

Tuchtrecht voor ambtenaren; een oplossing voor het handhavingstekort bij handhavers en toezichthouders

mr. Y.E.A. Buruma en mr. F.H.H. Sijbers¹

1. Inleiding

De toeslagenaffaire heeft Nederland in het hart geraakt. Duizenden ouders zijn in grote financiële problemen geraakt doordat de Belastingdienst een 'spijkerhard' beleid hanteerde.² Kleine fouten werden disproportioneel bestraft, en ook ouders die in het geheel geen blaam trof, werden de dupe. Een deel van de problematiek is terug te voeren op beleid dat op onderdelen de juridische toets der kritiek niet zou kunnen doorstaan. Voorbeelden daarvan zijn de 'alles-of-niets' benadering, de wijze waarop 'opzet/grove schuld' werd gehanteerd en de discriminerende werking van het risico-classificatiemodel op basis waarvan aanvragen werden geselecteerd voor nadere controle.³

Dat de (meeste) betrokken ambtenaren zo kritiekloos uitvoering hebben gegeven aan dit beleid stemt tot nadenken.⁴ Mogelijk nog ernstiger is dat ambtenaren ook in de uitvoering van processen waarbij geen sprake was van knellende beleidsvoorschriften, geen gebruik hebben gemaakt van de ruimte om het systeem menselijker en meer integer te maken, maar dat de situatie voor de slachtoffers juist

erger werd door het handelen van de ambtenaren. Uit de feiten die naar boven zijn gekomen ontstaat het beeld dat bij de uitvoering van de controles en de gerechtelijke procedures veelvuldig in strijd met wettelijke voorschriften is gehandeld. Voorbeelden daarvan zijn het negeren van de wettelijke termijnen voor het doen van uitspraak op bezwaar en het opzettelijk achterhouden van relevante processtukken waardoor de rechter een juist beeld van de zaak werd onthouden.⁵

De politieke afrekening is hard geweest: het kabinet is gevallen en een aantal betrokken bewindslieden heeft afscheid genomen van hun politieke functies. Daarnaast heeft ook de rechterlijke macht zich kritisch uitgelaten over het eigen handelen.⁶

Verantwoording door de verantwoordelijke ambtenaren binnen de Belastingdienst lijkt echter minder kordaat.⁷ Het openbaar ministerie (hierna: OM) heeft besloten geen nader strafrechtelijk

1. Beide auteurs zijn werkzaam bij Wladimiroff Advocaten.

2. *Kamerstukken II 2020/21*, 35510, 2 (hierna: *Ongekend Onrecht*).

3. *Ongekend Onrecht*, p. 7 en 14; *Rapport Autoriteit Persoonsgegevens*, Belastingdienst/Toeslagen; *De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag 2020*, p. 58-59.

4. Vergelijk ook het rapport van de Commissie Van Traa, waarin onder meer overwogen werd dat in de opsporing sprake was van ontbrekende normen, een niet goed functionerende organisatie en problemen in de gezagsverhoudingen. *Kamerstukken II 1995/96*, 24072, 10, 11, 14 en 15. Zie ook Y. Buruma, 'Bijzondere opsporingsmethoden: 12,5 jaar na 'Van Traa'', *DD 2008/7* en Y. Buruma, 'Wat de geschiedenis leert: 20 jaar na 'Van Traa'', *NJB 2015*, p. 1848.

5. Zie *Ongekend Onrecht*, p. 62-64; Onderzoeksrapport Auditdienst Rijk (ADR), Toeslaggerelateerde CAF-zaken, 12 maart 2020, p. 24 en Nationale ombudsman, Geen powerplay maar fair play. Onevenredig harde aanpak van 232 gezinnen met kinderopvangtoeslag, rapportnummer 2017/095, p. 3, 4 en 23. Zie met betrekking tot het achterhouden van bewijs voor de rechter onder meer Rb. Amsterdam 25 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6888, Rb. Rotterdam 12 juli 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:5532 en ABRvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:019:1333.

6. <https://www.raadvanstate.nl/kinderopvangtoeslag/>.

7. Uit onderzoek van RTL Nieuws en Trouw zou naar voren komen dat de top van de Belastingdienst reeds in 2019 ambtenaren had beloofd dat er geen disciplinaire maatregelen tegen hen genomen zouden worden vanwege de toeslagenaffaire. Zie ook <https://www.rtlnieuws.nl/nieuws/artikel/5134236/belastingdienst-toeslagenaffaire-ambtsmisdrijven-belofte-straf-ambtenaren>.

onderzoek te doen naar de Belastingdienst en zijn ambtenaren.⁸

Dat is een gebruikelijke reactie. De toeslagenaffaire lijkt daarmee symptomatisch voor een groter probleem: binnen ministeries en andere overheidsinstanties zijn slechts zeer weinigen individueel verantwoordelijk voor ontstane problemen. Anders gezegd: ministeriële verantwoordelijkheid lijkt gepaard te gaan met het ontlopen van individuele ambtelijke verantwoordelijkheid en collectieve verantwoordelijkheid is uiteindelijk niemand's verantwoordelijkheid.

