

44. ABRvS 22-11-06. BIBOB-advies en BIBOB-besluit. Art. 6 EVRM, criminal charge. Strafbare feiten, zakelijk samenwerkingsverband. (Den Haag) m.nt. A...

ABRvS 22-11-2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ2786, m.nt. A.E.M. van den Berg, P.C.M. Heinen

Essentie

BIBOB-advies en —besluit: geen criminal charge ex art. 6 EVRM. Rekening houden met strafbare feiten van degenen die deelnemen in zakelijk samenwerkingsverband. Dat strafbare feiten niet in dat kader hebben plaatsgevonden maakt dit niet anders. (Den Haag)

Samenvatting

De rechtbank heeft met juistheid onder het aanhalen van de wetsgeschiedenis overwogen dat art. 6 lid 2 EVRM alleen geldt voor strafrechtelijke of daarmee vergelijkbare procedures en dat het BIBOB-instrumentarium buiten dat kader valt, alleen al om de reden dat het BIBOB-advies en de mede daarop te gronden beslissing van het betrokken overheidsorgaan er niet toe strekken de schuld van iemand aan een strafbaar feit vast te stellen. Volgens de maatstaven die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft ontwikkeld ter bepaling of sprake is van een 'criminal charge' in de zin van art. 6 EVRM moeten bij de beoordeling in aanmerking worden genomen de aard van de overtreden norm, de kring van degenen tot wie die norm gericht is en het doel, de aard en de ernst van de sanctie die met de overtreding wordt geriskeerd. Voorts is van betekenis of de handhaving van de overtreden norm naar nationaal recht als strafrechtelijk is aangemerkt. De toepassing van de in art. 3 Wet BIBOB neergelegde weigeringsgrond heeft tot doel te voorkomen dat overheidsorganen onbewust en ongewild door vergunningen te verlenen, subsidie te geven of een overheidsopdracht te gunnen, criminele activiteiten faciliteren. De weigering heeft niet als strekking leed toe te voegen om langs die weg normconform gedrag te bewerkstelligen. Derhalve is geen sprake van een punitieve sanctie. Dat de weigering van de vergunning wel door appellant als zodanig wordt ervaren, doet hieraan niet af. Met de rechtbank moet worden geoordeeld dat van een criminal charge als vorenbedoeld geen sprake is en dat de onschuldpresumptie in dit geschil geen rol speelt.

De burgemeester heeft bij de toepassing van art. 3 Wet BIBOB een eigen, bestuursrechtelijke verantwoordelijkheid, die los staat van de verantwoordelijkheid van de met strafvervolging en strafoplegging belaste organen. Nu geen sprake is van bestraffing, doch van een bestuurlijke maatregel ter voorkoming van het faciliteren van criminele activiteiten door bestuursorganen en de bescherming van de goede naam van de bedrijfstak, is van schending van het ne-bis-in-idem beginsel evenmin sprake.

De burgemeester heeft terecht geconcludeerd dat appellant ook in relatie staat tot strafbare feiten die gepleegd zijn door zijn broer. Dat die strafbare feiten niet hebben plaatsgevonden in het kader van het

Partij(en)

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellant], wonend te [woonplaats],

tegen de uitspraak in zaaknr. AWB 05/6488 van de Rechtbank 's-Gravenhage van 3 maart 2006 in het geding tussen:

appellant

tegen

de burgemeester van Den Haag.

Uitspraak

1. Procesverloop

Bij besluit van 8 april 2005 heeft de burgemeester van Den Haag (hierna: de burgemeester) een aanvraag van appellant om vergunning voor het exploiteren van een recreatie-inrichting in het pand [locatie 1] te [plaats], geweigerd.

Bij besluit van 1 augustus 2005 heeft de burgemeester het daartegen door appellant gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 3 maart 2006, verzonden op 8 maart 2006, heeft de rechtbank 's-Gravenhage (hierna: de rechtbank) het daartegen door appellant ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft appellant bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 18 april 2006, hoger beroep ingesteld. Deze brief is aangehecht.

Bij brief van 2 juni 2006 heeft de burgemeester van antwoord gediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 5 september 2006, waar appellant in persoon, bijgestaan door mr. K.G.W. van Oven, advocaat te Den Haag, en de burgemeester, vertegenwoordigd door mr. drs. C.M. Bitter en mr. R.W. Veldhuis, beiden advocaat te Den Haag, en mr. C.E.J.M. Vaars, werkzaam bij de gemeente, zijn verschenen.

2. Overwegingen

2.1

Ingevolge artikel 57, eerste lid, van de Algemene Politieverordening voor 's-Gravenhage 1982 (hierna: de APV), voor zover hier van belang, is het verboden zonder vergunning van de burgemeester een recreatie-inrichting op te richten of te drijven.

2.1.1

Ingevolge artikel 3, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (hierna: wet BIBOB), voor zover hier van belang, kunnen bestuursorganen weigeren een aangevraagde beschikking te geven dan wel een gegeven beschikking intrekken, indien ernstig gevaar bestaat dat de beschikking mede zal worden gebruikt om strafbare feiten te plegen. In artikel 3, derde lid, is bepaald dat voor zover het ernstig gevaar als bedoeld in het eerste lid, aanhef en onderdeel b, betreft, de mate van het gevaar wordt vastgesteld op basis van:

- a. feiten en omstandigheden die erop wijzen of redelijkerwijs doen vermoeden dat de betrokkene in relatie staat tot strafbare feiten die zijn gepleegd bij activiteiten die overeenkomen of samenhangen met activiteiten waarvoor de beschikking wordt aangevraagd, dan wel is gegeven,
- b. ingeval van vermoeden de ernst daarvan,
- c. de aard van de relatie en
- d. het aantal van de gepleegde strafbare feiten.

