

Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht 2018/1823

Conclusie A-G: geen schending ne bis in idem-beginsel bij toepassen lijfswang en strafrechtelijke vervolging ten aanzien van niet verstrekken informatie voor de invordering; Parket bij de Hoge Raad, nr. 17/01081Brondocumenten [Conclusie A-G Machielse 15 mei 2018, nr. 17/01081](#)Wetsartikelen
[IW 1990 - art. 20](#)
[IW 1990 - art. 64](#)
[IW 1990 - art. 65](#)Auteur [mr. K.M.G. Demandt \[1\]](#)

Publicatiedatum NTFR 2-8-2018

Afleringsnummer 31-32

Rubriek Invordering

ECLI [ECLI:NL:PHR:2018:444](#)**Samenvatting**

Verdachte wordt ervan verdacht dat hij opzettelijk art. 64 IW 1990 heeft geschonden door niet, onjuist of onvolledig inlichtingen of gegevens te verstrekken, alsook dat hij boeken, bescheiden, andere gegevensdragers of de inhoud daarvan opzettelijk niet voor raadpleging ter beschikking heeft gesteld aan de ontvanger van de Belastingdienst. Rechtbank Amsterdam heeft verdachte in 2004 hiervoor veroordeeld. In hoger beroep heeft Hof Amsterdam in 2009 het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk verklaard in de vervolging, omdat de ontvanger de verdachte al had gegijzeld (par. 20 en 60 Leidraad invordering 1990) vanwege het niet voldoen aan de informatieverplichting uit art. 64 IW 1990 en het niet voldoen van de belastingschuld. De Hoge Raad heeft in 2011 geoordeeld dat het oordeel van het hof dat geen strafrechtelijke vervolging voor overtreding van art. 64 IW 1990 meer mogelijk is na het toepassen van lijfswang, onjuist is. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof en wijst de zaak terug. Vervolgens verklaart Hof Amsterdam het Openbaar Ministerie weer niet-ontvankelijk in de vervolging. Het OM heeft cassatie tegen dit arrest ingesteld. Volgens A-G Machielse is het oordeel van het hof dat het opleggen van lijfswang en de strafvervolging voortkomen uit hetzelfde feit, gebaseerd op de jurisprudentie die de Hoge Raad heeft ontwikkeld over het leerstuk van hetzelfde feit. De advocaat-generaal concludeert dat op basis van de rechtspraak van het EHRM het toepassen van lijfswang een 'penalty' is, dus dat sprake is van een 'criminal charge' waarop art. 6 EVRM van toepassing is. De vraag is of sprake is van strijd met het ne-bis-in-idembeginsel, op basis waarvan moet worden gekeken of sprake is van hetzelfde feit (idem) en een tweede vervolging (bis). Als dat zo is, dient een van beide vervolgingen te worden beëindigd. In Nederland wordt hier uitvoering aan gegeven door art. 68 Sr. en art. 313 Sv. Het hof heeft deze leerstukken toegepast en geconcludeerd dat sprake is van hetzelfde feit, omdat de lijfswang heeft geresulteerd in een vrijheidsbeneming van een jaar en de strafvervolging ook vrijheidsbeneming met zich kan brengen (vergelijk met de situatie van het alcoholslotprogramma en strafvervolging). De advocaat-generaal onderstreept dit oordeel van het hof niet. Onder verwijzing naar het arrest van het EHRM A. en B. concludeert de advocaat-generaal dat de lijfswang en de strafvervolging geen totaal verschillende, maar ook geen samenvallende doelen nastreven. De lijfswang is gericht op het verstrekken van inlichtingen die van belang zijn voor de invordering van de belastingschuld. Strafvervolging heeft een breder doel, namelijk een reactie op individueel verwijtbaar handelen maar ook generale preventie. Dat heeft het hof volgens de advocaat-generaal miskend. Het verdient wel de voorkeur dat de wetgever de afstemming tussen lijfswang en strafvervolging reguleert, maar de advocaat-generaal voorziet geen problemen als de strafrechter in zijn oordeel voldoende rekening houdt met de eerdere lijfswang. Er is dus geen aanleiding om het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk te verklaren. Het cassatiemiddel is volgens de advocaat-generaal dan ook terecht voorgesteld, voor zover dat betrekking heeft op het oordeel dat de civiele invorderingsprocedure (de lijfswang) en de strafvervolging niet 'connected' zijn. De advocaat-generaal concludeert tot vernietiging van het arrest van het hof en terugwijzing van de zaak.

