

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics

Bachelorscriptie Fiscale Economie

De beste oplossing voor het gebruikelijk loon.

Naam	Max Hendriks
Studentnummer	357882
E-mail	mjj.hendriks@gmail.com
Begeleider	dr. F.M. Werger
Plaats	Rotterdam
Datum	10 juli 2015

Voorwoord

Na een aantal weken presenteer ik met gepaste trots mijn scriptie over de gebruikelijk-loonregeling. De scriptie dient ter afronding van de bachelor fiscale economie aan de Erasmus Universiteit te Rotterdam.

Voor het resultaat ben ik een bedankwoord verschuldigd aan verschillende mensen. Ten eerste wil ik mijn scriptiebegeleider, dr. F.M. Werger, bedanken voor de begeleiding tijdens het schrijven van de scriptie. Hij heeft mij gestimuleerd zelf over het onderwerp na te denken en hierdoor een eigen mening te vormen die in deze scriptie naar voren komt. Daarnaast wil ik de personen bedanken die mijn scriptie veelvuldig hebben gelezen en waar nodig verbeterd. Nogmaals allen hartelijk bedankt!

10 juli 2015

Max Hendriks

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1.....	6
1.1 Inleiding.....	6
1.2 Probleemstelling	7
1.3 Afbakening	7
1.4 Begrippen.....	8
1.5 Hoofdstukindeling.....	8
Hoofdstuk 2.....	9
2.1 Inleiding.....	9
2.2 Doelstellingen bij invoering	9
2.3 Aanpassingen van doelstellingen.....	11
2.4 Deelconclusie	13
Hoofdstuk 3.....	14
3.1 Inleiding.....	14
3.2 Subjecten	14
3.3 Loonbelasting.....	14
3.4 Verrichten van arbeid	15
3.5 Aanmerkelijk belang in een lichaam hebben.....	15
3.6 Partnerbegrip	16
3.7 Het gebruikelijk loon.....	16
3.7.1 Loon hoger dan €44.000.	16
3.7.2 Loon lager dan €44.000.....	17
3.7.3 Afroommethode	18
3.7.4 Loon lager dan €5.000.....	18
3.8 Knelpunten.....	19
3.8.1 Discussie tussen belastingplichtigen en de inspecteur.....	19
3.8.2 Draagvlak.....	19
3.8.3 Fair Fight.....	20
3.9 Effectiviteit.....	20
3.9.1 Uitvoerbaarheid	20
3.9.2 Eenvoud	21
3.10 Deelconclusie	21
Hoofdstuk 4.....	23
4.1 Inleiding.....	23
4.2 Wijzigingen.....	23

4.2.1 Doelmatigheidsmarge	23
4.2.2 De meest vergelijkbare dienstbetrekking	25
4.2.3 Verbonden lichaam	26
4.3 Doelstellingen anno 2015	27
4.5 Deelconclusie	27
Hoofdstuk 5.....	30
5.1 Inleiding.....	30
5.2 Doelstellingen	30
5.3 Doelmatigheidsmarge.....	30
5.4 Meest vergelijkbare dienstbetrekking	32
5.5 Afroommethode	34
5.6 Doelstellingen	35
5.6 Effectiviteit.....	36
5.6.1 Uitvoerbaarheid	36
5.6.2 Eenvoud	36
5.7 Deelconclusie	37
Hoofdstuk 6.....	39
6.1 Inleiding.....	39
6.2 Gebruikelijk-loonregeling afschaffen.....	39
6.2.1 Uitstel van inkomstenbelasting.....	40
6.2.2 Premieheffing.....	40
6.2.3 Oneigenlijk gebruik inkomensafhankelijke bijdrage.....	41
6.2.4 Tussenconclusie	41
6.3 Aftoppen gebruikelijk-loonregeling	42
6.3.1 Uitstel van inkomstenbelasting.....	43
6.3.2 Premieheffing.....	43
6.3.3 Inkomensafhankelijke regelingen	44
6.3.4 Tussenconclusie	44
6.4 Verankeren afroommethode	45
6.4.1 Uitstellen van Inkomstenbelasting	45
6.4.2 Premieheffing.....	45
6.4.3 Inkomensafhankelijke regelingen	46
6.4.4 Deelconclusie	46
6.5 Versoepelen gebruikelijk-loonregeling	47
6.5.1 Uitstellen van Inkomstenbelasting	47
6.5.2 Premieheffing.....	48

6.5.3 Inkomensafhankelijke regeling	48
6.5.4 Deelconclusie	48
6.6 Meest vergelijkbare dienstbetrekking	49
6.7 De beste oplossing	49
Conclusie	51
Eindconclusie	52
Bronvermelding	54
Boeken	54
Artikelen.....	54
Parlementaire stukken.....	54
Jurisprudentie	55
Overige.....	55

Hoofdstuk 1

1.1 Inleiding

Het fascinerende van de belastingwetgeving is dat deze nooit stilstaat. Zodra de wetgever denkt een ultieme oplossing bedacht te hebben voor een probleem blijkt deze oplossing niet zo waterdicht te zijn als gedacht. Dit leidt vervolgens tot aanpassing van de wet en hopelijk een uitschakeling van het probleem. Op deze manier zijn verscheidene wetten door de jaren heen veranderd. Zo ook de gebruikelijk-loonregeling. Na de wijzigingen van 2001, 2006 en 2010 volgde er in 2015 een nieuwe wijziging aan art. 12a Wet LB 1964.

De gebruikelijk-loonregeling, art. 12a Wet LB 1964, verplicht een DGA (directeur-groootaandeelhouder) om een loon in aanmerking te nemen dat gebruikelijk is voor de werkzaamheden die hij verricht¹. Keert een dergelijke DGA een loon uit dat lager ligt dan dit gebruikelijke loon dan wordt de DGA geacht dit hogere gebruikelijk loon toch te hebben genoten en over dit bedrag loonbelasting en premies volksverzekeringen te betalen. Er ontstaat dus een fictief loon ter grootte van het verschil van het werkelijke loon en het gebruikelijke loon voor de loonbelasting. Om deze reden wordt art. 12a Wet LB 1964 ook wel de fictief-loonregeling genoemd².

Deze scriptie is geschreven naar aanleiding van de wijziging van de gebruikelijk-loonregeling en zal onderzoeken of de problemen die de regeling kent opgelost worden met deze wijziging of dat andere oplossingen beter zijn dan de huidige aanpassing.

¹ Na aftrek van de doelmatigheidsmarge, waarover later meer volgt.

² E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars, B.F. Schuver, *Inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer 2014, p. 305

1.2 Probleemstelling

In deze scriptie onderzoek ik wat de wijziging van de gebruikelijk-loonregeling per 1 januari 2015 voor gevolgen heeft en of met deze gevolgen de beoogde doelstellingen van de wetgever gerealiseerd worden. Hierbij ga ik ook in op andere manieren die de beoogde doelstellingen kunnen bereiken. Om dit te onderzoeken wordt gebruik gemaakt van de volgende probleemstelling.

In hoeverre realiseert de wetgever haar gestelde doelstelling met het per 2015 vernieuwde art. 12a Wet LB 1964? Zijn er daarnaast nog betere manieren om deze doelstellingen op een effectievere manier te bereiken?

Om tot een volledig antwoord te komen van deze probleemstelling zullen de volgende deelvragen beantwoord worden:

- Welke doelstellingen liggen aan de gebruikelijk-loonregeling ten grondslag?
- Hoe luidde het oude art. 12a Wet LB 1964 en welke knelpunten zijn er bij de regeling te onderkennen?
- Wat zijn de aanpassingen aan art. 12a wet LB 1964 en in hoeverre zijn haar doelstellingen gewijzigd?
- Leidt de wijziging van art. 12a wet LB 1962 tot een betere realisatie van de beoogde doelstellingen?
- Zijn er andere manieren om de doelstellingen van de gebruikelijk-loonregeling effectiever te behalen?

1.3 Afbakening

Voor deze scriptie gebruik ik de wettekst van art. 12a wet LB 1964 van 2015 (nieuwe wettekst) en 2014 (oude wettekst). Daarnaast wordt in deze scriptie alleen ingegaan op de gevolgen voor de loonbelasting en eventueel de inkomstenbelasting. Andere wetten waar art. 12a wet LB gevolgen voor kan hebben, komen niet aan bod. Buitenlandse situaties waar de gebruikelijk-loonregeling op van toepassing is, worden ook niet behandeld. De regelingen die verbonden zijn aan art. 12a wet LB 1964 worden ook niet allemaal behandeld. Hiermee wordt bedoeld op de pensioenregelingen. Dit onderwerp is ook niet van belang voor de behandeling van de probleemstelling tenzij anders vermeld.

1.4 Begrippen

Het begrip effectiever ziet in deze scriptie op de uitvoerbaarheid en de vereenvoudiging van de wet. Hierbij wordt de uitvoerbaarheid getoetst aan de hand van de bewijslast en de bijbehorende administratieve last voor zowel de belastinginspecteur als de belastingplichtige. Vereenvoudiging houdt in dat de wet duidelijk toe te passen is en tot minder discussie zal leiden tussen belastingplichtige en de belastingdienst.

Deze beide begrippen worden getoetst op de werking van de oude gebruikelijk-loonregeling, de vernieuwde regeling en bij de beste oplossing voor de gebruikelijk-loonregeling in hoofdstuk zes.

1.5 Hoofdstukindeling

In ieder hoofdstuk staat een deelvraag centraal die wordt beantwoord in een conclusie aan het einde van ieder hoofdstuk. Dit houdt in dat in het tweede hoofdstuk de doelstellingen van de gebruikelijk-loonregeling aan bod komen. Hierbij worden de doelstellingen bij invoering en de bijgekomen of verdwenen doelstellingen ook behandeld. In het derde hoofdstuk wordt naar de werking van de gebruikelijk-loonregeling gekeken. Allereerst wordt uiteen gezet wie de subjecten zijn van de gebruikelijk-loonregeling waarna er wordt ingegaan op hoe de regeling uitwerkt voor deze subjecten. Ook worden de knelpunten van art. 12a wet LB 1964 besproken. Hoofdstuk vier zet uiteen wat de wijzigingen van de gebruikelijk-loonregeling zijn, wat deze inhouden en of de doelstellingen van de gebruikelijk-loonregeling zijn gewijzigd per 1 januari 2015. Of de aanpassingen leiden tot een betere realisatie van de doelstelling wordt in het vijfde hoofdstuk behandeld. Ten slotte gaat hoofdstuk zes in op alternatieve methoden om de doelstelling van de gebruikelijk-loonregeling effectiever te realiseren.

Hoofdstuk 2

2.1 Inleiding

De doelstellingen die aan de gebruikelijk-loonregeling ten grondslag liggen worden in dit hoofdstuk behandeld. Ten eerste wordt de aanleiding tot de regeling behandeld. Vervolgens zal worden ingegaan op de aanpassingen van de doelstellingen die in de loop der jaren hebben plaatsgevonden.

2.2 Doelstellingen bij invoering

Bij invoering van de gebruikelijk-loonregeling in 1997 was de primaire doelstelling van de wetgever om belastinguitstel en belastingontwijking tegen te gaan³. De aanmerkelijk-belanghouder had en heeft erg veel ruimte om de hoogte van zijn inkomen te bepalen. Deze vrijheid leidde er toe dat DGA's hun inkomen op een fiscaal voordelige manier gingen verdelen. Zo kon een DGA realiseren om geen inkomstenbelasting te betalen. Hierdoor werd er een voordeel behaald op de toen geldende vermogensbelasting aangezien het genoten loon in het voorgaande jaar in de grondslag van de vermogensbelasting lag. Door het loon laag te zetten werd er vermogensbelasting ontweken. Daarnaast leidde het niet uitkeren van loon er toe dat er inkomstenbelasting ontgaan werd, kon de kostenbesparing door het niet uitbetalen van loon worden opgepot in het lichaam en er ontstond een arbitragemogelijkheid. Ook dit wenste de wetgever tegen te gaan bij invoering van de gebruikelijk-loonregeling⁴.

De arbitragemogelijkheid die ontstond lag in het verschil tussen het gecombineerde tarief van de vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting enerzijds en de loonbelasting anderzijds. Het toen geldende toptarief van de loonbelasting bedroeg 60%⁵ voor het loon boven de 97.422 gulden. De belastingdruk voor een aanmerkelijk belang in de inkomstenbelasting bedroeg 20%⁶. Het vennootschapsbelastingtarief dat men in 1997 kende bedroeg 35% of 36% afhankelijk van hoeveel winst het lichaam maakte⁷. Wanneer deze tarieven bij elkaar opgeteld worden leidt dit tot een belastingdruk van 48% - 48,8% afhankelijk van de hoeveelheid winst die wordt gemaakt. Door deze mogelijkheid kan een tariefvoordeel behaald worden door een loon te nemen van fl. 97.422 en het meerdere als dividend uit te keren. Hierdoor wordt het toptarief van 60% ontweken en is er een effectief

³ Kamerstukken II, 1996/97, 24 761, nr 3, p 34

⁴ Kamerstukken II, 1996/97, 24 761, nr 3, p 33.

⁵ Art 20a Wet LB 1964, wettekst van 1997.

⁶ E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars, B.F. Schuver, Inkomstenbelasting, Deventer: Kluwer 2014, p. 549

⁷ Art 22 wet VPB, wettekst 1997.

tarief van 48%.

Er is echter nog een voordeel te behalen door geen loon te genieten. Wanneer er namelijk geen loon wordt betaald, wordt de winst hoger. Hierover is vennootschapsbelasting verschuldigd tegen een tarief van 35%. Wanneer het doel van een belastingplichtige het laten renderen van deze winst is, kan het voordeliger zijn om dit in de onderneming te doen dan in de privé sfeer. Wanneer dit in privé gebeurt, is er namelijk eerst 35% vennootschapsbelasting over verschuldigd en vervolgens nog eens 20% inkomstenbelasting. Door de winst niet uit te keren, wordt dus 20% belasting bespaard die in de onderneming kan gaan renderen en waardoor een hoger bedrag aan rendement gerealiseerd kan worden.