Ingevolge artikel 3, vierde lid, van de wet BIBOB staat de betrokkene in relatie tot strafbare feiten als bedoeld in het derde lid, indien:

- a. hij deze strafbare feiten zelf heeft begaan,
- b. hij direct of indirect leiding geeft dan wel heeft gegeven aan, zeggenschap heeft dan wel heeft gehad over of vermogen verschaft dan wel heeft verschaft aan een rechtspersoon in de zin van artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht die deze strafbare feiten heeft begaan, of
- c. een ander deze strafbare feiten heeft gepleegd en deze persoon direct of indirect leiding geeft dan wel heeft gegeven aan, zeggenschap heeft dan wel heeft gehad over, vermogen verschaft dan wel heeft verschaft aan betrokkene, of in een zakelijk samenwerkingsverband tot hem staat.

Ingevolge artikel 7, eerste lid, van de wet BIBOB kan een gemeentelijke vergunning die op grond van een verordening verplicht is gesteld voor een inrichting of bedrijf door het college van burgemeester en wethouders, respectievelijk de burgemeester worden geweigerd dan wel ingetrokken, in het geval en onder de voorwaarden bedoeld in artikel 3.

2.2

Appellant heeft een vergunning aangevraagd voor het exploiteren van een partycentrum in het pand [locatie 1] te [plaats], dat hij vanaf 1 juni 2003 voor een periode van vijf jaar huurt. Naar aanleiding van deze aanvraag heeft de burgemeester het Landelijk Bureau als bedoeld in artikel 8 van de Wet BIBOB (hierna: het Landelijk bureau) om advies gevraagd. In het advies van 2 december 2004 heeft het Landelijk bureau geconcludeerd dat een ernstige mate van gevaar bestaat dat de gevraagde vergunning mede zal worden gebruikt om uit gepleegde strafbare feiten verkregen of te verkrijgen, op geld waardeerbare voordelen te benutten, of strafbare feiten te plegen. Aan dit advies ligt een onderzoek van het Landelijk bureau ten grondslag waaruit onder meer naar voren is gekomen dat appellant is veroordeeld voor meerdere strafbare feiten, dan wel ernstige vermoedens bestaan dat appellant zich schuldig heeft gemaakt aan strafbare feiten. In de aangevallen uitspraak is een opsomming gegeven van de feiten en vermoedens zoals deze uit het onderzoek naar voren zijn gekomen en waarop de burgemeester zich heeft gebaseerd. Zo is appellant onder meer meermalen veroordeeld ter zake van het verschaffen van werk aan illegale vreemdelingen in zijn bakkerijen. Voorts heeft de politie in drie panden die onder verantwoordelijkheid van appellant, dan wel van zijn broer, vallen de aanwezigheid van werkende illegale vreemdelingen geconstateerd, in vier panden die onder verantwoordelijkheid van appellant en zijn broer vallen de aanwezigheid van illegale vreemdelingen aan wie onderdak is

verschafft, is er verder een melding dat illegale Bulgaren het pand [locatie 1] veelvuldig bezoeken en zijn er problemen geconstateerd met betrekking tot de veiligheid in door appellant verhuurde panden. Gelet hierop heeft de burgemeester zich op het standpunt gesteld dat ernstig gevaar bestaat dat de gevraagde vergunning mede zal worden gebruikt om uit gepleegde strafbare feiten verkregen of te verkrijgen, op geld waardeerbare voordelen te benutten of strafbare feiten te plegen. In het door de burgemeester overgenomen advies van het Landelijk Bureau zijn de feiten met betrekking tot het verschaffen van werk en onderdak aan illegale vreemdelingen op zichzelf zonder meer als ernstig gekwalificeerd. De overige feiten en vermoedens zijn afzonderlijk niet, maar bij elkaar genomen wel als een grote inbreuk op de rechtsorde aangemerkt. De burgemeester heeft in dit verband gewezen op de op 22 april 2003 vastgestelde en op 1 augustus 2003 in werking getreden BIBOB-beleidslijn en strategisch kader, waarin is aangegeven dat in het bijzonder aandacht wordt besteed aan malafide infrastructuur rond illegale vreemdelingen, waarvan een stringente aanpak wordt voorgestaan. Overbewoning van panden als gevolg van het huisvesten van illegale vreemdelingen, het tewerkstellen en uitbuiten van illegale vreemdelingen, alsmede het creëren of laten voortbestaan van brandgevaarlijke situaties in deze panden worden door de burgemeester als ernstige feiten gekwalificeerd. Om vorenschreven redenen heeft de burgemeester de aanvraag voor een exploitatievergunning geweigerd. De rechtbank heeft het standpunt van de burgemeester dat ernstig gevaar bestaat dat aangevraagde vergunning mede zal worden gebruikt om strafbare feiten te plegen, onderschreven en het bij haar bestreden besluit in stand gelaten.

2.3

Appellant betoogt dat de Wet BIBOB buiten toepassing had dienen te blijven. Daartoe voert appellant onder verwijzing naar een brief van de Dienst Stedelijke Ontwikkeling van de gemeente Den Haag van 6 juni 2002, aan dat hij op 4 juni 2002 een aanvraagformulier voor een exploitatievergunning bij de balie van het stadsdeelkantoor Centrum heeft afgegeven, derhalve ruim vóór de inwerkingtreding van de Wet BIBOB op 1 juni 2003. Weliswaar heeft appellant na de inwerkingtreding van deze wet een nieuwe aanvraag ingediend, maar dit was enkel omdat de eerdere aanvraag bij de gemeente in het ongereede was geraakt.

