NEDERLANDSE
ORDE VAN
ADVOCATEN

Aan de Minister van Justitie en
Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Den Haag, 26 maart 2010
Uw kenmerk: 2010-00000034012

3

Concept-wetsvoorstel tot wijziging Wet BIBOB

Mijnheer de Minister,

Bij brief van 29 januari jl. verzocht u de Nederlandse Orde van Advocaten te adviseren over het concept-wetsvoorstel tot wijziging van de Wet Bevordering Integriteitsbeoordelingen door het Openbaar Bestuur.

De Algemene Raad heeft het concept-wetsvoorstel voorgelegd aan zijn Adviescommissie Strafrecht die bijgaand advies heeft uitgebracht. Hij verzoekt u dit advies bij de verdere voorbereiding van het wetsvoorstel te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de Algemene Raad,

NEUHUYSKADE 94 2596 XM DEN HAAG POSTBUS 30851 2500 GW DEN HAAG
TELEFOON 070 335 35 35 FAX 070 335 35 31 HTTP://WWW.ADVOCATENORDE.NL
ING 79000

Preadvies

van de

Adviescommissie Strafrecht

inzake

Concept wijziging van de Wet bevordering integriteitbeoordelingen door het openbaar bestuur (Wet Bibob) en de Wet op de kansspelen

1. Inleiding

De Wet Bevordering Integriteitbeoordelingen door het Openbaar Bestuur (Wet Bibob) kan worden toegepast ten aanzien van beschikkingen op het gebied van – kort gezegd – milieu, horeca, opium, vervoer, bouwen en ICT. Met name vanuit de grote steden zou er behoefte bestaan aan een uitbreiding van het toepassingsbereik van de Wet Bibob naar andere sectoren die kwetsbaar zijn voor criminele invloeden.

De Wet Bibob is anno 2003 in werking getreden. Drie jaar na de inwerkingtreding is een evaluatie gehouden over de doeltreffendheid en effecten van de Wet Bibob. De uitkomsten van deze evaluatie hebben er (mede) toe geleid dat de Ministeries van Binnenlandse zaken en Koninkrijkrelaties en Justitie thans tot een aantal voorstellen tot wijzigingen van de Wet Bibob en de Wet op de kansspelen komen.

De voorgestelde toepassingsuitbreiding kan onderverdeeld worden in enerzijds sectoren waarbij reeds sprake is van een rechtsverhouding met een (meestal vergunningverlenende) overheid en anderzijds sectoren waarbij een dergelijke rechtsverhouding met de overheid ontbreekt.

2. Overheidsgerelateerde sectoren

In het kader van de overheidsgerelateerde sectoren wordt thans voorgesteld om de sectoren vastgoed en kansspelen onder de werkingssfeer van de Wet Bibob te brengen.

2.1 Vastgoed

Volgens de MvT is de vastgoedsector kwetsbaar voor misbruik waarbij verschillende vormen van criminaliteit samenkomen. Personen uit de hierin werkzame beroepsgroepen zouden een verbindende schakel tussen de onderwereld en de bovenwereld zijn.[1] Het instrument Bibob zou vanuit het integriteitoogpunt bij uitstek geschikt zijn om te voorkomen dat de overheid bij vastgoedtransacties ongewild criminele activiteiten faciliteert. Als voorbeeld van betrokkenheid van de overheid bij vastgoedtransacties worden genoemd de huur- en verhuur van panden, de aan- en verkoop en het ontwikkelen van projecten. Met het onderhavige wetsvoorstel krijgt de overheid de mogelijkheid om bij vastgoedtransacties te onderzoeken of er geen gevaar bestaat, dat de partij met wie wordt gecontracteerd strafbare feiten zal plegen.[2]

Wat onder een "vastgoedtransactie" moet worden verstaan, is in het nieuwe artikel 1 onder o uitgewerkt:

---

1 MvT, p. 5.

2 P. 5 en 6.

"het aangaan van een overeenkomst of het verrichten van een rechtshandeling met betrekking tot een onroerende zaak met als doel:
1° het verwerven of vervreemden van een recht op eigendom of het vestigen, vervreemden of wijzigen van een zakelijk recht;
2° huur of verhuur;
3° het verlenen van een gebruiksrecht, of
4° de deelname aan een rechtspersoon, een commanditaire vennootschap of een vennootschap onder firma die het recht op eigendom of een zakelijk recht met betrekking tot die onroerende zaak heeft of die onroerende zaak huurt."

Deze definitie is (heel) erg ruim. De MvT geeft geen inzicht om hoeveel transacties het op jaar-, maand-, of dagbasis gaat, maar de Adviescommissie schat dit in als zeer omvangrijk. In het verlengde hiervan biedt de MvT evenmin duidelijkheid over de vraag of alle vastgoedtransacties waarbij de overheid een faciliterende rol speelt voortaan op grond van de Wet Bibob onderzocht zullen worden en bijvoorbeeld of er in het bijzonder zal worden gekeken naar bepaalde voorgeselecteerde bedrijven, personen, regio's, sub-branches. In potentie krijgt de Wet Bibob met de voorgestelde uitbreiding in ieder geval een zeer groot bereik.

2.2 Kansspelen

De exploitatievergunning voor speelautomaten valt ook nog niet onder de huidige Wet Bibob. In het kader van de wel geldende vergunningplichten wordt weliswaar getoetst aan zedelijkheidseisen, maar deze eisen hebben alleen betrekking op criminele activiteiten in het verleden. Bovendien zien de eisen alleen op de aanvrager en niet op het netwerk om de aanvrager heen.[3]

Deze uitbreiding wordt opgelost door toevoeging van artikel 30h van de Wet op de Kansspelen als 9° aan onderdeel c van artikel 1.

