

**Strafrechtelijke veroordeling voor niet-vermelden van betrokkenheid bij SPF en met aandelentransactie behaald resultaat**

<b>Instantie</b>	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 18-12-2019 nr. 21-001316-16
<b>Zaaknummer(s)</b>	21-001316-16
<b>Datum uitspraak</b>	18-12-2019
<b>Belastingjaar/tijdvak</b>	2007
<b>Trefwoorden</b>	pleitbaar standpunt, una via, structuur, onjuiste of onvolledige belastingaangifte
<b>Rubriek</b>	Formeel belastingrecht
<b>Wetsartikelen</b>	AWR - art. 69
<b>ECLI</b>	ECLI:NL:GHARL:2019:11156
<b>Brondocumenten</b>	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18 december 2019, nr. 21-001316-16
<b>Formele relaties</b>	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBGEL:2016:1111, (Gedeeltelijke) vernietiging en zelf afgedaan
<b>Auteur</b>	mr. M.H.W.N. Lammers
<b>NTFR</b>	2020/1063
<b>Datum publicatie</b>	16-04-2020
<b>NTFR</b>	

**Samenvatting**

Uit onderzoek van de Belastingdienst en de FIOD is gebleken dat verdachte onroerend goed had op Bonaire. Dit vastgoed werd gehouden door middel van een Stichting Particulier Fonds (SPF). De SPF was door middel van belangen in onder meer twee bedrijven eigenaar van het vastgoed. In 2007 is de helft van de aandelen in deze twee bedrijven met winst verkocht. In de aangifte IB/PVV 2007 heeft verdachte zijn betrokkenheid bij de SPF niet vermeld. Het bij de aandelentransactie behaalde resultaat heeft hij evenmin in die aangifte opgegeven. De strafkamer van het hof verwerpt het verweer dat op grond van het una-via-beginsel geen strafrechtelijke procedure had mogen worden gestart omdat aan verdachte een bestuursrechtelijke boete is opgelegd. De Belastingdienst heeft verdachte schriftelijk op de hoogte gesteld van het feit dat de opgelegde boete op een administratieve fout berust en dat deze ambtshalve zal worden verminderd. Deze fout moet verdachte ook op voorhand duidelijk zijn geweest. Het hof verwerpt ook het verweer dat de SPF niet fiscaal transparant is. Verdachte en zijn broer konden namelijk over het inkomen en vermogen van de SPF beschikken als ware dat hun eigen inkomen en vermogen. Het hof acht het standpunt dat de SPF niet transparant is evenmin pleitbaar. Het hof is van oordeel dat verdachte opzet heeft gehad bij het verbergen van zijn betrokkenheid bij de SPF en het niet-verantwoorden van de behaalde winst uit aanmerkelijk belang in zijn aangifte. Het hof veroordeelt verdachte voor het opzettelijk onjuist of onvolledig doen van aangifte, rekening houdend met een overschrijding van de redelijke termijn, tot een gevangenisstraf voor de duur van acht maanden, waarvan drie maanden voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaren.

(Veroordeling tot gevangenisstraf.)

**Commentaar**

Op 18 december 2019 heeft Hof Arnhem-Leeuwarden de verdachte in deze zaak veroordeeld wegens het niet-vermelden van zijn betrokkenheid bij een Stichting Particulier Fonds (SPF) in zijn aangifte IB/PVV 2007. Daarnaast heeft de verdachte in de genoemde aangifte geen melding gemaakt van het resultaat dat werd behaald met een aandelentransactie. Dit arrest laat ook maar weer eens zien dat appelleren riskeren is. De verdachte wordt namelijk in hoger beroep geconfronteerd met een straf die vele malen hoger is dan de straf die door de rechtbank werd opgelegd (80 uur taakstraf en een geldboete van € 10.000 versus vijf maanden onvoorwaardelijke

gevangenisstraf). Het kan verkeren ...

In het arrest staan twee opvallende punten, die ik hierna bespreek.

