

NTFR 2016/1291

Formeel belastingrecht

Schending van art. 6 EVRM door niet-horen getuigen

EHvRM 15 maart 2016, 39966/09

0315JUD003996609

Belastingjaar/tijdvak: 1999-2003

Wetsartikelen: Art. 8:61, Awb; Art. 6,

EVRM

**Samenvatting**

Gillissen, een voormalige politieman, ontving sinds 1996 een WAO-uitkering. Het was hem door de uitkeringsinstelling toegestaan om zonder gevolgen voor zijn uitkering maximaal f 60.000 per jaar bij te verdienen als zelfstandig ondernemer. Toen het UWV in 2003 er achter kwam dat hij meer bijverdiende, vorderde het UWV de te veel ontvangen uitkering terug. Voorts werd hij strafrechtelijk vervolgd wegens, kort gezegd, uitkeringsfraude. Gillissen verweerde zich zowel tegen de terugvordering als tegen de strafrechtelijke vervolging met het argument dat hij (in 1999) met een ambtenaar (de heer G) van de toentertijd bevoegde uitkeringsinstelling Cadans, in aanwezigheid van diens collega (de heer S) de afspraak had gemaakt dat hij méér dan f 60.000 per jaar zou mogen verdienen teneinde reserves op te bouwen voor het geval zijn gezondheid verder zou verslechteren.

In de procedure over het terugvorderingsbesluit beklagde Gillissen zich erover dat het UWV de heren G en S niet had gehoord. De rechtbank oordeelde dat Gillissen de afspraak niet aannemelijk had gemaakt en verwierp het beroep. In hoger beroep (bij de CRvB) had Gillissen de heren G en S niet meegenomen naar de zitting of opgeroepen als getuigen. Hij had ervoor gekozen het aan de CRvB over te laten of die de getuigen wilde oproepen of niet. Tevens beriep hij zich erop dat de strafrechter hem in hoger beroep had vrijgesproken omdat die de gestelde afspraak aannemelijk had geacht. Na de mondelinge behandeling heropende de CRvB het onderzoek teneinde een vraag aan het UWV te stellen over een ander onderwerp dan de gestelde afspraak. De CRvB ging niet over tot oproeping van de getuigen. Vervolgens verwierp de CRvB het hoger beroep omdat Gillissen het bestaan van de door hem gestelde afspraak niet aannemelijk had gemaakt.

Gillissen diende daarop een klacht in bij het EHRM wegens schending van art. 6, lid 1, EVRM. Hij stelde dat de weigering van (de rechtbank en) de CRvB om de heren G en S als getuigen op te roepen hem in een substantieel nadelige positie ten opzichte van het UWV had geplaatst. De Staat voerde als verweer onder meer aan dat Gillissen niet de hem ter beschikking staande mogelijkheden had benut om de getuigen te laten horen. Gillissen had immers de gelegenheid de getuigen mee te brengen naar de zitting van de CRvB of hen daarvoor op te roepen, maar daarvan heeft hij bewust afgezien. Gillissen heeft ook niet gevraagd om een tweede

zitting teneinde de getuigen te doen horen. Hij had het aan de CRvB overgelaten om de getuigen al dan niet op te roepen. Tot een dergelijke oproeping was de CRvB volgens de Staat niet verplicht. Dat de strafrechter tot een ander oordeel was gekomen dan de CRvB deed volgens de Staat niet voldoende ter zake, omdat de bewijslastverdeling anders is. Met name geldt in strafzaken een onschuldpresumptie terwijl in bestuursrechtelijke zaken de bewijslast van een feit rust op de partij die het feit stelt. Voorts stelde de Staat dat de CRvB niet anders zou hebben kunnen beslissen als de afspraak wel zou zijn bewezen omdat de afspraken van Gillissen worden bepaald door de wet en niet mede door een mondelinge afspraak.

Het EHRM vindt dat Gillissen niet heeft nagelaten gebruik te maken van een gelegenheid om de getuigen te laten horen. Gillissen heeft daarom alle nationale rechtsmiddelen benut, als bedoeld in art. 35, lid 1, EVRM.

