



A/29-11-2022

TER BESLISSING

Aan

de staatssecretaris van Financiën – Toeslagen en Douane
de staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst

Directie Juridische Zaken

Persoonsgegevens

nota

Gewijzigde beantwoording vragen in kader van de
beklagprocedure na een schriftelijk overleg

Datum

25 november 2022

Notanummer

2022-0000288806

Bijlagen

1. Gewijzigde beantwoording
2. Kamerbrief
3. Openbaar te maken
stukken + inventarislijst

Aanleiding

De vaste Kamercommissie voor Financiën heeft na een schriftelijk overleg vragen gesteld naar aanleiding van de uitspraak in de beklagprocedure van het gerechtshof Den Haag van 13 juli 2022. Met deze nota wordt de (beperkt) gewijzigde beantwoording op verzoek van stas TD aan u beiden voorgelegd.

Beslispunten

- (1) Gaat u (beiden) akkoord met de (gewijzigde) beantwoording van de vragen? Zo ja, dan wordt u (stas TD) gevraagd de bijgevoegde Kamerbrief te ondertekenen.
- (2) Graag uw (beiden) akkoord voor het openbaar maken van bijgevoegde stukken, de eerdere nota en de nu voorliggende nota, conform de beleidslijn Actieve openbaarmaking nota's. Omlijnde delen worden voorafgaand aan openbaarmaking onzichtbaar gemaakt.

akkoord.

Kernpunten

- De staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst heeft de Kamerbrief reeds ondertekend na zijn akkoord op de eerder voorgelegde beantwoording.
- Met de beantwoording worden in dit specifieke geval en bij hoge uitzondering onder meer twee processtukken uit een (besloten) strafrechtelijke procedure openbaar gemaakt.

Toelichting

- In de beantwoording is waar relevant aangegeven dat het de *toenmalige* staatssecretarissen van Financiën betreft.
- In de beantwoording is opgenomen dat een afschrift van de brief aan het gerechtshof Den Haag van 30 mei 2022 naar aanleiding van de Kamerbrief over de *Fraude signalering Voorziening* aan zowel de advocaat van klagers als de advocaat-generaal is gestuurd. Dit strookt met het feit dat – zoals ook in de beantwoording is opgenomen – het ministerie van Financiën noch de Belastingdienst gedurende de periode dat het Openbaar Ministerie onderzoek deed naar aanleiding van de aangifte van de toenmalige staatssecretarissen van Financiën aanvullende informatie¹ met het Openbaar Ministerie heeft

¹ Aanvullend ten opzichte van de gedane aangifte en de daarbij aan het Openbaar Ministerie overgelegde stukken.

gedeeld. Het is gangbaar om processtukken aan alle betrokken partijen toe te zenden.

- Na een check in de beantwoording op de verwijzingen naar bijlagen is een enkele voetnoot gewijzigd en zijn enkele voetnoten toegevoegd.
- In de openbaar te maken stukken is gelakt op de grond 'persoonsgegevens'.

Communicatie & politiek/bestuurlijke context

Niet van toepassing.

Informatie die niet openbaar gemaakt kan worden

Niet van toepassing.

Doc. nr.	Datum	Naam document
1	15-11-2022	Nota-stasTD-Beantwoording vragen in kader van de beklagprocedure na een schriftelijk overleg
2	15-11-2022	Nota-stasFB-Beantwoording vragen in kader van de beklagprocedure na een schriftelijk overleg
3	20-4-2022	Bijlage 1 - Schriftelijke reactie Landsadvocaat op beklag ex artikel 12 Sv
4	30-5-2022	Bijlage 2 - Brief aan Gerechtshof Den Haag: Aanvulling t.b.v. beklagprocedure



A 24-11-2022

TER BESLISSING

Aan

de staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst
de staatssecretaris van Financiën – Toeslagen en Douane

Directie Juridische Zaken

Persoonsgegevens

nota

Beantwoording vragen in kader van de beklagprocedure
na een schriftelijk overleg

Datum

15 november 2022

Notanummer

2022-0000279585

Bijlagen

1. Kamerbrief
2. Beantwoording vragen
3. Schriftelijke reactie
d.d. 12 april 2022
4. Brief gerechtshof
Den Haag d.d. 30 mei 2022

Aanleiding

De vaste Kamercommissie voor Financiën heeft na een schriftelijk overleg vragen gesteld naar aanleiding van de uitspraak in de beklagprocedure van het gerechtshof Den Haag van 13 juli 2022. Met deze nota wordt de beantwoording aan u voorgelegd.

