

Vergaderjaar 2011–2012

33 207

Wijziging van de wetgeving op het beleidsterrein van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in het kader van de harmonisatie en aanscherping van de sanctiemogelijkheden ter versterking van de naleving en handhaving en bestrijding van misbruik en fraude (Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving)

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 20 januari 2012 en het nader rapport d.d. 16 maart 2012, aangeboden aan de Koningin door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mede namens de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 9 november 2011, no.11 002 696, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende wijziging van de wetgeving op het beleidsterrein van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in het kader van de harmonisatie en aanscherping van de sanctie mogelijkheden ter versterking van de naleving en handhaving en bestrijding van misbruik en fraude (Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving), met memorie van toelichting.

Met de voorgestelde wijziging van sociale zekerheidswetten, arbeidswetten en de wetgeving met betrekking tot kinderopvangtoeslag wordt uitvoering gegeven aan een strenger «fraude»regime, waartoe de eerste aanzet is gegeven in het Regeerakkoord en nader is uitgewerkt in het Handhavingprogramma 2011–2014.²

Het voorstel houdt het volgende in. In het kader van de sociale zekerheid wordt bij het niet of niet behoorlijk nakomen van de inlichtingenplicht het benadelingsbedrag teruggevorderd en een boete ter hoogte van maximaal dat bedrag opgelegd. Bij recidive wordt opnieuw teruggevorderd en een boete opgelegd van maximaal dat bedrag en wordt bovendien betrokkene maximaal vijf jaar van de uitkering uitgesloten (de uitsluiting van de uitkering op grond van de Wet werk en bijstand (Wwb) duurt maximaal drie maanden). Deze uitsluiting heeft volgens de regering een reparatoir karakter. Verder wordt de mogelijkheid om af te zien van terugvordering ingeperkt. De termijn waarna terugbetaling niet meer aan de orde is wordt verlengd van vijf

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

² Kamerstukken II 2010/11, 17 050, nr. 402.

naar tien jaar. De bestuurlijke boete wordt opnieuw ingevoerd in de Wwb, waarbij gemeenten niet langer bevoegd zijn, maar verplicht worden bij «fraude» een boete op te leggen. De grens waarboven strafrechtelijk onderzoek wordt ingesteld wordt verhoogd van 10 000 voor «witte fraude» en 35 000 voor «zwarte fraude» naar 50 000 euro voor beide soorten fraude.

In de zogenoemde arbeidswetten wordt voorgesteld de boeten te verhogen en de straf bij recidive te verzwaren. Verder wordt het recidivebegrip verruimd, de recidivetermijn verlengd en wordt het mogelijk preventief een dwangsom op te leggen of de werkzaamheden stil te leggen. Deze laatste sancties hebben volgens de regering een reparatoir karakter. Bij herhaalde recidive in het kader van Wet arbeid vreemdelingen (Wav), Arbeidstijdenwet (Atw) en Arbeidsomstandighedenwet (Arbowet) wordt strafrechtelijke handhaving vervangen door bestuursrechtelijke handhaving (met uitzondering van ongevallen met dodelijke afloop).

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt naar aanleiding van het wetsvoorstel een aantal opmerkingen over de noodzaak en effectiviteit, de uitsluiting van het recht op uitkering, de zorgplicht met betrekking tot bijstand, de preventieve last onder dwangsom in verband met recidive en enkele overige opmerkingen. Zij heeft bezwaren van juridische aard, en is van oordeel dat in verband daarmee het voorstel nader dient te worden overwogen.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 9 november 2011, no. 11.002696, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen.

Dit advies, gedateerd 20 januari 2012, nr. W12.11.0479/III, bied ik U hierbij, mede namens de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, aan.

1. Noodzaak en effectiviteit

a. Sociale zekerheid

Het socialezekerheidsstelsel is mede gebaseerd op de solidariteitsgedachte. Die houdt in dat werkenden solidair zijn met uitkeringsgerechtigden. Van uitkeringsgerechtigden mag verwacht worden dat zij niet ten onrechte gebruik maken van de mogelijkheden die het stelsel biedt. De solidariteitsgedachte onderstreept het belang hiervan. De Afdeling onderkent dan ook dat oneigenlijk gebruik en misbruik die solidariteitsgedachte ondermijnen. Een evenwichtig stelsel van sociale zekerheid kent daarom als sluitstuk sancties op het niet nakomen van de in redelijkheid aan uitkeringsgerechtigden opgelegde verplichtingen. Die sancties dienen effectief te zijn. Zij mogen gevoeld worden, mede om herhaling zoveel mogelijk te voorkomen. Voorts zal, als het goed is, van de hoogte van een sanctie enig afschrikwekkend effect uitgaan. Deze elementen van sanctionering die ook de toelichting noemt¹, komen overeen met de in het strafrecht bekende strafdoelen. Verder zal een sanctie steeds in een redelijke verhouding tot de overtreding moeten staan, zoals de toelichting ook opmerkt. Een adequaat sanctiestelsel kan voorts niet los gezien worden van de handhaving ervan.

In dit licht merkt de Afdeling over de noodzaak en effectiviteit van de voorstellen het volgende op.

¹ Memorie van toelichting, paragraaf 1.2.

Noodzaak

De toelichting wijst erop dat de omvang en de hardnekkigheid van de «fraude»¹ van zodanige aard zijn, dat het bestaande stelsel van punitieve sancties niet meer voldoet.² Tevens stelt de toelichting, voor zover het gaat om de sociale zekerheid, dat een relatief kleine, maar gestaag groeiende groep hardnekkige fraudeurs verantwoordelijk is voor een steeds groter deel van het fraudebedrag.³ In voetnoot 3 van de toelichting wordt daarover opgemerkt dat 77 procent van het bedrag aan openstaande verwijtbare vorderingen wordt veroorzaakt door 21 procent van het totaal aantal vorderingen. Deze cijfers zeggen niets over een eventuele toename van de «fraude», naar omvang en zwaarte. Daarom kunnen zij naar het oordeel van de Afdeling niet de stelling dragen dat de omvang van de fraude zodanig is toegenomen dat daarom een forse verzwaring van het sanctieregime nodig is.

Het is verder geenszins uitgesloten dat de uiteindelijke omvang van de fraude mede een gevolg is van een niet optimale handhaving. Op de huidige wijze van handhaving en de mogelijkheden tot intensivering daarvan, gaat de toelichting niet anders in dan door in het algemeen op te merken dat het kabinet investeert in betere informatie-uitwisseling en goede voorlichting aan het publiek. Verzwaring van het sanctieregime is naar het oordeel van de Afdeling echter pas aan de orde als gebleken is dat bestaande middelen tot handhaving binnen het huidige stelsel niet voldoende.

De vraag rijst voorts of de uitvoerders van de sociale zekerheidsuitkeringen voldoende capaciteit en (financiële) middelen beschikbaar hebben om naleving van de inlichtingenplicht af te dwingen. Het vergroten van de pakkans leidt ook, zoals de toelichting onderkent⁴, tot een versterking van het preventieve effect van het sanctieregime.

De Afdeling is van oordeel dat de argumentatie om tot een forse verzwaring van het sanctieregime te komen, beperkt is en niet overtuigt. Nodig is een sluitend betoog over het verband tussen de omvang van de «fraude» en de voorgestelde verzwaring van het sanctieregime. De Afdeling adviseert daartoe. Voorts zal eerst moeten blijken dat met de bestaande middelen tot handhaving niet kan worden volstaan voordat naar een verzwaring van het sanctieregime wordt gegaan.

Effectiviteit

De Raad voor de rechtspraak⁵ heeft in zijn advies over een eerder ontwerp van het voorstel opgemerkt dat niet is aangetoond dat van een strafverhoging afschrikwekkende werking uitgaat.⁶ In reactie hierop wordt in de toelichting gesteld dat over de vraag of strafverhoging in algemene zin afschrikwekkend werkt, verschillend kan worden gedacht. Blijkens de toelichting komt uit nationale en internationale studies over de effectiviteit van sancties in brede zin geen eenduidig beeld naar voren.⁷ Onderkend wordt dat weinig onderzoek is gedaan naar het effect van sancties op sociale zekerheidsfraude. Toch wordt gesteld dat verwacht mag worden dat het positieve effect dat sancties hebben op de uitstroom naar werk⁸, zich ook zal voordoen bij sancties in relatie tot uitkeringsfraude. Deze verwachting wordt onderbouwd met een verwijzing in voetnoot 13 van de toelichting naar de Integrale Rapportage Handhaving 2008, blz. 41.⁹ De Afdeling constateert echter dat in genoemde rapportage geen steun voor de bedoelde stelling is te vinden.

Een van de uitgangspunten van het voorstel is dat zwaarder straffen preventief werkt op de nakoming van de inlichtingenplicht. De in het voorstel gelegde rechtstreekse relatie tussen beide is evenwel mager

¹ In punt 5.d. vraagt de Afdeling aandacht voor de wijze waarop het begrip fraude in de toelichting wordt gebruikt.

