



YOUR CONCERN IS OUR PRIORITY

2/06/2023

Een kritische reflectie over de waardering van vermogensvoordelen in strafzaken

Patrick Waeterinckx

Advocaat balies Antwerpen en Gent – Waeterinckx Advocaten Ondernemingsstrafrecht

Praktijklector strafprocesrecht VUB

Docent OVB – Beroepsopleiding Cassatie in Strafzaken

Geregistreerd Fraude Auditor

Agenda

- Verbeurdverklaring van vermogensvoordelen in het Sw.
 - Schets juridisch kader
 - Principes
- Onredelijke vorderingen – redelijke bestraffingen?
 - Uitgangspunt wetgever
 - Vaststelling(en) praktijk
- Begrotingsproblemen
 - Probleem 1 – Bruto-netto
 - Probleem 2 – Toepassing (gefundeerde) *ex-aequo-et-bono*-begroting
 - Probleem 3 – Basismisdrijf van het witwassen
 - Probleem 4
 - (a) aandacht voor rechten burgerlijke partij bij gemeenrechtelijke voordeelsontneming
 - (b) aandacht voor gevestigde zakelijke rechten

Verbeurdverklaring van vermogensvoordelen in het Sw.

- Schets juridisch kader:
 - Wettelijke grondslag toepassing verbeurdverklaring op:
 - Natuurlijke personen: art. 7 Sw.
 - Rechtspersonen: art. 7bis Sw.
 - Algemene regeling in het strafwetboek:
 - Art. 42, 3° Sw.: primaire vv, 'subrogaten' en inkomsten uit belegde vv → facultatief
 - Art. 43bis Sw.:
 - Vereiste van voorafgaande 'schriftelijke' vordering (lid 1)
 - Waardeconfiscatie (lid 2)
 - Herstel burgerlijke partij (lid 3): teruggave en toewijzing
 - Regeling rechten van derden (lid 4) → KB 9 augustus 1991 → derde = iedere persoon die *geen* BP of veroordeelde (er staat niet beklagde!) is én aanspraken op de goederen kan doen gelden
 - Modaliteiten onroerende goederen (lid 5, 6 en 7)
 - Matigingsbevoegdheid rechter om onredelijke bestraffing te vermijden (lid 8)

Verbeurdverklaring van vermogensvoordelen in het Sw.

- Pro memorie:
 - Art. 43^{ter} Sw.: voordeelsontneming kan worden uitgesproken voor illegale vv die zich buiten het grondgebied bevinden
 - art. 43^{quater} Sw.: de verruimde verbeurdverklaring van vv, i.e. vv waarvoor nog geen verbeurdverklaring werd uitgesproken:
 - Daders en deelnemers aan specifieke misdrijven
 - Over een relevante 'verdachte' periode
 - Bewijslastregeling:
 - OM ernstige aanwijzingen
 - Verdachte tegendeel geloofwaardig maken
 - Facultatief tenzij vermogen criminele organisatie

Verbeurdverklaring van vermogensvoordelen in het Sw.

- Regeling i.v.m. witwassen:
 - Artikel 505 Sw.
 - Witgewassen vv zin het voorwerpen van het misdrijf (art. 42, 1° Sw.) →
 - **Verplichte** verbeurdverklaring (lid 5)
 - Uitzondering: omzettingwitwas → resultaat van de omzetting is het vv uit de witwas (regeling 42, 3° j° 43bis Sw.)
 - Wordt uitgesproken t.a.v. alle daders en deelnemers (geen eigendomsvereiste)
 - Waardeconfiscatie lid (lid 6 en 7)
 - Bescherming rechten derde (lid 6 en 7) = iedere persoon die rechten kan doen gelden op de voor verbeurdverklaring vatbare goederen
 - Matigingsbevoegdheid rechter bij waardeconfiscatie:
 - 2° en 3° witwasmisdrijf → vermindering bedrag mogelijk teneinde geen onredelijk zware straf op te leggen
 - 1° witwasmisdrijf → vermindering bedrag mogelijk tot de mate van betrokkenheid bij het misdrijf

Verbeurdverklaring van vermogensvoordelen in het Sw.