In deze bijdrage zullen wij uiteenzetten dat een adequaat correctiemechanisme voor onbetamelijk handelen van ambtenaren die werkzaam zijn in de controle en handhaving ontbreekt. Indien controle of handhaving leidt tot een besluit waartegen geprocedeerd kan worden of leidt tot strafrechtelijke vervolging, kan in die procedure het handelen van de betrokken ambtenaar ter discussie worden gesteld. Wij zullen aangeven dat deze correctiemogelijkheid binnen de bestuurs- of strafrechtelijke procedure niet goed functioneert. Daarna zullen wij ingaan op de (on)mogelijkheden om handhavers strafrechtelijk, arbeidsrechtelijk of via de nationale ombudsman verantwoordelijk te houden indien zij onoorbaar handelen. Aansluitend zullen wij betogen dat (her)invoering van tuchtrecht vergelijkbaar met zoals dat geldt voor medici, advocaten, notarissen, belastingadviseurs en bankiers een probaat middel is om deze leemte snel en efficiënt op te vullen.

2. Correctie binnen de procedure

Onbetamelijk ambtenarengedrag vindt geregeld zijn oorsprong in de wens effectief te handhaven: boeven pakken of fraudeurs opsporen wordt belangrijker dan regels volgen. Het compenseren van slachtoffers van dergelijk gedrag bestraft ambtenaren dan ook niet direct, maar zorgt – hopelijk – dat de desbetreffende ambtenaar eerder tot bezinning komt.⁹ Het voorkomen van onbetamelijk ambtenarengedrag is dan ook, naast het compenseren van slachtofferleed, een van de belangrijkste doelen voor bestaande correctiemechanismen in de straf- bestuursrechtelijke procedures.¹⁰

8. <https://www.om.nl/actueel/nieuws/2021/01/07/geen-strafrechtelijk-onderzoek-naar-belastingdienst>.
9. R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken* (diss. Nijmegen), 2014, p. 76. Zie ook S. Brinkhoff, 'De toepassing van artikel 359a Sv anno 2016. Een pleidooi voor herstel van balans en de terugkeer naar echter rechterlijke vrijheid', *DD* 2016/8. Zie uitgebreid M. Samadi, *Normering en toezicht in de opsporing: Een onderzoek naar de normering van het strafvorderlijk optreden van opsporingsambtenaren in het voorbereidend onderzoek en het toezicht op de naleving van deze normen* (diss. Leiden), 2020.
10. *Ibid.*

Het komt regelmatig voor dat de bestuurs- of strafrechter constateert dat een ambtenaar in het kader van de handhaving niet correct heeft gehandeld. In dit artikel wordt – met zevenmijlslaarzen – gekeken naar de verschillende wijzen waarop de rechter op dergelijk gedrag kan reageren.

3. Correcties binnen een strafrechtelijke procedure

Een strafrechtelijke vormfout ontstaat indien een strafprocesrechtelijk geschreven of ongeschreven vormvoorschrift niet is nageleefd.¹¹ De strafrechter kan – kort gezegd – op drie manieren reageren op onherstelbare vormfouten door het OM of de politie: door niet-ontvankelijkheidsverklaring, bewijsuitsluiting of strafvermindering.

3.1. Niet-ontvankelijkheid

De rechter kan het OM niet-ontvankelijk verklaren indien er sprake is van ernstige inbreuken op de beginselen van een behoorlijke procesorde, waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan.¹²

Niet-ontvankelijkheid is de meest ingrijpende reactie die de rechter ter beschikking staat¹³ en deze sanctie kan enkel bij ingrijpende vormverzuimen aan de orde komen.¹⁴ De gedachte is dat ambtenaren gedwongen worden tot luisteren indien de rechter overgaat tot niet-ontvankelijkheidsverklaring.¹⁵ Het probleem is evenwel dat de grens zo hoog ligt dat in de praktijk, ook bij ernstige verzuimen, nog maar zeer zelden tot niet-ontvankelijkheid wordt overgegaan.¹⁶

11. HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889; HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321; HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376; HR 6 april 1999, *NJ* 1999/565. HR 19 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0328. Overigens kunnen, onder meer door het strikte causale verband dat vereist is tussen vormverzuim en verkregen bewijs, niet alle onrechtmatigheden van overheidszijde door de strafrechter worden getoetst. Zie M. Borgers, 'De toekomst van artikel 359a Sv', *DD* 2012/25.
12. 'Het Zwolsman criterium: HR 19-12-1995', *NJ* 1996, 249. ECLI:NL:HR:1995:ZD0328.
13. R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken* (diss. Nijmegen), 2014, p. 352.
14. M.J. Borgers in zijn noot onder HR 29 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7104, *NJ* 2012/146.
15. R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken* (diss. Nijmegen), 2014, p. 365; Zie de rapporten 'Alles is niets, Rapportage naar aanleiding van de niet-ontvankelijkheid in de mensenhandelzaak Sierra' en 'De zaak van de kater, Evaluatie onderzoek Tom Poes', beide bijgevoegd bij de brief van de minister van Justitie aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 20 mei 2010, *Kamerstukken II*, 2009/10, 29279, 110.
16. Zie ter illustratie HR 30 januari 2001, ECLI:NL:HR:

Daarbij speelt dat in de rechtspraak de 'bewijslast' dat sprake is van een vormverzuim, maar ook dat dit vormverzuim doelbewust of met veronachtzaming van de belangen van de verdachte heeft plaatsgevonden, bij de verdachte wordt gelegd en dat het benodigde bewijs in veel gevallen praktisch niet te leveren is. In dat kader valt er wel wat voor te zeggen dat het aan de verdediging is om aan te tonen dat een vormverzuim heeft plaatsgevonden, maar dat het daarna aan het OM zou moeten zijn om aan te tonen dat het vormverzuim niet ernstig genoeg is of dat er geen sprake is geweest van doelbewust of onachtzaam handelen.

