

# BESTRIJDING VAN WITWASPRAKTIJKEN; EEN STRAFRECHTELIJK, ECONOMISCH EN FISCAAL PERSPECTIEF

*Verslag van de op 21 september 2007 gehouden conferentie met de titel 'Anti Money Laundering; A Criminal, Economic and Fiscal Perspective'. De conferentie is georganiseerd door het Center for Taxation and Public Governance van de Universiteit Utrecht ([www.center4taxation.org](http://www.center4taxation.org)). Directe aanleiding was de opening van het Tax Governance Programme (TGP), de door het Center verzorgde postinitiële masteropleiding.*

## 1 Inleiding

Op 21 september 2007 werd in het Polmans Huis te Utrecht een conferentie gehouden met als titel 'Anti-Money Laundering; A Criminal, Economic and Fiscal Perspective'. De conferentie was een initiatief van het Center for Taxation and Public Governance van de Universiteit Utrecht (hierna: Center).<sup>1</sup> Directe aanleiding was de opening van het Tax Governance Programme (TGP), de door het Center verzorgde postinitiële masteropleiding. Het TGP richt zich op fiscaal-juridische en economische vraagstukken rondom de ontwikkeling en implementatie van belastingssystemen in ontwikkelingslanden en landen met een transitie-economie. De conferentie en het TGP werden officieel geopend door prof. mr. A.F.M. Dorresteyn, decaan van de faculteit Recht, Economie Bestuur en Organisatie van de Universiteit Utrecht.

## 2 Introductie (prof. dr. G.M.M. Michielse)<sup>2</sup>

Michielse wijst op de toename van de maatschappelijke aandacht voor witwaspraktijken als gevolg van de terroristische aanslagen van 11 september 2001.<sup>3</sup> De aanslagen bleken onopgemerkt te zijn gefinancierd met gebruikmaking van de internationale financiële stelsels. Hiermee werd duidelijk dat de internationale gemeenschap onvoldoende zicht had op hetgeen zich binnen de financiële stelsels afspeelde. Gedreven door de wens hier enige grip op te krijgen, reageerde de internationale gemeenschap snel. Verschillende intergouvernementele organisaties, zoals het Internationaal Monetair Fonds (IMF), de We-

reldbank, de Egmont Group<sup>4</sup> en de aan de OECD gelateerde Financial Action Task Force on Money Launde-

<sup>1</sup> <http://www.center4taxation.org>.

<sup>2</sup> Hoogleraar belastingrecht bij het departement Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Utrecht. Verbonden aan het Center for Taxation and Public Governance van de Universiteit Utrecht.

<sup>3</sup> Voor nadere informatie, zie onder meer: Legal Department International Monetary Fund, *Suppressing the Financing of Terrorism; A Handbook for Legislative Drafting*, August 4, 2003, beschikbaar op: <http://www.imf.org/external/pubs/nft/2003/SFTH/index.htm>, J.A.E. Vervaele, *Terrorism and Information Sharing Between the Intelligence and Law Enforcement Communities in the US and the Netherlands: Emergency Criminal Law?*, beschikbaar op: <http://www.utrechtlawreview.org/publish/articles/000001/article.pdf>, D. Masciandaro, E. Takáts, B. Unger, *Black Finance; The Economics of Money Laundering*, Edward Elgar, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, 2007, B. Unger, *The Amounts and the Effects of Money Laundering; Report for the Ministry of Finance*, February 16, 2006, beschikbaar op: <http://www.minfin.nl/binaries/minfin/assets/pdf/actueel/bijlage-nieuwsberichten/2006/02/06-011a.pdf> en het *Report on the Outcome of the FATF Plenary Meeting and Proposal for the Endorsement of the Methodology for Assessing Compliance with Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism Standards, Annex II*, IMF, November 8, 2002, <http://www.imf.org/external/np/mae/am/2002/eng/110802.pdf>.

<sup>4</sup> <http://www.egmontgroup.org>.

ring (FATF),<sup>5</sup> werden gevraagd om in aanvulling op de bestaande antiwitwasstandaarden<sup>6</sup> een methodologie te ontwikkelen teneinde terrorismefinanciering tegen te gaan. Dit heeft geresulteerd in de zogenoemde 'Methodology for Assessing Compliance with Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism' (hierna: Methodologie). In dit beleidsdocument zijn de antiwitwasstandaarden uitgebreid met 9 'Special Recommendations on Terrorist Financing'. De Methodologie wordt internationaal als een bron van 'soft international law' erkend<sup>7</sup> en geldt in vele landen, waaronder de lidstaten van de EU en de VS, als basisdocument voor nationale antiwitwasregelgeving.<sup>8</sup>

### 3 Methodologie (prof. R. Gordon)<sup>9</sup>

Gordon<sup>10</sup> bespreekt de Methodologie en haar totstandkoming. In dit verband refereert hij aan de ratio van antiwitwasmaatregelen: het ontmoedigen van het plegen van de onderliggende misdrijven ('predicate crimes'). Onderliggende misdrijven zijn de misdaden waarmee het zwarte geld wordt verdiend.<sup>11</sup> Het beoogde ontmoedigen kan worden bereikt door het criminel lastiger te maken om de opbrengsten uit hun criminele activiteiten aan te wenden (bijvoorbeeld voor consumptieve bestedingen). Om het gebruik/misbruik van bonafide internationale financiële stelsels door criminelen tegen te gaan, werd het noodzakelijk geacht wereldwijd meer (toe)zicht te krijgen op de activiteiten van financiële instellingen (zoals banken) en de werkzaamheden van juridische en financiële dienstverleners (zoals advocaten, notarissen, belastingadviseurs, accountants, makelaars en trustkantoren). Dit vereiste de ontwikkeling van een methodologie, een universeel toepasbare standaard, als basis voor nationale wet- en regelgeving.<sup>12</sup>

De Methodologie is opgezet rondom drie pijlers: strafrecht, internationale samenwerking en verplichtingen voor financiële instellingen. Zo is een universele strafbaarstelling van witwassen essentieel, aldus Gordon. Voor wat betreft de internationale samenwerking is te denken aan wijdverbreide toetreding tot antiwitwasverdragen<sup>13</sup> en het verlenen van wederzijdse bijstand bij strafrechtelijk onderzoek en vervolging. Voorts wijst spreker op de noodzaak van medewerking van financiële instellingen ('preventieve maatregelen'). Zij worden verplicht om cliënten te identificeren, ongebruikelijke transacties te melden en om bankrekeningen te monitoren (ken-uw-client-regels/Customer Due Dilligence).<sup>14</sup> Dit dient gepaard te gaan met regelgeving op het gebied van toezicht en handhaving door zogenoemde 'Financial Intelligence Units' (FIU's), zoals het Meldpunt Ongebruikelijke Transacties (MOT) in Nederland.<sup>15</sup> Ook refereert spreker in dit verband aan het uitbannen van bankgeheimen als het gaat om witwaspraktijken. Verder noemt hij de noodzaak van bevoegdheden om tegoeden op bankrekeningen te kunnen bevriezen, in beslag te nemen, of verbeurd te verklaren. Vervolgens wijst Gordon op het belang van wederkerige controle op adequate implementatie van

de standaarden in de nationale rechtsstelsels ('mutual evaluations'): een 'I'll scratch your back if you scratch mine' mentaliteit. Ook refereert hij aan de politieke druk die uitgaat van 'naming and shaming' respectievelijk 'blacklisting' van niet-coöperatieve landen (non-cooperative countries and territories – NCCT's).

Op veel punten bereikten de betrokken landen overeenstemming, maar controversie bleef bestaan over de

<sup>5</sup> <http://www.fatf-gafi.org>.

<sup>6</sup> De zogenoemde '40 Recommendations on Money Laundering'.

<sup>7</sup> De betrokkenheid van het IMF en de Wereldbank, organisaties waarvan het lidmaatschap praktisch universeel is, heeft een belangrijke bijdrage geleverd aan de wijdverbreide erkenning van de Methodologie.

<sup>8</sup> Zo vormt de Methodologie de grondslag voor de derde Europese antiwitwasrichtlijn (2005/60/EG). Deze richtlijn dient per 15 december 2007 te zijn geïmplementeerd in de (samen te voegen) Wet identificatie dienstverlening (WID) en de Wet melding ongebruikelijke transacties (MOT). In dit verband is tevens te noemen het Verdrag van de Raad van Europa inzake het witwassen, de opsporing, de inbeslagname en de confiscatie van opbrengsten van misdrijven van 8 november 1990 (Trb. 1990, 172). Zie voorts de Kaderbeslissing van de Raad (2005/212/JHA) over het in beslag nemen van inkomsten, goederen en eigendom uit misdaad.