Beslispunten

- (1) Gaat u akkoord met het openbaar maken van (i) de schriftelijke reactie op het beklagschrift en (ii) de brief aan het gerechtshof Den Haag over de Kamerbrief waarin institutioneel racisme is erkend?
- (2) Gaat u akkoord met de beantwoording van de vragen? Zo ja, dan wordt u gevraagd de bijgevoegde Kamerbrief te ondertekenen.
- (3) Graag uw akkoord voor het openbaar maken van de nu voorliggende nota, conform de beleidslijn Actieve openbaarmaking nota's.

afgehandeld
zie opm

Kernpunten

- Een deel van de vragen ligt op het terrein van AZ dan wel JenV. Voor zover de vragen op het terrein van AZ dan wel JenV liggen is de beantwoording door deze departementen aangeleverd. Omdat de vragen deels op het terrein van AZ en JenV liggen is ambtelijk voorgesteld om de beantwoording mede namens uw ambtgenoten bij AZ en JenV te ondertekenen. AZ heeft ambtelijk aangegeven geen aanleiding hiervoor te zien. JenV zal het stuk, met de vraag om mede namens te ondertekenen, voorleggen aan hun minister.
- De reactietermijn voor de beantwoording loopt 23 november as. af.

Toelichting

Advies openbaar maken stukken

- Het lid Omtzigt vraagt 'de correspondentie en communicatie tussen OM en de Belastingdienst en/of het kabinet alsmede correspondentie met en adviezen van de landsadvocaat – waaronder mede begrepen documenten, verslagen en rapporten – over de vervolging van beroepsmatige discriminatie en knevelarij ter beschikking stellen' openbaar te maken.
- Het kantoor van de landsadvocaat heeft het ministerie van Financiën vertegenwoordigd in de beklagprocedure. Gedurende de (voorbereiding op de) beklagprocedure heeft de landsadvocaat verscheidene procesadviezen gegeven. Deze zullen niet openbaar worden gemaakt. Dit is in overeenstemming met de lijn van het kabinet om procesadviezen niet

openbaar te maken, omdat inzicht door derden in de onderbouwing van de van de procespositie van de Staat ondermijnend kan zijn voor de (proces)belangen van de Staat.

- Het ministerie van Financiën heeft twee stukken ingebracht in de procedure:
 - (a) Met de schriftelijke reactie van 12 april 2022 is invulling gegeven aan de door het gerechtshof Den Haag geboden mogelijkheid te reageren op het in het beklag gedane verzoek en de gronden waarop dat berust.
 - (b) Het gerechtshof Den Haag heeft op 30 mei 2022 een schriftelijke toelichting ontvangen op de Kamerbrief van 30 mei 2022 over nadere verzoeken Fraude signalering Voorziening en waarin institutioneel racisme is erkend.
- Deze in de beklagprocedure gebrachte stukken vallen onder het verzoek van het lid Omtzigt. Gedurende de beklagprocedure heeft het lid Omtzigt ook al eens verzocht om openbaarmaking van stuk (b). Dat verzoek is toentertijd afgewezen, onder meer omdat het een processtuk uit een (toen nog) lopende strafrechtelijke procedure betrof.
- Met de uitspraak van 13 juli 2022 is de beklagprocedure ten einde gekomen. Overigens is het wel mogelijk dat een andere ouder ten aanzien van dezelfde problematiek aangifte doet in een ander arrondissement, waarbij eventueel een ander gerechtshof zich wederom zou moeten uitlaten in een artikel 12 Sv-beklagprocedure. In dat geval kan dit vraagstuk onverminderd actueel worden.
- **Niettemin wordt u geadviseerd de genoemde stukken onder (a) en (b) openbaar te maken.** De beleidslijn actieve openbaarmaking bepaalt dat tot openbaarmaking van processtukken kan worden overgegaan indien na afloop van een gerechtelijke procedure het procesbelang daaraan niet meer in de weg staat, tenzij een (ander) belang van de staat zich daartegen verzet. Voor de betreffende stukken geldt voorts dat de openbaarmaking een onderstreping is van de gekozen lijn om stukken die gerelateerd zijn aan de kinderopvangtoeslag zo veel als mogelijk openbaar te maken.
- Overigens geven de stukken een volledige onderbouwing van het standpunt van de Staat in de voornoemde procedure. Deze stukken zijn reeds gedeeld met de wederpartij en de rechter. In de media is ook al gerefereerd aan de inhoud van de stukken, al zijn ze daar niet integraal gepubliceerd. Er is geen aanleiding om passages in de stukken te lakken.

Overig

- Enkele vragen liggen op het terrein van JenV dan wel AZ. De antwoorden op deze vragen zijn door die respectievelijke departementen aangeleverd en overgenomen in de beantwoording. Het gaat om:
 - Voor JenV: de vragen die betrekking hebben op het Openbaar Ministerie en opsporingsonderzoek, rechtsongelijkheid en immuniteit;
 - Voor AZ: de vragen die gaan over het archiveren van chatberichten.
- Enkele vragen van het lid Omtzigt zijn door hem al eerder gesteld en ook beantwoord. Bij de nu voorliggende beantwoording van deze vragen is aangesloten bij de eerdere beantwoording.