Vervolgens stelt het EHRM voorop dat art. 6, lid 1, EVRM de rechter verplicht tot een zorgvuldige beoordeling van de ingediende processtukken, argumenten en bewijsmiddelen zonder vooruit te lopen op de relevantie ervan voor zijn beslissing ('to conduct a proper examination of the submissions, arguments and evidence adduced by the parties, without prejudice to its assessment of whether they are relevant to its decision'). Deze bepaling geeft geen uitdrukkelijke garantie van het recht van een partij om getuigen te horen of andere bewijsmiddelen aan te voeren. Een beperking van dat recht moet in overeenstemming zijn met de vereisten van een fair hearing als bedoeld in art. 6, lid 1. In dit geval is het vereiste van 'equality of arms' (in de zin van een 'fair balance' tussen partijen) van belang. Het EHRM verwierpt het standpunt van de Staat dat de CRvB niet anders zou hebben beslist als Gillissen het bestaan van de afspraak zou hebben bewezen. Het wijst erop dat de CRvB het beroep van Gillissen heeft afgewezen op de grond dat het bestaan van de afspraak niet is komen vast te staan. Het EHRM oordeelt vervolgens dat het 'cannot find that the Central Appeals Tribunal (= CRvB) would have been prevented from deciding in the applicant's 9 (= Gillissens) favour had the agreement been found to exist in the terms alleged'. Reeds om deze reden vereiste art. 6, lid 1, EVRM dat de CRvB het getuigenbewijsaanbod van Gillissen niet onbeantwoord mocht laten. Daarbij komt nog dat de vrijspraak in de strafzaak en de motivering ervan zodanig zijn dat de beslissing van de CRvB die vrijspraak te negeren een verklaring vereiste ('called for an explanation'), ook als in aanmerking wordt genomen dat de toets voor bewijslevering in een strafprocedure verschilt van de toets die in een bestuursrechtelijke procedure moet worden aangelegd. Het EHRM oordeelt daarom dat Gillissen door de weigering van de CRvB om de getuigen overeenkomstig het verzoek van Gillissen te horen in een substantieel nadelige positie ten opzichte van het UWV is geplaatst en dat art. 6, lid 1, EVRM daarom is geschonden.

COMMENTAAR

VAN DER VOORT
MAARSCHALK¹

Dit arrest van het EHRM kan belangrijke gevolgen hebben voor het leveren van getuigenbewijs in bestuursrechtelijke – dus ook fiscale – procedures. Met name lijkt het erop dat de regel die de Hoge Raad heeft gegeven in zijn arrest van 23 mei 2014, nr. 12/05526, NTFR 2014/1491, met commentaar van I.R.J. Thijssen, op losse schroeven is komen te staan. In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat een bestuursrechter in beginsel voldoende gelegenheid biedt tot het leveren van getuigenbewijs doordat in de uitnodiging voor de zitting staat dat partijen desgewenst getuigen kunnen meenemen of oproepen. Een partij die getuigenbewijs wil leveren moet die getuigen dus meenemen naar de zitting, anders is haar kans in de regel voorbij.

In bovenstaande zaak had de Gillissen bewust ervan afgezien de twee getuigen die hij wilde horen mee te nemen naar de zitting van de CRvB of hen op te roepen. Hij had ervoor gekozen het aan de CRvB over te laten om de getuigen al dan niet op te roepen (r.o. 15, 18 en 33). De CRvB deed dat niet en wees het hoger beroep van Gillissen af omdat hij het bestaan van de door hem gestelde afspraak niet had bewezen (r.o. 17).

Bij de beoordeling van de preliminaire vraag of Gillissen alle nationale mogelijkheden heeft benut (zoals vereist is in art. 35, lid 1, EVRM) is merkwaardig dat het EHRM het heeft over een consequente weigering (consistent refusal) van de CRvB om Gillissens dringende en herhaalde verzoeken te honoreren om de twee getuigen te horen (rov. 42, 45) en dat het EHRM 'cannot find that the applicant failed to make use of an opportunity to have a competent tribunal hear the witnesses on whose evidence he wished to rely'. Ik begrijp het EHRM niet. De CRvB heeft niets geweigerd. Gillissen heeft juist wel nagekomen gebruik te maken van een hem ten dienste staande mogelijkheid om de getuigen te doen horen: hij heeft immers bewust ervan afgezien de getuigen mee te nemen naar de zitting of hen daarvoor op te roepen. Dit aspect kan het EHRM moeilijk zijn ontgaan want de Staat heeft daarop duidelijk gewezen, zoals ook met zoveel woorden in het arrest is vermeld (r.o. 31 en 32).

