

OPENBAAR MINISTERIE

Arrondissementsparket Den Haag

Hare Excellentie mevrouw drs. A.C. van Huffelen
Zijne Excellentie de heer dr. J.A. Vijlbrief

Prins Clauslaan 60
2595 AJ Den Haag
Postbus 20302,
2500 EH Den Haag
T +31 88 699 13 00
www.om.nl

Ministerie van Financiën

Ter attentie van: B.E. v d C
J.P.M. L., R.J.A. K

Directie Juridische Zaken
Postbus 20201
2500 EE Den Haag

Datum 7 januari 2021
Ons kenmerk HO 15.GAN.37454
Uw kenmerk 2020-0000095871
Onderwerp Beslissing op uw aangifte van 19 mei 2020

Bij beantwoording de datum en
ons kenmerk vermelden.

Hooggeachte mevrouw Van Huffelen, hooggeachte heer Vijlbrief,

Op 19 mei 2020 heeft u aangifte gedaan van het vermoeden van knevelarij (artikel 366 Wetboek van Strafrecht) en beroepsmatige discriminatie (artikel 137g Wetboek van Strafrecht) in de periode 2013 - 2017. In deze brief leest u mijn beslissing op uw aangifte.

Als bijlage bij uw aangifte heeft u een memorandum van de heer mr. H.J.Th. Biemond en de heer mr. N.M.D. van der Aa meegezonden. Tevens heeft u mij onder andere de stukken doen toekomen waarover Biemond en Van der Aa hebben beschikt ten behoeve van het opstellen van hun memorandum. Verder heeft het Openbaar Ministerie kennis genomen van rechterlijke uitspraken van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, van Kamerstukken, openbaar gemaakte WOB-stukken en van onder andere de volgende rapporten:

- De Nationale ombudsman, 9 augustus 2017, *Geen powerplay maar fair play*;
- Adviescommissie uitvoering toeslagen, 14 november 2019, *Omzien in verwondering – Interim-advies*;
- Adviescommissie uitvoering toeslagen, 12 maart 2020, *Omzien in verwondering 2 – Eindadvies*;
- Auditdienst Rijk, 12 maart 2020, *Onderzoeksrapport Toeslaggerelateerde CAF-zaken*;
- Autoriteit Persoonsgegevens, 16 juli 2020, *Belastingdienst/Toeslagen De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag*;
- Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, 17 december 2020, *Ongekend onrecht*.

Uw aangifte is gedaan in de context van de kinderopvangtoeslagaffaire. Deze affaire heeft veel maatschappelijke commotie teweeg gebracht. Het kabinet heeft besloten om potentieel duizenden ouders in aanmerking te laten komen voor compensatie, reparatie of kwijtschelding van eerder door de Belastingdienst/Toeslagen teruggevorderde kinderopvangtoeslagen.

Het is niet alledaags dat bewindspersonen aangifte doen van strafbare feiten die mogelijk zouden zijn begaan door meerdere ambtenaren van een uitvoeringsorganisatie ressorterend onder de betreffende bewindspersonen. Daar komt bij dat er in de rechtspraak weinig voorbeelden te vinden zijn van ambtenaren die vervolgd en veroordeeld zijn voor knevelarij of beroepsmatige discriminatie.

Om tot een zorgvuldige beoordeling van uw aangifte te komen, heb ik mij laten adviseren door het Wetenschappelijk Bureau Openbaar Ministerie en door het Landelijk Expertise Centrum Discriminatie van het Openbaar Ministerie. Daarnaast heb ik tussentijdse bevindingen en beoordelingen voorgelegd aan een interne en een landelijke reflectiekamer van het Openbaar Ministerie.

Alvorens inhoudelijk op uw aangifte in te gaan, vind ik het van belang om het beoordelingskader te schetsen op basis waarvan uw aangifte is beoordeeld.

1 Beoordelingskader

Het Openbaar Ministerie kan een strafrechtelijk onderzoek verrichten en in het verlengde daarvan bijvoorbeeld getuigen of verdachten horen en opsporingsmiddelen inzetten, indien er een redelijk vermoeden, oftewel een verdenking bestaat dat één of meerdere strafbare feiten zijn gepleegd. Een onderzoek door het Openbaar Ministerie kan zich aldus uitsluitend richten op verdenkingen van strafbare feiten als vermeld in het Wetboek van Strafrecht en eventuele andere wetten die relevante strafbepalingen zouden bevatten. Een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is gepleegd, moet berusten op – voor het strafbare feit relevante – objectieve en concrete gegevens, feiten en omstandigheden. Zonder onderbouwing met feitelijke omstandigheden die objectiveerbaar zijn, is de enkele mogelijkheid dat een strafbaar feit zou kunnen zijn gepleegd, onvoldoende om te spreken van een verdenking.

Het Openbaar Ministerie heeft op basis van uw aangifte derhalve onderzocht of sprake is van een redelijk vermoeden dat één of meerdere strafbare feiten zijn gepleegd. Tevens heeft het Openbaar Ministerie onderzocht of er zich vervolgingsbeletsels zouden kunnen voordoen, zoals strafrechtelijke immunititeit.

2 Knevelarij en dwang door misbruik van gezag

2.1 Knevelarij bij stopzettingen kinderopvangtoeslag

Uw aangifte met betrekking tot knevelarij heeft betrekking op de besluiten van de Belastingdienst/Toeslagen in de periode van 2013 tot 2017 om in de CAF 11-zaak en in vergelijkbare zaken voorschotbetalingen van kinderopvangtoeslag aan ouders stop te zetten, te herzien en terug te vorderen, terwijl de betrokken ouders wel recht zouden hebben op kinderopvangtoeslag. Omdat dit verschillende gedragingen betreft zullen deze gedragingen afzonderlijk dienen te worden beoordeeld.

Ik zal eerst de stopzettingen bespreken. Ten aanzien van de stopzettingen van de voorschotbetalingen van kinderopvangtoeslag is het Openbaar Ministerie van oordeel dat deze niet als knevelarij in de zin van artikel 366 Wetboek van Strafrecht gekwalificeerd kunnen worden.

Artikel 366 Wetboek van Strafrecht luidt als volgt:

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.

Toegespitst op uw aangifte is voor bewezenverklaring van knevelarij vereist dat een ambtenaar geldbedragen vordert of niet uitbetaalt en daarbij de schijn wekt dat die geldbedragen aan enige openbare kas verschuldigd zijn, terwijl dat in werkelijkheid niet het geval is. Bij het stopzetten van voorschotbetalingen van kinderopvangtoeslagen was echter geen sprake van het niet uitbetalen van geldbedragen die al dan niet verschuldigd waren *aan enige openbare kas*. Integendeel, bij toeslagen gaat het om gelden die de overheid verschuldigd is aan de ouders. De Belastingdienst/Toeslagen wekte bij de stopzettingen bovendien niet de schijn dat de betrokken ouders geldbedragen verschuldigd waren aan enige openbare kas. Derhalve kunnen de stopzettingen van de toeslagen niet onder de strafbepaling van knevelarij vallen.

