

15. Knevelarij?!

Strafrecht is niet de oplossing

PROF. MR. G.J.M.E. DE BONT

De Staatssecretaris heeft in de Toeslagen-zaak aangifte gedaan bij het Openbaar Ministerie van het vermoeden van knevelarij en beroepsmatige discriminatie. Dit op basis van de ‘second opinion’ van advocaat mr. Biemond. Professor De Bont zet vraagtekens bij dit advies en de daarop gebaseerde beslissing.

Inleiding

Bij brief van 19 mei 2020 werd namens de Staatssecretaris aangifte gedaan bij het Openbaar Ministerie van het vermoeden van knevelarij (art. 366 Sr) en beroepsmatige discriminatie (art. 139g Sr). Het is al eerder vastgesteld dat de Belastingdienst/Toeslagen onrechtmatig heeft gehandeld. Ook de onbehoorlijkheid van de handelwijze van deze dienst werd al door de Nationale ombudsman geconcludeerd (rapportnr. 2017/095). Met deze aangifte bestaat de kans dat bepaalde onderdelen van de toegepaste strategie van de Belastingdienst en meer in het bijzonder van het Managementteam Fraude (MT Fraudebestrijding), het Combiteam Aanpak Facilitators (CAF) en de Directie Toeslagen op strafrechtelijke verwijtbaarheid zal worden getoetst. Deze aangifte volgde op de ‘second opinion’ van advocaat mr. Biemond, met medewerking van mr. Van der Aa, nadat eerder de Minister van Financiën had aangegeven, op basis van een kennelijke interne ‘first opinion’, dat hij meende niet verplicht te zijn tot het doen van aangifte. Nadat mr. Biemond in zijn advies concludeerde dat er voldoende aanwijzingen waren voor een ‘redelijk vermoeden’ ten aanzien van bovengenoemde verdenkingen, stond de Staatssecretaris schaaakmat: ingevolge art. 162 Sv is er een plicht tot het doen van aangifte ingeval van ‘kennis krijgen’ van ambtsmisdrijven, dan wel ingeval van misdrijven gepleegd 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.

Het belang van het advies kan – gezien de consequenties die daaruit dwingend voortvloeien – moeilijk worden onderschat. Toch krijgen dergelijke onderliggende adviezen en rapporten veelal amper aandacht; het zijn de conclusies en politieke gevolgen die alle aandacht opeisen. In het advies wordt benadrukt (par. 3.2.) dat de inhoud van het advies niet zo mag worden gelezen dat vastgesteld is dat bepaalde misdrijven zijn gepleegd. De advocaten stellen ook een ‘streng criterium’ te hebben toegepast bij de beantwoording

van de vraag of de aangifteplicht geldt. Dat criterium luidt als volgt: Bestaan er ‘voldoende objectieve aanknopingspunten (...) waaraan een “redelijk vermoeden” kan worden ontleend dat er een bepaald strafbaar feit is gepleegd.’ (p. 5) Op grond van de literatuur gaan de advocaten ervan uit dat het niet nodig is dat er een individuele dader aangewezen kan worden. In het advies wordt dus ook niet aangegeven tegen welke personen er een redelijk vermoeden bestaat. Dat het criterium ook overigens minder streng is, volgt uit de opmerking in het advies dat ‘niet noodzakelijkerwijs ten aanzien van alle individuele bestanddelen, maar ten minste wel ten aanzien van de kern van het “delict” aanwijzingen bestaan.’ (p. 6) Mijns inziens behoort tot die kern de wetenschap van de betrokken ambtenaren. Zijn er voldoende objectieve aanknopingspunten om een redelijk vermoeden van wetenschap te hebben?

Knevelarij

Met name bij het delict knevelarij lijken de advocaten op dit punt te hebben gearzeld. Mijns inziens was de initiële aanpak die werd gevolgd methodologisch zuiver te noemen. In het advies werden aanvankelijk drie beslismomenten bij de Belastingdienst/Toeslagen onderkend die relevant zijn in het kader van de toets van wetenschap. Deze momenten en de observaties van de advocaten zijn de volgende:

1. Bezwaarfase/beslissing op bezwaar: Geen aanwijzingen dat de ambtenaren wisten of bewust de aanmerkelijke kans hebben aanvaard dat niet-verschuldigde bedragen werden teruggevorderd.
2. Herziening en terugvordering voorschot en/of tegemoetkoming: ‘Daarmee is echter nog niet gezegd dat sprake is van een redelijk vermoeden dat deze ambtenaren daadwerkelijk “wisten” dat zij in concrete gevallen bedragen terugvorderen die niet verschuldigd waren.’ (p. 18)
3. Stoppen voorschotbetaling: Voor dit beslismoment wordt geconcludeerd dat er wetenschap zou zijn geweest bij de betrokken ambtenaren waardoor een re-

delijk vermoeden bestaat dat de betrokken ambtenaren ‘zich willens en wetens hebben blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat voorschotbetalingen werden stopgezet die wel verschuldigd waren.’ (p. 15)

