PELS RIJCKEN

Gerechtshof Den Haag, afdeling strafrecht, raadkamer beklagzaken
Zitting van 20 april 2022, 9:30 uur
Zaaknummer K21/220178

Schriftelijke reactie op beklag ex artikel 12 Sv

namens

De Staat der Nederlanden (ministerie van Financiën),
zetelende te Den Haag,
beklaagde,
advocaat: Persoonsgegevens

1 Inleiding

1.1 Bij tussenbeschikking van 7 december 2021 heeft uw hof bepaald dat in de beklagprocedure met bovengenoemd kenmerk op 20 april 2022 de directeur-generaal Belastingdienst en de directeur-generaal Toeslagen zullen worden gehoord om opmerkingen te maken over het in het beklag gedane verzoek en de gronden waarop dat berust. Op instructie van uw hof zullen zij dat doen als ambtelijk leidinggevenden van degenen die in algemene zin door klagers als beklaagden zijn aangemerkt.

1.2 Met deze schriftelijke reactie maken zij namens de Staat ook voorafgaand aan de zitting van 20 april 2022 opmerkingen over het in het beklag gedane verzoek en de gronden waarop dat berust, als bedoeld in artikel 12e Sv.

1.3 De Staat stelt daarbij voorop dat het leed van de gedupeerden van de Toeslagenaffaire buiten kijf staat. Door harde regelgeving, een strikte wetsuitleg, vooringenomen handelen, het ontbreken van de menselijke maat en door geen gehoor te geven aan noodsignalen, is ouders en kinderen de afgelopen tien jaar ongekend onrecht aangedaan. Het leed is groot en dat wordt door de Staat erkend. In het rapport 'Ongekend onrecht' van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag (hierna: POK) is geconcludeerd dat de grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden. Het kabinet heeft hiervoor excuses aangeboden en is in reactie op dit rapport afgetreden.

1.4 De Staat spant zich ervoor in om de schade van individuele gedupeerden te compenseren, in het besef dat veel persoonlijke gevolgen niet ongedaan kunnen worden gemaakt. Inmiddels is een grootschalige hersteloperatie onderweg en zijn verschillende financiële herstelregelingen tot stand gebracht. Daarnaast zijn maatregelen in gang gezet om het functioneren van de overheid te verbeteren. Zo wordt het toeslagenstelsel hervormd en wordt de dienstverlening bij alle onderdelen van de overheid verbeterd, waarbij maatwerk en de menselijke maat voorop worden gesteld.

1.5 Ook het (algemene) belang van de waarheidsvinding en het afleggen van verantwoording onderschrijft de Staat. Hij heeft zich ervoor ingespannen en spant zich ervoor in dat het onderzoek ten behoeve van die waarheidsvinding zo zorgvuldig en volledig mogelijk kan plaatsvinden, met het oog op het afleggen van verantwoording en om lessen te trekken voor de toekomst. Dat geldt ook en in het bijzonder voor de parlementaire enquête Fraudebeleid en Dienstverlening.

1.6 Op 19 mei 2020 hebben de staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst en de staatssecretaris van Financiën – Toeslagen en Douane, aangifte gedaan van het vermoeden van knevelarij (artikel 366 Sr) en beroepsmatige discriminatie (artikel 137g Sr). Nadat aanvankelijk tot de conclusie was gekomen dat

geen aanwijzingen werden gezien die wezen op verdenkingen van ambtsmisdrijven, heeft de minister van Financiën naar aanleiding van vragen in de Tweede Kamer over die conclusie en ten behoeve van een onafhankelijke externe beoordeling mr. H.J.Th. Biemond gevraagd een second opinion uit te brengen.[1] De aangifte door de staatssecretarissen vloeide vervolgens voort uit de conclusies van deze second opinion van 19 mei 2020 dat op grond van artikel 162 Sv sprake is van een aangifteplicht wat betreft de misdrijven knevelarij en beroepsmatige discriminatie.[2] Die aangifteplicht is in de second opinion vastgesteld op grond van een "relatief streng criterium [..] dat slechts op basis van objectieve feiten en omstandigheden kan worden vervuld, maar [ruimte laat] voor onzekerheid ten aanzien van de feiten en de juridische kwalificatie van die feiten."[3] De conclusie in de second opinion dat sprake is van een aangifteplicht is aldus niet gegrond op een vaststelling dat de betreffende misdrijven zijn gepleegd en evenmin op grond van zekerheid wat betreft het bestaan van een redelijk vermoeden van schuld ter zake van die misdrijven. Ook is in de second opinion buiten beschouwing gelaten of aan individuele betrokken ambtenaren strafrechtelijke immuniteit toekomt.[4] Tegen die achtergrond en met het oog op een zorgvuldige beoordeling door het openbaar ministerie, is de aangifte door de staatssecretarissen gedaan.

1.7 Of sprake is van een verdenking is naar aanleiding van de aangifte van de staatssecretarissen door het Openbaar Ministerie onderzocht. Ten behoeve van een zorgvuldige beoordeling heeft de officier van justitie zich laten adviseren door het Wetenschappelijk Bureau Openbaar Ministerie en door het Landelijk Expertise Centrum Discriminatie van het Openbaar Ministerie. Ook zijn de tussentijdse bevindingen en beoordelingen voorgelegd aan een interne en een landelijke reflectiekamer van het Openbaar Ministerie. Dit onderzoek heeft geleid tot de sepotbeslissing van 7 januari 2021 omdat geen sprake is van een verdenking van knevelarij en beroepsmatige discriminatie, of van enig ander strafbaar feit. Ook heeft de officier van justitie geoordeeld dat ambtenaren met betrekking tot hun handelen in de Toeslagenaffaire in beginsel strafrechtelijke immuniteit toekomt. Bij beslissingen van diezelfde datum heeft de officier van justitie ook de aangiftes van klagers geseponeerd. Die aangiftes zijn gelijktijdig met de aangifte van de staatssecretaris onderzocht. Op dezelfde gronden heeft de officier van justitie geconcludeerd tot seponering van de strafrechtelijke vervolging naar aanleiding van de betreffende aangiftes van klagers.[5]

---

1 Zie: *Handelingen II* 2019/20, nr. 40, 4. De opdracht aan mr. H.J.Th. Biemond strekte tot beoordeling van (CAF-gerelateerde) documenten op aanwijzingen voor ambtsmisdrijven en daarmee tot beoordeling van een eventuele aangifteplicht: *Kamerstukken* 2019/20, 31 066, nr. 615, bijlage.

