



TER ADVISERING

Aan

de staatssecretaris van Financiën – Toeslagen en Douane

Alex 20/11

→ graag nog kent overleg over dit stuk met DJZ voor verzending.

notitie

Verzoek Omtzigt nadere aangifte

Directie Juridische Zaken

Inlichtingen

10.2.e

T 10.2.e

F 10.2.e

10.2.e infinfin.nl

www.minfin.nl

Direct contact

Marijke Bogtstra

M 10.2.e

Datum

17 november 2020

Notitienummer

2020-0000232827

Auteur

10.2.e

Van

de directeur Juridische zaken

Kopie aan

Bijlagen

6

Aanleiding

Tijdens de behandeling van het Belastingplan 2021 op 11 november jl. heeft Kamerlid Omtzigt gevraagd om aanvullend te kijken of u nadere informatie heeft die leidt tot nadere zaken waarvoor een aangifteplicht geldt en heeft hij verzocht de Kamer daarover binnen twee weken te informeren.

DJZ heeft naar aanleiding van dit verzoek gekeken naar de vermoedens die Kamerlid Omtzigt heeft geuit in het debat en in de periode hieraan voorafgaand. Kortweg geeft Kamerlid Omtzigt aan dat er een vermoeden zou zijn van valsheid in geschrifte en nalatigheid. Het vermoeden van valsheid in geschrifte zou blijken uit de volgende documenten (deze zijn alle als bijlage meegezonden):

- De Casusbeschrijving CAF 11 Hawaï;
- Bevindingen GGD 2011 en 2013 inzake GOB Dadim.

De nalatigheid zou volgen uit:

- Het conceptadvies van de Landsadvocaat uit 2009, dat is verwerkt in een ander advies uit 2011;
- De memo van de Vaktechnisch coördinator (Vaco) uit maart 2017.

Advies

U wordt geadviseerd om:

- de betreffende documenten niet zonder een daaraan voorafgaand verzoek van het Openbaar Ministerie (OM) aan het OM te overhandigen;
- geen aanvullende aangifte te doen;
- niet nogmaals een second opinion te vragen;

|| alhoewel

In de bijlage treft u een concept-Kamerbrief aan. In deze brief worden drie opties aan u voorgelegd:

1. U blijft vasthouden aan de lijn die reeds is ingezet
2. U benadrukt dat het contraproductief is voor het herstel van het interne en externe vertrouwen in de belastingdienst indien er steeds de dreiging van een nadere aangifte voor hetzelfde feitencomplex boven de markt blijft hangen
3. U zegt toe een procedurele brief een brief te sturen aan het Openbaar Ministerie om hen te wijzen op de discussies in de Tweede Kamer over het onderwerp van de aangifte.

U wordt verzocht een van deze opties te kiezen. Indien u kiest voor optie 3 dan treft u in de bijlage ook de procedurele conceptbrief aan het OM aan.

Toelichting

In het debat heeft Kamerlid Omtzigt aangegeven dat er volgens hem een vermoeden bestaat van "valsheid in geschrifte" en eerder sprak hij ook over "nalatigheid". De valsheid in geschrifte zou zijn gestoeld op het feit dat in de CAF11-zaak is gesproken over een GGD-signaal uit 2013 terwijl het GGD-signaal uit 2011 was. In 2013 was er volgens Omtzigt juist een lovend GGD-rapport. Dit zou betekenen dat er verkeerde data in de stukken stonden. De nalatigheid zou zijn gestoeld op het feit dat er reeds in 2009 door de Landsadvocaat geadviseerd was dat het beleid te hard zou zijn, maar dat dit advies niet is opgevolgd.

De vraag die aan DJZ is voorgelegd, is of het bestaan van deze documenten en het uitblijven van een aanpassing van het handelen naar aanleiding van het advies van de Landsadvocaat is te kwalificeren als een vermoeden van een strafbaar feit waarvoor de aangifteplicht geldt. De aangifteplicht ziet op de volgende situaties:

- Ambtsmisdrijven;
- Misdrijven begaan door een ambtenaar die daarbij een bijzondere ambtsplicht heeft geschonden of daarbij gebruik heeft gemaakt van macht, gelegenheid of middel hem door zijn ambt geschonken, dan wel;
- Misdrijven die inbreuk maken op of onrechtmatig gebruik wordt gemaakt van een regeling waarvan de uitvoering of de zorg voor de naleving aan hen is opgedragen.