3. Niet overheidsgerelateerde sectoren: sluitingsbevoegdheid

Uit de voornoemde evaluatie is gebleken dat er ook behoefte zou bestaan aan toepassing van de Wet Bibob in sectoren waarbij de overheid geen faciliterende rol toekomt.

De Adviescommissie is het met de Minister echter eens dat het onjuist zou zijn om een vergunningplicht in het leven te roepen uitsluitend om de bevoegdheden van de Wet Bibob te kunnen toepassen.[4] Dat behoeft geen nader betoog.

Als alternatief wordt in het wetsvoorstel echter een nieuwe bevoegdheid in het leven geroepen: de sluitingsbevoegdheid van de burgemeester. Hiermee lijkt via een omweg toch een voorziening gecreëerd om bevoegdheden te kunnen toepassen buiten de begrenzing van het oorspronkelijke doel van de Wet Bibob, te weten het beschermen van de integriteit van de overheid, meer in het bijzonder door het beperken van risico's voor criminaliteit verbonden aan besluitvorming door de overheid.

De nieuwe bevoegdheid is een vreemde eend in de bijt, zo lijkt ook de MvT te erkennen. In de huidige Wet Bibob kan de overheid slechts ingrijpen indien zij een bepaalde faciliterende rol toekomt, bijvoorbeeld bij het verlenen of afwijzen van een vergunning. De overheid kan met de voorgestelde uitbreiding ook ingrijpen indien zij geen enkele relatie heeft met de betreffende onderneming of persoon. Volgens de MvT zou dat geen probleem zijn, nu de werkingsfeer van de Wet Bibob toch al breder zou zijn, namelijk als instrument voor de preventieve aanpak van

---

3 P. 6.

4 P. 3.

criminaliteit.[5] Waarop deze stelling is gebaseerd blijft onduidelijk.

De Adviescommissie meent dat een oorspronkelijke doelstelling niet zonder nadere toelichting en onderbouwing kan worden verlaten c.q. uitgebreid omdat het goed zou tegemoetkomen aan bepaalde behoeften, zeker niet indien daar geen deugdelijke gronden aan ten grondslag (kunnen) worden gelegd.

Een sluitingsbevoegdheid heeft om vanzelfsprekende redenen niet alleen zeer verregaande consequenties voor het bedrijfsleven en de daarbij betrokken personen, maar ook voor het bevoegd gezag en alle overige bij dit onderwerp betrokken instanties. De nieuwe voorziening zet dan ook, volgens de Adviescommissie, een te grote sluis open naar te vergaande bevoegdheden tot overheidsingrijpen en rechtvaardigt de radicale omslag van de oorspronkelijke doelstellingen niet.

3.1 Artikel 7a

In het nieuwe artikel 7a over de sluitingsbevoegdheid worden leden 2 tot en met 3 van artikel 3 van overeenkomstige toepassing verklaard. Lid 1 van artikel 7a is, met uitzondering van de inleidende zin, eveneens identiek aan lid 1 van artikel 3.

Lid 1 van artikel 3 (en 7a) gaat niet slechts over *gepleegde* strafbare feiten, maar omvat nadrukkelijk ook *te plegen* strafbare feiten (zie artikel 3 lid 1 sub b, nader uitgewerkt in lid 3). De mate van gevaar zoals bedoeld in sub b wordt vastgesteld op basis van i) feiten en omstandigheden die erop wijzen of redelijkerwijs doen vermoeden dat de betrokkene in relatie staat tot *strafbare* feiten gepleegd bij activiteiten die overeenkomen of samenhangen met activiteiten waarvoor de beschikking is aangevraagd dan wel is gegeven, ii) in geval van een vermoeden de ernst daarvan, iii) de aard van de relatie van het strafbare feit en de betrokkene en de relatie tussen het strafbare feit en de vergunningen en iv) het aantal gepleegde strafbare feiten.

In de situatie van een *vergunningverlenende overheid* wordt over de toepassing van artikel 3 sub b aangenomen dat de mate van gevaar wordt vastgesteld op grond van het vermoeden dat de vergunning is gebruikt of gebruikt zal worden om strafbare feiten te plegen. Er dient dan dus een relatie tussen de gepleegde of te plegen strafbare feiten en de vergunning te bestaan.[6] Als artikel 3 sub b van overeenkomstige toepassing wordt verklaard op situaties waarbij geen sprake is van een faciliterende overheid, gaat die redenering niet op. Integendeel. Het lijkt derhalve gewoonweg onjuist dat lid 3 van artikel 3 integraal van toepassing wordt verklaard in het nieuwe artikel 7a. Lid 3 spreekt immers nadrukkelijk over activiteiten (...) *"waarvoor de beschikking wordt aangevraagd dan wel is gegeven"*.

In de MvT wordt aangegeven dat het bij de zogenoemde b-grond *"kan gaan om strafbare feiten die in relatie staan met de bedrijfsmatige activiteiten die vanuit het pand worden verricht, maar ook om strafbare feiten waarbij een dergelijke relatie ontbreekt en waarbij de bedrijfsmatige activiteiten eerder als dekmantel fungeren"*. Dit laat belangrijke vragen onbeantwoord: wat wordt bedoeld met *"vanuit het pand"*, moeten de strafbare feiten in het pand plaatsvinden, moet het pand gebruikt worden ten behoeve van de strafbare feiten of hoeft er helemaal geen feitelijke relatie tussen het pand en de strafbare feiten te zijn (met andere woorden: is het bijvoorbeeld voldoende dat de betrokkene huurder van het pand is)? Wanneer kwalificeren activiteiten als een dekmantel? De MvT zwijgt hierover.

