

Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 17 november 2017, ECLI:NL:OGGEAC:2017:167

mr. K.M.G. Demandt en mr. M. Coenen¹

1. Inleiding

Eén van de meest lezenswaardige uitspraken van het najaar 2017 is afkomstig van het Gerecht in eerste aanleg te Curaçao. Het gaat om de vrijspraak van Emsley Tromp, de voormalig directeur van de Centrale Bank van Curaçao en Sint-Maarten. Een zaak met vele aspecten, die in essentie stukloopt op een vrij basaal juridisch verweer: er is geen sprake van opzet.

In deze bijdrage gaan wij nader in op een aantal van de legio juridische verweren die zijn aangevoerd. Hoewel nagenoeg de hele uitspraak interessant genoeg is om te becommentariëren, hebben we ons beperkt tot de – in onze ogen – meest relevante verweren voor de Nederlandse fiscale strafpraktijk. Het gaat over (on)voorwaardelijk opzet, de betrokkenheid van een adviseur bij de aangifte, het vertrouwensbeginsel en het pleitbaar standpunt.

2. De verdenking

Waar gaat het feitelijk eigenlijk over? De verdenking van belastingfraude ziet op de pensioenregeling van de verdachte. De Centrale Bank heeft verdachte een pensioen toegezegd, waarbij gebruik wordt gemaakt van een daartoe op te richten Stichting Pensioenfonds E. Tromp (hierna: de Stichting). Deze Stichting heeft een pensioenregeling afgesloten met een verzekeringsmaatschappij. Over de wijze van vormgeving hiervan is door de fiscaal adviseur van de verdachte in 1994 afstemming gezocht met de Belastingdienst, wiens goedkeuring is verkregen (hierna: de ruling). Vanaf 2006 worden de gelden overgemaakt direct naar de Stichting.

Waar het fiscaal gezien om gaat is dat de pensioenregeling van verdachte volgens het Openbaar Ministerie (sinds een wetwijziging in 2001 en 2002) niet (meer) voldoet aan de wet- en regelgeving. Daardoor is de fiscale omkeerregel niet meer van toepassing.² Op grond daarvan is de verdenking dat

opzettelijk onjuiste aangiften inkomstenbelasting zijn gedaan, omdat de verdachte volgens het Openbaar Ministerie belasting had moeten betalen over de door de werkgever afgedragen pensioenpremies. De subsidiair tenlastegelegde valsheid in geschrifte ziet eveneens op het (laten) opmaken van valse belastingaangiften.

3. Het niet-ontvankelijkheidsverweer

Voorafgaand aan de inhoudelijke beoordeling oordeelt het Gerecht over de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. De verdediging heeft hiertoe een flink aantal argumenten aangevoerd, die allen even lezenswaardig zijn. De pleitnota van de verdediging, alsook het requisitoir van het Openbaar Ministerie, zijn online te vinden via lokale media. De beschikking op het bezwaarschrift tegen de dagvaarding dat door de verdediging was ingediend is inmiddels gepubliceerd op rechtspraak.nl.³ Dat het starten van deze procedure het nodige teweeg heeft gebracht bij beide partijen, blijkt duidelijk uit hetgeen zowel door het Openbaar Ministerie als door de verdediging wordt aangevoerd in de beide procedures.

Geen van de door de verdediging aangevoerde argumenten leidt echter tot niet-ontvankelijkheid. Daarom zullen wij eerst de inhoudelijke beoordeling van het Gerecht bespreken, maar op een van de aangevoerde punten – de media-aandacht voor de zaak – komen wij aan het einde van deze noot terug.

4. Actus reus: onjuistheid van de aangifte

Terug naar de basis, moet het Gerecht hebben gedacht. In de beschouwingen omtrent de grondslag van de tenlastelegging maakt het Gerecht een duidelijk onderscheid tussen de actus reus en de mens

1. Kim Demandt en Maaïke Coenen zijn beiden advocaat bij Hertoghs advocaten te Breda.

2. Art. 6 Landsverordening op de Loonbelasting. Die regel houdt in dat door de werkgever betaalde pensioenpremies zijn vrijgesteld van heffing terwijl de latere

pensioenuitkeringen belast zijn. Het Nederlandse equivalent van deze regel is opgenomen in art. 11 Wet op de Loonbelasting.

3. Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 21 juli 2017, ECLI:NL:OGHACMB:2017:149.

rea. Dit kan worden doorgetrokken naar de gehele zaak. Het duidelijke onderscheid tussen de actus reus (de objectieve bestanddelen) en de mens rea (subjectieve bestanddelen) komt namelijk ook in de inhoudelijke overwegingen terug.

Een interessant punt in het licht van de verdenking, is dat deze puur fiscale kwestie gaat over het toepassen van de omkeerregel bij pensioenen: zijn de aanspraken nu of later belast? Door de verdediging wordt dan ook (terecht) opgemerkt in diens pleitnota dat het in wezen niet gaat om *geen* belasting betalen, maar om *het moment* waarop belasting moet worden betaald. Waarom van dit punt dan zo'n strafrechtelijke heisa maken? Het Gerecht gaat in de uitspraak op dit punt verder niet in.

Het Gerecht beoordeelt eerst of sprake is van voldoende bewijs voor de objectieve bestanddelen: is een onjuiste aangifte gedaan? Kernvraag is of de pensioenregeling van verdachte een pensioenregeling in de zin van art. 6A LLB is.⁴ Voor het bevestigende antwoord op die vragen zijn door de verdediging maar liefst vijf opinies ingebracht van fiscaal deskundigen, die tot eensluidende conclusies komen. Dit is van belang voor de vraag of überhaupt sprake is van onjuistheid, maar ook voor de (vervolg)vraag of sprake is van een pleitbaar standpunt ten aanzien van de juistheid van de aangifte.

Het Gerecht oordeelt dat de Stichting weliswaar een pensioenlichaam is, maar niet als pensioenverzekeraar heeft te gelden. Dit is van belang voor de vraag of de omkeerregeling al dan niet van toepassing is.⁵ Ook de Bank of America, waar de pensioengelden later zijn ondergebracht, kan niet met een pensioenverzekeraar gelijk worden gesteld. Daarmee is naar het oordeel van het Gerecht niet aan de wettelijke voorwaarden voldaan. Ook het subsidiaire standpunt van de verdediging dat de Stichting als ondernemingspensioenfonds is te kwalificeren wordt verworpen. De vraag of verdachte op de rulling mocht vertrouwen, wordt doorverwezen naar de opzetvraag.

Voor het Gerecht staat dus vast dat de verdachte onjuiste aangiften inkomstenbelasting heeft gedaan. Dat de strafrechter, een enkelvoudige kamer bovendien, daarmee de opinies van vijf fiscale experts terzijde schuift zonder dat ook maar een fiscale rechter heeft geoordeeld dat de aangiften onjuist zijn, is op zijn zachtst gezegd verrassend te noemen.

4. De omvang en reikwijdte van deze bijdrage laat de bespreking niet toe van de daaropvolgende vraag of de inperking van de positie van rechtspersonen om als pensioenverzekeraar op te treden uit de Beschikking Pensioenen dan onverbindend moet worden verklaard. Aan beoordeling van deze vraag komt het Gerecht ook niet toe, omdat de inperking naar het oordeel van het Gerecht al uit de wet volgt.

5. De omkeerregel uit art. 6 Landsverordening op de Loonbelasting (LLB) houdt in dat belastingheffing in de loon- en inkomensbelastingsfeer plaatsvindt op het moment dat het pensioen wordt uitgekeerd en niet op het moment dat de pensioenaanspraak wordt toegekend. Het Nederlandse equivalent van deze regel is art. 11 Wet op de Loonbelasting.

