

178

Hoge Raad
25 maart 2014, nr. 4029.11,
ECLI:NL:HR:2014:693
(Mrs. Van Dorst, De Hullu, Wortel)
[Cassatie van Hof Amsterdam]
Noot mr. F.H.H. Sijbers

Het oordeel van het Hof dat in het onderhavige geval art. 74 Algemene wet inzake rijksbelastingen niet aan ontneming in de weg staat omdat kan worden aangenomen dat de betrokkene zich niet alleen aan een fiscaal delict, maar ook aan “witwassen” heeft schuldig gemaakt, getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is voorts niet onbegrijpelijk en toereikend gemotiveerd.

[Sr art. 36e, 420bis, 420quater; Algemene wet inzake rijksbelastingen art. 69, 74]

Zie voor de volledige uitspraak *NbSr* 2014, 178 (afl. 9), www.nieuwsbriefstrafrecht.nl (incl. noot) en *OpMaat Strafrecht* (incl. noot).

NOOT

Artikel 74 AWR bepaalt dat ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel geen toepassing vindt bij fiscale delicten. De reden daarvoor is gelegen in de omstandigheid dat de wetgever van oordeel is dat het eigen instrumentarium van de fiscale wetgeving toereikend is om de schulden in te vorderen, ook in de gevallen waarin de schuldenaar heeft nagelaten aan zijn aangifteverplichtingen te voldoen of zich daarbij aan misleiding of valsheid schuldig heeft gemaakt.

In 2008 oordeelde de Hoge Raad dat een fiscaal delict als gronddelict voor witwassen kan dienen (HR 7 oktober 2008, *NJ* 2009, 94). Dat oordeel roept tal van vragen op; bijvoorbeeld wanneer er bij een fiscaal delict sprake is van witwassen en hoe zich de kwalificatie van witwassen bij een fiscaal gronddelict verhoudt met artikel 74 AWR.

In het hier besproken arrest lag de vraag voor of er ondanks de ‘verpakking’ als witwasdelict in materiële zin sprake was van een fiscaal delict waardoor een ontnemingsvordering zou moeten

afstuiten op grond van artikel 74 AWR. De betrokkene werd door het hof (onder meer) veroordeeld voor fiscale delicten die er in de kern uit bestonden dat hij auto's zwart verkocht en vervolgens met de opbrengst nieuwe auto's aanschafte die vervolgens ook weer zwart werden verkocht. Het hof was op grond daarvan van oordeel dat de veroordeelde niet had volstaan met het plegen van een fiscaal delict maar zich daarnaast heeft schuldig gemaakt aan witwassen. Daarnaast oordeelde het hof dat geen sprake was van toepasbaarheid van artikel 74 AWR nu de veroordeelde niet voor fiscale feiten was veroordeeld maar ter zake van andere feiten i.c. witwassen en drugsdelicten.

De Hoge Raad oordeelt dat de overweging van het hof dat er in het onderhavige geval geen sprake was van een enkel fiscaal delict, maar dat daarnaast sprake was van witwassen, niet van een onjuiste rechtsopvatting getuigt. De Hoge Raad zwijgt over de overweging van het hof dat het gegeven dat er was veroordeeld voor witwassen reeds aan artikel 74 AWR in de weg stond.

Voor een goed begrip van de kwalificatie van een fiscaal delict als gronddelict is in de eerste plaats van belang om te onderkennen dat de Hoge Raad oordeelde dat vermogensbestanddelen waarover men de beschikking heeft doordat belasting is ontdoken, kunnen worden aangemerkt als voorwerpen afkomstig van enig misdrijf in de zin van de artikelen 420bis en 420quater Sr. In het geval dat er sprake is van een bankrekening die buiten het zicht van de fiscus wordt gehouden brengt de leer van de Hoge Raad met zich mee dat niet automatisch (door vermenging) dat gehele vermogen als afkomstig uit misdrijf moet worden beschouwd, maar dat in beginsel enkel het gedeelte ter grootte van de fiscale belastingsschuld als zodanig moet worden beschouwd. In de tweede plaats is van belang dat de Hoge Raad in de afgelopen jaren beperkingen heeft aangebracht in het toepassingsbereik van de witwasbepalingen. Die beperkingen zien er onder meer op dat het voorhanden hebben uit eigen misdrijf geen witwassen oplevert wanneer het voorhanden hebben niet kan hebben bijgedragen aan de verhulling van de criminele herkomst en daarvan in zoverre dan ook geen sprake is geweest (zie HR 26 oktober 2010, 09/01423, NJ 2010/655)

