

ABRvS 24 mei 2006, LJN: AX4420, zaaknr. 200508982/1

<http://www.rechtspraak.nl/ljn.asp?ljn=ax4420>

Artt.: 3, eerste lid, aanhef en sub a en b, vierde lid, aanhef en sub c en 7, eerste lid, 8 en 9 wet Bibob en 95h, eerste lid, APV Den Haag

Trefw.: wet Bibob, seksinrichting, raamprostitutie, zakelijk samenwerkingsverband, ernstige mate van gevaar, redelijkheid van het vermoeden, evenredigheid en redelijkheidstoetsing

Samenvatting

Naar aanleiding van de aanvraag van een vergunning ex art. 95h APV Den Haag heeft de burgemeester op grond van art. 9 wet Bibob het Bureau Bibob om advies gevraagd. Dit concludeert dat sprake is van een ernstige mate van gevaar dat de aangevraagde vergunning mede zal worden gebruikt om strafbare feiten te plegen, nu op basis van onderzoek een ernstig vermoeden bestaat dat de dochter en haar BV zich schuldig hebben gemaakt aan strafbare feiten. Gelet op de aard van het tussen appellanten en de ondernemingen van hun dochter bestaande zakelijke samenwerkingsverband en het soort strafbare feiten (medeplichtigheid witwaspraktijken) heeft de burgemeester – in navolging van het advies van het Bureau Bibob – de vergunning voor de exploitatie van een seksinrichting geweigerd. De rechtbank Den Haag heeft het hiertegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. De Afdeling bevestigt deze uitspraak, overwegende als volgt. De rechtbank heeft met juistheid geoordeeld dat de burgemeester op goede gronden heeft aangenomen dat tussen het kamerverhuurbedrijf van appellanten (ouders) en Zierico BV (dochter) een zakelijk samenwerkingsverband in de zin van art. 3, vierde lid, aanhef en sub c, Wet Bibob bestaat. Er is sprake van een familierelatie en allen zijn in dezelfde branche (raamprostitutie) werkzaam, terwijl uit de jaarcijfers van een rekeningcourantverhouding tussen beide bedrijven blijkt en door Zierico aan appellanten een lening is verstrekt. Bovendien hebben appellanten gedurende enkele jaren feitelijk een aantal raamprostitutiepanden geëxploiteerd op basis van een aan Zierico afgegeven exploitatievergunning. Gelet op de toelichting op de term zakelijk samenwerkingsverband in de MvT bij de wet Bibob (TK 1999-2000, 26883, nr. 3, p. 63) heeft de burgemeester aan die term geen onjuiste uitleg of toepassing gegeven. Wanneer de aanvrager participeert in een zakelijk samenwerkingsverband dient bij de beslissing inzake de toekenning van een vergunning immers tevens rekening te worden gehouden met de strafbare feiten van degenen die naast de aanvrager hierin deelnemen. M.b.t. de brief van de Belastingdienst dat het vermoeden van overtreding van de AWR door Zierico niet meer aan de orde is oordeelt de Afdeling, dat het feit dat de dochter inmiddels is veroordeeld voor medeplichtigheid aan witwaspraktijken, gelet op de aard van het zakelijk samenwerkingsverband, voldoende is voor de conclusie dat een ernstig gevaar bestond dat de door appellanten aangevraagde vergunning mede zou worden gebruikt om strafbare feiten te plegen. De rechtbank heeft met juistheid de weigering de exploitatievergunning te verlenen niet onevenredig geacht, gelet op de aard en ernst van het strafbare feit waarvoor dochter werd vervolgd, afgewogen tegen de betrokken financiële belangen van appellanten. De burgemeester kon in redelijkheid de gevraagde vergunning weigeren.