Weliswaar is door de Belastingdienst een navorderingsaanslag aan verdachte opgelegd, maar die werd pas opgelegd nadat bekend werd dat het strafrechtelijk onderzoek tegen verdachte aanhangig zou worden gemaakt. Geen al te sterk signaal van de Belastingdienst omtrent de onjuistheid, menen wij. Daar komt nog bij dat uit het pleidooi van de verdediging zelfs blijkt dat voor de jaren 2015 en 2016 de aftrek van de werknemersbijdrage van de pensioenpremies zonder discussie door de Belastingdienst is geaccepteerd.⁶ Is dan ook de Belastingdienst het niet met het standpunt van de Openbaar Ministerie eens? Interessant (en jammer) in dit opzicht is ook dat het Gerecht voor het voorleggen van de kwestie aan de fiscale rechter geen ruimte aanwezig acht.⁷ Met deze uitspraak van de strafrechter zal men het dus moeten doen.

5. Mens rea: (voorwaardelijk) opzet

Voor een strafrechtelijke bewezenverklaring is (gelukkig) meer nodig dan een onjuiste aangifte. Het daarvoor vereiste opzet bespreekt het Gerecht 'trapsgewijs', waarbij het eerst onderscheid maakt tussen voorwaardelijk opzet en onvoorwaardelijk opzet. Daarbij merkt het Gerecht op dat *'een weging en waardering [zal] worden gemaakt van de omstandigheden die zien op verdachtes wil en wetenschap, in die zin dat de aanwijzingen die voor of tegen de verdachte pleiten zullen worden onderzocht'*. Van deze omstandigheden belichten wij er hier drie.

Deze aanpak van het Gerecht brengt mee dat het aan geen enkele van de individueel besproken omstandigheden de conclusie verbindt dat wel of geen sprake is van opzet, maar deze uiteindelijk in samenhang beziet.

5.1. Disculpeert het inschakelen van een adviseur de verdachte?

De belastingaangiften van de verdachte zijn ingediend door KPMG Meijburg & Co, waar hij werd bijgestaan door een fiscaal adviseur. Het Gerecht verwijst naar de bekende adviseursjurisprudentie van de belastingkamer van de Hoge Raad uit 2009.⁸ Daaruit volgt dat indien een belastingplichtige zich laat bijstaan door een adviseur die hij voor voldoende deskundig mocht houden en aan wiens zorgvuldige taakvervulling hij niet hoefde te twijfelen, er geen aanleiding is om aan de belastingplichtige de algemene eis te stellen dat hij zich – ter voorkoming

6. Par. 219 van de pleitnota. De pleitnota is benaderbaar via Scribd, zie ook knipselkrant-curaçao.com.

7. R.o. 5.1. Het Gerecht verstaat het verweer als een schorsingsverzoek en is van oordeel dat noch de wettekst, noch de rechtspraak, noch de rechtsliteratuur ruimte geeft voor de mogelijkheid van een schorsing van de vervolging in een fiscale strafzaak teneinde het geschil aan een fiscale rechter voor te leggen.

8. Par. 6.3.2. Het Gerecht verwijst naar Hoge Raad 13 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2856.

van fouten – ook in de inhoudelijke aspecten van de op hem toepasselijke belastingregelingen verdiept. Alsdan is van opzet bij de belastingplichtige geen sprake. Het is geen vanzelfsprekendheid dat de fiscale jurisprudentie een op een wordt doorgetrokken naar het (fiscale) strafrecht, maar deze ontwikkeling is toch al enige tijd gaande.⁹

Desondanks wordt wel een zekere zorgplicht van de belastingplichtige verwacht, aangezien de Belastingkamer van de Hoge Raad in 2006 heeft geoordeeld dat een belastingplichtige zich niet achter een adviseur kan verschuilen als blijkt dat onjuiste aangiften zijn gedaan. Om zich te kunnen disculperen moet de belastingplichtige wel voldoende zorg hebben betracht bij het uitkiezen van en de samenwerking met de adviseur.¹⁰ Dit criterium wordt ook toegepast in het strafrecht.¹¹

In dit geval is sprake van een gerenommeerd kantoor, is de fiscaal adviseur tevens bestuurslid van de Stichting van verdachte en ook voorzitter van de Raad van Commissarissen van de Centrale Bank. Welbekend met de pensioenvoorziening dus. Daarnaast overweegt het Gerecht dat ook aan de deskundigheid van de adviseur zelf of die van KPMG Meijburg & Co door verdachte niet getwijfeld hoeft te worden. Het Gerecht overweegt dan ook dat het niet noodzakelijk was voor verdachte om zelf onderzoek te verrichten of, bijvoorbeeld, een tweede fiscalist in te schakelen.