Commentaar*Waar gaat het om?*

Op grond van art. 58 en 60 IW 1990 moet de belastingschuldige desgevraagd de gegevens verstrekken aan de ontvanger die van belang kunnen zijn voor de invordering van de belastingschuld. In par. 60 van de Leidraad invordering 1990 (geldend in 2000) is uitgewerkt dat de ontvanger ten aanzien van het niet voldoen aan die informatieverplichting een civiele procedure kan starten 'dan wel' een strafsanctie kan toepassen (art. 64 e.v. IW 1990). De civiele procedure uit zich in het toepassen van lijfswang ter uitvoering van een dwangbevel ter betaling van een belastingschuld (art. 20 IW 1990). De vraag die hier centraal staat is of het de ontvanger nog vrijstaat om na het toepassen van lijfswang (op grond van art. 20 IW 1990) een strafprocedure te starten ten aanzien van het niet verstrekken van de van belang zijnde gegevens.

De eerste ronde (2009)

Uit de passage ‘dient overwogen te worden een civiele procedure op te starten, dan wel de strafsanctie van hoofdstuk VIII toe te passen’ in par. 60 Leidraad invordering 1990 (geldend in 2000) leidde het hof in de eerste ronde af dat de ontvanger een keuze moet maken tussen een civiele of strafrechtelijke procedure. Dat oordeel is volgens de Hoge Raad niet juist. Terugwijzing volgt. Van belang is nog wel op te merken dat in de thans geldende Leidraad invordering 2008 in par. 60.2 de woorden ‘dan wel’ zijn vervangen door het woord ‘of’: *‘beoordeelt de ontvanger of hij een civiele procedure begint of de strafsancties van Hoofdstuk VIII van de wet toepast’*. Per 1 juli 2008 is de Leidraad invordering gewijzigd. Bij deze wijziging zijn de woorden ‘dan wel’ vervangen door ‘of’ (Stcrt. 2007, 249, nr. CPP2007/3155M). Er is geen toelichting beschikbaar van de wijziging van deze woordkeuze. Dan houd ik het er dus voor dat het een redactionele wijziging is en geen wijziging van inhoudelijk aard. Vanwege de dubbele ‘of’ zou ik menen dat wel degelijk een keuze moet worden gemaakt tussen beide wegen. Enfin, eerst door naar de volgende ronde.

De tweede ronde (2016) en de conclusie van de advocaat-generaal (2018)

Volgens Hof Amsterdam (in de tweede ronde, Hof Amsterdam 28 oktober 2016, nr. 23-00009012, [NTFR 2017/93](#)) is het ne-bis-in-idembeginsel geschonden, omdat verdachte bij de civiele rechter is gedagvaard om een vonnis tot lijfswang te krijgen én om hem te dwingen de inlichtingen te verstrekken. Dat leidde tot een gijzeling van een jaar. Hij is daarna strafrechtelijk vervolgd vanwege het niet voldoen aan de inlichtingenplicht. Het ne-bis-in-idembeginsel houdt in dat iemand niet twee keer mag worden vervolgd voor hetzelfde feit. Daarvoor zijn een viertal vragen van belang: (i) is sprake van een ‘criminal charge’, (ii) is sprake van hetzelfde feit, (iii) staat de eerste procedure onherroepelijk vast, en (iv) is sprake van cumulerende procedures?

Dat lijfswang kwalificeert als een ‘criminal charge’ lijkt mij evident. Tot die conclusie komt de advocaat-generaal dan ook na toepassing van de Engel-criteria (nationale kwalificatie van de maatregel, aard van de procedure en de mogelijke sanctie), omdat (o.a.) gijzeling een fors dwangmiddel is om belasting- en douaneschulden te voldoen.