---

5 P. 7.

6 Rb. Amsterdam 27 juli 2005, LJN AU0299, AWB 05/2937, 05/2941, 05/2938, 05/2943HOREC en Rb. Rotterdam (vzr.) 30 november 2007, LJN BC4863, VHOREC 07/3983 LOYS.

Een andere niet beantwoorde vraag is of een *vermoeden* van plegen van strafbare feiten voldoende is voor de toepassing van de vergaande sluitingsbevoegdheid. De Adviescommissie acht het onwenselijk om de sluitingsbevoegdheid ook van toepassing te verklaren op vermoedens van het plegen van strafbare feiten. De (vanzelfsprekende) ingrijpendheid van de maatregel kan in geen enkel opzicht in verhouding staan met een vermoeden.

De bezwaren gelden te meer nu de bevoegdheid, anders dan in de huidige Wet Bibob-situatie, niet wordt begrensd door middel van beschikkingen en/of sectoren. Onder de werking van het nieuwe wetsvoorstel kunnen op ieder willekeurig moment álle bedrijven, ondernemingen en personen met een sluitingsbeslissing geconfronteerd worden indien de burgemeester van oordeel is dat aan artikel 7a is voldaan.

Het bezwaar wordt versterkt nu de norm waarbinnen de burgemeester de sluitingsbevoegdheid kan toepassen te vaag is. Het voorgestelde artikel 7a lid 1 bepaalt dat de burgemeester *"ter bevordering van de leefbaarheid"* een lokaal kan sluiten, zonder dat nader wordt aangegeven wat daarmee precies wordt bedoeld. Opmerkelijk is dat de MvT evenmin een nadere invulling van deze norm geeft. Wel wordt in de MvT aangegeven dat het bestaande instrumentarium van sluiting op basis van (onder meer) de Gemeentewet niet kan worden aangewend om *"criminogene activiteiten aan te pakken die van invloed zijn op de sociale cohesie in een wijk en die een potentieel verloederend effect en daarmee een negatieve uitstraling hebben op de leefbaarheid"*. Betekent dit dat de voorgestelde sluitingsbevoegdheid van de Wet Bibob bij uitstek wordt aangewend indien sprake is van deze omstandigheden? En zo ja, hoe wordt dit bepaald? Het blijft immers een (zeer) vage omschrijving waarbij onduidelijke termen zoals "*sociale cohesie*", "*potentieel verloederend effect*" en "*uitstraling*" kennelijk bepalend zijn. Een zo vergaand en ingrijpend middel als sluiting vereist een meer deugdelijke en duidelijke afbakening in de wetgeving. Het huidige voorstel schiet daarin te kort.

3.2 Grondrechtelijke aspecten

Dit klemt temeer in het licht van minimumwaarborgen van het EVRM.

3.2.1 Recht op eigendom

Wat betreft het recht op eigendom, zoals verankerd in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM, wordt zonder al te veel toelichting in de MvT gesteld dat met de sluitingsbevoegdheid een algemeen belang gediend is, omdat de maatregel zou voorkomen dat vermenging plaatsvindt van *boven- en onderwereld.*[7] *De maatregel zou aldus toelaatbaar zijn in de zin van de tweede alinea* van artikel 1 van het voornoemde protocol. De Adviescommissie meent dat het belang van het fundamentele recht op eigendom meer zorgvuldigheid vereist om tot een dergelijke afweging te kunnen gekomen. De conclusie in de MvT is gebaseerd op de niet nader geduide veronderstelling dat bovenwereld en onderwereld vermengd worden. Zonder aanduiding van branches, sectoren, of concrete toepassingssituaties is dat een blote veronderstelling, strekt die vermenging zich dan eindeloos uit? De conclusie in de MvT kan in ieder geval niet opgaan voor de situatie waarbij de sluitingsbevoegdheid wordt toegepast op basis van vermoedens van het plegen van strafbare feiten, althans de gegeven motivering voor het opzij zetten van het recht op eigendom is daarvoor volstrekt ontoereikend.

3.2.2 Recht op persoonlijke levenssfeer

Ook een inbreuk op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, zoals neergelegd in artikel 10 van de Grondwet en in artikel 8 EVRM, zou volgens de MvT gerechtvaardigd zijn. Eén van de voorwaarden om een inbreuk aanvaardbaar te achten is dat de regeling voldoende toegankelijk moet zijn en dat de burger aan de hand van de regeling moet kunnen voorzien welke gevolgen

7 P. 16.

een bepaalde handelswijze zal hebben. Aan deze voorwaarde is volgens de Adviescommissie niet voldaan. Zoals aangegeven biedt de voorgestelde sluitingsbevoegdheid onvoldoende duidelijkheid om gedrag op af te kunnen stemmen. De normen zijn te vaag en het toepassingsgebied is te onbepaald, zeker nu ook op basis van een enkel vermoeden tot de maatregel lijkt te kunnen worden besloten. In de MvT wordt erop gewezen dat rechters zullen toetsen of de burgemeester het besluit zorgvuldig heeft voorbereid en of de burgemeester in redelijkheid tot de gemaakte belangenafweging heeft kunnen komen. In dat verband wordt – zonder bronvermeldingen - verwezen naar recente jurisprudentie over de Wet Bibob waaruit zou blijken dat rechters de feitenvaststelling en de kwalificatie integraal toetsen. De Adviescommissie wijst - met bronvermelding - op uitspraken waaruit het tegendeel blijkt.[8] De bestuursrechter laat juist veel beoordelingsruimte aan het bestuursorgaan over. Het is dan ook te verwachten dat de rechter in beginsel terughoudend zal zijn in de toetsing van de juistheid en volledigheid van het sluitingsbevel.

