

Rapport

Rapport van een klacht over de Belastingdienst/Amsterdam te Amsterdam.

Datum: 7 maart 2012

Rapportnummer: 2012/033

Klacht

Verzoeker klaagt erover dat de Belastingdienst/Amsterdam misbruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheden door aan het transactievoorstel in de zin van artikel 76 AWR (hierna: het transactievoorstel) de voorwaarde te verbinden dat wordt afgezien van het (verder) aanwenden van rechtsmiddelen tegen opgelegde of nog op te leggen aanslagen in verband met de tegen verzoeker gerezen verdenkingen.

Bevindingen en beoordeling

Bevindingen

Korte achtergrondschets

De Belastingdienst is jegens verzoeker een strafrechtelijk onderzoek gestart nadat het vermoeden was gerezen dat de door Y BV, waarvan verzoeker enig aandeelhouder en bestuurder is, ingediende aangifte Vennootschapsbelasting (Vpb) over het boekjaar 2002/2003 onjuist was. Ook is een aanslag Vpb opgelegd. Tegen die aanslag is bezwaar ingesteld. Tegen de beslissing op bezwaar is vervolgens beroep aangetekend.

Toen het strafrechtelijk onderzoek bijna was afgerond verzocht de gemachtigde van verzoeker (hierna: de gemachtigde) de contactambtenaar van de Belastingdienst om geen vervolging in te stellen. Als alternatief verzocht de gemachtigde om een transactie in de zin van artikel 76 Algemene wet inzake Rijksbelastingen (hierna: AWR). Dit ondanks dat gemachtigde van mening was dat geen sprake is van verwijtbaarheid. De reden voor dit verzoek was het risico op mogelijke nadelige gevolgen, de druk en de kosten van rechtsbijstand die een strafproces met zich meebrengt te voorkomen. Tevens speelde een rol dat verzoeker een publiek figuur is waardoor een strafrechtelijk vervolging voor hem disproportioneel veel (publieke) schade zou opleveren.

De contactambtenaar van de Belastingdienst gaf daarop aan bereid te zijn om verzoeker een transactievoorstel te doen. Hij liet daarbij weten naast het betalen van een nog nader te bepalen geldsom als voorwaarde te stellen dat werd afgezien van het (verder) aanwenden van rechtsmiddelen tegen de opgelegde of nog op te leggen aanslagen in verband met de tegen verzoeker gerezen verdenkingen.

De gemachtigde was van mening dat de genoemde voorwaarde niet mag worden gesteld omdat artikel 76 AWR daarin niet voorziet en dat de contactambtenaar door het stellen van deze voorwaarde misbruik maakt van zijn bevoegdheden. De contactambtenaar vond dat deze voorwaarde wel kan worden gesteld op grond van artikel 76 lid 3 sub e AWR. Ondanks dat de gemachtigde van mening was dat verzoeker geen verwijt kan worden gemaakt en de betreffende voorwaarde niet mag worden gesteld is verzoeker akkoord gegaan met het transactievoorstel en is aan de daarbij gestelde voorwaarden voldaan met

het intrekken van het beroep tegen de aanslag Vpb.

De gemachtigde diende namens verzoeker een klacht in bij de Belastingdienst. De Belastingdienst achtte de klacht ongegrond. Hierna wendde de gemachtigde zich tot de Nationale ombudsman. Kern van de klacht is de vraag of de Belastingdienst/ Amsterdam misbruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheden door aan het transactievoorstel de voorwaarde te verbinden dat wordt afgezien van het (verder) aanwenden van rechtsmiddelen tegen opgelegde of nog op te leggen aanslagen in verband met de tegen verzoeker gerezen verdenkingen. In het kader van de klachtbehandeling heeft de Nationale ombudsman vragen gesteld aan het Ministerie van Financiën (hierna: het ministerie) en de Belastingdienst. Het ministerie heeft de vragen mede namens de Belastingdienst/Amsterdam beantwoord. Ook heeft de Belastingdienst/Amsterdam de vraag of de bestreden voorwaarde mag worden gesteld voorgelegd aan het Openbaar Ministerie (hierna: OM). De reactie hierop is eveneens in de beantwoording verwerkt. Naar aanleiding van de antwoorden heeft een gesprek plaatsgevonden tussen medewerkers van het bureau Nationale ombudsman en het ministerie.