3.2. Bewijsuitsluiting

De strafrechter sluit iets vaker bewijs uit. Kuiper onderscheidt drie mogelijke redenen om bewijs uit te sluiten: (i) ter waarborging van een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM, (ii) ter bevordering van normconform gedrag aan de zijde van de politie en (iii) ter aansporing van verantwoordelijke autoriteiten om adequate maatregelen te treffen om structurele vormverzuimen te voorkomen.¹⁷

Het gebeurt maar zelden dat de rechter van oordeel is dat bewijsuitsluiting noodzakelijk is om een eerlijk proces te waarborgen.¹⁸ De overige grondslagen, het bevorderen van normconform handelen en het tegengaan van niet conform handelen, stranden in de praktijk vrijwel altijd op 'het uitgangspunt van subsidiariteit'.¹⁹ Volgens Samadi, Dubelaar en Pitcher stuurt de Hoge Raad dan ook aan op 'zo min (of in ieder geval zo mild) mogelijk sanctioneren van onrechtmatigheden'.²⁰

2001:AA9811, Hof Den Haag 22 oktober 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BQ7898 en Rb. Zwolle-Lelystad 25 mei 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BW7219. Uitzonderingen, zoals Rb. Zeeland-West-Brabant, 17 december 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:7986 en Hof Arnhem-Leeuwarden, 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7633 daargelaten. Zie ook M. Samadi, *Normering en toezicht in de opsporing: Een onderzoek naar de normering van het strafvorderlijk optreden van opsporingsambtenaren in het voorbereidend onderzoek en het toezicht op de naleving van deze normen* (diss. Leiden), p. 235 – 241 en p. 272 e.v.

17. R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken* (diss. Nijmegen), 2014, p. 520. Zie ook: HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5322 en ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013, 308 m.nt. Keulen en HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004/376 m.nt. Buruma.
18. Zie HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5322. Zie voorts K.M. Pitcher & M. Samadi, 'Integriteit als perspectief bij de rechterlijke reactie op vormverzuimen', *DD* 2018/59 en T. Kooijmans, 'Elk nadeel heb z'n voordeel? Artikel 359a Sv en de ontdekking van het strafbare feit', *DD* 2011/78.
19. HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, r.o. 2.3.1.
20. M. Samadi, M. Dubelaar & K. Pitcher, 'Korte metten met politiegeweld? Een kritische reflectie op de lijn van de Hoge Raad inzake toepassing van artikel 359a Sv bij excessief politiegeweld', *NJB* 19 maart 2021.

3.3. Strafvermindering

Strafvermindering is dan ook – verreweg – de meest toegepaste consequentie aan vormverzuimen. De consequentie heeft echter maar een zeer beperkt corrigerend effect. De straftoemeting is in veel zaken immers überhaupt niet transparant, mede omdat de strafrechter slechts een beperkte wettelijke motiveringsplicht heeft.²¹ Voor de betrokkenen en het publiek is het dan ook lang niet altijd inzichtelijk welke (concrete) consequentie het onbetamelijke gedrag daadwerkelijk heeft gehad.

4. Correcties binnen het (punitieve) bestuursrecht

Onzorgvuldig opgestelde besluiten kunnen reeds op die grond vernietigd worden. Toch lijkt de bestuursrechter zeer terughoudend met deze sanctie.

Voorts kan de bestuursrechter in het punitieve bestuursrecht onrechtmatig verkregen bewijs uitsluiten.²² In het bestuursrecht ligt de lat voor uitsluiting echter nog hoger dan in het strafrecht.²³ In 2015 oordeelde de belastingkamer van de Hoge Raad dat geen rechtsregel bestond die het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen in een fiscale procedure verbodt. Uitsluiting is slechts aan de orde indien het gebruik zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat dit gebruik onder alle omstandigheden als ontoelaatbaar moet worden geacht²⁴ of indien het gebruik van het bewijs strijdig zou zijn met de waarborgen van art. 6 EVRM.

Ook andere vormen van bestuursrechtelijk vals spel blijven vaak onbestraft. Zo zijn er doorgaans geen sancties als het bestuursorgaan niet tijdig een verweerschrift indient en krijgt de Belastingdienst altijd de mogelijkheid om ontbrekende processtukken in te dienen.²⁵

21. De feitenrechter heeft slechts een algemene motiveringsplicht en, daarnaast, onder omstandigheden de verplichting uitdrukkelijk te reageren op strafmaatverweren. Zie M.J.A. Duker, *Legitieme Straftoemeting* (diss. VU), 2003, p. 74-76; zie verder P.M. Schuyt, *Verantwoorde straftoemeting* (diss. Nijmegen), 2010, p. 10 – 13 en 305.
22. HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR: 2015:643.
23. Zie ook Y.E. Schuurmans, 'Onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal in het bestuursrecht', *AA* 2017/5, p. 388-399.
24. HR 1 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5028.
25. Zie ABRvS 19 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:989; ABRvS 25 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM6111; HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:672 en HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:740.

