

ABRvS 16 januari 2008, LJN: BC2136, zaaknr. 200608213/1

<http://www.rechtspraak.nl/ljn.asp?ljn=BC2136>

Artt.:6:13en3:15Awb,8.1en8:10,lid3en4,Wm,
3, 9, lid 1, 28 en 33, lid, 1, 2 en 3, Wet Bibob

Trefw.: milieuvergunning, zienswijzen, besluitonderdeel, beroepsgronden, Wet Bibob, discretionaire bevoegdheid, beleidslijn, indicatoren, Bibob-intake en –screening, geheimhoudingsplicht, samenwerkingsverband, ernstig gevaar, faillissementsfraude, bestuurdersaansprakelijkheid, valsheid in geschrift, evenredigheid, motivering, betrouwbaarheidstoetsing.

Samenvatting

Deze uitspraak betreft de weigering van een vergunning ex artikel 8.1 Wet milieubeheer inzake oprichting en inwerking hebben van een biomassacentrale in Nederweert. De vergunning is geweigerd op grond van de artikel 8.10, lid 3, Wm jo. artikel 3 Wet Bibob.

Met betrekking tot de door verweerder gestelde niet-ontvankelijkheid van het beroep wegens verzuim van inbreng van Bibob-gronden als zienswijzen (artikel 3:15 Awb), oordeelt de Afdeling dat artikel 6:13 Awb in verband met een milieuvergunning ziet op de onderdelen van het besluit. Als zodanig gelden slechts beslissingen over de aanvaardbaarheid van verschillende categorieën milieugevolgen. Aan de Wet Bibob ontleende beroepsgronden hebben geen betrekking op een besluitonderdeel, zodat artikel 6:13 Awb er niet aan de weg staat dat deze gronden eerst in beroep worden aangevoerd.

Na deze ontvankelijkheidshobbel genomen te hebben komt de vraag aan de orde of de milieuvergunning terecht geweigerd is op grond van artikel 8.10, derde lid, Wet milieubeheer jo. artikel 3, Wet Bibob. Het weigeringsbesluit is gebaseerd op een advies van het Bureau Bibob, waarin werd vastgesteld dat de aanvrager in relatie tot strafbare feiten staat, nu deze zijn gepleegd door een persoon (of de door die persoon bestuurde rechtspersonen) die bij de activiteiten van het - inmiddels failliete - Biomassa betrokken was. Om die reden concludeerde het bureau tot het bestaan van een ernstige mate van gevaar dat de gevraagde milieuvergunning mede voor het plegen van strafbare feiten zou worden gebruikt. De hierop volgende rechtmatigheidstoetsing is louter gebaseerd op de Wet Bibob en verloopt in de volgende stappen.

Terzake van de beroepsgrond dat het college van gedeputeerde staten ten onrechte het Bureau Bibob heeft ingeschakeld oordeelt de Afdeling, dat het vragen van een advies aan dit bureau een discretionaire bevoegdheid van het bevoegd gezag is. Het college heeft in redelijkheid tot het vragen van een advies kunnen beslissen omdat het toepassing heeft gegeven aan de hieromtrent opgestelde beleidslijn met indicatoren inzake Bibob-intake en –screening, waarbij door Biomassa onvoldoende duidelijkheid is verschaft over twee ervan: de aard van de bedrijfsvoering en de financiering van het bedrijf. Dat het college ten onrechte geen kopie van dit advies aan Biomassa ter beschikking zou hebben gesteld maakt evenmin indruk. De Afdeling verwijst naar artikel 28 van de Wet Bibob, overwegende dat het op grond hiervan niet is toegestaan het advies integraal kenbaar te maken aan de aanvrager, zodat het college verstrekking terecht geweigerd heeft. Vervolgens komt de vraag aan de orde of terecht onderzoek naar deze derde is gedaan. De Afdeling oordeelt dat het college op goede gronden heeft aangenomen dat de derde in een zakelijk samenwerkingsverband met Biomassa stond, zodat hij niet ten onrechte in het onderzoek betrokken is. Dan komt de kern van de zaak aan bod: de vraag of het weigeringsbesluit gerechtvaardigd was omdat sprake zou zijn van ernstig gevaar dat de vergunning voor het plegen van strafbare feiten gebruikt zou gaan worden (artikel 3, eerste lid, onder b). De Afdeling overweegt dat de derde betrokken is bij diverse faillissementen terwijl nog onderzoeken lopen in verband met bestuurdersaansprakelijkheid. Het advies is door de curator en de derde op dit punt onvoldoende onderbouwd bestreden. Daarnaast is in het advies vastgesteld dat zich feiten en omstandigheden voordoen die erop wijzen of redelijkerwijs doen vermoeden, dat ter verkrijging van de aangevraagde beschikking strafbare feiten zijn gepleegd, te weten valsheid in geschrifte en opgave van onware gegevens. Dit onderdeel van het advies is niet bestreden. Het college heeft

dan ook op goede gronden aangenomen dat de in artikel 3, eerste lid, onder b, en zesde lid van de Wet Bibob opgenomen weigeringsgronden zich voordoen.

