

**Noten bij ECLI:NL:CRVB:2014:3754 (I) en ECLI:NL:RBMNE:2014:3785 (II),
mr. dr. Caroline Raat, gepubliceerd in JG 2014/11 en 2015/2**

Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-regelgeving (Wet Aanscherping), Boetebesluit socialezekerheidswetten ('Boetebesluit'), Artikel 18a Wwb en Participatiewet, Artikel 5:46 Algemene wet bestuursrecht (Awb), EVRM en IVBPR (nulla poena-beginsel)

(I) Gelukkig, zullen bijna alle medewerkers in de sociale zekerheidssector denken, toch nog rechtvaardigheid. Want zij werden geconfronteerd met de vaak volstrekt onredelijke gevolgen van vergrijpen die soms amper vergrijpen te noemen waren, terwijl het alleen ging om 'schending van de inlichtingenplicht' waarbij echte fraude niet per se in het geding was. Iets vergeten, de dupe worden van falende systemen of postbezorging, net te laat stukken inleveren; het kan de besten overkomen.

De Raad oordeelt terecht dat a. hier sprake is van een *lex superior* die de nodige beoordelingsruimte biedt, welke ten onrechte wordt ingeperkt door een (daarmee onverbindende) *lex inferior* en b. bij punitieve sancties, tenzij de hoogte in de wet zelf is gefixeerd, altijd een evenredigheidsbeoordeling moet plaatsvinden. Zodoende kan de sanctie fors lager uitvallen dan de imperatief geformuleerde boete uit het 'inferieure' Boetebesluit van 100 % van het benadelingsbedrag. Dit is volgens de Raad namelijk geen in de wet gefixeerd bedrag. Hiermee wordt bevestigd wat ik in JG 2014/11, nr. 74 al betoogde in een vergelijkbaar geval: de hogere wet gaat voor de lagere. Consequente toepassing van de staatsrechtelijke doctrine dus. Waarbij, nu het gaat om punitieve sancties die vaak veel forser zijn dan die in het strafrecht voor dezelfde vergrijpen gelden, het weinig uitleg behoeft dat daarbij ook altijd mensenrechtenverdragen in het geding zijn.

De Raad geeft vuistregels voor de toepasselijke percentages en geeft bovendien aan dat er ruimte is voor beleidsregels. Gemeenten zijn hiermee dan ook direct aan de slag gegaan. Ik zie soms, waarschijnlijk in verwarring gebracht door complexe redeneringen over het overgangsrecht, in deze regels dat gemeenten denken dat in de periode vanaf 1 juli 2014 (waarin een 'legaliteitsgat' werd gedicht) artikelen 2 van het Boetebesluit onverkort van kracht blijven, waarbij dan wel de percentages die de Raad meegeeft, worden ingelezen. Dat is niet zo; alleen de criteria die in artikel 2a staan voor het beoordelen van de mate van verwijtbaarheid blijven gelden, en die moeten dan ook nog conform artikel 5:46 van de Awb worden gelezen. Artikel 2 van het Boetebesluit (de imperatief geformuleerde boete, die afwijkt van artikel 18a, achtste lid, van de Wwb en de Participatiewet) is volgens de Raad van de baan.

Verder is het niet de bedoeling dat beleidsregels worden beschouwd als in steen gehouwen burgerbindende voorschriften. Daarom lijkt het mij nuttig om de beleidsregels niet, en in elk geval niet uitsluitend, in de vorm van juridische regels (met genummerde artikelen) met daarin vast omschreven 'gedragingen' en bijbehorende, vaste, percentages te formuleren. De criteria over verwijtbaarheid in artikel 2a van het Boetebesluit lijken daarbij geen rol meer te spelen. Bij het opleggen van strafsancities is het juist noodzakelijk om de uitvoerende afdelingen de nodige beoordelingsruimte te bieden. Door de beleidsregels net als de omstreden bepaling in het Boetebesluit imperatief te formuleren, krijgen de medewerkers de indruk dat zij die ruimte niet hebben. Dat is nu net niet de bedoeling van de uitspraak van de Raad.

