

#596: Afpakken: een ervaring rijker, een illusie armer

Ook het nieuwe kabinet zet volop in op 'afpakken'. Dat kan via verbeurdverklaring of ontneming. Hoewel de verdachte dezelfde gevolgen ervaart, zijn de fiscale gevolgen verschillend. Dat bevestigt de Belastingdienst in een recent kennisgroepstandpunt. Daar kun je ook anders over denken.

Verbeurdverklaring en ontneming: same but different

Wij schreven al in #492 over het juridische verschil tussen afpakken via verbeurdverklaring (artikel 33 Sr) en ontneming (artikel 36e Sr). Verbeurdverklaring betreft een bijkomende straf die de strafrechter kan opleggen bij een veroordeling. Verbeurdverklaring heeft dus een punitief karakter. Daarnaast kan de strafrechter na een veroordeling en op vordering van de officier van justitie besluiten tot de maatregel van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. Deze maatregel is gericht op rechtsherstel.

Er zijn ook overeenkomsten tussen afpakken via verbeurdverklaring en ontneming. In 2011 heeft de wetgever de verbeurdverklaring uitgebreid. Sindsdien kunnen zowel de verbeurdverklaring als de ontneming betrekking hebben op zogenaamd 'vervolgprofijt'. Hiertoe behoren volgens het OM 'de uit vermogensvermeerdering als gevolg van strafbare feiten verkregen vruchten'. Het kan bijvoorbeeld gaan om contant geld, bankrekeningen of cryptovaluta. Daarnaast heeft afpakken steeds hetzelfde effect. Beide leidt tot afpakken. Bij verbeurdverklaring gaat het eigendom van het verbeurdverklaarde voorwerp over op de Staat. [1] Bij de ontnemingsmaatregel ontstaat een betalingsverplichting tegenover de Staat.

Methode afpakken bepaalt fiscale gevolgen

Afpakken leidt dus tot een verlies. Dat is doorgaans fiscaal aftrekbaar, maar de wetgever heeft dat beperkt voor lasten die verband houden met misdrijven waarvoor de belastingplichtige is veroordeeld. Dat volgt uit artikel 3.14, eerste lid, aanhef en onderdeel d, IB. Via deze band wordt beperkt dat de belastingplichtige verbeurdverklaarde gelden als verlies in aanmerking neemt, althans voor zover zij als straf kunnen worden aangemerkt. Ontnomen geldbedragen zijn daarentegen wel aftrekbaar, want de wetgever heeft deze categorie expliciet uitgesloten van voornoemde aftrekbeperking. De wetgever heeft hier bewust voor gekozen omdat fiscale correctie na afpakken via ontneming niet meer nodig werd geacht.

Als gevolg hiervan ontstaat een verschil in fiscale behandeling wanneer de inspecteur na afpakken overgaat tot correcties en (vaak niet eerder aangegeven) financiële middelen. De veroordeelde kan een ontnomen bedrag immers als verlies verrekenen. In geval van verbeurdverklaring is dat wettelijk gezien niet mogelijk.

De ervaring telt wel!

Wij zien in de praktijk dat de verbeurdverklaring ook wel wordt ingezet als ontnemingsinstrument. Dat is logisch, want beide methode van afpakken kunnen zien op vervolgprijft. Bovendien kan afpakken via ontneming alleen na een aparte procedure. Afpakken via verbeurdverklaring is daarmee laagdrempeliger.

Dat ziet de inspecteur kennelijk ook in zijn dagelijkse praktijk. Want uit het in de inleiding aangehaalde kennisgroepstandpunt gaat de Belastingdienst in op de vraag wat het fiscaalrechtelijke gevolg is van een onherroepelijke verbeurdverklaring, indien de verbeurdverklaring wordt *ervaren* als een ontnemingsmaatregel. Mag de inspecteur dan de verbeurdverklaring fiscaal herkwalficeren, zodat die alsnog

onder de uitsluiting van de aftrekbeperking komt te vallen? Nee, zo luidt het korte antwoord. Want anders zou de inspecteur op de stoel van de strafrechter gaan zitten en dat is niet de bedoeling. Dat baseert de Belastingdienst op wetsgeschiedenis uit de jaren negentig.

Met dat uitgangspunt is de belastingplichtige snel een illusie armer. Verbeurdverklaring en ontneming hebben ieder hun eigen juridische basis, maar de overeenkomsten van deze methoden van afpakken zijn inmiddels vele male groter. Zeker gelet op het feit dat beide sinds 2011 betrekking kunnen hebben op vervolgprijft. Het gaat ons daarom te kort door de bocht dat de inspecteur de aftrek van verbeurdverklaarde voorwerpen op voorhand weigert, enkel op basis van het juridische etiketje. Wat ons betreft is dus zeker relevant hoe de belastingplichtige afpakken ervaart, en daar zal de inspecteur ook onderzoek naar moeten doen. Dat houdt wat ons betreft niet in dat de inspecteur op de stoel van de strafrechter gaat zitten. In dit verband wijzen wij ook op artikel 3:2 Awb, waaruit volgt dat de inspecteur bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis vergaart omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen. Kortom, wat ons betreft is het laatste woord hier nog niet over gezegd.

Heb je vragen of wil je van gedachten wisselen met ons? Neem dan contact met ons op via vaklunch@hertoghsadvocaten.nl.

[1] Bijl. Handelingen Tweede Kamer 1957/58A nr. 4034 en Handelingen Tweede Kamer 1957/58 p. 2316 en 2320.