Visie van verzoeker

Volgens de gemachtigde somt artikel 76 AWR limitatief de voorwaarden op die aan een transactie kunnen worden verbonden. In het derde lid onder e staat dat als voorwaarde mag worden gesteld het alsnog voldoen aan een bij de belastingwet gestelde verplichting. Volgens de gemachtigde is het afzien van fiscale procedures geen bij de belastingwet gestelde verplichting. Procederen is geen plicht maar een recht. Door de bestreden voorwaarde te stellen heeft de Belastingdienst verzoeker een recht ontnomen als ware het een wettelijke verplichting. De gemachtigde is van mening dat de contactambtenaar hiermee misbruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheden.

Ondanks het feit dat gemachtigde en verzoeker ervan overtuigd zijn dat geen strafbaar feit is gepleegd is verzoeker toch akkoord gegaan met het transactievoorstel omdat hij een publiek figuur is. Strafrechtelijke vervolging levert voor hem disproportioneel veel (publieke) schade op. Tevens een eventuele aantekening in justitiële documentatie. Als gevolg hiervan is gemachtigde van mening dat geen sprake kan zijn van vrijwillige acceptatie van het transactievoorstel. Ook al had verzoeker het transactievoorstel ook kunnen weigeren en kunnen kiezen voor strafrechtelijke vervolging.

Motivering

Tevens is de gemachtigde van mening dat de contactambtenaar de motiveringsplicht heeft geschonden. Volgens hem betekent motiveren niet dat een mening wordt verkondigd, maar houdt motiveren in dat die mening wordt toegelicht en dat wordt ingegaan op aangevoerde argumenten die die mening bestrijden. Dat is niet gebeurd. Volgens hem is geen enkele uiteenzetting te vinden van de redenen die er toe hebben geleid aan

verzoeker een transactievoorstel te doen. Niet is gemotiveerd waarom de conclusie wordt getrokken dat sprake is van een bewijsbare zaak. Ook is niet gemotiveerd waarom het voorstel luidt zoals het luidt.

Uitleg van het Ministerie van Financiën¹

Zowel het ministerie, de Belastingdienst, als het OM zijn van mening dat de voorwaarde wel gesteld mag worden. Slechts de onderbouwing van dit standpunt verschilt in die zin, dat het OM en de Belastingdienst minder terughoudend zijn dan het ministerie in het oordeel dat de gestelde voorwaarde bovendien onder de reikwijdte van artikel 76 lid 3 sub e AWR valt. Omdat de vragen door het ministerie en de Belastingdienst gezamenlijk zijn beantwoord, is in de antwoorden aan beide benaderingen aandacht besteed.

De voorwaarde vloeit voort uit artikel 76 lid 3 sub e AWR, hoewel dit niet letterlijk uit de tekst valt af te leiden. Hierbij is de interpretatie van belang van het begrip, het alsnog voldoen aan een bij de belastingwet gestelde verplichting. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat het hierbij om meerdere verplichtingen kan gaan, onder andere om betaling van de wettelijk verschuldigde belasting². Deze bepaling kan zo worden opgevat, dat onderdeel van de transactie is dat alsnog wordt voldaan aan een belastingplicht die naar de overtuiging van de Belastingdienst bestaat, en die voortvloeit uit de verdenking waarop de transactie betrekking heeft. Als na het aanvaarden van het transactieaanbod nog over deze belastingplicht zou worden geprocedeerd, zou de te stellen voorwaarde een dode letter zijn. Uit de tekst en strekking van artikel 76 AWR blijkt dat de transactie een totaalafdoening is. Dit is ook vaste praktijk.

Als ervan wordt uitgegaan dat dit standpunt een te ruime interpretatie van het begrip 'bij de belastingwet gestelde verplichting' in de in artikel 76 lid 3 sub e AWR genoemde voorwaarde vergt kan de basis van de gestelde voorwaarde ook worden gevonden in de discretionaire bevoegdheid van het bestuur van 's Rijksbelastingen in artikel 76 lid 2 AWR. De Belastingdienst kan op basis van deze bevoegdheid zelfbepalen onder welke voorwaarde(n) hij overgaat tot het doen van een transactievoorstel. De gestelde voorwaarde is te zien als een 'voor'voorwaarde. Een voorwaarde om überhaupt tot het doen van een transactievoorstel te komen. De gestelde voorwaarde is een uitwerking van het uitgangspunt om slechts een transactievoorstel te doen aan een "bekennende" verdachte. Daarin zit de 'voor'voorwaarde: "pas als jullie bekennen doe ik een transactievoorstel". Pas als wordt afgezien van het (verder) aanwenden van rechtsmiddelen tegen opgelegde of nog op te leggen aanslagen zal de Belastingdienst een transactievoorstel doen.