Een andere uitleg van de wetsbepaling van knevelarij, waarbij het niet uitkeren van aan burgers verschuldigde voorschotbetalingen wel onder knevelarij zou vallen, acht ik in strijd met het legaliteitsbeginsel, zoals neergelegd in artikel 1 lid 1 Wetboek van Strafrecht:

Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling.

Het legaliteitsbeginsel schrijft voor dat alleen die feiten strafbaar zijn, die in de wet worden genoemd. Soms kunnen wettelijke strafbepalingen ruimte laten voor interpretatie. Dan is het aan de rechter om de strafbepaling uit te leggen. De bestanddelen in de wetsbepaling van knevelarij "als verschuldigd aan (...) enige openbare kas" en "hetgeen hij weet dat niet verschuldigd is" zijn echter voldoende duidelijk en laten geen ruimte voor een andere interpretatie.

2.2 Dwang door misbruik van gezag bij stopzettingen kinderopvangtoeslagen

Ondanks het feit dat er geen aangifte van is gedaan, heeft het Openbaar Ministerie ambtshalve beoordeeld of ten aanzien van de stopzettingen van voorschotbetalingen van kinderopvangtoeslag sprake is van een verdenking van dwang door misbruik van gezag in de zin van artikel 365 Wetboek van Strafrecht. Ook ten aanzien van dit artikel komt het Openbaar Ministerie op grond van het volgende tot het oordeel dat er geen verdenking is.

Artikel 365 Wetboek van Strafrecht 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.

Van dwang door misbruik van gezag is sprake als een ambtenaar opzettelijk zijn bevoegdheden te buiten gaat om iemand te dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden. Voor de vraag of ambtenaren van de Belastingdienst/Toeslagen opzettelijk hun bevoegdheden te buiten zijn gegaan bij de stopzettingen van kinderopvangtoeslagen, is het volgende van belang.

In een uitspraak van 8 maart 2017 heeft de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Raad van State) in een CAF 11-zaak geoordeeld dat de Belastingdienst/Toeslagen bij de zogenoemde 'zachte' stopzetting van voorschotbetalingen niet had gehandeld in overeenstemming met de systematiek van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir).¹ De Raad van State sprak zich in deze uitspraak voor het eerst expliciet uit over de 'zachte' stopzetting. De 'zachte' stopzetting is in meerdere CAF-zaken toegepast.

De omstandigheid dat achteraf door de hoogste bestuursrechter is geoordeeld dat de wijze waarop voorschotbetalingen werden stopgezet in strijd was met de systematiek van de wet, maakt nog niet dat ambtenaren opzettelijk hun

¹ De 'zachte' stopzetting hield in dat met toepassing van artikel 16 van de Awir het voorschot werd herzien naar nihil voor de periode vanaf het moment van stopzetting tot en met het einde van het lopende jaar, waarbij het voorschot voor de periode vanaf januari van dat jaar tot en met het moment van stopzetting werd gehandhaafd.

bevoegdheden hebben overschreden en strafbaar hebben gehandeld. Zoals uit de uitspraak van de Raad van State van 8 maart 2017 blijkt, had de Belastingdienst/Toeslagen vanwege systeemtechnische redenen besloten om op basis van artikel 16 van de Awir over te gaan tot de 'zachte' stopzetting, in plaats van opschorting van de voorschotbetalingen op grond van artikel 23 van de Awir. Uit een gesprek met de Belastingdienst/Toeslagen begreep de Adviescommissie uitvoering toeslagen dat de systeemtechnische redenen vooral gelegen waren in het 'digitale systeem van besluitvorming' van de Belastingdienst. Dit systeem kende de mogelijkheid van opschorting niet, maar voorzag alleen in stopzetting. Volgens de Belastingdienst/Toeslagen zou de 'zachte' stopzetting in de praktijk dezelfde gevolgen voor de ouders hebben als opschorting; de ouders zouden, in ieder geval tijdelijk, geen voorschotbetalingen meer ontvangen.

Ook indien geoordeeld kan worden dat ambtenaren van de Belastingdienst/Toeslagen redelijkerwijs hadden moeten weten dat volgens de systematiek van de Awir de voorschotbetalingen hadden moeten worden opgeschort in plaats van stopgezet, dan nog biedt dat onvoldoende grond voor de conclusie dat ambtenaren van de Belastingdienst/Toeslagen opzettelijk hun bevoegdheden te buiten zijn gegaan. Zoals ook in het memorandum van Biemond en Van der Aa is vermeld, bestaat op grond van de door u overgelegde stukken, Kamerstukken, openbaar gemaakte WOB-stukken en de verschillende rapporten eerder de indruk dat de Belastingdienst/Toeslagen de 'zachte' stopzetting in plaats van opschorting van de voorschotbetalingen heeft toepast op basis van de - achteraf onjuist gebleken - veronderstelling dat deze handelwijze was toegestaan.

In Kamerstukken, verschillende rapporten en in de door u overgelegde documenten wordt regelmatig gesproken over het "80/20"-aspect van de fraudebestrijding. In 80% van de zaken zou de fraudeaanpak terecht zijn, de overige 20% ('de goeden') zouden daaronder lijden. Dat de aanpak van facilitators tevens negatieve gevolgen zou kunnen hebben voor burgers die te goeder trouw handelden, werd reeds in 2013/2014 onderkend door de Belastingdienst/Toeslagen. Maar ook daaruit kan niet worden geconcludeerd dat ambtenaren bij de stopzettingen opzettelijk hun bevoegdheden hebben overschreden.

Uit de door u overgelegde documenten, Kamerstukken, openbaar gemaakte WOB-stukken en de verschillende rapporten die zijn gepubliceerd, ontstaat het beeld dat bij de Belastingdienst/Toeslagen de veronderstelling bestond dat een generieke, groepsgewijze, 'zachte' stopzetting van voorschotbetalingen aan ouders naar aanleiding van een fraudesignaal over een gastouderbureau was toegestaan. In ieder geval zijn er geen aanwijzingen dat ambtenaren in de periode 2013 - 2017 opzettelijk hun bevoegdheden te buiten zijn gegaan door groepsgewijze toepassing van de 'zachte' stopzetting van de voorschotbetalingen

van kinderopvangtoeslagen op basis van een fraudesignaal. Er was vóór 8 maart 2017 geen jurisprudentie van de Raad van State die tot de conclusie diende te leiden, dat een groepswijze 'zachte' stopzetting naar aanleiding van een fraudesignaal, zonder voorafgaande individuele beoordeling, in strijd met de wet zou zijn. In dit verband kan ook nog gewezen worden op het oordeel van de Nationale ombudsman in een rapport van 24 februari 2010² dat het (groepsgewijs) opschorten van voorschotbetalingen van kinderopvangtoeslag aan ruim 1.700 ouders op basis van verschillende signalen van mogelijke fraude bij enkele gastouderbureaus, niet onbehoorlijk was. De Nationale ombudsman in het rapport van 24 februari 2010:

"Naar aanleiding van verschillende signalen betreffende mogelijke fraude startte de Belastingdienst een onderzoek naar enkele gastouderbureaus en werden de uitbetalingen van de kinderopvangtoeslag opgeschort. (...) 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.

