4.2.19 De Staat onderschrijft het oordeel van het openbaar ministerie dat een verhoogde kans op controle geen strafbare discriminatie oplevert in de zin van artikel 90quater Sr. De door klagers gestelde schending van artikel 14 EVRM deed zich niet voor, en kan dus ook niet dienen ter invulling van het voor artikel 90quater Sr vereiste tenietdoet of aantasten van de erkenning, het genot of de uitoefening van een fundamenteel recht.

4.2.20 Tot slot is nog van belang dat klagers erop hebben gewezen dat een handmatige controle (na selectie op basis van een hoge risicoscore binnen het risicoclassificatiemodel) gepaard kon gaan met uitstel van een besluit over het (nieuwe) toeslagbedrag en derhalve met uitstel van voorschotbetalingen (welke betalingen in geval van een positief besluit alsnog werden uitgekeerd bij de eerste uitgevoerde betaling). Ook uitstel van een voorschot levert naar het oordeel van de Staat echter nog geen aantasting of tenietdoen op van de erkenning, het genot of de uitoefening van een fundamenteel recht. Er werd immers nog geen beslissing genomen over de aanspraak op toeslag. Dit levert bovendien geen strafbare discriminatie op omdat uitstel van voorschotten geen automatisch gevolg kon zijn van selectie voor controle (al dan niet op basis van het risicoclassificatiemodel), maar pas gebeurde na een beslissing door een medewerker en dus op basis van de individuele feiten en omstandigheden van het geval. Een beslissing (alleen) op basis van nationaliteit was dus niet aan de orde.[48]

4.2.21 Slotsom van het voorgaande is dat het openbaar ministerie op goede gronden tot het oordeel is gekomen dat geen verdenking bestaat van strafbare discriminatie. Aan de vereisten van artikel 90quater is niet voldaan. Ook hierom is een vervolging op grond van artikel 137g lid 1 of artikel 429quater lid 1 Sr niet mogelijk.

4.2.22 Volledigheidshalve wijst de Staat er nog op dat op grond van artikel 70 lid 1 Sr voor artikel 137g Sr een verjaringstermijn geldt van zes jaren en voor artikel 429quater Sr een verjaringstermijn van drie jaren. Een daad van vervolging die de verjaring kan stuiten als bedoeld in artikel 72 lid 1 Sr kan pas aan de orde zijn indien uw hof de vervolging beveelt. Op het moment van de zitting bij uw hof is vervolging daarom niet meer mogelijk voor feiten die hebben plaatsgevonden vóór respectievelijk 20 april 2016 en 20 april 2019. Artikel 429quater Sr is daarmee slechts van (zeer) geringe betekenis voor de beoordeling van het beklag.

4.3 Knevelarij

4.3.1 Het tweede feit waarop het beklag is gericht, is het ambtsmisdrijf knevelarij. In artikel 366 Sr is als knevelarij strafbaar gesteld het door een ambtenaar in de uitoefening van zijn bediening, als verschuldigd aan hemzelf, aan een ander ambtenaar of aan enige

[48] Zie ook: rapport AP, *De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag*, p. 16.

openbare kas vorderen, ontvangen of bij uitbetaling terughouden van hetgeen hij weet dat niet verschuldigd is.

4.3.2 In de sepotbeslissing naar aanleiding van de aangifte van de staatssecretarissen en in het verslag van de advocaat-generaal heeft het openbaar ministerie bij de beoordeling van knevelarij een onderscheid gemaakt tussen de fase van stopzetting van voorschotbetalingen en de fase van terugvordering van reeds betaalde bedragen. Klagers maken dat onderscheid minder duidelijk, maar stellen zich wel op het standpunt dat in beide fases sprake was van knevelarij. Zij besteden in het klaagschrift verder aandacht aan enkele specifieke aspecten van de fraudeaanpak die (mede) heeft geleid tot onevenredige gevolgen voor betrokken ouders, te weten de 'alles-of-niets-benadering', het gebruik van de aanmerking 'opzet/grove schuld' en de '80/20-aanpak'.

4.3.3 De Staat zal hierna eerst in algemenere zin kort toelichten hoe werd besloten tot stopzetting en tot terugvordering. Daarna zal hij ingaan op de conclusie van het openbaar ministerie dat die gedragingen niet kunnen worden gekwalificeerd als knevelarij.

Stopzetting van voorschotten

4.3.4 De stopzetting van lopende betalingen van voorschotten is het meest nadrukkelijk aan de orde gesteld in het kader van het onderzoek naar de CAF 11-zaak.[49] Ook klagers baseren zich op die zaak. De Auditdienst Rijk (hierna: 'ADR') heeft geconstateerd dat vergelijkbare stopzettingen ook in andere CAF-zaken zijn toegepast.[50]

4.3.5 Kenmerkend aan deze stopzettingen was dat daartoe werd besloten nadat een (intern of extern) signaal was ontvangen en onderzoek was gedaan naar een 'facilitator', bijvoorbeeld een gastouderbureau, maar voordat gericht onderzoek had plaatsgevonden naar de betreffende vraagouder. Daarnaast is van belang dat de stopzetting niet plaatsvond met toepassing van de daarvoor bedoelde bevoegdheid tot het opschorten van uitbetaling op grond van artikel 23 Awir, maar door herziening van de eerdere vaststelling van het voorschot op grond van artikel 16 lid 5 Awir. Door het voorschot voor het lopende jaar (in eerste instantie) naar beneden bij te stellen tot het bedrag dat op dat moment reeds aan de vraagouder was betaald, werd hetzelfde effect beoogd als met een opschorting, namelijk dat vooralsnog (totdat onderzoek had plaatsgevonden) geen verdere betalingen meer zouden volgen. Dit werd ook wel een 'zachte stop' genoemd.[51] Op een dergelijke stopzetting volgde doorgaans een verzoek om informatie aan te leveren. De reden voor deze werkwijze was systeemtechnisch: in

---

[49] Zie bijv. het rapport AUT, *Omzien in verwondering 1*, p. 14 en 28.
[50] Onderzoeksrapport ADR, *Toeslaggerelateerde CAF-zaken*, p. 16-17.
[51] Rapport AUT, *Omzien in verwondering 1*, p. 28 en 37.

het computersysteem van Toeslagen kon een opschorting niet worden verwerkt, maar een herziening wel.[52]

4.3.6 De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: 'ABRvS') heeft in een uitspraak van 8 maart 2017 geoordeeld dat Toeslagen met deze werkwijze voorbijging aan de specifieke regeling voor opschorting en de daarvoor geldende eisen en daarbij geldende rechtsbescherming.[53] Bij Toeslagen zijn geen 'zachte stopzettingen' bekend van na de uitspraak van de ABRvS van 8 maart 2017.

Terugvordering van voorschotten

4.3.7 Na een stopzetting vond een beoordeling plaats door een medewerker. Dat kon er bijvoorbeeld toe leiden dat een vraagouder het verzoek kreeg om met bewijsstukken zijn of haar aanspraak op kinderopvangtoeslag te onderbouwen (op grond van artikel 18 Awir). Overigens kon tot een dergelijk onderzoek ook los van een stopzetting worden besloten als daartoe aanleiding werd gezien.

4.3.8 Als in het onderzoek een onvolledigheid of onjuistheid werd geconstateerd in de stukken waarmee de aanspraak op kinderopvangtoeslag moest worden aangetoond, dan leidde dat als gevolg van de destijds geldende uitleg van artikel 18 Awir jo. artikel 1.7 lid 1 van de Wet kinderopvang (Wko) automatisch tot het vervallen van iedere aanspraak op toeslag voor het betreffende jaar ('nihilstelling'). Artikel 1.7 lid 1 Wko bepaalt van welke factoren de hoogte van de te ontvangen kinderopvangtoeslag afhankelijk is; die factoren samen vormen de grondslag voor de hoogte van het toeslagbedrag. Artikel 18 Awir bevat de algemene inlichtingenplicht van de aanvrager van een tegemoetkoming (zoals kinderopvangtoeslag) ten opzichte van Toeslagen: men dient Toeslagen desgevraagd alle gegevens en inlichtingen te verstrekken die van belang kunnen zijn voor de bepaling van de hoogte van (het voorschot op) de toeslag. Als gezegd werden deze bepalingen zo uitgelegd dat een bij controle op grond van artikel 18 Awir geconstateerde tekortkoming ten aanzien van de onderbouwing van een van de factoren van artikel 1.7 lid 1 Wko *moest* leiden tot een nihilstelling van de toeslag voor het betreffende jaar. Dit beleid kon op dat moment de toets van de hoogste bestuursrechter doorstaan.[54]

> De Staat merkt daarbij op dat het voorgaande niet afdoet aan de impact van die stopzettingen voor sommige ouders, mede gelet op de vervolgconsequenties ervan vanwege de strikte uitleg van artikel 26 Awir.

