

Reactie op internetconsultatie
op persoonlijke titel

Heemstede, 9 februari 2022
Inzake: Internetconsultatie knellende regelgeving
Behandeld door: mr. drs. G.C.M. Schipper, advocaat.

Geachte heer, mevrouw,

In het navolgende heb ik opgenomen de vragen opgenomen bij de consultatie op uw website en de daarop door mij ingevulde antwoorden.

Deze reactie is op persoonlijke titel en geschiedt niet vanwege een specifieke cliënte van ons kantoor; niettemin is het wel geput uit mijn eigen ervaring.

Deze reactie is mede ingegeven door de wens met u mijn zorg te delen, dat er in de uitvoering van wetgeving door overheden onvoldoende besef lijkt te zijn van de vergaande invloed en gevolgen van bepaald handelen, of soms juist het nalaten dat te doen. Er lijkt soms wel sprake van een kloof tussen de "kolom" van de overheid enerzijds en de "kolom" van ondernemers anderzijds: men kent elkaar onvoldoende en men weet niet goed wat de ander beweegt, zo lijkt het wel.

Het voert nu te ver daar diepgaander op in te gaan, maar mocht u mogelijkheden zien daarover elders of in een ander verband van gedachten te wisselen dan zou ik dat graag vernemen?

Vraag 1 van 7

Welk voorbeeld wilt u doorgeven?

Toetsing door overheden op grond van de 'Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur' (Wet Bibob), in relatie tot fiscale boetes op grond van de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (AWR).

De Wet Bibob is sinds 2003 van kracht en heeft als doel de integriteit van de overheid te beschermen. Meer in het bijzonder om te voorkomen dat overheden op enigerlei wijze betrokken raken bij criminele doeleinden of die ongewild mochten bevoordelen. Het gaat erom, dat niet kan worden geprofitteerd van voordeel, dat is behaald met criminele

activiteiten. En dat de overheid niet meewerkt aan het faciliteren van nieuwe criminele activiteiten.

Het gaat dus niet om een eventueel strafrechtelijk verleden als zodanig; relevant is alleen 1) of daar voordeel mee is of kan worden behaald én 2) dat benut dreigt te gaan worden.

Vraag 2 van 7

Heeft u hierover eerder contact gehad en zo ja met welke organisatie?

Gemeenten in Noord-Holland, Zuid-Holland en Flevoland.

Vraag 3 van 7

Weet u over welke wet of regel uw voorbeeld gaat?

De Wet Bibob en meer in het bijzonder als het gaat om vastgoedtransacties (bijvoorbeeld koop door een vennootschap van een door een gemeente uitgegeven bedrijfskavel).

De AWR waar het betreft het niet, gedeeltelijk niet of niet tijdig voldoen van omzetbelasting en/of loonheffing, wat vergrijpbeboetbaar is gesteld. Ik doel bijvoorbeeld op de situatie waarbij aan ondernemingen of ondernemers eerder een of meer fiscale boetes zijn opgelegd op grond van artikel 67f van de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (AWR).

Wat in aanmerking moet worden genomen is het karakter van de fiscale boetes waar het om gaat.

Elke onderneming in Nederland heeft te maken met fiscale boetes: als te weinig belasting is berekend – ook als dat niet met opzet is – dan leidt dat er niet alleen toe dat een boete wordt opgelegd voor te weinig betalen, maar automatisch ook voor te laat betalen, omdat het meerdere dan per definitie niet op tijd was voldaan.

Het niet, gedeeltelijk niet of niet tijdig voldoen van omzetbelasting en/of loonheffing is vergrijpbeboetbaar gesteld in art. 67f lid 1 AWR. 1 fout leidt in dat geval dus automatisch tot 2 overtredingen. En als de onderneming die fout in de berekening pas later ontdekt, kan die fout zich meerdere boekjaren hebben voorgedaan en kan één fout daardoor leiden tot een veelvoud aan geconstateerde overtredingen (3 boekjaren is 6 boetes in het voorbeeld).