Wat de beoordeling betreft van de – vermeende – weigering van de rechtbank en CRvB om de getuigen te horen (maar vooral, zo voeg ik toe: hen als getuigen op te roepen) legt het EHRM sterk de nadruk op de eigen verantwoordelijkheid van de rechter 'to conduct a proper examination of the submissions, arguments and evidence adduced by the parties, without prejudice to its assessment of whether they are relevant to its decision'.

Ik meen uit r.o. 54 te kunnen afleiden dat een rechter op grond van art. 6, lid 1, EVRM verplicht is na een adequaat getuigenbewijsaanbod de daarin bedoelde getuigen te horen als de daarmee te bewijzen feiten tot een andere beslissing zouden kunnen leiden. De CRvB had immers op het getuigenbewijsaanbod in moeten gaan als hij 'would have been prevented from deciding in the applicant's favour' als de afspraak zou

blijken te bestaan. Dat de CRvB daarom op grond van art. 6, lid 1, EVRM gehouden was 'not to leave the applicant's offer to produce witness evidence unanswered' komt voor een Nederlandse lezer misschien weinig dwingend over, maar de overweging van het EHRM is naar mijn indruk wel degelijk dwingend op te vatten. Mijn voorzichtige conclusie is daarom dat de EHRM-uitspraak meebrengt dat de bestuursrechter na een relevant getuigenbewijsaanbod de daarin bedoelde getuigen moet horen en daarvoor zo nodig een nieuwe zitting moet agenderen. Een getuigenbewijsaanbod is niet relevant – en kan dus worden gepasseerd – als beoogd wordt feiten te bewijzen die voor de beslissing niet relevant zijn, die niet in geschil zijn of die de rechter om andere redenen al aannemelijk acht. Aan een getuigenbewijsaanbod kan eveneens voorbij worden gegaan als de gestelde feiten slechts door middel van een geschrift bewezen kunnen worden (zoals bijvoorbeeld het bestaan van een vof (art. 22 K) een borgtocht (art. 7:859 BW) of een concurrentiebeding (art. 7:653, lid 1, BW)). Ten slotte kan aan een getuigenbewijsaanbod worden voorbijgegaan als het te vaag of te algemeen is. Zo is het aanbod om 'alle gestelde feiten te bewijzen met alle middelen rechtens, waaronder door getuigen' te algemeen. Zo'n aanbod kan de rechter (desgewenst ongemotiveerd) passeren.

Het is mij uit het arrest niet duidelijk of de rechter na een relevant getuigenbewijsaanbod steeds zelf de getuige moet oproepen (zodat die verplicht is te verschijnen) als een partij daarom verzoekt. Mogelijk hangt het af van de motivering van zo'n verzoek. Als de getuigen zich in het domein van de wederpartij bevinden (zoals in het geval van Gillissen) of aannemelijk is dat zij niet zonder meer vrijwillig zullen verschijnen, dan kan ik mij voorstellen dat de verantwoordelijkheid voor een zorgvuldige beoordeling die art. 6, lid 1, EVRM op de rechter legt meebrengt dat hij zelf de getuigen moet oproepen.

Op zichzelf geldt art. 6 EVRM niet voor belastinggeschillen. Zie bijvoorbeeld EHRM 12 juli 2001, nr. 44759/98 (Ferrazzini/Italië), NJ 2004/435, BNB 2005/222. De belastingrechter zou daarom op het eerste gezicht voorbij kunnen gaan aan bovenstaande uitspraak van het EHRM. Volgens de Hoge Raad kan echter aansluiting worden gezocht bij de jurisprudentie van het EHRM als het gaat om rechtsbeginselen die los van art. 6 EVRM evenzeer gelden binnen de Nederlandse rechtsorde. Zie HR 10 juni 2011, nrs. 09/02639, 09/05112 en 09/5113, NTFR 2011/1366, NTFR 2011/1367, NTFR 2011/1368, met commentaar van J.M. van der Vegt, r.o. 3.3.1 resp. 3.3.2, waarin het ging om de redelijke behandelingstermijn. Het door het EHRM in bovenstaande uitspraak toegepaste rechtsbeginsel van *equality of arms* lijkt mij evenzeer te gelden binnen de Nederlandse rechtsorde, los van art. 6 EVRM. Bovenstaande EHRM-uitspraak zal daarom in plaats van het arrest van de Hoge Raad van 23 mei 2014 tot richtsnoer moeten worden genomen als het gaat om het oproepen en horen van getuigen in fiscale procedures.

1 Mr. A.E.H. van der Voort Maarschalk is fiscaal advocaat bij Houthoff Buruma, Amsterdam.