Ministerie van Financiën

TER INFORMATIE
Aan
de minister
de staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst
de staatssecretaris van Financiën – Toeslagen en Douane

notitie

Samenvatting beslissing OM om geen strafvervolging in te stellen

Directie Juridische Zaken

Inlichtingen
10.2.e

T 10.2.e
F 10.2.e
10.2.e @minfin.nl
www.minfin.nl

Direct contact
Marijke Bogtstra

M 10.2.e

Datum
8 januari 2021

Notitienummer
2021-0000003800

Auteur
10.2.e

Van

Kopie aan

Aanleiding

Vandaag heeft het OM per brief laten weten van oordeel te zijn dat er geen sprake is van een verdenking van knevelarij, beroepsmatige discriminatie of van andere strafbare feiten. De eerste twee strafbare feiten waren in de aangifte van 19 mei jl. opgenomen, ten aanzien van de andere feiten is het OM ambtshalve tot een oordeel gekomen. Hieronder volgt een samenvatting van de beslissing van het OM en een appreciatie. Bij die appreciatie zal ook kort worden ingegaan op een eventuele art. 12-procedure.

Samenvatting

- Het OM heeft naast de door Financiën bij de aangifte beschikbaar gestelde documenten ook kennisgenomen van jurisprudentie van de afdeling rechtspraak van de Raad van State, Kamerstukken, nadien via andere Wob-besluiten openbaar gemaakte documenten en zelfs van het rapport van de POK zelf. Voor een deel zijn dat documenten die na de aangifte tot stand zijn gekomen of openbaar zijn geworden;
- Het OM geeft aan zorgvuldig te werk te zijn gegaan en heeft daartoe ook advies ingewonnen bij het eigen Wetenschappelijk Bureau en bij het eigen Landelijk Expertisecentrum Discriminatie. Ook een interne reflectiekamer van het functioneel parket en de landelijke reflectiekamer van het OM hebben zich gebogen over tussentijdse bevindingen en beoordelingen;
- Het OM gaat in op het beoordelingskader voor de aangifte, waarbij het aangeeft dat het enkele feit dat een strafbaar feit zou kunnen zijn gepleegd, onvoldoende is om te spreken van een verdenking. Een verdenking is nodig om tot strafvervolging te kunnen overgaan. Daarvoor moet sprake zijn van objectieve en concrete gegevens, feiten en omstandigheden die relevant zijn voor het betrokken strafbare feit. Daarbij benadrukt het OM dat pas sprake is van een strafbaar feit als dit feit in de wet is omschreven.
- Het OM bespreekt achtereenvolgens de verschillende strafbare feiten in het licht van dit beoordelingskader en de bij de beoordeling betrokken documenten;
- Allereerst komt knevelarij aan de orde. Daarbij betrekt het OM ambtshalve meteen ook het delict dwang door misbruik van gezag. Van beide delicten is geen sprake, niet bij de stopzetting en ook niet bij de terugvordering.
    - Bij de stopzetting is geen sprake van de verdenking van knevelarij omdat voorschotten geen vorderingen zijn aan enige openbare kas.
    - Bij de stopzetting is evenmin sprake van de verdenking van dwang of misbruik van gezag, omdat op het moment van stopzetten niet opzettelijk werd opgetreden buiten de bevoegdheden die aan

ambtenaren van de Belastingdienst/Toeslagen toekomen. Er werd gehandeld vanuit de veronderstelling dat het handelen binnen de grenzen van de wettelijke bevoegdheden viel. Ook verschillende rechterlijke uitspraken en een rapport van de Nationale ombudsman uit 2010 hebben die veronderstelling ondersteund. Dat de rechter later 'om' is gegaan, maakt nog niet dat je achteraf kunt zeggen dat ambtenaren opzettelijk buiten hun bevoegdheden zijn getreden.

- Bij de herziening en terugvordering van toeslagen is ook geen sprake van de verdenking van knevelarij of dwang of misbruik van gezag. Bij de beoordeling betrekt het OM de uitspraken van de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 23 oktober 2019 en de wetgeving zoals die vóór die uitspraken werd geïnterpreteerd. Er is geen sprake van de verdenking van knevelarij, omdat ambtenaren gelet op de jurisprudentie uit die tijd niet konden weten dat de terugvorderingen onterecht en daarmee onverschuldigd waren. Dat inzicht geldt pas vanaf 23 oktober 2019. In het verlengde daarvan geldt dat ambtenaren bij het nemen van terugvorderingsbesluiten evenmin opzettelijk hun bevoegdheden te buiten zijn gegaan, zodat ook van de verdenking van dwang of misbruik van gezag geen sprake is;

