

**ABRvS 8 juli 2009, LJN: BJ1892, zaaknr. 200808942/1/H3**

<http://www.rechtspraak.nl/ljn.asp?ljn=BJ1892>

**Art.:** Wet Bibob, art. 6 EVRM, art. 1, lid 1, EP EVRM, art. 3 en 6 APV Amsterdam, art. 1, 3 en 31 DHW, art. 26, lid 2, Verordening op de stadsdelen, art. 3:5, 3:8 en 3:9 Awb.

**Trefw.:** Yab Yum, redelijke vermoeden strafbare feiten, vermoeden, redelijkerwijs doen vermoeden, aannemelijk, aannemelijke feiten, voldoende aannemelijk, betrouwbaarheid, zakelijk samenwerkingsverband, politiemutaties, verklaring anonieme getuige, eis van samenhang, Bureau Bibob, adviseur, zorgvuldigheid van het onderzoek, kwaliteit van de adviezen, inzichtelijkheid, vergewisplicht, criminal charge, fair trial, equality of arms, ongestoord genot van eigendom, algemeen belang, fair balance, financiële compensatie, bestuursdwang

### Samenvatting

Het hoger beroep betreft de weigering van een APV-exploitatievergunning (burgemeester) en de intrekking van een DHW-vergunning (dagelijks bestuur stadsdeel Centrum) van prostitutiebedrijf Yab Yum te Amsterdam op grond van de Wet Bibob. De Afdeling oordeelt als volgt.

Het begrip “vermoeden” in art. 3, derde lid, aanhef en onder a, Wet Bibob ziet op het in relatie staan tot strafbare feiten. Niet is vereist dat het is gekomen tot een onherroepelijke veroordeling van de dader van die strafbare feiten. Het kan derhalve gaan om strafbare feiten waarvan niet in rechte is vastgesteld dat en door wie zij zijn gepleegd. Wel dient het aannemelijk te zijn dat de feiten zijn gepleegd, willen die feiten betrokken worden in de beoordeling.

Het met recht inroepen van art. 3, eerste lid, aanhef en onder a, Wet Bibob vergt dat aannemelijk is dat bepaalde strafbare feiten zijn gepleegd. Anders dan bij informatie uit het register zware criminaliteit van de CIE (ABRvS 27 februari 2008, zaaknr. 200705100/1 en 200706926/1) kan de betrouwbaarheid van politiemutaties en de betekenis die daaraan mag worden toegekend zonder onderliggende stukken niet voldoende worden beoordeeld. In dit geval is uitsluitend een lijst met bepalingen uit het WvSr. overgelegd onder verwijzing naar de persoon van zwager. De mutaties als zodanig zijn niet beschikbaar gesteld. Niet duidelijk is of op deze mutaties opsporings- of vervolgingsacties zijn gevolgd. Met de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat de politiemutaties in dit geval onvoldoende concreet zijn en dat onduidelijk is of en in hoeverre deze betrekking hebben op strafbare feiten waarvan aannemelijk is dat zij zijn gepleegd.

Aan het complex van aannemelijke feiten mochten de burgemeester en het dagelijks bestuur het redelijke vermoeden ontlenen dat de Hells Angels betrokken zijn geweest bij de overname van Yab Yum, dat Yab Yum door de overname binnen de invloedssfeer is gebracht van een crimineel circuit waarvan de Hells Angels en zwager als exponent van die organisatie deel uitmaakten en dat dit is gemaskeerd door de betrokkenheid van bestuurder en de oprichting van appellant.

Zij hebben zich terecht op het standpunt mogen stellen dat zwager een belangrijke, ook leidinggevende functie bekleedde bij en aldus invloed en zeggenschap heeft gehad over en leiding heeft gegeven aan de exploitatie van het prostitutiebedrijf Yab Yum door appellante. In het midden kan blijven of sprake is van een bestaand zakelijk samenwerkingsverband. De Afdeling is derhalve van oordeel dat appellante in relatie staat tot de hiervoor vermelde strafbare feiten.

De rechtbank heeft terecht rekening gehouden met de aard van de betrokken branche en de aard van de strafbare feiten waarvan aannemelijk is dat ze zijn gepleegd. Delicten die gepaard gaan met geweld en intimidatie brengen niet alleen in intensiteit maar ook in omvang een groot risico met zich. De feitelijke context van activiteiten waarin deze zijn gepleegd, moet bij het beoordelen of is voldaan aan de in art. 3, derde lid, aanhef en onder a, Wet Bibob neergelegde eis van samenhang daarom ruim worden genomen. De prostitutie- en horecabranche is zeer kwetsbaar voor de door dergelijke delicten geschapen risico's. Voor zover niet sprake is van een zeer bijzondere, die branche evident vreemde context waarin die delicten zijn gepleegd, is wegens die kwetsbaarheid aannemelijk dat de risico's van die delicten zich over die branche uitstrekken. Appellante heeft niet aannemelijk gemaakt dat deze kwetsbaarheid Yab Yum geen parten speelt. Op grond hiervan is ook de Afdeling van oordeel dat er voldoende samenhang bestaat tussen de exploitatie van Yab Yum als prostitutiebedrijf en de context waarin de vermoedelijk door zwager en de Hells Angels begane strafbare feiten zijn gepleegd.

Door appellante is aangevoerd dat een besluit dat is gebaseerd op een advies dat in strijd met art. 3:8 Awb niet de namen van de adviseurs vermeldt en evenmin de mogelijkheid biedt de wijze van onderzoek en de zorgvuldigheid ervan te controleren, in strijd is met art. 3:9 Awb. De Afdeling overweegt dat voldoende is dat in de besluiten is vermeld dat de adviezen zijn uitgebracht door het bureau; namen van afzonderlijke personen behoeft niet te worden vermeld. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 18 juli 2007, zaaknr. 200606025/1) mag het bestuursorgaan afgaan op de expertise van het bureau, tenzij de in het advies vermelde gegevens de bevindingen duidelijk niet kunnen dragen, bijvoorbeeld omdat ze daarvoor te weinig of te weinig directe aanwijzingen bieden of omdat ze in verschillende richtingen wijzen, onderling tegenstrijdig zijn of niet stroken met hetgeen overigens bekend is. De Afdeling heeft met toepassing van art. 8:29, vijfde lid, Awb kennis genomen van de adviezen en ziet geen grond voor het oordeel dat twijfel behoorde te rijzen aan de zorgvuldigheid van het onderzoek en de bevindingen in de adviezen. Anders dan appellante betoogt, maken de adviezen voldoende inzichtelijk welke bronnen zijn geraadpleegd en waarop de conclusies steunen. Dat appellante zoals zij stelt niet in staat is de zorgvuldigheid van het onderzoek en de kwaliteit van de adviezen te controleren, betekent niet dat niet is voldaan aan de ingevolge art. 3:9 Awb op de burgemeester en het dagelijks bestuur rustende vergewisplicht.