(...)

De Belastingdienst beschikte over sterke aanwijzingen dat er sprake was van fraude bij de gastouderbureaus. Hoewel vast staat dat de vraagouders en andere betrokkenen door deze keuze van de Belastingdienst in financiële problemen terecht zijn gekomen, waren de financiële consequenties waarschijnlijk veel groter geweest als de kinderopvangtoeslag langer was uitbetaald. De vraagouders zouden grotere bedragen aan toeslag hebben moeten terugbetalen, als namelijk tijdens het onderzoek was gebleken dat de kinderopvangtoeslag onterecht was toegekend maar nog wel werd uitbetaald. Met de keuze van de Belastingdienst voor opschorting konden de betalingen makkelijk worden hervat als tijdens het fraudeonderzoek zou blijken dat er recht bestond op kinderopvangtoeslag. 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. In zoverre is de onderzochte gedraging behoorlijk."

Gelet op al het voorgaande bestaat er naar het oordeel van het Openbaar Ministerie geen verdenking dat ambtenaren opzettelijk hun bevoegdheden te buiten zijn gegaan om daarmee ouders te dwingen om te dulden dat ze geen voorschotbetalingen meer zouden ontvangen. Derhalve is geen sprake van een verdenking van dwang door misbruik van gezag in de zin van artikel 365 Wetboek van Strafrecht.

² De Nationale ombudsman, rapportnummer 2010/034, *Onderzoek uit eigen beweging naar de wijze waarop de Belastingdienst/Toeslagen de mogelijke fraude met kinderopvangtoeslag door een aantal gastouderbureaus aanpakt*, 24 februari 2010

2.3 Knevelarij / dwang door misbruik van gezag bij terugvorderingsbesluiten

Na hiervoor in te zijn gegaan op de stopzettingen zal ik thans ingaan op de (herziening en) terugvordering van toeslagen. In uw aangifte wordt een onderscheid gemaakt tussen het primaire besluit tot herziening en terugvordering van een voorschot op een toeslag, en de bezwaarfase waarin een nieuw oordeel werd geveld over een beschikking tot herziening en terugvordering van een voorschot. De beoordelingscriteria om te spreken van knevelarij of dwang door misbruik van gezag zijn bij een primair terugvorderingsbesluit dezelfde als bij een terugvorderingsbesluit op bezwaar. Om die reden zal ik hierna uitsluitend spreken over terugvorderingsbesluiten.

Naar aanleiding van een signaal over mogelijke fraude bij een gastouderbureau werden niet alleen de lopende voorschotbetalingen van de bij dat gastouderbureau aangesloten ouders stopgezet, maar ook hun recht op kinderopvangtoeslag in de voorgaande jaren gecontroleerd. Daartoe werden alle ouders die aangesloten waren of waren geweest bij het betreffende gastouderbureau door de Belastingdienst/Toeslagen aangeschreven om bewijsstukken aan te leveren met betrekking tot hun recht op kinderopvangtoeslag. De Belastingdienst/Toeslagen had de bevoegdheid om, ook zonder specifieke aanleiding, bewijsstukken op te vragen en de aangeleverde bewijsstukken nauwgezet te beoordelen.

Vastgesteld kan worden dat er door de Belastingdienst/Toeslagen ook kinderopvangtoeslagen zijn teruggevorderd waarvan achteraf, in het bijzonder op grond van uitspraken van de Raad van State van 23 oktober 2019, kan worden gezegd dat de ouders wel recht hadden op (een gedeelte van) de teruggevorderde kinderopvangtoeslag. Echter, vóór de uitspraken van de Raad van State van 23 oktober 2019 konden relatief geringe tekortkomingen of onvolkomenheden in de administratie met betrekking tot de kinderopvang of de betaling van de eigen bijdrage ertoe leiden dat het recht op kinderopvangtoeslag voor een geheel jaar op nihil werd gesteld en werd teruggevorderd. Ook als die onvolkomenheden, bijvoorbeeld ontbrekende of onjuiste urenstaten, contracten of kwitanties, waren te wijten aan tekortkomingen van een gastouderbureau of een gastouder. De ouders konden bij dergelijke tekortkomingen of onvolkomenheden geconfronteerd worden met een terugvordering van het totale bedrag aan uitgekeerde voorschotten op de kinderopvangtoeslag, ook in het geval de voorschotten aan het gastouderbureau waren uitbetaald. Deze 'hardheid' vloeide voort uit de uitleg van de toen geldende wet- en regelgeving en de wijze waarop de Raad van State vóór 2019 deze wet- en regelgeving interpreteerde en toepaste. Op grond van deze 'hardheid' was het dus mogelijk dat rechtmatig terugvorderingsbesluiten werden opgelegd aan ouders die te goeder trouw waren.

In twee uitspraken van 23 oktober 2019 ging de Raad van State 'om' en oordeelde dat, in tegenstelling tot eerdere uitspraken, bij de vaststelling van het recht op kinderopvangtoeslag en bij terugvorderingsbesluiten het evenredigheidsbeginsel van toepassing was en de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen afgewogen moesten worden.

In de eerste van twee uitspraken van 23 oktober 2019³ overwoog de Raad van State dat het – tot die tijd - geoordeeld had dat de Belastingdienst/Toeslagen zich terecht op het standpunt had gesteld dat de Wet kinderopvang geen ruimte bood om bij de vaststelling van een terugvordering rekening te houden met dat deel van de kosten dat wel aantoonbaar was betaald. Voor zover rechtbanken tot een ander oordeel waren gekomen, had de Raad van State die uitspraken tot dan toe vernietigd.

In de tweede uitspraak van 23 oktober 2019⁴ overwoog de Raad van State dat het tot dan toe had overwogen dat artikel 26 van de Awir dwingend voorschreef dat indien een herziening van een voorschot leidde tot een terug te vorderen bedrag, de belanghebbende het bedrag van de terugvordering in zijn geheel was verschuldigd en dat in de Awir geen bepaling was opgenomen op grond waarvan de Belastingdienst/Toeslagen van terugvordering kon afzien, het terug te vorderen bedrag kon matigen, of van een ander dan de belanghebbende kon terugvorderen.

In beide uitspraken van 23 oktober 2019 geeft de Raad van State te kennen terug te komen van die eerdere, eigen, jurisprudentie.