2.3.1

De burgemeester heeft uiteengezet dat op het gemeentehuis geen eerdere vergunningaanvraag is geregistreerd of aangetroffen. Aan de in hoger beroep overgelegde kopie van een aanvraagformulier dat op 31 mei 2002 is gedateerd, dient volgens de burgemeester te worden voorbijgegaan, nu hierop, anders dan op het aanvraagformulier waarop is beslist is aangegeven, een ontvangststempel ontbreekt. De Afdeling stelt vast, zoals ook terecht door de rechtbank is overwogen, dat appellant tegen het niet tijdig nemen van een besluit op een eerdere aanvraag geen rechtsmiddelen heeft aangewend. Voorts stelt de Afdeling vast dat in de aanvraag waarop is beslist op geen enkele manier is verwezen naar een eerdere aanvraag en vertoont het door appellant overgelegde afschrift van een aanvraagformulier, gedateerd 31 mei 2002, verschillen met de aanvraag waarop is beslist, voor zover het bepaalde in de inrichting uit te voeren activiteiten betreft. Gelet hierop heeft de burgemeester de aanvraag terecht als een nieuwe aanvraag beschouwd en faalt het betoog van appellant.

2.3.2

Voor zover appellant betoogt dat hij erop mocht vertrouwen dat de exploitatievergunning zou worden

verleend vanwege de gang van zaken rond de aanvragen om de voor een partycentrum benodigde vergunningen en de tussen hem en de gemeente gesloten vaststellingsovereenkomst van 26 maart 2003, faalt dit betoog. De rechtbank heeft terecht en op goede gronden geoordeeld dat de vaststellingsovereenkomst niet noopt tot het oordeel dat aan appellant enige toezegging is gedaan dat de exploitatievergunning zou worden verleend. De burgemeester heeft appellant er reeds in een vroegtijdig stadium op gewezen dat het tot zijn eigen verantwoordelijkheid behoort dat hij beschikt over de benodigde vergunningen. Eveneens heeft de rechtbank met juistheid geoordeeld dat er ook verder geen omstandigheden zijn, waaraan appellant een gerechtvaardigd vertrouwen mocht ontleen dat de gevraagde exploitatievergunning zou worden verleend.

2.3.3

Ook het betoog van appellant dat het BIBOB instrumentarium wordt toegepast voor een ander dan het geëigende doel, faalt. De stelling van appellant dat de Wet BIBOB enkel en alleen is toegepast, omdat de gemeente voornemens is het pand op termijn te slopen, is niet nader onderbouwd. Reeds bij brief van 12 december 2001 heeft de gemeente appellant uitdrukkelijk te kennen gegeven dat de huur van het pand aan de Uitenhagestraat tijdelijk zou zijn.

2.4

Voorts handhaaft appellant zijn stelling dat de Wet BIBOB in strijd is met de in artikel 6, tweede lid, van het Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (hierna: het EVRM), neergelegde onschuldpresumptie, zodat de Wet BIBOB op grond van het bepaalde in artikel 94 van de Grondwet buiten toepassing verklaard dient te worden. Met betrekking tot de feiten waarvoor appellant is veroordeeld heeft de burgemeester volgens appellant ook het ne-bis-in-idem beginsel geschonden.

2.4.1

De rechtbank heeft met juistheid onder het aanhalen van de wetsgeschiedenis overwogen dat artikel 6, tweede lid, EVRM alleen geldt voor strafrechtelijke of daarmee vergelijkbare procedures en dat het BIBOB-instrumentarium buiten dat kader valt, alleen al om de reden dat het BIBOB-advies en de mede daarop te gronden beslissing van het betrokken overheidsorgaan er niet toe strekken de schuld van iemand aan een strafbaar feit vast te stellen. Volgens de maatstaven die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft ontwikkeld ter bepaling of sprake is van een 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM moeten bij de beoordeling in aanmerking worden genomen de aard van de overtreden norm, de kring van degenen tot wie die norm gericht is en het doel, de aard en de ernst van de sanctie die met de overtreding wordt geriskeerd. Voorts is van betekenis of de handhaving van de overtreden norm naar nationaal recht als strafrechtelijk is aangemerkt. De toepassing van de in artikel 3 van de Wet BIBOB neergelegde weigeringsgrond heeft tot doel te voorkomen dat overheidsorganen onbewust en ongewild door vergunningen te verlenen, subsidie te geven of een overheidsopdracht te gunnen, criminele activiteiten faciliteren. De weigering heeft niet als strekking leed toe te voegen om langs die weg normconform gedrag te bewerkstelligen. Derhalve is geen sprake van een punitieve sanctie. Dat de weigering van de vergunning wel door appellant als zodanig wordt ervaren, doet hieraan niet af. Met de rechtbank moet worden geoordeeld dat van een criminal charge als vorenbedoeld geen sprake is en dat de onschuldpresumptie in dit geschil geen rol speelt.

De burgemeester heeft bij de toepassing van artikel 3 van de Wet BIBOB een eigen, bestuursrechtelijke verantwoordelijkheid, die los staat van de verantwoordelijkheid van de met strafvervolging en

strafoplegging belaste organen. Nu geen sprake is van bestraffing, doch van een bestuurlijke maatregel ter voorkoming van het faciliteren van criminele activiteiten door bestuursorganen en de bescherming van de goede naam van de bedrijfstak, is van schending van het ne-bis-in-idem beginsel evenmin sprake.

2.5

Appellant bestrijdt vervolgens het oordeel van de rechtbank dat hij de feiten en omstandigheden, alsmede de ernst ervan, die de burgemeester heeft aangevoerd niet heeft betwist. Volgens appellant worden hem ten onrechte strafbare feiten toegerekend waar hij part noch deel aan had, en worden hem feiten toegerekend uit een ver verleden, die bovendien moeten worden toegeschreven aan de situationele omstandigheden van dat moment.