- Vervolgens bespreekt het OM uitgebreid beroepsmatige discriminatie aan de hand van de casus die in de aangifte zijn genoemd en de casus die in de documenten is aangetroffen. Daarnaast wordt ook het rapport van de AP aangehaald. Het OM concludeert dat er geen sprake is voor de verdenking van beroepsmatige discriminatie in strafrechtelijke zin. Het OM geeft aan dat de strafrechtelijke norm voor discriminatie beperkt wordt door het criterium dat mensen door het onderscheid in hun mensenrechten of fundamentele rechten moeten zijn aangetast. Het OM oordeelt dat handelingen als het opvragen van nationaliteit via een query niet tot gevolg hebben dat mensenrechten of fundamentele rechten worden aangetast. Ook de grotere kans om op basis van nationaliteit gecontroleerd te worden is strafrechtelijk niet relevant, omdat alle ouders wiens dossier werd gecontroleerd aan dezelfde maatstaven werden getoetst. Bij die toetsing zijn er geen aanwijzingen aangetroffen voor een onderscheid naar nationaliteit.
  Daarbij merkt het OM op dat er andere rechtsnormen zijn die discriminatie verbieden, met elk hun eigen werking en reikwijdte. Daarover geeft het OM geen oordeel. Het is overigens begrijpelijk dat de verschillende betekenissen van het begrip discriminatie voor betrokkenen in het dossier verwarrend zijn;
- Als laatste bespreekt het OM de strafrechtelijke immuniteit van de Staat en van ambtenaren aan de hand van jurisprudentie. In dit verband wordt ook het leerstuk van het feitelijk leidinggeven aan strafbare gedragingen besproken. De kern is dat zolang ambtenaren handelen binnen de hen opgedragen bestuurstaak, zij vallen onder de strafrechtelijke immuniteit van de Staat. Zolang ambtenaren bij de uitvoering van een opgedragen bestuurstaak menen te handelen in het algemeen belang en daarbij niet is gebleken van handelen uit eigen gewin of belang, wordt dat ook niet anders in de gevallen dat de Nationale ombudsman constateert dat dat handelen onbehoorlijk is of dat een rechter constateert dat handelen in strijd met de wet (hier de Awir en de Wbp/AVG) is geweest. Verder geeft het OM aan dat de geraadpleegde documenten geen aanknopingspunten bevatten voor de conclusie dat één of meer ambtenaren uit eigen gewin of belang hebben gehandeld. Daarom zit het OM ook geen aanleiding om individuele dossiers op te vragen of te onderzoeken. Overigens geeft het OM aan dat indien er in de toeslagenaffaire nieuwe feiten of omstandigheden bekend worden die aanleiding zouden geven voor de verdenking van enig strafbaar handelen, nog steeds het uitgangspunt zou gelden van strafrechtelijke immuniteit van individuele ambtenaren, tenzij die niet in het algemeen belang meenden te handelen, maar voor eigen gewin of belang.

Appreciatie

- Het OM heeft een uitgebreide toelichting gegeven op de beslissing niet over te gaan tot het instellen van een strafrechtelijk onderzoek. De beslissing van het OM is goed onderbouwd en gedocumenteerd en is ook goed te volgen;
- Het is duidelijk dat het OM bij zijn beschouwing over de strafrechtelijke immuniteit van de Staat en van ambtenaren waarschuwt al te lichtvaardig vervolgaangifte te doen van vermoedens van strafbare feiten, omdat die niet snel kunnen leiden tot strafrechtelijke vervolging;
- De conclusies van het OM zullen mogelijk niet bij iedereen even goed ontvangen worden. Maar ook als iemand het niet met die conclusies eens is, wil dat niet zeggen dat die conclusies onjuist zijn. Bijvoorbeeld omdat een conclusie niet past bij een collectieve emotie die de overhand heeft in het debat. Het betoog van het OM is solide en helder.;
- Juist omdat het betoog van het OM zo doorwrocht is, ligt het voor de staat niet voor de hand hierover een klacht in te dienen op grond van artikel 12 Wetboek van Strafvordering. Om verschillende redenen.
    - Zo'n klacht is niet kansrijk indien er niet een goed inhoudelijk verhaal achter zit dat het OM hier de plank inhoudelijk volledig misslaat. Zo'n verhaal is er niet;
    - Het is ook niet passend als de staat een artikel 12-klacht zou indienen. De aangifteplicht van artikel 162 Sv dient er juist toe om binnen de staat een onafhankelijke partij een oordeel te laten geven over vermoedens van strafrechtelijk relevant handelen. Dat oordeel ligt er nu en het is helder.
    - Die helderheid helpt ook de staat als werkgever. Het starten van een artikel 12-klacht door de staat werpt ook in de relatie met de eigen werknemers de vraag op wat daarvan dan nog de reden is na dit heldere oordeel van het OM. Dan neigt het meer naar een politieke heksenjacht;
    - Tenslotte valt een klacht niet te rijmen met de aanloop naar het besluit van het OM. Financiën heeft zich steeds op het standpunt gesteld dat er geen aanleiding was tot het doen van aangifte. Politiek is een second opinion op dit standpunt afgedwongen. De ingeschakelde expert kwam in zijn second opinion tot de conclusie dat er een vermoeden was van strafbare feiten. Op dat moment ontstond een wettelijke aangifteplicht. Die plicht is nagekomen; er is aangifte gedaan. Het OM heeft de aangifte beoordeeld en is op goede gronden tot het oordeel gekomen dat geen sprake is van verdenking van strafbare feiten. Een door Financiën daartegen ingediende klacht zou ertoe leiden dat het oordeel van de eigen organisatie – en dat van het OM overigens – alsnog niet wordt gesteund.
- Om de genoemde redenen zou weerstand moeten worden geboden aan druk om eventueel toch een artikel 12-klacht in te dienen. De druk zal mogelijk ontstaan, maar er zijn voldoende argumenten er niet aan toe te geven.