2 Ten aanzien van de feiten dwang door misbruik van gezag (art. 365 Sr), verduistering van bewijsstukken (art. 361 Sr), valsheid in geschrift (art. 225 Sr), smaad (art. 261 Sr) en meineed (207 Sr) concludeerde mr. H.J.Th. Biemond dat geen sprake is van een redelijk vermoeden van schuld.

3 Memo mr. H.J.Th. Biemond 19 mei 2020, p. 7.

4 Memo mr. H.J.Th. Biemond 19 mei 2020, p. 6-7. Ten aanzien van de Staat en dus ook voor de Belastingdienst/Toeslagen concludeerde mr. Biemond dat sprake is van algehele strafrechtelijke immuniteit en de aangifteplicht zich dus niet uitstrekt tot de Staat.

5 Zie bijlagen 1 t/m 6 bij het klaagschrift van 6 april 2021.

1.8 Bij beslissing van 12 augustus 2021 heeft de officier van justitie vervolgens besloten tot seponering van de strafrechtelijke vervolging naar aanleiding van de aanvullende aangifte van klagers van misbruik van gezag en lasterlijke aanklacht. Ook hier concludeerde de officier van justitie dat geen sprake is van verdenkingen en dat aan ambtenaren die bij de betreffende gedragingen betrokken waren strafrechtelijke immuniteit toekomt.

1.9 Het beklag richt zich tegen de sepotbeslissingen van 7 januari 2021 en 12 augustus 2021. De advocaat-generaal heeft bij uitvoerig gemotiveerde brieven van 11 juni 2021 en 29 oktober 2021 geadviseerd het beklag ongegrond te verklaren. Zowel de sepotbeslissingen van de officier van justitie als het advies van de advocaat-generaal geven blijk van een zorgvuldige beoordeling. De Staat kan zich in het standpunt van het openbaar ministerie vinden.

1.10 In navolging van het openbaar ministerie meent de Staat dan ook dat in de gedragingen die in hun gezamenlijkheid hebben geleid tot de Toeslagenaffaire geen grond kan worden gevonden voor een vervolging voor de strafbare feiten waarop het beklag betrekking heeft. Het belang van het afleggen van verantwoording voor het geheel (of een deel) van gebeurtenissen in de Toeslagenaffaire en/of voor het daaruit voortgevloeide leed van individuele gedupeerden, wordt in de visie van de Staat ook niet gediend door strafrechtelijke vervolging. Het afleggen van verantwoording dient plaats te vinden in de politiek-bestuurlijke context. Dit komt reeds tot uitdrukking in de omstandigheid dat immuniteit aan strafrechtelijke vervolging van de Staat, het directoraat-generaal Belastingdienst en/of het directoraat-generaal Toeslagen, alsook van de feitelijk leidinggevenden en/of medewerkers van die directies[6], in de weg staat. Bovendien kan uit het in de klaagschriften beschreven geheel van beleidskeuzes, individuele besluiten en overige gedragingen in de periode van 2006 t/m 2021[7], geen verdenking van een strafbaar feit worden afgeleid.

1.11 De Staat onderschrijft daarmee de uitkomsten van het onderzoek van het openbaar ministerie: er is geen sprake van een verdenking van enig strafbaar feit en de (afgeleide) strafrechtelijke immuniteit van de Staat en zijn ambtenaren staat aan een vervolging in de weg. De officier van justitie en de advocaat-generaal hebben op goede gronden uiteengezet waarom de in de klaagschriften voorgestane verdenkingen niet kunnen worden aangenomen, al dan niet omdat de gegeven uitleg in strijd komt met het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel en/of omdat het vereiste opzet ontbreekt. De advocaat-generaal heeft bovendien overtuigend betoogd waarom ook zou moeten worden afgezien van vervolging op gronden aan het algemeen belang ontleend.

---

[6] In het klaagschrift en in de tussenbeschikking van 7 december 2021 zijn in algemene zin als beklaagde(n) aangeduid: (leidinggevenden en medewerkers van) de Belastingdienst, afdeling Toeslagen, waaronder het MT Fraude, het Combiteam Aanpak Facilitators (CAF-team) en de Directie Toeslagen. De Staat gaat hierop in paragraaf 2 nader in.

[7] Dat is de periode genoemd in onderdeel 5 van de tussenbeschikking.

1.12 In deze schriftelijke reactie zal de Staat eerst opmerkingen maken over de in het beklag aangeduide beklaagde(n) en de oproeping door het hof van de directeur-generaal Belastingdienst en de directeur-generaal Toeslagen als de huidig ambtelijk leidinggevenden van beklaagde(n) (paragraaf 2). Daarna licht de Staat toe dat immuniteit in de weg dient te staan aan strafrechtelijke vervolging van deze beklaagden voor de in de aangiftes en het beklag genoemde gedragingen (paragraaf 3).

1.13 Vervolgens zal de Staat uiteenzetten dat uit de in de aangiftes en het beklag aangeduide gedragingen ook geen aanwijzingen voortvloeien dat sprake is van verdenkingen van strafbare feiten (paragraaf 4). Tot slot licht de Staat toe dat, als al sprake zou zijn van (een) verdenking(en) ten aanzien waarvan geen beroep kan worden gedaan op immuniteit, op gronden aan het algemeen belang ontleend van vervolging van een of meer individuele ambtenaren[8] dient te worden afgezien (paragraaf 5).

1.14 Volledigheidshalve merkt de Staat nog op dat op de ontvankelijkheid van klagers niet separaat zal worden ingegaan. De Staat onderschrijft het standpunt daarover van de advocaat-generaal.

2 De beklaagden

2.1 De aangiftes van klagers zijn gericht tegen de Belastingdienst en tegen leidinggevenden en medewerkers van de Belastingdienst. In het klaagschrift van 6 april 2021 hebben klagers vermeld dat hun klacht in elk geval is gericht tegen "de organisatie van de Belastingdienst/Toeslagen, tegen de medewerkers die zeggenschap hebben gehad over de dossiers, en hun leidinggevenden". Direct daarop leggen klagers dit uit als: "de Belastingdienst, afdeling Toeslagen, alsmede verantwoordelijke medewerkers en leidinggevenden van de Belastingdienst/Toeslagen, waaronder het MT Fraude, het Combiteam Aanpak Facilitators en de Directie Toeslagen".