- Schema van de huidige regeling

<u>Voorwerp van het witwassen</u>	<u>Vermogensvoordeel (inclusief uit omzettingsswitwas in de zin van art. 505, lid 1, 3° Sw.)</u>
Verplichte verbeurdverklaring (ook indien bij equivalent)	Facultatieve verbeurdverklaring
Geen eigendomsvereiste	Geen eigendomsvereiste
Waardeconfiscatie op basis van art. 505, lid 6 en 7 Sw.	Waardeconfiscatie op basis van art. 43bis Sw.
Geen schriftelijke vordering vereist	Schriftelijke vordering vereist op basis van art. 43bis Sw.

Verbeurdverklaring van vermogensvoordelen in het Sw.

- Principes:
 - Verbeurdverklaring vermogensvoordelen = straf → implicaties:
 - Legaliteitsbeginsel
 - Persoonlijk karakter enkel t.a.v. veroordeelden
 - Individueel karakter (niet-solidair)
 - Objectconfiscatie (buit) > waardeconfiscatie (ondergeschikt en beperkt tot de limieten van het object)
 - Functie: ontnemen illegaal vv met het oog op de:
 - *eigendomsoverdracht* aan de Staat, of
 - de *teruggave* (object) of de *toewijzing* (waarde) aan de burgerlijke partij

Verbeurdverklaring van vermogensvoordelen in het Sw.

- Verplichte confiscatie > facultatieve, maar
 - Bij conflict primeert regeling die effectieve ontneming toelaat
 - Relevant bij omzettingsswits
- *“Vermogensvoordeel (..) rechtstreeks uit misdrijf verkregen”* = oorzakelijk verband (rechtstreeks of onrechtstreeks)
- Principieel mogelijk voor elk misdrijf, maar feitelijke beoordeling (bv. valsheid in geschriften)
- Bruto: zie hierna
- *Ex aequo et bono* begroting: : zie hierna

Onredelijke vorderingen – redelijke bestraffingen?

- Uitgangspunt wetgever: “*misdaad mag niet lonen*”, maar bestraffing moet redelijk blijven → zeer belangrijk bij berekening vv
- Vaststelling praktijk:
 - Soms vordering onredelijke en/of niet/onvoldoende gefundeerde bedragen
 - Rechter ten gronde mildert/corrigeert

- **Probleem 1 – Bruto-netto:**
 - Principe = bruto MAAR geen verplichting
 - Inhoud bruto:
 - De rechter is niet verplicht om aftrek te doen van de kosten aangegaan om het misdrijf te plegen
 - M.a.w. kan de aftrek doen
- Belangrijke richtsnoer = omvang illegaliteit vgl.:
 - Illegale drughandel;
 - Deels begane illegaliteit binnen een reguliere ondernemingscontext

Problemen met impact op begroting

- Voorbeeld:
 - Uitgangspunt: verkoop aan particulieren van vuurwerk met een teveel gewicht aan pyrotechnische stof
 - Vordering tot verbeurdverklaring viseerde *gehele omzet* over de incriminatieperiode
 - Punten van kritiek:
 - Extrapolatie naar 3 maanden op basis van gegevens van 10 dagen;
 - Er wordt ten onrechte gebruik gemaakt van de factuurbedragen *inclusief BTW* om het bedrag van de vermogensvoordelen te berekenen;
 - Strafrechtelijke overtreding van beklaagde bestond enkel in de verkoop van te grote hoeveelheden aan éénzelfde klant. Voor het overige was zijn economische activiteit volledig legaal.
 - Conclusie: de bijzondere verbeurdverklaring van de vermogensvoordelen heeft eerder betrekking op de *brutowinstmarge* behaald met de verkoop van de te grote hoeveelheden

Problemen met impact op begroting

- Beoordeling HvB Antwerpen 26 april 2023:
 - Herhaalt principe dat het niet verplicht is om het nettobedrag van het vv te bepalen;
 - Oordeelt aansluitend dat het wel rekening mag houden met de aangevoerde elementen om geen onredelijk zware straf op te leggen;
 - Dat dienvolgens rekening wordt gehouden met de brutowinstmarge, de reeds betaalde BTW en vennootschapsbelasting
 - Vergelijk :
 - Met drughandel waar de hele keten is gecontamineerd:
 - Kweek illegaal
 - Aanmaak illegaal
 - Aankoop illegaal
 - Opslag illegaal
 - Transport illegaal
 - Verkoop illegaal
 - Gevolg: de hele financiële keten is illegaal
 - ...