4.3.9 Verder werd ook artikel 26 Awir strikt uitgelegd. Ook die strikte uitleg is in de rechtspraak van de ABRvS van dat moment in stand gebleven. Artikel 26 Awir betreft

---

[52] Rapport AUT, *Omzien in verwondering 1*, p. 28 en ABRvS 8 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:589, r.o. 4.3.
[53] ABRvS 8 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:589, r.o. 4.2-4.3. Zie ook ABRvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1333, r.o. 9-10.2.
[54] Zie bijv. ABRvS 2 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1114, ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2829 en ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610.

de bevoegdheid van Toeslagen tot terugvordering. Het eerste lid bepaalt dat een belanghebbende het bedrag van de terugvordering in zijn geheel verschuldigd is. Deze bepaling werd zo uitgelegd dat reeds betaalde voorschotten geheel moesten worden terugbetaald en dat er voor Toeslagen geen ruimte bestond om van terugvordering af te zien, het terug te vorderen bedrag te matigen of om van een ander dan de belanghebbende terug te vorderen.[55] De verplichting tot terugbetaling werd door Toeslagen vastgesteld in een terugvorderingsbesluit.[56]

> Voor de terugbetaling wordt op grond van artikel 7 lid 1 Uitvoeringsregeling Awir jo. artikel 79.7 van de Leidraad Invordering 2008 (hierna: 'de Leidraad') in beginsel een standaardbetalingsregeling aangeboden waarmee in 24 maandelijkse termijnen het hele bedrag wordt terugbetaald. Als men daar niet toe in staat is, kan op grond van artikel 7 lid 5[57] Uitvoeringsregeling Awir jo. artikel 79.8 van de Leidraad (onderbouwd) worden verzocht om een persoonlijke betalingsregeling. Als men gedurende 24 maanden voldoet aan een overeengekomen persoonlijke betalingsregeling en dan nog een bedrag resteert, worden op grond van artikel 79.9 van de Leidraad geen invorderingsmaatregelen meer genomen voor de nog openstaande schuld.
>
> Als een toeslagschuld geacht wordt het gevolg te zijn van opzet of grove schuld van de betrokkene of diens partner, dan werd op grond van artikel 7 lid 6 (oud[58]) van de Uitvoeringsregeling Awir jo. artikel 79.8a van de Leidraad geen persoonlijke betalingsregeling aangeboden. De Staat gaat op dit punt hierna nog nader in (randnummer 4.4.10).
>
> Als men niet voldoet aan de verplichting tot terugbetaling (al dan niet conform de betalingsregeling), kunnen invorderingsmaatregelen worden genomen, waaronder beslaglegging en executoriale verkoop.

4.3.10 De hiervoor genoemde strikte uitleg van de artikelen 18 jo. Artikel 1.7 Wko en artikel 26 Awir, die kon meebrengen dat beperkte tekortkomingen leidden tot hoge terugvorderingen, wordt ook wel aangeduid als de 'alles-of-niets-benadering'. Tot de uitspraken van de ABRvS van 23 oktober 2019 werd deze uitleg door Toeslagen gehanteerd en door de (hoogste) bestuursrechter bevestigd. De ABRvS is hiervan in de uitspraken van 23 oktober 2019 teruggekomen.[59]

Strafrechtelijke kwalificatie stopzettingen

4.3.11 Het openbaar ministerie heeft geoordeeld dat stopzettingen niet als knevelarij kunnen worden gekwalificeerd, omdat het stopzetten van een voorschot niet het terughouden

---

55 Zie bijv. ABRvS 19 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4179 en ABRvS 6 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1859.
56 Terugbetaling kan in de praktijk ook de vorm hebben van verrekening met een andere aanspraak op een toeslag, op grond van artikel 30 Awir.
57 Tot 1 juli 2020 was dit lid 4, dat voor zover van belang gelijkluidend was (*Stcrt.* 2020, 35114).
58 Per 1 juli 2020 is het oude lid 6 vervallen (*Stcrt.* 2020, 35114).
59 ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, r.o. 8.1-8.14 en ECLI:NL:RVS:2019:3536, r.o. 5.7-5.13.

van een aan de overheid verschuldigd bedrag betreft.[60] Dat oordeel is door de officier van justitie en de advocaat-generaal uitvoerig gemotiveerd. De Staat kan zich hierin vinden.

4.3.12 Klagers menen dat zowel de stopzetting als de hierna verder te bespreken terugvordering van voorschotten (in voorkomende gevallen) een verdenking opleveren van knevelarij als strafbaar gesteld in artikel 366 Sr. Artikel 366 Sr luidt:

> "De ambtenaar die in de uitoefening van zijn bediening, als verschuldigd aan hemzelf, aan een ander ambtenaar of aan enige openbare kas, vordert of ontvangt of bij een uitbetaling terughoudt hetgeen hij weet dat niet verschuldigd is, wordt, als schuldig aan knevelarij, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie."

4.3.13 De Staat zal in het navolgende niet stilstaan bij het eerste bestanddeel van artikel 366 Sr: het is duidelijk dat de gedragingen waarop het beklag ziet, werden uitgevoerd door ambtenaren in de uitoefening van hun bediening. De te beantwoorden vraag is of ambtenaren (a) als verschuldigd aan een openbare kas hebben gevorderd, ontvangen of teruggehouden (b) hetgeen zij wisten dat niet verschuldigd was.

4.3.14 Ten aanzien van het stopzetten van de betaling van voorschotten zal duidelijk zijn dat daarmee in elk geval nog niets wordt gevorderd of ontvangen. Klagers stellen zich op het standpunt dat een stopzetting wel meebrengt dat de voorschotbetalingen die zonder stopzetting zouden zijn gevolgd, als verschuldigd aan een openbare kas worden teruggehouden. Het openbaar ministerie heeft toegelicht dat een voorschot op een toeslag een bedrag is dat in beginsel (op basis van een voorlopig besluit) verschuldigd is door de overheid aan de burger. Het stopzetten daarvan creëert niet plots een schuld van de burger aan de overheid. Het niet uitkeren van een (eerstvolgend) voorschot impliceert daarmee nog niet dat dit voorschot – of enig ander (eerder) bedrag – aan de overheid verschuldigd is of was. De voor knevelarij vereiste, (gefingeerde) verschuldigdheid ontbreekt daarom.

4.3.15 Ook het *fingeren* van verschuldigdheid, het voorhouden van een verschuldigdheid die er niet was, was niet aan de orde. De stopzettingen werden aan de betrokkenen niet voorgedaan als iets anders dan zij waren: een beslissing om op dat moment (vooralsnog) te stoppen met het uitbetalen van de voorschotten. Uit de beschikbare rechtspraak valt af te leiden dat voor knevelarij enige vorm van misleiding of bedrog, of van afpersing, is vereist.[61] Dat is hier evenmin aan de orde.

---

[60] Sepotbeslissing van 7 januari 2021 naar aanleiding van de aangifte van de staatssecretarissen, p. 3 en verslag van de advocaat-generaal 11 juni 2021, p. 11-12.

[61] Vgl. CAG 12 juli 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BQ3124, r.o. 11 ("misleidend 'vorderen' van een wel verschuldigde prestatie"); hof Amsterdam 3 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2753 ("een dergelijk geval van bedrog of misleiding"); hof 's-Hertogenbosch 24 juni 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BD9107 ("afpersen van geld of goed door machtsmisbruik"); GEAM 7 mei 2021, ECLI:NL:OGEAM:2021:56 ("een vorm van bedrog of misleiding"); Rb. Amsterdam, 15 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8545 ("op slinkse

4.3.16 Dat Toeslagen op het moment van de stopzetting tot het voorlopig oordeel was gekomen dat het recht op verdere voorschotten onvoldoende vaststond, zodat deze vooralsnog niet zouden moeten worden uitbetaald, is gelet op het voorgaande iets anders dan dat Toeslagen daarmee een niet bestaande schuld van de betrokkene aan de overheid zou hebben gepretendeerd. Dit blijkt ook uit het feit dat met de 'zachte stop' hetzelfde effect werd beoogd als met een opschorting: geen verdere uitbetaling, maar ook nog geen vaststelling van een verplichting tot terugbetaling. Er werd eenvoudig niet (verder) betaald, zonder daaraan reeds de conclusie te koppelen dat ook iets zou moeten worden terugbetaald.[62] Dat laatste is wel vereist om iets te kunnen terughouden 'als verschuldigd aan enige openbare kas'.

4.3.17 Het voorgaande betekent dat het stopzetten van de betaling van voorschotten niet kan worden gekwalificeerd als het als verschuldigd aan een openbare kas hebben gevorderd, ontvangen of teruggehouden.[63] Reeds hierom kan het stopzetten van voorschotbetalingen naar het oordeel van de Staat geen verdenking van knevelarij opleveren.

4.3.18 Daar komt bij dat voor een veroordeling wegens knevelarij ook is vereist dat de betrokken ambtenaren *wisten* dat wat zij terughielden niet verschuldigd was.[64] Met andere woorden, en toegepast op deze zaak: dat zij wisten dat zij voorschotten stopzetten van vraagouders die daar wel recht op hadden.

> Het vereiste van wetenschap maakt van knevelarij een opzetdelict: de ambtenaar die iets vordert waarvan hij weet dat het onverschuldigd is, heeft opzet op de onverschuldigde betaling. Anders dan klagers stellen, is het evenwel geen gegeven dat voor artikel 366 Sr voorwaardelijk opzet voldoende is.[65]

4.3.19 Klagers menen dat aan het vereiste van wetenschap is voldaan; dat er in elk geval voorwaardelijk opzet bestond op ongerechtvaardigde stopzettingen. Zij wijzen daarvoor op wat zij noemen de '80/20-aanpak'. Dit betreft de gedachte dat door scherp op te treden bij signalen van fraude niet alleen diegenen zouden worden geraakt bij wie daadwerkelijk sprake was van fraude, althans van tekortkomingen (80%), maar voor een deel ook personen bij wie dat niet het geval was (20%). De

---

wijze"). Ook Sikkema gaat uit van een vereiste van bedrog dan wel misleiding: E. Sikkema, *Ambtelijke corruptie in het strafrecht* (diss.: Rijksuniversiteit Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 503 en 518-519.

62 Vgl. verslag van de advocaat-generaal 11 juni 2021, p. 12.

63 Kwalificatie van deze gedragingen als zodanig zou volgens het Openbaar Ministerie een te extensieve interpretatie van het wettelijke bestanddeel opleveren, die in strijd moet worden geacht met het legaliteitsbeginsel als neergelegd in artikel 1 Sr, artikel 16 Grondwet en artikel 7 EVRM. Vgl. Sepotbeslissing van 7 januari 2021 naar aanleiding van de aangifte van de staatssecretarissen, p. 3 en verslag van de advocaat-generaal 11 juni 2021, p. 3-4.