Gelet hierop had de verdachte in elk geval geen reden om te twifelen aan de juistheid van de aangiften. Het Gerecht komt echter (nog) niet tot de conclusie dat dus geen sprake is van opzet. Het Gerecht bespreekt vervolgens andere subjectieve omstandigheden om te bezien of de verdachte op basis van andere omstandigheden mogelijk toch opzet had, ongeacht de vraag of hij op zijn adviseur mocht vertrouwen dus.

5.2. Wekt de houding van de Belastingdienst vertrouwen op?

In 1994 is een ruling afgegeven voor de aanvullende pensioenregeling van verdachte. Een wetswijziging in 2001/2002 doorkruist die ruling. De Belastingdienst heeft echter niet uitdrukkelijk afstand genomen van de ruling ná die wetswijziging. Integendeel, het Gerecht overweegt dat er juist aanwijzingen zijn dat de fiscus ook na de wetswijziging impliciet naar de afspraken in de ruling heeft gehandeld. Bovendien overweegt het Gerecht dat de fiscus – mocht de wetswijziging hen in 2001/2002

zijn ontgaan, hetgeen wij toch zeer kwalijk zouden vinden – na 2011, toen in de media uitgebreid aandacht aan de pensioenstichting van de verdachte is besteed, niet heeft ingegrepen.

Vervolgens verbindt het Gerecht ook aan deze overwegingen geen ondubbelzinnige conclusie. Een expliciet oordeel over de vraag of verdachte er gelet op de ruling op mocht vertrouwen dat zijn aangiften juist waren, had naar onze mening echter niet mistaan. Het had wellicht zelfs overbodig gemaakt dat het opzet en het leerstuk van het pleitbaar standpunt nog wordt besproken.

De Belastingdienst is op grond van het vertrouwensbeginsel gebonden aan een contra legem toezegging, mits deze niet zo duidelijk in strijd is met een juiste wetstoepassing dat een belastingplichtige niet op nakoming mag rekenen.¹² Gelet op de vijf fiscale opinies omtrent de pleitbaarheid van de aangifte, menen wij dat van ‘duidelijke strijd’ in elk geval geen sprake zal zijn. Had verdachte in redelijkheid moeten begrijpen dat de ruling niet meer kon worden gehonoreerd? De ruling dateert uit 1994. Het Gerecht stelt vast dat de Belastingdienst zich na de wetswijziging in 2001/2002 niet van de ruling heeft gedistantieerd. Het Gerecht haalt ook aan dat verdachte de latere stappen met zijn aanvullende pensioen (overdragen naar Nationale Nederlanden, overdragen naar Bank of America) niet openlijk met de Belastingdienst heeft gedeeld. Echter hecht het Gerecht meer waarde aan de houding van de Belastingdienst ná de wetswijziging, aangezien de aangiften steeds conform de ruling zijn gevolgd. De Hoge Raad is daar overigens iets genuanceerder in, omdat voor in rechte te beschermen opgewekt vertrouwen bijkomende omstandigheden nodig zijn. Zo’n bijkomende omstandigheid kan de controle van de aangifte zijn waarna die aangifte is gevolgd, zoals het Gerecht aanhaalt. Maar ook dan ziet dit vertrouwen maar op één belastingjaar.