Tevens is aangevoerd dat de intrekking c.q. de weigering van een vergunning op grond van de Wet Bibob is aan te merken als “criminal charge” in de zin van art. 6 EVRM.

De Afdeling heeft in haar uitspraken van 22 november 2006 in zaak nr. 200602949/1 en van 16 juli 2008 in zaak nr. 200707433/1 overwogen dat de toepassing van de in art. 3 Wet Bibob neergelegde weigeringsgrond tot doel heeft te voorkomen dat overheidsorganen onbewust en ongewild door vergunningen te verlenen, subsidie te geven of een overheidsopdracht te gunnen, criminele activiteiten faciliteren. De weigering alsmede de intrekking van de vergunning op grond van de DHW zijn er niet op gericht nadeel aan appellante toe te brengen dat verder gaat dan het bereiken van voormeld, niet direct op benadeling van appellante gericht doel. Dat het plegen van strafbare feiten wellicht wordt bemoeilijkt of voorkomen doordat bestuursorganen dit niet faciliteren door vergunningverlening, vormt onvoldoende grond voor het oordeel dat het instrumentarium van de Wet Bibob rechtstreeks op bestrijding van criminaliteit is gericht. Het is niet gericht op bestraffing van een dader en wordt naar nationaal recht ook niet als een strafrechtelijk instrumentarium aangemerkt. Op deze gronden is de Afdeling van oordeel dat geen sprake is van een punitieve sanctie. Gelet op het belang van het doel dat met de maatregelen wel wordt nagestreefd, vloeit uit het enkele feit dat deze maatregelen ingrijpend zijn, in dit geval niet voort dat deze daarom als “criminal charge” moeten worden aangemerkt. Dat gehandeld is in strijd met de beginselen van “fair trial” en “equality of arms” is niet onderbouwd. Verder kan, gelet op hetgeen over de mate van gevaar is overwogen, niet worden geoordeeld dat de weigering en intrekking van de vergunningen disproportioneel zijn in verhouding tot de in het geding zijnde belangen.

Met betrekking tot de beweerde schending van art. 1 EP EVRM stelt de Afdeling voorop, dat de weigering van de exploitatievergunning en de intrekking van de DHW-vergunning inmengingen zijn in het recht van appellante op het ongestoord genot van haar eigendom, de weten de uitoefening van haar bedrijf en de daarmee gepaard gaande economische belangen, aangezien dit gebruik door de weigering en de intrekking wordt beperkt. In dit geval is derhalve sprake van regulering van gebruik van eigendom. Deze inmenging is voorzien bij wet. Dat de toepassing van de Wet Bibob op redelijke vermoedens kan zijn gebaseerd brengt niet met zich dat niet in een rechtsbasis is voorzien. De wet biedt voldoende inzicht in de omstandigheden waaronder zij toepassing kan vinden. Met de bestreden besluiten wordt het algemeen belang gediend. Tegen de achtergrond van onmiskenbare nadelige gevolgen voor appellante en de terechte conclusie dat ernstig gevaar bestaat dat de vergunningen mede zullen worden gebruikt om strafbare feiten te plegen kan niet worden geoordeeld dat geen “fair balance” bestaat tussen belangen en nadelige gevolgen en kan evenmin worden geoordeeld dat deze besluiten slechts hadden kunnen worden genomen onder het aanbieden van financiële compensatie.

## Noot

1. Deze Yab Yum-uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak is zeer illustratief voor de werking van de Wet Bibob als bestuurlijk instrument van criminaliteitspreventie, met name van georganiseerde criminaliteit. Zoals bekend is de Wet Bibob een uitvloeisel van de IRT-affaire en de rapporten in de parlementaire enquête. Het (criminologisch) concept van het weigerings- c.q. intrekingsbesluit als bestuurlijke maatregel is in Amsterdam ontwikkeld (Van Traa-team) - in navolging van de Italiaanse en New Yorkse maffiawetgeving - en op dringend verzoek van bestuur, politie en justitie van deze stad als Wet Bibob gerealiseerd. De bijzondere betekenis van deze Yab Yum-casus is dat het de eerste keer is dat het Bibob-instrumentarium wordt ingezet naar zijn oorspronkelijke bedoeling: het aanpakken van de grootschalige georganiseerde criminaliteit (primair in Amsterdam) en dat wordt doorgeprocedeerd tot aan de Afdeling. In deze Yab Yum-casus is sprake van een directe relatie met het hoofdstedelijke criminele milieu en – naar blijkt uit de verwijzingen in deze uitspraak naar het Acroniem-onderzoek en het Kolbak-onderzoek – tevens met de Amsterdamse strafrechtprocessen in de afgelopen jaren (Holleeder e.a. en de Hells Angels) Het Acroniem-onderzoek betrof een grootschalig opsporingsonderzoek naar de criminele activiteiten van de Hells Angels, met inbegrip van hun betrokkenheid bij de overname van Yab Yum. Het Kolbak-onderzoek inzake de afpersing van vastgoedexploitanten (Endstra e.a.), resulterend in de veroordeling van Willem Holleeder, bracht mede dwarsverbanden met de Hells Angels aan het licht. Weigering van de APV-exploitatievergunning door de burgemeester en intrekking van de DHW-vergunning door het dagelijks bestuur van het stadsdeel Centrum van Amsterdam van het roemruchte prostitutiebedrijf Yab Yum zijn grotendeels gebaseerd op de in deze opsporingsonderzoeken verkregen strafrechtelijke informatie over de Hells Angel. Wie meer wil weten over achtergronden en ontwikkelingen alsmede betrokken personen en hun onderlinge relaties, kan op internet terecht. Kennisneming van de elektronische bronnen is extra interessant omdat daaruit mede kan worden opgemaakt hoe ver de invloed van de Hells Angels reikt of directer gezegd: hoe bang men hiervoor is. Hoewel nog genoeg informatie – op naam - voorhanden is, is blijkbaar ook het nodige verwijderd.

