

# Financieel adviseurs moeten goed opletten

Door Maria Drok en Job Spijkerman

Grote fraudezaken prijken op voorpagina's van nationale kranten. Boeken over de 'Vastgoedfraude' en de Ahold-zaak zijn bestsellers. Ook fiscale kwesties rondom voetbalcoaches en society-artsen zijn u waarschijnlijk niet ontgaan. Economische en fiscale fraude, oftewel 'witteboorden-criminaliteit', is hot. Hierdoor lijkt het alsof deze vormen van fraude vaker voorkomen. Een meer waarschijnlijke verklaring is echter dat het Openbaar Ministerie fraude meer dan vroeger in het vizier heeft en ook vaker tot vervolging overgaat. Bij de onderzoeken richt het Openbaar Ministerie steeds vaker (ook) zijn pijlen op de betrokken adviseurs, variërend van de makelaar, taxateur en fiscaal/financieel adviseur tot de accountant, notaris en advocaat.

In dit artikel zullen wij ingaan op de strafrechtelijke en fiscale valkuilen waarin de adviseur terecht kan komen. Daarbij zullen wij ons richten op een aantal veelvoorkomende strafbare feiten, te weten valsheid in geschrifte, 'witwassen' en het opzettelijk niet of onjuist doen van aangifte.

Het gaat in deze bijdrage uitsluitend over de valkuilen. Het gaat dus niet over adviseurs die willens en wetens fiscaal of strafrechtelijk verwijtbare constructies bedenken en dito handelingen verrichten. Centraal staan de situaties waarin van de adviseur mocht worden verwacht dat hij beter had opgelet of verder had doorgevraagd: situaties die goedwillende adviseurs soms toch strafrechtelijk kunnen worden toegerekend. We zullen aangeven wat u kunt doen om eventuele problemen zo veel mogelijk te vermijden.

## Opzet en voorwaardelijke opzet

De strafbare feiten die in deze bijdrage aan de orde komen, bestaan meestal uit een feitelijke gedraging en een daaraan gekoppeld verwijt. Het verwijt ligt meestal in het feit dat de dader de feitelijke gedraging – bijvoorbeeld het indienen van een onjuiste belastingaangifte – opzettelijk onjuist of grofschuldig onjuist heeft gepleegd. Onder opzet wordt verstaan 'het willens en wetens handelen'. Anders gezegd: de dader moet hebben geweten dat hij de verboden gedraging beging én hij moet dit hebben gewild. Het is niet nodig dat hij de gevolgen daarvan, namelijk de strafwaardigheid van zijn handelen, heeft onderkend.

Dit ligt anders voor de ondergrens van opzet, die wordt gevormd door het zogeheten 'voorwaardelijke opzet'. Hiervan is sprake als iemand zich willens en

Mr. D.M. Drok en mr. J.S. Spijkerman zijn beiden advocaat bij Wladimiroff  
Advocaten te 's-Gravenhage



## Voorbeeld: handelen met voorwaardelijke opzet

Stel: een nieuwe klant wil graag een (extra) financiering. Hij vraagt aan u om daarvoor de benodigde stukken op te stellen. De klant overlegt in dat kader gegevens die zijn (financiële) situatie aanzienlijk rooskleuriger weergeven dan deze in werkelijkheid is. U heeft het erg druk en neemt de gegevens van de nieuwe klant voor lief; u neemt deze gegevens bewust over in de financieringsaanvraag, zónder te controleren of de gegevens juist zijn.

In dit voorbeeld kan u handelen met voorwaardelijke opzet worden verweten. Door het bewust niet uitvoeren van enige controle op de gegevens, aanvaardt u willens en wetens de kans dat de gegevens onjuist zijn. Ter vergelijking: als u als adviseur met kennis van de juiste gegevens, zelf deze gegevens rooskleuriger weergeeft in de richting van de financierder, handelt u opzettelijk. U geeft dan willens en wetens een andere weergave van de werkelijkheid.

wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat het strafbare feit zich voordoet; hij heeft die kans willens en wetens voor lief genomen<sup>1</sup>.