Problemen met impact op begroting

- Tegenover in deze:
 - Productie legaal
 - Aankoop legaal
 - Opslag legaal
 - Transport legaal
 - Verkoop legaal BEHALVE HET GEDEELTE AAN TEVEEL PYROTECHNISCHE STOF VERKOCHT AAN EEN PARTICULIER
 - Gevolg:
 - enkel de brutowinstmarge op de verkopen is een illegaal vermogensvoordeel
 - + billijk om reeds afgedragen BTW en venn. B in aanmerking te nemen
- Zie ook Correctionele rechtbank Oost-Vlaanderen, afdeling Gent 4 januari 2022, *TMR* 2022/2, 262-263.

Problemen met impact op begroting

- **Probleem 2 – Toepassing (gefundeerde) *ex-aequo-et-bono*-begroting:**
 - Principe: *ex-aequo-et-bono*-begroting mag geen dekmantel zijn om een onbepaald bedrag verbeurd te verklaren → vereisten en aandachtspunten voor het onderzoek:
 - **Een duidelijk bepaald voorwerp**: omdat de appelrechters tweemaal een onbepaald bedrag hadden verbeurd verklaard oordeelde het hof als volgt: “*Opdat een bijzondere verbeurdverklaring wettig zou zijn gemotiveerd, moet het voorwerp ervan duidelijk zijn bepaald (...)*”. Als het Hof van Cassatie dit niet kan nagaan, is artikel 49Gw. Geschonden
(Cass. 16 december 2014, P.14.1149.N, ECLI:BE:CASS:2014:ARR.20141216.5);
 - **Gebaseerd op gegevens van het strafdossier die een zo nauwkeurig mogelijke bepaling/raming mogelijk maken** en dus geen willekeur
(Cass. 26 april 2022, P.21.1624.N., ECLI:BE:CASS:2022:ARR.20220426.2N.2; Cass. 18 mei 2021, P.21.0207.N, ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210518.2N.4)

- Voorbeelden:
 - (1) Witwassen opbrengsten diamantsmokkel:

“Nu er niet exact kan worden bepaald welke verboden diamanten werden verhandeld, kan uiteraard ook niet worden bepaald welke illegale diamanten of hun tegenwaarde werden witgewassen.”

(Antwerpen 7 april 2011, C/682/11, p. 37, *onuitg.*)

Problemen met impact op begroting

- (2) Opbrengsten uit informaticavalsheld en –bedrog:

“De rechtbank is van oordeel dat de begroting van het illegaal vermogensvoordeel uit de tenlasteleggingen A en B op 50 % van de totale omzet geen objectieve grondslag kent. Ook de volledige omzet uit de verkoop van de licenties kan niet worden beschouwd als illegaal vermogensvoordeel behaald uit de feiten van de tenlasteleggingen A en B (cfr. supra). Een begroting naar redelijkheid van te verbeuren vermogensvoordelen vereist dat het strafdossier voldoende objectieve en concrete elementen bevat op grond waarvan een zo correct mogelijke begroting van het vermogensvoordeel mogelijk is. Het strafdossier bevat in casu slechts een overzicht van gerealiseerde bruto-omzetten die werden gerealiseerd, zonder dat kan worden nagegaan welk deel daarvan precies of zelfs maar bij benadering een vermogensvoordeel betreft uit de informaticavalsheld of het informaticabedrog. De vordering tot verbeurdverklaring op grond van de tenlasteleggingen A en B wordt dan ook afgewezen.”

(Corr. Antwerpen, afdeling Antwerpen, AC5-kamer, nr. 256 van 12 januari 2017, onuitg.)