Voor bewezenverklaring van knevelarij in relatie tot de terugvorderingsbesluiten is vereist dat de betrokken ambtenaren bij het nemen van die besluiten wisten dat daarmee geldbedragen werden gevorderd die niet verschuldigd waren aan enige openbare kas en derhalve ten onrechte werden gevorderd. Uit de door u overgelegde stukken, Kamerstukken, openbaar gemaakte WOB-stukken en de verschenen rapporten, zijn geen feiten en omstandigheden af te leiden op grond waarvan kan worden vermoed dat in CAF-zaken kinderopvangtoeslagen ten onrechte zijn teruggevorderd naar maatstaven van de wet- en regelgeving en de jurisprudentie van de Raad van State zoals die golden ten tijde van de terugvorderingsbesluiten zelf. Dit wordt ondersteund door bevindingen van de Auditdienst Rijk (hierna: ADR). In het rapport van de ADR van 12 maart 2020 is vermeld dat bij 280 van de 309 ouders in de CAF 11-zaak ten minste één toeslag is stopgezet na door de Belastingdienst/Toeslagen uitgevoerd onderzoek bij de aanvrager. Hieruit kon volgens de ADR worden afgeleid dat bij de CAF 11-zaak na onderzoek is gebleken dat burgers veelal geen recht hadden op kinderopvangtoeslag, op basis van de toen geldende wet- en regelgeving en de

³ ECLI:NL:RVS:2019:3535

⁴ ECLI:NL:RVS:2019:3536

uitleg daarvan op dat moment door de Raad van State. Onderzoek van de ADR naar 60 stopzettingen van toeslagen in de CAF 11-zaak bevestigde dat beeld.⁵

Omdat ambtenaren bij de terugvorderingsbesluiten de toen geldende wet- en regelgeving en de uitleg daarvan op dat moment door de Raad van State toepasten, kan niet worden gezegd dat één of meerdere ambtenaren terugvorderingsbesluiten hebben genomen terwijl ze wisten dat de ouders die terugvorderingen helemaal niet verschuldigd waren. In het verlengde daarvan kan evenmin worden gezegd dat één of meerdere ambtenaren bij het nemen van desbetreffende terugvorderingsbesluiten opzettelijk hun bevoegdheden te buiten zijn gegaan.

Gelet op het voorgaande is het Openbaar Ministerie van oordeel dat er geen verdenking bestaat dat één of meerdere ambtenaren zich met betrekking tot terugvorderingsbesluiten in CAF-zaken schuldig zouden hebben gemaakt aan de ambtsmisdrijven knevelarij of dwang door misbruik van gezag.

3 Beroepsmatige discriminatie

In de kinderopvangtoeslagaffaire is meermalen het vermoeden geuit dat aanvragers van kinderopvangtoeslag met een niet-Nederlandse nationaliteit vaker door de Belastingdienst/Toeslagen zouden zijn gecontroleerd dan aanvragers van kinderopvangtoeslag met enkel de Nederlandse nationaliteit. Signalen hieromtrent zijn voor de Autoriteit Persoonsgegevens aanleiding geweest voor het instellen van een onderzoek. Daarbij heeft de Autoriteit Persoonsgegevens onderzoek gedaan naar de rechtmatigheid en behoorlijkheid van de verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag door de Belastingdienst/Toeslagen. Op 17 juli 2020 verscheen het onderzoeksrapport van de Autoriteit Persoonsgegevens.

In het memorandum van Biemond en Van der Aa is geanalyseerd in hoeverre er een redelijk vermoeden zou bestaan dat ambtenaren van de Belastingdienst/Toeslagen zich schuldig zouden hebben gemaakt aan beroepsmatige discriminatie in de zin van art. 137g van het Wetboek van Strafrecht. In uw aangifte worden drie concrete gevallen benoemd waarin mogelijk sprake zou zijn van beroepsmatige discriminatie. Blijkens de door u overgelegde stukken betreft het:

- een query en een quickscan van alle aanvragers van toeslagen met de Ghanese nationaliteit (verder: de casus Arena);
- query's over aanvragers van toeslagen met de Roemeense nationaliteit (verder: de Roemeense casus);

⁵ Auditdienst Rijk, 12 maart 2020, *Onderzoeksrapport Toeslaggerelateerde CAF-zaken*, pag. 7

- een onderzoek naar giftenaftrek bij ANBI-instellingen binnen de islamitische gemeenschap (verder: de casus giftenaftrek).

Daarnaast zijn in de door u aangeleverde stukken documenten aangetroffen die betrekking hebben op de casus Beilen, een query gericht op aanvragers met de Bulgaarse nationaliteit. De casus Beilen wordt ook in het onderzoeksrapport van de Autoriteit Persoonsgegevens genoemd. Daarom heeft het Openbaar Ministerie ambtshalve de casus Beilen in de beoordeling betrokken.

3.1 Juridisch kader beroepsmatige discriminatie

Beroepsmatige discriminatie is in het Wetboek van Strafrecht in twee artikelen strafbaar gesteld, te weten in artikel 137g en in artikel 429quater Wetboek van Strafrecht.

Artikel 137g Wetboek van Strafrecht luidt als volgt:

- 1. Hij die, in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf personen opzettelijk discrimineert wegens hun ras, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie.*
- 2. Indien het feit wordt gepleegd door een persoon die daarvan een gewoonte maakt of door twee of meer verenigde personen wordt gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie opgelegd.*

Artikel 429quater lid 1 Wetboek van Strafrecht luidt:

Hij die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf personen discrimineert wegens hun ras, hun godsdienst, hun levensovertuiging, hun geslacht of hun hetero- of homoseksuele gerichtheid wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste twee maanden of geldboete van de derde categorie.

Voor bewezenverklaring van het misdrijf beroepsmatige discriminatie in de zin van artikel 137g Wetboek van Strafrecht is vereist dat iemand in de uitoefening van zijn ambt, beroep of bedrijf, opzettelijk personen wegens hun ras discrimineert. De overtredingsvariant van beroepsmatige discriminatie in de zin van artikel 429quater Wetboek van Strafrecht ziet op beroepsmatige discriminatie van personen wegens hun ras of wegens andere gronden, waaronder godsdienst en levensovertuiging.

Niet iedere vorm van discriminatie levert een strafbaar feit op. De reikwijdte van het begrip 'discrimineren' wordt in strafrechtelijke zin beperkt door artikel 90quater Wetboek van Strafrecht. Dit artikel luidt als volgt:

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

3.2 Feiten en omstandigheden beroepsmatige discriminatie

In alle vier de hiervoor vermelde casus werden naar aanleiding van een bepaald signaal of een combinatie van signalen door de Belastingdienst zogeheten query's uitgevoerd.

In de casus Arena, de Roemeense casus en in de casus Beilen werden query's gedraaid waarbij uitsluitend aanvragers met een bepaalde nationaliteit werden geselecteerd, te weten respectievelijk de Ghanese, de Roemeense en de Bulgaarse. Het ging daarbij om nationaliteit in de zin van staatsburgerschap. De gegevens die uit de query's naar voren kwamen, werden vervolgens geanalyseerd in een quickscan. Deze handelingen vonden in het begin van het jaar 2014 plaats.

