

HOGE RAAD, 24 april 1991 (nr. 27 021)
(Mrs. Jansen, Van der Linde, Baardman, Bellaart, Korthals Altes)

ARREST

gewezen op het beroep in cassatie van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid X BV te Z tegen de uitspraak van het Gerechtshof te Leeuwarden van 22 september 1989 betreffende de haar voor het jaar 1979 opgelegde aanslag in de vennootschapsbelasting.

1. Aanslag en bezwaar

Aan belanghebbende is voor het jaar 1979 een aanslag in de vennootschapsbelasting opgelegd naar een belastbaar bedrag van f 4 289 840, welke aanslag, na daartegen gemaakt bezwaar, bij uitspraak van de Inspecteur is gehandhaafd.

2. Loop van het geding tot dusverre

Belanghebbende is tegen de uitspraak van de Inspecteur in beroep gekomen bij het Gerechtshof te Arnhem. De uitspraak van dit Hof van 15 mei 1986 is op het beroep van belanghebbende bij arrest van de Hoge Raad van 20 januari 1988, nummer 24 554, vernietigd, met verwijzing van het geding van het Gerechtshof te Leeuwarden (hierna: het Hof) ter verdere behandeling en beslissing van de zaak in meervoudige kamer met inachtneming van dat arrest.

3. Het verwijzingsgeding voor het Hof

Het Hof heeft als tussen partijen vaststaande aangemerkt:

„Het Hof neemt uit de uitspraak van het Gerechtshof te Arnhem en uit het arrest van de Hoge Raad over de vaststaande feiten, de overwegingen en beslissingen, die in cassatie niet of tevergeefs zijn bestreden, dan wel die door de Hoge Raad zijn gegeven”.

Het Hof heeft omtrent het standpunt van partijen vermeld:

„Het Hof verwijst voor de standpunten van partijen naar de telkens van hen afkomstige gedingstukken. Partijen hebben ter zitting hun onderscheidene standpunten gehandhaafd, zonder daartoe overigens nadere gronden te hebben aangevoerd”.

Het Hof heeft omtrent het geschil overwogen:

„Vaststaat dat belanghebbende met haar twee dochtermaatschappijen in 1979 een fiscale eenheid vormde, die 130 personen in dienst had en wier vermogen, omzet en winst onderscheidenlijk ruim f 12 miljoen, f 169 miljoen en f 5,5 miljoen beliepen, alsmede dat belanghebbende over dat jaar aan elk van haar beide directeuren A en B naast een salaris van respectievelijk f 237 426 en f 237 807 een tantieme van f 556 639 aan ieder heeft uitgekeerd. Ten processe is voorts komen vast te staan, dat aan A en B, geboren in respectievelijk 1920 en 1917, beiden bij belanghebbende als directeur in dienst sedert 1965, een ouderdomspensioen is toegezegd van f 35 500 en een weduwnpensioen van f 26 597, aan welke pensioenrechten voor A en B een waarde kan worden toegekend van onderscheidenlijk f 13 250 en f 16 450 per jaar. Naar de ervaring leert zou bij een salaris als dat van A en B, rekening houdend met de door hen te behalen diensttijd van respectievelijk 21 en 18 jaren en een percentage per dienstjaar van 2 1/3 een netto ouderdomspensioen en weduwnpensioen van f 107 641 en f 75 349, onderscheidenlijk f 91 835 en f 64 285 - naar alsdan uit een dienovereenkomstige op zich niet in geschil zijnde tot de gedingstukken behorende berekening van pensioenadviesbureau C blijkt - niet ongebruikelijk zijn. Opgemerkt wordt daarbij, dat er geen aanleiding is om bij de berekening van de onder de gegeven omstandigheden als gebruikelijk te beschouwen pensioenrechten naast het salaris mede rekening te houden met eventuele tantieme-betalingen door belanghebbende aan de directeuren, nu niet aannemelijk is geworden, dat de directeuren aanspraak zouden kunnen doen gelden op een gegarandeerd bedrag aan tantieme, voor welk geval het niet gebruikelijk is enig bedrag in verband met tantieme in de pensioengrondslag te betrekken. Naar blijkt uit een ter zitting door de Inspecteur overgelegde berekening - welke berekening op zich voor wat betreft de cijfermatige uitkomsten niet is weersproken - zouden de kosten voor de vorenbedoelde als gebruikelijk te beschouwen pensioenrechten voor A en B respectievelijk f 40 156 en f 42 525 bedragen, hetgeen respectievelijk f 26 906 en f 26 075 meer is dan de voormelde waarde van de voor hen bestaande pensioenaanspraken van

