

Jurisprudentie

De keuze tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving en de Aanwijzing sociale zekerheidsfraude

Noot bij HR 6 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1496

Mr. dr. drs. B. van der Vorm*

158

1. Over de keuze tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving is veel geschreven, waarbij het in het verband van de onderhavige zaak niet nodig is om deze discussie hier voort te zetten.¹ Uit deze zaak blijkt wel dat dit thema niet uitsluitend academisch van aard is, maar ook in de praktijk een belangrijke rol speelt. Zo maakt het natuurlijk voor de overtreder (of: verdachte) enorm veel uit of na de oplegging van een bestuurlijke sanctie wegens hetzelfde feit ook een strafrechtelijke vervolging plaatsvindt. In dit verband is het belangrijk om een onderscheid te maken tussen bestuurlijke herstelsancties (last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom) en een bestuurlijke bestraffende sanctie (bestuurlijke boete). Indien aan een overtreder een bestuurlijke herstelsanctie wordt opgelegd, kan

* Mr. dr. drs. B. van der Vorm is universitair docent straf(proces)recht en is verbonden aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen en het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging van de Universiteit Utrecht. Hij is tevens redacteur van dit tijdschrift.

1. Zie o.m. B. van der Vorm, 'De keuze tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sanctionering en het criterium van de ernstige gedraging', *PROCES* 2017, p. 267-280; J.H. Crijsns & M.L. van Emmerik, 'Samenloop tussen strafrecht en punitief bestuursrecht. Zoeken naar evenredige bestraffing', *NJB* 2018, p. 1094-1103; M.F.H. Hirsch Ballin, 'Overbrugging van procedurele breuklijnen bij een integrale aanpak van criminaliteit', *TBS&H* 2019, p. 163-172; A.R. Hartmann & O.J.D.M.L. Jansen, 'Op de kast en weer terug, maar niet in de la. Raad van State en kabinet over de keuze tussen de twee bestraffende stelsels in het publiekrechtelijke sanctierecht', *TBS&H* 2021, p. 32-42.

nadien wegens hetzelfde feit ook een strafrechtelijke vervolging worden ingesteld. Wel dient de strafrechter in de straftoemeting rekening te houden met het feit dat aan de dader reeds een bestuurlijke herstelsanctie is opgelegd.² De kaarten liggen anders, indien een bestuurlijke boete wordt opgelegd. Artikel 5:44, eerste lid, Awb, geeft namelijk aan dat het bestuursorgaan geen bestuurlijke boete oplegt, indien tegen de overtreder wegens dezelfde gedraging een strafvervolging is ingesteld en het onderzoek ter terechtzitting is begonnen dan wel een strafbeschikking is uitgevaardigd. Het spiegelbeeld van deze bepaling wordt gevonden in artikel 243, tweede lid, Sv. Hieruit blijkt dat als ter zake van het feit aan de verdachte een bestuurlijke boete is opgelegd, dit dezelfde rechtsgevolgen heeft als een kennisgeving van niet verdere vervolging.³ Concreet betekent dit dat wanneer aan een overtreder een bestuurlijke boete is opgelegd, het una-via-beginsel een strafrechtelijke vervolging wegens hetzelfde feit belet. Indien het Openbaar Ministerie er desalniettemin voor zou kiezen om tot vervolging van de verdachte over te gaan, leidt dit tot een niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie.

2. HR 12 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3122, *NJ* 2018/94, m.nt. J.M. Reijntjes

3. Zie uitgebreid B. van der Vorm, 'Enkele opmerkingen over het una via-beginsel en het nieuwe Wetboek van Strafvordering', *TBS&H* 2018, p. 218-228.

