

Gst. 2023/15

Hoge Raad (Strafkamer) 27 september 2022, nr. 20/03072
(Mrs. V. van den Brink, A.L.J. van Strien & T. Kooijmans)
m.nt. B. van der Vorm¹

(Art. 227b Sr)

NJ 2023/9
RvdW 2022/898
ECLI:NL:PHR:2022:564
ECLI:NL:HR:2022:1123

Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk in vervolging wegens handelen in strijd met de Aanwijzing sociale zekerheidsfraude door een schikking tussen verdachte en het college van burgemeester en wethouders?

Het cassatiemiddel berust – in navolging van het gevoerde verweer – op de opvatting dat de enkele aangevoerde omstandigheid dat de verdachte, voorafgaand aan de dagvaarding in eerste aanleg, een schikking heeft getroffen met het college van de gemeente waarbij het in verband met de socialeverzekeringsfraude door de verdachte te betalen terugvorderingsbedrag is bijgesteld tot € 21.000 grond oplevert voor de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in de vervolging. Die opvatting is onjuist omdat bij de beantwoording van de vraag of het openbaar ministerie in strijd met de Aanwijzing tot vervolging is overgegaan, het bedrag aan ‘nadeel’ in de zin van de Aanwijzing beslissend is. Nu het verweer daarover niets inhoudt, heeft het hof dat verweer toereikend gemotiveerd verworpen, nog daargelaten dat uit het aangevoerde niet zonder meer kan volgen dat het Openbaar Ministerie ten tijde van de vervolgingsbeslissing bekend was met de schikking en het daarin vastgestelde terugvorderingsbedrag.

Arrest
op het beroep in cassatie tegen een arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 21 september 2020, nummer 21-006938-17, in de strafzaak
tegen
[verdachte],
geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum] 1970,
hierna: de verdachte.

1 Procesverloop in cassatie

Het beroep is ingesteld door de verdachte. Namens deze heeft I.T.H.L. van de Bergh, advocaat te Maastricht, bij schriftuur cassatiemiddelen voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit. De advocaat-generaal A.E. Hartevelt heeft geconcludeerd tot vernietiging van het bestreden arrest, maar uitsluitend wat de duur van de opgelegde straf betreft, tot vermindering

daarvan naar de gebruikelijke maatstaf en tot verwerping van het beroep voor het overige.

2 Beoordeling van het eerste cassatiemiddel

2.1 Het cassatiemiddel klaagt 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 heeft gehandeld in strijd met de Aanwijzing sociale zekerheidsfraude (hierna ook: de Aanwijzing) door de verdachte te vervolgen, gelet op de in een administratieve procedure getroffen schikking waarbij het terugvorderingsbedrag is beperkt tot (afgerond) € 21.000.

2.2.1 Aan de verdachte is tenlastegelegd dat: “hij op één of meerdere tijdstip(pen) in of omstreeks de periode van 19 december 2008 tot en met 01 maart 2014 in de gemeente [plaats] en/of de gemeente [plaats], in elk geval in Nederland, in strijd met een hem bij of krachtens wettelijk voorschrift opgelegde verplichting, te weten artikel 17 van de Wet Werk en Bijstand, opzettelijk heeft nagelaten tijdig de benodigde gegevens te verstrekken, en dit feit kon strekken tot bevoordeling van zichzelf of een ander, terwijl verdachte wist, althans redelijkerwijze moest vermoeden dat die gegevens van belang waren voor de vaststelling van verdachtes of eens anders recht op een verstrekking of tegemoetkoming, te weten een uitkering krachtens de Wet Werk en Bijstand, dan wel voor de hoogte of de duur van die verstrekking of tegemoetkoming, immers heeft hij, verdachte, opzettelijk verzwegen en/of nagelaten te vermelden dat hij, verdachte, (feitelijk) zijn hoofdverblijf buiten de gemeente [plaats] had en/of (feitelijk) niet verbleef op het GBA-adres.”

2.2.2 Het procesverloop is weergegeven in de conclusie van de advocaat-generaal onder 3.2 en 3.3. In het bijzonder is van belang dat, in een administratieve procedure waarin de verdachte was betrokken in verband met de ten onrechte ontvangen uitkering, een schikking is getroffen tussen het college van burgemeester en wethouders (hierna: het college) van de gemeente [plaats] en de verdachte, waarbij het door de gemeente teruggevorderde bedrag (hierna ook: terugvorderingsbedrag) – dat aanvankelijk was bepaald op € 61.000 – is bijgesteld naar (afgerond) € 21.000. Namens de verdachte is in verband met die schikking in de strafzaak ter terechtzitting in hoger beroep het verweer gevoerd dat het openbaar ministerie niet-ontvankelijk moet worden verklaard in de vervolging.