64 Voor nu daargelaten dat zij door een stopzetting niet pretendeerden dat het verschuldigd was.

65 T. van Roomen, in: *T&C Strafrecht*, inleidende opmerkingen bij Titel XXVIII Sr, aant. 5a en E. Sikkema, *Ambtelijke corruptie in het strafrecht* (diss.: Rijksuniversiteit Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 508-509.

Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag (hierna: 'POK') noemt dit ook wel de 'groepsgewijze aanpak' en verwijst daarbij onder meer naar de CAF 11-zaak: het groepsgewijs stopzetten van de voorschotten aan alle betrokken vraagouders, zonder voorafgaande beoordeling van ieder individueel geval, met het risico dat (ook) bonafide ouders zouden worden geconfronteerd met een stopzetting.[66]

4.3.20 De Staat is zich er zeer van bewust dat de groepsgewijze stopzettingen niet op die wijze hadden mogen plaatsvinden. De ABRvS heeft zich daarover uitgesproken en Toeslagen heeft zelf in juli 2016 besloten met deze werkwijze te stoppen.[67] Dat betekent echter niet dat het hanteren van deze werkwijze voorafgaand aan de rechtspraak van de ABRvS ook de in artikel 366 Sr vereiste wetenschap meebracht. De stopzettingen vonden plaats in het kader van bevoorschotting en niet in het kader van het vaststellen van de definitieve aanspraak op de toeslag. Zoals ook de advocaat-generaal heeft opgemerkt, was de verhouding van 80/20 bovendien niet gebaseerd op een kwantitatieve onderbouwing; het betrof slechts een aanname.[68] Voorwaardelijk opzet kan bij die stand van zaken niet snel worden aangenomen. Dat geldt voor de beoordeling van een mogelijke verdenking bovendien slechts ten overvloede, omdat de stopzettingen zoals hiervoor toegelicht reeds niet als knevelarij kunnen worden aangemerkt.

Strafrechtelijke kwalificatie terugvorderingen

4.3.21 Het openbaar ministerie is van oordeel dat ook terugvorderingen niet kunnen worden gekwalificeerd als knevelarij. Het daarvoor vereiste opzet op de niet-verschuldigdheid van terug te vorderen voorschotten ontbreekt, nu op grond van de destijds geldende jurisprudentie van de verschuldigdheid mocht worden uitgegaan.[69] De Staat kan zich ook in dat oordeel vinden.

4.3.22 Ten aanzien van de terugvorderingen geldt dat die op zichzelf – anders dan de stopzettingen – kunnen worden aangemerkt als het (terug)vorderen als verschuldigd aan een openbare kas. Daarnaast is evenwel vereist dat de ambtenaar *wist* dat hetgeen werd teruggevorderd niet verschuldigd was. Er dient aldus sprake te zijn geweest van (voorwaardelijk) opzet. De Staat zal toelichten dat geen aanwijzingen bestaan dat ambtenaren met dat opzet hebben gehandeld. Ook ten aanzien van het terugvorderen is in de visie van de Staat geen sprake van een verdenking van knevelarij.

4.3.23 Hierbij is van belang dat ambtenaren steeds hebben gehandeld conform de destijds geldende uitleg van de wet, die ook door de bestuursrechters werd bevestigd. Zoals

---

66 Rapport POK, *Ongekend onrecht*, p. 22-24.
67 Onderzoeksrapport ADR, *Toeslaggerelateerde CAF-zaken*, p. 17
68 Verslag van de advocaat-generaal 11 juni 2021, p. 16. Zie ook het rapport POK, *Ongekend onrecht*, p. 23.
69 Sepotbeslissing van 7 januari 2021 naar aanleiding van de aangifte van de staatssecretarissen, p. 9 en verslag van de advocaat-generaal 11 juni 2021, p. 19.

door de officier van justitie in de sepotbeslissing naar aanleiding van de aangifte van de staatssecretarissen en de advocaat-generaal in zijn verslag wordt benadrukt, werd de strenge uitleg van de wet tot 23 oktober 2019 ingegeven door het op fraudebestrijding gerichte politieke klimaat.[70] Het beleid en de daaruit voortvloeiende terugvorderingen vonden vervolgens bij herhaling bevestiging in de jurisprudentie. Tegen die achtergrond kan niet worden aangenomen dat de ambtenaren bij Toeslagen wisten dat hetgeen werd teruggevorderd niet verschuldigd was.[71] Dat staat aldus aan een verdenking van (voorwaardelijk) opzet op het terugvorderen van hetgeen niet verschuldigd was, in de weg.[72]

> Een en ander betekent dat ook het door Toeslagen invorderen op basis van terugvorderingsbesluiten in elk geval tot (kort na) deze uitspraken geen opzet op knevelarij kon opleveren. Klagers zien dat anders, onder verwijzing naar de hiervoor aangehaalde uitspraak van de ABRvS van 8 maart 2017.[73] Klagers gaan er echter ten onrechte aan voorbij dat die uitspraak alleen zag op (groepsgewijze) stopzettingen, niet op (al dan niet daarop gevolgde) terugvorderingsbesluiten. De invordering op basis van terugvorderingsbesluiten werd door die uitspraak niet geraakt, zodat ook die invordering tot (kort na) 23 oktober 2019 juridisch juist mocht worden geacht.

4.3.24 Klagers stellen hier nog tegenover dat Toeslagen niet aan de tot 23 oktober 2019 geldende uitleg van de ABRvS was gebonden, althans dat men een daarvan afwijkende koers had kunnen varen. Klagers halen Sikkema aan, die erop wijst dat "Begrippen in het strafrecht autonoom [kunnen] worden gedefinieerd, waarbij de uitleg die daaraan door de bestuursrechter wordt gegeven niet doorslaggevend hoeft te zijn."[74] Ook wijzen klagers erop dat (veelal achteraf) door verschillende deskundigen het standpunt is ingenomen dat een andere uitleg van de wet mogelijk was.

4.3.25 De advocaat-generaal wijst er terecht op dat voor de uitleg van bestuursrechtelijke begrippen de jurisprudentie van de bestuursrechter leidend is (en dat er ten aanzien van de uitleg van de Awir en de Wko ook geen sprake was van afwijkende

---

70 Rapport AUT, *Omzien in verwondering 1*, p. 31-33.

71 Vgl. PGHR 24 februari 2021, *Aangifte tegen bewindspersonen in de Toeslagenaffaire*, p. 77: "Indien de bestuursrechter de beschikkingen/besluiten niet onrechtmatig oordeelde, kan kwalijk worden gesteld dat de bewindspersonen wisten of de aanmerkelijke kans hebben aanvaard (dan wel moesten vermoeden) dat deze in strijd waren met de wet. Een ruime uitleg van de strafbepaling zoals door aangevers voorgestaan, zou ook niet stroken met het door de Venetië Commissie aangedragen en door de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa aanvaarde uitgangspunt dat nationale bepalingen restrictief dienen te worden uitgelegd en te worden toegepast met de nodige omzichtigheid, waarbij aanvullende criteria dienen te gelden, zoals, in zaken waarin economische belangen spelen, de opzet om persoonlijk gewin te behalen (zie H8)."

72 Vgl. gerechtshof Den Haag 8 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2015, r.o. 6: "Allereerst constateert het hof dat vaststaat dat sprake was van een tot in de hoogste instantie vastgestelde aanslag. (...) Vast staat tevens dat het verzet tegen de invordering door de rechter ongegrond is verklaard. Nu voorts het hof niet is gebleken van een ambtshalve verplichting om tot vermindering van vastgestelde aanslagen over te gaan, is in casu sprake van een vordering waarvan geenszins vast stond, noch waarvan mocht worden aangenomen dat deze onverschuldigd was. Daarmee staat vast dat niet wordt voldaan aan de eisen van artikel 366 Wetboek van Strafrecht."

73 Klaagschrift van 6 april 2021, p. 21.

74 E. Sikkema, 'Knevelarij door leidinggevende ambtenaren. Een beschouwing naar aanleiding van de toeslagenaffaire', *O&A* 2021/4, p. 28.

strafrechtelijke jurisprudentie waarmee ambtenaren rekening konden houden).[75] Voor de beantwoording van de vraag wat bij terugvordering wel of niet verschuldigd was, mochten de ambtenaren afgaan op de jurisprudentie van (onder meer) de ABRvS. Niet verwacht kan worden dat zij zich ondanks die jurisprudentie rekenschap hadden moeten geven van een mogelijk andersluidend oordeel van de strafrechter over hetgeen verschuldigd was. Laat staan dat het nalaten zich daarvan rekenschap te geven voorwaardelijk opzet op een onterechte terugvordering zou kunnen opleveren.

4.3.26 Het voorgaande betekent dat ten aanzien van de terugvorderingsbesluiten de voor knevelarij vereiste wetenschap, en dus het (voorwaardelijk) opzet, heeft ontbroken. Dat geldt evengoed voor terugvorderingsbesluiten die zijn genomen in de bezwaarfase: ook ten aanzien daarvan bestaan geen aanwijzingen voor (voorwaardelijk) opzet op het terugvorderen van hetgeen men wist dat onverschuldigd was.