Dergelijke boetes worden heel vaak opgelegd: circa 12% van de belastingplichtige ondernemingen in Nederland maakt zich schuldig aan een of meer verzuimen bij het doen van fiscale aangifte, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-32128-16.pdf>).

Vraag 4 van 7

Weet u over welk artikel van de wet of regel uw voorbeeld gaat?

Artikel 5a Wet Bibob en voor wat betreft de AWR meer in het bijzonder art. 67f lid 1 AWR.

Vraag 5 van 7

Waarom geeft u dit voorbeeld door? Wat is het probleem dat u ziet?

Als een gemeente besluit na een Bibob-toetsing geen vastgoedtransactie aan te gaan, bestaat daar geen bijzondere rechtsbescherming voor open (er kan bij de gemeente geen bezwaar worden gemaakt). De enige manier om daar wat tegen te doen is door de gemeente te betrekken in een civiele (dagvaardings)procedure, wat niet alleen kostbaar maar ook tijdrovend is. Bovendien moet een civiele rechter dan oordelen over in essentie bestuursrechtelijke rechtsvragen, wat minst genomen niet optimaal is te noemen.

Als net opgemerkt gaat het bij Bibob-toetsing niet om een eventueel strafrechtelijk verleden als zodanig; relevant is alleen 1) of daar voordeel mee is of kan worden behaald én 2) dat benut dreigt te gaan worden. Het is gebleken, dat overheden die betrokken zijn bij Bibob-toetsing (meestal gemeenten) dit helaas met regelmaat uit het oog verliezen en zelfs vooringenomen handelen, in strijd met meerdere algemene beginselen van behoorlijk bestuur (a.b.b.b.).

Het Landelijk Bureau Bibob (LBB) adviseert overheden ten aanzien van onder meer voorgenomen vastgoedtransacties. Het LBB beschouwt handelen in strijd met de AWR als belastingfraude en/of belastingontduiking, naar haar aard gericht op het behalen van financieel voordeel.

Nu is dat op zichzelf begrijpelijk te noemen, doch daarbij zal pas sprake kunnen zijn van fraude, als er opzettelijk onjuiste aangifte wordt gedaan. Maar van opzet is vaak helemaal geen sprake.

In mijn voorbeeld wilde een onderneming een bedrijfskavel kopen van een gemeente. In het verleden was per ongeluk een gedeelte van de rittenadministratie van de onderneming tezamen met oude administratie vernietigd. Waardoor in de aanleiding van die voorgenomen vastgoedtransactie naar voren kwam, dat de onderneming niet had voldaan aan de verplichting, gegevensdragers zoals die rittenadministratie gedurende zeven jaar te bewaren. Het niet voldoen aan die bewaarplicht is strafbaar gesteld in art. 68, eerste lid sub e jo. art. 69, eerste lid AWR. En dat leidde tot meerdere boetes over meerdere boekjaren.

En die boetes vormden voor het LBB - waar de gemeente advies aan had gevraagd - grond om te oordelen dat ernstig gevaar bestaat dat de voorgenomen vastgoedtransactie mede zal worden gebruikt om uit gepleegde strafbare feiten verkregen voordeel te benutten en ook om nieuwe strafbare feiten te plegen. Dat leidde tot een negatief Bibob-advies en vormde reden voor de betreffende gemeente geen vastgoedtransactie aan te gaan.

Een negatief Bibob-advies kan een onderneming ernstig duperen, omdat een negatief Bibob-advies in beginsel leidt tot een "rode vlag" voor de onderneming: het kan meermaals reden vormen voor niet alleen de weigering een vastgoedtransactie aan te gaan, maar ook de weigering van een omgevingsvergunning.

En niet alleen in de gemeente waar de onderneming is gevestigd maar ook elders, omdat alle verkregen informatie wordt geregistreerd en de wet veel ruimte geeft aan overheden om die informatie met andere overheidsinstanties te delen. Via het LBB en na tussenkomst van de zgn. Regionale Informatie- en Expertisecentra (RIEC's) waar overheden in participeren bestaat toegang tot alle openbare en niet-openbare bronnen, inclusief volledige politie- en justitiële gegevens.