Al snel volgde een volgende doelstelling die in de initiële kamerstukken niet aan de orde was gekomen. Het ging hierbij om de premiegrondslag van de volksverzekeringen en het benutten van inkomensafhankelijke regelingen. Door het loon dusdanig laag vast te stellen is het mogelijk om in aanmerking te komen voor inkomensafhankelijke regelingen, bijvoorbeeld de zorgtoeslag of de huurtoeslag. Deze toeslagen sluiten aan bij de hoogte van het belastbare loon. Wanneer een DGA zijn belastbare loon onder een bepaald bedrag houdt dan zou de DGA hier recht op hebben terwijl de regeling over het algemeen niet bedoeld is voor deze personen⁸.

De wetgever ging hier ook in op de situatie dat DGA's een dusdanig laag loon genieten waardoor zij niet het hoogste bedrag aan premies voor de volksverzekeringen hoeven te betalen terwijl zij bijvoorbeeld bij het bereiken van de AOW-leeftijd wel voor 100% gebruik konden maken deze volksverzekering. Dit heeft op nationaal niveau het effect dat de premies zullen stijgen omdat een kleinere groep mensen deze lasten moet dragen⁹.

⁸ Brief Staatssecretaris van Financiën van 21 januari 1998, nr DB97/2769

⁹ Brief Staatssecretaris van Financiën van 21 januari 1998, nr DB97/2769

2.3 Aanpassingen van doelstellingen

In 2001 heeft de inkomstenbelasting een nieuwe systematiek gekregen. De gebruikelijk-loonregeling is terug te vinden in de loonbelasting maar door de grote verknochtheid van de loonbelasting met de inkomstenbelasting heeft deze nieuwe systematiek gevolgen gehad voor de doelstellingen van de gebruikelijk-loonregeling.

Het voordeel dat behaald kon worden in de vermogensbelasting is door de nieuwe systematiek verdwenen. De vermogensbelasting is in 2001 komen te vervallen. Vermogen wordt tegenwoordig in box drie belast tegen een forfaitair rendement van 4%¹⁰. De hoogte van het loon wordt hier niet in de grondslag betrokken. Dit leidt er toe dat het tegengaan van het ontwijken van vermogensbelasting niet meer tot doelstelling van de gebruikelijk-loonregeling geldt.

Toch is er niet voor gekozen om de gebruikelijk-loonregeling op te heffen bij de invoering van de herziening van de inkomstenbelasting in 2001. Het college van belastingadviseurs bepleitten dat het nut van de gebruikelijk-loonregeling was komen te vervallen aangezien de vermogensbelasting niet meer bestond. De staatssecretaris gaf in de Veegwet en inventarisatie knelpunten en invoeringsproblemen belastingherziening 2001 een antwoord op de uitspraak van het college van belastingadviseurs. Hierin zei de staatssecretaris dat naast het ontgaan van vermogensbelasting en het uitstellen van inkomstenbelasting dat ook het argument van de premies volksverzekeringen en de inkomensafhankelijke regelingen tot de doelstellingen van de gebruikelijk-loonregeling horen. Door deze laatste twee doelstellingen is de handhaving van de gebruikelijk-loonregeling goed te rijmen binnen de loonbelasting, aldus de staatssecretaris.

¹⁰ Art 5.2, Wet inkomstenbelasting 2001.

In 2006 is de gebruikelijk-loonregeling gewijzigd. Ondertussen was de gebruikelijk-loonregeling goed geïntegreerd en een regeling voor de overheid om ongewenst gedrag tegen te gaan. De wettekst van de gebruikelijk-loonregeling is in 2006 inhoudelijk niet erg veranderd. De wijziging die werd ingevoerd had als doel de regeling te verduidelijken¹¹. Er is in deze memorie van toelichting tevens ingegaan op de doelstelling van de gebruikelijk-loonregeling. Deze regeling beoogt te voorkomen dat DGA's die arbeid verrichten voor hun onderneming belasting en premies volksverzekeringen besparen en onbedoelde voordelen behalen in de sfeer van de inkomensafhankelijke regelingen, door geheel of gedeeltelijk van een gebruikelijk loon af te zien, aldus de memorie van toelichting¹². Hierin wordt de doelstelling die in 2001 aan de gebruikelijk-loonregeling is gesteld bevestigd en zijn er geen verdere wijzigingen van de doelstelling.

Vervolgens is in 2010 opnieuw een wijziging doorgevoerd van de gebruikelijk-loonregeling. Ook hier werden de doelstellingen die aan de gebruikelijk-loonregeling ten grondslag liggen herhaald. Hier wordt het ontgaan van de premies volksverzekeringen, het oneigenlijke gebruik van de inkomensafhankelijke bijdrages en het uitstellen van de inkomstenbelasting herhaald¹³.

Ten slotte is per 1 januari 2015 de gebruikelijk-loonregeling nog gewijzigd. In hoofdstuk vier worden de doelstellingen die ten grondslag aan deze wijziging liggen behandeld.

¹¹ Kamerstukken II, 2005/06, 30 200, nr 3, p 1.

¹² Kamerstukken II, 2005/06, 30 200, nr 3, p 7.

¹³ VN 2009/24.6, Notitie fiscale positie directeur-groootaandeelhouder, p 6.

2.4 Deelconclusie

Bij invoering van de gebruikelijk-loonregeling was het voornaamste doel het tegengaan van het ontwijken van vermogensbelasting. Daarnaast werd ook de arbitragemogelijkheid aangehaald als een reden tot invoering van de gebruikelijk-loonregeling. Door het niet uitkeren van loon was een belastingvoordeel te behalen. Doordat de inkomstenbelasting niet meer uitgesteld kon worden door deze regeling werd ook voor een deel iets aan de arbitragemogelijkheid gedaan die bestond voor een DGA. Al snel na invoering werden ook de uitholling van de premies volksverzekeringen en het oneigenlijke gebruik van de inkomensafhankelijke bijdrage zorgverzekeringswet als doelstellingen toegevoegd. In 2001 is de inkomstenbelasting volledig herzien waarbij de vermogensbelasting werd opgeheven en vermogen forfaitair belast werd in de inkomstenbelasting. Hierbij ging de initiële doelstelling van de gebruikelijk-loonregeling verloren, namelijk het tegengaan van ontwijking van vermogensbelasting door de DGA. Toch is er niet voor gekozen de gebruikelijk-loonregeling af te schaffen. De andere doelstellingen die aan de gebruikelijk-loonregeling ten grondslag liggen gelden namelijk nog wel. Zo werden in alle wijzigingen van de gebruikelijk-loonregeling vanaf 2001 als doelstellingen het uitstellen van inkomstenbelasting, het uithollen van de premies volksverzekeringen en het oneigenlijk gebruik van de inkomensafhankelijke regelingen genoemd.

Hoofdstuk 3

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de werking van art. 12a wet LB 1964 zoals deze in 2014 gold. Allereerst wordt behandeld wie de subjecten van de regeling zijn. Vervolgens wordt de werking van de regeling van deze subjecten behandeld aan de hand van de wet en de rechtspraak. Aansluitend worden enkele knelpunten van de regeling behandeld. Alvorens de conclusie te schrijven zal er ingegaan worden op de effectiviteit van de oude regeling.

3.2 Subjecten

In lid 1 van art. 12a Wet LB 1964 worden twee eisen gesteld waaraan een belastingplichtige moet voldoen om subject te worden voor deze regeling. De belastingplichtige moet arbeid verrichten in het lichaam en de belastingplichtige of zijn partner moet een aanmerkelijk belang hebben in dat lichaam waarin deze werkzaamheden verricht worden. Alvorens op deze twee vereisten in te gaan zal eerst de ingang tot de loonbelasting besproken worden.

3.3 Loonbelasting

Er dient op basis van art. 2 lid 1 Wet LB 1964 een dienstbetrekking aanwezig te zijn om toe te kunnen komen aan de loonbelasting. Voor de aanwezigheid van een dienstbetrekking dient er een gezagsverhouding te zijn, loon betaald te worden en dient er persoonlijke arbeid verricht te worden¹⁴. De DGA verricht een zekere tijd persoonlijke arbeid. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 8 december 1943 uitgesproken dat een DGA een gezagsverhouding heeft tot de aandeelhoudersvergadering¹⁵. Aan het verrichten van arbeid wordt eigenlijk altijd wel voldaan. Dit zal in de volgende paragraaf behandeld worden. Het is echter de vraag of een DGA aan het laatste criterium van het ontvangen van loon voldoet. Een DGA heeft zelf de bevoegdheid om zijn loon te bepalen. De DGA kan dus vrij gemakkelijk buiten de loonbelasting vallen, omdat deze geen dienstbetrekking heeft tot zijn onderneming omdat er geen loon betaald hoeft te worden. Om deze reden is art. 4 onderdeel d Wet LB 1964 juncto art. 2h uitvoeringsbesluit LB 1965 opgenomen. Door dit artikel is er een fictieve dienstbetrekking tussen de DGA en zijn onderneming. Deze dienstbetrekking creëert de mogelijkheid om de DGA altijd in de loonbelasting te kunnen betrekken.

¹⁴E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars, B.F. Schuwer, *Inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer 2014. P 288 - 290

¹⁵HR 8 december 1943, B.7745

3.4 Verrichten van arbeid

De belastingplichtige moet arbeid verrichten ten behoeve van een lichaam waarin hij of zijn partner een aanmerkelijk belang heeft. Het arbeid-begrip dat de loonbelasting gebruikt is een ruim begrip. Een duidelijke definitie van dit begrip ontbreekt nog maar passieve arbeid zoals het houden van wachtdiensten, valt onder arbeid. Een zaak waarin de Hoge Raad oordeelde dat er geen sprake is van arbeid is in HR 20 november 1996. Hierin bepaalde de Hoge Raad dat het puur aanwezig zijn en er geen arbeidsprestatie wordt verlangd, er geen sprake is van arbeid¹⁶. Mede door deze rechtspraak voldoet een belastingplichtige al snel aan het arbeidscriterium¹⁷.

3.5 Aanmerkelijk belang in een lichaam hebben.

Voor het bezitten van een aanmerkelijk belang wordt aangesloten bij de definitie van de inkomstenbelasting¹⁸. In art. 4.6 Wet IB 2001 staat wanneer men spreekt van een aanmerkelijk belang. Een belastingplichtige heeft een aandelenbelang nodig van ten minste vijf procent van het geplaatste kapitaal. Rechten, winstbewijzen en stemrechten ter grootte van vijf procent vallen ook onder een aanmerkelijk belang. Naast deze ‘reguliere’ vormen van het aanmerkelijk belang vallen het fictief aanmerkelijk belang en het belang ten gevolge van de meetrekregeling ook onder de definitie die de gebruikelijk-loonregeling hanteert. Voor de definitie van een lichaam wordt aansluiting gemaakt met de definitie van art. 2 en 3 van de Vennootschapsbelasting. Naast de NV’s en BV’s die wel bekend zijn voor deze belasting vallen ook de coöperatie en de open commanditaire vennootschap onder deze definitie. Door de Hoge Raad is besloten dat een vereniging in specifieke gevallen ook als lichaam voor de gebruikelijk-loonregeling kan kwalificeren¹⁹.

¹⁶ HR 20 november 1996, BNB 1997/97

¹⁷ A.L. Mertens, Het beginsel van de minste pijn, *Ars Aequi Libri*, Nijmegen, 2012, p 35 - 36

¹⁸ Art 2h lid 2b uitvoeringsbesluit Loonbelasting 1965.

¹⁹ HR 23 november 2012, BNB 2013/42

3.6 Partnerbegrip

Als laatste aspect van de gebruikelijk-loonregeling wordt gesproken van een partner. Art. 2h uitvoeringsbesluit LB 1965 verwijst voor de definitie van dit begrip naar de ter beschikkingstellingsregeling van art. 3.91 Wet IB 2001. Dit partnerbegrip sluit aan bij de definitie van art. 5a AWR en art. 1.2 Wet IB 2001 wat leidt tot het partnerbegrip volgens de inkomstenbelasting.

3.7 Het gebruikelijk loon

Voor het loonbegrip van de gebruikelijk-loonregeling wordt het loonbegrip van de loonbelasting gebruikt. Hieronder valt dus ook de bijtelling van het privégebruik van de auto. De bijdrage van de DGA in een pensioenregeling moet wel van dit loon afgetrokken worden voor de toets van art. 12a wet LB 1964²⁰.

Art. 12a wet LB 1964 past het loon van een DGA aan naar een loon dat in het economisch verkeer gebruikelijk is. Wat nu precies een gebruikelijk loon is leidt tot veel discussie tussen de inspecteur en belastingplichtige. Vaak wordt er gerefereerd naar een zakelijk loon gebaseerd op de CUP-methode²¹. Deze comparable uncontrolled price komt tot stand door een vergelijking te maken met het loon van een werknemer die vergelijkbare werkzaamheden verricht en die geen aanmerkelijk belang houdt in het lichaam waarvoor hij arbeid verricht²². In art. 12a wet LB 1964 spreekt men van een bedrag van €44.000. De inspecteur en de belastingplichtige kunnen vervolgens beargumenteren of het gebruikelijke loon hoger dan wel lager vastgesteld dient te worden aan de hand van hetgeen gebruikelijk is.

3.7.1 Loon hoger dan €44.000.

De inspecteur heeft de mogelijkheid om het loon hoger vast te stellen dan het normbedrag van de gebruikelijk-loonregeling. De inspecteur moet hiervoor aannemelijk maken dat dit hogere bedrag gebruikelijk is voor een soortgelijke dienstbetrekking waarbij een aanmerkelijk belang geen rol speelt.

²⁰ D.V.E.M. van der Wiel-Rammeloo, *Loonheffingen*, Kluwer, Deventer, 2013, p 127.

²¹ Een tweede methode ter vaststelling van het gebruikelijk loon is de afroonmethode waar verderop op wordt ingegaan.

²² Dr F.M. Werger, *De Wet inkomstenbelasting 2001*, SDU uitgevers, Den Haag, 2013, p 280.

Vervolgens gebruikt art. 12a Wet LB een doelmatigheidsmarge van 30%. Dit houdt in dat het loon wordt vastgesteld op 70% van wat in het economisch verkeer gebruikelijk is. Ter illustratie het voorbeeld waarbij een werknemer die vergelijkbare werkzaamheden verricht een loon geniet van €150.000. Art. 12a Wet LB stelt het loon dan op €105.000 wat 70% is van €150.000. Deze doelmatigheidsmarge kan echter ingeperkt worden. Het loon van de DGA mag namelijk niet lager zijn dan het loon van een werknemer met een dienstbetrekking met het lichaam, of een verbonden lichaam van dat lichaam. Tenzij deze werknemer beschikt over specifieke en schaarse deskundigheid waardoor het niet ongebruikelijk is dat het loon van deze werknemer hoger is dan dat van de DGA²³. De andere situatie waarbij de doelmatigheidsmarge wordt ingeperkt doet zich voor wanneer het loon na toepassing van de doelmatigheidsmarge lager is dan het normbedrag van €44.000.