<sup>9</sup> Hoogleraar belastingrecht bij Case University Cleveland, VS.

<sup>10</sup> Co-auteur van de 'Methodology for Assessing Compliance with Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism'.

<sup>11</sup> De onofficiële vertaling van de veertig aanbevelingen van de FATF in opdracht van het Ministerie van Financiën, beschikbaar op <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/7/23/34851594.pdf>, geeft de volgende omschrijving: 'Onderliggende misdrijven kunnen worden omschreven door verwijzing naar alle strafbare feiten of naar aan een drempel gekoppeld aan hetzij een categorie ernstige misdrijven of aan de gevangenisstraf waarmee het onderliggende misdrijf wordt bedreigd (drempelbenadering), of door verwijzing naar een lijst van onderliggende misdrijven, dan wel een combinatie van bovenstaande mogelijkheden.'

<sup>12</sup> Spreker merkt op dat het IMF en de Wereldbank bij de ontwikkeling van de Methodologie werden betrokken met het argument dat witwaspraktijken – door misbruik van financiële stelsels – ten koste gaat van macro-economische stabiliteit.

<sup>13</sup> Zoals het Verdrag van de Verenigde Naties tegen sluikhandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen (Trb. 1989, 97, Nederlandse tekst in Trb. 1990, 94) en het Verdrag betreffende witwassen, opsporen, inbeslagname en confiscatie van de vruchten van criminele activiteiten (Stb. 1990, 172).

<sup>14</sup> In dit verband kan ook de meldplicht voor handelaren in zaken van grote waarde worden genoemd.

<sup>15</sup> Het Meldpunt Ongebruikelijke Transacties heeft inmiddels de volgende naam gekregen: Projectorganisatie MOT/BLOM.

uitbanning van bankgeheimen en de wederzijdse controle. Ook de mate van rechtsbescherming van rekeninghouders bij bevrozing, inbeslagname en verbeurdverklaring van banktegoeden, is een heikel punt. Hetzelfde geldt voor de rechtsbescherming bij het monitoren van bankrekeningen en transacties.

Als gevolg van de terroristische aanslagen in september 2001 rees de vraag om de bestaande antiwitwasstandaarden uit te breiden met standaarden om terrorismefinanciering tegen te gaan. Het verband tussen witwassen en terrorismefinanciering ligt overigens niet meteen voor de hand. In beide gevallen gaat het weliswaar om misbruik van financiële stelsels voor criminele doeleinden, doch bij terrorismefinanciering is niet de herkomst van het geld, maar de wijze waarop het wordt aangewend van belang. De politieke daadkracht in de nasleep van de terroristische aanslagen leidde tot de totstandkoming en vlotte internationale erkenning van de Methodologie. Gordon merkt op dat de betrokkenen, tot zijn spijt, uiteindelijk geen overeenstemming wisten te bereiken over de mate van rechtsbescherming voor rekeninghouders.

#### **4 Strafrechtelijke aspecten van witwassen en terrorismefinanciering (prof. mr. J.A.E. Vervaele)<sup>16</sup>**

##### **4.1 Invloed antiwitwaswetgeving op materieel en formeel strafrecht**

In de jaren tachtig van de vorige eeuw ontstond in een aantal (voornamelijk Europese) landen de discussie over de noodzaak en wenselijkheid van een strafbaarstelling van witwassen. Verschillende landen stelden zich op het standpunt dat de reeds bestaande strafbaarstellingen (zoals heling, deelneming aan een criminele organisatie, voorbereidingshandelingen, ontneming wederrechtelijk verkregen voordeel) afdoende waren om witwaspraktijken te bestrijden. Mede onder invloed van internationale politieke druk – met name vanuit de VS – stelden alle Europese landen witwassen uiteindelijk toch strafbaar. De discussie verstomde echter geenszins. Zo rees de vraag welke handelingen al dan niet als onderliggend misdrijf moeten worden aangemerkt. En dient de persoon die het onderliggende misdrijf pleegt, dezelfde te zijn als degene die het wederrechtelijk verkregen voordeel vervolgens witwast? Of juist niet? Dient voor strafbaarheid opzet (*dolus*) in het spel te zijn, of volstaat schuld (*culpa*)? Kan een rechtspersoon zich ook schuldig maken aan witwassen? Een en ander leidde internationaal tot grote verscheidenheid aan regelgeving. Vervaele refereert in dit verband tevens aan het ontstaan van discussies over de afbakening van jurisdictie. Jurisdictie van een staat beperkt zich als regel tot de landsgrenzen. Maar criminelen trekken zich daar uiteraard niets van aan. Bovendien is het relatief eenvoudig om wederrechtelijk verkregen kapitaal in het buitenland onder te brengen. Extraterritoriale rechtsmacht, bedoeld om bijvoorbeeld beslaglegging op buitenlandse banktegoeden mogelijk te maken, vereist