Noot

1. Voor zover ik heb kunnen nagaan is dit de eerste uitspraak van de Afdeling in een Bibob-zaak (Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur). Afgaande op het aantal van thans tegen de twintig rechtbankuitspraken over de sinds 1 september 2002 gefaseerd in werking getreden, en nadien nog enkele malen gewijzigde Wet Bibob en het daarop gebaseerde Besluit Bibob is aannemelijk, dat de Afdeling de komende tijd meer gelegenheid krijgt tot jurisprudentievorming over de inzet van het Bibob-instrumentarium, met name in het kader van de aanpak van de grootstedelijke problematiek van (dreigende) verloedering van stadswijken. Dat is nodig, niet alleen omdat de door de Wet Bibob geïntroduceerde weigerings- en intrekingsgronden met betrekking tot vergunningsaanvragen rijkelijk vaag en niet altijd even begrijpelijk geformuleerd zijn, maar ook omdat de toepassing ervan, toegespitst op de

incorporatie van de strafrechtelijke criminaliteitspreventie in de bestuursrechtelijke besluitvorming op een aantal terreinen diep ingrijpt in de grondrechtelijk gewaarborgde vrijheidssfeer van de burger (vrijheid van ondernemerschap en het recht op eigendom) en zowel bestuur als rechter met name bedacht moeten zijn op rechtsstatelijke risico's van willekeur en ongelijke behandeling.

2. In deze uitspraak gaat het om een van de kernelementen van het Bibob-instrumentarium: het zakelijk samenwerkingsverband in artikel 3, vierde lid, aanhef en sub c, Wet Bibob. Niet alleen de aanvrager wordt gescreend, maar ook de partners in het samenwerkingsverband, waarbij een gebrekkige integriteit van een of meerdere van deze partners kan worden toegerekend aan de aanvrager. Ingevolge genoemde bepaling staat de aanvrager tevens in relatie tot strafbare feiten indien, sub c, "een ander deze strafbare feiten heeft gepleegd en deze persoon direct of indirect leiding geeft dan wel heeft gegeven aan, zeggenschap heeft dan wel heeft gehad over, vermogen verschaft dan wel heeft verschaft aan betrokkene, of in een zakelijk samenwerkingsverband tot het staan." Hierbij gaat het om de nadere invulling van het begrip "ernstig gevaar" dat de beschikking mede zal worden gebruikt voor witwassen van crimineel geld of het plegen van strafbare feiten in artikel 3, eerste lid, Wet Bibob. Dit artikellid bepaalt dat bestuursorganen die bij of krachtens de wet deze bevoegdheid hebben gekregen, op deze grond een aangevraagde beschikking kunnen weigeren, dan wel een gegeven beschikking kunnen intrekken. De betreffende bevoegdheid van het gemeentebestuur is geregeld in artikel 7 Wet Bibob jo. artikel 4 Besluit Bibob. Daarbij gaat het om gemeentelijke vergunningen en ontheffingen die op grond van een verordening (in de praktijk vooral de APV) verplicht gesteld zijn voor het kunnen exploiteren van horeca-inrichtingen, seksinrichtingen, escortbureaus, smart- en growshops en speelautomatenhallen. Met betrekking tot de toepassing van de weigerings- en intrekingsgrond in artikel 3 Wet Bibob kan het college van b en w of de burgemeester het daartoe op grond van artikel 8 van deze wet ingestelde Bureau Bibob, een organisatieonderdeel van het Ministerie van Justitie, om een advies vragen (vgl. art. 3:5 e.v. Awb). Dit advies is primair een informatiefaciliteit ter ondersteuning van de besluitvorming door het bevoegde bestuursorgaan, op grond van de in artikel 27 van de wet opgenomen medewerkings(informatie)plicht van aan het Bureau van verantwoordelijken van een aantal belangrijke gegevensbestanden, waaronder die van de bijzondere opsporingsdiensten en politie en justitie.