3.7.2 Loon lager dan €44.000

Er kunnen zich echter situaties voordoen waarbij de hoogte van het gebruikelijk loon lager gesteld dient te worden dan €44.000. De belastingplichtige dient in dit geval aannemelijk te maken dat een lager loon gebruikelijk is. Uit verschillende uitspraken van de Hoge Raad en rechtbanken worden drie situaties genoemd waarbij het gebruikelijk loon lager gesteld mag worden dan het normbedrag. Ten eerste bij de situatie waarbij de DGA een deeltijdfunctie verricht. Daarbij zal de belastingplichtige alsnog aannemelijk moeten maken dat bij een dergelijke deeltijdfunctie het loon in een soortgelijke dienstbetrekking lager is dan €44.000. Wanneer er alleen vermogensbeheer plaatsvindt, is het ook mogelijk om het loon lager dan €44.000 te stellen. Ten slotte wordt een lager loon toegestaan wanneer een hoger loon een bedreiging vormt voor het voortbestaan van het lichaam²⁴.

²³ Kamerstukken II, 2014/15, 34002, nr 3, p 54

²⁴ E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars, B.F. Schuver, *Inkomstenbelasting*, Kluwer, Deventer, 2014, p 307

3.7.3 Afroommethode

In zijn arrest bepaalde de Hoge Raad dat naast een vergelijkbare dienstbetrekking ook de afroommethode gebruikt kan worden ter bepaling van het gebruikelijk loon²⁵. De Hoge Raad bepaalde dat in een lichaam waarin de opbrengsten nagenoeg geheel – tenminste voor 90% - voortvloeien uit de werkzaamheden van de DGA in zijn hoedanigheid als werknemer de afroommethode toegepast kan worden. Bij deze methode worden van de opbrengsten van het lichaam de kosten ter verwerving van die opbrengsten exclusief het loon, afschrijvingen en lasten afgetrokken. Het bedrag dat uit deze berekening volgt wordt aangemerkt als het gebruikelijk loon. Het bereik van de afroommethode is door twee arresten in 2012 ingeperkt vergeleken met het brede bereik van de uitspraak in 2004 waardoor de methode niet vaak toegepast kan worden. Hierdoor is het een secundaire methode geworden in het geval een vergelijkbare dienstbetrekking niet toereikend is voor de bepaling van de hoogte van het gebruikelijk loon²⁶.

3.7.4 Loon lager dan €5.000

Op 1 januari 2010 is een derde lid toegevoegd aan de gebruikelijk-loonregeling. Deze regel komt er, kort gezegd, op neer dat wanneer een gebruikelijk loon lager is dan €5.000 per jaar, de gebruikelijk-loonregeling geen toepassing vindt. Deze regeling ziet voornamelijk op DGA's die weinig werkzaamheden verrichten zoals bijvoorbeeld in een beleggingslichaam. De administratieve last die een dergelijke DGA heeft om iedere maand een aangifte loonheffingen in te voeren en de loonadministratie bij te houden, leiden tot veel frustraties bij belastingplichtigen. De staatssecretaris is hierin tegemoet gekomen door de €5.000 euro grens in te voeren waarbij geen loonadministratie bijgehouden hoeft te worden²⁷.

²⁵ HR 17 september 2004, BNB 2005/50

²⁶ J.P. Boer, Gebruikelijk loon: vergelijkings- of afroommethode, NTFR 25 april 2013

²⁷ VN 2009/24.6, Notitie fiscale positie directeur-groootaandeelhouder, p 8

3.8 Knelpunten

Sinds de invoering van de gebruikelijk-loonregeling is er veel discussie ontstaan omtrent de regeling. Zeker toen in 2001 de inkomstenbelasting werd herzien en de vermogensbelasting, zoals men hem tot dan toe kende, verdween gingen er veel geluiden op dat de regeling overbodig was geworden. De vermogensbelasting kon namelijk niet meer ontweken worden en hiermee was een van de belangrijkste doelstellingen van de gebruikelijk-loonregeling ook verdwenen²⁸.

3.8.1 Discussie tussen belastingplichtigen en de inspecteur

Het grootste knelpunt van de gebruikelijk-loonregeling is de discussie tussen belastingplichtigen en de inspecteur bij de vaststelling van de hoogte van een gebruikelijk loon. Om te slagen in de bewijslast dient aannemelijk gemaakt te worden dat het loon dat bepaald is, een zakelijk loon is dat een werknemer die geen aanmerkelijk belang heeft ook zou genieten bij soortgelijke werkzaamheden. Er moet gekeken worden of de werkzaamheden wel soortgelijk zijn en of die functie die deze werknemer heeft wel te vergelijken is. Slaagt de inspecteur hier in dan zal de belastingplichtige op zoek moeten gaan naar een soortgelijke dienstbetrekking die het tegendeel kan bewijzen. Dit kan een lastige opgave zijn²⁹.

3.8.2 Draagvlak

De hoofddoelstelling bij de invoering van art. 12a wet LB 1964 was het tegengaan van het ontwijken van vermogensbelasting. Toen in 2001 de inkomstenbelasting werd herzien is deze doelstelling komen te vervallen en is er nog meer kritiek op de regeling geweest. Zelfs bij invoering van de gebruikelijk-loonregeling schreven Emmerig en Van der Waal al over het afschaffen van de regeling indien de vermogensbelasting kwam te vervallen³⁰. De regeling is in hun ogen weinig doordacht en onpraktisch in de uitvoering. Ook meer recentelijk werd er met weinig sympathie over de gebruikelijk-loonregeling geschreven vanwege de overbodigheid en onduidelijkheid ervan³¹.

²⁸ J.E.A.M. Van Dijck, Gebruikelijk loon, WFR 2001/1033

²⁹ G.W.B. Van Westen, De fictiefloonregeling moet worden afgeschaft, NTFR2006/693

³⁰ B. Emmerig; P.R. Van der Waal, De fictiefloonregeling, WFR 1998/721

³¹ L.G.M. Stevens, Fiscale beleidsnotities 2011, WFR2010/1200

3.8.3 Fair Fight

De belastingdienst bezit in de meeste gevallen over meer beschikbare gegevens dan een belastingplichtige. Hierdoor heeft de inspecteur een voordeel in het aannemelijk maken op de op hem rustende bewijslast. De inspecteur heeft een grote organisatie achter zich met veel middelen om een gebruikelijk loon te kunnen bepalen. Daarnaast kan de inspecteur in enkele gevallen gebruikmaken van de afroommethode die op basis van de wettekst niet eens toegestaan is. Door deze middelen heeft de inspecteur een voordeel op de belastingplichtige die onder druk gezet kan worden. Een procedure aanspannen kost de belastingplichtige energie en geld waar hij niet op zit te wachten³².

3.9 Effectiviteit

De effectiviteit van de oude gebruikelijk-loonregeling is verre van ideaal. Door verschillende knelpunten die de regeling heeft is de regel niet effectief op verschillende vlakken.

3.9.1 Uitvoerbaarheid

Een inspecteur dient aannemelijk te maken dat een loon hoger dan €44.000 gebruikelijk is voor de werkzaamheden die een DGA verricht in zijn onderneming. Zoals al eerder gezegd dient hij hierbij een vergelijking te maken met een soortgelijke dienstbetrekking. Daarnaast kan de inspecteur in enkele gevallen gebruik maken van de afroommethode om de hoogte van het gebruikelijk loon vast te stellen. De administratieve lasten voor de inspecteur zien dus op de werkzaamheden die hij moet doen om een gebruikelijk loon aannemelijk te maken. Dit is echter de gebruikelijke gang van zaken in de fiscaliteit. De partij die iets anders beweert zal dit aannemelijk moeten maken.

De belastingplichtige is aan zet wanneer deze een gebruikelijk loon lager dan €44.000 aannemelijk wilt maken. Hiervoor geldt hetzelfde als voor de belastinginspecteur waar er een vergelijking gemaakt moet worden met een soortgelijke dienstbetrekking en het bijbehorende loon.

³² G.W.B. Van Westen, De fictiefloonregeling moet worden afgeschaft, NTFR2006/693

3.9.2 Eenvoud

In menig artikel wordt beweerd dat de gebruikelijk-loonregeling een moeilijk toe te passen regeling is en daarom tot veel discussie leidt³³. Belastingplichtigen ervaren het als onrechtvaardig om voor een fictief loon belast te worden waar zij van mening zijn dat het gestelde loon wel een gebruikelijk loon is. Hierdoor zijn er bij de oude regeling vaak discussies tussen de belastingplichtige en de inspecteur.

3.10 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is behandeld hoe de gebruikelijk-loonregeling werkt en wie er subject aan zijn. Aansluitend zijn de knelpunten van de regeling aan bod gekomen.

De ingang tot de loonbelasting is de fictieve dienstbetrekking die een DGA heeft op basis van art. 4 Wet LB 1964 juncto art. 2h uitvoeringsbesluit LB 1965. Van het verrichten van arbeid is aan de hand van de jurisprudentie eigenlijk altijd wel sprake bij een DGA. Voor het aanmerkelijk belang- en partnerbegrip wordt aangesloten bij de definitie die voor de inkomstenbelasting geldt.

Voor de bepaling van de hoogte van het gebruikelijk loon geldt een normbedrag van €44.000. Het is aan de belastingplichtige om aannemelijk te maken dat een lager loon gebruikelijk is voor de werkzaamheden die hij verricht. Voor een gebruikelijk loon dat hoger is dan €44.000 is de inspecteur aan zet. Hierbij dient de inspecteur rekening te houden met een doelmatigheidsmarge van 30% tenzij een werknemer van de DGA een hoger loon geniet. Dan kan het loon van de DGA aan dit loon gelijkgesteld worden. Als het gebruikelijk loon door de doelmatigheidsmarge lager komt te liggen dan €44.000 dan zal het loon ook op €44.000 gesteld worden.

Naast een vergelijking te maken met een soortgelijke dienstbetrekking heeft de inspecteur ook de mogelijkheid om in bepaalde situaties de afroommethode toe te passen. Het toepassingsbereik van deze methode is echter door de arresten in 2012 weer ingeperkt en toepasbaar op enkele specifieke situaties. Daarnaast is in 2010 een derde lid ingevoerd die er voor zorgt dat een DGA die een gebruikelijk loon lager dan €5.000 heeft geen loonadministratie hoeft bij te houden en dat de gebruikelijk-loonregeling ook niet van toepassing is.

³³ G.W.B. Van Westen, De fictiefloonregeling moet worden afgeschaft, NTFR2006/693

De drie grootste knelpunten van de gebruikelijk-loonregeling zijn de discussie die de belastingplichtige en in de inspecteur vaak hebben, het draagvlak dat door afschaffing van de vermogensbelasting vrijwel is verdwenen en dat er geen sprake is van een fair fight tussen belastingplichtige en de inspecteur.

De uitvoerbaarheid van de oude regeling is er één die vaak gebruikt wordt in de fiscaliteit. Hierdoor is deze goed te rijmen binnen het fiscale stelsel. De regeling levert wel de nodige discussie op tussen belastingplichtige en de inspecteur door verschillende standpunten van de inspecteur en de belastingplichtige.

Hoofdstuk 4

4.1 Inleiding

In het belastingplan 2015 streeft het kabinet naar een complexiteitsreductie³⁴. Daarnaast is er ook een begrotingstechnische aanpassing in de wetgeving. In dit belastingplan gaat de wetgever ook in op art. 12a wet LB 1964 en is dit artikel gewijzigd per 1 januari 2015. In dit hoofdstuk worden de wijzigingen van de gebruikelijk-loonregeling en de doelstellingen van deze wijziging per 1 januari 2015 nader besproken. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

4.2 Wijzigingen

In de memorie van toelichting worden de drie wijzigingen van de gebruikelijk-loonregeling uiteengezet. Ten eerste wordt de doelmatigheidsmarge aangepast van 30% naar 25%. Daarnaast wordt de term ‘soortgelijke dienstbetrekking’ vervangen door de term ‘meest vergelijkbare dienstbetrekking’. Ten slotte wordt het begrip ‘verbonden lichaam’ uitgebreid en wordt dit ook toegepast op vennootschappen waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is waar voorheen een criterium van een derde belang werd aangehouden³⁵.

4.2.1 Doelmatigheidsmarge

In het eindrapport van de commissie Van Dijkhuizen werd geadviseerd de doelmatigheidsmarge te verlagen naar 10%. Het argument voor deze verlaging is dat een IB-ondernemer en een DGA meer gelijkwaardig behandeld moeten worden op fiscaal gebied. Daarnaast heeft de commissie onderzocht hoeveel winst er wordt uitgekeerd aan de DGA. Uit dit onderzoek bleek dat naarmate de winst groter wordt een kleiner deel van deze winst wordt uitgekeerd aan de DGA. Hierdoor realiseert de DGA nog steeds uitstel van de inkomstenbelasting³⁶.

De aanpassing die de commissie van Dijkhuizen voorstelde om de doelmatigheidsmarge op 10% te stellen vond de wetgever te ver gaan en werd daarom op 25% gesteld voor 2015. Hierdoor kan de DGA het gebruikelijke loon met 25% verminderen in plaats van 30%, zover het loon na doelmatigheidsmarge niet minder bedraagt dan €44.000 of lager wordt dan het loon van de meest verdienende werknemer in het lichaam of een daaraan verbonden lichaam.