2.5.1

Ook dit betoog faalt. Vast staat — hetgeen ook niet door appellant wordt betwist — dat appellant meermalen veroordeeld is voor illegale werkverschaffing in zijn bakkerijen, dat er meerdere veroordelingen en transacties op zijn naam staan voor hygiënegerelateerde strafbare feiten, alsmede een veroordeling voor het zich op illegale wijze ontdoen van afvalstoffen. Anders dan appellant betoogt liggen deze veroordelingen niet in een zodanig ver verleden dat deze niet meer bij de onderhavige beoordeling hadden mogen worden betrokken. De burgemeester heeft voorts de uit de politiemutaties naar voren gekomen vermoedens van het verschaffen van onderdak aan illegale vreemdelingen bij de beoordeling mogen betrekken. Op de gronden, zoals in de aangevallen uitspraak opgenomen, heeft de rechtbank met juistheid overwogen dat het betoog van appellant dat niet hij, maar zijn huurders daarvoor verantwoordelijk moeten worden gehouden, niet slaagt. Aldus heeft de burgemeester kunnen aannemen dat in dit geval sprake is van het herhaaldelijk over een reeks van jaren plegen van strafbare feiten, dan wel vermoedens daartoe. Gelet hierop en op het feit dat de inzet van het beleid in het bijzonder is gericht op de aanpak van malafide infrastructures met betrekking tot illegale vreemdelingen heeft de rechtbank terecht overwogen dat de burgemeester het verschaffen van werk en het bieden van onderdak aan illegale vreemdelingen als ernstige strafbare feiten heeft kunnen aanmerken.

2.6

Voorts betwist appellant niet dat tussen hem en zijn broer een zakelijk samenwerkingsverband bestaat als bedoeld in artikel 3, vierde lid, aanhef en onder c, van de Wet BIBOB. Appellant stelt evenwel dat hij niets te maken heeft met de onderverhuur van het pand aan de [locatie 2], dat door zijn broer werd gehuurd. Anders dan appellant betoogt heeft de rechtbank met juistheid overwogen dat de burgemeester terecht heeft geconcludeerd dat appellant ook in relatie staat tot strafbare feiten die gepleegd zijn door zijn broer. Uit de memorie van toelichting behorende bij de Wet BIBOB (Tweede Kamer, 1999-2000, 26 883, nr. 3, p. 63) blijkt dat het begrip zakelijk samenwerkingsverband in de wet is opgenomen, zodat bij de beslissing inzake de toekenning van een vergunning tevens rekening kan worden gehouden met de strafbare feiten van degenen die naast de aanvrager deelnemen in het zakelijk samenwerkingsverband. Dat die strafbare feiten niet hebben plaatsgevonden in het kader van het zakelijk samenwerkingsverband maakt dit niet anders.

2.7

Verder bestrijdt appellant tevergeefs het oordeel van de rechtbank dat de burgemeester zich op goede gronden op het standpunt heeft gesteld dat ernstig gevaar bestaat dat de aangevraagde exploitatievergunning mede zal worden gebruikt om strafbare feiten te plegen. Met de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat de burgemeester zich op het standpunt heeft kunnen stellen dat de geconstateerde strafbare feiten zijn gepleegd bij activiteiten die samenhangen met activiteiten waarvoor de vergunning is aangevraagd. Zo worden door appellant, naast de partyruimten, ook catering- en schoonmaakdiensten aangeboden. Het is niet aannemelijk dat appellant bij de exploitatie van het partycentrum geen personeel inzet. Met de rechtbank is de Afdeling dan ook van oordeel dat de burgemeester in redelijkheid de gevraagde vergunning heeft kunnen weigeren.

2.8

Ten slotte betoogt appellant met een beroep op het gelijkheidsbeginsel dat de strafbare feiten die door zijn broer zijn begaan hem worden tegengeworpen, terwijl zijn broer wel een exploitatievergunning heeft gekregen. Dit betoog faalt reeds omdat aan de broer van appellant nog vóór de inwerkingtreding van de Wet BIBOB een vergunning is verleend.

2.9

Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

2.10

Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

bevestigt de aangevallen uitspraak.

Noot

Auteur: A.E.M. van den Berg, P.C.M. Heinen

Naschrift:

1

Dit is de eerste keer dat de Afdeling een uitspraak doet over de vraag of de toepassing van de Wet Bibob gezien moet worden als een criminal charge (strafvervolging) in de zin van art. 6 EVRM. Eerder al kwam de Amsterdamse Voorzieningenrechter (Vzr. Rb. Amsterdam 6 juni 2006, Gst. 2006, 154) tot een zelfde conclusie als de Afdeling hier: het Bibob-instrumentarium valt niet aan te merken als een criminal charge en de rechtswaARBorgen die verbonden zijn aan criminal charges zijn bij toepassing van het

Bibob-instrumentarium dan ook niet van toepassing.

2

Bij de implementatie en de bescherming van de waarborgnormen uit het EVRM liggen de taken en verantwoordelijkheden primair bij de nationale autoriteiten. Wanneer alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput, zoals hier het geval is, staat voor de betrokkene in principe de weg vrij naar het Europees Hof voor de rechten van de mens (hierna: Hof), uiteraard voor zover hij van oordeel is dat aan (onderdelen van) het EVRM door Nederland met het toepassen van Bibob-instrumentarium geweld is gedaan. Het Hof kan dan op grond van art. 34 EVRM toetsen of die waarborgen zijn geschonden.

