

Benadelingsbedrag bij sociale zeker- heidsfraude

MR. H.W.M. NACINOVIC*

Met de invoering van de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving¹ is op 1 januari de bestuurlijke boete bij het niet nakomen van de wettelijke inlichtingenplicht in de WWB, IOAW en IOAZ heringevoerd, maar dan met fors hogere boetes dan voorheen en is voor de overige sociale zekerheidswetten het regime van de bestuurlijke boete overeenkomstig aangescherpt. Uitgangspunt van de wet was dat bij fraude met sociale zekerheidsuitkeringen in beginsel een boete van 100% van het benadelingsbedrag zou moeten worden opgelegd. Dit uiteraard naast de terugvordering van de ten onrechte verstrekte uitkering. Ook moeten meer gevallen op de bestuursrechtelijke manier worden afgedaan. Daartoe is de zogenaamde aangifte grens opgetrokken tot € 50.000. Blijft de benadeling onder dit bedrag, dan legt in beginsel het betreffende bestuursorgaan een boete op. Inmiddels zijn we een paar jaar verder en is onder druk van de publieke opinie, de Nationale ombudsman² en vooral de rechtspraak³ de wet al weer aangepast.⁴ De scherpste kantjes zijn er van af. Zo wordt de boete voor minder verwijtbare schendingen van de inlichtingenplicht naar lagere percentages berekend en moeten bestuursorganen ook meer rekening houden met de persoonlijke omstandigheden van betrokkenen, waaronder hun draagkracht. Het principe dat het benadelingsbedrag de maatstaf is voor de hoogte van de boete en voor de vraag of het bestuursorgaan de zaak zelf moet af doen of door moet spelen naar het OM heeft echter maar weinig kritiek gehad en is dan ook gehandhaafd. Het is begrijpelijk dat in het licht van het buitensporige karakter van de oorspronkelijke Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving de aandacht niet meteen gericht is geweest op dit toch wat meer technische punt. Maar nu de storm weer geluwd is, is het toch goed om er eens nader bij stil te staan. Het vaststellen van het benadelingsbedrag is namelijk niet afdoende geregeld.

BOETEBESLUIT SOCIALEZEKERHEIDSWETTEN

In het Boetebesluit socialezekerheidswetten wordt het bestuursrechtelijke sanctieregime voor de sociale zekerheidswetten nader uitgewerkt. In artikel 1 onderdeel p Boetebesluit wordt het benadelingsbedrag gedefinieerd als hetgeen eronder wordt verstaan in de afzonderlijke wetsartikelen waarin de bestuurlijke boete is geregeld.⁵ In al deze bepalingen⁶ staat echter, steeds in iets andere bewoordingen, inhoudelijk

1. Stb. 2012, 462.

2. Rapport Nationale ombudsman 'Geen fraudeur, toch een boete', 4 december 2014.

3. Zie onder meer CRvB 24 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3754, waarin de CRvB oordeelde dat er onderscheid gemaakt moest worden naar de mate van verwijtbaarheid en alleen in geval van opzet een boete van 100% van het benadelingsbedrag op zijn plaats was, en CRvB 11 januari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:12, waarin de CRvB oordeelde dat een boete gematigd moet worden in het geval van een geringe draagkracht bij de dader.

4. Wet van 23 augustus 2016, houdende wijziging van de socialezekerheidswetten in verband met de regeling van de bestuurlijke boete (Stb. 2016, 318).

5. Opgemerkt zij dat de verwijzing in artikel 1 onderdeel p niet correct is ten gevolge van een verlettering van enkele onderdelen (Stb. 2014, 99), waarbij abusievelijk de verwijzing naar de letter 'r' niet is aangepast in 'p'.

6. Het betreft art. 27a WW, 21 IOW, 45a ZW, 29a WAO, 48 WAZ, 2:69 en 3:40 Wajong, 14a TW, 17c AOW, 39 ANW, 17a AKW, 3:16 lid 1 onderdeel o en 3:27 lid 1 onderdeel m Wet arbeid en zorg, 91 Wet WIA, 20a IOAW, 20a IOAZ, en 18a en 47g Participatiewet en 6b Remigratiewet.

