

Artikel

Bada Bing Bada Boom

Overpeinzingen over omkoping en belastingfraude in het Caribische deel van het Koninkrijk

Mr. K.M.G. Demandt en mr. M. Coenen*

1. Inleiding

Integriteitskwesaties hebben al jarenlang de aandacht, ook in de Cariben. Zo identificeert het National Integrity System (NIS) rapport van *Transparency International* over Sint Maarten belangrijke integriteitsproblemen en concludeert men dat er nog een lange weg te gaan is.¹ Ondertussen worden op politiek vlak ook stappen gezet. Zo nam het parlement van Sint Maarten op 13 december 2017 – overigens onder politieke druk in verband met de hulpelden na de verwoestende orkaan Irma – een anti-corruptiewet aan die onder andere voorziet in de installatie van een Integriteitskamer.² Diezelfde dag wordt een voormalig parlementariër³ ook in hoger beroep veroordeeld voor ambtelijke omkoping in een onderzoek dat, hoewel officieel Orca geheten, publiekelijk bekendheid kreeg onder de naam Bada Bing. Uit de groeiende rechtspraak op de eilanden blijkt dat omkoping zeker niet alleen in de Bada Bing-zaak aan de orde was. Meer en meer jurisprudentie verschijnt, waarbij de verdenking van omkoping ten laste is gelegd. Nu ook in

Nederland een ‘tendens’ van het vervolgen van omkoping waarneembaar is, menen wij dit strafbare feit ook in de Caribische delen van het Koninkrijk onder de loep te moeten nemen.

Hierbij nemen we ook belastingfraude mee. In de afgelopen jaren is de Caribische traditie van niet-vervolgving van zuivere belastingfraude doorbroken. Het uitgangspunt was dat alleen in uitzonderlijke gevallen een gevangenisstraf passend is.⁴ Hoewel in de Bada Bing-zaken geen sprake was van een vervolging voor zuivere belastingfraude, wordt hiervoor wel (mede) een gevangenisstraf opgelegd. Van belang is ook dat de Nederlandse regering een vinger in de pap heeft en heeft aangestuurd op het Groeiakkoord dat op 12 juli 2019 is gesloten tussen Nederland en Curaçao. Hieruit blijkt onder andere dat te weinig belasting wordt geïnd en dat het belastingstelsel per 2020 zal worden herzien.⁵ Daarnaast zijn per 1 januari 2019 de nieuwe Aanmeldings-, Vervolgings- en Transactierichtlijnen⁶ op Curaçao in werking getreden. Gelet op de betrokkenheid van Nederland en de publicatie van de nieuwe ATV-richtlijnen verwachten wij dat deze ontwikkeling om belastingfraude vaker strafrechtelijk te vervolgen zich zeker zal voortzetten.

147

* Mr. K.M.G. Demandt is advocaat bij Hertoghs advocaten te Breda. Mr. M. Coenen is advocaat bij Hertoghs advocaten te Breda.

1. Transparency International Nederland, *'Integriteitsproblemen Sint Maarten'*, 21 augustus 2015. Zie: <https://www.transparency.nl/nieuws/2015/08/sint-maarten/>.
2. Transparency International Nederland, *'Sint-Maarten met nieuwe anti-corruptiewet wél recht op Nederlands hulpgeld'*, 19 december 2017. Zie: <https://www.transparency.nl/nieuws/2017/12/anti-corruptiewet-sint-maarten-hulpgeld/>.
3. Hoewel de naam van de verdachte in de media ruim bekend is, proberen wij in deze bijdrage – waar de leesbaarheid het toestaat – zoveel mogelijk aan hem te refereren als ‘de parlementariër’.

4. Deze redenering hanteerde bijvoorbeeld het Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 17 april 2018, ECLI:NL:OGECAC:2018:18. Zie ook K.M.G. Demandt & P.C. Janssen, ‘Strafvervolgving van belastingdelicten in de Caribische delen van het Koninkrijk: nieuwe ontwikkelingen’, *TBS&H* 2018, nr. 3.

5. D. Drayer, ‘Groeiakkoord Curaçao gaat vooral over bezuinigingen’, *Curacao.nu* 16 juli 2019.

6. Aanmeldings-, Transactie- en Vervolgingsrichtlijnen voor fiscale delicten en douanedelicten 2019, 17 mei 2019, in werking getreden per 1 juli 2019.

Het onderzoek Bada Bing is exemplarisch voor de groeiende aandacht van justitie voor zowel omkoping als belastingfraude. Hoewel de verdenking ten aanzien van deze twee feiten in de zaak Bada Bing los van elkaar staan, geeft dit wel gelegenheid om deze twee in de schijnwerpers staande delicten en de ontwikkeling daarvan aan de hand van één onderzoek te bespreken.

2. De zaak: omkoping in de Bada Bing

Het bestuur van Sint Maarten bestaat uit een gouverneur, een kabinet en een vijftienkoppig parlement.⁷ Het is een van die parlementariërs die zich in de zaak Bada Bing voor de rechter moest verantwoorden, samen met de eigenaar (en de manager)⁸ van het bordeel. De zaak kent al een saillant begin. In maart 2013 onthullen de nieuwsbladen *De Telegraaf* en *The Daily Herald* video-beelden waarop te zien is dat de eigenaar van bordeel Bada Bing geld overhandigt aan de parlementariër, terwijl zij spreken over vergunningsaanvragen.⁹ Naar aanleiding daarvan start het Openbaar Ministerie van Sint Maarten in september 2013 een strafrechtelijk onderzoek. De parlementariër en de eigenaar van het bordeel worden vervolgd voor omkoping en witwassen. De eigenaar van het bordeel wordt daarnaast ook vervolgd voor vrouwenhandel, het gebruik maken van een vervalst geschrift en belastingfraude.

Waar gaat het feitelijk om? De parlementariër heeft geld aangenomen (gedurende een langere periode zo'n NAF 45.000) van de eigenaar van het bordeel. De verdenking is dat hij in ruil daarvoor zich ervoor zou inspannen dat de namens het bordeel ingediende aanvragen in behandeling zouden worden genomen en worden ingewilligd: een voorkeursbehandeling dus. De eigenaar van het bordeel wordt daarnaast onder meer verweten dat hij feitelijk leiding heeft gegeven aan het niet tijdig indienen van belastingaangiften en het onjuist doen van aangiften.