Het primaire doel van het doen van een transactievoorstel is dat een verdachte op enigerlei wijze voor zijn vergrijp wordt gestraft. Daarnaast kan de transactie ten doel hebben dat een einde wordt gemaakt aan alle procedures die met het strafbare feit samenhangen. Dus een totaalafdoening. Een transactievoorstel wordt dan ook alleen

gedaan als na overleg met de Officier van Justitie (hierna: OvJ) is komen vast te staan dat sprake is van een bewijsbare zaak.

Het aanbieden van een transactie is een tegemoetkoming aan de verdachte van een fiscaal delict. Er wordt immers een eventueel strafblad voorkomen, onzekerheid wordt weggenomen. Daar moet iets tegenover staan, zoals bijvoorbeeld berouw, of een soort van inkeer. Daarbij moet het transactievoorstel gezien worden als een tegemoetkoming aan de bekende verdachte. In dat licht is er dan ook geen sprake van onbehoorlijkheid in het stellen van de voorwaarde. Hierbij vooropgesteld dat, zoals in onderhavige geval is gebeurd, deze handelwijze is afgestemd in collegiaal overleg, is geaccordeerd door het OM, er geen sprake is geweest van ongeoorloofde druk en de belastingplichtige/verdachte weloverwogen met zijn advocaat de keuze heeft kunnen maken om de voorwaarde te accepteren.

Wel is het ministerie van mening dat het onderscheid in de gestelde voorwaarden beter in het transactievoorstel naar voren had moeten komen. Het transactievoorstel had volgens het ministerie dan ook beter anders geformuleerd kunnen worden. Beter was geweest als er onderscheid was gemaakt tussen de 'voor'voorwaarde, de aan de transactie gestelde voorwaarden en de gevolgen van acceptatie van het transactievoorstel. Volgens het ministerie is het doel en de strekking van het transactievoorstel echter volstrekt helder.

Verzoeker had niet akkoord moeten gaan met het transactieaanbod als hij het daar niet mee eens was. Dan had de zaak aan de rechtelijke toets van de strafrechter onderworpen kunnen worden door middel van het maken van bezwaar tegen de dagvaarding als bedoeld in de artikelen 250 en volgende van het Wetboek van Strafvordering (Sv). Deze zogenaamde raadkamerprocedure beoogt een waarborgfunctie te vervullen in de gevallen dat het OM 'lichtvaardig' tot vervolging is overgegaan en vindt daarom achter gesloten deuren plaats. De bezwaarprocedure ex artikel 250 Sv is in het mondeling overleg van 28 september 2010 (zie punt 18) uitdrukkelijk aan de orde gesteld. De advocaat-belastingkundige van verzoeker wordt geacht met deze regeling bekend te zijn. De overwegingen om een transactieaanbod al dan niet te accepteren zijn strikt subjectief. Zo kunnen bijvoorbeeld de argumenten die verzoeker ontleent aan het feit dat verdachte een publiek figuur is in de praktijk ("subjectief") voor een niet-publiek figuur even zwaarwegend zijn.

Motivering

Ten aanzien van de motivering zegt het ministerie dat de contactambtenaar heeft aangegeven dat in de strafzaak sprake was van een alleszins redelijk vermoeden dat zou kunnen leiden tot een veroordeling. Hij heeft ter onderbouwing daarvan het proces-verbaal aan de advocaat van verzoeker toegezonden. Vervolgens heeft de contactambtenaar in het telefonische overleg (juni 2010, 24 augustus 2010, 30 augustus 2010 en 1 september 2010) en in het mondelinge overleg van 28 september 2010 alle aspecten van de

transactie en de daarbij te stellen voorwaarden uitgebreid en diepgaand met verzoeker besproken. Tijdens het mondelinge overleg is tot twee keer toe besloten het gesprek te schorsen om partijen de gelegenheid te geven zich te beraden om tot een vergelijk te komen. De eerste schorsing vond plaats op initiatief van de contactambtenaar; de tweede schorsing op initiatief van verzoeker. Vervolgens heeft de contactambtenaar een laatste voorstel gedaan waarmee verzoeker de volgende dag akkoord is gegaan. Het ministerie is dan ook van mening dat de motiveringsplicht niet is geschonden.

Tot slot wijst het ministerie erop dat met ingang van 1 juli 2011 buitengerechtelijke afdoening nog slechts kan plaatsvinden door een strafbeschikking op grond van artikel 76 AWR (nieuw). Het karakter van de strafbeschikking is geheel anders dan dat van de transactie op grond van artikel 76 AWR (oud). De strafbeschikking, waaraan aanwijzingen kunnen worden verbonden, leidt tot het opleggen van een geldboete, de vaststelling van schuld en opname in de justitiële documentatie (strafblad). De transactie daarentegen leidde tot vrijwillige afkoop van de strafvervolgning zonder strafblad.