2.2 Uit het proces-verbaal van de zitting bij uw hof van 24 november 2021 blijkt dat het voor klagers, op vragen van uw hof, niet goed mogelijk was om de beklaagden specifieker aan te duiden. De advocaat van klagers verklaarde op die zitting:

> "Hoe die aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid precies liggen, daar hebben wij geen namen bij. Het ligt voor de hand dat een managementteam, dat een bepaalde fraudemethode heeft uitgezet, functioneel dader kan zijn en niet een individueel ambtenaar die een beschikking de deur uit heeft gedaan. Maar ook dat is voor ons niet op voorhand te zeggen. In principe dus

[8] Nu voor een vervolging van bewindspersonen op grond van artikel 119 Grondwet een andere procedure geldt en (een onderdeel van) de Staat strafrechtelijke immuniteit geniet, ligt in de onderhavige procedure slechts voor of ambtenaren vervolgd moeten worden.

> iedereen. Aan de hand daarvan kan je vaststellen hoe het specifiek heeft gezeten."[9]

2.3 Ter zitting bleek dat ook voor de advocaat-generaal niet duidelijk is wie concreet als beklaagden moeten worden aangemerkt. In de tussenbeschikking van 7 december 2021 heeft uw hof de beklaagden als volgt aangeduid:

> "(leidinggevenden en medewerkers van) de Belastingdienst, afdeling Toeslagen, waaronder het MT Fraude, het Combiteam Aanpak Facilitators (CAF-team) en de Directie Toeslagen"

2.4 Ook voor de Staat is het op basis van de klaagschriften – en hetzelfde gold bij het doen van aangifte door de staatssecretarissen – niet te bepalen wie als beklaagden zouden moeten worden gezien. De Staat is daarop ingegaan in de brief aan uw hof van 1 maart jl. Omdat geen concrete beklaagden zijn aangewezen, zullen op de zitting van 20 april 2022 de door uw hof opgeroepen directeuren-generaal verschijnen als de op dit moment ambtelijk leidinggevenden van degenen die in algemene zin door klagers als beklaagden zijn aangemerkt. In de brief van 1 maart 2022 is vermeld dat zij hun functie bekleden sinds respectievelijk 1 juli en 1 augustus 2020, zodat zij reeds daarom niet uit eigen wetenschap kunnen verklaren over de gebeurtenissen waarvan klagers aangifte hebben gedaan.

2.5 Hoewel voor het doen van aangifte of het doen van beklag niet is vereist dat men een concrete verdachte respectievelijk beklaagde kan aanwijzen, meent de Staat dat de onduidelijkheid die hierover in dit geval bestaat – ook na publicatie van meerdere onderzoeksrapporten en een openbare parlementaire ondervraging – reeds aanleiding geeft om te twijfelen over de haalbaarheid en opportuniteit van een vervolging (nog daargelaten of sprake kan zijn van een verdenking ten aanzien waarvan immuniteit de strafrechtelijke vervolging niet belet). Het verwijt van klagers bestaat uit een samenloop van gedragingen en keuzes van vele verschillende betrokkenen, op verschillende momenten en binnen verschillende beleidsterreinen. Dat maakt het moeilijk om daarvoor één of meer concrete personen strafrechtelijk aan te spreken en zelfs als dat al juridisch mogelijk is, roept het de vraag op of het redelijk en wenselijk zou zijn om de strafrechtelijke gevolgen alleen door hen te laten dragen. De Staat zal op dat laatste punt in paragraaf 5 nog nader ingaan.

3 Immuniteit voor strafrechtelijke aansprakelijkheid

3.1 In de sepotbeslissingen en het verslag van de advocaat-generaal heeft het openbaar ministerie geconcludeerd dat aan de Staat immuniteit voor strafrechtelijke vervolging toekomt en dat deze immuniteit zich uitstrekt tot ambtenaren wier handelen aan de Staat moet worden toegerekend.[10] Het beklag ziet op handelen van de Staat en op

[9] Proces-verbaal 24 november 2021, p. 6.
[10] Sepotbeslissing van 7 januari 2021 naar aanleiding van de aangifte van de staatssecretarissen, p. 14-20, sepotbeslissing van 12 augustus 2021, p. 7-8 en verslag van de advocaat-generaal 11 juni 2021, p. 20-22.

handelingen van ambtenaren die in de sfeer van de rechtspersoon de Staat zijn verricht. Er bestaan geen aanwijzingen dat ambtenaren op enig moment hebben gehandeld voor hun eigen belang of gewin. Mede gezien tegen de achtergrond van de opmerkingen die de Staat hiervoor heeft gemaakt over de beklaagden, staat strafrechtelijke immuniteit daarom aan een bevel tot vervolging in de weg. De Staat licht dat hierna toe.

> Daarbij merkt de Staat op dat bevestiging voor de duiding van de handelingen van ambtenaren als handelingen die immuniteit genieten, kan worden gevonden in de redenen waarom het ook niet mogelijk is te komen tot concrete verdenkingen van strafbare feiten. De Staat verwijst hiervoor naar paragraaf 4.

Het Volkel-arrest

3.2 De officier van justitie en de advocaat-generaal hebben tot uitgangspunt genomen dat aan de Staat strafrechtelijke immuniteit toekomt. De Hoge Raad heeft dat duidelijk gemaakt in het Volkel-arrest: de handelingen van de Staat moeten worden geacht te strekken tot de behartiging van het algemeen belang en het strookt niet met het stelsel van politieke controle en ministeriële verantwoordelijkheid dat de Staat zelf voor zijn handelingen strafrechtelijk kan worden vervolgd.[11] Van deze rechtspraak is sinds 1994 niet afgeweken. In 2015 is bovendien een wetsvoorstel verworpen waarmee de strafrechtelijke immuniteit van onder meer de Staat zou worden opgeheven.[12]

3.3 Klagers betogen evenwel dat het optreden van de Staat inzake de Toeslagenaffaire "dusdanig onrechtmatig" is geweest, dat de Staat niet geacht kan worden daarmee het algemeen belang te hebben behartigd.[13] Klagers miskennen daarmee de aard van de strafrechtelijke immuniteit van de Staat en de strekking van het Volkel-arrest. Het is niet zo dat de Staat immuniteit geniet zolang hij in een concreet geval geacht kan worden het algemeen belang te hebben behartigd, de Staat wordt in algemene zin (in alle gevallen) a priori geacht het algemeen belang te behartigen en geniet om die reden steeds strafrechtelijke immuniteit.