3

Wanneer Bibob-besluiten als criminal charges aangemerkt zouden moeten worden, dienen in de Bibob-procedure de daarbij behorende rechtswaarborgen gerespecteerd te worden, zoals de onschuldpresumptie, waar in deze zaak onder andere een beroep op is gedaan. De onschuldpresumptie lijkt vooral een bewijsrechtelijke betekenis te hebben en komt erop neer dat iemand voor onschuldig moet worden gehouden, totdat zijn schuld in rechte is vast komen te staan. In art. 6 EVRM liggen nog meer belangrijke strafrechtelijke waarborgen besloten, zoals de cautieplicht (de verplichte mededeling dat een verdachte niet tot enige medewerking verplicht is), het zwijgrecht van een verdachte, het nemo-teneturbeginsel (het privilege tegen zelfincriminatie), het beginsel van ne bis in idem (verbod van sanctiecumulatie), het principe van equality of arms (voldoende verdedigingsrechten) en het principe van geen straf zonder schuld. Bepaalde elementen in de toepassing van het Bibob-instrumentarium staan hiermee op gespannen voet, zoals de omstandigheid dat voor de vaststelling van de mate van gevaar vermoedelijk gepleegde strafbare feiten een rol spelen, waarbij een rechterlijke veroordeling van deze strafbare feiten niet noodzakelijk is. De schuld van betrokkene is niet in rechte vast komen te staan, zodat de toepassing van het Bibob-instrumentarium dan knelt met de onschuldpresumptie. Wanneer een veroordeling wel voorhanden is, komt het Bibob-besluit mogelijk in de knel met het beginsel van ne bis in idem.

4

Daarnaast is de toepasselijkheid van art. 6 EVRM van belang voor de indringendheid van de rechterlijke toetsing. Indien er sprake is van een criminal charge, dient voldaan te zijn aan full jurisdiction: een volledige rechterlijke toetsing ten aanzien van de hoogte van de straf in verhouding tot de ernst van de overtreding (EHRM 23 juni 1981, NJ 1982, 608 (Le Compte, Van Leuven en De Meyre; m.nt. Alkema), EHRM 10 februari 1983, NJ 1987, 315 (Albert en Le Compte)). De rechter dient dan zijn eigen oordeel in de plaats te stellen van dat van het bestuursorgaan. Hij dient een indringende proportionaliteitstoets te verrichten, in plaats van een marginale willekeurtoetsing op grond van 3:4 lid 2 Awb (ABRvS 9 mei 1996, AB 1997, 93).

5

Al met al kan geconcludeerd worden dat het aanmerken van een Bibob-besluit als criminal charge zeer in de weg staat aan de juridische toelaatbaarheid van het instrumentarium. In dit naschrift staan wij stil bij de vraag of de wijze waarop de Afdeling tot haar oordeel komt dat het Bibob-instrumentarium geen criminal charge is, in lijn is met de jurisprudentie van het Hof. Aangezien de Afdeling met name aansluit

bij het beoogde doel van het Bibob-instrumentarium van de wetgever zullen wij de uitgangspunten van de wetgever eveneens bespreken.

6

Voor de vraag of een sanctie aan te merken valt als een criminal charge in de zin van art. 6 EVRM is het van belang of het een herstelsanctie of punitieve sanctie betreft. Herstelsancties strekken tot het ongedaan maken van een overtreding, het voorkomen van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding. Punitieve sancties beogen de overtreder leed toe te voegen (art. 5.0.2 Awb—4). Wanneer een sanctie een punitief karakter heeft, valt zij aan te merken als een criminal charge.

7

Zoals gezegd sluit de Afdeling aan bij de wetgeschiedenis van de Wet Bibob. De Afdeling redeneert dan als volgt. Het Bibob-advies en de mede daarop te gronden beslissing van het bestuursorgaan strekken er niet toe de schuld van iemand aan een strafbaar feit vast te stellen. Het doel van de wet is te voorkomen dat de overheid onbewust en ongewild door vergunningen of subsidies te verlenen of een overheidsopdracht te gunnen, criminele activiteiten faciliteert. De toepassing van het instrumentarium heeft niet als doel leed toe te voegen om langs die weg normconformgedrag te bewerkstelligen. De Afdeling concludeert dat het dan ook niet gaat om bestraffing, maar om een bestuurlijke maatregel ter voorkoming van het faciliteren van criminele activiteiten door bestuursorganen en het beschermen van de goede naam van de bedrijfstak.

8

Het laatste onderdeel van de conclusie van de Afdeling — de bescherming van de goede naam van de bedrijfstak als doel van de wetgever — kunnen wij niet terug vinden in de parlementaire geschiedenis van de Wet Bibob. Hoewel het wel een gevolg kan zijn van de inzet van het Bibob-instrumentarium, denken wij — anders dan de Afdeling — dat dit geen primaire bedoeling van de wetgever is geweest. Voor het overige ligt de redenering van de Afdeling in lijn met de bedoeling van de wetgever. Het gaat in de gedachtegang van de wetgever vooral om de zuiver preventief bedoelde inzet van mogelijkheden om op grond van artikel 3 Wet Bibob beschikkingen te weigeren of in te trekken teneinde het eventueel faciliteren van criminele gedragingen tegen te gaan. De wetgever heeft aangegeven dat het bij de Wet Bibob slechts gaat om preventieve maatregelen, waarbij geen repressie of leedtoevoeging beoogd is en verwijtbaarheid geen rol speelt. Een vanuit dat oogmerk toegepaste maatregel kan — zo lijkt de redenering te zijn geweest — daarom al geen punitief karakter hebben en zo geen criminal charge opleveren (Kamerstukken II 1999/00, 26 883, nr. 3, p. 38). De Raad van State lijkt in zijn advies over het wetsvoorstel Bibob deze zienswijze overigens te steunen (Kamerstukken II 1999/2000, 26 883, B, p. 5). Volgens de regering is het Bibob-instrumentarium niet in het leven geroepen om de beginselen en waarborgen uit het strafrecht te omzeilen door bijvoorbeeld vast te stellen of iemand verdacht is van het plegen van een strafbaar feit. Daarop volgt ons inziens een drogredenering, waar de regering stelt dat als zij met de Wet Bibob strafrechtelijke maatregelen zou hebben beoogd, het voor de hand had gelegen om dan daartoe het Wetboek van Strafrecht en Strafvordering te wijzigen (Kamerstukken I 2001/02, 26 883, 73b, p. 18). Overigens lijkt de regering in relatie tot art. 6 EVRM een zelfde standpunt in te nemen ten aanzien van het wetsvoorstel Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid (Kamerstukken II 2005/06, 30 566, nr. 3, p. 13 e.v.). Dit wetsvoorstel voorziet in objects-, persoons- en

