

90 Ook dat nog: zelfs de aftrek van btw op advocaatkosten in een strafprocedure is in geschil

Een ondernemer die strafrechtelijk wordt vervolgd, zal zich doorgaans met hand en tand tegen alle onheil willen verdedigen. En zo'n verdediging kost niet alleen veel energie voor de ondernemer maar vooral ook veel geld aan juridische bijstand. Hoe zit dat als meerdere natuurlijke en rechtspersonen in de strafzaak worden betrokken: de holding, de werkmaatschappij(en), de persoonlijke houdstermaatschappij van de aandeelhouders? Wie betaalt dan de rekening en hoe zit dat met de aftrek van btw? Hof Arnhem-Leeuwarden haalt in zijn uitspraak van 25 september 2018¹ ons inziens – ten onrechte - een streep door de btw-aftrek van de juridische bijstand van de verdachte natuurlijke personen².

Geen aftrek van btw voor de juridische bijstand in de IB-procedure?

Als een fiscale strafprocedure zowel ziet op de ingediende inkomstenbelastingaangiften van een Directeur Groot-Aandeelhouder (DGA) als op de vennootschapsbelastingaangiften van zijn rechtsperso(o)n(en) waar hij bestuurder van is, zal de btw op de kosten van juridische bijstand in de inkomstenbelasting sfeer in principe een privé-uitgaaf vormen en niet in aftrek kunnen worden gebracht als voorbelasting door de holding of werkmaatschappij. Denk bijvoorbeeld aan strafrechtelijke vervolging in verband met de fiscale woonplaats van de DGA. Deze strafprocedure staat dan op zich los van de strafrechtelijke verwijten die de vennootschap(pen) worden gemaakt. Hoewel niet is uitgesloten dat een en ander met elkaar verweven kan zijn. De btw op de juridische kosten die betrekking hebben op de verdediging van de rechtsperso(o)n(en) kan in elk geval in aftrek worden gebracht, ervan uitgaande dat de onderneming btw-belaste activiteiten verricht.

Hoe zit het met de juridische kosten van een feitelijk leidinggever?

Hoe zit het als de DGA wordt vervolgd als feitelijk leidinggever aan strafbare gedragingen van de betrokken rechtspersonen³? Het Openbaar Ministerie (OM) heeft namelijk de mogelijkheid om zowel de rechtsperso(o)n(en) te vervolgen als de natuurlijke personen die aan 'het roer' staan. Een rechtspersoon is een fictief iets, de rechtspersoon kan alleen door handelingen van mensen zoals bijvoorbeeld de bestuurder van de vennootschap in actie komen. Het OM heeft een keuze: beiden kunnen worden vervolgd maar het OM kan ook besluiten om alleen de natuurlijke dan wel alleen de rechtspersonen te vervolgen⁴.

¹ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 25 september 2018, nr. 17/00297 t/m nr. 17/00301, [ECLI:NL:GHARL:2018:8470](#)

² In het BTW Bulletin van Wolters Kluwer zal mr. Roelof Vos binnenkort uitvoerig aandacht besteden aan dit onderwerp.

³ Art. 51 Wetboek van Strafrecht

⁴ HR 26 april 2016 zaaknr. 15/00447, [ECLI:NL:PHR:2015:2638](#).

Uitspraak Hof Arnhem-Leeuwarden van 25 september 2018: gedeeltelijk aftrek van btw

Hof Arnhem-Leeuwarden heeft op 25 september 2018⁵ beslist dat de btw op de advocaatkosten van een rechtspersoon - een NV - in aftrek kan worden gebracht als de rechtspersoon voorwerp is van strafrechtelijk onderzoek. Volgens Hof Arnhem-Leeuwarden ligt dat anders voor de kosten van juridische bijstand die de rechtspersoon betaalt voor de strafrechtelijke vervolging van de aandeelhouders. Die btw is niet aftrekbaar bij de rechtspersoon. In deze zaak ging het om een aantal rechtspersonen en natuurlijke personen die verdacht werden van betrokkenheid bij valsheid in geschrifte, witwassen en deelname aan een criminele organisatie. De rechtspersonen en een aantal natuurlijke personen hebben een schikking getroffen met de gedupeerden en met het OM. De overige natuurlijke personen moesten voor de strafrechter verschijnen.