² Memorie van toelichting, paragraaf 1.1.

³ Memorie van toelichting, paragraaf 2.1.

⁴ Memorie van toelichting, paragraaf 2.1.7.

⁵ Brief van de Raad voor de rechtspraak aan de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, d.d. 19 oktober 2011, kenmerk UIT 4 182 S&O/RMD.

⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 2.1 («Wanneer de fraudeur getroffen wordt in zijn portemonnee zal dit een afschrikwekkend effect hebben.»).

⁷ Memorie van toelichting, paragraaf 3.5.

⁸ Zie o.a. Van den Berg, Van der Klaauw en Van Ours, «Punitive sanctions and the Transition rate from Welfare to Work» (2004).

⁹ De rapportage is te vinden op <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2009/09/03/integrale-rapportage-handhaving-2008.html>.

gemotiveerd. De Afdeling adviseert daarom de bedoelde stelling toereikend te motiveren.

b. Arbeidswetten

Noodzaak

Het voorstel leidt ook tot een strenger sanctieregime met betrekking tot de naleving van arbeidswetten. Ook met betrekking tot de arbeidswetten onderkent de Afdeling het belang van naleving daarvan. De toelichting rept van een zero-tolerancebeleid ten aanzien van werkgevers die herhaaldelijk de arbeidswetten overtreden. Voor hen behoort geen plaats te zijn.¹

Deze vooral «stoere» taal betekent echter nog niet dat het sanctieregime aangescherpt dient te worden. Eerder kan daaruit worden afgeleid dat de handhaving van deze wetten moet worden geïntensiveerd. De toelichting geeft geen andere reden dan de genoemde om het sanctieregime te verzwaren. Het is de Afdeling dan ook niet duidelijk waarom het huidige sanctieregime niet zou voldoen en verzwaring daarvan noodzakelijk zou zijn. Zoals hierboven opgemerkt, is ook hier de Afdeling van oordeel dat verzwaring van het sanctieregime pas aan de orde is als gebleken is dat bestaande middelen tot handhaving in het huidige stelsel niet voldoen. De Afdeling adviseert de noodzaak van de voorgestelde verzwaring van het sanctieregime overtuigend te motiveren en bij gebreke daarvan van die verzwaring af te zien.

1. Noodzaak en effectiviteit

a. Sociale zekerheid: noodzaak

Het huidige sanctiestelsel heeft onvoldoende ontmoedigende werking op de categorie doelbewuste en calculerende fraudeurs. Voor de sociale zekerheid is de stelling dat een kleine maar groeiende groep fraudeurs zich schuldig maakt aan benadeling met steeds grotere bedragen met inmiddels beschikbare nieuwe cijfers beter onderbouwd (memorie van toelichting, voetnoot 3). In 2010 kwam de helft van het totaal openstaande bedrag aan verwijtbare bijstandsvorderingen voor rekening van een kleine acht procent van de debiteuren.

Dat met het wetsvoorstel is gekozen voor een strengere aanpak, laat onverlet dat er permanent aandacht is voor de manier waarop de uitvoerders het huidige handhavingsbeleid uitvoeren en voor de mogelijkheden tot verbetering daarvan.

De nieuwe bijlage 1 bij de memorie van toelichting laat de concrete stappen zien die het ministerie van SZW sinds het begin van het vorige decennium heeft gezet om de naleving van de regelgeving door burgers en bedrijven in het SZW-domein te verbeteren. Met de jaarlijkse Integrale Rapportage Handhaving wordt hierover gerapporteerd.

Sociale zekerheid: effectiviteit

De redenering dat strafverhoging bij het overtreden van de inlichtingenplicht afschrikkend werkt wordt in de memorie van toelichting ontleend aan het gegeven dat sancties bij onvoldoende meewerken aan re-integratie een positief effect blijken te hebben op de uitstroom naar werk. Daardoor verwacht het kabinet van sancties wegens uitkeringsfraude (waar minder onderzoek naar is gedaan) ook een positief effect. Het kabinet is van mening dat hier sprake is van een goed onderbouwde verwachting.

¹ Memorie van toelichting, paragrafen 2.2 en 2.2.1.

De effectiviteit en gedragseffecten van voorliggend wetsvoorstel zijn ook in overleg met het Centraal Plan Bureau op plausibiliteit getoetst. Het kwantificeren van de positieve preventieve gedragseffecten is bijzonder lastig. Dit komt onder meer doordat naast economische ook psychologische factoren (zoals gangbare sociale normen) een rol spelen bij de beslissing van het individu om wel of niet te frauderen. De berekeningen die aan de ramingen ten grondslag liggen gaan er vanuit dat verhoging van de boete en de huidige pakkans impliceert dat het gemiddelde inkomen van de fraudeur daalt. Dit heeft een stimulerend effect op de werkaanvaarding en de uitstroom uit de uitkering.

Wat hierbij ook een rol speelt is de vormgeving van het voorgestelde sanctieregime in de sociale zekerheid met een hoge boete bij de eerste overtreding (100 procent van het benadelingsbedrag), gevolgd door een nog hogere boete bij de tweede overtreding (150 procent van het benadelingsbedrag) die bovendien geheel met een lopende uitkering wordt verrekend. Het is niet ondenkbaar dat een uitkeringsontvanger voorafgaand aan de eerste overtreding nog niet helemaal beseft dat hij de inlichtingenplicht overtrad en wat daar de gevolgen van zijn (bijvoorbeeld bij het naast de uitkering verrichten van betaalde klussen in de privésfeer). Ná de eerste forse boete zal dit besef naar verwachting zeker aanwezig zijn. Dit draagt bij aan de effectiviteit van het nieuwe sanctieregime.

Overigens wil het kabinet met de strengere aanpak ook de maatschappelijke norm bevestigen dat misbruik streng bestraft moet worden. Uit de Issuemonitor fraude blijkt dat driekwart van de Nederlanders denkt dat fraude met sociale voorzieningen veel voorkomt en dat mensen frauderen met het motief om er zelf beter van te worden. Twee op de drie Nederlanders denken dat hogere straffen leiden tot minder misbruik. Strenger straffen draagt – naast het preventieve effect – ook bij aan het behoud van het maatschappelijk draagvlak van de sociale zekerheid.

b. Arbeidswetten: noodzaak

Het kabinet ziet geen reden om af te zien van het verzwaren van het sanctieregime voor de arbeidswetten. Er worden op het terrein van handhaven van de arbeidswetten veel inspanningen verricht. Dit staat ook in de bovengenoemde nieuwe bijlage bij de memorie van toelichting. Zo verrichtte de Arbeidsinspectie in 2010 bijna 32 000 inspecties.

Aanvullend op de memorie van toelichting is op te merken dat uit de evaluatie van de invoering van de bestuursrechtelijke handhaving bij de Wet arbeid vreemdelingen in 2005 blijkt dat stevige sancties bijdragen aan het terugdringen van overtredingen. In het evaluatierapport¹ is geconcludeerd dat de verzwaring van de sanctie, naast andere factoren, heeft bijgedragen aan een aanzienlijke daling van het percentage overtredingen. De sanctie werd per 1 januari 2005 verhoogd van € 980 tot € 8 000 per werknemer. Sinds 2005 is sprake van een gestage daling van het percentage inspecties dat resulteert in één of meer boeterapporten (van 26 procent in 2005 naar 17 procent in 2009). Ook is het percentage werkgevers dat bij een tweede controle opnieuw de wet heeft overtreden gehalveerd: van 35 procent in 2005 naar 18 procent in 2008.