5. Tussenconclusie

Handhavers lopen weinig risico dat hun zaken stuklopen omdat er door toezichthouders of handhavers (bewust) in strijd met de regels is gehandeld.²⁶ Over de juistheid daarvan kan een debat worden gevoerd. De samenleving heeft er immers ook belang bij dat overtreders niet altijd hun straf ontlopen indien er in relatie tot het misdrijf betrekkelijk kleine onregelmatigheden hebben voorgegaan.²⁷ Aan de andere kant bestaat het gevaar dat de preventieve werking van mogelijke sancties nu te weinig aanwezig is.

6. Strafrechtelijk aanspreken ambtenaren

Ambtenaren strafrechtelijk verantwoordelijk houden voor onheus gedrag is niet eenvoudig. Handelingen van ambtenaren vallen immers veelal onder strafrechtelijke immuniteit.²⁸

Van dergelijke immuniteit is geen sprake indien ambtenaren zich bijvoorbeeld laten omkopen. Moeilijker wordt het indien het gaat om een gedraging die wordt verricht in het kader van handhaving of opsporing. Dergelijke handelingen kwalificeren doorgaans, in lijn met de Pikmeer-jurisprudentie, als handelingen die 'niet anders dan door bestuursfunctionarissen' kunnen worden verricht in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak, waardoor deze doorgaans niet voor vervolging in aanmerking kunnen komen.²⁹

Belasting heffen en toeslagen uitkeren kan niet anders worden geduid dan als het uitvoeren van een dergelijke taak. Feitelijk leidinggevend die op een onheuse manier toeslagen (niet) uitkeren, zijn dan ook naar alle waarschijnlijkheid beschermd door de Pikmeer-jurisprudentie. 'Uitvoerende' ambtenaren onder hen kunnen op grond van de Pikmeer-jurisprudentie niet in alle gevallen aanspraak maken op strafrechtelijke immuniteit, maar wanneer hun handelen gebaseerd is op (institutioneel) beleid, kan dat mogelijk wel.³⁰ Die uitzondering doet de wenkbrauwen fronsen. Indien beleid bestaat om

strafwaardig te handelen, geeft dat aan hoezeer het gebrek aan normbesef onderdeel is gaan uitmaken van de werkcultuur. In een dergelijk geval zou de maatschappij juist meer behoefte hebben aan krachtig strafrechtelijk optreden, dan aan het belonen van beleid dat voorziet in strafwaardig handelen met immuniteit.

Slechts wanneer de (uitvoerende) ambtenaar persoonlijk, zélf, een strafbaar feit heeft begaan – bijvoorbeeld als sprake is van onrechtmatig politiegeweld, of door het lekken van gevoelige informatie, of het onjuist opmaken van ambtsedige processen verbaal – kan dat een succesvolle strafrechtelijke vervolging tot gevolg hebben. Ook dan gaat het OM overigens lang niet altijd over tot vervolging.³¹ Berisping van de onheus handelende ambtenaar blijft dan ook uitzondering, niet regel.³²

7. Arbeidsrechtelijke correctie

Het arbeidsrecht, sinds kort van toepassing op ambtenaren, biedt mogelijkheden als strafontslag, korting op loon en overplaatsing.³³ Correctie binnen het arbeidsrecht kent evenwel de nodige nadelen. Allereerst zij gewezen op het niet-transparante karakter. Daarnaast biedt het middel weinig kans op genoegdoening of erkenning omdat er in een dergelijke arbeidsrechtelijke procedure geen rol is weggelegd voor het slachtoffer. Slachtoffers weten daardoor niet in hoeverre recht wordt gedaan aan hun leed. Zij kunnen hun grieven niet in de procedure laten horen. Voorts kan de samenleving geen lering trekken.

Zo bestaat het risico dat arbeidsrechtelijke maatregelen ten onechte uitblijven of juist ten onrechte worden toegepast teneinde individuele ambtenaren als zondebok weg te zetten. Een andere arbeidsrechtelijke oplossing betreft (gedwongen) overplaatsing. Nadeel daarvan is dat in veel gevallen ook hier de transparantie ontbreekt, waardoor de nieuwe omgeving geen wetenschap heeft van de

26. Zie ook J. Nan, *Vormverzuimen in het voorbereidend onderzoek*, Den Haag: Sdu 2015, p. 83.

27. Zie uitgebreid E. Devroe e.a., *Toezicht op strafvorderlijk overheidsoptreden*, Den Haag: WODC 2017, par. 3.4.5.

28. Zie onder meer D. Roef, 'De strafrechtelijke positie van overheden anno 2018: een stand van de rechtsontwikkeling', *Overheid & Aansprakelijkheid* 2018, p. 113-123 en M.J. Hornman, 'De immuniteit van de feitelijk leidinggever na NJ 2018/134 (Stichtse Vecht)', *TBS&H* 2019, p. 3-11.