internationale samenwerking hetgeen wederom aanleiding gaf tot de nodige discussies. Voorts wijst spreker op het debat rondom de introductie van verplichtingen van preventieve aard voor bonafide financiële instellingen en financiële dienstverleners (*Customer Due Diligence*). Met name bestaat controversie op het punt dat niet-nakoming van deze verplichtingen door verschillende landen strafbaar is gesteld.

De overtuiging van de noodzaak om antiwitwasregelgeving in te voeren, heeft tevens zijn weerslag gehad op het formele strafrecht. Vervaele wijst hierbij op de opkomst van financieel opsporingsonderzoek verricht door gespecialiseerde opsporingsautoriteiten. Dit ging gepaard met het toekennen van specifieke opsporingsbevoegdheden en bevoegdheden tot bevrozing, inbeslagname en verbeurdverklaring van goederen aan deze autoriteiten. Het toekennen van deze bevoegdheden luidde een verschuiving in van de klassieke competentieverdeling tussen rechter(-commissaris), Openbaar Ministerie (OM) en de opsporingsautoriteiten ten behoeve van de laatste (twee), aldus spreker. Daarnaast refereert hij aan de wijziging van de functie van verbeurdverklaring als strafrechtelijke sanctie. Traditioneel betreft dit een secundaire sanctie die wordt opgelegd naast een (gevangenis)straf bij een bewezen verklaarde strafbare gedraging. Met de introductie van de antiwitwasregelgeving is verbeurdverklaring in verschillende landen echter vaak een primaire sanctie geworden. Dit instrument wordt in voorkomende gevallen niet alleen toegepast nadat het onderliggende misdrijf was bewezen, maar zelfs ingeval goederen (enkel) een verdachte herkomst hebben. De bevoegdheid van opsporingsautoriteiten om dergelijke sancties op te leggen zonder dat de strafbare herkomst bewezen is, ontmoet verschillende strafrechtelijk-theoretische bezwaren, aldus spreker.

##### **4.2 Verschuiving paradigma**

Vervaele merkt op dat de antiwitwasregelgeving een verschuiving heeft betekend in het denken over materieel en formeel strafrecht. Normaliter richt het strafrecht zich op het vervolgen en bestraffen van strafbare gedragingen. De strijd tegen witwaspraktijken heeft echter met zich gebracht dat men zich niet meer enkel richt op het vervolgen en bestraffen van deze gedragingen, maar tevens op het ontnemen van de wederrechtelijk verkregen voordelen: de 'whole assets philosophy'. Deze verschuiving heeft zijn weerslag gevonden in het strafrechtbeleid van vele landen en is tevens terug te vinden in internationale ontwikkelingen. Ter illustratie wijst spreker op het per 16 mei 2005 ter ondertekening opengestelde Verdrag van de Raad van Europa inzake het witwassen, de opsporing, de inbeslagname, de confiscatie van opbrengsten van misdrijven en de financiering van terrorisme.

<sup>16</sup> Hoogleraar economisch en financieel strafrecht bij het departement Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Utrecht.

### 4.3 Gevolgen van 11 september 2001

In de nasleep van de terroristische aanslagen van 11 september 2001 is gebleken dat de 'whole assets philosophy' ook is doorgevoerd in de strijd tegen terrorismefinanciering. Het toepassen van de antiwitwasaanpak op terrorismefinanciering lijkt logisch. Het betreft hier immers evenzeer de controle op geldstromen. Toch zijn er essentiële verschillen tussen witwassen en terrorismefinanciering. Bij witwaspraktijken gaat het om misdadbestrijding en maatregelen die beogen te voorkomen dat opbrengsten uit criminele activiteiten in het economische verkeer worden gebracht. Bij terrorismefinanciering gaat het om het verzamelen van geld om terrorismemisdrijven te kunnen plegen. Deze gelden kunnen een volstrekt legitieme herkomst hebben. We bevinden ons in dat geval in de zogenoemde proactieve voorfase. De 'voorkant' derhalve, aldus spreker. Van (verdenking van) voorbereidingshandelingen is dan geen sprake. Toepassing van instrumenten die ontwikkeld zijn ter bestrijding van witwaspraktijken (zoals verbeurdverklaring), staat dan op gespannen voet met klassieke beginselen van strafrecht (zoals 'geen straf zonder schuld').