In zijn algemeenheid is de gedachte achter de aangifteplicht om te waken voor de integriteit van de overheid en haar organen en bovendien bij te dragen aan een goede taakuitoefening van het OM als leider van het opsporingsonderzoek. Door het oordeel neer te leggen bij het onafhankelijke OM is de kans kleiner dat bovengenoemde misdrijven in de doofpot terecht komen. Deze bijzondere verantwoordelijkheid brengt mee dat van een ambtenaar verwacht mag worden dat deze bepaalde situaties voorlegt aan het OM, opdat die worden onderworpen aan een strafrechtelijk onderzoek. De maatstaf voor de aanwezigheid van de aangifteplicht is een "redelijk vermoeden", dat slechts op basis van objectieve feiten en omstandigheden kan worden vervuld.

Tegen die achtergrond moet het verzoek van Kamerlid Omtzigt ook worden bekeken. Omdat er in december 2019 en januari 2020 de vraag bestond of er sprake was van een redelijk vermoeden van een ambtsmisdrijf heeft de minister van Financiën in het vragenuurtje van 14 januari jl. toegezegd een second opinion te vragen. Deze second opinion is destijds uitgevoerd door de heer Biemond. De heer Biemond is tot de conclusie gekomen dat er een plicht tot aangifte bestond voor vermoedens van "knevelarij" en "beroepsmatige discriminatie". Hij heeft verder ook gekeken of er sprake is van vermoedens van "dwang door misbruik van gezag", "verduistering van bewijsstukken", "valsheid in geschrifte", "smaad" en "meineed". Voor deze laatste misdrijven zag de heer Biemond geen "redelijk vermoeden" dat dwingt om aangifte te doen.

Naar aanleiding van deze second opinion is er op 19 mei jl. aangifte gedaan van het vermoeden van knevelarij en beroepsmatige discriminatie. Financiën heeft bij de aangifte de documenten aan het OM overhandigd die destijds ook aan de heer Biemond zijn gegeven voor zijn second opinion. Deze aangifte zag op het gehele feitencomplex dat ziet op de werkzaamheden van de Belastingdienst waaronder Toeslagen, meer in het bijzonder het MT Fraude, het Combiteam Aanpak Facilitators (CAF) en de Directie Toeslagen, in de periode 2013-2017. Dit is een ruime omschrijving. Onder het feitencomplex vallen bovendien alle CAF-dossiers die door de Adviescommissie Uitvoering Toeslagen zijn geïdentificeerd, waarin een behandeling mogelijk of waarschijnlijk vergelijkbaar is met de aanpak in het CAF 11-dossier.

Tot slot moet worden benadrukt dat het OM niet beperkt is door de aangifte en de daarbij overhandigde stukken.

Valsheid in geschrifte

Zoals gezegd heeft Kamerlid Omtzigt een tweetal vermoedens geuit van vermeende overtredingen/misdrijven waarvoor een verplichting zou bestaan om aanvullende aangifte te doen. De eerste betreft valsheid in geschrifte. Volgens de wet is sprake van valsheid in geschrifte als iemand een geschrift valselijk opmaakt en vervalst dat bestemd is om tot bewijs van enig feit te dienen, met als doel het te gebruiken alsof het een echt en onvervalst document is. Het moet dus gaan om een document dat is bestemd om tot bewijs van enig feit te dienen. Daarnaast moet iemand deze documenten hebben vervalst met de intentie om het vervalste document te gebruiken alsof het echt en onvervalst is.

Een belangrijk criterium hierbij is dat iemand een document vervalst moet hebben met het doel te doen alsof het een echt document is en dat moet hij ook weten of redelijkerwijs vermoeden. Deze vervalsing zou in dit concrete geval zijn gelegen in de Casusbeschrijving CAF 11 Hawaï. De versie die DJZ heeft ontvangen is opgesteld met de datum 07-10-2012, in de antwoorden op Kamervragen¹ van 25 november 2019 is echter uiteengezet dat die datum een verschrijving bleek te zijn en dat het document in 2013 is opgesteld. In deze Casusbeschrijving CAF 11 Hawaï wordt verwezen naar een inspectieverslag van de GGD van begin 2013. In deze antwoorden is ook reeds aangegeven dat de signalen van de GGD uit 2011 zijn benoemd als signalen uit 2013. Dit bleek echter geciteerd uit een bijlage bij een e-mailbericht van de GGD Haaglanden uit 2011. In de second opinion die de heer Biemond heeft uitgevoerd, heeft hij ook specifiek gekeken naar valsheid in geschrifte in de betreffende casusbeschrijving. In zijn analyse geeft hij aan dat hij in de documenten geen relevante informatie heeft aangetroffen op basis waarvan moet worden getwijfeld dat er sprake is van een verschrijving. Hij heeft dus geconcludeerd dat er geen aangifteplicht voor valsheid in geschrifte bestaat. DJZ ziet in het advies van de landsadvocaat van 2009 en het advies van de Vaco geen aanleiding om hier nu anders tegenaan te kijken.