3. De Wet Bibob is mede bedoeld als belangrijk bestuursinstrument in het kader van de grootstedelijke problematiek. Zie hieromtrent de websites van Bureau Bibob (www.justitie.nl/bibob) en Handhaven op Niveau (www.handhavenopniveau.nl), in het bijzonder de in dit verband ontwikkelde best practices, de gemeentelijke websites en mijn bijdrage "Toezicht en handhaving in het lokale veiligheidsbeleid: bestaande en nieuwe bevoegdheden en wat er nog gaat komen" aan de Rotterdamse bundel Toezicht. Opstellen over veiligheidstoezicht en markttoezicht, Den Haag 2006, p. 77-112. Wat de publiciteit betreft tinnert met name Amsterdam aan de weg. Zie de elektronische publicatie van de beoogde screening van ondernemers in de prostitutiebranche in het Wallengebied (www.eenveiligamsterdam.nl). Inmiddels heeft het Bureau Bibob zijn tweede jaarverslag uitgebracht (TK 2005-2006, 30300 VI, nr. 172). Hieruit blijkt dat in 2005 71 adviezen zijn uitgebracht. Het aantal aanvragen is echter stijgend, omdat de toepassing van het Bibob-instrumentarium in de uitvoeringspraktijk planmatig en gefaseerd wordt ingevoerd. Het vragen van een Bibob-advies is bovendien niet verplicht om artikel 3 Wet Bibob als weigerings- of intrekingsgrond toe te kunnen passen.

4. De gemeente Den Haag kent in artikel 95h APV een vergunningsplicht (exploitatievergunning) om seksinrichtingen en excortbedrijven te exploiteren of te wijzigen. De weigeringsgronden zijn opgenomen in artikel 95i APV, waarbij de aan de exploitant en beheerder gestelde gedragseisen nader zijn uitgewerkt in artikel 95j van deze verordening. Ingevolge artikel 7, eerste lid, Wet Bibob is het toetsingskader in artikel 3 van deze wet aangehaakt bij het beoordelingskader van de betreffende vergunning. Vgl. de volgende bewoordingen: "Een gemeentelijke vergunning die op grond van een verordening verplicht is gesteld voor een inrichting of bedrijf, kan (...) worden geweigerd dan wel ingetrokken onder de voorwaarden, bedoeld in artikel 3." Uit de thans beschikbare jurisprudentie blijkt, dat daarbij verschillende routes worden gevolgd. Soms wordt

geweigerd op grond van de APV, soms op grond van artikel 3 Wet Bibob en in andere gevallen is het bestuursorgaan voor twee ankers gaan liggen door het besluit zowel te baseren op de APV als op de Wet Bibob. Het verdient opmerking dat het gemeentebestuur het weigeringsbesluit baseert op de betreffende APV-bepaling, onder verdiscontering van artikel 3 Wet Bibob, en de Afdeling hiermee stilzwijgend instemt. Zelf heb ik een voorkeur voor een dubbele grondslag.

5. Naar uit de wetsgeschiedenis blijkt is het zakelijke samenwerkingsverband waarvan de aanvrager deel uitmaakt in artikel 3, vierde lid, Wet Bibob, betreffende de criteria voor de vaststelling of er sprake is van een relatie met strafbare feiten, geïntroduceerd om greep te kunnen krijgen op criminele organisaties die werken met stromannen (natuurlijke personen of rechtspersonen) waarvan geen justitiële of politieke antecedenten bekend zijn. Het gaat dus om het kunnen doorbreken van schijnconstructies (TK 1999-2000, 26883, nr. 3, pp. 26-27 en 63 en nr. 4, p. 30). Om aan een Bibob-onderzoek onderworpen te kunnen worden moet derhalve sprake zijn van een nader vast te stellen zakelijke relatie, dat wil zeggen van concrete indicaties dat de betreffende derden in het netwerk van de aanvrager in commerciële zin een bijzondere positie innemen. Het instellen van onderzoek omtrent derden, louter op basis van een familierelatie of vriendschap, is derhalve niet toegestaan (nr. 3, p. 27). Naar uit de hiervoor opgenomen uitspraak blijkt is de werkelijkheid gevarieerder. In dit geval is het zakelijk samenwerkingsverband een familiebedrijf, waarbij naar uit het Bibob-advies blijkt, zowel ouders als dochter voorzien zijn van relevante antecedenten. Om die reden staat de kwalificatie als zakelijk samenwerkingsverband in deze uitspraak met name in het teken van het evenredigheidsbeginsel in artikel 3, vijfde lid, Wet Bibob. Ingevolge deze bepaling vindt de weigering dan wel intrekking van de vergunning immers slechts plaats indien deze evenredig is met: (a) de mate van het gevaar en (b) voorzover het ernstig gevaar strafbare feiten betreft, de ernst hiervan.

