

# Verbeurdverklaring van vermogensvoordelen uit fiscale misdrijven

*Ine De Cneudt*

Onder wetenschappelijke begeleiding van Prof. Dr. B. Spriet

## 1. INLEIDING

Ik heb mijn paper opgebouwd rond drie grote hoofdstukken. Ik behandel in een eerste inleidend hoofdstuk het begrip verbeurdverklaring en het wettelijk kader van de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen zowel in België als in Nederland. In een tweede hoofdstuk bespreek ik het juridisch regime van de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen waar o.a. het voorwerp, het facultatief karakter en de schriftelijke vordering van het O.M. en de rechtspositie van de derde aan bod komt. In een derde en laatste hoofdstuk behandel ik een belangrijke vraag die lange tijd voorwerp van discussie is geweest in de rechtsleer, met name of fiscale misdrijven onder het toepassingsgebied vallen van de voordeelsontneming zoals bepaald in artikel 42 derde lid Sw.?

In mijn paper bespreek ik vooral de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen uit fiscale misdrijven of kortweg de voordeelsontneming. De klassieke verbeurdverklaring en de verruimde verbeurdverklaring laat ik hier buiten beschouwing zodat ik dieper kan ingaan op de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen. Ook de strafbaarstelling van het misdrijf witwassen ingevoerd door de wet van 17 juli 1990 valt buiten het bestek van mijn paper.

Als rechtsvergelijkend land heb ik Nederland gekozen, daar Nederland een voorbeeldfunctie vervult t.a.v. België<sup>1</sup>.

### 1.1. BEGRIP VERBEURDVERKLARING

De algemene verbeurdverklaring is door artikel 17 van de Grondwet verboden, waardoor deze straf naar Belgisch recht steeds een bijzondere verbeurdverklaring is. Dit in tegenstelling tot landen als b.v. Frankrijk waar de algemene verbeurdverklaring wel is toegelaten<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Voor andere argumenten zie J., ROZIE, *o.c.*, 3-6

<sup>2</sup> VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht, Strafprocesrecht & internationaal strafrecht. In hoofdlijnen*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2003, 361; J., ROZIE, *o.c.*, 13-15

De bijzondere verbeurdverklaring is een bijkomende straf en kan dus niet afzonderlijk, maar enkel tezamen met een hoofdstraf opgelegd worden<sup>3</sup>. Dit, in tegenstelling tot Nederland, waar de verbeurdverklaring ook afzonderlijk opgelegd kan worden volgens artikel 9 lid 3 Sr.. De verbeurdverklaring houdt in dat het eigendomsrecht van bepaalde zaken die in een bepaald wettelijk verband staan met het misdrijf, aan de veroordeelde worden ontnomen en in principe worden toegekend aan de Staat<sup>4</sup>.

Hoewel de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen naar Belgisch recht onder de bestaande artikelen i.v.m. de bijzondere verbeurdverklaring zijn ingelast, gaat het in wezen niet om een verbeurdverklaring, maar om een voordeelsontneming, die een afzonderlijke patrimoniale sanctie uitmaakt, naast de geldboete en de verbeurdverklaring. Waar de verbeurdverklaring bedoeld is om zaken die verband houden met het misdrijf aan de dader te ontnemen (= de klassieke verbeurdverklaring), strekt de voordeelsontneming (= verbeurdverklaring van vermogensvoordelen uit misdrijven) ertoe de onrechtmatige voordelen die uit het misdrijf voortkomen aan de dader te ontnemen<sup>5</sup>.

In Nederland zijn de voordeelsontneming en verbeurdverklaring zelfs twee van elkaar te onderscheiden rechtsfiguren met een verschillend rechtskarakter. Daar waar de verbeurdverklaring als instrument ter bestrijding van de winstgevende criminaliteit de zogenaamde primaire vermogensvoordelen viseert en als bijkomende straf wordt aangemerkt, heeft de voordeelsontneming zowel de directe buit als het vervolgsprofiel in het vizier en wordt deze als maatregel aangemerkt<sup>6</sup>.

Ik gebruik hierna dan ook de term voordeelsontneming om de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen aan te duiden.

## 1.2. BELGISCH EN NEDERLANDS WETTELIJK KADER

De Belgische wetgever, geïnspireerd door de internationale regelgeving<sup>7</sup> en de buitenlandse wetgeving<sup>8</sup>, heeft vanaf 1990 de gemeenrechtelijke regeling van de bijzondere verbeurdverklaring aanzienlijk gewijzigd en aangevuld in drie fasen.

<sup>3</sup> B. SPRIET, *Recente ontwikkelingen inzake straffen: werkstrafen en bijzondere verbeurdverklaring in Straf(proces)recht*, vormingsonderdeel 24, Themis, Brugge, die Keure, 2004, 84, i.h.b. 102-106.

<sup>4</sup> Zie algemeen: DE GEEST, A., *Verbeurdverklaring*, in *A.P.R.*, Brussel, 1971; DE GEEST A., "De verbeurdverklaring", *R.W.*, 1969-70, 97 - 98

<sup>5</sup> VAN DEN WYNGAERT o.c., 366

<sup>6</sup> J., ROZIE, o.c., 6

<sup>7</sup> o.a. het Sluikhandelverdrag, het Europees Witwasverdrag en de Aanbevelingen van de Financial Task Force van 7 februari 1990

<sup>8</sup> o.a. Denemarken, Frankrijk, Italië, Nederland, Duitsland, het Verenigd Koninkrijk, Zwitserland, daar deze landen reeds wetteksten over de verbeurdverklaring uitgewerkt hadden.

Vooreerst heeft hij in 1990 naast de klassieke verbeurdverklaring, de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen ingevoerd<sup>9</sup>. Waar bij de klassieke verbeurdverklaring een zeer nauw verband moet bestaan tussen de verbeurdverklaarde zaak en het misdrijf, kunnen nu ook “vermogensvoordelen” die uit het misdrijf zijn verkregen worden verbeurdverklaard (art. 42, 3° Sw.)

Vervolgens heeft de wetgever met de wet van 20 mei 1997<sup>10</sup>, het mogelijk gemaakt om de bijzondere verbeurdverklaring uit te spreken t.a.v. goederen die zich in het buitenland bevinden (art. 43ter Sw.). In 2002 werd hieraan ook nog de waardeconfiscatie (art. 43bis Sw.) en de vermogensvoordelen uit identieke misdrijven (art. 43quater Sw.) toegevoegd<sup>11</sup>.

In 2002 heeft de wetgever de mogelijkheden om de bijzondere verbeurdverklaring van vermogensvoordelen uit spreken aanzienlijk verruimd door de zogenaamde *Kaalplukwet*<sup>12</sup>. Hierdoor kan de bijzondere verbeurdverklaring nu ook in bepaalde gevallen worden uitgesproken t.a.v. vermogensvoordelen verworven uit andere misdrijven dan diegene waarvoor de betrokkene werd veroordeeld. Bovendien wordt de bewijslast i.v.m. de criminele oorsprong van de vermogensvoordelen verdeeld tussen het O.M. en de veroordeelde (art. 43quater Sw.)

Een *Centraal Orgaan voor de Inbeslagneming en de Verbeurdverklaring* – het COIV - werd door de wetgever gecreëerd door de wet van 26 maart 2003 met als taak de gerechtelijke overheden bij te staan bij de opsporing en de vervolgediging van het onderzoek met het oog op de inbeslagneming en verbeurdverklaring van vermogensvoordelen alsook met de tenuitvoerlegging van vonnissen die de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen tot voorwerp hebben<sup>13</sup>.

In Nederland gaat de ontstaansgeschiedenis van de voordeelsontneming ver terug in de tijd.

---

<sup>9</sup> Wet van 17 juli 1990 tot wijziging van de artikelen 42, 43 en 505 van het strafwetboek en tot invoeging van een artikel 43bis in hetzelfde wetboek, *B.S.* 15 augustus 1990; Ook voor deze wet was er al van voordeelsontneming sprake, nl. de extensieve interpretatie door de rechtspraak van art. 4,§6 van de Drugwet, bijzondere strafwetgeving, art. 123ter Sw. en de schadevergoedingsacties. Zie hierover J., ROZIE, *o.c.*, 21- 42

<sup>10</sup> Wet van 20 mei 1997 betreffende de internationale samenwerking inzake de tenuitvoerlegging van inbeslagnemingen en verbeurdverklaringen, *B.S.* 3 juli 1997. Zie alg. STESSSENS, G., “De Wet van 20 mei 1997 betreffende de internationale samenwerking inzake de tenuitvoerlegging van inbeslagnemingen en verbeurdverklaringen: een kritisch onderzoek”, *R.W.*, 1997-98, 1273-1285.

<sup>11</sup> De Wet van 20 mei 1997 (zie vorige voetnoot) dat art. 43ter Sw. invoerde, werd aangevuld met de artikelen 43bis en 43quater door artikel 3 van de Wet van 19 december 2002 (zie volgende voetnoot)

<sup>12</sup> Wet van 19 december 2002 tot uitbreiding van de mogelijkheden tot inbeslagneming en verbeurdverklaring in strafzaken, *B.S.* 14 februari 2003

<sup>13</sup> Wet van 26 maart 2003 houdende oprichting van een Centraal Orgaan voor de Inbeslagneming en de Verbeurdverklaring en houdende bepalingen inzake het waardevast beheer van in beslag genomen goederen en de uitvoering van bepaalde vermogenssancties, *B.S.* 2 mei 2003

De eerste sporen vinden we, net zoals in België, terug in de oorlogseconomische strafwetgeving, nl. het Economisch Sanctiebesluit van 23 augustus 1941<sup>14</sup>, dat bij de bevrijding vervangen is door het Besluit Berechting Economische Delicten van 31 oktober 1944<sup>15</sup>.

De Wet Economische Delicten van 22 juni 1950<sup>16</sup> voerde een uniforme regeling in inzake opsporing, vervolging en berechting van economische delicten waar voorheen geen sprake van was. Ook werd het rechtskarakter van de voordeelsontneming gewijzigd; waar de voordeelsontneming voorheen een bijkomende straf was, net zoals in België, is ze nu een maatregel naar Nederlands recht.

Deze regeling werd opgeheven door de Wet Vermogenssancties van 31 maart 1983<sup>17</sup> waardoor een art. 36 e in het Wetboek van Strafrecht werd ingevoegd. Sedert deze wet is het actieterrein van de voordeelsontneming niet meer beperkt zoals voorheen het geval was, tot economische delicten.

Ter verruiming van de mogelijkheden tot voordeelsontneming trad op 1 maart 1993 de wet van 10 december 1992<sup>18</sup> in werking. Ook wel de “*Plukze-wet*” genoemd, vergelijkbaar met de Belgische *Kaalplukwet*, ingevoerd door de Wet van 19 december 2002, die ook een verruiming van de mogelijkheden van de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen inhoudt.

Een laatste wetgevend initiatief in het kader van de Nederlandse ontnemingsreglementering is de Wet Aanpassing Ontnemingswetgeving van 8 mei 2003<sup>19</sup>. Deze wet strekt ertoe de toepassing van de ontnemingswetgeving te verbeteren door het wegnemen van in de rechtspraktijk gesignaleerde knelpunten en door stroomlijning van de voorgaande regeling. Ook wordt de rechterlijke betrokkenheid opgeschroefd en wordt het probleem van de schijnconstructies aangepakt.<sup>20</sup>

---

<sup>14</sup> Besluit van de Secretarissen - Generaal van de Departementen van Landbouw en Visserij, van Handel, Nijverheid en Scheepvaart en van Justitie, *Verord. Bl.* 1941, nr. 174

<sup>15</sup> Besluit van 31 oktober 1944 houdende vaststelling van het Besluit berechting economische delicten, *Stb.*E 135.

