Gepubliceerd in Jurisprudentie Bestuursrecht 2007/196

ABRvS 19 september 2007, LJN: BB3818, zaaknr. 200701936/1

http://www.rechtspraak.nl/ljn.asp?ljn=BB3818

Artt.: artt. 3, 7, 28 en 33 Wet Bibob, art. 4, aanhef en sub a, Besluit Bibob, art. 6, lid 1, EVRM, art. 8:72, lid 3, Awb.

Trefw.: intrekking exploitatievergunning coffeeshop, Bibob-advies, samenwerkingsverband, mate van gevaar, relatie tot strafbare feiten, bezwaaradviescommissie, inzage, geheimhoudingsplicht, gesloten verstrekkingenregime, taak van de wetgever

Samenvatting

De burgemeester van Assen heeft de exploitatievergunning van een coffeeshop ingetrokken nu op grond van een Bibob-advies is vastgesteld, dat sprake is van ernstig gevaar dat deze vergunning wordt gebruikt voor het plegen van strafbare feiten. Uit het advies blijkt, dat sprake is van een samenwerkingsverband tussen appellant en zijn drie broers, op grond waarvan de door deze broers gepleegde strafbare feiten bij de besluitvorming over de exploitatievergunning betrokken kunnen worden. De Afdeling bevestigt het oordeel van de rechtbank dat de burgemeester, gezien de aard van het geheel aan strafbare feiten (opiumwetdelicten, vuurwapenbezit, mishandeling en afpersing) en de context waarin deze zijn gepleegd, heeft kunnen concluderen dat sprake is van een ernstig gevaar dat de aan appellant verleende exploitatievergunning (mede) wordt en/of zal worden gebruikt om strafbare feiten te plegen. Dat het, naar appellant stelt, noodzakelijk is om strafbare feiten te plegen om softdrugs te kunnen verkopen in de coffeeshop leidt niet tot een ander oordeel omdat het merendeel van de in aanmerking genomen veroordelingen betrekking heeft op handelingen die vanwege hun aard of omvang niet onder enig gedoogbeleid vallen. De aanname van een samenwerkingsverband is terecht hierop gebaseerd, dat appellant en zijn broers allen in dezelfde branche werkzaam zijn en in relatie staan of hebben gestaan tot de coffeeshop als bedrijfsleider, medewerker en/of leverancier, in combinatie met gezamenlijke betrokkenheid bij andere coffeeshops. Aldus is voldaan aan de vereisten met betrekking tot de mate van gevaar en de relatie van appellant tot de strafbare feiten als bedoeld in art. 3, derde en vierde lid, Wet Bibob.
Appellants betoog dat de beperkte inzage die hij in het Bibob-advies heeft gehad in strijd is met art. 6, lid 1, EVRM slaagt niet. Vast staat dat appellant tijdens de voorbereiding van het besluit in de gelegenheid is gesteld het Bibob-advies in te zien en zijn zienswijze daarna kenbaar te maken. Voorts heeft de burgemeester alle in het advies genoemde feiten en omstandigheden die ten grondslag zijn gelegd aan het besluit hierin vermeld. De rechtbank heeft dan ook met juistheid overwogen dat appellant door de beperkte inzage in het Bibob-advies niet op ontoelaatbare wijze in zijn verweermogelijkheden is geschaad.
Appellant bestrijdt het oordeel van de rechtbank, dat het feit dat de burgemeester de Algemene commissie bezwaarschriften inzage heeft gegeven in het Bibob-advies niet tot onrechtmatigheid van de beslissing op bezwaar leidt. Hij betoogt dat het geven van inzage aan deze commissie in strijd is met de geheimhoudingsplicht in art. 28 Wet Bibob. Hieromtrent concludeert de Afdeling op grond van de wetsgeschiedenis van deze wet, met name de stellige bewoordingen over het gesloten verstrekkingenregime en de geheimhoudingsplicht, geen vrijheid te zien om te oordelen dat de Algemene commissie bezwaarschriften gerechtigd was tot inzage in het Bibob-advies. Het is aan de wetgever om te beslissen of dit een onwenselijke situatie is waarin via een wetswijziging verandering moet worden gebracht. Het hoger beroep is gegrond, de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit van de burgemeester worden overeenkomstig art. 8:72, lid 3, Awb echter in stand gelaten.

