

Reactie op conclusie A-G: lijfswang en strafvervolgung dubbel gestraft?

Naar aanleiding van de conclusie van A-G Machielse van 15 mei 2018, [ECLI:NL:PHR:2018:444](#)

De vraag of naast lijfswang strafrechtelijke vervolging plaats mocht vinden is recent door A-G Machielse in een conclusie geanalyseerd. In deze zaak is civielrechtelijke lijfswang toegepast in verband met het niet betalen van belastingaanslagen én het niet voldoen aan inlichtingenverplichtingen. Daarnaast heeft strafrechtelijke vervolging plaatsgevonden in verband met het niet voldoen aan de inlichtingenverplichtingen die zien op de invordering van belastingen. Hof Amsterdam heeft het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk verklaard in de vervolging van de verdachte omdat het ne bis in idem-beginsel is geschonden.¹ De A-G concludeert tot vernietiging van die uitspraak omdat het ne bis in idem-beginsel niet is geschonden vanwege de toepassing van de recente arresten A. en B. tegen Noorwegen en het arrest Jóhannesson tegen IJsland van het EHRM. Wij menen dat de A-G die jurisprudentie te ruim uitlegt.

De verdachte is vervolgd wegens het niet voldoen aan de inlichtingenplicht van artikel 60 van de Invorderingswet 1990 (IW 1990). Indien niet aan de inlichtingenverplichtingen ten behoeve van de invordering wordt voldaan kan op grond van artikel 64 IW 1990 *strafrechtelijke vervolging* plaatsvinden.

De ontvanger heeft de verdachte eerder bij de civiele rechter gedagvaard om:

- 1) een vonnis tot lijfswang te verkrijgen én
- 2) inlichtingen ten behoeve van de invordering te verstrekken.

De rechtbank heeft de vordering op 16 maart 2000 toegewezen. Het gevolg daarvan was dat de verdachte een jaar in *gijzeling* is genomen.

Het Hof oordeelde in de strafzaak dat de verdachte voor de tweede keer is vervolgd voor hetzelfde feit waardoor het ne bis in idem-beginsel is geschonden. Tegen dat oordeel is cassatie ingesteld.

Het ne bis in idem-beginsel behelst het verbod op dubbele vervolging en bestraffing.² Bij de beoordeling of sprake is van een schending van het ne bis in idem-beginsel dienen achtereenvolgens de volgende vragen te worden beantwoord:

1. kwalificeren beide procedures als een 'criminal charge'?
2. Is sprake van 'hetzelfde feit' (idem)?
3. Is de eerste procedure onherroepelijk?
4. Is sprake van cumulerende procedures (bis)?

¹ Hof Amsterdam 28 oktober 2016, [ECLI:NL:GHAMS:2016:5267](#).

² Dit is neergelegd in artikel 68 van het Wetboek van Strafrecht. Ook in het Europese recht komt het ne bis in idem-beginsel tot uitdrukking. Zo is het verbod op dubbele vervolging en bestraffing neergelegd in artikel 4 van het Zevende Protocol bij het EVRM en in artikel 50 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

Of sprake is van een ‘*criminal charge*’ dient te worden beoordeeld aan de hand van de criteria zoals uiteengezet in het arrest Engel e.a. tegen Nederland van het EHRM.³ Aan de hand van een analyse van jurisprudentie van het EHRM die onder meer ziet op de kwalificatie van gijzeling als dwangmiddel om belasting- en douaneschulden te doen betalen, komt de A-G terecht tot de conclusie dat de lijfswang als ‘*criminal charge*’ kwalificeert.

De toetsing aan de Engel-criteria heeft tot gevolg dat lijfswang afhankelijk van de omstandigheden al dan niet als ‘*criminal charge*’ kwalificeert.⁴

De A-G meent tevens dat sprake is van ‘*hetzelfde feit*’. Hij acht van belang dat de lijfswang niet alleen zag op het verstrekken van inlichtingen over de betalingsonmogelijkheden waarop de dwangbevelen zagen maar ook zag op het verstrekken van inlichtingen waarop artikel 58 IW 1990 ziet.

Vervolgens komt de A-G toe aan het laatste aspect van het ne bis in idem-beginsel, namelijk of sprake is van twee cumulerende procedures (bis). Daarbij zijn de recente arresten van het EHRM *A. en B. tegen Noorwegen* en het arrest *Jóhannesson* tegen IJsland⁵ van belang. In die arresten heeft het EHRM overwogen dat geen sprake is van een schending van het ne bis in idem-beginsel wanneer de twee procedures voldoende nauw met elkaar samenhangen, zowel qua inhoud als in tijdsverloop. In de woorden van het EHRM: wanneer sprake is van ‘*a sufficiently close connection*’. Hiertoe acht het EHRM de volgende factoren van belang:

- Dienen de twee procedures andere doelen en bestraffen zij andere aspecten van het strafwaardige gedrag?
- Was de cumulatie van procedures voorzienbaar, zowel op grond van het recht als het beleid?
- Zijn de twee procedures zodanig ingericht dat dubbele bewijsgaring wordt voorkomen, vooral door samenwerking tussen de autoriteiten?
- En, ‘above all’, is de eerste bestraffing verdisconteerd in de tweede bestraffing, zodat de totale straf proportioneel is en geen excessieve last?