Problemen met impact op begroting

- (3) Hangende zaak met interessante discussie over bepaalbaarheid illegaal vermogensvoordeel:
 - Argumentatie OM:
 - 3 feiten:
 - Feit 1 en 2: vermogensvoordeel (= factuurwaarde van de vracht) is (volgens OM) gekend (op zich vatbaar voor discussie want is tegenwaarde van het voorwerp van het misdrijf);
 - Feit 3: vermogensvoordeel is niet gekend → gemiddelde van 1 en 2
 - Tegenargumenten verdediging:
 - Statistisch onjuist wegens te kleine populatie: als student 1 15/20 haalt, student 2 9/20, dan kan men niet aannemen dat student 3 dan 12/20 (het gemiddelde heeft gehaald)
 - Verdoozelt een onbepaalbaar vermogensvoordeel en moet dus in het voordeel van de beklaagde worden berekend

- **Probleem 3 – basismisdrijf van het witwassen**

- **Principe:**

- Veroordeling voor witwassen is mogelijk zonder dat vereist is dat de strafrechter het precieze misdrijf kent, maar *op voorwaarde* dat hij op grond van feitelijke gegevens elke legale herkomst of oorsprong kan uitsluiten

(Cass. 21 juni 2000, *Arr.Cass.*, 2000, 1165; Cass. 25 september 2001, *Arr.Cass.*, 2001, 1536; Cass. 9 mei 2006, *Arr.Cass.*, 2006, 1061; Cass. 28 november 2006, *Arr.Cass.*, 2006, 2441; Cass. 19 september 2006, *NC 2007*, 215, noot E. VAN DOOREN; Cass. 3 april 2012, *NC 2013*, 243; Cass. 17 december 2017, P.13.1354.N)

- Als de tenlastelegging echter het specifieke misdrijf opgeeft waaruit het witgewassen vermogensvoordeel voortkomt, dan beperkt dit de saisine van de rechter die enkel heeft te oordelen over het witwasmisdrijf in zoverre dit het vermogensvoordeel tot voorwerp heeft dat voortkomt uit het opgegeven misdrijf

(Cass. 5 februari 2019, P.18.1010.N, ECLI:BE:CASS:2019:ARR.20190205.4)

- Voorbeeld :
 - Vervolging onder 3 witwasmisdrijven refererend aan fiscale fraude als basismisdrijf:
 - Traject gelden:
 - Bedrag X van Italië naar Cyprus
 - Bedrag $X - 1 = Y$ van Cyprus naar Panama
 - Redenering onderzoekers gevolgd door OM: Y is het minimumvermogensvoordeel
 - Problemen:
 - Onderzoekers noteerden zelf dat de transfert van Y nooit kon worden bewezen
 - Het vermogensvoordeel bij fiscale fraude is de ontdoken belasting (Cass. 5 februari 2019, P.18.1010.N, ECLI:BE:CASS:2019:ARR.20190205.4)
 - ...

Problemen met impact op begroting

- Die rechtspraak impliceert dat men moet weten:
 - of er belastingen werden ontdoken, en zo ja
 - om welke belastingen het gaat;
 - wat de belastbare basis was, en
 - sinds wanneer de belasting opeisbaar was
- Zaak had betrekking op internationale handel en onderzoek beantwoordde niet:
 - of er belastingen werden ontdoken, laat staan
 - welke belastingen zouden zijn ontdoken: directe en/of indirecte; Belgische en/of buitenlandse;
 - wanneer de belastingen zouden ontdoken zijn (belastbaar tijdperk);
 - de eventueel toepasselijke aanslagvoet(en)

Problemen met impact op begroting

- Rechterlijke beoordeling:

- 1^{ste} aanleg:

“De rechtbank heeft hierboven al vastgesteld dat het voorwerp van de witwasmisdrijven niet nominatief kan worden uitgedrukt. Bijgevolg kan de rechtbank het voorwerp van de witwasmisdrijven niet verbeuren.”

(Rechtbank Oost-Vlaanderen, afdeling Dendermonde, D19M-kamer, 3 december 2019, onuitg.)

- Hoger beroep:

- Overschrijvingen naar Cypriotische rekening van Panamese vennootschap niet bewezen;
 - In het strafdossier geen aanwijzingen dat:
 - Eender welke belastingen in B zouden zijn ontdoken
 - Uit verslag technisch raadsman (revisor) van beklaagden dat het bedrag dat zou zijn witgewassen kan worden verantwoord door legale omzet
 - Het geviseerde bedrag staat niet in wanverhouding tot economische activiteit
 - ...