Het dubbeltje zou dus beide kanten op kunnen vallen. Ook daarom had een oordeel van het Gerecht, of in elk geval een duidelijke (tussen)conclusie, hier niet misstaan. Wij menen dat, zeker ook gelet op de overwegingen van het Gerecht ten aanzien van het pleitbaar standpunt (die wij in paragraaf 4.4 bespreken), de ruling niet duidelijk in strijd was met een juiste wetstoepassing. Alsdan komt de verdachte een beroep op het vertrouwensbeginsel toe. Vertrouwen en opzet zijn nauw met elkaar verweven. Gerechtvaardigd vertrouwen op een toezegging brengt mee dat geen aanmerkelijke kans op onjuistheid wordt aanvaard: die kans is nu juist niet aanmerkelijk, omdat de Belastingdienst zich hier over heeft uitgesproken.

Het Gerecht brandt er echter zijn vingers niet aan en laat deze vraag onbeantwoord. De ruling werkt enkel mee in de overwegingen ten aanzien van het opzet en pleit in die zin voor de verdachte.

9. Zie daarvoor bijvoorbeeld Rechtbank Overijssel 17 oktober 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4005 waarin de jurisprudentie van de belastingkamer van de Hoge Raad wordt toegepast op de strafzaak.

10. Hoge Raad 1 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7741.

11. Hof Den Bosch 4 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2996. Zie hierover uitbreider: K.M.G. Demandt en A.C.M. Klaasse, ‘De (dunne) scheidslijn tussen onzorgvuldigheid en voorwaardelijk opzet’, *Sanctierecht & Onderneming* 2017, nr. 4.

12. Hoge Raad 12 april 1978, *BNB* 1978/135 t/m 137. Zie ook 26 september 1979, nr. 19 250, *BNB* 1979/311.

5.3. Voorwaardelijk opzet?

5.3.1. Eindconclusie onvoorwaardelijk opzet

De conclusie van het Gerecht (in r.o. 6.3.3.) is dat van willens en wetens handelen geen sprake is. Geen onvoorwaardelijk opzet dus. Pas na deze conclusie gaat het Gerecht over tot de bespreking van het pleitbaar standpunt in het kader van het voorwaardelijk opzet. Een aanpak die erop duidt dat de vaststelling van willens en wetens handelen aan een 'escape' via een objectief pleitbaar standpunt in de weg had gestaan. In theorie is deze aanpak te volgen, omdat het pleitbaar standpunt ziet op de aanmerkelijke kans op de onjuistheid.¹³ Die aanmerkelijke kans is nu eenmaal geen onderdeel van onvoorwaardelijk opzet. Niettemin kan dit verschil van behandeling van opzet en voorwaardelijk opzet tot een onaanvaardbare onevenredige behandeling van verdachten leiden, waarbij de een strafbaar is en de ander straffeloos. Hoewel wij betwijfelen of de Hoge Raad dit zo heeft bedoeld¹⁴, is hierover nog geen duidelijkheid. Ook in deze zaak komt de rechter niet toe aan dit punt, omdat geen sprake is van onvoorwaardelijk opzet.

5.3.2. Tussenconclusie voorwaardelijk opzet

Wat betreft voorwaardelijk opzet komt het Gerecht tot de tussenconclusie dat 'bij belangrijke beslissingen van de Stichting (...) meer voorzichtigheid en zorgvuldigheid had mogen worden verwacht, maar dat niet kan worden vastgesteld dat de verdachte zich ten volle bewust was van de risico's die daaraan waren verbonden'. Daarmee komt het Gerecht tot bespreking van de risico's.

Het Gerecht overweegt dat in het algemeen geldt hoe groter de risico's, hoe meer voorzichtigheid geboden. We kunnen ons in deze overweging niet geheel vinden. Hoe groot het risico ook is, uiteindelijk blijft in onze optiek doorslaggevend of de verdachte zich van het risico bewust was en dat risico heeft aanvaard (naast uiteraard het bestaan van de aanmerkelijke kans). De strafkamer van de Hoge Raad is hier terecht ook streng in: 'had moeten weten' is geen wetenschap.¹⁵

In de tussenconclusie overweegt het Gerecht dat niet kan worden vastgesteld dat de verdachte zich ten volle bewust was van de risico's. Hoewel het Gerecht reeds een trits aan subjectieve omstandighe-

den heeft besproken, gaat het na de tussenconclusie pas in op de objectieve kant van het voorwaardelijk opzet: was er wel een aanmerkelijke kans?