Ten eerste heeft het hof bij de strafoplegging als strafverzwarende omstandigheid meegenomen dat de constructie met de SPF (en de daaraan gelieerde vennootschappen) zó was opgetuigd dat daarmee in potentie een veel hoger benadelingsbedrag kon worden behaald. In fraudezaken wordt over het algemeen – onder verwijzing naar het (vastgestelde) benadelingsbedrag – bij de strafoplegging aansluiting gezocht bij de LOVS-richtlijn. Vervolgens kunnen strafverminderende of strafverzwarende factoren de sanctie verlagen respectievelijk verhogen. In dit geval wordt echter door het hof de ‘potentiële schade’ in de overwegingen omtrent de strafoplegging betrokken. Naast het feit dat ‘potentiële schade’ niet expliciet als strafverminderende of strafverzwarende omstandigheid in de LOVS-richtlijn staat genoemd, kan in mijn optiek een onzekere maar bovenal toekomstige omstandigheid – waar het begrip ‘potentie’ toch door wordt gekenmerkt – niet zomaar leiden tot strafverzwaring. Het gegeven dat een gedraging of handeling ‘potentiële schade’ tot gevolg kan hebben, dient mijns inziens tot uitdrukking te komen in de bewezenverklaring en kwalificatie van het strafbare feit. Het behoort niet als strafverzwarende omstandigheid te worden meegenomen. In dat opzicht is het een bijzondere overweging van het hof.

Ten tweede heeft het hof een beroep op het ontbreken van (voorwaardelijk) opzet bij het doen van onjuiste/onvolledige belastingaangifte verworpen. Er was/waren namelijk een of meerdere boekhouders in het spel, waar de verdachte volgens de verdediging en het hof in meer of mindere mate op heeft mogen vertrouwen. De verklaring van een van de boekhouders luidt als volgt:

‘Ik heb de heren (familienaam) in algemene zin geïnformeerd over de fiscale gevolgen in Nederland met betrekking tot het oprichten van een SPF. Ik heb niet bemiddeld in het oprichten van een SPF. Het is nooit specifiek gekomen tot het oprichten van een SPF op Bonaire.’

Mijns inziens is het van essentieel belang om te weten wat de betreffende boekhouder precies heeft geadviseerd over de fiscale gevolgen in Nederland met betrekking tot het oprichten van een SPF. Indien de verdachte uit (heldere en concrete) informatie van zijn boekhouder heeft mogen afleiden dat op een bepaalde manier aangifte gedaan kon worden bij de oprichting van een dergelijke entiteit, dan kan (wellicht) worden vastgesteld dat de verdachte op het advies van zijn boekhouder heeft mogen vertrouwen. Het enkele feit dat de boekhouder niet heeft bemiddeld bij het oprichten van de SPF of dat de entiteit (uiteindelijk) niet via hem is opgericht, doet daar niet aan af. Het hof gaat te kort door de bocht door te overwegen dat van een ‘gedegen advisering op dit onderdeel’ geen sprake is, zonder de feitelijke achtergrond van de informatieverstrekking te benoemen (of wellicht zelfs te kennen?). In het kader van de advisering door de boekhouder overweegt het hof dat de boekhouder geen kennis had van de daadwerkelijke oprichting van de SPF, maar volgens het hof is het ‘evenwel belangrijker dat op generlei wijze blijkt van enige gedegen kennis van die boekhouder(s) op dit terrein van het fiscale recht’. Laatstgenoemde vaststelling kan echter niet voor rekening van de verdachte komen. Van een of meerdere boekhouders die hun cliënt informatie verstrekken over de fiscale gevolgen van de oprichting van een SPF, mag worden verwacht dat zij kennis van zaken hebben.

[1] Mr. M.H.W.N. Lammers is advocaat bij Jaeger advocaten-belastingkundigen te Amsterdam.

Datum: 14-5-2020

Bron: <https://www.ndfr.nl/NTFR/Details/NTFR2020-1063>

