

de Gemeentestem

Gst. 2007, 7285
zaterdag 1 december 2007
157e jaargang

Wet Bibob en wetsvoorstel Bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid: te kort door de Straatsburgse bocht?

Bestuurlijke aanpak criminaliteit en terrorisme in relatie tot art. 6 lid 2 EVRM

mr. A.E.M. van den Berg
mr. P.C.M. Heinen¹

141 De Wet Bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (Bibob) kan worden ingezet bij criminaliteitsbestrijding. De wet biedt daartoe een bestuursrechtelijk instrumentarium, zoals onder meer het weigeren of intrekken van vergunningen. Het wetsvoorstel Bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid (Bestuurlijke maatregelen) begeeft zich op hetzelfde vlak. Om terrorisme te bestrijden zal de wet worden uitgerust met de bevoegdheid de bewegingsvrijheid van burgers te beperken via diverse bestuursrechtelijke maatregelen en een weigerings- en intrekkingbevoegdheid voor beschikkingen. De wetgever heeft voor beide instrumenten aangegeven dat zij niet als criminal charge in de zin van art. 6 lid 2 EVRM aangemerkt moeten worden. Inmiddels heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) zich gebogen over de vraag of, en zo ja in hoeverre, de weigering van een gemeentelijke exploitatievergunning op grond van de Wet Bibob een criminal charge kan opleveren, zodat alle daaraan verbonden waarborgen, zoals de onschuldpresumptie, in acht moeten worden genomen. Omdat de Afdeling heeft geoordeeld dat geen sprake was van een dergelijke EVRM-schending, is in die zaak geageerd bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hof). Mocht het hof de toepassing van de Wet Bibob aanmerken als een 'criminal charge', dan heeft dit verstrekken gevolgen voor de houdbaarheid van deze wet en daarmee ook voor de Wet Bestuurlijke maatregelen.

1. Inleiding

In ons naschrift bij de Afdelingsuitspraak van 22 november 2006² heb-

Heinen is advocaat bij De Kempener Advocaten te Arnhem. Zij danken prof. mr. J. Struiksma en prof. mr. J.M.H.F. Teunissen voor hun commentaïring van een eerdere versie van dit artikel.

² ABRvS 22 november 2006, *Gst.* 2007, 44 (m.nt. dzz). Zie ook *AB* 2007, 232 (m.nt. Vermeer).

¹ Anita van den Berg is docent/onderzoeker bij de Afdeling Staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit en Pedro

INHOUD

141. Wet Bibob en wetsvoorstel Bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid: tekort door de Straatsburgse bocht? Bestuurlijke aanpak criminaliteit en terrorisme in relatie tot art. 6 lid 2 EVRM. Mr. A.E.M. van den Berg en mr. P.C.M. Heinen

142. De Wet Bibob: de rol van derden. Mr. M.C. Brans

143. Vz. ABRvS 18-7-07. Bestemmingsplan. Wijzigingsplan, bouw woning. Sociaal of economisch aan gemeente gebonden persoon. Exceptieve toetsing aan art. 2 Vierde Protocol EVRM. (Aa en Hunze) m.nt. J.M.H.F. Teunissen

144. ABRvS 7-2-07. Besluit. Rechtsoordeel. Mededeling bestuursorgaan dat het niet bevoegd is. Evident niet bevoegd. (Ipendam) m.nt. L.J.M. Timmermans

145. ABRvS 22-6-07. Besluit, ontbreken draagkrachtige motivering. Nieuwe beslissing op bezwaar. Voorlopige voorziening hangende hoger beroep. Schorsing besluit met toepassing van art. 8:72 lid 5 Awb, voorkoming van onevenredig nadeel. (Waalre) m.nt. A.M.M.M. Bots

146. ABRvS 13-6-07. APV, bevoegdheid aanwijzen openbaar water, verbod ligplaats. Brief is geen aanvraag besluit. (Heumen) m.nt. F.R. Vermeer

Nu beschikbaar:

de Gemeentestem Online

Meer informatie?

Kijk op www.kluwershop.nl

of bel met onze klantenservice, tel. 0570-673449



Kluwer

a Wolters Kluwer business

ben wij de redenering die de Afdeling gebruikte om te komen tot het oordeel dat de weigering van de vergunning geen *criminal charge* is, vergeleken met jurisprudentie van het hof. In ons naschrift hebben wij onze twijfels geuit bij de aanpak van de Afdeling. Het is uiteindelijk aan het hof om te beoordelen of de toepassing van de Wet Bibob als *criminal charge* aangemerkt moet worden. Deze zaak is aanhangig gemaakt bij het hof,³ en er is onder meer ingezet op schending van art. 6 lid 2 EVRM, maar gezien de lange doorlooptijden bij het hof zullen we op het antwoord op deze vraag nog een tijd moeten wachten. In deze bijdrage gaan wij dieper in op de vraag hoe de toepassing van de Wet Bibob en de Wet Bestuurlijke maatregelen zich verhoudt tot art. 6 lid 2 EVRM. Indien Bibob-besluiten of, in de toekomst, maatregelen op grond van de Wet Bestuurlijke maatregelen als *criminal charges* aangemerkt moeten worden, dienen in de bestuursrechtelijke procedures de rechtswaarborgen gerespecteerd te worden die uit art. 6 lid 2 EVRM voortvloeien. Daarbij kan onder meer gedacht worden aan de onschuldpresumptie, waarop in bovengenoemde zaak bij de Afdeling een uitdrukkelijk beroep werd gedaan. Die 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 lid 2 EVRM liggen nog meer belangrijke strafrechtelijke waarborgen besloten, zoals de cautiēplicht (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 de bestuursrechtelijke instrumenten van beide wetten staan hiermee op gespannen voet, zoals de omstandigheid dat de instrumenten reeds toegepast kunnen worden indien betrokkene vermoedelijk betrokken is bij strafbare feiten of terroristische activiteiten. Een rechterlijke veroordeling is niet noodzakelijk, zodat de schuld van betrokkene veelal niet in rechte is komen vast te staan.

Dit knelt met de onschuldpresumptie. Wanneer het standpunt van de Afdeling en wetgever dan ook onjuist blijkt te zijn, heeft dit belangrijke gevolgen voor de houdbaarheid van beide instrumenten.

In onze bijdrage zullen wij de toepassing van de Wet Bibob en het wetsvoorstel Bestuurlijke maatregelen, in het licht van art. 6 lid 2 EVRM en de daaruit voortvloeiende waarborgen, kritisch bespreken. We beperken ons tot deze twee bestuursrechtelijke preventieve instrumenten, aangezien hiertussen belangrijke parallellen vallen te trekken. Wanneer de toepassing van deze wetten aangemerkt moet worden als *criminal charge*, moet de rechterlijke toetsing voldoen aan het vereiste van *full jurisdiction*: een volledige evenredigheidstoetsing ten aanzien van de zwaarte van de sanctie. Omdat onzes inziens niet valt uit te sluiten dat het hof tot dit oordeel komt, zullen wij vooruitlopend hierop stilstaan bij de betekenis die de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen hebben voor een vollere rechterlijke toetsing. Hierbij hebben wij ons mede gebaseerd op recente Bibob-jurisprudentie, waaruit wij afleiden dat bestuursrechters neigen naar een minder marginale toetsing van Bibob-adviezen en Bibob-besluiten. Aangezien de instrumenten zeer ingrijpend van aard zijn en er een gereede kans bestaat dat de toepassing ervan als *criminal charge* beschouwd moeten worden, zijn wij voorstander van een vollere rechterlijke toetsing. Wij hanteren de volgende opzet. Eerst geven wij een korte uiteenzetting van de achtergrond van bestuurlijke preventieve maatregelen. Vervolgens gaan wij na op grond waarvan tot op heden wordt aangenomen dat de toepassing van beide instrumenten niet als *criminal charge* moet worden beschouwd. Deze resultaten zullen we nader tegen het licht van jurisprudentie van het hof houden en dan met name tegen het criterium 'de zwaarte van de maatregel'. We besluiten dit artikel met een suggestie voor de rechterlijke toetsing, mede ingegeven door recente Bibob-jurisprudentie.

2. Achtergrond bestuurlijke preventie criminaliteit en terrorisme

Bestuurlijke preventie van verschillende vormen van criminaliteit raakt

de laatste jaren steeds meer in zwang. Hierbij treedt het strafrecht steeds meer terug ten behoeve van het bestuursrecht. De eerste tekenen van de bestuurlijke preventieve aanpak werden in 1992 in de Nederlands politiek zichtbaar met de beleidsnota 'De georganiseerde criminaliteit in Nederland, Dreigingsbeeld en een plan van aanpak'.⁴ De nota gaat in op het gevaar dat de onderwereld zich steeds meer vermengt met de bovenwereld. Omdat het openbaar bestuur hieraan niet zou moeten meewerken, zou het zich meer moeten inzetten voor de bestrijding van georganiseerde criminaliteit.⁵

De doelen die beoogd worden met een bestuurlijke preventieve aanpak zijn tweeledig. Ten eerste heeft deze aanpak criminaliteitsbestrijding als doel. De afgelopen decennia is het besef gegroeid dat het onmogelijk is met uitsluitend het strafrecht de gewenste veiligheid in de samenleving te bieden. De vorige regering heeft dan ook aangegeven dat bezien dient te worden of het strafrecht op bepaalde punten kan terugtreden ten behoeve van het bestuursrecht.⁶ In dit kader heeft de Bibob-wetgever aangegeven dat het Bibob-instrumentarium mede dient om vormen van criminaliteit te achterhalen.⁷ Het gaat hier dan ook om bestuursrechtelijke instrumenten als aanvulling op de strafrechtelijke criminaliteitsbestrijding.⁸ Over het wetsvoorstel Bestuurlijke maatregelen heeft de regering aangegeven dat met de voorgestelde maatregelen onder meer het bemoeilijken van het opzetten en onderhouden van terroristische of aan terrorisme gerelateerde structuren beoogd wordt.⁹ Vroegtijdig strafvorderlijk optreden tegen een persoon binnen de huidige rechtsstate-

³ Bingöl/Staat der Nederlanden, appl. nr. 18450/07.