3.2.3 Criminal charge

In het oog springend is dat in de MvT, in een paragraaf van uiterst beperkte omvang, stellig wordt geconcludeerd dat met de sluitingsbevoegdheid geen sprake is van een criminal charge, als bedoeld in artikel 6 EVRM.

De vraag of sprake is van een criminal charge vereist meer tekst en uitleg. Artikel 6 EVRM is van toepassing op het moment dat een (rechts)persoon verdachte is. Daarvan is sprake in de '*determination of any criminal charge*' tegen een (rechts)persoon of, in andere woorden, als er een '*criminal charge*' tegen een (rechts)persoon is.[9] Bij de vraag of er sprake is van een '*criminal charge*' tegen een (rechts)persoon zijn twee aspecten van belang: (i) is de sanctie op de overtreding strafrechtelijk c.q. '*criminal*' van aard? (ii) en is er sprake van een beschuldiging c.q. '*charge*' dat de betreffende overtreding is begaan?

Het EHRM geeft een autonome betekenis aan het begrip '*criminal charge*'[10] en hanteert daarom een ruime definitie van het begrip '*criminal charge*'. Dat wil zeggen dat artikel 6 EVRM zich niet slechts beperkt tot het juridische proces dat is bedoeld om de dader van een strafbaar feit te bestraffen. Het is ook gericht tot personen die handelingen verrichten die zonder strafbare feiten te zijn toch voorwerp van straf kunnen zijn, zoals gedrag dat wordt bestraft door middel van disciplinaire of economische sancties.[11]

Dat betekent overigens niet dat iedere disciplinaire straf per definitie strafrechtelijk van aard is. De aard van de overtreding en de aard en de zwaarte van de sanctie dienen hierbij in ogenschouw genomen te worden.[12] Het gaat uiteindelijk om het algemene karakter van de norm en het doel van de sanctie. Indien de sanctie afschrikwekkend en punitief is, is deze strafrechtelijk van aard.[13] De MvT concentreert zich op de (primaire) *beoogde doelstelling* van de maatregel en concludeert aan de hand daarvan dat geen sprake is van een criminal charge. De Adviescommissie wijst er in dit verband op dat de rechten die voortvloeien uit het EVRM door de burger kunnen worden

---

8 ABRvS 24 januari 2007, 200603469/1, LJN AZ6847, JOM 2007/49, ABRvS 18 juli 2007, 200606025/1, LJN BA9807, JB 2007/180, Rb. Groningen 17 april 2007, LJN BA3154, AWB 07/225 BESLU.

9 Lutz/Duitsland, r.o. 52.

10 Heaney & McGuinness/Ierland, r.o. 41.

11 Corstens & Pradel 2003, p. 371.

12 EHRM 8 juni 1976, nrs. *5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72* (Engel e.a./Nederland), ro. 82, EHRM 21 februari 1984, nr. 8544/79 (Öztürk/Duitsland). ro. 52 en EHRM 21 October 1997, nr. 24194/94 (Pierre-Bloch/Frankrijk), ro. 53.

13 Öztürk/Duitsland, r.o. 53.

ingeroepen tegen de overheid. In dit perspectief staat centraal of *de betrokkene* objectief gezien redelijkerwijs kan en mag aannemen dat er een 'criminal charge' tegen hem is. Met andere woorden of de *situatie van de betrokkene* 'substantially affected' is (zie hierna). Daarbij dient in beschouwing genomen te worden of de betrokkene objectief gezien redelijkerwijs kan en mag stellen dat hij een bepaalde sanctie als afschrikwekkend en punitief ervaart. In de MvT wordt overigens onderkend dat de sluitingsbevoegdheid door een betrokkene als leedtoevoeging kan worden ervaren.[14] Dat het beoogde doel van de sluitingsbevoegdheid een dergelijke leedtoevoeging niet primair nastreeft, is minder relevant.[15] Bij aanname van dergelijke doelredeneringen worden de rechten voor betrokkene te makkelijk buiten spel gezet.

Het behoeft overigens nauwelijks nadere uitleg dat sluiting van een lokaal een afschrikwekkend en punitief karakter heeft. Door een dergelijke sanctie wordt de betrokkene immers enorm beperkt in zijn vrijheden en kan, bijvoorbeeld in het geval van een onderneming, ook (grote) economische schade worden geleden, hetgeen ook schadelijke gevolgen kan hebben voor eventuele werknemers, afnemers of andere derden. Bovendien is het waarschijnlijk dat de betrokkene door sluiting reputatieschade zal lijden.[16] Gezien de ernst van de genoemde schade zal sluiting dan ook zeker afschrikwekkend zijn, althans is de onderbouwing en motivering in de MvT ontoereikend.