Met betrekking tot het evenredigheidsvereiste in artikel 3, vijfde lid, aanhef en sub a, en zesde lid, oordeelt de Afdeling, dat het college aannemelijk heeft gemaakt dat verlening van de vergunning grote financiële gevolgen voor derden kan hebben. Het college heeft op goede gronden gesteld dat weigering van de vergunning evenredig is met zowel de mate van gevaar dat de beschikking mede zal worden gebruikt om strafbare feiten te plegen, als met de ernst van die strafbare feiten. Voorts kan, gelet op het advies, dat in zoverre niet door de curator en de derde is bestreden, niet worden geoordeeld dat weigering van de vergunning niet evenredig is met het vermoeden dat strafbare feiten zijn gepleegd en met de ernst van die feiten. Ook anderszins bestaat geen grond voor het oordeel dat het college bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid heeft kunnen besluiten tot weigering van de vergunning.

Noot

1. Deze uitspraak is vanwege twee aspecten relevant. Allereerst door de positionering van de Bibob-toetsing terzake van een milieuvergunning in relatie tot de onderdelenfuik in artikel 6:13 Awb. Daarnaast is deze uitspraak van belang omdat hierin duidelijk wordt dat deze Bibob-toetsing mede een algemene betrouwbaarheidstoetsing kan impliceren, toegespitst op de persoonlijke integriteit van de aanvrager en de aan de aanvrager toegerekende integriteit van overige betrokkenen: adviseurs, management, financiers en partners in een zakelijk samenwerkingsverband. In de voorliggende casus gaat het om vermoedens van faillissementsfraude van een “adviseur” van de rechtspersoon, in samenhang met lopende onderzoeken naar diens eventuele bestuurdersaansprakelijkheid. Nieuw is dat het integriteitsverwijf op grond waarvan de vergunning wordt geweigerd geen directe relatie heeft met de activiteiten waarvoor de vergunning is gevraagd.

2. Maar eerst het juridisch kader, mede in verband met de Bibob-elementen van de milieuvergunning. De aanvraag ex artikel 8.1 Wm bij het provinciaal bestuur van Limburg betrof een milieuvergunning voor het oprichten en in werking hebben van een biomassacentrale. De beoogde centrale is een gpbv-installatie in de zin van deze bepaling, jo. artikel 1.1, eerste lid, Wm en richtlijn 96/61/EG betreffende de geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging. Zie voor de invloed van de communautaire dimensie op de ontvankelijkheidsvraag: ABRvS 21 juni 2006, JOM 2006/1394. Artikel 8.10, eerste lid, Wm bepaalt dat de vergunning slechts in het belang van de bescherming van het milieu kan worden geweigerd. Het derde lid van dit artikel wijkt van het eerste lid af, want luidt dat de vergunning tevens kan worden geweigerd “in het geval en onder de voorwaarden, bedoeld in artikel 3 van de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur”. Zie met betrekking tot de ruimte voor een dergelijke aanvulling: artikel 8 richtlijn (onverminderd andere eisen op grond van nationale voorschriften...). Een en ander betekent dat een milieuvergunning niet alleen op basis van het communautair recht in te kleuren regime van de Wm kan worden geweigerd, maar uit een oogpunt van (algemene) criminaliteitspreventie tevens op grond van de hierbij aangehaakte Wet Bibob.

3. Uit artikel 8.6 Wm blijkt dat op de voorbereiding van de beschikking op de aanvraag om een vergunning afdeling 3.4 Awb, de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van toepassing is. Zie ook artikel 15 richtlijn 96/61/EG, zoals gewijzigd bij richtlijn 2003/35/EG (Verdrag van Aarhus). De verplichting in artikel 8.6 Wm is verbijzonderd in artikel 3:10, tweede lid, Awb, immers niet van toepassing op de voorbereiding van een besluit inhoudende de afwijzing van een aanvraag tot intrekking of wijziging van een besluit, tenzij bij wettelijk voorschrift of bij besluit van het bestuursorgaan anders is bepaald. Deze bevoegdheid van het bestuursorgaan wordt waar Bibob-elementen in het geding zijn, nader beperkt door de geheimhoudingsplicht in artikel 28 Bibob. Deze geheimhoudingsplicht dient tevens in aanmerking genomen te worden bij de toepassing van artikel 3:11 Awb, de ter inzagelegging van het ontwerp-besluit en de daarop betrekking hebbende stukken. Ingevolge het tweede lid van artikel 3:11 is hierop het weigeringsregime in artikel 10 Wob van toepassing. Bij de herziening van deze regeling is geen rekening gehouden met de geheimhoudingsplicht in artikel 28 Wet Bibob. Wat de doorwerking