Het Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten veroordeelde de parlementariër op 6 maart 2015 wegens ambtelijke omkoping tot een gevangenisstraf van 18 maanden, waarvan 6 maanden voorwaardelijk, en ontzetting uit zowel het actieve als het passieve kiesrecht voor de duur van 5 jaren.¹⁰ De eigenaar van het bordeel werd voor ambtelijke omkoping, belastingfraude, vrouwen-

handel en witwassen veroordeeld door het Gerecht tot een gevangenisstraf van 42 maanden, waarvan 12 maanden voorwaardelijk.¹¹

Het hoger beroep werd in augustus 2017 ter terechtzitting behandeld. Op 6 september 2017 trok het oog van orkaan Irma over Sint Maarten met verwoestende gevolgen.¹² In verband hiermee werd op 13 september 2017 door het Gemeenschappelijk Hof van Justitie het onderzoek heropend, zodat op 22 november 2017 – vanuit Curaçao via een directe videoverbinding – actuele informatie kon worden vergaard over de omstandigheden van de verdachte in verband met de gevolgen van orkaan Irma.¹³ Het eindoordeel in hoger beroep volgde op 13 december 2017.¹⁴ De parlementariër werd voor ambtelijke omkoping veroordeeld tot 17 maanden gevangenisstraf waarvan 6 maanden voorwaardelijk. Ook werd hij voor de duur van 5 jaren ontzet uit het recht om een ambt te bekleden en uit het recht zich verkiesbaar te stellen.¹⁵ Hoewel het Gemeenschappelijk Hof de eigenaar van de Bada Bing vrijsprak van vrouwenhandel,¹⁶ werd hij wel veroordeeld tot 32 maanden gevangenisstraf, waarvan 12 maanden voorwaardelijk, voor onder andere ambtelijke omkoping en belastingfraude.

3. Ambtelijke omkoping van de parlementariër

Sint Maarten kent haar eigen strafwetgeving. Op 1 juni 2015 is het Wetboek van Strafrecht van Sint Maarten in werking getreden. Artikel 2:351 bevat de strafbaarstelling van de ambtenaar die een gift, belofte of dienst aanneemt, wetende of redelijk vermoedende dat deze hem wordt gedaan teneinde hem te bewegen om in strijd met zijn plicht iets te doen of na te laten in zijn bediening. De maximale strafbedreiging is een gevangenisstraf van zes jaren of een geldboete van de vijfde categorie. Het Openbaar Ministerie vervolgde de parlementariër echter nog op grond van artikel 379 van het (oude) Wetboek van Strafrecht van de Nederlandse Antillen.¹⁷ De feiten

7. Sint Maarten heeft een eenkamerstelsel waarbij de wetgevende macht uit één kamer bestaat.
8. Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 13 december 2017, ECLI:NL:OGHACMB:2017:202. Omdat de manager alleen wordt vervolgd (en in hoger beroep vrijgesproken) voor vrouwenhandel laten wij deze zaak in deze bijdrage verder onbesproken.
9. Deze video-beelden zijn overigens door de eigenaar van de Bada Bing zelf opgenomen. Zijn verklaring daarvoor is dat hij dit deed op verzoek van een andere politicus, zodat deze de parlementariër zou kunnen chanteren.
10. Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 6 maart 2015, ECLI:NL:OGAM:2015:2.

11. Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 6 maart 2015, ECLI:NL:OGAM:2015:3.
12. NOS, 'Sint-Maarten zwaar getroffen: zeker acht doden op Franse eilanden', 7 september 2017. Zie: <https://nos.nl/artikel/2191759-sint-maarten-zwaar-getroffen-zeker-acht-doden-op-franse-eilanden.html>.
13. Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 13 september 2017, ECLI:NL:OGHACMB:2017:102.
14. Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 13 december 2017, ECLI:NL:OGHACMB:2017:200 (eigenaar Bada Bing) en ECLI:NL:OGHACMB:2017:201 (parlementariër).
15. Hoewel ook interessante overwegingen aan deze strafoplegging kunnen worden gewijd, gaat dit het bestek van dit artikel te buiten om hier ook op in te gaan.
16. Het Hof komt tot de slotsom dat de in de tenlastelegging genoemde vrouwen weliswaar waren aangeworven met het oog op het in Sint Maarten verrichten van seksuele handelingen, maar dat niet is aangevoerd dat zij werden uitgebuit en evenmin dat sprake was van omstandigheden waarbij uitbuiting kon worden verondersteld.
17. Wetboek van Strafrecht Nederlandse Antillen, P.B. 2008, nr. 46.

zijn gepleegd tussen maart 2011 en september 2012, dus vóór de inwerkingtreding van het nieuwe Wetboek van Strafrecht van Sint Maarten. Om die reden zijn de bepalingen uit het oude Wetboek van Strafrecht van toepassing.

Het verwijt ten aanzien van de parlementariër was passieve omkoping. Het ging om het aannemen van een aanzienlijk geldbedrag in ruil voor een tegenprestatie, die erop neerkwam dat de parlementariër zich er op zijn minst voor zou inspannen dat de verzoeken van (de eigenaar van) het bordeel in behandeling zouden worden genomen en zouden worden ingewilligd. Ook werd met de giften een relatie met de parlementariër onderhouden, waarbij (mede) werd beoogd een voorkeursbehandeling te verkrijgen.

3.1. Gift of aflossing op een lening; zou het verschil maken?

Het inhoudelijke verweer van de verdediging was beperkt. De raadsman voerde aan dat de door de parlementariër ontvangen geldbedragen zouden hebben gezien op de afbetaling van een door hem verstrekte lening aan de eigenaar van het bordeel. De afbetaling van die lening zou los staan van zijn bemiddelingen ten aanzien van verzoeken van (de eigenaar van) de Bada Bing. De raadsman benadrukte nog dat de parlementariër deze verklaring direct heeft gegeven. Het Hof ging niet mee in dit verweer.

De verklaring van de parlementariër werd door het Hof terzijde geschoven. Het enige bewijs voor zijn stelling was dat zowel de parlementariër als de eigenaar van de Bada Bing hierover verklaarde, maar het Hof stelde dat er verder op de beelden niet over een lening wordt gesproken en er ook geen overeenkomst van is opge maakt. Het Hof overwoog bovendien dat de verdachten na de verschijning van de videobeelden ruim de gelegenheid hadden gehad om hun verklaringen op elkaar af te stemmen (verklaringen die – zo bleek voor het Hof – ook een grote mate van consistentie vertonen).

In de zaak van de Bada Bing-eigenaar oordeelde het Hof over de actieve omkoping door de bordeeleigenaar van de parlementariër. Ook daar achtte het Hof het alternatieve scenario niet geloofwaardig. Het Hof voegde aan bovengenoemde overwegingen nog toe dat de Bada Bing-eigenaar voldoende liquide middelen had, waardoor het Hof het niet geloofwaardig achtte dat de bordeeleigenaar een lening zou zijn aangegaan.

