

Ten strijde tegen de 'criminele' facilitator?

mr. A.B. Vissers en mr. S.A. Eckhardt¹

In het jaar 2015 werd het woord 'facilitator' opgenomen in de 15^e editie van de Dikke Van Dale: 'Persoon, groep of stelling die een proces faciliteert'. Al voor die tijd werd de term 'facilitator' gebezigd in relatie tot de aanpak van personen die een faciliterende rol spelen bij mogelijke fraude. In een brief van 22 maart 2011 van de Minister van Veiligheid en Justitie aan de Tweede kamer werd nog gerefereerd aan de aanpak van 'criminele facilitators' die men op de agenda zette.² Maar zoals dat gaat wanneer lange of samengestelde woorden vaak moeten worden uitgesproken of geschreven, heeft men het 'voorvoegsel' 'criminele', al vrij snel achterwege gelaten.

Gevolg daarvan is dat de term 'facilitator' nu dus verwijst naar een persoon die in verband wordt gebracht met het faciliteren van illegale activiteiten. De term facilitator heeft daarmee een negatieve connotatie gekregen; het woord 'criminele' is er als het ware in opgegaan. Alhoewel belastingadviseurs, naar de betekenis in de Van Dale, stuk voor stuk kwalificeren als facilitator, zal geen enkele adviseur zich die 'titel' nog vrijwillig toedichten. Dit artikel gaat over facilitators en de klopjacht die enkele jaren geleden tegen hen is aangevangen. Zijn facilitators echt zo slecht en gevaarlijk als het woord doet vermoeden? Of moet, enkele jaren nadat de strijd tegen hen werd aangevangen, worden geconcludeerd dat autoriteiten soms ook zijn verblind door de uitwerking die het woord 'facilitator', als een rode lap, op hen lijkt te hebben?

We maken de balans op.

1. Wat vooraf ging

Vanaf 2011 werd de aanpak van facilitators dus op de agenda gezet door het kabinet: 'Criminele facilitators vormen de schakel tussen de illegale en de legale praktijk en stellen fraudeurs in staat illegale activiteiten op te zetten en voort te zetten.' Betrokkenheid van een facilitator resulteerde in verhoogde aandacht door de autoriteiten.

Dat men in deze periode halsreikend uitkeek naar extra 'opsporingsmogelijkheden en capaciteit' met een expliciete focus op facilitators blijkt wel uit het concept plan van aanpak van het in 2013 opgerichte

Combiteam Aanpak Facilitators (hierna: CAF).³ Het plan van aanpak trapt af met de vetgedrukte tekst:

2. Van droom naar daad!

Klaarblijkelijk 'droomde' men dus al geruime tijd over een meer 'daadkrachtige' aanpak en middelen om de facilitators eerder en harder aan te gaan pakken, hetgeen mede gerealiseerd werd door de oprichting van het CAF. De opdracht aan het team werd als volgt geformuleerd:

'Het Combiteam Aanpak Facilitators doet aan gericht toezicht op facilitators met als doel de fraude in een zo vroeg mogelijk stadium te verstoren en te stoppen. Dit Combiteam Aanpak Facilitators richt zich op een snelle interventie op basis van signalen met betrekking tot de te bestrijden facilitators. Het team gaat uit van een subjectgerichte benadering van de zwaardere gevallen en past daarbij zo nodig fysiek toezicht toe.'

Naast toeslagen, systeemfraude, buitenlandproblematiek en veelplegers, richt het Combiteam zich op: 'donkerrode adviseurs'.⁴ De toelichting onder dit onderdeel is in het openbaar gemaakte plan van aanpak weggelakt met een beroep op de geheimhouding in art. 10 lid 2, c en d Wob. Wat derhalve onder een 'donkerrode adviseur' verstaan moet worden of hoe deze wordt geselecteerd, wordt dus niet duidelijk. Wij gaan er gemakshalve maar vanuit dat het bijvoeglijk naamwoord 'donkerrood' in deze context niet verwijst naar haar- of huidskleur. Naar alle waarschijnlijkheid zegt de term iets over het handelen van de adviseur of de indruk die men binnen de Belastingdienst van een bepaalde adviseur heeft.

Ook in het AAFD protocol, dat in 2015 is ingevoerd, is er bijzondere aandacht voor de betrokkenheid van een facilitator. In het protocol is vastgelegd in welke gevallen strafrechtelijk onderzoek in plaats van een fiscale afwikkeling wenselijk is. Als één van de aanvullende wegingscriteria bij de afweging of strafrechtelijke onderzoek opportuun is, is opge-

1. mr. A.B. Vissers en mr. S.A. Eckhardt zijn beiden werkzaam als advocaat bij De Bont Advocaten te Amsterdam.
2. Brief 22 maart 2011 Vergaderjaar 2010/11 nr. 32715.