2.2.3 Het hof heeft dat verweer als volgt samengevat en verworpen.

“De raadsman heeft aangevoerd dat verdachte is vervolgd in strijd met de Aanwijzing sociale zekerheidsfraude. Op 23 september 2017 heeft verdachte – voordat de zaak in eerste aanleg bij de politierechter is aangebracht – met de gemeente [plaats] een schikking getroffen, waarbij het terugvorderingsbedrag is beperkt tot een bedrag van € 21.000,00 bruto. Het benadelingsbedrag in deze zaak is daardoor lager dan € 50.000,00

¹ Benny van der Vorm is universitair docent straf(proces)- en bestuursrecht aan Universiteit Utrecht.

en dergelijke zaken worden in beginsel bestuurlijk afgedaan. In de zaak tegen verdachte is geen sprake van een uitzonderings situatie waarin de zaak toch strafrechtelijk kan worden afgedaan. De raadsman heeft geconcludeerd dat het openbaar ministerie niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in de vervolging van verdachte.

(...)

Het hof overweegt als volgt.

De Aanwijzing sociale zekerheidsfraude (hierna: de Aanwijzing) betreft het opsporings- en vervolgingsbeleid met betrekking tot fraude met uitkeringen, verstrekt krachtens de sociale zekerheidswetgeving. Een strafrechtelijke interventie vindt in beginsel pas plaats wanneer er sprake is van een benadelingsbedrag van € 50.000 of meer. Bij de vaststelling van de hoogte van het nadeel in de zin van de Aanwijzing is de aan de individuele verdachte toegekende uitkering in beginsel beslissend. Het nadeel is het brutobedrag dat ten onrechte ten laste van de uitvoerende instantie is gekomen. Terugvordering en terugbetaling van het onterecht teveel ontvangen geld is het uitgangspunt voor het strafvorderingsbeleid.

De vervolgingsbeslissing in deze zaak is genomen voordat verdachte met de gemeente [plaats] een schikking heeft getroffen. Bij het nemen van de vervolgingsbeslissing werd dus uitgegaan van een door de uitkeringsfraude ontstaan benadelingsbedrag van € 61.000,00 en was het openbaar ministerie ook op grond van zijn eigen beleidsregels bevoegd om vervolging in te stellen tegen de verdachte. Dat verdachte daarna in de bestuursrechtelijke procedure met de gemeente een schikking heeft getroffen waarbij het fraudebedrag fors naar beneden is gesteld, maakt dit niet anders nu op grond van het benadelingsbedrag een strafrechtelijke afdoening van de zaak mogelijk is. Op grond van het vorenstaande is het hof van oordeel dat het openbaar ministerie ontvankelijk is in de strafvervolging. Het verweer wordt verworpen.”

2.3 De in het cassatiemiddel bedoelde Aanwijzing sociale zekerheidsfraude van 14 maart 2016 (*Stcrt.* 2016, 12609) luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

“Definities

(...)

Nadeel: het brutobedrag dat ten onrechte ten laste van de uitvoerende instantie(s) is gekomen. Afgedragen of af te dragen loonbelasting en eventuele premies zijn derhalve in het nadeel begrepen.

(...)

2. Keuze straf- of bestuursrecht

2.1. Onderscheid in twee categorieën

Sociale zekerheidsfraude kan zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk worden gesanctioneerd. Gelet op het una via-beginsel dient in elke zaak een keuze gemaakt te worden tussen één van beide stelsel. Om richting te geven aan de una via-beslissing worden de volgende 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)

2.2. Categorie I zaken

In beginsel worden zaken van de eerste categorie bestuursrechtelijk afgedaan. Op deze hoofdregel zijn een aantal uitzonderingen. Wanneer sprake is van een uitzonderingssituatie, dan kan worden afgeweken van de hoofdregel en kan de zaak toch strafrechtelijk worden afgedaan.

(...)

2.3. Categorie II zaken

In beginsel worden zaken van de tweede categorie strafrechtelijk afgedaan. Het is mogelijk om van deze hoofdregel af te wijken. De beslissing om in afwijking van deze aanwijzing geen strafrechtelijk onderzoek in te stellen en/of geen proces-verbaal in te zenden, wordt alleen in overleg met de officier van justitie genomen.”