### Grove schuld

Naast (voorwaardelijk) opzet bestaat de schuldvariant 'grove schuld'. Onder grove schuld wordt verstaan: 'een in laakbaarheid aan opzet grenzende mate van verwijtbaarheid, mede omvattend grove onachtzaamheid'<sup>2</sup>. Met andere woorden: er is sprake van ernstige nalatigheid; de verdachte had redelijkerwijs kunnen of moeten begrijpen dat zijn gedrag een strafbare gedraging tot gevolg kon hebben. In het gegeven voorbeeld (zie kader) zou ook sprake kunnen zijn van ernstige nalatigheid en daarmee van grove schuld. Maar nu de gegevens van de nieuwe klant bewust voor lief worden genomen, is sprake van voorwaardelijke opzet.

De grens tussen voorwaardelijke opzet en grove schuld is in de praktijk niet scherp te trekken. Er bestaat een schemergebied tussen beide varianten. Afhankelijk van de feiten en omstandigheden moet per geval worden bepaald of sprake is van voorwaardelijke opzet of van grove schuld.

### Valsheid in geschrifte

Valsheid in geschrifte (artikel 225 Wetboek van Strafrecht) kent twee verschijningsvormen. Zo is het mogelijk om een bestaand geschrift opzettelijk te vervalsen, bijvoorbeeld door het aanpassen van factuurbedragen, het weghalen van gegevens, het zetten van een handtekening of het invullen van onjuiste gegevens. Daarnaast kan een geschrift ook opzettelijk valselijk worden opgemaakt. Het gaat dan om een nieuw geschrift, meestal een factuur, dat in strijd met de waarheid tot stand is gekomen.

Niet alleen het vervalsen c.q. vals opmaken van geschriften is strafbaar. Ook het gebruikmaken van deze geschriften of het enkel in bezit hebben van deze geschriften is strafbaar gesteld. Hierbij kunt u denken aan het doorsturen van een geschrift waarvan u vermoedt dat het niet geheel de waarheid behelst, of het (mede)ondertekenen van een vermoedelijk vals geschrift.

### Voorzichtig zijn

Een adviseur wordt doorlopend geconfronteerd met geschriften van zijn klant. Daarnaast maakt een adviseur vaak geschriften op in opdracht van zijn klant. De adviseur moet dan ook waakzaam zijn; hierbij is met name de grens tussen grove schuld en voorwaardelijke opzet, erg dun. Onoplettendheid en slordigheid bij het opstellen of invullen van een geschrift, vallen in beginsel onder de noemer (grove) schuld. Maar wordt de onoplettendheid bijvoorbeeld veroorzaakt door oververmoeidheid of desinteresse, en laat u hierdoor na de door uw klant aangeleverde gegevens afdoende te verifiëren, ligt voorwaardelijke opzet op de loer.

Als adviseur wilt u niet in de verdachtenbank belanden als gevolg van onjuist handelen van uw klant. Het is dan ook van belang om voorzichtig te zijn bij het adviseren van klanten. Bij onvoldoende inzicht is het zaak om door te vragen en bij twijfel zult u een en ander moeten controleren. Dit geldt zeker als u aan de hand van door de klant aangeleverde gegevens of gedane mededelingen, een geschrift opstelt of invult.

### Witwassen

Een ander in het financiële strafrecht veel voorkomend strafbaar feit, is witwassen (artikel 420bis en verder

Wetboek van Strafrecht). Bij witwassen gaat het meestal om geldbedragen of (luxe)goederen die een persoon onder zich heeft, terwijl hij weet – of zou moeten weten – dat deze goederen afkomstig zijn van een misdrijf. Niet zelden liggen gelden die door middel van valse facturen (valsheid in geschrifte) zijn verkregen, ten grondslag aan een vervolging wegens witwassen.

Voor een veroordeling wegens witwassen is niet nodig dat komt vast te staan door wie, wanneer en waar het misdrijf is gepleegd. Het feit dat een voorwerp afkomstig is van een misdrijf, kan soms zelfs worden afgeleid uit een feit van algemene bekendheid. Een grote hoeveelheid cash geld op Schiphol is al een indicatie voor witwassen, evenals de Maserati voor de deur van een goedkope huurwoning.

