



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De strafrechtelijke antifraudebepalingen in het licht van de uitkomsten van de ondervragingscommissie kinderopvangtoeslag

Voorde, J.M. ten

Citation

Voorde, J. M. ten. (2021). De strafrechtelijke antifraudebepalingen in het licht van de uitkomsten van de ondervragingscommissie kinderopvangtoeslag. *Tijdschrift Voor Bijzonder Strafrecht En Handhaving*, 2021(6), 374-381.
doi:10.5553/TBSenH/229567002021007006004

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3245499>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Artikel

De strafrechtelijke antifraudebepalingen in het licht van de uitkomsten van de ondervragingscommissie kinderopvangtoeslag

Prof. mr. J.M. ten Voorde*

374

1. Inleiding

Repeteervuur, dat was het woord dat bij mij opkwam na lezing van het rapport van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag.¹ De conclusies zijn als kogelinslagen. De commissie constateert dat de ‘grondbeginselen van de rechtsstaat’ zijn geschonden. Hoewel zij zich van meervoud bedient, richt de commissie zich in feite maar op één grondbeginsel: de overheid neemt de menselijke maat in acht, zowel in wetgeving en beleid, in de uitvoering daarvan als bij de rechterlijke controle daarop. Dat beginsel was volgens de commissie met voeten getreden. In de overtuiging dat fraude keihard moet worden aangepakt en dat waar gehakt wordt nu eenmaal spaanders vallen, ontbrak het aan een wettelijke uitwijkmogelijkheid, deed de uitvoering er nog een discriminerend schepje bovenop en fiatteerde de rechtspraak (tot 2019) de ingeslagen weg van etnisch profileren en discriminatie. Een en ander mondde volgens de commissie uit in ‘ongekend onrecht’.²

Het rapport beperkt zich tot de kinderopvangtoeslag en tot de bestuursrechtelijke aanpak daarvan door de belastingdienst en de falende controle daarop door de bestuursrechter en de politiek.³ De aanpak van fraude met uitkeringen en toeslagen heeft echter ook een strafrechtelijke pendant. In het rapport van de commissie neemt het strafrecht een bescheiden plaats in. De aanpak van fraude met toeslagen kan weliswaar ook door middel van het strafrecht geschieden, de voorkeur werd gegeven aan een bestuursrechtelijke aanpak. ‘Het strafrecht kon het niet alleen oplossen’, aldus Frans Weekers, voormalig staatssecretaris van Financiën tijdens zijn ondervraging door de commissie.⁴ De keuze voor het bestuursrecht lag in capaciteitsproblemen bij het strafrecht. Tegelijkertijd zou in het citaat besloten kunnen liggen dat de strafrechtelijke aanpak van toeslagenfraude weinig anders zou zijn uitgevoerd en nadien als keihard zou zijn bestempeld. Er wordt immers niet gesuggereerd dat de strafrechtelijke aanpak (veel) van de bestuurlijke had verschild. De vraag is of dat klopt. Is het strafrechtelijk instrumentarium net zo hardvochtig als het bestuursrechtelijke blijkbaar was? Om deze vraag te beantwoorden richt ik de blik op de strafbaarstellingen van uitkeringsfraude: artikel 227a, 227b, 447c en 447d Sr.

* Prof. mr. J.M. ten Voorde is hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden.

1 *Kamerstukken II 2020/21*, 35510, nr. 2.

2 *Kamerstukken II 2020/21*, 35510, nr. 2, p. 5-7.

3 Zie ook P. Essers, ‘De menselijke maat en “ongekend onrecht”’, in: T. Kooijmans e.a. (red.), *Op zoek naar evenwicht* (Groenhuijsen-bundel), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 219-230; L.G.M. Stevens, ‘Was het onrecht rond de toeslagen wel zo ongekend?’, *Weekblad fiscaal recht*, nr. 7365, 2021, p. 36-51.

4 *Kamerstukken II 2020/21*, 35510, nr. 2, p. 52.

Om de gestelde vraag te beantwoorden, bespreek ik de complexe toeslagenwetgeving en met name de informatieplichtingen die daaruit jegens de burger voortvloeien. Vervolgens ga ik in op de achtergrond van de genoemde strafbaarstellingen: het ontstaan, de te beschermen rechtsbelangen en de plaats van de artikelen in de aanpak van uitkeringsfraude. Ter beantwoording van de laatste vraag wordt aandacht besteed aan strafvorderlijk beleid. Vervolgens wordt het toepassingsbereik besproken in het licht van de uitkomsten van het rapport van de parlementaire ondervragingscommissie. Zoals gezegd komt daarin het ontbreken van de menselijke maat prominent naar voren. In het strafrecht kan de menselijke maat op verschillende momenten in beeld komen: bij de bestanddelen opzet en schuld, de strafuitsluitingsgronden en het bepalen van de sanctie. Bezien wordt of in rechtspraak van de mogelijkheid rekening te houden met de menselijke maat gebruik is gemaakt en op welke wijze, en of daaruit de indruk kan ontstaan dat in het strafrecht meer rekening wordt gehouden met de menselijke maat.

2. Inlichtingenplichten bij inkomensafhankelijke regelingen

Aan het eind van de vorige en het begin van deze eeuw werden op het gebied van wonen, zorg en kinderen verschillende toeslagen ingevoerd waaronder de huurtoeslag, de kinderopvangtoeslag en de zorgtoeslag.⁵ Deze toeslagen zijn zogenoemde inkomensafhankelijke regelingen; de hoogte van de toeslag is immers van het inkomen afhankelijk. Kort na de invoering van deze regelingen werd de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (hierna: Awir) ingevoerd.⁶ Deze wet stroomlijnt de uitvoering van deze regelingen, onder meer voor wat betreft de toekenning van een tegemoetkoming, de uitbetaling ervan, de procedure van bezwaar, beroep en hoger beroep en de bestuurlijke boete. Tevens kent de wet een algemene regeling over de verplichtingen van aanvragers van een inkomensafhankelijke regeling. In beleid worden de regelingen nader uitgewerkt. Het was op dat beleid waarop de ondervragingscommissie forse kritiek leverde.⁷ Mij gaat het echter vooral om de in de wet tot uitdrukking komende zorgplichten, omdat die ook voor het strafrecht relevant zijn.