2. Voor een goed begrip van deze uitspraak is relevant te weten dat appellant (vergunninghouder/aanvrager, resp. ex art. 1, aanhef en sub c en art. 7 Wet Bibob jo. art. 4 Besluit Bibob), Devagarden BV is. Deze vennootschap geldt dus als betrokkene in de zin van art. 3, eerste lid, Wet Bibob, waaromtrent het gemeentebestuur een “ernstig gevaar” van criminogeen vergunningengebruik heeft vastgesteld (sub b: het plegen van strafbare feiten). Vandaar dat in deze casus de nadruk ligt op de vraag wie de personen achter deze rechtspersoon zijn, toegespitst op het criterium in art. 3, vierde lid, aanhef en sub c: “de betrokkene staat in relatie tot strafbare feiten (...) indien: (...) een ander deze strafbare feiten heeft gepleegd en deze persoon direct of indirect leiding geeft dan wel heeft gegeven, zeggenschap heeft dan wel heeft gehad over, vermogen verschaft dan wel heeft verschaft aan betrokkene, of in een zakelijk samenwerkingsverband tot hem staat.” De betekenis van deze uitspraak betreft zowel de elementen van leiding geven en zeggenschap als de aannemelijkheid van een zakelijk samenwerkingsverband, mede tegen de achtergrond van eventuele stromanconstructies. Bij de rechtbank Amsterdam en bij de Afdeling is geprocedeerd door Devagarden BV, procespartij door de rechtbank bij naam genoemd, door de Afdeling geanonimiseerd en aangeduid als appellante sub 1. Daarnaast hanteert de Afdeling nog de termen (a) “bestuurder” als aanduiding van de persoon van de bestuurder en enig aandeelhouder van Devagarden, tevens koper namens de vennootschap van Yab Yum, (b) “zwager” van bestuurder, tevens (voormalig) beveiligingsmedewerker/algemeen medewerker van Yab Yum, lid van de Hells Angels en voormalig vice-president van de Amsterdamse Hells Angels, (c) de “voormalige eigenaar van Yab Yum, die over zijn avonturen met dit etablissement een boek heeft geschreven, (d) “persoon B” (John M.) en “persoon C”, een goede bekende van zwager, later vermoord, postuum lid van de Hells Angels (Sam K.).

De procedures bij de rechtbank en de Afdeling staan derhalve in het teken van de stelling dat bestuurder slechts de formele exploitant van Yab Yum is, als eigenlijke exploitant echter zwager, al dan niet namens de Hells Angels, is aan te merken. Daarbij ligt het accent op de aan

Devagarden als vennootschap toe te rekenen criminele antecedenten en verdenkingen van/jegens zwager van bestuurder. Uit een oogpunt van het in relatie staan tot strafbare feiten van Devagarden ligt de nadruk derhalve op de aspecten leiding geven en zeggenschap uitoefenen door zwager in de zin van art. 3, vierde lid, sub c, Wet Bibob.

3. Dit is de derde uitspraak over Yab Yum. Naast de weigering en intrekking van de noodzakelijke vergunningen is Devagarden B.V., de exploitant van Yab Yum, tevens bestuursdwang aangezegd indien de exploitatie niet binnen 4 weken beëindigd zou worden. Bij uitspraak van 4 januari 2008 (LJN: BC1168) heeft de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam het verzoek om een voorlopige voorziening, te weten het niet hoeven sluiten van Yab Yum hangende de bezwaarprocedure, afgewezen. Het door de voorzieningenrechter als met “redelijke mate van waarschijnlijkheid” aangemerkte ernstig gevaar in de zin van art. 3, eerste lid, Wet Bibob werd hiermee tevens betrokken op de periode van de bezwaarprocedure. In het verlengde hiervan is Yab Yum daadwerkelijk gesloten. De door Devagarden ingestelde beroepen tegen de besluiten op bezwaar werden vervolgens bij uitspraak van 4 november 2008 (LJN: BG2826) door de Rechtbank Amsterdam ongegrond verklaard. De hiervoor opgenomen uitspraak betreft het zowel door Devagarden als door burgemeester en het dagelijks bestuur hiertegen ingestelde hoger beroep.

4. In de afgelopen jaren zijn (leden van) de Hells Angels zowel via een strafrechtelijk, een civielrechtelijk als een bestuursrechtelijk traject aangepakt. De op grond van het Acroniem-onderzoek tegen een aantal full colour-leden van de Hells Angels MC Holland – waaronder zwager - ingestelde strafvervolging wegens deelneming aan een criminele organisatie liep echter mis omdat de Rechtbank Amsterdam bij vonnis van 20 december 2007, NBStraf 2008/27, het Openbaar Ministerie in deze strafvervolging niet-ontvankelijk achtte, als sanctie vanwege de geconstateerde ernstige, grootschalige en herhaaldelijke inbreuken op de regelgeving inzake het verschoningsrecht van advocaten (art. 126aa Sv, Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken en de Instructie vernietiging geïntercepteerde gesprekken met geheimhouders).

Vervolgens heeft het OM geprobeerd om ex art. 2:20, eerste lid, BW een civielrechtelijk verbodenverklaring en ontbinding van de verschillende rechtspersonen van de Hells Angels uit te lokken. Ook die poging mislukte. De Hoge Raad volgde het Hof en eerder de rechtbanken, overwegende: “dat bij de beantwoording van de vraag of de werkzaamheid van de rechtspersoon in strijd is met de openbare orde als uitgangspunt geldt dat de in art. 8 van de Grondwet en art. 11 van het EVRM gewaarborgde vrijheid van vereniging en vergadering een grondbeginsel van de democratische rechtsstaat is, en dat het verbieden van een rechtspersoon een ernstige inbreuk op dit grondrecht betekent waaraan slechts in het uiterste geval mag worden toegekomen. Voor een verbodenverklaring moet het dan ook gaan om meer dan uit maatschappelijk oogpunt ongewenst gedrag. Voor een verbodenverklaring moet het dan ook gaan om meer dan uit maatschappelijk oogpunt ongewenst gedrag. De verbodenverklaring dient te worden gezien als een noodzakelijke maatregel om gedragingen te voorkomen die een daadwerkelijke en ernstige aantasting vormen van als wezenlijk ervaren beginselen van ons rechtsstelsel en die onze samenleving ontwrichten of kunnen ontwrichten”. Bovendien mocht het Hof in aanmerking nemen of en met welk resultaat strafrechtelijk tegen de betreffende Hells Angels is opgetreden (HR 26 juni 2009, LJN: BI1124). Zie wat de Amsterdamse Hells Angels betreft: Hof Amsterdam van 10 april 2008, NBStraf 2008/193 en JOR 2008/154 (Stichting Hells Angels Amsterdam), Rechtbank Amsterdam 11 april 2007, LJN: BA2761 (Stichting Hells Angels Amsterdam) en Rechtbank Amsterdam 11 april 2007, LJN: BA2747 (Stichting Hells Angels Holland).