van de Wet Bibob betreft ligt een toepassing van de Wob-weigeringsgronden niet voor de hand, nu artikel 20, eerste lid, Wet Bibob bepaalt dat deze regeling afwijkt van de Wob. Vgl. het corresponderende artikel 2, eerste lid, Wob (“onverminderd het elders bij de wet bepaalde”). Die ook ABRvS 19 september 2007, JB 2007/196 m.nt. dzz. Uit het systeem van de verschillende regelingen vloeit voort, dat de geheimhoudingsplicht ex artikel 28 Wet Bibob in artikel 3:11, tweede lid, moet worden ingelezen. Wordt de regeling van de openbare voorbereidingsprocedure toegepast op aanvragen waaromtrent een Bibob-onderzoek heeft plaatsgevonden of nog loopt, dan heeft dit tevens consequenties voor de positie van de aanvrager. Zie de beperkingen op diens rechtspositie in artikel 28, tweede lid, aanhef en sub a, en derde lid, en artikel 33 Wet Bibob. Uit artikel 33, vierde lid, Wet Bibob blijkt, dat de wetgever geen rekening heeft gehouden met de toepassing van de openbare voorbereidingsprocedure in de Awb. Derhalve wordt ook op dit punt enige interpretatieve creativiteit verlangd. Hoe in de uitvoeringspraktijk met deze dilemma’s wordt omgegaan is bij mijn weten nog niet systematisch onderzocht. Dat de wetgever aan de slag moet is in ieder geval duidelijk. Zie de brief van de ministers van Justitie en BZK van 16 juli 2007, Kamerstukken II 2006/2007, 31109, nr. 1, met betrekking tot de wijziging van de Wet Bibob.

4. Het college van GS van Limburg heeft bij de Afdeling betoogd dat het beroep van de curator van de inmiddels gefailleerde vennootschap ex artikel 6:13 Awb niet-ontvankelijk moest worden verklaard voor zover het ging om aan de Wet Bibob ontleende gronden, met name het ten onrechte inschakelen van het Bureau Bibob voor onderzoek en advies en het ten onrechte niet ter beschikking stellen van een kopie van het door dit bureau uitgebrachte advies. In zijn overweging sluit de Afdeling aan bij zijn uitspraak van 1 november 2006, AB 2007, 95 m.nt. G.M. van den Broek en A.T. Marseille, JB 2007/6 m.nt. LJMT, inzake de betekenis van dit per 1 juli 2005 gewijzigde artikel voor milieubesluiten. Uit het huidige artikel 6:13 Awb vloeit voort, dat een belanghebbende geen beroep kan instellen tegen onderdelen van een besluit waarover hij eerder geen zienswijze heeft ingebracht, tenzij dit verzuim hem redelijkerwijs niet verweten kan worden. “Bij besluiten inzake een milieuvergunning worden de beslissingen over de aanvaardbaarheid van verschillende categorieën milieugevolgen als onderdelen van een besluit in vorenbedoelde zin aangemerkt”, aldus de Afdeling in genoemde uitspraak. Wat nu als het gaat om besluitonderdelen die betrekking hebben op de Wet Bibob? De Afdeling oordeelt, dat de opgeworpen beroepsgronden met betrekking tot de beslissing tot inschakeling van Bureau Bibob en de weigering van een kopie van het advies, geen betrekking hebben op een besluitonderdeel als bedoeld in artikel 6:13 Awb. De betreffende gronden kunnen derhalve eerst in beroep worden aangevoerd. Het beroep van appellant is op deze punten dan ook ontvankelijk gebleken.