Noot

1. In totaal zijn over de intrekking van coffeeshop Meram in Assen vier procedures gevoerd. De eerste uitspraak is die van de Vrzr. Rb. Assen van 21 december 2005, LJN: AV6813, betreffende de intrekking per 1 januari 2006 van de exploitatievergunning van de exploitant van coffeeshop Meram op basis van een Bibob-advies naar aanleiding van een – nadien ingetrokken - aanvraag van diens broer om een exploitatievergunning voor Rookhuis Meram 2. Hierin schorst de voorzieningenrechter het intrekkingsbesluit op basis van twijfel of de in dit Bibob-advies weergegeven feiten en gedragingen (ook) aan verzoeker toegerekend kunnen worden en niet (louter dan wel met name) aan zijn beide broers. Vervolgens wordt aan het Bureau Bibob een nieuw advies gevraagd, nu toegespitst op de exploitant van coffeeshop Meram. Op basis van dit tweede Bibob-advies neemt de burgemeester een nieuw intrekkingsbesluit. Tegen het bevestigende besluit op bezwaar wordt vervolgens beroep ingesteld bij de Rb. Assen, resulterend in ongegrondverklaring. Deze uitspraak van de Rb. Assen van 9 maart 2007, LJN: BA1114, ligt ten grondslag aan de hiervoor opgenomen uitspraak van de Afdeling bestuursrecht van 19 september 2007. In de tussentijd is nog een voorlopige voorziening gevraagd in de vorm van schorsing van de uitspraak van de rechtbank totdat de Afdeling op het hoger beroep beslist zou hebben. Dit verzoek is door de Vz. ABRvS bij uitspraak van 4 april 2007, LJN: BA2636, afgewezen op grond van een beoordeling van de stukken en het Bibob-advies: "De Voorzitter ziet in de stukken inclusief het advies van het Bureau bibob onvoldoende aanwijzingen dat op voorhand moet worden aangenomen dat de aangevallen uitspraak in de bodemprocedure niet in stand zal blijven, althans dat de exploitatievergunning niet kon worden ingetrokken." De hiervoor opgenomen uitspraak vormt een bevestiging van dit oordeel. De geweigerde schorsing was voor de exploitant van coffeeshop Meram aanleiding om zijn inrichting vrijwillig te sluiten, zodat geen dwangmaatregelen nodig waren en deze zaak met de hiervoor opgenomen Afdelingsuitspraak als "uitgeprocedeerd" kan gelden.

2. De uitleg door de Afdeling van de geheimhoudingsplicht in artikel 28 Wet Bibob is een nieuw element in de Bibob-jurisprudentie. Daarnaast is deze uitspraak relevant voor de betekenis van het begrip "zakelijk samenwerkingsverband" in artikel 3, vierde lid, Wet Bibob. De vier Meram-uitspraken vormen voorts een verduidelijking van de betekenis van deze wet voor het gemeentelijk coffeeshopbeleid.

3. Anders dan de rechtbank oordeelt de Afdeling op grond van de tekst en wetshistorische argumenten, dat de geheimhoudingsplicht in artikel 28 Wet Bibob zich verzet tegen inzage van de bezwaaradviescommissie (Verordening Algemene Commissie Bezwaarschriften gemeente Assen) in het Bibob-advies. Nu deze wet uitgaat van een gesloten systeem van verstrekkingen en hierin niet expliciet is voorzien in een inzagerecht van een bezwaaradviescommissie, leidt overtreding van de wettelijke geheimhoudingsplicht tot onrechtmatigheid van het besluit op bezwaar. In de visie van de Afdeling is het aan de wetgever om, indien gewenst, deze geheimhoudingsplicht te versoepelen. De rechtbank baseerde zich eveneens op de wetsgeschiedenis, was echter van mening dat hieruit niet kan worden afgeleid dat de wetgever er bewust voor heeft gekozen om het inzageverbod tevens op een bezwaaradviescommissie ex artikel 7:13 Awb van toepassing te doen zijn. Dit met de toevoeging dat niet valt in te zien op welke wijze betrokkenen door een dergelijke inzage in hun belangen geschaad zouden worden.