Deze aanpak van het Gerecht roept toch vragen op. Komt het Gerecht met deze tussenconclusie eigenlijk al niet tot het oordeel dat een vrijspraak moet volgen? Als immers niet kan worden vastgesteld dat de verdachte zich ten volle bewust was van de risico's, kan gezegd worden dat dus onvoldoende bewijs is voor bewuste aanvaarding (nog daargelaten de vraag of sprake was van een aanmerkelijke kans). Anders laveren we gevaarlijk dicht naar een te normatieve invulling van het voorwaardelijk opzet. 'Had moeten weten' is geen opzet.

5.4. Aanmerkelijke kans op onjuistheid: pleitbaar standpunt

Het Gerecht parkeert de bewuste aanvaarding van de risico's in de tussenconclusie en gaat vervolgens in op de aanmerkelijke kans. Dat vormt aanleiding om het leerstuk van het pleitbaar standpunt (uitgebreid) te bespreken. Daarbij bespreekt het Gerecht mooi de recente jurisprudentie van de strafkamer van de Hoge Raad¹⁶, tevens inhakend op de overwegingen van de belastingkamer uit 2017 in het *Credit Suisse*-arrest.¹⁷

De strafrechtelijke uitwerking van het pleitbaar standpunt is het afgelopen jaar veelbesproken. Jarenlang was het uitgangspunt in het strafrecht dat een achteraf ingenomen pleitbaar standpunt niet aan opzet in de weg staat. De strafkamer van de Hoge Raad oordeelde in 2012 dat het verweer van een pleitbaar standpunt reeds faalt, '*Indien de rechter evenwel vaststelt dat de verdachte, toen hij deze aangifte deed niet in de veronderstelling verkeerde dat de wijze waarop deze aangifte is gedaan toelaatbaar was*'¹⁸ (onderstreping KD/MC).

Vijf jaar later overweegt de belastingkamer van de Hoge Raad echter dat ook een achteraf ingenomen pleitbaar standpunt de *verwijtbaarheid* wegneemt, omdat van een aanmerkelijke kans op de onjuistheid dan geen sprake is. Ook voor de strafrechtelijke kant van de medaille gaat de belastingkamer van de Hoge Raad dus uit van een objectieve invulling. Dat heeft de strafkamer van de Hoge Raad op 3 oktober 2017 bevestigd.

Precies op tijd voor de behandeling van deze zaak. Het Gerecht overweegt in deze uitspraak dan ook expliciet: '*Voor de beoordeling van de pleitbaarheid is niet van belang dat de belastingplichtige het standpunt op het moment van het doen van aangifte voor ogen stond*'. Het Gerecht komt in deze zaak tot het oordeel dat de vijf ingebrachte fiscale opinies bepaald niet onverdedigbaar kunnen worden geacht. Het standpunt van verdachte is – waarbij het Gerecht in het voordeel van de verdachte nog refereert aan de afwezigheid van relevante jurisprudentie en literatuur op dit punt – fiscaal pleitbaar.

13. Zie hierover ook de annotatie van G.M. Boezelman en M. Coenen bij Hoge Raad 21 april 2017, NBSTRAF 2017/220.

14. Zie hierover ook het arrest van de Hoge Raad van 6 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ8596.

15. Zie uitgebreid hierover K.M.G. Demandt en A.C.M. Klaasse, 'De (dunne?) scheidslijn tussen onzorgvuldigheid en voorwaardelijk opzet. Een analyse van de strafrechtelijke en fiscale jurisprudentie', *Sanctierecht & Onderneming* 2017, nr. 4.