5. Zie omtrent het begrip besluitonderdeel in artikel 6:13 Awb tevens: ABRvS 24 oktober 2007, JB 2008/4 m.nt. AB (Wm: geen besluitonderdelen in een instemmingsbesluit betreffende een saneringsplan), ABRvS 20 juni 2007, JB 2007/162 m.nt. C.L.G.F.H. A. (Wm: kwalificatie twee veehouderijen als één inrichting is geen besluitonderdeel) en ABRvS 14 maart 2007, JB 2007/85 m.nt. R.J.N.S. (Wet bodembescherming: beslissingen inzake aanwezigheid van ernstige verontreiniging, noodzaak spoedige sanering, gebruikbeperkingen en meldingsplichten zijn besluitonderdelen). Zie in het bijzonder de noten en hierin opgenomen literatuurverwijzingen. Zie voorts de volgende, nog onder het overgangsrecht vallende uitspraken van de Afdeling met betrekking tot Bibob-aspecten in milieuvergunningen: ABRvS 23 mei 2007, LJN: BA5484 (deelrevisievergunning E.ON Benelux, gronden inzake de wet Bibob niet als bedenkingen tegen het ontwerp-besluit ingebracht: niet-ontvankelijk in beroep), ABRvS 11 oktober 2006, LJN: AY9878 (vuurwerkgroothandel “Lemsterhoek”, revisievergunning, niet-ontvankelijkheid wegens verzuim inbreng bedenkingen met betrekking tot onduidelijkheid vergunningaanvrager en verplichting adviesverzoek aan Bureau Bibob) en ABRvS 21 juni 2006, JOM 2006/1394 (biogasinstallatie kuikenhouderij, niet-ontvankelijkheid wegens niet inbrengen Bibob-bedenkingen tegen ontwerp-besluit). Uit een vergelijking van deze tweede categorie uitspraken met de hiervoor opgenomen uitspraak blijkt, dat de herziening van artikel 6:13 Awb in samenhang met het Afdelingsstandpunt dat Bibob-aspecten geen besluitonderdeel in een milieuvergunning zijn, belangrijke verruiming betekent voor de ontvankelijkheid van Bibob-beroepsgronden in milieuzaken. Dat blijkt het duidelijkst bij vergelijking met de hiervoor

genoemde Afdelingsuitspraak van 11 oktober 2006, waarin het eveneens ging om de persoon van de vergunningaanvrager en de verplichting van verweerder tot het vragen van een advies aan Bureau Bibob.

6. Naar het waarom van deze Afdelingsuitspraak om Bibob-gronden bij beroep inzake een milieuvergunning buiten toepassing van artikel 6:13 Awb te houden, is het gissen. Onbegrijpelijk is deze splitsing tussen beslissingen met betrekking tot milieugevolgen als besluitonderdelen en Bibob-onderdelen echter niet. Bij Bibob gaat het om een aangehaakte weigeringsgrond met een geheel eigen systematiek bij het sterk Europeesrechtelijk genormeerde regime van de milieuvergunning, toegespitst op de doelstellingen en beginselen van het milieubeleid, in het bijzonder de bestrijding van door industriële installaties veroorzaakte milieuverontreiniging. Uit het hiervoor geschetste kader en de genoemde rechtspraak blijkt het gewrongen karakter van de incorporatie van de Bibob-toetsing en –weigerings in het milieurecht. Ook de casus Biomassacentrale is daarvan een illustratie. Zo is niet duidelijk welke procedure hier is toegepast en in welke context de aanvrager – verplicht - gelegenheid is geboden tot de inbreng van zijn zienswijze met betrekking tot het advies (artikel 33 Wet Bibob). De op de Wet Bibob gebaseerde weigering van de milieuvergunning is bovendien gebaseerd op algemene integriteitsoverwegingen en houdt geen direct verband met het primaire doel van de milieuvergunning. Er is kortom veel te zeggen voor deze afbakening door de Afdeling, toegespitst op een helder onderscheid tussen beide besluitvormingstrajecten: Wm en Wet Bibob, elk met eigen doelen, begrippenkader en systematiek.

7. Dit is de eerste Bibob-uitspraak van de Afdeling waarin de directe band tussen het integriteitsverwijt: (vermoede) faillissementsfraude en betrokkenheid bij malafide bestuurderspraktijken (leeghalen vennootschap) en de aard van de gevraagde vergunning min of meer is losgelaten en de Bibob-toetsing ziet op een persoonlijk betrouwbaarheidsoordeel van betrokkenen in de zin van artikel 3, vierde lid, Wet Bibob. Zie in dit verband ook de toetsing van de belangenafweging, met name de weging van de tegenwoordige en toekomstige schaderisico's voor personeel en schuldeisers. Eerder heeft faillissementsfraude een rol gespeeld in ABRvS 24 januari 2007, JOM 2007/49, betreffende de weigering op grond van de Wet Bibob van een revisiegunning voor een schrootinrichting. In dat geval werd vermoed dat appellante beschikte over financiële middelen (boedels gefailleerde rechtspersonen) afkomstig van door een derde gepleegde faillissementsfraude. In deze uitspraak was er wel een directe relatie tussen faillissementsfraude en de betreffende vergunning omdat vermoed werd dat de boedels van de gefailleerde rechtspersonen deel uitmaakten van de activa van appellante.