⁴ Kamerstukken II 1992/93, 22 838, nr. 2, p. 12.

⁵ Kamerstukken II 1992/93, 22 838, nr. 2, p. 12.

⁶ Kamerstukken II, 2003/04, 29 279, nr. 9, p. 12.

⁷ Kamerstukken II, 1999/00, 26 883, nr. 3, p. 5.

⁸ Kamerstukken I, 2001/02, 26 883, nr. 73a, p. 9.

⁹ Kamerstukken II, 2005/06, 30 566, nr. 3, p. 30.

lijke kaders is niet goed mogelijk. Daarom acht de regering het van belang dat, voor de gevallen waarin het strafrechtelijk kader te kort schiet, buiten dit kader mogelijkheden gecreëerd worden voor de preventie van terroristische activiteiten.¹⁰

Rogier wijst in zijn VAR-advies op belangrijke voordelen die bestuursrechtelijke bestrijding van criminaliteit en terrorisme bieden. Van belang is dat bestuursrechtelijke handhavingsinstrumenten reeds ingezet kunnen worden voordat sprake is van een strafbaar feit. Het bestuur houdt zich bij een dergelijke aanpak bezig met zowel de 'vervolgving', de sanctiëring en de uitvoering. Ook het bestuursrechtelijk bewijsrecht is soepeler dan het strafrechtelijke. Bovendien is nog relevant dat de toets van de bestuursrechter terughoudender is dan die van de strafrechter.¹¹

Ten tweede wordt met een bestuurlijke preventieve aanpak integriteitsbevordering beoogd. In dit kader heeft de Bibob-wetgever aangegeven dat het onbevredigend is dat de overheid enerzijds veel tijd, energie en geld steekt in de opsporing en vervolging van criminaliteit en anderzijds het risico loopt direct of indirect criminele organisaties en activiteiten te faciliteren. Dit tast de geloofwaardigheid van de overheid aan en levert risico's op voor de integriteit van het overheidsapparaat.¹² Een dergelijke redenering heeft de regering ook gebruikt in de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Bestuurlijke maatregelen. Een doel van het weigeren en intrekken van subsidies is dat voorkomen moet worden dat de overheid door middel van subsidies organisaties steunt die in verband kunnen worden gebracht met terrorisme, dan wel hun activiteiten faciliteert.¹³

3. De instrumenten

3.1. Wet Bibob

Hoewel het onderwerp reeds in 1992 onder de politieke aandacht is gebracht, heeft het nog ruim tien jaar geduurd voordat de eerste wetgeving in dit kader, de Wet Bibob, in werking trad.¹⁴ Kort gezegd kunnen bestuursorganen op grond van deze wet beschikkingen weigeren en intrekken wanneer een ernstig gevaar bestaat dat met die beschikking strafbare feiten gepleegd zullen worden of dat ter verkrijging van die beschikking straf-

bare feiten gepleegd zijn.¹⁵ Een ernstig gevaar betekent niet dat een redelijk vermoeden van schuld in strafrechtelijke zin noodzakelijk is. Bestuursorganen kunnen zich voor de vaststelling van de mate van gevaar laten adviseren door het Bureau Bibob, dat bevoegd is open en gesloten bronnen te raadplegen.

3.2. Wetsvoorstel bestuurlijke maatregelen

Het wetsvoorstel Bestuurlijke maatregelen¹⁶ voorziet in de mogelijkheid verschillende bestuurlijke maatregelen op te leggen aan een persoon die in verband kan worden gebracht met terroristische activiteiten, met het oog op de nationale veiligheid;¹⁷ een verbod zich te bevinden in de omgeving

¹⁰ Kamerstukken II, 2005/06, 30 566, nr. 3, p. 1.

¹¹ L.J.J. Rogier, 'De aanpak van criminaliteit en terrorisme; verschuiving van strafrecht naar bestuursrecht', in: L.J.J. Rogier e.a., *Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme*, (VAR-reeks 138), Den Haag: Boom Juridisch Uitgevers 2007, p. 9-10. Zie hierover ook: G.T.J.M. Jurgens, 'Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme' (Bespreking van de preadviezen voor de jaarvergadering van de VAR/Vereniging voor bestuursrecht op 11 mei 2007), *NTB* 2007, 19.

¹² Kamerstukken II 1992/93, 22 838, nr. 2, p. 12.

¹³ Kamerstukken II, 2005/06, 30 566, nr. 3, p. 30.

¹⁴ Wet van 20 juni 2002, houdende regels inzake de bevordering van integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur met betrekking tot beschikkingen of overheidsopdrachten, *Stb.* 2002, 347. Per 1 september 2002 is de wet gedeeltelijk in werking getreden, *Stb.* 2002, 502. Die inwerkingtreding betrof voornamelijk de instelling van het Bureau Bibob.

¹⁵ De wet ziet ook op aanbestedingen. Dit laten wij in deze bijdrage buiten beschouwing.

¹⁶ In maart 2007 is het wetsvoorstel in grote meerderheid aangenomen door de Tweede Kamer. Thans is het in behandeling bij de Eerste Kamer. Meer over dit wetsvoorstel: C.L.G.F.H. Albers & N.J.M. Schlössels, 'Terrorismebestrijding: het bestuursrecht aan zet, de rechtsstaat in gevaar?', *NJB* 2006/44, p. 2522 e.v., alsmede L.J.J. Rogier, *Preventieve bestuurlijke rechtshandhaving* (oratie Rotterdam), Boom: Den Haag 2006, p. 36 e.v.

¹⁷ Kamerstukken II, 2005/06, 30 566, nr. 3, p. 1-2.

de Gemeentestem

Erevoorzitter:
mr E. Brederveld

Hoofdredactie:
mr. D.E. Bunschoten, prof. mr. D.J. Elzinga, mr. F.F. Larsson (eindredacteur), prof. mr. R.J.N. Schlössels, prof. mr. J.M.H.F. Teunissen, drs. C.J.N. Versteden (voorzitter), mr. J. de Vries

Redactieraad:
mr. M.A.C. van Egdom, prof. mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens, J.A.M. van Homelen, prof. mr. W. Konijnenbelt, mr. J.B. Mencke, mr. J.J.H. Pop, prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven

Annotatoren:
mr. W.P. Adriaanse, mr. P.P.A. Bodden, mr. R.J. van Dam, prof. mr. A.H.M. Dölle, mr. J.A.E. van der Does, prof. mr. J.W.M. Engels, mr. A.A.J. de Gier, mr. J.L.A. Kessen, mr. A.P. Klap, mr. R. Kooper, mr. T.E.P.A. Lum, mr. dr. A.R. Neerhof, mr. A.G.A. Nijmeijer, prof. mr. L.J.J. Rogier, mr. L.J.M. Timmermans, prof. mr. P.J.J. Zoonjens

Selecteurs:
ABRvS: mr. R. Kegge, mr. W.G. Timmerman, mr. R.H.L. Dallinga, mr. W.S. van Helvoort, mr. J. de Koning, mr. O. van Loon, mr. C.E.C.M. van Roosmalen, mr. J.J. Schuurman; *CRvB*: A.J.Th. Kok; *CBB*: mr. R. Meijer

Citeerwijze:
Gst. jaartal, publicatienummer;
Gst. 2007, 1

Aanwijzingen voor auteurs:
Artikelen en reacties zijn welkom.
Uw bijdrage kunt u zenden aan Kluwer BV, t.a.v. Sandra Meulenbelt, s.meulenbelt@kluwer.nl, tel. 0172-466929. Op iedere inzending van een bijdrage of informatie zijn van toepassing de Standaardpublicatievoorwaarden van Wolters Kluwer Nederland BV, gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank Amsterdam onder nr. 217/1999, een kopie kan kosteloos bij de uitgever worden aangevraagd. U kunt de Standaardpublicatievoorwaarden ook vinden op www.kluwer.nl onder Auteurs/Documenten.

Advertentie-exploitatie:
Informatie over adverteren:
Astrid van Duijn, tel. 0172-46 64 06, avanduijn@kluwer.nl of Helma Scherpenzeel, tel. 0172-46 64 33, hscherpenzeel@kluwer.nl

Abonnementen:
€ 289 incl. 6% BTW en opbergband per jaar, studenten 50% korting, losse nummers € 16,50 incl. 6% BTW, opbergband € 23,60 incl. adm.- en verzendkosten. Verschijnt 22 maal per jaar.

Abonnementen kunnen op elk gewenst moment worden aangevraagd voor de duur van minimaal één jaar, te rekenen vanaf het moment van eerste levering, en worden vooraf gefactureerd voor de volledige abonnementsperiode, tenzij uitdrukkelijk schriftelijk anders is overeengekomen. Abonnementen kunnen schriftelijk tot drie maanden voor de aanvang van het nieuwe abonnementsjaar worden opgezegd. Bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch met een jaar verlengd.

Abonnementenadministratie en productinformatie:
Kluwer AfD. Klantcontacten, Pb 878, 7400 AW Deventer, tel. 0570-673449, automatische bestellijn 0570-673511, fax 0570-691553, e-mail juridisch@kluwer.nl. Ook adres-/naamswijzigingen d.m.v. verbeterd adreslabel aan voornoemd adres.

Gebruik persoonsgegevens:
Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements-) overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met de AfD. Klantcontacten opname.

Leveringsvoorwaarden:
Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of opvragen via tel. 0570-673449.

