

Jurisprudentie

Niet-ontvankelijkheid Openbaar Ministerie wegens handelen in strijd met Protocol AAFD en BBBB?

Annotatie bij HR 21 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:237

Mr. dr. B. van der Vorm*

132

1. Nergens als in het fiscale strafrecht speelt het *una via*-beginsel zo'n belangrijke rol. Om een ongewenste cumulatie tussen bestuursrechtelijke-fiscale en strafrechtelijke sancties te voorkomen, is afstemming tussen de Belastingdienst en het Openbaar Ministerie van eminent belang. Ook uit jurisprudentie van de strafkamer van de Hoge Raad blijkt dat problemen ten aanzien van het *una via*-beginsel zich vooral voordoen in het fiscale strafrecht.¹ In de onderhavige fiscale strafzaak staat de gedachte van het *una via*-beginsel centraal.² In de kern klaagt de verdediging namens de verdachte (ten aanzien van wie het feitelijk leiding geven aan door een rechtspersoon begaan van valsheid in geschrift, terwijl het feit ertoe strekt dat te weinig belasting wordt geheven, is bewezen verklaard (art. 68 lid 1 onder c jo. art. 69 lid 2 AWR)), over de verwerping van het verweer dat het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk is in de vervolging (r.o. 2.1). De verdediging voert daartoe aan dat het gerechtshof heeft miskend dat het Openbaar Ministerie heeft gehandeld in strijd met het Protocol aanmelding en afdoening van fiscale delicten en delicten op het ge-

bied van douane en toeslagen (hierna: Protocol AAFD) en het Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst (hierna: BBBB) door de verdachte te vervolgen. Volgens de verdediging moet het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk worden verklaard, omdat *'de hoogte van het fiscaal nadeel het in het BBBB genoemde drempelbedrag van € 20.000,00 niet haalt. Het Openbaar Ministerie heeft gehandeld in strijd met zijn eigen beleidsregels, en daarmee in strijd met de beginselen van behoorlijke procesorde, door te vervolgen terwijl het (potentiële) fiscale nadeel slechts (ongeveer) € 8.400,00 doch in ieder geval minder dan € 20.000,00 bedraagt'* (r.o. 2.2.4). Dit door de verdediging aangeduide drempelbedrag vindt de grondslag in het bepaalde in § 15 onder 6 BBBB.³ Hieruit blijkt namelijk dat ten behoeve van de uitvoering van het AAFD Protocol de ambtenaar van de Belastingdienst een vermoeden van een strafbaar feit meldt bij de boete-fraudecoördinator als het nadeel ten minste € 20.000 bedraagt. Het is de boete-fraudecoördinator die beoordeelt of voor ten minste € 20.000 vermoedelijk sprake is van opzet (r.o. 2.3). Op grond van het Protocol AAFD beoordeelt de officier van justitie in overleg met de Belastingdienst of sprake is van opzet bij een nadeelbedrag van € 100.000 of meer, om de afweging te maken tussen strafrechtelijk vervolging of niet.

* Mr. dr. B. van der Vorm is universitair docent straf(proces)- en bestuursrecht en is verbonden aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen, de Afdeling Staatsrecht, Bestuursrecht en Rechtstheorie en het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging van de Universiteit Utrecht.

1 Zie bijvoorbeeld HR 15 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:364, NLF 2022/0836, m.nt. Iris de Roos; HR 4 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1364, NLF 2022/2133, m.nt. Roel Kerckhoffs.

2 Vgl. de annotatie van Kim Demandt onder hetzelfde arrest in NLF 2023/0555.

3 Hierbij kan worden opgemerkt dat voorheen de drempelbedragen (wel in de ATV-richtlijnen stonden en het drempelbedrag in uitzonderlijke gevallen wel een reden was om het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk in de vervolging te verklaren).

2. Uit deze uitspraak blijkt dat de Hoge Raad – net als het gerechtshof – overweegt dat het Openbaar Ministerie ontvankelijk is de vervolging. De volgende redenen liggen hieraan ten grondslag: het tenlastegelegde feit voldoet aan de criteria voor aanmelding voor mogelijke strafrechtelijke afhandeling zoals bedoeld in het Protocol AAFD, de zaak leent zich voor een strafrechtelijke afdoening onder de ‘thematische aanpak’ en het voorschrift dat is neergelegd in § 15 onder 6 BBBB staat niet aan ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in de weg. Volgens het hof is hier sprake van meldingen binnen de Belastingdienst, waarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de afstemming tussen de Belastingdienst en het Openbaar Ministerie in de gevallen waarin zowel de oplegging van een bestuurlijke boete als een strafrechtelijke vervolging openstaat (r.o. 2.5.1). De Hoge Raad vindt het oordeel van het hof niet blijken van een onjuiste rechtsopvatting en het is niet onbegrijpelijk (2.5.2).