3. Belastingdienst, *Concept Plan van Aanpak Combiteam Aanpak Facilitators*, augustus 2013.
4. Belastingdienst, *Concept Plan van Aanpak Combiteam Aanpak Facilitators*, augustus 2013, p. 10.

nomen: *Medewerking van adviseur, deskundige derde of douane-expediteur*.⁵

In die gevallen zal dus eerder voor de inzet van het strafrecht worden gekozen. In de toelichting staat:

'Dit criterium is van groot belang, omdat het gaat om een situatie waarin het vertrouwen van de overheid wordt misbruikt. Een reden te meer om dit misbruik aan te pakken is dat de Belastingdienst adviseurs en douane-expeditoren (vergaande) faciliteiten toekent of met hen afspraken maakt over horizontaal toezicht.

De Belastingdienst moet de vaststelling dat de adviseur, deskundige derde of douane-expediteur vermoedelijk op de hoogte was van de fraude én daaraan actief dan wel passief zijn medewerking verleende, met aanwijzingen onderbouwen. Daarbij hoeft niet komen vast te staan dat sprake is van een verdachte.'

Ook hierin komt tot uitdrukking dat de overheid de betrokkenheid van een 'facilitator' reden vindt om eerder voor het strafrecht te kiezen. Dit sentiment komt tevens tot uitdrukking in de nieuwsberichten die het OM publiceert op haar website. Wie daarin zoekt op de term 'facilitator' krijgt maar liefst 43 hits.⁶ In die nieuwsberichten wordt duidelijk gemaakt hoe belangrijk de rol van facilitators is en dat (met name) die facilitators moeten worden aangepakt. Bijvoorbeeld:

*'Dergelijke onderzoeken richten zich niet alleen op de witwasser, maar ook op facilitators. Dus de mensen en/of bedrijven die de witwasser behulpzaam zijn bij het versluieren van vermogen.'*⁷

In een nieuwsbericht over een aangehouden notaris, wordt uitdrukkelijk verwezen naar de poortwachtersrol van facilitators. Er worden maar liefst drie alinea's gewijd aan de belangrijke rol die deze poortwachters hebben en waarom 'falende poortwachters' hard moeten worden aangepakt. Ook wordt er algemene uitleg gegeven over het combiteam:

'Het Combiteam is een samenwerkingsverband van de politie en FIOD. Het team richt zich op de combinatie van georganiseerde misdaad en witwassen door middel van financiële constructies. Voor het witwassen heb je facilitators nodig, waaronder financiële dienstverleners en trustkantoren. (...) Het Combiteam wordt aan-

*gestuurd door het Landelijk Parket en het Functioneel Parket.*⁸

Een ander nieuwsbericht over een groot onderzoek naar witwassen, maakt duidelijk dat ook ingeval een onderzoek zich in eerste instantie niet richt op facilitators, hun rol in een witwassonderzoek toch aanleiding kan zijn voor nader onderzoek:

*'Het OM en het combiteam doen nog onderzoek naar de rol die facilitators hebben gespeeld.'*⁹

Ook het Financieel Expertise Centrum (FEC) heeft facilitators in het jaarplan uit 2018 als thema benoemd. Zij worden omschreven als 'beroepsfraudeurs, niet-melders in het kader van de Wet ter voorkoming van witwassen en terrorismefinanciering, en zogenoemde 'onaantastbaren'¹⁰ Het mag duidelijk zijn dat facilitators de afgelopen jaren onder vuur liggen. In dat verband mag niet onvermeld blijven dat ook het boete instrumentarium van de fiscus het afgelopen decennium werd verruimd. In 2009¹¹ en 2014¹² werden maatregelen genomen waarmee eerst de medeplegersboete werd ingevoerd voor de adviseur en vervolgens alle deelnemingsvarianten, waaronder de medeplichtige, beboet konden worden. In het wetvoorstel Overige fiscale maatregelen 2020 is daar de openbaarmaking van dergelijke (vergrijp)boetes aan toegevoegd. Deze regelgeving zal moeten leiden tot het openbaar maken van onder andere de naam van de overtreder en de wettelijke grondslag van de boete.¹³

3. De praktijk?

De drempel ligt dus laag als het om een bestraffingsonderzoek naar de facilitator gaat. Dat betekent niet dat dergelijke onderzoeken altijd tot bestraffing of beboeting van de 'facilitator' leiden. Hoewel er uiteraard ook voorbeelden zijn van zaken die voor de 'facilitator' niet goed afliepen, staan wij in dit artikel stil bij een aantal recente zaken waarin uiteindelijk geen bestraffing van de facilitator volgde. Dit terwijl in deze zaken wel met veel bombarie ten strijde werd getrokken. In die uitspraken lieten rechters zich bovendien enkele malen kritisch uit over het onderzoek van het OM. Ook het CAF werd inmiddels op de spreekwoordelijke vingers getikt.