Het bestuursrechtelijk traject is primair dat van de Wet Bibob. De strafrechtelijke context kan echter tevens doorwerken in de toepassing van andere wettelijke instrumenten van betrouwbaarheidstoetsing. Zie onder meer de regeling van de afgifte van een verklaring omtrent het gedrag (VOG) in de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens en het toestemmingsvereiste inzake het verrichten van beveiligingswerkzaamheden door medewerkers van particuliere beveiligingsorganisaties op grond van art. 7 van de Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus. Zie ABRvS 26 november 2008, JB 2009/12 betreffende de weigering van een

dergelijke toestemming door de korpschef van de politieregio Brabant-Noord aan een Amsterdamse Hells Angel. Deze uitspraak ligt in verlengde van het eerder genoemde vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 20 december 2007, NBStraf 2008/27 in de zgn. Acroniem-zaak. De Afdeling bepaalde hierin dat het oordeel van de strafrechter betreffende de onrechtmatige bewijsgaring weliswaar de tapverslagen in de Acroniem-zaak betrof, echter niet de betrouwbaarheid van het andere in het dossier aanwezige feitenmateriaal aantastte, zodat de korpschef de betreffende – door appellant niet dan wel niet (voldoende) gemotiveerd betwiste - processen-verbaal en mutaties inzake gebeurtenissen in of bij horecagelegenheden De Ster te Nieuwkuijk aan zijn weigeringsbesluit ten grondslag mocht leggen. Ingevolge vaste rechtspraak werd ook in deze zaak een beroep op het onschuldbeginsel in art. 6, tweede lid, EVRM door de Afdeling afgewezen. Deze uitspraak impliceert de uitsluiting van individuele Hells Angels van het verrichten van beveiligingswerkzaamheden, nu de Afdeling hierin het beoordelingscriterium van de korpschef accepteert dat betrokkene als Hells Angel geen betrouwbare partner is voor de politie, terwijl essentieel is dat beveiligers goed samenwerken met de politie. De facto is hier dus sprake van een bestuursrechtelijk beroepsverbod. Aannemelijk is dat een verplichting om een VOG op grond van de Wjsg te overleggen met betrekking tot Hells Angels eenzelfde effect heeft.

4. De hiervoor opgenomen Bibob-uitspraak voegt weer enkele nieuwe elementen toe aan de rechtspraak over deze wet. Allereerst de betekenis van het begrip vermoeden in art. 3, derde lid, aanhef en sub a, van de Wet Bibob. Dit begrip heeft betrekking op het in relatie staan tot strafbare feiten. Willen deze bij de beoordeling betrokken worden dan dient aannemelijk te zijn dat deze zijn gepleegd. Een onherroepelijke veroordeling terzake van die feiten is dus niet vereist. “Het kan derhalve gaan om strafbare feiten waarvan niet in rechte is vastgesteld dat en door wie zij zijn gepleegd. Wel dient het aannemelijk te zijn dat de feiten zijn gepleegd”, aldus de Afdeling. Dit is de kern van de complementaire werking van het Bibob-instrumentarium in relatie tot de strafrechtshandhaving. Of op dit uitgangspunt nog uitzonderingen gelden, zoals onrechtmatig verkregen bewijs en niet-ontvankelijkheid van het OM – is nog onbekend. Afgaande op de hiervoor genoemde Afdelingsuitspraak van 26 november 2008, JB 2009/1 is dat wel aannemelijk.

5. Tevens doet de Afdeling een uitspraak over de vraag welke gegevens uit de justitiële registers bij de beoordeling betrokken mogen worden. Daartoe moeten de hieraan ontleende feiten relevant en van voldoende gewicht zijn, hetgeen een materiële beoordeling veronderstelt. Omdat het bij de Bibob-toetsing vooral om integriteitstoetsing gaat, kan de zeefwerking van deze toets niet anders dan beperkt zijn. Blijft nog de vraag om welke periode van gegevensverzameling het gaat. Naar de Afdeling oordeelt komt die overeen met de wettelijke bewaartermijn van de betreffende registers in de Wjsg. Zie op dit punt de herziening van de art. 4 en 6 van de Wjsg in het wetsvoorstel Wet identiteitsvaststelling verdachten, veroordeelden en getuigen, Kamerstukken I 2008/09, 31436, A (Gewijzigd voorstel van wet). Ingevolge de nieuwe regeling worden justitiële gegevens van verdachten en veroordeelden wegens misdrijven na 30 jaar, 20 jaar of na het vervallen van het recht tot strafvordering door verjaring vernietigd (art. 4), terwijl deze gegevens wegens overtredingen na 5 jaar, 10 jaar, 2 jaar na overlijden betrokkene of na het vervallen van het recht op strafvordering door verjaring worden vernietigd (art. 6). Dit betekent dat het “recht op vergeten” uit een oogpunt van resocialisatie er in de Wet Bibob bekaaid van af komt. Hoewel dat in deze uitspraak niet verder aan de orde komt is dat een van de problemen van deze wet.

