

Annotatie bij Hoge Raad 22 juni 2021, nr. 19/04811, ECLI:NL:HR:2021:948 en ECLI:NL:PHR:2021:286

mr. M.T. van der Wulp en mr. M.A. Loenen¹

1. Inleiding

Heeft betrokkene uit het feitelijk leidinggeven aan het valselijk opmaken van een bedrijfsadministratie door zijn B.V. voordeel verkregen uit valsheid in geschrift? De Hoge Raad noemt daarbij relevante overwegingen uit eigen rechtspraak, waarin met betrekking tot daadwerkelijk genoten voordeel ingeval een strafbaar feit op zichzelf geen rechtstreeks voordeel oplevert, van belang wordt geacht of het strafbare feit 'kennelijk ertoe strekt en geëigend is voordeel te genereren'. Oftewel, onder wederrechtelijk verkregen voordeel als bedoeld in art. 36e Wetboek van Strafrecht kan ook worden begrepen daadwerkelijk genoten voordeel in het geval dat het strafbare feit op zichzelf geen rechtstreeks voordeel oplevert, maar kennelijk ertoe strekt en geëigend is voordeel te genereren (HR 25 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AK1546).

Het hof heeft vastgesteld dat in de administratie van de vennootschap, waarvan de betrokkene enig aandeelhouder en directeur was, valse facturen zijn opgenomen. In die facturen werden werkzaamheden en/of diensten vermeld die in werkelijkheid niet door de betreffende bedrijven, tevens onderaannemers, voor de vennootschap zijn verricht. De betrokkene gaf daarbij aan welke bedragen een onderaannemer kon factureren. De betrokkene nam vervolgens grote contante bedragen op van de rekening van de vennootschap, waarna onderaannemers slechts een deel van hun factuur door de betrokkene betaald kregen. Hieruit heeft het hof afgeleid dat door het werken met valse facturen en contante betalingen werd verbloemd dat personeel 'zwart' werd ingehuurd. Het hof heeft verder vastgesteld dat, nu niet is gebleken dat de door de betrokkene contant opgenomen geldbedragen aan andere doelen zijn uitgegeven dan aan het 'zwart' uitbetalen van lonen, deze contante bedragen voor het overige aan de betrokkene moeten zijn toegevoerd. Het hof heeft het bedrag van 'facturen werk

derden' – welk bedrag door de betrokkene contant aan de kas van de vennootschap is onttrokken – vastgesteld op € 2.154.424,32 en de door de betrokkene aan de onderaannemers contant uitbetaalde bedragen op € 1.186.816,80, zodat het bedrag dat aan de betrokkene moet zijn toegevoerd € 967.607,52 bedraagt.

De schatting van het hof dat het door middel van of uit de baten van de bewezenverklaarde feiten en soortgelijke feiten wederrechtelijk verkregen voordeel van de betrokkene € 967.607,52 bedraagt, getuigt – gelet op genoemde overweging uit HR 25 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AK1546 – niet van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. Daaraan doet niet af dat met het enkel opnemen van valse facturen in de bedrijfsadministratie van de vennootschap geen voordeel door de vennootschap is verkregen. De schatting van het hof heeft immers betrekking op het door de betrokkene wederrechtelijk verkregen voordeel, waarbij in de vaststellingen van het hof besloten ligt dat als gevolg van het opnemen van de valse facturen in de bedrijfsadministratie van de vennootschap het voor de betrokkene mogelijk was om contante geldbedragen te onttrekken aan de vennootschap, waarbij de na betalingen aan onderaannemers resterende gelden aan de betrokkene ten goede zijn gekomen. Daarin ligt tevens als niet onbegrijpelijk oordeel van het hof besloten dat het door de betrokkene wederrechtelijk verkregen voordeel niet bestaat uit de door de vennootschap ontdoken werkgeversverplichtingen, maar uit de hiervoor genoemde aan de vennootschap onttrokken gelden die aan de betrokkene ten goede zijn gekomen.