Problemen met impact op begroting

- Oordeel:

“Dat dit bedrag omzet of winst uitmaakt, die desgevallend de belastbare basis zou zijn van niet nader gespecificeerde belastingen, die werden doorgesluisd wordt niet aangetoond. Tot slot blijkt uit het strafdossier en uit de behandeling van de zaak voor het hof ook niet in welk land belastingen zouden zijn ontdoken, welke belastingen werden ontdoken, wat desgevallend het tarief van de ontdoken belasting zou zijn, wat desgevallend precies de ontdoken belasting zou zijn en wanneer en waar die moesten worden betaald.”

(Gent 6^{de} Kamer 28 maart 2022, C/418/2022, onuitg. (Vrijspraak))

Problemen met impact op begroting

- Sinds 1 januari 2020 rekening houden met art. 450*bis* WIB92:
 - (lid 1) Om een onredelijk zware straf te vermijden houdt de rechter rekening met:
 - Verschuldigde administratieve geldboeten, en
 - Belastingverhogingen
 - (lid 2) Geen verbeurdverklaring (onder art. 42, 3^{de} Sw.) van fiscale vermogensvoordelen als:
 - Vordering van de fiscale administratie gegrond is verklaard, en
 - De vordering ook volledig effectief werd voldaan/betaald
 - Betreft de fiscale vermogensvoordelen die de *dader* heeft verkregen door de ontduiking van door hemzelf verschuldigde belastingen (Cass. 25 januari 2021, P.21.1287.N, ECLI:BE:CASS:2022:ARR.20220125.2N.4)

- Probleem 4 – (a) aandacht voor rechten burgerlijke partij bij gemeenrechtelijke voordeelsontneming:
 - Art. 43*bis*, lid 3 Sw.
 - Bescherming formele burgerlijke partij via:
 - Teruggave van de verbeurdverklarde vv (primaire vv nog in natura beschikbaar)
 - Toewijzing van vervangings-vv of het equivalent van de vv
 - Teruggave of de beveiliging van de civielrechtelijke belangen is overigens één van de functies van het strafrechtelijk beslag
- (Cass. 25 februari 2003, P.02.0674.N)

Problemen met impact op begroting

- Quid zogenaamde dubbelpluk?
 - Principieel mogelijk omdat HvC oordeelt dat het niet verplicht is om de toewijzing (i.t.t. de teruggave) aan de burgerlijke partij uit te spreken
(Cass.10 juni 2014, P.14.0280.N, ECLI:BE:CASS:2014:ARR.20140610.3)
- Fel bekritiseerde rechtspraak:
 - *Contra legem*: de verbeurdverklaring is facultatief (“*kan door de rechter*” – art. 43bis, lid 1), de toewijzing is verplicht (“*zullen haar eveneens worden toegewezen*” – art. 43bis, lid 3) (kritiek uit eigen rangen: (L. HUYBRECHTS);
 - Cumul van een waardeconfiscatie met een schadevergoeding creëert een chirografaire samenloop waardoor het slachtoffer mogelijk slechts een gedeelte van zijn schade recupereert (pondspondsgewijze verdeling (art. 3.36 BW [oud art. 7 en 8 Hyp.W.]))
 - ‘Dubbelpluk’, leidt tot *de facto* tot een dubbele afoming van dezelfde opbrengst uit het misdrijf. Dat maakt een onredelijke straf uit in de zin van art. 43bis, laatste lid Sw. → *in fiscalibus*, cf. thans art. 450bis WIB 92

Problemen met impact op begroting

- Vaststelling in de praktijk: bodemrechters onthouden zich meer en meer van dubbelpluk door de ontneming:
 - niet uit te spreken;
 - ze uit te spreken met toewijzing aan de BP
- Voorbeelden:
 - Luik 21 november 2019, *Dr.pén.entr.* 2020, nr. 3, 252
“La confiscation par équivalent n’est pas une peine accessoire obligatoire. Ordonner la confiscation par équivalent d’une somme que le prévenu a indemnisé, fût-ce après une procédure judiciaire, apparaît être une peine disproportionnée.”
 - ...