3. Hoe moet de melding aan de boete-fraudecoördinator nu worden beschouwd? De Hoge Raad is duidelijk: deze melding staat los van vraag naar de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. De melding heeft als doel om een selectie te maken binnen de Belastingdienst ten aanzien van de aanmeldingen van mogelijke delicten die voor strafrechtelijke afhandeling in aanmerking komen voor de rechtsgebieden belastingen, toeslagen en douane. Het is een interne melding binnen de Belastingdienst die het Openbaar Ministerie niet bindt, omdat hier sprake is van een beleidsregel van de Belastingdienst.⁴ De keuze voor bestuursrechtelijke of strafrechtelijke afdoening vindt plaats tijdens het afstemmingsoverleg tussen de Belastingdienst en het Openbaar Ministerie. In dit verband is het raadzaam om een vergelijking te maken met de Aanwijzing sociale zekerheidsfraude. Ook in deze aanwijzing zijn criteria te vinden op basis waarvan moet worden beoordeeld in hoeverre sprake dient te zijn van een bestuursrechtelijke of een strafrechtelijke afdoening. Uit deze aanwijzing blijkt onder andere dat het benadelingsbedrag is gekoppeld aan de keuze tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke afdoening. Er wordt een onderscheid tussen de zaken waarin een nadeel kleiner is dan € 50.000 (categorie I-zaken) en de zaken waarin een nadeel groter of gelijk is aan € 50.000 (categorie II-zaken). Het uitgangspunt is dat de categorie I-zaken bestuursrechtelijk worden afgedaan. Een strafrechtelijke interventie vindt in beginsel pas plaats wanneer er sprake is van een benadelingsbedrag van € 50.000 of meer (categorie II-zaak), maar hierop zijn in de aanwijzing diverse uitzonderingen gemaakt. Zo kan ondanks een benadelingsbedrag van lager dan € 50.000 toch strafrechtelijk worden gehandhaafd, indien bijvoorbeeld strafrechtelijke dwangmiddelen zijn toegepast, de verdachte een voorbeeldfunctie heeft en er sprake is van herhaling van overtredingen binnen een bepaalde periode.⁵ Bezien

vanuit dit perspectief is het niet vreemd dat de verdediging in de onderhavige casus het bedrag van € 20.000 heeft gekoppeld aan de ontvankelijkheidsvraag van het Openbaar Ministerie (r.o. 2.1).

4. De les die uit deze uitspraak kan worden getrokken is dat voor de praktijk het benadelingsbedrag van € 20.000 illusoir is in die zin dat het ook mogelijk is dat tot strafrechtelijke vervolging wordt overgegaan, terwijl het benadelingsdrag lager is dan € 100.000 en zelfs lager dan € 20.000.⁶ Dit betekent dat ook zaken met een lager bedrag dan € 20.000 kunnen worden gemeld bij de boete-fraudecoördinator. Ook moet worden opgemerkt dat het melden van een zaak bij de boete-fraudecoördinator niet betekent dat de zaak per definitie wordt ingebracht bij het afstemmingsoverleg. Het in kennis stellen van de boete-fraudecoördinator moet worden beschouwd om de eenheid in het boetebeleid te bewaken.⁷ De hoogte van het benadelingsbedrag speelt – in tegenstelling tot de Aanwijzing sociale zekerheidsfraude – blijkens dit arrest een zeer marginale rol waar het gaat om de keuze tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke afdoening; de uitkomst van het afstemmingsoverleg tussen de Belastingdienst en het Openbaar Ministerie is hier bepalend. Uiteraard wel op basis van het nadeelbedrag in combinatie met de andere wegingscriteria. Het is evenwel onduidelijk welk gewicht moet worden toegekend aan de aanvullende wegingscriteria, waardoor het niet duidelijk is wanneer een zaak in het bestuursrecht of in het strafrecht belandt.⁸ In dat perspectief komt de toepassing van de criteria willekeurig voor, hetgeen problematisch is in het licht van het rechtszekerheidsbeginsel. Dit geldt te des meer, omdat de verdachte nauwelijks inzicht krijgt in die afweging van de wegingsploeg, waardoor de verdachte maar moet raden waarom de zaak toch het strafrecht in wordt getrokken.

5. In deze zaak is evenwel geen sprake van handelen in strijd met het *una via*-beginsel. Een probleem met het *una via*-beginsel zou zich overigens voordoen indien de uitkomst van het afstemmingsoverleg is dat bestuursrechtelijke afdoening – middels de oplegging van een bestuurlijke boete – aangewezen is, en nadien het Openbaar Ministerie – wegens hetzelfde feit – desalniettemin tot vervolging overgaat. Een interessante vervolgvraag is dan hoe deze kwestie zich verhoudt tot het bepaalde in artikel 243 lid 2 Sv, waaruit blijkt dat het mogelijk blijft om een zaak te heropenen, indien er nieuwe bezwaren zijn in de zin van artikel 255 Sv. Dit afwijkend handelen van het Openbaar Ministerie ten aanzien van de uitkomst van het afstemmingsoverleg zou wel erg op gespannen voet staan met het vertrouwensbeginsel.

4 Strikt genomen is dit ook wat het gerechtshof overweegt.

5 HR 27 september, ECLI:NL:HR:2022:1123, NJ 2023/9, m.nt. N. Jörg.

6 De les is óók dat het Openbaar Ministerie niet gebonden is aan het beleid van de Belastingdienst en dat de verdachte geen vertrouwen kan ontlenen aan dergelijk beleid.

7 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 154.

8 C. Hofman, ‘Fiscale handhaving, dual of integraal?’, *Ars Aequi* 2023, p. 217.

Hoewel de Hoge Raad niet snel het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk verklaart wegens handelen in strijd met het *una via*-beginsel, is het interessant hoe de Hoge Raad omgaat met een dergelijke casus.