2. Reparatoire karakter van de ontnemingsmaatregel in wetgeving

Indien het bewezenverklaarde feitelijk leidinggeven aan valsheid in geschrift door een rechtspersoon op zichzelf geen wederrechtelijk voordeel oplevert, raakt de vraag of in dergelijke gevallen kan worden ontnomen aan *het karakter* van de ontnemingsmaatregel, die in de kern genomen 'geheel en al is gericht op het herstel van de rechtmatige toestand

1. Melis van der Wulp en Marlies Loenen zijn beiden advocaten bij Libertas Advocaten.

in financiële zin' (Kamerstukken II 1989/90, 21504, 3, p. 7 e.v.). De vraag is vervolgens op welke wijze de Hoge Raad in die gevallen, waarin het bewezenverklarde strafbare feit geen voordeel oplevert, het te ontnemen voordeel toch beschouwt als 'door middel van dat feit te zijn verkregen' in de zin van art. 36e lid 2 Sr.

Uit de Memorie van Toelichting op de Wet verruiming van de mogelijkheden tot toepassing van de maatregel van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel en andere vermogenssancties volgt dat 'De vermogensmaatregelen [...] niet op leedtoevoeging zijn gericht doch op hetzij bescherming van de maatschappij (onttrekking aan het verkeer), hetzij het herstel van een rechtmatige toestand, doordat aan de veroordeelde wordt ontnomen wat hem rechtens niet toekomt (ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel) of doordat de veroordeelde wordt verplicht toegebrachte schade te vergoeden (de schadevergoedingsmaatregel als zelfstandige in het Wetboek van Strafrecht op te nemen sanctie)' (Kamerstukken II 1989/90, 21504, 3, p. 8). Alsook: 'Strekking van de maatregel van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel is te bewerkstelligen dat datgene wat de veroordeelde aan door misdrijf verkregen profijt heeft verworven, weer aan hem wordt ontnomen' (Kamerstukken II 1989/90, 21504, 3, p. 7 e.v.).

Het reparatoire karakter van de ontnemingsmaatregel volgt uit hetgeen in de Memorie van Antwoord wordt gesteld over de ratio van de oplegging van deze maatregel, waaruit valt af te leiden wat voor ontneming in aanmerking komt: 'Genoemde maatregel strekt ertoe te bereiken dat de veroordeelde in de vermogenspositie wordt gebracht die zou hebben bestaan indien hij niet onrechtmatig had gehandeld' (Kamerstukken II 1990/91, 21504, 5, p. 26).

Ook in latere Kamerstukken is dit uitgangspunt door de wetgever benadrukt. In dat kader zij gewezen op de Memorie van Toelichting op de Wet aanpassing ontnemingswetgeving, waarin de Minister aangeeft: 'De Hoge Raad heeft inmiddels uitgemaakt (beslissing van 1 juli 1997, JOW 1998/1) en meermalen herhaald dat, gelet op de parlementaire geschiedenis, het reparatoire karakter van de ontnemingsmaatregel uitgangspunt bij de bepaling van het voordeel is en dat daarom bij de berekening van het voordeel dient te worden uitgegaan van het voordeel dat de veroordeelde in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk heeft behaald' (Kamerstukken II 2001/02, 28079, 3, p. 22). Voorts zij gewezen op de Memorie van Toelichting op de Wet verruiming mogelijkheden voordeelontneming: 'In de opgelegde betalingsverplichting komt immers de omvang tot uitdrukking van het, in het verleden, daadwerkelijk door de veroordeelde genoten voordeel'.

3. Reparatoire karakter van de ontnemingsmaatregel in rechtspraak

In de jurisprudentie weerklinkt het reparatoire karakter van de maatregel, zoals dat in de parlementaire stukken is omschreven. In HR 1 juli 1997, ECLI:NL:HR:1997:AB7714, NJ 1998/242 is geoordeeld

dat op grond van de wetsgeschiedenis (zoals in dat arrest weergegeven) moet worden aangenomen dat, ook gelet op het reparatoire karakter van de maatregel, bij de bepaling van het wederrechtelijk verkregen voordeel dient te worden uitgegaan van het voordeel dat de betrokkene in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk heeft behaald (HR 1 juli 1997, ECLI:NL:HR:1997:AB7714, NJ 1998/242, zie – in dezelfde bewoordingen – HR 30 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3721, zoals beide o.a. genoemd in HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3364).

In zijn arrest van 7 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ8489 gaat de Hoge Raad niet mee in het oordeel van het hof waaraan de opvatting ten grondslag lag dat aan betrokkene ter ontneming de verplichting kon worden opgelegd tot betaling van het voordeel dat de betrokkene en zijn mededader tezamen wederrechtelijk hebben verkregen, zonder dat behoeft te zijn vastgesteld welk deel daarvan als in het vermogen van de betrokkene gevloeid moet worden aangemerkt.