Daarmee passeert het Hof dus de alternatieve verklaring voor de ontvangen geldbedragen en gaat het Hof direct nader in op de tegenprestatie van de parlementariër. Daarmee blijft een potentieel interessant punt wat betreft de vereiste gift, dienst of belofte onbesproken. Wat als wordt uitgegaan van de verklaringen en inderdaad sprake was van aflossing van een lening? Hoewel het mogelijk is dat een aflossing van een lening die anders niet zou zijn afbetaald, als voordeel kan worden

gekwalficeerd,¹⁸ menen wij dat de aflossing op een lening geen voordeel vormt voor de verkrijger. Die aflossing brengt de verkrijger slechts terug in de staat waarin deze zich voor de verstrekking van de lening bevond (waarbij we de kwalificatie van eventuele rente dan even in het midden laten). Van een gift is dan geen sprake. Dit houdt ook verband met een precair discussiepunt: wat mag een ambtenaar – zeker in een bepaalde positie – nu wel en niet? Als we kijken naar de ontwikkelingen in de Nederlandse wetgeving lijkt het uit den boze dat een ambtenaar dergelijke (financiële) relaties kan onderhouden, met name gelet op de parlementaire geschiedenis waarin de minister stelt dat het ambtelijk handelen vrij moet blijven van elke geldelijke beïnvloeding.¹⁹ De gedragsnorm is echter niet dat geen sprake mag zijn van een (financiële) relatie, de gedragsnorm is dat de ambtenaar neutraal (en niet beïnvloed) moet zijn. Het is wat ons betreft niet zonder meer het geval dat die gedragsnorm in het geding zou komen als sprake was geweest van een verstrekte lening.

3.2. Het definiëren van de tegenprestatie (of juist niet!)

Het Hof geloofde de verklaringen van de verdachten echter niet en ging ervan uit dat het geld aan de parlementariër was gegeven met het doel een tegenprestatie te krijgen. Dan is de volgende stap snel gemaakt. Volgens het Hof ligt in het aannemen van het geld besloten dat de verdachte willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de giften aan hem werden gegeven teneinde hem tot een tegenprestatie te bewegen. Niet bewezen hoeft te worden of en in hoeverre de beoogde tegenprestatie heeft plaatsgevonden.

In eerste aanleg had het Gerecht overwogen dat de geldende gedragslijn voor een parlementariër is dat die in zijn taakuitoefening ‘*neutraal dient te zijn en alle belanghebbenden gelijkelijk dient te behandelen*’.²⁰ De (beoogde) voorkeursbehandeling was volgens het Gerecht op grond van die gedragslijn in strijd met de plicht van de ambtenaar. Het Hof wijdde in hoger beroep weinig woorden aan de beoogde tegenprestatie en hield het erbij dat volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad een dergelijke tegenprestatie – een voorkeursbehandeling – in strijd is met de plicht van een ambtenaar.²¹

Aan het vereiste dat de beoogde tegenprestatie ‘in strijd met de plicht’ van de ambtenaar moet zijn, wordt door het Hof aldus niet al te veel waarde gehecht. Interessant is dat in Nederland het bestanddeel ‘in strijd met zijn plicht’ met de wetwijziging van 2015 uit de delictomschrijving in artikel 363 van het Wetboek van Strafrecht

18. Zie ook T.R. van Roomen & E. Sikkema, *Corruptiedelicten*, Deventer: Kluwer 2016, p. 62 e.v. en de verwijzing naar HR 25 april 1916, *NJ* 1916, p. 551. Volgens de Hoge Raad omvat het doen van een gift elk overdragen aan een ander van iets dat voor deze waarde heeft.

19. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 685, 3, p. 6/7.

20. Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 6 maart 2015, ECLI:NL:OGEAM:2015:2, par. 5A.

21. Hoge Raad 20 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW3584, *NJ* 2006/380; Hoge Raad 27 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8318 (Antilliaanse zaak, over artikel 183 SrNA).

is gehaald.²² Bij de wetwijziging werd toen opgemerkt dat het onderscheid tussen handelen in strijd met de ambtsplicht en het handelen niet in strijd met de ambtsplicht reeds in de rechtspraak steeds minder van belang werd geacht.²³ Er zou al vrij snel sprake zijn van een schending van de plicht.

Ook in Sint Maarten is die ontwikkeling in de rechtspraak, uiteraard ook onder invloed van de jurisprudentie van de Hoge Raad ten aanzien van dit bestanddeel, dus te merken. Hoewel het bestanddeel daar wel in de wet staat, lijkt het onderscheid niet meer zozeer van belang. De focus ligt op de beïnvloeding van het ambtelijke handelen, niet op het ambtsstrijdig handelen.

Het (in de rechtspraak) loslaten van de strijd met de ambtsplicht is van invloed op de vereiste tegenprestatie, waaraan weinig eisen worden gesteld. De focus wordt steeds nadrukkelijker gelegd op het aannemen van een gift of belofte; niet op wat daar tegenover zou staan. Daarmee wordt er soms ook aan voorbijgegaan dat omkoping een wederkerig begrip is.²⁴ Er is sprake van een transactie, een 'ruil'. Maar al jarenlang zet zich een ontwikkeling door in de rechtspraak dat de tegenprestatie niet concreet hoeft te zijn²⁵, getuige ook de jurisprudentie over de voorkeursrelatie als tegenprestatie. Daarmee verwordt omkoping steeds meer tot een strafbaarstelling van de gedragsnorm dat een ambtenaar geen giften mag aannemen. En hoewel overschrijding van die gedragsnorm laakbaar kan zijn, zijn voor strafrechtelijke aansprakelijkheid dan nog wel een aantal drempels te nemen. Met de ontwikkelingen in de wetgeving en rechtspraak wordt steeds meer losgelaten wat iemand nu feitelijk heeft gedaan – of zou gaan doen – in ruil voor een gift of belofte. Integriteitskwesaties die voor burgers feitelijk zonder gevolgen zijn gebleven – bijvoorbeeld omdat iemand van de beoogde voorkeursbehandeling nooit de vruchten heeft geplukt – worden wel met hoge straffen bedreigd.

3.3. Tussenconclusie

Met deze juridische overpeinzingen was de parlementariër echter niet geholpen. Door in ruil voor een beoogde voorkeursbehandeling een geldbedrag aan te nemen heeft hij zich schuldig gemaakt aan passieve ambtelijke omkoping. Ook de eigenaar van de Bada Bing wordt veroordeeld voor de actieve variant.

4. Belastingfraude door de bordeeleigenaar

De eigenaar van de Bada Bing werd naast de actieve omkoping van een ambtenaar belastingfraude ten laste gelegd. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep wordt hij hiervoor veroordeeld en wordt voor alle delicten waarvoor hij wordt veroordeeld een gevangenisstraf opgelegd. Nu was in de Bada Bing-zaak ook sprake van vervolging van commune delicten, maar wordt óók een gevangenisstraf opgelegd voor de bewezen verklaarde belastingfraude. Hierbij zijn een tweetal gevoerde verweren interessant, omdat het gaat om formele aspecten die ook voor de Nederlandse fiscaal-juridische praktijk vergelijkingsmateriaal bieden.

