

Advocaatkosten, omzetbelasting (btw) en de werkkostenregeling

Houthoff Buruma, Amsterdam

Inleiding

Een uitspraak over een arbeidsrechtadvocaat van 2 december 2013 (ECLI:NL:TAHVD:2013:304) van het Hof van Discipline (de hoogste instantie die klachtzaken over advocaten behandelt) heeft voor nogal wat beroering gezorgd. In de pers verschenen verontwaardigde berichten over arbeidsrechtadvocaten die de regels bij declaraties zouden overtreden waardoor de belastingbetaler zou opdraaien voor kosten bij arbeidsconflicten. De ophef was wellicht wat overdreven maar het is goed de regels nog eens op een rijtje te zetten in samenhang met de fiscale regeling over vergoeding van kosten.

Verrekening van btw

Waar ging het nu om? Een veel voorkomende afspraak bij schikkingen bij ontslagzaken is dat de declaratie van de advocaat van de werknemer aan de werkgever in rekening wordt gebracht en in aftrek komt op de ontslagvergoeding. In geval van andere professionele rechtshulpverleners dan advocaten worden overigens soortgelijke afspraken gemaakt, gemakshalve spreek ik hierna alleen over advocaten. De vraag die vaak opkomt, is of de btw op de declaratie van de advocaat door de werkgever kan worden verrekend met de btw die de ondernemer zelf moet afdragen. Het antwoord op deze vraag staat in art. 15 van de Wet op de omzetbelasting 1968:

Artikel 15: 1. De in artikel 2 bedoelde belasting welke de ondernemer in aftrek brengt, is: a. de belasting welke in het tijdvak van aangifte door andere ondernemers ter zake van door hen *aan de ondernemer verrichte leveringen en verleende diensten* in rekening is gebracht op een op de voorgescreven wijze opgemaakte factuur.

Aangezien de diensten van de advocaat van de werknemer aan de werknemer zijn verleend en niet aan de werkgever kan de btw niet in aftrek worden gebracht. De btw vormt hier dus een kostenpost voor de werkgever. Hier is overigens niets nieuws onder de zon, er is niets veranderd in de regels. Bij verrekening met de ontslagvergoeding dient de declaratie van de advocaat *inclusief btw* in aftrek te worden gebracht op de ontslagvergoeding en niet exclusief btw, althans anders snijdt de werkgever in de eigen vingers omdat hij de btw immers niet in aftrek kan brengen. Dit blijft nog steeds gunstiger voor de werknemer dan wanneer hij zijn of haar advocaat vanuit zijn nettoloon zou moeten betalen. Voor de werkgever is dit niet geheel neutraal, zoals bij de bespreking van de werkkostenregeling zal blijken.

In de zaak bij het Hof van Discipline was de declaratie van de advocaat gezonden en geadresseerd aan de werkgever met een omschrijving die mogelijk de indruk wekte dat de diensten van de betrokken advocaat aan de werkgever waren verleend. Bovendien - en dat was de crux - was aan de werkgever nog een brief gezonden waarin stond dat de werkgever de btw in aftrek kon brengen. Daarmee zou de advocaat volgens het Hof van Discipline hebben meegewerkt aan belastingfraude. Het Hof van Discipline stelde vast dat de advocaat daarmee tuchtrechtelijk verwijtbaar had gehandeld. Het oordeel lijkt mij juist. Ik denk overigens dat in veel gevallen eerder sprake is van onwetendheid van de betrokken advocaat of de werkgever over de aftrekregels dan dat sprake is van een moedwillige poging de fiscus te benadelen.

Een advocaat *mag* de declaratie wel per adres aan de werkgever sturen mits de declaratie op naam gesteld blijft van de werknemer en wanneer uit de omschrijving of begeleidend schrijven duidelijk blijkt en blijft dat het gaat om diensten verricht aan de werknemer.