* Mr. H.W.M. Nacinovic is lid van de
redactie PS Documenta.

wel steeds hetzelfde. Het benadelingsbedrag is het bedrag dat ten gevolge van de schending van de inlichtingenplicht ten onrechte of teveel is verstrekt door het bestuursorgaan. Blijkens de memorie van toelichting gaat het dan om het brutobedrag van de uitkering dat ten onrechte of te veel is betaald. De sociale verzekeringspremies die het bestuursorgaan verschuldigd is, zijn hierbij niet inbegrepen.⁷ Voor de Participatiewet, zoals de WWB sinds 1 januari 2015 heet, gaat het dan echter om de netto betaalde bijstand, aangezien de bijstandsuitkering als een nettobedrag wordt vastgesteld.⁸ Het verschil in behandeling lijkt mij echter niet op zijn plaats. De bijstand wordt weliswaar netto berekend en vastgesteld maar deze wordt vervolgens op grond van artikel 19 lid 4 Participatiewet verhoogd met de loonbelasting en premies volksverzekeringen waarvoor de gemeente die de bijstand verleent, krachtens de Wet op de loonbelasting 1964 inhoudingsplichtige is. Bij fraude met een bijstandsuitkering heeft de werkelijke benadeling van de gemeente dus wel degelijk invloed op ook de omvang van het brutobedrag. Voor de hoogte van een bestuurlijke boete is dit verschil in benadering voor de praktijk overigens niet zo groot, vanwege de maximeringen van de bestuurlijke boete bij verminderde draagkracht. Maar het gevolg is wel dat een bijstandsontvanger in feite tot een hoger bedrag zou kunnen frauderen, zonder dat de aangiftegrens zou worden overschreden. Ten minste, als we daarbij de benadeling zouden berekenen volgens het Boetebesluit sociale-zekerheidswetten.

AANWIJZING SOCIALE ZEKERHEIDSFRAUDE

De genoemde aangiftegrens van € 50.000 is opgenomen in de Aanwijzing sociale zekerheidsfraude.⁹ Aangezien sociale zekerheidsfraude zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk kan worden gesanctioneerd, dient vanwege het una via-beginsel in elke zaak een keuze gemaakt te worden tussen één van beide stelsels. Om richting te geven aan de una via-beslissing wordt thans dus een benadelingsbedrag van € 50.000 als grens gehanteerd. Tot dit bedrag legt het betreffende bestuursorgaan een boete op. Is het nadeel groter of gelijk aan € 50.000, dan volgt strafvervolgning door het OM.¹⁰ De Aanwijzing sociale zekerheidsfraude definieert echter het nadeel als het brutobedrag dat ten onrechte ten laste van de uitvoerende instantie(s) is gekomen. En voegt daaraan toe dat derhalve de afgedragen of af te dragen loonbelasting en eventuele premies in het nadeel begrepen zijn. Bij het antwoord op de vraag of het bestuursorgaan een boete moet opleggen of dat het aangifte moet doen bij het OM, tellen dus ook alle door het bestuursorgaan betaalde premies mee. Dat betekent dat je eerder aan die € 50.000 komt dan als je de systematiek van het Boetebesluit hanteert. En van enige uitzonderingen voor de Participatiewet is al helemaal geen sprake.¹¹

7. Kamerstukken II 2011/12, 33207, 3, p. 31 en 37.

8. Kamerstukken II 2011/12, 33207, 3, p. 43.

9. Stcrt. 2016, 12609 en 12609-n1.

10. Dit is de hoofdregel; er zijn uitzonderingen mogelijk waarbij ook bij een lager benadelingsbedrag toch strafvervolgning door het OM plaatsvindt.

11. In eerste instantie werd overigens wel in een voetnoot verwezen naar een uitzondering voor de bijstand in dit opzicht in (Stcrt. 2016, 12609) maar deze voetnoot is bij de rectificatie verwijderd met de mededeling dat het een onjuiste definitie van het begrip nadeel betrof (Stcrt. 2016, 12609-n1).