Problemen met impact op begroting

- Antwerpen 23 april 2021, nr. 2019/CO/359, onuitg.

“De verbeurdverklaring van illegale vermogensvoordelen uit oplichting en valsheden is facultatief. Aangezien hierna aan talrijke burgerlijke partijen grote sommen schadevergoeding worden toegekend, acht het hof het niet opportuun om in te gaan op de vordering tot verbeurdverklaring van illegale vermogensvoordelen uit de bewezen verklaarde feiten sub A en B, die facultatief is. Dit teneinde te vermijden dat de beklaagden onredelijk zwaar zouden worden gestraft.

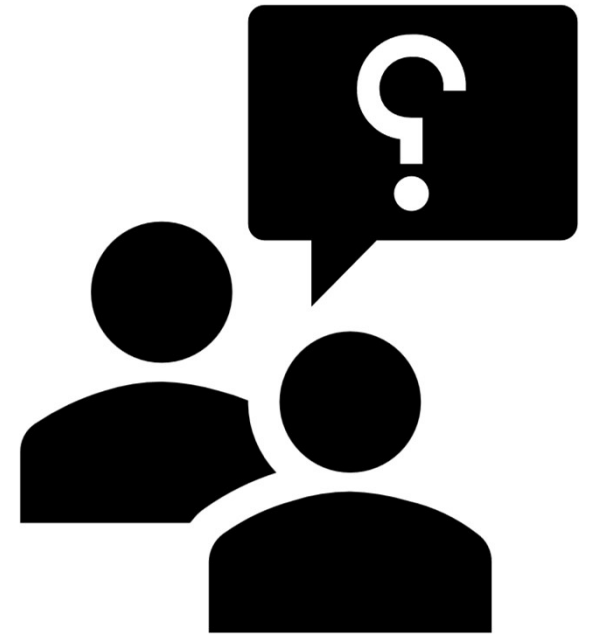
Het hof acht het aangewezen voorrang te geven aan de vergoeding van de benadeelden. De verbeurdverklaring met toewijzing van verbeurdverklaarde zaken is immers een straf die slechts aan de burgerlijke partij aan wie de zaak werd toegewezen een burgerlijk vorderingsrecht verleent tot afgifte van toegewezen bedragen of de opbrengst van de toegewezen zaken vanwege de overheidsdienst, die krachtens art. 197bis W Sv deze straf ten uitvoer legt. Het is meer gepast in deze, gelet op de beperkte waarde van de in beslag genomen goederen in vergelijking met de omvang van de schade en de talrijke burgerlijke partijen, om aan hierna vermelde burgerlijke partijen een rechtstreeks vorderingsrecht te verlenen.”

- (b) aandacht voor gevestigde zakelijke rechten:
 - Cass. 20 februari 2020, C.18.0465.N, ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20200220.1N.3
 - Principe:
 - Voordeelsontneming heeft een zakelijke werking, m.a.w. slaat op de zaak zelf, en
 - Eigendomsoverdracht vanaf het in kracht van gewijsde gaan van de beslissing
 - Maar:
 - Kan geen afbreuk doen aan voorheen rechtsgeldig gevestigde zakelijke rechten
 - Waardoor derden hun rechtmatige rechten kunnen blijven uitoefenen
 - Waardoor de B staat of een andere begunstigde van de verbeurdverklaring het goed verwerft in zijn bezwaarde staat (in deze zaak de rechten dulden van de opstalhouder, maar bv. ook mede-eigendom, erfpacht, enz. ...)

Problemen met impact op begroting

- Belang voor de onderzoeker:
 - Tijdig identificeren dat vv en schade van slachtoffers deels of geheel samenvallen
 - Laat toe voor:
 - belanghebbende die inzage neemt van het dossier, tijdig zijn rechten zo goed mogelijk in te schatten;
 - OM, om tijdig toepassing te maken van art. 5ter V.T.Sv. waardoor elke belanghebbende derde die rechten kan laten gelden op de vv met kennis van zaken tijdig zijn rechten kan uitoefenen

Vragen



2/06/2023