De uitvoering van de wet en het al dan niet toekennen van toeslagen is in handen van een onderdeel van de Belastingdienst, in de wet Belastingdienst/Toeslagen genoemd (artikel 11 Awir). Paragraaf 2 van hoofdstuk 2 van de Awir beschrijft de toekenning, de aanvraag, het voorschot, de termijnen en de mogelijkheid tot herzie-

ning. Toekenning van een toeslag geschiedt uitsluitend op aanvraag (art. 14 lid 1 Awir). De aanvraag moet door informatie van de aanvrager worden ondersteund, dat wil zeggen 'de gegevens en bescheiden die voor de beslissing op de aanvraag nodig zijn en waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen' (art. 4:2 lid 2 Awb). Hieruit blijkt dat de aanvrager zich moet inspannen om de vereiste informatie aan het bestuursorgaan te verstrekken, in het bijzonder informatie die het bestuursorgaan zelf minder eenvoudig kan verkrijgen.⁸ Daarbovenop bepaalt artikel 15 lid 2 Awir dat de aanvrager de informatie 'duidelijk, stellig en zonder voorbehoud' aan de Belastingdienst/Toeslagen verstrekt. Er geldt dus niet alleen een inspanningsverplichting om de vereiste informatie te verstrekken, maar ook met betrekking tot de wijze waarop dat geschiedt.

De Belastingdienst/Toeslagen kan de aanvrager om gegevens of inlichtingen vragen die bij de beoordeling van een aanvraag 'van belang kunnen zijn' (art. 18 lid 1 Awir). Daarbij mag worden aangenomen dat hij slechts die informatie dient te verstrekken waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen. De informatie moet de Belastingdienst/Toeslagen in staat stellen te bepalen of en tot welk bedrag de aanvrager aanspraak maakt op een tegemoetkoming.⁹ De aanvrager is verplicht aan het verzoek gehoor te geven. Dat informatie van belang kan zijn is natuurlijk buitengewoon vaag, vooral ook omdat de aanvrager zich moet verplaatsen in de Belastingdienst/Toeslagen en moeten afvragen wat zou die willen ontvangen. De informatie moet worden verstrekt op een door de Belastingdienst/Toeslagen voorgeschreven wijze en binnen een door die instantie gegeven termijn (art. 18 lid 2 Awir). Aan voor een bepaalde datum (1 april van het lopende jaar, volgend op het belastingjaar waarop de tegemoetkoming betrekking heeft) ingediende aanvragen worden toegekend door middel van een voorschot (art. 16 lid 1 Awir). Om ervoor te zorgen dat het voorschot min of meer kloppend is met het daadwerkelijke toetsingsinkomen, is de aanvrager verplicht om uit eigen beweging wijzigingen door te geven die relevant zijn voor het bepalen van de toeslag (art. 17). Wijzigingen betreffen: het ontstaan en beëindigen van een 'partnerschap', verhoging van het geschatte toetsingsinkomen en vermogen, alsmede wijzigingen die voor de betreffende toeslag van belang kunnen zijn. Tussentijdse loonsverhogingen moeten dus door de aanvrager aan de Belastingdienst worden gemeld. Wijzigingen moeten binnen vier weken na de intreding van deze wijzigingen zijn doorgegeven. Het aanvragen van een toeslag geschiedt veelal digitaal. Het verstrekken van informatie kan echter ook schriftelijk moeten plaatsvinden.

In het jaar volgend op de verkregen toeslag wordt de definitieve toeslag bepaald. Daarvoor zendt de Belastingdienst/Toeslagen een formulier met begeleidende brief naar de aanvrager. Aanvrager moet dat ingevuld retour-

5 Resp. Wet van 16 juni 2005, *Stb.* 2005, 525; Wet van 24 april 1997, *Stb.* 1997, 197; Wet van 9 juli 2004, *Stb.* 2004, 455.

6 Wet van 23 juni 2005, *Stb.* 2005, 344 (sindsdien vele malen gewijzigd).

7 Zie nader Essers 2021; Stevens 2021.

8 J.A.C. de Poorter, in: *Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, aant. 4 bij art. 4:2.

9 *Kamerstukken II* 2004/05, 29764, nr. 3, p. 50.

neren. Op basis van de verstrekte informatie (het formulier en de jaaropgave van het afgelopen jaar van de kinderopvang) wordt de definitieve toeslag berekend. Die kan hoger of lager uitvallen. In het laatste geval wordt het te veel uitgekeerde bedrag teruggevorderd (art. 26 Awir). Er is al met al dus sprake van een ‘voorschot- en verrekeningssystematiek’.¹⁰

Het geven van de juiste informatie is geen eenvoudige opgave. Dat geldt bijvoorbeeld voor het vaststellen van het toetsingsinkomen. Dat gaat via verschillende stappen. Zeker bij aanvragers zonder vast contract of met verschillende losse dienstverbanden in een jaar kan het veel werk zijn om het toetsingsinkomen te bepalen. Daarbij moet een goede administratie worden gevoerd. Men moet ook telkens begrijpen wat van iemand wordt gevraagd. Hier geldt: onbegrip moet ertoe leiden dat een aanvrager om hulp vraagt. Of dat ook gebeurt en of dat ook het gewenste resultaat heeft (de aanvrager begrijpt wat van hem wordt verwacht), is een vraag die ik hier niet kan beantwoorden. Er kan in ieder geval worden geconstateerd dat de hier besproken wetgeving het nodige van een aanvrager verlangt. Er geldt een zware zorgplicht die aansluit bij een veelbeschreven ontwikkeling waarin van burgers wordt verlangd dat zij hun zaakjes op orde hebben en aangesproken kunnen worden wanneer dat niet het geval blijkt, ook (of zelfs) in omstandigheden waarbij de vraag kan worden gesteld of de eisen die aan burgers worden gesteld wel realistisch zijn.