HET MOMENT VAN VASTSTELLEN VAN HET NADEEL

Het benadelingsbedrag wordt uitgerekend door het bestuursorgaan dat de uitkering had verstrekt. Dit is immers ook de basis voor de bestuursrechtelijke terugvordering van de onterecht verstrekte uitkering. Op basis van het dan becijferde nadeel doet het bestuursorgaan wel of geen aangifte bij het OM. De benadeling en de hoogte ervan staat dan nog niet in rechte vast. Betrokkene zou immers nog met geheel of gedeeltelijk succes rechtsmiddelen ertegen aanwenden.

Uitgangspunt voor strafvorderlijk optreden is evenwel het benadelingsbedrag zoals in eerste instantie is vastgesteld door de uitkeringsinstantie ten tijde van de vervolgingsbeslissing door het Openbaar Ministerie.¹² Het OM hoeft dus de zaak niet weer terug aan het bestuursorgaan te geven ter afdoening, als gevolg van de beslissing in bezwaar of beroep het benadelingsbedrag alsnog onder de aangiftegrens komt. Toch wringt dat een beetje. Bij de vraag of een de inlichtingenplicht is geschonden en in welke mate de uitkeringsinstantie daardoor benadeeld is, geldt namelijk een strengere bewijslast voor het bestuursorgaan in het kader van de boete dan in het kader van de intrekking en terugvordering. Het kan dus voorkomen dat het bedrag dat teruggevorderd kan worden hoger is dan het bedrag dat als benadelingsbedrag voor de bestuurlijke boete heeft te gelden of dat er zelf van moet worden uitgegaan dat er in dat kader helemaal geen benadeling is. Zo kon het UWV van een mevrouw in wier woning een hennepkwekerij was aangetroffen wel haar WAO-uitkering over de betreffende periode terugvorderen vanwege de vermoedelijke inkomsten uit die hennepkwekerij, maar moest het in het kader van de boeteplegging aannemen dat er geen inkomsten waren geweest, vanwege een gebrek aan bewijs daarvan.¹³

Daarentegen werd een man die bepaalde vermogensbestanddelen niet had opgegeven bij de sociale dienst veroordeeld tot 60 uur taakstraf, ondanks het feit dat het college in de beslissing op bezwaar tot de conclusie was gekomen dat er uiteindelijk toch geen benadeling had plaatsgevonden.¹⁴ Nu blijkt uit deze strafbepaling wel dat ook in enige mate rekening is gehouden met het feit dat de benadeling minder ernstig was dan de aanvankelijke gestelde € 42.053,29.¹⁵ Maar als het college deze zaak zelf zou hebben gesanctioneerd, zou ook deze man nu maximaal € 150 boeten kunnen krijgen. En blijkens bijlage 2 van de Aanwijzing kader voor strafvordering en OM-afdoeningen komt een dergelijke boete overeen met 12 uur taakstraf en moet 60 uur taakstraf worden gezien als gelijkwaardig aan een boete van € 750. Toch een behoorlijk verschil.

POTENTIEEL NADEEL

Maar dan zijn we er nog niet. Ten aanzien van (een eerdere versie van) de Aanwijzing sociale zekerheidsfraude heeft de Hoge Raad namelijk geoordeeld dat het daarin gebezigde begrip 'nadeel' mede ziet op het potentiële nadeel in gevallen waarin als gevolg

12. Hof Amsterdam 22 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5413; al werd in deze uitspraak bij de strafbepaling wel rekening gehouden met het feit dat het uiteindelijke benadelingsbedrag lager was.

13. CRvB 1 juni 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:2068.

14. HR 14 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:225; lees voor het goede begrip van de zaak ook de conclusie van de P-G.

15. Ten tijde hier van belang was de aangiftegrens nog niet verhoogd naar € 50.000.

van verijdeling van de poging geen nadeel door de uitvoerende instantie is geleden.¹⁶ Dat heeft te maken met het feit dat ook de poging tot fraude strafbaar is. Daarbij komt dat de strafvervolgning wegens het niet-nakomen van de inlichtingenplicht van een sociale zekerheidswet doorgaans wordt gebaseerd op een overtreding van artikel 227b (in geval van opzet) of 447d Wetboek van Strafrecht. In beide delictomschrijvingen is het daadwerkelijk onterecht ontvangen van een uitkering geen onderdeel.¹⁷ Maar door ook dit potentiële nadeel mee te nemen, kom je niet alleen eerder tot strafvervolgning door het OM, maar ook de dan opgelegde sancties zullen navenant zwaarder zijn. Die zijn immers mede gebaseerd op de hoogte van het benadelingsbedrag waaronder dus ook begrepen het potentiële nadeel.