29. HR 23 april 1996 ECLI:NL:HR:1996:ZD0429 (*Pikmeer I*); HR 6 januari 1998 ECLI:NL:HR:1998:AA9342 (*Pikmeer II*).

30. Zie ook G. Elsen, 'Actie tegen Belastingdienst is vooral bedoeld voor de bühne', *NRC* 22 juni 2020.

31. Zie I.E.W. Gonzales, 'Hoe kritisch is het Openbaar Ministerie in zijn beoordeling van het optreden van de politie?', *TPWS* 2017/51; I.E.W. Gonzales 'Het niet vervolgen door het Openbaar Ministerie van (dodelijk) politiegeweld', *NJB* 2009, 1570 en Samadi, M. Dubelaar & K. Pitcher, 'Korte metten met politiegeweld? Een kritische reflectie op de lijn van de Hoge Raad inzake toepassing van artikel 359a Sv bij excessief politiegeweld', *NJB* 19 maart 2021.

32. '[D]ie gevallen van officiële berisping van de betreffende ambtenaar wegens inbreuken op strafvorderlijke opsporingsregels zijn uiteindelijk even uitzonderlijk als gevallen waarin bewijsuitsluiting op zijn plaats is in een strafzaak tegen een betrokken burger.' Y. Buruma, 'Als de politie zich niet aan de wet houdt...!', *NJB* 2013/494.

33. Door de inwerkingtreding van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren. Zie uitgebreid M.C.J. van den Brekel, 'Wnra: (on)gelijkheid bij schending integriteit?', *Arbeidsrecht* 2020/4.

reden van de overplaatsing, waardoor het risico op herhaling eerder groter dan kleiner wordt.

8. Nationale ombudsman

Het rapport 'Geen powerplay maar fair play' van de Nationale Ombudsman van 9 augustus 2017 toont zowel de sterke kanten, als de tekortkomingen van de Nationale Ombudsman.³⁴

De Ombudsman kan gedegen, onafhankelijk onderzoek doen en dit naar buiten communiceren. In zoverre biedt de 'route-ombudsman' meer voordelen dan bijvoorbeeld de arbeidsrechtelijke route zoals zojuist besproken. Immers, slachtoffers worden gehoord en kunnen hun grieven laten horen. Daarnaast wordt een publieke discussie gestart en worden duidelijke signalen gegeven. De Ombudsman biedt daarmee, net als bijvoorbeeld de media, een mogelijkheid om na gedegen onderzoek noemenswaardige klachten aan het daglicht te stellen en een politieke discussie aan te zwengelen.³⁵

De Ombudsman kan echter enkel aanbevelingen doen. Deze lijken veelal te worden opgevolgd, maar zien niet op individuele gevallen.³⁶ Individuele ambtenaren kunnen dan ook niet worden terechtgewezen door de Ombudsman. In zoverre biedt de Ombudsman geen oplossing voor het geschetste probleem. Daarnaast kan niet onvermeld blijven dat ook de Ombudsman in zijn beschermende taak juist in de verhouding burger-Belastingdienst tekort lijkt te zijn geschoten. Uit het jaarverslag over 2019 volgt dat er 3385 keer geklaagd werd over de Belastingdienst en dat al die klachten slechts tot één gegrondverklaring hebben geleid.³⁷ Mede gezien de omvang en het structurele karakter van de misstanden zoals die aan het licht zijn gekomen, kan daaruit de conclusie worden getrokken dat de Ombudsman niet de instantie is om corrigerend op te treden ten aanzien van ambtenaren die in de uitoefening van hun functie over de schreef gaan.

9. Tussenconclusie

De conclusie is dat huidige mogelijkheden om misdragingen van ambtenaren in de sectoren controle of toezicht effectief aan te pakken, ontbreken. De wettelijke lat ligt te hoog en wordt door de rechtspraak (veel) te streng uitgelegd. Overige mogelijkheden zoals het arbeidsrecht en de nationale ombudsman bieden evenmin voldoende soelaas om tot een evenwichtige vorm van rechtsbescherming te komen.

10. Tuchtrecht voor ambtenaren een noodzakelijke aanvulling

Het tuchtrecht kan een goed instrument zijn om compliant gedrag aan te moedigen en non-compliant gedrag te bestraffen.³⁸ Met het tuchtrecht is reeds de nodige ervaring opgedaan bij onder anderen medici, notarissen, advocaten, accountants en belastingadviseurs. Na de kredietcrisis is het tuchtrecht ook in de bankensector ingevoerd.

Alvorens in te gaan op enkele mogelijke aanvliegroutes voor een tuchtrecht voor met handhaving belaste ambtenaren, worden eerst enkele voor- en nadelen van het invoeren van dergelijk tuchtrecht op een rij gezet.