376

3. Strafrechtelijke reactie op uitkeringsfraude

Het belang van het met behulp van het strafrecht bestrijden van fraude met overheidsmiddelen, in het bijzonder uitkeringen in het domein van de sociale zekerheid, werd in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw onderkend.¹¹ De bestrijding ervan werd mogelijk gemaakt door in talloze socialezekerheidswetten bepalingen op te nemen die het niet naar waarheid of niet tijdig verstrekken van gegevens strafbaar stelde. Ruim dertig jaar geleden werd besloten die bepalingen in het Wetboek van Strafrecht op te nemen in een eenduidige regeling. Zo ontstonden de artikelen 227a, 227b, 447c en 447d Sr.

Het plegen van fraude met uitkeringen is op talloze manieren mogelijk. Het Wetboek van Strafrecht richt zich op drie gedragingen. In de eerste plaats kan ten behoeve van het plegen van fraude gebruik worden gemaakt van een valselijk opgemaakt of vervalst geschrift dat een bewijsbestemming heeft en dat de dader als echt en onvervalst wil gebruiken. Dit is strafbaar gesteld als valsheid in geschrift (art. 225 Sr). In de tweede plaats kunnen met opzet onware gegevens worden verstrekt aan iemand door wie of door wiens tussenkomst een tegemoetkoming wordt verleend. Wanneer die gegevens kunnen strekken ter bevoordeling en de dader weet of behoorde te weten dat zij van belang zijn voor het verlenen of bepalen van de hoogte of duur van die tegemoetkoming, levert dat een overtreding van artikel 227a Sr op. De derde gedraging betreft het opzettelijk nalaten gegevens te verstrekken die men verplicht is te verstrekken. Wanneer die gegevens kunnen strekken ter bevoordeling en de dader weet of behoorde te vermoeden dat zij van belang zijn voor het verlenen of bepalen van de hoogte of duur van die tegemoetkoming, is sprake van een overtreding van het in artikel 227b Sr strafbaar gestelde feit. De laatste twee bepalingen kennen een overtredingsvariant, respectievelijk artikel 447c en 447d Sr. Het verschil tussen de misdrijven en overtredingen ligt in het ontbreken van opzet: artikel 227a en 227b Sr eisen opzet op niet naar waarheid verstrekken van gegevens, respectievelijk het nalaten de benodigde gegevens te verstrekken (de strafbaarstellingen zijn hierna weergegeven). Deze opzeteis ontbreekt in artikel 447c en 447d Sr. Het weten of behoren te weten dat de verstrekte gegevens van belang zijn voor de vaststelling, hoogte of duur van de tegemoetkoming vinden we wel in de delictomschrijving van deze overtredingen terug.

De strafbaarstellingen van artikel 227a en 227b Sr en artikel 447c en 447d Sr staan niet in gelijkaardige titels van het wetboek. De misdrijven staan in de titel Valsheid met geschriften, gegevens en biometrische kenmerken. De in deze titel opgenomen bepalingen beschermen het publieke vertrouwen in geschriften en gegevens en tegen het nadeel dat door valsheid kan worden geleden. Juist in artikel 227a en 227b Sr staat dat laatste belang voorop.¹² Anders dan in artikel 225 Sr wordt namelijk expliciet verwezen naar bevoordeling door het gebruik van onware gegevens of door het nalaten van het verstrekken van gegevens. Artikel 227a en 227b Sr zijn echter geen zuivere vermogensdelicten, omdat van bevoordeling nog geen sprake hoeft te zijn. We zouden ze om die reden wellicht onzuivere vermogensdelicten kunnen noemen. Dat geldt om dezelfde reden dan ook voor artikel 447c en 447d Sr. Die staan in de titel Overtredingen tegen het openbaar gezag. Dat wijst op een derde rechtsbelang, namelijk ‘de geregelde werking van de organen of diensten van het staatsgezag’.¹³ De uitkering, in de bepalingen ‘verstrekking of tegemoetkoming’ genoemd,

10 G. Vonk, ‘Inkomensafhankelijke toeslagen in zwaar weer’, *NJB* 2020/1050.

11 Aan de aanpak van socialezekerheidsfraude lijken twee argumenten ten grondslag te liggen: het beheersbaar maken en houden van de overheidsfinanciën en het behoud van vertrouwen in het socialezekerheidsstelsel bij de bevolking die immers het geld moet ophoesten om het stelsel overeind te houden. Het eerste argument is het oudste argument, het laatste argument lijkt de laatste twintig jaar aan belang te hebben gewonnen. Dat argument verhult een achterliggend argument, namelijk dat de sociale zekerheid alleen zou zijn bedoeld voor Nederlanders en niet voor migranten of – ruimer geformuleerd – mensen met een migratieachtergrond.

12 *Kamerstukken I 1997/98, 23993*, nr. 329, p. 3.

13 K.K. Lindenberg, in: *T&C Strafrecht*, aant. 1 bij Inleidende opmerkingen Derde Boek, Titel III.

wordt veelal door of in naam van de overheid verstrekt en meestal vanuit publieke middelen betaald. Instanties die met de uitvoering daarvan zijn belast, worden geconfronteerd met gevallen van fraude waarop hun geregelde werking (het uitbetalen van uitkeringen) niet ziet. Het vergt extra inspanning, in de vorm van beleid, mankracht en geld, om de geregelde werking te verzekeren en te voorkomen dat vormen van bedrog de geregelde werking van de overheid (ernstig) frustreren. Tegelijkertijd wordt geld uitgekeerd aan een persoon die daarop geen recht heeft, geld dat de overheid ook voor andere doeleinden had kunnen aanwenden. Zo bezien frustriert uitkeringsfraude niet alleen dat deel van de overheid dat belast is met de uitvoering van bijvoorbeeld de socialezekerheidswetgeving.