onderscheidenlijk f 13 250 en f 16 450 telkens per jaar.

Ten processe heeft de Inspecteur gegevens overgelegd inzake het arbeidsinkomen van 56 directeuren, werkzaam bij 20 vennootschappen die vergelijkbaar zijn met of groter dan belanghebbende, waaruit blijkt dat de arbeidsbeloning van de directeuren gemiddeld f 218 500 beliep en slechts in 2 gevallen f 400 000 overtrof. Hij heeft voorts een publicatie inzake een salarisenquete onder Westeuropese topmanagers overgelegd, waaruit blijkt dat aan een president-direkteur in Nederland een arbeidsbeloning wordt toegekend van gemiddeld f 234 000 (inclusief emolumenten). De Inspecteur maakt, naar 's Hofs oordeel, daarmee aannemelijk dat de door belanghebbende aan ieder van haar directeuren over het jaar 1979 in totaal toegekende arbeidsbeloning - gelijk voormeld - abnormaal hoog was en dat in verband hiermee het vermoeden gerechtvaardigd is, dat het aan ieder van hen toegekende tantieme voor een bedrag van ten minste f 400 000 als verkapt dividend is aan te merken. Immers, ook indien het door de Inspecteur voor A en B wel aanvaarde bedrag bij wijze van arbeidsbeloning van respectievelijk f 237 426 salaris en f 156 639 tantieme - of wel f 394 065 - en f 237 806 salaris en f 156 639 tantieme - of wel f 394 446 - wordt verminderd met voormelde bedragen van f 26 906 en f 26 075 in verband met lagere pensioenaanspraken dan onder de gegeven omstandigheden gebruikelijk zou zijn, ligt - naar 's Hofs oordeel - die door de Inspecteur aanvaarde arbeidsbeloning nog zodanig boven een onder de gegeven omstandigheden als normaal te beschouwen arbeidsbeloning, dat zulks grond geeft aan vorenomschreven vermoeden.

Belanghebbende maakt daartegenover - mede gelet op de omstandigheid, dat zij, naar vaststaat, op fiscale gronden nooit dividend heeft uitgekeerd en dat aan de overige werknemers niet meer dan in totaal ongeveer f 160 000 aan tantieme is uitgekeerd - met haar verwijzing naar de uitzonderlijke werkkraacht en kwaliteiten van haar directeuren niet waar, dat de onderhavige direktie-tantiemes geheel als winstaandelen, toegekend ter zake van in de onderneming verrichte arbeid, bedoeld in artikel 9, eerste lid, letter a, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 moeten worden beschouwd.

Het Hof vermag belanghebbende voorts niet te volgen in haar stelling, dat voor de beoordeling van de arbeidsbeloning van haar directeuren mede in aanmerking dient te komen de voor haar rekening komende last van de backservice, verband houdende met hogere pensioenlasten dan de bestaande. Voor een toetsing - gelijk vorenomschreven - van de feitelijke arbeidsbeloning van de directeuren van belanghebbende aan hetgeen onder de gegeven omstandigheden gebruikelijk is, komt slechts in aanmerking de waarde van de pensioenaanspraken, zoals deze - op jaarbasis beschouwd - onderdeel uitmaken van die als gebruikelijk te beschouwen arbeidsbeloning.