### **Struisvogelpolitiek**

Zeker in de financiële adviespraktijk moet de kans op vervolging wegens witwassen niet worden onderschat<sup>3</sup>. Enkel het beheren van gelden die door uw klant op onduidelijke wijze zijn verkregen – waarbij u bijvoorbeeld kunt denken aan dubieuze fiscale constructies of aan betalingen waar geen tegenprestatie tegenover staat – kan al leiden tot een vervolging. Daarnaast kan alleen al de betaling van uw facturen ertoe leiden dat u zelf beschikt over gelden die afkomstig zijn van een misdrijf, ook als deze gelden op uw bankrekening zijn gestort. Struisvogelpolitiek als: “het gaat mij niet aan hoe de klant aan zijn geld komt; ik beheer het enkel”, helpt u niet verder. Als financieel adviseur heeft u immers een actieve onderzoeksplicht.

### **Wetenschap**

Het codewoord om vervolging wegens valsheid in geschrifte en/of witwassen te voorkomen, is wetenschap. Zorg dat u weet waar een geschrift vandaan komt. Vraag door en neem geen genoegen met vage, onduidelijke antwoorden. Het laten bestaan van twijfel en onduidelijkheid is een aanknopingspunt om voorwaardelijke opzet aanwezig te achten. Als u nalaat om door te vragen, maakt dit niet zonneklaar dat u bijvoorbeeld weet dat u geld beheert dat afkomstig is van een misdrijf. Maar het leidt er wel toe dat u de aanmerkelijke kans hierop willen en wetens voor lief neemt en dus met voorwaardelijke opzet handelt.

### **Fiscaal strafrecht**

Naast de belastingplichtige kan op grond van artikel 69 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (Awr) ook diens adviseer strafrechtelijk worden vervolgd<sup>4</sup>. Kort gezegd is in dit artikel het niet dan wel onjuist doen van een belastingaangifte strafbaar gesteld. Het bekendste voorbeeld van een adviseur die strafrechtelijk is vervolgd en veroordeeld voor het onjuist doen van aangifte, is de (voormalig) adviseur van voetbaltrainer Guus Hiddink. De adviseur zou Hiddink hebben geholpen met het onjuist doen van aangiftes inkomstenbelasting, waardoor bij Hiddink te weinig inkomstenbelasting werd geheven. Het gerechtshof in 's-Hertogenbosch veroordeelde de adviseur voor zijn rol bij de onjuiste aangifte.

### **Strafbaar feit**

Uit het voorbeeld van Guus Hiddink blijkt dat slechts sprake is van een strafbaar feit als het niet of onjuist doen van aangifte ertoe leidt dat te weinig belasting wordt geheven. Met andere woorden: als een adviseur een onjuiste aangifte doet, terwijl dit (per ongeluk) tot gevolg heeft dat een hoger – of het juiste – belastingbedrag wordt geheven, is geen sprake van een (fiscaal) strafbaar feit. Overigens sluit dit niet uit dat mogelijk sprake is van valsheid in geschrifte. Dat strafbare feit stelt die voorwaarde immers niet.

In het voorbeeld van Hiddink is de adviseur degene geweest die de aangifte namens de belastingplichtige heeft voorbereid en ingediend. De adviseur is daarmee feitelijk degene die de strafbare gedraging – het onjuist doen van aangifte – heeft gepleegd. Voor een veroordeling op grond van art. 69 Awr is niet relevant of de adviseur degene was die feitelijk de onjuiste aangifte heeft ingediend bij de Belastingdienst. Van belang is wel dat er een onjuiste aangifte is gedaan en dat de adviseur daarbij een (belangrijke) rol heeft gespeeld. Als een adviseur de aangifte heeft voorbereid en de belastingplichtige de aangifte onaangepast heeft ondertekend en opgestuurd naar de Belastingdienst, zijn adviseur en belastingplichtige eveneens beiden strafbaar.

### **Veroordeling**

Om te komen tot een veroordeling op grond van artikel 69 Awr, moet sprake zijn van opzet. Hierbij is voorwaardelijke opzet echter al voldoende. Er is al sprake van voorwaardelijke opzet als u voor een klant aan-



gifte doet en de door hem aangeleverde gegevens bewust niet controleert. U aanvaardt dan willens en wetens de aanmerkelijke kans dat de aangifte onjuist is.

Kortom: als u als adviseur willens en wetens de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de strafbare gedraging – het onjuist of niet doen van aangifte – zich voordoet, kunt u daarvoor strafrechtelijk worden vervolgd en veroordeeld.