11. Voordelen tuchtrecht

Tuchtrecht heeft als (belangrijkste) voordeel dat de behandeling van de klacht(en) en de uitspraak in beginsel in de openbaarheid kunnen geschieden, wat de legitimiteit van de uitspraak ten goede doet komen.³⁹ Tevens bestaat het tuchtcollege (ook) uit leden van de doelgroep; er zitten ook advocaten in de Raden van Discipline en dokters in de Tuchtcolleges voor de Gezondheidszorg. Zij leveren expertise die niet alleen tot een beter gerechtvaardigd oordeel kan leiden, maar kan ook voor meer begrip en acceptatie bij de personen die berecht worden zorgen. De tuchtrechter heeft daarnaast een groot arsenaal aan sancties tot zijn beschikking: van waarschuwing en berisping tot geldboetes, schorsing en zelfs ontzetting uit het ambt.⁴⁰ Door die variëteit

34. Nationale ombudsman, *Geen powerplay maar fair play. Onevenredig harde aanpak van 232 gezinnen met kinderopvangtoeslag*, rapportnummer 2017/095.

35. Zie ook: E.A.J. Nab, 'Relevante normering Nationale ombudsman', in: H.J.B. Sackers & P.H.P.H.M.C. van Kempen (red.), *Kroniek van het strafrecht 2019*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 156-167; E.A.J. Nab, 'Nationale ombudsman', DD 2020/29; Yvonne van der Vlugt, *De Nationale ombudsman en behoorlijk politieoptreden* (diss. Leiden), Den Haag, Boom 2011.

36. Yvonne van der Vlugt, *De Nationale ombudsman en behoorlijk politieoptreden* (diss. Leiden), Den Haag, Boom 2011, p. 288.

37. Cijferbijlage jaarverslag 2019 van de Nationale Ombudsman, p. 9.

38. De Wet normalisering rechtspositie ambtenaren lijkt het (algemene) ambtenarentuchtrecht, voor zover dit als tuchtrecht aangemerkt kon worden, definitief de das om te hebben gedaan. Het ambtenarentuchtrecht bestond voornamelijk in het verlengde van het ambtenarenarbeidsrecht, en er bestond geen (apart) tuchtrechtelijk college voor ambtenaren.

39. Daarmee biedt het tuchtrecht ook een belangrijk voordeel ten opzichte van de huidige (vaak) niet-openbare klachtprocedures bij overheidsorganisaties. Zie uitgebreider over klachtprocedures bij (met name) gemeenten, Nationale ombudsman, Terug aan tafel, samen de klacht oplossen, rapportnummer 2017/035.

40. Deze sancties kunnen, indien gewenst, ook naast met een strafrechtelijke sanctie worden opgelegd. Zie on-

aan maatregelen kan maatwerk geleverd worden. Het opleggen van sancties en het publiceren van de uitspraak kan bijdragen aan verbeterd normbesef bij de bestrafte ambtenaar (specifieke preventie) en kan bijdragen tot meer normconform handelen bij de beroepsgroep (generiek preventie). Tot slot krijgen slachtoffers het gevoel te zijn gehoord en kunnen zij genoegdoening krijgen.

Niettemin kent toepassing van het tuchtrecht ook gevaren.⁴¹ Tuchtrecht kent het gevaar dat problemen ontstaan door een gebrek aan transparantie, openheid of onafhankelijkheid.⁴² Verder bestaat, ook bij een gedegen ingericht tuchtsysteem, het gevaar dat boze burgers het tuchtrecht gaan misbruiken als procedureel middel. Het tuchtrecht zou in zoverre gebruikt kunnen worden als oneigenlijke beroepsmogelijkheid tegen een onwelgevallige beslissing van een ambtenaar.

Ondanks deze nadelen lijkt het toch opportuun een ambtenarentuchtrecht voor met toezicht belaste ambtenaren in het leven te roepen. Door inspiratie op te doen bij andere, goed functionerende, tuchtsystemen kunnen de grootste valkuilen worden ontweken. Daarnaast zou het gevaar van de 'oneigenlijke beroepsmogelijkheid' (deels) ondervangen kunnen worden door de eis dat eerst bij de (leidinggevende van) de betrokken ambtenaar wordt geklaagd en door de mogelijkheid te introduceren dat de tuchtrechter een klacht 'kennelijk ongegrond' kan verklaren in welk geval een zitting achterwege kan blijven.

12. Ambtelijk tuchtrecht

Indien het tuchtrecht zou worden ingevoerd voor met handhaving belaste ambtenaren kan voor wat betreft de inrichting van dat tuchtrecht gekeken worden naar het tuchtrecht in de bancaire sector, maar ook naar het tuchtrecht zoals dat geldt voor accountants. Dat laatste is het geval omdat een aantal ambtenaren ook accountant is en als zodanig al met het tuchtrecht te maken kan hebben.⁴³

Het algemene kader van het tuchtrecht voor ambtenaren belast met handhaving zou eruit kunnen bestaan dat van ambtenaren mag worden verwacht dat deze hun functie integer, objectief, deskundig en zorgvuldig uitoefenen. Voorts mag verwacht

worden dat een ambtenaar de wettelijke bepalingen in acht neemt. Ambtenaren, zeker ambtenaren die met handhaving zijn belast, leggen al een (ambts)eed af. Het schenden van deze ambts(eed) zou dan ook tuchtrechtelijk gesanctioneerd kunnen worden. De vergelijking met de bankierseed dringt zich op.

