen af te dragen, wanneer de IB-ondernemer een verlies heeft. Wanneer de onderneming van de dga een verlies heeft, dient de dga wel premies volksverzekeringen af te dragen en heeft hij geen recht op de inkomensafhankelijke regelingen. Het verschil in beleving tussen een IB-ondernemer en dga is nagenoeg nihil. Omdat dit verschil in beleving zo klein is, pleit ik ervoor om de IB-ondernemer en dga fiscaal zo gelijk mogelijk te behandelen. Fiscale gelijke behandeling tussen de dga en de IB-ondernemer bereikt men - op het punt van de gebruikelijkloonregeling - door het gebruikelijke loon op nul te stellen, wanneer er sprake is van een verlies. Ik ben wel van mening dat niet in elke verliessituatie het gebruikelijke loon op nul dient te worden gesteld. Het gebruikelijke loon kan bijvoorbeeld naar beneden worden gesteld wanneer er als gevolg van toepassing van de gebruikelijkloonregeling een verlies ontstaat, terwijl dit niet het geval is vóór de toepassing van de gebruikelijkloonregeling. Om te voorkomen dat tevens een eventueel verlies op bijvoorbeeld een belegging zou kunnen betekenen dat het gebruikelijke loon naar beneden wordt bijgesteld, zou het mijns inziens moeten gaan om de operationele winst van de onderneming en zouden incidentele baten of lasten buiten beschouwing kunnen blijven.

De bovengenoemde argumenten voor het op nul kunnen stellen van het gebruikelijke loon in geval van een verliessituatie zijn steekhoudend ten opzichte van de argumenten tegen het op nul kunnen stellen. De huidige gebruikelijkloonregeling voorziet al in een situatie, waarin het gebruikelijke loon op nul kan worden gesteld in geval van een structurele verliessituatie. Het gebruikelijke loon op nul stellen in het geval van een 'normale' verliessituatie is mijns inziens een kleine stap. De huidige gebruikelijkloonregeling dient dus naar mijn mening op nul te worden gesteld in geval van een verliessituatie.

5.2.4. Dient de huidige gebruikelijkloonregeling aangevuld te worden met een 'vrijstelling arbeidsloon dga'?

De huidige gebruikelijkloonregeling dient naar mijn mening versoepeld te worden door het gebruikelijke loon op nul te stellen in geval van een verliessituatie. Ik ben echter van mening dat de gebruikelijkloonregeling niet verder versoepeld dient te worden door middel van de invoering van een 'vrijstelling arbeidsloon dga'.

Door middel van de invoering van een 'vrijstelling arbeidsloon dga' worden de IB-ondernemer en de dga fiscaal meer gelijk behandeld. Hoewel ik voorstander ben van het zo veel mogelijk gelijk behandelen van de dga en de IB-ondernemer, ben ik geen voorstander van de invoering van een 'vrijstelling arbeidsloon dga'. De invoering van een 'vrijstelling arbeidsloon dga' wordt namelijk voorgesteld om de te ruime werking van de MKB-winstvrijstelling voor de IB-ondernemer te compenseren bij de dga. Door een 'vrijstelling arbeidsloon dga' in te voeren in de huidige gebruikelijkloonregeling wordt de te ruime uitwerking van de MKB-winstvrijstelling gecompenseerd door een vrijstelling te genereren bij de dga. Door deze vrijstelling in te voeren in de huidige gebruikelijkloonregeling wordt er

hetzelfde effect gecreëerd als bij de MKB-winstvrijstelling, namelijk dat de 'vrijstelling arbeidsloon dga' te ruim uit gaat werken. De te ruime uitwerking van de MKB-winstvrijstelling dient dus niet gerepareerd te worden aan de kant van de dga, omdat er daardoor ook voor de dga een te ruime regeling ontstaat. De te ruime uitwerking van de MKB-winstvrijstelling dient gerepareerd te worden aan de kant van de IB-ondernemer en niet via de uitwerking van de gebruikelijkloonregeling.

De bovengenoemde argumenten tegen de invoering van een 'vrijstelling arbeidsloon dga' zijn mijns inziens steekhoudend tegenover de argumenten voor de invoering van een 'vrijstelling arbeidsloon dga', doordat dit een reparatie vormt aan de verkeerde kant, namelijk aan de kant van de dga. Een 'vrijstelling arbeidsloon dga' dient naar mijn mening dus niet ingevoerd te worden binnen de huidige gebruikelijkloonregeling.

Paragraaf 3

5.3. Slotconclusie

Omtrent de huidige gebruikelijkloonregeling zou ik de volgende aanbevelingen doen:

- 1.) De huidige gebruikelijkloonregeling dient in stand te houden geworden.
- 2.) De huidige gebruikelijkloonregeling dient afgetopt te worden op de huidige premiegrens voor de volksverzekeringen, zijnde € 33.863.
- 3.) De huidige gebruikelijkloonregeling dient versoepeld te worden, zodat het gebruikelijke loon in geval van een verliessituatie op nul gesteld dient te worden.
- 4.) De huidige gebruikelijkloonregeling dient niet versoepeld te worden door middel van de invoering van een 'vrijstelling arbeidsloon dga'.

Literatuurlijst

1. Boeken:

Van den Dool & Heithuis 2009

R.P. van den Dool & E.J.W. Heithuis, *De fiscale positie van de DGA*, Deventer: Kluwer 2009

Freudenthal, Cursus Belastingrecht, VB

R.M. Freudenthal, *Cursus Belastingrecht Vermogensbelasting*, Deventer: Kluwer 2009.