De vraag of sprake is van een beschuldiging c.q. '*charge*' in de zin van artikel 6 EVRM is door het EHRM als volgt beantwoord:

> *"[...] The "charge" could [...] be defined as the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence [...]"*[17]
> *"[...] a definition that also corresponds to the test whether "the situation of the [suspect] has been substantially affected [...]"*[18]

Er is aldus sprake van een '*criminal charge*' als iemand '*has been substantially affected*'. Het EHRM heeft hieraan duidelijk een materiële betekenis willen geven. Er hoeft derhalve geen sprake te zijn van een formele inbeschuldigingstelling wil er sprake zijn van een '*criminal charge*'.[19] Er is reeds sprake van een '*criminal charge*' tegen een persoon indien er een strafvervolging loopt of te verwachten valt.[20] Hier moet een verband worden getrokken met de tipfunctie van het Bureau Bibob en het OM. In de huidige regeling komt het Bureau reeds de bevoegdheid toe om het OM te tippen indien uit het advies blijkt dat sprake is van een ernstig gevaar. Andersom kan de officier van justitie ook het Bureau tippen indien er gegevens voorhanden zijn die er op wijzen dat een aanvrager of vergunninghouder betrokken is bij strafbare feiten. In de voorgestelde wijzigingen wordt de tipfunctie van het Bureau uitgebreid zodat de officier van justitie, indien daartoe aanleiding bestaat, ook geïnformeerd kan worden indien een aanvrager zich terugtrekt of indien uit het Bibob-advies blijkt dat sprake is van geen of

---

14 P. 17.

15 Denk bijvoorbeeld aan verkeersovertredingen die primair de verkeersveiligheid tot doel hebben maar dat de sancties zoals bijvoorbeeld het intrekken van het rijbewijs toch zeker als een criminal charge kan worden aangemerkt.

16 In een recente uitspraak van de (civiele rechter van de) Rechtbank te Groningen is bevestigd dat door een Bibob-besluit immateriële (reputatie)schade kan worden geleden, zie Rb Groningen 10 maart 2010, LJN BL7198.

17 Deweer/België, r.o. 46.

18 Serves/Frankrijk, r.o. 42.

19 Heaney & McGuinness/Ierland, r.o. 42.

20 Weh/Oostenrijk, r.o. 42.

een mindere mate van gevaar.[21] Omdat op grond van de voorgestelde wet ook Bibob-adviezen kunnen worden aangevraagd in verband met de sluitingsbevoegdheid, zet dat de grens tussen het Bureau en het OM definitief ongelimiteerd open. Er kan derhalve bezwaarlijk worden volgehouden dat dan tegen de betrokkene geen strafvervolging te verwachten valt. Overigens is het voor de werking van de rechten van artikel 6 EVRM niet noodzakelijk dat de strafvervolging uiteindelijk ook daadwerkelijk plaatsvindt.[22] Het EHRM geeft een effectieve en praktische interpretatie aan de rechten van artikel 6 EVRM.[23] Dat de verdachte op enig moment na de *'criminal charge'* niet wordt vervolgd, *wordt* vrijgesproken of de strafvervolging nietig wordt verklaard, doet niets af aan de werking van deze rechten op het moment van de *'criminal charge'*.[24]

Of sprake is van een criminal charge hangt hoe dan ook af van de omstandigheden van het geval. Het is naar de mening van de Adviescommissie in ieder geval niet mogelijk om reeds op voorhand te stellen dat alle Bibob-sluitingsbeslissingen niet als criminal charge kunnen worden opgevat. Naar het oordeel van de Adviescommissie is een sluitingsbeslissing onder omstandigheden weldegelijk aan te merken als criminal charge zodat de waarborgen van artikel 6 EVRM van toepassing zijn. Eén van deze waarborgen is de onschuldpresumptie die (mogelijk) wordt geschonden als op basis van vermoedens een vergaande maatregel wordt genomen en van de betrokkene wordt verlangd het vermoeden met tegenbewijs te weerleggen.

Conclusie: naast de genoemde bezwaren in paragraaf 3.1 is de Adviescommissie van oordeel dat de sluitingsbevoegdheid van het voorgestelde artikel 7a een niet te rechtvaardigen inbreuk maakt op fundamentele grondrechten, zoals in ieder geval het recht op eigendom, het recht op een persoonlijke levenssfeer en het recht op een eerlijk proces, zoals neergelegd in artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM, artikel 8 en artikel 6 EVRM. De Adviescommissie wijst de nieuwe sluitingsbevoegdheid dan ook integraal af.

3. Verbeteringen/uitbreidingen toepassing Wet Bibob

De voorgestelde wetswijziging omvat ook nog enkele "losse" verbeteringen c.q. uitbreidingen van de Wet Bibob. De Adviescommissie zal *alleen ingaan* op de aspecten die voor haar perspectief van rechtsbescherming van belang zijn.

3.1 Verbetering informatiepositie van het bestuur

3.1.1 RIEC's

In het kader van de verbetering van de informatiepositie van het bestuur wordt onder meer voorgesteld om zogenoemde Regionale Expertisecentra (RIEC's) in het leven te roepen die primair de taak krijgen om de informatiepositie van het bestuur te versterken. Het wetsvoorstel maakt het mogelijk dat Bibob-adviezen door de RIEC's kunnen worden ingezien, voor zover dit noodzakelijk is voor de ondersteunende taak die de RIEC's bij de uitvoering van de Wet Bibob vervullen. Gebruik van gegevens uit de adviezen door de deelnemers aan de RIEC's voor andere doeleinden is vanwege de geheimhoudingsplicht niet toegestaan.[25] De vraag die de

---

21 P. 12 en 13.

22 Shannon/Verenigd Koninkrijk, r.o. 34 en Funke/Duitsland, r.o. 39 en 40.

23 Heaney & McGuinness/Ierland, r.o. 45.

24 Zie o.a. Heaney & McGuinness/Ierland, r.o. 45, Shannon/Verenigd Koninkrijk, r.o..34 en Funke/Duitsland, r.o. 39 en 40.

25 P. 11.

Adviescommissie hierbij heeft is op welke manier hierop controle zal plaatsvinden? Deze vraag blijft ten onrechte onbeantwoord.