Voor het gebruikmaken van de hierboven genoemde strafbaarstellingen uit het Wetboek van Strafrecht is een blik naar buiten noodzakelijk. Daarmee worden twee dingen bedoeld. In de eerste plaats eist de beantwoording van de vraag of onjuiste informatie is verschaft of is nagelaten de vereiste informatie te verschaffen inzicht in de te verschaffen informatie. Om te weten welke informatie moet worden verschaft, op welke wijze, aan wie en binnen welke termijn, moet te rade worden gegaan bij de ter zake doende socialezekerheidswetgeving, de Awir en de Awb. In de tweede plaats is voor het kunnen toepassen van deze strafbepalingen duidelijkheid nodig omtrent de bestuurlijke aanpak van het verschaffen van onjuiste informatie of het nalaten de vereiste informatie te geven. De strafrechtelijke weg zal niet worden bewandeld wanneer de gedragingen reeds bestuurlijk zijn afgedaan (vgl. art. 243 Sv). De strafrechtelijke weg is in dat geval overigens niet geheel afgesloten, dat hangt namelijk van de inhoud van de bestuurlijke afdoening af. Men zou gelet op het voorgaande kunnen stellen dat de artikelen 227a, 227b, 447c en 447d Sr weliswaar formeel tot het commune strafrecht behoren, gelet op de blik naar buiten kunnen ze ook bijzondere strafbaarstellingen worden genoemd. De term hybride strafbaarstelling dekt de lading wellicht nog het meest.

4. De strafbaarstellingen inzake uitkeringsfraude nader bekeken

Deze paragraaf bestaat uit twee onderdelen. Allereerst worden de verschillende onderdelen van de strafbaarstellingen besproken. Aangezien de overtredingsvarianten min of meer gelijklopend zijn, worden alleen de misdrijven (artikel 227a en 227b Sr) besproken. Ook artikel 225 Sr blijft buiten beschouwing.¹⁴ In deze para-

14 Zie daarover P.T.C. van Kampen, 'Valsheid in geschrift', in: F.G.H. Kristen e.a. (red.), *Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 97-121. Ik vond geen literatuur over de toepassing van art. 225 Sr in het kader van uitkeringsfraude. Sowieso is aandacht voor de hier be-

graaf staat de wetsgeschiedenis centraal. Vervolgens wordt aan de hand van rechtspraak bezien of en hoe ruimte bestaat voor de menselijke maat.

4.1 De wetsgeschiedenis

Artikel 227a Sr luidt:

'Hij die, anders dan door valsheid in geschrift, opzettelijk niet naar waarheid gegevens verstrekt aan degene door wie of door wiens tussenkomst enige verstrekking of tegemoetkoming wordt verleend, wordt, indien het feit kan strekken tot bevoordeling van zichzelf of een ander, terwijl hij weet of redelijkerwijze moet vermoeden dat de verstrekte gegevens van belang zijn voor de vaststelling van zijn of eens anders recht op die verstrekking of tegemoetkoming dan wel voor de hoogte of de duur van een dergelijke verstrekking of tegemoetkoming, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie.'

De opening van artikel 227a Sr, 'anders dan door valsheid in geschrift', maakt dat tussen beide bepalingen een duidelijk onderscheid moet worden gemaakt. Dat heeft vooral consequenties voor het bestanddeel 'verstrekken'. Daarmee kan slechts iets anders dan schriftelijk zijn bedoeld. Onder het bestanddeel gegevens worden verstaan 'informatie' of 'feitelijkheden'. Het verstrekken daarvan is dan ook het overdragen zonder dat er een geschrift (in de zin van artikel 225 Sr) aan te pas komt.¹⁵ De gegevens moeten van belang zijn voor de vaststelling van de hoogte of de duur van een uitkering. De dader moet dat ook weten of behoren te weten. Om te bepalen of dat het geval is 'is niet wezenlijk, dat de onwaarheid van de gegevens in het concrete geval dwingend zouden leiden tot de vaststelling van een ruimere aanspraak, dan waarop in werkelijkheid bestaat. De mogelijkheid van het intreden van een dergelijk geval, in het leven geroepen door het leveren van bedriegelijke [sic] gegevens, is voor de strafbaarheid voldoende grondslag. Ook wanneer de onjuiste informatieverstrekking gegevens betreft die in een uitzonderlijk geval niet bepalend zijn voor de vaststelling van het recht, maar daarvoor in het algemeen belang wel van belang zijn te achten', volstaat als bewijs voor dit bestanddeel.¹⁶ Het gaat er dus om dat gegevens van belang kunnen zijn.¹⁷ De informatie moet aan een bepaalde (publieke of private) persoon of instelling worden verschaft en moet kunnen strekken tot bevoordeling van zichzelf of een ander met een verstrekking of tegemoet-

sproken strafbepalingen gering, iets waarbij vragen mogen worden gesteld.

15 *Kamerstukken II 1994/95, 23993*, nr. 3, p. 8.

16 *Kamerstukken II 1994/95, 23993*, nr. 3, p. 10; *Kamerstukken II 1994/95, 23993*, nr. 7, p. 7. Gegevens die van belang zijn, zijn: (a) gegevens die 'voor de vaststelling van een uitkering noodzakelijk zijn', (b) gegevens die 'voor die vaststelling in het algemeen worden gebruikt' of (c) gegevens die 'in het concrete geval worden gebruikt, hetgeen zal blijken uit het feit dat ernaar gevraagd wordt'.