De verdenking is het feitelijk leidinggeven aan het niet binnen de gestelde termijn doen van aangiften winstbelasting en feitelijk leidinggeven aan het onjuist doen van de aangiften belasting op de bedrijfsomzetten. Er waren door de Belastingdienst echter ook boetes opgelegd, waardoor in de strafzaak verweren werden gevoerd ten aanzien van de strafrechtelijke vervolging.

4.1. Dubbele vervolging? Dubbele verweren!

Het *una via-* en *ne bis in idem*-beginsel nemen bij de beboeting of bestraffing van belastingfraude een belangrijke plek in. Het komt met regelmaat voor dat de Belastingdienst boetes oplegt en dat ondertussen of daarna een strafrechtelijke vervolging wordt gestart. Als sprake is van hetzelfde feit, is er mogelijk strijd met het *una via-* of *ne bis in idem*-beginsel. Dit speelde ook in de Bada Bing-zaak.

In eerste aanleg bepleitte de verdediging de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Omdat reeds vergrijpboetes waren opgelegd achtte de verdediging de strafvervolging in strijd met het *una via*-beginsel.²⁶ Op grond van het *una via*-beginsel moet vroegtijdig een keuze worden gemaakt tussen de bestuursrechtelijke of strafrechtelijke route en snijdt een eenmaal gemaakte keuze de andere route af (tenzij sprake is van nieuwe bezwaren).

Het *una via*-beginsel is in Nederland neergelegd in artikel 5:44 Algemene wet bestuursrecht (Awb) en artikel 243, lid 2 Wetboek van Strafvordering (Sv). Dit beginsel is als zodanig niet neergelegd in de Algemene Landsverordening Landsbelastingen (ALL, te vergelijken met de Nederlandse AWR). Wel is een bepaling opgenomen over de samenloop van twee procedures in artikel 70 van het Wetboek van Strafrecht Nederlandse Antillen (SrNA) (thans opgenomen in artikel 1:143 Wetboek van Strafrecht Sint Maarten²⁷ en vergelijkbaar met artikel 68 van het Nederlandse Wetboek van Straf-

22. Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit van 19 november 2014, *Stb.* 2014, 445, welke wet in werking is getreden op 1 januari 2015.

23. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 685, 3, p. 6/7.

24. *T&C Strafrecht*, commentaar op artikel 363 Sr, Van Roomen.

25. T.R. van Roomen & E. Sikkema, *Corruptiedelicten*, Deventer: Kluwer 2016, p. 79 e.v.

26. Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 6 maart 2015, ECLI:NL:OGEAM:2015:3.

27. Landsverordening van de 13^e december 2012 houdende vaststelling van een nieuw Wetboek van Strafrecht, *A.B.* 2013, no. 2.

recht). Deze bepaling houdt in dat *'niemand andermaal [kan] worden vervolgd wegens het feit waarover te zijnen aanzien bij gemijde van de rechter in de Nederlandse Antillen, in Nederland of Aruba, onherroepelijk is beslist.'* Dit artikel beperkt de werking van de bescherming tegen dubbele vervolging tot het geval dat diegene eerder onherroepelijk is veroordeeld voor dat feit door een rechter en sprake is van hetzelfde feit. Een una via-bepaling zoals in Nederland kent de wetgeving van Sint Maarten niet.

In reactie op het una via-verweer oordeelde het Gerecht in eerste aanleg dat geen beroep kon worden gedaan op het (Nederlandse) una via-beginsel en dat er ook geen sprake was van een schending van artikel 70 SrNA (te vergelijken met het Nederlandse 68 Sr), omdat gesteld noch gebleken is dat sprake is van een tweede vervolging ter zake van hetzelfde feit waarover bij onherroepelijk rechterlijk gemijde is beslist. Tot slot overwoog het Gerecht dat vanwege de strafrechtelijke vervolging de vergrijpboetes zouden komen te vervallen op grond van artikel 27 ALL, omdat deze fiscale bepaling inhoudt dat een bestuurlijke boete vervalt als een belastingplichtige strafrechtelijk wordt vrijgesproken, ontslagen van alle rechtsvervolging of wordt veroordeeld.

In tweede aanleg wordt door de verdediging bepleit dat door de strafrechtelijke vervolging sprake is van een schending van het ne bis in idem-beginsel. Hoewel in eerste aanleg nog werd gesproken over het una via-beginsel, wordt in tweede aanleg een beroep gedaan op het ne bis in idem-beginsel. De reden daarvoor zal zijn dat het Gerecht het beroep op het una via-beginsel heeft verworpen, omdat in de ALL geen vergelijkbare bepaling is opgenomen. De verdediging gooit het dan over de Europese boeg met een beroep op het ne bis in idem-beginsel.

Er zijn dus twee relevante wetsbepalingen die de samenloop tussen fiscale boetes en strafrechtelijke vervolging op Sint Maarten normeren: artikel 27 ALL (dat ziet op de voorkoming van dubbele bestraffing) en artikel 70 SrNA (dat ziet op de voorkoming van dubbele vervolging).²⁸ Hoe verhouden deze twee bepalingen zich tot elkaar en tot het ne bis in idem-beginsel?

4.1.1. *Ne bis in idem ≠ una via?*

Hoewel het una via- en ne bis in idem-beginsel beide vanuit dezelfde gedachte opereren, houden zij een ander soort procedurele bescherming in. Het Europeesrechtelijk ne bis in idem-beginsel beschermt tegen een dubbele bestraffing en dubbele vervolging van hetzelfde feit indien de eerste procedure onherroepelijk is. Dat is dus eigenlijk een herhaalde vervolging door de strafrechter. Dit laatste is van belang, omdat het in Nederland gecodificeerde una via-beginsel verdergaande bescherming biedt, vanwege de bescherming tegen een dubbele bestraffing en een dubbele vervolging in een eerder stadium, en ook geldt voor een eerdere bestraffing door

middel van bestuurlijke boetes.²⁹ Het una via-beginsel biedt voor de verdachte daarmee een bredere bescherming dan het ne bis in idem-beginsel.³⁰

Dit is van belang, omdat in deze zaak artikel 27 ALL Sint Maarten een rol speelt. Dit is een bepaling die we in Nederland niet meer kennen. Dit artikel bepaalt dat een bestuurlijke boete vervalt als een belastingplichtige wegens het vergrijp waarvoor de boete is opgelegd, bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak is vrijgesproken, ontslagen van alle rechtsvervolging of veroordeeld. Op die manier wordt een deel van het doel van het ne bis in idem-beginsel bereikt: voorkoming van dubbele bestraffing. In Nederland kenden we een dergelijke anticumulatiebepaling tot 1 januari 1998 in artikel 9, lid 4, AWR (oud),³¹ maar deze bepaling is vervallen toen het una via-beginsel werd geïntroduceerd.