5. Protocol AAFD, paragraaf 2.2 onder f, *Stcrt.* 2015/17271.
6. <https://www.om.nl/vaste-onderdelen/zoeken/>, laatstelijk geraadpleegd op 19 november 2019 waarbij de zoekterm 'facilitator' is gebruikt en de categorie 'nieuwsberichten' is geselecteerd.
7. <https://www.om.nl/vaste-onderdelen/zoeken/@85928/invalen/>.

8. <https://www.om.nl/vaste-onderdelen/zoeken/@100159/notaris-aangehouden/>.
9. <https://www.om.nl/vaste-onderdelen/zoeken/@85981/miljoenenbeslag/>.
10. Financieel Expertise Centrum, Jaarplan 2018, te raadplegen via: https://www.fec-partners.nl/media/72/34/657151/211/fec_jaarplan_2018_def.pdf.
11. Ook bekend als de vierde tranche boete uit art. 5:1 Awb, zie *Stb.* 2009/264.
12. Art. 67o AWR, zie *Kamerstukken I* 2013/14, 33754, A.
13. *Kamerstukken II* 2019/20, 35303, 2.

Zo werden op 4 april 2019 zes verdachten, waaronder twee taxateurs, vrijgesproken door Rechtbank Amsterdam rondom de verkoop van Go Planet in Enschede.¹⁴ De eis van het Openbaar Ministerie tegen de 'hoofdverdachte' luidde twee jaren gevangenisstraf wegens fraude, witwassen en valsheid in geschrifte. Ook de twee taxateurs die de rapporten hadden opgesteld moesten zich strafrechtelijk verantwoorden en hoorden taakstraffen van 180 en 120 uur tegen zich eisen. De Rechtbank zag echter geen ruimte om tot het oordeel te komen dat de taxaties valselijk zouden zijn opgemaakt:

*'Het is niet uitgesloten dat verschillende taxateurs, hoewel zij grotendeels dezelfde uitgangspunten hanteren, tot verschillende waardes komen. Daarbij gelden uiteraard wel bandbreedtes, maar uit het enkele feit dat getaxeerde waardes uiteen lopen kan niet zonder meer volgen dat één van de taxaties vals is.'*¹⁵

Aangezien de valse taxaties ook ten grondslag lagen aan de overige verwijten, volgden voor alle zes de personen integrale vrijspraak. Dit terwijl het Openbaar Ministerie op 7 februari 2019 nog een persbericht uitbracht waarin de taxateurs, als facilitators, als volgt werden neergezet:

*'De verdachten zijn beëdigd taxateurs. Op hun woord en rapporten moet men blindelings kunnen vertrouwen. Verdachten hebben dit vertrouwen geschonden en schenden ook het vertrouwen in de commerciële markt. Het OM rekent dit de taxateurs en de vastgoedbemiddelaar, als organisatie waarbinnen dit alles zich afspeelde, zwaar aan.'*¹⁶

Hoewel het OM meende dat sprake was van 'persoonlijk gewin', 'listigheid ter benadeling van de fiscus en de erven' en een benadeling van de Belastingdienst voor een bedrag van € 5,7 miljoen, bleek het strafrechtelijk verwijt niet hard gemaakt te kunnen worden, terwijl het onderzoek uiteraard wel vergaande gevolgen heeft gehad voor de betrokkenen.