<sup>16</sup> Wet van 22 juni 1950 houdende vaststelling van regelen voor de opsporing, de vervolging en de berechting van economische delicten, *Stb.* K, 258

<sup>17</sup> Wet van 31 maart 1983 houdende herziening van bepalingen van het Wetboek van Strafrecht, het wetboek van Strafvordering, de Wet op de economische delicten en enkele andere wetten in verband met de oplegging van vermogenssancties, *Stb.*, 153

<sup>18</sup> Wet van 10 december 1992 ter verruiming van de mogelijkheden van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel en andere vermogenssancties, *Stb.* 1993, 11

<sup>19</sup> Zie hierover meer: J., ROZIE, *o.c.*, 117 e.v.

<sup>20</sup> Memorie Van toelichting bij de wijziging en aanvulling van een aantal bepalingen in het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van strafvordering en enige andere wetten met betrekking tot de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel, Tweede Kamer 2001-2002, 28079, nr. 3, 1-2

## 2. HET JURIDISCH REGIME VAN DE VOORDEELSONTNEMING

### 2.1. VOORWERP VAN DE VOORDEELSONTNEMING

Krachtens art. 42, 3° Sw. wordt de voordeelsontneming toegepast op de “*vermogensvoordelen die rechtstreeks uit het misdrijf zijn verkregen, op de goederen en waarden die in de plaats daarvan zijn gesteld en op de inkomsten uit de belegde voordelen*”.

Hieruit volgt dat de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen van toepassing is op drie categorieën van vermogensvoordelen. De wetgever heeft zich bij de creatie van deze drieledige structuur laten inspireren door het Sluikhandelverdrag<sup>21</sup> en het Europees Witwasverdrag<sup>22</sup>.

#### 2.1.1. Primaire vermogensvoordelen

De vermogensvoordelen die de dader rechtstreeks uit het misdrijf, bij het plegen ervan, heeft verkregen, zijn de primaire vermogensvoordelen. Voorbeelden van primaire vermogensvoordelen die aangehaald werden tijdens de parlementaire besprekingen, zijn de prijs van de misdaad of van het contract, de tegenwaarde van de transactie, de onrechtmatige winsten<sup>23</sup>, de gestolen voorwerpen<sup>24</sup> of het bedrag van de levensverzekering dat de dader van een doodslag door die misdaad heeft opgestreken<sup>25</sup>. Van zodra de dader een voordeel heeft genoten dat in causaal verband staat met het ten laste gelegde misdrijf, valt men binnen de werkingssfeer van art. 42 lid 3 Sw.. Verder geeft de wet geen duidelijke definitie van het begrip vermogensvoordeel. Welke misdrijven dan ook vermogensvoordelen in de zin van artikel 42 lid 3 Sw. konden genereren, was lange tijd voorwerp van discussie in de rechtsleer, waar ik hierna uitgebreid op terugkom m.b.t. fiscale misdrijven<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> Het Verdrag van de Verenigde Naties tegen de sluikehandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen opgemaakt te Wenen op 20 december 1988 en goedgekeurd bij Wet van 6 augustus 1993, *B.S.* 21 maart 1996

<sup>22</sup> Het Verdrag inzake witwassen, de opsporing, de inbeslagneming en de confiscatie van opbrengsten van misdrijven opgemaakt te Straatsburg op 20 november 1990 en goedgekeurd bij Wet van 8 augustus 1997, *B.S.* 4 juni 1998

<sup>23</sup> Memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot wijziging van de artikelen 42, 43 en 505 van het Strafwetboek en tot invoeging van een artikel 43bis in hetzelfde wetboek, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 987/1,3

<sup>24</sup> Verslag namens de Commissie voor de Justitie bij het wetsontwerp tot wijziging van de artikelen 42, 43 en 505 van het Strafwetboek en tot invoeging van een artikel 43bis in hetzelfde wetboek, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 987/4, 5

<sup>25</sup> Verslag namens de Commissie voor de Justitie bij het wetsontwerp tot wijziging van de artikelen 42, 43 en 505 van het Strafwetboek en tot invoeging van een artikel 43bis in hetzelfde wetboek, *Parl. St.* Senaat 1989-90, nr. 890/2, 21

<sup>26</sup> Zie *infra* hoofdstuk 3 Moeten de fiscale misdrijven uit het werkveld van de Wet van 17 juli 1990 geweerd worden? p. 17

### 2.1.2. Vervangingsgoederen

De vervangingsgoederen omvatten “de goederen en waarden die in de plaats zijn gesteld van de vermogensvoordelen die rechtstreeks uit het misdrijf zijn gekregen”, ook wel de zogenaamde secundaire goederen genoemd. Tijdens het parlementaire debat werden volgende voorbeelden gegeven: de goederen die met gestolen geld werden aangekocht of het geld dat door de verkoop van de gestolen goederen werd verkregen<sup>27</sup>.

### 2.1.3. Inkomsten uit de belegde voordelen

Onder inkomsten uit de belegde voordelen of de vervangingszaken worden verstaan de bankrente, dividenden en diverse opbrengsten die voortvloeien uit de primaire vermogensvoordelen of de secundaire vermogensvoordelen<sup>28</sup>. Deze vermogensvoordelen worden ook wel tertiaire vermogensvoordelen genoemd.

### 2.1.4. Onroerende goederen<sup>29</sup>

T.a.v. de klassieke verbeurdverklaring (art. 42, 1° en 2° Sw.) is de rechtsleer er altijd van uitgegaan dat deze enkel van toepassing is op roerende zaken<sup>30</sup>. Dit, in tegenstelling tot de voordeelsontneming, bedoeld in art. 42, 3° Sw. De Memorie van Toelichting bepaalt hierover zeer duidelijk dat de aard van de zaken, roerend of onroerend, lichamelijk of onlichamelijk, irrelevant is. Enkel het verband tussen de zaken en het misdrijf is van belang.<sup>31</sup> Om de verbeurdverklaring van onroerende zaken mogelijk te maken in de praktijk werd bij wet van 20 mei 1997<sup>32</sup> een bewarend onroerend beslag in strafzaken<sup>33</sup> ingevoerd in het nieuwe art. 35bis Sv..

<sup>27</sup> Verslag namens de Commissie voor de Justitie bij het wetsontwerp tot wijziging van de artikelen 42, 43 en 505 van het Strafwetboek en tot invoering van een artikel 43bis in hetzelfde wetboek, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 987/4, 5

<sup>28</sup> C., VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 366-367

<sup>29</sup> Meer over onroerende verbeurdverklaring: o.m. F. TOP, ‘Verbeurdverklaring van een onroerend goed en de rechten van ingeschrevenen en beslagleggende schuldeisers’, in *Liber Amicorum F. BOUCKAERT*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2000, 205-236. Voor meer verwijzingen zie voetnoot 760 in J., ROZIE, *o.c.*, 207

<sup>30</sup> L., DUPONT en R., VERSTRAETEN, *Handboek Strafrecht*, Acco, Leuven, 1989, nr. 687;

<sup>31</sup> Cass. 10 februari 1999, *Arr. Cass.* 1999, nr. 74; Memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot wijziging van de artikelen 42, 43 en 505 van het Strafwetboek en tot invoering van een artikel 43bis in hetzelfde wetboek, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 987/1,3

<sup>32</sup> Wet van 20 mei 1997 betreffende de internationale samenwerking inzake de tenuitvoerlegging van inbeslagnemingen en verbeurdverklaringen, *B.S.* 3 juli 1997

<sup>33</sup> Zie hierover o.m. T. DE MEESTER, ‘Het strafrechtelijk beslag op onroerende goederen: publicitaire formaliteiten’, *A.J.T.* 1996-97, 56-59. Voor meer verwijzingen zie voetnoot 767 in J., ROZIE, *o.c.*, 209

### 2.1.5. Het voordeelsbegrip in Nederland<sup>34</sup>

De driedelige structuur van het Belgische voordeelsbegrip vinden we niet terug in het Nederlands voordeelsbegrip van art. 36 van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht. Men spreekt slechts van één rechtsterm, namelijk “*het wederrechtelijk verkregen voordeel*”. De wetgever heeft in tegenstelling tot de Belgische wetgever twee aanwijzingen gegeven betreffende de inhoud van het voordeelsbegrip.

Vooreerst bepaalt het vierde lid van art. 36 e Sr. dat een kostenbesparing onder het voordeel wordt begrepen. De precieze invulling is nochtans voorwerp van discussie. Volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad<sup>35</sup>, de parlementaire voorbereidingen bij de Plukze -wet<sup>36</sup> en de ontnemingsrichtlijn moet een extensieve interpretatie aangehangen worden van het begrip kostenbesparing. De ontnemingsrichtlijn definieert de kostenbesparing als “*de kosten die de betrokken persoon zich door het plegen van het strafbare feit bespaard heeft.*” Volgens sommige rechtsleer<sup>37</sup> is deze definitie te ruim, daar zo om het even welk wederrechtelijk verkregen vermogensvoordeel als een kostenbesparing aangemerkt kan worden.

Vervolgens bepaalt het vijfde lid van hetzelfde artikel dat “*onder voorwerpen worden verstaan alle zaken en alle vermogensrechten*”<sup>38 39</sup>. In dit verband trekken zowel de wetsgeschiedenis<sup>40</sup>, de ontnemingsrichtlijnen, de jurisprudentie als de doctrine aan hetzelfde koord, namelijk hoewel de wet het niet uitdrukkelijk bepaalt, vallen de zogenaamde secundaire en tertiaire vermogensvoordelen eveneens onder het voordeelsbegrip. Men spreekt ook wel van “*vervolgprofijt*”.

<sup>34</sup> J., ROZIE, *o.c.*, 211-217

<sup>35</sup> Hoge Raad 9 januari 1996, *N.J.* 1996, 305; Hoge Raad 9 september 1997, *JOW* 1998, 12

<sup>36</sup> Memorie van Toelichting bij de wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering en enkele andere wetten ter verruiming van de mogelijkheden tot toepassing van de maatregel van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel en andere vermogenssancties, Tweede Kamer 1989-90, 21504, nr. 3, 16 en 79

<sup>37</sup> J. SIMMELINK en J.L. VAN DER NEUT, ‘De omvang van het ‘voordeel’ en de betalingsverplichting’, *Delikt en Delinkwent*, 1996, 539-540; D.R. DOORENBOS, *Witwassen en voordeelsontneming*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, 88

<sup>38</sup> De term voorwerpen wordt gebruikt in het vierde lid van hetzelfde artikel, in de zin die bepaalt: “De waarde van de **voorwerpen** die door de rechter tot het wederrechtelijk verkregen voordeel worden gerekend, kan worden geschat op de marktwaarde op het tijdstip van de beslissing of door verwijzing naar de bij openbare verkoop te behalen opbrengst, indien verhaal moet worden genomen (...)”