Dan resteert nog de bescherming ten aanzien van een dubbele vervolging. Het EHRM keurt in bepaalde gevallen een samenloop tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke procedures onder het ne bis in idem-beginsel goed. In de arresten A. en B. tegen Noorwegen³² en Jóhannesson e.a. tegen IJsland³³ heeft het EHRM de voorwaarden daarvoor geschetst.³⁴ In de kern komt het erop neer dat als tussen de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke procedure een *'sufficiently close connection, in substance and time'* bestaat, er geen schending is van het ne bis in idem-beginsel. Overigens heeft het Hof van Justitie EU bepaald dat een dubbele bestraffing voor hetzelfde feit (in de zaak Menci ging het om het niet tijdig betalen van btw) mogelijk is, als een doel van algemeen belang wordt nagestreefd, er onderlinge afstemming is over de hoogte van de straffen en dit tot het strikt noodzakelijke wordt beperkt in verhouding tot de ernst van het delict.³⁵

Het Gemeenschappelijk Hof kwam in de zaak Bada Bing helaas niet toe aan een uitgebreide inhoudelijke beoordeling van het ne bis in idem-verweer. De conclusie van het Hof luidde dat *'van schending van het ne bis in idem-beginsel geen sprake is. De verzuimboetes zijn opge-*

29. Zie in gelijke zin E. van Reenen, 'Een pleidooi voor het voortbestaan van een stevig una via-beginsel', *TvS&O* 2019, nr. 2/3; A.C.M. Klaasse, 'Ne bis in idem en una via. Enkele beschouwingen over de toelaatbaarheid van parallelle boete- en strafprocedures', *MBB* 2017/12; T. Duijkersloot, 'Recente ontwikkelingen met betrekking tot het una-via-beginsel', *Ars Aequi* oktober 2018.

30. Het ne bis in idem-beginsel is op Europees niveau neergelegd in artikel 4 van het Zevende Protocol van het EVRM en artikel 50 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Nederland heeft het Zevende Protocol van het EVRM niet geratificeerd, maar volgens de Hoge Raad wordt wel aangesloten bij de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot de uitlegging van artikel 68 Sr: HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102.

31. *Vakstudie Algemeen Deel*, artikel 67o AWR, aantekening 11 en 11.2, actueel tot 1 juli 2009.

32. EHRM 15 november 2016, nr. 24130/11 en 29758/11 (A. en B. t. Noorwegen).

33. EHRM 18 mei 2017, nr. 220007/11 (Jóhannesson e.a. t. IJsland).

34. Zie ook A.C.M. Klaasse, 'Ne bis in idem en una via. Enkele beschouwingen over de toelaatbaarheid van parallelle boete- en strafprocedures', *MBB* 2017/12.

35. HvJ EU 20 maart 2018, C-524/15 (Menci).

28. Thans artikel 1:143 Wetboek van Strafrecht Sint Maarten.

legd vanwege het niet of niet tijdig doen van de aangiften winstbelasting. Blijkens de tenlastelegging ziet de strafvervolgving op het opzettelijk niet doen van aangifte terwijl daarvan het gevolg zou kunnen zijn dat door de Nederlandse Antillen dan wel het Land Sint Maarten nadeel wordt geleden.' Wij interpreteren dat als het terzijde schuiven van het ne bis in idem-verweer, omdat geen sprake zou zijn van vervolging voor het hetzelfde feit. Dat oordeel van het Hof lijkt echter innerlijk tegenstrijdig, omdat het Hof vervolgens wel overweegt dat de bestuurlijke boetes komen te vervallen op grond van artikel 27 ALL. Dat artikel bepaalt dat het moet gaan om het vergrijp waarvoor al een boete is opgelegd. Waarom het Hof dan toch lijkt te overwegen dat artikel 27 ALL van toepassing is op deze casus, wordt ons op grond van de uitspraak niet duidelijk.

Artikel 27 ALL heeft dus een beperkt toepassingsbereik, omdat deze bepaling alleen bescherming biedt tegen een dubbele bestraffing. Onder bescherming van het Nederlandse una via-beginsel wordt echter op voorhand voorkomen dat iemand tweemaal in een procedure wordt betrokken ten aanzien van hetzelfde feit. Dus vanaf een 'point of no return' moet een keuze zijn gemaakt tussen bestuursrechtelijke óf strafrechtelijke afdoening. Beide wegen bestaan niet naast elkaar. Dit is ook zo verwoord in de parlementaire geschiedenis: 'De keuze voor een van beide wegen dient op enig moment definitief te zijn; het kan niet zo zijn, dat als de ene weg uiteindelijk niet tot het opleggen van een sanctie leidt, de overheid het dan zonder meer nog eens langs een andere weg mag proberen'.³⁶ Daarom leidt overtreding van het una via-beginsel ook tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie, terwijl artikel 27 ALL voorziet in een reparatie van dubbele berechting achteraf.

Zoals aangegeven bestaat naast artikel 27 ALL ook artikel 70 SrNA (te vergelijken met het Nederlandse artikel 68 Sr). Dat artikel bepaalt dat niemand twee keer kan worden vervolgd voor een feit waarover een rechter onherroepelijk heeft beslist. Het moet hierbij gaan om 'hetzelfde feit'. Daarvan is sprake indien 'blijkt van een zodanig verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van de gedragingen en de wezenlijke samenhang in het handelen en de schuld van de dader, dat de strekking van het artikel meebrengt dat zij in de zin van deze bepaling als hetzelfde feit zijn aan te merken'.³⁷ Wil het ne bis in idem- of una via-beginsel een tweede vervolging voorkomen, dan dient i) sprake te zijn van hetzelfde feit ('idem') en ii) van twee procedures die als 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM kunnen worden gekwalificeerd ('bis').³⁸ Als sprake is van een tweede strafrechtelijke vervolging, is van een 'criminal charge' evident sprake. Dat ligt genuanceerder bij bestuurlijke boetes of andere bestuurlijke sancties. Zo oordeelde de Hoge Raad bijvoorbeeld dat bij strafvervolgving en de oplegging van

een alcoholslotprogramma er strijd is met het ne bis in idem-beginsel,³⁹ maar dat daarvan geen sprake is bij een gedragsaanwijzing.⁴⁰ Voor bestuurlijke (fiscale) boetes (verzuimboetes en vergrijpboetes) heeft de Hoge Raad in 1985 onder verwijzing naar de Europese jurisprudentie over een 'criminal charge' geoordeeld dat dit als strafvervolgving moet worden aangemerkt. Dat geldt ook voor 'lichte' (verzuim)boetes.⁴¹ Ook volgens het EHRM is bij 'lichte' sancties sprake van een 'criminal charge'.⁴² Bestuurlijke boetes vallen daarmee onder het bereik van de bepalingen die beschermen tegen een tweede vervolging. Er kan dus een beroep worden gedaan op het una via-beginsel bij bestuurlijke beboeting én strafrechtelijke vervolging, mits sprake is van hetzelfde feit.⁴³