Ook het persbericht dat het Openbaar Ministerie uitbracht in een andere zaak, bekend als de KPMG-II zaak, bevatte klare taal:

*'KPMG II heeft een loopje genomen met de werkelijkheid en de door haar gemaakte nieuwe werkelijkheid als zodanig verwerkt in haar eigen boeken op grond waarvan vervolgens de belastingaangiften zijn gedaan.'*¹⁷

In het persbericht werd tevens de nadruk gelegd op de vermeende verwijtbaarheid van het handelen van de accountant als facilitator:

*'Het opstellen en gebruik maken van valse facturen neemt het OM met name de accountants zeer kwalijk: 'Dat is nu juist iets dat je van accountants niet zou mogen verwachten en daar zit dan ook met name de verwijtbaarheid ten opzichte van twee van de gedagvaardden.'*¹⁸

Hieraan vooraf ging een eerder persbericht van het OM,¹⁹ waarover de rechter oordeelde dat de wijze van berichtgeving een schending oplevert van art. 6 lid 2 EVRM. Deze twee persberichten – en het rechtelijk oordeel ten aanzien van het eerste bericht – maakte dat de rechtbank ook bij het eindoordeel in de strafzaak aanleiding zag zich over de persberichten uit te laten:

*'Vooropgesteld moet worden dat de rechtbank het zeer bevreemdend, onzorgvuldig en kwalijk acht dat het Openbaar Ministerie in de beslissing van de rechtbank geen aanleiding heeft gezien dit persbericht te rectificeren, zeker omdat de officieren van justitie in het requisitoir hebben aangegeven bij het bepalen van de strafeis rekening te hebben gehouden met deze beslissing. Omdat in het persbericht van 24 januari 2019 desondanks opnieuw naar dit persbericht wordt verwezen, zonder enige vermelding van de afkeurende beslissing van de rechtbank ten aanzien van de inhoud van dat persbericht, is weer sprake van een onherstelbaar vormverzuim als bedoeld in artikel 359a Sv en een schending van artikel 6 lid 2 EVRM, althans van de Richtlijn 2016/343. Net zoals bij de eerdere beslissing van de rechtbank over dit persbericht geldt dat hier sprake is van externe uitlatingen van het Openbaar Ministerie die schadelijk zijn voor verdachte in het bijzonder en voor de strafrechtpleging in het algemeen (...).'*²⁰

In de KPMG-II zaak werd het zwaarste verwijt gemaakt aan het adres van de voormalig bestuurder hetgeen resulteerde in een strafeis van negen maanden gevangenisstraf. De Rechtbank Amsterdam sprak alle vier de (natuurlijke) personen en twee bedrijven echter vrij in even klare taal als waarin het Openbaar Ministerie eerder de verwijten uiteen had gezet:

'Aangezien de rechtbank niet tot enige bewezenverklaring komt, bestaan er nauwelijks mogelijkheden om consequenties te verbinden aan vormverzuimen. De rechtbank zou bij een

14. Rb. Amsterdam 4 april 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:2457 tot en met 2462.

15. Rb. Amsterdam 4 april 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:2460 en 2461.

16. <https://www.om.nl/vaste-onderdelen/zoe-ken/@105114/gevangenisstraf/>.

17. <https://www.om.nl/@105000/werkstraffen/>.

18. <https://www.om.nl/@105000/werkstraffen/>.

19. <https://www.om.nl/actueel/nieuwsberichten/@99695/dagvaarding/>.

20. Rb Amsterdam 5 april 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:2496.

strafbepaling rekening hebben gehouden met een overschrijding van de redelijke termijn van berechting, die zij aanwezig acht. (...) Hier zal echter geen consequentie aan worden verbonden, omdat strafvermindering niet mogelijk is. De rechtbank volstaat daarom met de enkele constatering dat de redelijke termijn is overschreden.²¹

Ook in een andere fiscale strafzaak, waarin een voormalig advocaat/fiscalist terecht stond volgde vrijspraak in hoger beroep, terwijl de rechtbank in eerste aanleg een gevangenisstraf van vier jaren had opgelegd wegens deelname en leiding geven aan een criminele organisatie. In deze zaak sprak het OM in de pers onder meer van 'fiscaal vampirisme'; het leegzuigen van vennootschappen. Hof Den Haag oordeelde dat sprake was van een samenwerkingsverband waarbij transacties plaatsvonden die gericht waren op het creëren van fiscale verliezen, maar dat het oogmerk op het opzettelijk onjuist doen van aangiften, valsheid in geschrifte en witwassen ontbreekt.²² Het Hof trok dus een duidelijke grens tussen wellicht moreel laakbaar gedrag en het strafrechtelijk verwijtbaar handelen:

'Het hof acht het handelen van het samenwerkingsverband moreel en ethisch zeer laakbaar. Strafrechtelijke aansprakelijkheid in de vorm van deelname aan een criminele organisatie vereist evenwel dat moet komen vaststaan dat deze organisatie waar de verdachte aan heeft deelgenomen het oogmerk had tot het plegen van het misdrijf opzettelijk indienen van onjuiste aangiften vennootschapsbelasting.'²³