gebiedsverboden, meldplichten en de mogelijkheid om aanvragen van diverse begunstigende beschikkingen te weigeren dan wel in te trekken wanneer iemand in verband kan worden gebracht met terroristische activiteiten.

9

De bedoeling van de wetgever moge duidelijk zijn, maar dat neemt niet weg dat daarbij wel een kanttekening te plaatsen valt. Wanneer een vergunning wordt ingetrokken, wordt hiermee de (rechtmatige) situatie zoals deze was vóór de vergunningverlening — toen er nog geen gevaar bestond dat de overheid het plegen van strafbare feiten met die vergunning zou faciliteren — hersteld. In dit opzicht lijkt ons de Wet Bibob reparatoir bedoeld. Echter, wanneer de wet uitsluitend geplaatst wordt in het kader van de bescherming van de integriteit van de overheid, is dit een te eenzijdige benadering. Zoals de wetgever zelf ook aangeeft, stoelt de Wet Bibob ook op een ander belangrijk uitgangspunt, namelijk criminaliteitsbestrijding. Daar het strafrecht alleen onvoldoende effectief wordt geacht om criminaliteit te bestrijden, wordt ook van het openbaar bestuur verwacht dat het zijn verantwoordelijkheid hierin neemt. Het Bibob-instrumentarium dient dan ook mede om vormen van criminaliteit te achterhalen (Kamerstukken II 1999/2000, 26 883, nr. 3, p. 5). Wanneer wij het Bibob-instrumentarium in dit licht plaatsen — bestuursrechtelijke criminaliteitsbestrijding als aanvulling op de strafrechtelijke (zie onder meer Kamerstukken I 2001/02, 26 883, nr. 73a, p. 9) — kunnen vraagtekens geplaatst worden bij de niet-punitieve bedoeling van het instrumentarium.

10

Bij het navolgende gaan we ervan uit dat het Bibob-instrumentarium niet punitief bedoeld is. De vraag die rijst, is welke rol dit gegeven volgens het Hof speelt voor de toepasselijkheid van art. 6 lid 2 EVRM. Ofschoon de Afdeling niet gemakkelijk aan de bedoeling van de wetgever voorbij kan gaan, zal, wanneer hierover geklaagd wordt, het Bibob-instrumentarium uiteindelijk de toets van het Hof moeten doorstaan. Het Hof legt het begrip 'criminal charge' verdragsautonoom uit. Dat wil zeggen dat de wijze waarop het nationale recht een bepaalde procedure kwalificeert niet doorslaggevend is voor de vraag of art. 6 EVRM van toepassing is. Dit ligt voor de hand, aangezien anders het risico bestaat dat de nationale autoriteiten de waarborgen van art. 6 EVRM ondermijnen door een bepaalde maatregel buiten het strafrechtelijke systeem te plaatsen. De toepasselijkheid van het artikel zou dan afhankelijk worden van de wil van de verdragsstaten, wat onwenselijk zou zijn aangezien dit artikel beschouwd wordt als een fundamentele bepaling uit het EVRM (EHRM 8 juni 1976, zaak 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72; NJ 1978, 223 (Engel e.a./Nederland)). Bestuurlijke maatregelen worden in bepaalde gevallen door het Hof ook aangemerkt als een criminal charge (EHMR 21 februari 1984, NJ 1988, 937 (m.nt. Alkemade); AAe 1985, p. 145 e.v. (Öztürk/Duitsland; m.nt. Swart)). Hieronder zullen wij uiteenzetten welke criteria het Hof hanteert voor het vaststellen of een bepaalde maatregel aangemerkt kan worden als een criminal charge. De volgende criteria zullen achtereenvolgens aan de orde komen: i de classificatie van de maatregel binnen het nationale recht, ii aard van de overtreding en iii aard en zwaarte van de maatregel. Opgemerkt zij dat de invulling van deze criteria zeer casuïstisch is; zie voor een nadere uiteenzetting hiervan onder meer: M.L.W.M. Viering, *Het toepassingsgebied van art. 6 EVRM* (diss. Nijmegen) Zwolle: Tjeenk Willink 1994; A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek & J. van der Velde, *Artikel 6, Eerlijk proces*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004; T. Barkhuysen e.a., *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht*, (VAR-reeks 132) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004; P. van Dijk e.a. *Theory and Practice of the ECHR*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2006.

i Ten eerste bekijkt het Hof waar de maatregel binnen het nationale recht geplaatst is. Wanneer dit binnen het strafrecht is, is hiermee de zaak helder: het nationale recht is in dat geval beslissend en art. 6 lid 2 EVRM is dan van toepassing. Wanneer dit niet het geval is, zoals bij het Bibob-instrumentarium, is de nationale classificatie niet doorslaggevend en zal het Hof onderzoeken of de maatregel de facto als een criminal charge aan te merken valt (Engel e.a./Nederland; Öztürk/Duitsland; EHRM 9 februari 1995, NJ 1995, 606 m.nt. Knigge (Welch/Verenigd Koninkrijk)).