Zie hierover B.F., KEULEN, *Crimineel vermogen en strafrecht – een commentaar op de ontnemingswetgeving*, Deventer, Gouda Quint, 1999, 86; J., WÖRETSHOFER, *Voordeelsontneming*, in *Ars Aequi Cahiers – deel 10*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1999, 17

<sup>40</sup> Memorie van Toelichting bij de wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering en enkele andere wetten ter verruiming van de mogelijkheden tot toepassing van de maatregel van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel en andere vermogenssancties, Tweede Kamer 1989-90, 21504, nr. 3, 21

In deze optiek verwijst ik naar een feit dat ik reeds vermeld heb, met name dat in Nederland de verbeurdverklaring en de voordeelsontneming twee verschillende rechtsfiguren zijn met een verschillend rechtskarakter.

Vooreerst heb je de verbeurdverklaring die als wettelijke grondslag artikel 33 Sr. heeft en door de wetgever aangemerkt wordt als een bijkomende straf, maar deze kan, zoals bepaald in artikel 9 lid 3 Sr., daarenboven afzonderlijk worden opgelegd.

Vervolgens vindt de voordeelsontneming zijn wettelijke grondslag zoals reeds vermeld in art. 36 e Sr. en wordt door de wetgever beschouwd als een maatregel. De Nederlandse voordeelsontneming is gericht op rechtsherstel en heeft dus in tegenstelling tot de Belgische voordeelsontneming geen punitieve invulling. In het kader van de problematiek van de overlapping tussen de verbeurdverklaring en de voordeelsontneming heeft de wetgever ter verduidelijking van het onderscheid tussen straf en maatregel de werkingssfeer van de verbeurdverklaring teruggebracht tot de directe buit - vergelijkbaar met de primaire vermogensvoordelen naar Belgisch recht. De zogenaamde "vervolgprofijt" - naar Belgisch recht de zogenaamde secundaire en tertiaire vermogensvoordelen - valt dan onder het toepassingsgebied van de voordeelsontnemingsmaatregel. Deze wijziging houdt ook verband met het feit dat de wetgever een strikte tweedeling wil verkrijgen tussen enerzijds de zogenaamde objectconfiscatie (of verbeurdverklaring) waar de sanctie ertoe strekt om bepaalde voorwerpen te confisqueren. En anderzijds de waardeconfiscatie (of ontnemingsmaatregel) waarbij er een verplichting bestaat tot betaling van een geldbedrag aan de Staat.

## 2.2. FACULTATIEF KARAKTER EN SCHRIFTELIJKE VORDERING VAN HET O.M.<sup>41</sup>

In tegenstelling tot de klassieke verbeurdverklaring voorzien in art. 42, 1° en 2° Sw. die een verplicht karakter heeft en dus altijd moet uitgesproken worden bij een misdaad of wanbedrijf, heeft de voordeelsontneming een facultatief karakter (art. 43bis, 1<sup>ste</sup> lid Sw.). De rechter is niet verplicht de voordeelsontneming uit te spreken bij een veroordeling van de beklaagde.

Het facultatieve karakter van de voordeelsontneming is lange tijd bekritiseerd in de rechtsleer. Verscheidene auteurs vonden deze regeling te streng. Vooreerst omdat de beoordelingsvrijheid van de rechter een eenvormig beleid in de weg staat. De Belgische wetgever heeft in tegenstelling tot Nederland geen beroep gedaan op ontnemingsrichtlijnen. Bovendien zullen de beweegredenen

---

<sup>41</sup>C., VAN DEN WYNGAERT, o.c., 369, pt. E; B. SPRIET, *Recente ontwikkelingen inzake straffen: werkstraf en bijzondere verbeurdverklaring in Straff(proces)recht*, vormingsonderdeel 24, Themis, Brugge, die Keure, 2004, 75-108, i.h.b. 102-106; J., ROZIE, o.c., 125-140



van de rechter bij het niet-opleggen van de voordeelsontneming bijna nooit achterhaald kunnen worden, daar de rechter slechts zal moeten motiveren wanneer hij tot het opleggen van een facultatieve verbeurdverklaring beslist<sup>42</sup>. Ook werd de vraag gesteld of het wel verantwoord is de rechter in de rol van beleidsmaker te duwen doordat de beslissing om de voordeelsontneming al dan niet op te leggen in zijn handen lag zonder een vordering van het O.M. hieromtrent<sup>43</sup>.

Een derde argument tegen het facultatief karakter van de voordeelsontneming was het feit dat de rechten van de verdediging niet gewaarborgd werden, daar er geen tegensprekelijk debat mogelijk was<sup>44</sup>. De wetgever loste dit probleem op door art. 43bis, 1<sup>ste</sup> lid Sw. zo te wijzigen dat het thans voorschrijft dat de strafrechter slechts de facultatieve verbeurdverklaring kan opleggen<sup>45</sup> voorzover zij schriftelijk is gevorderd door het O.M.<sup>46</sup>.

In Nederland is de vereiste van een vordering van het O.M. reeds lang ingevoerd in art. 36 e lid 1 Sr.

Een schriftelijke vordering is niet vereist voor de klassieke verbeurdverklaring. Deze verbeurdverklaring heeft zoals reeds vermeld namelijk een verplicht karakter waardoor de stafrechter in dit geval geen beoordelingsvrijheid heeft. De rechten van de verdediging worden in dit geval niet geschonden daar de beklagde weet dat de verbeurdverklaring verplicht zal worden uitgesproken en hij zich mede hierop dient te verdedigen.<sup>47</sup>

---

<sup>42</sup> Cass. 21 mei 2002, *R.W.* 2002-2003, 342 met noot S. VAN OVERBEKE; Bergen 20 oktober 1993, *R.D.P.* 1994, 911; zie ook art. 195 lid 2 Sv.

<sup>43</sup> F., DERUYCK, *Over witwassen en voordeelsontneming - Preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland*, 1996, 71p.

<sup>44</sup> Zie in dezelfde zin A. DE NAUW, 'De voordeelsontneming, een eerste evaluatie van de wet en van de rechtspraak', in *Liber Amicorum J. VANDERVEEREN*, Brussel, Bruylant, 1997, 37-54; M. FAURE, 'Stedenbouwinbreuken: geen overmacht, wel vermogensvoordeelafroming', *T.M.R.* 2001, 255; A. VANDEPLAS, 'Over de raming van de vermogensvoordelen', noot onder Cass. 14 december 1994, *R.W.* 1996-97, 851

<sup>45</sup> Wijziging van artikel 43bis, 1<sup>ste</sup> lid Sw. door artikel 2 van de wet van 19 december tot uitbreiding van de mogelijkheden tot inbeslagneming en verbeurdverklaring in strafzaken, *B.S.* 14 februari 2003; Zie ook wetsontwerp tot uitbreiding van de mogelijkheden tot inbeslagneming en verbeurdverklaring in strafzaken, *Parl. St.* Kamer 2001-2002, nr. 1601/001, 41-42

<sup>46</sup> *Parl. St.* Kamer 2001-2002, nr. 1601/006, 4 en *Parl. St.* Senaat 2002-2003, nr. 2-1197/3, 2

<sup>47</sup> G., STESSENS en PH., TRAEEST, 'Meer mogelijkheden tot inbeslagneming en verbeurdverklaring in strafzaken', *R.W.* 2004, 1052.

## 2.3. VOORDEELSONTNEMING EN DE DERDE<sup>48</sup>

### 2.3.1. Algemene regeling

De belangen van derden inzake verbeurdverklaring worden beschermd op verschillende momenten in de procedure, zowel bij de uitspraak van de verbeurdverklaring, als bij de tenuitvoerlegging ervan<sup>49</sup>.

Bij wijze van uitzondering kunnen derden tussenkomen in de procedure voor de strafrechter. Dit is enkel mogelijk indien een wet zulks uitdrukkelijk stipuleert of indien de wet het mogelijk maakt een sanctie uit te spreken ten laste van een derde<sup>50</sup>. Het Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat derden kunnen tussenkomen in een procedure van verbeurdverklaring van vermogensvoordelen uit misdrijven, aangezien er een sanctie kan worden uitgesproken ten hunne laste.

Ook derden waartegen een bijkomende straf is uitgesproken bij verstek, kunnen verzet of hoger beroep aantekenen. Derdenverzet is mogelijk voorzover men uitspraak heeft gedaan over burgerlijke belangen.

### 2.3.2. Bescherming van de rechten van derden bij de uitspraak van de verbeurdverklaring nl., de verbeurdverklaring met toewijzing aan de burgerlijke partij (art. 43bis Sw.)

Het eigendomsrecht van verbeurdverklearde zaken die het voorwerp uitmaken van een gewone verbeurdverklaring wordt in principe aan de Staat toegekend. De wet van 17 juli 1990 die de verbeurdverklaring met toewijzing aan de burgerlijke partij heeft ingevoerd, bepaalt dat het eigendomsrecht van verbeurdverklearde zaken dat het voorwerp uitmaakt van een verbeurdverklaring van vermogensvoordelen, in bepaalde gevallen aan de burgerlijke partij, en zelfs aan derden toegewezen kan worden (art. 43bis Sw.). Hierdoor krijgt de verbeurdverklaring een gemengd karakter; enerzijds een punitief karakter daar de verbeurdverklaring in se een sanctie is, anderzijds een reparatoir karakter daar ze strekt tot teruggave aan de derde of schadevergoeding van de derde<sup>51</sup>. Hierbij dient opgemerkt te worden dat artikel 43bis Sw. spreekt over de burgerlijke

<sup>48</sup> VAN DEN WYNGAERT, C., *o.c.*, 371, pt. G; STESENS, G., *o.c.*, 86; L. DUPONT, *Beginnelen van strafrecht*, 2003-2004, 244. Zie hierover meer: J., ROZIE, *o.c.*, 263-337

<sup>49</sup> STESENS, G., *o.c.*, 86

<sup>50</sup> Principiearrest Cass., 24 maart 1947, *Pas.*, 1947, I, 123, gewezen op conclusies van de toenmalige Eerste Adv. Gen. HAYOIT de TERMICOURT.

<sup>51</sup> Zie hierover M. DE SWAEF, "De bijzondere verbeurdverklaring van de vermogensbestanddelen uit misdrijven", *R.W.*, 1990-91, 491-493; G. STESENS, *o.c.*, 86; L. DUPONT, *Beginnelen van strafrecht*, 2003-2004, 244; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Belgisch strafrecht*, nr. 687

partij, dus de benadeelde moet zich burgerlijke partij hebben gesteld, wil men genieten van de teruggave van de verbeurdverklearde zaak op grond van art. 43bis, laatste lid Sw.

### 2.3.3. *Bescherming van de rechten van derden op het niveau van de tenuitvoerlegging*

In uitvoering van artikel 43bis, laatste lid Sw heeft men, op het niveau van de tenuitvoerlegging van de verbeurdverklaring, een procedure uitgewerkt betreffende de bescherming van derden. Deze procedure ligt vervat in het K.B. van 9 augustus 1991 tot vaststelling van de termijn waarbinnen en de wijze waarop een rechtsmiddel kan worden aangewend door derden die beweren recht te hebben op een verbeurdverklearde zaak<sup>52</sup>. Artikel 1 van dit K.B. stelt dat een beslissing tot confiscatie, gewezen overeenkomstig artikel 43bis Sw., niet kan worden tenuitvoergelegd voor het verstrijken van een termijn van 90 dagen, nadat de beslissing in kracht van gewijsde is getreden. De griffier geeft binnen 30 dagen, nadat de beslissing in kracht van gewijsde is getreden, kennis van de beslissing aan 2 categorieën van personen, nl. derden die verzet hebben gedaan tegen de teruggave en alle “personen die hem door het O.M. zijn aangeduid als zijnde bevoegd om, volgens de door de rechtspleging verschaftte aanwijzingen, rechten op één van die zaken te doen gelden”<sup>53</sup>. Indien deze personen binnen de voornoemde termijn van 90 dagen hun aanspraak voor de bevoegde rechter brengen en de griffier hiervan op de hoogte brengen, kan geen enkele uitvoeringsmaatregel worden getroffen, totdat de beslissing omtrent die aanspraak in kracht van gewijsde is gegaan<sup>54</sup>.