Het Hof is van oordeel dat de advocaatkosten die zien op de bijstand aan de rechtspersoon in het kader van de strafrechtelijk vervolging van de rechtspersoon, kosten zijn die rechtstreeks en onmiddellijk verband houden met de algemene economische activiteit van de NV. En dat rechtstreekse verband ontbreekt volgens het Hof bij het verweer tegen strafsancities van de overige verdachten. Voor de beoordeling sluit Hof Arnhem-Leeuwarden aan bij het arrest Wolfram Becker⁶ van het Hof van Justitie (hierna HvJ) uit 2013. In dit arrest heeft het HvJ beslist dat de diensten van een advocaat, waarmee wordt beoogd strafsancities af te weren voor de zaakvoerders van een belastingplichtige onderneming die natuurlijke personen zijn, deze onderneming niet het recht geven de voorbelasting over de verrichte diensten in aftrek te brengen. Voorbelasting die ziet op de verweren tegen de strafvervolging van de aandeelhouders mag dus niet in aftrek worden gebracht, omdat het om de particuliere belangen van die verdachten gaat. Een afgeleid belang, namelijk het beschermen van de reputatie van belanghebbende met het oog op het voortbestaan van de onderneming, is niet voldoende. Ook is het enkel bestaan van een causaal verband tussen de economische activiteiten van belanghebbende en de strafrechtelijke vervolging van de andere verdachten onvoldoende om een rechtstreeks en onmiddellijk verband aan te nemen.

Heeft Hof Arnhem-Leeuwarden HvJ Wolfram Becker correct geïnterpreteerd?

Wij vragen ons af of Hof Arnhem-Leeuwarden het arrest HvJ Wolfram Becker op de voorliggende zaak correct heeft toegepast. De feiten verschillen namelijk. In Wolfram Becker was het strafonderzoek uitsluitend gericht tegen de natuurlijke personen en niet tegen de rechtspersoon in kwestie⁷. Het HvJ overweegt dan ook dat met de diensten van de advocaten werd beoogd de particuliere belangen van de verdachten rechtstreeks en onmiddellijk te beschermen. De verdachten werden wegens aan hen persoonlijk te wijten gedrag vervolgd.

⁵ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 25 september 2018, nr. 17/00297 t/m nr. 17/00301, [ECLI:NL:GHARL:2018:8470](#).

⁶ Hof van Justitie van de Europese Unie 21 februari 2013, C-104/12, Zaak Wolfram Becker, [ECLI:EU:C:2013:99](#).

⁷ RO 16 en 30 van Hof van Justitie van de Europese Unie 21 februari 2013, C-104/12, Zaak Wolfram Becker, [ECLI:EU:C:2013:99](#)

En de verwijzende nationale rechter heeft daaruit terecht geconcludeerd dat de kosten – gelet op de objectieve inhoud daarvan – niet zijn gemaakt ten behoeve van de gehele belastbare activiteit van de rechtspersoon.

In de zaak van Hof Arnhem-Leeuwarden ligt dat (mogelijk) anders. Zowel de natuurlijke als de rechtspersonen worden verdacht van (dezelfde) strafbare feiten. Hoewel uit de uitspraak niet blijkt of de natuurlijke personen als feitelijk leidinggevers werden aangemerkt, zijn wij van mening dat de kosten rechtstreeks verband houden met de belastbare activiteiten van de onderneming. Een vergelijking kan worden gemaakt met het arrest van de Hoge Raad van 25 maart 1998⁸ waarin de Hoge Raad met betrekking tot outplacementkosten heeft beslist dat dergelijke uitgaven primair in het belang van de onderneming zijn gedaan en dat het persoonlijk voordeel voor de werknemers, zo al aanwezig, van ondergeschikt belang is. De Hoge Raad verwijst daarbij ook naar het arrest van het HvJ in de zaak Julius Fillibeck Sohne GmbH & Co. KG⁹ over door de werkgever verricht vervoer van werknemers.

Geen cassatie ingesteld?

Navraag bij de Hoge Raad (gisteren 12 november 2018) leert ons dat nog geen cassatie ingesteld is tegen de uitspraak van het Hof. Wat ons betreft zou hier wel een cassatiekans liggen!

⁸ HR 25 maart 1998, zaaksnummer 33096, [ECLI:NLHR:1998:AA2468](#)

⁹ HvJ 16 oktober 1997, zaak C-258/95 Julius Fillibeck Sohne GmbH & Co. KG