2.4.1 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 (vgl. HR 27 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT2105).

2.4.2 Het cassatiemiddel berust – in navolging van het gevoerde verweer – op de opvatting dat de enkele aangevoerde omstandigheid dat de verdachte, voorafgaand aan de dagvaarding in eerste aanleg, een schikking heeft getroffen met het college van de gemeente waarbij het in verband met de sociale verzekeringsfraude door de verdachte te betalen terugvorderingsbedrag is bijgesteld tot € 21.000, grond oplevert voor de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de vervolging. Die opvatting is onjuist omdat bij de beantwoording van de vraag of het openbaar ministerie in strijd met de Aanwijzing tot vervolging is overgegaan, het bedrag aan ‘nadeel’ in de zin van de Aanwijzing beslissend is. Nu het verweer daarover niets inhoudt, heeft het hof dat verweer toereikend gemotiveerd verworpen, nog daargelaten dat uit het aangevoerde niet zonder meer kan volgen dat het openbaar ministerie ten tijde van de vervolgingsbeslissing bekend was met de schikking en het daarin vastgestelde terugvorderingsbedrag.

2.5 Het cassatiemiddel faalt.

3 Beoordeling van het tweede cassatiemiddel

3.1 Het cassatiemiddel klaagt dat in de cassatiefase de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 lid 1 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden is overschreden omdat de stukken te laat door het hof zijn ingezonden.

3.2 Het cassatiemiddel is gegrond. Dit moet leiden tot vermindering van de opgelegde taakstraf van honderd uren, subsidiair vijftig dagen hechtenis.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt de uitspraak van het hof, maar uitsluitend wat betreft het aantal uren te verrichten taakstraf en de duur van de vervangende hechtenis;
- vermindert het aantal uren taakstraf en de duur van de vervangende hechtenis in die zin dat deze 95 uren, subsidiair 47 dagen hechtenis, belopen;
- verwerpt het beroep voor het overige.

Naschrift

1. In het verband van de aanpak van socialezekerheidsfraude is zowel bestuursrechtelijke als strafrechtelijke handhaving mogelijk. De Aanwijzing sociale zekerheidsfraude moet meer duidelijkheid geven over de keuze tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving. Uit deze aanwijzing blijkt dat een strafrechtelijke interventie in beginsel pas plaatsvindt wanneer er sprake is van een benadelingsbedrag van € 50.000 of meer, maar hierop zijn in de aanwijzing diverse uitzonderingen gemaakt. Voor de toepassing van deze aanwijzing is beslissend of de zaak materieel onder de omschrijving socialezekerheidsfraude valt en doet niet ter zake ten titel van welk(e) strafbepaling(en) wordt opgespoord en vervolgd. Met 'nadeel' wordt bedoeld het brutobedrag dat ten onrechte ten laste van de uitvoerende instantie(s) is gekomen. Paragraaf 2 van deze aanwijzing handelt over de keuze tussen straf- en bestuursrecht. Gelet op het *una via*-beginsel dient, volgens de aanwijzing, in elke zaak een keuze gemaakt te worden tussen één van beide stelsels. Om richting te geven aan de *una via*-beslissing worden de volgende 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). In beginsel is strafrechtelijke handhaving geïndiceerd ten aanzien van de categorie II-zaken en worden categorie I-zaken bestuursrechtelijk afgedaan. Onder omstandigheden kan het strafrecht ook worden ingezet, indien sprake is van een categorie I-zaak. Er dient dan bijvoorbeeld te worden gedacht aan situaties waarbij reeds strafvorderlijke dwangmiddelen zijn toegepast, de verdachte een voorbeeldfunctie heeft, sprake is van herhaling van overtredingen binnen een bepaalde periode en zaken met een nadeel kleiner dan € 50.000 die niet kunnen leiden tot de oplegging van een bestuurlijke boete of maatregel. Op papier lijkt sprake te zijn van een duidelijke regeling in de aanwijzing, maar de praktijk is – zoals vaak het geval is – weerbarstiger (zie o.m. B. van der Vorm, 'De keuze tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving en de Aanwijzing sociale zekerheidsfraude: noot bij HR 6 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1496', *TBS&H* 2021, p. 158-160).