Verder is voor de constatering of er sprake is van valsheid in geschrifte van belang dat het moet gaan om stukken die bestemd zijn om tot bewijs van enig feit te dienen (o.g.v. art. 225 Wetboek van Strafrecht) of om boeken en/of registers (art. 360 Wetboek van Strafrecht). Uit de wetsgeschiedenis volgt dat het geschrift 'uit zijn aard' tot bewijsstuk bestemd moet zijn.² Dit betekent dat het geschrift in het maatschappelijk verkeer betekenis voor het bewijs van enig feit pleegt te worden toegekend.³ Een casusbeschrijving als deze dient op zichzelf niet als bewijs van enig feit. Het is een casusbeschrijving met een procesvoorstel. Het is niet een bewijsmiddel als zodanig. Ook om die reden kan er in dit geval geen sprake zijn van valsheid in geschrifte.

Ten aanzien van de GGD-inspecties uit 2013 is van belang dat in dat jaar twee bezoeken zijn afgelegd. Uit het rapport van 20 maart 2013 blijkt dat een aantal tekortkomingen die in 2011 en 2012 waren aangetroffen, inmiddels waren opgelost. De toezichthouder van de GGD maakt in dit rapport "een compliment aan de houder omdat deze voldoende preventieve maatregelen heeft genomen om de tekortkomingen uit 2012 op te lossen". In het rapport van 27 september 2013 is vermeld dat het gastouderbureau voldoet aan de kwaliteitseisen van de Wet kinderopvang.

Nalatigheid

De door Kamerlid Omtzigt geschetste nalatigheid zou zijn gelegen in het feit dat er in 2009 reeds een kritisch advies van de Landsadvocaat was over de vraag in hoeverre de Belastingdienst mag of moet terugvorderen als niet voldaan is aan de eigen bijdrage. Daarnaast haalt Kamerlid Omtzigt hierbij de memo van de Vaco

¹ Kamerstukken II 2018/19, 31 066, nr. 517.

² HR 12 november 1914, NJ 1914, p. 695.

³ O.a. HR 20 april 2004, NJ 2004/681, m.nt. Reijntjes

van 2017 aan, waarin de Vaco zich kritisch op basis van een analyse van rechtspraak/juridische analyse heeft uitgelaten over het CAF 11-dossier en heeft geadviseerd om de beroepsprocedure niet door te zetten, de klacht gegrond te verklaren en een vorm van compensatie aan te bieden. Nu deze adviezen niet zijn nagevolgd en bovendien niet boven tafel zijn gekomen, stelt Kamerlid Omtzigt dat er sprake zou zijn van strafbaar handelen waarvoor de aangifteplicht zou bestaan.

Vooropgesteld moet worden dat het niet navolgen van een (concept)advies op zichzelf niet strafbaar is. De vraag is dus of het uitblijven van handelen op de betreffende documenten het vermoeden opleveren van een dergelijk misdrijf. Een algemeen verbod op nalatigheid is niet terug te vinden in het Wetboek van Strafrecht. Je moet altijd nalatig zijn geweest in een specifieke situatie. Zoals in het geval dat er wordt nagelaten om hulp te bieden aan iemand die in ogenblikkelijk levensgevaar verkeert, bijvoorbeeld een drenkeling. Wel kan het meewegen bij het vaststellen of iemand schuld heeft aan een misdrijf. Nalatigheid is dus altijd gekoppeld aan een ander delict.

De memo van de Vaco ging over een specifieke casus en stelde daarover vooral een fiks aantal (terechte) vragen. Zij stelt in zijn algemeenheid voor om compensatie te bieden, met de voorkeur om dit via een vaststellingsovereenkomst vorm te geven. Bij dit advies zit nog geen specifieke uitwerking en grondslag. Het niet opvolgen van het advies van de Vaco is op zichzelf niet te kwalificeren als een misdrijf waarin nalatigheid een element in de delictomschrijving is.

In dit concrete geval kan deze vermeende nalatigheid alleen gekoppeld zijn aan het vermoeden van knevelarij. Kortom, doordat niet gereageerd is op de notitie van de Vaco en/of het eerdere advies van de Landsadvocaat heeft de mogelijke knevelarij langer geduurd dan nodig. Daarnaast zegt dit gegeven eventueel iets over de bewustheid van het feitencomplex en dat kan iets zeggen over de vraag of er sprake was van opzet.