Aanvullende reactie verzoeker op het verslag van bevindingen

In de reactie op het verslag van bevindingen heeft de gemachtigde van verzoeker het volgende aangegeven.

Het Ministerie ziet in het tweede lid van artikel 76 AWR een discretionaire bevoegdheid die het stellen van 'voor'voorwaarden mogelijk/gerechtvaardigd maakt. Het derde lid van artikel 76 AWR is echter de uitwerking van de voorwaarden als bedoeld in het tweede lid en in het tweede lid is derhalve niet een ruimere bevoegdheid te lezen tot het stellen van voorwaarden, dan de limitatieve opsomming in het derde lid. Een duidelijk als limitatieve opsomming bedoelde regeling verhoudt zich - mijns inziens - bijzonder slecht tot de uitleg van het Ministerie dat het mogelijk zou zijn Voor'voorwaarden te stellen. Het heeft immers weinig zin om de te stellen voorwaarden limitatief op te sommen, indien die limitatieve opsomming dan domweg kan worden uitgebreid door voorwaarden te verbinden aan het überhaupt toekomen aan het doen van een transactievoorstel. Bovendien is in casu de bestreden voorwaarde niet als 'voor'voorwaarde gesteld en bovendien blijkt uit alles dat hier geen sprake is van een "bekennende" verdachte. In tegenstelling tot de huidige strafbeschikking is het uitgangspunt bij de transactie immer geweest dat een erkenning van schuld niet noodzakelijk is. Het door het Ministerie -kennelijk - verwoorde uitgangspunt voor het doen van transactievoorstellen strookt niet met de praktijk, al helemaal niet met onderhavige specifieke transactie.

II Beoordeling

Het is een vereiste van behoorlijk overheidsoptreden dat de overheid integer handelt en een bevoegdheid alleen gebruikt voor het doel waarvoor deze is gegeven.

In de voorliggende zaak staat ter discussie of de Belastingdienst met het stellen van de betreffende voorwaarde zijn bevoegdheid heeft misbruikt. Over de uitleg van artikel 76 AWR bestaat geen jurisprudentie. Bij het ontbreken van jurisprudentie is het niet aan de Nationale ombudsman om te oordelen over de juridische juistheid van het handelen van de Belastingdienst. Dat is aan de rechter. De Nationale ombudsman beperkt zich bij de beoordeling tot de vraag of de Belastingdienst heeft gehandeld zoals van een behoorlijk handelende overheid verwacht mag worden.

Volgens de contactambtenaar van de Belastingdienst vindt de gestelde voorwaarde zijn grondslag in artikel 76 lid 3 sub e AWR. Verzoeker is van mening dat dit niet uit artikel 76 lid 3 sub e valt af te leiden. Zowel het ministerie, de Belastingdienst, als het OM zijn van mening dat de voorwaarde wel gesteld mag worden. Slechts de onderbouwing van dit standpunt verschilt in die zin, dat het OM en de Belastingdienst minder terughoudend zijn dan het ministerie in het oordeel dat de gestelde voorwaarde bovendien onder de reikwijdte van artikel 76 lid 3 sub e AWR valt.

De Nationale ombudsman is van oordeel dat het is te billijken dat de Belastingdienst bij het doen van een transactievoorstel de voorwaarde stelt dat wordt afgezien van het (verder) aanwenden van rechtsmiddelen tegen de betreffende aanslagen. Hierbij speelt een rol dat een transactievoorstel alleen wordt gedaan als in het tripartite³ overleg is komen vast te staan dat sprake is van een vervolgbare en dus bewijsbare zaak. Met een transactievoorstel wordt strafvervolgning voorkomen. Hiermee wordt onzekerheid over de uitkomst van een strafproces weggenomen. Daar mag iets tegenover staan. Het is niet de bedoeling dat met het transactievoorstel iedere vorm van straf wordt voorkomen.