De Hoge Raad acht deze opvatting onjuist, omdat 'zij zich niet (verdraagt) met de aard van de maatregel tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. Die maatregel strekt er immers toe dat de betrokkene het voordeel dat hijzelf daadwerkelijk wederrechtelijk heeft verkregen, wordt ontnomen' (7 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ8489).

Gezien het voorgaande moet worden geconcludeerd dat uit de wetsgeschiedenis en de jurisprudentie met betrekking tot de ontnemingsmaatregel ondubbelzinnig volgt dat het karakter van de ontnemingsmaatregel met zich brengt dat van de veroordeelde wordt ontnomen wat deze daadwerkelijk aan – door het misdrijf verkregen – voordeel heeft behaald.

4. Bewezenverklarde feiten leiden niet zonder meer tot wederrechtelijk voordeel

Tegen deze achtergrond bezien is de vraag, op welke wijze in het geval van een bewezenverklaring van strafbare feiten, waarbij het bewezenverklarde – zoals bij valsheid in geschrift – niet zonder meer tot de conclusie kan leiden dat daarmee wederrechtelijk voordeel is verkregen, toch kan worden gekomen tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel.

Uit de arresten van de Hoge Raad van 23 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:300 en 21 april 2020, ECLI:2020:579 en de conclusie van de procureur-generaal van 6 april 2021, ECLI:NL:PHR:2021:286, volgt, dat uit het opzettelijk voorhanden hebben van valse huurcontracten of facturen of het valselijk opmaken van een bedrijfsadministratie door daarin valse facturen op te nemen, niet zonder meer tot de conclusie kan leiden dat daarmee wederrechtelijk voordeel is verkregen.

AG Bleichrodt stelt in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2021:286): 'Daarmee is niet gezegd dat valsheid in geschrift als gronddelict voor een ontnemingsmaatregel

is uitgesloten. Klaasse en De Boer concluderen dat in dit verband doorslaggevend is of het voordeel (ook) zou zijn behaald als de valsheid in geschrift niet zou zijn begaan. Die opvatting sluit aan bij die van Borgers, die opmerkt dat het gaat om de vergelijking met de hypothetische situatie waarin het feit niet zou zijn begaan'. In het onderhavige arrest heeft het hof vaststellingen gedaan met betrekking tot de valse facturen in de administratie van de vennootschap waarvan betrokkene enig aandeelhouder en directeur was, waardoor werd verbloed dat personeel 'zwart' werd ingehuurd.

Het middel in cassatie behelst de klacht dat de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel niet naar de eis van de wet voldoende met redenen is omkleed, omdat het bewezen verklaarde feit geen voordeel heeft gegenereerd, terwijl evenmin uit de inhoud van de bewijsmiddelen kan worden afgeleid dat sprake is van voordeel dat is verkregen door middel van of uit de baten van soortgelijke feiten waaromtrent voldoende aanwijzingen bestaan dat de betrokkene deze heeft begaan.

In zijn conclusie geeft A-G Bleichrodt de volgende uiteenzetting van de motivering van de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel door het hof:

“Motivering van de op te leggen maatregel

Het hof neemt voor de berekening van het door de veroordeelde wederrechtelijk verkregen voordeel tot uitgangspunt het overzichtsproces-verbaal van 15 november 2013 (1-OPV en AH-001), waarin is weergegeven op basis van welke gegevens de Belastingdienst/FIOD het wederrechtelijk verkregen voordeel is berekend, nu door of namens de veroordeelde ter terechtzitting in hoger beroep tegen die berekening geen aannemelijk geworden standpunten zijn ingebracht en de door en namens de veroordeelde overigens naar voren gebrachte tegenwerpingen geen steun vinden in de bewijsmiddelen.

Het hof overweegt voorts als volgt.

Met de rechtbank en de advocaat-generaal gaat het hof bij de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel uit van een uurtarief van € 7,80, dat aan personeel 'zwart' (dat wil zeggen: zonder inhouding van loonbelasting en premie volksverzekeringen) werd uitbetaald; het hof zoekt aansluiting bij het nettoloon van € 7,80 dat door de Belastingdienst bij eerdere deelwaarnemingen is waargenomen. Het door de veroordeelde ter terechtzitting in hoger beroep genoemde betaalde uurloon van € 14,50 acht het hof, nu dat geenszins is onderbouwd, niet aannemelijk geworden.