6. Ook wat de politieke gegevensverwerking betreft – het gebruik van politiemutaties - voegt deze uitspraak iets toe. De klacht van het gemeentebestuur is dat de rechtbank niet heeft onderkend dat deze mutaties ook zonder uitsplitsing naar afzonderlijke strafbare feiten bijdragen aan het oordeel dat sprake is van ernstig gevaar en deze ten onrechte heeft geïsoleerd van de overige gegevens. Naar uit de uitspraak van de rechtbank blijkt gaat het hier om een aantal individuele meldingen, bij de politie omtrent zwager. Aan de pleitnotitie in het kader van de behandeling van het verzoek om een voorlopige voorziening ontleen ik dat deze meldingen uit de periode 1981 tot medio 1993 geweldsdelicten, al dan niet gepleegd met een wapen, alsmede een drietal zedendelicten betreffen. Omdat onduidelijk was in hoeverre deze informatie betrekking heeft op mogelijke individuele strafbare feiten - want niet meer dan een lijst met bepalingen uit het WvSr

onder verwijzing naar zwager - achtte de rechtbank deze meldingen van onvoldoende gehalte om daarop een redelijk vermoeden als hier vereist te funderen (o.w. 5.2.4). De Afdeling volgt ditzelfde spoor. Uitgangspunt van de toepassing van art. 3, eerste lid, sub a, van de Wet Bibob is dat aannemelijk is dat bepaalde strafbare feiten zijn gepleegd. Zonder onderliggende stukken kan de betrouwbaarheid van politiemutaties en de betekenis die daaraan mag worden toegekend niet voldoende worden beoordeeld. In het voorliggende geval zijn die gegevens niet beschikbaar gesteld. Evenals de rechtbank is de Afdeling derhalve van oordeel dat de politiemutaties in dit geval onvoldoende concreet zijn en dat onduidelijk is of en in hoeverre deze betrekking hebben op strafbare feiten waarvan aannemelijk is dat zij zijn gepleegd. Dat deze gegevens een bepaald beeld bevestigen is onvoldoende om mee te wegen in de beoordeling met betrekking tot feiten en omstandigheden die redelijkerwijs doen vermoeden dat Devagarden in relatie staat tot die artikelsgewijs aangeduide strafbare feiten.

Voor de uitvoeringspraktijk is dit onderdeel van de Afdelingsuitspraak van verreikende betekenis. Oordeelsvorming (beeldvorming) op basis van politiemutaties in de politieregisters (zie de Wet politiegegevens) zonder vervolg in de vorm van opsporings- of vervolgingsacties is hierdoor uitgesloten. Een belangrijk deel van de politieke gegevensverwerking – in het bijzonder de bedrijfsprocessensystemen - is daarmee de facto uitgesloten van Bibob-gebruik. Dit is dan ook de waarschijnlijke verklaring dat burgemeester en dagelijks bestuur tegen dit onderdeel van de uitspraak van de rechtbank hoger beroep hebben insteld.

Op dit onderdeel staat deze uitspraak derhalve qua principiële betekenis op één lijn met die van 27 februari 2008 (ABRvS 27 februari 2008, JB 2008/78 m.nt. dzz. (Groningen) en ABRvS 27 februari 2008, LjN: BC5259 (Dordrecht) inzake de beperkingen met betrekking tot het gebruik in Bibob-verband van CIE-informatie.

Zie voorts betreffende het gebruik van CIE-informatie nog ABRvS 17 juni 2009, LjN: BI8427. Uit de uitspraak van de Afdeling van 15 juli 2009 (LjN: BJ2636) blijkt dat – anders dan die in het Acroniem-onderzoek, zie de hiervoor genoemde Afdelingsuitspraak van 26 november 2008 (JB 2009/12) - in beginsel ook tapverslagen gebruikt mogen worden. Nieuw in de hiervoor opgenomen uitspraak is tevens het toegestane gebruik van verklaringen van anonieme getuigen – in dit geval uit het Kolbak-onderzoek - mits onder betrouwbaarheidsverklaring, in dit geval de mededeling van de rechter-commissaris dat getuige een betrouwbare indruk maakte.

7. Naar het oordeel van de Afdeling mochten burgemeester en het dagelijks bestuur aan het complex van aannemelijke feiten het redelijke vermoeden ontleen dat de Hells Angels betrokken zijn geweest bij de overname van Yab Yum, dat Yab Yum door die overname binnen de invloedssfeer is gebracht van een crimineel circuit waarvan de Hells Angels en zwager als exponent van die organisatie deel uitmaakten en dat dit is gemaskeerd door de betrokkenheid van bestuurder en de oprichting van Devagarden BV. Bovendien heeft het gemeentebestuur zich op het standpunt mogen stellen dat zwager een belangrijke, ook leidinggevende functie bekleedde bij en aldus zeggenschap heeft gehad over en leiding heeft gegeven aan de exploitatie van het prostitutiebedrijf Yab Yum door Devagarden. Of hierbij sprake is van een bestaand zakelijk samenwerkingsverband laat de Afdeling in het midden. Op basis hiervan concludeert de Afdeling met het oog op art. 3, eerste en vierde lid, sub c, van de wet, dat Devagarden in relatie staat tot de vermelde (aannemelijke) strafbare feiten van zwager en andere betrokken Hells Angels. Hieruit blijkt dat ook de Afdeling uitgaat van een stroman-constructie van Yab Yum na de gedwongen overname hiervan van de vorige eigenaar, waarbij zwager, al dan niet namens de Hells Angels, opereerde als eigenlijke exploitant, anders dan bestuurder, die geen feitelijke zeggenschap zou hebben.

8. Een belangrijk onderdeel van deze uitspraak is de interpretatie door de Afdeling van het samenhangvereiste in art. 3, derde lid, sub a, van de wet, dat wil zeggen de vergelijkbaarheid in activiteiten waaromtrent enerzijds strafbare feiten zijn vastgesteld of aannemelijk geworden en anderzijds een vergunning is aangevraagd of afgegeven. Kortom de rechtsvraag welke criminele antecedenten in aanmerking mogen worden genomen bij het vormen van een – prospectief – betrouwbaarheidsoordeel. In navolging van de rechtbank bepaalt de Afdeling dat wat de eis van

samenhang betreft rekening moet worden gehouden met zowel de aard van de betreffende branche en de aard van de (aannemelijke) strafbare feiten. Bij het beoordelen of aan dit vereiste is voldaan dient, naar de Afdeling overweegt, de feitelijke context van activiteiten waarin deze zijn gepleegd dus zeer ruim genomen te worden. Delicten die gepaard gaan met geweld en intimidatie zijn risicovol. De prostitutie- en horecabranche zijn bovendien zeer kwetsbaar voor dergelijke risico's. Tenzij sprake is van een evident vreemde context is wegens de kwetsbaarheid van de branche aannemelijk dat de risico's van die delicten zich over deze branche uitstrekken. Het is aan de betrokkene om aannemelijk te maken dat de kwetsbaarheid van de branche niet voor de betreffende onderneming geldt, i.c. Yab Yum. Nu die tegenspraak niet is geleverd oordeelt de Afdeling dat voldoende samenhang bestaat tussen de exploitatie van Yab Yum als prostitutiebedrijf en de context waarin de vermoedelijk door zwager en andere Hells Angels begane strafbare feiten zijn gepleegd.

