

2

Opinie: Stage bij de Hoge Raad

Mw. mr. A.F.M.Q. Beukers-van Dooren

5

Vereenvoudiging formeel verkeer Belastingdienst

Mr. M.J. Pelinck en dr. E. Poelmann

13

De telefoon in fiscalibus en in bezwaar: momenteel kan met het door u gekozen nummer geen verbinding worden gemaakt

Mr. K. Kunze, Ass.iur.

20

Evenredig verdedigd? De (recente) ontwikkelingen van twee communautaire rechtsbeginselen in het fiscale recht

Mr. J.M. van Arkel

28

Witwassen en fiscaliteit anno 2012

Mw. mr. V.S. Huygen van Dyck-Jagersma

33

Kroniek formeel Europees belastingrecht

Mw. mr. J.M. van der Vegt

Witwassen en fiscaliteit anno 2012

Mw. mr. V.S. Huygen van Dyck-Jagersma*

De Hoge Raad heeft in enkele min of meer recente strafrechtelijke arresten beperkingen aangebracht op de toepassing van de witwasbepalingen. Deze beperkingen zijn van belang voor de fiscale praktijk nu de Hoge Raad in 2008 heeft geoordeeld dat ook opbrengsten uit fiscale misdrijven kunnen worden witgewassen. Hierna ga ik in op de verschillende aspecten van deze jurisprudentie. De eerste paragraaf gaat over het vereiste verhullende element bij het witwassen van opbrengst uit (eigen) misdrijf. De tweede paragraaf betreft de besmetting van vermogen, wanneer daarin niet te identificeren vermogen uit (al dan niet fiscaal) misdrijf aanwezig is. De derde paragraaf gaat over de mogelijkheid van ontneming van uit fiscaal misdrijf verkregen voordeel. Het artikel sluit af met een conclusie.

1. Verhullend element vereist bij witwassen eigen opbrengst

In zijn arrest van 26 oktober 2010¹ gaat de Hoge Raad in op de vraag in hoeverre (witwas)handelingen ten aanzien van uit *eigen* misdrijf verkregen voordeel als witwassen kunnen worden aangemerkt. De Hoge Raad komt, op grond van de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van de witwasbepalingen, tot de conclusie dat met name wanneer de witwasvariant 'voorhanden hebben' wordt ten laste gelegd, dit niet zonder meer als witwassen is te kwalificeren.²

De casus die ten grondslag ligt aan het arrest betreft het aanwenden van een door valsheid in geschrifte verkregen hypothecaire lening voor de aankoop van een eigen woning, welke aanwending als witwassen is aangemerkt. De Hoge Raad haalt uitgebreid de wetsgeschiedenis aan van de totstandkoming van de witwasbepalingen.³ Daarin wordt ingegaan op de redenen welke hebben geleid tot invoering daarvan. De belangrijkste reden is gelegen in de lacunes die bestaan bij vervolging van witwassen via de helingbepalingen.

Ten aanzien van de strekking van de strafbaarstelling van witwassen citeert de Hoge Raad onder meer:⁴

'Zoals het woord al zegt gaat het bij het witwassen van opbrengsten van misdrijven om het verbergen of verhullen van de illegale herkomst van gelden of voorwerpen. Doel hiervan is om die opbrengsten aan het zicht van politie en justitie te onttrekken, zodat confiscatie wordt voorkomen.'

Uit de opbouw van de memorie van toelichting blijkt dat de hiervoor opgenomen omschrijving van de verhullende aard van witwassen niet alleen is gericht op de gedragingen uit de 'a-categorie's (verbergen, verhullen, enz.), maar ook op de gedragingen uit de 'b-categorie': voorhanden hebben, enzovoort:

'Gelet op het voorgaande stel ik voor een apart "witwasdelict" in het Wetboek van Strafrecht op te nemen, dat nauwer aansluit bij de internationale omschrijvingen.

(...)

De nieuwe bepalingen stellen in het eerste lid, onderdeel a, allereerst strafbaar het van een voorwerp verbergen of verhullen van de werkelijke aard, (etc.).

(...)