Communicatie

Niet van toepassing.

Politiek/bestuurlijke context

- De beklagprocedure heeft tot onrust geleid bij ambtenaren van de betrokken organisatieonderdelen. Ook politiek is er aandacht geweest voor de uitspraak van het Hof Den Haag. Hoewel die uitspraak de eerdere beslissing van het Openbaar Ministerie bevestigde – namelijk om geen vervolging in te stellen voor de strafbare feiten waarvan aangifte was gedaan – valt niet uit te sluiten dat er in de toekomst wederom aangifte wordt gedaan.
- Met het oog op een goede functiescheiding blijft het van belang dat JenV eventuele vragen over het Openbaar Ministerie beantwoordt. Financiën heeft daar de kennis en de contacten niet voor en als onderwerp van een eventuele procedure zou het staatsrechtelijk ook niet passen dat Financiën zich in antwoord op Kamervragen uitlaat over het handelen van het Openbaar Ministerie.

Informatie die niet openbaar gemaakt kan worden

Niet van toepassing.



TER BESLISSING

Aan

de staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst
de staatssecretaris van Financiën – Toeslagen en Douane


Directie Juridische Zaken

Persoonsgegevens

nota

Beantwoording vragen in kader van de beklagprocedure
na een schriftelijk overleg

Datum

15 november 2022

Notanummer

2022-0000279585

Bijlagen

1. Kamerbrief
2. Beantwoording vragen
3. Schriftelijke reactie
d.d. 12 april 2022
4. Brief gerechtshof
Den Haag d.d. 30 mei 2022

Aanleiding

De vaste Kamercommissie voor Financiën heeft na een schriftelijk overleg vragen gesteld naar aanleiding van de uitspraak in de beklagprocedure van het gerechtshof Den Haag van 13 juli 2022. Met deze nota wordt de beantwoording aan u voorgelegd.

Beslispunten

- (1) Gaat u akkoord met het openbaar maken van (i) de schriftelijke reactie op het beklagschrift en (ii) de brief aan het gerechtshof Den Haag over de Kamerbrief waarin institutioneel racisme is erkend?
- (2) Gaat u akkoord met de beantwoording van de vragen? Zo ja, dan wordt u gevraagd de bijgevoegde Kamerbrief te ondertekenen.
- (3) Graag uw akkoord voor het openbaar maken van de nu voorliggende nota, conform de beleidslijn Actieve openbaarmaking nota's.

23. 11. 22

Akkoord

Me

Kernpunten

- Een deel van de vragen ligt op het terrein van AZ dan wel JenV. Voor zover de vragen op het terrein van AZ dan wel JenV liggen is de beantwoording door deze departementen aangeleverd. Omdat de vragen deels op het terrein van AZ en JenV liggen is ambtelijk voorgesteld om de beantwoording mede namens uw ambtgenoten bij AZ en JenV te ondertekenen. AZ heeft ambtelijk aangegeven geen aanleiding hiervoor te zien. JenV zal het stuk, met de vraag om mede namens te ondertekenen, voorleggen aan hun minister.
- De reactietermijn voor de beantwoording loopt 23 november as. af.

Toelichting

Advies openbaar maken stukken

- Het lid Omtzigt vraagt 'de correspondentie en communicatie tussen OM en de Belastingdienst en/of het kabinet alsmede correspondentie met en adviezen van de landsadvocaat – waaronder mede begrepen documenten, verslagen en rapporten – over de vervolging van beroepsmatige discriminatie en knevelarij ter beschikking stellen' openbaar te maken.
- Het kantoor van de landsadvocaat heeft het ministerie van Financiën vertegenwoordigd in de beklagprocedure. Gedurende de (voorbereiding op de) beklagprocedure heeft de landsadvocaat verscheidene procesadviezen gegeven. Deze zullen niet openbaar worden gemaakt. Dit is in overeenstemming met de lijn van het kabinet om procesadviezen niet

openbaar te maken, omdat inzicht door derden in de onderbouwing van de van de procespositie van de Staat ondermijnend kan zijn voor de (proces)belangen van de Staat.