Deze ruime invulling van het samenhangvereiste heeft belangrijke consequenties. Op dit punt kunnen zich belangrijke rechtspolitieke kwesties voordoen, want kunnen oordelen iets zeggen over straf- en bestuursrechtelijke waardenoriëntaties. Inderdaad zijn prostitutieinrichtingen/bordelen extra gevoelig voor gewelds- en afpersingsdelicten. Echter welke belangen worden hier via de Wet Bibob beschermd? Een voorbeeld van geweldsdelict in een niet samenhangende context zou huiselijk geweld kunnen zijn. In ieder geval kwalificeert deze vorm van geweldsuitoefening de dader als inherent gewelddadig. Een niet verdisconteren van dit type geweldsdelicten in een Bibob-oordeel zou echter kunnen betekenen dat deze categorie als – maatschappelijk - minder relevant wordt gezien. Kortom, anders dan uit deze uitspraak blijkt kent het samenhangvereiste een belangrijke rechtspolitieke lading. Dat het hier onder omstandigheden gaat om relevante keuzes mag daarom niet worden weggeschreven.

9. Van de zijde van Devagarden is de positie, inrichting, bemanning en deskundigheid van Bureau Bibob in het geding gebracht. Ook op dit onderdeel heeft deze uitspraak toegevoegde waarde. De Afdeling overweegt: “Het bureau is een college, dat ingevolge de Wet Bibob is belast met het adviseren van bestuursorganen (...). Het is werkzaam onder verantwoordelijkheid van de minister van Justitie, die ter verantwoording kan worden geroepen door de Tweede Kamer. Aan het bureau is een begeleidingscommissie verbonden, die de kwaliteit van het bureau mede bewaakt. Bovendien kunnen de tot beoordeling van de op de adviezen gebaseerde besluiten bevoegde rechterlijke instanties kennis nemen van de adviezen van het bureau.” Het Bureau is derhalve adviseur in de zin van art. 3:5 Awb. Aan het voorschrift van art. 3:8 Awb is voldaan, nu de namen van de afzonderlijke personen binnen het bureau die de adviezen hebben voorbereid en opgesteld niet vermeld behoeften te worden.

Het oordeel van de Afdeling ligt geheel in lijn met de bedoeling van de wetgever. Tegelijkertijd mag niet vergeten worden dat het hier - mede uit een oogpunt van bestuurlijk organisatierecht - om een min of meer gewrongen constructie gaat en die op gespannen voet staat met het karakter van het adviseurschap in de Awb.

De inrichtingsbevoegdheid van de overheidsadministratie van het rijk komt toe aan de afzonderlijke ministers (art. 42 Grondwet), in samenhang met kabinetsbesluiten (vgl. het Project Vernieuwing Rijksdienst), en aan de wetgever via algemene en specifieke wetgeving. Zie als voorbeelden van algemene wetgeving de Comptabiliteitswet en de Wet zelfstandige bestuursorganen. Specifieke wettelijke arrangementen kunnen attributie van taken en bevoegdheden aan (ondergeschikte) ambtenaren betreffen (zie de art. 10.1.3.1 en 10.1.3.3 Vierde tranche Awb) of de inrichting van een specifiek organisatie-onderdeel in combinatie met hieraan opgedragen taken (en bevoegdheden). Vgl. ook het thans min of meer in onbruik geraakte begrip deconcentratie van rijksdiensten.

De term “bureau” is een min of meer neutrale aanduiding voor dienstonderdelen die zijn gebaseerd op een specifiek instellingsbesluit of bijzondere wettelijke regeling. Dat annex en op een zelfde wijze begeleidingscommissies in het leven worden geroepen is evenmin uitzonderlijk. Zie als voorbeeld het Besluit houdende instelling van een Sociaal en Cultureel Planbureau, dat naast het onder de minister van VWS ressorterende SCPB in art. 2, in art. 8, eerste lid, tevens

een Begeleidingscollege instelt met als opdracht: “het Bureau bij te staan en te adviseren bij het uitvoeren van zijn taak.”.

Bezien we vanuit dit perspectief de wettelijke regeling van het Bureau Bibob. In de art. 8 en 25 bevat de Wet Bibob de instellingsgrondslag van respectievelijk het Bureau en de Begeleidingscommissie. De taken van de Begeleidingscommissie zijn nader geregeld in de Regeling Begeleidingscommissie Bibob, dat tevens als benoemingsbesluit geldt. Hieruit blijkt dat, afgezien van een onafhankelijke voorzitter, de Begeleidingscommissie met name een gremium is van vertegenwoordigers van enerzijds de informatieveranciers en anderzijds van de afnemers (regelmatige gebruikers van de adviezen van het Bureau). Om deze commissie, zoals de Afdeling doet, als kwaliteitsgarantie van Bureau Bibob op te voeren is derhalve wat te veel eer. Daarvoor is deze commissie te zeer een samenwerkingsvariant, zoals die in het openbaar bestuur - zeker waar het gaat om gegevensverwerking - meer voorkomt. Wat de inrichting van het Bureau betreft bevat de wet in de art. 21 t/m 24 nog enkele bepalingen, waarbij het met name gaat om de uiteindelijke verantwoordelijkheid van minister van Justitie, echter met verzekerde invloed van de minister van BZK. Het Bureau Bibob is derhalve een onderdeel van het ministerie van Justitie, in het bijzonder van het Agentschap Justis.