Ook hier dient opgemerkt te worden dat indien de derde zich burgerlijke partij heeft gesteld, hij niet meer beschouwd kan worden als een derde en bijgevolg de procedure van het K.B. van 9 augustus 1991 niet van toepassing is. In dat geval geldt de teruggave van de verbeurdverklearde zaak vervat in art. 43bis al.3 Sw..

### 2.3.4. *EIGENDOMSVEREISTE?*

In tegenstelling tot het stelsel van de klassieke verbeurdverklaring, zoals bepaald in artikel 42,1° Sw., wordt –zoals de verbeurdverklaring van zaken die uit het misdrijf voortkomen(art. 43,2° Sw.)- voor de voordeelsontneming (art. 43, 3° Sw.) geen eigendomsvereiste gesteld<sup>55</sup>. Dit betekent dat goederen die

<sup>52</sup> K.B. van 9 augustus 1991 tot vaststelling van de termijn waarbinnen en de wijze waarop een rechtsmiddel kan worden door derden die beweren recht te hebben op een verbeurdverklearde zaak, *B.S.*, 17 oktober 1991. Het gaat om derden in het algemeen die zich geen burgerlijke partij hebben gesteld en niet zijn tussengekomen in de strafprocedure

<sup>53</sup> Art. 2 van het K.B. van 9 augustus 1991. Art. 3 van het K.B. nr. 260 van 24 maart 1936 op de bewaring ter griffie en de procedure tot teruggave voorziet in een mogelijkheid tot verzet.

<sup>54</sup> Artikelen 3 en 4 van het K.B. van 9 augustus 1991

<sup>55</sup> L. DUPONT, *Beginselen van strafrecht*, 2003-2004, 244

aan een derde toebehoren kunnen worden verbeurd verklaard. Oorspronkelijk nam de rechtspraak echter aan dat de eigendomsvereiste wel geldig was t.a.v. de verbeurdverklaring op grond van vermogensvoordelen. De betwisting die hierover in de rechtsleer bestond werd beslecht door het cassatiearrest van 29 mei 2001, nl. dat de eigendomsvereiste niet geldig is, onverminderd de rechten die derden krachtens hun rechtmatig bezit op die zaken kunnen doen gelden<sup>56</sup>. Om de belangen van derden te vrijwaren werd daarom, zoals hierboven reeds besproken, in artikel 43bis Sw voorzien in een bijzondere modaliteit van de verbeurdverklaring, nl. de verbeurdverklaring met toewijzing aan de burgerlijke partij.

#### 2.4. WAARDERING VAN DE VERMOGENSVOORDELEN<sup>57</sup>

In de wijze waarop aan de sanctie van de verbeurdverklaring juridisch vorm wordt gegeven, kan men 2 wettelijke modellen onderscheiden. Dit onderscheid wordt gemaakt aan de hand van de wijze waarop de eigendomsrechten worden aangetast. Indien de eigendomsrechten worden aangetast door het opleggen van een betalingsverplichting, spreekt men van een waardenconfiscatie (persoonlijk karakter - in personam procedure). Indien de eigendomsrechten worden aangetast door de eigendomsoverdracht van welbepaalde zaken, spreekt men van een objectconfiscatie (zakelijk karakter - in rem procedure).

Bij de klassieke verbeurdverklaring, nl. de verbeurdverklaring van de instrumenten, het voorwerp van het misdrijf en de zaken die uit het misdrijf voortkomen (art. 42, 1° en 2° Sw.) kunnen de verbeurdverklarde goederen doorgaans makkelijk worden geïdentificeerd en teruggevonden in het patrimonium van de veroordeelde of van een derde. In dit geval wordt dan ook toepassing gemaakt van de objectconfiscatie. Bij deze juridische vorm van de confiscatiesanctie bestaat het gevaar dat de rechten van derden worden aangetast daar de objectconfiscatie een zakelijk, reëel karakter heeft. Dit betekent dat de verbeurdverklaring wordt uitgesproken ongeacht in wiens vermogen de betrokken goederen zich bevinden. Daarenboven heeft ook de tenuitvoerlegging van de verbeurdverklaring normalerwijze in rem plaats, wat inhoudt dat de verbeurdverklaring wordt tenuitvoergelegd, ongeacht in wiens handen de goederen worden aangetroffen.

Het risico dat de rechten van derden worden aangetast door de verbeurdverklaring van goederen die hun eigendom zijn (erosie van de rechten van derden), wordt in België beperkt door in art. 42, 1° Sw. te stellen dat de verbeurdverklaring enkel kan worden uitgesproken indien de goederen eigendom zijn van de dader.<sup>58</sup> Deze eigendomsvereiste is bedoeld om de onschuldige derde te beschermen: indien goederen, die eigendom zijn van derden, voor verbeurdver-

<sup>56</sup> Cass. 29 mei 2001, *T.Strafr.*, 2002, 39, noot G. Stessens "Verbeurdverklaring van vermogensvoordelen die zich in het vermogen van een derde bevinden: volte face van het Hof van Cassatie?"

<sup>57</sup> STESENS, G., o.c., 41

<sup>58</sup> Zie *infra*

klaring in aanmerking zouden komen, zou dit een straf voor de betrokken derden impliceren<sup>59</sup>. Daarom geldt de eigendomsvereiste niet voor de verbeurdverklaring van goederen die uit het misdrijf zijn voortgekomen (art. 42, 2° Sw.), daar deze goederen logischerwijze geen eigendom kunnen zijn van derden.

Bij de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen of voordeelsontneming (art. 42, 3° Sw.) is dit complexer, aangezien niet enkel de primaire vermogensvoordelen, maar ook vervangingsgoederen en inkomsten uit de belegde voordelen kunnen worden verbeurdverklaard. Het komt dus veel voor dat de vermogensvoordelen zich niet in het vermogen van de veroordeelde bevinden, daar in vele gevallen de dader zal trachten de band tussen de feiten waarvoor hij werd veroordeeld en de vermogensvoordelen te verbreken of te verbergen. Is dat het geval, dan raamt de rechter de geldwaarde van de vermogensvoordelen en heeft de verbeurdverklaring betrekking op een daarmee overeenstemmend bedrag (art. 43bis Sw.) In dit geval wordt dan ook toepassing gemaakt van de waardenconfiscatie.

Het risico op de erosie van de rechten van derden is hier dan ook niet aanwezig, aangezien de verbeurdverklaring geen betrekking heeft op een object dat zich eventueel in het vermogen van een derde kan bevinden, maar in dit geval betrekking heeft op een geldbedrag dat overeenstemt met de vermogensvoordelen uit het misdrijf. De omvang van dit geldbedrag wordt door de rechter vastgelegd door de waarde van de materiële opbrengst van het misdrijf te schatten. Voor wat betreft de feitelijke raming van het uit een misdrijf verkregen vermogensvoordeel wordt het geldbedrag *ex aequo et bono* bepaald.<sup>60</sup> Dit is volgens sommigen strijdig met art. 195 Sv., krachtens welk de rechter bij de straftoemeting de strafmaat voor elke uitgesproken straf of maatregel moet motiveren. Veel hangt hierbij af van de vraag of de confiscatiesanctie al dan niet een punitief karakter heeft.<sup>61</sup> Indien de verbeurdverklaring er enkel toe strekt het illegale vermogensvoordeel te ontnemen, zonder dat deze als een straf erbovenop wordt beschouwd, dan kan men aannemen dat er hier geen straftoemeting is door de rechter en is er dus geen motivering vereist. Er is dan enkel sprake van een raming van het illegaal vermogensvoordeel.<sup>62</sup> Uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie blijkt echter wel dat het om een punitieve sanctie gaat. Het Hof neemt immers aan dat de kosten die het misdrijf heeft meegebracht niet in rekening moeten worden gebracht, m.a.w. dat de brutowinst, en niet de nettowinst moet worden verbeurdverklaard.<sup>63</sup>

<sup>59</sup> Zie ook de voorbereidende werken: *Parl. Hand.*, Kamer, 1849-50, nr. 164, 325; *Parl. Hand.*, Senaat, 1851-52, nr. 31, 231.

<sup>60</sup> Corr. Antwerpen 14 april 1994, *R.W.* 1994-95, 509, noot G. STESENS, *T.R.V.* 1994, 286, noot F. HELLEMANS; P. VAN CAENEGEM, "Art. 43bis en de raming *ex aequo et bono*", noot onder Cass. 14 december 1994, *R. Cass.*, 1995, 99

<sup>61</sup> Zie hierover G. STESENS, *o.c.*, 60-65

<sup>62</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 372

<sup>63</sup> A. VANDEPLAS, 'Over de raming van de vermogensvoordelen', noot onder Cass. 14 december 1994, *R.W.* 1996-97, 850-851; G. STESENS, "Verbeurdverklaring van vermogensvoordelen die

Men kan dus stellen dat naar Belgisch recht de waardeconfiscatie slechts voorzien is als subsidiair alternatief voor de objectconfiscatie wanneer deze onmogelijk blijkt te zijn, met name wanneer de goederen niet in het vermogen van de veroordeelde worden aangetroffen, maar ook bij een vermogensvermenging of omdat een derde rechtmatige aanspraken kan laten gelden op datzelfde goed<sup>64</sup>. In tegenstelling tot het Nederlandse recht<sup>65</sup> waar de ontnemingsmaatregel resoluut de gedaante heeft van een waardenconfiscatie, waarbij aan de veroordeelde de verplichting wordt opgelegd tot betaling van een geldbedrag aan de Staat ter ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel<sup>66</sup>. De Nederlandse rechter stelt een geldbedrag vast, waarop dan het wederrechtelijk verkregen voordeel dat de dader heeft verkregen wordt geschat<sup>67</sup>. Indien men niet onmiddellijk de waarde van het wederrechtelijk verkregen voordeel kan schatten, kan de rechter onder bepaalde voorwaarden zich beroepen op een aantal berekeningsmethoden: de vermogensvergelijking<sup>68</sup>, de kasopstelling<sup>69</sup> of de extrapolatiemethode<sup>70</sup>.

## 2.5. BEWIJSLAST M.B.T. DE HERKOMST VAN DE VERMOGENSVOORDELEN

De klassieke verbeurdverklaring (artikelen 42 lid 1 en 2 Sw.) en de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen (artikel 42 lid 3 Sw.) verlopen nog steeds volgens de gemeenrechtelijke regels wat betreft de bewijslast. Het Openbaar Ministerie en eventueel de burgerlijke partij die krachtens artikel 43bis Sw. de toewijzing van de zaak vorderen, moeten dus bewijzen dat de goederen van criminele oorsprong zijn, daar de bewijslast immers op de aanvoerende partij rust. Omdat uit de praktijk is gebleken dat het bijzonder moeilijk is om de illegale herkomst van de vermogensvoordelen te achterhalen en te bewijzen, wordt vaak voorgesteld de bewijslast te versoepelen en zelfs om te keren<sup>71</sup>.