Het hof overweegt voorts dat niet is betwist dat grote bedragen aan contant geld zijn opgenomen. Ook gaat het hof ervan uit dat de veroordeelde [betrokkene] als feitelijke leidinggever heeft gehandeld met de bedoeling om te

verbloemen dat hij 'zwart/ personeel inhuurde dat contant werd uitbetaald.

Voorts is het hof niet gebleken dat de contant opgenomen geldbedragen aan andere doelen zijn uitgegeven dan aan het uitbetalen van het loon en dus moet er vanuit worden gegaan dat deze bedragen voor het overige aan [betrokkene] zijn toegevoegd. De stelling van de veroordeelde dat hij het overgrote deel van die bedragen aan [betrokkene 1] heeft moeten afstaan omdat hij door hem werd bedreigd is niet aannemelijk geworden.

In de periode van 2007 tot en met 2011 zijn in totaal 152.156 uren zwart uitbetaald. Dit aantal uren vermenigvuldigt het hof met voornoemd uurloon van € 7,80.

152.156, uren x € 7,80 = € 1.186.816,80

Laatstgenoemd bedrag dient in mindering te worden gebracht op het bedrag dat in de periode van 2007 tot met 2011 contant is betaald van facturen werk derden, te weten € 2.154.424,32.

€ 2.154.424,32 - € 1.186.816,80 = € 967.607,52

Dit bedrag – € 967.607,52 – is wederrechtelijk onttrokken aan [A] BV.

Dat een bedrag van € 24.000,00 (1-OPV, p. 0021) moet worden aangemerkt als een door [B] Kft aan [A] BV terugbetaalde lening — een kostenpost die in mindering moet worden gebracht bij de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel — is niet aannemelijk geworden.

Het hof ziet evenmin aanleiding om het door de veroordeelde op de bankrekening van zijn echtgenote gestorte bedrag van in totaal € 179.801,30 op het wederrechtelijk verkregen voordeel in mindering te brengen, gelijk de rechtbank heeft gedaan.

Het hof stelt het bedrag waarop het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt geschat derhalve vast op € 967.607,52'.

A-G Bleichrodt merkt in zijn conclusie terecht op dat de ontnemingsmaatregel, die het hof heeft opgelegd, een tweeledige grondslag heeft. In de eerste plaats is het hof van oordeel dat de betrokkene door middel van of uit de baten van het in de strafzaak bewezen verklaarde feit wederrechtelijk voordeel heeft verkregen. In de tweede plaats betreft het voordeel dat is verkregen door middel van of uit de baten van soortgelijke feiten. Beide grondslagen zijn geregeld in art. 36e lid 2, (oud) Sr. Vóór 1 juli 2011 luiden de eerste twee leden van art. 36e Sr:

'1. Op vordering van het openbaar ministerie kan bij een afzonderlijke rechterlijke beslissing aan degene die is veroordeeld wegens een strafbaar feit de verplichting worden opgelegd tot betaling van een geldbedrag aan de staat

ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel.

2. De verplichting kan worden opgelegd aan de in het eerste lid bedoelde persoon die voordeel heeft verkregen door middel van of uit de baten van het daar bedoelde strafbare feit of soortgelijke feiten of feiten waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd, waaromtrent voldoende aanwijzingen bestaan dat zij door hem zijn begaan’.

Met de inwerkingtreding van de Wet verruiming mogelijkheden voordeelsontneming op 1 juli 2011 (Wet van 31 maart 2011, Stb. 171) is art. 36e lid 2 Sr gewijzigd. Sindsdien luidt deze bepaling:

‘2. De verplichting kan worden opgelegd aan de in het eerste lid bedoelde persoon die voordeel heeft verkregen door middel van of uit de baten van het daar bedoelde strafbare feit of andere strafbare feiten, waaromtrent voldoende aanwijzingen bestaan dat zij door hem zijn begaan’.

A-G Bleichrodt stelt dat het hof terecht toepassing heeft gegeven aan art. 36e lid 2 Sr (oud), aangezien voornoemde wijziging een uitbreiding van de toepasselijke regels van het sanctierecht inhoudt.