Ook bij de tweede stap (‘hetzelfde feit’) zitten het hof en de advocaat-generaal nog op één lijn. Hiervoor verwijst de advocaat-generaal naar vaste jurisprudentie van de Hoge Raad over art. 68 Sr. en art. 313 Sv., waarbij moet worden getoetst aan de juridische aard van de feiten (strafmaximum, kwalificatie misdrijf/overtreding, etc.) en de gedraging van de verdachte (tijd, plaats en omstandigheden). Hier is van belang dat de lijfswang is toegepast voor het niet betalen van de belastingschuld, maar ook voor het niet voldoen aan de informatieverplichting. De strafvervolging is gebaseerd op een feit dat óók ten grondslag lag aan de lijfswang. Er is dus sprake van hetzelfde feit. Tot zover kan ik mij goed vinden in deze oordelen.

Dan stap 4: Is sprake van cumulerende procedures? Is de samenhang tussen de lijfswang en de strafvervolging zodanig dat toch sprake is van een schending van het ne-bis-in-idembeginsel? Van belang hiervoor zijn de arresten van het EHRM A. en B. tegen Noorwegen en Jóhannesson tegen IJsland. Volgens het EHRM moet soms een combinatie van beide sancties (bestuursrechtelijk en strafrechtelijk) als een geheel worden gezien, namelijk als sprake is van een ‘sufficiently close connection in substance and time’ en het voor de betrokkene voorzienbaar was dat het niet bij één sanctie zou blijven.

Hof Amsterdam concludeert dat sprake is van een uitzonderlijke samenloop tussen civiel recht en strafrecht, dat op gespannen voet staat met het ne-bis-in-idembeginsel. Het hof hecht waarde aan het gegeven dat de wetgever een samenloop hiertussen niet heeft geregeld. De procedures lopen volgens het hof naast elkaar, zonder dat ze in *juridisch* opzicht ‘connected’ zijn, omdat de invordering onverminderd doorgaat ongeacht de uitkomst in de strafzaak en omgekeerd. De advocaat-generaal is het hier niet mee eens. Er is geen sprake van totaal verschillende, maar evenmin van samenvallende doelen. De lijfswang strekt tot het openbaren van gegevens voor de invordering, terwijl de strafvervolging gericht is op individuele vergelding en generale preventie. Daarom kunnen beide procedures volgens de advocaat-generaal naast elkaar bestaan. Dit had de verdachte volgens de advocaat-generaal ook kunnen voorzien, want het gaat om een hoog fiscaal belang. De advocaat-generaal erkent dat het beter is als de wetgever een dergelijke samenloop regelt, maar ziet geen schending van het ne-bis-in-idembeginsel als de strafrechter voldoende rekening houdt met de eerder opgelegde lijfswang. Hierbij besteedt de advocaat-generaal mijns inziens ten onrechte geen aandacht aan par. 60.2 Leidraad invordering 1990 ten aanzien van de keuze tussen civiele sancties en strafsancties.

De beargumentering van de advocaat-generaal overtuigt niet helemaal. De vraag is of een strafvervolging voorzienbaar was voor de verdachte, aangezien al lijfswang ten aanzien van hem was toegepast, en de wetgeving daarin ook niet expliciet duidelijk maakt dat zowel lijfswang als strafvervolging mogelijk is. Het is ook maar de vraag of beide procedures elkaar aanvullende doelen nastreven; in wezen gaat het bij beide om het ‘bestrafen’ van het niet verstrekken van informatie die van belang kan zijn voor de invordering. Dat is toch redelijk hetzelfde belang. Tevens moet voor een ‘connection’ tussen de verschillende procedures ook samenhang bestaan in tijd. De lijfswang vond plaats in 2000 en 2001, terwijl de strafzaak nog voortgaat in 2018. Die connectie in tijd is dan in ieder geval verloren. De advocaat-generaal besteedt hier ten onrechte geen aandacht aan.

Mijn conclusie is dan ook dat wel degelijk sprake is van een schending van het ne-bis-in-idembeginsel vanwege het toepassen van lijfswang en het daarna starten van een strafvervolgning.

De Hoge Raad is nu aan zet.

[1] Mr. K.M.G. Demandt is advocaat bij Hertoghs advocaten.

 NAAR BOVEN

Bron: <http://www.ndfr.nl/link/NTFR2018-1823>

Datum: 2-8-2018 9:17:17

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten van deze tekst worden uitdrukkelijk voorbehouden. Deze rechten berusten bij Sdu Uitgevers.

Niets uit NDFR mag worden veelevoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch,mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the publisher's prior consent.