Wat zich daarbij vooral wreekt, is de potentiële disproportionaliteit; er kan door een overheid "met een olifant op een mug worden geschoten". Een fiscale boete of naheffing kan er immers toe leiden dat - plat gezegd - een onderneming als criminele organisatie wordt aangemerkt. De hoogte van de boete maakt niet uit: € 10,- kan al genoeg zijn, bij wijze van spreken. En dan zou 12% van ondernemend Nederland in potentie als crimineel aangemerkt moeten worden?

Het enkele vermoeden van strafbaar handelen is al voldoende om ernstig gevaar aan te nemen. Als ik het scherp stel, dan mag dat enkele vermoeden op alles zijn gebaseerd: dus bij wijze van spreken op "onderbuikgevoelens" van een medewerker van een overheidsinstantie en zonder dat daar adequate rechtsbescherming tegen openstaat; althans niet als het om een vastgoedtransactie gaat (tegen de weigering een vergunning te verlenen op grond van een negatief advies kan wel bij de bestuursrechter worden opgekomen). En in veel gevallen hoeft niet openbaar gemaakt te worden waar het vermoeden op is gebaseerd. En dat is kwalijk te noemen, temeer omdat het effect van deze overheidsmaatregelen groot kan zijn.

Recent hebben zowel de Hoge Raad als de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State als hoogste civiele en bestuursrechtelijke belangwekkende uitspraken gedaan.

De Hoge Raad heeft in de zaak van de gemeente Montferland (ECLI:NL:HR:2021:1778 (*Didam*)) belangrijke beperkingen aangebracht voor bestuursorganen in hun vrijheden bij privaatrechtelijk handelen en in de uitspraak van 2 februari 2022 (ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*)) wordt door de Afdeling ingegaan op het evenredigheidsbeginsel, zoals dat is neergelegd in het tweede lid van artikel 3:4 Awb. De Afdeling heeft vastgesteld, dat die

bepaling geldt voor *alle* besluiten waarbij een bestuursorgaan beleidsruimte heeft en waarbij het bestuursorgaan bij het nemen van een besluit daaraan een afweging van de rechtstreeks betrokken belangen ten grondslag moet leggen. Het besluitkarakter speelt daarbij geen rol, dus of een besluit als een *criminal charge*, preventieve of herstelmaatregel is aan te merken, is niet relevant volgens de Afdeling.

Een en ander dient te leiden tot betere waarborgen voor ondernemers, ondernemingen en burgers als het gaat om de Bibob-toetsing zoals hiervoor bedoeld.

Vraag 6 van 7

Voor wie zorgt uw voorbeeld voor problemen?

Betrokken (medewerkers van) overheidsinstanties (gemeenten en LBB).

Vraag 7 van 7

Hoe denkt u dat we dit probleem kunnen verbeteren? Als u concrete suggesties hebt voor het verbeteren van de wet of regel dan kunt u dat hier ook doorgeven.

Maak betere toetsing door de rechter mogelijk. Beperk mogelijkheden om slechts op vermoedens te kunnen handelen; bepaal dat de overheid de redelijkheid van het vermoeden dient aan te tonen. Maak medewerkers van overheden die fouten maken ook aanspreekbaar daarop.

Bepaal dwingendrechtelijk welk handelen niet als ernstig vermoeden mag worden aange-merkt ("geen ernstig vermoeden, tenzij aangetoond wordt dat ..."). Beperk mogelijkheden om informatie uit te wisselen. Maak inzichtelijk en toegankelijk welke gegeven worden gedeeld, van wie die afkomstig zijn en wanneer daar geen gebruik meer van kan worden gemaakt. Vergroot de transparantie.

Uiteraard ben ik zoals in het begin al opgemerkt, tot nadere toelichting bereid.

Met vriendelijke groet,

Guido Schipper
Advocaat