Daarnaast wordt, conform de internationale overeenkomsten, als vorm van witwassen strafbaar gesteld het verwerken, voorhanden hebben, overdragen of omzetten van een voorwerp of het gebruik maken van een voorwerp, terwijl betrokkene weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat het voorwerp – onmiddellijk of middellijk – afkomstig is uit enig misdrijf (zie het eerste lid, onderdeel b, van beide bepalingen).'⁶

Dat de crux ligt in 'het verbergen of verhullen van de criminele herkomst', zoals ook De Bont en Sitsen opmerken,⁷ blijkt volgens de Hoge Raad uit de wetsgeschiedenis. Ten aanzien van het buiten toepassing laten van de 'heler-steler'-regel, inhoudende dat de plegger van het oorspronkelijke delict niet voor heling van de daaruit verkregen goederen

kon worden vervolgd, wordt onder meer opgemerkt (nog steeds uit het citaat door de Hoge Raad):

c. De heler-steler-regel

(...) In veel gevallen zal het de drughandelaar of fraudeur zelf zijn die (een deel van de) witwashandelingen pleegt, namelijk om zijn criminele opbrengsten veilig te stellen. In andere gevallen gaat het om de meer georganiseerde vormen van criminaliteit, waarbij vele personen zijn betrokken en waarbij uiteenlopende criminele handelingen (zowel gronddelicten als witwashandelingen) worden gepleegd. In zo'n geval is minder relevant wie precies de witwassers zijn en wie de plegers van de gronddelicten (...).⁸

In zijn centrale rechtsoverwegingen grijpt de Hoge Raad terug op laatstgenoemd citaat:

2.4.2

(...) Uit de wetsgeschiedenis volgt (...) dat ook [onderstreping VD] in het geval het witwassen de opbrengsten van eigen misdrijf betreft, van de witwasser in beginsel een handeling wordt gevegd die erop is gericht "om zijn criminele opbrengsten veilig te stellen".⁹

Gelet daarop, zo vervolgt de Hoge Raad, kan voorhanden hebben uit eigen misdrijf geen witwassen opleveren wanneer dat niet kan hebben bijgedragen aan de verhuiling van de criminele herkomst.

Cruciaal is mijns inziens dat de Hoge Raad overweegt dat 'ook' in geval van witwassen van eigen opbrengsten, in beginsel een handeling is vereist 'die erop is gericht "om zijn criminele opbrengsten veilig te stellen"'. Dit lijkt derhalve een basisvereiste te vormen, niet alleen voor 'voorhanden hebben' uit eigen misdrijf en zelfs niet alleen voor witwassen uit eigen misdrijf, maar voor alle witwasvarianten.¹⁰

Deze beperkende uitleg van witwassen kon de verdachte in de voorliggende strafzaak echter niet baten: de aanwending van de op valse gronden verkregen lening (het voorwerp) voor de aankoop van een woning, kon volgens de Hoge Raad wél als witwassen worden gekwalificeerd. Teruglezing van de bewezenverklaring roept de vraag op of, waar de Hoge Raad zo veel overwegingen wijdt aan 'voorhanden hebben', de bewezen verklaarde handelingen wel op die witwasvariant zien. De bewezenverklaring van het hof luidt dat de verdachte het geld van de lening c.q. de woning heeft verworven, voorhanden gehad, overgedragen, omgezet of daarvan gebruik heeft gemaakt. Concreter over de bewezen verklaarde handeling merkte het hof op:¹¹

'Uit de bewijsmiddelen volgt dat verdachte een geldbedrag als lening onder hypothecair verband heeft verkregen door valsheid in geschrifte en oplichting (mede) te plegen en het geldbedrag heeft aangewend om de koopsom van een woning te betalen. Volgens heeft verdachte deze woning als eigenaar gebruikt.'

De bewezenverklaring ziet dus feitelijk op het betalen van de koopsom (overdragen of omzetten) en het gebruikmaken van de woning, niet op het voorhanden hebben van het bedrag van de lening (of woning).

Daarmee wordt niet duidelijk wat de reikwijdte is van de overwegingen van de Hoge Raad omtrent de vereiste verhuilende handeling, althans een handeling die erop is gericht 'criminele opbrengsten veilig te stellen'. De Hoge Raad noemt expliciet 'voorhanden hebben' uit eigen misdrijf, maar lijkt hiermee alleen een voorbeeld te willen geven: 'Zo kan ingeval ... het "voorhanden hebben" daarvan wordt verweeten ...'. Niet duidelijk wordt echter of de verdachte in deze zaak 'nat gaat' omdat het niet de variant 'voorhanden hebben' betrof, of omdat de Hoge Raad van mening is dat door aanwending voor de aankoop van een woning, de handeling van verdachte wel 'kan hebben bijgedragen aan het verbergen of verhullen van de criminele herkomst'. Gelet op de nadruk die de Hoge Raad legt op de eis dat de handeling aan het verhullen heeft moeten kunnen bijdragen, direct voorafgaande aan de conclusie dat 'gelet op het voorgaande' wél van witwassen kan worden gesproken, is aannemelijk dat in dit geval de 'aanwending' van de lening voor de aankoop van een woning als voldoende verhuilend is aangemerkt.