2. De feiten in de onderhavige zaak zijn de volgende. Aan de verdachte is ten laste gelegd dat hij – kort gezegd – in de periode tussen 19 december 2008 en 1 maart 2014 bijstandsfraude heeft gepleegd door het opgeven van een

onjuist verblijfsadres. Hij is bij arrest van maandag 21 september 2020 door het hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem, wegens 'in strijd met een hem bij wettelijk voorschrift opgelegde verplichting, opzettelijk nalaten tijdig de benodigde gegevens te verstrekken, terwijl het feit kan strekken tot bevoordeling van zichzelf, en terwijl hij weet dat de gegevens van belang zijn voor de vaststelling van zijn recht op die verstrekking of tegemoetkoming' (hetgeen is strafbaar gesteld in artikel 227b Sr), veroordeeld tot een taakstraf voor de duur van 100 uren. Volgens de raadsman van de verdachte dient het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk in de vervolging te worden verklaard, omdat sprake zou zijn van handelen in strijd met de Aanwijzing sociale zekerheidsfraude. Op 23 september 2017 heeft verdachte – voordat de zaak in eerste aanleg bij de politierechter is aangebracht – met het college van burgemeester en wethouders een schikking getroffen, waarbij het terugvorderingsbedrag is beperkt tot een bedrag van € 21.000 bruto. Het benadelingsbedrag in deze zaak is daardoor lager dan € 50.000 en dergelijke zaken worden in beginsel bestuurlijk afgedaan. In de zaak tegen verdachte is geen sprake van een uitzonderingssituatie waarin de zaak toch strafrechtelijk kan worden afgedaan en derhalve dient het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk te worden verklaard, aldus de raadsman van de verdachte.

3. De Hoge Raad overweegt 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). Het hoogste strafrechtelijke rechtscollege overweegt vervolgens dat het cassatiemiddel op de opvatting berust dat de enkele aangevoerde omstandigheid dat de verdachte, voorafgaand aan de dagvaarding in eerste aanleg, een schikking heeft getroffen met het college van burgemeester en wethouders, waarbij het in verband met de socialeverzekeringsfraude door de verdachte te betalen terugvorderingsbedrag is bijgesteld tot € 21.000, grond oplevert voor de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in de vervolging. Die opvatting is volgens de Hoge Raad onjuist, omdat bij de beantwoording van de vraag of het Openbaar Ministerie in strijd met de Aanwijzing tot vervolging is overgegaan, het bedrag aan 'nadeel' in de zin van de Aanwijzing beslissend is. Nu het verweer daarover niets inhoudt, heeft het hof dat verweer toereikend gemotiveerd verworpen, nog daargelaten dat uit het aangevoerde niet zonder meer kan volgen dat het Openbaar Ministerie ten tijde van de vervolgingsbeslissing bekend was met de schikking en het daarin vastgestelde terugvorderingsbedrag (r.o. 2.4.2). Het Openbaar Ministerie behoudt in deze zaak aldus het vervolgingsrecht.

4. De strafrechtelijke uitkomst van deze zaak heeft geen gevolgen voor de schikking tussen de verdachte en het college van burgemeester en wethouders. Toch laat deze zaak zien dat in de praktijk de afstemming tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving soms te wensen over laat. Met annotator Jörg ben ik van mening dat in deze zaak in strikte zin de *una via*-problematiek zich niet

voordoet, omdat 'geen sprake is van beboeting door het bestuur die samenloopt met bestraffing door de strafrechter (of het OM)' (zie de tiende opmerking van N. Jörg in zijn annotatie onder HR 27 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1123, NJ 2023/9). Dit zou anders zijn geweest, indien de verdachte en het college van burgemeester en wethouders geen overeenstemming hadden bereikt middels een schikking en aan de overtreder (verdachte) een bestuurlijke boete was opgelegd en ter zake van hetzelfde feit ook een strafrechtelijke vervolging wordt ingesteld. Het *una via*-beginsel dat is neergelegd in artikel 5:44 Awb en artikel 243, tweede lid, Sv, beletten deze samenloop ook. Hier is in casu echter geen sprake van, omdat geen bestuurlijke boete is opgelegd (vgl. B. van der Vorm, 'Enkele opmerkingen over het *una via*-beginsel en het nieuwe Wetboek van Strafvordering', *TBS&H* 2018, p. 218-228).