3.4 Het voorgaande maakt dat een bevel tot vervolging van de Staat of een van zijn onderdelen, waaronder de Belastingdienst en diens onderdelen, niet mogelijk is. Voor zover het beklag daartoe strekt, dient het ongegrond te worden verklaard.

---

11 HR 25 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9616 (*Vliegbasis Volkel*). Zie ook: gerechtshof Amsterdam 16 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK6788, r.o. 8.4 (*Schipholbrand*).
12 *Handelingen I* 2015/16, nr. 7, item 5.
13 Klaagschrift van 6 april 2021, p. 28.

Immuniteit van ambtenaren: het Pikmeer-arrest en de Otapan-beschikking

3.5 Ook aan ambtenaren van de Staat zal onder omstandigheden strafrechtelijke immuniteit toekomen. Dat is in de eerste plaats zo als een verdenking jegens hen betrekking heeft op het opdracht- of feitelijk leidinggeven (in de zin van artikel 51, lid 2, sub 2 Sr) aan een strafbare gedraging door een rechtspersoon die strafrechtelijke immuniteit geniet. De Hoge Raad heeft in 1996 geoordeeld dat de vervolgbaarheid van de rechtspersoon en van de opdracht- of feitelijk leidinggever zo nauw met elkaar zijn verbonden dat de omstandigheid dat de rechtspersoon zelf niet kan worden vervolgd, meebrengt dat evenmin strafvervolging kan worden ingesteld tegen ambtenaren en arbeidscontractanten in dienst van de rechtspersoon, indien zij in die hoedanigheid hebben gehandeld ter uitvoering van de bestuurstaak van de rechtspersoon.[14] Dezelfde redenering werd in 2009 gevolgd door het gerechtshof Amsterdam in zijn afwijzende beschikking over de vervolging van ambtenaren vanwege de Schipholbrand.[15]

3.6 In de Otapan-beschikking heeft het gerechtshof 's-Gravenhage voorts aangenomen dat de in die zaak beklaagde ambtenaren – die niet waren aangemerkt als opdracht- of feitelijk leidinggever – deelden in de immuniteit van de Staat.[16] Het hof was van oordeel dat de gedragingen van de ambtenaren dienden te worden toegerekend aan de Staat en dat de ambtenaren dientengevolge deelden in de immuniteit van de Staat. Omdat bovendien niet was gebleken dat de ambtenaren hadden gehandeld ter bevordering van eigen gewin of belang, bestond ook geen aanleiding voor een vervolging uit hoofde van eigen daderschap.

> Het hof lijkt daarmee het standpunt van de officier van justitie te hebben gevolgd, die oordeelde dat niet was gebleken "van een zodanig ernstig verwijt jegens de binnen de publieke sfeer betrokken personen, dat het verwijt zelfstandig naast het verwijt aan de Staat behoort te staan en/of vervolgd".[17] Het individueel handelen of nalaten van de betrokken ambtenaren achtte het openbaar ministerie daarvoor (ten opzichte van het verwijt aan de Staat) te gering.

3.7 In de onderhavige zaak ligt dit niet anders. Hoe ernstig ook de gevolgen van het optreden van Toeslagen voor gedupeerden zijn, het handelen van de betrokken ambtenaren dient te worden toegerekend aan de Staat. Er bestaan geen aanwijzingen dat ambtenaren hebben gehandeld voor eigen gewin of belang en zij hebben – mede gezien de op dat moment geldende jurisprudentie – gemeend en mogen menen dat zij handelden in het algemeen belang (vergelijk randnummer 4.3.23 waar de Staat toelicht dat door individuele ambtenaren genomen besluiten moeten worden begrepen tegen de achtergrond van de politieke context, wetgeving en stand van de

---

[14] HR 23 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0429, r.o. 6.4 (*Pikmeer I*).
[15] Gerechtshof Amsterdam 16 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK6788, r.o. 8.4 (*Schipholbrand*).
[16] Gerechtshof 's-Gravenhage 12 december 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY6448, r.o. 7.1.2 (*Otapan*).
[17] Gerechtshof 's-Gravenhage 12 december 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY6448, r.o. 3.3 (*Otapan*).

jurisprudentie van dat moment). Bij zijn beoordeling van een aangifte tegen bewindspersonen die politieke verantwoordelijkheid droegen voor de Toeslagenaffaire kwam ook de procureur-generaal bij de Hoge Raad tot de conclusie dat analoge toepassing van de Otapan-beschikking zou leiden tot strafrechtelijke immuniteit van de bewindspersonen:

> "Volgens de Hoge Raad is een belangrijk oriëntatiepunt bij de vraag of een (verboden) gedraging in redelijkheid aan een rechtspersoon kan worden toegerekend of de gedraging heeft plaatsgevonden dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon, hetgeen door het Hof kennelijk onder meer wordt aangenomen gelet op de criteria a. dat de ambtenaren hadden gehandeld in het kader van de hen opgedragen bestuurstaak, en b. meenden te handelen in het algemeen belang. Indien de criteria zoals geformuleerd in de Otapan-beschikking analoog zouden worden toegepast met betrekking tot onderhavige aangifte, zou kunnen worden geredeneerd dat de betrokken bewindspersonen hebben gehandeld in het kader van de hen opgedragen bestuurstaak en dat zij op die grond voor hun handelen strafrechtelijk immuun zijn."[18]
>
> Hetzelfde heeft aldus te gelden voor de strafrechtelijke vervolging van leidinggevenden en medewerkers van de Belastingdienst en/of Toeslagen.

3.8 Klagers brengen hier nog tegen in dat in de Otapan-zaak de besluitvorming plaatsvond in overleg met de staatssecretaris dan wel diens medewerkers. Dat was in de onderhavige zaak niet het geval, zo betogen klagers: uit de gepubliceerde rapporten blijkt juist dat de informatievoorziening richting bewindspersonen onvolledig was.

3.9 Klagers geven daarmee een onjuiste, althans te beperkte uitleg aan de betreffende passage uit de Otapan-beschikking. Bepalend voor de afgeleide immuniteit is niet dat overleg was gevoerd met een bewindspersoon of diens medewerkers, maar dat de gedragingen van de beklaagde ambtenaren aan de Staat dienen te worden toegerekend. Bepalend is of de ambtenaren hebben gehandeld ter uitvoering van de publieke taak van de Staat c.q. in de sfeer van de rechtspersoon van de Staat.