³⁴ MvT Belastingplan 2015, p 4

³⁵ Kamerstukken II 2014/15, 34002, nr. 3, p 12-15

³⁶ Eindrapport commissie van Dijkhuizen,

De wijziging van deze doelmatigheidsmarge heeft grote gevolgen voor de afspraken die de belastingdienst met belastingplichtigen heeft gemaakt. Alle afspraken met belastingplichtigen worden namelijk per 1 januari 2015 opgezegd. Het overgangsrecht is op alle vervallen afspraken van toepassing. Het overgangsrecht stelt dat het gebruikelijk loon verhoogd dient te worden met 75/70^e deel van het gebruikelijk loon voor 2015. De belastingdienst zal dan in 2015 contact opnemen met DGA's om een nieuwe afspraak te maken over de hoogte van het gebruikelijk loon³⁷. Om tegemoet te komen aan bezwaren van belangenorganisaties en Tweede Kamerfracties en om meer duidelijkheid te verlenen aan belastingplichtigen is dit overgangsrecht komen te vervallen. In de tweede Nota van wijziging op het belastingplan 2015 stelt de staatssecretaris dat alleen de afspraken voor een gebruikelijk loon boven het normbedrag van €44.000 komen te vervallen. Hieraan wordt toegevoegd dat wanneer het gebruikelijk loon met 75/70^e deel wordt verhoogd dat dit de oude afspraak kan vervangen mits de feiten en omstandigheden gelijk blijven voor de belastingplichtige³⁸. De verhoging van 75/70^e deel zal dus vaak voldoende zijn voor belastingplichtigen om het gebruikelijk loon op het nieuwe juiste bedrag te stellen. Dit scheelt de belastingdienst veel werk.

De doelstelling die aan de verlaging van de doelmatigheidsmarge ten grondslag ligt is voornamelijk een budgettaire doelstelling³⁹. In de begrotingsafspraken van 2014 is bepaald dat de doelmatigheidsmarge verlaagd dient te worden zodat er een opbrengst van €150 miljoen gerealiseerd wordt. Door de doelmatigheidsmarge op 25% te stellen verwacht het kabinet deze doelstelling van €150 miljoen te realiseren. De verhoging van de doelmatigheidsmarge heeft ook gevolgen voor andere belastingen. Door de verplichting van het uitkeren van een hoger loon wordt de winst lager waardoor er minder vennootschapsbelasting betaald hoeft te worden. Een tweede gevolg is dat op de lange termijn minder winst uitgekeerd kan worden en dat de belasting uit box twee zal dalen omdat er minder winst is om uit te keren. Het kabinet heeft deze overwegingen meegenomen en verwacht om deze redenen een opbrengst van €35 miljoen op de lange termijn⁴⁰.

³⁷ Kamerstukken II, 2014/15, 34002, nr 3, p 12

³⁸ Handelingen II 2014/15, 23, item 7, p 29.

³⁹ Kamerstukken II, 2014/15, 34002, nr 3, p 12

⁴⁰ Kamerstukken II, 2014/15, 34002, nr 3, p 37

Een gunstig bijkomend effect van de wijziging van art. 12a Wet LB 1964 is dat het verschil tussen fiscale behandeling van een DGA en een werknemer over hun arbeidsbeloning verkleind wordt. Daarnaast heeft de wijziging van de doelmatigheidsmarge ook effect op de premieheffing en de bijdragen voor inkomensafhankelijke regelingen. Hiermee wordt bedoeld op de situatie waarbij een DGA een loon hoger dan €44.000 geniet maar door verschillende aftrekposten toch een dusdanig laag loon geniet waardoor een belastingplichtige recht kan hebben op een inkomensafhankelijke regeling of niet het maximale bedrag aan premies betaalt wat de DGA bij een loon van €44.000 wel aan premies zou betalen⁴¹.

4.2.2 De meest vergelijkbare dienstbetrekking

Per 1 januari 2015 is het begrip ‘soortgelijke dienstbetrekking’ vervangen door ‘de meest vergelijkbare dienstbetrekking’. De staatssecretaris stelt dat er in bepaalde gevallen geen soortgelijke dienstbetrekking gevonden kan worden omdat er verschillen zijn tussen de dienstbetrekking van de DGA en de soortgelijke dienstbetrekking die de inspecteur aandraagt om het gebruikelijk loon aannemelijk te maken. Door de introductie van de term ‘meest vergelijkbare dienstbetrekking’ meent de staatssecretaris dat dit probleem verholpen is omdat er altijd wel een vergelijkbare dienstbetrekking gevonden kan worden⁴².

De definitie van de meest vergelijkbare dienstbetrekking is terug te vinden in lid 5 onderdeel c van art. 12a Wet LB 1964. Dit is de meest vergelijkbare dienstbetrekking waarbij een aanmerkelijk belang geen rol speelt. De wetgever heeft hierin niet duidelijk gedefinieerd welke onderdelen van een dienstbetrekking vergeleken moeten worden en laat dit aan de rechter over.

⁴¹ Kamerstukken II, 2014/15, 34002, nr 3, p 12

⁴² Kamerstukken II, 2014.15, 34002, nr 3, p 13

Om het gebruikelijk loon vast te stellen, kunnen de belastingplichtige en de inspecteur een meest vergelijkbare dienstbetrekking aan elkaar voorleggen om op die manier tot een gebruikelijk loon te komen waarbij de ene partij de andere kan overtreffen in een dienstbetrekking die meer vergelijkbaar is dan de dienstbetrekking die de ander voorlegt. Wanneer er meerdere meest vergelijkbare dienstbetrekkingen gevonden worden, waarbij het loon verschillend is, wordt het loon op basis van het gemiddelde vastgesteld of naar redelijkheid geschat op basis van de meerdere meest vergelijkbare dienstbetrekkingen⁴³. De wetgever wil met de wijziging van de term ‘een soortgelijke dienstbetrekking’ naar de ‘meest vergelijkbare dienstbetrekking’ de gebruikelijk-loonregeling duidelijker te maken⁴⁴. De wetgever gaat echter niet in op de manier waarop deze wijziging de gebruikelijk-loonregeling duidelijker maakt. Vervolgens blijkt uit de Memorie van toelichting van het belastingplan 2015 dat de wijziging van de term mede als doel heeft een loon vast te stellen wat een zakelijk loon beter benadert. In sommige gevallen was namelijk geen soortgelijke dienstbetrekking aan te wijzen waardoor het gebruikelijk loon op het normbedrag vastgesteld moest worden. Met de introductie van de meest vergelijkbare dienstbetrekking beoogt de staatssecretaris dit probleem op te lossen.

4.2.3 Verbonden lichaam

Ten slotte beoogde de wetgever de definitie van de verbonden lichamen voor de gebruikelijk-loonregeling uit te breiden. Deelnemingen die onder de deelnemingsvrijstelling vallen van het lichaam van de DGA worden ook in de definitie bijgevoegd. Dit maakt het voor de belastinginspecteur in bepaalde gevallen gemakkelijker om het gebruikelijk loon op een zakelijk bedrag te kunnen stellen omdat het gebruikelijk loon in deze gevallen gemakkelijker op het hoogste loon van een werknemer van een dergelijk verbonden lichaam gesteld kan worden. De bewijslast voor de belastingdienst wordt hierdoor zeer vergemakkelijkt om een gebruikelijk loon aannemelijk te maken. Vanwege deze reden is het amendement van mevrouw Neppéus aangenomen, waarin beslist is dat de uitbreiding van de definitie van het verbonden lichaam niet zal plaatsvinden bij de wijziging van de gebruikelijk-loonregeling per 1 januari 2015⁴⁵.

⁴³ Kamerstukken II, 2014/15, 34002, nr 10, p 18

⁴⁴ Kamerstukken II, 2014/15, 34002, nr 3, p 13

⁴⁵ Kamerstukken II, 2014/15, 34002, nr 46

4.3 Doelstellingen anno 2015

Met de wijziging van de gebruikelijk-loonregeling beoogt de wetgever verschillende doelstellingen te bereiken. Ten eerste wordt door de aanpassing van de doelmatigheidsmarge het verschil tussen fiscale behandeling van de DGA en een werknemer over een arbeidsbeloning verkleind. Dit acht de wetgever een gunstig bijkomend effect. Daarnaast beoogt de wetgever een budgettaire opbrengst te realiseren van 150 miljoen door de aanpassing van de doelmatigheidsmarge. De wijziging zou de gebruikelijk-loonregeling ook verduidelijken voor zowel belastingplichtige als de belastingdienst. Ten slotte zou door de wijziging het gebruikelijke loon beter op een zakelijk bedrag gesteld kunnen worden⁴⁶. In de verschillende kamerstukken worden de al oudere doelstellingen van de gebruikelijk-loonregeling aangehaald. Zo beoogt de regel nog steeds dat de DGA zijn premies volksverzekeringen afdraagt, dat er minimaal gebruik gemaakt kan worden van inkomensafhankelijke regelingen en dat geen uitstel van belasting plaatsvindt⁴⁷. Naast deze bevestiging van de eerdere doelstellingen, wordt in de kamerstukken ook gesproken over het vaststellen van een loon dat zakelijk is⁴⁸. Het lijkt er op dat de gebruikelijk-loonregeling meer een instrument is geworden om de beloning tussen een DGA en zijn lichaam op een zakelijk bedrag te stellen. Bij invoering was de gebruikelijk-loonregeling voornamelijk een antimisbruikbepaling. Tegenwoordig lijkt de regeling een steeds meer transfer-pricingachtig karakter te krijgen en wordt beoogd het verschil tussen fiscale behandeling van een DGA en een werknemer te verkleinen.

4.5 Deelconclusie

De wijziging heeft per 1 januari 2015 in principe maar twee grote veranderingen opgeleverd. Allereerst is de doelmatigheidsmarge bijgesteld zodat de begrotingsafspraken van de begroting van 2014 gerealiseerd wordt. Bij deze doelstelling zei de staatssecretaris dat een gunstig bijkomend effect was dat de fiscale behandeling van een arbeidsbeloning tussen de DGA en een werknemer verkleind wordt. Ten slotte leidt de 25% marge er toe dat bepaalde inkomens niet meer recht hebben op inkomensafhankelijke regelingen en meer premies afdragen dan onder de 30% doelmatigheidsmarge.

⁴⁶ Kamerstukken II, 2014/15, 34002, nr 3, p 12

⁴⁷ Kamerstukken II, 2014/15, 34002, nr 10, p 16

⁴⁸ Kamerstukken II, 2014/15, 34002, nr 14, p 9

De term soortgelijke dienstbetrekking achtte de wetgever niet toereikend in de gevallen waarbij er geen soortgelijke dienstbetrekking bestond. Om deze reden heeft de wetgever er voor gekozen de soortgelijke dienstbetrekking te vervangen door de meest vergelijkbare dienstbetrekking. Deze wijziging moet de gebruikelijk-loonregeling duidelijker maken en geeft het de inspecteur een handvat om het gebruikelijk loon op een zakelijk niveau vast te stellen.

De reikwijdte van de gebruikelijk-loonregeling wilde de wetgever daarnaast nog verbreden door de definitie van een verbonden lichaam uit te breiden. Deze wijziging is echter niet tot stand gekomen door de aanneming van het amendement van mevrouw Neppéus.

Naast de wijzigingen is de staatssecretaris ook ingegaan op de doelstellingen van de gebruikelijk-loonregeling anno 2015. Het tegengaan van inkomstenbelastinguitstel, onrechtmatig gebruik van de inkomensafhankelijke regeling en het ontwijken van de premies volksverzekeringen door DGA zijn nog steeds doelstellingen van de gebruikelijk-loonregeling. Opmerkelijk is dat de staatssecretaris nog praat over het vaststellen van een loon dat een zakelijk loon benadert. De DGA moet zakelijk handelen met zijn lichaam door een zakelijke arbeidsbeloning overeen te komen. Hierbij speelt het verkleinen van het verschil van fiscale behandeling over de arbeidsbeloning voor de DGA en een werknemer. Op de volgende pagina staat een korte samenvatting van de doelstellingen van de gebruikelijk-loonregeling per wijziging van de regeling.

Jaartal	Doelstellingen
Invoering in 1997	<ul style="list-style-type: none"> - Ontwijken van vermogensbelasting (hoofddoel) - Tegengaan uitstel van inkomstenbelasting (hoofddoel) - Oneigenlijk gebruik inkomensafhankelijke regelingen - Premieheffing volksverzekeringen van DGA
Herziening IB 2001	<ul style="list-style-type: none"> - Tegengaan uitstellen inkomstenbelasting (hoofddoel) - Oneigenlijk gebruik inkomensafhankelijke regelingen (hoofddoel) - Premieheffing volksverzekeringen van DGA (hoofddoel)
Wijziging regeling 2006	<ul style="list-style-type: none"> - Regeling verduidelijken (hoofddoel) - Oneigenlijk gebruik inkomensafhankelijke regelingen - Tegengaan uitstel van inkomstenbelasting - Premieheffing volksverzekeringen van DGA
Wijziging regeling 2010	<ul style="list-style-type: none"> - Oneigenlijk gebruik inkomensafhankelijke regelingen - Tegengaan uitstel van inkomstenbelasting - Premieheffing volksverzekeringen van DGA
Wijziging Regeling 2015	<ul style="list-style-type: none"> - Begrotingsdoelstelling van 150 miljoen (hoofddoel) - Nieuw handvat creëren voor de inspecteur wanneer een soortgelijke dienstbetrekking niet gevonden kan worden (hoofddoel) - Regeling verduidelijken - Oneigenlijk gebruik inkomensafhankelijke regelingen - Tegengaan uitstel van inkomstenbelasting - Premieheffing volksverzekeringen van DGA

Hoofdstuk 5

5.1 Inleiding

In de vorige hoofdstukken is behandeld hoe de gebruikelijk-loonregeling werkt en wat de regeling beoogt te realiseren. Dit hoofdstuk gaat in op de vraag of de wijziging van art. 12a Wet LB 1964 per 1 januari 2015 deze doelstellingen beter realiseert dan de oude regeling. Om deze vraag te kunnen beantwoorden worden allereerst de doelstellingen van de gebruikelijk loonregeling en de doelstellingen van de wijziging herhaald. Vervolgens wordt er per gewijzigd element gekeken of dit tot een betere realisatie van de doelstellingen leidt. . Daarna wordt er gekeken of de nieuwe regeling effectiever is dan de oude regeling. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

5.2 Doelstellingen

Zoals in hoofdstuk 2 is behandeld beoogt art. 12a wet LB 1964 om bepaalde voordelen voor een DGA uit te sluiten. De regeling heeft als doel om een DGA premies volksverzekeringen te laten voldoen. Daarnaast beoogt de regeling om uitstel van inkomstenbelasting tegen te gaan en voorkomt de regeling oneigenlijk gebruik van inkomensafhankelijke regelingen. Bij de wijziging worden deze doelstellingen wederom aangehaald als rechtvaardiging van de gebruikelijk-loonregeling. De wijziging zal er tevens toe moeten leiden dat er aan de begrotingsafspraken van 2014 voldaan wordt. Dit betekent dat er een meeropbrengst moet zijn van €150 miljoen. Daarnaast zou de regeling duidelijker moeten worden en zouden er voor de inspecteur meer aangrijpingspunten moeten ontstaan om het loon op een zakelijker bedrag te kunnen stellen.