De Gemeentestem is een uitgave van Kluwer BV. ISSN 0165-7839

www.kluwer.nl

van bepaalde objecten of in bepaalde gebieden (gebiedsverbod) en/of bepaalde personen (persoonsverbod) en/of een verplichting zich periodiek te melden bij de politie (meldingsplicht). Handelen in strijd met een van de verplichtingen die een maatregel met zich brengt, wordt door het wetsvoorstel aangemerkt als een misdrijf. Het wetsvoorstel kent daarnaast een Bibob-achtige bevoegdheid, namelijk een weigerings- en intrekkinggrond voor beschikkingen van organisaties of personen die in verband kunnen worden gebracht met terroristische activiteiten of de ondersteuning daarvan en hiervoor vermoedelijk hun beschikking gebruiken. Deze bevoegdheid is ruimer dan de Bibob-bevoegdheid aangezien die geldt voor een beperkt aantal vergunningen. Volgens de regering zijn dit over het algemeen niet de sectoren die bij de bestrijding van terrorisme van groot belang zijn. Bovendien zijn de weigerings- en intrekkinggronden van de Wet Bibob minder ruim geformuleerd: deze zijn gerelateerd aan vermoedelijk gepleegde of te plegen strafbare feiten,¹⁸ terwijl het bij het wetsvoorstel Bestuurlijke maatregelen gaat om gedragingen die in verband kunnen worden gebracht met terroristische activiteiten of de ondersteuning daarvan.

4. Stand van zaken

4.1. Wet Bibob

De wetgever heeft zich op het standpunt gesteld dat de toepassing van het Bibob-instrumentarium niet valt aan te merken als een *criminal charge*. De Afdeling heeft voor haar gelijklopende conclusie in belangrijke mate aansluiting gezocht bij de bedoeling van de wetgever. Deze is dat de bevoegdheid beschikkingen te weigeren of in te trekken zuiver preventief bedoeld is om het eventueel faciliteren van criminele gedragingen tegen te gaan. Hierbij zou volgens de wetgever geen repressie of leedtoevoeging beoogd zijn en zou verwijtbaarheid geen rol spelen.¹⁹ De regering heeft nog aangegeven dat het Bibob-instrumentarium niet in het leven is 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.²⁰ Wel dient het instrumentarium het strafrechtelijke systeem aan te vullen en dienen met het

Bibob-instrumentarium mede vormen van criminaliteit achterhaald te worden.²¹

De Afdeling heeft op basis van de parlementaire geschiedenis overwogen dat Bibob-besluiten er niet toe strekken de schuld van iemand aan een strafbaar feit vast te stellen. Kort gezegd geeft de Afdeling aan dat met de Wet Bibob voorkomen moet worden dat de overheid criminelen faciliteert. Dit is volgens de Afdeling geen bestraffing.

Verschillende lagere rechters zijn eerder al tot het oordeel gekomen dat de toepassing van het Bibob-instrumentarium niet valt aan te merken als een *criminal charge*.²² Hier willen we nog een bepaald merkwaardige overweging van de Rechtbank Assen²³ noemen, waarin zij ten aanzien van de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM overweegt:

‘Gelet op het feit dat naar het oordeel van de rechtbank de conclusie van verweerder dat er een ernstig gevaar bestaat dat de exploitatievergunning welke aan eiser is verleend wordt en/of zal worden gebruikt voor het plegen van strafbare feiten, reeds kan worden gebaseerd op voornoemde veroordelingen, kan van de beweerdte schending van het bepaalde in artikel 6 tweede lid, van het EVRM, waarin de zogenoemde onschuldpresumptie is vastgelegd, geen sprake zijn.’

De rechtbank lijkt hier te redeneren – overigens los van de vraag of art. 6 lid 2 EVRM hier van toepassing is – dat de intrekking van de vergunning geen *criminal charge* is omdat er strafrechtelijke veroordelingen voorhanden zijn. Dat komt ons vreemd voor en is ook niet in de lijn met de wetsystematiek. De vergunning kan worden ingetrokken vanwege het gevaar dat er strafbare feiten mee worden gepleegd of zullen worden gepleegd, derhalve niet als straf voor eerder gepleegde strafbare feiten! De Wet Bibob moet volgens ons worden ingezet ter voorkoming van een risico (gevaar). Dat lijkt ons hoe dan ook met de onschuldpresumptie te wringen (als hier tenminste in de visie van het Hof sprake zou zijn van een *criminal charge*). Aan een risico-inschatting is volgens ons inherent dat nooit helemaal vaststaat dat de strafrechtelijke feiten ook daadwerkelijk gepleegd zijn of zullen worden met de bewuste vergunning. Weliswaar kunnen strafrechtelijke veroordelingen een belangrijke indicatie opleveren dat dit

gebeurt of zal gebeuren, maar hiermee kan uitsluitend een ernstig gevaar worden aangenomen, en dus niet iemands schuld in strafrechtelijke zin.

4.2. Wetsvoorstel bestuurlijke maatregelen

Over de vraag of de intrekking of weigering van een beschikking op grond van het wetsvoorstel aangemerkt moet worden als een *criminal charge* laat de regering zich niet uit. De regering geeft slechts aan dat het primaire doel van deze bevoegdheid het bemoeilijken van het opzetten en onderhouden van terroristische of aan terrorisme gerelateerde structuren is.²⁴ Over de vraag of de bestuurlijke maatregelen van het wetsvoorstel aan te merken zijn als *criminal charge* heeft de regering zich wel uitgelaten. Zij maakt hierbij onderscheid tussen de fase waarin de maatregel wordt opgelegd en de fase waarin betrokkene de aan hem opgelegde verplichtingen niet nakomt. Dit laatste is een misdrijf en wordt dan ook strafrechtelijk gesanctioneerd. Buiten kijf staat dat dit een *criminal charge* is en de regering verwacht in dit opzicht ook geen problemen, aangezien betrokkene het reguliere strafrechtelijke traject zal doorlopen met alle waarborgen van dien. Volgens de regering is het opleggen van de bestuurlijke maatregel echter geen *criminal charge*. Zij voert hierover aan dat de maatregelen niet in het strafrechtelijke systeem zijn geplaatst. Tevens hecht de regering belang aan een Italiaanse zaak,²⁵ waarin het hof oordeelde dat preventieve maatregelen die opgelegd konden worden zonder dat sprake was van

¹⁸ Kamerstukken II, 2005/06, 30 566, nr. 3, p. 28-29.

¹⁹ Kamerstukken II, 1999/2000, 26 883, nr. 3, p. 38.

²⁰ Kamerstukken I, 2001/02, 26 883, 73b, p. 18.

²¹ Kamerstukken II, 1999/2000, 26 883, nr. 3, p. 5 en Kamerstukken I, 2001/02, 26 883, nr. 73a, p. 9.

²² Onder meer Rb. Assen, 9 maart 2007, LJN BA 1114 en V.zr. Rb. Amsterdam, 6 juni 2006, Gst. 2006, 153, (m.nt. Van den Berg).

²³ Rb. Assen 9 maart 2007, LJN BA 1114.

²⁴ Kamerstukken II, 2005/06, 30 566, nr. 3, p. 30.

²⁵ EHRM 6 april 2000, appl. nr. 26 772/95 (*Labita/Italië*).

een strafrechtelijke veroordeling, rechtvaardig waren ter bestrijding van maffia-activiteiten. Ook acht de regering van belang dat de maatregelen geen vrijheidsberoving of een (forse) geldboete inhouden. Bovendien zijn de maatregelen niet bedoeld om betrokkene te straffen, maar als algemene preventieve maatregel. De regering verwijst hierbij naar een uitspraak van het Hof over het dronkenschap van een automobilist.²⁶ In die zaak achtte het Hof het ontzeggen van de rijbevoegdheid en het afnemen van het rijbewijs voor enkele uren, zodat betrokkene weer nuchter kon worden, niet punitief.²⁷

Bovenaanstaande argumentatie dat de bestuurlijke maatregelen geen *criminal charges* zijn, komt ons, gezien de jurisprudentie van het hof, terecht voor. In het vervolg van deze bijdrage zullen we dan ook uitsluitend de intrekings- en weigeringsbevoegdheden bespreken.

5. Aanpak hof

Het standpunt van de wetgever en de bestuursrechters moge duidelijk zijn, de vraag die rijst of het hof hierover in gelijke zin zal oordelen. Hieronder zetten wij uiteen hoe het hof in een voorliggend geval nagaat of er sprake is van een *criminal charge*.

Het hof beoordeelt autonoom of in een concreet aan hem voorgelegde zaak sprake is van een *criminal charge*. Het etiket dat de nationale wetgever op de maatregel heeft geplakt, is daarbij niet beslissend. Evenmin is hier beslissend dat de nationale wetgever een bepaalde maatregel niet punitief heeft bedoeld. De wijze waarop het nationale recht een bepaalde procedure kwalificeert is ook niet doorslaggevend voor de vraag of art. 6 lid 2 EVRM van toepassing is. Hierna zal kort worden uiteengezet welke criteria het hof hanteert voor het vaststellen of een bepaalde (bestuurlijke) maatregel aangemerkt kan worden als een *criminal charge*.²⁸ In dit verband zullen de navolgende criteria achtereenvolgens worden besproken:

1. classificatie van de maatregel binnen het nationale recht;
2. aard van de overtreding;
3. aard en de zwaarte van de maatregel.

Hierbij tekenen wij aan dat het hof deze criteria zeer casuïstisch invult.