12

ii Het tweede criterium, valt uiteen in twee elementen, te weten a het normadressaatcriterium en b de aard of het doel van de maatregel. Wij zullen hier niet ingaan op het eerste element, aangezien dit meer betrekking lijkt te hebben op het onderscheid tussen strafrechtelijke en disciplinaire sancties (zie verder: P. van Dijk 2006). Het tweede aspect van het tweede criterium dient ertoe om reparatoire sancties van punitieve sancties te onderscheiden en is geïntroduceerd in de Öztürkzaak. Het is een weerbarstig criterium, aangezien in het algemeen van iedere sanctie in principe een afschrikwekkende werking zal uitgaan, zelfs onbedoeld. Uit de jurisprudentie van het Hof valt dan ook niet een eenduidige lijn te trekken. Niettemin vallen in het kader van de Wet Bibob wel een aantal interessante punten te noemen, waarop wij hieronder in zullen gaan.

13

Van belang is of met de sanctie leedtoevoeging is beoogd. Als wordt bedoeld om een normovertreder te straffen voor zijn daad of hem leed toe te voegen, wordt door het Hof al snel een criminal charge aangenomen. Het is echter nog niet helemaal duidelijk in hoeverre het Hof een sanctie waarmee in hoofdzaak geen leedtoevoeging beoogd is buiten het bereik van art. 6 EVRM zal laten. Mogelijk is een relevante omstandigheid dat de strafrechter met die sanctie vergelijkbare maatregelen kan opleggen. Het feit dat voor een bepaalde bestuursrechtelijke maatregel geen verwijtbaarheid van de betrokkene vereist is, maakt niet dat het daarmee geen punitieve sanctie is (EHRM 29 augustus 1997, zaak 75/1996/694/886 (E.L., R.L. and J.O.-L./Zwitserland)). Verder wil het feit dat een maatregel verstrekkend is en een ingrijpend karakter heeft niet zeggen dat de maatregel een punitief karakter heeft (EHRM 7 juli 1989, zaak 10873/84 (Tre Traktörer Aktiebolag/Zweden)), tenzij de maatregel 'sufficiently severe' van karakter is zodat hij onder het hierna te bespreken derde criterium valt (EHRM 24 september 1997, JB 1997/282 (Garyfallou/Griekenland; m.nt. Heringa)).

14

iii Het derde criterium dat het Hof gebruikt is het karakter en de ingrijpendheid van de maatregel. Ook al betreft het een maatregel waarmee geen leedtoevoeging of afschrikking beoogd is, dan kan de maatregel alsnog onder de toepassing van art. 6 lid 2 EVRM vallen. Hierbij kan van betekenis zijn dat het kan gaan om feiten die op een strafblad kunnen worden vermeld (EHRM 21 oktober 1997, zaak 120/1996/732/938 (Pierre-Bloch)). Volgens het Hof kan de intrekking van een vergunning in bepaalde gevallen als een 'severe measure' worden beschouwd (Tre Traktörer Aktiebolag/Zweden, in die zaak betrof het de intrekking van een drankvergunning). Het Hof heeft al eens louter op basis van dit criterium een criminal charge aangenomen (EHRM 13 december 2005, AB 2006, 285 (m.nt. Barkhuysen en Emmerik), EHRC 2006, 29, p. 266-278 (m.nt. Alders)). Voor zover wij hebben kunnen nagaan, heeft het

Hof nog geen ondergrens gesteld voor met name de zwaarte van de straf. Soms wil het Hof ook de belangen van de klager die op het spel staan (de zogenaamde 'what was at stake'-formule die het Hof hanteerde in de zaak J.B./Zwitserland, EHRM 3 mei 2001, zaak 31827/96) als maatstraf gebruiken om de overtreding als strafrechtelijk te kwalificeren. Ook is het Hof — gelet op de omstandigheden van het geval — al eens tot de conclusie gekomen dat iemand door een overheidsoptreden zodanig substantieel was getroffen ('substantially affected' EHRM 21 december 2000, zaak 36887/97 (Quinn/Ierland)), dat sprake was van een criminal charge.

15

Het is niet geheel duidelijk hoe het tweede en het derde criterium zich tot elkaar verhouden. Veelal past het Hof hen in hun onderlinge samenhang toe. Wanneer op basis van het tweede criterium geoordeeld moet worden dat een maatregel punitief van aard is, komt het derde criterium in ieder geval niet meer in beeld. Andersom is het ook mogelijk dat een maatregel 'sufficiently severe' is en alleen daarom al als criminal charge aangemerkt moet worden. De criteria zijn dan ook alternatief en niet cumulatief (Garyfallou/Griekenland; EHRM 25 augustus 1987, zaak 9912/82, NJ 1988, 939 (Lutz/Duitsland; m.nt. EAA)).

16

Met het oog op het onderhavige geval denken wij dat mogelijk het derde criterium in het bijzonder van belang kan zijn: de zwaarte van de sanctie. Het effect van een maatregel kan namelijk zodanig zijn, dat het in de context van art. 6 EVRM als straf beschouwd dient te worden. Uit een vrij recente Hofuitspraak kan onzes inziens worden afgeleid dat de zwaarte van de maatregel in kwestie op zichzelf genomen voldoende grond kan zijn voor het aannemen van een criminal charge (Zie de hierboven genoemde uitspraak: EHRM 13 december 2005). In die uitspraak bepaalde het Hof tevens dat het — met het oog op een mogelijke tweede bestraffing — van betekenis kan zijn dat tussen de opgelegde sancties naar inhoud en tijd gemeten voldoende samenhang bestaat, ofschoon sancties in verschillende procedures zijn opgelegd.