De kerntaak van Bureau Bibob is geformuleerd in art. 9, eerste lid, van de wet, te weten: het aan bevoegde bestuursorganen desgevraagd advies uitbrengen over de mate van gevaar in art. 3, eerste lid, of over de ernst van de feiten en omstandigheden in art. 3, zesde lid, van de Wet Bibob. Taken en bevoegdheden zijn functioneel geattribueerd aan het Bureau en niet aan individuele ambtenaren (met uitzondering van de dagelijkse leiding, die aan de directeur is opgedragen). De uitgebreidheid van het bevoegdheidsregime houdt verband met de noodzaak van een specifiek informatieregime in relatie tot de Wet bescherming persoonsgegevens, de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens, de Wet politiegegevens en specifieke sectorregelingen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens.

Het probleem bij het aanmerken van Bureau Bibob als adviseur in de zin van art. 3:5 Awb is dat dit Bureau niet anders doet dan andere dienstonderdelen op rijks- of decentraal niveau, namelijk het voorbereiden van (een deel van) de door het bevoegde bestuursorgaan te nemen besluiten. Natuurlijk dient dat door voldoende bekwame ambtenaren te gebeuren. Het verzamelen en analyseren van persoonsgegevens ten behoeve van het advies (art. 12, eerste lid) vergt echter geen specifieke en inherent genormeerde expertise, gekoppeld aan specifieke opleidingen. Dit blijkt al uit het feit dat de bij Bureau Bibob werkzame ambtenaren zeer verschillende achtergronden hebben, met uiteenlopende niveaus van kennis en vaardigheden.

De werkzaamheden van het Bureau zijn min of meer vergelijkbaar met de ambtelijke voorbereiding van besluiten bij de toepassing van andere integriteitsinstrumenten, onder meer bij andere dienstonderdelen van het Agentschap Justis. Bovendien komt samenwerking van bestuursorganen in de sfeer van de uitvoering steeds meer voor. Waarom dan die bijzondere positie voor Bureau Bibob als adviseur in de zin van art. 3:5 Awb? Natuurlijk ken ik het antwoord, maar dat wil niet zeggen dat dit uit een oogpunt van rechtsbescherming verantwoord is. Uit de verwijzing naar de ministeriële verantwoordelijkheid van de minister van Justitie voor het functioneren van Bureau Bibob proef ik dat de Afdeling evenmin zonder bedenkingen is, het samenhangende – door de wetgever gewilde - stelsel op dit punt echter niet wil openbreken. Iets anders is dat er in toenemende mate behoefte is aan een samenwerkingsregime van de rijksoverheid (ministeries of onderdelen daarvan), decentrale overheden en zelfstandige bestuursorganen. Zie ook mijn herziene commentaar op het Silicose-arrest in de nieuwe druk van AB-Klassiek (2009).

10. Wat de vergewisplicht in art. 3:9 Awb betreft, bevestigt de Afdeling zijn eerdere uitspraak van 18 juli 2007, AB 2007/357, dat het bestuursorgaan mag afgaan op de expertise van het bureau, tenzij dein het advies vermelde gegevens de bevindingen duidelijk niet kunnen dragen, bijvoorbeeld omdat ze daarvoor te weinig of te weinig directe aanwijzingen bieden of omdat ze in verschillende richtingen wijzen, onderling tegenstrijdig zijn of niet stroken met hetgeen overigens bekend is. Met toestemming van betrokkene (art. 8:29, vijfde lid, Awb), toetst de Afdeling op nakoming van de vergewisplicht, dat wil zeggen toetst het Bibob-rapport aan de hand van



genoemde maatstaven. Zie voor andere uitspraken over dit uitgangspunt: ABRvS 20 mei 2009, LJN: BI4484 en ABRvS 15 juli 2009, LJN: BJ2636. Uitspraken waarin de door het Bureau Bibob uitgebrachte rapporten de toets der kritiek niet kunnen doorstaan zijn: ABRvS 27 februari 2008, JB 2008/78 m.nt. dzz. en ABRvS 27 februari 2008, LJN: BC5259).

Bovendien blijft het een probleem dat Bureau Bibob de kwaliteit van de uit de bronregistraties aangeleverde gegevens – in het bijzonder de feitelijke juistheid en volledigheid daarvan - niet controleert (vgl. evaluatie-rapport Berenschot 2007, p. 53-54). Bestuursorgaan en bestuursrechter kunnen die informatie in de Bibob-rapporten evenmin op juistheid en volledigheid toetsen, want hebben geen toegang tot de bronregistraties, en zijn dus in hun toetsing beperkt tot een plausibiliteitstest, het gebruik van algemeen bekende gegevens alsmede beoordeling van door de betrokkene aangedragen “tegenbewijs”.

Dat die bronregistraties de nodige fouten bevatten en de omvang van het fenomeen identiteitsfraude sterk toeneemt, raakt inmiddels in bredere kring bekend. Zie als reactie ook het hiervoor reeds genoemde Wetsvoorstel identiteitsvaststelling verdachten, veroordeelden en getuigen. In dit perspectief is het niet zo gelukkig dat de Afdeling zo benadrukt dat bestuursorganen in beginsel op het Bibob-advies mogen afgaan. Die boodschap is een vrijbrief voor gemakzuchtige bestuurders. En dat de rechtsbescherming in de huidige Wet Bibob volstrekt onder de maat is, zal inmiddels ook wel duidelijk zijn. Zie in dit verband het rapport “Vijf jaar Bibob in Amsterdam. Goede zaken, slechte zaken”, de evaluatie van het BenW van Amsterdam van de Wet Bibob, april 2009. Tot mijn voldoening wordt er ook in dit rapport voor gepleit om bij de beoogde herziening van de Wet Bibob de rechtspositie van betrokkenen substantieel te verbeteren.

11. Deze uitspraak onderscheidt zich van eerdere omdat de Afdeling dieper ingaat op de aangevoerde grondrechtelijke argumenten, ontleend aan het EVRM c.a. Allereerst de vraag of de intrekking c.q. weigering van de betreffende vergunningen als “criminal charge” in de zin van art. 6 EVRM hebben te gelden.