5.1. Classificatie van de maatregel binnen het nationale recht (ad. 1)

Bij het eerste criterium beziet het hof waar de maatregel binnen het nationale recht geplaatst is. Indien dat binnen het strafrecht is, is daarmee de zaak duidelijk: het nationale recht is in dat geval beslissend en art. 6 lid 2 EVRM is vervolgens van toepassing. Als dat niet het geval is, zoals bij de onderhavige wettelijke instrumenten, is de nationale classificatie niet doorslaggevend en zal het Hof onderzoeken of de maatregel de facto als een *criminal charge* valt aan te merken.²⁹

5.2. Aard van de overtreding (ad. 2)

Het tweede toetsingcriterium valt uiteen in twee elementen, te weten het normadressaatcriterium en de aard of het doel van de maatregel. Ons lijkt het eerste element hier niet zo van belang, aangezien dat grotendeels betrekking lijkt te hebben op het onderscheid tussen strafrechtelijke en disciplinaire sancties.³⁰ Het tweede aspect van het tweede criterium dient ertoe reparatoire sancties van punitieve sancties te onderscheiden en is geïntroduceerd in de Öztürk-zaak.³¹ Er kan sprake zijn van een *criminal charge* indien er een afschrikkende werking van de sanctie uitgaat. Dit is een nogal weerbarstig criterium en het mist onzes inziens enigszins onderscheidend vermogen. In het algemeen kan namelijk van iedere sanctie worden gezegd dat er in principe een afschrikkende werking vanuit zal gaan, eventueel onbedoeld.³² De precieze reikwijdte van de elementen *deterrent* en *punitive* om een *criminal charge* te kunnen aannemen, is volgens ons door de behoorlijk casuïstische benadering van het hof niet geheel duidelijk, maar doorgaans wordt wel aangenomen dat alle punitieve sancties aan dat criterium voldoen. Daarbij wordt een sanctie als punitief aangemerkt als met de sanctie (hoofdzakelijk) leedtoevoeging wordt beoogd.

5.3. Leedtoevoeging beogen (ad. 2)

Het element leedtoevoeging verdient nog wat bijzondere aandacht. Bestuursorganen beschikken over diverse sanctiebevoegdheden om op te kunnen treden tegen handelen in strijd met wettelijke voorschriften. In Nederland wordt binnen het administratieve sanctierecht een dogmatisch onderscheid gemaakt tussen reparatoire

²⁶ EHRM, 28 oktober 1999, NJ 2001, 593 (m.nt. Alkema), NJCM-Bulletin 2000, p. 968-976 (m.nt. Viering) (*Escoubet/België*); EHRM 7 november 2000, appl. nr. 45 282/99 (*Blokker/Nederland*).

²⁷ Kamerstukken II, 2005/06, 30 566, nr. 3, p. 13-15.

²⁸ EHRM 8 juni 1976, zaak 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72; NJ 1978, 223 (*Engel e.a./Nederland*); EHRM 21 februari 1984, NJ 1988, 937 (m.nt. Alkemade), AA 1985, p. 145 e.v. (m.nt. Swart) (*Öztürk/Duitsland*); EHRM 23 november 2006, EHRC 2007, 30 (*Jussila*; m.nt. Albers) Zie verder o.a. M.L.W.M. Viering, *Het toepassingsgebied van art. 6 EVRM* (diss. Nijmegen), Zwolle 1994; A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek & J. van der Velde, *Artikel 6, Eerlijk proces*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004; T. Barkhuysen, *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht* (VAR-reeks 132). Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004; F.M.J. den Hondijker e.a., *Bestuurlijke punitieve sancties* (Jonge VAR-reeks 4), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006; P. van Dijk e.a., *Theory and Practice of the ECHR*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2006; P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Bestuurlijke punitieve sancties in Nederland in het licht van Europeesrechtelijke vereisten', in: *Europeesrechtelijke eisen bij de toepassing van bestuurlijke punitieve sancties* (preadviezen voor de Vereniging voor de rechtsvergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Alphen aan de Rijn: Kluwer 2006.

²⁹ Zie ook: EHRM 9 februari 1995, NJ 1995, 606 (*Welch/Verenigd Koninkrijk*; m.nt. Knigge). Het ging in die zaak om een bevel tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. In casu leverde volgens het hof de navolgende aspecten een sterke aanwijzing op voor het strafrechtelijk karakter van de sanctie: a. de vergaande wettelijke veronderstelling dat alle goederen die op enig moment tijdens een periode van zes jaar voorafgaand aan de procedure in het bezit zijn van de veroordeelde, de vruchten zijn van handel in drugs, tenzij de veroordeelde het tegendeel kan aantonen; b. het feit dat het bevel zich richt tegen de opbrengsten en niet gelimiteerd is tot de eigenlijke verrijking; c. de bevoegdheid van de rechter om de hoogte van het bedrag af te laten hangen van de mate van schuld en de mogelijkheid tot het opleggen van vervangende hechtenis.

³⁰ Zie uitgebreid Van Dijk e.a., *Theory and Practice of the ECHR*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2006, p. 544-545.

³¹ EHRM 21 februari 1984, NJ 1988, 937, (m.nt. Alkemade), AA 1985, p. 145 e.v. (*Öztürk/Duitsland*; m.nt. Swart).

³² Michiels en De Waard schrijven hierover dat dat het er bij strafsancities om gaat dat een afschrikkende werking een 'objectief beoogd' gedragseffect is. Herstelsancities kunnen dat afschrikkende effect weliswaar ook hebben, maar dat is niet 'eigen' aan herstelsancities: F.C.M.A. Michiels & B.W.N. de Waard, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 13.

en punitieve sancties, een onderscheid dat trouwens het hof in dezelfde zin niet hanteert. Om te beoordelen of een sanctie reparatoir of punitief is, wordt gekeken naar het oogmerk waarmee de sanctie is opgelegd. Reparatoire sancties hebben aldus met name tot preventief doel normschendingen te voorkomen of ongedaan te maken. Anders gezegd: zij zijn gericht op herstel van de rechtmatige toestand. De wetgever en de regering hebben over respectievelijk de Wet Bibob en het wetsvoorstel Bestuurlijke maatregelen aangegeven dat dit reparatoire sancties zijn. Zoals gezegd heeft de Afdeling zich hier voor het Bibob-instrumentarium bij aangesloten. De punitieve sancties zien met name op de bestraffing van de overtreder (repressie en bijbrengen van normbesef). Bij die laatste sancties speelt het leedtoevoegend karakter een belangrijke rol. Bij de 'zuivere' strafsancie geldt naast leedtoevoeging de generale (en speciale) preventie. Daarbij speelt ook nog het vergeldingsmotief. Deze motieven zouden voor de onderhavige instrumenten niet gelden.

Zoals een van de preadviseurs van de Jonge VAR ook stelt, brengt het oogmerk criterium de nodige problemen met zich. De vraag kan gesteld worden om wiens oogmerk het gaat en hoe dit achterhaald dient te worden.³³ Bij intrekkingsbesluiten, een bevoegdheid die in zowel de Wet Bibob en het wetsvoorstel Bestuurlijke maatregelen voorkomt, staat het (objectieve) oogmerk niet vast en zal dit afhangen van de omstandigheden van het geval. Hierbij kan de duur van de intrekking een aanwijzing vormen voor het karakter van de opgelegde sanctie. Indien de verwijtbaarheid van betrokkene een rol speelt, kan dit een aanwijzing zijn dat het een punitieve sanctie betreft.³⁴ Er kan dan ook niet zonder meer gesteld worden dat de intrekkingsbevoegdheden uit de Wet Bibob en het wetsvoorstel Bestuurlijke maatregelen reparatoir bedoeld zijn. Gesteld kan weliswaar worden dat met de intrekking voorkomen wordt dat verdere overtreding plaatsvindt. Ook valt te redeneren dat met het intrekken van de beschikking 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 of de betrokkenheid bij terrorisme zou faciliteren – hersteld

worden. Echter, of er geen leedtoevoegende elementen zijn, zal van geval tot geval bekeken moeten worden. Onzes inziens is van leedtoevoeging sprake als een sanctie verder gaat dan noodzakelijk is voor het herstellen van een rechtmatige toestand.³⁵ Dan lijkt toch geen sprake meer te zijn van een zuiver reparatoir karakter van een sanctie. Ook kan hierbij worden gedacht aan bestuursrechtelijke sanctiëring die leidt tot een grotere financiële belasting van de overtreder die aanzienlijk groter is dan het bedrag dat een bestuursorgaan nodig zou hebben ter compensatie van het onrechtmatig handelen of het herstellen van de rechtmatige toestand.

Zoals gezegd, heeft de Afdeling voor het beantwoorden van de vraag of het toepassen van het Bibob-instrumentarium als *criminal charge* aangemerkt moet worden, grote waarde gehecht aan het oogmerk van de Bibob-wetgever. Uit het bovenstaande blijkt dat deze benadering voor onduidelijkheden kan zorgen. Ook jurisprudentie van het hof laat dit blijken. Het hof heeft de intrekking van een rijbewijs als *criminal* van aard geoordeeld, ofschoon het Zweedse recht die als bestuursrechtelijk had gekwalificeerd. Daarbij liet het hof zwaar meewegen dat de intrekking van het rijbewijs niet alleen als doel had de verkeersveiligheid te beschermen, maar ook leedtoevoegende elementen kende. Het hof had dat onder meer afgeleid uit het grote tijdsverloop tussen het moment van overtreding en intrekking. Wat ons vooral opvalt, is dat het hof expliciet overweegt, dat de zwaarte van de bewuste maatregel – een intrekking voor de duur van achttien maanden – op zichzelf beschouwd – zo significant is dat hij is te duiden als een '*criminal*' sanctie, dus zelfs los ervan gezien dat het een gevolg is van de strafrechtelijke veroordeling.³⁶ Verderop komen we nog terug op het criterium van de zwaarte van de sanctie. Er is meer 'rijbewijs-jurisprudentie' van het hof en die komt er in de kern op neer dat indien een intrekking onmiddellijk volgt op een overtreding en de maatregel niet te zwaar is (in de zin van looptijd), er sprake kan zijn van een reparatoire sanctie, dus geen *criminal charge*.³⁷ Indien die maatregel in een voorkomend geval bijzonder zwaar is, kan dat weer wel tot het aannemen van een *criminal charge* leiden.³⁸ Bij een aanzienlijk tijdsverloop tussen de overtreding en de in-

trekking wordt ook aangenomen dat die maatregel tevens is gericht op leedtoevoeging c.q. een kwalificatie als *criminal*.