3.1.2 De driehoek

Het gesloten verstrekkingsregime van de huidige Wet Bibob heeft tot gevolg dat een burgemeester de gegevens uit een Bibob-advies niet kan wisselen met de korpschef en de hoofdofficier van justitie. Het uitwisselen van Bibob-gegevens met de driehoekspartners zou volgens de MvT evenwel kunnen bijdragen aan een adequate(re) invulling van de "*vergewisplicht*" die ex artikelen 3:9 en 3:49 Algemene wet bestuursrecht (Awb) op de burgemeester rust. Volgens deze artikelen moeten bestuursorganen zich ervan vergewissen dat het onderzoek van het Bureau Bibob op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden en of – kort gezegd – het advies de conclusie kan dragen.[26] *Ten behoeve van* een adequate invulling van de vergewisplicht wordt nu voorgesteld de wet zodanig te wijzigen dat de inhoud van het advies door de burgemeester ter inzage kan worden gegeven aan de andere driehoeksleden.[27] De Adviescommissie ziet ook na herlezing van de hierop betrekking hebbende passages in de MvT niet in waarom inzage door de korpschef en hoofdofficier van justitie een adequate(re) invulling geeft aan de genoemde vergewisplicht van het bestuursorgaan, tenzij de burgemeester niet in staat geacht wordt deze vergewisplicht zelfstandig te vervullen. De vergewisplicht ziet immers uitsluitend op het vergewissen van de juistheid van de inhoud van het advies en de daaraan verbonden conclusie(s) en niet op het vergewissen van de andere driehoekscollega's. Al helemaal niet wordt ingezien waarom dit zou kunnen rechtvaardigen dat het gesloten systeem van gegevensverstrekking zou moeten worden opengebroken. De Adviescommissie is het met deze uitbreiding dan ook bepaald oneens.

3.2 "Verbetering" van de rechtsbescherming

Niet voor niets wordt het woord "*verbetering*" in de titel tussen aanhalingstekens geplaatst. Het onderwerp "*verbetering van de rechtsbescherming*" wordt volgens de Adviescommissie namelijk niet (voldoende) aangegrepen om de bestaande ongelijkheden in de procedure weg te nemen.

Op grond van het huidige artikel 28 worden de gegevens uit het Bibob-advies aan betrokkenen doorgegeven, *"uitsluitend voor zover dit noodzakelijk is ter onderbouwing van het Bibob-besluit"*. Daarnaast heeft de betrokkene een inzagerecht in het kader van de zienswijzeprocedure. In de MvT wordt toegegeven dat de mogelijkheden voor de betrokkene om kennis te nemen van het Bibob-advies (te) beperkt zijn.[28] Ter verbetering van de rechtsbescherming heeft de betrokkene op grond van de nieuwe wetgeving recht op een afschrift van het Bibob-advies. Uiteraard kan de Adviescommissie deze wijziging alleen maar toejuichen. Toch is zij nog niet helemaal tevreden.

De Adviescommissie mist in het wetsvoorstel een regeling dat de betrokkene (ook) recht heeft op een afschrift van het Bibob-advies in geval er gebruik wordt gemaakt van de nieuwe sluitingsbevoegdheid. Zoals de regeling was en volgens de voorgestelde wet blijft, heeft de betrokkene slechts recht op een afschrift van het advies indien hij gebruik maakt van zijn bevoegdheid tot het indienen van een zienswijze. Artikel 33 lid 1 (oud en nieuw) geeft de gevallen aan deze bevoegdheid geldend kan worden gemaakt: de beschikkingen op grond van artikel 3 leden 1, 6 en 7. Artikel 7a nieuw verklaart artikel 3 leden 2 tot en met 5 van toepassing, maar dat geldt nu juist niet voor de leden 1, 6 en 7. De Adviescommissie leest hierin dat in geval van een sluitingsbeschikking geen zienswijze kan worden ingediend en dat de betrokkene dus ook geen

---

26 P. 11.

27 P. 11.

28 P. 12.

recht heeft op een afschrift van het Bibob-advies. Gelet op de ingrijpendheid van de maatregel en op het voorschrift dat aan betrokkene wel eerst gelegenheid moet worden gegeven de activiteiten te beëindigen, is deze omissie in het wetsvoorstel volgens de Adviescommissie niet terecht. Deze omissie kan eenvoudig worden opgelost door in artikel 33 lid 1 expliciet te verwijzen naar de beschikking ex artikel 7a. Indien het spoedeisende karakter van de te nemen maatregel tot sluiting een zienswijze niet toelaat, dan dient betrokkene toch tenminste een exemplaar van het advies te ontvangen. Dit zou geregeld kunnen worden in artikel 7a lid 6. Overigens is het mede in dit verband aanbevelenswaardig dat in de nieuwe wet wordt vastgelegd dat een sluiting ex artikel 7a wordt gezien als "beschikking". De aangewezen plek voor toevoeging van deze definitiebepaling is in artikel 1 aanhef sub c.

De Adviescommissie stelt voorts voor dat de verstrekkingsbevoegdheid van artikel 28 niet beperkt blijft tot het geval dat de betrokkene gebruik maakt van de in artikel 33 bedoelde mogelijkheid om zijn zienswijze kenbaar te maken. Betrokkenen die geen zienswijze instellen of geen zienswijze kunnen instellen, worden door deze regeling op een onevenredige achterstand gezet. Voordat deze betrokkenen op de hoogte komen van toepassing van ingrijpende Bibob-maatregelen is het advies al lang door het Bureau geschreven en is het daarmee samenhangende besluit reeds door het bestuursorgaan genomen. De betrokkene staat voor de lastige taak het bestuur vanuit die achterstandspositie op andere gedachten te brengen. De Adviescommissie pleit er dan ook voor dat de betrokkene in een eerder stadium recht op een afschrift van het advies krijgt, bijvoorbeeld na afronding en versturing van het advies aan het bestuursorgaan door het Bureau. Zeker in het geval van de voorgestelde sluitingsbevoegdheid is het noodzakelijk dat de betrokkene zich tijdig en adequaat kan verweren.