Je kunt van mening verschillen over de bewijswaarde van deze notities en wat zij bijdragen aan het vermoeden van knevelarij. Wat hier ook van zij, het draagt naar de mening van DJZ bij aan het feitencomplex waar al aangifte van gedaan is. Ook als het OM uiteindelijk oordeelt dat er sprake is van een ander misdrijf dan waarvoor er aangifte is gedaan (daartoe is het OM immers bevoegd). DJZ ziet dan ook geen aanleiding voor een hernieuwde aangifteplicht voor hetzelfde feitencomplex. Het feitencomplex is in handen gelegd van het OM en daarmee is het OM dus in positie gebracht als leider van het onderzoek. Het OM is nu aan zet om de aangifte te bestuderen en onafhankelijk een vervolgingsbeslissing te nemen.

Voor bewindspersonen bestaat nog een specifieke strafbepaling voor de situatie dat zij opzettelijk nalaten uitvoering te geven aan de Grondwet, andere wetten of algemene maatregelen van bestuur. DJZ heeft echter begrepen dat de betreffende notities de bewindspersonen niet hebben bereikt. Reeds daarom kan er geen sprake zijn van een schending van deze bepaling.

Verduistering

Een andere mogelijkheid is dat Kamerlid Omtzigt hier (hoewel hij dit niet direct noemt) duidt op het verduisteren van bewijsstukken. Verduistering betekent dat een object opzettelijk wordt weggemaakt in die zin dat het aan de (ambtelijke) bestemming wordt onttrokken. De heer Biemond heeft ook naar deze misdrijven gekeken, maar hij beschikte niet over de betreffende memo van de Vaco. Het is echter niet aannemelijk dat het niet boven tafel komen van de betreffende memo is aan te merken als verduisteren van bewijsstukken. Voor dit delict geldt dat het moet gaan om zaken bestemd om voor de bevoegde macht tot overtuiging of bewijs te dienen. Het stuk betreft een intern advies van een ambtenaar hoe er

gehandeld dient te worden in een specifieke zaak nadat de rechter uitspraak had gedaan. Dergelijke documenten dienen niet tot bewijs bij het daartoe bevoegde gezag.

Gelet op het voorgaande ziet DJZ evenmin aanleiding om de betreffende documenten voor een second opinion voor te leggen aan een derde.

Overhandiging documenten aan het OM

Uiteraard kunnen de documenten relevant zijn voor een eventueel onderzoek dat het OM naar aanleiding van de aangifte van knevelarij of beroepsmatige discriminatie kan uitvoeren. Zoals u reeds eerder in de Kamer heeft aangegeven, heeft het Ministerie van Financiën ook zonder deze documenten besloten om aangifte te doen. De bal ligt nu bij het OM en het is nu niet gepast om hen ongevraagd losse documenten te verstrekken. Het selectief en ongevraagd verstrekken van losse documenten kan het eventuele onderzoek van het OM beïnvloeden. Het OM is niet beperkt door de aangifte en hij kan kennisnemen van de betreffende documenten, zeker nu het document ook uitgebreid in het openbare domein besproken wordt. Indien het OM hier zelf om verzoekt, dan is het Ministerie van Financiën ook gehouden om medewerking te verlenen aan het onderzoek en de documenten te verschaffen. Hierbij speelt ook dat de informatie voor het OM bij het oordeel of er sprake is van een strafbaar feit, waaronder knevelarij en beroepsmatige discriminatie, geen nieuwe informatie bevat. Het zegt voornamelijk iets over het moment dat er signalen waren dat het handelen in deze zaak problematisch was.

Om deze reden ziet DJZ voldoende reden om nu geen actieve stappen te ondernemen richting het OM. In de meegestuurd concept-kamerbrief leggen wij in dit kader twee opties aan u voor. U kunt vasthouden aan de beargumentering die u reeds eerder heeft geuit (optie 1). Een andere optie is om aan de Kamer te communiceren dat het ook contraproductief is voor het herstel van het interne en externe vertrouwen in de belastingdienst indien er steeds de dreiging van een nadere aangifte voor hetzelfde feitencomplex boven de markt blijft hangen (optie 2).

Mocht u desondanks van oordeel zijn dat er nu wel een signaal moet worden gestuurd naar het OM dan ziet DJZ een beperkte ruimte om het OM op de discussie in de Kamer te wijzen. Op die manier zet je niet de deur open om bij ieder document door de Kamer gedwongen te worden deze zonder verzoek daartoe vanuit het OM aan hen te sturen. Aan de andere kant wordt het OM wel actief gewezen op de zorgen die spelen bij de Kamer. Op deze wijze bewerkstelligen wij ook dat het OM bekend is met het bestaan van de betreffende documenten. Het OM kan dan zelf bepalen of hij deze documenten relevant acht voor het onderzoek (optie 3).