2. Hoogte van de sancties en keuze sanctiestelsel

a. Hoogte

De Afdeling beoordeelt de voorgestelde verzwaringen van de sancties in zowel de socialezekerheidswetgeving als de arbeidswetten als fors. Zij geeft van beide een voorbeeld. Waar in de sociale zekerheidswetgeving de

¹ Kamerstukken II, 2009/10, 17 050, nr. 396.

boete thans is vastgesteld op 10% van het benadelingsbedrag, gaat het in het voorstel om 100% van het benadelingsbedrag, eventueel verminderd naar de mate van verwijtbaarheid. Waar in de Arbeidstijdenwet een natuurlijke persoon thans een maximumboete van 11 250,00 euro kan worden opgelegd, is dat maximum na inwerkingtreding van het voorstel 760 000,00 euro. Dit zijn weliswaar maxima, maar zij illustreren de aanzienlijke verzwaring. Dergelijke forse verhogingen verdienen naar het oordeel van de Afdeling een afzonderlijke motivering, die evenwel ontbreekt. De Afdeling adviseert in een toereikende motivering te voorzien.

b. Keuze sanctiestelsel

Met het voorstel gaan de genoemde hoge straffen gelden binnen het bestuursrecht. Daarnaast vindt een verschuiving plaats van strafrechtelijke handhaving naar bestuursrechtelijke handhaving. Met betrekking tot de sociale zekerheid zal de aangiftegrens (de grens waarboven strafrechtelijk onderzoek wordt ingesteld) immers worden verhoogd tot 50 000 euro. De meeste zaken zullen daarom door middel van een zware strafsanctie binnen het bestuursrecht worden afgedaan. Volgens de toelichting kan de strafrechtelijke handhaving van sociale zekerheidswetgeving «milder» zijn. Met deze verschuiving van strafrecht naar bestuursrecht wil het kabinet daarom voorkomen dat het strafrechtelijk traject aantrekkelijker wordt dan het bestuursrechtelijk traject, aldus de toelichting.¹ Met betrekking tot de arbeidswetten vindt dezelfde verschuiving plaats van strafrecht naar bestuursrecht. Handhaving via bestuursrecht zal bijvoorbeeld mogelijk worden voor overtredingen waarbij schade (lichamelijk letsel) als gevolg van een ongeval aan personen is toegebracht.² De strafrechtelijke handhaving zal wel blijven bestaan voor situaties waarbij dodelijke arbeidsongevallen zijn betrokken.³ Het kabinet wil de bestuursrechtelijke afdoening van arbeidswetten bevorderen omdat de weg van het bestuursrecht veel sneller duidelijkheid zou geven over de financiële consequenties van overtredingen dan die van het strafrecht. Daarbij wordt min of meer terloops opgemerkt dat meer bestuursrechtelijke afdoening ook aansluit bij de Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel.⁴ Bij de handhaving van arbeidswetten is immers sprake van een «besloten context», met specifieke rechtsbetrekkingen tussen de toezichthouder en het object van de handhaving.

De Afdeling is van oordeel dat het streven naar meer bestuursrechtelijke sanctionering en de overtuiging dat strafrecht «milder» zou zijn niet de keuze tussen sanctiestelsels kunnen rechtvaardigen. Bepalend voor de keuze tussen sanctiestelsels is, zoals de Afdeling reeds eerder heeft overwogen, de aard van de overtreding en de ernst van de inbreuk.⁵ Daarbij geldt dat indien hoge straffen ter afschrikking nodig zijn, de handhaving en sanctionering in het strafrecht dienen plaats te vinden. Voorts zijn recidive of het toebrengen van schade aan individuele personen indicaties om voor het strafrecht te kiezen.⁶ De Afdeling wijst ook op de mogelijkheid van strafrechtelijke sanctionering door middel van een bestuurlijke strafbeschikking.

De Afdeling adviseert de verschuiving van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke sanctionering dragend te motiveren in het licht van de hiervoor genoemde uitgangspunten met betrekking tot de keuze tussen sanctiestelsels.

¹ Memorie van toelichting, paragraaf 2.1.5.

² Bijvoorbeeld wanneer de werkgever geen maatregelen neemt die nodig zijn ter voorkoming van het gevaar voor de veiligheid of de gezondheid van andere personen dan de werknemers, artikel 10, eerste lid van de Arbeidsomstandighedenwet. Deze overtreding wordt niet meer strafrechtelijk vervolgd.

³ Memorie van toelichting, paragraaf 2.2.3.

⁴ Kamerstukken I 2008/09, 31 700 VI, D.

Memorie van toelichting, paragraaf 2.2.3.

⁵ Zie bijvoorbeeld advies van 10 september 2009 (met betrekking tot de wijziging van de Wet op de kansspelen), Kamerstukken II 2009/10, 32 264, nr. 4 en advies van 27 mei 2010 (met betrekking tot de wijziging van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften), Kamerstukken II 2009/10, 32 438, nr. 4.

⁶ Zie over de keuze tussen sanctiestelsels: Kamerstukken II 2005/06, 29 849, nr. 30, een nota waarin indicatoren zijn genoemd die bepalend zijn voor deze keuze.

2. Hoogte van de sancties en keuze sanctiestelsel

a. Hoogte

De bedoelde afzonderlijke motiveringen zijn n.a.v. het advies opgenomen in de memorie van toelichting. In paragraaf 2.1.2 voor de sociale zekerheid en in paragraaf 2.2.1 voor de arbeidswetten. Voor het verhogen van de bestuurlijke boetes in de sociale zekerheid naar 100 procent wordt aangesloten bij de gangbare strafmaat in onder meer de fiscaliteit. Bij de arbeidswetten gaat het, bijvoorbeeld bij de Arbeidsomstandighedenwet, om het ophogen van normbedragen die niet meer voldoen aan de huidige inzichten over de zwaarte van een overtreding.

b. Keuze sanctiestelsel

In de memorie van toelichting is omschreven hoe de beoogde versterking van de bestuursrechtelijke handhaving aansluit bij de Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel.¹ In aanvulling hierop is het volgende van belang.

Met de Afdeling ben ik van mening dat de overtuiging dat strafrecht «milder» zou zijn niet de keuze tussen sanctiestelsels kan rechtvaardigen. Het strafrecht is geen milder systeem. Zo kent het strafrecht vrijheidsbenemende en vrijheidsbeperkende sancties die het bestuursrecht niet kent. Daarnaast heeft het hebben van een strafblad gevolgen voor een overtreder. Het is echter ook niet zo dat bij ernstige feiten, waarbij hoge straffen ter afschrikking nodig zijn, alleen het strafrecht in aanmerking komt. Zoals genoemde Kabinetsnota is aangegeven, kan in een dergelijk geval een bestuurlijke boetebevoegdheid verantwoord zijn, mits het bestuursorgaan over de vereiste grote mate van professionaliteit bezit. Aard van de overtreding en ernst van de inbreuk zijn daarbij lastig te operationaliseren criteria. Daarom is in de Kabinetsnota voor een ander criterium gekozen, namelijk het onderscheid tussen een besloten en open context. Volstrekt dwingend is dat onderscheid niet. De kabinetsnota bevat verschillende «wissels» tussen de besloten en open context, waarbij het erom gaat dat de wetgever steeds zijn keuze goed verantwoordt, aan de hand van de rechtseenheid en rechtsgelijkheid maar ook effectiviteit en efficiency.

Zowel bij de sociale zekerheid als bij de arbeidswetten vindt de feitelijke ontdekking van de normovertreding plaats door specifieke toezichthoudende organen die beschikken over gespecialiseerde en voldoende professionaliteit om die normen te handhaven. De vele honderden zeer uiteenlopende verplichtingen (vooral bij de arbeidswetten) vragen om vergaande specialisatie bij het opleggen van sancties. Op basis van genoemde Kabinetsnota is deze gespecialiseerde professionaliteit een belangrijk criterium voor de keuze voor bestuursrechtelijke sanctieoplegging. Dit betreft de zogenaamde «besloten context». Ook speelt mee dat doordat de bestuurlijke afdoening sneller gaat, de schade en fraudebedragen beter kunnen worden beperkt.

De Aanwijzing sociale zekerheidsfraude, vastgesteld door het College van procureurs-generaal, wordt momenteel herzien. Deze nieuwe Aanwijzing voorziet meer dan voorheen in de mogelijkheid om in bijzondere gevallen – ook als de overtreding ligt onder de zo genoemde aangiftegrens (grens waarboven strafrechtelijk onderzoek volgt) – toch een strafrechtelijk onderzoek in te stellen en de zaak over te dragen aan het Openbaar Ministerie. Dit gezien de aard van de overtreding en de ernst van de inbreuk. Om effectief te kunnen sanctioneren bestaat echter ook de

¹ Kamerstukken I, 2008/09, 31 700 VI, D.

mogelijkheid om in bijzondere situaties boven de aangiftegrens uit te wijken naar het bestuursrecht.

Overigens kent ook de huidige Aanwijzing sociale zekerheidsfraude dergelijke uitzonderingen. Voorbeelden van mogelijkheden om ook onder de aangiftegrens strafrechtelijke sancties op te leggen: sociale zekerheidsfraude in combinatie met andersoortige strafbare feiten, fraude gepleegd in georganiseerd verband en als feiten en omstandigheden aanleiding geven en/of de persoon van de verdachte daartoe aanleiding geeft. De aard van de overtreding speelt daarbij altijd een belangrijke rol. Zo bestaat ook in geval van recidive de mogelijkheid een strafrechtelijk onderzoek in te stellen.

Voor het stelsel van bestuurlijke boeten voor de arbeidswetten geldt dat dit stelsel, meer dan het strafrecht, de mogelijkheid biedt om samenhangend handhavingsbeleid met andere bestuursrechtelijke instrumenten (als stillegging van de werkzaamheden) te voeren. De bestuurlijke boete zet andere handhavingsinstrumenten kracht bij hetgeen verdere overtreding zal ontmoedigen.