Verder leert de ervaring dat het Bibob-advies zelf (soms) onvoldoende informatie geeft over de onderliggende stukken c.q. bronnen waarop de conclusies van het advies worden gebaseerd. Kennisname van die onderliggende stukken c.q. bronnen door het bestuursorgaan is van belang om in staat te worden gesteld de inhoud van het advies te kunnen controleren (nu komen artikelen 3:9 en 3:49 Awb wel om de hoek kijken) en voor de betrokkene om zich daadwerkelijk adequaat tegen het gestelde te kunnen verweren. De Adviescommissie pleit dan ook voor een uitgebreider inzage c.q. verstrekkingsregime dat ook ziet op de onderliggende stukken.

3.4 Adviestermijnen

(Ook) onder het kopje "*Adviestermijnen*" gaat een wonderlijke redenering schuil. De constatering dat de adviezen thans grotendeels *binnen acht weken* worden afgerond wordt gevolgd door het voorstel dat de termijn moet worden verlengd naar acht plus vier, dus *twaalf weken*. De Adviescommissie acht het niet onwaarschijnlijk dat de langere termijn ook daadwerkelijk zal worden gebruikt. Dat zou een achteruitgang in de kennelijk bewerkstelligde voortgang van de adviezen betekenen, hetgeen voor betrokkenen een langere tijd van onzekerheid impliceert. De Adviescommissie ziet dan ook geen (goede) reden de adviestermijnen te verlengen en wijst dit onderdeel van het voorstel dan ook af.

3.5 Landelijk register

Het voorstel voorziet in een landelijk register aan de hand waarvan kan worden nagegaan of een bepaalde ondernemer al eerder aan een Bibob-toets is onderworpen. Als er dan een register moet komen, stemt de Adviescommissie op zich in met de keuze voor een "*lichte*" variant waarin alleen de persoonsgegevens van de betrokken ondernemer worden vermeld, de gegevens van het bedrijf of pand en de uitkomst van het Bibob-advies. De vraag is of in het register ook de gegevens van derden, waarmee de betrokkene bijvoorbeeld een zakelijk samenwerkingsverband heeft, worden vermeld. De MvT geeft daar geen opheldering over.

Opmerkelijk is dat de MvT stelt dat de gegevens in de registers een indicatie kunnen zijn voor het starten van een Bibob-onderzoek. Aanvullend wordt opgemerkt dat een melding in het register

onvoldoende is om tot weigering over te gaan.[29] De Adviescommissie vreest hier voor een ongewenst sneeuwbaleffect dat het ene Bibob-onderzoek (mogelijk gebaseerd op onjuiste vermoedens) het andere Bibob-advies initieert en mogelijk zelfs negatief beïnvloedt. De betrokkene kan dan door één (mogelijk onjuist) Bibob-advies in een vicieuze cirkel terecht komen en danig in zijn vrijheden beperkt worden. De opmerking dat een melding op zich onvoldoende is voor weigering, roept bij de Adviescommissie de vragen op wat er dan nog meer moet zijn en of dit "meerdere" gegevens moeten betreffen die los staan van de eerdere Bibob-melding. Zoals het voorstel nu is vormgegeven kan de Adviescommissie niet instemmen.

3.6 Kwaliteitscommissie

De Adviescommissie is een voorstander van het instellen van een onafhankelijke kwaliteitscommissie. Uit de MvT wordt begrepen dat deze commissie zal bestaan uit deskundigen uit verschillende vakgebieden. De Adviescommissie stelt in dat verband voor dat er tenminste één deskundige specifiek als taak zal hebben toe te zien op de waarborgen en rechtsbescherming van de betrokkene.

3.7 Verruiming begrip "zakelijk samenwerkingsverband"

Het vierde lid van artikel 3 bevat criteria om vast te stellen wanneer betrokkene in relatie staat tot de strafbare feiten. Daarvan is niet alleen sprake als de betrokkene de strafbare feiten zelf heeft gepleegd, maar ook indien derden deze strafbare feiten hebben gepleegd met wie hij in een zakelijk samenwerkingsverband staat. Uit de jurisprudentie volgt dat bepalend is of de betrokkene in een zakelijk samenwerkingsverband staat met een (rechts)persoon die strafbare feiten heeft gepleegd. Het kan derhalve ook strafbare feiten betreffen die zijn gepleegd buiten dat samenwerkingsverband.[30]

Thans wordt voorgesteld dat het samenwerkingsverband niet meer hoeft te bestaan op het moment dat de besluitvorming plaatsvindt. De Adviescommissie wijst er op dat in jurisprudentie al bepaald is dat de betrokkenen tijdens de aanvraag of gedurende het Bibob onderzoek niet nog steeds met elkaar in verband hoeven te staan.[31] In zoverre is dit voorstel niet meer dan een vertaling in de wet.