Ook overigens is er naar het oordeel van het Hof geen aanleiding daarbij rekening te houden met de last van de backservice in verband met eventuele verhoging van de als onderdeel van de gebruikelijke arbeidsbeloning te beschouwen pensioenaanspraken, nu gelet op de leeftijd en het aantal jaren van het dienstverband van de directeuren van belanghebbende niet aannemelijk is, dat zij in een loopbaanfase verkeren, waarin een verdere stijging van hun salaris nog te verwachten is, terwijl er evenmin aanleiding is een salarisstijging onder de gegeven omstandigheden anderszins aannemelijk te achten. Het Hof merkt daarbij op dat niet is gesteld of gebleken dat de in het verleden door de directeuren van belanghebbende genoten arbeidsbeloning, met inbegrip van de waarde van de pensioenaanspraken, anders dan in het onderhavige jaar, lager was dan hetgeen, ook naar maatstaven van 1979 beoordeeld, als arbeidsbeloning - gelijk vorenomschreven - gebruikelijk was te beschouwen. Het beroep is derhalve ongegrond".

Op die gronden heeft het Hof de uitspraak van de Inspecteur bevestigd.

4. Het tweede geding in cassatie

Belanghebbende heeft tegen 's Hofs uitspraak beroep in cassatie ingesteld. Zij heeft het volgende middel van cassatie voorgesteld:

„Belanghebbende is van mening dat de uitspraak van het Gerechtshof, waarbij de uitspraak van de inspecteur wordt bevestigd, niet in stand kan blijven. Als cassatiemiddel wordt voorgedragen

schending van het recht, met name van artikel 17 van de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken.

Ter toelichting op dit cassatiemiddel wordt het volgende opgemerkt:

1. Het Hof overweegt dat voor de beoordeling van de arbeidsbeloning van de directeuren niet in aanmerking dient te komen de voor rekening van de vennootschap komende last van de backservice, verband houdende met hogere pensioenlasten dan de bestaande.

Deze stelling is gebaseerd op een onjuist uitgangspunt. Indien wordt uitgegaan van een normale arbeidsbeloning van f 237 800, zoals in alle berekeningen is gehanteerd, zou dit de basis moeten zijn voor de bepaling van de hoogte van de pensioenrechten. Op grond van dit gegeven dient op 65-jarige leeftijd van de directeuren een zodanig bedrag in eigen beheer te zijn opgebouwd, dat hieruit het pensioen, gebaseerd op eerdergenoemd salaris kan worden betaald. Indien niet uitgegaan zou worden van een pensioen in eigen beheer, dient aan een verzekeringsmaatschappij een zodanig bedrag aan premie te zijn betaald, dat de pensioenen door de maatschappij kunnen worden uitgekeerd. Indien de inspecteur van mening is dat op enig moment de salariering te hoog is, dient over dat jaar, in casu 1979, nagegaan te worden welke bedragen, gelet op bovengenoemde uitgangspunten, ten laste van het resultaat hadden dienen te komen casu quo welke bedragen de onttrekking ad f 400 000 verminderen. Immers, uitgangspunt bij de arbeidsbeloning van de directeuren is altijd geweest een salaris plus tantieme plus een minimale pensioenvoorziening. Indien nu de inspecteur van mening is dat het salaris plus tantieme bovenmatig is, dan moet worden uitgegaan van een normale beloning en een normaal tantieme, alsmede een daarbij behorende pensioenvoorziening. Op dat moment dient te worden bepaald hoe groot de jaarlijkse dotatie dient te zijn, zodanig dat op de einddatum een pensioen uitgekeerd kan worden dat past bij het normale salaris. Deze fictieve hogere pensioenlast dient dan in mindering gebracht te worden op het door de inspecteur vastgestelde bedrag van de onttrekking. Daar de pensioenen van de heren A en B in eigen beheer zijn gehouden, zal ook in dit geval, naar mijn mening, hiervan uitgegaan dienen te worden.