---

zich in het vermogen van een derde bevinden: volte face van het Hof van Cassatie?" noot onder Cass. 29 mei 2001, *T.Strafr.*, 2002, 39

<sup>64</sup> De wetgever hangt namelijk een extensieve interpretatie aan, waardoor de waardenconfiscatie ook mogelijk is buiten het geval dat "*de zaken niet kunnen worden gevonden in het vermogen van de veroordeelde*".

<sup>65</sup> Zie hierover F.C.V DE GROOT, "De ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel", in *Maatregelen tegen witwassen in het koninkrijk*, G.J.M CORSTENS, E.J. JOUBERT, S.C.J.J. KORTMANN, (ed.), Arnhem, Gouda Quint, 1995, 67-73

<sup>66</sup> Zie artikel 36 e lid 1 Sr.

<sup>67</sup> Zie artikel 36 e lid 4 Sr.

<sup>68</sup> Hoge Raad 26 februari 2002, *JOW* 2002, 22. Zie voor verdere verwijzingen voetnoot 815 in J., ROZIE, *o.c.*, 221

<sup>69</sup> Hoge Raad 17 september 2002, *JOW* 2002, 43

<sup>70</sup> Hoge Raad 25 maart 1997, *JOW* 1997, 92

<sup>71</sup> P. TRAEEST, "Afwijkende regels betreffende de criminele organisaties; de spijtoptanten; aanmoediging en vergemakkelijking van het getuigenis, en de omkering van de bewijslast met betrekking tot de oorsprong van de goederen waarvan vermoed wordt dat zij voortkomen uit de georganiseerde misdaad", in *Colloquium hervorming strafprocesrecht*, Senaat, 8 en 9 oktober 1998, Maklu, 1998, 137-170

Bij de verruimde voordeelsontneming, ingevoerd door de Wet van 19 december 2002 in artikel 43quater Sw., wordt de bewijslast niet omgekeerd, maar verdeeld tussen het Openbaar Ministerie en de beklaagde t.a.v. de vermogensvoordelen voortkomend uit drie specifieke categorieën van misdrijven die bepaald zijn in artikel 43quater §1 Sw.<sup>72</sup> en t.a.v. identieke feiten<sup>73</sup>. Het Openbaar Ministerie moet ernstige en concrete aanwijzingen geven die wijzen op een onevenwicht van belang tussen enerzijds de aangroei van het vermogen van de verdachte en de bestedingen van de veroordeelde tijdens de relevante periode<sup>74</sup> en het vermogen dat bestond bij de aanvang van deze periode, plus het vermogen dat hij tijdens deze periode legaal heeft verworven, minus de uit dit laatste vermogen gedane en doenbare bestedingen<sup>75</sup>. De verdachte moet dan aantonen dat het verschil geen illegale herkomst heeft. Het tegendeel kan tevens geloofwaardig gemaakt worden door elke derde die beweert recht te hebben op deze voordelen<sup>76</sup>.

## 2.6. HET BIJZONDER ONDERZOEK NAAR VERMOGENSVOORDELEN: “BUITGERICHTE “ PROCEDURE<sup>77</sup>

Artikel 14 van de Wet van 19 december 2002 heeft, naar Nederlands voorbeeld, een buitgerichte procedure ingevoerd in de artikelen 524bis en 524ter Sw., waarbij de procedure van de verbeurdverklaring wordt afgesplitst van de procedure waarin uitspraak wordt gedaan over de schuld. Dit is een uitzondering op het principe van de éénheid van de rechtspraak volgens hetwelk een splitsing van de schuldvraag en de straftoemeting niet toegelaten is. Deze procedure kan enkel worden gestart op vordering van het Openbaar Ministerie, daar de strafrechter niet ambtshalve mag overgaan tot de ontnemingsprocedure, en kan zowel betrekking hebben op de voordeelsontneming uit artikel 42,

<sup>72</sup> Het betreft:

- a) Ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht, publieke en private omkoping, drugshandel, mensenhandel en toedienen van hormonen aan dieren
- b) Een reeks strafbare feiten gepleegd in het kader van een criminele organisatie : lidmaatschap van een criminele organisatie: jeugdbederf en prostitutie, zware diefstal, roofmoord, diefstal van kernmateriaal,...
- c) Meerdere strafbare feiten gepleegd in het kader van ernstige en georganiseerde fiscale fraude. Hiermee worden volgens de Memorie van Toelichting in de eerste plaats de BTW – carroussels geïndiceerd.

<sup>73</sup> Het begrip ‘identieke feiten’ zoals gedefinieerd in artikel 43quater §3 derde lid Sw. betreft:

- misdrijven
- die ofwel vallen onder dezelfde kwalificatie als het misdrijf waarvoor de beklaagde is veroordeeld, op voorwaarde dat de kwalificatie werd opgenomen in artikel 43quater §1 Sw.
- die ofwel vallen onder een aanvullende kwalificatie als het misdrijf waarvoor de beklaagde is veroordeeld op voorwaarde dat de kwalificatie opgenomen werd in dezelfde rubriek van § 1 a) van artikel 43quater Sw., de zogenaamde eerste categorie.

<sup>74</sup> Zie artikel 43quater §3 Sw.: de relevante periode is een periode van vijf jaar voorafgaand aan de in verdenkingstelling van de persoon, tot aan de datum van de uitspraak.

<sup>75</sup> Parl. St. Kamer, 2001-2002, 1601/001, 22 januari 2002, 44

<sup>76</sup> artikel 43quater §2 laatste zin Sw.

<sup>77</sup> C., VAN DEN WYNGAERT, o.c., 373; J., ROZIE, o.c., 383-412

3° Sw., als op de verruimde voordeelsontneming uit artikel 43quater Sw. Het Openbaar Ministerie richt zijn verzoek tot de vonnisrechter die uitspraak doet over de schuldvraag. Indien de vonnisrechter het verzoek inwilligt, leidt het tot een ontnemingsonderzoek waar het Openbaar Ministerie de drijvende kracht achter is. Wanneer het openbaar ministerie meent dat het bijzonder onderzoek naar de vermogensvoordelen is voltooid, wordt het onderzoek afgesloten door een vordering tot verbeurdverklaring aanhangig te maken bij dezelfde bovengenoemde vonnisrechter. De maximumduur van het bijzonder onderzoek naar vermogensvoordelen is wettelijk geregeld in artikel 524bis §7 Sv.. Hierin wordt bepaald dat de vordering tot verbeurdverklaring op straffe van verval voor het verstrijken van een termijn van twee jaar vanaf de dag waarop het bijzonder onderzoek naar vermogensvoordelen door de rechter werd gelast, moet worden ingesteld. Na bovengenoemde vordering ligt de bal weer in het kamp van de bevoegde strafrechter, die soeverein zal beslissen of de vordering tot verbeurdverklaring al dan niet wordt ingewilligd<sup>78</sup>.

Hoewel Nederland een voorbeeldfunctie vervulde t.a.v. het Belgische bijzonder onderzoek naar vermogensvoordelen, zijn er toch wezenlijke verschillen. Vooreerst is door de ‘Plukzwet’ de strafvervolgning als het ware in twee afzonderlijke procesgangen gesplitst, aangezien de ontnemingsmaatregel alleen nog maar bij een afzonderlijke beslissing kan worden opgelegd naar aanleiding van een afzonderlijke procedure.

De ontnemingsprocedure wordt ook hier ingeleid door de ontnemingsvordering van het Openbaar Ministerie en dit uiterlijk twee jaren na de uitspraak in eerste aanleg, op straffe van niet-ontvankelijkheid, zoals bepaald wordt in artikel 511 b lid 1 Sv.

Er moet bovendien gewezen worden op het onderscheid tussen de hierboven beschreven ontnemingsprocedure die in Nederland niet tot doel heeft de omvang van het wederrechtelijk verkregen vermogen te bepalen. Het Nederlandse strafrechtelijk financieel onderzoek<sup>79</sup> heeft dit wel tot doel en kan dus vergeleken worden met het Belgische bijzonder onderzoek naar vermogensvoordelen. Het is ingevoerd door de ‘Plukzwet’ in de artikelen 126-126f Sv. en strekt er dus toe om de omvang van de wederrechtelijk verkregen vermogensvoordelen te bepalen. Het onderzoek gaat de behandeling ter terechtzitting en in principe de ontnemingsprocedure vooraf, zodat het mogelijk is informatie uit te wisselen, daar ook het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek de terechtzitting voorafgaan. Ook hier is het Openbaar Ministerie de drijvende kracht achter het onderzoek. De officier van justitie moet een vordering instellen bij de rechter-commissaris, die indien hij de vordering inwilligt een machtiging verleent. Zodra de officier van justitie vindt dat het onderzoek voltooid

<sup>78</sup> Zie artikel 524ter §1 Sv.

<sup>79</sup> F.C.V. DE GROOT en J. SIMMELINK, ‘Strafrechtelijk financieel onderzoek’, in M.S. GROENHUIJSEN, J.L. VAN DER NEUT en J. SIMMELINK (ed.), *Ontneming van voordeel in het strafrecht. De nieuwe wetgeving in theorie en praktijk*, Deventer, Gouda Quint, 1997, 69-112



is of er geen grond bestaat om het voort te zetten, sluit hij het onderzoek af bij schriftelijk gedagtekende beschikking (artikel 126f lid 2 Sv.) Hij moet ook tot de sluiting van het onderzoek beslissen indien de strafrechter niet tot een veroordeling is gekomen (artikel 126f lid 2 Sv.) Ook hier heeft de wet een maximumduur van het onderzoek bepaald, met name uiterlijk twee jaar na de uitspraak in eerste aanleg kan het strafrechtelijk financieel onderzoek doorlopen.

### **3. MOETEN DE FISCALE MISDRIJVEN GEWEERD WORDEN UIT HET WERKINGSVELD VAN DE WET VAN 17 JULI 1990?**

#### 3.1. INLEIDING

De vraag die het voorwerp uitmaakt van dit hoofdstuk is of de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen van toepassing is op fiscale misdrijven. Hoewel oorspronkelijk de voordeelsontneming de winsten, voortkomende uit drugs-misdrijven, tot voorwerp had, heeft de wetgever de voordeelsontneming niet willen beperken tot specifieke misdrijven of tot bepaalde categorieën van misdrijven. De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen is van toepassing ongeacht of het een misdaad, wanbedrijf of overtreding betreft. Dit volgt uit de parlementaire voorbereiding<sup>80</sup> en uit de bewoordingen zelf van de artikelen 42, lid 3 en 43 Sw. Dit, in tegenstelling tot de klassieke verbeurdverklaring, daar deze in principe beperkt blijft tot misdaden en wanbedrijven. De Belgische wetgeving is op dit punt ook veel ruimer dan de wetgeving in sommige andere landen die de voordeelsontneming beperkt tot zeer ernstige hoofdmisdrijven of tot drugs-misdrijven<sup>81</sup>.

Hoewel het uitgangspunt van de wetgever zeer duidelijk was, waren er toch voorstanders van een restrictief toepassingsgebied van de voordeelsontneming.