> Zie de Otapan-beschikking, r.o. 7.1.2:
>
> "De diverse en op verschillende niveaus bij het dossier Otapan betrokken ambtenaren hebben gehandeld in het kader van de hen opgedragen bestuurstaak en meenden te handelen in het algemeen belang. De besluitvorming over de uitvoer van de Otapan vond plaats in overleg met de Staatssecretaris dan wel diens medewerkers. De gedragingen van de beklaagde ambtenaren dienen dan ook aan de Staat te worden toegerekend. Dientengevolge delen zij in de immuniteit van de Staat. Niet is gebleken dat beklaagden hebben gehandeld ter bevordering van eigen gewin of belang,

[18] PGHR 24 februari 2021, *Aangifte tegen bewindspersonen in de Toeslagenaffaire*, p. 54.

zodat voor het uit hoofde van eigen daderschap zelfstandig vervolgen van deze personen geen aanleiding is."[19]

3.10 Ook in de onderhavige zaak dient het handelen van ambtenaren van Toeslagen te worden toegerekend aan de Staat. Ambtenaren meenden te handelen in het algemeen belang en ter uitvoering van een politieke wens tot (strenge) fraudebestrijding[20]; aanwijzingen voor het tegendeel zijn niet bekend, evenmin als aanwijzingen voor handelen voor eigen gewin of belang.[21] De stelling van klagers dat de informatievoorziening naar de bewindspersonen niet altijd volledig is geweest, althans dat het aantal signalen van disproportionele gevolgen (te) beperkt zou zijn geweest, maakt dit niet anders.[22] Bovendien heeft de advocaat-generaal er terecht op gewezen dat deze stellingen zich ook niet verdragen met het feit dat klagers tegelijk erkennen dat de bewindspersonen signalen hebben ontvangen en met het feit dat mede vanwege die signalen tegen de betreffende bewindspersonen aangifte is gedaan door de advocaat van klagers.[23] Dat de politieke leiding bewust op afstand zou zijn gehouden, is kortom niet gebleken. Ook overigens valt niet in te zien dat het handelen van de ambtenaren zou zijn voortgekomen uit eigen gewin of belang. Integendeel: ambtenaren dachten juist in het algemeen belang – van fraudebestrijding – te handelen.

3.11 De conclusie moet dan ook zijn dat het handelen van ambtenaren van de Belastingdienst en/of Toeslagen aan de Staat moet worden toegerekend. Juist de specifieke omstandigheden van de Toeslagenaffaire nopen tot die conclusie: het op fraudebestrijding gerichte politieke klimaat, de bevestiging van de harde aanpak door de bestuursrechters en het feit dat het beklaagde optreden onderdeel was van een breder gevoerd beleid, niet van de eigen beslissingen van een of enkele ambtenaren.[24] De ambtenaren delen daarom in de immuniteit van de Staat. Voor vervolging uit hoofde van eigen daderschap bestaat geen grond. Reeds daarom moet het beklag ongegrond worden verklaard.

3.12 De Staat zal hierna toelichten dat, op basis van de door klagers naar voren gebrachte feiten en omstandigheden en al hetgeen daarover reeds is onderzocht, ook geen verdenkingen van strafbare feiten kunnen worden vastgesteld. Ook daarom is het beklag ongegrond.

---

19 Gerechtshof 's-Gravenhage 12 december 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY6448, r.o. 7.1.2 (*Otapan*).

20 Rapport AUT, *Omzien in verwondering 2*, p. 19: "Het optreden van Toeslagen bij de bestrijding van fraude en georganiseerd misbruik, zoals in het CAF 11-dossier, vormde een antwoord op de roep in politiek en publieke opinie om een stevige fraudebestrijding."

21 Ook klagers zien geen aanwijzing voor "verrijking" van ambtenaren: klaagschrift van 6 april 2021, p. 33.

22 Klaagschrift van 6 april 2021, p. 33.

23 Verslag van de advocaat-generaal 11 juni 2021, p. 22. Evenals de advocaat-generaal is de Staat er niet mee bekend of de aangifte tegen de bewindspersonen is gedaan namens (deels) dezelfde betrokkenen.

24 Vgl. PGHR 24 februari 2021, *Aangifte tegen bewindspersonen in de Toeslagenaffaire*, p. 81: "De toeslagenaffaire is niet een ramp doordat een minister of staatssecretaris tekortschiet in de naleving van wetten/grondwet die tot de uitvoering van zijn/haar taak hoort, maar is volgens de stukken die aan de aangifte ten grondslag liggen, voltrokken door regelgeving die weinig ruimte liet voor evenredigheid, een sterke gerichtheid op fraudebestrijding en een cumulatie van beleidskeuzes van verschillende ministers en staatssecretarissen in een situatie van beperkt zicht op wat zich in de werkelijkheid van getroffen ouders voltrekt."

4 De strafbare feiten waarop het beklag is gericht

4.1 Evenals uw hof zal de Staat het klaagschrift en het aanvullend klaagschrift beschouwen als één beklag. Dat beklag ziet op een viertal strafbare feiten:

- Beroepsmatige discriminatie (art. 137g en 429quater Sr);
- Knevelarij (art. 366 Sr);
- Dwang door misbruik van gezag (art. 365 Sr);
- Lasterlijke aanklacht (art. 268 Sr).

De Staat zal op ieder van de door klagers aangedragen strafbare feiten apart ingaan.

4.2 Beroepsmatige discriminatie

4.2.1 Klagers stellen dat er een verdenking is van beroepsmatige discriminatie als strafbaar gesteld in de artikelen 137g lid 1 Sr en 429quater lid 1 Sr. Artikel 137g lid 1 Sr stelt als misdrijf strafbaar het in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf opzettelijk discrimineren van personen wegens hun ras. Artikel 429quater lid 1 Sr betreft een overtreding en stelt (zonder het vereiste van opzet) strafbaar het in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf discrimineren van personen wegens onder meer hun ras. Voor de toepassing van beide bepalingen is artikel 90quater Sr van belang, waarin de strafrechtelijke definitie van discriminatie is gegeven, te weten: elke vorm van onderscheid, uitsluiting, beperking of voorkeur die ten doel heeft of ten gevolge kan hebben dat de erkenning, het genot of de uitoefening op voet van gelijkheid van (kort gezegd) fundamentele rechten wordt teniet gedaan of aangetast.