Dit neemt niet weg dat de verplichtingen voor financiële instellingen en financiële dienstverleners, alsmede de sancties bij niet-nakoming, onverkort van toepassing zijn als het gaat om activiteiten die kunnen worden gekwalificeerd als terrorismefinanciering.<sup>17</sup> Dit betekent voor financiële dienstverleners niet alleen dat de kans toeneemt om in aanraking te komen met het strafrecht, maar tevens dat het risico ontstaat om met terrorismefinanciering te worden geassocieerd. Vervaele wijst op het risico van plaatsing op zogenoemde 'zwarte lijsten' door uitvoerende overheidsorganen uit overwegingen van nationale veiligheid. Tegen dergelijke handelingen bestaan nauwelijks adequate rechtsmiddelen.

## 5 Meten van internationale economische effecten van antiwitwasbeleid (prof. dr. B. Unger)<sup>18</sup>

### 5.1 Definitieproblemen

Teneinde de economische effecten van antiwitwasbeleid te meten, is het noodzakelijk om de term witwassen te definiëren, aldus Unger. Witwassen is 'making criminal money appear legal'. Een nadere omschrijving is te vinden in het Nederlandse Wetboek van Strafrecht. Schuldig aan witwassen is 'hij die van een voorwerp de werkelijke aard, de herkomst, de vindplaats, de vervreemding of de verplaatsing verbergt of verhult, dan wel verbergt of verhult wie de rechthebbende op een voorwerp is of het voorhanden heeft, terwijl hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat het voorwerp – onmiddellijk of middellijk – afkomstig is uit enig misdrijf'.<sup>19</sup> Spreker merkt op dat de drempel 'enig misdrijf' voor de kwalificatie witwassen maakt dat de zogenoemde 'shadow economy' buiten de sfeer van witwassen blijft; althans in de ogen van een

econoom. Als voorbeeld noemt Unger het inhuren van een tuinman die vervolgens zijn zwart verdiende geld op zijn bankrekening stort of aanwendt voor een consumptieve besteding.

De Nederlandse omschrijving is op zichzelf voldoende specifiek, maar reikt niet voorbij de Nederlandse landsgrenzen. Een onderzoek naar de internationale economische effecten van antiwitwasbeleid vraagt om bestudering en vergelijking van definities in nationale wetgevingen en internationale standaarden, aldus Unger. Dit levert een rijk geschakeerd beeld op, zelfs binnen de Europese Unie. In de onderscheidende wetboeken van strafrecht lopen vooral de omschrijvingen van de onderliggende misdrijven uiteen. Zo volstaan in Nederland alle misdrijven als onderliggend misdrijf voor het strafbare feit witwassen. In Zwitserland en Oostenrijk kwalificeren enkel gedragingen waarvoor minimaal een jaar respectievelijk drie jaar gevangenisstraf kan worden opgelegd. Andere landen hanteren een lijst met gedragingen die als onderliggend misdrijf kwalificeren. Deze lijsten verschillen, materieel maar ook in omvang. Zo kwalificeren in de VS ruim 130 strafbare gedragingen, terwijl dit in Griekenland slechts bij 16 gedragingen het geval is. Interessant is de vraag of een advocaat zich schuldig maakt aan witwaspraktijken wanneer hij zich bij de verdediging van een verdachte laat uitbetalen in crimineel geld. In de VS en Zwitserland is dit niet het geval, maar in Duitsland en Oostenrijk mogelijk wel, aldus spreker. Ook belastingontduiking kan als onderliggend misdrijf kwalificeren. In internationaal verband bestaan hier volgens Unger echter veel onduidelijkheden over. Criminelen profiteren hiervan, aangezien internationale bijstandsverlening en gegevensuitwisseling in beginsel slechts mogelijk is als de betreffende gedraging in beide landen als witwassen kwalificeert. Spreker constateert dat de variatie in regelgeving een onderzoek naar de economische effecten van antiwitwasbeleid ernstig bemoeilijkt.