8. De betekenis van deze uitspraak ligt mede in de toerekening aan de vennootschap van de gebrekkige integriteit van de voor deze als “non-executive director” optredende derde. Deze uitspraak is een bijdrage aan de Bibob-casuswet, met name waar het gaat om interim-managers en adviseurs. De kwalificatie als zakelijk samenwerkingsverband in de zin van artikel 3, vierde lid, Wet Bibob is gebaseerd op een waardering van de feiten in concreto. In dit geval waren het visitekaartje van betrokkene, de website van Biomassa, de aanwezigheid bij besprekingen en het mede ondertekenen van een koopovereenkomst voor de Afdeling voldoende om van een dergelijk samenwerkingsverband uit te gaan. Zie eerdere uitspraken met betrekking tot de aanneming van een zakelijk samenwerkingsverband: ABRvS 24 mei 2006, JB 2006/217 m.nt. dzz. (raamprostitutie Den Haag, ouders en dochter), ABRvS 22 november 2006, LJN: AZ 2786 (partycentrum Den Haag, broers), ABRvS 19 september 2007, JB 2007/196 m.nt. dzz. (coffeeshop Assen, broers) en ABRvS 24 oktober 2007, LJN: BB6298 (growshop Venlo, financier/voormalige vennoot).

9. Tegelijkertijd maakt deze uitspraak opnieuw duidelijk dat de Wet Bibob knelt waar het de rechtspositie van de betrokkene betreft. Het betoog van de curator dat het college ten onrechte geen kopie van het advies aan Biomassa ter beschikking heeft gesteld pareert de Afdeling routineus met een verwijzing naar de inhoud van de geheimhoudingsplicht in artikel 28 Wet Bibob. Uit het tweede lid van dit artikel blijkt dat het bestuursorgaan de in een advies van Bureau Bibob opgenomen gegevens uitsluitend doorgeeft voor zover dit noodzakelijk is ter motivering

van een door de aanvrager gevraagde beschikking. Daarnaast voorziet artikel 33, eerste lid, in de verplichting, dat betrokkene voorafgaand aan het nemen van een negatieve beslissing op grond van ernstig gevaar als bedoeld in artikel 3, eerste lid, dan wel op grond van feiten of omstandigheden als bedoeld in artikel 3, zesde lid, gehoord moet worden, derhalve in de gelegenheid gesteld moet worden zijn zienswijze te geven. Voor dat doel kan betrokkene het Bibob-advies inzien (artikel 28, derde lid), een recht op afschrift is dat echter niet. Feitelijke beperkingen van dit inzagerecht heeft de Afdeling voorts enkele malen voor gedekt verklaard omdat betrokkene daardoor niet op ontoelaatbare wijze in zijn verweermogelijkheden geschaad zou zijn. Zie ABRvS 19 september 2007, JB 2007/196 m.nt. dzz (coffeeshop Assen) en ABRvS 13 februari 2008, LJN: BC 4246 (bestuursdwang café Lingewaard).

Des te opmerkelijker is de bewijsregeling in deze uitspraak - sporend met die in ABRvS 24 januari 2007, JOM 2007/49 (revisievergunning schrootinrichting) -, waarbij appellant tot drie keer toe (overwegingen 2.7.1 en 2.7.5) het verwijt krijgt het advies niet of onvoldoende onderbouwd bestreden te hebben. In ABRvS 23 november 2006, LJN: AZ2786 (party-centrum Den Haag) heeft de Afdeling terecht geconstateerd dat de onschuldpresumptie in artikel 6, tweede lid, EVRM niet van toepassing is omdat een Bibob-weigering geen punitieve sanctie is. Dat over het huidige Bibob-regime veel onvrede bestaat is gezien de bewijslastverdeling echter begrijpelijk. De huidige geheimhoudingsregeling met betrekking tot de beschikbaarheid van het advies staat op gespannen voet met het in artikel 6, eerste lid, EVRM begrepen verdedigingsbeginsel en het recht op toegang tot het dossier als onderdeel van het recht op een eerlijk proces, nog afgezien van de terughoudende wijze van toetsing door de Afdeling.

Prof.mr. G. Overkleeft-Verburg
hgl. Staats- en Bestuursrecht EUR