Het is begrijpelijk dat verzoeker zich vanuit zijn positie als publiek persoon gedwongen voelde om akkoord te gaan met de gestelde voorwaarden. Ook voor iemand die niet in een publieke functie verkeert kan een strafprocedure belastend zijn vanwege publiciteit, kosten en onzekerheid over de uitkomst. Objectief gezien is er naar het oordeel van de Nationale ombudsman geen sprake geweest van dwang. De Belastingdienst heeft op verzoek van de gemachtigde een transactievoorstel gedaan. De Belastingdienst heeft daarbij duidelijk aangegeven onder welke voorwaarden hij bereid was om over te gaan tot een transactie. Ook heeft de Belastingdienst duidelijk gemotiveerd waarom de voorwaarde is gesteld. Verzoeker heeft in overleg met zijn gemachtigde een weloverwogen keuze kunnen maken. Verzoeker is uiteindelijk akkoord gegaan.

Op basis van het voorgaande komt de Nationale ombudsman dan ook tot de conclusie dat de Belastingdienst integer heeft gehandeld.

Conclusie

De klacht over de onderzochte gedraging van de Belastingdienst/Amsterdam te Amsterdam, is ongegrond.

De Nationale ombudsman,

dr. A.F.M. Brenninkmeijer

Onderzoek

Op 28 april 2011 ontving de Nationale ombudsman een verzoekschrift van de heer X te Amsterdam, ingediend door Jaeger Advocaten - Belastingkundigen te Amsterdam, met een klacht over een gedraging van de Belastingdienst/Amsterdam te Amsterdam.

Naar deze gedraging, die wordt aangemerkt als een gedraging van het Ministerie van Financiën, werd een onderzoek ingesteld.

In het kader van het onderzoek werd de Belastingdienst/Amsterdam en het Ministerie van Financiën verzocht op de klacht te reageren en een afschrift toe te sturen van de stukken die op de klacht betrekking hebben.

In het kader van het onderzoek werd betrokkenen verzocht op de bevindingen te reageren.

Het resultaat van het onderzoek werd als verslag van bevindingen gestuurd aan betrokkenen.

De reacties van betrokkenen gaven aanleiding het verslag op een enkel punt te wijzigen.

Het resultaat van het onderzoek werd als verslag van bevindingen gestuurd aan betrokkenen.

De reacties van betrokkenen gaven aanleiding het verslag op een enkel punt te wijzigen en aan te vullen.

Informatieoverzicht

De bevindingen van het onderzoek zijn gebaseerd op de volgende informatie:

Verzoekschrift d.d. 28 april 2011

Reactie op de klacht d.d. 12 oktober 2011

Gesprek met Ministerie van Financiën d.d. 22 november 2011

Achtergrond

"Artikel 76 (oud) AWR. Transactie

Transactie

1.

Ten aanzien van bij de belastingwet strafbaar gestelde feiten gelden in plaats van de artikelen 74 en 74a van het Wetboek van Strafrecht de volgende bepalingen.

par. 8, lid 5, Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst

2.

Ten aanzien van feiten, met betrekking tot welke het proces-verbaal niet overeenkomstig artikel 80, tweede lid, in handen van de officier van justitie is gesteld, vervalt het recht tot strafvordering door vrijwillige voldoening aan de voorwaarden welke het bestuur van 's Rijks belastingen ter voorkoming van de strafvervolgning mocht hebben gesteld.

3.

Voorwaarden

Als voorwaarden kunnen worden gesteld:

a.

betaling aan de Staat van een geldsom, te bepalen op ten minste € 3 en ten hoogste het maximum van de geldboete die voor het feit kan worden opgelegd;

b.

afstand van voorwerpen die in beslag zijn genomen en vatbaar zijn voor verbeurdverklaring of onttrekking aan het verkeer;

c.

uitlevering, of voldoening aan de Staat van de geschatte waarde, van voorwerpen die vatbaar zijn voor verbeurdverklaring;

d.

voldoening aan de Staat van een geldbedrag gelijk aan of lager dan het geschatte voordeel - met inbegrip van besparing van kosten - door de verdachte verkregen door middel van of uit het strafbare feit;

e.

het alsnog voldoen aan een bij de belastingwet gestelde verplichting;

4.

Het bestuur van 's Rijks belastingen bepaalt telkens de termijn binnen welke aan de gestelde voorwaarden moet zijn voldaan en zo nodig tevens de plaats waar zulks moet geschieden. De gestelde termijn kan vóór de afloop daarvan éénmaal worden verlengd.

5.

Artikel 552ab van het Wetboek van Strafvordering is van overeenkomstige toepassing."

1 Uitleg zoals weergegeven in de reactie op de klacht d.d. 12 oktober 2011 en het verslag van het gesprek d.d. 22 november 2011

2 TK 1985-1986, 19489, nr. 3, blz. 12

3 Overleg tussen de Officier van Justitie, de FIOD en de Belastingdienst