Het bewijs voor deze conclusie is echter niet anders dan als flinterdun te noemen en bestaat uit de volgende feiten en omstandigheden:

- Ten aanzien van één gastouderbureau werd opdracht gegeven tot gelijktijdige stopzetting van de voorschotbetaling aan alle vraagouders. Het is duidelijk dat deze handelwijze onrechtmatig is, nu er geen individuele analyse van het dossier van de betrokken vraagouders heeft plaatsgevonden. In het advies wordt wel gememooreerd dat er sprake was van ‘vermoedens van misbruik/fraude die bestonden na signalen over en bezoek aan het betrokken gastouderbureau en een aantal gastouders.’ Ik kan in deze paragraaf niet ontdekken dat er naast onrechtmatig handelen ook sprake was van een redelijk vermoeden van wetenschap aan de zijde van de ambtenaren.
- Er is binnen de Belastingdienst aan de orde gesteld dat vraagouders die de wet wel hebben nageleefd de dupe kunnen worden van de ‘strengere’ aanpak. In het advies wordt met een algemene verwijzing aandacht gevraagd voor de observatie binnen de Belastingdienst dat de strenge aanpak negatieve consequenties kan hebben voor de groep vraagouders waarbij zich geen onregelmatigheden voordoen. Het gaat dan meen ik om de volgende concrete passages:

- a. Bijlage 1.3. Notulen MT Fraudebestrijding maandag 3 februari 2014.
‘Hans Blokpoel schetst het dilemma van de CAF aanpak De facilitators waar zij mee aan de slag gaan hebben een voor 80% fout klantenpakket maar voor 20% is het goed. De dienst richt zich meteen op de 20% goed. CAF is gefocust op het feit dat 80% fout is en wil de facilitator aanpakken.’
- b. Bijlage 1.3. Besluiten- en Actiepuntenlijst MT Fraudebestrijding
‘Dilemma aanpak CAF 80% goed en 20% fout en impact op 20%. Hoe nemen we politiek hierin mee?’
- c. Bijlage 1.2. 4 november 2013 (verslag bespreking begeleidersgroep)
‘Blokpoel wil echt alles dichtdraaien, dus ook toeslagen, zelfs al die waarschijnlijk wel goed zijn. Ik heb hem gezegd dat hij dit dan wel moet bespreken met [weggelakt; toev GdB]. Gaat hij niet doen. Hij legt het voor aan Peter, daaruit komt dan een lijn ook. Oor de stas.’

Uit de eerste twee citaten blijkt dat de ‘problematiek’ als een dilemma werd ervaren: een probleem waarbij uit twee even onaantrekkelijke alternatieven gekozen moet worden. Daaruit blijkt dat er nog een keuze gemaakt moet worden en van strafbare feiten nog geen sprake is. Voorts wordt de foute keuze (nog) niet gemaakt. Bewijs voor een redelijk vermoeden voor wetenschap

kan hieruit niet worden afgeleid. Van strafbaarheid is alleen sprake indien de ambtenaar iets waarvan hij weet dat het niet verschuldigd is – daadwerkelijk – vordert, ontvangt of terughoudt. Dat het überhaupt besproken werd is natuurlijk onbestaanbaar, maar foute gedachten of intenties zijn strafrechtelijk niet relevant tot het moment dat er gevolg aan wordt gegeven.

- Ten slotte zijn er aanwijzingen dat ambtenaren in individuele CAF-dossiers ‘zich ervan bewust zijn geweest dat mogelijk niet bij alle vraagouders waarvan de voorschotbetalingen zouden worden stopgezet sprake was van onregelmatigheden.’ (p. 15). Met name het gebruik van het woord ‘mogelijk’ toont al aan dat de bewijskracht er niet vanaf spat.