In de casus giftenaftrek heeft de Belastingdienst de volledige populatie aangiften inkomstenbelasting over de belastingjaren 2011, 2012 en 2013 geanalyseerd. Iedere aangifte werd geanalyseerd op giftenaftrek, vermogen box 3, inkomen box 1, leeftijd van de aangever en nationaliteit van de aangever. Dit vond medio het jaar 2015 plaats. Uit de door u overgelegde stukken valt af te leiden dat het CAF-team onderzoek heeft verricht naar de kasadministratie van een aantal instellingen met een ANBI-status en dat in een aantal gevallen de ANBI-status is ingetrokken.

3.3 Beoordeling beroepsmatige discriminatie

Zoals hierboven is vermeld, zijn in de casus giftenaftrek alle aangiften inkomstenbelasting over de belastingjaren 2011, 2012 en 2013 geanalyseerd, en niet uitsluitend die van personen met een bepaalde nationaliteit of geloofsovertuiging. Daarmee is geen onderscheid gemaakt in de zin van artikel 90quater Wetboek van Strafrecht. Verder kan uit de door u overgelegde stukken niet worden afgeleid dat bij de beoordeling van de kasadministratie van een aantal instellingen met een ANBI-status of bij de beoordeling van de giftenaftrek van belastingplichtigen, nationaliteit of godsdienst een rol heeft gespeeld. Derhalve is er in de casus giftenaftrek geen sprake van een verdenking van beroepsmatige discriminatie van personen wegens hun ras of godsdienst.

In de casus Arena, de Roemeense casus en de casus Beilen is een onderscheid gemaakt op basis van nationaliteit. Dit onderscheid werd gemaakt door een query uit te voeren naar personen met een bepaalde nationaliteit. Het uitvoeren van

query's naar aanvragers met een bepaalde nationaliteit zal in de praktijk echter in overwegende mate personen met de overeenkomstige specifieke afkomst en etniciteit treffen. Daarom is het onderscheid dat in deze drie casus is gemaakt op grond van nationaliteit, naar het oordeel van het Openbaar Ministerie aan te merken als een indirect onderscheid op grond van ras. In de literatuur en jurisprudentie is uitgemaakt dat de juridische betekenis van het begrip 'ras' in strafrechtelijke zin veel ruimer is dan de betekenis die dit begrip in het Nederlandse spraakgebruik gewoonlijk heeft.

De volgende vraag die beantwoord moet worden is of het uitvoeren van query's en quickscans onder de definitie van discriminatie in strafrechtelijke zin valt. In de door u overgelegde stukken zijn geen aanwijzingen aangetroffen dat de query's en quickscans *tot doel hadden* om mensenrechten en fundamentele vrijheden aan te tasten in de zin van artikel 90quater Wetboek van Strafrecht. De query's en quickscans werden uitgevoerd naar aanleiding van een (vermeend) fraudesignaal en hadden tot doel om inzichtelijk te krijgen of nader onderzoek nodig was in het kader van misbruik- of fraudebestrijding.

Op grond van artikel 90quater Wetboek van Strafrecht kan ook sprake zijn van beroepsmatige discriminatie indien het gemaakte onderscheid *tot gevolg kan hebben* dat mensenrechten of fundamentele vrijheden worden aangetast. Bij het intern opvragen en verwerken van gegevens van aanvragers met een bepaalde nationaliteit is daarvan naar het oordeel van het Openbaar Ministerie geen sprake. De (uitkomsten van) query's en quickscans vormden uitsluitend de aanleiding voor Belastingdienst/Toeslagen om al dan niet nader onderzoek te verrichten. De query's en quickscans werden niet gebruikt om het recht op een toeslag vast te stellen en konden ook anderszins niet tot gevolg hebben dat mensenrechten of fundamentele vrijheden in de zin van artikel 90quater Wetboek van Strafrecht werden aangetast.

Uit de door u overgelegde stukken blijkt niet dat de query's en quickscans in de casus Arena en in de Roemeense casus hebben geleid tot nader onderzoek gericht op aanvragers met de Ghanese of Roemeense nationaliteit, bijvoorbeeld door het verzenden van baliebriefven op grond waarvan aanvragers bewijsstukken moesten aanleveren om hun recht op kinderopvangtoeslag aan te tonen. De query in de zaak Beilen heeft blijkens een intern evaluatierapport van de Belastingdienst/Toeslagen wel opvolging gekregen. Van de 363 personen die uit de query naar voren kwamen, zijn op basis van onbekend gebleven selectiecriteria 246 'risicovolle aanvragers' geselecteerd, die vervolgens een baliebrief hebben ontvangen. Dit leidde volgens het evaluatierapport tot 77 stopzettingen.

Op grond van artikel 18 van de Awir rust op alle aanvragers van toeslagen de verplichting om desgevraagd alle gegevens en inlichtingen aan de Belastingdienst/Toeslagen te verstrekken die voor de beoordeling van de aanspraak op of de bepaling van de hoogte van de tegemoetkoming van belang kunnen zijn. De Belastingdienst/Toeslagen heeft derhalve de wettelijke bevoegdheid om van iedereen die een toeslag ontvangt, gegevens en inlichtingen te vragen. Bij het toepassen van deze bevoegdheid mag de Belastingdienst/Toeslagen op grond van artikel 1 van de Grondwet en artikel 1 lid 2 van Protocol nr. 12 bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden niet discrimineren op grond van – onder andere – nationaliteit of ras.

Door de strafrechtelijke definitie van discriminatie in artikel 90quater Wetboek van Strafrecht hebben de strafbepalingen van artikelen 137g en 429quater Wetboek van Strafrecht een beperktere strekking. Uitsluitend een onderscheid op grond van – onder andere – ras waardoor mensenrechten of fundamentele vrijheden kunnen worden aangetast, kan als strafbare beroepsmatige discriminatie worden aangemerkt. Mensenrechten en fundamentele vrijheden in de zin van artikel 90quater Wetboek van Strafrecht zijn bijvoorbeeld het recht op gelijke behandeling door organen die zijn belast met rechtsbedeling en het recht op sociale zekerheid.

Het opvragen van gegevens en inlichtingen en het daartoe uitsturen van baliebrieven door de Belastingdienst/Toeslagen, kunnen naar het oordeel van het Openbaar Ministerie niet als handelingen worden beschouwd die tot gevolg kunnen hebben dat mensenrechten of fundamentele vrijheden in de zin van artikel 90quater Wetboek van Strafrecht worden aangetast. Daartoe is redengevend dat de vaststelling van het recht op een (voorschot op een) toeslag en derhalve de 'rechtsbedeling' ten aanzien van dat recht, wordt bepaald op basis van de beoordeling van de al dan niet door de aanvrager aangeleverde gegevens en inlichtingen. In de door u overgelegde documenten en de overigens door het Openbaar Ministerie geraadpleegde stukken en rapporten zijn geen aanwijzingen aangetroffen dat in de casus Beilen de afkomst of etnische of nationale afstamming van de aanvragers bij die beoordeling een rol heeft gespeeld.