(II) Hulde voor de rechtbank Midden-Nederland omdat zij, anders dan in veel gevallen, niet uitsluitend oordeelt op basis van wat partijen hebben aangevoerd, maar zich gehouden weet om ambtshalve te onderzoeken welke regels er nu eigenlijk gelden. Dat komt de kwaliteit van rechtspraak zeer ten goede. Dat de rechtbank vraagtekens heeft bij artikel 18a van de Wwb, is wel duidelijk. Zij acht de gedachte dat een hoge sanctie automatisch tot normconform gedrag leidt, lang niet zeker en dat kan elke rechtssocioloog of criminoloog beamen. Bovendien is overtreding van artikel 17, eerste lid, van de Wwb soms échte fraude, maar regelmatig ook een uiting van niet al te grote bureaucratistische vaardigheid. Of soms van normaal-menselijke vergeetachtigheid. De wetgever verwacht echter dat bijstandsgerechtigden op welhaast bovenmenselijke wijze nooit iets vergeten en alle regels - en dat zijn er nogal wat - uit zichzelf snappen.

Op grond van een oude wet, de Wet algemene bepalingen, in werking sinds 1836, acht de rechtbank zich echter niet gerechtigd om een oordeel over de inhoud van wetten te geven. Dat mag een lovenswaardig standpunt zijn, maar artikel 94 van de Grondwet lijkt mij hieraan niet in de weg staan,

integendeel. Een wet mag en moet worden getoetst aan bijvoorbeeld de bepalingen van het EVRM. Dat dit niet lichtvaardig gebeurt en dus niet snel tot het bestempelen van een wet of lagere regel als onverbindend of buiten toepassing, betekent niet dat de rechter met een verwijzing naar een nogal archaische wet deze uitdaging niet aan moet gaan.

Waar het in de uitspraak om gaat is dat artikel 18a, eerste lid van de Wwb bepaalt dat bij overtreding van de inlichtingenplicht van artikel 17 van de Wwb het college een boete van ten hoogste het benadelingsbedrag (de te veel betaalde bijstand) oplegt. Dit is een imperatieve bepaling; het college moet dit doen behoudens uitzonderingen die in de leden 4 en 7 van artikel 18a van de Wwb staan. Het negende lid van artikel 18a van de Wwb delegeert de bevoegdheid om de boetehoogte te bepalen aan de regering, de AMvB-wetgever. Die heeft dat gedaan in artikel 2 van het Boetebesluit, waarin staat dat de boete (automatisch) de maximale hoogte heeft, te weten de hoogte van het benadelingsbedrag. Omdat deze in elk geval in 2013 nog niet van toepassing was op de Wwb, meent de rechtbank dat artikel 2 van het Boetebesluit niet van toepassing is, maar alleen artikel 18a van de Wwb. De hoogte van een boete moet daarom worden getoetst aan het evenredigheidsbeginsel. De regering heeft inmiddels deze omissie hersteld, zodat deze uitspraak alleen relevant is voor boetes opgelegd over het jaar 2013.

De vraag is echter of, ook zonder een beroep op het EVRM of een inhoudelijke toets, artikel 2 van het Boetebesluit bindend is. Kijken we naar artikel 18a, eerste lid, van de Wwb, dan zien we dat dat het college verplicht is een boete op te leggen, maar dat het college wel de vrijheid heeft om deze hoogte binnen de bandbreedte van de wet te bepalen. Het college kan dus ergens tussen 3 euro (het minimum boetebedrag van het Wetboek van Strafrecht) en het benadelingsbedrag gaan zitten.

In het negende lid van artikel 18a van de Wwb is geregeld dat bij algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld over de hoogte van de bestuurlijke boete. Deze regels hebben volgens de memorie van toelichting "betrekking op factoren die bepalend zijn voor de boetehoogte zoals de mate van verwijtbaarheid. Waar het gaat om de verwijtbaarheid zullen criteria worden opgenomen die in ieder geval leiden tot verminderde verwijtbaarheid. Hiermee wordt ruimte gelaten voor het college om in concrete situaties rekening te houden met overige omstandigheden in het individuele geval die behoren te leiden tot een lagere bestuurlijke boete als gevolg van verminderde verwijtbaarheid."

Lezen we wet en toelichting goed, dan ziet het Boetebesluit alleen op het eerste lid van artikel 18a van de Wwb, en niet op de leden 4 en 7 waarin onder meer de verminderde verwijtbaarheid reeds wordt geregeld. Feitelijk is deze getrapte regelgeving onnodig complex en het is de vraag of het Boetebesluit wel zo noodzakelijk was. Nu deze er echter is en sinds 2014 in elk geval geheel in werking, kan men zich vervolgens de vraag stellen of artikel 2 van het Boetebesluit niet in strijd is met artikel 18a, eerste lid, van de Wwb.

