

Openbaar Ministerie “had moeten weten” dat opzet is vereist

n.a.v. HR 9 mei 2017, [ECLI:NL:2017:830](#)

Op 9 mei 2017 heeft de Hoge Raad een interessant arrest gewezen[1], dat voornamelijk in de vakpers is genoemd vanwege de overwegingen ten aanzien van de consultatiebijstand[2]. De verdachte in deze zaak was voorafgaand aan zijn verhoren door de FIOD niet geweest op zijn recht op rechtsbijstand. Het hof vond echter dat nu de verdachte zowel bij de rechtbank als het hof had verklaard dat hij bij zijn bij de FIOD afgelegde verklaringen bleef, de verdachte geen belang had bij zijn verweer. De Hoge Raad volgt het hof hierin niet. Volgens de Hoge Raad heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het verweer op deze grond te verwerpen en door “de bedoelde bij de FIOD afgelegde verklaringen (...) tot het bewijs te bezigen”. Hiervoor wijst de Hoge Raad naar het arrest van 21 december 2010[3] waarin de Hoge Raad oordeelde:

“Indien een aangehouden verdachte niet dan wel niet binnen redelijke grenzen de gelegenheid is geboden om voorafgaand aan het eerste verhoor door de politie een advocaat te raadplegen, levert dat in beginsel een vormverzuim op als bedoeld in art. 359a Sv, dat, na een daartoe strekkend verweer, in de regel – behoudens in het geval dat de verdachte uitdrukkelijk dan wel stilzwijgend doch in ieder geval ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van dat recht, dan wel bij het bestaan van dwingende redenen om dat recht te beperken – dient te leiden tot uitsluiting van het bewijs van de verklaringen van de verdachte die zijn afgelegd voordat hij een advocaat kon raadplegen. Het voorgaande geldt ook voor bewijsmateriaal dat is verkregen als een rechtstreeks gevolg van een voor het bewijs onbruikbare verklaring als hiervoor bedoeld.”

Toch is het oordeel over de consultatiebijstand niet het enige waarom dit arrest de aandacht verdient.

In het arrest benadrukt de Hoge Raad namelijk nogmaals dat er strenge eisen gelden voor het bewijs van opzet.

Het arrest ziet op een strafzaak tegen een autohandelaar die volgens het Openbaar Ministerie (verder: OM) onderdeel was van een keten waarin btw-fraude was gepleegd. Volgens het OM had de verdachte auto's gekocht van ondernemers die de btw niet hadden afgedragen. Volgens het OM “wist of had” deze autohandelaar “in ieder geval moeten weten” dat hij met zijn aankopen deel uitmaakte van een keten waarin btw-fraude werd gepleegd. Om die reden had verdachte volgens het OM geen recht op aftrek van de op de betreffende facturen vermelde btw. Door de btw toch in aftrek te brengen had deze handelaar in auto's volgens het OM de aangiften omzetbelasting “derhalve opzettelijk onjuist (...) ingediend”.

Het OM baseerde zich hierbij op het zogenoemde Kittel-arrest. In dit arrest van 6 juli 2006[4] heeft het Hof van Justitie EU (o.a.) geoordeeld:

“55. Indien de belastingadministratie vaststelt dat het recht op aftrek frauduleus is uitgeoefend, is zij gerechtigd met terugwerkende kracht terugbetaling van de afgetrokken bedragen te vorderen (...) en het staat aan de nationale rechter, het recht op aftrek te weigeren wanneer op grond van objectieve gegevens vaststaat dat dit recht frauduleus wordt ingeroepen (...).

56. Zo ook moet een belastingplichtige, die wist of had moeten weten dat hij door zijn aankoop deelnam aan een transactie die onderdeel was van BTW-fraude, voor de toepassing van de Zesde richtlijn worden beschouwd als deelnemer aan deze fraude, ongeacht of hij winst haalt uit de doorverkoop van de goederen.

57. In een dergelijke situatie is de belastingplichtige de fraudeur immers behulpzaam en wordt hij hun medeplichtige.”

Het OM meende aldus dat “wist of had moeten weten” voldoende is om opzet aan te nemen.

In de verhoren bij de FIOD had de verdachte – na lang aandringen – verklaard dat het hem gelet op de hogere prijzen van de auto’s op internet had moeten opvallen dat er wellicht iets met zijn (goedkopere) aankopen mis was. Op de vraag waarom hij auto’s inkocht onder de Duitse inkooprijzen in Duitsland, verklaarde de verdachte bijvoorbeeld:

“Dat is natuurlijk raar, maar ik heb er echt niet op gelet. Nu ik het wel zie, dan is het wel een groot verschil. Ik denk toch dat [medeverdachte 2] en [medeverdachte q] iets doen met BTW. Wat precies, dan moet je hun vragen. Ik weet niet precies hoe ze het doen. Misschien heb ik de kop wel een beetje in het zand gestoken.”

Gelukkig is de Hoge Raad (wel) kritisch ten opzichte van het begrip opzet, als bestanddeel van het delict zoals omschreven in artikel 69 AWR. De Hoge Raad verwijst hiervoor naar het arrest van de Hoge Raad van 18 maart 2016 in de zaak Schoenimport Italmoda. In lijn met het hiervoor genoemde Kittel-arrest had de Hoge Raad in dat arrest geoordeeld:

“De Zesde richtlijn (77/388) (...) moet aldus worden uitgelegd dat een belastingplichtige die wist of had moeten weten dat hij met de handeling waarvoor aanspraak op het recht van aftrek, vrijstelling of teruggaaf van de belasting over toegevoegde waarde wordt gemaakt, deelnam aan fraude ter zake van de belasting over de toegevoegde waarde in het kader van een keten van leveringen, deze rechten kunnen worden geweigerd, ondanks dat de fraude is gepleegd in een andere lidstaat dan de lidstaat waarin aanspraak op deze rechten wordt gemaakt en de belastingplichtige in deze laatste lidstaat heeft voldaan aan de formele voorwaarden die de nationale wet aan deze rechten verbindt.”

Hoewel het cassatiemiddel dat hierop ziet in het arrest van 9 mei 2017 volgens de Hoge Raad geen behandeling behoeft – omdat de bestreden uitspraak toch al niet in stand kan blijven – vindt de Hoge Raad aanleiding een overweging te wijden aan het opzet vereiste in relatie tot deze btw-problematiek.

De Hoge Raad benadrukt dat voor het bewijs dat opzettelijk onjuist of onvolledig aangifte is gedaan “minst genomen” door verdachte bewust de aanmerkelijke kans moet zijn aanvaard dat hij “met de handeling waarvoor aanspraak op het betrokken recht wordt gemaakt, deelnam aan fraude ter zake van de btw in het kader van een keten van leveringen als bedoeld in vorengenoemd arrest van 18 maart 2016, in welk geval ter zake van de aan haar geleverde auto’s geen recht op aftrek van omzetbelasting bestond, maar verdachte die aftrek desalniettemin heeft geclaimd en de verdachte daaraan feitelijk leiding heeft gegeven”.

Opzet is en blijft opzet. Dit had het OM toch moeten weten.

[1] HR 9 mei 2017, [ECLI:NL:HR:2017:830](#).

[2] O.a. HR 22 december 2015, [ECLI:NL:HR:2015:3608](#) en HR 6 september 2016,

[ECLI:NL:HR:2016:2018](#) en [2019](#).

[3] HR 21 december 2010, [ECLI:NL:HR:2010:BN9293](#).

[4] HvJ EU 6 juli 2006, C-439/04 en C-440/04, [ECLI:EU:C:2006:446](#).