Vooreerst kan men hier het advies van de Raad van State aanhalen bij het voorontwerp van de Wet van 17 juli 1990. Dit advies stelde dat “ *het meer fundamenteel de taak is van de Regering en van het Parlement om te beoordelen of de strekking van die bepaling niet dient te worden beperkt door te stellen dat de bijzondere verbeurdverklaring uitsluitend van toepassing zal zijn op de*

---

<sup>80</sup> Verslag namens de Commissie voor de Justitie bij het wetsontwerp tot wijziging van de artikelen 42, 43 en 505 van het Strafwetboek en tot invoeging van een artikel 43bis in hetzelfde wetboek, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 987/2, 3; Verslag namens de Commissie voor de Justitie bij het wetsontwerp tot wijziging van de artikelen 42, 43 en 505 van het Strafwetboek en tot invoeging van een artikel 43bis in hetzelfde wetboek, *Parl. St.* Senaat 1989-90, nr. 890-2, 12

<sup>81</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 368-369

*bij de wet bepaalde misdrijven, dit naar voorbeeld van wat in vele andere landen gebeurt*<sup>82</sup>.

Dit heeft als gevolg gehad dat er tijdens de bespreking van het ontwerp van de wet van 17 juli 1990 in de Senaatscommissie voor Justitie een aantal amendementen werden ingediend om het toepassingsgebied van de voordeelsontneming in te perken tot een overtreding van de wetgeving en de regelgeving betreffende het verhandelen van gifstoffen, slaapmiddelen en verdovende middelen, ontsmettingsstoffen en antiseptica, evenals op de secundaire en tertiaire vermogensvoordelen<sup>83</sup> of een beperking tot de vermogensvoordelen verkregen door misdaden. Ook werd na de inwerkingtreding van de Wet van 17 juli 1990 een wetsvoorstel ingediend door DE DONNEA, DE CROO en HATRY<sup>84</sup> dat ertoe strekte het woordje “*misdrijf*” in art. 42, 3° Sw. te vervangen door “*misdaad*”. Ook in de rechtsleer vinden we voorstanders van een restrictievere voordeelsontneming<sup>85</sup>. Zoals uit het hiernavolgende zal blijken is er een bepaalde strekking in de rechtsleer die fiscale delicten uit de werkingsfeer van de voordeelsontneming verbant<sup>86</sup>.

### 3.2. BELASTINGSONTDUIKING

Een bijzondere categorie van vermogensvoordelen betreft vermogensvoordelen die bestaan in een kostenbesparing. Dit type van vermogensvoordelen komt met name voor in de context van fiscale misdrijven, waar het vermogensvoordeel er vaak in zal bestaan dat de dader op wederrechtelijke wijze belastingen, rechten, of fiscale heffingen van welke aard dan ook, niet heeft betaald.<sup>87</sup> In de rechtsleer was er controverse ontstaan over de vraag of de verbeurdverklaring van toepassing is op het vermogensvoordeel uit een fiscaal misdrijf dat bestond in het voorkomen van het ontstaan of van de betaling van een belastingsschuld. Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 22 oktober 2003 deze

<sup>82</sup> Advies van de Raad van State bij het Voorontwerp van Wet tot wijziging van de artikelen 42, 43 en 505 van het Strafwetboek en tot invoeging van een artikel 43bis in hetzelfde wetboek, *Parl. St. Kamer* 1989-90, nr. 987/1, 11-12

<sup>83</sup> Verslag namens de Commissie voor de Justitie bij het wetsontwerp tot wijziging van de artikelen 42, 43 en 505 van het Strafwetboek en tot invoeging van een artikel 43bis in hetzelfde wetboek, *Parl. St. Senaat* 1989-90, nr. 890-2, 35-37

<sup>84</sup> Voorstel van Wet houdende bepalingen met betrekking tot de bestrijding van witwaspraktijken, *Parl. St. Senaat B.Z.* 1991-92, nr. 317-1

<sup>85</sup> Men kan hierbij aanhalen: A. VANDEPLAS, ‘De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen’, in *Liber Amicorum* M. CHATEL, Antwerpen, Kluwer, 1991, 384-406 en G. JAKHIAN, ‘L’infraction de blanchiment et la peine de confiscation en droit belge’, *R.D.P.* 1991, 787-788

<sup>86</sup> T. AFSCHRIFT en A. ROMBOUTS, ‘La loi sur le blanchiment est-elle applicable aux infractions fiscales?’, *J.T.* 1992, 609-617 ; T. AFSCHRIFT, ‘Blanchiment et fraude fiscale’, *J.D.F.*, 1997, 193-224 ; A., VAN ROOSBROECK, *Witwassen – Voorkoming en bestraffing van witwassen van geld en illegale vermogensvoordelen*, Antwerpen, ETL, 1995, 251-284; A., VAN ROOSBROECK, ‘Witwassen van fiscale vermogensvoordelen – enkele bedenkingen bij het gevaar voor dubbele bestraffing’, *T.F.R.* 2000, 1059-1071

<sup>87</sup> G. STESENS, « Nogmaals over de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen uit een misdrijf en aanverwante aspecten, zoals de strafbaarstelling van witwassen », *R.W.* 1999-2000, 1073-1086

controverse in de rechtsleer in bevestigende zin beslecht. Ik geef hierbij als volgt het standpunt van de wetgever, de discussie in de rechtsleer en ten slotte het standpunt van de rechtspraak weer.

### 3.2.1. Standpunt van de wetgever

De wetgever heeft het toepassingsgebied van de wet van 17 juli 1990 die de verbeurdverklaring van criminele verworven vermogensvoordelen heeft ingevoerd, niet willen beperken tot bepaalde misdrijven. Wegens het algemeen karakter van de artikelen 42, 3<sup>de</sup> lid en 43bis Sw. kan de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen in beginsel worden toegepast zowel op misdaden, wanbedrijven als overtredingen, ongeacht of ze in het Strafwetboek of in de bijzondere wetgeving zijn opgenomen<sup>88</sup>.

Dat fiscale delicten geenszins uit het toepassingsgebied van de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen (art. 42, 3<sup>o</sup> Sw.) geweerd zijn, kon men menigmaal afleiden uit de parlementaire behandeling van de wet van 17 juli 1990. Zo antwoordde de minister van Justitie bevestigend op de vraag of onder het begrip 'misdrijf' criminele activiteiten en inbreuken op sociale, economische én *fiscale* wetgeving moest verstaan worden.<sup>89</sup>

Dat de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen toepasselijk is op fiscale misdrijven blijkt bovendien uit de bevestigende repliek van de Minister van Justitie op de vraag of de in het buitenland herbelegde vermogensvoordelen die door B.T.W.-fraude zijn verkregen, verbeurdverklaard kunnen worden.<sup>90</sup>

Uit de verwerping van het amendement van de Senaat die het toepassingsgebied van de verbeurdverklaring wilde beperken tot drugsdelicten, kan men een argument pro afleiden.<sup>91</sup> Ook de wetgeving ontstaan na de Wet van 17 juli 1990 leveren argumenten op voor de toepassing van de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen op fiscale misdrijven.

Vooreerst kan men hier wijzen op het gegeven dat de Wet van 20 mei 1997 betreffende de internationale samenwerking inzake de tenuitvoerlegging van in-

<sup>88</sup>M., ROZIE, 'Fiscale fraude in relatie tot verbeurdverklaring', in *Beslag en verbeurdverklaring van criminele voordelen*, Antwerpen, Maklu, 2004, 215

<sup>89</sup>Verslag namens de Commissie voor de Justitie bij het ontwerp van wet tot wijziging van de artikelen 42, 43 en 505 van het Strafwetboek en tot invoeging van een artikel 43bis in hetzelfde wetboek, *Parl. St.*, Senaat, 1989-90, nr. 890-2, 25

<sup>90</sup>Verslag namens de Commissie voor de Justitie bij het ontwerp van wet tot wijziging van de artikelen 42, 43 en 505 van het Strafwetboek en tot invoeging van een artikel 43bis in hetzelfde wetboek, *Parl. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 987/4, 6

<sup>91</sup>*Gedr. St. Senaat*, 1989-90, nr. 890/2, 35 en 36

beslagnemingen en verbeurdverklaringen<sup>92</sup> geen voorbehoud maakt inzake fiscale misdrijven.<sup>93</sup>

Art. 43quater §1, lid c Sw. handelt over de verdeling van de bewijslast betreffende de herkomst van criminele vermogensvoordelen indien er sprake is van feiten die werden gepleegd in het kader van ernstige en georganiseerde *fiscale fraude* waarbij bijzonder ingewikkelde mechanismen of procédés van internationale omvang werden aangewend.

Tenslotte werd art. 35 Sv. ingevoerd teneinde het beslag op de vermogensvoordelen die het gevolg zijn van een besparing wegens fiscale fraude mogelijk te maken, zodat deze verbeurdverklaard kunnen worden.<sup>94</sup>

Ondanks de reeds aangehaalde wetsgeschiedenis en een duidelijke andersluidende meerderheid in de rechtsleer en de rechtspraak, blijft het onbegrijpelijk waarom de voorbereidende werkzaamheden bij de Wet van 19 december 2002 initieel een ander standpunt hebben ingenomen. Ze steunden hierbij slechts op één doctrineartikel<sup>95</sup> waarvan de auteur daarenboven aanhanger was van de minderheidsstrekking in de rechtsleer<sup>96</sup>. Het Advies van de Raad van State bevatte de volgende overweging: “*Volgens de verklaringen van de gemachtigden van de minister klopt het dat het louter ontwijken van een belastingschuld niet kan worden beschouwd als een vermogensvoordeel als bedoeld in artikel 42,3° Sw. . Waar in het ontworpen artikel 43quater Sw. evenwel sprake is van ernstige fiscale fraude, worden enkel de praktijken bedoeld, die erop gericht zijn de onterechte terugbetaling van belastingen mogelijk te maken, zoals de ‘BTW-carroussels’*”<sup>97</sup> De minister van Justitie zelf heeft zich evenwel niet aangesloten bij het standpunt van de Raad van State<sup>98</sup>.

### 3.2.2. Standpunt van de rechtsleer

Deze vraag is lange tijd voorwerp van discussie geweest in de rechtsleer.

---

<sup>92</sup> B.S. 3 juli 1997

<sup>93</sup> Zie in dezelfde zin: G. Stessens, ‘Over de beperkte roeping van de witwaswetgeving’, *A.F.T.*, 1999, 322

<sup>94</sup> *Gedr. St.*, Kamer, 2001-2002, nr. 50/1601/001, 31; J. SPEECKE, ‘Het Hof van Cassatie spreekt zich uit over het principe van verbeurdverklaarbare vermogensvoordelen in geval van fiscale fraude en de cumul met de supplementaire aanslag’, *T.F.R.*, 2004, 139-144

<sup>95</sup> Er wordt verwezen naar T. AFSCHRIFT, ‘Blanchiment et fraude fiscale’, *J.D.F.* 1997, 193-224

<sup>96</sup> J., ROZIE, *o.c.*, 164-165

<sup>97</sup> Advies van de Raad van State bij het wetsontwerp tot uitbreiding van de mogelijkheden tot inbeslagneming en verbeurdverklaring in strafzaken, *Parl. St.* kamer 2001-2002, nr. 1601, 76

<sup>98</sup> Verslag namens de Commissie voor de Justitie bij het Wetsontwerp tot uitbreiding van de mogelijkheden tot inbeslagneming en verbeurdverklaring in strafzaken, *Parl. St.* Kamer 2001-2002, nr. 1601/6, 10

Een meerderheid van de rechtsleer sluit zich aan de bij de stelling dat de verbeurdverklaring van toepassing is op fiscale misdrijven, daar artikel 42, derde lid Sw. een algemeen karakter heeft.<sup>99</sup>

Verscheidene auteurs die een minderheid vormen in de rechtsleer en overwegend fiscaal geïnspireerd zijn, hebben evenwel deze interpretatie betwist. Ze verdedigen de stelling dat het niet – betalen van een belasting niet kan worden beschouwd als een vermogensvoordeel. Ter staving van deze stelling halen deze auteurs<sup>100</sup> verschillende redenen aan die ik hieronder weergeef. Deze redenen zijn door de belangrijke conclusies van advocaat-generaal SPREUTELS bij het cassatiearrest van 22 oktober 2003 grotendeels weerlegd<sup>101</sup>.