5.3 Doelmatigheidsmarge

Door de verlaging van de doelmatigheidsmarge worden de onevenwichtigheden tussen belasting op kapitaalinkomen en de belasting op arbeidsinkomen meer in balans gebracht, aldus de commissie van Dijkhuizen in hun eindrapport⁴⁹. De staatssecretaris meent deze doelstelling echter niet te beogen en spreekt over een budgettaire doelstelling. Dat het verschil van fiscale behandeling over de arbeidsbeloning tussen een DGA en een werknemer verkleind wordt acht de staatssecretaris een positief bijkomend effect. De commissie van Dijkhuizen gaat in haar eindrapport diep in op de gebruikelijk-loonregeling en de fiscale behandeling tussen een DGA en een IB-ondernemer. De staatssecretaris heeft de

⁴⁹ Eindrapport commissie van Dijkhuizen, Juni 2013

aanbevelingen in dit rapport echter naast zich neergelegd en vooralsnog alleen een aanpassing gemaakt met als doel de begrotingsafspraken te realiseren.

Zoals eerder vermeld adviseerde de commissie van Dijkhuizen om de doelmatigheidsmarge naar 10% aan te passen. Hierdoor wijkt het loon minder af van hetgeen gebruikelijk is én vindt er minder uitstel van inkomstenbelasting plaats. Door de aanpassing van 30% naar 25% mist de staatssecretaris een kans om iets te doen tegen deze uitstel. Daarnaast zou deze wijziging de fiscale behandeling van een DGA en een IB-ondernemer meer gelijk trekken. Hoewel de marge is ingeperkt is er nog steeds een aanzienlijk verschil tussen het gebruikelijke loon voor de doelmatigheidsmarge en dit loon na aftrek van de marge. Door deze aanpassing wordt er wel iets aan deze uitstel gedaan maar echt ingrijpend is dit zeker niet te noemen. De wetgever beoogde dit probleem ook niet aan te pakken met deze regeling maar had dit hier wel kunnen doen.

Wat de wetgever met de wijziging wel beoogde was een meeropbrengst realiseren van €150 miljoen. Zoals eerder vermeld wordt verwacht dat de opbrengst op de lange termijn een meeropbrengst zal hebben van €35 miljoen. De eenmalige kosten die hierbij gemoeid zijn, bedragen €1,3 miljoen euro en die zullen voornamelijk aangewend worden om nieuwe afspraken met belastingplichtigen te maken⁵⁰. Hierbij wordt de doelstelling van een meeropbrengst van €150 miljoen op de korte termijn behaald.

De doelmatigheidsmarge leidt er tevens toe dat afspraken tussen belastingplichtigen en de belastingdienst, waarbij een gebruikelijk loon hoger dan €44.000 geldt, worden opgezegd. Wanneer de feiten en omstandigheden gelijk blijven dan kan het loon met 75/70^e worden verhoogd om de afspraak voort te zetten. Wanneer de feiten en omstandigheden veranderen dan zal de belastinginspecteur contact opnemen om een nieuwe afspraak te maken over het gebruikelijke loon. Het is echter onduidelijk wanneer en welke feiten en omstandigheden kunnen veranderen waardoor een nieuwe afspraak gemaakt moet worden. Wanneer de feiten en omstandigheden volgens de inspecteur veranderen kan het zo zijn dat de belastingplichtige deze mening niet deelt. Er is onzekerheid voor de belastingplichtige omdat deze niet weet of de afspraak voortgezet kan worden na de verhoging of dat er een nieuwe afspraak gemaakt moet worden. De wetgever beoogt de gebruikelijk-loonregeling te verduidelijken maar heeft door het opzeggen van afspraken veel onduidelijkheid doen ontstaan.

⁵⁰ Kamerstukken II, 2014/15, 34002, nr 3, p 42

5.4 Meest vergelijkbare dienstbetrekking

De introductie van de meest vergelijkbare dienstbetrekking heeft veel discussie doen ontstaan. De wijziging zal er toe moeten leiden dat de gebruikelijk-loonregeling wordt vergemakkelijkt en dat het loon beter op een gebruikelijk bedrag gesteld kan worden in de gevallen waarin er geen soortgelijke dienstbetrekking ontstaat.

Voor de meeste gevallen zal de term ‘meest vergelijkbare dienstbetrekking’ niet veel veranderen voor DGA’s vergeleken met een ‘soortgelijke dienstbetrekking’. In enkele gevallen is het niet goed mogelijk om een soortgelijke dienstbetrekking aan te wijzen en een meest vergelijkbare dienstbetrekking kan dit wel. Het voorbeeld dat in de kamerstukken wordt aangehaald is de dienstbetrekking van een orthodontist en een tandarts. Orthodontisten werken nooit in loondienst. Hierdoor is de dienstbetrekking niet soortgelijk aan die van een tandarts die wel in loondienst kan werken⁵¹.

Naast dit nieuwe aangrijpingspunt zal er niet veel veranderen. Zoals Emmerig en Van der Waal aan de hand van verschillende citaten laten zien is er onder de oude regeling verscheidene keren een vergelijking gemaakt met andere dienstbetrekking.

Dienstbetrekkingen werden onder de term ‘soortgelijke dienstbetrekking’ al vergeleken met andere dienstbetrekkingen. Materieel zal er dus niet veel veranderen⁵².

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs meent dat er wel degelijk een materiële wijziging gepaard gaat met de introductie van de meest vergelijkbare dienstbetrekking. De Orde vreest dat door een vergelijking met de meest vergelijkbare dienstbetrekking er meer onduidelijkheid zal ontstaan en dus meer discussie tussen belastingplichtigen en inspecteurs. Een kinderarts zou vergelijkbaar worden met een cardioloog. De dienstbetrekking is in bepaalde mate vergelijkbaar en kan dus kwalificeren als meest vergelijkbaar⁵³. Hier wordt eigenlijk een ander probleem beschreven en dat is de verdeling van de bewijslast.

⁵¹ Kamerstukken II, 2014/15, 34002, nr 3, p 13

⁵² Emmerig; Van der Waal, De gewijzigde fictiefloonregeling, WFR 2015/470

⁵³ Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het wetsvoorstel Belastingplan 2015, Oktober 2014

Het gevolg van de ‘meest vergelijkbare dienstbetrekking’ is dat de bewijslast verschuift in het nadeel van de belastingplichtige. Onder de oude gebruikelijk-loonregeling kon de inspecteur een soortgelijke dienstbetrekking aandragen. De belastingplichtige moest vervolgens aannemelijk maken dat deze soortgelijke dienstbetrekking niet soortgelijk was. Onder de huidige regeling zal de belastingplichtige aannemelijk moeten maken dat de meest vergelijkbare dienstbetrekking van de inspecteur niet de meest vergelijkbare dienstbetrekking is. Dit zal er in de praktijk op neerkomen dat de belastingplichtige zelf een dienstbetrekking moet aandragen die meer vergelijkbaar is dan de dienstbetrekking die de inspecteur aandraagt⁵⁴. Een inspecteur kan het gebruikelijk-loon van een kinderarts die tevens DGA is vergelijken met het loon van een cardioloog in loondienst. Wil de belastingplichtige slagen in de op hem rustende bewijslast om het gebruikelijk loon lager vast te stellen, dan zal hij dit moeten doen door het loon van een kinderarts in loondienst aan de inspecteur te overhandigen.

Om wat tegen deze verschuiving van de bewijslast te doen is het amendement van mevrouw Neppéus aangenomen. Hierdoor is het zesde lid in art. 12a Wet LB opgenomen. Lid 6 stelt dat de inspecteur minimaal drie criteria van de meest vergelijkbare dienstbetrekking aan de belastingplichtige moet overhandigen. Hiermee wordt beoogd om de bewijslast meer te verdelen. De criteria die in het amendement worden aangedragen zijn de branche, grootte van het bedrijf, het werkpakket en de verantwoordelijkheden⁵⁵. De inspecteur kan hiervoor geen kaal lijstje met criteria aandragen. Deze criteria moeten duidelijk onderbouwd worden en worden toegepast op de werkzaamheden van de belastingplichtige. Door dit zesde lid schuift er een deel van de bewijslast weer terug naar de inspecteur maar wordt deze niet hersteld naar de bewijslastverdeling zoals deze onder de oude regeling gold. De belastingplichtige zal ondanks het zesde lid een dienstbetrekking moeten aanwijzen die meer vergelijkbaar is dan de dienstbetrekking die de inspecteur aandraagt, om een ander gebruikelijk loon vast te stellen.

⁵⁴ Kamerstukken II, 2014/15, 34002, nr 10, p 17

⁵⁵ Kamerstukken II, 2014/15, 34002, nr 46

Voorheen moest de belastingplichtige aannemelijk maken dat de dienstbetrekking die de inspecteur aandroeg niet soortgelijk was. Slaagde de belastingplichtige hier in dan werd het loon op het standaardbedrag van €44.000 gesteld. Sinds 2015 zal de belastingplichtige echter een andere dienstbetrekking moeten aanwijzen anders zal de aangedragen dienstbetrekking van de inspecteur alsnog als meest vergelijkbare dienstbetrekking gelden. Waar de belastingplichtige voorheen de soortgelijke dienstbetrekking alleen hoefde te ontcrachten als soortgelijk, zal hij onder de huidige regeling een dienstbetrekking moeten aandrigen die meer vergelijkbaar is dan die van de inspecteur. Hiermee wordt de bewijslast voor de belastingplichtige verzwaard. Dat de inspecteur minimaal drie criteria moet overhandigen waarop zijn keuze gebaseerd is doet hier niet aan af. Wanneer de belastinginspecteur het gebruikelijk loon van een kinderarts baseert op het loon van een cardioloog dan zal hij op basis van drie criteria moeten uitleggen waarom dit de meest vergelijkbare dienstbetrekking is. Vervolgens zal de belastingplichtige aan zet zijn om een lager loon aannemelijk te maken door een beter vergelijkbare dienstbetrekking aan te dragen dan de dienstbetrekking van de inspecteur. Net als in de oude regeling hoeft de persoon wiens dienstbetrekking wordt gebruikt voor de vergelijking niet met naam en toenaam genoemd worden⁵⁶. Door de introductie van de meest vergelijkbare dienstbetrekking is de bewijslast op de belastingplichtige verzwaard. Door de aanneming van het amendement is een deel van deze bewijslast weer teruggeschoven naar de inspecteur. De inspecteur moet echter ook nog criteria overhandigen aan de belastingplichtige waardoor voor beide partijen de bewijslast zwaarder is.

5.5 Afroommethode

De meest vergelijkbare dienstbetrekking zal grote gevolgen hebben voor de afroommethode. De afroommethode zou volgens de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs niet meer gebruikt kunnen worden⁵⁷. Volgens de staatssecretaris kan er altijd een dienstbetrekking worden aangewezen omdat er altijd wel een dienstbetrekking gevonden kan worden die het meest vergelijkbaar is⁵⁸. Hierdoor komt men niet meer toe aan de toepassing van de afroommethode omdat er altijd aansluiting gevonden kan worden bij een meest vergelijkbare dienstbetrekking. In de kamerstukken heeft de staatssecretaris hierop geantwoord. Hierin stelt

⁵⁶ Kamerstukken II, 2014/15, 34002, nr 3, p53.

⁵⁷ Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de Nota naar aanleiding van het verslag en de Tweede nota van wijziging inzake het belastingplan 2015

⁵⁸ Kamerstukken II, 2014/15, 34002, nr 3, p 13

de staatssecretaris dat de afroommethode nog steeds toegepast kan worden in de gevallen wanneer er geschillen blijven bestaan over de hoogte van het gebruikelijk loon. Dit zou in het voordeel van de inspecteur uitwerken wanneer de afroommethode toegepast kan worden. Uiteindelijk zal door de rechter beslist moeten worden of de afroommethode toegepast kan worden naast de meest vergelijkbare dienstbetrekking.

5.6 Doelstellingen

Een aantal van de doelstellingen die ten grondslag liggen aan de gebruikelijk-loonregeling worden door de wijziging beter gerealiseerd. Door de verlaging van de doelmatigheidsmarge wordt de begrotingsafspraken van 2014 gehaald, waarmee een van de doelstellingen gerealiseerd wordt. Daarnaast heeft de doelmatigheidsmarge een effect op de uitstel van inkomstenbelasting. Er zal meer loon uitgekeerd moeten worden waardoor er minder winst opgepot kan worden in het lichaam dat bij uitkering in box twee valt. Dit zal een klein verschil zijn aangezien de marge maar met vijf procent is verlaagd. De wetgever had dit probleem beter kunnen aanpakken door de doelmatigheidsmarge aan te passen naar een kleiner percentage zoals bijvoorbeeld 10%.

De wijziging leidt tot nieuwe handvatten voor de inspecteur om het loon op een zakelijk bedrag te stellen. Zoals Emmerig en Van der Waal betogen werd onder de oude regeling ook een vergelijking gemaakt met een dienstbetrekking. Inhoudelijk verandert er niet veel door de 'soortgelijke dienstbetrekking' te vervangen door de 'meest vergelijkbare dienstbetrekking'. Het verschil echter is dat de nieuwe regeling de bewijslast verschuift. Waar voorheen de soortgelijke dienstbetrekking als niet soortgelijk kon worden beschouwd, kan de inspecteur nu dezelfde dienstbetrekking aandragen als meest vergelijkbare dienstbetrekking. De belastingplichtige zal dan met een andere dienstbetrekking moeten bewijzen dat de dienstbetrekking van de inspecteur niet de meest vergelijkbare is, terwijl de belastingplichtige voorheen alleen moest bewijzen dat de soortgelijke dienstbetrekking niet soortgelijk was. Door deze verschuiving van de bewijslast is dit extra handvat gerealiseerd en niet door de introductie van de term 'meest vergelijkbare dienstbetrekking'.

De staatssecretaris heeft ook als doel om de gebruikelijk loonregeling duidelijker te maken. Door de aanpassingen aan de gebruikelijk-loonregeling is het tegenovergestelde gerealiseerd. Afspraken van DGA's met een gebruikelijk loon hoger dan €44.000 komen eventueel te vervallen of kunnen worden voortgezet. Hier bestaat veel onduidelijkheid over. Daarnaast is de afroommethode niet meer bruikbaar omdat er altijd een meest vergelijkbare dienstbetrekking gevonden kan worden. Dit zal tot onduidelijkheid leiden voor DGA's die

een gebruikelijk loon berekenen aan de hand van de afroommethode.