In aanvulling hierop vind ik het volgende van belang om op te merken. In algemenere zin dan de hiervoor vermelde casus Arena, Beilen en de Roemeense casus, kan op grond van het rapport van de Autoriteit Persoonsgegevens worden gezegd dat ouders zonder Nederlandse nationaliteit een grotere kans hadden om gecontroleerd te worden op hun recht op kinderopvangtoeslag dan ouders met een Nederlandse nationaliteit. Dit moet echter los worden gezien van de inhoudelijke beoordeling van het recht op kinderopvangtoeslag. In de overgelegde stukken, Kamerstukken, openbaar gemaakte WOB-stukken en in de verschillende

rapporten zijn geen aanwijzingen gevonden dat het recht op kinderopvangtoeslag bij ouders zonder Nederlandse nationaliteit anders of strenger werd beoordeeld dan bij ouders met een Nederlandse nationaliteit. Dat is de reden dat er naar het oordeel van het Openbaar Ministerie geen sprake is van strafbare beroepsmatige discriminatie. 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.

Op grond van het voorgaande is het Openbaar Ministerie van oordeel dat er geen verdenking is van beroepsmatige discriminatie in de zin van artikel 137g Wetboek van Strafrecht, dan wel in de zin van art. 429quater Wetboek van Strafrecht.

Mogelijk ten overvloede merk ik op dat het verbod op discriminatie op verschillende plekken in de Nederlandse wet is opgenomen, zoals in de Grondwet, de Algemene wet gelijke behandeling, het Burgerlijk Wetboek, de Ambtenarenwet en het Wetboek van Strafrecht. Al deze wettelijke verboden hebben een eigen werking en reikwijdte.

Het Openbaar Ministerie kan bij de beoordeling van uw aangifte uitsluitend de discriminatieartikelen uit het Wetboek van Strafrecht betrekken. Het oordeel van het Openbaar Ministerie dat er geen verdenking is van beroepsmatige discriminatie in de zin van artikel 137g of artikel 429quater Wetboek van Strafrecht, doet daarmee geen afbreuk aan het oordeel van de Autoriteit Persoonsgegevens dat de verwerkingen van nationaliteit door de Belastingdienst op basis van het door de Autoriteit Persoonsgegevens gehanteerde beoordelingskader discriminerend waren.

Voorts merk ik op dat ouders die vermoeden gediscrimineerd te zijn, hun zaak kunnen voorleggen aan het College voor de Rechten van de Mens. Beslissingen over de toekenning van kinderopvangtoeslag vallen immers onder de reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving, zo heeft u vermeld in uw 4e Voortgangsrapportage Kinderopvangtoeslag.⁶

4 Strafrechtelijke immuniteit

Hiervoor heb ik uiteengezet wat het oordeel van het Openbaar Ministerie is met betrekking tot uw aangifte van het vermoeden van knevelarij en beroepsmatige discriminatie. Hoewel dit op zichzelf voldoende is om de beslissing te dragen dat niet tot verdere vervolging op grond van de aangifte zal worden overgegaan, wil ik graag ten overvloede het volgende opmerken.

De aangifte richtte zich niet tegen specifieke personen die zich schuldig zouden hebben gemaakt aan de in de aangifte genoemde strafbare feiten. In de aangifte

⁶ Tweede Kamer, vergaderjaar 2020-2021, 31 066, nr. 754, par. 2.6

wordt evenwel onder het kopje 'De verdenkingen' als volgt verwezen naar het memorandum van Biemond en Van der Aa:

"Het memorandum heeft betrekking op de werkzaamheden van de Belastingdienst waaronder Toeslagen, meer in het bijzonder het MT Fraude, het Combiteam Aanpak Facilitators (CAF) en de Directie Toeslagen, in de periode 2013-2017."

Gelet hierop en gelet op het vervolg van de aangifte kan dit zo worden opgevat, dat aangifte is gedaan tegen de Belastingdienst als organisatie, en tegen ambtenaren die betrokken zijn geweest bij de in uw aangifte genoemde CAF-zaken. In het belang van deze ambtenaren, maar ook in verband met diverse aangiften van burgers, acht ik het aangewezen in te gaan op de mogelijk strafrechtelijke immuniteit van de Belastingdienst en haar medewerkers. Dit is mede van belang, omdat het memorandum stelt dat er mogelijk sprake is van nog andere strafbare feiten, dan die waarvan concreet aangifte is gedaan.

Jurisprudentie over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat der Nederlanden (hierna: de Staat) is zeer schaars. De Hoge Raad heeft zich over die strafrechtelijke positie één keer uitgesproken, in 1994, in een arrest inzake vliegbasis Volkel⁷. In die zaak werd de Staat vervolgd voor verontreiniging van de bodem van die vliegbasis met kerosine door ambtenaren van het Ministerie van Defensie. De Hoge Raad maakte in drie summiere overwegingen een einde aan die vervolging:

"6.1 Als uitgangspunt heeft te gelden dat de handelingen van de Staat geacht moeten worden te strekken tot de behartiging van het algemeen belang. Daartoe kan de Staat door wet- en regelgeving, bestuur, feitelijke gedragingen of anderszins zich alle aangelegenheden aantrekken.

6.2 Voor de handelingen van de Staat zijn ministers en staatssecretarissen in het algemeen verantwoordig schuldig aan de Staten-Generaal. Daarnaast kunnen zij ter zake van ambtsmisdriven strafrechtelijk worden vervolgd en berecht op de voet van de artikelen 483 en volgende Sv.

6.3 Met dit stelsel strookt niet dat de Staat zelf voor zijn handelingen strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld."

In het parlement is er sinds het Volkel-arrest veelvuldig gediscussieerd over deze algehele strafrechtelijke immuniteit van de Staat. Dat heeft onder andere geleid tot een initiatiefwetsvoorstel dat, in navolging van het advies van de door de minister van Justitie ingestelde commissie-Roelvink⁸, een einde beoogde te maken

⁷ HR 25 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9616, NJ 1995, 598 (Vliegbasis Volkel).

⁸ mr. H.L.J. Roelvink (voorzitter), prof. mr. M.A.P. Bovens, prof. mr. G. Knigge en prof. mr. H.R.B.M. Kummeling, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat*, Den Haag, februari 2002

aan de strafrechtelijke immunititeit van publiekrechtelijke rechtspersonen.⁹ Uiteindelijk werd dat wetsvoorstel in 2015 verworpen door de Eerste Kamer¹⁰, mede op de grond dat vervolging van de Staat onverenigbaar werd geacht met het stelsel van parlementaire controle.

Op grond van het voorafgaande moet de Belastingdienst, als onderdeel van de Staat, immuun worden geacht voor strafrechtelijke vervolging.