Waar de formele wetgever met artikel 18a, eerste lid, van de Wwb gelet op de tekst heeft beoogd om aan het college een discretionaire bevoegdheid ten aanzien van de hoogte van de boete te geven, wordt deze in een lagere regeling geheel 'dichtgetimmerd' met de imperatief geformuleerde bepaling van artikel 2 van het Boetebesluit. Dat artikel 2a van het Boetebesluit ook regelt hoe met verminderde verwijtbaarheid wordt omgegaan, maakt dat niet anders. Als dit 'dichttimmeren' de bedoeling van de formele wetgever was geweest, dan had het eerste lid van artikel 18a van de wet ander geformuleerd moeten zijn en had in dit artikellid reeds de nadere regelgevende bevoegdheid moeten zijn gedelegeerd. Dat is niet gebeurd, zodat betoogd kan worden dat artikel 2 van het Boetebesluit een te vergaande inperking van de bevoegdheid toegekend in artikel 18a van de wet is.

Inmiddels heeft het ministerie van SZW een nogal cryptische analyse het licht doen zien waarin het uitlegt dat het Boetebesluit wel degelijk ook in 2013 geheel geldig was. De discussie hierover is dus voorlopig in volle gang.

Samenvatting (I) Centrale Raad van Beroep, 24 november 2014, Uitspraak in hoger beroep van A, betrokkene en de Raad van bestuur van het Uwb.

De feiten in deze zaak zijn in zoverre relevant dat hier sprake is van handelen dat op grond van de Wet aanscherping en het daarbij behorende Boetebesluit standaard wordt bestraft met een boete ter hoogte van 100 % van het benadelingsbedrag (dat in sommige gevallen het bruto te veel uitbetaalde uitkeringsbedrag is). A heeft te laat doorgegeven dat hij inkomsten had, terwijl het de vraag was in

hoeverre dit erg verwijtbaar was omdat er problemen met de website waren waarop hij deze moest melden. Daarbij was sprake van een zogeheten voortdurende overtreding, dat wil zeggen dat deze was begonnen voor de inwerkingtreding van de nieuwe regels op 1 januari 2013. De rechtbank oordeelde dat, omdat sprake van een voortdurende overtreding, aangevangen voor 1 januari 2013 en voortdurend na 30 januari 2013, is artikel XXV, tweede lid, van de Wet aanscherping van toepassing (overgangsrecht inhoudende een maand respijt ten aanzien van fors zwaardere strafbaarstelling met terugwerkende kracht van schending van de inlichtingenplicht) dit artikel vanwege strijdigheid met het *nulla poena*-beginsel buiten toepassing moet worden gelaten voor de periode tot 1 januari 2013.

Het Uvw stelt hoger beroep in omdat het niet eens is met het oordeel van de rechtbank over het gedeeltelijk buiten toepassing laten van het overgangsrecht. Volgens het Uvw kon betrokkene, zo nodig met behulp van juridische bijstand, via de geëigende wegen kennisnemen van het nieuwe sanctieregime en de overgangsregeling van de Wet aanscherping en de campagne van de Rijksoverheid 'weet hoe het zit'. De Centrale Raad van Beroep (Raad) meent dat sprake is van toepassing door het Uvw van 'more stringent criminal laws', op overtredingen die als 'continuïng offences' worden gekwalificeerd in EVRM-rechtspraak over het *nulla poena*-beginsel.

Het nu geldende Boetebesluit neemt de in artikel 27a, eerste en vijfde lid, van de WW (en het equivalente artikel 18a, eerste lid, van de Wwb/Participatiewet en nog enige andere socialezekerheidswetten, CR) neergelegde boetemaxima (100% van of, bij recidive, 150% van het benadelingsbedrag) tot (*imperatief*, CR) uitgangspunt voor de bestuursorganen. Dit betekent volgens de Raad dat een veel zwaarder sanctiestelsel op het voorgezet schenden van de inlichtingenplicht, ook voor 1 januari 2013, wordt toegepast. Het schenden van de inlichtingenplicht voor en na 1 januari 2013 kan - los van elkaar - bestraft worden met een boete naar het dan geldende sanctieregime. Het toepassen van het zwaardere sanctiestelsel zoals dat geldt na 1 januari 2013 op handelen of nalaten verricht voor 1 januari 2013 is in strijd met het *nulla poena*-beginsel. Conclusie is dat artikel XXV, tweede lid, van de Wet aanscherping buiten toepassing moet worden gelaten.