4.2.2 Het openbaar ministerie heeft in de sepotbeslissing op goede gronden geconcludeerd dat geen verdenking kan worden vastgesteld van beroepsmatige discriminatie, omdat de verwerking van de nationaliteit van aanvragers alleen een verhoogde kans meebracht op selectie voor controle. Dat kan naar het oordeel van het openbaar ministerie niet worden beschouwd als handelen dat tot doel of tot gevolg kan hebben dat mensenrechten of fundamentele vrijheden worden aangetast (in de zin van artikel 90quater Sr).[25] In zijn requisitoir heeft de advocaat-generaal bovendien tot uitdrukking gebracht dat geen sprake is van discriminatie op grond van ras, zodat ook daarom geen sprake is van strafbare discriminatie.[26]

Rapport Autoriteit Persoonsgegevens

4.2.3 Klagers onderbouwen hun standpunt dat sprake is van een verdenking van beroepsmatige discriminatie door te wijzen op twee door de Autoriteit Persoonsgegevens (hierna: 'AP') als discriminerend en daarmee onbehoorlijk aangemerkte verwerkingen. Het beklag heeft derhalve betrekking op 1) de verwerking

[25] Sepotbeslissing van 7 januari 2021 naar aanleiding van de aangifte van de staatssecretarissen, p. 12-13.
[26] Verslag van de advocaat-generaal 11 juni 2021, p. 11-12.

van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag in het 'risicoclassificatiemodel'; en 2) de verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag voor de aanpak van georganiseerde fraude.

4.2.4 Voor de feitelijke onderbouwing van hun klacht over beroepsmatige discriminatie verwijzen klagers naar het rapport 'Belastingdienst/Toeslagen - De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag' van de AP.[27] In dat rapport heeft de AP verschillende verwerkingen van nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag door de Belastingdienst/Toeslagen (hierna: 'Toeslagen') beoordeeld. De AP heeft de rechtmatigheid van de verwerkingen beoordeeld (gelet op artikel 5, lid 1, sub a AVG jo. artikel 6 lid 1 AVG), alsook de behoorlijkheid ervan (als bedoeld in artikel 5, lid 1, sub a AVG). Het beginsel van een behoorlijke verwerking houdt in dat verwerkingen niet in strijd mogen zijn met fundamentele rechtsbeginselen, waaronder het discriminatieverbod.[28]

4.2.5 Volledigheidshalve merkt de Staat op dat de AP een ander toetsingskader hanteert dan de strafrechter.[29] De vraag of een verwerking onbehoorlijk is omdat deze in strijd is met het discriminatieverbod zoals dat is neergelegd in onder meer artikel 26 van het IVBPR, artikel 1 van Protocol nr. 12 bij het EVRM en artikel 1 van de Grondwet, is een andere dan de vraag of daarmee ook een (opzettelijk) onderscheid is gemaakt op basis van ras, zoals strafbaar gesteld in de artikelen 137g en 429quater Sr. Daarmee wil de Staat vanzelfsprekend niet afdoen aan de bevindingen van de AP. De staatssecretaris heeft die bevindingen eerder zeer ernstig genoemd, heeft de conclusies van de AP onderschreven en heeft excuses aangeboden.[30] Dat betekent echter nog niet dat die bevindingen ook een verdenking van een strafbaar feit opleveren; dat vergt een andere beoordeling.

4.2.6 De AP stelt bij de beoordeling van de behoorlijkheid voorop dat geen van de beschreven verwerkingen aanleiding geven om een indirect verband aan te nemen tussen nationaliteit en ras of etnische afkomst. De AP heeft niet kunnen vaststellen dat het gebruik van nationaliteit door Toeslagen tot doel had om onderscheid te maken naar ras of etnische afkomst. Evenmin heeft de AP kunnen vaststellen dat de verwerkingen op een voor Toeslagen voorzienbare wijze leidden tot onderscheid naar ras of etnische afkomst. De verwerkingen zijn daarmee niet te kwalificeren als rassendiscriminatie, aldus de AP.[31] De AP heeft vervolgens onderzocht of bij de verwerkingen van nationaliteit een redelijke en objectieve rechtvaardiging bestond voor het maken van onderscheid op basis van nationaliteit. Ten aanzien van de twee voornoemde verwerkingen – op grond waarvan ook het beklag is onderbouwd – komt

---

27 Onderzoeksrapport van de AP van 16 juli 2020, z2018-22445.
28 Vgl. Rapport AP, *De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag*, p. 47.
29 Zie voor het beoordelingskader van de AP: rapport AP, *De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag*, p. 48.
30 *Kamerstukken II* 2019/20, 31 066, nr. 683, p. 1 en *Kamerstukken II* 2021/22, 31 066, nr. 936, p. 2.
31 Zie: Rapport AP, *De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag*, p. 48 en p. 36-38.

de AP tot de conclusie dat sprake is van discriminerende en daarmee onbehoorlijke verwerkingen.[32]

> Bij directe rassendiscriminatie wordt expliciet onderscheid gemaakt naar etniciteit of etnische afkomst. Bij indirecte rassendiscriminatie wordt onderscheid gemaakt op grond van een ander kenmerk, bijvoorbeeld nationaliteit, waarmee in feite uitsluitend of in overwegende mate personen van een bepaald ras worden getroffen.[33]

4.2.7 Het openbaar ministerie is tot de conclusie gekomen dat de betreffende twee verwerkingen geen verdenking kunnen opleveren van (opzettelijke) beroepsmatige discriminatie als strafbaar gesteld in de artikelen 137g lid 1 Sr en 429quater lid 1 Sr. De Staat merkt daarover het volgende op.

Geen (opzettelijke) discriminatie wegens ras

4.2.8 Artikel 137g lid 1 Sr stelt opzettelijke discriminatie in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf (hierna ook: 'beroepsmatige discriminatie') wegens ras strafbaar als misdrijf. De overtreding van artikel 429quater lid 1 Sr betreft beroepsmatige discriminatie, zonder het vereiste van opzet, wegens ras, godsdienst, levensovertuiging, geslacht of hetero- of homoseksuele gerichtheid.