Vergoeding advocaatkosten

Dat een werkgever de btw niet in aftrek kan brengen laat onverlet dat een werkgever advocaatkosten in beginsel onbelast mag vergoeden. Dit in afwijking van de hoofdregel van de Wet op de loonbelasting 1964 waarin staat dat loon al hetgeen is dat uit een dienstbetrekking of een vroegere dienstbetrekking wordt genoten, daaronder mede begrepen hetgeen wordt vergoed of verstrekt in het kader van de dienstbetrekking. Daarbij zijn er twee varianten. Voor een werkgever die nog niet valt onder de werkkostenregeling is sprake van een vrije vergoeding in de zin van art. 15 Wet loonbelasting (zoals deze op 31 december 2010 luidde). Voor werkgevers die vallen onder de werkkostenregeling geldt dat deze kosten meetellen voor het forfait van 1,5% van de loonsom mits aangewezen (anders wordt de vergoeding als loon aangemerkt). Aangezien de werkkostenregeling vanaf 2015 op iedere werkgever van toepassing zal zijn, zal ik deze regeling nog wat nader toelichten.

Werkkostenregeling

De werkkostenregeling is per 1 januari 2011 ingegaan en werd indertijd als een administratieve lastenverlichting gepresenteerd in vergelijking met het oude ingewikkelde systeem van vrije vergoedingen en verstrekkingen. De praktijk ervaart dat soms anders. Als overgangsrecht mogen werkgevers nog voor het oude regime kiezen. De termijn werd daarbij een aantal keer verschoven. De laatste stand van zaken is dat nog tot 1 januari 2015 voor het oude regime kan worden gekozen. Vanaf 1 januari 2015 geldt voor iedere werkgever de werkkostenregeling en komt het oude fiscale regime tot een einde. In een notendop werkt de werkkostenregeling als volgt. Een werkgever mag maximaal 1,5% van de fiscale loonsom (het forfait genoemd) onbelast vergoeden. Onder de fiscale loonsom valt alles wat een werkgever aan werknemers verstrekt of vergoedt, dus ook ontslagvergoedingen en betaalde declaraties van advocaten. Bij het berekenen van het forfait wordt gekeken naar de totale fiscale loonsom, dus van alle werknemers tezamen; niet naar de loonsom per individuele werknemer. Voor de goede orde, het gaat hier om de brutoloon. Om het ingewikkeld te maken vallen bepaalde vergoedingen buiten de forfaitaire regeling en worden bepaalde andere vergoedingen lager of tot nihil gewaardeerd. Een vergoeding van advocaatkosten telt mee voor het forfait, mits als zodanig aangewezen door de werkgever. Over het bedrag aan vergoedingen dat het forfait te boven gaat is de werkgever een eindheffing van 80% verschuldigd. Zon eindheffing kan niet in mindering worden gebracht op dat wat aan de werknemer verschuldigd is. Het is daarom van belang alvorens tot vergoeding over te gaan na te gaan of het forfait niet inmiddels opgesoupeerd is. Is dat het geval dan moet de werkgever over het meerdere een eindheffing van 80% voor zijn rekening nemen. En mogelijk wil een werkgever juist ruimte overhouden voor vergoedingen aan werknemers in plaats van die te besteden aan een werknemer die het dienstverband heeft verlaten.

Conclusie

Advocaatkosten van de werknemer mogen onbelast worden vergoed. Het verrekenen van de btw is echter niet toegestaan omdat de diensten van de rechtshulpverlener niet aan de werkgever maar aan de werknemer zijn verricht. Bij werkgevers die onder de werkkostenregeling vallen (vanaf 2015 iedereen) geldt dat de vergoeding meetelt bij het bepalen of het forfait van 1,5% van de loonsom is gebruikt. Is dat het geval dan wordt de werkgever over het meerdere belast met een eindheffing van 80%.

Auteur(s): Mr. M.W. Minnaard, advocaat en fiscalist sectie pensioenrecht