17

Op grond van de zeer casuïstische jurisprudentie van het Hof valt voor ons moeilijk op voorhand te bepalen of het Bibob-instrumentarium in abstracto als criminal charge moet worden bestempeld. Gelet op het bovenstaande betwijfelen wij echter of de wetgever en de Afdeling het bij het rechte eind hebben en vragen wij ons af of de Wet Bibob op alle onderdelen een toets van het Hof aan art. 6 EVRM zal doorstaan. De Wet Bibob beweegt zich onzes inziens sterk binnen een strafrechtelijke sfeer. Uit de wetsgeschiedenis is ook af te leiden dat de regering bij diverse gelegenheden heeft benadrukt dat het 'Bibob-instrumentarium complementair is aan de strafrechtelijke aanpak' (Kamerstukken I 2001/02, 26 883, nr. 73a, p. 9). Ook kan relevant zijn dat in de strafrechtsfeer soortgelijke maatregelen (of bijkomende straffen) opgelegd kunnen worden, zoals de 'Pluk ze' wetgeving (art. 36 eSr), de verbeurdverklaring (art. 33 e.v. Sr), onttrekking aan het verkeer (art. 36 b e.v. Sr) en bijkomende straffen en maatregelen, als bedoeld in de WED, waarbij bijvoorbeeld op grond van art. 7 sub c een onderneming geheel kan worden stilgelegd voor een tijd van ten hoogste één jaar. Tevens achten wij van belang dat volgens het Hof het ontbreken van verwijtbaarheid, zoals bij het Bibob-instrumentarium het geval is, niet doorslaggevend is om de maatregel als niet-punitief te kwalificeren. Verder kan relevant zijn dat een intrekkingbesluit op grond van de Wet Bibob veelal permanent van

karakter is, terwijl in het licht van de reparatoire sancties de duur van de sanctie af zal moeten hangen van hetgeen noodzakelijk is om de rechtmatige toestand te herstellen.

18

De aannahme van de Afdeling in rechtsoverweging 2.4.1. dat de kwalificatie als bestuursrechtelijke maatregel geen bestraffing zou kunnen meebrengen, ligt ons inziens op zichzelf in het licht van de Hofjurisprudentie gezien genuanceerder. Indachtig de door Alders genoemde 'etikettenschwindel', waarbij de wetgever bestuursrechtelijke sancties classificeert als reparatoir of preventief werkend, terwijl zij een punitief karakter kunnen dragen, is ook het Hof van oordeel dat de kwalificering door de nationale wetgever niet bepalend is voor de vraag of sprake kan zijn van een criminal charge. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de bestuursrechtelijke boete (zie o.m. C.L.G.F.H. Alders, 'Etikettenschwindel' in het administratieve sanctierecht?', NJB 2001, p. 1157-1162 en haar bijdragen: 'De bestuurlijke boete in de gemeentelijke praktijk; straffen en gestraft worden', Gst. 2002, 1 en 'De bestuurlijke boete onder het juk van het bestuursprocesrecht', JBplus 2006, p. 143 e.v.; B.J. van de Griend, Het oogmerk als ijkpunt; bestuurlijke sancties in bestuursrechtspraak en Wetgevingsadvisering, Den Haag: Raad van State 2003; en I. van Ingen, Y. de Raat & R.J.G.M. Widdershoven, 'De bestuurlijke boete in de Awb', NJCM-Bulletin 2000, nr. 3, p. 771-788).

19

Mogelijk kunnen Bibob-beschikkingen in concreto wel een punitief element in zich dragen en kunnen zij voor dat deel als criminal charge aangemerkt worden. Wanneer een beschikking verder gaat dan strikt noodzakelijk is, dat wil zeggen: verder dan nodig is om de rechtmatige toestand (zonder risico) te herstellen, draagt de maatregel een punitief element in zich. Wanneer bijvoorbeeld een vergunning ingetrokken wordt vanwege het gevaar dat betrokkene met de vergunning witwaspraktijken onderneemt, terwijl dit risico ook ondervangen had kunnen worden via voorschriften aan de vergunning (ex art. 3 lid 7 Wet Bibob; dit is alleen toegestaan wanneer er een mindere mate van gevaar aanwezig is), dan gaat de maatregel aldus verder dan strikt noodzakelijk is om de rechtmatige toestand te herstellen. In zoverre zou die maatregel wellicht aangemerkt kunnen merken als een criminal charge. Als in zo'n geval de betrokkene art. 6 lid 2 EVRM aanvoert in een rechterlijke procedure, zou dat wel eens kunnen leiden tot vernietiging van het bestreden besluit. Aan de andere kant is denkbaar dat hetzelfde resultaat zou kunnen worden bereikt over de band van de evenredigheidstoets die besloten ligt in de Wet Bibob zelf (art. 3 lid 5 en 6). Hierbij zij gewezen op de marginale toets die de rechter dient te hanteren om in een concreet geval te bepalen of sprake is van een punitief element van het besluit, in de zin dat het besluit meer behelst dan strikt noodzakelijk is om de rechtmatige toestand te herstellen. Dit zou slechts anders zijn wanneer het Hof zou oordelen dat het Bibob-instrumentarium in zijn algemeenheid aan te merken valt als een criminal charge. In dat geval dient er voldaan te zijn aan full jurisdiction en moet een rechter de proportionaliteit volledig toetsen.

20

Het wachten is dus op een Bibob-zaak die het Hof bereikt, aangezien het Hof hier uiteindelijk het laatste woord in zal hebben. Gezien de lange doorlooptijden van het Hof zullen wij hier op korte termijn geen helderheid over krijgen. Ons is overigens niet bekend of er momenteel Bibob-zaken in Straatsburg aanhangig zijn.

A.E.M. van den Berg
afdeling staats- en bestuursrecht, Vrije Universiteit
en P.C.M. Heinen
De Kempenaer Advocaten, Arnhem