De wijzigingen aan de gebruikelijk-loonregeling zullen geen gevolgen hebben voor de uitholling voor de premies volksverzekeringen en het oneigenlijke gebruik van inkomensafhankelijke bijdragen vergeleken met de situatie voor de wijziging.

5.6 Effectiviteit

De effectiviteit wordt beoordeeld door de gewijzigde regeling te vergelijken met de oude gebruikelijk-loonregeling.

5.6.1 Uitvoerbaarheid

Zoals eerder vermeld leidt de introductie van de meest vergelijkbare dienstbetrekking tot een verschuiving van de bewijslast van de inspecteur naar de belastingplichtige. Hierdoor is de bewijslast voor de inspecteur, bij een loon hoger dan €44.000, minder zwaar dan onder de oude regeling.

Voor de belastingplichtige is de bewijslast verzwaard wanneer het gebruikelijk loon meer dan €44.000 bedraagt. Om de dienstbetrekking van de inspecteur te ontkrachten zal de belastingplichtige een dienstbetrekking moeten aandragen die beter te vergelijken is dan die van de inspecteur. Hij zal de dienstbetrekking van de inspecteur dus moeten overtreffen. Door deze verschuiving is de bewijslast voor de belastingplichtige verzwaard en niet meer in lijn met wat in de fiscaliteit gebruikelijk is. Hierdoor is de uitvoerbaarheid van de regeling verslechterd ten opzichte van de oude regeling waarbij de bewijslast verdeling wel in een verhouding was verdeeld die in de fiscaliteit gebruikelijk is.

5.6.2 Eenvoud

De meningen lopen uiteen wat betreft het aantal discussies bij de gewijzigde regeling tussen de belastinginspecteur en de belastingplichtige. Zo stelt de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs dat het aantal discussies door de introductie van de meest vergelijkbare dienstbetrekking zal toenemen omdat de meest vergelijkbare dienstbetrekking een ruimer begrip is dan de soortgelijke dienstbetrekking en dus onduidelijker⁵⁹. De Staatssecretaris heeft hierop gereageerd en meent dat dit niet het geval is. Hierbij moet ik de staatssecretaris gelijk geven omdat onder de soortgelijke dienstbetrekking ook een vergelijking werd gemaakt met

⁵⁹ Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het wetsvoorstel Belastingplan 2015, Oktober 2014

een dienstbetrekking⁶⁰. Deze vervanging zal dus tot evenveel discussie leiden als onder de oude regeling en niet tot meer zoals de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs stelt.

5.7 Deelconclusie

De doelstellingen die de gebruikelijk-loonregeling beoogt te realiseren worden in beperkte mate beter gerealiseerd ten opzichte van de oude regeling. Door de wijziging treden er ook negatieve effecten op die de doelstellingen slechter realiseren. Met de aanpassing van de doelmatigheidsmarge wordt een meeropbrengst gerealiseerd van €150 miljoen per jaar. Daarnaast leidt dit tot minder uitstel van inkomstenbelasting door DGA's. Dit is echter wel in zeer beperkte mate en moet als positieve externaliteit beschouwd worden. De wetgever heeft hier nagelaten om wat tegen deze uitstel te doen. Daarnaast leidt het aanpassen van de doelmatigheidsmarge tot het opzeggen van afspraken tussen belastingplichtige en de inspecteur. Hierdoor ontstaat er onzekerheid voor de belastingplichtige of de afspraak voortgezet kan worden of dat er een nieuwe afspraak gemaakt zal moeten worden.

De meest ingrijpende verandering van de gebruikelijk-loonregeling is de vervanging van de 'soortgelijke dienstbetrekking' in de 'meest vergelijkbare dienstbetrekking'. Door deze verandering wordt de bewijslast voor zowel de belastingplichtige als de inspecteur verzwaaard, mede door de aanneming van het amendement. Door deze verschuiving is het extra handvat voor de inspecteur wel ontstaan. Dit gaat echter ten koste van de belastingplichtige en is geen gevolg van de vervanging van terminologie.

Daarnaast is het nog maar de vraag of de afroommethode nog steeds toegepast kan worden. De staatssecretaris meent dat dit wel het geval is. Er is echter geen wettelijke grond voor deze methode dus moet er altijd uitgeweken worden naar de meest vergelijkbare dienstbetrekking.

Voor het oneigenlijke gebruik van inkomensafhankelijke regelingen en de uitholling van de premies volksverzekeringen zal de vernieuwde regeling geen gevolgen hebben. Al met al leidt de wijziging niet tot de nodige duidelijkheid die nodig is en worden de doelstellingen in zeer beperkte mate beter gerealiseerd en sommige doelstellingen worden zelfs slechter gerealiseerd.

⁶⁰ Kamerstukken II, 2014/15, 34002, nr 10, p 19

Ten slotte is de vernieuwde regeling niet effectiever dan de oude regeling. Alhoewel het aantal discussies tussen de belastingplichtige en de belastinginspecteur gelijk blijven wordt de regeling slechter uitvoerbaar voor de belastingplichtige omdat zijn bewijslast verzwaard is.

Hoofdstuk 6

6.1 Inleiding

Zoals in het voorgaande hoofdstuk staat leidt de wijziging van de gebruikelijk-loonregeling niet volledig tot een realisatie van de doelstellingen. In dit hoofdstuk wordt gekeken naar verschillende opties die tot een betere realisatie van de gebruikelijk-loonregeling leiden. Hierbij wordt per optie aangegeven wat de gevolgen zullen zijn en of deze gevolgen tot een betere realisatie van de beoogde doelstellingen leiden. Alvorens af te sluiten met een conclusie zal behandeld worden wat de beste optie is en of deze beter is dan de huidige regeling om de doelstellingen te realiseren en of deze optie ook effectiever is.

6.2 Gebruikelijk-loonregeling afschaffen

Al sinds art. 12a Wet LB 1964 is ingevoerd werd er al gesproken over het afschaffen van de regeling wanneer de vermogensbelasting zou komen te vervallen omdat hierdoor de voornaamste reden van de gebruikelijk-loonregeling was komen te vervallen. Daarnaast zou de afschaffing veel irritaties en discussies wegnemen die gepaard gaan met de gebruikelijk-loonregeling⁶¹. De afschaffing zou er toe leiden dat een DGA geen loon meer hoeft te genieten met als gevolg dat er geen loonbelasting en premies volksverzekeringen worden afgedragen. Het register van belastingadviseurs stelt dat een DGA als een ondernemer belast moet worden en niet als werknemer die in de loonbelasting zit. De DGA zal dan in box twee belast worden als er een winstuitkering is, waarbij het belastingtarief na vennootschapsbelasting vrijwel gelijk is aan het belastingtarief voor een IB-ondernemer⁶². De wetgever is op dit voorstel ingegaan en neemt het standpunt in dat het afschaffen van de gebruikelijk-loonregeling zal leiden tot een ondermijning van de belastingmoraal⁶³. De wetgever benoemt hier specifiek het tegengaan van uitstel van inkomstenbelasting, het oneigenlijke gebruik van de inkomensafhankelijke regelingen en het onttrekken van de DGA aan de premieheffing. Om deze redenen is een afschaffing van de gebruikelijk-loonregeling onaanvaardbaar aangezien het voor de DGA weer mogelijk wordt om een fiscaal voordeel te behalen.

⁶¹ G.W.B. van Westen, De fictiefloonregeling moet worden afgeschaft, NTFR2006/693

⁶² Commentaar RB op het pakket belastingplan 2015, oktober 2014

⁶³ VN 2009/24.6, Notitie fiscale positie directeur-grotoaandeelhouder

6.2.1 Uitstel van inkomstenbelasting

Om de uitstel van inkomstenbelasting tegen te gaan zal er een verplichting moeten ontstaan om winsten uit te keren of loon te betalen. Om dit te realiseren adviseerde Commissie van Dijkhuizen voor de invoering van een forfaitair rendement naast box twee. De commissie stelt een forfaitair rendement voor over het fiscale eigen vermogen wat vergelijkbaar is met de heffing in box drie. Dit forfaitaire bedrag wordt de minimale grondslag om over te heffen. Deze heffing is vervolgens te verrekenen met de belasting in box twee als er een winstuitkering plaatsvindt.⁶⁴ Door dit forfait wordt de DGA jaarlijks gedwongen om jaarlijks een bedrag in de inkomstenbelasting aan te geven en zal er minder uitstel van inkomstenbelasting zijn. Bij deze manier van heffen spelen vergelijkbare problemen als in box drie. Er wordt over een fictief inkomen belasting geheven terwijl het zo kan zijn dat dit inkomen niet genoten wordt of dat het rendement lager ligt dan het forfaitaire rendement. Een tweede optie is het verplichten van het uitkeren van winst. Er wordt jaarlijks een aangifte voor de vennootschapsbelasting gedaan. Op basis hiervan is de winst bekend bij de belastingdienst. Door een regeling in te voeren waardoor een lichaam verplicht een deel of de gehele winst moet uitkeren verdwijnt de mogelijkheid tot uitstel van inkomstenbelasting. Een dergelijke regel zal echt niet ingevoerd worden. Er zijn verschillende redenen om de winst niet uit te keren. Zo kan het beter voor de onderneming zijn om te investeren dan de winst uit te keren. Door een dergelijke regeling gaat de wetgever bepalen hoe een DGA zijn winst moet aanwenden wat volstrekt absurd zou zijn. Al met al is het lastig om iets tegen de uitstel van inkomstenbelasting te doen en bestaat er geen ideale oplossing.

6.2.2 Premieheffing

Ook zal er geen premie volksverzekeringen geheven kunnen worden als een DGA geen loon uitkeert. Hiervoor zijn eigenlijk twee oplossingen te bedenken. De eerste is een gebruikelijk-loonregeling zoals nu in art. 12a Wet LB staat. Een tweede oplossing kan gevonden worden in een uitbreiding van de grondslag voor de premieheffing volksverzekeringen. Van Dijk heeft deze stelling beargumenteerd in zijn artikel en als grondslag het verzamelinkomen aangedragen⁶⁵. De premie volksverzekeringen is nu gekoppeld aan box 1. Van Dijk stelt voor om deze premies aan het verzamelinkomen van art. 2.18 Wet IB 2001 te koppelen. Hierdoor zal al het inkomen voor de inkomstenbelasting in de grondslag vallen.

⁶⁴ Eindrapport commissie van Dijkhuizen, Juni 2013

⁶⁵ J.E.A.M. van Dijk, Gebruikelijk loon, WFR 2001/1033

Bij de verruiming van de grondslag zijn echter ook problemen te onderkennen. Het wordt aantrekkelijker om geen inkomsten te genieten in box twee omdat dit belasting bespaart. Daarnaast is het voordeliger om eenmalig een zeer grote winstuitkering te doen tegen een tarief van 25% in plaats van ieder jaar een kleine uitkering te doen. Bij de laatste optie wordt een belastingplichtige ieder jaar in de premieheffing volksverzekeringen betrokken en bij de eerste optie slechts eenmalig.

6.2.3 Oneigenlijk gebruik inkomensafhankelijke bijdrage

Ook voor de inkomensafhankelijke bijdragen pleit Van Dijck voor een aansluiting bij het verzamelinkomen. Hiervoor gelden echter dezelfde nadelen als voor de premieheffing volksverzekeringen. Wanneer een DGA nu zijn verzamelinkomen manipuleert ontstaat er een recht op een inkomensafhankelijke bijdragen terwijl de DGA hier vanuit het draagkrachtbeginsel geen recht op zou hebben maar door de manipulatie van het verzamelinkomen wel.

Er zijn dus mogelijkheden om de doelstellingen van de gebruikelijk-loonregeling te realiseren wanneer de regeling afgeschaft zal worden. Wanneer er zowel een verplichting is tot het uitkeren van winst en voor de premies volksverzekeringen en inkomensafhankelijke regelingen wordt aangesloten bij het verzamelinkomen zouden de doelstellingen gerealiseerd kunnen worden. Echter zal de verplichting tot het uitkeren van winst niet plaats kunnen vinden en zal er een forfaitair rendement in box twee moeten komen. Het is echter nog maar de vraag of hierdoor het verzamelinkomen hoog genoeg zal zijn om het maximale bedrag premies volksverzekeringen te betalen en het oneigenlijke gebruik van inkomensafhankelijke regelingen tegen te gaan.

6.2.4 Tussenconclusie

Ik ben van mening dat de gebruikelijk-loonregeling niet afgeschaft moet worden. Onder de huidige regeling zijn zeker problemen te onderkennen. Bij het vervallen van de vermogensbelasting is een belangrijke doelstelling komen te vervallen. Zoals de wetgever vermeldt in zijn notitie vervult de gebruikelijk-loonregeling zeker nog een doel voor de premieheffing, de uitstel van belasting en het oneigenlijke gebruik van inkomensafhankelijke regelingen. Om deze redenen zal de afschaffing van de gebruikelijk-loonregeling leiden tot ondermijning van de belastingmoraal zoals de staatssecretaris aangaf.

6.3 Aftoppen gebruikelijk-loonregeling

In plaats van de regeling af te schaffen is er ook de mogelijkheid om een maximum bedrag in te stellen voor het gebruikelijk loon. Het gebruikelijk loon kan bij een dergelijke regeling niet meer bedragen dan het maximum bedrag. Een dergelijke regeling zou gemakkelijker toe te passen zijn omdat er geen eindeloze discussies meer plaats kunnen vinden over de hoogte van het gebruikelijk loon als dit het normbedrag van de huidige regeling overschrijdt. Uit onderzoek van de Commissie van Dijkhuizen blijkt dat ruwweg de helft van alle DGA's een gebruikelijk loon boven de €41.000 geniet en vijf procent zit op het bedrag van €41.000⁶⁶. Wanneer de gebruikelijk-loonregeling afgetopt wordt op het huidige normbedrag van €44.000 dan leidt dit er toe dat er voor meer dan de helft van de DGA's geen discussie meer plaats hoeft te vinden over de vaststelling van het gebruikelijk loon. Daarnaast bestaat nog steeds de mogelijkheid om het gebruikelijk loon op een lager bedrag vast te stellen dan het maximum bedrag. Hiervoor zal de belastingplichtige aannemelijk moeten maken dat een lager loon gebruikelijk is zoals dat onder de huidige regeling ook geldt. Dit zal leiden tot een grote lastenverlichting voor zowel de belastinginspecteur als de DGA.