Zoals uiteengezet in belanghebbendes contra-memorie na verwijzing naar de Belastingkamer van het Gerechtshof te Leeuwarden is door het Pensioenadviesbureau C een berekening opgesteld inzake de pensioenen in eigen beheer, waarbij onder andere rekening is gehouden met een salaris van f 237 800, een pensioenpercentage per dienstjaar van 2 1/3% en het werkelijke aantal dienstjaren. In de bijlage wordt deze berekening aangetroffen, waarbij geconstateerd wordt, dat in dit geval het doelvermogen voor de heer B f 1 257 020 en voor de heer A f 1 529 203 bedraagt. Per 1 januari 1979 bedroeg de eigen-beheersvoorziening ten behoeve van de heer B f 376 108 en voor de heer A f 305 189. Dit betekent dat ten behoeve van de heer B over een periode van 3 jaar en 11 maanden aan de eigenbeheersvoorziening dient te worden toegevoegd f 880 913 ofwel f 224 913 per jaar. Ten behoeve van de heer A dient over een periode van 7 jaar toegevoegd te worden een bedrag van f 1 224 014 ofwel f 174 859 per jaar. De door de inspecteur berekende onttrekking ad f 800 000 dient dus verminderd te worden met een bedrag van $f 224 913 + f 174 859 = f 399 772$. Hierbij dient nog wel rekening gehouden te worden met de waarde van de aanspraak berekend bij een pensioentoezegging van f 35 500, welke aanspraak bedraagt f 29 700, zodat de totale correctie op de onttrekking bedraagt f 370 072.

Zoals uiteengezet in de contra-memorie na verwijzing, werd door de inspectie P in de jaren voordat de resolutie van de Staatssecretaris van Financien, nummer 284/11 358, werd toegepast een tabel gehanteerd, waarbij een relatie werd gelegd tussen het aantal dienstjaren en het te behalen percentage ouderdomspensioen. Deze tabel is in de berekeningen onder punt 2 en 3 toegepast, waarbij het enige verschil tussen de berekening onder 2 en 3 betreft de inbouw AOW. Op grond van deze berekeningen dient de eigen-beheersvoorziening voor de heer B op de pensioendatum f 1 502 059 respectievelijk f 1 483 539 te bedragen. Voor de heer A bedraagt deze voorziening f 1 748 794, respectievelijk f 1 732 041. Rekening houdende met de eigen-beheersvoorziening per 1 januari 1979 van respectievelijk f 376 108 en f 305 189 dienen de toevoegingen over 1979 te bedragen voor de heer B f 287 176 en voor de heer A f 206 229. Rekening houdende met de waarde van het ouderdomspensioen, gebaseerd op f 35 500 dient in dit geval de correctie op de onttrekking te zijn f 464 005. Indien dezelfde elementen worden

toegepast voor de berekening onder punt 3 bedraagt de uiteindelijke correctie op de onttrekking f 456 884. In een afzonderlijke bijlage zijn al deze cijfers bij elkaar gebracht, waarbij tevens de berekening nogmaals is uiteengezet.

Naar de mening van belanghebbende beantwoorden vorenstaande berekeningen aan datgene wat het Gerechtshof opgemerkt, namelijk: „ „Voor een toetsing van de feitelijke arbeidsbeloning van de directeuren van belanghebbende aan hetgeen onder de gegeven omstandigheden gebruikelijk is, komt slechts in aanmerking de waarde van de pensioenaanspraken, zoals deze - op jaarbasis beschouwd - onderdeel uitmaken van die als gebruikelijk te beschouwen arbeidsbeloning” ”.