Van der Geld 2009

J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2009.

Marres & Wattel 2009

O.C.R. Marres & P.J. Wattel, *Dividendbelasting*, Deventer: Kluwer 2006.

Sillevis & Van Kempen 2010

L.W. Sillevis & M.L.M. van Kempen, *Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer 2010.

Stevens 2008

L.G.M. Stevens, *Elementair Belastingrecht voor economen en bedrijfsjuristen*, Deventer: Kluwer 2008.

Van Westen 2009

G.W.B. van Westen, *Cursus Belastingrecht Loonbelasting*, Deventer: Kluwer 2009.

2. Artikelen:

Cnossen 1997

S. Cnossen, 'Belastinguitstel = belastingverlaging', *WFR* 1997/269.

Van Dijck 2001

J.E.A.M. van Dijck, 'Gebruikelijk loon', *WFR* 2001/1033.

Emmerig & Van der Waal

B. Emmerig & P.R. Van der Waal, 'De fictief loonregeling', *WFR* 1998/721.

Heithuis 2010

E.J.W. Heithuis, 'Toch maar wel die ondernemingswinstbelasting...', *NTFR* 2010-1843.

Heithuis 2009

E.J.W. Heithuis, 'Notitie fiscale directeur-grotaandeelhouder; een reactie', *WFR* 2009/889.

Jansen 2006

A.M. Jansen, 'Doorbreekt de levensloopregeling de gebruikelijkloonregeling?', *WFR* 1996/6673.

Kavelaars 2009

P. Kavelaars, 'De dga in de loonbelasting-, de sociale verzekerings-, de pensioens- en de internationale sfeer', *TFO* 2009/65.

Lammers 2009

M.J. Lammers, 'Wat willen dga's nou eigenlijk?', *WFR* 2009/601.

Meussen 1997

G.T.K. Meussen, 'De fictiefloonregeling in art. 12a Wet LB 1964', *FED* 1997/870.

Van Schendel 2011

Th.J.M. van Schendel, 'Draagkrachttax', *NTFR* 2011-559.

Stevens 2009

L.G.M. Stevens, 'Fiscale Beleidsnotities 2010', *WFR* 2009/1183.

Stoffer 1983

S. Stoffer, 'Boekbespreking door mr. S Stoffer', *FED* 1983/1306.

Van Westen 2006

G.W.B. van Westen, 'De fictiefloonregeling moet worden afgeschaft', *NTFR* 2006-693.

3. Rapporten en commissies

Rapport Commissie Terbeschikkingstellingsregeling 2005

Rapport van de Commissie terbeschikkingstellingsregeling in de inkomstenbelasting, 's-Gravenhage: Kluwer 2005.

Studiecommissie belastingstelsel 2010

Studiecommissie belastingstelsel: Continuïteit en vernieuwing, een visie op het belastingstelsel, 's-Gravenhage: 2010.

Stukken van de Tweede Kamer der Staten-Generaal:

Kamerstukken II 1958/59, 5380, nr. 3.

Kamerstukken II 1993/94, 23 071.

Kamerstukken II 1995/96, 24 761, B.

Kamerstukken I 1996/97, 24 671, nr. 62b.

Kamerstukken II 1996/97, 24 758, nr. 95b.

Kamerstukken II 1999/00, 27 209.

Kamerstukken II 1999/00, 26 727, nr. 7.

Kamerstukken II, 1999/00, 26 728, nr. 31.

Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 8.

Kamerstukken II 2007/08, 31 206, nr. 3, p. 26.

Kamerstukken II 2008/09, 31 705, nr. 19.

Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3.

Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8.

Kamerstukken II 2009/10, 32 130, nr. 3.

Kamerstukken II 2009/10, 31 705, nr. 23

Kamerstukken II 2010/11, 32 505, nr. 26.

Besluiten:

Besluit Staatssecretaris van Financiën van 22 mei 2001, nr. CPP2001/3172M.

Besluit Staatssecretaris van Financiën van 9 februari 2007, nr. CPP2007/284M.

Besluit Staatssecretaris van Financiën van 15 september 2009, nr. CPP2009/1799M.

Besluit Staatssecretaris van Financiën van 29 november 2010, nr. DGB2010/5419M.

Jurisprudentielijst:

1. Hoge Raad

HR 2 december 1953, *BNB* 1954/22.

HR 4 mei 1955, *BNB* 1955/223.

HR 18 januari 1959, *BNB* 1959/124.

HR 18 november 1959, *BNB* 1959/386.

HR 13 maart 1962, *BNB* 1962/130.

HR 31 mei 1978, *BNB* 1978/252.

HR 8 juli 1986, *BNB* 1986/294-297.

HR 8 juli 1986, *BNB* 1986/297.

HR 8 maart 2002, *BNB* 2002/210.

HR 5 september 2003, *BNB* 2003/379.

HR 17 september 2004, *BNB* 2005/50.

HR 11 november 2005, *BNB* 2006/147.

HR 9 oktober 2009, *BNB* 2009/312.

HR 9 juli 2010, *BNB* 2010/293.

HR 14 oktober 2011, nr. 10/01880.

2. Hof

Hof Amsterdam, 22 april 2010, zaaknr. 08/00999.

Hof 's-Gravenhage 25 maart 2011, nr. 09/00475.