Omdat de Hoge Raad in het Volkel-arrest niet uitsloot dat de Staat dader van een strafbaar feit kan zijn, liet het arrest de mogelijkheid open dat een feitelijke leidinggever aan een door de Staat gepleegd delict ex artikel 51 lid 2 Wetboek van Strafrecht kan worden vervolgd. Die mogelijkheid werd echter – tot op zekere hoogte – door de Hoge Raad afgesloten in twee latere arresten, uit respectievelijk 1996 en 1998, over een en dezelfde casus: Pikmeer I¹¹ en Pikmeer II¹². In deze zaak werd een gemeenteambtenaar – een afdelingshoofd – vervolgd voor, primair, feitelijke leidinggeven aan verontreiniging door de gemeente Boarnsterhim van het Pikmeer en, subsidiair, het zelf verontreinigen van dat meer. Het Hof Leeuwarden had verondersteld dat de gemeente immuniteit genoot, maar dat die immuniteit niet in de weg stond aan het vervolgen van de gemeenteambtenaar voor feitelijke leidinggeven. De Hoge Raad dacht over dat laatste anders:

"6.3. Het middel stelt de vraag aan de orde of het onder 6.2. vermelde uitgangspunt meebrengt dat ook de verdachte als degene die aan de gedraging van de gemeente feitelijke leiding heeft gegeven, niet strafrechtelijk kan worden vervolgd. Die vraag moet bevestigend worden beantwoord.

6.4. (...) De vervolgbaarheid van de onder 1° en die van de onder 2° genoemden zijn zo nauw met elkaar verbonden dat de omstandigheid dat de rechtspersoon zelf niet vervolgd kan worden omdat deze een openbaar lichaam in de zin van Hoofdstuk 7 van de Grondwet is en optreedt ter vervulling van een in de wet opgedragen bestuurstaak, meebrengt dat een strafvervolging evenmin kan worden ingesteld tegen ambtenaren en arbeidscontractanten in dienst van het openbaar lichaam indien dezen in die hoedanigheid ter uitvoering van die bestuurstaak opdracht hebben gegeven tot of feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging als bedoeld in art. 51, tweede lid, onder 2°, Sr."

De vervolgbaarheid van een feitelijke leidinggever aan een door een rechtspersoon gepleegd strafbaar feit is volgens dit arrest, kortom, accessoir aan

⁹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2005–2006, 30 538, nr. 2

¹⁰ Verslag EK 2015/2016, nr. 7, item 5

¹¹ Hoge Raad 23 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0429

¹² Hoge Raad 6 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA9342

die van de rechtspersoon zelf: als de rechtspersoon immuniteit geniet bij de vervolging voor een bepaalde gedraging, deelt de feitelijke leidinggever aan die gedraging in de immuniteit.

Ten slotte blijft dan de vraag over of ambtenaren, wanneer zij zelfstandig alle elementen van een strafbaar feit hebben vervuld, in het verlengde van de strafrechtelijke immuniteit van de Staat eveneens immuniteit genieten. Het is namelijk niet op voorhand uitgesloten dat individuele ambtenaren wél worden vervolgd voor het zelfstandig plegen van strafbare feiten, zeker in het geval van zelfstandig gepleegde (ambts)misdrijven. De vraag is wanneer hiervan sprake is en een ambtenaar van de Staat dus géén immuniteit toekomt.

Als uitgangspunt heeft naar het oordeel van het Openbaar Ministerie te gelden, dat de argumenten die ten grondslag liggen aan de immuniteit van de Staat, ook voor de individuele ambtenaren hebben te gelden, die zich met de uitvoering van het beleid bezighouden. Het zou onjuist zijn de strafrechtelijke immuniteit van de Staat te passeren door het vervolgen van individuele ambtenaren. Het Openbaar Ministerie baseert zich hierbij onder meer op de zogeheten Otapan-beschikking van het gerechtshof Den Haag.¹³

Aanleiding voor de Otapan-beschikking was een klacht over de beslissing van het Openbaar Ministerie om de Staat en ambtenaren van het Ministerie van VROM niet te vervolgen voor het valselijk opstellen van een kennisgeving over het schip 'Otapan'. In de kennisgeving stond veel minder asbest vermeld dan het schip daadwerkelijk bevatte. Het Hof oordeelde dat de Staat, door het handelen van de ambtenaren, als verdachte van een strafbaar feit zou kunnen worden aangemerkt. Het Hof oordeelde echter ook, onder verwijzing naar het Volkel-arrest van de Hoge Raad, dat de Staat immuniteit toekomt en dat de ambtenaren daarin deelden. Het Hof lichtte dat laatste aldus toe:

"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 beklagde ambtenaren dienen dan ook aan de Staat te worden toegerekend. Dientengevolge delen zij in de immuniteit van de Staat. Niet is gebleken dat beklagden hebben gehandeld ter bevordering van eigen gewin of belang, zodat voor het uit hoofde van eigen daderschap zelfstandig vervolgen van deze personen geen aanleiding is."

¹³ Hof Den Haag 12 december 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY6448 (Otapan).

Uit de eerdergenoemde rapporten van de Nationale ombudsman en de Autoriteit Persoonsgegevens en uit de jurisprudentie van de Raad van State kan worden geconcludeerd dat de Belastingdienst/Toeslagen in de toeslagenaffaire op verschillende punten onbehoorlijk en in strijd met de wet heeft gehandeld, waaronder de Awir en de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: Wbp) en de Algemene verordening gegevensbescherming (hierna: AVG). Dat op zichzelf is echter onvoldoende om het uitgangspunt te verlaten dat ambtenaren strafrechtelijke immuniteit toekomt als ze bij de uitvoering van een opgedragen bestuurstaak meenden te handelen in het algemeen belang en daarbij niet is gebleken van handelen uit eigen gewin of belang.

De door u overgelegde documenten en de overigens door het Openbaar Ministerie geraadpleegde stukken en rapporten bevatten geen aanknopingspunten voor de conclusie dat één of meerdere ambtenaren uit eigen gewin of belang hebben gehandeld. In tegendeel; uit de voormelde stukken en rapporten komt het beeld naar voren van ambtenaren die meenden te handelen in het algemeen belang. Dit is af te leiden uit het volgende.