2. In de berekeningen van de inspecteur gaat deze steeds uit van een premiebetaling. Hij baseert de premiebetaling op de brief van 19 december 1984 van het Bureau D. Ten einde na te gaan hoe de situatie zou zijn indien geen sprake zou zijn van een eigen-beheersvoorziening doch van premiebetaling ten behoeve van de pensioenen, is aan Pensioenadviesbureau C verzocht een berekening te maken van een veronderstelde premiebetaling behorende bij deze pensioenen. Uitgangspunt hierbij is de premiebetaling van ieder jaar, behorende bij het salaris over dat jaar. Indien het salaris werd aangepast, werd ook de premiebetaling ten behoeve van de pensioenen aangepast. Blijkens verkregen informatie van het Pensioenadviesbureau C is dit systeem ook in de praktijk het meest gebruikelijke en wordt dit allerwegen toegepast.

Uit de bijlage blijkt dat in dat geval, rekening houdende met een salaris van f 237 800 over 1979, ten behoeve van de heren B en A een premie betaald zou moeten worden van respectievelijk f 164 136 en van f 129 494. Op grond van deze cijfers en weer rekening houdende met de waarde van de pensioenaanspraken bij f 35 500 dient de onttrekking ad f 800 000 verminderd te worden met een bedrag van $f 164 136 + f 129 494 - f 29 700 = f 263 930$.

3. In het verwijzingsarrest van 20 januari 1988 wordt door de Hoge Raad overwogen: „ „De omstandigheid dat naar belanghebbende stelt het ouderdomspensioen te laag is, vormt een factor waarmee rekening dient te worden gehouden, ook al is geen aanvullende pensioenaanspraak toegekend” ”. Deze passage kan niet anders verstaan worden dan dat hoe dan ook met de gevolgen en de invloed van het te lage ouderdomspensioen rekening gehouden moet worden. Het Hof overweegt echter dat het vermoeden gerechtvaardigd is, dat het aan ieder van hen toegekende tantieme voor een bedrag van ten minste f 400 000 als verkapt dividend is aan te merken. Vervolgens merkt het Hof op dat ook als rekening wordt gehouden met de bedragen van f 26 906 en f 26 075 in verband met lagere pensioenaanspraken dan onder de gegeven omstandigheden gebruikelijk zou zijn, de door de inspecteur aanvaarde arbeidsbeloning zodanig boven een onder de gegeven omstandigheden als normaal te beschouwen arbeidsbeloning ligt, dat ook bovengenoemde bedragen begrepen zijn in het verkapte dividend ad f 400 000.

Deze conclusie is in strijd met de overweging, genoemd in het arrest van 20 januari 1988. Nog daargelaten de onjuiste cijfermatige onderbouwing van bovengenoemde bedragen zou het belastbaar bedrag in ieder geval met een bedrag van $f 26 906 + f 26 075 = f 52 981$ dienen te worden verminderd.

4. Het Hof geeft aan hoe het gekomen is aan de bedragen van respectievelijk f 26 906 en f 26 075, waarbij opgemerkt wordt dat deze berekening wat betreft de cijfermatige uitkomsten niet is weersproken. Indien echter, zoals in het onderhavige geval, de uitgangspunten van een berekening onjuist zijn, kan de cijfermatige uitkomst juist zijn maar, indien gebaseerd op onjuiste uitgangspunten, materieel onjuist. De inspecteur heeft zijn berekening gebaseerd op een brief van 19 december 1984 van het Bureau D, waarbij voor een bepaald ouderdomspensioen een bepaalde netto-jaarpremie werd berekend. Wijzigingen in het ouderdomspensioen heeft hij doorgevoerd door rechtevenredige wijzigingen in de netto-jaarpremie. Aldus komt de inspecteur aan de bedragen genoemd in de uitspraak van het Gerechtshof. Uit het schrijven van Pensioenadviesbureau C, blijkt dat de jaarpremie voor een netto-ouderdomspensioen ad f 107 641 voor de heer A f 49 164 bedraagt, terwijl de netto-jaarpremie voor een ouderdomspensioen ad f 91 835 van de heer B f 50 317 bedraagt.