Ofschoon het de vraag is of een rechter in een uitspraak een moreel oordeel behoort te geven, wordt hiermee mogelijk wel de vinger op de zere plek gelegd: de grens voor verwijtbaarheidsonderzoeken lijkt te verschuiven van strafrechtelijk verwijtbaar handelen naar moreel verwerpelijk handelen.²⁴ Met name het fiscale recht heeft op dat vlak het afgelopen decennium een enorme ontwikkeling doorgemaakt, waarbij de termen belastingontwijking en belastingontduiking een andere invulling hebben gekregen.²⁵

Deze vrijspraak staat in schril contrast tot het persbericht dat het Openbaar Ministerie in eerste aanleg naar buiten bracht:

21. Rb. Amsterdam 5 april 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:2492 tot en met 2497. Het OM heeft hoger beroep aangekend.

22. Hof Den Haag 28 juni 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1772.

23. Hof Den Haag 28 juni 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1772. Het OM heeft beroep in cassatie aangetekend.

24. Zie hierover ook Mark Hendriks in de noot bij de uitspraak in NLF 2019/1743.

25. Zie voor een omschrijving van deze ontwikkeling bijvoorbeeld R.H. Happé, *Belastingrecht en de geest van de wet* (rede Tilburg University), 2011 en Conclusie A-G Wattel 9 februari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:82, punt 75.

'Het Functioneel Parket heeft vandaag in de rechtbank in Den Haag gevangenisstraffen tot vier jaar geëist tegen twee mannen van 40 en 41 jaar voor het leegzuigen van kasgeldvennootschappen, ook wel 'fiscaal vampirisme' genoemd. (...) Ook gebruikte de organisatie promissory notes, die 'niets meer vertegenwoordigen dan de bankbiljetten bij het spel Monopoly' zoals de officier van justitie het op zitting omschreef.'²⁶

Deze zaken eindigden dus uiteindelijk in een vrijspraak, maar niet nadat in persberichten de faciliterende rol van de betrokkenen in negatieve zin breed was uitgemeten.

Een greep uit de fiscale jurisprudentie leert dat de aanpak van facilitators ook middels de eerder genoemde medeplegersboete de aandacht heeft. Zo heeft de fiscus redelijk recent een belastingadviseur een boete opgelegd van maar liefst € 1.000.000. Hoewel Rechtbank Den Haag tot het oordeel kwam dat er, door het ontbreken van de bevoegdheid tot navorderen, geen boetegrondslag is waardoor ook de boete diende te worden vernietigd, bleek het ongenoegen over de boete wel uit de volgende overweging van de Rechtbank in het kader van de proceskostenvergoeding:

'De rechtbank heeft daarbij in het bijzonder in aanmerking genomen dat verweerder de vergrijpboete aan eiseres heeft aangekondigd zonder vooraf in contact te treden met het bestuur van eiseres, dat eiseres slechts twee weken de tijd kreeg om op die aankondiging te reageren, terwijl de medewerkster van eiseres die het meest betrokken was bij de advisering en de uitvoering daarvan de gehele reactietermijn in het buitenland verbleef en verweerder hiervan op de hoogte was. Daarbij neemt de rechtbank voorts in aanmerking dat verweerder aan eiseres een zeer hoge boete heeft opgelegd zonder enig bewijs van (voorwaardelijke) opzet aan de zijde van de medewerkers van eiseres en zonder enig concreet bewijs dat de door verweerder verweten verboden gedragingen blijkens de feitelijke gang van zaken bij eiseres door haar is aanvaard of placht te worden aanvaard en, zoals eiseres veronderstelt, kennelijk vooral aangestuurd door de huidige maatschappelijke tendens om deze 'structuren', die - wat daar verder ook van zij - al decennia lang gemeengoed zijn, nu (fors) aan te pakken.'²⁷

Het CAF, dat dus niet alleen ten strijde trekt tegen facilitators, maar eveneens de focus heeft op (fraude met) toeslagen, werd in de 'toeslagen-affaire' op de vingers getikt voor een te fanatieke werkwijze. Het CAF heeft in al haar 'enthousiasme' de toeslagen van duizenden Nederlanders te snel stop gezet.