Voor de periode na 1 januari 2013 overweegt de Raad dat eerst moet worden vastgesteld of sprake is van een wettelijk vastgestelde boete. Dat is hier niet het geval. De Raad verwijst naar artikel 5:46 van de Awb en de memorie van toelichting bij het derde lid waarin staat: "Het derde lid ziet op de situatie waarin de wet voor iedere overtreding exact voorschrijft hoe hoog de bestuurlijke boete moet zijn [...]. In dat geval heeft de wetgever zelf de afweging gemaakt, welke boete voor een bepaalde overtreding als evenredig moet worden beschouwd. Bestuur en rechter hebben dan in beginsel geen vrijheid meer om een andere boete op te leggen."

Uit de tekst van artikel 27a van de WW (en artikel 18a, eerste lid, van de Wwb/Participatiewet en nog enige andere socialezekerheidswetten, CR) volgt dat geen sprake is van een wettelijk vastgestelde boete. Het gaat om een ten hoogste op te leggen bedrag. Uit de tekst volgt dat het bestuursorgaan een lager boetebedrag dan het wettelijk maximumbedrag kan opleggen. Artikel 27a, achtste lid, van de WW (en artikel 18a, achtste lid, van de Wwb/Participatiewet en nog enige andere socialezekerheidswetten, CR) geeft een discretionaire bevoegdheid om de bestuurlijke boete te verlagen indien sprake is van verminderde verwijtbaarheid.

Deze discretionaire bevoegdheid is in het nu geldende Boetebesluit socialezekerheidswetten volgens de Raad niet beperkt. Daarin is alleen een drietal situaties genoemd waarin in ieder geval verminderde verwijtbaarheid wordt aangenomen. Dat in de nota van toelichting bij het Boetebesluit te lezen is dat de bestuurlijke boete in beginsel op de hoogte van het benadelingsbedrag wordt vastgesteld, dat de ernst van de overtreding hierbij aan dat bedrag is gerelateerd, en dat artikel 5:46, tweede lid, van de Awb (evenredigheid, CR) niet van toepassing is, leidt niet tot een ander oordeel. Die interpretatie van de lagere wetgever is niet te rijmen met de toelichting bij de Fraudewet zelf.

Om deze reden is, zo oordeelt de Raad, nog steeds artikel 5:46 van de Awb leidend. Er moet dus altijd een evenredigheidsbeoordeling plaatsvinden. Volgens vaste rechtspraak daarover moet het bestuursorgaan de hoogte van de boete afstemmen op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten en daarbij zo nodig rekening moet houden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. Het bestuursorgaan kan hierover beleid vaststellen.

De Raad maakt vervolgens een vergelijking met andere boeteregimes. Voor strafrechtelijke boetes voor fraude is het kunnen aantonen van opzet essentieel. Bij bestuursrechtelijke beboeting door de Belastingdienst wordt onderscheid gemaakt tussen verzuimen (verwijtbare nalatigheid) en vergripen (opzet of grove schuld). De Raad geeft vervolgens duidelijke aanwijzingen voor alle betrokken bestuursorganen voor de hoogte van de boete en het te ontwikkelen beleid ten aanzien van verwijtbaarheid. Alleen bij opzettelijk handelen of opzettelijk nalaten in strijd met de inlichtingenverplichting, is 100% van het benadelingsbedrag het uitgangspunt. Is geen sprake van opzet maar van grove schuld, dan is 75% van dat bedrag een passend uitgangspunt. Is er geen sprake van opzet en ook niet van grove schuld, dan is 50% van het benadelingsbedrag een passend uitgangspunt.

Bij recidive is volgens de Raad nuancering eveneens noodzakelijk. Bij de afstemming op het aspect van verwijtbaarheid moet worden gezien of, en zo ja, op grond van een van de criteria genoemd in artikel 2a van het Boetebesluit (ziekte, omstandigheden, CR) of om een andere reden sprake is van verminderde verwijtbaarheid. Dan is de mate van verwijtbaarheid beperkt en 25% van het benadelingsbedrag een passend uitgangspunt bij de afstemming op het aspect verwijtbaarheid. Van deze uitgangspunten moet worden afgeweken, indien de omstandigheden van het geval dit nodig maken.