Recent heeft de Hoge Raad, onder verwijzing naar het hiervoor besproken arrest, opnieuw overwogen dat van witwassen door het voorhanden hebben van voordeel uit eigen misdrijf pas sprake kan zijn wanneer er daadwerkelijk wordt verhuild.¹² In die laatste zaak was sprake van *mede* door verdachte gepleegde feiten (het valselijk aanvragen van provisiebedragen bij verzekeraars), waarbij de verdachte niet elke aanvraag zelf had verricht. Ook in die situatie had het hof moeten motiveren waarom het voorhanden hebben van de aldus verkregen geldbedragen aan het verhullen van de criminele herkomst heeft kunnen bijdragen.¹³

Met vorenstaand arrest lijkt de Hoge Raad een extra 'element' te hebben toegevoegd aan de delictomschrijving van witwassen. Voor zover het verhuilende karakter niet reeds als *bestanddeel* is opgenomen waar de opzet op dient te zijn gericht, zoals in de witwasdelicten uit de 'a-categorie',¹⁴ moet de handeling in ieder geval (objectief) hebben kunnen bijdragen aan het veiligstellen van de opbrengst en derhalve een verhuilend karakter kennen.

2. Besmet vermogen

Het arrest van de Hoge Raad 23 november 2010, NJ 2011/44 betreft de vraag in hoeverre 'wit' vermogen wordt besmet door de aanwezigheid daarin van 'zwart' vermogen. De Hoge Raad komt tot de conclusie dat die besmetting in beginsel plaatsvindt, maar brengt vanwege de verstrekkende gevolgen van die conclusie tegelijkertijd beperkingen aan op de reikwijdte daarvan. Wanneer gezien het tijdsverloop of de verhouding ten opzichte van het legale deel sprake is van 'minder zwart' vermogen, dan is het aldus vermengde

vermogen niet meer ‘van misdrijf afkomstig’, aldus de Hoge Raad. Dit speelt ook wanneer vermogen fiscaal niet wordt opgegeven en de ten onrechte niet betaalde belastingen het vermogen ‘vergrijzen’. Zie hierover ook de volgende paragraaf.

De casus van dit arrest betreft de verkoop van aandelen door de ex-vriendin van Holleeder aan Endstra. Het verwijt is dat zij had moeten weten dat de koopprijs van de aandelen werd betaald uit vermogen met criminele herkomst. De ontvangst van de opbrengst en het voorhanden hebben daarvan is aangemerkt als witwassen.

Het gehele vermogen van de BV van Endstra, waaruit de aandelen werden aangekocht en betaald, is in beginsel besmet, want dit was deels of middellijk uit misdrijf afkomstig. De Hoge Raad overweegt dat uit de wetsgeschiedenis volgt dat wanneer van misdrijf afkomstige vermogensbestanddelen zijn vermengd met legale vermogensbestanddelen, het aldus vermengde vermogen als ‘mede’ of ‘deels’ uit misdrijf afkomstig moet worden aangemerkt.

De beperkingen ziet de Hoge Raad met name in de verhouding van het illegale ten opzichte van het legale deel van het vermogen en het tijdsverloop dat zich sinds de vermenging heeft voorgedaan. Heel ‘licht grijs’ is volgens de Hoge Raad dus niet van misdrijf afkomstig, terwijl ‘zwart’ geld na verloop van tijd van kleur verschieft.