De voornaamste reden die werd geponeerd door o.m. AFSCHRIFT en ROMBOUTS, is dat de voordeelsontneming, op enkele uitzonderingen na, onmogelijk kan toegepast worden op fiscale misdrijven. Ze stellen dat in de fiscale sfeer vermogensvoordelen slechts kunnen ontstaan wanneer activiteiten worden uitgeoefend ondanks een rechterlijk verbod of wanneer het niet of het onvolledig aangeven van inkomsten of verrichtingen de recuperatie tot gevolg heeft van voorafgaande stortingen aan de fiscus<sup>102</sup>. Zij en andere auteurs die hun hierin gevolgd zijn<sup>103</sup>, stellen dat de belastingsbesparing geen vermogensvoordeel oplevert, aangezien deze slechts “de voorwerpen of goederen zijn vatbaar voor een eigendomstitel”. In deze optiek kan het niet-betalen van een belastingschuld inderdaad geen vermogensvoordeel opleveren, daar de belastingplichtige er geen goederen of voorwerpen door verwerft.

SPREUTELS stelt in zijn conclusies bij het arrest van het Hof van Cassatie van 22 december 2003 dat de basis van deze redenering onjuist is, daar deze

<sup>99</sup> Zie o.m. H. BERKMOES, R. VANDAELE en B. DE BIE, *Misdaad loont niet (meer?) – De bijzondere verbeurdverklaring van vermogensvoordelen en de bestrijding van het witwassen in België*, Brussel, Politeia, 1994, 34; L. CORNELIS en R. VERSTRAETEN, ‘Mag er nog wit worden gewassen?’, *T.B.H.* 1992, 181; A. DE NAUW, ‘De verschillende luiken van het wettelijk systeem tot bestraffing en tot voorkoming van het witwassen van gelden en de fiscale fraude’, in M; ROZIE (ed.), *Fiscaal strafrecht en strafprocesrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 226-228; F. DERUYCK, *Over witwassen en voordeelsontneming – Preadvies voor de vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland*, 1996, 60. zie voor meer verwijzingen voetnoot 532 in J., ROZIE, o.c., 156

<sup>100</sup> T. AFSCHRIFT en A. ROMBOUTS, ‘La loi sur le blanchiment est-elle applicable aux infractions fiscales?’, *J.T.* 1992, 609-616; T. AFSCHRIFT, ‘Blanchiment et fraude fiscale’, *J.D.F.*, 1997, 186 en T. AFSCHRIFT en V.A. DE BRAUWERE, *Manuel de droit pénal financier*, BRUSSEL, 2001, 331 TOT 340; L. HUYBRECHTS, ‘De fiscalist tussen cliënt en wet’, in *Fundamentele rechten van de belastingplichtige*. Capita Selecta., Diegem, Ced. Samsom, 1991, 51; L. HUYBRECHTS, ‘Fiscaal Strafrecht’, *A.P.R.* 2002, Story – Scientia, nr. 151, 78

<sup>101</sup> Conclusie advocaat-generaal J. SPREUTELS bij Cass. 22 oktober 2003, P.03.0084F.

<sup>102</sup> <sup>102</sup>M., ROZIE, ‘Fiscale fraude in relatie tot verbeurdverklaring’, in *Beslag en verbeurdverklaring van criminele voordelen*, Antwerpen, Maklu, 2004, 218

<sup>103</sup> A. VAN ROOSBROECK, *Witwassen – Voorkoming en bestraffing van witwassen van geld en illegale vermogensvoordelen*, Antwerpen, ETL, 1995, 259 e.v.; M., MORIS, ‘Le blanchiment d’argent provenant d’infractions fiscales’, in M. VINCINEAU en E. DAVID (ed.), *Les paradis fiscaux et l’évasion fiscale*, Brussel, Bruylant, 2001, 270 e.v.

auteurs uitgaan van een te eng voordeelsbegrip. De notie vermogensvoordeel in de zin van artikel 42, lid 3 Sw. is ruimer dan een goed en heeft betrekking op elk economisch voordeel, zoals blijkt uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 17 juli 1990<sup>104</sup> en de bewoordingen van de wet zelf.

Een tweede argument dat ze aanhalen ter ondersteuning van hun stelling, hangt samen met het bovenstaande argument. Uit de samenlezing van de artikelen 42, 3° Sw. en 43bis Sw. blijkt volgens hen dat de bijzondere verbeurdverklaring veronderstelt dat de veroordeelde uit het misdrijf een goed heeft verkregen dat, zelfs maar op één bepaald ogenblik, moet kunnen worden geïdentificeerd in zijn vermogen, wegens de door de wetgever gebruikte bewoordingen “zaak” en “zich bevinden”. Dit, om de reden dat indien het vermogensvoordeel niet identificeerbaar of herkenbaar is in het vermogen van de fraudeur, er geen objectconfiscatie<sup>105</sup> kan plaatsvinden of zelfs helemaal geen verbeurdverklaring<sup>106</sup>.

SPREUTELS stelt dat men niet kan aanvoeren dat het vermogensvoordeel niet identificeerbaar is, daar het door de strafrechter kan worden geraamd indien het niet in het vermogen van de veroordeelde is terug te vinden zoals artikel 43bis, 2<sup>de</sup> lid Sw. bepaalt. Ook stelt hij dat men, door de identificeerbaarheidsvereiste te stellen, een voorwaarde aan de wet toevoegt<sup>107</sup>.

Een derde argument haalt men uit de zinsnede in art. 43bis, 2<sup>de</sup> lid Sw. dat bepaalt dat de waardeconfiscatie enkel toegestaan is “indien de zaken niet kunnen worden teruggevonden in het vermogen van de veroordeelde.” Men leidde hieruit af dat de waardeconfiscatie enkel kan worden toegepast indien de vermogensvoordelen eigendom zijn van de veroordeelde.

Dit argument kan niet aangenomen worden, daar voor de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen, zoals bepaald in artikel 42, 3° Sw., de eigendomsvereiste niet wordt gesteld<sup>108</sup>. SPREUTELS stelt dan ook dat de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen luidens artikel 43bis Sw. in elk geval door de rechter kan worden uitgesproken, onverminderd de rechten die de derden krachtens hun rechtmatig bezit op die zaken kunnen doen gelden. De wet vereist dus niet dat de vermogensvoordelen geïdentificeerd moeten worden in het vermogen van de veroordeelde, wat evenmin het geval is met de bedragen die in het vermogen met andere bedragen vermengd zijn. Het Hof van Cassatie heeft immers al lang beslist dat, wanneer een verbeurdverklaring betrekking

<sup>104</sup> Zie *infra* standpunt van de wetgever

<sup>105</sup> B. COOPMAN, ‘Zwart, wit en grijze haren – het witwasmisdrijf in de fiscale periferie’, *A.F.T.* 1998, 249-256; G. STESENS, ‘Over de beperkte fiscale roeping van de witwaswetgeving’, *A.F.T.* 1999, 321 e.v.

<sup>106</sup> A. VAN ROOSBROECK, ‘Witwassen van fiscale vermogensvoordelen – enkele bedenkingen bij het gevaar voor dubbele bestraffing’, *T.F.R.* 2000, 1063

<sup>107</sup> Zie ook R. RAVYSE, ‘De verbeurdverklaring bij fiscale misdrijven en het witwassen van ‘fiscale vermogensvoordelen’’, *A.F.T.* 2004, Afl. 5, 29-57

<sup>108</sup> Zie *infra* titel moet nog gemaakt worden

heeft op dergelijke bedragen die niet kunnen worden geïndividualiseerd, de verbeurdverklaring kan worden uitgevoerd op gelijk welk bedrag uit het vermogen van de veroordeelde. Volgens de Memorie van Toelichting omtrent art. 43bis Sw. kan men de waardenconfiscatie beschouwen “*als een aanvullende voorziening om de gevallen op te lossen waarin geweten is dat een bepaalde persoon een misdrijf heeft gepleegd waaruit hij vermogensvoordelen heeft verkregen, zonder dat evenwel kan worden bepaald wat er van die voordelen geworden is*”<sup>109</sup>. De toelichting maakt duidelijk dat de wetgever de identificeerbaarheid van het vermogensvoordeel in het vermogen van de veroordeelde irrelevant acht<sup>110</sup>.

Een vierde argument dat sommigen opwerpen is de schending van het ‘*non bis in idem*’-beginsel’ omdat de Staat door de toepassing van de bijzondere verbeurdverklaring op vermogensvoordelen, het bedrag overeenstemmend met de ontdoken belasting, tweemaal ten laste van de belastingplichtige kan recupereren. Eenmaal in het kader van de bijzondere verbeurdverklaring en een tweede maal doordat de fiscus de ontdoken belasting ondanks de verbeurdverklaring toch kan inkohieren.

SPREUTELS stelt hier dat het wellicht meer om kritiek om opportuniteitsredenen of praktische redenen gaat, dan om een juridisch argument, daar de verbeurdverklaring immers een penale sanctie is. Dit in tegenstelling tot de inning van belastingen wat een administratieve sanctie uitmaakt. Het ‘*non bis in idem*’-beginsel’ is hier dus niet van toepassing.

### 3.2.3. Standpunt van de rechtspraak

Vrij vlug heeft de rechtspraak aanvaard dat fiscale misdrijven vermogensvoordelen kunnen opleveren die vatbaar zijn voor verbeurdverklaring. Zowel het Hof van Beroep als de Correctionele rechtbank te Gent<sup>111</sup> hebben de vermogensvoordelen verbeurdverklaard die de beklaagde had verkregen door de niet-betaling van milieuheffingen ten bate van O.V.A.M. Het Hof van Beroep van Antwerpen heeft geoordeeld dat de verbeurdverklaring van de crimineel verworven vermogensvoordelen een algemeen karakter heeft en geen fiscale misdrijven uitsluit.<sup>112</sup>

Het Hof van Cassatie heeft pas in zijn arrest van 22 oktober 2003 duidelijk stelling ingenomen.<sup>113</sup> Belangrijk bij dit arrest zijn de uitgebreide conclusies van advocaat-generaal SPREUTELS<sup>114</sup> waar reeds naar verwezen is.