Door de zinsnede 'bij gewijsde van de rechter (...) onherroepelijk is beslist', lijkt het erop dat via de band van artikel 70 SrNA en artikel 68 Sr alleen een tweede vervolging wordt voorkomen als een strafrechter zich onherroepelijk over een (tweede) vervolging heeft uitgelaten. Doordat de Hoge Raad in 1985 de fiscale boete ook als straf ('criminal charge') kwalificeerde, gaf dat in de Nederlandse strafpraktijk een probleem. Dat leidde tot de invoering van de una via-regeling in 1998 (in artikel 67o AWR (oud)), waardoor ook bestuurlijke boetes bij de una via-regeling werd betrokken.⁴⁴

Naar de letterlijke tekst van de wet voorkomt artikel 70 SrNA geen dubbele vervolging indien een door de Belastingdienst opgelegde bestuurlijke boete onherroepelijk vast komt te staan, zonder dat daartegen bezwaar of beroep is ingesteld en zich dus een rechter over die boetes heeft uitgelaten. Dat lijkt ons een gebrek in de rechtsbescherming, dat niet door artikel 27 ALL wordt gerepareerd. Artikel 27 ALL correspondeert namelijk met artikel 67o AWR (oud) en is dus niet met het arrest van de Hoge Raad uit 1985 'mee gewijzigd' naar de huidige una via-regeling. Als we artikel 70 SrNA gelet op het concordantiebeginsel in samenhang met het Nederlandse una via-beginsel interpreteren, dan zou dat gebrek kunnen worden gerepareerd. Nu het Gerecht echter heeft geoordeeld dat geen beroep kan worden gedaan op het Nederlandse una via-beginsel, lijkt dubbele vervolging op Sint Maarten toch mogelijk te zijn. Het lijkt ons dat dit niet de bedoeling kan zijn geweest van de wetgever.

Wat betekent dit uiteindelijk voor de Bada Bing-eigenaar? Het Gemeenschappelijk Hof verwierp het ver-

36. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 138.

37. Zie HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102.

38. Zie ook conclusie A-G Hofstee, 2 juli 2019, ECLI:NL:PHR:2019:696, overweging 10.

39. HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434.

40. HR 14 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:711. Volgens de Hoge Raad heeft de wetgever de gedragsaanwijzing bedoeld als een afzonderlijk onderdeel van een en dezelfde vervolging. Daarmee wijkt de gedragsaanwijzing af van hetgeen de Hoge Raad heeft geoordeeld in het arrest van 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434 over het alcoholslotprogramma.

41. Hoge Raad 19 juni 1985, BNB 1986/29.

42. EHRM 23 november 2006, nr. 73053/92 (*Benham t. Verenigd Koninkrijk*), par. 56.

43. Zie in gelijke zin conclusie A-G Bleichrodt 19 februari 2019, ECLI:NL:PHR:2019:136, punt 14-16. Hij schrijft ook in zijn conclusie dat het una via-beginsel een variant is op het ne bis in idem-beginsel.

44. Kamerstukken II 1993/94, 23 470, nr. 3, p. 20.

weer van de raadsman met betrekking tot de schending van het ne bis in idem-beginsel, omdat dit onvoldoende was gemotiveerd.⁴⁵ Desalniettemin ging het Hof in op de verweren en oordeelde dat geen sprake is van een schending van het ne bis in idem-beginsel. Verder oordeelde het Hof onder verwijzing naar artikel 27 ALL dat een opgelegde bestuurlijke boete vervalt als voor hetzelfde vergrijp waarvoor de boete is opgelegd de verdachte wordt vrijgesproken, ontslagen van alle rechtsvervolging of veroordeeld. Dit artikel is een uitvloeisel van het ne bis in idem-beginsel.⁴⁶ Wij menen echter dat dit te kort door de bocht is. Gelet op het concordantiebeginsel, zoals dat is neergelegd in artikel 39 van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden, wordt het recht in Nederland en het Caribisch gedeelte van het Koninkrijk zoveel mogelijk overeenkomstig uitgelegd.⁴⁷ In de Nederlandse wetgeving is sprake van een verdergaande (procedurele) bescherming tegen dubbele vervolging dan op basis van het EVRM is vereist. Artikel 27 ALL is dan wel deels in lijn met de Europese rechtspraak, maar is niet concordant met de Nederlandse wetgeving. De rechtszekerheid van justitiabelen in het Caribische deel van het Koninkrijk noopt dan wel tot een eenduidige uitleg, zodat belastingplichtigen en verdachten weten waar zij aan toe zijn: vallen zij onder de bescherming van het una via-beginsel of het ne bis in idem-beginsel? Het oordeel van het Hof over artikel 27 ALL lijkt dan ook niet in lijn met het concordantiebeginsel.

4.1.2. Staat een opgelegde bestuurlijke boete steeds aan strafvervolging in de weg?

Maar hoe ver gaat die Nederlandse bescherming van de reeds beboete verdachte of reeds veroordeelde belastingplichtige? Ook in Nederland zijn er beperkingen. Zoals aangegeven oordeelt het Gemeenschappelijk Hof dat geen sprake is van strijd met het ne bis in idem-beginsel ondanks de opgelegde *verzuimboetes*. In de uitspraak in eerste aanleg werd gesproken over *vergrijpboetes*. Dit onderscheid is van belang omdat de oude Nederlandse una via-regeling (artikel 69a AWR, geldend tot 1 juli 2009) een strafvervolging belette ná de oplegging van bepaalde vergrijpboetes (die werden opgelegd op grond van artikel 67d of 67e AWR). De una via-regeling gold destijds dus niet voor de oplegging van verzuimboetes, omdat de gedragingen die daaraan ten grondslag lagen

geen strafbaar feit opleverden.⁴⁸ De Hoge Raad bevestigde dit in 2005.⁴⁹

De nieuwe una via-regeling – die in werking is getreden per 1 juli 2009 en is neergelegd in artikel 5:44 Awb en 243, lid 2 Sv – is ruimer. In deze artikelen is geen beperking aangelegd ten aanzien van het soort bestuurlijke boetes. In 2015 gaf de Hoge Raad nadere opheldering over het toepassingsbereik van de nieuwe una via-bepalingen. De Hoge Raad oordeelde dat de opvatting dat ‘een opgelegde bestuurlijke boete steeds aan een strafvervolging in de weg staat’, onjuist is.⁵⁰ Daarin wordt gesproken over ‘een’ bestuurlijke boete, wat inhoudt dat het onderscheid verzuimboete en vergrijpboete door de introductie van de huidige bepalingen van het una via-beginsel is komen te vervallen. Dat lijkt ons ook juist, aangezien de Hoge Raad zowel verzuim- als vergrijpboeten als ‘criminal charge’ kwalificeert.⁵¹ De nadruk in dit citaat ligt op het woord ‘steeds’. Onder omstandigheden zou een cumulatie van beide routes en sancties, bestuursrechtelijk én strafrechtelijk, dus wel mogelijk zijn. Een sprekend voorbeeld hiervan is de zaak die voorlag bij het Hof van Justitie EU over het te laat betalen van btw (de hiervoor aangehaalde Menci-zaak). Er stond hier niet ter discussie dat de boete en de strafvervolging betrekking had op hetzelfde feit, maar het Europese Hof achtte onder omstandigheden een cumulatie toelaatbaar.⁵²