In de notitie fiscale positie directeur-grotaandeelhouder heeft de wetgever ook gereageerd op het aftoppen van de gebruikelijk-loonregeling. In deze notitie werd het bedrag waarop de regeling werd afgetopt, gesteld op het maximum van de tweede tariefschijf van box 1. Tot en met box twee worden premies volksverzekeringen geheven en wordt de premieheffing van de DGA verzekerd. De wetgever merkt hier echter terecht op dat verschillende aftrekposten kunnen leiden tot een dermate laag fiscaal loon waardoor de doelstellingen van de gebruikelijk-loonregeling niet gerealiseerd zullen worden⁶⁷. Het huidige normbedrag ligt echter ver boven dit maximum bedrag waarover premies volksverzekeringen worden geheven. Hier wordt bij de premieheffing en inkomensafhankelijke regelingen verder op ingegaan.

⁶⁶ Eindrapport commissie van Dijkhuizen, p 37

⁶⁷ VN 2009/24.6, Notitie fiscale positie directeur-grotaandeelhouder

6.3.1 Uitstel van inkomstenbelasting

Wanneer er een maximum komt aan de hoogte van het gebruikelijk loon kan de DGA de inkomstenbelasting uitstellen wanneer de winst beduidend hoger is dan het gebruikelijk loon van €44.000. De winst die overblijft, kan opgepot worden in de onderneming wat leidt tot het uitstellen van inkomstenbelasting of het helemaal niet betalen van belasting wanneer de bedrijfsopvolgingsregeling van de successiewet gebruikt kan worden. Ook hier kan eenzelfde oplossing gevonden worden als bij de afschaffing van de gebruikelijk-loonregeling. Het blijkt echter een lastige opgave om de uitstel van belasting tegen te gaan bij een DGA waar geen eenduidige oplossing voor is. Bij het maximeren van het gebruikelijk loon moet er wel een loon genoten worden wat al beter is dan wanneer de regeling wordt afgeschaft.

6.3.2 Premieheffing

Wanneer de gebruikelijk-loonregeling wordt afgetopt zoals hierboven beschreven staat, leidt dit er toe dat de DGA in de premieheffing van de volksverzekeringen betrokken wordt. Hiervoor hoeft de grondslag niet uitgebreid te worden zoals bij afschaffing van de regeling wel het geval is omdat er een loon wordt genoten door de DGA waarover premieheffing verschuldigd is. Er bestaat echter ook bij de aftopping van de gebruikelijk-loonregeling een mogelijkheid om de premieheffing uit te hollen. Dit is aan de orde wanneer het loon verlaagd wordt door een storting in een pensioenfonds mits de jaarruimte dit toelaat. Om onder een deel van de premieheffing uit te komen zal een DGA een loon lager moeten genieten dan €33.857⁶⁸. Bij een loon van €44.000 is de jaarruimte €4.425 waardoor het fiscale loon uitkomt op een bedrag van €39.575 wat boven de grens is van €33.857. Daarnaast is het niet meer mogelijk om het fiscale loon te verlagen via de levensloopregeling en de spaarloonregeling omdat deze sinds 1 januari 2012 zijn afgeschaft. Het is dus mogelijk om het fiscale loon onder de €33.857 te krijgen. Het zal echter moeilijk zijn om dit jaarlijks te realiseren.

⁶⁸ Art. 2.10 Wet IB 2001

6.3.3 Inkomensafhankelijke regelingen

Voor de inkomensafhankelijke regelingen geldt vrijwel hetzelfde als voor de premieheffing volksverzekeringen geldt. Door het gebruikelijk loon op €44.000 te zetten zal in de meeste gevallen geen aanspraak gemaakt kunnen worden op de inkomensafhankelijke regelingen. Dit zal alleen mogelijk zijn wanneer het fiscale loon erg laag zal zijn ten opzichte van het gebruikelijk loon van €44.000.

Het grote voordeel van het maximeren van het gebruikelijk loon is dat de doelstellingen die de regeling beoogt te realiseren zonder veel aanpassingen aan de huidige regeling gerealiseerd kunnen worden. Daarnaast zal de regeling in de praktijk veel beter uit te voeren zijn en tot minder discussies leiden tussen de DGA en de belastinginspecteur.

Door het gebruikelijk loon op een bedrag van €44.000 te maximeren zal de regeling minder opleveren voor de staat. Uit het onderzoek van de Commissie van Dijkhuizen blijkt dat de helft van alle DGA's een gebruikelijk loon tussen de €42.500 en €100.000 heeft⁶⁹. Wanneer het maximale gebruikelijk loon op €44.000 gesteld wordt zal dit veel minder dan de huidige regeling realiseren. Welk effect hierbij wel in acht genomen dient te worden is dat het uitkeren van minder loon zal leiden tot een hogere winst die meer vennootschapsbelasting zal realiseren. Daarnaast zal de uitkering van de winst belast worden in box twee. Hierdoor wordt de vermindering in opbrengst enigszins gematigd.

6.3.4 Tussenconclusie

Het aftoppen van de gebruikelijk-loonregeling is een goed alternatief voor de huidige regeling. De regeling zal hierdoor in de praktijk effectiever en beter uitvoerbaar worden. Het nadeel van het aftoppen van de gebruikelijk-loonregeling is dat er belastinguitstel kan plaatsvinden als hier geen andere maatregelen tegen genomen moeten worden. Dit nadeel vind ik echter niet opwegen tegen de voordelen die het aftoppen van de gebruikelijk-loonregeling heeft. Deze regeling is alleen effectief wanneer het maximale bedrag hoger ligt dan het €33.857 zoals bijvoorbeeld €44.000 als onder de huidige regeling. Hierdoor wordt het voornaamste bezwaar van de wetgever ook teniet gedaan.

⁶⁹ Eindrapport commissie van Dijkhuizen, p 37

6.4 Verankeren afroommethode

De afroommethode kan in bepaalde situaties uitkomst bieden ter vaststelling van het gebruikelijk loon. In het arrest van 17 september 2004 heeft de Hoge Raad beslist dat het mogelijk is om de afroommethode toe te passen ter vaststelling van het gebruikelijk loon. Uit twee arresten van 9 november 2012 blijkt echter dat de toepassing van de afroommethode zeer beperkt is. Uit deze arresten blijkt dat de methode alleen toegepast kan worden wanneer de opbrengst nagenoeg geheel voortvloeit uit de werkzaamheden van de DGA⁷⁰. Emmerig en Van der Waal stellen in hun artikel dat de staatssecretaris bij de wijziging per 1 januari 2015 een kans heeft gemist om de afroommethode in de wet te verankeren. Tot op heden is de afroommethode een methode die wordt toegepast vanuit een uitspraak uit een arrest en geen methode die in de wet verankerd zit⁷¹.

6.4.1 Uitstellen van Inkomstenbelasting

Door de afroommethode toe te passen om het gebruikelijk loon vast te stellen zal het uitstellen van inkomstenbelasting vrijwel niet meer plaatsvinden. Een DGA zal verplicht zijn om alle winst na aftrek van een marge uit te keren. Hierdoor blijft een klein deel van de winst in de onderneming achter en zal het merendeel in de loonbelasting belast worden volgens art. 12a Wet LB.

6.4.2 Premieheffing

De afroommethode sluit aan bij de winst die een onderneming maakt. Hierdoor sluit de methode indirect ook aan op het draagkrachtbeginsel. Voor de premieheffing betekent dit dat er aansluiting wordt gezocht bij de draagkracht van een DGA, wat ook het geval is bij een werknemer en een IB-ondernemer. Dit zal er in de meeste gevallen toe leiden dat de DGA geen premies volksverzekeringen kan ontlopen.

⁷⁰ J.P. Boer, Gebruikelijk loon: vergelijkings- of afroommethode, NTFR 25 april 2013

⁷¹ Emmerig; Van der Waal, De gewijzigde fictiefloonregeling, WFR 2015/470

6.4.3 Inkomensafhankelijke regelingen

Voor de inkomensafhankelijke regelingen geldt vrijwel hetzelfde als de premieheffing. Door het gebruikelijk loon vanuit de winst te bepalen zal in de regel een loon genoten worden waarbij geen recht is op inkomensafhankelijke regelingen.

Een brede toepassing van de afroommethode kent ook een aantal nadelen. Ten eerste zal er jaarlijks een grote verandering zijn van de hoogte van het gebruikelijk loon. Het ene jaar ligt de winst nu eenmaal hoger dan het andere jaar. Dit zal de administratieve druk op de fiscus verhogen. Veel DGA's hebben nu een afspraak bij de belastingdienst over de hoogte van het gebruikelijk loon maar door de afroommethode kunnen deze afspraken niet meer bestaan omdat de winst jaarlijks kan veranderen. Daarnaast zal er veel discussie ontstaan wanneer er meerdere DGA's van een lichaam zijn. Hoe zal de afroommethode in een dergelijke situatie toegepast moeten worden op ieder individu. Hier kan veel discussie ontstaan wanneer bijvoorbeeld één DGA geldschieter is en een andere de werkzaamheden verricht. Een gelijke verdeling is dan niet rechtvaardig. Ten slotte zou een wettelijke verankering van de afroommethode tot een enorme verschuiving van de bewijslast leiden. De belastinginspecteur zal de VPB-aangifte moeten bekijken en vanuit hier een gebruikelijk loon voor de DGA vaststellen waar de DGA vrijwel niets tegenin te brengen heeft.

6.4.4 Deelconclusie

De afroommethode is mijns inziens geen correcte methode ter vaststelling van het gebruikelijk loon. De methode zal in de gevallen waar meerdere DGA's van één lichaam zijn, tot veel discussie leiden. Een oplossing zou zijn om een afspraak te maken over de verdeelsleutel van de winst voor de bepaling voor het gebruikelijk loon. Daarnaast zal de bewijslast volledig bij de belastingplichtige komen te liggen om een lager loon aannemelijk te maken als dit laatste überhaupt mogelijk is. Daar komt bij dat er jaarlijks variatie in de winst en dus in het gebruikelijk loon is. Dit komt de duidelijkheid van de regeling niet ten goede waardoor de afroommethode geen goede methode is ter vaststelling van het gebruikelijk loon.

6.5 Versoepelen gebruikelijk-loonregeling

In de literatuur wordt geopperd om de gebruikelijk-loonregeling in bepaalde situaties te versoepelen. Zo stelt Lammers dat de regeling bij een verlies niet in aanmerking moet worden genomen. Hierbij doelt hij voornamelijk op de situatie wanneer door toepassing van de gebruikelijk-loonregeling een verlies wordt geleden. Deze vrijstelling voor de gebruikelijk-loonregeling is te rechtvaardigen omdat een DGA zich geen werknemer voelt maar een ondernemer, aldus Lammers⁷². De loonbelasting volgt uit de arbeidsbeloning van een dienstbetrekking, deze laatste heeft een DGA fictief.

De wetgever heeft ook op dit voorstel een antwoord gegeven. De kern van de gebruikelijk-loonregeling is dat de DGA zakelijk moet handelen met zijn onderneming, aldus de wetgever. Het enkel leiden van verlies vindt de wetgever geen steekhoudend argument om de gebruikelijk-loonregeling niet van toepassing te laten zijn. Een werknemer kan in een dergelijk geval ook niet afzien van loon dus zou een DGA dit ook niet mogen. Daarnaast stelt de wetgever dat er in de gebruikelijk-loonregeling al een optie is opgenomen om in een verliesjaar het gebruikelijk loon lager te stellen⁷³. Hiervoor dient de belastingplichtige aan de hand van een vergelijkbare dienstbetrekking aan te tonen dat een lager loon gebruikelijk is. Naast dit argument stelt de wetgever dat een DGA over aanzienlijke ruimte beschikt om zijn fiscale winst te bepalen. Een invoering van een dergelijke versoepeling zal er toe leiden dat er winstverschuiving over jaren plaatsvindt. Om dit vervolgens tegen te gaan zal er een nieuw winstbegrip voor de gebruikelijk-loonregeling moeten komen. Dit brengt veel administratieve lasten met zich mee voor de belastingdienst en die wegen niet op tegen eventuele voordelen van een versoepeling.

6.5.1 Uitstellen van Inkomstenbelasting

In de situatie waarin er geen verlies wordt geleden zal de regeling geen verandering teweeg brengen. Wanneer er een verlies wordt geleden zal de gebruikelijk-loonregeling echter buiten aanmerking blijven. Het uitstellen van inkomstenbelasting zal in een dergelijk geval niet in grote mate van belang zijn. In een dergelijk geval zijn er in dat verliesjaar geen winsten om uit te kunnen stellen van de inkomstenbelasting. Wanneer na het verliesjaar weer winst gemaakt wordt zal de gebruikelijk-loonregeling weer van toepassing zijn en op dezelfde wijze het uitstellen van inkomstenbelasting tegengaan als bij de huidige regeling.

⁷² J.M. Lammers, Wat willen dga's nou eigenlijk?, WFR 2009/601

⁷³ VN 2009/24.6, Notitie fiscale positie directeur-groootaandeelhouder

6.5.2 Premieheffing

Bij een versoepeling van de gebruikelijk-loonregeling zal er in het geval van een verlies geen heffing plaatsvinden. Een werknemer die een dienstbetrekking heeft bij een verlieslijdende onderneming zal wel degelijk in de premieheffing betrokken worden. Hierdoor ontstaat er een verschillende fiscale behandeling voor de DGA en een werknemer. Wanneer er weer winst wordt gemaakt zal de versoepeling niet van toepassing zijn en wordt de DGA weer in de heffing betrokken.

6.5.3 Inkomensafhankelijke regeling

Wanneer een DGA een verlies lijdt met zijn onderneming kan hij volledig gebruik maken van de inkomensafhankelijke regelingen als er geen loon wordt uitgekeerd. Dit is een van de belangrijkste argumenten van de wetgever tegen de gebruikelijk-loonregeling⁷⁴.

6.5.4 Deelconclusie

Een versoepeling van de gebruikelijk-loonregeling is te rechtvaardigen in het verschil van positie van de DGA en een werknemer. Een verliessituatie zou hierom andere gevolgen voor een DGA moeten hebben dan voor een werknemer. De wetgever meent juist dat een DGA en een werknemer fiscaal vergelijkbaar moeten worden behandeld. Dit argument acht ik niet steekhoudend aangezien een DGA een andere rol vervult in de onderneming dan een werknemer. Een DGA draagt een risico wat de werknemer niet draagt waardoor er een verschil moet zijn in fiscale behandeling tussen deze partijen.

Het standpunt van de wetgever dat een versoepeling tot veel administratieve lasten leidt voor de belastingdienst acht ik wel steekhoudend. DGA's zullen proberen om hun winsten te verschuiven en zodoende een fiscaal voordeel te behalen. Om dit vervolgens tegen te gaan zullen maatregelen genomen moeten worden die niet opwegen tegen de voordelen van een dergelijke versoepeling.

⁷⁴ VN 2009/24.6, Notitie fiscale positie directeur-grotoaandeelhouder

6.6 Meest vergelijkbare dienstbetrekking

Zoals in het vorige hoofdstuk is beschreven leidt de term ‘meest vergelijkbare dienstbetrekking’ tot een verschuiving van de bewijslast die voor de DGA zwaarder wordt. Het zou de regeling ten goede komen om de ‘meest vergelijkbare dienstbetrekking’ te vervangen door de term ‘vergelijkbare dienstbetrekking’. Hierdoor wordt de situatie weer zoals onder de oude regeling met de ‘soortgelijke dienstbetrekking’. Waardoor de bewijslast weer in balans is zoals deze in mijn ogen zou moeten zijn. Daarbij ben ik van mening dat er altijd een dienstbetrekking gevonden kan worden die vergelijkbaar is. Hierbij zal de afroommethode niet meer toegepast kunnen worden zoals dat mijns inziens onder de huidige regeling ook niet kan. Daarnaast zal er duidelijkheid gegeven moeten worden op welke aspecten dienstbetrekkingen vergelijkbaar zijn en deze duidelijk specificeren. Hierdoor ontstaat er duidelijkheid voor zowel een belastingplichtige als een inspecteur wanneer een dienstbetrekking vergelijkbaar is. Hierbij ben ik me er van bewust dat er veel discussie blijft ontstaan over de vergelijkbaarheid van de dienstbetrekking maar dit is in mijn optiek beter dan de bewijslast onevenredig te verschuiven en op die manier de zaak afhandelen zoals bij de afroommethode en de meest vergelijkbare dienstbetrekking het geval is.

6.7 De beste oplossing

Naar mijn mening is het aftoppen van de gebruikelijk loonregeling op €44.000 de beste oplossing voor de regeling. Daarbij ben ik van mening dat deze optie de doelstellingen van de gebruikelijk-loonregeling het effectiefste realiseert. Het nadeel van deze regeling is dat er meer inkomstenbelasting uitgesteld kan worden. Ook zou het mogelijk kunnen zijn om een voordeel te behalen in de inkomensafhankelijke regelingen of de premieheffingsgrondslag uit te hollen. Bij een aftopping bij €44.000 zal dit echter niet structureel kunnen plaatsvinden. Het grote voordeel van de aftopping is de vereenvoudiging. Eindeloze discussies tussen de DGA en de belastinginspecteur over een loon boven de €44.000 zullen niet meer plaatsvinden. Hierbij weet een belastingplichtige ook wat hem te wachten staat. Deze dient namelijk een lager loon aannemelijk te maken. Onder de huidige regeling kan een belastingplichtige ineens geconfronteerd worden met een gebruikelijk loon wat voor de belastingplichtige onrechtvaardig kan zijn. Daarnaast zal de uitvoerbaarheid van de regeling ook verbeterd worden. De inspecteur zal een hoger loon niet meer aannemelijk moeten maken. De bewijslast voor een lager loon dan €44.000 berust op de belastingplichtige maar dit is onder de huidige regeling ook het geval.

Daarnaast ben ik van mening dat de invoering van de meest vergelijkbare dienstbetrekking onder een aftopping ervoor zorgt dat de bewijslast van de belastingplichtige lichter is dan onder de huidige regeling geldt. Aangezien de bewijslast op de belastingplichtige rust zal deze een vergelijkbare dienstbetrekking moeten aandragen. De inspecteur zal dan een dienstbetrekking moeten voorleggen die meer vergelijkbaar is. De zwaarste bewijslast zal dus bij de inspecteur komen te liggen wat naar mijn oordeel juist is gezien de middelen die de belastingdienst tot haar beschikking heeft vergeleken met een DGA. Het amendement van mevrouw Neppérus zal in deze situatie geen toepassing meer vinden. Onder de huidige regeling hoeft alleen de inspecteur criteria aan te dragen voor de vaststelling van de hoogte van het gebruikelijk loon. Dit zou niet wenselijk zijn om voor een lager loon dan €44.000 ook te doen omdat de bewijslast voor de belastingplichtige dan wordt verzwaard.

Conclusie

De afschaffing van de gebruikelijk-loonregeling zal er toe leiden dat de doelstellingen die aan de regeling ten grondslag liggen niet meer worden behaald. De doelstellingen die aan de regeling liggen zijn goed te rijmen met de inkomstenbelasting waardoor het afschaffen van de regeling niet de beste oplossing is.

Bij het aftoppen van de gebruikelijk-loonregeling wordt er weliswaar ingeleverd op de verscheidene doelstellingen maar hier staat een grote lastenverlichting tegenover voor zowel de inspecteur als de DGA. Daarnaast zal de regeling verduidelijkt worden.

Wanneer de afroommethode een verankering in art. 12a Wet LB krijgt zullen de doelstellingen van de regeling gerealiseerd worden. Het nadeel van een dergelijke verankering is de administratieve last die deze meebrengt. Voor iedere DGA zal er jaarlijks een gebruikelijk loon vastgesteld moeten worden bij een dergelijk systeem. Daarnaast leidt de situatie met meerdere DGA's van een onderneming tot veel complexiteit ter vaststelling van het gebruikelijk loon.

Als laatste optie is gekeken naar de versoepeling van de gebruikelijk-loonregeling. Hierbij zullen de doelstellingen van de regeling gerealiseerd worden tenzij er een verlies wordt geleden in de onderneming. Een dergelijke versoepeling leidt tot belastingontwijkend gedrag in de vorm van winstverschuiving. Om dit vervolgens tegen te gaan zal er een nieuw winstbegrip moeten komen speciaal voor de gebruikelijk-loonregeling.

Daarnaast moet aanpassing van de soortgelijke dienstbetrekking in de meest vergelijkbare dienstbetrekking worden teruggedraaid wanneer de regeling niet wordt aangepast gezien de verschuiving van de bewijslast. Wordt de regeling echter afgetopt dan werkt deze term tot een bewijslastverlichting voor de belastingplichtige en zou de term moeten blijven, wat in mijn ogen de beste oplossing is voor de gebruikelijk-loonregeling.

Eindconclusie

De hoofdvraag die ik in deze scriptie beoogde te beantwoorden was in hoeverre realiseert de wetgever haar gestelde doelstelling met het per 2015 vernieuwde art. 12a Wet LB 1964? Zijn er daarnaast nog betere manieren om deze doelstellingen op een effectievere manier te bereiken? Om tot een gedegen antwoord op deze vraag te komen zal ik de volgende deelvragen beantwoorden.

Welke doelstellingen liggen aan de gebruikelijk-loonregeling ten grondslag?

De belangrijkste doelstelling die ervoor zorgde dat de regeling werd ingevoerd was het tegengaan van de uitholling van de vermogensbelasting en de uitstel van inkomstenbelasting. Al snel werden hier twee andere doelstellingen aan toegevoegd. Dit waren het tegengaan van de uitholling van de premiegrondslag en het oneigenlijke gebruik van de inkomensafhankelijke regelingen.

Hoe luidde het oude art. 12a Wet LB 1964 en welke knelpunten zijn er bij de regeling te onderkennen?

De regeling zorgt ervoor dat een DGA belasting betaalde over een loon dat gelijk was aan het loon dat gebruikelijk is voor de werkzaamheden die de DGA verricht. Ter vaststelling van dit bedrag ligt de bewijslast van een gebruikelijk loon dat hoger is dan €44.000 bij de inspecteur. Een lager bedrag zal de belastingplichtige aannemelijk moeten maken. Om dit bedrag vast te kunnen stellen wordt een vergelijking gemaakt met een soortgelijke dienstbetrekking om een loon vast te kunnen stellen. Daarnaast is het ook mogelijk om de afroonmethode te gebruiken waarbij het gebruikelijk loon wordt bepaald aan de hand van de winst.

De grootste knelpunten van de gebruikelijk-loonregeling zijn de moeizame discussies tussen de inspecteur en de belastingplichtige, het draagvlak dat kleiner is geworden na het afschaffen van de vermogensbelasting en dat er geen sprake is van een fair-fight tussen de inspecteur en de belastingplichtige bij de vaststelling van het gebruikelijk loon.

Wat zijn de aanpassingen aan art. 12a wet LB 1964 en in hoeverre zijn haar doelstellingen gewijzigd?

De voornaamste wijziging van de gebruikelijk-loonregeling is de vervanging van de ‘soortgelijke dienstbetrekking’ naar de ‘meest vergelijkbare dienstbetrekking’. De wetgever beoogde hiermee een nieuw handvat te realiseren om het gebruikelijke loon vast te stellen. Dit is gelukt maar ten koste gegaan van de belastingplichtige wiens bewijslast is verzwaard.

Daarnaast is de doelmatigheidsmarge verlaagd waardoor sommigen afspraken tussen de belastingdienst en de belastingplichtige afgezegd moesten worden. De doelstellingen die ten grondslag liggen aan de regeling gelden na de wijziging nog steeds, kennende het tegengaan van de uitstel van inkomstenbelasting, de DGA in de premieheffing betrekken en het oneigenlijke gebruik van inkomensafhankelijke regelingen tegengaan. Daarnaast hebben er wijzigingen plaatsgevonden om de regeling te verduidelijken, zo ook in 2015

Leidt de wijziging van art. 12a wet LB 1962 tot een betere realisatie van de beoogde doelstellingen?

De wijziging per 1 januari 2015 leidt niet tot een betere realisatie van de beoogde doelstellingen. Door het opzeggen van de afspraken hebben belastingplichtige geen zekerheid meer over deze afspraak. Daarnaast leidt de meest vergelijkbare dienstbetrekking tot een nieuwe bewijslastverdeling die de regeling niet duidelijker zal maken voor de belastingplichtige. De wijziging realiseert alle doelstellingen van de gebruikelijk-loonregeling nagenoeg even goed. Er is echter wel onduidelijkheid ontstaan waardoor deze doelstelling niet is gehaald.

Zijn er andere manieren om de doelstellingen van de gebruikelijk-loonregeling effectiever te behalen?

Vier verschillende opties zijn aan bod gekomen als alternatief voor de huidige gebruikelijk-loonregeling. Het afschaffen van de gebruikelijk-loonregeling zal er toe leiden dat geen enkele doelstelling van de gebruikelijk-loonregeling behaald wordt. Het verankeren van de afroonmethode brengt moeilijkheden met zich mee waardoor de doelstellingen niet effectiever behaald zullen worden dan onder de huidige regeling. Hetzelfde geldt voor het versoepelen van art. 12a Wet LB 1964. Het aftoppen van de regeling zal iets moeten toegeven op de realisatie van de doelstellingen maar is wel effectiever omdat de bewijslast beter is verdeeld en duidelijker toe te passen is voor zowel de belastingplichtige als de inspecteur.

Al met al kan gezegd worden dat de wijziging per 1 januari 2015 de doelstellingen niet effectiever gerealiseerd worden dan onder oude regeling het geval was. Dit komt voornamelijk door de verzwaring van de bewijslast van de belastingplichtige. Een afgetopte regeling zal iets moeten inleveren op de realisatie van de doelstellingen maar zou deze wel effectiever realiseren. Om deze reden zou de gebruikelijk-loonregeling afgetopt moeten worden.

Bronvermelding

Boeken

- E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars, B.F. Schuver, *Inkomstenbelasting*, Deventer, Kluwer 2014
- A.L. Mertens, *Het beginsel van de minste pijn*, Ars Aequi Libri, Nijmegen
- Dr F.M. Werger, *De Wet inkomstenbelasting 2001*, SDU uitgevers, Den Haag, 2013
- D.V.E.M. van der Wiel-Rammeloo, W. Koelewijn, J.M. van Schendel, H.C. Verploegh, *Loonheffingen*, Kluwer, Deventer, 2013

Artikelen

- J.P. Boer, *Gebruikelijk loon: vergelijkings- of afroommethode*, NTFR 25 april 2013
- J.E.A.M. Van Dijck, *Gebruikelijk loon*, WFR 2001/1033
- B. Emmerig en P.R. Van der Waal, *De fictief loonregeling*, WFR 1998/721
- B. Emmerig; Van der Waal, *De gewijzigde fictiefloonregeling*, WFR 2015/470
- J.M. Lammers, *Wat willen dga's nou eigenlijk?*, WFR 2009/601
- L.G.M. Stevens, *Fiscale beleidsnotities 2011*, WFR2010/1200
- G.W.B. Van Westen, *De fictiefloonregeling moet worden afgeschaft*, NTFR2006/693

Parlementaire stukken

- Kamerstukken II, 1996/97, 24 761, nr 3
- Brief Staatssecretaris van Financiën van 21 januari 1998, nr DB97/2769
- Kamerstukken II, 2005/06, 30 200, nr 3
- VN 2009/24.6, *Notitie fiscale positie directeur-grotaandeelhouder*
- Handelingen II 2014/15, 23, item 7
- Kamerstukken II, 2014/15, 34002, nr 3
- Kamerstukken II, 2014/15, 34002, nr 10

- Kamerstukken II, 2014/15, 34002, nr 14
- Kamerstukken II, 2014/15, 34002, nr 46
- Memorie van Toelichting belastingplan 2015

Jurisprudentie

- HR 8 december 1943, B.7745
- HR 20 november 1996, BNB 1997/97
- HR 17 september 2004, BNB 2005/50
- HR 23 november 2012, BNB 2013/42

Overige

- Notitie fiscale positie directeur grootaandeelhouder, 2006
- Eindrapport commissie van Dijkhuizen, juni 2013
- Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het wetsvoorstel Belastingplan 2015, Oktober 2014
- Commentaar RB op het pakket belastingplan 2015, oktober 2014
- Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de Nota naar aanleiding van het verslag en de Tweede nota van wijziging inzake het belastingplan 2015, 2014