<sup>109</sup> Parl. St. Kamer 1989-90, nr. 987/1, 5

<sup>110</sup> R. RAVYSE, “De verbeurdverklaring bij fiscale misdrijven en het witwassen van ‘fiscale vermogensvoordelen’”, *A.F.T.* 2004, Afl. 5, 29-57

<sup>111</sup> Corr. Gent, 17 juni 1993, *T.M.R.*, 1994, 281 en Corr. Gent, 9 februari 1999, *T.M.R.*, 2000, 242

<sup>112</sup> Antwerpen, 2 oktober 2002, *Limb. Rechtsbl.*, 2003, 118 en Antwerpen, 10 oktober 2002,

<http://www.confiscaid.be>

<sup>113</sup> Cass. 22 oktober 2003, P03.0084F

De hiernavolgende feiten gaven aanleiding tot dit cassatiearrest. In eerste aanleg was ten aanzien van twee beklaagden een man en diens dochter, die jarenlang handelsactiviteiten hadden uitgeoefend zonder inschrijving in het handelsregister en zonder aangifte te doen van de inkomsten die hieruit voortvloeiden, de verbeurdverklaring uitgesproken van de vermogensvoordelen uit deze illegale activiteiten, zijnde een zelfde bedrag als de belasting die in het kohier werd opgenomen. In het arrest van het Hof van Beroep te Bergen sloeg de verbeurdverklaring van de vermogensvoordelen op de met beslag bezwaarde sommen op de bankrekening van beklaagden alsook op een aantal andere in beslag genomen goederen (zijnde diamanten, edelstenen, juwelen en waardepapieren) waarvan de waarde overeenstemde met de belastingen die van ambtswege door de fiscus werden ingekohierd.<sup>115</sup>

Beide veroordeelden trokken hierop naar het Hof van Cassatie, waar zij onder meer de wettelijke mogelijkheid om voormelde vermogensvoordelen verbeurd te verklaren betwisten. De eisers in cassatie hadden zich duidelijk geïnspireerd op de argumenten die de minderheidsstrekking in de rechtsleer aanhaalde ter verdediging van de stelling dat een belastingbesparing geen vermogensvoordeel uitmaakt. Ze steunden hun cassatieberoep dan ook op de twee hiernavolgende argumenten.

Vooreerst argumenteerden zij dat ze geen vermogensvoordeel in de zin van art. 42, 3° Sw. hadden verworven, en dit omdat er op geen enkel ogenblik identificeerbare goederen aan hun vermogen werden toegevoegd, die als een voordeel konden worden beschouwd dat rechtstreeks uit het gepleegde misdrijf (zijnde het nalaten om een belastingaangifte te doen) voortvloeit. Volgens de betrokkenen zou het enige resultaat van het gepleegde misdrijf er in bestaan dat ze een belastingschuld hebben getracht te ontduiken. Dit sluit aan bij de vereiste van de identificeerbaarheid van het vermogensvoordeel dat gesteld wordt door een minderheid in de rechtsleer.

In tweede instantie merkten de veroordeelden op dat de fiscus de verschuldigde bedragen *in casu* van ambtswege volledig had ingekohierd, zodat, los van de vraag of de belastingbesparing al dan niet een vermogensvoordeel uitmaakt, er zelfs geen belastingbesparing werd gerealiseerd.<sup>116</sup> Dit argument sluit aan bij de schending van het '*non bis in idem*-beginsel' dat de minderheidsstrekking in de rechtsleer aanhaalde, daar ze van de onterechte stelling uitgingen dat ook de verbeurdverklaring van administratieve aard is, zodat er tweemaal een administratieve sanctie ten laste van de belastingplichtige werd ingekohierd.

---

<sup>114</sup> Zie *T. Strafr.* 2004, 167-177

<sup>115</sup> M. ROZIE, *o.c.*, 215-222

<sup>116</sup> P. WAETERINCKX en S. DE MEULENAER, 'Belastingbesparing is een vermogensvoordeel dat kan worden verbeurdverklaard', *Juristenkrant*, 2003, nr. 78, 5



Deze argumenten vonden bij het Hof van Cassatie echter geen gehoor, daar het Hof overwoog dat ‘de strafrechter kan oordelen dat een belastingsontduiking een vermogensvoordeel is dat rechtstreeks uit een misdrijf voortvloeit’. Het bepalen van het vermogensvoordeel behaald uit het misdrijf, is een feitelijke beoordeling van de rechter, bij toepassing van de artikelen 42, 3° Sw. en 43bis Sw. Het Hof van Cassatie oordeelt dat de rechter mag aannemen dat belastingontwijking een dergelijk vermogensvoordeel uitmaakt.

In antwoord op het tweede argument van de veroordeelden heeft het Hof hier nog aan toegevoegd ‘dat dit voordeel niet verdwijnt door het enkele feit van de inkohiering’.

Het Hof van Cassatie heeft zich, met dit weliswaar bondige antwoord, aangesloten bij de meerderheidsstrekking in de rechtsleer. Naar mijn mening is de uitspraak van het Hof van Cassatie terecht omdat de argumenten die de minderheidsstrekking aanhaalden mij eerder bij de haren getrokken leken.

### 3.3. BTW – CARROUSEL

In het geval van onterecht ontvangen bedragen die worden teruggestort door de Belgische schatkist of door andere derden, waren de rechtspraak en rechtsleer al vrij snel van oordeel dat er wel sprake was van vermogensvoordelen<sup>117</sup>. De mogelijkheid van verbeurdverklaring van vermogensvoordelen voortvloeiend uit BTW-fraude werd eveneens bevestigd.<sup>118</sup> Dit heeft volgens RAVYSE onder meer te maken met de misvatting dat het voordeel in een BTW-carrousel (louter) bestaat uit onrechtmatig gecreëerde tegoeden<sup>119</sup>.

Ook de voorbereidende werken bij de Wet van 19 december 2002 leveren een argument op betreffende de toepasbaarheid van de voordeelsontneming op vermogensvoordelen verkregen uit de oprichting van BTW-carrousel. Het reeds aangehaalde Advies van de Raad van State bepaalt zeer duidelijk: *“Waar in het ontworpen artikel 43quater Sw. evenwel sprake is van ernstige fiscale fraude, worden enkel de praktijken bedoeld, die erop gericht zijn de onterechte terugbetaling van belastingen mogelijk te maken, zoals de ‘BTW-carrousel’”*<sup>120</sup>.

<sup>117</sup> M. FAURE, « De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen bij milieudelicten », (noot onder Corr. Gent 10 mei 1994), *T.M.R.* 1994, 267-271 en “Recente ontwikkelingen in de rechtspraak inzake de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen bij milieudelicten”, *T.M.R.* 1997, 250-262.

<sup>118</sup> L. HUYBRECHTS, “Fiscaal strafrecht”, *A.P.R.* 2002, 77-78; T. AFSCRIFT en A. ROMBOUITS, “La loi sur le blanchiment est-elle applicable aux infractions fiscales?”, *J.T.* 1992, 609-616, J. ROZIE, *Voordeelsontneming*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 155

<sup>119</sup> S., RAVYSE, *o.c.*, 33

<sup>120</sup> Advies van de Raad van State bij het wetsontwerp tot uitbreiding van de mogelijkheden tot inbeslagneming en verbeurdverklaring in strafzaken, *Parl. St.* kamer 2001-2002, nr. 1601, 76

In de rechtsleer kan men MORIS<sup>121</sup> aanhalen. Deze stelt dat hoewel de voordeelsontneming niet van toepassing is op de vermogensvoordelen die bestaan in een belastingbesparing, de voordeelsontneming wel van toepassing is bij BTW-carrousels die het mogelijk maken onterecht de terugstorting van belasting te verkrijgen.

#### 4. BESLUIT

Met betrekking tot het inleidend hoofdstuk kan men besluiten dat de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen in België slechts betrekking heeft op een bepaald deel van de goederen, niet op de algemeenheid van goederen. Men spreekt dan ook van een bijzondere verbeurdverklaring. Dit wordt door sommigen in twijfel getrokken daar het soms moeilijk is een onderscheid te maken tussen de situatie waarbij de rechter de verbeurdverklaring uitspreekt over het geheel van de goederen van de veroordeelde of slechts over een deel.

Een belangrijk feit is dat in Nederland de voordeelsontneming en verbeurdverklaring twee van elkaar te onderscheiden rechtsfiguren zijn in tegenstelling tot België. Mijns inziens lijkt het overbodig dat men om dezelfde finaliteit te bereiken, namelijk de voordeelsontneming, men in Nederland twee verschillende rechtsfiguren heeft gecreëerd.

In het tweede hoofdstuk werd het juridisch regime van de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen of kortweg de voordeelsontneming besproken. Daar werd de drieledige structuur van het voorwerp van de voordeelsontneming zoals bepaald in artikel 42, 3° Sw. uiteengezet. Deze drieledige structuur staat in schril contrast met het Nederlandse voordeelsbegrip waar men deze drieledige structuur niet kent maar één rechtsterm hanteert, met name *“het wederrechtelijk verkregen voordeel”*.

De voordeelsontneming is een facultatieve bijkomende straf die door de strafrechter slechts kan worden opgelegd na een schriftelijke vordering van het openbaar ministerie zoals dit ook reeds langer het geval is in Nederland.

De derde wordt in de procedure op twee momenten beschermd. Enerzijds heeft de wetgever bij de uitvoering van de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen in artikel 43bis Sw. de verbeurdverklaring met toewijzing aan de burgerlijke partij gecreëerd. Anderzijds worden de rechten van de derde bij de tenuitvoerlegging van de voordeelsontneming beschermd door het. K.B. van 9 augustus 1991 tot vaststelling van de termijn waarbinnen en de wijze waarop een

---

<sup>121</sup> M., MORIS, ‘Le blanchiment d’argent provenant d’infractions fiscales’, in M. VINCINEAU en E. DAVID (ed.), *Les paradis fiscaux et l’évasion fiscale*, Brussel, Bruylant, 2001, 270 e.v.

rechtsmiddel kan worden aangewend door derden die beweren recht te hebben op een verbeurdverklarde zaak.

De waardeconfiscatie naar Belgisch recht is slechts gecreëerd als een aanvullende voorziening, met name indien de objectconfiscatie niet mogelijk is. Dit in tegenstelling tot het Nederlandse recht waar de ontnemingmaatregel steeds een waardeconfiscatie uitmaakt.

De vraag wie de bewijslast moet dragen m.b.t. de herkomst van de illegale vermogensvoordelen wordt bij de voordeelsontneming volgens de klassieke regels opgelost, met name "*Actori incumbit probatio*". De bewijslast rust dus op het Openbaar Ministerie en in voorkomend geval op de burgerlijke partij. Voor de verruimde voordeelsontneming (art. 43quater Sw.) heeft men de bewijslast verdeeld tussen het Openbaar Ministerie en de beklaagde.

De wet van 19 december 2002 heeft het bijzonder onderzoek naar vermogensvoordelen ingevoerd. Dit houdt in dat – naar Nederlands voorbeeld – een afgesplitste procedure wordt gehouden m.b.t. de verbeurdverklaring.

In een derde en laatste hoofdstuk werd de vraag of fiscale misdrijven onder het toepassingsgebied vallen van de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen behandeld. Met andere woorden of vermogensvoordelen uit fiscale misdrijven vatbaar zijn voor verbeurdverklaring? De wetgeving was hier een overwegend positief antwoord toegedaan. Alhoewel het vermogensvoordeel dat door een belastingsontduiking was gegenereerd, voorwerp was van discussie in de rechtsleer, was een meerderheid dezelfde mening toegedaan. Het Hof van Cassatie besliste in zijn arrest van 22 oktober 2003 - naar mijn mening zeer terecht en in de lijn van wat de meerderheid van de rechtsleer beweerde - dat de voordeelsontneming inderdaad van toepassing is op een belastingbesparing.