> De Staat merkt volledigheidshalve op dat de (hiervoor besproken) '80/20-aanpak' voor de beoordeling van (voorwaardelijk) opzet bij terugvorderingen geen rol speelt, nu terugvorderingen niet groepsgewijs plaatsvonden, maar slechts na een individuele beoordeling. 80/20 deed zich dus bij terugvorderingen niet voor en is voor de beoordeling van de wetenschap van ambtenaren ten aanzien van terugvorderingen dus niet relevant.[76] De Staat verwijst in dit verband naar het verslag van de advocaat-generaal (p. 14-17).

Strafrechtelijke kwalificatie terugvorderingen dossier-Appelbloesem

4.3.27 Tijdens de zitting bij uw hof van 24 november 2021 heeft de advocaat van klagers inzake de kwalificatie van terugvorderingen als knevelarij in het bijzonder gewezen op de casus van de Appelbloesem (een gastouderbureau). Hij heeft daarbij verwezen naar een notitie van de Commissie van Wijzen.[77] Daarin schrijft de commissie dat in september 2010 groepsgewijs maatregelen zijn genomen, waaronder 783 nihilstellingen, voor groepen ouders zoals die door de FIOD per fraudepatroon waren ingedeeld.[78] Pas daarna zou een individuele beoordeling hebben plaatsgevonden. Klagers leiden hieruit af dat in dit dossier sprake is geweest van (voorwaardelijk) opzet op knevelarij, door groepsgewijs terug te vorderen zonder voorafgaande individuele beoordeling.

---

75 Verslag van de advocaat-generaal 11 juni 2021, p. 18.
76 Vgl. G.J.M.E. de Bont, 'Knevelarij?! Strafrecht is niet de oplossing', *TFB* 2020, nr. 4, p. 9.
77 Pleitnotities Persoonsgegevens 24 november 2021, p. 2-3.
78 De notitie 'Pré-CAF-zaken Appelbloesem en De Parel' is tezamen met de aan de Commissie van Wijzen informatie van de Belastingdienst gepubliceerd op de website van de Rijksoverheid: https://open.overheid.nl/repository/ronl-c7ca6238-67ea-43a5-b9d1-078a7de78467/1/pdf/Bijlage%20Commissie%20van%20Wijzen.pdf

4.3.28 De advocaat-generaal heeft er tijdens dezelfde zitting op gewezen dat uit een voor de Commissie van Wijzen opgestelde notitie van de Belastingdienst[79] blijkt dat wél een beoordeling van de individuele gevallen heeft plaatsgevonden:

> "Tijdens dit vervolgonderzoek heeft de FIOD onder andere 2060 klantendossiers geïnventariseerd en onderzocht welke fraudepatronen voor welke ouders zichtbaar werden. (...) Aan het eind van het vervolgonderzoek zijn de dossiers van de ouders overgedragen aan Toeslagen om de individuele ouders te behandelen. (...)
>
> Na afronding van het onderzoek door de FIOD pakt Toeslagen in september 2010 de behandeling van de ouders weer op. De FIOD heeft alle ouders reeds ingedeeld per fraudepatroon en op basis daarvan ontvangen de ouders van Toeslagen gewijzigde beschikkingen over 2008 en 2009:
> (...)
> - Voor 783 ouders is de KOT over 2008 en 2009 op nihil gezet vanwege het niet betalen van een eigen bijdrage, al dan niet in combinatie met aanvragen met terugwerkende kracht.
>
> (...)
> De **proefprocedure** heeft op 19 december 2012 uiteindelijk geleid tot een uitspraak van de Raad van State, waarin Toeslagen in het gelijk is gesteld met betrekking tot het op nihil zetten van het toeslagrecht bij het niet betalen van een eigen bijdrage. Daarnaast heeft de Raad van State op 5 juni 2013 een tweede uitspraak gedaan met betrekking tot de gevallen waarbij de schenkingsconstructie werd toegepast. Hierin beslist de Raad van State dat de schenkingsconstructie met gesloten beurzen niet leidt tot het betalen van de verplichte eigen bijdrage. Deze uitspraak wordt in een notitie aangehaald als een voor de Belastingdienst nog gunstigere uitspraak."[80]

4.3.29 Uit de notitie van de Belastingdienst volgt weliswaar dat ten aanzien van 783 ouders tegelijkertijd is besloten tot nihilstelling, maar uit die notitie blijkt ook dat dit gebeurde op basis van de kenmerken van hun individuele dossiers, namelijk pas nadat men per ouder tot het oordeel was gekomen dat geen eigen bijdrage was betaald. De ABRvS heeft die werkwijze van Toeslagen bovendien bevestigd: het niet betalen van de eigen bijdrage rechtvaardigde de nihilstelling.

4.3.30 Het voorgaande betekent dat het openbaar ministerie op goede gronden heeft geoordeeld dat ook ten aanzien van de terugvorderingen in dit dossier geen sprake is geweest van (voorwaardelijk) opzet op het terugvorderen van hetgeen niet verschuldigd was.

---

[79] In de inleiding van haar notitie heeft de Commissie van Wijzen vermeld dat zij vanwege het korte tijdsbestek heeft moeten afgaan op de notitie van de Belastingdienst en dat nader onderzoek niet mogelijk was. Uit de notitie van de Belastingdienst kan echter niet worden afgeleid dat groepsgewijze terugvordering, althans terugvordering zonder voorafgaande beoordeling, heeft plaatsgevonden. Er moet daarom van worden uitgegaan dat de Commissie van Wijzen met "groepsgewijze maatregelen (...), waaronder 783 nihilstellingen" geen nihilstellingen of terugvorderingen zonder voorafgaande beoordeling heeft bedoeld.

[80] Notitie 'Herstel voor ouders Appelbloesem en De Parel' d.d. 2 december 2020, bijlage 1, p. 3-4.

4.3.31 Volledigheidshalve wijst de Staat er nog op dat voor knevelarij op grond van artikel 70 lid 1 Sr een verjaringstermijn geldt van twaalf jaren. Op het moment van de zitting bij uw hof is vervolging daarom niet meer mogelijk voor feiten die hebben plaatsgevonden vóór 20 april 2010.

4.4 Dwang door misbruik van gezag: stopzettingen, terugvorderingen en opzet/grove schuld

4.4.1 Het ambtsmisdrijf dwang door misbruik van gezag behelst het door een ambtenaar opzettelijk misbruiken van zijn gezag om iemand te dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden. Artikel 365 Sr luidt als volgt:

> "De ambtenaar die door misbruik van gezag iemand dwingt iets te doen, niet te doen of te dulden, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie."

4.4.2 De Hoge Raad is van oordeel dat misbruik van gezag zich zowel kan voordoen in de vorm van het overschrijden van de grenzen van een bij of krachtens de wet verleende bevoegdheid als in de vorm van het aanmatigen van een bevoegdheid die de betreffende ambtenaar niet toekomt.[81] Het misbruiken van de bevoegdheid moet opzettelijk gebeuren: een culpoze overschrijding van bevoegdheid valt niet onder het bereik van de strafbepaling.[82]

4.4.3 Klagers zien dwang door misbruik van gezag in de (hiervoor al besproken) besluiten tot stopzetting en terugvordering van voorschotten, en daarnaast in de toepassing van de kwalificatie 'opzet/grove schuld'. De Staat zal deze drie gedragingen hierna separaat behandelen.

Stopzetting van voorschotten

4.4.4 In de sepotbeslissing naar aanleiding van de aangifte van de staatssecretarissen heeft het openbaar ministerie ten aanzien van zowel het stopzetten van voorschotten als het terugvorderen daarvan geconcludeerd dat geen sprake was van opzet op het misbruik van gezag c.q. bevoegdheid.[83] De Staat kan zich in die conclusie vinden.

4.4.5 Ten aanzien van de (groepsgewijze) stopzettingen heeft de ABRvS in haar uitspraak van 8 maart 2017 geoordeeld dat Toeslagen met het toepassen van de 'zachte stop' (zie hiervoor, randnummer 4.3.5) voorbijging aan de specifieke regeling voor opschorting.[84] De stopzetting vond naar het oordeel van de ABRvS daarom plaats in strijd met de voor opschorting geldende regels. De ABRvS oordeelde niet dat de

---

81 HR 20 juni 1995, *NJ* 1995/709, r.o. 4.3.
82 Vgl. Memo mr. H.J.Th. Biemond 19 mei 2020, p. 21 met verwijzing naar wetsgeschiedenis en vgl. J.W. Fokkens, in: Noyon/Langemeijer/Remmelink (red.), *Wetboek van Strafrecht*, artikel 365 Sr, aant. 3.
83 Sepotbeslissing van 7 januari 2021 naar aanleiding van de aangifte van de staatssecretarissen, p. 6 en 9.
84 ABRvS 8 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:589, r.o. 4.3-4.4.

herziening (die de zachte stop juridisch gezien was) plaatsvond in strijd met de daarvoor geldende eisen van artikel 16 lid 5 Awir.

4.4.6 Reeds omdat Toeslagen er vóór deze uitspraak van uitging dat de zachte stop was toegestaan en deze daarna niet meer heeft toegepast, was van opzet op het misbruiken van een bevoegdheid geen sprake, ook niet in voorwaardelijke zin.

4.4.7 Klagers hebben voorts ook in dit verband gewezen op de '80/20-aanpak': daaruit blijkt volgens hen voorwaardelijk opzet van Toeslagen op het misbruiken van gezag c.q. bevoegdheid. De officier van justitie heeft er in de sepotbeslissing van 7 januari 2021 op gewezen dat de veronderstelling dat in 20% van de gevallen de fraudebestrijding tevens gevolgen zou hebben voor burgers die te goeder trouw handelden, nog niet meebrengt dat sprake was van (voorwaardelijk) opzet op misbruik van bevoegdheid.[85] Een onjuist gebleken besluit levert nog geen misbruik van bevoegdheid op.[86] Daar komt bij dat de Nationale ombudsman groepsgewijze stopzettingen in een eerdere casus gerechtvaardigd had geoordeeld.[87] Toeslagen heeft aldus tot aan de uitspraak van 8 maart 2017 kunnen aannemen dat de groepsgewijze stopzettingen toelaatbaar waren – en in elk geval bestond daarvóór geen (voorwaardelijk) opzet op het door die stopzettingen overschrijden van een bevoegdheid.