26. <https://www.om.nl/@32391/jarenlange/>

27. Rb. Den Haag 20 juni 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9410.

De rechter achtte de besluitvorming van de Belastingdienst onrechtmatig²⁸ en de Nationale Ombudsman bracht al eerder een vernietigend rapport uit met de naam 'Geen powerplay maar fairplay'.²⁹ In een brief aan de Tweede Kamer berichtte staatssecretaris van Financiën Snel:

*'Ik ben tot de overtuiging gekomen dat er een te grote focus lag op het bestrijden van misbruik, dat de wetgeving deels te rigide is, er sprake was van een trage en onzorgvuldige uitvoering door Toeslagen en er in het gehele proces te weinig oog was voor de menselijke maat.'*³⁰

En op 4 juli 2019 sprak hij bij de beantwoording van Kamervragen van een 'tunnelvisie' bij de Belastingdienst:

*'De menselijke maat is uit het oog verloren. Er was even een discussie over wat ik «te legalistisch» noem. Dat is eigenlijk: alleen maar kijken naar de wet en nooit naar maatwerk of hoe iets uitpakt, wat het kan betekenen. Daar is te lang op doorgegaan. In de Kamer is al gezegd dat er sprake was van tunnelvisie bij de dienst. Dat heb ik gezegd, maar ik kan mijzelf dat ook verwijten. Ook ik ben er te lang van uitgegaan dat er waarschijnlijk wel wat mis zou zijn en dat we voor de rechter wel of niet gelijk zouden krijgen.'*³¹

Voor de 'tekortkoming in deze casus, als voor het gehele proces in het project CAF 11', bood Snel op 11 oktober 2018 zijn excuses aan.³² Tot aanpassing van wetgeving teneinde te verzekeren dat het handelen van De Belastingdienst/Toeslagen niet tot dergelijke gevolgen zou (kunnen) leiden, kwam het echter (nog) niet. Hierdoor zag de Afdeling Bestuursrecht-spraak van de Raad van State zich op 23 oktober 2019 genoodzaakt 'een andere uitleg te geven' aan de wet, waarbij de Belastingdienst meer mogelijkheden krijgt om maatwerk te leveren en dat:

*'(...) het belang van het voorkomen van misbruik en oneigenlijk gebruik en de gerechtvaardigde belangen van de burger meer met elkaar in evenwicht [AV/SE: worden] gebracht.'*³³

Hoewel hier vanuit staatsrechtelijk oogpunt wellicht het een en ander op aan te merken is,³⁴ tracht

de bestuursrechter de burger tegen onevenredige en onzorgvuldige toepassing van wetgeving te beschermen tegen een te 'enthousiast' CAF.

Op 16 november 2019 werd door de Belastingdienst naar alle betrokkenen een brief verzonden de passage is opgenomen dat de Belastingdienst/Toeslagen 'in de CAF 11-zaak vooringenomen gehandeld en doelbewust de grenzen van de handhaving [AV/SE: heeft] opgezocht en overschreden.'

In het persbericht dat is uitgebracht na het advies van de Commissie Donner wordt expliciet overwogen dat welgemeende excuses niet volstaan en dat geldelijke compensatie nodig is 'als erkenning dat ouders in het CAF 11-dossier met een structureel vooringenomen houding zijn beoordeeld en daar nadeel van hebben ondervonden'.³⁵

Uit het rapport van Adviescommissie Donner blijkt onder andere dat de controles door het CAF werden uitgevoerd met de instructie dat 'er iets 'mis' moest zijn en dat dit alleen nog moest worden aangetoond'.³⁶ De werkwijze daarbij wordt in het rapport als volgt omschreven:

'Dit kwam ook tot uitdrukking in het versijnsel dat wanneer na een eerste controle geconcludeerd werd dat er niets 'mis' was, het dossier door een senior behandelaar nogmaals werd bekeken om zeker te stellen dat er echt niets 'mis' was. Daardoor werd op iedere mogelijke onregelmatigheid de vinger gelegd. Van eenzelfde nauwgezetheid was echter geen sprake wanneer bij eerste lezing geconcludeerd werd dat het 'mis' zat en de toeslagrechten dienden te worden gecorrigeerd. Zo ontstond een vorm van 'zero tolerance' handhaving die met geïnstitutionaliseerde vooringenomenheid werd toegepast.'

Het beleid is dus niet gericht op zorgvuldigheid: namelijk ook wanneer in eerste instantie wordt geconstateerd dat er niets 'mis' is, moet het dossier nog een tweede maal gecontroleerd worden, louter met de insteek dat er in het dossier iets 'mis' is.³⁷ Die aanpak illustreert het fanatisme van het CAF. Keerzijde is dat wanneer zo gericht wordt gezocht naar signalen en misstanden, het risico wordt gelopen dat ontlastende factoren uit het oog worden verloren, niet worden gehoord of gewoonweg worden genegeerd.