Ook met betrekking tot praktische zaken zou aansluiting gevonden kunnen worden bij het accountantstuchtrecht of het advocatentuchtrecht. Zo kan gedacht worden aan openbare zittingen door een onafhankelijk tuchtcollege waarin ook (ervaren) ambtenaren plaatsnemen, en door wie het (on)professionele gedrag op basis van heldere wetten, richtlijnen en voorschriften, wordt beoordeeld.⁴⁴

Voorafgaand aan de invoering van het tuchtrecht in de bankensector werd de bankierseed ingevoerd.⁴⁵ De overwegingen die hebben geleid tot het invoeren van de bankierseed kunnen moeiteloos dienen als inspiratiebron voor invoering van het tuchtrecht bij ambtenaren belast met handhaving. De Adviescommissie Toekomst Banken (commissie-Maas) was ingesteld met de opdracht 'aanbevelingen te doen ter verbetering van het functioneren van de Nederlandse bancaire sector en zo handvatten te bieden voor het herstel van vertrouwen in de banken'.⁴⁶ Een van de aanbevelingen was om bankbestuurders een 'moreel-ethische verklaring' te laten ondertekenen, later bekend geworden als de 'bankierseed'.⁴⁷

De bankierseed heeft snel na de invoering een wettelijke basis gekregen en vanaf 2015 is het afleggen van de eed verplicht voor bijna alle bankmedewerkers.⁴⁸ De bankierseed heeft vervolgens aan de wieg gestaan van de invoering van het tuchtrecht voor de banksector. In de Tweede Kamer is ook kort gediscussieerd over de wijze waarop niet-naleving van de eed kon worden gesanctioneerd.⁴⁹ Als opties werden strafrechtelijke of civielrechtelijke sanctiëring genoemd, maar invoering van tuchtrecht

der meer EHRM 18 oktober 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:1018DEC000622304 (*Banfield t. het Verenigd Koninkrijk*).

41. Zie ook J. Legemaate, 'De betekenis van het medisch tuchtrecht voor de kwaliteit van zorg', *NJB* 2021/1509.
42. M. van der Steeg & J. Timmer, 'Beoordeling van politiegeweld: tuchtrecht eerst', *AA* 2016, p. 171 – 176. Zie uitgebreider over het 'politietuchtrecht' M. van der Steeg, *Politietuchtrecht: een studie naar de juridische aspecten en de praktijk* (diss. VU), Kluwer: Deventer 2004.
43. Accountantskamer Zwolle, 12 februari 2021, ECLI:NL:TACAKN:2021:17.

44. Zie ook M. van der Steeg & J. Timmer, 'Beoordeling van politiegeweld: tuchtrecht eerst', *AA* 2016, p. 171 – 176.

45. Invoering van de bankierseed werd in 2009 voor het eerst besproken in het boek *Gepast en ongepast geld. Zoektocht naar het geweten van banken en andere financiële dienstverleners*, geschreven door Hans Ludo van Mierlo. In april 2012 introduceerde Jan Kees de Jager (destijds Minister van Financiën) de bankierseed voor alle bestuurders en medewerkers van financiële ondernemingen. Per 1 januari 2013 werd de bankierseed verplicht voor alle bestuurders en commissarissen in de financiële sector, maar niet voor de medewerkers.

46. Adviescommissie Toekomst Banken, *Naar herstel van vertrouwen*, p. 7.

47. Adviescommissie Toekomst Banken, *Naar herstel van vertrouwen*, p. 45.

48. Art. 3:17b van de Wet op het financieel toezicht.

49. *Kamerstukken II* 2013/14, 33918, 7, p. 5; *Kamerstukken II* 2013/14, 33918, 8, p. 12.

werd beschouwd als de meest geschikte oplossing. Dezelfde redenen lijken te pleiten voor de invoering van tuchtrechtelijke sancties op het schenden van de ambtseed.

Ook met betrekking tot specifieke handelingen van ambtenaren kan aansluiting worden gevonden bij andere tuchtssystemen. Voor handhavers die een onderzoek doen – zoals belastingambtenaren die een boekenonderzoek doen – kan bijvoorbeeld voor de nadere concretisering worden aangesloten bij de regels zoals die voor accountants gelden als die een persoonsgericht onderzoek verrichten.⁵⁰ Met name de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit en dossiervorming lenen zich voor analoge toepassing.

Dit voorbeeld uitdiepend toont dat de onderzoeker bij persoonsgerichte onderzoeken ervoor dient te waken dat de gehanteerde onderzoeksmethode in een redelijke verhouding staat tot het doel van de opdracht; de eis van proportionaliteit.⁵¹ Het subsidiariteitsbeginsel brengt met zich mee dat van de ambtenaar die een onderzoek verricht mag worden verwacht dat hij kiest voor een zo min mogelijk bezwarende onderzoeksmethode. Ten aanzien van een controledossier kan de eis worden gesteld dat dit alle informatie dient te bevatten die een onafhankelijke, deskundige derde zonder voorkennis van de cliënt nodig heeft om zich een oordeel te vormen over de uitvoering van de controle.⁵² Een behoorlijk en integer handelende ambtenaar zou zich aan al deze regels moeten (willen) houden.