De vraag is of de basisaanname van de Hoge Raad juist is, dat het voegen van uit illegale bron afkomstig vermogen bij voor het overige legaal vermogen, er in beginsel toe leidt dat het hele vermogen ‘deels’ uit misdrijf afkomstig is. Cruciaal in dit kader is mijns inziens dat de – ook door de Hoge Raad aangehaalde – parlementaire geschiedenis niet spreekt van ‘vermogen waaruit’ een betaling is verricht, maar van een ‘voorwerp (het geld) waarmee’ een handeling is verricht:

‘3.4
(...) Uit de bewijsmiddelen zal moeten blijken dat het geld – deels – uit enig misdrijf afkomstig is. Dat geldt ook voor het hier voorgelegde geval. Dit neemt niet weg dat het rond krijgen van het bewijs lastiger zal worden, naarmate het illegale deel van de geldmiddelen geringer is ten opzichte van het legale deel.’¹⁵

De opmerking omtrent de bewijskwestie trekt de aandacht. Waarom zou het bewijs van de (gedeeltelijk) illegale herkomst lastiger worden als het illegale deel een relatief kleiner aandeel uitmaakt? Van een lastige bewijspositie zou geen sprake zijn in het geval van de door de Hoge Raad gehanteerde lijn: als immers een beetje zwart bij wit wordt gevoegd is dat witte vermogen besmet en vormt iedere betaling, enzovoort, daarmee het delict witwassen.

Kennelijk wordt in de wetsgeschiedenis een andere gedachtelijng gevolgd: als een betaling wordt gedaan vanuit een vermogen waar tevens een illegaal deel in aanwezig is, dient te

worden bewezen dat die betaling (*deels*) uit dat illegale deel afkomstig is. Dat leidt tot (in de parlementaire geschiedenis gesignaleerde) lastige bewijskwesties. Met andere woorden dient bewezen te worden niet dat het vermogen waaruit de betaling is verricht, maar het vermogen waarmee de handeling is verricht, uit misdrijf afkomstig is.

3. Ontnemen bij fiscale delicten

In zijn arrest van 7 oktober 2008¹⁶ heeft de Hoge Raad bepaald dat ook een fiscaal delict een gronddelict voor witwassen kan vormen. Dit arrest betreft de ex-echtgenote van de ‘hasjkoning van Venlo’, die werd vervolgd voor het witwassen van opbrengsten van de verdiensten van haar man. Het hof had haar vrijgesproken, omdat niet bewezen kon worden dat zij afwist van de illegale handel van haar man, terwijl hij (daarnaast) ook legale handel dreef. Deze vrijspraak is door de Hoge Raad gecasseerd, omdat, anders dan het hof had overwogen, ook een fiscaal delict als gronddelict voor witwassen kan dienen.¹⁷ Het ten laste gelegde witwassen betrof namelijk mede het buiten het zicht van de fiscus houden van vermogen door dit te plaatsen op buitenlandse bankrekeningen.

De centrale overweging van het verwijzingsarrest luidt:

‘3.8. Aan zijn hiervoor onder 3.3 weergegeven oordeel dat de verdachte van het haar tenlastegelegde moet worden vrijgesproken, heeft het Hof kennelijk ten grondslag gelegd dat vermogensbestanddelen waarover men de beschikking heeft doordat belasting is ontdoken, niet kunnen worden aangemerkt als voorwerpen “afkomstig (...) van enig misdrijf” in de zin van de art. 420bis en 420quater Sr. Dat oordeel getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Die vermogensbestanddelen kunnen in zoverre worden aangemerkt als van misdrijf afkomstig in de zin van voormelde bepalingen.’

In zijn noot onder voormeld arrest stelde Borgers zich op het standpunt dat de Hoge Raad hiermee alleen iets zou hebben gezegd over het bestanddeel ‘enig misdrijf’, maar nog niet over het aspect ‘afkomstig uit’. Voor het antwoord op de vraag of geld tevens ‘afkomstig’ is uit een misdrijf zijn volgens Borgers twee mogelijke benaderingen, een enge en een ruime interpretatie, te onderkennen. De enge interpretatie, die Borgers bepleit, houdt in dat hier alleen concrete opbrengsten en niet besparingen van kosten of belasting onder vallen. De ruime interpretatie sluit deze besparingen wel in, voor een bewezenverklaring is via die route alleen enige vorm van ‘verrijking’ vereist. Een door Borgers gesignaleerd nadeel van de ruime interpretatie betreft de besmetting van het gehele vermogen van de betrokkene, aangezien niet een concreet vermogensbestanddeel valt aan te wijzen van waaruit de besparing van kosten is genoten. Zoals hiervoor onder paragraaf 2 is opgenomen, heeft de Hoge Raad met enige beperkingen wel voor die ruime variant gekozen.