16. Hoge Raad 3 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2542.

17. Hoge Raad 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638.

18. Hoge Raad 6 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ8596.

5.5. Geen opzet

Een integrale vrijspraak volgt. De primaire verdenking van belastingfraude gaat onderuit, maar ook het subsidiair tenlastegelegde valsheid in geschrifte. Een commuun delict, waarop het leerstuk van het pleitbaar standpunt dus niet een op een van toepassing is. Inherent aan belastingaangiften is dat de belastingplichtige verplicht is zijn belastingaangifte te doen, en dat hij daarin ook bepaalde standpunten moet innemen. Juist daarom verdienen mogelijke fouten en de aanvaarding daarvan in belastingaangiften een 'escape', in de zin van het pleitbaar standpunt. Het subsidiaire verwijt ziet op valse belastingaangiften. Hiermee is het subsidiaire verwijt zozeer verweven met het fiscale delict, dat (ook) naar onze mening het pleitbaar standpunt aan een veroordeling in de weg dient te staan. Het Gerecht komt terecht niet toe aan de behandeling van het subsidiaire verwijt.

De uiteindelijke conclusie ten aanzien van het opzet roept de vraag op of de hele verhandeling die het Gerecht in de pagina's voorafgaand aan de bespreking van het pleitbaar standpunt aan de subjectieve omstandigheden besteed, niet eigenlijk overbodig is. Het Gerecht gaat nu eerst in op de vraag of sprake is van bewuste aanvaarding van een kans, terwijl het pas later beoordeelt of die kans eigenlijk wel aanmerkelijk is. En tot de conclusie dat geen sprake is van onvoorwaardelijk opzet, had het Gerecht naar ons inzien ook met minder stappen kunnen komen. Hoewel wellicht overbodig, is deze insteek voor de beeldvorming over de verdachte juist prettig. Het leerstuk van het pleitbaar standpunt heeft toch het karakter van het 'ergens mee weggkomen'. Door eerst alle subjectieve omstandigheden te bespreken, wordt duidelijk dat ook zonder dat pleitbaar standpunt echt niet 'klip en klaar' is dat de verdachte opzettelijk onjuiste belastingaangiften zou hebben gedaan. Dit draagt in die zin dan ook bij aan de (maatschappelijke) aanvaardbaarheid van het eindoordeel: vrijspraak. Daargelaten dat het handelen van de verdachte objectief gezien 'verdedigbaar' is (en dus niet strafwaardig), dragen ook de overige aangedragen omstandigheden bij aan het eindoordeel dat verdachte geen opzet heeft gehad.

6. Media-aandacht

Wij benoemden hiervoor al kort de beeldvorming over verdachte. Deze zaak verdient het om ook stil te staan bij de media-aandacht voor verdachte en de vervolging. 'Trial by media' is een fenomeen dat wij steeds vaker en indringender tegenkomen. Als door de FIOD voorwerpen in beslag worden genomen – zeker als het om het optakelen van een auto van het kaliber Lamborghini gaat – dan is de pers daar vaak van op de hoogte (gebracht). De teksten in de bijbehorende persberichten missen vaak de nodige nuances. Ook het anonimiseren van namen biedt in deze digitale tijd nagenoeg geen waarborg. In combinatie met de in persberichten benoemde gegevens over de zaak, is na enig speurwerk op

internet al snel te herleiden op welke personen of bedrijven de verdenking betrekking heeft.

Wie de verdachte in deze zaak was, was voor iedereen duidelijk. Niet alleen was de verdachte niet anoniem, maar ook is er veel aandacht voor de zaak geweest. Als onderdeel van het niet-ontvankelijkheidsverweer wordt door de verdediging ook gewezen op de 'trial by media'. Daarbij sluit de verdediging met name aan bij de berichtgeving vanuit het Openbaar Ministerie, om, zo lijkt ons, de media-aandacht in een niet-ontvankelijkheidsverweer te kunnen plaatsen. Zo refereert de verdediging eraan dat in de media is geuit dat de zaak sowieso aanhangig zou worden gemaakt bij de rechter maar dat de exacte datum nog niet bekend is. Deze uitlatingen heeft de woordvoerder van het Openbaar Ministerie ook bevestigd richting de Raad van Commissarissen, die de verdachte een brief hebben gestuurd om hem te schorsen omdat hij zou worden vervolgd. Ondanks deze uitlatingen van de woordvoerder van het Openbaar Ministerie in de media, verschaftte de officier van justitie aan de betrokkenen tegelijkertijd echter geen duidelijk antwoord op de vraag of al een vervolgingsbeslissing was genomen. Het Gerecht concludeert dat het begrijpelijk is dat het uitblijven van die duidelijkheid de argwaan bij de verdediging heeft vergroot en dat het 'wellicht zorgvuldiger' was als het Openbaar Ministerie de uitlatingen in de media had gerectificeerd. Aan de uitlatingen van het Openbaar Ministerie worden echter geen gevolgen verbonden.

Een interessante uitspraak in dat kader is van Rechtbank Amsterdam.¹⁹ In een bezwaarschriftprocedure tegen de dagvaarding is het verweer van schending van de onschuldpresumptie (art. 6 lid 2 EVRM) gevoerd. In het ter discussie staande persbericht is aandacht gevraagd voor de dagvaarding van een aantal personen. Door de functie-aanduiding was te herleiden om welke personen het ging en werd een publieke verwijzing gemaakt naar de schuld van de verdachte, zonder enige terughoudendheid. Volgens de Rechtbank is daardoor sprake van een onherstelbaar vormverzuim, maar dient hieraan niet het gevolg van niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie te worden verbonden. Dit laat echter onverlet dat in een inhoudelijke procedure een ander rechtsgevolg aan dit vormverzuim kan worden verbonden, zoals strafvermindering.

Door de verdediging in de zaak Tromp is de 'trial by media' in de sleutel van de niet-ontvankelijkheid geplaatst. Dit verweer is niet gevoerd als strafmaatverweer, maar dat zal vermoedelijk een strategische afweging zijn geweest. Maar ook dan is het getel op de zeer wisselende jurisprudentie nog maar de vraag of de media-aandacht in het voordeel van verdachte zou zijn meegewogen, of wellicht zelfs in zijn nadeel. Waar de als zeer belastend ervaren

19. Rechtbank Amsterdam 3 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:8844.

media-aandacht voor de voor belastingfraude veroordeelde voormalig advocaat-generaal recent nog werd betrokken in de strafmaatoverwegingen,²⁰ wordt de media-aandacht voor strafzaken, zeker bij publieke personen, ook regelmatig terzijde geschoven met de overweging dat het in het algemeen aanvaardbaar is dat strafzaken een zekere vorm van media-aandacht met zich brengen.

7. Conclusie

Een zeer lezenswaardige uitspraak van het Gerecht, waarin veel aspecten de revue passeren. De wijze waarop het Gerecht de subjectieve omstandigheden bespreekt levert interessante overwegingen op, maar laat ook een onbevredigd gevoel achter doordat het Gerecht niet komt tot ondubbelzinnige conclusies.

Pas bij de laatste dominosteen geeft het Gerecht toe. Met de conclusie dat sprake is van een pleitbaar standpunt is geen sprake van een aanmerkelijke kans, en dus vallen ook de overige dominostenen (het vertrouwen op de adviseur, opgewekt vertrouwen door de ruling, etc.) uiteindelijk om.

Het is in ieder geval een uitspraak om over te blijven nadenken. Het Openbaar Ministerie heeft zich bij de integrale vrijspraak vooralsnog niet neergelegd en is in hoger beroep gegaan. Of het Gemeenschappelijk Hof van Justitie tot een andersluidend oordeel zal komen durven wij, gelet op de in de uitspraak door het Gerecht benoemde en uitgebreid besproken omstandigheden, evenwel te betwijfelen.

20. Rechtbank Den Haag 27 juni 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:6973.