Vergelijk in dit verband ook randnummer 4.3.23.

Terugvordering van voorschotten

4.4.8 Ten aanzien van terugvorderingen geldt in wezen hetzelfde als voor stopzettingen: tot de uitspraken van 23 oktober 2019, ging Toeslagen ervan uit dat de hiervoor al besproken 'alles-of-niets-benadering' uit het wettelijk systeem voortvloeide.[88] Dat na het omgaan van de ABRvS een andere uitleg wel mogelijk bleek – een uitleg waarbij een meer evenredige benadering alsnog werd ingelezen in het wettelijk systeem – maakt niet dat Toeslagen vóór die tijd met terugwerkende kracht geacht kan worden zijn bevoegdheden opzettelijk te buiten te zijn gegaan.[89] Overigens valt ook niet in te zien – daarvoor bestaan ook geen aanwijzingen – welk belang ambtenaren bij het opzettelijk te buiten gaan van hun bevoegdheid zouden hebben gehad.

Evenals hiervoor aan de orde kwam bij de bespreking van knevelarij, geldt hier dat invordering op basis van reeds genomen terugvorderingsbesluiten

---

85 Sepotbeslissing van 7 januari 2021 naar aanleiding van de aangifte van de staatssecretarissen, p. 5.
86 Verslag van de advocaat-generaal van 29 oktober 2021, p. 4-5.
87 Nationale ombudsman 24 februari 2010, rapport 2010/034, p. 7: "Niet alleen de ruim 1700 vraagouders werden door deze keuze van de Belastingdienst financieel getroffen, ook de betrokken kinderen, gastouders en gastouderbureaus kwamen hierdoor in problemen. Naar het oordeel van de Nationale ombudsman waren de signalen, zoals blijkt uit vertrouwelijke informatie van de Belastingdienst en het Openbaar Ministerie, dusdanig dat opschorting door de Belastingdienst in dit geval geoorloofd was. (...) De Nationale ombudsman is van mening dat de keuze van de Belastingdienst om de betalingen van de kinderopvangtoeslag bij aanvang van het fraudeonderzoek op te schorten voor de betrokkenen niet onnodig bezwarend is geweest."
88 ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535 en ECLI:NL:RVS:2019:3536.
89 Vgl. Rb. Limburg 8 december 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:10689, r.o. 3.2.

tot (kort na) 23 oktober 2019 juridisch juist mocht worden geacht, zodat ook voor de invorderingsfase opzet op dwang door misbruik van gezag ontbreekt.

4.4.9 Het ontbreken van (voorwaardelijk) opzet maakt reeds dat de stopzettingen en terugvorderingen geen verdenking opleveren van dwang door misbruik van gezag.

Kwalificatie 'opzet/grove schuld'

4.4.10 In hun klaagschrift hebben klagers betoogd dat dwang door misbruik van gezag zich ook voordeed door de kwalificatie 'opzet/grove schuld'. Hiervoor is al aan de orde gekomen dat deze kwalificatie ertoe kon leiden dat een persoonlijke betalingsregeling in de zin van artikel 7 lid 4[90] van de Uitvoeringsregeling Awir jo. artikel 79.8 van de Leidraad kon worden geweigerd. Klagers kwalificeren dat als dwang door misbruik van gezag. Zij wijzen daartoe in het bijzonder op de vermeende toepassing van de kwalificatie zonder voorafgaande individuele beoordeling, alsmede op een door de staatssecretaris uitgevoerde steekproef waarbij in 94% van de gevallen werd geoordeeld dat onterecht opzet/grove schuld was geconstateerd.[91]

Volledigheidshalve merkt de Staat hier op dat klagers in hun klaagschrift uitgaan van een onjuiste veronderstelling. Het is niet zo dat (gedurende langere tijd) standaard bij een schuld van meer dan € 10.000 de kwalificatie opzet/grove schuld werd toegepast. De ADR heeft in een rapport van 6 juli 2021 onder meer vastgesteld dat gedurende een periode van twaalf dagen in februari 2016 het beleid is gevoerd om verzoeken om een persoonlijke betalingsregeling ten aanzien van toeslagschulden boven een bedrag van € 3.000 (kinderopvangtoeslag) of € 5.000 (overige toeslagen) af te wijzen op grond van opzet/grove schuld, zonder nadere beoordeling.[92] De staatssecretarissen hebben eerder aan de Tweede Kamer laten weten dat de wijze waarop de beoordeling van opzet/grove schuld plaatsvond met onvoldoende waarborgen was omkleed en dat dit nooit zo had mogen gebeuren.[93]

Het door klagers genoemde bedrag van € 10.000 is ook gehanteerd als 'grensbedrag', maar in een andere context: in de periode van 23 februari 2016 t/m 13 augustus 2017 en in de periode van 5 april 2018 t/m 7 november 2019 werd bij een schuld van meer dan € 10.000 beoordeeld of sprake was van opzet/grove schuld.[94] Bij een lagere schuld werd dat niet beoordeeld en werd dus altijd een persoonlijke betalingsregeling toegestaan.

4.4.11 De officier van justitie heeft in de sepotbeslissing van 12 augustus 2021 geconcludeerd dat van een strafbaar feit geen sprake was.[95] Bij die beoordeling heeft de advocaat-generaal zich aangesloten.[96] Het op onjuiste gronden afwijzen van een

---

90 Inmiddels lid 5: *Stcrt.* 2020, 35114.
91 Klaagschrift van 6 april 2021, p. 24.
92 Rapport ADR, *Grensbedragen O/GS en MSNP*, p. 14.
93 *Kamerstukken II* 2020/21, 31 066, nr. 807, p. 6 en *Kamerstukken II* 2020/21, 31 066, nr. 915, p. 4.
94 Rapport ADR, *Grensbedragen O/GS en MSNP*, p. 15.
95 Sepotbeslissing 12 augustus 2021, p. 3-7.
96 Verslag van de advocaat-generaal van 29 oktober 2021, p. 4.

betalingsregeling kan naar het oordeel van het openbaar ministerie niet worden aangemerkt als misbruik van gezag door overschrijding van bevoegdheid. Voorts kan die afwijzing naar beoordeling van het openbaar ministerie geen dwang opleveren, omdat de verplichting tot betaling van een toeslagschuld reeds voortvloeide uit een terugvorderingsbesluit.

4.4.12 Voor de conclusie dat geen sprake is van dwang door misbruik van gezag is in de eerste plaats redengevend dat het (alleen) toekennen van de kwalificatie 'opzet/grove schuld' als zodanig geen rechtsgevolg had. Het was slechts de uitkomst van een interne beoordeling en dwong dus de betrokkene niet iets te doen, te laten of te dulden, zoals voor toepassing van artikel 365 Sr vereist.

4.4.13 Het gevolg van de aanmerking kon wel zijn dat een verzoek om een persoonlijke betalingsregeling werd afgewezen. Daarmee werd, aldus de officier van justitie, echter evengoed geen (nieuw) rechtsgevolg gecreëerd: het gevolg was alleen dat de betalingsverplichting die al voortvloeide uit een eerder terugvorderingsbesluit, onveranderd bleef.[97] Klagers merken dat niettemin aan als het dwingen iets te doen (het voldoen aan de standaardbetalingsregeling) en/of iets te dulden (dat geen persoonlijke betalingsregeling wordt aangeboden).

> Klagers noemen overigens ook het moeten dulden dat "de status van fraudeur werd gedeeld met andere instanties". De Staat zal daar nader op ingaan in paragraaf 4.5. Hier kan reeds worden vastgesteld dat het (enkele) delen van gegevens geen dwang kan opleveren in de zin van artikel 365 Sr. Dat de burger het onderling delen van gegevens niet kan tegenhouden, maakt nog niet dat jegens hem sprake is van dwang. Een gedraging tussen twee partijen, buiten de invloedssfeer van een derde, levert jegens die derde geen dwang op: dwang wordt niet aanwezig geacht als het slachtoffer het dwangmiddel niet heeft bemerkt of niet als zodanig heeft ervaren.[98] Hier gaat het om een handeling buiten medeweten van de burger, waarop artikel 365 Sr geen betrekking heeft.[99]

4.4.14 Het openbaar ministerie heeft er bovendien op gewezen dat de afwijzing van een verzoek om een persoonlijke betalingsregeling een beschikking is waartegen bezwaar en (hoger) beroep mogelijk is.[100] De beschikbaarheid van rechtsmiddelen tegen een afwijzende beschikking maakt dat die beschikking niet als (opzettelijke) strafbare dwang kan worden aangemerkt in de zin van artikel 365 Sr; een burger heeft immers middelen om een andere beslissing te bewerkstelligen.[101] Het toepassen van de kwalificatie 'opzet/grove schuld', althans de afwijzing van een betalingsregeling die

---

97 Sepotbeslissing 12 augustus 2021, p. 6.
98 Zie HR 13 juni 1995, *DD* 95.387 en E. Sikkema, *Ambtelijke corruptie in het strafrecht* (diss.: Rijksuniversiteit Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 481.
99 Vgl. sepotbeslissing van 12 augustus 2021, p. 6-7.
100 Sepotbeslissing van 12 augustus 2021, p. 6.
101 Vgl. J.W. Fokkens, in: Noyon/Langemeijer/Remmelink (red.), *Wetboek van Strafrecht*, art. 365 Sr, aant. 2 en A.J. Machielse, in: Noyon/Langemeijer/Remmelink (red.), *Wetboek van Strafrecht*, art. 180, aant. 4.

daarvan het gevolg was, kan daarom geen verdenking opleveren van dwang door misbruik van gezag.