3. Uitsluiting van het recht op uitkering

De voorgestelde verzwaaring van de sancties in de sociale zekerheid houdt onder andere in dat de betrokkene uitgesloten wordt van het recht op uitkering en op kinderopvangtoeslag bij recidive van «uitkeringsfraude» voor een periode van vijf jaren. Voor de uitkering op grond van de Wwb geldt een uitsluiting voor drie maanden. «Uitkeringsfraude» wordt gedefinieerd als een verwijtbare overtreding van de inlichtingenplicht resulterend in een onverschuldigde betaling van de uitkering. Het gaat bijvoorbeeld om het niet melden van betaald werk naast de uitkering, van verandering in de leefsituatie of van vermogen of bezittingen. Volgens de toelichting is de tijdelijke uitsluiting van het recht op uitkering bedoeld om een preventieve gedragsbeïnvloeding te bewerkstelligen. Op deze manier worden uitkeringsontvangers gestimuleerd zich aan de wet te houden en geen recidive te plegen. Daarmee is de maatregel volgens de toelichting te typeren als een herstelmaatregel en niet als een bestraffende maatregel. Daarnaast wordt in de toelichting gesteld dat deze maatregel bedoeld is als een nieuwe voorwaarde voor het verkrijgen en behouden van rechten binnen de sociale zekerheidswetten. Een tweede overtreding van de inlichtingenplicht heeft dan gevolgen voor nieuwe (of te herleven) uitkeringsrechten. Daarbij wordt gesteld dat met de voorgestelde maatregel de regering een nieuwe verzekeringsvoorwaarde stelt, inhoudende dat de betrokkene zich dient te onthouden van het plegen van recidive. Overtreedt hij als verzekerde tegenover de Staat als verzekeraar desondanks de inlichtingenplicht voor de tweede keer, dan volgt uitsluiting.¹

De Afdeling zal eerst de argumenten in de toelichting om de uitsluiting van een uitkering te kenschetsen als herstelmaatregel bespreken en vervolgens ingaan op de vraag of deze sanctie een punitief karakter heeft.

a. Verzekeringsvoorwaarde

De Afdeling is van oordeel dat de in de toelichting gemaakte vergelijking met private verzekeringen niet opgaat. Sociale (publieke) verzekeringen verschillen fundamenteel van private verzekeringen, omdat deze eenzijdig door de Staat worden opgelegd en vormgegeven. Voor burgers ontbreekt dan ook de mogelijkheid om over de voorwaarden te onderhandelen of bij ontevredenheid een andere verzekeraar te kiezen.

¹ Memorie van toelichting, paragraaf 2.1.2.

Verder is de Afdeling van oordeel dat niet-recidiveren niet kan worden aangemerkt als een verzekeringsvoorwaarde. Een dergelijke «voorwaarde» houdt geen verband met het verzekerde feit (bijvoorbeeld werkloosheid, arbeidsongeschiktheid) en de toestand waarin de verzekerde moet verkeren om aanspraak te kunnen maken op een uitkering.

b. Preventieve gedragsbeïnvloeding: herstelmaatregel

Uit de stelling dat de maatregel preventief is bedoeld, kan naar het oordeel van de Afdeling niet de conclusie worden getrokken dat de maatregel te typeren is als een herstelmaatregel, dus een maatregel die geen punitief karakter heeft. Preventie is doel van iedere sanctie. Dit betekent dat preventie geen onderscheidend kenmerk is van een herstelsanctie. Voorts is het voorkomen van een overtreding niet hetzelfde als het na overtreding herstellen van de oude toestand.

Het vorenstaande betekent dat beide argumenten om de uitsluiting van een uitkering te typeren als een herstelmaatregel de Afdeling niet overtuigen.

c. Criminal charge

In de toelichting is aandacht besteed aan de vraag of de uitsluiting van het recht op uitkering wegens het plegen van recidive aangemerkt kan worden als een punitieve maatregel (een criminal charge) in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).¹ In het Engel-arrest² en het Öztürk-arrest³ heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) drie alternatieve criteria geformuleerd die van belang zijn om te bepalen of een sanctie als een criminal charge kan worden aangemerkt. Dat zijn: 1) de classificatie naar nationaal recht, 2) de aard van de overtreding en 3) de zwaarte en de aard van de sanctie. Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt het laatste criterium vaak doorslaggevend te zijn. Bij de zwaarte en de aard van de sanctie gaat het om de vraag of de maatregel in kwestie als leedtoevoegend en afschrikkend is bedoeld. Voor de zwaarte van de sanctie is de wettelijke maximumstraf bepalend en niet de feitelijk opgelegde straf.

In de toelichting wordt de voorgestelde sanctie van uitsluiting van het recht op uitkering voor vijf jaren en in het geval van bijstand voor drie maanden getoetst aan het criterium van de zwaarte en de aard van de sanctie. Wat de aard van de sanctie betreft, stelt de toelichting dat het tijdelijk onthouden van het recht op uitkering plaatsvindt binnen de relatie tussen de verzekerde en de uitvoeringsorganisatie en dat met deze maatregel dus niet beoogd wordt leed toe te voegen, maar de betrokkene te stimuleren zich aan de verzekeringsvoorwaarde te houden. De maatregel zou daarmee te typeren zijn als een maatregel die gericht is op herstel. Met betrekking tot de zwaarte van de uitsluiting van het recht wordt gesteld dat de duur van de uitsluiting van de maatregel afhankelijk wordt gesteld van de mate waarin te veel aan uitkering is ontvangen. Op basis van deze overwegingen wordt de conclusie getrokken dat de uitsluiting van het recht op uitkering geen criminal charge in de zin van artikel 6 EVRM is, maar dat het een herstelmaatregel betreft.¹

Naar haar aard is de uitsluiting van een uitkering geen verzekeringsvoorwaarde, zoals hiervoor al is betoogd. De Afdeling kan voorts niet inzien welk herstel met de sanctie wordt bedoeld.⁴ De voorgestelde sanctie is geen terugvordering: teveel ontvangen uitkering wordt reeds teruggevorderd. De Afdeling stelt vast dat de sanctie is bedoeld om druk uit te oefenen op de betrokkene om zich aan de wettelijke verplichtingen te

¹ Memorie van toelichting, paragraaf 2.1.6.

² EHRM 8 juni 1976, paragraaf 80 e.v.

³ EHRM 21 februari 1984, paragraaf 53.

⁴ In dezelfde zin de Raad voor de rechtspraak in zijn advies van 19 oktober 2011, blz. 4 met betrekking tot het concept van het onderhavige voorstel.

houden (in de woorden van de toelichting: om de betrokkene daartoe te stimuleren) en hem te weerhouden van het plegen van recidive door hem af te schrikken.

De Afdeling is verder van oordeel dat de zwaarte van de sanctie reeds tot de kwalificatie «punitief» leidt. Het betreft hier een wettelijk maximum van vijf jaren, respectievelijk drie maanden van uitsluiting van het recht op uitkering in geval van bijstand. Dat de duur van de uitsluiting van het recht op uitkering verkort zal worden naar de mate waarin te veel aan uitkering is ontvangen, zoals in de toelichting wordt gesteld, is hier niet relevant. Zoals de Afdeling hiervoor heeft aangegeven, is een wettelijk maximum van de straf bepalend voor de toets aan artikel 6 EVRM. De Afdeling verwijst in dit verband naar de rechtspraak van het EHRM, waarin geoordeeld is dat een maatregel die bedoeld is om de betrokkenen ertoe te bewegen zich aan de wet te houden en sancties stelt als deze hiervan afzien, is aan te merken als een punitieve sanctie.¹

¹ De Afdeling wijst in het bijzonder op het Janosevic-arrest waarin het Hof het volgende oordeelde: «the present tax surcharges are not intended as pecuniary compensation for any costs that may have been incurred as a result of the taxpayer's conduct. Rather, the main purpose of the relevant provisions on surcharges is to exert pressure on taxpayers to comply with their legal obligations and to punish breaches of those obligations. The penalties are thus both deterrent and punitive.» (EHRM 23 juli 2002, Appl. no. 34619/97 (Janosevic t. Zweden), paragraaf 68. Zie ook EHRM 20 december 2007, Appl. no. 21638/03 (Paykar Yev haghthanak Ltd. t. Armenië), paragraaf 35. De Afdeling wijst voorts op de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep waarin een maatregel tot verlaging van de bijstandsuitkering wegens schending van de inlichtingenplicht aangemerkt wordt als een maatregel met een punitief of een bestraffend karakter (CRvB 22 maart 2011, LJN BP9716, r.o. 4.7). In het onderhavige voorstel gaat het ook om sancties wegens schending van de inlichtingenplicht. Voor de goede orde merkt de Afdeling op dat een vergelijking met de jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrecht-spraak van de Raad van State waaruit volgt dat de intrekking van de subsidieverlening of de vaststelling van de subsidie op nihil geen punitief karakter heeft, niet opgaat. Ten eerste is een uitkering niet hetzelfde als een subsidie, ten tweede hebben dergelijke besluiten betrekking op de periode voorafgaand aan de vaststelling, waarin niet aan de subsidievoorwaarden is voldaan. In het wetsvoorstel gaat het echter om de uitsluiting van het recht op uitkering voor de toekomst en heeft de Afdeling hiervoor reeds beargumenteerd dat van een uitkeringsvoorwaarde geen sprake is (zie, o.a., ABRs 8 februari 2000, H01.99 0614 en ABRvS 18 juli 2007, 200700547/1).