De Afdeling zoekt aansluiting bij haar eerdere uitspraken van 22 november 2006 (LJN: AZ2786) en van 16 juli 2008 (LJN: BD7378). De Afdeling past de maatstaven van het EHRM toe, te weten: (a) de aard van de overtreden norm, (b) het doel van de maatregel bij overtreding, (c) de aard en ernst van de maatregel en (d) de vraag of de handhaving van de overtreden norm naar nationaal recht als strafrechtelijk is aangemerkt. Zoals te verwachten viel komt de Afdeling tot de conclusie dat met het Bibob-instrumentarium geen leedtoevoeging aan de dader wordt beoogd, dit instrument naar geldende opvattingen derhalve niet op bestraffing is gericht, maar op criminaliteitspreventie. De Afdeling is derhalve van oordeel dat geen sprake is van een punitieve sanctie in de zin van art. 6, eerste lid, EVRM. Dat de maatregelen ingrijpend zijn maakt dit niet anders.

Zie met betrekking tot de betekenis van de waarborgen van art. 6 EVRM: A.P. Klap en A.J.C. de Moor-van Vugt, Hoe verder met de Wet Bibob?, NTB 2009, p. 31 e.v.

Het probleem met het begrip “criminal charge” in art. 6, eerste lid, EVRM als voorwaarde voor verhoogde rechtsbescherming is, dat de daaraan ten grondslag liggende dualiteit niet meer overeenkomt met de huidige noodzaak van rechtsbescherming. Datzelfde geldt voor de tweeslag van reparatoire en punitieve sancties in het bestuursrecht.

Inmiddels is sprake van een in omvang en belang toenemende derde categorie van uit een oogpunt van potentiële grondrechtentaantasting ingrijpende overheidshandelingen: de categorie van de bestuurlijke maatregelen met het oog op criminaliteits- en terrorismepreventie.

Op dit moment ligt er tenminste één Bibob-zaak voor toetsing bij het EHRM. Het is dus afwachten of het Hof deze beroepszaak aangrijpt om art. 6 EVRM op dit punt verder te ontwikkelen. Dat de Afdeling voor zichzelf geen rechtsvormende taak ziet is met deze uitspraak opnieuw bevestigd.

Een tweede van de zijde van Devagarden aangevoerd grondrechtelijk bezwaar betreft de inbreuk op art. 1, EP EVRM, het recht op ongestoord genot van eigendom. De Afdeling oordeelt omtrent de rechtsvraag of het Bibob-instrumentarium in overeenstemming is met de beperkingsclausule – met name of met deze wet het algemeen belang wordt gediend – zoals te

verwachten. Er is sprake van een “fair balance” tussen de belangen gediend met de intrekking- en weigeringsbesluiten en de nadelige gevolgen daarvan voor Devagarden, zodat geen aanleiding bestond voor het aanbieden van financiële compensatie.

12. Overigens wil ik in dit verband nog op een andere, voor de Wet Bibob relevante rechtsontwikkeling wijzen: het op 28 december 2009 in werking treden van de dienstenrichtlijn (richtlijn 2006/123/EG). Zie de implementatie daarvan in het wetsvoorstel Dienstenwet, Kamerstukken I 2008/09, 31579, A (Gewijzigd voorstel van wet). De dienstenrichtlijn is een vorm van totaalharmonisatie van het dienstenverkeer in de gemeenschap, behoudens expliciete uitzonderingen. De regulering van de dienstverlening wordt dus binnenkort grotendeels – geïmplementeerd – gemeenschapsrecht, met alle consequenties van dien. Het is nog even wennen, maar prostitutie en de exploitatie van prostitutieinrichtingen zijn diensten in de zin van de dienstenrichtlijn. De gelding van de dienstenrichtlijn heeft twee belangrijke gevolgen. In de eerste plaats moet ook de Wet Bibob worden getoetst op overeenstemming met deze Europese regeling en bovendien moeten worden ingebracht in het nadere harmonisatieoverleg van de lidstaten. Waar het gaat om de toepassing op de prostitutie- en de horecasector verwacht ik wat het bibob-instrumentarium betreft weinig problemen, omdat beide sectoren een belangrijke openbare orde-component kennen, de behartiging waarvan in belangrijke mate aan de lidstaten wordt overgelaten.

Een tweede gevolg betreft de inhoud van de grondrechtenbescherming. Doordat de regulering van de dienstverlening in beginsel gemeenschapsrecht wordt, zijn in beginsel tevens de aan het Handvest van de grondrechten te ontnemen waarborgen van toepassing. Zie o.w. 15 en art. 1, zevende lid, richtlijn. Op dit moment heeft het Handvest nog geen rechtskracht. Wel laat het Hof van Justitie zich bij zijn uitleg van art. 6 EU via de conclusies van de advocaten-generaal door de grondrechten in het Handvest inspireren. Het Handvest zal rechtskracht krijgen bij de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon. Dat lijkt niet zo lang meer te gaan duren. Is dat het geval dan zijn - waar het gaat om de uitvoering van gemeenschapsrecht - ook de wetgever en de rechter aan de toepassing van dit Handvest gebonden.

Tegen deze achtergrond is het wat de (herziening van de) Wet Bibob betreft reeds nu acht te slaan op de nieuwe grondrechten in het Handvest. Als eerste komt dan art. 47 aan bod, het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht, toegekend aan eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden. Daarbij gaat het in het bijzonder om het recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn en door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf wij wet is ingesteld, terwijl eenieder de mogelijk heeft zich te laten adviseren, verdedigen en vertegenwoordigen. Zie voorts art. 42 betreffende het recht op behoorlijk bestuur, als grondslag van de beginselen van gemeenschapsrecht, waaronder het verdedigingsbeginsel. In verband met de Wet Bibob zijn voorts nog relevant: de vrijheid van beroep en recht om te werken in art. 15 en de vrijheid van ondernemerschap in art. 16.

Uit de geschiedenis van het Handvest blijkt, dat art. 47 uitdrukkelijk bedoeld is als aanvullende waarborg op art. 6 EVRM, met name door het vervallen van de dualiteit in categorieën van rechtsbescherming alsmede van de uitzonderingen.

Dit betekent dat waar de Wet Bibob wordt toegepast op vormen van dienstverlening, de beperkingen van art. 6 EVRM worden gecompenseerd door art. 47 Handvest. Dat met name het communautair ingekleurde verdedigingsbeginsel binnen afzienbare tijd gevolgen heeft voor de problematische rechtspositie van de betrokkene in de Wet Bibob zal duidelijk zijn.

## G. Overkleeft-Verburg