> Voorts heeft de officier van justitie nog erop gewezen dat de afwijzing van een betalingsregeling hoe dan ook niet kan worden uitgelegd als het dwingen iets te *doen*, nu de verplichting om over te gaan tot betaling reeds bestond en door de afwijzing niet wordt gewijzigd.[102]

4.4.15 Ten aanzien van de steekproef die in 2020 uitwees dat in een groot deel van de beoordeelde gevallen de vaststelling van opzet/grove schuld achteraf als onterecht werd gekwalificeerd, komt daar nog bij dat die beoordeling onvoldoende is om aan te nemen dat sprake was van misbruik van gezag c.q. bevoegdheid. Zoals de advocaat-generaal al opmerkte in zijn requisitoir, zijn beoordelingen van Toeslagen uit eerdere jaren getoetst op basis van later vastgestelde, althans destijds niet geldende criteria.[103] De in de steekproef gehanteerde criteria betroffen: of *evident* sprake was van misbruik; of de kwalificatie opzet/grove schuld goed was gemotiveerd; en of door gebrek aan informatie achteraf niet meer kan worden bewezen of de kwalificatie juist was. Dat eerdere beoordelingen op basis van deze toets achteraf als onterecht worden bestempeld, maakt nog niet dat destijds sprake was van (voorwaardelijk opzettelijk) misbruik van gezag c.q. bevoegdheid.

> Zo gold voor 53% van de gevallen dat het ontbreken van voldoende documentatie de reden was om een vaststelling als naar de huidige maatstaven onterecht te kwalificeren. Daarover heeft de staatssecretaris gezegd: "Het kan zijn dat er toch sprake was van opzet of grove schuld, maar omdat dit niet meer kan worden bewezen, kwalificeren we deze situaties als 'onterecht'."[104]

4.4.16 Dat op basis van deze toets – die slechts is uitgevoerd voor "een kleine groep gedupeerden" – 94% van de beoordeelde gevallen "niet meer als terecht" werd beoordeeld[105], wil dus niet zeggen dat in die gevallen ook is gehandeld in strijd met de destijds geldende regels en gehanteerde criteria. Een verdenking van (opzettelijk) misbruik van gezag c.q. bevoegdheid kan hieruit dan ook niet worden afgeleid.

4.4.17 Tot slot wijst de Staat er nog op dat op grond van artikel 70 lid 1 Sr voor dwang door misbruik van gezag een verjaringstermijn geldt van zes jaren. Op het moment van de zitting bij uw hof is vervolging daarom niet meer mogelijk voor feiten die hebben plaatsgevonden vóór 20 april 2016.

---

[102] Sepotbeslissing van 12 augustus 2021, p. 6.
[103] Requisitoir advocaat-generaal 24 november 2021, p. 10-11.
[104] *Kamerstukken II* 2020/21, 31 066, nr. 754, bijlage, p. 13.
[105] *Kamerstukken II* 2020/21, 31 066, nr. 754, bijlage, p. 12.

4.5 Lasterlijke aanklacht

4.5.1 Het laatste strafbare feit waarop het beklag ziet, is lasterlijke aanklacht. Lasterlijke aanklacht betreft het schriftelijk doen van een valse klacht of aangifte bij de overheid, waardoor een anders eer of goede naam wordt aangerand. Artikel 268 lid 1 Sr luidt als volgt:

> "Hij die opzettelijk tegen een bepaald persoon bij de overheid een valse klacht of aangifte schriftelijk inlevert of in schrift doet brengen, waardoor de eer of goede naam van die persoon wordt aangerand, wordt, als schuldig aan lasterlijke aanklacht, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie."

4.5.2 Het feitencomplex waaruit klagers afleiden dat sprake zou zijn van een verdenking van lasterlijke aanklacht, betreft het gebruik van de kwalificatie 'opzet/grove schuld'. Klagers menen dat reeds het binnen de Belastingdienst vastleggen van deze kwalificatie (of van een andere registratie die duidt op fraude) lasterlijke aanklacht oplevert. Klagers stellen daarnaast dat de kwalificatie opzet/grove schuld in voorkomende gevallen ook met andere instanties werd gedeeld.

4.5.3 Naar het oordeel van het openbaar ministerie kan van lasterlijke aanklacht geen sprake zijn, omdat het registreren van de kwalificatie 'opzet/grove schuld' noch het delen daarvan met een andere overheidsinstelling kan worden aangemerkt als het doen van aangifte of klacht in de zin van artikel 268 lid 1 Sr.[106]

Geen aangifte of klacht

4.5.4 In zijn requisitoir licht de advocaat-generaal toe nader dat op grond van de door klagers naar voren gebrachte gedragingen niet kan worden voldaan aan de delictsomschrijving van lasterlijke aanklacht. Naar zijn oordeel valt het registreren van 'opzet/grove schuld' dan wel het gestelde delen van die registratie niet te kwalificeren als het doen van een (valse) aangifte of (aan)klacht bij de overheid en een andere uitleg verhoudt zich niet met het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel.[107] Reeds hierom is van een verdenking geen sprake. De Staat kan zich in dat oordeel vinden.

4.5.5 Het gaat er daarbij om dat de term 'aangifte' in artikel 268 Sr niet anders dient te worden begrepen dan in artikel 188 Sr (het doen van valse aangifte): het gaat om aangifte van een strafbaar feit. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat het relevante verschil tussen de twee bepalingen erin is gelegen dat artikel 188 Sr ziet op het doen van aangifte van een strafbaar feit, wetende dat het niet is gepleegd, terwijl het met een zwaardere straf bedreigde artikel 268 Sr ziet op het doen van valse aangifte "tegen een bepaald persoon" (met de bedoeling diens eer of goede naam aan

[106] Sepotbeslissing van 12 augustus 2021, p. 7.
[107] Requisitoir advocaat-generaal 24 november 2021, p. 13.

te randen).[108] Het beschermd belang van artikel 188 Sr is het onbelemmerd functioneren van politie en justitie, terwijl dat van artikel 268 Sr de eer en goede naam van de betreffende persoon is.[109]

4.5.6 Waar het gaat om valse aangifte in de zin van artikel 268 lid 1 Sr zijn ook in de (schaarse) feitenrechtspraak alleen voorbeelden te vinden van aangifte van een strafbaar feit.[110] Nu een registratie 'opzet/grove schuld' niet kan worden aangemerkt als een aangifte van een strafbaar feit, mist artikel 268 lid 1 Sr in zoverre toepassing.

4.5.7 Vervolgens is de vraag of het door Toeslagen registreren van de aanmerking 'opzet/grove schuld' kan worden uitgelegd als een 'klacht' tegen de betreffende persoon. Ook dat is niet het geval. Het vastleggen van de beoordeling dat iemand opzettelijk of grof nalatig heeft gehandeld ten aanzien van het ontstaan van een toeslagschuld, kan naar normaal taalgebruik niet worden uitgelegd als een klacht tegen die persoon. Het enige voorbeeld uit de (gepubliceerde) jurisprudentie laat zien wat daar bijvoorbeeld wel onder valt: een concrete klacht over het beweerdelijk handelen van een ambtenaar en een derde, ingediend bij de werkgever van de ambtenaar.[111] Dat is van een geheel andere aard.

Geen opzet

4.5.8 Tot slot is van belang dat voor een veroordeling wegens lasterlijke aanklacht vereist zal zijn dat opzet wordt bewezen op zowel de valsheid van de klacht of aangifte als op het gevolg van aanranding van de eer of goede naam van de beschuldigde.[112]

4.5.9 Ten aanzien van beide elementen zijn er voor de aanwezigheid van opzet geen aanwijzingen. Ter onderbouwing van het opzet op het registreren van een valse kwalificatie verwijzen klagers naar het feit dat 94% van de kwalificaties achteraf als onterecht is beoordeeld.[113] Hiervoor is echter al besproken waarom uit die steekproef niet kan worden afgeleid dat het toekennen van de kwalificatie *destijds* op onjuiste gronden gebeurde (randnummers 4.4.15-4.4.16). Daaruit volgt dat ook geen opzet heeft bestaan op het met die kwalificatie doen van valse aangifte of klacht. Opzet op de aanranding van de eer of goede naam van specifieke personen blijkt nergens uit – klagers hebben dat ook niet gesteld.

---

[108] HR 4 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2245. Voor een veroordeling op grond van artikel 268 lid 1 Sr is niet vereist dat men weet dat het feit niet gepleegd is, mits de aangifte overigens wel als vals kan worden aangemerkt; vgl. A.J. Nieuwenhuis en A.L.J. Janssens, *Uitingsdelicten (Studiepockets Strafrecht nr. 36)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 191.

[109] CAG 14 april 2015, ECLI:NL:PHR:2015:922, r.o. 9 en voetnoot 5.

[110] Zie: gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 mei 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4863 (hoger beroep van: rechtbank Oost-Brabant 13 juni 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:CA2959), rechtbank Rotterdam 23 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2834, r.o. 4.4 (vrijspraak) en rechtbank Overijssel 5 juli 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2459, r.o. 4.3.

[111] Rechtbank Utrecht 11 februari 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BL5315; het betrof valse klachten over het in omloop brengen van ondeugdelijk vuurwerk en de handel in illegaal vuurwerk die werden ingediend bij het ministerie van VROM.

[112] A.J. Nieuwenhuis en A.L.J. Janssens, *Uitingsdelicten (Studiepockets Strafrecht nr. 36)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 194. Zie voorts: A.J. Machielse, in: *Noyon/Langemeijer/Remmelink Strafrecht*, art. 268 Sr, aant. 3.