Anders dan de Hoge Raad, die verwijst op het arrest van 25 mei 1999 (ECLI:NL:HR:1999:AK1546), wijst A-G Bleichrodt op het arrest HR 27 september 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BR2086), welk arrest het hof eveneens als uitgangspunt heeft genomen. Op grond van laatstgenoemd arrest neemt het hof als uitgangspunt dat onder voordeel dat is verkregen ‘door middel van of uit de baten’ van het bewezenverklarde feit ook kan worden begrepen daadwerkelijk genoten voordeel in het geval dat het strafbare feit op zichzelf geen rechtstreeks voordeel oplevert, doch kennelijk ertoe strekt en geëigend is voordeel te genereren. A-G Bleichrodt merkt op dat in de bestreden uitspraak als het oordeel van het hof besloten ligt dat het bewezen verklaarde kennelijk ertoe strekt en geëigend is voordeel te genereren. De betrokkene heeft in dit verband verklaard dat valse facturen in de bedrijfsadministratie zijn opgenomen, dat daarna contant geld werd opgenomen en dat personeel ‘zwart’ is uitbetaald. Uit deze gang van zaken heeft het hof volgens hem kennelijk afgeleid dat de valsheid in geschrift ertoe strekte en geëigend was voordeel te genereren dat bestaat uit het besparen van kosten die voortvloeien uit de belastingwetgeving. Zie ook de annotatie van Machielse bij onderhavig arrest, waarin hij zich uitsprekt over de keuze van de Hoge Raad voor het arrest van 25 mei 1999. Hij vermoedt dat de verwijzing naar het arrest van 25 mei 1999 erop duidt dat de Hoge Raad denkt aan wederrechtelijk profijt uit een connex delict (zie nader alinea 5 van zijn annotatie). De Hoge Raad volgt A-G Bleichrodt niet. Hij oordeelt dat de schatting van het hof (dat door middel van of uit baten van bewezenverklarde feiten en soortgelijke feiten het wederrechtelijk verkregen voordeel van betrokkene € 967.607,52 bedraagt) niet getuigt

van onjuiste rechtsopvatting en niet onbegrijpelijk is. Daaraan doet volgens de Hoge Raad niet af dat met het enkel opnemen van valse facturen in de bedrijfsadministratie van een vennootschap, geen voordeel door de vennootschap is verkregen. De Hoge Raad oordeelt dat ‘s hofs schatting immers betrekking heeft op door betrokkene wederrechtelijk verkregen voordeel, waarbij in de vaststellingen van het hof besloten ligt dat als gevolg van het opnemen van valse facturen in de bedrijfsadministratie van de vennootschap, het voor betrokkene mogelijk was contante geldbedragen te onttrekken aan de vennootschap, waarbij na betalingen aan onderaannemers resterende gelden aan betrokkene ten goede zijn gekomen. Daarin ligt volgens de Hoge Raad tevens als niet onbegrijpelijk oordeel besloten dat door betrokkene wederrechtelijk verkregen voordeel niet bestaat uit door de vennootschap ontdoken werkgeversverplichtingen, maar uit hiervoor genoemde aan de vennootschap onttrokken gelden die aan betrokkene ten goede zijn gekomen.

5. Conclusie

Onderhavig arrest vestigt de aandacht op de relatie tussen wederrechtelijk verkregen voordeel en een veroordeling wegens valsheid in geschrift. De kern lijkt te zijn dat het uitgangspunt dat de ontnemingsmaatregel ertoe strekt om aan een onrechtmatige toestand een einde te maken door aan de veroordeelde te ontnemen wat hem rechtens niet toekomt (zie ook Machielse, alinea 8), door de wetswijziging van 2011 is versoepeld (met name op grond van art. 36e lid 2 en 3 Sr) en dat de jurisprudentie in gevallen waarin het bewezenverklarde strafbare feit op zichzelf geen wederrechtelijk voordeel oplevert van belang is of het bewezenverklarde strafbare feit ‘kennelijk ertoe strekt en geëigend is’ om voor betrokkene wederrechtelijk voordeel te genereren. Een te ruime uitleg van laatstgenoemd criterium – waarbij de weg van ontneming openstaat zodra het bewezenverklarde strafbare feit als een *conditio sine que non* voor het ontstaan voor wederrechtelijk verkregen voordeel wordt gezien – staat ons inziens op gespannen voet met het reparatoire karakter van de maatregel, omdat daarbij gemakkelijk uit het oog kan worden verloren dat evenzeer moet worden beoordeeld of dit wederrechtelijk voordeel *aan betrokkene* is toegekomen.