5. Het daadwerkelijke probleem is gelegen aan een gebrek aan coördinatie, waarbij het bestuur en het Openbaar Ministerie langs elkaar heen hebben gewerkt en 'niet zonder meer duidelijk is geworden of de officier van justitie op de hoogte was van de schikking' (zie de negende opmerking van N. Jörg in zijn annotatie onder HR 27 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1123, NJ 2023/9). Dit gebrek aan coördinatie speelt de verdachte dus parten, nu hij – naast de schikking met het college van burgemeester en wethouders – óók strafrechtelijk vervolgd kan worden wegens overtreding van artikel 227b Sr. Hoewel de Hoge Raad naar de letter de Aanwijzing sociale zekerheidsfraude juist uitlegt, komt bij mij wel de vraag op of deze uitspraak in lijn is met de 'geest' van de aanwijzing. Is dit nu juist geen voorbeeld van een strafzaak die voorkomen dient te worden? Wat voegt een dergelijke vervolging nog toe nu de verdachte en het college van burgemeester en wethouders zijn overeengekomen dat hier het 'terugvorderingsbedrag', dat aanvankelijk was bepaald op € 61.000 wordt bijgesteld naar € 21.000? In hoeverre is het dan nog opportuun om tot vervolging over te gaan? In ieder geval dient de strafrechter met dit soort aspecten in de straftoemeting rekening te houden (zie ook: HR 12 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3122, NJ 2018/94, m.nt. J.M. Reijntjes). Het feit dat de Hoge Raad de uitspraak van het hof vernietigt wat betreft het aantal uren te verrichten taakstraf en de duur van de vervangende hechtenis heeft uitsluitend te maken met de overschrijding van de redelijke termijn, zoals bedoeld in artikel 6, eerste lid, EVRM (r.o. 3.1).

6. Valt, tot slot, het college van burgemeester en wethouders in deze zaak iets te verwijten? Indien een blik wordt geworpen op het bepaalde in artikel 5:44, tweede lid, Awb, blijkt dat wanneer 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. Nu regelt de Aanwijzing sociale zekerheidsfraude de afstemming tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving, maar deze zaak laat zien dat het wenselijk is om in het verband van schikkingen tussen het bestuursorgaan en de betrokkene, het betreffende bestuursorgaan dit meldt aan de officier van justitie. Als in deze zaak het

bestuursorgaan de officier van justitie vóór de vervolgingsbeslissing had gemeld dat het nadeelbedrag was herberekend en in de schikking was verminderd tot beneden € 50.000 zou de kans dat het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk wordt verklaard veel groter zijn geweest. Juist in zaken waar de *una via*-problematiek zich kan voordoen, is afstemming en coördinatie tussen het bestuur en het Openbaar Ministerie wenselijk. In deze zaak heeft het college van burgemeester en wethouders naar mijn mening onterecht, de officier van justitie niet op de hoogte gesteld van de getroffen schikking met de betrokkene, waardoor in ieder geval is gehandeld in strijd met de 'geest' van artikel 5:44, tweede lid, Awb en de Aanwijzing sociale zekerheidsfraude.

B. van der Vorm

Gst. 2023/16

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 25 januari 2023, nr. 202200255/1/A3

(Mr. N. Verheij)

m.nt. B. van der Vorm¹

(Art. 28 Wet Bibob)

NJB 2023/480

ECLI:NL:RVS:2023:265

Valt de brief van de burgemeester aan het LBB onder de reikwijdte van de geheimhoudingsbepaling van artikel 28 Wet Bibob? (Utrecht)

Zoals ook vermeld in de brief van het LBB van 21 januari 2020 verzoekt de burgemeester in de brief van 25 november 2019 om een aanvulling op eerder gegeven Bibob-adviezen over de bedrijfsvoering van appellant. In de brief van 21 januari 2020 staan de vragen geciteerd die in de brief van 25 november 2019 worden gesteld aan het LBB. In laatstgenoemde brief wordt geciteerd uit en verwezen naar informatie uit (de bijlagen bij) de eerdere adviezen. Het gaat daarom om gegevens met betrekking tot een derde verkregen in een Bibob-procedure. De rechtbank heeft dan ook terecht onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 8 juni 2011 overwogen dat de brief van 25 november 2019 onder de geheimhoudingsverplichting van artikel 28, eerste lid, van de Wet bibob valt. Dat appellant, naar zij stelt, wordt geschaad in haar verdedigingsbelangen in de Bibob-procedure als die brief niet openbaar wordt gemaakt, kan zij aanvoeren in die procedure.

Uitspraak op het hoger beroep van:

[vennootschap A] en [vennootschap B], beide gevestigd te [plaats], appellanten (hierna: tezamen en in enkelvoud: [appellant]),

¹ Benny van der Vorm is universitair docent straf(proces)- en bestuursrecht aan Universiteit Utrecht.