

Een pleitbaar standpunt en toch veroordeeld voor belastingfraude

30-10-2023 | Een pleitbaar standpunt

mr. V.S.T. Leenders

Een pleitbaar standpunt is **een pleitbare uitleg van het (belasting)recht [1]**. Het ijkmoment daarvoor is het moment van het doen van belastingaangifte. Als iemand op goede gronden kan en mag menen dat zijn uitleg van het belastingrecht toen juist was, dan kan de inspecteur geen boete opleggen en kan de strafrechter niet voor belastingfraude veroordelen.

Op 11 juli 2023 gebeurde er iets bijzonders. De **Hoge Raad bevestigde een veroordeling [2]** voor belastingfraude met als eindresultaat een hoge gevangenisstraf. Maar tegelijkertijd constateerde de Hoge Raad dat er wel een pleitbaar standpunt was voor een niet onbelangrijk deel van de verwijten. Hoe kan dit?

Waar ging het om?

Aan het arrest van de Hoge Raad ging een veroordeling door het **gerechtshof Den Bosch [3]** vooraf. Binnen een constellatie van bedrijven werd volgens het hof op de volgende manier fraude gepleegd. Door drie bv's waar de verdachte (indirect) aandeelhouder en directeur van was, werd omzetbelasting (btw) in rekening gebracht aan de eenmanszaak van de verdachte.

De drie bv's gaven de btw niet aan maar schoven dat door naar latere tijdvakken. Aan de andere kant werd door de afnemer

(de eenmanszaak) de btw wél onmiddellijk in vooraf trek gebracht in de aangiften omzetbelasting. Het hof stelde verder vast dat ook nog valse facturen waren opgemaakt om onterecht btw terug te kunnen vragen. Tot slot zou loon door twee van de drie bv's zwart zijn uitbetaald.

Is vooraf trek claimen van 'fraude-btw' strafbaar?

Het gerechtshof verweet de ondernemer onder meer dat hij voor zijn eenmanszaak btw had teruggevraagd terwijl hij wist dat deze door de verstrekker van de diensten – de drie bv's – niet was aangegeven. De ondernemer wees er bij het hof op dat dit, in combinatie met de andere feiten, tot dubbeltellingen en dubbele heffing zou leiden. Volgens het hof was dat echter nu eenmaal hoe het EU-recht werkte. Mijn collega **Ludwijn Jaeger [4]** wees er al op dat het hof met deze redenering te **zwaar straffe [5]**.

Het gerechtshof baseerde zich op het **Italmoda-arrest van 18 december 2014 [6]**. En laat dat arrest nu zijn gewezen:

1 | Naar aanleiding van een vraag van de (Nederlandse) Hoge Raad of vooraf trek bij btw-fraude kan worden geweigerd als de wet daar geen mogelijkheid voor biedt;

2 | op 18 december 2014, dus pas anderhalve maand vóór het einde van de periode waarin de aan de ondernemer verweten feiten plaatsvonden.

Waarom is dit relevant? Omdat het tot het Italmoda-arrest – tot 18 december 2014 dus – niet duidelijk was of, als de afnemer betrokken was bij of kennis had over btw-fraude door leveranciers, hem vooraftek mocht worden geweigerd.

En dat is precies de situatie die hier aan de orde is. De leveranciers die in de zaak figureerden gaven de omzetbelasting op hun facturen niet aan. Als zij dit opzettelijk doen, plegen zij btw-fraude. Als de ondernemer aan die leveranciers feitelijk leiding heeft gegeven, dan is hij voor die fraude strafrechtelijk aansprakelijk. Hij werd daar dan ook voor veroordeeld. Of hem ook een verwijt kan worden gemaakt voor het claimen van vooraftek voor diezelfde btw bij de eenmanszaak waar de btw aan in rekening is gebracht, is echter een andere vraag. Pas vanaf 18 december 2014 is immers duidelijk dat dat laatste ook in Nederland een onjuiste aangifte en daarmee, indien opzettelijk gepleegd, ook een strafbaar feit oplevert.

De Hoge Raad komt de ondernemer niet te hulp

In cassatie kreeg de ondernemer nul op het rekest. Opmerkelijk is dat de Hoge Raad op het eind van zijn arrest, onder het kopje *“Beoordeling van de cassatiemiddelen voor het overige”* opmerkt dat de ondernemer geen beroep had gedaan op een pleitbaar standpunt op basis van – kortweg – [het Italmoda-arrest \[7\]](#). De Hoge Raad maakt deze opmerking via een verwijzing naar een [arrest van vier dagen eerder in een fiscale zaak \[8\]](#).

In die laatste zaak vernietigde de Hoge Raad een fiscale boete. Ten onrechte was vooraftek geclaimd voor btw die door leveranciers aan de belastingplichtige in rekening was gebracht, omdat hij wist of had moeten weten dat die leveranciers btw-fraude pleegden. Maar omdat de feiten plaatsvonden vóór het Italmoda-arrest was (nog) sprake van een pleitbaar

standpunt. Voor die onterechte vooraftek kon daardoor niet beboet worden.

Ondanks dat deze situatie zich ook voordoet in de zaak van de ondernemer, de Hoge Raad dit uit zichzelf opmerkt en expliciet benoemt, wordt hier niets mee gedaan. De Hoge Raad besluit niet tot een gedeeltelijke vrijspraak vanwege het pleitbare standpunt dat gold tot aan het Italmoda-arrest.

Het is wel de vraag of een vrijspraak (of terugverwijzing) voor deze ondernemer veel had uitgemaakt. Ook als een vrijspraak voor dit onderdeel volgt, blijven nog andere veroordelingen over. Toch had de Hoge Raad die afweging onzes inziens opnieuw door een hof moeten laten maken.

Waar is de rechtsbescherming?

Als de Hoge Raad vier dagen eerder een boete wegens een pleitbaar standpunt op grond van het Italmoda-arrest, waarom wordt dan de veroordeling van de ondernemer in de vrijwel identieke strafzaak niet ook (deels) vernietigd? Schijnbaar uitsluitend omdat is verzuimd om dit punt expliciet onder de aandacht van de Hoge Raad te leggen. Juist om ‘onrechtvaardigheid’ te voorkomen, kan de Hoge Raad [ambtshalve casseren \[9\]](#). Deze bevoegdheid past de Hoge Raad slechts zeer terughoudend toe. [Die ‘spaarzame’ toepassing rechtvaardigt de Hoge Raad met een efficiëntieargument \[10\]](#). Omdat de Hoge Raad het druk heeft, wordt de beperkte capaciteit ingezet voor zaken waarin echt een rechtsvraag aan de orde is die beantwoord moet worden. Dat dit als gevolg kan hebben, en gelet op de zaak van de ondernemer ook heeft, dat rechtens onjuiste beslissingen in stand blijven, is onwenselijk. Zeker in de zaak van de ondernemer waarin ondanks de capaciteitsproblemen van de Hoge Raad het verzuim niet alleen wordt opgemerkt maar nota bene ook nog expliciet in het arrest wordt vermeld. Na constatering van een pleitbaar standpunt is het hier een rechtsgevolg aan geven toch niet meer dan een pennenstreek? Nu lijkt het of de Hoge Raad een lange neus maakt.

‘Nu lijkt het of de Hoge Raad een lange neus maakt’

Internationale kritiek op de Nederlandse rechtspraak

De Hoge Raad kreeg de afgelopen tijd meer kritiek op de beperkte invulling van zijn taken als hoogste rechter. Onlangs is de Hoge Raad op de vingers getikt door het VN Mensenrechtencomité. [Mijn collega Wiebe de Vries schreef daar over \[11\]](#). Het VN Mensenrechtencomité vond dat Nederland verdragsrechtelijk verplicht was om een veroordeling voor een strafbaar feit door het Hof na vrijspraak door de rechtbank nogmaals te laten toetsen. Het comité vond een cassatierechter als de Hoge Raad daarvoor niet aangewezen vanwege de beperkte cassatietoets. [De Hoge Raad legde deze vingerwijzing zeer beperkt uit \[12\]](#). Te beperkt, wat ons betreft.