² De Afdeling wijst erop dat daar waar de sociale zekerheidswetgeving ter uitvoering van het EU-recht dient (artikel 51, eerste lid, van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie), vergelijkbare bepalingen uit het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (artikel 17 met betrekking tot het recht op eigendom en artikel 47 met betrekking tot het recht op eerlijk proces) van belang zijn. Daarbij merkt de Afdeling op dat artikel 47 een breder bereik heeft dan artikel 6 EVRM, omdat het niet alleen van toepassing is op besluiten die als «criminal charge» kunnen worden aangemerkt.

d. Gevolgen toepasselijkheid artikel 6 EVRM

De typering van de uitsluiting van het recht op een uitkering als een criminal charge brengt met zich dat een dergelijke maatregel omgeven moet zijn met bijzondere waarborgen en aan bepaalde eisen moet voldoen. De Afdeling wijst in het bijzonder op het proportionaliteitsbeginsel. In geval van recidive wordt uitsluiting van een uitkering opgelegd naast een bestuurlijke boete. De uitsluiting bedraagt vijf jaren (en drie maanden in geval van een bijstandsuitkering), de boete bedraagt 100% van de ten onrechte ontvangen uitkering. Ook voor de beoordeling van de proportionaliteit zijn de wettelijke maxima bepalend. De betrokkene zal voor een aanmerkelijke periode verstoken zijn van inkomsten en zal daarnaast een hoge boete moeten betalen. De cumulatie van deze sancties kan vergaande gevolgen hebben om in het eigen bestaan te voorzien. In het voorstel is daarmee geen rekening gehouden anders dan dat teruggevallen moet worden op familie en vrienden. Gelet op de hoogte van de sancties en het daarmee beoogde doel van preventie, is de Afdeling van oordeel dat de verhouding tussen beide de evenredigheids-toets niet kan doorstaan.

e. Artikel 1, Eerste Protocol EVRM

De toelichting gaat terecht ervan uit dat het weigeren van een uitkering aangemerkt kan worden als ontneming van eigendom in de zin van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Volgens deze bepaling is de inbreuk op het eigendomsrecht alleen dan gerechtvaardigd wanneer deze in het algemeen belang geschiedt en met inachtneming van de voorwaarden neergelegd in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht. Daarnaast moet de inbreuk op het eigendomsrecht in een evenredige verhouding staan tot het nagestreefde doel. Het hierboven gegeven oordeel van de Afdeling omtrent de proportionaliteit van de weigering van de uitkering in het kader van artikel 6 EVRM werkt door bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de bestraffing in het kader van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Dit betekent dat er geen evenwicht bestaat tussen het algemeen belang van handhaving van de inlichtingenplicht en het middel dat daarvoor gekozen is, namelijk de uitsluiting van de uitkering gedurende de hierboven aangeduide periodes. De Afdeling is daarom van oordeel dat het voorstel ook stuit op de grenzen van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM.²

f. Kennisgeving

Onverminderd het voorgaande wijst de Afdeling erop dat artikel 6 EVRM het recht op toegang tot de rechter inhoudt wanneer er sprake is van een criminal charge. Dit betekent concreet dat de burger de tijdelijke uitsluiting moet kunnen aanvechten bij de rechter. Gelet op het feit dat in het bestuursrecht burgers slechts tegen besluiten van bestuursorganen in beroep kunnen gaan bij de rechter en de hier bedoelde kennisgeving geen besluit is in de zin van de Awb, zou een beslissing omtrent de uitsluiting van het recht op uitkering moeten worden genomen in de vorm van een beschikking of bij wet appellabel moeten worden gemaakt. De in dit verband bedoelde «kennisgeving» door een uitvoeringsorganisatie dat de betrokkene vanaf een bepaalde datum geen recht meer heeft op de uitkering¹ volstaat naar het oordeel van de Afdeling niet. De Afdeling wijst voorts op het volgende.

Voor het niet nakomen van de inlichtingenplicht wordt een bestuurlijke boete opgelegd (ook bij recidive). Dit is een punitieve sanctie. De tijdelijke uitsluiting van het recht op uitkering is, zoals hiervoor uiteengezet, ook een punitieve sanctie. Deze wordt opgelegd voor dezelfde overtreding. Om te voorkomen dat het ne bis in idem beginsel, inhoudende dat niemand twee keer voor hetzelfde feit mag worden vervolgd of bestraft, wordt geschonden, dienen eventueel meerdere punitieve sancties te worden opgelegd in één beschikking. Dit zou betekenen dat de sanctie van tijdelijke uitsluiting van het recht op uitkering en de bestuurlijke boete of een andere strafsanctie in één beschikking moeten worden opgelegd.

g. Conclusies

De Afdeling is van oordeel dat de argumenten om de uitsluiting van een uitkering als herstelmaatregel te typeren niet overtuigen. Voorts is de Afdeling van oordeel dat aard en zwaarte van de sanctie meebrengen dat het gaat om een punitieve sanctie. Dit leidt ertoe dat moet worden voldaan aan de waarborgen van artikel 6 EVRM (en artikel 1, Eerste Protocol EVRM). De proportionaliteit van de sanctie in het licht van het beoogde doel van preventie beoordelend, leidt dit er naar het oordeel van de Afdeling toe dat de zwaarte van de sanctie niet in redelijke verhouding staat tot het beoogde doel. Dat geldt zeker voor de cumulatie van de bestuurlijke boete met de uitsluiting van een uitkering. Ten slotte dient de uitsluiting van een uitkering in de vorm van een beschikking te worden gegoten dan wel wettelijk appellabel te worden gemaakt. Gelet op al het voorgaande adviseert de Afdeling de sanctie van uitsluiting van een uitkering te heroverwegen.

3. Uitsluiting van het recht op uitkering

In het aan de Raad van State gezonden voorstel van wet staat in het kader van de sociale zekerheid aangegeven dat bij recidive met uitkeringsfraude naast de terugvordering van de ten onrechte betaalde uitkering en een bestuurlijke boete ook andere maatregelen noodzakelijk en gepast zijn. Omdat de boete en terugvordering bij de eerste keer blijkbaar niet genoeg geweest zijn om betrokkene van een tweede overtreding af te houden heeft het kabinet bij recidive een tijdelijke uitsluiting van het recht op uitkering voor maximaal vijf jaar voorgesteld (en in de Wet werk en bijstand (Wwb) voor drie maanden). Deze tijdelijke uitsluiting van het recht op uitkering beoogde een preventieve gedragsbeïnvloeding te bewerkstelligen. De maatregel was naar het oordeel van het kabinet te typeren als een herstelmaatregel zonder punitief oogmerk.

¹ Zie bijvoorbeeld het voorgestelde art. 19a, zevende lid, Werkloosheidswet.

Het kabinet onderkent dat de bezwaren van de Afdeling van fundamentele aard zijn en dat deze niet kunnen worden weggenomen door een nadere toelichting op het karakter van de uitsluiting of een nadere inkadering van deze maatregel. Omdat de Raad voor de Rechtspraak en de uitvoerders gelijksoortige bezwaren bij het voorstel van de uitsluiting naar voren hebben gebracht, zou voortzetting van dit onderdeel van het voorstel van wet juridische risico's met zich meebrengen die uiteindelijk negatief kunnen uitwerken op de effectiviteit van het handhavings- en sanctiebeleid. Gelet hierop heeft het kabinet besloten de maatregel van de uitsluiting bij recidive niet door te zetten.

Desalniettemin blijft het kabinet van oordeel dat juist bij recidive met uitkeringsfraude een pakket van maatregelen nodig is waar een sterkere preventieve werking vanuit gaat dan de bestuurlijke boete (van in beginsel 100 procent van het benadelingsbedrag) bij de eerste overtreding. Dit stond het kabinet uiteindelijk ook voor ogen met de uitsluiting. Gelet hierop wordt in het onderhavige wetsvoorstel bij recidive een bestuurlijke boete opgelegd van in beginsel 150 procent van het benadelingsbedrag, naast de terugvordering van te veel betaalde uitkering.

Deze hogere bestuurlijke boete bij recidive zal, zowel voor uitkeringsgerechtigden als voor cliënten die geen recht meer hebben op een uitkering, een sterkere preventieve werking hebben. UWW, SVB en gemeenten zullen bij het opleggen van deze bestuurlijke boete ook de verwijtbaarheid toetsen. Daarnaast zijn de bepalingen van de Algemene wet bestuursrecht omtrent bestuurlijke boeten van toepassing, zodat voldaan wordt aan de waarborgen van het EVRM. Met deze aanpassing wordt tegemoet gekomen aan de fundamentele bezwaren van de Afdeling.