Mede naar aanleiding van de zogeheten Bulgarenfraude is in 2013 binnen de Belastingdienst het Combiteam Aanpak Facilitators (CAF) opgericht. Het CAF paste in de verschuiving die, mede naar aanleiding van de Bulgarenfraude, plaatsvond van dienstverlening aan de burger, naar fraudebestrijding. De grenzen om met handhaving van het bestaande toeslagensysteem fraude te bestrijden, kwamen in zicht, zo stond in een brief van de toenmalige staatssecretaris van Financiën van 10 mei 2013 aan de Tweede Kamer.¹⁴ In de 12^e halfjaarsrapportage van de Belastingdienst van 17 september 2013¹⁵ maakte het kabinet gewag van de oprichting van het CAF. In die rapportage werd het volgende vermeld:

"Het kenmerk van systeemfraude is dat fraudeurs, al dan niet georganiseerd, op basis van gefingeerde gegevens op alle mogelijke manieren en langs alle mogelijke kanalen proberen een uitbetaling te verkrijgen. Daarom is er naast de antifraudebox een Combinatieteam Aanpak Facilitators (CAF) ingericht waarin over alle dienstonderdelen heen in beeld wordt gebracht welke personen en organisaties de georganiseerde fraudes faciliteren. Het hoofddoel van het CAF is het stoppen en voorkomen van onterechte uitbetalingen."

De aanpak van facilitators had derhalve tot doel om onterechte uitbetalingen van toeslagen te stoppen en te voorkomen. In het rapport van de ADR is vermeld dat de ambtelijke top van de Belastingdienst in ieder geval in september 2013 op de hoogte was van het stopzetten van toeslagen voordat onderzoek bij de burger

¹⁴ Tweede Kamer, vergaderjaar 2013-2014, 17 050, nr. 435

¹⁵ Tweede Kamer, vergaderjaar 2013-2014, 31 066, nr. 176

was gedaan. Het groepsgewijs stopzetten van toeslagen van ouders naar aanleiding van een – al dan niet vermeend – fraudesignaal aangaande een gastouderbureau paste in de doelstelling van het CAF en in het algemeen belang van misbruik- en fraudebestrijding, ook al is daarbij, zo bleek veel later en achteraf, in strijd met de Awir gehandeld.

Met betrekking tot het maken van onderscheid op basis van nationaliteit kan eveneens worden gezegd dat werd gemeend daarmee in het algemeen belang te handelen. Ter illustratie verwijs ik hiervoor naar de casus Beilen. Aanleiding voor deze casus was een signaal van de Fiscale inlichtingen- en opsporingsdienst (FIOD). Uit dit signaal bleek dat twee burgerservicenummers (hierna: BSN's) die in een eerder fraudeonderzoek naar voren waren gekomen, weer actief waren. Vervolgens bleek dat er sprake was van een "verhoogde activiteit van Bulgaarse aanvragen", in die zin dat het ging om specifieke DigiD's en BSN's uit fraudezaken die twee jaar eerder speelden. Met de Bulgarenfraude en de daarmee gepaard gegane maatschappelijk ophef in het achterhoofd kan gezegd worden dat ambtenaren mochten menen in het algemeen belang te handelen door in de casus Beilen uitsluitend toeslagaanvragers met de Bulgaarse nationaliteit te selecteren om nader te controleren, ook al is daarbij in strijd met de Wet bescherming persoonsgegevens gehandeld. Hierbij is ook van belang om op te merken dat uit het rapport van de Autoriteit Persoonsgegevens is af te leiden dat de verwerking van gegevens omtrent nationaliteit binnen de Belastingdienst/Toeslagen wijdverbreid was.

Onder deze omstandigheden kan met betrekking tot de toeslagenaffaire worden geconcludeerd dat de betrokken ambtenaren hebben gehandeld in het kader van de hen opgedragen bestuurstaak en daarbij meenden en mochten menen te handelen in het algemeen belang, ook al werd daarbij in strijd met de Awir en de Wbp en de AVG gehandeld. Niet is gebleken dat de ambtenaren hebben gehandeld ter bevordering van eigen gewin of belang. Met toepassing van de uitgangspunten zoals geformuleerd in de Otapan-beschikking komt de betrokken ambtenaren derhalve met betrekking tot hun handelen in de toeslagenaffaire in beginsel strafrechtelijke immuniteit toe en kunnen zij om die reden niet strafrechtelijk worden vervolgd. Deze conclusie ligt in het verlengde van het uitgangspunt dat over strafbare handelingen die aan de Staat zijn toe te rekenen verantwoording in het politieke domein dient te worden afgelegd, in plaats van in het strafrecht.

Naar het Openbaar Ministerie begrijpt, handelt het in de toeslagenaffaire mogelijk over duizenden dossiers. Het Openbaar Ministerie beschikt niet over deze duizenden dossiers en dus ook niet over informatie over de handelwijze van alle daarbij betrokken individuele ambtenaren. Gelet echter op de tot nu gebleken collectieve wijze van handelen, met als uitgangspunt het tegengaan van misbruik

en fraude, en het ontbreken van concrete feiten en omstandigheden van handelen door ambtenaren uit eigen belang of gewin, is er geen aanleiding en ook geen grond om individuele dossiers op te vragen of nader te onderzoeken.

Voor zover in de toeslagenaffaire nieuwe feiten en omstandigheden bekend worden die aanleiding zouden kunnen geven voor een verdenking van enig strafbaar handelen, dan geldt naar het oordeel van het Openbaar Ministerie op voorhand het uitgangspunt dat individuele ambtenaren strafrechtelijke immunititeit toekomt, tenzij er aanknopingspunten zijn dat betrokken ambtenaren niet in het algemeen belang meenden te handelen, maar uit eigen gewin of belang.

5 Conclusie

Het Openbaar Ministerie is ten aanzien van uw aangifte van oordeel dat er geen sprake is van een verdenking van knevelarij, noch van beroepsmatige discriminatie. Ambtshalve heeft het Openbaar Ministerie beoordeeld of de feiten en omstandigheden die ten grondslag liggen aan uw aangifte een verdenking van andere strafbare feiten zouden kunnen opleveren, zoals dwang door misbruik van gezag. Dat is niet het geval. Omdat er geen sprake is van een verdenking van enig strafbaar feit, heeft het Openbaar Ministerie besloten geen strafrechtelijk onderzoek in te stellen naar aanleiding van uw aangifte.

Naast deze beslissing is het Openbaar Ministerie tot het oordeel gekomen dat ambtenaren met betrekking tot hun handelen in de toeslagenaffaire in beginsel strafrechtelijke immunititeit toekomt en zij om die reden niet strafrechtelijk vervolgd kunnen worden, zolang zij bij de uitvoering van opgedragen bestuurstaken meenden te handelen in het algemeen belang en daarbij niet is gebleken van handelen uit eigen gewin of belang. Dit uitgangspunt is onverkort aan de orde voor zover in de toeslagenaffaire nieuwe feiten en omstandigheden bekend worden die wel aanleiding zouden kunnen geven voor een verdenking van enig strafbaar feit.

Mocht u het niet eens zijn met mijn beslissing om geen strafrechtelijk onderzoek in te stellen naar aanleiding van uw aangifte, dan kunt u op grond van artikel 12 Wetboek van Strafvordering een klacht indienen bij de sector strafrecht van het gerechtshof Den Haag (Postbus 20302, 2500 EH Den Haag).

Hoogachtend,

Handtekening

mr. M. Zwinkels
Hoofdofficier van justitie
Arrondissementsparket Den Haag