Om de economische effecten van antiwitwasbeleid te kunnen meten is het voorts van belang om het wit te wassen object aan te duiden. Wat wordt precies bedoeld met zwart geld? Gaat het om de opbrengsten die direct verband houden met criminele activiteiten, om het geaccumuleerde vermogen dat uit dergelijke activiteiten wordt opgebouwd, of wellicht om de goederen die uiteindelijk worden aangeschaft? Spreker merkt op dat economen de

<sup>17</sup> Vervaele refereert hierbij aan de Overeenkomst van 29 mei 2000 betreffende wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de lidstaten van de Europese Unie en het bijbehorende protocol van 16 oktober 2001. In het protocol zijn instrumenten opgenomen welke zich specifiek richten op het opleggen van verplichten aan bancaire instellingen (verzamelen en verstrekken van informatie, verlenen van administratieve medewerking, enz.).

<sup>18</sup> Hoogleraar Public Sector Economics bij het departement Utrecht School of Economics van de Universiteit Utrecht.

<sup>19</sup> Art. 420 bis Sr.

opbrengsten meten die direct verband houden met criminele activiteiten. De internationale regelgeving geeft ook op dit punt een gedifferentieerd beeld, wat het onderzoek bemoeilijkt.

## 5.2 Ontwikkelingen en effectiviteit anti-witwasmaatregelen in Europa

Vervolgens gaat Unger in op de ontwikkelingen binnen de Europese Unie. Hierbij refereert zij aan de derde antiwitwasrichtlijn,<sup>20</sup> die volgens haar een verschuiving betekent van een objectieve 'rules based' naar een meer subjectieve 'risk based'-benadering. De verplichting van financiële instellingen en dienstverleners om aan de hand van objectieve criteria informatie te verstrekken, heeft een overweldigende en oncontroleerbare stroom aan gerapporteerde gegevens op gang gebracht. De stortvloed aan informatie was op een bepaald moment niet meer op adequate wijze te hanteren. Teneinde de informatiestroom weer tot overzienbare proporties terug te brengen, worden financiële instellingen en dienstverleners tegenwoordig aangespoord om op basis van zelfontwikkelde risicoanalyses verdachte transacties en personen te identificeren om vervolgens tot informatieverstrekking over te gaan.

Om een beeld te krijgen van de effectiviteit van de antiwitwasmaatregelen, is het nodig om te beschikken over mutual evaluations, NCCT's-overzichten en economische modellen op basis waarvan de effectiviteit van overheidsbeleid wordt gemeten. Ook refereert zij aan praktijkevaluaties van de implementatie van antiwitwasregelgeving en aan onderzoeken naar behaalde resultaten (wordt er bijvoorbeeld als gevolg van de genomen maatregelen minder witgewassen?). Het is van belang om de beschikbare evaluaties kritisch te beschouwen op betrouwbaarheid. Vooral de 'mutual evaluations' laten op dat vlak in voorkomende gevallen te wensen over, aldus spreker. Zij constateert dat er zeer weinig betrouwbare gegevens beschikbaar zijn. Daardoor is het onmogelijk om vast te stellen of het antiwitwasbeleid daadwerkelijk leidt tot een vermindering van witwaspraktijken en het plegen van onderliggende misdrijven.

Voor wat betreft de effectiviteit van antiwitwasmaatregelen in Nederland wijst Unger op de 180 000 ongebruikelijke transacties die in 2005 aan het MOT zijn gerapporteerd. Van deze transacties zijn vervolgens 38 000 transacties als verdacht aangemerkt en is nader onderzoek ingesteld. Deze 38 000 verdachte transacties hebben in slechts 337 gevallen tot vervolging geleid. De uitkomst van de strafrechtelijke procedures is evenwel in veel gevallen nog ongewis. Een zeer bescheiden 'success rate'.

Ten slotte noemt Unger de door haar opgestelde 'index of attractiveness', een lijst van landen opgelijnd naar de mate van aantrekkelijkheid voor witwaspraktijken.<sup>21</sup> Op deze index is Nederland – hoewel volgens spreker een belangrijk witwasland – binnen de EU-15 landen aan te merken als relatief onaantrekkelijk.