Het kabinet is zich er echter van bewust dat van een hogere bestuurlijke boete bij recidive alleen een preventieve werking uit zal gaan, als de incasso van deze boete ook daadwerkelijk gerealiseerd kan worden. Een hoge bestuurlijke boete kan bij notoire overtreeders minder afschrikwekkend zijn, als zij openstaande vorderingen hebben en er al incassotrajecten tot de beslagvrije voet lopen. Ook gemeenten hebben in hun advies op deze incassoproblematiek gewezen. Deze incassobezwaren zijn te ondervangen door de bestuurlijke boete bij recidive volledig te verrekenen met de (toekomstige) uitkering door de beslagvrije voet tijdelijk (voor maximaal vijf jaar) buiten werking te stellen totdat deze boete is afbetaald. Deze wijze van verrekenen is niet eerder aan de orde dan bij de boete bij recidive, maar kan zich daarna ook uitstrekken over de boete bij de eerste overtreding als deze nog niet is betaald.

Deze verrekening impliceert dat de uitkeringsgerechtigde tijdelijk een nihil-uitkering ontvangt. Het buiten werking stellen van de beslagvrije voet ziet alleen op een tijdelijke verrekening na recidive om te voorkomen dat er grote problemen zouden ontstaan op het terrein van armoede. Dit tijdelijk buiten werking stellen ziet in het onderhavige voorstel op een periode van maximaal vijf jaar. In de Wwb is de periode gesteld op maximaal drie maanden, dit gelet op het vangnetkarakter van de Wwb. Bij cliënten die geen recht meer hebben op een uitkering wordt de boete via de gangbare regels rondom loonbeslag en beslagvrije voet geïnd. Gaan werken blijft lonend omdat dan de reguliere beslagvrije voet van toepassing is.

Het buiten werking stellen van de beslagvrije voet is al mogelijk in alle sociale zekerheidswetten als cliënten de inlichtingen (zoals informatie over inkomen en vermogen) die van belang zijn voor terugvordering van ten onrechte betaalde uitkeringen en de betaling van de bestuurlijke boete niet willen verstrekken (onwillig zijn). Als het uitkeringsorgaan in dat geval

niet kan beoordelen tot welk bedrag de terugvordering en de boete verrekend kunnen worden met de uitkering, kunnen zij de beslagvrije voet buiten beschouwing laten.

In het geval van recidive is verrekening van de bestuurlijke boete met een nog lopende uitkering legitiem vanuit het motief dat recidive er op duidt dat betrokkene bij herhaling onwillig is om zich aan de inlichtingenplicht te houden die nodig is voor het vaststellen van het uitkeringsrecht. Betrokkene ondermijnt door zijn recidive het draagvlak voor de sociale minimumbescherming die beoogd is met de uitkering en de beslagvrije voet. Teneinde deze sociale bescherming en het draagvlak daarvan voor alle burgers overeind te houden, is het legitiem juist voor deze groep en voor deze situatie de bescherming van de beslagvrije voet tijdelijk buiten werking te stellen.

Het buiten werking stellen van de beslagvrije voet bij recidive kan gezien worden als een robuuste incasso die passend is voor recidive met uitkeringen. Het gaat in dit specifieke geval om een verrekening binnen het sociale zekerheidsdomein van een bestuurlijke boete bij recidive, met het oogmerk om het draagvlak voor de sociale bescherming, inclusief de beslagvrije voet, intact te houden. Het verrekenen van schulden uit andere domeinen dan de sociale zekerheid zonder toepassing van de beslagvrije voet, zou betekenen dat de sociale bescherming van de beslagvrije voet helemaal niet meer zou gelden.

4. Zorgplicht met betrekking tot bijstand

Specifiek met betrekking tot de uitsluiting van het recht op bijstand voor een periode van drie maanden merkt de Afdeling voorts nog het volgende op. De Grondwet en verschillende verdragen bevatten een zorgplicht voor de overheid met betrekking tot sociale bijstand en met betrekking tot bijstand voor huisvesting voor een ieder die niet over voldoende middelen beschikt. Gewezen kan worden op artikel 20, derde lid, Grondwet, op artikel 13 van het Europees Sociaal Handvest en de artikelen 30 en 31 van het Herziene Europees Sociaal Handvest. Deze artikelen richten zich met name op de wetgever.¹

De bijstand vervult een belangrijke functie in de nakoming van de vorengenoemde internationaalrechtelijke verplichtingen. Dat houdt niet noodzakelijkerwijs in dat uitsluiting van bijstand zonder meer in strijd komt met de bedoelde zorgplicht. Er kan immers ook op andere wijze worden voorzien in de benodigde ondersteuning van het levensonderhoud. Gelet op de functie van de bijstand in de nakoming van de zorgplicht zal bij algehele uitsluiting van bijstand voor een periode van drie maanden dan wel verzekerd moeten zijn dat ondersteuning in enige andere vorm, op wat voor wijze dan ook, wordt geboden. Het voorstel voorziet daarin echter niet.

Hierbij wijst de Afdeling erop dat de kosten van levensonderhoud, de betaling van de ziektekostenpremie en de woonlasten doorlopen tijdens een periode van uitsluiting van de uitkering. In de toelichting wordt naar haar oordeel onvoldoende ingegaan op de vraag hoe betrokkene deze kosten kan blijven voldoen.

Voorts geeft het voorstel geen inzicht in de gevolgen die uitsluiting heeft voor de kinderen van de betrokkenen. De Afdeling wijst in dit verband op enkele verdragen inzake de rechten van ouders en kinderen op een passende sociale en economische bescherming.² De Afdeling constateert dat in het voorstel geen rekening is gehouden met de internationale verplichtingen inzake de zorgplicht van de overheid ten opzichte van hulpbehoevenden. Aan deze verplichtingen is dan ook niet voldaan.³

¹ Voorts kan worden gewezen op artikel 34, derde lid, van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, dat van belang is wanneer de Nederlandse wetgeving ter uitvoering van het EU-recht dient (artikel 51, eerste lid, van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie).

² Gewezen kan worden op het Europees Sociaal Handvest (met name artikel 16), het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (met name artikel 27) en het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (artikelen 24, 33 en 34), alsmede artikel 8 EVRM (zie in dit verband Centrale Raad van Beroep 19 april 2010 (LJN BM0956; 09/1082 WMO).

³ Zie ook het advies van de Raad van State met betrekking tot het voorstel van wet van het lid Blok tot wijziging van de Wet werk en bijstand ten einde de eis tot beheersing van de Nederlandse taal toe te voegen aan de wet, Kamerstukken II 2010/11, 32 328 nr. 5.

De Afdeling adviseert ook om deze redenen de uitsluiting van een bijstandsuitkering te heroverwegen.

4. Zorgplicht met betrekking tot bijstand

Naar aanleiding hiervan is op te merken dat in het onderhavige voorstel niet langer meer sprake is van een algehele uitsluiting van het recht op bijstand. Daarnaast is van belang dat UWV, SVB en gemeenten de ruimte houden om bij dringende redenen af te zien van het opleggen van de bestuurlijke boete. Ook kunnen de uitvoerders, als hiervoor dringende redenen aanwezig zijn, afzien van verrekening met tijdelijk buiten werkingstellen van de beslagvrije voet.

Bij dringende redenen gaat het om bijzondere omstandigheden in het individuele geval. Deze regel kan slechts worden toegepast als door de robuuste incasso met name voor de (mede)belanghebbende onaanvaardbare consequenties zouden optreden. Vast dient te staan dat sprake is van zeer incidentele gevallen en dat de behoeftige omstandigheden waarin de (mede)belanghebbende verkeert op geen enkele andere wijze zijn te verhelpen.

Naast de mogelijkheid om bij dringende redenen af te zien van het opleggen van de bestuurlijke boete of het buiten werking stellen van de beslagvrije voet, hebben gemeenten de ruimte om gedurende de drie maanden van buiten werking stellen van de beslagvrije voet in uitzonderlijke of schrijnende gevallen leenbijstand te verstrekken (die dan later terugbetaald moet worden). Het kabinet is van oordeel dat er hiermee voldoende ruimte is om ondersteuning in enig andere vorm te bieden.

5. Preventieve last onder dwangsom in verband met recidive

Het voorstel creëert in de arbeidswetgeving voor bestuursorganen een bevoegdheid tot het preventief opleggen van een dwangsom ter voorkoming van het (niet) naleven van eenzelfde in de last aangegeven wettelijke verplichting of verbod of bij of krachtens algemene maatregel van bestuur aan te wijzen soortgelijke verplichtingen of verboden, nadat een overtreding van een voorschrift of verbod bij of krachtens de wet is geconstateerd.¹ De Afdeling merkt hierover het volgende op.