Recent heeft het hof arrest gewezen na voormelde terugwijzing door de Hoge Raad.¹⁸ Alsof het een volledige herkansing betreft, behandelt het hof eerst de vraag of kan worden bewezen dat de verdachte kennis had van de door haar echtgenoot gepleegde drugsdelicten. Nu dit niet kan worden vastgesteld, wordt zij van de meeste witwasfeiten vrijgesproken. Het plaatsen van gelden op buitenlandse bankrekeningen leidt echter wel tot een veroordeling. Het hof overweegt hierover dat op die bankrekeningen ‘*gelden zijn gestort [onderstreping VD] die onmiddellijk of middellijk afkomstig zijn uit enig misdrijf, zulks teneinde deze gelden aan het zicht van de fiscus te (blijven) onttrekken.*’

Dit strookt niet met hetgeen het hof daarvoor overweegt over vrijspraak op de overige onderdelen, te weten dat verdachte wist dat haar ex-echtgenoot problemen had met de Belastingdienst en dat zij daarom niet met haar gsm met de buitenlandse bank mocht bellen, hetgeen volgens het hof een verhullend karakter heeft. Het hof heeft hiermee enkel vastgesteld dat de vindplaats van geld buiten het zicht van de fiscus werd gehouden, wat een potentieel strafbaar karakter heeft wanneer ook het bezit van deze gelden ten opzichte van de fiscus wordt verhuld en daarmee belasting wordt ontdoken. Het enkele verhullen van geld brengt nog geen witwassen met zich mee wanneer niet wordt vastgesteld dat de herkomst een criminele bron betreft. Het hof heeft immers vastgesteld dat de verdachte geen kennis had van een criminele herkomst voorafgaande aan de storting. Tegen dit hofarrest is namens de verdachte wederom cassatie ingesteld.

Wat daar ook van zij, bij de vaststelling dat een fiscaal delict kan kwalificeren als een brondelict voor witwassen, kan de vraag worden gesteld hoe dit zijn uitwerking heeft ten aanzien van de ontneming van opbrengsten uit fiscale misdrijven. De ontneming van opbrengsten uit *fiscale* misdrijven is immers expliciet uitgesloten in art. 74 Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: AWR), terwijl opbrengsten uit andere misdrijven, zoals witwassen, gewoon via art. 36e Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr) kunnen worden ontnomen. Kan nu door het in geval van fiscale delicten aanvullend ten laste leggen van witwassen de werking van art. 74 AWR worden doorbroken?

De Hoge Raad geeft het antwoord hierop in een arrest van 29 maart 2011.¹⁹ Het hof had de verdachte veroordeeld voor het witwassen van gelden die ‘*afkomstig waren uit de opbrengst van fiscale strafbare feiten, in elk geval afkomstig van enig misdrijf*’ en betrokkene veroordeeld tot betaling van een ontnemingsvordering van € 2,85 miljoen. De verdachte had naast zijn cassatie in de hoofdzaak – waarin op dezelfde dag arrest is gewezen²⁰ – tevens cassatie ingesteld tegen de veroordeling tot betaling van de ontnemingsvordering. De Hoge Raad overwoog:

‘2.3. Het middel berust blijkens de toelichting op de stelling dat het Hof “het wederrechtelijk verkregen voordeel uitsluitend

(heeft) gebaseerd op fiscale strafbare feiten”. Die stelling geeft evenwel blijk van een verkeerde lezing, niet alleen van het bestreden arrest maar ook van het arrest van het Hof in de strafzaak. Immers, eraan wordt voorbijgezien dat het Hof in de strafzaak heeft geoordeeld dat de op de Duitse bankrekeningen gestorte gelden ten bedrage van in totaal (afgerond) € 2,85 mln mede “van enig misdrijf afkomstig waren” en aldus tot uitdrukking heeft gebracht dat het bij die stortingen niet zozeer ging om de opbrengsten van fiscale delicten, maar om die van andere misdrijven. Art. 74 AWR staat daarom [onderstreping VD] niet aan de ontneming van genoemd bedrag van € 2,85 mln in de weg.’

De Hoge Raad lijkt hiermee tot uitdrukking te brengen dat ontneming niet mogelijk was geweest indien deze was gebaseerd op voordeel verkregen uit fiscale misdrijven.

In dezelfde zin concludeerde onlangs A-G Knigge:²¹

‘Als bijvoorbeeld de “witwas” enkel zou hebben bestaan uit het feit dat de belastingfraudeur het verkregen zwarte geld voorhanden had en de “heling” enkel uit het feit dat zijn echtgenote daarvan had meegeprofiteerd, was vermoedelijk wel sprake geweest van een zuiver fiscaal delict.[14.] De verpakking als gemeen delict doet daaraan dan dus niet af.’