17 E.J. Hofstee, in: Noyon-Langemeijer-Remmelink, *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, aant. 5 bij art. 227a (actueel tot en met 15 januari 2017).

koming.¹⁸ Er is dus een beperkte kring van geadresseerden en de onware informatie moet gericht zijn op het verkrijgen van een specifieke bevoordeling, die op geld waardeerbaar is.¹⁹

Interessant is dat het te goeder trouw verstrekken van onware informatie aan een bepaalde persoon die moet kunnen strekken tot bevoordeling aan strafbaarheid in de weg staat. Vereist is namelijk dat de dader weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de gegevens van belang kunnen zijn voor de vaststelling van zijn of een anders recht op een uitkering dan wel voor de hoogte of de duur daarvan. Tegelijkertijd wordt van de gemiddelde burger verwacht dat hij nagaat of wat hij zegt juist is en als hij daarover twijfelt zijn mond houdt. Het gaat daarbij niet alleen om wat hij weet dat juist is, maar ook om wat hij met betrekking tot zijn beweringen ‘volgens algemene ervaringsregels kan weten en derhalve moet vermoeden’. Van hem wordt een zekere ‘deskundigheid en zorgvuldigheid ten aanzien van zijn optreden in relatie tot (uiteindelijk) de verstrekker van de toekenning’ verwacht.²⁰ Hier wordt een zware zorgplicht van de dader tot uitdrukking gebracht, die aansluit bij de hierboven besproken wetgeving.

Artikel 227b Sr luidt:

‘Hij die, in strijd met een hem bij of krachtens wettelijk voorschrift opgelegde verplichting, opzettelijk nalat tijdig de benodigde gegevens te verstrekken, wordt, indien het feit kan strekken tot bevoordeling van zichzelf of een ander, terwijl hij weet of redelijkerwijze moet vermoeden dat de gegevens van belang zijn voor de vaststelling van zijn of eens anders recht op een verstrekking of tegemoetkoming dan wel voor de hoogte of de duur van een dergelijke verstrekking of tegemoetkoming, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie.’

Veel bestanddelen van de delictsomschrijving van artikel 227a Sr keren in artikel 227b Sr terug. Het verschil tussen beide bepalingen is dat het in artikel 227a Sr gaat om het opzettelijk verschaffen van valse informatie, terwijl het in artikel 227b Sr gaat om het opzettelijk niet verschaffen van informatie waar deze wel had moeten worden verschaft. Om te bepalen welke informatie in de gegeven omstandigheden aan wie op welk moment had moeten worden verschaft, moet te rade worden gegaan bij de ter zake doende regeling.²¹ Ook hier hebben we dus te maken met een dader met een kwaliteit. Alleen de persoon die tot het verschaffen van informatie verplicht is, kan immers aansprakelijk worden gehouden voor het niet verstrekken daarvan. Met het bestanddeel nalaten

wordt duidelijk dat het hier gaat om een eigenlijk omisdelict. Het nalaten is hier gekoppeld aan een tijdstip en aan de inhoud van de gegevens. Het moet immers gaan om het ‘tijdig’ verstrekken van de ‘benodigde gegevens’ waarmee worden bedoeld de gegevens op basis waarvan kan worden beantwoord of het recht op een uitkering bestaat en zo ja, hoe hoog en hoe lang de uitkering moet worden verstrekt. ‘*Het bewijs van het nalaten moet (...) worden geleverd door, aan de hand van de regeling waarin de informatieplicht is neergelegd, in het concrete geval te bepalen op welk tijdstip bepaalde gespecificeerde informatie had moeten worden verstrekt.*’²² Met andere woorden, was er een informatieplicht, wat hield die verplichting in en op welk tijdstip moest de benodigde informatie door de aanvrager worden verstrekt en is dat in dit geval ook gebeurd aan de juiste instantie? Zou nee, dan is voor overtreding van artikel 227b Sr tevens vereist dat het nalaten met opzet geschiedde.

In de Eerste Kamer werd de vraag gesteld waarom, anders dan bij fiscale delicten, niet is voorzien in een inkeerregeling. In reactie daarop benadrukte de minister van Justitie het uitzonderingskarakter van de inkeerregeling (alleen toepasselijk in het fiscale recht, niet op met artikel 227a en 227b Sr aanverwante bepalingen, zoals valsheid in geschrift), een ‘belangrijk empirisch gegeven’ dat het zelden voorkomt dat een betrokkene tijdig tot inkeer komt en de rechter zal worden opgezaald met ‘vele kansloze verweren’.²³

4.2 Toepassing in de strafrechtspraktijk

In de wetsgeschiedenis wordt melding gemaakt van beleid van het Openbaar Ministerie (hierna: OM) met betrekking tot de strafrechtelijke aanpak van, kort gezegd, uitkeringsfraude.²⁴ Ook anno 2021 wordt het handelen van het OM door eigen beleid bepaald.²⁵ De Aanwijzing sociale zekerheidsfraude maakt inzichtelijk wanneer ‘sociale zekerheidsfraude’ (daarin omschreven als ‘het verstrekken van onjuiste en/of onvolledige gegevens, dan wel het verzwijgen of niet (tijdig) verstrekken van, voor de bepaling van het recht op uitkering en de duur en hoogte van de uitkering relevante gegevens, met als gevolg dat een uitkering geheel of ten dele ten onrechte wordt verstrekt’) strafrechtelijk en wanneer zij bestuursrechtelijk kan worden gesanctioneerd. De aanwijzing maakt daartoe onderscheid tussen categorie I- en categorie II-zaken. Categorie I-zaken zijn zaken waarin het

18 In T&C *Strafrecht* worden onder verstrekking of tegemoetkoming ook toeslagen gerekend, naast pensioenen, studiefinanciering, huur- en andere overheidssubsidies, alsmede particuliere subsidies en uitkeringen. Zie J.M. Verheul, in: T&C *Strafrecht*, aant. 7b bij art. 227a.

19 *Kamerstukken II 1994/95, 23993*, nr. 3, p. 9.

20 *Kamerstukken II 1994/95, 23993*, nr. 3, p. 9, 10; *Kamerstukken II 1994/95, 23993*, nr. 7, p. 6-7.

21 *Kamerstukken II 1994/95, 23993*, nr. 3, p. 12.

22 *Kamerstukken II 1994/95, 23993*, nr. 3, p. 13.