Met de invoering van tuchtrect zouden deze beginselen minder vrijblijvend zijn en zou overtreding gesanctioneerd kunnen worden.

Tot slot dringt de vraag op wie zou moeten kunnen klagen over handelen dat in strijd zou zijn met het tuchtrect. Het ligt in de rede om dat klachtrect open te stellen voor eenieder. Dat kan dus een burger, bedrijf, maar ook een leidinggevende van de ambtenaar zijn. Zoals reeds aangegeven, kunnen de gevaren die uit deze openstelling voortkomen (deels) ondervangen worden door onder meer mogelijkheid te introduceren dat de tuchtrechter een klacht kennelijk ongegrond kan verklaren in welk geval een zitting achterwege kan blijven.

13. Conclusie

In de toelagaffaire heeft een deel van de betrokken ambtenaren zich schuldig gemaakt aan ernstige misdragingen. Er was een team dat zich een 'licence to disturb' had aangemeten, men sprak over 'afpakjesdag' en er werd op basis van de nationaliteit van de aanvrager gediscrimineerd.⁵³ Daarnaast waren dossiers in veel gevallen niet op orde en werd de mogelijkheid om beslissingen met succes aan te vechten voor de rechter bemoeilijkt doordat burgers niet goed werden geïnformeerd over de bewijsstukken die zouden ontbreken of niet juist zouden zijn en over de mogelijkheid bezwaar aan te tekenen.⁵⁴ Ook werden wettelijke beslistermijnen stelselmatig genegeerd,⁵⁵ en werd bewijs voor de rechter achtergehouden door onvolledige dossiers aan de rechtbank te sturen.⁵⁶

Dat die misdragingen wellicht onvoldoende zijn om strafrectelijke vervolging te rechtvaardigen, valt te verklaren gezien de (gebrekkige) mogelijkheden om ambtenaren te vervolgen. Dat elke reactie richting de betrokken ambtenaren uitblijft, en slechts politieke verantwoordelijkheid wordt genomen, is echter niet goed te begrijpen. Het uitblijven van een

50. NBA-handreiking 1112 van 6 oktober 2010, 'Persoonsgerichte onderzoeken' is van toepassing op een accountant aan wie een opdracht wordt verleend tot het verrichten van onderzoek ten aanzien van het handelen van een persoon.

51. NBA-handreiking 1112, p. 10.

52. In de Nadere voorschriften controle- en overige standaarden van de NBA (de COS), zijn documentatievoorschriften opgenomen, in het bijzonder in COS 230. Daarnaast moet het controledossier volgens artikel 11 Besluit toezicht accountantsorganisaties onder meer de volgende informatie bevatten: de overeenkomst tussen de accountantsorganisatie en de controlecliënt en de eventuele wijzigingen daarin de correspondentie met betrekking tot de controlecliënt, voor zover deze betrekking heeft op de wettelijke controle; een controleplan waarin de vermoedelijke reikwijdte en aanpak van de wettelijke controle worden vastgelegd; een beschrijving van de aard en de omvang van de uitgevoerde controlewerkzaamheden; de begin- en einddatum van de uitvoering van de in het controleplan onderscheiden fasen van de controlewerkzaamheden; de voornaamste bevindingen van de uitgevoerde controlewerkzaamheden; de uit de bevindingen getrokken conclusies.

53. Onder meer opgemerkt door P. Omtzigt en F. Azarkan in Plenair verslag van de Tweede Kamer, 32^e vergadering van Woensdag 4 december 2019; Rapport Autoriteit Persoonsgegevens, *Belastingdienst/Toeslagen; De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag*, 2020, p. 58-59.

54. Zie met name Nationale ombudsman, *Geen powerplay maar fair play. Onevenredig harde aanpak van 232 gezinnen met kinderopvangtoeslag*, rapportnummer 2017/095, p. 3, 4 en 23. Zie ook over het gebrek aan heldere communicatie het Eindadvies Adviescommissie uitvoering toeslagen (commissie Donner), *Omzien in Verwondering 2*, 2020, p. 76.

55. Onderzoeksrapport Auditdienst Rijk (ADR), *Toeslaggerelateerde CAF-zaken*, 12 maart 2020, p. 24. Met betrekking tot 94% van de burgers in CAF11 zaken (met betrekking tot gastouderbureaus) vond een overschrijding van de wettelijke termijn van 84 dagen plaats. De gemiddelde doorlooptijd in deze zaken was meer dan vier keer de wettelijke termijn.

56. Zoals aangevoerd in verschillende rechtszaken. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 25 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6888, Rb. Rotterdam 12 juli 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:5532 en ABRvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:019:1333.

reactie is slecht voor de slachtoffers van het handelen, draagt bij aan het gebrekkige normbesef binnen de ambtenarij en is slecht voor het merendeel van de ambtenaren die integer en compliant werken, maar door dit gebrek aan reactie een slechte naam krijgen.

Het zijn bovendien gedragingen die zich zeer wel hadden geleend voor correctie middels het tuchtrecht op de wijze zoals wij in deze bijdrage uiteen hebben gezet.