4. Eerst iets over de achtergrond van de geheimhoudingsplicht in artikel 28 Wet Bibob.
De totstandkoming van deze wet kende vele aarzelingen, met name uit een oogpunt van grondrechtsaantasting. Daarbij ging het vooral om de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, in het bijzonder van eer en goede naam, vanwege de risico's van stigmatisering en reputatieschade. De wettelijke geheimhoudingsplicht is specifiek bedoeld om de inbreuk op de artikelen 10 Grondwet en 8 EVRM, zowel betreffende de informatiefunctie van het Bureau Bibob en het verzoek om en gebruik van het Bibob-advies door bestuursorganen zoveel mogelijk te beperken (vgl. de proportionaliteitstoetsing). Naast deze grondrechtelijke dimensie heeft deze geheimhoudingsplicht tevens een instrumentele functie, want is ook bedoeld om het

aansprakelijkheidsrisico wegens reputatieschade binnen de perken te houden. Vgl. de Alijda-rechtspraak, met name ABRvS 4 juli 2007, JB 2007, 165.
5. Dogmatisch is de geheimhoudingsplicht in artikel 28 Wet Bibob als volgt ingebed. Omdat de Wet Bibob met deze geheimhoudingsplicht voorziet in een gesloten verstrekkingenregime, geldt deze wet met betrekking tot de in dit artikel bedoelde gegevens als een lex specialis ten opzichte van de Wob (artikel 2, eerste lid, Wob). Vgl. TK 2000-2001, 26883, nr. 8, p. 17. Wat de verwerking van persoonsgegevens betreft is artikel 28 Wet Bibob tevens aan te merken als een geheimhoudingsplicht uit wettelijk voorschrift, zoals bedoeld in artikel 9, vierde lid, Wbp, dat derogeert aan het regime van verwerking van persoonsgegevens op grond van deze wet. Mocht derhalve het inzagerecht van de bezwaaradviescommissie (of andere derden) in de toekomst gemotiveerd worden met een beroep op de complementaire werking van het verstrekkingsregime in de Wbp, dan kan reeds nu geconstateerd worden, dat deze bepaling daaraan in de weg staat. Vanwege het specifieke karakter ervan vormt artikel 28 Wet Bibob tevens een verbijzondering van de ambtelijke geheimhoudingsplicht in artikel 125a, vierde lid, Aw en als lex specialis een derogerende voorziening ten aanzien van de algemene geheimhoudingsplicht in artikel 2:5 Awb.

6. Aannemelijk is dat bij de formulering van de geheimhoudingsplicht in artikel 28 Wet Bibob niet is gedacht aan de beschikbaarheid van het Bibob-advies voor de bezwaaradviescommissie. Afgaande op de huidige tekst is het bestuursorganen tevens verboden om bij de vormgeving van het Bibob-beleid specifieke expertise in te huren of een advocaat in te schakelen bij gerechtelijke procedures. Bovendien is een belangrijk probleem in de wettekst, dat niet wordt gedifferentieerd in de aard van de gegevens, met name tussen het gegeven dat sprake is van een gevraagd/verkregen Bibob-advies en de inhoud van dat advies. Uitgaande van de tekst zou deze geheimhoudingsplicht immers tevens in de weg staan aan de verantwoordingsplicht van, in dit geval, gemeentelijke bestuursorganen. Dat is natuurlijk onaanvaardbaar.
Tegelijkertijd blijkt dat deze wettelijke geheimhoudingsvoorziening in de uitvoeringspraktijk slechts beperkt werkt. Zie voert de gemeente Assen een beleid waarbij twee coffeeshops worden gedoogd. Coffeeshop Meram was één van de twee. Dit betekent dat de intrekking van de exploitatievergunning veel publieke aandacht heeft gekregen. Bovendien is er ook nog zoiets als openbaarheid van rechtspraak en vrije nieuwsgaring door de pers. De hoorzitting bij de bezwaaradviescommissie en alle zittingen in de hiervoor genoemde procedures zijn openbaar geweest. Van de ontwikkelingen is uitvoerig en op naam verslag gedaan in het Dagblad van het Noorden. Hoewel deze krant een restrictief beleid voert met betrekking tot de elektronische beschikbaarheid van publicaties, vond ik niettemin op de website nog een bericht van 14 maart 2007, waarin de naam van de coffeeshophouder voorkwam. Ook overigens blijkt, dat de door de wet gewekte suggestie van geheimhouding niet werkt. Niet alleen vanwege de beschikbare informatie in het publiek domein, maar ook omdat het dikwijls gaat om activiteiten in sectoren met nieuwswaarde en aanvragers/exploitanten er soms zelf voor kiezen in de openbaarheid te treden. De aanpak van de Wallenproblematiek in Amsterdam is daarvan een illustratie.