6. De elementen op grond waarvan de Afdeling, in navolging van de rechtbank, tot het bestaan van een zakelijk samenwerkingsverband besluit zijn: (a) de familierelatie, (b) het gezamenlijk werkzaam zijn in dezelfde branche (raamprostitutie), (c) de jaarcijfers van beide ondernemingen, in het bijzonder de rekening-courantverhouding op titel van “groepsmaatschappijen”, de financieringsrelaties en het gedurende enkele feitelijk jaren exploiteren van een aantal raamprostitutiependen door de ouders, met gebruikmaking van de aan de BV van de dochter verleende exploitatievergunning. De burgemeester heeft de exploitatievergunning geweigerd op grond van het Bibob-advies dat ernstig gevaar zou bestaan dat de beschikking mede zal worden gebruikt om strafbare feiten te plegen (art. 3, eerste lid, sub b, Wet Bibob). Het Bureau Bibob ging daarbij uit van een tweetal antecedenten van de dochter, te weten: een ernstig vermoeden dat de dochter in persoon zowel als Zierico zich schuldig hebben gemaakt aan witwaspraktijken. Na de uitspraak in hoger beroep van de rechtbank is in een brief van de Belastingdienst komen vast te staan dat het vermoeden van overtreding van de AWR door dochters BV Zierico niet meer aan de orde is. Niettemin acht de Afdeling het weigeringsbesluit van de burgemeester gerechtvaardigd, omdat vaststaat dat de dochter ten tijden van het nemen van het besluit werd vervolgd en inmiddels ook is veroordeeld wegens medeplichtigheid aan witwaspraktijken. Dit streafrechtelijke antecedent van de dochter wordt met het oog op het bestaande samenwerkingsverband aan de ouders als aanvrager van de exploitatievergunning toegerekend en wordt door de Afdeling voldoende bevonden om uit een oogpunt van evenredigheid het weigeringsbesluit te kunnen dragen.

7. Uit dit oordeel blijkt dat de Afdeling een gematigde ex nunc-toetsing aanhoudt, toegespitst op de vergewisplicht van de burgemeester als bestuursorgaan ex artikel 3:9 Awb met betrekking tot de kwaliteit van het Bibob-advies, onder verdiscontering van de actualisering van de destijds beschikbare gegevens. De bij het nemen van het besluit bekende feiten worden derhalve nader ingekleurd en aangevuld op basis van gedurende het tijdsverloop sinds het nemen van het besluit op bezwaar nieuw bekend geworden feiten. Een andere insteek is in deze context ook nauwelijks voorstelbaar. Tenslotte gaat het hier om de toepassing van een buitengewoon zwaar preventief handhavingsinstrument, met grote consequenties voor betrokkenen.

8. Naar ook uit deze uitspraak blijkt, kent de rechterlijke toetsing van op de Wet Bibob gebaseerde weigerings- en intrekingsbesluiten een drietal onderdelen, respectievelijk (a) de toetsing van een juiste feitenvaststelling, mede in het licht van hetgeen daaromtrent nadien bekend is geworden, (b) de toetsing op specifieke evenredigheid, dat wil zeggen van het besluit en de mate van gevaar en de ernst van de strafbare feiten (artikel 3, vijfde lid, Wet Bibob) en (c) toetsing op de vraag of het bestuursorgaan in redelijkheid het gevraagde besluit kon weigeren (artikel 3:4, tweede lid, Awb). In deze uitspraak lijkt het er op dat de evenredigheidstoetsing onder sub b, die evenals de feitenvaststelling een volle toetsing behoeft, de willekeurtoetsing betreffende het gebruik van de bevoegdheid echter marginaal is omdat het in artikel 3, eerste lid, Wet Bibob gaat om een discretionaire bevoegdheid. Hoewel de willekeurtoets in deze setting weinig toegevoegde waarde lijkt te hebben, zijn niettemin omstandigheden denkbaar waarin dit anders ligt. Daarbij is met name de denken aan de inzet van het Bibob-instrumentarium op concrete doelgroepen en individuele ondernemingen. Een en ander zal verder moeten uitkristalliseren in de rechtspraak.

M.O-V