Na de beoordeling van de verschillende fasen, en de daaruit voortvloeiende schamele ‘bewijzen’ ten aanzien van het essentiële onderdeel van het redelijk vermoeden van wetenschap, concluderen ook de advocaten zelf (p. 19) dat de voorgaande ‘uiteenzetting laat zien dat het niet eenvoudig is om één concreet feit of moment aan te wijzen waarbij een redelijk vermoeden bestaat van knevelarij.’ De advocaten nemen geen afstand van de benadering die zij kozen waarbij verschillende beslismomenten werden beoordeeld. Desondanks gooien zij het vervolgens (toch) over een andere boeg als zij het volgende schrijven (p. 20): ‘Anderzijds kan de gedetailleerde analyse van de verschillende fasen in onze visie niet los worden gezien van het dossier als geheel.’ Op welke literatuur of jurisprudentie die visie is gebaseerd, blijkt niet uit het advies. De integrale analyse waarbij de verschillende beslismomenten geïntegreerd worden beoordeeld, leidt bij de advocaten tot ‘het beeld (...) dat burgers door toedoen van de Belastingdienst/Toeslagen (aanzienlijk) financieel nadeel hebben geleden, terwijl achteraf gezien waarschijnlijk is dat een deel van deze burgers op het moment van stopzetting van de voorschotbetalingen aan de voorwaarden voor het ontvangen van kinderopvangtoeslag voldeden.’ Dit leidt tot de – mijns inziens terechte – conclusie dat de Belastingdienst/Toeslagen niet integer heeft gehandeld. Dat is echter een open deur nu al vaststaat dat er onrechtmatig en onbehoorlijk werd gehandeld door dit onderdeel van de Belastingdienst. De advocaten vertalen ‘niet-integer’ echter door naar potentieel strafrechtelijk verwijtbaar. De redenering die zij daaraan ten grondslag leggen is dat art. 366 Sr (knevelarij) volgens de parlementaire geschiedenis in de wet is opgenomen om bij te dragen aan een integer publieke ambtsuitoefening alsmede aan een integer systeem van leges en rechten. Naar mijn stellige overtuiging hebben de advocaten hiermee afstand genomen van hun voornemen een streng criterium toe te passen bij het concipiëren van hun advies. De door hen toegepaste integrale benadering leidt er immers toe dat uit de niet-integer handelwijze van de Belastingdienst/Toeslagen naar hun mening automatisch voortvloeit dat er een redelijk vermoeden van knevelarij is, terwijl zij tegelijkertijd aangeven dat het niet eenvoudig is een concreet feit of moment aan te wijzen waarop dit redelijk vermoeden kan worden gebaseerd.

Mission impossible

De Belastingdienst/Toeslagen geniet als onderdeel van de publiekrechtelijke rechtspersoon de Staat der Nederlanden een algehele strafrechtelijke immunititeit. Nu de beslissingen in verband met het toekennen, schorsen, herzien of weigeren van toeslagen naar hun aard en gelet op het wettelijk systeem rechtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht, geldt voor de Belastingdienst/Toeslagen onmiskenbaar immunititeit. Aangezien de Belastingdienst geen decentrale overheid is, mag worden aangenomen dat de stellige rechtsregels uit het Pikmeer I-arrest (HR 23 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0429, NJ 1996/513) nog van toepassing zijn. Als gevolg daarvan zullen ook de feitelijke leidinggevers, voor zover er al bewijs zal zijn voor deze kwalificatie, van strafrechtelijke immunititeit genieten. De leden van het MT Fraudebestrijding en de Directie Toeslagen in de periode 2013-2017 zullen zich naar alle waarschijnlijkheid niet zelf met individuele dossiers hebben beziggehouden. Het is welhaast uitgesloten dat deze leden uit hoofde van eigen daderschap zullen kunnen worden vervolgd. Als (eventuele) feitelijke leidinggevers genieten zij strafrechtelijke immunititeit. De conclusie kan dan geen andere zijn dan dat de gedupeerden over enige tijd geconfronteerd gaan worden met een mededeling van het Openbaar Ministerie dat (i) deze leden niet vervolgd kunnen worden vanwege de immunititeit en mogelijk (ii) dat het bewijs van opzet van knevelarij niet voorhanden is. Wat dan rest is een mogelijke vervolging van ambtenaren (van onder meer het CAF (Combiteam Aanpak Facilitators))

die wel betrokken zijn geweest bij individuele dossiers. Zij genieten geen immunititeit en kunnen uit hoofde van eigen daderschap worden vervolgd, onder de voorwaarde dat het vereiste bewijs kan worden geleverd. Leidinggevers zouden slechts en uitsluitend in het spreekwoordelijk vizier kunnen komen als zij een daadwerkelijke rol hebben vervuld aan 'knevelend' optreden in individuele dossiers. In het advies is daarover niets terug te lezen nu individuele dossiers niet werden bestudeerd. Nu de wetgever een bijzonder hardvochtige wet heeft gemaakt, de politiek een ophitsende factor was die aan een sfeer van 'crime fighting' heeft bijgedragen en de rechter de handelwijze van de Belastingdienst jarenlang heeft goedgekeurd, rijst de vraag wat een vervolging van individuele medewerkers in dit debat gaat toevoegen. De gedupeerden worden er niets beter van. Dat zij onrechtmatig en onbehoorlijk zijn bejegend en gecompenseerd dienen te worden, zal niemand meer durven te ontkennen. De top van de Belastingdienst is vervangen; arbeidsrechtelijke of disciplinaire maatregelen tegen individuele medewerkers die over de schreef gingen, zijn zeker gepast. Bij een voortduren van Belastingdienst-*bashing* door de politiek, terwijl de lessen zijn geleerd en de gedupeerden worden gecompenseerd, is niemand gebaat.

Over de auteur

Prof. mr. G.J.M.E. de Bont

Advocaat (fiscaal) bestuursrechtelijke procedures bij De Bont
Advocaten Amsterdam en hoogleraar aan de Erasmus University
Rotterdam, Erasmus School of Law.