4.2.9 De door de AP omschreven verwerkingen betreffen geen onderscheid op grond van ras, godsdienst, levensovertuiging, geslacht of hetero- of homoseksuele gerichtheid. Het onderscheid had betrekking op nationaliteit. Daarbij ging het om het (niet-)Nederlanderschap als onderscheidend kenmerk en bij de casus Beilen en Arena, (alsook bij de 'Roemeense casus'[34]) om een specifieke andere nationaliteit als onderscheidend kenmerk.

4.2.10 Een onderscheid op basis van nationaliteit kan onder omstandigheden een onderscheid meebrengen naar ras. Het begrip 'ras' wordt in het strafrecht breder uitgelegd dan in het normale spraakgebruik, in navolging van de uitleg die aan dit begrip is gegeven in het Internationaal verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (IVUR), welk verdrag heeft geleid tot de invoering van onder meer artikel 429quater Sr.[35] In artikel 1 lid 1 IVUR wordt onder 'rassendiscriminatie' mede verstaan een onderscheid op grond van huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming.

4.2.11 De advocaat-generaal concludeert dat het onderscheid op basis van nationaliteit geen (indirect) onderscheid op basis van ras betreft, waarom overtreding van artikel 137g

---

[32] Rapport AP, *De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag*, p. 49-53.
[33] HR 13 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6191, r.o. 3.5.1-3.5.3.
[34] Sepotbeslissing van 7 januari 2021 naar aanleiding van de aangifte van de staatssecretarissen, p. 11.
[35] Zie bijvoorbeeld: HR 29 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:510, r.o. 3.4 en gerechtshof Den Haag 4 september 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1606, r.o. 8.3.

Sr[36] – dat alleen discriminatie op grond van ras strafbaar stelt – niet aan de orde is.[37] Hij volgt daarin de beoordeling door de AP.

4.2.12 Als hiervoor (randnummer 4.2.6) gezegd, is de AP tot het oordeel gekomen – onder verwijzing naar onder meer het IVUR – dat de verschillende verwerkingen van nationaliteit door Toeslagen geen aanleiding geven die te kwalificeren als (directe noch indirecte) *rassen*discriminatie.[38] De AP overweegt daartoe dat nationaliteit op zichzelf niet kan worden gekwalificeerd als een gegeven waaruit ras of etnische afkomst blijkt, omdat er geen direct verband bestaat tussen de nationaliteit en het ras of de etnische afkomst van een persoon.[39] Voorts constateert de AP dat de verwerking van nationaliteit tot doel had – ook in de casus Arena en de casus Beilen – om de homogeniteit van onderzoekspopulaties te bepalen, maar niet om onderscheid te maken naar ras of etnische afkomst.[40] Op grond van de door klagers aangedragen feiten is aldus niet aannemelijk geworden dat de verwerkingen van nationaliteit leidden tot een (indirect) onderscheid op basis van ras. Ook anderszins is niet gebleken dat de intentie heeft bestaan om door het verwerken van nationaliteit een onderscheid te maken naar ras of etnische afkomst. Reeds daarom is een verdenking van artikel 137g en/of artikel 429quater niet aan de orde.

> In de sepotbeslissing van 7 januari 2021 concludeert de officier van justitie dat het hanteren van de categorie 'niet-Nederlands' niet tot gevolg heeft dat "in overwegende mate personen met de overeenkomstige specifieke afkomst en etniciteit" worden betrokken.[41] Daarvoor is de categorie 'niet-Nederlands' (veel) te ruim.[42] De officier van justitie lijkt in die beslissing van 7 januari 2021 ten aanzien van de casus Arena en Beilen wel aan te nemen dat het onderscheid op basis van (één) nationaliteit betekent dat sprake is van indirect onderscheid op basis van ras.[43] Hij overweegt evenwel dat dit onderscheid niet valt onder de definitie van discriminatie in strafrechtelijke zin, omdat er geen aanwijzingen zijn dat het uitvoeren van de query's en quickscans tot doel hadden om mensenrechten en fundamentele vrijheden aan te tasten in de zin van artikel 90quater Sr (zie daarover hierna). De advocaat-generaal komt echter, met de AP, tot de conclusie dat de verwerking van nationaliteit bij query's en quickscans niet tot doel had onderscheid te maken op basis van ras, zodat (ook) geen sprake was van indirecte rassendiscriminatie.

---

36 Hetzelfde zal hebben te gelden voor artikel 429quater Sr, dat naast ras, ook discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, geslacht of hetero- of homoseksuele gerichtheid. Een (indirect) onderscheid op een van die andere gronden is hier hoe dan ook niet aan de orde.

37 Requisitoir advocaat-generaal 24 november 2021, p. 11-12 en zie ook verslag van de advocaat-generaal 11 juni 2021, p. 9-10.

38 Rapport AP, *De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag*, p. 36-38 en 48.

39 Rapport AP, *De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag*, p. 36. De AP wijst er daarbij op dat er landen zijn die toestaan dat onderdanen gelijktijdig meerdere nationaliteiten hebben, maar ook landen waarvan de nationaliteit van rechtswege vervalt bij het verkrijgen van een vreemde nationaliteit. Evenals landen die in het geheel niet toestaan dat afstand wordt gedaan van een nationaliteit en landen die dat wel toestaan.

40 Rapport AP, *De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag*, p. 38.

41 Sepotbeslissing van 7 januari 2021 naar aanleiding van de aangifte van de staatssecretarissen, p. 12.

42 Vgl. memo mr. H.J.Th. Biemond 19 mei 2020, p. 28-30 en de daar aangehaalde jurisprudentie.

43 Zie sepotbeslissing van 7 januari 2021 naar aanleiding van de aangifte van de staatssecretarissen, p. 12.

> In feite gaat het erom dat, ook al zouden de verwerkingen op grond van nationaliteit moeten worden aangemerkt als discriminatie wegens ras, er geen aanwijzingen bestaan dat het (voorwaardelijk) opzet van (medewerkers van) Toeslagen op beroepsmatige discriminatie – op het maken van een onderscheid met als doel of potentieel gevolg het aantasten of tenietdoen van de erkenning, het genot of de uitoefening van fundamentele rechten als bedoeld in artikel 90quater Sr – was gericht. Het gemaakte onderscheid op grond van nationaliteit had immers niet tot doel, laat staan dat het opzet daarop was gericht, te *discrimineren* naar ras, dat wil zeggen vanwege dat onderscheid te kwetsen of te krenken (zie ook na randnummer 4.2.14).[44]

4.2.13 Slotsom van het voorgaande is dat (i) het gebruik van (niet-)Nederlanderschap als indicator binnen het risicoclassificatiemodel, (ii) het periodiek uitvragen van de nationaliteiten van alle aanvragers van toeslagen, (iii) het naar aanleiding van een fraudesignaal uitvragen van informatie waaronder de (tweede) nationaliteit van aanvragers en (iv) het in twee gevallen uitvragen van gegevens over aanvragers met een specifieke nationaliteit naar het oordeel van de Staat niet kunnen leiden tot een vervolging op grond van artikel 137g lid 1 of artikel 429quater lid 1 Sr.