De toets aan het ‘hetzelfde feit’-vereiste blijft dus bestaan in de Nederlandse rechtspraak. In een zaak bij Hof Arnhem-Leeuwarden was daarvan geen sprake, omdat i) de boetes en de strafvervolging betrekking hadden op verschillende schuldgradaties (grove schuld versus opzet) en ii) de feiten waarvoor de boete was opgelegd en de strafvervolging was gestart anders waren. Het ging in eerste instantie namelijk om onregelmatigheden in de aangifte met betrekking tot alimentatie, terwijl later ook de onjuiste opgave van rente- en zorgkosten ter discussie stond.⁵³ Hof Den Bosch nam in een andere zaak echter een andersluidend standpunt in met betrekking tot hetzelfde feit en de schuldgradatie. De verzuimboetes (van € 50 en € 65) waren opgelegd aan de vennootschap wegens het niet tijdig betalen van verschuldigde btw en het niet tijdig indienen van de aangiften. De verdachte (directeur-groootaandeelhouder van de B.V.) werd strafrechtelijk vervolgd wegens het opzettelijk niet (tijdig) doen van aangifte. De verzuimboete wegens het niet tijdig betalen betrof volgens het hof ‘zonder enige twijfel hetzelfde feit’. Dat lag iets genuanceerder bij de verzuimboete wegens het niet tijdig betalen, maar toch was volgens het hof het doen van aangifte onlosmakelijk verbonden met het betalen van de belasting op die aangifte, zodat sprake was van hetzelfde feit. Het Bossche hof concludeerde vervolgens tot niet-ont-

45. Hoewel het Gemeenschappelijk Hof meent dat niet aan de motiverings-eisen van de vermeende normschending (het karakter, het gewicht en de strekking van de norm, de ernst van de normschending, het nadeel dat daardoor werd veroorzaakt en de mate van verwijtbaarheid van degene die de norm schond) is voldaan, gaat het Gemeenschappelijk Hof toch in op de gevoerde verweren. Dit komt ons uit het oogpunt van de ontwikkeling van de rechtspraak en de rechtszekerheid wenselijk voor.

46. Zie in gelijke zin J. Adeler & J. Gankema, *De Algemene Landsverordening Landsbelastingen in de Nederlandse Antillen*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 116-117.

47. Zie ook K.M.G. Demandt & P.C. Janssen, ‘Strafvervolging van belastingdelicten in de Caribische delen van het Koninkrijk: nieuwe ontwikkelingen’, *TBS&H* 2018, nr. 3.

48. Zie conclusie A-G Wortel 13 september 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AS8484, punt 14.

49. HR 13 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS8484.

50. HR 6 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2978.

51. HR 19 juni 1985, *BNB* 1986/29, m.nt. J.P. Scheltens.

52. HvJ EU 20 maart 2018, C-524/15 (*Menci*).

53. Hof Arnhem-Leeuwarden 2 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3001.

vankelijkheid van het Openbaar Ministerie ter zake dat feit, omdat de vereiste machtiging van de rechter-commissaris ex artikel 255 Sv (nieuwe bezwaren) ontbrak zodat het una via-beginsel niet kon worden doorbroken.⁵⁴

Rechtbank Rotterdam oordeelde op 23 juli 2019 ook over de samenloop tussen bestuurlijke boetes en strafvervolgning. Het oordeel luidde dat het onjuist doen van aangiften niet hetzelfde feit betreft als het niet of niet binnen de gestelde termijn doen van aangifte. Omdat volgens de rechtbank de juridische aard van de feiten verschilde, kon geen beroep worden gedaan op het una via-beginsel. Daarnaast oordeelde de rechtbank dat de periode waarvoor strafrechtelijk werd vervolgd (maand-aangiften OB 2016) een andere was dan waarvoor vergrijpboetes waren opgelegd (september 2012 tot en met 31 december 2015), zodat ook op grond daarvan geen sprake was van strijd met het una via-beginsel.⁵⁵

De slotsom luidt dat verzuim- én vergrijpboetes onder het ne bis in idem-beginsel aan een strafvervolgning in de weg kunnen staan, maar dat dit niet per definitie het geval is. Er zijn situaties mogelijk waarbij zowel een bestuurlijke sanctie als een strafrechtelijke sanctie naast elkaar kunnen bestaan.

4.2. Het niet doen van aangifte = het niet tijdig doen van aangifte?

Een ander formeel aspect dat de interesse wekt is de ten laste gelegde gedraging ten aanzien van de belastingfraude. Het verwijt zag op het niet binnen de gestelde termijn doen van aangiften winstbelastingen. Er zijn echter geheel geen aangiften ingediend (althans, dat is niet betwist). Is het in zijn geheel niet doen van aangifte gelijk te stellen aan het niet tijdig doen van aangifte? Dat lijkt ons niet het geval te zijn.

Het ging hier om de aangiften winstbelasting over de jaren 2008 tot en met 2011. In artikel 6, lid 4 ALL is opgenomen dat eenieder aan wie een aangiftebiljet is uitgereikt, verplicht is om aangifte te doen. Artikel 7 ALL bepaalt voor aanslagbelastingen dat dit binnen de door de inspecteur gestelde termijn dient te geschieden. Om artikel 49 ALL te *kunnen* overtreden, moet eerst vast komen te staan dat een belastingplichtige is uitgenodigd tot het doen van aangifte. Volgens de Hoge Raad

54. Hof Den Bosch 4 juni 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:2120. Interessant punt hier is nog dat het hof geen onderscheid maakt tussen de DGA en de B.V. wat betreft hetzelfde feit. Wellicht is dit geschied op grond van het leerstuk van vereenzelviging van de DGA en B.V. Daarvoor verwijzen we naar HR 17 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8286 waarin de Hoge Raad overwoog 'een misdrijf, begaan door een rechtspersoon, waarbij hijzelf feitelijk leiding heeft gegeven aan de verboden gedraging en daarbij zo nauw betrokken is geweest dat hij ten aanzien van die gedraging met de rechtspersoon kan worden vereenzelvigd. Dit laatste is o.m. het geval indien degene die feitelijk leiding aan de verboden gedraging heeft gegeven zowel enig directeur als enig aandeelhouder is van een BV die als rechtspersoon het misdrijf heeft begaan.' Zie voor een andere uitleg met betrekking tot het criterium 'dezelfde' persoon bij de 'hetzelfde feit'-toets het commentaar van L. van Esdonk-Bongaarts in *NLF* 2019/1609.