Verder speelt in het kader van het tweede criterium nog een rol dat het feit dat voor een bepaalde bestuursrechtelijke maatregel geen verwijtbaarheid van de betrokkene vereist is, zoals bij de Wet Bibob en het wetsvoorstel Bestuurlijke maatregelen, nog niet met zich brengt dat daarmee geen sprake zou kunnen zijn van een punitieve sanctie.³⁹

³³ F.M.J. den Houdijker, 'Rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties: een bron van spanning?', in: F.M.J. den Houdijker, S.K. Gabriël & J.A.M.A. Sluysmans, *Bestuurlijke punitieve sancties* (Jonge VAR-reeks 4), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006, p. 26-27. Michiels & De Waard geven aan dat het niet het (subjectieve) oogmerk van de oplegger maar de (objectieve) strekking van een sanctie bepalend is voor haar al dan niet bestraffende karakter: F.C.M.A. Michiels & B.W.N. de Waard, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 130.

³⁴ F.M.J. den Houdijker, 'Rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties: een bron van spanning?', in: F.M.J. den Houdijker, S.K. Gabriël & J.A.M.A. Sluysmans, *Bestuurlijke punitieve sancties* (Jonge VAR-reeks 4), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006, p. 26-27 en de daar genoemde jurisprudentie. In dit verband valt ook de jurisprudentie over de intrekking van de APK-keuringsbevoegdheid te noemen. In ABRvS 2 november 2005, AB 2006, 20 (m.nt. Michiels) is de Afdeling teruggekomen van eerdere jurisprudentie, inhoudende dat van een bestraffende sanctie sprake is. Dit illustreert de onduidelijkheden omtrent de aard van de intrekking van een beschikking.

³⁵ Aldus ook: C.L.G.F.H. Albers, 'Bestuurlijke boete in de gemeentelijke praktijk; straffen en gestraft worden', *Gst.* 2002, 7176, p. 639.

³⁶ EHRM 13 december 2005, AB 2006, 285 (m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik), EHRC 2006, 29 (Nilsson/Zweden; m.nt. Alders).

³⁷ EHRM 24 september 1997, JB 1997, 282 (*Garryfallou/Griekenland*; m.nt. Heringa); EHRM 28 oktober 1999, EHRC 1999, 6 (*Escoubet/België*; m.nt. Albers).

³⁸ EHRM 21 december 2000, zaak 36887/97 (*Quinn/Ierland*).

³⁹ EHRM 29 augustus 1997, zaak 75/1996/694/886 (*E.L., R.L. and J.O.-L./Zwitserland*).

5.4. Vergelijkbare strafrechtelijke maatregelen (ad. 2)

Mogelijk is in verband met het tweede criterium ook nog een relevante omstandigheid voor het hof dat de strafrechter maatregelen op kan leggen die vergelijkbaar zijn met de hier aan de orde zijnde mogelijkheden om beschikkingen te weigeren of in te trekken.⁴⁰ Zie in dit verband de mogelijkheid van de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel (art. 36e Sr)⁴¹, de verbeurdverklaring (art. 33 e.v. Sr), onttrekking aan het verkeer (art. 36b e.v. Sr) en de bijkomende straffen en maatregelen als bedoeld in de Wet Economische Delicten (WED), waarbij bijvoorbeeld op grond van art. 7 sub c een onderneming geheel kan worden stilgelegd voor een tijd van ten hoogste één jaar. Eveneens kan op grond van de WED als bijkomende straf worden bepaald dat een veroordeelde bijvoorbeeld voor de tijd van ten hoogste twee jaren geen gebruik meer mag maken van de hem reeds verleende of nog te verlenen vergunning of ontheffing (zie art. 7 sub f WED).

Als het gaat om de mogelijkheden om aan personen een gebiedsverbod, persoonsverbod of een meldingsplicht op te leggen in het kader van het wetsvoorstel Bestuurlijke maatregelen kan worden gedacht aan de verwijderingsbevelen (zie art. 184 Sr) en art. 26 en 33 WED. Een dergelijke gelijkenis met strafrechtelijke equivalenten levert evenwel volgens ons in dit verband – zoals wij hiervoor al hebben uiteengezet – geen *criminal charge* op.

In dit kader is ook de door Albers gesignaleerde 'Etikettenschwindel'⁴² interessant: de indruk kan bestaan dat de Nederlandse wetgever zoveel mogelijk administratieve sancties probeert te kwalificeren als reparatoir in plaats van punitief om zo geen verhoogde rechtsbescherming te behoeven bieden.⁴³

De verwevenheid en het verwantschap met het strafrecht bestaat niet alleen uit de zojuist bedoelde, met elkaar vergelijkbare sancties, dus in materieel opzicht, maar ook op een formeel gebied, als we bijvoorbeeld de rol van het Openbaar Ministerie (OM) hier in aanmerking nemen. Zo vervult het OM bij de uitvoering van de Wet Bibob een spilfunctie. In art. 26 van die wet is de zogeheten 'tipfunctie' van het OM neergelegd: de bevoegdheid van de officier van justitie om bestuursorganen te attenderen op de wenselijkheid om een Bibob-advies aan te vragen. Verder mag in-

gevolge art. 27 lid 2 en 3 Wet Bibob de officier van justitie gegevensverstrekking aan het Bureau Bibob tegenhouden, indien daaraan een zwaarwegend strafvorderlijk belang in de weg staat. Daarnaast biedt art. 14 lid 2 van deze wet grondslag voor een aanwijzing van een landelijke officier van justitie die Bibob-adviezen zal controleren op gegevens die niet ter kennis van betrokkenen mogen worden gebracht in verband met een zwaarwegend strafvorderlijk belang. Aldus kan het OM zelfs de inhoud van Bibob-adviezen (indirect) mede bepalen. In het kader van de Wet bestuurlijke maatregelen zal informatie van overheidsdiensten, zoals de AIVD, het OM en de politie (in het bijzonder KLPD) kunnen dienen ter onderbouwing van het opleggen van een bestuurlijke maatregel. In de memorie van toelichting bij deze wet staat bijvoorbeeld te lezen dat de maatregelen nauw verband houden met het strafrecht, waardoor de betrokkenheid van de Minister van justitie is vereist.⁴⁴ Dit lijkt exemplarisch voor het verschijnsel in ons land waarbij strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving steeds meer in elkaar overlopen. De grenzen tussen bestuurlijke sancties en 'zuiver' strafrechtelijke sancties lijken steeds meer te vervagen. De elementen uit deze wetgevingsproducten lijken met het oog op art. 6 lid 2 EVRM tot spanning te kunnen leiden.⁴⁵

5.5. Aard en de zwaarte van de maatregel (ad. 3)

Bij het derde criterium dat het hof hanteert is het karakter en ingrijpendheid van de maatregel aan de orde. Ofschoon met een maatregel geen leedtoevoeging of afschrikking is beoogd, kan die maatregel toch nog onder het bereik van art. 6 lid 2 EVRM vallen. Daarbij kan bijvoorbeeld van belang zijn dat het gaat om feiten die op een strafblad kunnen worden vermeld.⁴⁶ Bij het beoordelen van de zwaarte laat het hof ook wel het effect van de maatregel meewegen. Verder kan volgens het hof de intrekking van een vergunning in bepaalde gevallen als een '*severe measure*' worden beschouwd.⁴⁷ Het hof heeft in de

kende met name gewicht toe aan de zwaarte van de maatregel, maar achtte het tevens van belang dat er een strafrechtelijk equivalent bestond in de vorm van een geldboete.

⁴¹ Hierbij is vermeldenswaardig dat het hof op 1 maart 2007 (EHRM 2007, 61, NJ 2007, 349 (Geerings/Nederland: m.nt. Borgers)) op dit punt een Nederlandse verdragschending (art. 6 lid 2 EVRM) heeft aangenomen. De uitspraak komt erop neer dat de ontnemingsmaatregel niet geschikt is om te worden toegepast op vermogensbestanddelen waarvan niet bekend is dat zij in het bezit van de betrokkenen zijn geweest. Dat geldt temeer als de maatregel tevens strafbare feiten betreft waarvan de betrokkene is vrijgesproken. Indien niet zonder enige twijfel is vast komen te staan dat de betrokkene de strafbare feiten heeft gepleegd en als evenmin het feit kan worden vastgesteld dat daadwerkelijk voordeel is verkregen, kan de maatregel slechts gebaseerd zijn op een vermoeden van schuld, wat niet verenigbaar is met art. 6 lid 2 EVRM.

⁴² C.L.G.F.H. Albers, 'Etikettenschwindel' in het administratieve sanctierecht', NJB 2001, p. 1157 e.v.; C.L.G.F.H. Albers, 'De bestuurlijke boete in de gemeentelijke praktijk: Straffen en gestraft worden', Gst. 2001/7176, 1. In gelijke zin: de annotatie van T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik bij EHRM 13 december 2005, AB 2006, 285, p. 1341 (Nilsson/Zweden).

⁴³ Kamerstukken II 2005/06, 30 566, nr. 3, p. 20. Wij hebben in de parlementaire geschiedenis overigens niet kunnen lezen waarom er in het kader van de Wet bestuurlijke maatregelen geen taak voor het Landelijke Bureau Bibob zou kunnen zijn weggelegd.