Een last onder bestuursdwang en een last onder dwangsom – beide herstelsancties – kunnen in principe slechts worden opgelegd nadat een overtreding van een wettelijk voorschrift heeft plaatsgevonden. Slechts in een uitzonderlijke situatie, namelijk wanneer het gevaar voor de overtreding klaarblijkelijk dreigt, kan een herstelsanctie preventief (zonder dat eerst een overtreding is begaan) worden toegepast ter voorkoming van de overtreding. In dat geval moet er gevaar zijn van een overtreding van een concreet bij of krachtens de wet gesteld voorschrift die met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zal plaatsvinden.² Deze algemene regeling omtrent het preventief toepassen van herstelsancties is te vinden in artikel 5:7 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

De Afdeling constateert dat het voorstel zonder enige toelichting afwijkt van deze algemene regeling. Op grond van het voorstel zal een last onder dwangsom kunnen worden opgelegd zonder dat gevaar voor herhaalde overtreding klaarblijkelijk dreigt. De rechtvaardiging voor het preventief opleggen van een herstelsanctie wordt in het voorstel gevonden in het enkele feit dat de overtreding reeds een keer heeft plaatsgevonden. Of de overtreding in de toekomst nog een keer plaats zal vinden, is hoogst onzeker. De toelichting laat dat ook in het midden.

¹ Hoofdstuk V van het wetsvoorstel.

² Zie bijvoorbeeld ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 240 en ABRvS 30 september 2009, AB 2009, 348.

De Afdeling is van oordeel dat de voorgestelde, van de Awb afwijkende, preventieve toepassing van last onder dwangsom om een overtreding te voorkomen, ertoe leidt dat deze sanctie niet meer als een herstelsanctie kan worden aangemerkt. Een dergelijke sanctie krijgt het karakter van een bestraffende voorwaardelijke veroordeling, zoals bekend in het strafrecht. De last onder dwangsom wordt immers primair opgelegd wegens het feit dat de eerste overtreding is geconstateerd en niet wegens het feit dat de tweede overtreding dreigt plaats te vinden. Overeenkomstig de voorwaardelijke veroordeling in het strafrecht wordt hier ook een proeftijd voorgeschreven. Ingevolge het wetsvoorstel bedraagt deze proeftijd vijf jaren. Dat betekent dat de last onder dwangsom niet wordt geëffectueerd, indien vijf jaren na de oplegging zijn verstreken en in deze periode geen herhaalde overtreding is geconstateerd.

De Afdeling is van oordeel dat de mogelijkheid van de preventieve oplegging van een last onder dwangsom om een overtreding te voorkomen, zoals expliciet geregeld in de Awb, niet is bedoeld voor situaties als bedoeld in het wetsvoorstel.¹ In het wetsvoorstel krijgt een dergelijke, van oorsprong als niet bestraffend bedoelde sanctie, een punitief karakter. Dit brengt bovendien met zich dat het opleggen van een punitieve last onder dwangsom wegens de geconstateerde overtreding, eventueel later gevolgd door een punitieve bestuurlijke boete wegens dezelfde eerste overtreding, strijd kan opleveren met het ne bis in idem beginsel.

De Afdeling adviseert in de toelichting de afwijking van de algemene regeling met betrekking tot preventieve toepassing van herstelsancties dragend te motiveren en zo nodig te heroverwegen.

5. Preventieve last onder dwangsom in verband met recidive

Dit is een zwaarwegend advies. Er zijn tegenargumenten mogelijk bij het oordeel dat de preventieve last onder dwangsom in strijd zou zijn met hetgeen geregeld is in artikel 5:7 van de Awb. Het is echter goed denkbaar dat in de rechtspraak het oordeel van de Raad van State wordt gevolgd. Daardoor krijgt de preventieve last onder dwangsom niet het beoogde effect. Het kabinet heeft daarom besloten om de preventieve last onder dwangsom niet door te zetten.

In de motie Azmani/Van den Besselaar², wordt de regering verzocht om de preventieve maatregelen al na de eerste overtreding aan te zeggen en bij de herhaling te effectueren. Deze motie had betrekking op zowel de preventieve stillegging als op de preventieve last onder dwangsom. Van regeling van een preventieve last onder dwangsom wordt afgezien. De invulling van de motie ten aanzien van de preventieve stillegging blijft zoals voorzien.

De aanzegging van de preventieve stillegging bij de eerste overtreding, zal worden toegepast bij ernstige overtredingen. Daarbij gaat het om situaties waarbij de werking van de arbeidsmarkt ernstig wordt verstoord of waarbij de veiligheid en gezondheid van werknemers ernstig in het geding zijn. Dit zijn situaties die zich naar verwachting slechts incidenteel zullen voordoen, maar wel grote gevolgen kunnen hebben. In de algemene maatregelen van bestuur op grond van de desbetreffende arbeidswetten zullen deze situaties concreet worden ingevuld.

Als de gezondheid of veiligheid van werknemers in het geding is biedt de Arbeidsomstandighedenwet overigens al de mogelijkheid om voor de duur van de onveilige situatie stil te leggen. De preventieve stillegging heeft een ander karakter.

¹ Steun hiervoor vindt de Afdeling in de parlementaire stukken, zie Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, blz. 151. Daarin heeft de wetgever expliciet overwogen dat een voorwaardelijk sanctiebesluit in de zin van een waarschuwing, met als (beoogd) effect dat van het begaan van een overtreding wordt afgezien, alleen dan mogelijk is wanneer het bestuursorgaan in staat is om een volledige belangenafweging te maken. Dit is alleen dan het geval wanneer het bijna zeker is dat de overtreding plaats gaat vinden.

² Kamerstukken II, 2010/11, 17 050, nr. 411.

Het preventief stilleggen van werkzaamheden is echter niet in alle situaties mogelijk. Om ook dan invulling te blijven geven aan de intentie van deze motie, zal de boete bij een ernstige overtreding al bij de tweede overtreding extra worden verhoogd (naar 300 procent). Daarmee wordt voorkomen dat in situaties waarin niet wordt overgegaan tot een stillegging van werkzaamheden, de bestraffing bij een dergelijk ernstige overtreding vergelijkbaar is met de bestraffing voor een gewone overtreding. Wanneer kan worden overgegaan tot een preventieve stillegging van werkzaamheden en de duur van de preventieve stillegging zal nader worden uitgewerkt in de algemene maatregelen van bestuur op grond van de desbetreffende arbeidswetten. Daarin spelen onder meer mee de technische mogelijkheden en de maatschappelijke effecten van een preventieve stillegging.

6. Overige opmerkingen

a. Uitgangspunt Wwb: eigen beleidsruimte gemeenten

Op grond van de in artikel XV voorgestelde artikelen 13a en 18 Wwb alsmede de wijziging van artikel 58 Wwb, wordt de gemeente verplicht om bijstand terug te vorderen, een bestuurlijke boete op te leggen en om bij recidive geen bijstand uit te keren. De toelichting gaat niet in op de verhouding van deze voorstellen tot een van de uitgangspunten van de Wwb. Bij de totstandkoming van de Wwb is vereenvoudiging van de regelgeving gezien als een belangrijk instrument om de uitvoering door de gemeenten te ondersteunen bij het realiseren van een op uitstroom en re-integratie gerichte werkwijze. Daarbij was het oogmerk dat gemeenten meer mogelijkheden kregen eigen keuzes te maken, waarbij het onder andere ging om het omzetten van verplichtingen in bevoegdheden.¹ Een van die bevoegdheden betreft het door gemeenten zelf bepalen welke gevolgen worden verbonden aan het niet door de belanghebbende nakomen van de aan zijn uitkering verbonden verplichtingen.² In dat verband werd bij de invoering van de Wwb bewust volstaan met een bevoegdheid en niet overgegaan tot het formuleren van een plicht voor gemeenten tot terugvordering van de uitkering. Daartoe werd onder andere overwogen dat de gemeente, gelet op de financiële stimulans en de eigen beleidsruimte, een goede afweging kan maken wanneer van terugvordering kan worden afgezien.³

Dit uitgangspunt verdraagt zich niet goed met de voorgestelde verplichtingen tot terugvordering, oplegging van een bestuurlijke boete en tot afzien van een uitkering bij recidive. De Afdeling adviseert naar aanleiding van het voorgaande in de toelichting in te gaan op de verhouding tussen het voorstel en het bij de totstandkoming van de Wwb gekozen uitgangspunt.

b. Griffierechten

In haar advies over het voorstel van wet tot wijziging van de Algemene wet bestuursrecht en de Wet griffierechten burgerlijke zaken in verband met de invoering van kostendekkende griffierechten heeft de Afdeling opgemerkt dat de positie van de rechtzoekende in die gevallen waarin een sanctie als bedoeld in artikel 5:2 Awb wordt opgelegd, vergelijkbaar is met de positie van een rechtzoekende in het strafrecht.⁴ Zij meende ook met betrekking tot de griffierechten dat er materieel geen verschil bestaat tussen de positie van de verdachte die geconfronteerd wordt met een mogelijke sanctie op grond van het strafrecht en een rechtzoekende die een boete opgelegd heeft gekregen via het bestuursrecht. In het nader rapport werd opgemerkt dat het staande praktijk is ook griffierechten te heffen in zaken die een bestuurlijke sanctie betreffen en dat er geen

¹ Kamerstukken II 2002/03, 28 870, nr. 3, blz. 3 en 4.