7. In de hiervoor opgenomen uitspraak heeft de Afdeling gekozen voor een strikte uitleg van artikel 28 Wet Bibob. Sanctie op niet inachtneming van de geheimhoudingsverplichting bij de voorbereiding van een besluit is onrechtmatigheid en dus vernietiging van het besluit. In deze zaak is de "schade" beperkt doordat de Afdeling ex artikel 8:72, derde lid, Awb, de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit op bezwaar in stand laat. Naar de opvatting van de Afdeling is het aan de wetgever om op dit punt tot een herziening van de geheimhoudingsregeling te besluiten. Uit het voorgaande blijkt dat ook overigens een heroverweging van deze wettelijke geheimhoudingsplicht dringend noodzakelijk is. Een nadere differentiatie van de gegevens, al dan niet in combinatie met aanvullende voorzieningen, lijkt daarbij aangewezen. In de MvT bij de begroting van Justitie voor 2008 is een herziening van de Wet Bibob aangekondigd. Zie ook de brief van de ministers van Justitie en van BZK met betrekking tot de evaluatie van deze wet en het onderliggende evaluatie-rapport van Berenschot, TK 2006-2007, 31109, nr. 1. In de tussenliggende tijd is het aan bestuursorganen hoe zij met deze Afdelingsuitspraak omgaan. In ieder geval kan worden vastgesteld, dat het niet kunnen inschakelen van de bezwaaradviescommissie bij de voorbereiding van een besluit op bezwaar nadelig kan uitwerken op de kwaliteit van de besluitvorming en dus ook het belang van

betrokkenen kan schaden. De opmerking van de Afdeling dat op dit punt geen sprake is van wettelijk verplichte advisering doet daar niet aan af.

8. De overweging met betrekking tot artikel 6, eerste lid, EVRM vraagt aandacht. De Afdeling reageert op het betoog van appellant dat zijn beperkte inzage in het Bibob-advies in strijd zou zijn met artikel 6, eerste lid, EVRM met de overweging, dat gezien de regeling in de artikelen 33 en 29 Wet Bibob niet met succes kan worden volgehouden dat appellant door de beperkte inzage in het Bibob-advies op ontoelaatbare wijze in zijn verweermogelijkheden is geschaad. Omdat het hier gaat om de intrekking van een exploitatievergunning is artikel 6 EVRM van toepassing, omdat sprake is van "civil obligations". Naar uit de wetsgeschiedenis blijkt, is artikel 6 EVRM op deze grond ook van toepassing op de weigering van een vergunning, subsidie of overheidsopdracht (TK 1999-2000, 26883, nr. 3, p. 38). Dat ligt anders voor wat betreft de aan artikel 6 EVRM te ontlenen strafrechtelijke waarborgen. Zie in dit verband ABRvS 22 november 2006, LJN: AZ2786, waarin de Afdeling heeft uitgesproken 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." Er is kortom geen sprake van een punitieve sanctie en dus ook niet van een "criminal charge", zodat de onschuldpresumptie geen rol speelt. Deze uitspraak komt overeen met de opvatting van de wetgever.

9. De redenen om een zakelijk samenwerkingsverband van de drie broers aan te nemen, blijken met name uit de uitspraak van de rechtbank. De Afdeling motiveert slechts beperkt. Vanwege de gevoeligheid van de informatie is dat begrijpelijk, echter spijtig uit een oogpunt van de afbakening van dit belangrijke toerekeningselement in artikel 3, vierde lid, sub c, Wet Bibob. In deze uitspraak wordt de lijn in enkele eerdere uitspraken voortgezet. Zie in het bijzonder ABRvS 24 mei 2006, JB 2006, 217 m.nt. dzz. en ABRvS 22 november 2006, LJN: AZ2786. Opmerkelijk is dat het in deze drie gevallen steeds gaat om een zakelijke samenwerking in familieverband.

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