23 *Kamerstukken I 1997/98, 23993*, nr. 329, p. 6-7. In *Kamerstukken I 1994/95, 23993*, nr. 48 lezen we dat het ontbreken van inkeerregelingen in de socialezekerheidswetgeving in combinatie met het doel van het wetsvoorstel (concentratie van de fraudebepalingen) betekende dat niet hoefde te worden voorzien in een inkeerregeling. Met het kunnen toepassen van de inkeerregeling bij valsheid in geschrift in fiscale zaken (HR 3 oktober 2017, NJ 2018/270, m.nt. Reijntjes), komt de vraag op naar de toepassing daarvan bij de hier besproken strafbepalingen. Zie ik het goed, dan is hierover nog geen rechtspraak.

24 *Kamerstukken I 1997/98, 23993*, nr. 329, p. 6. Verwezen wordt naar de Richtlijn van 20 november 1996 voor het doen van aangifte, het opmaken van proces-verbaal, de vervolging en het strafvorderingsbeleid inzake fraude met sociale uitkeringen. *Stcrt.* 1997, 12.

25 Aanwijzing sociale zekerheidsfraude (2016A001), *Stcrt.* 2016, 12609.

nadeel ('het brutobedrag dat ten onrechte ten laste van de uitvoerende instantie(s) is gekomen') kleiner is dan vijftigduizend euro, bij categorie II-zaken is het nadeel groter dan of gelijk aan dat bedrag. Categorie I-zaken worden, behoudens in de Aanwijzing genoemde uitzonderingen, bestuursrechtelijk afgedaan. Uitzonderingen zijn onder andere recidive, fraude gepleegd in georganiseerd verband of met medewerking of medeweten van één of meer ambtenaren van de uitkerende instantie of wanneer ook andersoortige delicten zijn gepleegd, zoals witwassen, omkoping, mensenhandel of bedreiging van ambtenaren van de uitkerende instantie. Categorie II-zaken worden in de regel strafrechtelijk afgedaan. De Aanwijzing maakt duidelijk dat de officier van justitie 'naar eigen inzicht' kan besluiten de zaak zelf af te doen met een strafbeschikking of tot dagvaarding over te gaan. In de Aanwijzing staat centraal dat de inzet van het OM moet zijn het te veel ontvangen geld terug te vorderen en daadwerkelijk te laten terugbetalen. Gelet daarop zal de keuze voor de afdoeningsmodaliteit vooral zijn ingegeven door de vraag hoe kan worden bewerkstelligd dat het geld daadwerkelijk in 's Rijks kas terugvloeit.

In de Aanwijzing staat dus centraal duidelijkheid te creëren wanneer het strafrecht wordt ingezet en wanneer een zaak bestuursrechtelijk wordt afgedaan.²⁶ Het strafrecht komt in beeld komt bij zwaardere zaken; zaken waarin het gaat om veel geld of sprake is van georganiseerde misdaad of corruptie. De Richtlijn voor strafvordering sociale zekerheidsfraude bepaalt welke sancties worden gevorderd of opgelegd. Die worden afhankelijk gesteld van het nadeel dat de staat heeft geleden en komen niet in de buurt van het in artikel 227a en 227b Sr gestelde strafmaximum. Tot tachtigduizend euro wordt, naast een taakstraf en/of gevangenisstraf, altijd een geldboete gevorderd die even hoog is als het nadeel. Boven dat bedrag wordt alleen een gevangenisstraf gevorderd, waarvan de duur afhankelijk is van de hoogte van het nadeel (en van de vraag of wordt vervolgd voor overtreding van artikel 227a of 227b of voor artikel 447c of 447d Sr). In de Richtlijn worden alleen strafverzwarende omstandigheden genoemd (medeplegen en recidive), geen strafverzachtende omstandigheden. Noch in de richtlijn, noch in de aanwijzing lijkt rekening te worden gehouden met de menselijke maat.

Daarmee is niet gezegd dat die menselijke maat niet zichtbaar is bij het door het Openbaar Ministerie bepalen of vorderen van een straf. De richtlijn sluit maatwerk namelijk niet expliciet uit, al is wel de vraag hoe vrij een individuele officier van justitie zich voelt in zijn strafeis met de menselijke maat regeling te houden. Kwalitatief empirisch onderzoek zou daarop meer licht kunnen werpen. Of rekening wordt gehouden met de menselijke maat, kan ook uit rechtspraak moeten blijken, meer in het bijzonder bij het beoordelen van opzet of culpa, bij

het beoordelen van een beroep op een strafuitsluitingsgrond en bij het bepalen van de straf.²⁷ Op rechtspraak.nl aangetroffen rechtspraak van de gerechtshoven over artikel 227a en 227b Sr geeft verschillende voorbeelden hoe met de menselijke maat kan worden omgegaan.²⁸ Hier is voorzichtigheid wel op haar plaats. Ten eerste blijkt in heel wat zaken die werden aangetroffen sprake van een bekende verdachte; een opzetverweer werd in slechts een vijfde van de gevonden rechtspraak aangetroffen. Ten tweede is het aantal gevallen waarin een beroep werd gedaan op een strafuitsluitingsgrond op één hand te tellen. Ten derde kan uit de gevonden uitspraken niet altijd worden afgeleid of een strafmaatverweer is gevoerd en wat dat inhield. Anders gezegd, van een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt ten aanzien van de op te leggen sanctie lijkt niet altijd sprake te zijn geweest. Weer anders gezegd, er wordt nauwelijks ambtshalve expliciet rekening gehouden met de menselijke maat.