55. Rb. Rotterdam 23 juli 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:5997.

kan enkel degene aan wie een aangiftebiljet is uitgereikt, worden aangemerkt als pleger van het delict.⁵⁶ Zonder uitnodiging geldt geen aangifteplicht, waardoor iemand zich ook niet schuldig kan maken aan het verwijt zoals omschreven in artikel 49 ALL (of de Nederlandse tegenhanger in artikel 69 AWR). Het bewijs dat Bada Bing is uitgenodigd tot het doen van aangifte werd door het Gemeenschappelijk Hof gebaseerd op de verklaring van de boekhouder, die verklaarde dat uitstel werd aangevraagd voor het indienen van de aangiften. Degene die als (rechts)persoon is uitgenodigd tot het doen van aangifte, kan worden aangemerkt als pleger van het strafbare feit. Is iemand niet uitgenodigd, dan kan hij niet de kwalificatie van pleger krijgen en kan geen bewezenverklaring volgen. De Hoge Raad is daar duidelijk in. Het Gemeenschappelijk Hof stapt hier naar onze smaak dan ook te snel overheen, temeer nu het eigenlijk de ingangsvoorwaarde is om aan strafrechtelijke aansprakelijkheid toe te kunnen komen.

Net zoals het Gerecht is het Gemeenschappelijk Hof ook (te) kort door de bocht met het oordeel over het gelijkstellen van het niet doen van aangifte met het niet tijdig doen van aangifte. Artikel 49, eerste lid, sub a ALL bestraft degene die verplicht is tot 'het binnen een gestelde termijn doen van aangifte, dat niet binnen de gestelde termijn, onjuist of onvolledig doet.' Het Gerecht paste een teleologische benadering toe en oordeelde 'dat gelet op de strekking van artikel 49 ALL onder het niet binnen de gestelde termijn doen van aangifte tevens dient te worden begrepen het niet doen van aangifte'. Het Gemeenschappelijk Hof oordeelde dat 'een redelijke uitleg van de zinsnede "niet binnen de gestelde termijn"' ook het in zijn geheel niet van doen aangifte behelst.

Een grammaticale lezing van artikel 49 ALL lijkt erop te wijzen dat het – in zijn geheel – niet doen van aangifte niet onder deze bepaling kan worden geschaard. Een grammaticale lezing van artikel 49 ALL geniet de voorkeur, aangezien deze interpretatiemethode de meeste rechtszekerheid voor justitiabelen creëert. Bovendien is in het Nederlandse artikel 69 AWR wel het niet én niet tijdig doen van aangifte opgenomen, zodat wij het ervoor houden dat de wetgever bewust een keuze heeft gemaakt door in artikel 49 ALL alleen het niet tijdig doen van aangifte op te nemen. Het in zijn geheel niet doen van aangifte sluit in onze optiek – dogmatisch – het wel doen van die aangifte, maar te laat, uit. Met Adeler en Gankema⁵⁷ menen wij dat het niet doen van aangifte onder artikel 49 ALL niet strafbaar is gesteld. Zij merken op dat de wetgever mogelijk van oordeel is dat het niet doen van aangifte onder het niet tijdig doen van aangifte kan worden geschaard, maar de memorie van toelichting rept hier met geen woord over. Uitgaande van de letterlijke tekst is het niet doen van aangifte niet strafbaar. Zij verwijzen daarvoor nog naar een uit-

56. HR 17 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8286.

57. J. Adeler & J. Gankema, *De Algemene landsverordening Landsbelastingen in de Nederlandse Antillen*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 210.

spraak van de Raad van Beroep voor Belastingzaken (Nederlandse Antillen en Aruba) uit 2005.⁵⁸ Daarin oordeelde de Raad dat de passage uit het wetsartikel ‘binnen het heffingsgebied worden verricht’ ‘*duidelijk en slechts voor één uitleg vatbaar [is]*’. De Raad acht de letterlijke tekst van de wet doorslaggevend.

In het Nederlandse equivalent (artikel 69 AWR) is wel expliciet het niet of niet binnen de daarvoor gestelde termijn strafbaar gesteld. Valkenburg merkt op dat er redenen zijn om aan te nemen dat het onderscheid tussen het niet doen en niet binnen de gestelde termijn doen van aangifte bewust is gecreëerd. Er is namelijk een verschil tussen een aangifte die niet wordt gedaan en een aangifte die te laat wordt gedaan. Een te late aangifte kan namelijk ook nog juist, onjuist, volledig of onvolledig zijn. Bovendien merkt Valkenburg op dat het niet of niet tijdig doen van aangifte sinds 1998 niet langer als overtreding strafbaar is gesteld.⁵⁹ De wetgever was van oordeel dat een verzuimboete een voldoende reactie opleverde.⁶⁰

Het wringt dan ook dat zowel het Gerecht als het Gemeenschappelijk Hof hier met een korte motivering overheen stapt en tot strafrechtelijke aansprakelijkheid concludeert. Hier had op zijn minst een juridisch genuanceerde(re) overweging aan ten grondslag moeten liggen.

5. Conclusie

De Bada Bing-zaken hebben veel (politieke) aandacht getrokken op de Caribisch eilanden, maar bieden ook veel juridisch stof tot nadenken. Waar de zaak in eerste instantie de aandacht trekt door de spraakmakende omkoping, is het oordeel van het Hof ten aanzien van de omkoping weinig opzienbarend. Weliswaar zijn er enkele verschillen met de Nederlandse wetgeving, maar qua juridische uitleg is er weinig nieuws onder de Caribische zon. Wat de uitspraken wel illustreren is de groeiende aandacht voor integriteitskwesaties op de eilanden.

De fiscale verdenkingen die voortvloeien uit het Bada Bing-onderzoek zijn bron van tal van formele verweren, die in de Caribische rechtspraak vooralsnog niet zijn uitgekristalliseerd. Dit betreffen ook kwesties die in de Nederlandse fiscale strafrechtspraktijk nog niet zijn uitgekristalliseerd. Duidelijk is dat de fiscale strafrechtspraktijk op de voormalige Nederlandse Antillen zich de komende jaren kan vastbijten in de nadere onderbouwing van verweren op grond van de fiscale en strafrechtelijke wetgeving van de betreffende eilanden, maar

ook op grond van Europeesrechtelijke normen die strekken tot bescherming van de rechten van de mens.

58. Raad van Beroep voor Belastingzaken (Nederlandse Antillen en Aruba) 30 september 2005, nr. 2003-0532, ECLI:NL:ORBBNNA:2005:BI3320.

59. W.E.C.A. Valkenburg, *Fiscaal straf- en strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 60. Zie ook F.H.H. Sijbers, *Cursus Belastingrecht: Fiscaal strafrecht*, FBR 9.1.2.B, actueel tot en met 8 maart 2019.

60. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 470, nr. 3, p. 40.