⁴⁴ In de literatuur is op dit spanningsveld al diverse malen gewezen. Koetser rept in dit verband zelfs van een onaanvaardbare vermenging van bestuurs- en strafrecht: M.B. Koetser, 'De Wet BIBOB, een bestuursrechtelijk wangedrocht', NJB 2001, p. 60 e.v. Zie verder: M. Snoep & J.J.A.W. Plomp, 'De Wet Bibob: integriteitsinstrument of risicofactor?', NTB 2003, p. 278 e.v.; R.G.T. Bleeker, 'De Wet BIBOB', BR 2003, p. 95 e.v.; S.C. Brackman & N.A.M. Geeraerts, 'Wet BIBOB. De haken en ogen voor overheid en burger', BR 2203, p. 885; G.H. Addink, 'Wet Bibob: Een wankel evenwicht tussen preventieve handhaving en recht?', JBplus 2007, p. 59 e.v. Meer over de Wet Bibob: J. Struiksma, 'Bibob: voltrefler of afzwaaijer?', NTB 2000, 9, p. 265 e.v.; T.J. van der Reijt, 'De Wet BIBOB: de aanstaande praktisering van een geforceerd wetgevingsproduct', Gst. 2003, 7186, p. 285; R.W. Veldhuis, 'De Wet Bibob, een tussenstand', NJB 2006, 27, p. 1487 e.v.; S.A.J. Munneke & J.T. de Vries, 'De Wet BIBOB: een ernstig gevaar voor de privacy?', Gst. 2006, 7252, p. 77.

⁴⁵ EHRM 21 oktober 1997, zaak 120/1996/732/938 (Pierre-Bloch).

⁴⁶ EHRM 7 juli 1989, zaak 10873/84 (Tre Traktörer Aktiebolag/Zweden). Zie ook: EHRM 24 september 1997, JB 1997, 282 (Garyfullou/Griekenland: m.nt. Heringa).

⁴⁰ De Rb. Amsterdam (24 november 2006, LJN AZ4479) beoordeelde de terugvordering van een subsidie, gelet op de aard van de onderliggende overtreding alsmede de aard en de ernst van de maatregel, als een *criminal charge*. Zie

Zweedse rijbewijszaak eigenlijk met name op basis van de zwaarte van de sanctie een *criminal charge* aangenomen.⁴⁸ Voor zover wij hebben kunnen nagaan heeft het Hof tot op heden 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 een Zwitserse zaak⁴⁹), als maatstaf gebruiken om de overtreding als strafrechtelijk te kwalificeren. Ook is het hof – gelet op de omstandigheden van het geval – tot de conclusie gekomen dat iemand door een overheidsoptreden zodanig substantieel was getroffen ('*substantially affected*') dat er sprake was van een *criminal charge*.⁵⁰ De intrekking of weigering van een vergunning brengt in feite de stillegging van de onderneming mee of een verbod om een onderneming te beginnen, zulks voor de duur van onbepaalde tijd. De weigering of intrekking van een vergunning is onder het bereik van de Wet Bibob of de Wet Bestuurlijke maatregelen in principe definitief en is bovenal zeer ingrijpend. Het kan tot beëindiging en zelfs een faillissement van de onderneming leiden. Daarbij knelt het dan nog eens extra wanneer een dergelijke ingrijpende bestuursrechtelijke maatregel (al dan niet grotendeels) op vermoedens steunt. We willen hier wel een nuancering bij maken. Wanneer de beschikking van betrokkene ingetrokken of geweigerd wordt, staat het hem vrij maatregelen te treffen die het gevaar voor strafbare feiten of terrorisme kunnen verminderen of opheffen. Te denken valt bijvoorbeeld aan het ontvlechten van een zakelijk samenwerkingsverband met een verdachte crimineel of criminele organisatie. Wanneer betrokkene geen deel meer uitmaakt van dat samenwerkingsverband kan dit gevolgen hebben voor de mate van gevaar. Betrokkene kan in dat geval een nieuwe beschikking aanvragen. Voorwaarde zal wel zijn dat de feiten en omstandigheden zodanig gewijzigd zijn, dat hem niet art. 4:6 lid 2 Awb tegenworpen kan worden. In dit verband is interessant dat maatregelen op grond van de Wet Bibob of in de toekomst van de Wet Bestuurlijke maatregelen ook gebaseerd kunnen zijn op een vermoeden van strafbare feiten gepleegd door betrokkene. Zelfs na een strafrechtelijke vrijspraak kan volgens de regering in het kader van

de Wet Bestuurlijke maatregelen aanleiding bestaan om de bewegingsvrijheid van een vrijgesproken verdachte met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid tijdelijk te beperken.⁵¹ Het is onduidelijk of, en zo ja in hoeverre, ontslag van alle rechtsvervolging of vrijspraak in een strafzaak, zulks na een Bibob-besluit of bestuurlijke maatregel, gewijzigde omstandigheden opleveren om opnieuw een vergunning of subsidie te kunnen verkrijgen. Hetzelfde geldt voor een Bibob-besluit of bestuurlijke maatregel, indien na een veroordeling van betrokkene in eerste aanleg, een strafrechterlijke uitspraak wordt vernietigd en een vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolging volgt.

5.6. Inbreuk eigendomsrecht (ad. 3)

Als mogelijk aanknopingspunt om een *criminal charge* op grond van het derde criterium aan te nemen, zien wij ook de omstandigheid dat het intrekken van een beschikking in bepaalde gevallen aangemerkt kan worden als een inbreuk op het eigendomsrecht, vastgelegd in art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM (EP).⁵² Dit artikel spreekt over '*possessions*' dat volgens jurisprudentie van het hof niet beperkt blijft tot stoffelijke zaken.⁵³

Ook een vergunning kan als *possession* aangemerkt worden, afhankelijk van de vraag of de vergunning een economische waarde vertegenwoordigt. Hierbij moet volgens het hof gekeken worden of de vergunning redelijke en legitieme verwachtingen te weegbrengt, naar de duur van de vergunning en naar de mogelijkheid voordeel te ontfangen aan het uitoefenen van de vergunde activiteit.⁵⁴ Het hof heeft al eens bepaald dat de intrekking van een vergunning van een restaurant aan te merken viel als een inbreuk op het eigendomsrecht. Van belang was in die zaak dat de vergunning die nodig was om te restaurant te exploiteren en dat de vergunninghouder gerechtvaardigd mocht verwachten dat de vergunning behouden zou blijven, zolang er geen sprake was van overtreding van de voorschriften. De intrekking van de vergunning zou nadelige gevolgen hebben voor de waarde en *goodwill* van het restaurant.⁵⁵

Mogelijk valt de intrekking van een vergunning op grond van één van de hier besproken wetten, aan te merken

als een inbreuk op het eigendomsrecht, al dan niet gerechtvaardigd. Geredeneerd zou dan kunnen worden dat betrokkene *substantially affected* raakt. Ook via *what was at stake*, eigendom dus, valt in die richting te redeneren. Een maatregel die inbreuk maakt op het eigendomsrecht kan dan wellicht als *sufficiently severe* worden aangemerkt.

5.7. Onderscheid weigering of intrekking beschikking (ad. 3)

Het zal bij de toepassing van het derde criterium van belang zijn of het gaat om de intrekking of de weigering van een beschikking. Bij de intrekking van een beschikking is betrokkene reeds in bezit van de beschikking, op basis waarvan hij bepaalde handelingen mag verrichten of activiteiten mag ondernemen. Wanneer die beschikking ingetrokken wordt zal hij eerder *substantially affected* zijn. Wanneer hij de beschikking nog niet in zijn bezit heeft, en dus ook nog geen handelingen mag verrichten op basis van die beschikking, en de beschikking wordt hem geweigerd, dan is dit minder ingrijpend. Hij mocht nog niet handelen op basis van die beschikking en mag dat nu nog steeds niet.

⁴⁸ EHRM 13 december 2005, AB 2006, 285 (m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik), EHRC 2006, 29, p. 266-278 (Nilsen/Zweden).

⁴⁹ EHRM 3 mei 2001, zaak 31827/96, EHCR 2001, 45, BNB 2002/26, AB 2002, 343 (J.B./Zwitserland, m.nt. Jansen & Luchman).

⁵⁰ EHRM 21 december 2000, zaak 36887/97 (Quinn/Ierland).

⁵¹ Kamerstukken II, 2005/06, 30 556, nr. 3, p. 3.

⁵² Zie ook G.H. Addink, 'Wet Bibob: een wankel evenwicht tussen preventieve handhaving en recht', *JBplus* 2007, p. 72. Hij gaat in op de toepasselijkheid van art. 1 EP op de intrekking van een vergunning en legt hierbij een verband met de mogelijke bestuursaansprakelijkheid.

⁵³ EHRM 23 februari 1995, serie A-306B (*Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH/Nederland*).

⁵⁴ EHRM 12 juli 2001, zaak 42527/98 (*Prince Hans-Adam II of Liechtenstein/Duitsland*); EHRM 26 juni 1986, NJ 1987, 581, (*Van Marle e.a./Nederland*; m.nt. Alkema).

⁵⁵ EHRM 7 juli 1989, zaak 10873/84 (*Traktörer Aktiebolag/Zweden*); EHRM 18 februari 1991, Series A vol. 192 (*Fredin/Zweden*).

5.8. Verhouding tweede en derde criterium

Het is niet helemaal duidelijk hoe het tweede en het derde toetsingscriterium van het hof zich tot elkaar verhouden. Veelal past het hof hen in hun onderlinge samenhang toe. Indien 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 al daarom als *criminal charge* aangemerkt moet worden. De criteria worden door het hof doorgaans alternatief en zelden cumulatief toegepast.⁵⁶

5.9. Toetsing van het hof

Bij de eerder genoemde Bibob-zaak die nu aanhangig is bij het hof zal ook de vraag spelen of het hof abstract dan wel concreet toetst. Bij een abstracte toets gaat het uitsluitend om de toepassing van het systeem, waarbij achter de casuspositie van een klager een grote groep vergelijkbare gevallen schuilt. De inzet is dan of de Wet Bibob ten gronde onjuist is en het hof ervoor zal opteren om de daad van wetgeving als één rechtshandeling aan te merken die in haar totale omvang op proportionaliteit wordt getoetst. Het hof lijkt dan te onderzoeken of de wet tot willekeur kan leiden als het om de effecten gaat en als zodanig tot disproportionele gevolgen leidt. Aan de andere kant kan het hof ook een louter concrete en individuele proportionaliteitstoets in een individueel geval uitvoeren, waarbij dan wel sprake moet zijn van een direct verband tussen concrete feiten en (op onderdelen) een verdragsschending. Hierbij bekijkt het hof of in het concrete geval een uitvoeringshandeling op grond van die wet of niet door de beugel kan. Overigens neigt het hof, voor zover wij kunnen nagaan, naar een concrete toetsing.⁵⁷

6. Rechterlijke toetsing

Wanneer de toepassing van het Bibob-instrumentarium een *criminal charge* blijkt te zijn, heeft dit gevolgen voor de rechterlijke toetsing. Zoals gezegd vereist dit *full jurisdiction*, waarbij een volledige evenredigheidstoets ten aanzien van de zwaarte van de straf dient plaats te vinden.