En ook op een heel ander vlak, de toelagenaffaire, kreeg Nederland – en ook de rechtspraak – serieuze [kritiek van \(het Venetië Comité van\) de Raad van Europa \[13\]](#). Er was volgens dit Comité door de rechtspraak – in dit geval de Raad van onrechtvaardige en onbegrijpelijke uitspraken in stand waren gebleven. Dat leidde tot de volgende waarschuwendende woorden:

“118. In this respect, the Venice Commission has consistently cautioned against considering ‘the rule of law’ as a purely formal concept in the meaning of ‘rule by law’ and not as a substantive concept, meaning that the law must be accompanied with guarantees against abuse of legal powers. The Venice Commission’s Rule of Law Checklist states that an “exercise of power that leads to substantively unfair, unreasonable, irrational or oppressive decisions violates the Rule of Law”. (...)”

Ook deze internationale kritiek roept de vraag op of de Hoge Raad wel zomaar kan weigeren om in te grijpen als overduidelijk een rechtsregel (in dit geval het ‘pleitbaar standpunt’) niet is toegepast.

‘De Hoge Raad legde deze vingerwijzing zeer beperkt uit’

Hoe nu verder?

Bronnen

- 1 | <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:HR:2019:2020>
- 2 | <https://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2023:1090>
- 3 | <https://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHSHE:2020:3870>
- 4 | <https://www.jaeger.nl/advocaten/ludwijn-jaeger/>
- 5 | <https://www.jaeger.nl/30-maanden-gevangenisstraf-voor-belastingfraude-door-ondernemer/>
- 6 | <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160940&doclang=NL>
- 7 | <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160940&doclang=NL>
- 8 | <https://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2023:1049>
- 9 | <https://wetten.overheid.nl/jci1.3:c:BWBR0001903&boek=Derde&hoofdstuk=A&titeldeel=III&artikel=440&z=2023-10-01&g=2023-10-01>
- 10 | <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:HR:2012:BX0146>
- 11 | <https://www.jaeger.nl/vn-mensenrechtencomite-nieuwe-herzieningsmogelijkheid-na-veroordeling-na-eerdere-vrijspraak-of-hogere-strafoplegging-noodzakelijk/>
- 12 | <https://www.jaeger.nl/post-jaddou-de-hoge-raad-keurt-het-eigen-vlees-goed/>
- 13 | [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2021\)031-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2021)031-e)
- 14 | <https://www.echr.coe.int/home>
- 15 | <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/complaints-about-human-rights-violations>
- 16 | <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:HR:2023:1090>

De Hoge Raad is de hoogste rechter in Nederland. Daarmee is het arrest onherroepelijk en kan de gevangenisstraf ten uitvoer worden gelegd. Om het arrest (deels) ongedaan gemaakt te krijgen kan de ondernemer hooguit nog een poging doen in Straatsburg bij het [Europese Hof voor de Rechten van de Mens \[14\]](#). Dat moet dan wel binnen vier maanden na het arrest van de Hoge Raad. Hij kan ook proberen om deze zaak onder de aandacht te brengen van het [VN Mensenrechtencomité \[15\]](#). Maar tegen de tijd dat een van deze instanties een oordeel heeft geveld, heeft de ondernemer zijn straf waarschijnlijk al uitgezeten. Die tijd krijgt hij sowieso niet meer terug. Daarbij is het de vraag hoeveel hij daarmee gaat opschieten, ook omdat een (groot) deel van zijn veroordeling toch overeind zal blijven en hij er niet zonder gevangenisstraf vanaf komt.

Dit laat allemaal onverlet dat [het arrest van 11 juli 2023 \[16\]](#) onbevredigend is. Hopelijk pakt de Hoge Raad de 'ambtshalve cassatie'-handschoen in de toekomst weer op. De Hoge Raad zou als hoogste rechter, als eindstation van (strafrechtelijke) procedures in Nederland, niet moeten willen dat een zaak een nasmaak van onrechtvaardigheid achterlaat.

Meer informatie of advies?

Kijk op www.jaeger.nl/kennisbank voor meer informatie over diverse onderwerpen en thema's. Als u vragen heeft, advies nodig heeft of een probleem wilt oplossen, kunt u contact opnemen met ons. Wij staan voor u klaar. U kunt ons bereiken op 020 - 676 04 81 of mail ons op info@jaeger.nl