² Kamerstukken II 2002/03, 28 870, nr. 3, blz. 5.

³ Kamerstukken II 2002/03, 28 870, nr. 3, blz. 23.

⁴ Advies van 15 september 2011, W03.11 0297/II.

aanleiding is hierin verandering te brengen.

De Afdeling herhaalt haar standpunt in dit advies. Naar haar oordeel moet de rechtzoekende die met een (forse) sanctie wordt geconfronteerd, evenals in het strafrecht, niet gehinderd door het griffierecht, toegang hebben tot de rechter. Zij adviseert te bepalen dat in bestuursrechtelijke procedures naar aanleiding van de in het voorstel opgenomen sancties geen griffierecht hoeft te worden betaald.

c. Stillegging

In de toelichting wordt gesteld dat de in de arbeidswetgeving voorgestelde maatregel van stillegging van werk preventief wordt opgelegd.¹ Uit de tekst van het voorstel blijkt echter het tegenovergestelde. De maatregel van stillegging van werk kan als sanctie worden opgelegd als na de waarschuwing de overtreding toch weer plaatsvindt. Een preventieve waarschuwing is geen sanctie.

De Afdeling adviseert de toelichting in overeenstemming te brengen met de tekst van het voorstel.

d. Terminologie

Het is de Afdeling opgevallen dat de toelichting stelselmatig gebruik maakt van het begrip «fraude», als het gaat om de voorstellen die zien op de sociale zekerheid. Fraude betekent bedrog en veronderstelt opzet. Blijkens de tekst van de diverse voorgestelde bepalingen gaat het evenwel om het niet of niet behoorlijk nakomen van de inlichtingenverplichtingen op grond van de diverse wetten. Daarbij speelt de mate van verwijtbaarheid een rol bij de bepaling van de hoogte van de boete. De toelichting wekt door enkel en alleen het begrip fraude te gebruiken de indruk dat ieder gebrek in de nakoming van de inlichtingenplicht bedrog is. Dat is onjuist en schept ook een verkeerd beeld. De Afdeling adviseert daarom in de gehele toelichting het begrip fraude alleen dan te gebruiken als daarmee bedrog bedoeld is.

6. Overige opmerkingen

a. Uitgangspunt Wwb: eigen beleidsruimte gemeenten

In de nieuwe paragraaf 2.1.4 van de memorie van toelichting gaat het kabinet in op dit aspect.

b. Griffierechten

Het kabinet ziet in het onderhavige wetsvoorstel geen aanleiding om af te wijken van de reactie van de Minister van Veiligheid en Justitie op het genoemde eerdere advies. Deze reactie hield in dat de sinds jaar en dag bestaande en te continueren situatie is dat de rechtzoekende aan wie een sanctie als bedoeld in artikel 5:2 Awb is opgelegd, griffierecht dient te betalen indien hij tegen een dergelijk besluit wil procederen. Hiermee wil het kabinet ontmoedigen dat de rechter wordt ingeschakeld in gevallen waar daarvoor geen aanleiding is.

c. Stillegging

Bij deze maatregel gaat het enerzijds om een waarschuwing dat bij een herhaling van een overtreding een bevel tot stillegging van werkzaamheden kan worden opgelegd en anderzijds de daadwerkelijke oplegging van het bevel bij een vervolgovertreding. De (preventieve) waarschuwing

¹ Zie bijvoorbeeld de memorie van toelichting, Punt II artikelsgewijs, Hoofdstuk V.

is een noodzakelijke voorwaarde om bij een vervolgovertreding stillegging van werkzaamheden te kunnen bevelen. Anders dan de Raad kennelijk veronderstelt heeft de (preventieve) waarschuwing voor een bevel tot stillegging van werk wel degelijk het karakter van een herstelmaatregel met het oog op voorkoming van herhaling van overtredingen. De waarschuwing heeft tot doel om orde op zaken te stellen. De waarschuwing impliceert immers een opdracht (een last) om niet nogmaals een overtreding te plegen met als sluitstuk dat wanneer een herhaling van overtreding zich heeft gemanifesteerd het bevel kan worden opgelegd (de effectuering van de maatregel).

De waarschuwing aan een bedrijf na een geconstateerde overtreding (het opleggen van een last) dat het bij een vervolgovertreding bepaalde werkzaamheden zal moeten staken en bij een geconstateerde vervolgovertreding te bevelen tot stillegging (bestuursdwang) komt feitelijk neer op de in artikel 5:21 van de Awb geregelde last onder bestuursdwang en is daarmee aan te merken als een herstelmaatregel. Deze in de Awb geregelde mogelijkheid van bestuursdwang is met de voorgestelde maatregel van stillegging van werkzaamheden met het oog op de voorkoming van herhaling van overtredingen van de desbetreffende arbeidswetten nader op dit doel afgestemd. De toelichting is op dit punt verduidelijkt.

d. Terminologie

Fraude is geen juridisch maar een maatschappelijk begrip. Het advies van de Afdeling om in de gehele toelichting het begrip fraude alleen te gebruiken als daarmee bedrog is bedoeld, wordt niet overgenomen. In dit wetsvoorstel wordt een ruimer begrip fraude gehanteerd.

In de memorie van toelichting is voor het onderdeel sociale zekerheid een definitie gegeven van fraude: «Er is sprake van uitkeringsfraude als een verwijtbare overtreding van de inlichtingenplicht resulteert in onverschuldigde betaling van de uitkering.» De kernelementen van dit fraudebegrip zijn de onverschuldigde betaling en verwijtbaarheid. Dit begrip komt overeen met de definitie van sociale zekerheidsfraude die in de Aanwijzing sociale zekerheidsfraude van het Openbaar Ministerie wordt gehanteerd: 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.

Uiteraard kan er sprake zijn van een overtreding die een kleinere of een grotere onverschuldigde betaling oplevert of van een verschillend verwijt dat aan de overtreder wordt gemaakt. Maar één van de uitgangspunten van het wetsvoorstel is nu juist dat elke verwijtbare overtreding die onverschuldigde betaling oplevert dezelfde gevolgen heeft, namelijk gehele terugvordering en een bestuurlijke boete van in beginsel 100 procent. Mede gezien deze elementen van verwijtbaarheid en onverschuldigde betaling en om deze strenge aanpak te onderstrepen, ziet het kabinet geen bezwaar in het gebruik van de term fraude.

Overige wijzigingen

In verband met de aanpassing van het wetsvoorstel word nog een aantal wijzigingen doorgevoerd.

De strafbaarstelling in de Wet op de economische delicten (WED) van de strafbare feiten in de arbeidswetten wordt in lijn gebracht met de verhoging van de bestuurlijke boetes voor bestuursrechtelijke overtredingen van de arbeidswetten. Bij dit wetsvoorstel wordt de bestuurlijke boete die maximaal kan worden opgelegd, vastgesteld op de vijfde categorie geldboete, bedoeld in artikel 23, vierde lid, van het Wetboek van Strafrecht (per 1 januari 2012 is dat maximaal een boete van € 78 000). De betreffende strafbare feiten zijn in vergelijking met de beboetbare feiten in deze wetten van meer ernstige aard, die qua maximum dan ook op ten minste hetzelfde niveau als het maximum van de bestuurlijke boete behoren te worden gebracht.

De strafbare feiten worden ingedeeld onder artikel 1, onder 1, van de WED. Deze strafbare feiten zijn dan op grond van artikel 2, eerste lid, WED misdrijven indien zij opzettelijk zijn begaan en anders zijn het overtredingen. Dit betekent dat op grond van artikel 6, eerste lid, onder 3, WED, indien deze strafbare feiten overtredingen zijn, de overtreder wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste een jaar, taakstraf of geldboete van de vierde categorie. Indien deze strafbare feiten misdrijven zijn wordt de overtreder op grond van artikel 6, onder 1, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren, taakstraf of geldboete van de vijfde categorie.

Het overgangsrecht is enigszins aangepast. De huidige recidivetermijn bij de bestuurlijke boete in de arbeidswetten is twee jaar. Met deze omstandigheid wordt rekening gehouden bij de bepaling van het tijdstip van aanvang van de nieuwe recidivetermijn van vijf jaar. Indien uiterlijk twee jaar voor de dag van inwerkingtreding van de wet een eerste overtreding is geconstateerd waarvoor een bestuurlijke boete is opgelegd die onherroepelijk is geworden dan geldt het tijdstip van constatering van die eerste overtreding als aanvang voor de bepaling van de recidivetermijn.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De vice-president van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
H. G. J. Kamp