28. Rb. Rotterdam 12 juli 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:5532.

29. Nationale Ombudsman, *Geen powerplay maar fair play. Onevenredig harde aanpak van 232 gezinnen met kinderopvangtoeslag (rapport 2017/095)*, 9 augustus 2017.

30. Brief 11 juni 2019, kenmerk 2019-0000087053, p. 1.

31. *Kamerstukken II 2018/2019*, 31066, 420.

32. *Kamerstukken II 2018/2019*, 31066 en 31322, 434.

33. ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535.

34. Het is immers nog maar de vraag of het aan de rechter is om de burger tegen de toepassing van wetgeving te beschermen door een andere uitleg te geven aan wetgeving. Het is aan de wetgever om in een dergelijke geval te overwegen de wetgeving aan te passen, zodat

deze geen 'andere uitleg' door de rechter behoeft. Een verdere bespreking van dit aspect gaat de reikwijdte van deze bijdrage echter te buiten.

35. Persbericht Rijksoverheid, *Commissie Donner adviseert geldelijke compensatie voor gedupeerde CAF 11-ouders*, Den Haag: 14 november 2019.

36. Adviescommissie uitvoering toeslagen o.l.v. J.P.H. Donner, *Omzien in verwondering*, Den Haag: 2019, p. 15.

37. Zie hierover ook G.J.M.E. de Bont, 'Fortiter in re, fortiter in modo', *Het Register* 2019/6.

4. De slager die zijn eigen (donkerrode) vlees keurt?

In dit verband mag bovendien niet onbenoemd gelaten worden dat veel 'facilitators', zoals belastingadviseurs en accountants, soms ook als wederpartij optreden van de Belastingdienst. Niet zelden wordt er ten minste in de bezwaarfase, maar ook in (hoger) beroep door belastingadviseurs geprocedeerd tegen de Belastingdienst. Het is diezelfde Belastingdienst, het CAF, die vervolgens de donkerrode belastingadviseurs selecteert. De vraag die onzes inziens gesteld zou moeten worden is of op deze wijze nog wel gesproken kan worden van voldoende *checks and balances* en of er nog wel sprake kan zijn van gelijkwaardige procespartijen. De ene partij heeft immers zeer machtige middelen in handen om de andere partij de mond te snoeren, althans het leven bijzonder zuur te maken. Ofschoon wij de Belastingdienst kennen als een organisatie die doorgaans zorgvuldig handelt, dient dit element wel in het oog gehouden worden. De 'toeslagen-affaire' demonstreert waartoe te fanatiek optreden kan leiden. Meer transparantie over de wijze waarop donkerrode adviseurs worden geselecteerd en eventueel ingebouwde waarborgen zouden dit spanningsveld kunnen verlichten. Bovendien draagt dit bij aan het publieke vertrouwen dat wordt gesteld in het handelen van de autoriteiten. Thans zou de indruk kunnen ontstaan dat op te veel winnen van de Belastingdienst een wel hele bijzondere 'prijs' zou kunnen komen te staan. Al was het alleen maar omdat het wel praktisch onmogelijk is om tegenover de wederpartij altijd volstrekt neutrale gevoelens te behouden. Dat de strijd immers soms hoog kan oplopen, komt treffend tot uitdrukking in de zaak die leidde tot de uitspraak van het Hof Den Bosch waarin het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk werd verklaard.³⁸ Daarin werd administratief geprocedeerd over de vraag of bepaalde gegevens al dan niet aan de fiscus moesten worden overgelegd. Daarbij was in goed overleg afgesproken met de Belastingdienst dat die gegevens op een CD-rom zouden worden gezet welke in een envelop verzegeld werd, totdat de administratieve rechter zich zou hebben uitgelaten over de vraag of de gegevens verstrekt moesten worden. Voordat die beslissing kon worden genomen had de Belastingdienst echter de FIOD langs gestuurd om de CD-rom op te halen in een strafrechtelijk onderzoek dat zich richtte op het ten onrechte niet verstrekken van gegevens. De Belastingdienst vroeg de gegevens vervolgens op grond van art. 55 AWR weer op bij het OM. Het Hof achtte de keuze om over te gaan tot strafvervolging prematuur nu de vraag over de al dan niet geschonden informatieverplichting nog voorlag aan de administratieve rechter, maar kwam tevens tot de conclusie dat onder straf-

rechtelijke dwang de betrokkene was bewogen tot afgifte van de gegevens op de CD-rom.