Samenvatting (II) Rechtbank Midden-Nederland 26 augustus 2014, eiser en B&W van Almere, verweerder

Op 24 september 2013 heeft verweerder eisers bijstand herzien en € 950,35 te veel betaalde bijstand teruggevorderd omdat eiser zijn inlichtingenplicht van artikel 17, eerste lid, van de Wwb heeft geschonden. Op 10 oktober 2013 heeft verweerder aan eiser een boete van € 950,35 opgelegd. De hoogte is gesteld op de hoogte van het benadelingsbedrag. De boete is gebaseerd op artikel 18a, eerste lid, van de Wet werk en bijstand (Wwb) en het Boetebesluit sociaalzekerheidswetten (Boetebesluit). Eiser voert aan dat het vergrijp dat hij in deze psychisch zeer zware periode is vergeten zijn verdiensten op te geven, niet in verhouding tot de boete staat.

De meervoudige kamer van rechtbank overweegt dat ambtshalve toetsing van het geldende recht aan de orde is. Gelet op artikel 8:69, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) moet de bestuursrechter ook indien geen beroepsgronden daarover zijn aangevoerd, zich afvragen welke wet- en regelgeving in het voorliggende geval van toepassing is.

Met de Wet aanscherping is per 1 januari 2013 artikel 18a van de Wwb in werking getreden. Op grond daarvan legt het college een boete op van ten hoogste het benadelingsbedrag wegens niet nakomen van de inlichtingenverplichting. Artikel 18a, negende lid, van de Wwb bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld over de boetehoogte. Op 1 januari 2013 is deze AMvB, het Boetebesluit, gewijzigd. In de considerans en in artikel 1 van het Boetebesluit wordt de Wwb genoemd. In artikel 2, eerste lid, van het Boetebesluit is bepaald dat de bestuurlijke boete (imperatief) wordt vastgesteld op de hoogte van het benadelingsbedrag.

De regelgever lijkt volgens de rechtbank bedoeld te hebben met het Boetebesluit ook de hoogte van de boetes op grond van de Wwb te hebben vastgelegd. Dat is echter pas per 1 juli 2014 gebeurd. Artikel 6b, met als opschrift "Grondslag", van het Boetebesluit trad toen in werking en bepaalt dat het Boetebesluit mede is gebaseerd op artikel 18a, negende lid, van de Wwb, en daarmee is pas de grondslag gegeven. Hoewel het steeds de bedoeling was het Boetebesluit vanaf de inwerkingtreding van de Wet aanscherping mede van toepassing te verklaren op de Wwb, is zeker in boetezaken voor een terzijdeschuiven van de duidelijke tekst van een AMvB ten gunste van een uit een toelichting blijkende bedoeling geen plaats. In een boetezaak verzet het zogeheten lex-certabeginsel zich tegen zo'n extensieve lezing. Omdat artikel 6b ten tijde van de overtreedingsperiode nog niet in werking was getreden, is het Boetebesluit in deze zaak niet van toepassing.

De rechtbank formuleert vervolgens normen waaraan wel getoetst moet worden. Zij stelt voorop dat de wetgever vindt dat een boete van maximaal het benadelingsbedrag binnen de evenredigheidsgrenzen blijft. De kennelijk bij de wetgever levende gedachte dat zo'n boetehoogte leidt tot meer normconform gedrag, acht de rechtbank niet bepaald zeker. Gelet op de verhouding tussen de wetgevende, rechtsprekende en uitvoerende macht kan de rechtbank er niet aan voorbij gaan dat de wetgever uitdrukkelijk voor deze boetesystematiek heeft gekozen. De rechter mag volgens artikel

11 van de Wet algemene bepalingen de innerlijke waarde of billijkheid van wetgeving niet beoordelen. Dit artikel staat er dan ook aan in de weg dat de rechtbank de Wet aanscherping om die reden buiten toepassing zou laten. Daarom wordt het toetsingskader gevormd door artikel 5:46, tweede lid, van de Awb (evenredigheid).

De rechtbank overweegt dat de volgende factoren met name relevant zijn voor het bepalen van de evenredigheid van een niet bij wettelijk voorschrift vastgestelde bestuurlijke boete:

- De aard en de ernst van de overtreding;
- De keuze van de wetgever voor de boetemaxima op 100 procent van het benadelingsbedrag;
- Daarbinnen moet worden gekeken naar de mate van verwijtbaarheid. Deze wijst in ieder geval op omstandigheden van sociale, psychische of medische aard en onvoorziene of ongewenste omstandigheden waardoor de overtreder feitelijk niet in staat was zijn verplichtingen na te komen;
- Ook de draagkracht van de overtreder kan een rol spelen. Dit betekent dat het bestuursorgaan bij hogere boeten een onderzoek naar deze draagkracht moet instellen.

De toetsing leidt er in dit geval toe dat de boete door de rechtbank fors wordt gematigd.