[113] Klaagschrift van 6 april 2021, p. 28.

De Staat merkt nog op dat, anders dan klagers veronderstellen, het geen gegeven is dat voor artikel 268 lid 1 Sr voorwaardelijk opzet volstaat: A.J. Nieuwenhuis en A.L.J. Janssens, *Uitingsdelicten (Studiepockets Strafrecht nr. 36)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 194-196.

4.5.10 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat geen verdenking bestaat van lasterlijke aanklacht. Volledigheidshalve wijst de Staat er nog op dat op grond van artikel 70 lid 1 Sr voor lasterlijke aanklacht een verjaringstermijn geldt van zes jaren. Op het moment van de zitting bij uw hof is vervolging daarom niet meer mogelijk voor feiten die hebben plaatsgevonden vóór 20 april 2016. Klagers hebben er nog op gewezen dat het feit in dit geval gepleegd zou kunnen zijn onder een strafverzwarende omstandigheid (artikel 44 Sr). Dat heeft echter geen invloed op de verjaringstermijn.[114]

5 Opportuniteit van strafrechtelijke vervolging

5.1 De Staat heeft hiervoor uiteengezet waarom vervolging afstuit op grond van immuniteit en waarom geen sprake is van een verdenking van een strafbaar feit. De advocaat-generaal heeft uiteengezet dat als sprake zou zijn van een verdenking van een strafbaar feit waarvoor geen immuniteit toekomt aan de Staat en/of individuele ambtenaren, daarenboven heeft te geleden dat op gronden van opportuniteit van strafrechtelijke vervolging zal moeten worden afgezien[115]. De Staat licht hierna kort toe waarom hij het oordeel van de advocaat-generaal onderschrijft dat op gronden aan het algemeen belang ontleend, zal moeten worden afgezien van strafrechtelijke vervolging.

5.2 Hiervoor is besproken dat de betrokken overheidsinstanties, als onderdelen van de Staat der Nederlanden, niet vervolgd kunnen worden omdat zij strafrechtelijke immuniteit genieten. Ook vervolging van bewindspersonen valt niet te verwachten, nu de procureur-generaal bij de Hoge Raad tot de uitvoerig gemotiveerde conclusie is gekomen dat de aangifte tegen hen geen deugdelijke basis bood om een opsporingsonderzoek te entameren.[116] De advocaat-generaal heeft zich (geparafraseerd) afgevraagd of het bij deze stand van zaken nog redelijk zou zijn om, vooropgesteld dat een concrete verdenking kan worden vastgesteld tegen een of meer individuele ambtena(a)r(en), de strafrechtelijke verantwoordelijkheid voor de Toeslagenaffaire door hen te laten dragen. De advocaat-generaal beantwoordt die vraag ontkennend.

5.3 Dat van strafrechtelijke vervolging zou moeten worden afgezien op gronden aan het algemeen belang ontleend, betekent nadrukkelijk niet dat voor de Toeslagenaffaire

---

[114] A.J. Machielse, in: *Noyon/Langemeijer/Remmelink Strafrecht*, art. 70 Sr, aant. 3 en Vaikenburg, in: *T&C Strafrecht*, art. 70 Sr, aant. 3.
[115] Verslag advocaat-generaal van 11 juni 2021, p. 23-24.
[116] PGHR 24 februari 2021, *Aangifte tegen bewindspersonen in de Toeslagenaffaire*, i.h.b. p. 74-82.

geen verantwoording dient te worden afgelegd. Dat moet wel gebeuren, en dat gebeurt ook. Zoals ook de advocaat-generaal en de procureur-generaal bij de Hoge Raad constateerden[117], zijn al veel rapporten geschreven, bestond en bestaat er een grote mate van publicitaire en politieke aandacht voor de Toeslagenaffaire, is het kabinet naar aanleiding van het POK-rapport afgetreden en is inmiddels een grootschalige hersteloperatie op gang gebracht. Bovendien is het proces van onderzoek en verantwoording nog niet afgerond: er zal in elk geval nog een parlementaire enquête volgen.

> In de Otapan-beschikking heeft het gerechtshof Den Haag vergelijkbare omstandigheden relevant geacht, tegen de achtergrond van de ratio van immuniteit voor strafrechtelijke vervolging van handelingen die in de sfeer van de rechtspersoon de Staat zijn verricht.[118]

5.4 Bij het aftreden van het kabinet heeft de minister-president verklaard dat "als het hele systeem heeft gefaald, alleen gezamenlijk verantwoordelijkheid [kan] worden gedragen".[119] Daarbij past niet dat individuele ambtenaren voor gedragingen die als onderdeel moeten worden gezien van dat algehele systeemfalen strafrechtelijk worden vervolgd. Dat wordt temeer duidelijk tegen de achtergrond van hetgeen hiervoor in paragraaf 4 is toegelicht over de afwezigheid van verdenkingen van de strafbare feiten waarop het beklag zich richt. Het lijkt niet (goed) mogelijk op basis van het geheel aan gedragingen waarop de Toeslagenaffaire betrekking heeft te komen tot voldoende onderbouwde verdenkingen van strafbare feiten, laat staan dat individuele verdachten zijn aan te wijzen die hiervoor strafrechtelijk moeten worden vervolgd (vergelijk paragraaf 2).

5.5 Ook dit maakt duidelijk dat op gronden aan het algemeen belang ontleend, van strafrechtelijke vervolging moet worden afgezien. Het afleggen van verantwoording geschiedt op andere wijze; in het bijzonder ten overstaan van het parlement. Dat is reeds gebeurd in debatten en schriftelijke stukken, en vooral door de ondervraging en rapportage door de POK. De parlementaire verantwoording zal nog een vervolg krijgen in de vorm van de parlementaire enquête Fraudebestrijding en Dienstverlening. Het belang van een zorgvuldige en ongestoorde waarheidsvinding in het kader van de parlementaire enquête dient hier voorop te staan. Dat belang wordt niet gediend indien daarnaast strafrechtelijke vervolging plaatsvindt van individuele ambtenaren ten aanzien van hetzelfde feitencomplex.

> Zie in deze zin ook de procureur-generaal bij de Hoge Raad, die – in het licht van de opportuniteit van strafrechtelijke vervolging van bewindspersonen –

---

[117] Zie PGHR 24 februari 2021, *Aangifte tegen bewindspersonen in de Toeslagenaffaire*, p. 73 en 81 en verslag van de advocaat-generaal 11 juni 2021, p. 24.
[118] Gerechtshof 's-Gravenhage 12 december 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY6448, r.o. 4.0-4.5 en 7.1.5 (*Otapan*).
[119] Verklaring van 15 januari 2021: https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2021/01/15/verklaring-van-minister-president-mark-rutte-over-het-aftreden-van-het-kabinet

uitvoerig ingaat op de scheiding van politieke en strafrechtelijke verantwoordelijkheid in een rechtsstatelijke context, waaronder de samenloop tussen strafrechtelijke vervolging en een parlementaire enquête.[120]

5.6 Aan het voorgaande doet niet af dat de Staat zich bewust is van de ingrijpende gevolgen van de Toeslagenaffaire voor individuele gedupeerden, waaronder klagers, en het grote leed dat zij daardoor hebben ondervonden. Als gezegd onderschrijft de Staat het (algemene) belang van de waarheidsvinding en het afleggen van verantwoording zonder meer. Hij meent echter dat dit alles thuishoort binnen het politiek-bestuurlijke stelsel en gelet op hetgeen hiervoor is opgemerkt niet bij de strafrechter.

6 Conclusie

6.1 De Staat concludeert dat het beklag ongegrond moet worden verklaard.

Persoonsgegevens

[120] Zie: PGHR 24 februari 2021, *Aangifte tegen bewindspersonen in de Toeslagenaffaire*, p. 56-69, in het bijzonder p. 69.

behandeld door	Persoonsgegevens
correspondentie	Postbus 11756, 2502 AT Den Haag
telefoon	Persoonsgegevens
fax	
e-mail	Persoonsgegevens
zaaknr	11017429

PELS RIJCKEN

Per aangetekende e-mail en bezorgen met bericht van ontvangst
Gerechtshof Den Haag
Afdeling Strafrecht, raadkamer beklagzaken
t.a.v. Persoonsgegevens
Postbus 20302
2500 EH Den Haag

onze ref. Persoonsgegevens017429
uw ref. K21/220178
inzake Aanvulling t.b.v. beklagprocedure

Persoonsgegevens

30 mei 2022

Edelgrootachtbare heer, vrouwe,

Op 20 april 2022 vond een zitting plaats bij uw hof in de beklagprocedure met bovengenoemd kenmerk. Voorafgaand aan deze zitting heeft de Staat op 12 april 2022 een schriftelijke reactie ingediend op het beklag. Met deze brief informeert de Staat uw hof over een recente ontwikkeling die betrekking heeft op een deelonderwerp dat aan de orde is gekomen in de beklagprocedure.

Bij brief van vandaag heeft de staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst (hierna: 'de staatssecretaris') mede namens de staatssecretaris van Financien – Toeslagen en Douane, de Tweede Kamer geïnformeerd over een aantal onderwerpen die verband houden met de Fraude Signalering Voorziening (hierna: 'FSV').[1] Over onder meer het gebruik van FSV binnen de Belastingdienst zijn recent vijf rapporten opgesteld door PricewaterhouseCoopers (hierna: 'PwC'), in opdracht van de Belastingdienst.

[1] Zie https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2022Z10643&did=2022D21883.