In de voetnoot merkt de A-G daarbij nog op dat feiten die wel als witwassen kunnen worden gekwalificeerd, mogelijk toch zuiver fiscale delicten zijn in de zin van art. 74 AWR, zodat ontneming voor die feiten is (blijft) uitgesloten.

Hof Amsterdam oordeelde recent in andere zin.²² Volgens het hof was de omstandigheid dat betrokkene was veroordeeld voor het witwassen van de betreffende bedragen door deze niet aan de fiscus op te geven, voldoende om tot ontneming van die volledige bedragen over te gaan. Het hof oordeelt:

‘Dat deze bedragen voordat zij aan het oog van de fiscus werden onttrokken mogelijk een legale herkomst hadden – hetgeen overigens geenszins aannemelijk is geworden – maakt dit niet anders.’

Deze overweging van het hof strookt niet met de hiervoor verwoorde opvatting van de Hoge Raad. In deze casus zal dat echter vermoedelijk geen gevolgen hebben, gezien de overweging dat ‘geenszins aannemelijk is’ dat van een legale herkomst sprake was.

Concluderend kan worden gesteld dat opbrengsten uit fiscale misdrijven niet ‘van kleur verschieten’ wanneer het witwassen hiervan (mede) ten laste wordt gelegd. Wanneer het gronddelict een fiscaal delict betreft, kunnen de voordelen daaruit dus (ook) niet als voordeel uit witwassen worden ontnomen. Voornoemd hofarrest illustreert in dat kader echter wel dat daarvoor onder omstandigheden actief aan-

nemelijk zal moeten worden gemaakt *dat* het witgewassen bedrag slechts uit fiscaal misdrijf afkomstig is.

4. Conclusie

Met de hiervoor besproken arresten heeft de Hoge Raad verduidelijking aangebracht op de reikwijdte van het delict witwassen.

In de eerste plaats heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 26 oktober 2010 een extra element toegevoegd aan de delictsomschrijving van witwassen. De witwashandeling, met name wanneer de variant 'voorhanden hebben' is ten laste gelegd, moet een verhullend karakter hebben om te hebben kunnen bijdragen aan het 'veiligstellen van de opbrengst'. Of dit vereist is voor alle witwashandelingen en wat dat verhullende karakter in de praktijk dient in te houden, is echter nog niet duidelijk.

Het tweede arrest, van 23 november 2010, betreft de besmetting van wit met zwart vermogen. De Hoge Raad overweegt dat de aanwezigheid van zwarte vermogensbestanddelen het hele vermogen besmet en dus (deels) uit misdrijf afkomstig maakt. Hierop wordt direct tevens de beperking aangebracht dat wanneer gezien het tijdsverloop of de verhouding ten opzichte van het legale deel sprake is van 'minder zwart' vermogen, het aldus vermengde vermogen niet meer 'van misdrijf afkomstig' is. De vraag is echter of de conclusie van de Hoge Raad dat het hele vermogen besmet wordt juist is in het licht van de parlementaire geschiedenis. Daarin wordt juist overwogen dat het bewijs lastiger zal worden, naarmate het illegale deel van de geldmiddelen geringer is ten opzichte van het legale deel. Een bewijsprobleem wat in de visie van de Hoge Raad nimmer zal optreden.

Tot slot het arrest van de Hoge Raad van 29 maart 2011 met betrekking tot de ontneming van witgewassen voordelen uit fiscale misdrijven. Na het arrest van 7 oktober 2008, waarin de Hoge Raad uitmaakte dat ook fiscale delicten als bron-delict voor witwassen kwalificeren, kon onduidelijkheid bestaan over de vraag of deze opbrengst kon worden ontnomen. De hoofdregel luidt immers voor fiscale misdrijven dat voordelen hieruit op grond van art. 74 AWR niet kunnen worden ontnomen. In een ontnemingsarrest van 29 maart 2011 overweegt de Hoge Raad dat het feitelijk niet ging om fiscale misdrijven. Daarom staat, aldus de Hoge Raad, art. 74 AWR niet aan ontneming in de weg. Het aanvullend ten laste leggen van witwassen vormt dus geen *shortcut* tot het plukken van opbrengsten uit fiscale misdrijven.