Met betrekking tot het opzetverweer moet worden gezegd dat een dergelijk verweer zich op twee onderdelen van de delictomschrijving van artikel 227a en 227b Sr kan richten, namelijk het opzet op de gedraging (valse informatie verstrekken of nalaten informatie te verstrekken) en op de wetenschap of het redelijk vermoeden dat de informatie van belang kan zijn voor het verkrijgen van een uitkering of het bepalen van de hoogte ervan.²⁹ De rechtspraak laat zien dat zowel ten aanzien van het opzet op de gedraging als op het weten/redelijkerwijs moet vermoeden verweer wordt gevoerd. De rechtspraak geeft een beeld waarin enerzijds het weten/redelijkerwijs moet vermoeden tamelijk eenvoudig kan worden vastgesteld door aan te nemen dat het een feit van algemene bekendheid is, of het de verdachte bekend is geworden dat hij was gehouden om gegevens te verstrekken, 'die redelijkerwijs van belang kunnen zijn voor de vaststelling van het recht op die uitkering, tijdig aan de betrokken uitkeringsinstantie door te geven'.³⁰ De uit de Awb en andere wetgeving volgende informatieverplichting is dus van grote betekenis voor het vaststellen van het subjectieve bestanddeel weten/redelijkerwijs moet vermoeden. Uit de aanwezigheid van die wetenschap volgt in heel wat gevallen ook het bewijs van het opzettelijk nalaten informatie te verstrekken wanneer is

26 Zie 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. 58-60.

27 De menselijke maat kan ook aan de orde zijn bij de vraag of de vervolging moet worden geschorst o.g.v. art. 16 Sv. Zie Hof Amsterdam 5 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1240.

28 Op rechtspraak.nl werden 166 arresten aangetroffen (gewezen tussen 2003 en 2021) met behulp van de zoekterm 'verstrekking of tegemoetkoming' (dit bestanddeel komt alleen in art. 227a en 227b en 448c en 448d Sr voor) waarin de verdachte (m/v) werd vervolgd voor (onder andere) overtreding van art. 227a of 227b Sr. De arresten werden gevonden door een zoekslag op 23 juni 2021. Nadien is niet meer naar rechtspraak gezocht.

29 In verreweg de meeste zaken was overtreding van art. 227b Sr ten laste gelegd.

30 Hof 's-Hertogenbosch 14 augustus 2007, ECLI:NL:GHSHE:BB1641; Hof Arnhem 22 april 2008, ECLI:NL:GHARN:BD0391; Hof Leeuwarden 23 maart 2009, ECLI:NL:GHLEE:BH7359; Hof Amsterdam 20 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2895; Hof Den Haag 7 juni 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1443.

vastgesteld dat die informatie niet is verstrekt.³¹ Dat betekent echter ook dat de afwezigheid daarvan tot het niet aannemen van opzet op de gedraging leidt.³² Het aannemen van wetenschap/redelijkerwijs moeten vermoeden is strafrechtelijk gezien niet zo eenvoudig als op het eerste gezicht (bestuursrechtelijk?) lijkt. Onduidelijkheid of de benodigde informatie daadwerkelijk vereist was voor het vaststellen van de hoogte of duur van de uitkering, staat bijvoorbeeld aan het vaststellen van het weten/redelijkerwijs moeten vermoeden in de weg.³³ Ten aanzien van dit punt lijkt er wel verschil van inzicht tussen de gerechten: in een enkel geval wordt bij onduidelijkheid wel de culpoze variant aangenomen.³⁴

In verschillende uitspraken staat ook het opzet op de gedraging ter discussie. In die gevallen lijkt het erop dat de omstandigheid dat verdachte wist/redelijkerwijs moest vermoeden dat de informatie verstrekt moest worden niet in de weg staat aan het oordeel dat het opzet op de gedraging ontbreekt.³⁵ Een voorbeeld is een zaak waarin 'gelet op de achtergrond waarmee [medeverdachte] zich in de woning van de verdachte bevond' en 'rekening houdend met de/het beperkte taalvaardigheid en -begrip van zowel verdachte als [medeverdachte], kan niet worden bewezen dat verdachte dit opzettelijk heeft nagelaten'.³⁶ Een ander voorbeeld betreft een zaak waarin de verdachte 'door zijn ernstige psychische klachten niet in staat was de (financiële) administratie van zijn bedrijf te voeren en/of te controleren. De verdachte heeft daarom maatregelen getroffen om te waarborgen dat deze (financiële) administratie naar behoren werd gevoerd, met name door het aanstellen van [naam] als financieel directeur en door het laten uitvoeren van controles door De-Loitte'.³⁷ Ook de omstandigheid dat de verantwoordelijke (overheids)instantie de verdachte niet adequaat informeert over het moeten geven van informatie kan aan het opzet in de weg staan.³⁸ Het spreekt voor zich dat niet elk opzetverweer slaagt. Het uit handen geven van de administratie aan iemand die je volledig vertrouwt, maar waarover je geen openheid van zaken wil geven, levert geen verweer op dat tot vrijspraak leidt.³⁹

De rechtspraak geeft ook enkele voorbeelden waarin een beroep werd gedaan op een strafuitsluitingsgrond, meer in het bijzonder psychische overmacht en afwezigheid van alle schuld. In de meeste gevallen had dit beroep

geen kans van slagen.⁴⁰ Daarop is één uitzondering. In de zaak ging het over het opgeven van royalty's. De verdachte had voor het schrijven van boeken een stichting opgericht en een contract gesloten met een uitgeverij. Daarvan waren ambtenaren van de gemeente op de hoogte; de gemeente steunde verdachte zelfs door het betalen van vertaalkosten. Met de gemeente waren afspraken gemaakt wanneer de inkomsten zouden worden opgegeven. Die omstandigheden tezamen maakten voldoende aannemelijk dat de verdachte geen verwijt kon worden gemaakt.⁴¹

Met betrekking tot de straftoemeting moet worden opgemerkt dat in heel wat uitspraken onvoorwaardelijke gevangenisstraffen niet worden geschuwd. Argumenten ter onderbouwing van die sanctie zijn onder andere het niet tonen van spijt. Toch zien we geregeld dat strafverzachende omstandigheden (al dan niet in combinatie met elkaar) worden aangenomen die worden gevonden in de persoon en persoonlijke omstandigheden van de dader: ziekte (inclusief verslaving),⁴² de omstandigheid dat iemand zijn leven weer op de rails heeft gezet⁴³ en het uitoefenen van een zorgtaak.⁴⁴ Ook de geringe ernst van het feit⁴⁵ en laksheid aan de zijde van de overheid die eerder aan de bel had moeten trekken dat de verdachte zijn inlichtingenplicht verzaakte,⁴⁶ zijn argumenten die ten voordele van de verdachte bij het bepalen van de straf werden meegewogen. In enkele gevallen bracht dit het hof tot toepassing van artikel 9a Sr (schuldigverklaring zonder straf). Veelal werd echter een taakstraf (van geringe duur) opgelegd.