### Feitelijk leidinggeven

Stel: een adviseur heeft medewerkers in dienst, die onder zijn gezag advieswerkzaamheden uitvoeren voor klanten. Voor een klant moet een aangifte worden ingediend. Eén van de medewerkers verzorgt deze aangifte. Hij stelt echter opzettelijk een onjuiste aangifte op, waardoor bij de klant te weinig belasting wordt geheven. De aangifte wordt verstuurd, zonder dat deze vooraf door de adviseur wordt gecontroleerd.

In dit voorbeeld kan de adviseur op grond van artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht strafrechtelijk worden vervolgd als 'feitelijk leidinggevende'. Zakelijk weergegeven kan een persoon (adviseur) als feitelijk leidinggevende strafrechtelijk worden vervolgd als hij bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat een verboden gedraging zich zal voordoen én hij geen maatregelen neemt ter voorkoming van de verboden gedraging, in de situatie waarin hij bevoegd en redelijkerwijs gehouden was om in te grijpen. Hieruit kan worden afgeleid dat om tot een strafbaarstelling van een leidinggevende te komen, aan drie criteria moet zijn voldaan:

- wetenschap of bewustheid;
- macht of beschikkingsbevoegdheid;
- aanvaarding.

### Risico van een adviseur

De gevaren voor een financieel adviseur liggen meestal niet in de sfeer van opzettelijk handelen. Bij een adviseur ontbreekt (vaak) het willens en wetens handelen, nu bij veel adviseurs niet bewust wordt gekozen voor het plegen van een strafbare gedraging. Het risico van een adviseur ligt dan ook meer in de hoek van het voorwaardelijke opzet. U adviseert even snel en heeft geen tijd om gegevens te controleren, of u denkt dat uw medewerkers het allemaal wel goed zullen doen. In al deze gevallen loopt u als adviseur een

strafrechtelijk risico. U kunt daarmee immers de aanmerkelijke kans aanvaarden dat een strafbare gedraging zich voordoet, waarvoor u strafrechtelijk vervolgd en veroordeeld kunt worden.

De meest voorkomende strafbare feiten die aan adviseurs ten laste (kunnen) worden gelegd, hebben wij summier besproken om u een indruk te geven van de mogelijk strafrechtelijke gevolgen en risico's.

### Slapeloze nachten

Onze bedoeling is niet om u als adviseur slapeloze nachten te bezorgen, waarin u wakker ligt van mogelijke strafbare feiten waarbij u als adviseur betrokken bent of kunt raken. Wij achten het wel raadzaam dat u bij uw handelwijze en bedrijfsvoering stilstaat én blijft stilstaan bij de mogelijke strafrechtelijke gevolgen en risico's. Daarmee zet u als adviseur de eerste stap om betrokkenheid bij strafrechtelijke gedragingen te voorkomen of zo veel mogelijk te beperken. U wilt immers niet – al dan niet in de media – als verdachte worden aangemerkt.

Mocht u onverhoopt toch worden geconfronteerd met een strafrechtelijk onderzoek of – nog ingrijpender – een daarmee gepaard gaande doorzoeking van uw bedrijf of woonhuis, schakel dan tijdig een (kundig) advocaat in, ook als u niets te verbergen heeft – of denkt te hebben. De uitkomst van een strafprocedure wordt namelijk steeds vaker bepaald in de voorfase van het strafrechtelijke onderzoek.

### Noten

- 1 Onder andere Hoge Raad 9 mei 1995, NJ 1995, 501, Hoge Raad 10 oktober 2000, NJ 2001, 4 en Hoge Raad 25 maart 2003, NJ 2003, 552.
- 2 Onder andere Hoge Raad 23 september 1992, BNB 1993/193 en Hoge Raad 24 augustus 1999, BNB 2000/49.
- 3 Uit onderzoek in 2006 is gebleken dat naar schatting jaarlijks € 18,5 miljard wordt witgewassen. Het onderzoek is in opdracht van het ministerie van Financiën uitgevoerd door professor Brigitte Unger van de Utrecht School of Economics, in samenwerking met de nationale universiteit van Australië in Canberra.
- 4 Sinds de invoering van de Vierde Tranche Algemene Wet Bestuursrecht (Stb. 2009, 264) is het ook mogelijk om medeplegers en feitelijk leidinggevendenden te beboeten. Daardoor kan de adviseur ook een fiscale bestuurlijke boete opgelegd krijgen. De behandeling van de mogelijke bestuurlijke afdoening gaat de behandeling van dit artikel te buiten.