Alle werkzaamheden worden verricht op grond van een overeenkomst van opdracht met de naamloze vennootschap Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V. gevestigd te Den Haag en ingeschreven in het Handelsregister onder nr. 27283716. Op de overeenkomst zijn de algemene voorwaarden van toepassing, die zijn gedeponeerd ter griffie rechtbank Den Haag onder nr. 36/2020. Daarin is een aansprakelijkheidsbeperking opgenomen. De algemene voorwaarden worden op verzoek toegezonden of zijn te raadplegen op www.pelsrijcken.nl. Kwaliteitsrekening notariaat 21.30.13.495

In de brief heeft de staatssecretaris, onder verwijzing naar de brede uitleg van het begrip 'institutioneel racisme' door het College voor de Rechten van de Mens[2] en het Kennisplatform Integratie en Samenleving[3], aan de Tweede Kamer bericht dat hij tot de conclusie is gekomen dat meerdere van de bevindingen en voorbeelden die PwC in haar rapporten heeft beschreven, onder deze brede omschrijving van institutioneel racisme vallen. In aansluiting daarop heeft de staatssecretaris laten weten dat ook een aantal verwerkingen van de nationaliteit van toeslagaanvragers – zoals hierna toe te lichten – naar zijn oordeel vallen onder deze omschrijving van institutioneel racisme. Die verwerkingen konden als gevolg hebben dat verschillende groepen burgers een grotere kans hadden om geselecteerd te worden voor een handmatige beoordeling, en heeft daarmee geleid tot een onbedoelde ongelijkheid in de behandeling tussen mensen.[4] Het gaat daarbij om de verwerkingen van nationaliteit in het risicoclassificatiemodel, in het kader van de bestrijding van de georganiseerde fraude en het Toeslagen Verstrekkingen Systeem (TVS).

De verwerking van nationaliteit in de vorm van de indicator (niet-)Nederlanderschap binnen het risicoclassificatiemodel is een van de verwerkingen die door de Autoriteit Persoonsgegevens (hierna: 'AP') als discriminerend is aangemerkt, en die volgens de klagers een verdenking van beroepsmatige discriminatie oplevert. Ook het gebruik van nationaliteit voor de aanpak van georganiseerde fraude[5] is door de AP als discriminerend aangemerkt en wordt door klagers aangehaald als onderbouwing van de door hen gestelde verdenking van beroepsmatige discriminatie. De verwerking van nationaliteit in TVS is door de AP niet als discriminerend aangemerkt en heeft ook geen rol gespeeld in de beklagprocedure.

In zijn schriftelijke reactie van 12 april jl. heeft de Staat erop gewezen dat de AP concludeerde dat de verwerkingen in het risicoclassificatiemodel en in het kader van de aanpak van georganiseerde fraude weliswaar discriminerend waren, maar dat onvoldoende is aangetoond dat zij kunnen worden gekwalificeerd als 'rassendiscriminatie', omdat een onderscheid op basis van nationaliteit niet zonder meer een onderscheid naar ras meebrengt.[6] Voor de AP was daarvoor redengevend dat het gebruik van nationaliteit in die verwerkingen tot doel had om de homogeniteit van onderzoekspopulaties vast te stellen, omdat een hoge mate van homogeniteit volgens Toeslagen kon duiden op georganiseerd misbruik van toeslagen. Ook is uit het onderzoek van de AP niet gebleken dat het voor Toeslagen viel te voorzien dat deze verwerking in de praktijk zou leiden tot onderscheid naar ras of etnische afkomst.[7] De

---

2 College voor de Rechten van de Mens, *Institutioneel racisme. Naar een mensenrechtelijke aanpak* (Visienota), december 2021.
3 Inmiddels genaamd het Kennisplatform inclusief samenleven.
4 Kamerbrief van de staatssecretaris van 30 mei 2022, p. 4
5 De AP beschrijft onder deze verwerking drie vormen van het gebruik van nationaliteit voor de aanpak van fraude: (i) het periodiek uitvragen van de nationaliteiten van alle toeslagaanvragers, (ii) het naar aanleiding van een fraudesignaal uitvragen van informatie waaronder de (tweede) nationaliteit van aanvragers en (iii) het in twee gevallen uitvragen van gegevens over aanvragers met een specifieke nationaliteit. Vgl. de schriftelijke reactie van de Staat, nr. 4.2.13.
6 Schriftelijke reactie van de Staat, nr. 4.2.6.
7 Rapport AP, *De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag*, p. 38.

advocaat-generaal heeft die conclusie van de AP onderschreven en kwam tot het oordeel dat daarmee geen sprake was van strafbare beroepsmatige discriminatie in de zin van artikel 137g Sr (of artikel 429quater Sr).[8] Ook de Staat heeft zich in zijn schriftelijke reactie bij deze beoordeling aangesloten en erop gewezen dat het onderscheid op basis van nationaliteit niet tot doel had, laat staan dat het opzet daarop was gericht, te discrimineren wegens ras.[9]

De brief van de staatssecretaris van vandaag brengt in dat (strafrechtelijke) standpunt geen verandering. Zoals de staatssecretaris in die brief toelicht, is het begrip 'institutioneel racisme' een meeromvattend begrip dan het begrip 'racisme' of het (juridische) begrip 'discriminatie' (wegens ras). Hij verwijst in dat verband naar de omschrijving in de visienota van het College voor de Rechten van de Mens: "het gaat bij institutioneel racisme typisch om ingebakken, structurele mechanismen, procedures, gewoontes of gedragsvormen, die in veel verschillende verschijningsvormen kunnen voorkomen en vaak op indirecte, soms lastig herkenbare wijze een nadeel opleveren voor bepaalde groepen mensen op grond van hun afkomst."[10] Hierbij is opzet of bewuste benadeling, ideologie of racistische opzet niet vereist; de focus ligt op de uitwerking.[11] Door deze meeromvattende (dan de strafrechtelijke betekenis van onderscheid naar ras) uitleg van het begrip 'institutioneel racisme' wordt voorkomen dat het begrip zelf een praktische belemmering vormt bij de zeer wenselijke en noodzakelijke bestrijding ervan.[12]

De Staat heeft in zijn schriftelijke reactie uiteengezet waarom hij de conclusie van de advocaat-generaal onderschrijft dat daarmee geen sprake is geweest van beroepsmatige discriminatie naar ras als bedoeld in artikel 137g Sr. Dat de onbedoelde gevolgen van van de hiervoor beschreven verwerkingen nu zijn aangeduid als vorm van institutioneel racisme maakt – gezien de meeromvattende, politiek-sociologische aard van dat begrip – in de visie van de Staat niet dat daarmee sprake is geweest van strafbare discriminatie naar ras. Daarbij speelt een belangrijke rol dat niet is gebleken dat *opzettelijk* is gediscrimineerd naar ras.[13] Het gemaakte onderscheid op grond van

---

8 Requisitoir advocaat-generaal 24 november 2021, p. 11-12.
9 Schriftelijke reactie van de Staat, nrs. 4.2.10-4.2.13.
10 College voor de Rechten van de Mens, *Institutioneel racisme. Naar een mensenrechtelijke aanpak* (Visienota), december 2021. Ook het Kennisplatform Integratie en Samenleving spreekt van processen, beleid en (geschreven en ongeschreven) regels van instituten die leiden tot structurele ongelijkheid tussen mensen met een verschillende achtergrond, huidskleur of religie. Zie: Kennisplatform Integratie & Samenlevering, *Institutioneel racisme in Nederland*, april 2021, p. 7.
11 Kamerbrief van de staatssecretaris van 30 mei 2022, p. 3.
12 Vgl. College voor de Rechten van de Mens, *Institutioneel racisme. Naar een mensenrechtelijke aanpak* (Visienota), december 2021, p. 10: *"Discriminatie is daarentegen vaak een kwestie van impliciete stereotypen en vooroordelen die zich bewust, maar ook onbewust in ons brein kunnen bevinden. Het onbewuste en onrechtstreekse karakter van de achterstelling maken juist dat institutionele vormen van discriminatie zo lastig te herkennen en aan te pakken zijn. Rassenideologie of superioriteitsideeën komen dus wel voor in Nederland, maar het College constateert dat institutioneel racisme zoals dat vandaag de dag wordt begrepen, een (veel) breder verschijnsel is. Er moet daarom voorkomen worden dat een te beperkt begrip van 'institutioneel racisme' een praktische belemmering oplevert bij de bestrijding ervan: als gefocust wordt op racisme in de zin van een ideologie of racistische opzet, zullen de meest voorkomende verschijningsvormen niet herkend worden, en dus ongemoeid blijven."*
13 Schriftelijke reactie van de Staat, nr. 4.2.12. Zoals ook blijkt uit de in de brief van de staatssecretaris van 30 mei 2022 aangehaalde definities, kan institutioneel racisme juist ook aan de orde zijn wanneer geen sprake is van opzet of van bewuste benadeling.

nationaliteit had niet tot doel, laat staan dat het opzet daarop was gericht, te discrimineren naar ras. Het opzet was noch gericht op het maken van onderscheid naar ras noch op het aantasten van mensen in hun fundamentele rechten. Dat de verwerkingen vanwege de onbedoelde, voor mensen met een andere of dubbele nationaliteit nadelige, uitwerkingen kunnen worden aangemerkt als institutioneel racisme, maakt aldus de beoordeling ervan in strafrechtelijke zin niet anders. Dit neemt niet weg dat de Staat – en de Staat hecht eraan dit te benadrukken –deze vormen van risicoselectie onaanvaardbaar acht.

De Staat heeft uw hof hiermee nader willen informeren over de brief van de staatssecretaris van vandaag.

Een afschrift van deze brief stuur ik aan de advocaat-generaal en aan de advocaat van klagers, Persoonsgegevens

Hoogachtend,
Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V.

Persoonsgegevens