Een zakelijk samenwerkingsverband is veelomvattend, het kan bijvoorbeeld blijken uit pacht- of huur- of leenovereenkomst(en), correspondentie, verwevenheid van bedrijven[32], feitelijke samenwerking zoals bijvoorbeeld het gezamenlijk exploiteren van een vergunning, het aandeelhouderschap, de constructie van de vennootschap en het optreden van een derde als plaatsvervanger in de vennootschap (zogenaamde stroman-constructie)[33], jaarcijfers waar een rekening-courantverhouding tussen de (rechts)personen uit blijkt[34], leningen aan elkaar,

---

29 P. 13.

30 ABRvS 19 september 2007, 200701936/1, LJN BB3818 JB 2007/199, Rb. Roermond 14 juni 2007, LJN BB1349, 06/237 en 07/284, ABRvS 24 januari 2007, 200603469/1 LJN AZ6847 JOM 2007/49, ABRvS 22 november 2006, 200602949/1, LJN AZ2786.

31 ABRvS 16 januari 2008, 200608213/1, LJN BC2136, JB 2008/42, ABRvS 24 januari 2007, 200603469/1, LJN A 6847, JOM 2007/49, Rb. Dordrecht 11 mei 2007,LJN BA7496, AWB 017/155, Rb. Groningen 17 april 2007, LJN BA3154, AWB 07/225 BESLU, Rb. Rotterdam 18 april 2006, LJN AW 3253, 05/1095 en 05/1096HOREC, ABRvS 24 januari 2007, LJN AZ26847, 200603469/1, Rb. Amsterdam (Vrz.) 01 mei 2006, LJN AX5855, AWB 03/1525 en AWB 06/1589HOREC, Rb. Amsterdam 27 juli 2005, LJN AU0299, AWB 05/2937, 05/2941, 05/2938, 05/2943HOREC, Rb. Amsterdam 04 januari 2008, LJN BC1168, AWB 047/4772HOREC, ABRvS 19 september 2007, 200701936/1 LJN BB3818, JB 2007/196.

32 Rb. Amsterdam 12 juni 2006, LJN AX8291, AWB 06/2259HOREC

33 Rb. Roermond 14 juni 2007, LJN BB1349, 06/213 en 07/284.

34 ABRvS 24 mei 2006, 200508982/1 LJN AX4420.

betalingen ten behoeve van de andere (rechts)persoon[35] of als concrete posities binnen de andere rechtspersoon worden ingenomen[36]. In een uitspraak uit 2008 van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State[37] werd het zakelijke samenwerkingsverband onvoldoende overtuigend geacht omdat de betreffende samenwerking van een geruime tijd dateerde en de ter discussie staande verkoop van het pand onder de marktwaarde tussen partijen niet van dusdanige aard was dat van evidente bevoordeling sprake was. Dat betrokkenen in een familierelatie tot elkaar stonden en werkzaam waren in dezelfde (illegale) branche was onvoldoende om tot een andere conclusie te komen. Hiermee lijkt er dus een "*crimineel aspect*" in de samenwerking te moeten zitten. Tegelijk gaat in de literatuur een geluid dat enkel het hebben van een overeenkomst of het bestaan van een vennootschapsrechterlijke constructie voldoende zou zijn om een zakelijk samenwerkingsverband aan te nemen.[38] Volgens de Adviescommissie wordt het tijd dat ook hier duidelijkheid in wordt geboden, het onderhavige wetsvoorstel is daartoe een goede aanleiding. De Adviescommissie pleit overigens voor het standpunt dat sprake moet zijn van een "*crimineel aspect*" in de samenwerking. Voor het betrekken van onschuldige derden zijn de bevoegdheden en te nemen beslissingen op grond van de Wet Bibob te ingrijpend.

4. Conclusie

Bij de invoering van de Wet Bibob is in 1998 op verzoek van het Ministerie van Binnenlandse Zaken een expert-meeting over het toenmalige concept-wetsvoorstel georganiseerd.

Door de Registratiekamer was destijds het belang benadrukt van het testen van de effectiviteit van de op de adviezen gebaseerde (negatieve) besluiten van het bestuursorgaan ten overstaan van de rechter.

Tijdens de expertmeeting stonden drie proefprocessen centraal. De Registratiekamer verwachtte dat de met de meeting opgedane ervaring aanleiding zou zijn voor nadere reflectie op de noodzaak, effectiviteit en legitimiteit van de Bibob. Achteraf bezien staat in ieder geval vast dat een aantal knelpunten van het toenmalige voorstel zich later manifesteerde in de praktijk van de Bibob, zoals de noodzaak van een scherpe afbakening van de bevoegdheden, gelet op de ingrijpendheid van de Bibob.

Dat laatste speelt nu ook bij de voorgestelde uitbreiding. Gelet op de gesignaleerde bezwaren geeft de Adviescommissie de Minister dan ook in overweging wederom eerst een (nadere) expertmeeting te (laten) organiseren om de noodzaak, effectiviteit en legitimiteit van de voorstellen te toetsen en daarmee, mede uit oogpunt van rechtsbescherming voor de potentieel betrokkenen, te komen tot een meer evenwichtige vormgeving van de bevordering van de integere besluitvorming door het openbaar bestuur.

Rotterdam, 25 maart 2010

Adviescommissie Strafrecht
Mr. T.N.B.M. Spronken, voorzitter,
namens deze, mr. R. Croes-Hoogendoorn, secretaris

---

35 Rb. Roermond 25 januari 2006, 65/1095 en 05/1096HOREC, Rb. Amsterdam 5 april 2006, LJN AX5855, AWB 06/1525 HOREC en AWB 06/1598HOREC.

36 ABRvS 24 mei 2006, 2005089821/1, LJN AX4420, JB 2006/217, ABRvS 16 januari 2008, 200608213/1, LJN BC2136, JOM 2008/153.

37 ABRvS 27 februari 2008, AB 2008, 183.

38 De Wet Bibob: de rol van derden', Mr. M.C. Brans, De Gemeentestem emi 2006 NO. 7285