## 5.3 Voorspellingen

De voornoemde verschuiving naar een 'risk based' benadering introduceert een additionele complicatie bij het meten van de effectiviteit van antiwitwasbeleid. Op welke wijze dient de kwaliteit en integriteit van de door financiële instellingen ontwikkelde risicoanalyses te worden vastgesteld? En hoe is vervolgens de effectiviteit van deze benadering te meten?

Unger merkt voorts op dat de 'risk based'-benadering enige beleidsvrijheid geeft aan financiële instellingen om te voldoen aan hun rapportageverplichtingen. Dit leidt onherroepelijk tot interpretatieverschillen, wat risico's op arbitraire en onrechtvaardige uitkomsten meebrengt. Zij voorziet daarom een sterke toename van juridische procedures ('lawyocracy') en voorspelt dat precedentwerking uiteindelijk zal leiden tot een terugkeer naar de 'rules based'-benadering.

## 6 Belastingontduiking en witwassen (mr. dr. G.J.M.E. de Bont)<sup>22</sup>

### 6.1 Belastingontduiking als onderliggend misdrijf

De Bont vangt zijn inleiding aan met een verwijzing naar Ungers voorbeeld van de tuinman. Indien deze tuinman opzettelijk nalaat van zijn inkomen aangifte te doen, is sprake van een misdrijf.<sup>23</sup> Deze gedraging volstaat als onderliggend misdrijf voor het strafbare feit witwassen. De tuinman kan zich derhalve schuldig maken aan witwaspraktijken, althans voor toepassing van het Nederlandse strafrecht, aldus De Bont. In dit verband haalt hij de uitspraak aan van Hof Amsterdam in de zogenoemde Codalux-zaak.<sup>24</sup> Deze zaak betreft in Nederland woonachtige personen die coderekeningen aanhielden bij een Luxemburgse bank. Zij stortten hun zwart verdiende geld op deze bankrekeningen om het buiten het zicht van de Belastingdienst te houden. De Luxemburgse bank voorzag in de mogelijkheid om kasopnames te doen bij een kantoor in Amsterdam en rapporteerde deze transacties niet aan het MOT. Hof en rechtbank Amsterdam overwogen dat niet de herkomst van het inkomen bepaalt of sprake is van 'fiscaal en/of anderszins zwart geld', maar het feit dat de rekeninghouders doelbewust probeerden het aan het zicht

<sup>20</sup> Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme.

<sup>21</sup> Zie B. Unger, t.a.p.

<sup>22</sup> Partner bij Hertoghs Advocaten en belastingkundigen, te Breda. Tevens universitair docent aan het Fiscaal Instituut Tilburg.

<sup>23</sup> Art. 69 AWR.

<sup>24</sup> Hof Amsterdam 4 april 2003, NJ 2004, 106 (zie tevens Rb. Amsterdam 3 mei 2002, LJN: AE2270).

van de Belastingdienst te onttrekken. Belastingontduiking kwalificeert als onderliggend misdrijf, aldus expliciet de rechtbank, wat in deze zaak betekent dat de rekeninghouders zich schuldig maakten aan witwassen toen zij het zwarte geld van hun coderekeningen opnamen om deze vervolgens in het economische verkeer te brengen.

Ook refereert De Bont aan de advocaat die zich laat uitbetalen in crimineel geld en de vraag of hij zich in dat geval schuldig maakt aan witwaspraktijken. Hij wijst hiertoe op de Richtlijnen ter voorkoming van betrokkenheid van de advocaat bij criminele handelingen, de zogenoemde Bruyninckx-richtlijnen. Nederlandse advocaten die deze richtlijnen naleven, zullen naar verluidt op basis van een 'gentlemen's agreement' niet voor witwassen vervolgd worden.

## 6.2 Fiscaliteit als instrument ter bestrijding witwaspraktijken

De Bont merkt op dat reguliere opsporingsautoriteiten niet altijd even bekwaam zijn in financieel onderzoek. In een poging dit probleem het hoofd te bieden, bestaan er binnen de opsporingsautoriteiten gespecialiseerde diensten die zich (onder meer) richten op economische delicten. Zo kent men bijvoorbeeld het Functioneel Parket binnen het OM in Nederland en het Serious Fraud Office in het Verenigd Koninkrijk. Andere voorbeelden zijn de Guardia di Finanza in Italië en de FIOD. Spreker werpt de vraag op of de fiscaliteit wellicht als instrument kan worden ingezet bij de bestrijding van witwaspraktijken. Belastingambtenaren zijn immers met velen, hebben kennis van financiële zaken, beschikken over een schat aan informatie en hebben een uitgebreid arsenaal aan bevoegdheden.