De Belastingdienst is dus een wederpartij met bijzonder veel macht. Alhoewel de rechter uiteindelijk ingrijpt, hebben ook deze procedures vergaande gevolgen voor de betrokkenen. Het eenvoudig gebruikmaken van de administratieve mogelijkheden om een informatie-verzoek door een rechter te laten toetsen, resulteerde in dit geval dus in een strafzaak.

Wat duidelijk mag zijn is dat de afgelopen jaren actief ten strijde wordt getrokken tegen facilitators. Het risico dat daaruit voortvloeit is dat de indruk zou kunnen ontstaan dat facilitators die verhoogde aandacht telkens verdienen. Zoals het woord facilitator een negatieve connotatie heeft gekregen, zou de betrokkenheid van een facilitator kunnen gaan fungeren als een prikkel voor verhoogde aandacht en potentiële vervolging. Uit de aangehaalde recente uitspraken en bevindingen van onderzoekscommissies volgt echter dat ook daaraan enige beperkingen worden gesteld. Ofschoon wij zeker niet willen betogen dat daaruit een algemene tendens kan worden afgeleid, menen wij dat het van belang is dat ook dit (kritische) geluid wordt gehoord. Al was het maar om enige nuance in de fanatieke strijd te brengen: dit bleken immers geen criminele 'facilitators', maar gewone 'facilitators' te zijn.

5. Conclusie

De aanpak van fraude is uiteraard een belangrijk gegeven. Dat 'facilitators' daarbij een rol *kunnen* spelen staat wel vast. Wat echter niet uit het oog mag worden verloren is dat in de aard van talloze beroepen een 'faciliterende' rol besloten ligt. Belastingadviseurs, accountants, maar ook andere professionals zoals taxateurs en notarissen, hebben doorgaans een faciliterende functie. Daar is in beginsel niks mis mee. Voorkomen moet worden dat deze rol *as such* hen eerder doelwit maakt van een strafrechtelijk onderzoek. Een kritische opstelling blijft steeds vereist.

Zeker in de fase van controle of onderzoek, waarin nog geenszins vast staat dat vervolging, laat staan een veroordeling of (medeplegers)boete zal volgen, dient op een niet vooringenomen wijze tegen het handelen van de facilitator aan te worden gekeken. Daarbij dienen persberichten die door het Openbaar Ministerie worden uitgebracht op zorgvuldige en onbevooroordeelde wijze te worden geredigeerd.³⁹ De schade die de wijze van formulering

38. Hof Den Bosch 12 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2018:2472.

39. Zie hierover ook J. Winkels, 'Column: proactieve persberichten van het openbaar ministerie: publieksvoorlichting of PR?', te raadplegen via: <https://www.bijzonderstrafrecht.nl/home/column-proactieve-persberichten-van-het-openbaar-ministerie-publieksvoorlichting-of-pr> en T. Felix, 'OM moet terughoudender worden rond mogelijke fraudezaken', opinie in het *Financieel Dagblad* van 11 april 2019.

van de persberichten berokkent kan achteraf maar moeilijk worden hersteld.

Daarnaast bestaat het gevaar van een ongelijke strijd doordat de Belastingdienst doorgaans 'facilitators' treft als wederpartij. Dit klemt te meer nu het CAF als één van de speerpunten het selecteren van 'de donkerrode adviseur' heeft, terwijl onduidelijk is welke criteria daarbij te gelden hebben. Dat betekent dat in fiscale discussies sprake is van een zeer machtige wederpartij.

Van belang is in het achterhoofd te houden dat ook opsporingsinstanties en controlerende autoriteiten ten prooi kunnen vallen aan tunnelvisie of valse vastberadenheid. Het optreden van het CAF in de toeslagenaffaire is er – helaas – het sprekende voorbeeld van. Hoewel de aanpak van bepaalde type fraude of doelgroepen beleid kan zijn, is het alsdan nog meer aangewezen zorgvuldigheid na te streven en een open blik te houden en open te staan voor contra indicaties. Dat een beleidsspeerpunt tot enige vooringenomenheid kan leiden, is wel gegeven. Juist in dat kader dienen extra *checks and balances*, zoals bijvoorbeeld onafhankelijk herbeoordeling, ingebouwd te worden.

Wellicht dat de recente ontwikkelingen het vervolgentsenthousiasme ten aanzien van facilitators ietwat tot bedaren kunnen brengen. Wat daar ook van zij, het woord facilitator zou in ere moeten worden hersteld. We moeten terug naar de aanpak van de 'criminele' facilitator in plaats van de facilitator!