Geen discriminatie in de zin van artikel 90quater Sr

4.2.14 Wellicht ten overvloede gaat de Staat nog in op de stelling van klagers dat ook de grotere kans te worden onderworpen aan een controle maakt dat sprake is van discriminatie in de zin van artikel 90quater Sr. In dat verband is van belang dat de vraag of de verwerkingen ook discriminatie opleveren in de zin van de artikelen 137g lid 1 en/of artikel 429quater lid 1 Sr, een andere is dan de beoordeling van de AP of sprake is geweest van een onbehoorlijke verwerking in de zin van artikel 5, lid 1, sub a van de AVG wegens strijd met het discriminatieverbod zoals neergelegd in onder meer artikel 1 Grondwet, artikel 1 Twaalfde Protocol bij het EVRM en artikel 26 IVBPR.

4.2.15 Voor de betekenis van het bestanddeel discrimineren in artikel 137g en artikel 429quater Sr is de strafrechtelijke definitie van discriminatie bepalend zoals neergelegd in artikel 90quater Sr. Artikel 90quater Sr luidt:

> "Onder discriminatie of discrimineren wordt verstaan elke vorm van onderscheid, elke uitsluiting, beperking of voorkeur, die ten doel heeft of ten gevolge kan hebben dat de erkenning, het genot of de uitoefening op voet van gelijkheid van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden op

---

[44] Vgl. A.J. Machielse in: Noyon/Langemeijer/Remmelink (red.), *Wetboek van Strafrecht*, artikel 429quater, aant. 4. Vgl. voorts: HR 17 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4269, *NJ* 2002, 548, r.o. 3.4.: "Het Hof heeft aldus geoordeeld dat de door de verdachte getroffen maatregel, hoewel ogenschijnlijk neutraal, in feite personen van een bepaalde groep betrof – te weten personen van niet-Nederlandse afkomst die in het vertrekcentrum verbleven – doch tevens dat het verschil in behandeling kon worden verklaard door objectief gerechtvaardigde factoren die geen verband hielden met discriminatie op een bepaalde grond, terwijl de verdachte in redelijkheid geen alternatieve maatregel ten dienste stond." De omstandigheid dat men in dit geval volgens de AP voor een minder ingrijpend onderscheid had kunnen kiezen, waardoor niet is voldaan aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit, maakt nog niet dat het onderscheid verband hield met discriminatie op grond van ras.

> politiek, economisch, sociaal of cultureel terrein of op andere terreinen van het maatschappelijk leven, wordt teniet gedaan of aangetast."

4.2.16 Het openbaar ministerie kwam in de sepotbeslissing van 7 januari 2021 tot de conclusie dat van een strafbaar onderscheid geen sprake was: "De grotere kans om gecontroleerd te worden, leidde immers niet tot een aantasting van het recht op gelijke behandeling bij de inhoudelijke beoordeling van het recht op kinderopvangtoeslag."[45] Het onderscheid op basis van nationaliteit kon inderdaad een grotere kans op controle met zich brengen – die vaststelling bracht de AP steeds tot het oordeel dat sprake was van discriminerende verwerkingen[46] – maar er zijn geen aanwijzingen dat bij die controle ook sprake is geweest van een andere behandeling van personen met een niet-Nederlandse nationaliteit. Iedereen die gecontroleerd werd, werd onderworpen aan dezelfde controle.

4.2.17 Klagers stellen dat reeds het worden onderworpen aan controle, los van de beoordeling van de aanspraak op toeslag, raakt aan een fundamenteel recht: het recht op eerbiediging van het privé- en familieleven als gewaarborgd in artikel 8 EVRM. Klagers erkennen dat voor de controle een wettelijke grondslag bestaat, zodat deze gerechtvaardigd kan zijn op grond van artikel 8 lid 2 EVRM en geen ontoelaatbare inbreuk hoeft mee te brengen op het recht op privé- en familieleven. Die controle dient dan wel plaats te vinden zonder dat het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM wordt geschonden, zo stellen klagers, ook als een schending van artikel 8 EVRM zelf zich niet voordoet.

> Artikel 14 EVRM houdt in dat het genot van de overige in het EVRM gewaarborgde rechten en vrijheden moet worden verzekerd zonder daarin een discriminatoir onderscheid te maken. Artikel 14 EVRM waarborgt dat het genot van de overige EVRM-rechten plaatsvindt op voet van gelijkheid.

4.2.18 Klagers gaan er daarmee aan voorbij dat een eerste selectie voor interne controle weliswaar mede kon plaatsvinden op basis van nationaliteit (door toekenning van een hogere risicoscore binnen het risicoclassificatiemodel, door verwerking van nationaliteit in periodieke overzichten of door het uitvragen van query's op basis van nationaliteit of waarin nationaliteit werd verwerkt), maar dat aan het opvragen van informatie op grond van artikel 18 Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir) een beslissing vooraf ging die was gebaseerd op het resultaat van de eerdere interne controle. Die beslissing werd dus genomen op basis van andere criteria dan de nationaliteit van de onderzochte persoon.[47] Het opvragen van die informatie gebeurde daarom niet op een wijze die zich niet verdraagt met artikel 14 EVRM.

---

[45] Sepotbeslissing van 7 januari 2021 naar aanleiding van de aangifte van de staatssecretarissen, p. 14.
[46] Rapport AP, *De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag*, p. 49, 51 en 52, telkens onder het kopje 'Nadeel'.
[47] Vgl. inzake CAF-11: rapport AUT, *Omzien in verwondering 1*, p. 12 (par. 2.1.1).

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 Pleitnota 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 Valkenburg, 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