De vraag naar de fiscaliteit als instrument ter bestrijding van witwaspraktijken rechtvaardigt een bescheiden rechtsvergelijking tussen fiscaal recht en strafrecht. Beide maken deel uit van het publiekrecht. Refererend aan Wattel,<sup>25</sup> merkt spreker op dat aan beide rechtsgebieden vergelijkbare beginselen ten grondslag liggen. Hij wijst op het legaliteitsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Voorts betoogt hij dat de ratio achter beide rechtsgebieden weliswaar verschilt – belastingrecht is er in de eerste plaats om het overheidsbudget te financieren en strafrecht is er om antisociaal gedrag te ontmoedigen –, maar dat beide hun oorsprong vinden in het monopolie van de staat als handhaver van de rechtsorde. Dit is minstens een aansporing om te onderzoeken op welke wijze de fiscaliteit kan bijdragen aan de bestrijding van witwaspraktijken, aldus spreker.

Dan rijst de vraag hoe de fiscaliteit kan worden ingezet. De Bont schetst het concept van een 'punitive tax', wat hij uitlegt als een strafheffing van 100% van het wederrechtelijk behaalde inkomen: 'confiscation by means of taxation'. In het Nederlandse belastingstelsel zou dit concept kunnen worden ingepast door middel van een strafheffing van 100% van het bedrag van het wederrechtelijke voordeel als sprake is van witwassen. Spreker

constateert dat hiermee in feite een strafrechtelijke sanctie wordt overgeheveld naar het fiscaal bestuursrechtelijke instrumentarium. Dit betekent dat de inspecteur de bevoegdheid krijgt een sanctie op te leggen, die onder de reikwijdte van art. 6 EVRM valt. Gelet op het arrest-Bendenoun van het Europese hof voor de Rechten van de Mens is dit toegestaan, zolang adequate rechtsmiddelen tegen dergelijke beschikkingen kunnen worden aangevend.<sup>26</sup>

De Bont merkt ten slotte op dat criminelen in voorkomende gevallen behaalde winsten uit illegale activiteiten als legale ondernemingswinsten presenteren en hier zelfs aangifte van doen, enkel om op deze wijze de criminele herkomst van het geld te camoufleren. Sommige criminelen zijn graag bereid inkomstenbelasting te betalen. Dit stelt hen in staat om het zwart verdiende geld wit te wassen en aan te wenden in het economische verkeer. De geheven belasting is als het ware de kostprijs voor het witwassen. Zo zijn er gevallen bekend van quasi-uitbaters van horecagelegenheden die grote hoeveelheden drank door de gootsteen spoelen, of quasi-exploitanten van zonnestudio's die continu UV-lampen laten branden, enkel om aan de hand van inkoopfacturen kosten te kunnen presenteren en ondernemingswinsten aannemelijk te maken. Als de inspecteur er vervolgens niet in slaagt te bewijzen dat de winsten afkomstig zijn uit illegale activiteiten, kan een strafheffing niet worden opgelegd. Dit zou toepassing van een dergelijk instrument kunnen verlammen. Een verschuiving van de bewijslast naar de belastingplichtige zou hiertegen een dam kunnen opwerpen, aldus De Bont. Dit ontmoet echter bezwaren uit een oogpunt van een redelijke bewijslastverdeling.

## 7 Afsluiting

Na een korte geanimeerde discussie sluit Michielse de conferentie af met een dankwoord aan de sprekers en alle aanwezigen.

MR. M. F. DE WILDE \*

---

\* Verbonden aan het Center for Taxation and Public Governance van de Universiteit Utrecht. Tevens werkzaam als belastingadviseur bij Loyens & Loeff NV, te Rotterdam.

<sup>25</sup> P.J. Wattel, *De fiscale behandeling van het wederrechtelijke* (FM nr. 58), Deventer: Kluwer 1992.

<sup>26</sup> EHRM 24 februari 1994 (Bendenoun), NJ 1994, 496 (BNB 1994/175).