2. Uit het tweede lid van artikel 5:44 Awb blijkt dat indien de gedraging tevens een strafbaar feit is, zij aan de officier van justitie wordt voorgelegd, tenzij bij wettelijk voorschrift is bepaald dan wel met het Openbaar Ministerie is overeengekomen, dat daarvan kan worden afgezien. Het kan verstandig zijn om de omstandigheden wanneer bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving geëigend is, neer te leggen in een aanwijzing, zoals de Aanwijzing sociale zekerheidsfraude. Uit de aanwijzing blijkt dat sociale zekerheidsfraude zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk wordt gesanctioneerd en het una-viabeginsel voorschrijft om een keuze te maken voor één handhavingssysteem. Daarom worden twee categorieën zaken onderscheiden. Ten eerste de zaken waarin een nadeel kleiner is dan € 50.000 (hierna: categorie I-zaken) en ten tweede de zaken waarin een nadeel groter of gelijk is aan € 50.000 (hierna: categorie II-zaken). Indien sprake is van een categorie I-zaak wordt deze in beginsel bestuursrechtelijk afgedaan. De categorie II-zaken worden in beginsel strafrechtelijk afgedaan (r.o. 2.2/2.3). Dit is een helder en duidelijk onderscheid, maar in de onderhavige casus heeft het toch tot problemen geleid.
3. In deze zaak is de verdachte veroordeeld wegens medeplegen van uitkeringsfraude, hetgeen is strafbaar gesteld in artikel 227b Sr. Er is een voorwaardelijke taakstraf voor de duur van dertig uren opgelegd, met een proeftijd van twee jaren, indien niet naar behoren verricht te vervangen door vijftien dagen hechtenis, alsmede tot een geldboete van € 250, bij gebreke van betaling en verhaal te vervangen door vijf dagen hechtenis. In het eerste cassatiemiddel wordt geklaagd over de verwerping door het hof van het verweer dat het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk moet worden verklaard in de vervolging. Het voert daartoe aan dat het Openbaar Ministerie, gelet op het uiteindelijk in een administratieve procedure vastgestelde benadelingsbedrag, in strijd met de Aanwijzing sociale zekerheidsfraude (hierna: Aanwijzing) heeft gehandeld door de verdachte te vervolgen (r.o. 2.1). Het benadelingsbedrag is in casu door de gemeente namelijk op 6 maart 2017 vastgesteld op € 0. Ten tijde van de vervolgingsbeslissing van het Openbaar Ministerie in december 2016 was de hoogte van het benadelingsbedrag van de uitkeringsfraude echter vastgesteld op € 128.517,11. De vraag is nu in hoeverre het Openbaar Ministerie in strijd met de Aanwijzing sociale zekerheidsfraude heeft gehandeld door de verdachte toch te vervolgen wegens medeplegen van uitkeringsfraude.
4. De Hoge Raad maakt niet veel woorden vuil aan deze kwestie en wijst op eerdere jurisprudentie, waaruit blijkt dat bij de beantwoording van de vraag of het Openbaar Ministerie terecht heeft geoordeeld dat voldaan is aan de criteria van de Aanwijzing, moet worden uitgegaan van de gegevens die ten tijde van de vervolgingsbeslissing aan het Openbaar Ministerie bekend waren (r.o. 2.4.1).⁴ Het hoogste strafrechtelijke college vervolgt door te overwegen dat het hof heeft vastgesteld dat ten tijde van de vervolgingsbeslissing, in december 2016, op basis van de toen bekend zijnde gegevens over het benadelingsbedrag, was voldaan aan de criteria van de Aanwijzing. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk. Daaraan doet niet af dat op een later moment in een administratieve procedure het daadwerkelijke benadelingsbedrag alsnog op € 0 is gesteld. Het cassatiemiddel faalt (r.o. 2.4.2).
5. Deze uitspraak van de Hoge Raad is in lijn met eerdere jurisprudentie en mag in dat licht niet een verrassing zijn. Het Openbaar Ministerie wordt namelijk pas in uitzonderingssituaties niet-ontvankelijk verklaard. Toch moet ik dit arrest van de Hoge Raad een hoog formalistisch karakter toekennen. Indien achteraf wordt vastgesteld dat het benadelingsbedrag van de fraude € 0 is, is een strafrechtelijke vervolging dan nog opportuun? Had dan niet in de rede gelegen om deze zaak bestuursrechtelijk af te doen? Ik wil hier twee nuanceringen aanbrenge op deze formalistische uitspraak van de Hoge Raad. Ten eerste is er de aanwezigheid van een andere contra-indicatie voor bestuursrechtelijke handhaving. Hoewel het benadelingsbedrag achter gezien is vastgesteld op € 0 zijn er in deze zaak wel strafrechtelijke dwangmiddelen ingezet, hetgeen pleit voor een strafrechtelijke handhaving. Ten tweede moet worden gekeken naar de aard en ernst van het delict. Artikel 227b Sr is een omissie- of verzwijgingsdelict (een misdrijf), waarin het in strijd met een wettelijke verplichting nalaten gegevens te verstrekken centraal staat. Gelet op de sanctienorm – een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of een geldboete van vierde categorie – kan voor dit delict een voorlopige hechtenis worden gevorderd, hetgeen zou pleiten voor strafrechtelijke boven bestuursrechtelijke handhaving.⁵
6. Soms wordt weleens aangegeven dat het voor de overtreder of dader niet veel uitmaakt of hij wordt ‘gebeten’ door het strafrecht of het bestraffende bestuursrecht. In casu is aan de dader een voorwaardelijke taakstraf opgelegd, wat *de facto* betekent dat wanneer hij zich houdt aan de gestelde voorwaarden gedurende de proeftijd, hij deze hoofdstraf niet hoeft uit te voeren. Indien hij bestuursrechtelijk zou zijn ‘aangepakt’, is de kans groot dat een bestuurlijke boete zou zijn opgelegd. Bestuurlijke boetes

