

De hybride dga

Hybride figuren leveren vrijwel altijd fiscale complicaties op en zo is dat ook het geval bij de directeurgrootaandeelhouder, in het spraakgebruik veelal aangeduid als dga. Enerzijds is hij (groot)aandeelouder en anderzijds is hij doorgaans bestuurder ofwel werknemer. In de eerste plaats zijn dat civielrechtelijk natuurlijk al heel verschillende hoedanigheden, fiscaalrechtelijk is dat zeker niet anders. Wat betreft de bestuurdersfunctie is al de vraag of de dga eigenlijk wel werknemer is. Materieel is hij immers in feite zijn eigen baas en daarmee wordt aan een kerncriterium van werknemerschap niet voldaan: het gezag van de ene persoon over een ander persoon. De dga is in feite dan ook veel meer ondernemer, zij het gegoten in het juridisch jasje van een vennootschap. Dus waarom zouden we de dga en zijn vennootschap dan anders behandelen dan de ondernemers zonder juridisch jasje? Dit is een regelmatig aangedragen argument voor de invoering van een ondernemingswinstbelasting waarbij dus geen onderscheid wordt gemaakt tussen beide groepen. Wetgevers lopen er echter niet snel warm voor: te complex.

Een heel andere benadering zou natuurlijk zijn dat we de dga ontdoen van zijn werknemersjasje. We bepalen eenvoudigweg dat hij geen werknemer is. De reden dat dit nu wel zo is, is eigenlijk alleen maar toe te schrijven aan de Hoge Raad. Die bepaalt in diens rechtspraak al sinds jaar en dag dat de dga werknemer is van zijn vennootschap omdat dat formeel nu eenmaal zo is geregeld. Maar misschien zou ons hoogste rechtscollege die visie eens kunnen laten varen en uitgaan van een meer materiële benadering. Probleem is dan overigens wel waar de grens ligt tussen degenen die aldus geen werknemer zijn en de 'echte' werknemers. Daar spelen aandeelhoudersbelangen, stemregelingen en andere bepalingen een rol bij hetgeen dus steeds een lastige feitelijke toets betekent. Overigens doen we dat in Nederland wel ten aanzien van de werknemersverzekeringen en met wat vallen en opstaan bij bijzondere gevallen werkt dat eigenlijk doorgaans wel goed.

Terug naar de hybride dga. Door zijn positie kan hij gemakkelijk bepalen hoe hij het vermogen uit zijn vennootschap haalt: geheel niet, (deels) als loon of (deels) als dividend. En dan zijn we er nog niet. Vooral als geen of weinig loon of dividend uit de vennootschap wordt gehaald en er toch ergens van moet worden geleefd, komt de derde pet in beeld: lenen bij de vennootschap. Dat kost fiscaal immers helemaal niets en aflossen kan in beginsel uitgesteld worden tot het moment van de verkoop van de aandelen. De overheid is daarvan natuurlijk weinig gecharmeerd. Het geld pot zich op in de vennootschap zonder dat daar veel belasting over wordt betaald. Het vermogen van de vennootschap zelf wordt immers niet belast. In Nederland wordt het vermogen dat zich in BV's van dga's bevindt geschat op € 400 mld. (2017). En dan te bedenken dat vermogen in handen van andere particulieren jaarlijks gewoon wordt belast via een vermogensbelasting, een vermogensrendementsbelasting of door de daadwerkelijke inkomsten te belasten en soms zelfs door een combinatie.

Nu valt er op het bovenstaande wel iets af te dingen. Immers, Curaçao en ook Nederland kennen in elk geval een gebruikelijkloonregeling die ervoor zorgdraagt dat in elk geval een minimaal niveau van arbeidsbeloning kan worden belast. In Nederland werkt die na wat aanloopperikelen bij de invoering redelijk goed. Op Curaçao is dat helaas niet het geval. Dat wordt vooral veroorzaakt doordat het gebruikelijk loon afhankelijk is van de omzet. Dat is een geheel verkeerde maatstaf en die moet dan ook zo snel mogelijk worden vervangen door een opzet vergelijkbaar met die welke in Nederland van toepassing is. Kortom, een koppeling aan een gebruikelijke en zakelijk loon met een minimum en met tegenbewijsregels voor belastingplichtige en Belastingdienst.

De andere component is de kapitaalcomponent ofwel het dividend. Ook hier verdient het aanbeveling tot een gebruikelijk dividendregeling te komen door een vast percentage te nemen van het commerciële vermogen of het kapitaal, aangevuld met een tegenbewijsregeling. Daarmee

voorkomt men oppotting van winsten. Deze oplossing zou zowel voor Nederland als voor Curaçao heel zinvol zijn. Het is ook indertijd voorgesteld door de commissie Van Dijkhuizen.

Wanneer er zowel sprake is van een gebruikelijk loon- als een gebruikelijkdividendregeling is er verder geen argument om nog een zogenoemde rekeningcourantmaatregel in te voeren, zoals Nederland dat voornemens is te doen. Indien voldoende dividend en loon wordt uitgekeerd – hetgeen doorgaans het gevolg is van een fictief inkomensregeling– is er immers geen reden de rekeningcourant hoog op te laten lopen. En mocht dat toch gebeuren dan heeft de inspecteur op basis van de rechtspraak van de Hoge Raad de mogelijkheid die te maximeren. Lastig daarbij is mogelijk nog wel de bewijslast, maar omdat er niet veel reden is de rekeningcourant hoog op te laten lopen zal die problematiek zich niet vaak voordoen.

Peter Kavelaars

Hoogleraar Fiscale economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en of council bij Deloitte.