



Salaris DGA-vrije beroeper: afroommethode niet toegestaan bij praktijk-BV

14 december 2012

De Hoge Raad heeft recent beslist dat de afroommethode niet toegepast mag worden bij de vaststelling van het salaris dat een vrije beroeper bij zijn praktijk-BV moet opnemen. Het arrest betreft een vrije beroeper (advocaat) die met een praktijk-BV participeert in een maatschap en zijn winstaandeel uit die maatschap in de BV ontvangt. De Hoge Raad verwerpt de afroommethode omdat de opbrengst in de praktijk-BV – het winstaandeel uit de maatschap – niet geheel of nagenoeg geheel voortvloeit uit de door de DGA, de vrije beroeper, verrichte werkzaamheden: het winstaandeel is “in niet onbetekende mate afhankelijk van de bijdrage aan dat resultaat van andere partners en werknemers in dat samenwerkingsverband”. Deze uitspraak zal veel vrije beroepers met een praktijk-BV tevreden stemmen.

De Hoge Raad heeft in september 2004 beslist dat de Belastingdienst de afroommethode kan toepassen om het gebruikelijk loon van een directeur-grotoaandeelhouder in de BV vast te stellen. Kenmerk van die afroommethode is dat het salaris van de DGA afgeleid wordt uit de opbrengsten van de BV, indien die opbrengsten voor 90% of meer voortvloeien uit de door de DGA als directeur/werknemer van die BV verrichte arbeid. Zie ook het eerste nummer van BelastingBelangen, november 2006: [DGA-vrije beroeper: hoog salaris, BV exit?](#)

Na dit arrest is de Belastingdienst de afroommethode bij steeds meer DGA's gaan toepassen, ook bij vrije beroepers in BV-vorm. De fiscus eist dan dat de vrije beroeper – die zijn werkzaamheden middels een praktijk-BV in een maatschap verricht en in die BV zijn winstaandeel ontvangt – zijn salaris afstemt op de hoogte van dat winstaandeel. De lagere belastingrechter heeft deze toepassing van de afroommethode bevestigd: zie ook BelastingBelangen, april 2010: [Het gebruikelijk loon van een vrije beroeper met een maatschaps-BV](#).

Deze zaak is in cassatie aan de Hoge Raad voorgelegd. De Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad kwam in een gefundeerd pleidooi tot de conclusie dat de afroommethode in deze situatie verworpen moest worden. Zie ook BelastingBelangen van juni 2012: [Toch geen afroommethode voor DGA met praktijk-BV?](#)

De Hoge Raad heeft deze conclusie overgenomen. Ons hoogste rechtscollege wijst de toepassing van de afroommethode af omdat in de gegeven situatie de opbrengsten in de praktijk-BV – het jaarlijkse winstaandeel uit de maatschap – niet geheel of nagenoeg geheel voortvloeien uit de directeur-grotoaandeelhouder verrichte arbeid. Als dat winstaandeel bestaat uit een percentage van het resultaat van de maatschap, is de omvang van dat winstaandeel dan 'in niet onbetekenende mate afhankelijk van de bijdrage aan dat resultaat van de arbeid van andere partners ten behoeve van de maatschap en van wat de werknemers van het samenwerkingsverband hadden bijgedragen aan dat resultaat'. De afroommethode kan bij een dergelijke praktijk-BV slechts toegepast worden als de omvang van het winstaandeel uit de maatschap nagenoeg uitsluitend bepaald wordt door de arbeid die de directeur-grotoaandeelhouder in de maatschap verricht.

De Hoge Raad verklaarde het beroep in cassatie gegrond; de zaak is verwezen naar Hof Amsterdam ter afdoening.



Commentaar

Voor de toepassing van de afroommethode blijft de Hoge Raad vasthouden aan de eis dat de opbrengsten in de BV voor 90% of meer moeten opkomen uit de door de DGA als werknemer van de BV verrichte arbeid. De lagere rechters hebben dit vereiste gaandeweg opgerekt, maar de Hoge Raad gaat daar niet in mee. Voor vrije beroepers met een praktijk-BV in een maatschap of in een ander samenwerkingsverband is dat goed nieuws. De Hoge Raad ziet nog wel ruimte voor de afroommethode als het winstaandeel van de vrije beroeper uit de maatschap nagenoeg volledig opkomt door zijn eigen arbeid in dat samenwerkingsverband. Dergelijke samenwerkingsverbanden komen wel voor in de medische sector. En de afroommethode blijft – vooralsnog – ook mogelijk bij eenpitter-BV's, bij BV's waarbij de DGA als enige werknemer de volledige omzet van die BV verdient. Denk aan interim-managers, consultants en andere adviseurs in BV-vorm.

De Hoge Raad komt in de uitspraak – helaas – niet toe aan een beoordeling van het verschil in verdienmodel tussen enerzijds de DGA met een praktijk-BV en anderzijds de DGA met een management-BV. De Advocaat-Generaal is daar in zijn pleidooi voor de Hoge Raad uitgebreid op ingegaan. Bij een management-BV is de omzet in de BV geheel of nagenoeg geheel afhankelijk van de arbeidsprestatie van de DGA. De BV is in feite het uitzendbureau van de interim-manager: de BV berekent de opdrachtgever een tarief dat vergelijkbaar is met de werkgeverslasten die de inhurende organisatie zou moeten betalen als zij een vergelijkbare manager in dienst zou nemen. Deze opzet is goed vergelijkbaar met werknemerschap en daarom kan in een dergelijke situatie de afroommethode – zo bepleit de Advocaat-Generaal – wél worden toegepast. Bij een DGA met een praktijk-BV ligt dat anders: de opbrengst in de BV is niet gelijk aan de beloning voor zijn individuele arbeid; die omzet omvat een vergoeding voor ondernemersrisico. Deze kwestie zal in een volgende procedure over de reikwijdte van de afroommethode aangekaart moeten worden.