6.1. Huidige rechterlijke Bibob-toetsing

De huidige rechterlijke toets in Bibob-zaken voldoet hier zeker niet aan. Uit de voorhanden zijnde Bibob-jurisprudentie, met name afkomstig van rechtbanken, blijkt dat bestuursrechters het gebruik van het Bibob-instrumentarium marginaal toetsen. Hierbij dienen drie fases uit de Bibob-procedure die aan een rechterlijke toets onderworpen kunnen worden, onderscheiden worden: de adviesaanvraag, de (vaststelling van de) mate van gevaar en de intrekking of weigering van de beschikking.

Ten eerste toetst de bestuursrechter de vraag of het bestuursorgaan terecht is overgegaan tot een adviesaanvraag bij Bureau Bibob marginaal, aangezien dit een discretionaire bevoegdheid betreft.⁵⁸ De Voorzieningenrechter Maastricht heeft hier in een overweging ten overvloede over aangegeven dat niet valt in te zien waarom de inhoud van een ten onrechte aangevraagd advies buiten beschouwing gelaten zou moeten worden. Wanneer uit dit advies ernstige bezwaren blijken, kan volgens die voorzieningenrechter overigens moeilijk worden volgehouden dat het advies ten onrechte is aangevraagd.⁵⁹ Ons is één zaak bekend waarin de rechter oordeelde dat onvoldoende rechtvaardiging aanwezig was voor de adviesaanvraag. Dit betrof een Arnhemse zaak waarin de burgemeester diverse signalen kreeg dat criminele gelden voor de financiering van een café zouden zijn gebruikt. Deze signalen kon hij echter niet concretiseren. Volgens de rechter deed de samenhang met het vermeende drugsverleden van betrokkene niets af aan zijn oordeel dat de adviesaanvraag onrechtmatig was, aangezien dit drugsverleden dateerde uit 1995 en betrokkene hiervoor nooit veroordeeld is.⁶⁰

Ten tweede dient de rechter na te gaan of het bestuur zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat een ernstig gevaar aanwezig is. De lijn in de rechtbankjurisprudentie lijkt hierbij te zijn dat een bestuursrechter vol toetst of het bestuursorgaan terecht het standpunt heeft ingenomen dat de door het Bureau Bibob vastgestelde feiten de inhoud van het advies kunnen dragen. De vergewisplicht van het bestuursorgaan – de plicht om zich ervan te vergewissen dat het onderzoek naar de feiten en gedragingen zorgvuldig is tot stand gekomen en

dat het advies inhoudelijk concludent is – wordt dus vol getoetst.⁶¹ Dit betekent niet dat de rechter ook de mate van gevaar vol toetst, hoewel dit bijvoorbeeld in een Haagse zaak wel gebeurde.⁶² Het Bureau Bibob is een adviseur in de zin van de Awb, wat betekent dat het bestuursorgaan in beginsel mag afgaan op de juistheid van het advies. Hierbij wordt van belang geacht dat het bestuursorgaan de feitelijke juistheid van de verkregen informatie slechts zeer beperkt kan toetsen.⁶³ Wanneer twijfel bestaat over de (inhoud van de) broninformatie, bijvoorbeeld omdat betrokkene die informatie gemotiveerd bestreden heeft, zal het bestuursorgaan nader advies moeten vragen aan Bureau Bibob.⁶⁴ Ten derde dient de rechter de daarop volgende belangenafweging te toetsen bij de vraag of de vastgestelde mate van gevaar in het concrete geval, gelet op de betrokken belangen, evenredig is met een weigering of intrekking van de beschikking. Dit is

⁵⁶ EHRM 24 september 1997, *JB* 1997/282 (*Garyfallau/Griekenland*; m.nt. Heringa); EHRM 25 augustus 1987, zaak 9912/82, *NJ* 1988, 939 (*Lutz/Duitsland*; m.nt. Alkema).

⁵⁷ Meer hierover uitgebreid: F.M.C. Vlemminx, Hirst en Broniowski, 'De tandem waarmee het EHRM de nationale wetgever in de wielen rijdt?', *NJB* 2007, 6, p. 322 e.v. Voor een uitgebreide versie van het artikel: www.njb.nl. Hij lijkt van oordeel te zijn dat een abstracte en concrete proportionaliteitstoets in principe tot dezelfde uitkomst leiden.

⁵⁸ Onder meer Rb. Dordrecht, 11 mei 2007, *LJN* BA7496.

⁵⁹ Rb. Maastricht, 27 maart 2006, *LJN* AV7143.

⁶⁰ Rb. Arnhem, 2 mei 2007, *LJN* BA5079.

⁶¹ Onder meer Rb. Assen 9 maart 2007, *LJN* BA1114; Rb. Dordrecht 11 mei 2007, *LJN* BA7496; V.z. Rb. Groningen, 17 april 2007, *LJN* BA3154; V.z. Rb. Amsterdam, 6 juni 2006, *Gst.* 2006, 153 (m.nt. Van den Berg); Rb. 's-Gravenhage, 21 maart 2005, *LJN* AS9631.

⁶² Rb. Den Haag, 19 oktober 2005, *LJN* AU6036. Aldus ook G.H. Addink, 'Wet Bibob: Een wankel evenwicht tussen preventieve handhaving en recht?', *JBplus* 2007.

⁶³ Rb. Amsterdam, 1 mei 2006, *LJN* AX5855.

⁶⁴ Onder meer Rb. Assen, 9 maart 2007, *LJN* BA1114; V.z. Rb. Groningen, 17 april 2007, *LJN* BA3154; V.z. Rb. Amsterdam 6 juni 2006, *Gst.* 2006, 153 (m.nt. Van den Berg).

een discretionaire bevoegdheid die door de bestuursrechters marginaal wordt getoetst.⁶⁵

6.2. Strengere eisen aan motivering?

Gezien recente jurisprudentie lijkt het erop dat bestuursrechters enigszins minder marginaal zijn gaan toetsen of een weigering of intrekking van een beschikking genoegzaam kan worden gedragen door de in een Bibob-advies beschreven feiten en omstandigheden. Er lijken in dit verband wat zwaardere eisen aan de motiveringsplicht van bestuursorganen te worden gesteld.⁶⁶ Hieronder noemen we twee zaken ter illustratie.

In een Dordrechtse⁶⁷ zaak ging het om het gebruik van zogenoemde 'zachte informatie'. In die zaak betrof het een registratie van betrokkenen in het register zware criminaliteit, waarin stond dat zij zich bezig hielden met handel in harddrugs. De rechter was van oordeel dat dit een onvoldoende overtuigende onderbouwing voor een ernstig vermoeden van ernstig gevaar vormde. De rechter achtte van belang dat de gegevens van zo een registratie niet altijd betrouwbaar zijn. De politie had in die zaak verklaard dat de registratie betrouwbaar was. De rechtbank oordeelde desondanks dat uitsluitend zo veel gewicht aan de registratie mag worden toegekend indien deze ondersteund wordt door veroordelingen, transacties, of opsporings- en vervolgingsacties die in hetzelfde vlak liggen als de feiten volgens de registratie.

In een Groningse zaak⁶⁸ was de voorzieningenrechter van oordeel dat het bestuursorgaan geen genoegen had mogen nemen met de summierre beantwoording van Bureau Bibob op nadere vragen van het bestuursorgaan. De vragen waren gesteld naar aanleiding van twijfel die was gerezen over de (inhoud van de) in het advies gebruikte bronnen, aangezien betrokkene die uitvoerig en gemotiveerd had bestreden. Volgens de voorzieningenrechter had het bestuur zich er onvoldoende van vergewist dat het onderzoek naar de van belang zijnde feiten op zorgvuldige wijze tot stand was gekomen.

Met deze lijn in de rechtspraak kunnen wij ons verenigen. Zoals gezegd, het is nog onduidelijk of de toepassing van het Bibob-instrumentarium aangemerkt moet worden als een *criminal charge*. Volgens ons moet met

deze mogelijkheid echter zeker rekening worden gehouden. Daar komt bij dat het Bibob-instrumentarium zeer ingrijpend is. Gezien deze twee omstandigheden pleiten wij er voor de rechter strengere eisen aan de motivering van en zorgvuldigheid rond het besluit te laten stellen. Op dit punt lijkt een spanningsveld te kunnen spelen tussen de (strengere) motiveringsplicht (kenbare motivering volgens art. 3:47 Awb) en de geheimhoudingsplicht ex art. 28 lid 2 Wet Bibob.⁶⁹ Van belang is nog te wijzen op de Evaluatie van de Wet Bibob.⁷⁰ Ofschoon in de literatuur dat spanningsveld wel wordt gesignaleerd en er volgens ons in de praktijk soms ook mee geworfeld wordt, komt het bij deze evaluatie niet met zoveel woorden aan de orde. Wellicht zou de wetgever zich op dit onderdeel toch moeten herbezinnen.⁷¹

6.3. Ex nunc toets?

Mogelijk zou in de rechterlijke toetsing van Bibob-besluiten en in de toekomst voor de intrekkingen of weigeringen op grond van de Wet Bestuurlijke maatregelen ook een beperkte ex nunc toets passen. Hierbij merken we op dat ons geen Hof-jurisprudentie bekend is die bepaalt dat *full jurisdiction* dit vereist.⁷² Wel is een Bibob-uitspraak van de Afdeling die mogelijk in deze richting wijst. De Afdeling lijkt dit in haar uitspraak van 24 mei 2006⁷³ gewicht toe te kennen aan omstandigheden die zich na de beslissing op bezwaar hadden voorgedaan. De Afdeling achtte het in die zaak voor de aanwezigheid van ernstig gevaar voldoende dat betrokkene ten tijde van de besluitvorming werd vervolgd en dat zij inmiddels ook veroordeeld is. Dit gegeven, in samenhang met de aard van een zakelijk samenwerkingsverband waarvan betrokkene deel uitmaakte, achtte de Afdeling voldoende om de vergunning te weigeren. Kennelijk liet de Afdeling de veroordeling die na de besluitvorming plaatsvond wel een rol spelen. Onduidelijk is nog of dit inderdaad de weg is die de Afdeling definitief zal inslaan.