De totale jaarpremie in dit geval bedraagt derhalve f 99 481 ofwel f 16 800 meer dan door de inspecteur is berekend; namelijk $f 99\,481 - f 40\,156 - f 42\,525 = f 16\,800$.

Op grond van het vorenstaande dient het belastbaar beroep dus verminderd te worden met $f 52\,981$ (zie onder 3) + $f 16\,800 = f 69\,781$.

Resumerend betreft het beroep in cassatie de beslissing van het Gerechtshof dat bij de vaststelling van de arbeidsbeloning in voldoende mate rekening is gehouden met een adequate pensioen-aanspraak. Deze uitspraak is in strijd met de beslissing in het arrest van 20 januari 1988, nummer 24 554. Tevens dient rekening gehouden te worden met de last van de backservice. Op grond van het vorenstaande is belanghebbende van mening dat de door de inspecteur toegepaste correctie ad $f 800\,000$ in ieder geval verminderd moet worden met een bedrag van primair: $f 464\,005$ of $f 456\,884$ of $f 370\,072$ (zie punt 1). Subsidiair dient de door de inspecteur toegepaste correctie verminderd te worden met een bedrag van $f 263\,930$ (zie punt 2). Meer subsidiair dient de correctie verminderd te worden met een bedrag van $f 69\,781$ of $f 52\,981$ (zie punt 4 respectievelijk punt 3)".

De Staatssecretaris van Financien heeft bij verzoekschrift het cassatieberoep bestreden.

5. Beoordeling van het middel

Het middel gaat terecht ervan uit dat de vraag of een arbeidsbeloning abnormaal hoog is en dientengevolge grond kan opleveren voor het vermoeden dat zij een uitdeling bevat, slechts kan worden beantwoord op de grondslag van de totale omvang van die beloning en niet afhankelijk is van de vorm waarin deze is toegekend en dat voor zover tegenover de abnormaal hoge bedragen van tantieme en salaris een beperking van de normaal te achten pensioenrechten staat, niet kan worden gezegd dat „de arbeidsbeloning” abnormaal hoog is en alsdan geen grond bestaat voor een vermoeden als vorenbedoeld.

Het Hof heeft geoordeeld dat de door de Inspecteur aanvaarde arbeidsbeloning zodanig boven een onder de gegeven omstandigheden als normaal te beschouwen arbeidsbeloning ligt, ook met inachtneming van de waarde van de pensioenaanspraken zoals deze op jaarbasis beschouwd onderdeel uitmaken van de als gebruikelijk te beschouwen arbeidsbeloning, dat zulks grond geeft aan vorenbedoeld vermoeden. Het Hof heeft voorts geoordeeld dat niet is gesteld of gebleken dat de beloning van de directeuren, met inbegrip van de pensioenaanspraken, in het verleden lager was dan hetgeen, ook naar de maatstaven van 1979 beoordeeld, als arbeidsbeloning - gelijk vorenomschreven -als gebruikelijk was te beschouwen. In deze oordelen, die wegens hun feitelijke aard in cassatie niet op hun juistheid kunnen worden getoetst, ligt besloten dat in voorgaande jaren aan de directeuren zodanige arbeidsbeloningen zijn verstrekt, dat een beperking van de pensioenrechten daardoor ook naar de maatstaven van 1979 volledig werd goedge maakt. Voormelde oordelen kunnen 's Hofs beslissing zelfstandig dragen. Het middel waaraan in al zijn onderdelen ten grondslag ligt de stelling dat bij de bepaling van een normale arbeidsbeloning rekening dient te worden gehouden, boven het door het Hof in aanmerking genomen bedrag, met de waarde van een als normaal te beschouwen verhoging van de toegekende pensioenrechten kan mitsdien niet tot cassatie leiden.

6. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.