- Het ministerie van Financiën heeft twee stukken ingebracht in de procedure:
 - || (a) Met de schriftelijke reactie van 12 april 2022 is invulling gegeven aan de door het gerechtshof Den Haag geboden mogelijkheid te reageren op het in het beklag gedane verzoek en de gronden waarop dat berust.
 - || (b) Het gerechtshof Den Haag heeft op 30 mei 2022 een schriftelijke toelichting ontvangen op de Kamerbrief van 30 mei 2022 over nadere verzoeken Fraude signalering Voorziening en waarin institutioneel racisme is erkend.
- || • Deze in de beklagprocedure gebrachte stukken vallen onder het verzoek van het lid Omtzigt. Gedurende de beklagprocedure heeft het lid Omtzigt ook al eens verzocht om openbaarmaking van stuk (b). Dat verzoek is toentertijd afgewezen, onder meer omdat het een processtuk uit een (toen nog) lopende strafrechtelijke procedure betrof.
- || • Met de uitspraak van 13 juli 2022 is de beklagprocedure ten einde gekomen. Overigens is het wel mogelijk dat een andere ouder ten aanzien van dezelfde problematiek aangifte doet in een ander arrondissement, waarbij eventueel een ander gerechtshof zich wederom zou moeten uitlaten in een artikel 12 Sv-beklagprocedure. In dat geval kan dit vraagstuk onverminderd actueel worden.
- || • **Niettemin wordt u geadviseerd de genoemde stukken onder (a) en (b) openbaar te maken.** De beleidslijn actieve openbaarmaking bepaalt dat tot openbaarmaking van processtukken kan worden overgegaan indien na afloop van een gerechtelijke procedure het procesbelang daaraan niet meer in de weg staat, tenzij een (ander) belang van de staat zich daartegen verzet. Voor de betreffende stukken geldt voorts dat de openbaarmaking een onderstreping is van de gekozen lijn om stukken die gerelateerd zijn aan de kinderopvangtoeslag zo veel als mogelijk openbaar te maken.
- || • Overigens geven de stukken een volledige onderbouwing van het standpunt van de Staat in de voornoemde procedure. Deze stukken zijn reeds gedeeld met de wederpartij en de rechter. In de media is ook al gerefereerd aan de inhoud van de stukken, al zijn ze daar niet integraal gepubliceerd. Er is geen aanleiding om passages in de stukken te lakken.

Overig

- Enkele vragen liggen op het terrein van JenV dan wel AZ. De antwoorden op deze vragen zijn door die respectievelijke departementen aangeleverd en overgenomen in de beantwoording. Het gaat om:
 - || ○ Voor JenV: de vragen die betrekking hebben op het Openbaar Ministerie en opsporingsonderzoek, rechtsongelijkheid en immunititeit;
 - || ○ Voor AZ: de vragen die gaan over het archiveren van chatberichten.
- Enkele vragen van het lid Omtzigt zijn door hem al eerder gesteld en ook beantwoord. Bij de nu voorliggende beantwoording van deze vragen is aangesloten bij de eerdere beantwoording.

Communicatie

Niet van toepassing.

Politiek/bestuurlijke context

- De beklagprocedure heeft tot onrust geleid bij ambtenaren van de betrokken organisatieonderdelen. Ook politiek is er aandacht geweest voor de uitspraak van het Hof Den Haag. Hoewel die uitspraak de eerdere beslissing van het Openbaar Ministerie bevestigde – namelijk om geen vervolging in te stellen voor de strafbare feiten waarvan aangifte was gedaan – valt niet uit te sluiten dat er in de toekomst wederom aangifte wordt gedaan.
- Met het oog op een goede functiescheiding blijft het van belang dat JenV eventuele vragen over het Openbaar Ministerie beantwoordt. Financiën heeft daar de kennis en de contacten niet voor en als onderwerp van een eventuele procedure zou het staatsrechtelijk ook niet passen dat Financiën zich in antwoord op Kamervragen uitlaat over het handelen van het Openbaar Ministerie.

Informatie die niet openbaar gemaakt kan worden

Niet van toepassing.

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 leidinggevend 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 meeneed (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 directies⁶, 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 2021⁷, 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 huidige ambtelijk leidinggevend(en) 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 ambtenaren⁸ 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 leidinggevend(en) 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 leidinggevend(en)”. Direct daarop leggen klagers dit uit als: “de Belastingdienst, afdeling Toeslagen, alsmede verantwoordelijke medewerkers en leidinggevend(en) 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 specifiek 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:

“(leidinggevend 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 leidinggevend 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 Immunititeit 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.

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

3.5 Ook aan ambtenaren van de Staat zal onder omstandigheden strafrechtelijke immunititeit 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 immunititeit 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 strafvervolgning 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 immunititeit 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 immunititeit 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 bestuursstaak, 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 bestuursstaak 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 bestuursstaak 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 (streng) fraudebestrijding²⁰; 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 cumulatieve 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-)Nederlandschap 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.

Sr³⁶ – 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) *rassendiscriminatie*.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-)Nederlandschap 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 verblijven – 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 verwerkingen⁴⁶ – 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 familielevens 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 familielevens. 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).