Op grond van artikel 2 lid 11 Boetebesluit moet een bestuursorgaan daarentegen, in gevallen waarin er alleen potentieel nadeel is geweest ten gevolge van de schending van de inlichtingenplicht, in beginsel een boete van € 150 opleggen.¹⁸ Hoe hoog het potentiële nadeel was speelt daarbij geen rol. Zo kreeg een vrouw die bij de aanvraag van een bijstandsuitkering haar werkzaamheden opzettelijk had verzwegen 'slechts' een boete van € 150, omdat het college de fraude tijds had opgemerkt en daardoor de aanvraag om die reden had kunnen afwijzen.¹⁹ Had de bestuursrechter ook naar het potentiële nadeel gekeken zou er een veel hogere boete zijn opgelegd. Zou het college de fraude niet hebben ontdekt, zou er immers een bijstandsuitkering zijn toegekend en die had misschien wel jaren doorgelopen.

CONCLUSIE

Aldus constateer ik dat de strafrechtelijke en de bestuursrechtelijke benadering van het benadelingsbedrag onvoldoende overeenkomen. Dit kan tot gevolg hebben dat volgens de Aanwijzing sociale zekerheidsfraude het OM al tot vervolging moet overgaan, terwijl het bestuursorgaan bij de bestuursrechtelijke benadering nog een boete moet opleggen. Dat vind ik principieel onjuist. Ik realiseer mij echter ook dat deze tekortkoming in de praktijk geen onoverkomelijke gevolgen zal hebben, aangezien het OM en het betreffende bestuursorgaan in de regel enig overleg hebben voordat het OM een strafvervolgning begint tegen iemand die verdacht wordt van sociale-zekerheidsfraude.

16. HR 1 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1750.

17. Art. 227b luidt:

Hij die, in strijd met een hem bij of krachtens wettelijk voorschrift opgelegde verplichting, opzettelijk nalaat 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.

Art. 447d luidt: 'Hij die, in strijd met een hem bij of krachtens wettelijk voorschrift opgelegde verplichting, nalaat tijdig de benodigde gegevens te verstrekken, wordt, indien deze 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 hechtenis van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie.'

18. Afwijken van dit bedrag op grond van de evenredigheid is mogelijk. Daarnaast kan op grond van art. 2aa Boetebesluit het bestuursorgaan in sommige gevallen ook worden volstaan met een waarschuwing.

19. CRvB 15 november 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4605.

En daarbij komt nog dat als het bestuursorgaan een boete oplegt, vanwege het al genoemde una via-beginsel en het feit dat je niet tweemaal voor hetzelfde gestraft kunt worden,²⁰ het OM hoe dan ook niet meer tot vervolging zal overgaan.

Maar belangrijker is dat het verschil in benadering ertoe kan leiden dat betrokkenen door de strafrechter veel zwaarder gestraft kunnen worden in gevallen waarin het benadelingsbedrag in eerste instantie boven de aangiftegrens uit leek te komen, maar de omvang van de terugvordering in bezwaar of beroep (fors) is teruggebracht. En gezien het OM ook de omvang van de potentiële benadeling meeweegt in zijn strafeis, kan dit dus leiden tot fors zwaardere sancties. Het lijkt mij een schone taak voor een nieuw kabinet om hier een beter evenwicht tussen de bestuursrechtelijke en de strafrechtelijke afdoeningen aan te brengen.

20. NB: hetzelfde feit is in dit verband de fraude met de uitkering. Wie naast zijn bijstandsuitkering stiekem een hennepkwekerij exploiteert kan zowel een sanctie krijgen voor het verzwijgen van de inkomsten als voor het overtreden van de Opiumwet; al kan het feit dat er al een sanctie voor het één is toegepast wel van belang zijn voor de zwaarte van de op te leggen sanctie voor het andere (zie CRvB 22 november 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4606).