³ EHRM 8 juni 1976, nrs. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 (Engel e.a. t. Nederland). Van belang zijn 1) de nationale wetgeving, 2) de aard van de overtreding en 3) de aard en de zwaarte van de sanctie.

⁴ Zo oordeelde de Hoge Raad in het arrest van 20 december 2011 (HR 20 december 2011, [ECLI:NL:HR:2011:BP9449](#), NJ 2012/57) dat lijfswang in de zin van artikel 577c Sv als ‘penalty’ wordt aangemerkt. Dat de lijfswang als pressiemiddel werd ingezet deed daar niet aan af gelet op de andere omstandigheden. In het arrest van 24 januari 2014 (HR 24 januari 2014, [ECLI:NL:HR:2014:161](#), NJ 2014/70) ging de Hoge Raad niet in op de vraag of de gijzeling die ertoe diende om inlichtingen te verkrijgen een ‘*criminal charge*’ is en in het arrest van 8 mei 2015 (HR 8 mei 2015, [ECLI:NL:HR:2015:1225](#)) deed de Hoge Raad de zaak met artikel 81 RO af terwijl het Hof had geoordeeld dat gijzeling in verband met het niet verschaffen van inlichtingen aan de curator in het kader van een faillissement geen ‘penalty’ was.

⁵ EHRM 15 november 2016, nrs. 24130/11 en 29758/11 (A. en B. t. Noorwegen); EHRM 18 mei 2017, nr. 22007/11 (*Jóhannesson* e.a. t. IJsland).

Hof Amsterdam is van oordeel dat sprake is van een ontoelaatbare dubbele vervolging omdat zich 'een uitzonderlijke samenloop voordoet van het civielrechtelijk en strafrechtelijk traject'. Het Hof acht geen 'connection' aanwezig zoals bedoeld in de arresten van het EHRM, omdat de invordering onafhankelijk is van de uitkomst van de strafzaak.

De A-G kan zich niet vinden in dit oordeel van Hof Amsterdam. Hij wijst op de doelen van de lijfswang en de strafvervolging, die naar zijn mening niet totaal verschillend zijn, maar evenmin met elkaar samenvallen (het eerste criterium uit het arrest A. en B.). De lijfswang is enkel gericht op de invordering, terwijl het strafrecht 'een ander accent' heeft. Een strafvervolging is stigmatiserender, aldus de A-G. Wat betreft het tweede criteria – de voorzienbaarheid – stelt de A-G dat de verdachte had kunnen voorzien dat naast de lijfswang ook een vervolging zou kunnen plaatsvinden. Tevens is de A-G van mening dat een excessieve last kan worden voorkomen door de strafrechter, omdat de rechter rekening kan houden met de eerdere lijfswang.

Wij menen dat de A-G de door het EHRM gegeven criteria onjuist toepast.

Het is immers niet doorslaggevend of de strafrechter rekening *kan* houden met een eerdere criminal charge, maar of deze straf daadwerkelijk is verdisconteerd. Ook overtuigt de redenering betreffende de strafdoelen niet. Dat een strafzaak stigmatiserender is en een ander accent heeft, staat als een paal boven water. Dit zegt echter niets over de strafdoelen van de desbetreffende strafbepalingen en of deze gelijk zijn aan de doelen van lijfswang. Met name nu de civielrechtelijke procedure naast het afdwingen van betaling ook zag op het verstrekken van informatie ten behoeve van de invordering heeft dat tot gevolg dat in beide procedures het niet verstrekken van informatie wordt bestraft. Tot slot gaat de A-G voorbij aan de temporele samenhang tussen de procedures. De lijfswang heeft plaatsgevonden in het jaar 2000 en 2001 en is geëindigd op 16 maart 2001. De strafzaak loopt nog in het jaar 2018. Uit het arrest Jóhannesson volgt dat in ieder geval geen voldoende samenhang aanwezig is bij een tijdsverloop van in totaal negen jaar, waarvan de twee procedures slechts gedurende één jaar tegelijkertijd plaatsvonden.⁶ Gelet daarop is ook in het onderhavige geval geen voldoende samenhang in tijd aanwezig.

In onze optiek is in de onderhavige zaak dan ook sprake van een ontoelaatbare dubbele vervolging. Dit geval leent zich daarom voor een vergelijkbare afdoening als het alcoholslotprogramma arrest: de beginselen van een behoorlijke procesorde staan aan een strafvervolging in de weg.

⁶ Zie ook A.C.M. Klaasse en J.N. de Boer, [Cumulerende procedures en dubbele bestrafing](#), TBS&H december 2017.