5. Slotopmerkingen

De strafrechtelijke aanpak van uitkeringsfraude beperkt zich blijkens OM-beleid tot de zwaardere zaken. Dat zou met zich mee kunnen brengen dat de strafrechtelijke afdoening zich kenmerkt door een zekere gestrengheid. Die zou men ook verwachten gelet op de grote verantwoordelijkheid die op burgers rust om correcte informatie tijdig aan de juiste instanties door te geven. Daarvan geeft het ten behoeve van dit artikel verrichte rechtspraakonderzoek heel wat voorbeelden. De motivering is vaak zo summier dat mogelijk onderliggende proble-

31 Zie bijv. Hof Leeuwarden 9 februari 2009, ECLI:NL:GHLEE:BH2336; Hof Leeuwarden 8 april 2011, ECLI:NL:GHLEE:BQ0932; Hof Arnhem 29 augustus 2011, ECLI:NL:GHARN:BR6166; Hof Amsterdam 19 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2079; Hof Amsterdam 25 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3975.
32 Hof Leeuwarden 12 oktober 2011, ECLI:NL:GHLEE:BT7351.
33 Hof Leeuwarden 10 maart 2011, ECLI:NL:GHLEE:BP7336; Hof Arnhem 22 april 2011, ECLI:NL:GHARN:BQ2592.
34 Hof Amsterdam 30 november 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:5037.
35 Hof Arnhem 24 juli 2009, ECLI:NL:GHARN:BJ3996.
36 Hof Leeuwarden 1 maart 2011, ECLI:NL:GHLEE:BP6249.
37 Hof Amsterdam 30 november 2018, GHAMS:2018:5037.
38 Zie o.a. HR 10 september 2013 ECLI:NL:HR:666.
39 Hof Amsterdam 1 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4403.

40 Hof Leeuwarden 12 oktober 2010, ECLI:NL:GHLEE:BO0152; Hof 's-Gravenhage 12 oktober 2011, ECLI:NL:GHSR:BU4271.
41 Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4394. Vrijspraak volgde, omdat het aannemen van het verweer ertoe leidde dat het bestanddeel redelijkerwijs moet vermoeden niet kon worden bewezen.
42 Hof Arnhem 2 maart 2010, ECLI:NL:GHARN:BL6286; Hof Den Haag 13 november 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:4378; Hof Amsterdam 27 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:5039.
43 Hof Arnhem 9 september 2009, ECLI:NL:GHARN:BT5831; Hof Leeuwarden 23 september 2011, ECLI:NL:GHLEE:BT2626; Hof Amsterdam 14 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3627; Hof Amsterdam 24 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5608.
44 Hof Den Haag 7 juni 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1443.
45 Hof Leeuwarden 18 februari 2011, ECLI:NL:GHLEE:BP5156.
46 Hof Arnhem-Leeuwarden 29 mei 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:4125.

matiek onzichtbaar is gebleven. Daardoor kan echter niet worden geconcludeerd dat de strafrechtspraak de menselijke maat ontkent. Evenmin kan echter worden gesteld dat daarvoor voldoende oog bestaat. Dat neemt niet weg dat er rechtspraak is gevonden waarin met de menselijke maat rekening is gehouden, al zij vermeld dat het aantal zaken in absolute zin gering is. Hoe dan ook treffen we de menselijke maat niet alleen aan bij de straftoemeting, ook bij het vaststellen van de subjectieve bestanddelen (opzet en weten/redelijkerwijs moeten vermoeden) valt op dat persoonlijke omstandigheden aan het vaststellen van het subjectieve bestanddeel in de weg kunnen staan. Dat is opvallend, omdat de wetgeving waarmee de in deze bijdrage behandelde strafbaarstellingen verband houden uitgaat van een zware zorgplicht en de rechtspraak met het oog daarop ook laat zien dat het subjectieve bestanddeel tamelijk eenvoudig kan worden vastgesteld via het feit van algemene bekendheid dat iemand zich bewust is/moet zijn dat de te verstrekken informatie relevant kan zijn voor het bepalen van de toekenning van een uitkering of de hoogte daarvan en dat met het niet verstrekken van die informatie in ieder geval het opzet op het nalaten bewezen is. Dat deze redenering kan worden doorbroken, wijst erop dat de concrete omstandigheden van het geval zeer relevant kunnen zijn. Van belang om daarbij te vermelden is dat soms ook een zekere gestrengheid richting de instantie die de uitkering verstrekt valt te herkennen. Wanneer deze haar plichten verzaakt, wil dat weleens in het voordeel van de verdachte uitpakken. Dit lijkt mij in het licht van de uitkomsten van de parlementaire ondervragingscommissie een wezenlijk punt. Bij de bestudering van de rechtspraak viel ook op dat de verdachte vaak blijkbaar een bekennende verklaring aflegde en het strafmaatverweer kennelijk niet veel voorstelde, omdat in de strafmotivering aan een verweer niet expliciet aandacht werd besteed. Waar dat op duidt, kan op basis van dit onderzoek niet worden gezegd. Me dunkt in ieder geval dat een verdediging in zaken als onderhavige niet bij voorbaat kansloos hoeft te zijn. Tegelijkertijd kan de vraag worden opgeworpen of het van de verdediging moet afhangen dat de rechter expliciet met de menselijke maat rekening houdt. Al met al concludeer ik op basis van het beperkte onderzoek dat kon worden verricht, dat de menselijke maat in het strafrecht gewaarborgd kan zijn. Nader onderzoek, bijvoorbeeld naar gepubliceerde rechtspraak in eerste aanleg en naar de uitvoering van het beleid door het Openbaar Ministerie, kan meer licht werpen op deze maatschappelijk zeer gevoelige maar voor een rechtsstaat zo belangrijke materie.