Het vorenstaande maakt dat witwassen met een fiscaal delict eerst in beeld komt wanneer er meer is gebeurd dan het enkel voorhanden hebben van zwart geld. Wat dat meerdere in de praktijk moet behelzen is niet altijd helder. Zo kan het overbrengen van zwarte gelden naar een geheime buitenlandse bankrekening mogelijk kwalificeren als verhullen, maar zal dat oordeel anders uit kunnen vallen als het geld al op de bankrekening staat en eerst daarmee de rente inkomsten buiten het zicht van de fiscus raken.

Gelet op de door de Hoge Raad aangebrachte inperkingen aan de reikwijdte van de witwasbepalingen zal er veelal meer benodigd zijn voor een bewezenverklaring van witwassen dan sec het hebben gepleegd van een fiscaal delict dat als 'gronddelict' dient voor de aanklacht van witwassen. In het onderhavige geval was er in ieder geval – door het omzetten van het zwarte geld in nieuwe voorraad die vervolgens weer nieuwe zwarte opbrengsten genereerde – meer aan de hand dan een enkel fiscaal delict.

Dat het witwasdelict meer is dan het fiscale delict geeft weliswaar een legistisch argument om artikel 74 AWR niet toe te passen maar die uitsluiting behoeft zich niet in alle situaties te verhouden met de bedoeling van de wetgever. De reden voor artikel 74 AWR was gelegen in het gegeven dat fiscale delicten gecorrigeerd zouden kunnen worden met het wettelijke fiscale arsenaal. In die optiek valt niet goed in te zien waarom dat correctie-instrument niet toereikend zou zijn in het geval dat er naast het fiscale delict enkel een verhullingshandeling heeft plaatsgevonden.

A-G Hartevelt staat in diens conclusie in deze zaak stil bij de vraag of de Aanwijzing ontneming (*Stcrt.* 2012, nr. 26875) aan vervolging in de weg zou moeten staan. In de richtlijn is met betrekking tot deze problematiek opgenomen dat artikel 74 AWR zowel van toepassing is als vervolging plaatsvindt op basis van de fiscale strafbepalingen, als wanneer het desbetreffende feitencomplex wordt vervolgd volgens het commune strafrecht.

De Aanwijzing spreekt over een feitencomplex wat een ruimere werking lijkt te hebben dan het feit waarvoor vervolgd wordt. Daarnaast wordt in de Aanwijzing gerefereerd aan het voordeel

dat uitsluitend is verkregen. Strikte lezing van de Aanwijzing leidt tot de conclusie dat er ander of meer voordeel moet zijn dan het voordeel dat is ontsproten uit de fiscale delicten. Daarvan zou ook sprake kunnen zijn indien de ontneming (mede) betrekking heeft op niet vervolgte 'andere strafbare feiten' als bedoeld in artikel 36e Sr. Voor toekomstige gevallen is van belang dat deze aanwijzing is inmiddels vervangen door de Aanwijzing Afpakken (*Stcr.* 2013, nr. 35782). Hierin is de geciteerde eerste zin gehandhaafd, maar de tweede zin is komen te vervallen.

Hoewel de ruimte beperkt lijkt te zijn zou er in uitzonderlijke situaties nog steeds een beletsel kunnen zijn voor het ontnemen van datgene wat ook met het fiscale instrumentarium reeds is of nog kan worden gecorrigeerd.

F.H.H. Sijbers