Hoewel met het arrest van 7 oktober 2008 de deur van de toch al ruime strafbaarstelling van witwassen nog verder werd opengezet dan daarvoor, door ook fiscale delicten als gronddelict aan te wijzen, brengt de Hoge Raad recentelijk weer wat meer beperkingen aan. Tegen het gevaar dat automatisch verdubbeling zou optreden van strafbare feiten (belastingontduiking = witwassen) heeft de Hoge Raad

de dam van het 'verhullende element' opgeworpen, terwijl ook ontneming niet kan worden uitgesproken voor zover de herkomst van het vermogen een fiscaal delict betreft. De besmettingstheorie van de Hoge Raad is minder gunstig te noemen, ondanks de (toch zeer vage) beperkingen daarop als het gaat om relatief geringe delen of wanneer de besmetting te ver verwijderd in tijd heeft plaatsgevonden. Het is te hopen dat de Hoge Raad hierop nadere beperkingen aanbrengt, ook in het licht van de in de parlementaire geschiedenis gesignaleerde bewijskwesitie.

To be continued ...

- * De auteur is als advocaat werkzaam bij Peek advocaten-belastingkundigen te Utrecht.
- 1 HR 26 oktober 2010, 09/01423, NJ 2010/655.
 - 2 T.a.p., r.o. 2.4.2.
 - 3 T.a.p., r.o. 2.3.4.
 - 4 Citaat afkomstig uit Kamerstukken II, 1999-2000, 27 159, nr. 3, p. 2-7.
 - 5 De a- en b-categorieën slaan op de onderdelen a en b van art. 42obis c.q. art. 42oquater, lid 1, Sr (witwassen resp. schuldwitwassen).
 - 6 Kamerstukken II, 1999-2000, 27 159, nr. 3, p. 2. Anders: noot Keijzer onder 'verhullend element' HR 26 oktober 2010, NJ 2010/655.
 - 7 G.J.M.E. de Bont en J.M. Sitsen, 'Tour d'Horizon fiscaal strafrecht anno 2010', TFB 2010/08.
 - 8 Kamerstukken II, 1999-2000, 27 159, nr. 3, p. 6-7.
 - 9 HR 26 oktober 2010, NJ 2010/655.
 - 10 Zo ook: R.A. Fibbe, 'Witwassen, waar is de oever van oeverloos?', *Strafblad* december 2011 p. 47-53.
 - 11 Hof Arnhem 18 maart 2009, nr. 21/003311-08 (niet gepubliceerd). Bewezenverklaring afkomstig uit arrest Hoge Raad, t.a.p., r.o. 2.2.1.
 - 12 HR 17 april 2012, nr. 2672.10, LjN: WB1481, NS 2012/234. In een eerder gewezen arrest met een vergelijkbare casus (het namens verschillende rechtspersonen doen van onjuiste aangifte omzetbelasting en het – na uitbetaling – voorhanden hebben daarvan) stond de aanwezigheid van een verhullende handeling kennelijk niet ter discussie. Zie HR 5 april 2011, nr. 09/00492, LjN: BP0294, NJ 2011, 171.
 - 13 T.a.p., r.o. 3.2.3.
 - 14 De handelingen uit onderdeel a van art. 42obis c.q. art. 42oquater, lid 1, Sr, waarin wordt gesproken van 'hij die ... verbergt of verhuult'.
 - 15 Kamerstukken I, 2000-2001, 27 159, nr. 288a, p. 8.
 - 16 HR 7 oktober 2008, NJ 2009, 94 m.nt. Borgers.
 - 17 Uitbreider over de gevolgen van dit arrest zie J.H. Peek, 'Zwart geld hebben is witwassen maar zwart geld "witten" niet', TFB 2009/5.
 - 18 Hof Den Bosch 12 oktober 2011, 20-004311-08 (nog niet gepubliceerd).
 - 19 HR 29 maart 2011, nr. 09/00747, NJ 2011/159.
 - 20 HR 29 maart 2011, nr. 09/01255, LjN: BO2639.
 - 21 Conclusie voor HR 6 maart 2012, nr. S 11/00259 B, LjN: BU5353, NJ 2012/180, NS 2012/178. De zaak betreft een (ontnemings)beslag op grond van een Belgisch bevroeringsbevel.
 - 22 Hof Amsterdam 23 maart 2012, nr. 23-003183-10, LjN: BW4282.