4. Vgl. HR 27 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT2105, NJ 2012/450, m.nt. T.M. Schalken.

5. Ten aanzien van overtredingen is de keuze tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving naar mijn mening minder evident. Veel overtredingen kunnen worden overgeheveld naar het bestuursrecht. Zie bijvoorbeeld B. van der Vorm, ‘De overtredingen betreffende de veldpolitie: overheveling naar het bestuursrecht?’, *TBS&H* 2020, p. 165-173.

kunnen immers – naar mijn mening ten onrechte – niet in voorwaardelijke vorm worden opgelegd.⁶ In die zin kan worden betoogd dat de dader in dit geval dan beter af zou zijn dan wanneer aan hem een bestuurlijke boete zou worden opgelegd. Hier zit echter een adder onder het gras, omdat de veroordeling tot een voorwaardelijke taakstraf leidt tot een aantekening in de justitiële documentatie en de oplegging van een bestuurlijke boete niet.⁷ Onder deze omstandigheden is het voorstelbaar dat de dader een bestuursrechtelijke afdoening van de zaak prettiger zou vinden dan de strafrechtelijke vervolging. De keuze tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving is echter niet een beslissing van de overtreder of dader, maar die van het bestuursorgaan en het Openbaar Ministerie. Dit arrest van de Hoge Raad is er een goed voorbeeld van dat het thema ‘bestuursrecht of strafrecht’ niet uitsluitend een academische kwestie is, maar het ook voor de handhavingspraktijk ontzettend van belang is.⁸

6. B. van der Vorm, ‘Enkele gedachten over de voorwaardelijke bestuurlijke boete in het financieel-economische handhavingsrecht’, *TvS&O* 2019, p. 171-179.
7. B. van der Vorm, ‘Artikel 443 Sr, de bestuurlijke boete en de aantekening in de justitiële documentatie’, *TBS&H* 2021, p. 1-4.
8. Volledigheidshalve wil ik wijzen op het voorgestelde artikel 18.16 Omgevingswet: ‘Als de ernst van een overtreding of de omstandigheden waaronder zij is begaan daartoe aanleiding geven, legt het bevoegd gezag de gedraging voor aan het openbaar ministerie.’ Het moge duidelijk zijn dat deze bepaling zonder nadere uitwerking in de praktijk tot ontzettend veel onduidelijkheden zal gaan leiden inzake de afstemming tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving.