

## Ontneming en fiscaliteit: oproep tot een menselijke maat!

Het strafrecht biedt de strafrechter de mogelijkheid om verdachten het vermogen te ontnemen dat ze met strafbare feiten hebben verkregen. Dit wordt de ontnemingsmaatregel genoemd. Een maatregel zou een herstellend karakter moeten hebben, maar de praktijk wijst anders uit. Als de uitwerking in de fiscale praktijk daaraan nog wordt toegevoegd, is het einde zoek. Deze kritiek is regelmatig geuit door de verdediging in strafzaken, maar inmiddels blijkt ook uit wetenschappelijk onderzoek van Wouter de Zanger dat deze ontnemingsmaatregel er geregeld toe leidt dat de burger meer wordt ontnomen dan hij heeft verdiend met zijn misdaad.

Op vrijdag 1 juni heeft Wouter de Zanger zijn proefschrift “De ontnemingsmaatregel toegepast” met verve verdedigd. Hij roept vooral op om de menselijke maat toe te passen.

De Zanger licht toe: “Hoewel deze regelgeving niet is bedoeld om mensen te bestraffen, komt de burger hierdoor vaak toch in een slechte, soms uitzichtloze situatie terecht. Dit komt doordat er niet altijd rekening wordt gehouden met andere strafrechtelijke sancties. In mijn onderzoek kwam ik geregeld zaken tegen met hennepkwekers. Het vermogensverlies door het vernietigen van de materialen van de kwekerij is een kostenpost die niet leidt tot een lagere ontnemingsmaatregel. Op die manier raakt de burger meer vermogen kwijt dan hij heeft verdiend met strafbare feiten. Dat gaat in tegen de oorspronkelijke bedoeling van deze strafrechtelijke sanctie. Voor bestraffing hebben we het strafproces, daarvoor is de ontnemingsprocedure niet bedoeld.”

Daarnaast bepleit De Zanger om mensen die niet meer over vermogen beschikken en die hun best doen om hun leven weer op de rails te krijgen, na enige tijd een schone lei te geven en betalingsverplichtingen kwijt te schelden. In dergelijke gevallen is het anders denkbaar dat men alleen maar verder afglijdt of zelfs in de verleiding wordt gebracht om in herhaling te vallen. Ook zou de strafrechter meer rekening moeten houden met andere op te leggen of opgelegde strafrechtelijke sancties. Hij benadrukt dat deze maatregel immers niet alleen wordt opgelegd aan doorgewinterde criminelen, maar aan ook burgers die eenmalig in de fout gaan en daarna wel de kans zouden moeten krijgen om de draad weer op te pakken.[1]

De voorbeelden, die De Zanger noemt rondom zijn promotie zien veelal op hennepkwekerijen.

Maar juist ook in de financiële fraudezaken, waarin toch veelal sprake zal zijn van ondernemers die eenmalig in de fout gaan, speelt deze discussie een belangrijke rol.

In 2012 brachten wij reeds de uitwerking van de ontnemingsmaatregel in de fiscale praktijk onder de aandacht.[2] Belangrijk uitgangspunt daarbij is dat de Strafkamer van de Hoge Raad heeft bepaald dat de strafrechter bij het vaststellen van het ontnemingsbedrag geen rekening dient te houden met belastingheffing.[3] Anderzijds heeft de Belastingkamer van de Hoge Raad geoordeeld dat de inspecteur bij de schatting van een belastingaanslag niet is gebonden aan het oordeel van de strafrechter over het ontnemingsbedrag.[4] Al heeft de Hoge Raad nadien nog wel geoordeeld dat de belastingrechter een van de strafrechter afwijkend oordeel moet motiveren en er – in navolging van het EHRM-arrest Melo Tadeu - geen twijfel dient te ontstaan over de juistheid van een vrijspraak van de strafrechter over hetgeen de verdachte in de strafzaak werd verweten.[5] In een fiscale procedure zal de verdachte belastingplichtige al snel geconfronteerd worden met omkering en verzwaring van de bewijslast. Naast een ontnemingsmaatregel leidt dit derhalve vaak tot een fikse belastingaanslag, al moet worden gezegd dat een enkele belastingrechter een toegewezen ontnemingsvordering kritisch bekijkt en de belastingaanslag vermindert.[6]

Naast deze lastige procespositie in een fiscale procedure bevat de fiscale wetgeving een aftrekbeperking voor kosten die samenhangen met een misdrijf. Daarbij komt dat eventuele kosten, die in de vijf jaar voorafgaand aan een onherroepelijke veroordeling of strafbeschikking zijn afgetrokken, alsnog gecorrigeerd worden via de terugneemregeling. De ontnemingsmaatregel mag dan weer wel ten laste van de winst worden gebracht, maar er mag geen voorziening worden gevormd na de aankondiging van een ontnemingsvordering. Deze maatregel kan derhalve pas ten laste van de winst worden gebracht in het jaar waarin het ontnemingsbedrag is betaald.

Dit heeft dus vaak tot gevolg dat de belastingplichtige met een aanzienlijk bedrag aan te betalen belasting blijft zitten, terwijl zijn inkomsten zijn ontnomen.

Via de ontnemingsmaatregel wordt immers het opgebouwde vermogen ontnomen en door reputatieschade na negatieve media-aandacht en andere negatieve gevolgen van een strafrechtelijk onderzoek (beslaglegging op financiële middelen) wordt de bedrijfs- of beroepsuitoefening ernstig beperkt, zo niet geheel teniet gedaan.

Niet alleen de hennepkweker loopt dus tegen de negatieve bijwerkingen van een ontnemingsmaatregel aan. Ook de ondernemers, die wellicht (eerder) – in de woorden van Wouter de Zanger – eenmalig in de fout gaan, ondervinden grote gevolgen van een ontnemingsmaatregel. Hoewel de ontnemingsmaatregel geen straf is, leidt dit vaak tot onwenselijke uitkomsten.

Het zou mooi zijn als de wetgever, met het proefschrift van Wouter de Zanger in de hand, overgaat tot een betere afstemming van de ontnemingsmaatregel met de praktijk, zowel strafrechtelijk als fiscaal.

Er is tot slot wel een positieve kanttekening te plaatsen. Nu er tussen het Openbaar Ministerie en de Belastingdienst afstemming dient plaats te vinden in het kader van de ontnemingsmaatregel en dit ook steeds vaker gebeurt, kan het zinvol zijn om de bevindingen van deze afstemming te toetsen en vanuit de kant van de verdediging een aanvulling te geven. In het kader van een buitengerechtelijke afdoening zal dat dan tot een reëlere vaststelling van het te ontnemen bedrag kunnen leiden.

[1] Meer informatie over de promotie van Wouter de Zanger: <https://www.uu.nl/agenda/promotie-de-ontnemingsmaatregel-bemoeilijkt-resocialisatie-van-misdadiger>

[2] A.A. Feenstra en V. Ruijs, Elk voordeel heeft zijn nadeel, Tijdschrift voor Sanctierecht en Ondernemingen, jaargang 2012, nummer 2, <https://www.hertoghsadvocaten.nl/nl/advocaten/mr-a-a-anke-feenstra/elk-voordeel-heeft-zijn-nadeel/>

[3] HR 17 februari 1998, NJ 1998/499

[4] HR 27 april 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BW4122](https://www.ecli.nl/hr/2012/BW4122)

[5] HR 20 maart 2015, [ECLI:NL:HR:2015:643](https://www.ecli.nl/hr/2015/643)

[6] Rechtbank Gelderland 25 april 2018, [ECLI:NL:RBGEL:2018:1910](https://www.ecli.nl/rbgel/2018/1910)