Mocht dit zo zijn, dan kan de beperkte ex nunc toets uit het wetsvoorstel Bestuurlijke maatregelen mogelijk als voorbeeld dienen. Het wetsvoorstel kent een beperkte ex nunc toets ten aanzien van opgelegde bestuurlijke maatregelen. Ook feiten en omstandigheden die zijn voorge-

⁶⁵ Onder meer Rb. Amsterdam, 1 mei 2006, *LJN* AX5855; Rb. Roermond, 22 december 2004, *LJN* AU0458.

⁶⁶ Zie bijv. ABRvS 3 januari 2007, *Gst.* 2007, 60 (m.nt. dzz); Rb. Dordrecht 11 mei 2007, *LJN* BA 7496; Rb. Arnhem 2 mei 2007, *LJN* BA 5079; V.zr. Rb. Groningen 17 april 2007, *LJN* BA3154 en Rb. Assen van 9 maart 2007, *LJN* BA 1114, waarbij op het onderdeel van het gebruik van informatie van CIE, CJD, OM en politie de betrouwbaarheid en relevantie niet met voldoende zekerheid kon worden vastgesteld.

⁶⁷ Rb. Dordrecht 11 mei 2007, *LJN* BA 7496.

⁶⁸ V.zr. Rb. Groningen 17 april 2007, *LJN* BA3154.

⁶⁹ Snoep en Plomp vragen zich af of het aan het besluit hechten van het volledige Bibob-advies zich wel verdraagt met de strekking van art. 28 lid 2 Wet Bibob. Als een weigeringsbesluit kan worden gebaseerd op eigen onderzoek van het bestuursorgaan, kan op grond van art. 3:49 Awb in principe worden volstaan met een verwijzing daarnaar. Bij gebruikmaking van een Bibob-advies ligt dat minder eenvoudig, omdat dan in de motivering van het besluit alleen dat gedeelte van het advies mag worden opgenomen dat noodzakelijk is om het besluit te dragen. Dat vloeit uit het bepaalde in art. 28 lid 2 Wet Bibob voort: M. Snoep & J.J.A.W. Plomp, 'De Wet Bibob: integriteitsinstrument of risicofactor?', *NTB* 2003, p. 278.

⁷⁰ *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 109, nr. 1, waarbij het rapport van Berenschot 'Evaluatie Wet Bibob. Eenmeting' van 19 maart 2007 is aangeboden.

⁷¹ In dit verband wijzen wij ook op een recente Afdelingsuitspraak van 19 september 2007, nr. 200701936/1, waarin de Afdeling oordeelde dat de Wet Bibob niet toelaat dat een Bibob-advies verstrekt wordt aan de leden van een externe bezwaarschriften ex art. 7:13 Awb.

⁷² Zie ook F.C.M.A. Michiels & B.W.N. de Waard, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 83 e.v.: zij kunnen uit de jurisprudentie van het hof niet afleiden dat *full jurisdiction* de bevoegdheid van de rechter betekent om zelf in de zaak te voorzien. Eerder leek Michiels in zijn VAR-advies nog wel aan te nemen dat *full jurisdiction* de rechterlijke bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien impliceerde ('Bestuurlijke handhaving in ontwikkeling', in: *Handhaving van het bestuursrecht*, 114, Alphen aan de Rijn: Samsom 1995, p. 90-91, i.h.b. noot 296). Zie ook: R. Stijnen, 'Evenredigheidsstoetsing door de bestuursrechter', *NJB* 2003, p. 1951; O.J.D.M.L. Jansen, 'Bestuurlijke leedtoevoeging, duivenhokken en lachen zonder wetenschap. Beschouwingen naar aanleiding van drie jaar boeten en dwangsommen in het financieel bestuursrecht', *TOS* 2003, p. 63-76; J.H. Gerards, 'Het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb en het Europese recht', in: T. Barkhuysen e.a., *Europees recht effectueren*, Alphen aan de Rijn: Kluwer 2007.

⁷³ ABRvS, 24 mei 2006, *Gst.* 2006, 153 (m.nt. Van den Berg).

vallen na het nemen van het eerdere besluit of die niet vóór het besluit konden worden aangevoerd liggen ter rechterlijke toetsing voor. De voorwaarde is dat hierdoor geen strijdigheid mag bestaan met de goede procesorde. Als de wederpartij hierop nauwelijks meer kan reageren omdat het zo laat wordt ingebracht dan kan de rechter oordelen dat het niet meegenomen wordt in zijn uitspraak. Hij kan ook besluiten de zaak in zo een geval aan te houden zodat de wederpartij de tijd heeft om een standpunt in te nemen.⁷⁴

Wij wijzen erop dat een (beperkte) ex nunctoets niet noodzakelijkerwijs in het voordeel van betrokkene behoeft uit te vallen en dat zijn belangen hiermee niet per se beter beschermd worden. Zo zal een strafrechtelijke veroordeling na het bestreden besluit in het voordeel van het bestuursorgaan en in het nadeel van betrokkene werken. De ingrijpendheid van het instrumentarium, en de daarbij passende (verhoogde) rechtsbescherming, vormt wat ons betreft dan ook geen argument om bestuursrechters een (beperkte) ex nunctoets te laten uitvoeren. Wel zou betoogd kunnen worden dat de vereiste proportionaliteit tussen de sanctie en de overtreding om een dergelijke toetsing vraagt. Nieuwe feiten en omstandigheden kunnen mogelijk een ander licht op de zaak werpen en over de band van de vereiste proportionaliteits-toets een rol in de rechterlijke toetsing spelen. Dit geldt te meer wanneer het hof tot het oordeel zou komen dat de toepassing van de Wet Bibob een *crim*

inal charge is, aangezien bestuursrechters vanwege de eis van *full jurisdiction* een volledige evenredigheidstoets ten aanzien van de zwaarte van de sanctie moeten verrichten.

7. Ter afsluiting

Het is volgens ons niet uitgesloten dat het hof zal oordelen dat in de zaak Bingöl/Staat der Nederlanden sprake is van een verdragsschending. De kans dat het hof bij maatregelen op grond van de Wet Bestuurlijke maatregelen zal komen tot een verdragsschending achten wij minder groot, behoudens voor zover het gaat om de bij die wet gestelde uitbreiding van het Bibob-instrumentarium. Voor de vraag of, en zo ja in hoeverre, bij de bedoelde bestuurlijke maatregelen als intrekking of weigering van een vergunning sprake kan zijn van een *criminal charge* met alle gevolgen van dien, is uiteindelijk nog uit te maken door het hof. Intussen lijkt het erop dat de bestuursrechters over de band van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4 lid 1 en lid 2 Awb) alsmede het motiveringsbeginsel (art. 3:46 Awb) besluiten die zijn gebaseerd op de Wet Bibob (zoals de weigering en/of intrekking van vergunningen) indringender zijn gaan toetsen, waar het gaat om de bestuurlijke beoordeling van (vermoedens van) strafbare feiten in een Bibob-advies. Een marginale toetsing van die feiten door louter te verwijzen naar de

inhoud van een Bibob-advies (zie art. 3:49 Awb) lijkt voor de bestuursrechter niet (meer) voldoende. Kortom: wij staan die meer indringende toetsing door de bestuursrechter voor. Daarmee wordt ook het signaal vanuit de bij de Evaluatie van de Wet Bibob⁷⁵ bedoelde 'wetenschap' opgepakt, namelijk dat de reikwijdte van de toetsingsbevoegdheid van de bestuursrechter in Bibob-procedures onvoldoende duidelijk zou zijn en de bestuursrechter minder hoge eisen stelt aan bijvoorbeeld het gevaar van criminele facilitering, dan de strafrechter pleegt te doen ten aanzien van de schuldvraag.

⁷⁴ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 566, nr. 3, p. 51. We merken hierbij wel op dat wij in de parlementaire geschiedenis niet hebben kunnen achterhalen wat de reden is van deze beperkte ex nunctoets. Mogelijk heeft dit te maken met de omstandigheid dat de bezwaarfase wordt overgeslagen in de procedure naar aanleiding van het opleggen van een bestuurlijke maatregel. Een volledige, ex nunc heroverweging door het bestuursorgaan ontbreekt dan ook. Vgl. in dit verband ook het wetsvoorstel vierde tranche: *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 702, nr. 2, p. 18. Daarbij wordt in een art. 8:72a Awb voorgesteld de bestuursrechter naar komend recht te verplichten om bij vernietiging van een boetebesluit zelf in de zaak te voorzien. De rechter zou dan kunnen bepalen dat zijn uitspraak in zoverre in de plaats zou kunnen treden van een door hem vernietigd boetebesluit. Zo neemt hij dus zelf een beslissing over het opleggen van een boete.

⁷⁵ Rapport van Berenschot 'Evaluatie Wet Bibob. Eenmeting', 19 maart 2007, p. 68.