

ABRvS van 9 mei 2012, LJN: BW5278, zaaknr. 201108725/1/A3

<http://www.rechtspraak.nl/ljn.asp?ljn=BW5278>

Trefw.: ernstig gevaar, in relatie staan tot, recht op een eerlijk proces, criminal charge, onschuldpresumptie, geen bestraffing maar criminaliteitspreventie, proportionaliteitsbeginsel, aannemelijke strafbare feiten, tijdstip nemen besluit, geen voldoende aannemelijkheid in geval van onherroepelijke vrijspraak of ontslag van rechtsvervolgning, ongestoord genot van eigendom, inmenging, bij wet voorzien, algemeen belang, redelijk evenwicht, schadevergoeding

Art.: 6, lid 1 en 2, EVRM, 1 EP EVRM, 3, 7, lid 1 en 2, 8, 9, lid 1, Wet Bibob, 27, lid 3 en 4, 28, lid 1, Drank- en Horecawet, 1.5, lid 2, 3.8, lid 1, APV, 26, lid 2, Verordening op de stadsdelen, 3:5, 3:8 en 3:9 Awb

Samenvatting

In hoger beroep oordeelt de Afdeling over een afwijzende beslissing van het gemeentebestuur van Amsterdam inzake afgifte van een APV-exploitatievergunning en een Dhw-vergunning ten behoeve van een horecabedrijf aan het Damrak. Onder aanzegging van bestuursdwang is tevens gelast de exploitatie van dit bedrijf binnen genoemde termijn te beëindigen. Aan deze weigering ligt een advies van het Bureau Bibob ten grondslag. Op grond hiervan heeft het gemeentebestuur het standpunt heeft ingenomen dat ernstig gevaar bestaat in de zin van artikel 3, eerste lid, aanhef en onder a en b, van de Wet Bibob. Deze kwalificatie is gebaseerd op eerdere veroordelingen op grond van de Wet arbeid vreemdelingen en de sociale zekerheidswetgeving alsmede op de bevindingen in een strafrechtelijk onderzoek onder de naam NERO (witwassen, sociale verzekeringsfraude, belastingfraude en deelneming aan een criminele organisatie). Het is dit NERO-onderzoek dat in deze uitspraak centraal staat, uitgaande van de volgende kernoverweging. Voor het weigeren van vergunningen krachtens de Wet Bibob is niet vereist dat aannemelijk is dat strafbare feiten hebben plaatsgevonden binnen het horecabedrijf zelf. Evenmin is vereist dat de strafbare feiten zijn gepleegd door de eigen werknemers. Noodzakelijk is dat aannemelijk is dat strafbare feiten hebben plaatsgevonden en dat Silicio BV in relatie staat tot de plegers van deze strafbare feiten. Dat een strafbaar feit heeft plaatsgevonden is aannemelijk indien het zozeer waarschijnlijk is dat dit feit heeft plaatsgevonden, dat dit daarom als vaststaand behoort te worden aangenomen. Evenals de rechtbank concludeert de Afdeling dat burgemeester en het dagelijks bestuur zich op basis van dit rapport op het standpunt mochten stellen dat ernstig gevaar bestaat dat de verlangde vergunningen mede zullen worden gebruikt om uit gepleegde strafbare feiten verkregen of te verkrijgen, op geld waardeerbare voordelen te benutten en strafbare feiten te plegen, zoals bedoeld in artikel 3, eerste lid, aanhef en sub a en b, van de Wet Bibob.

Vervolgens toetst de Afdeling de uitspraak van de rechtbank nog aan de jurisprudentie van het EHRM op grond van artikel 6, eerste en tweede lid, EVRM en aan artikel 1, Eerste Protocol EVRM. In het arrest van 27 september 2011, Hrdalo tegen Kroatië heeft het EHRM overwogen dat de reikwijdte van artikel 6, tweede lid, van het EVRM zich kan uitbreiden tot een bestuursrechtelijke procedure, indien er een zodanige band bestaat tussen die procedure en een parallel daarmee plaats hebbende strafrechtelijke procedure dat de bestuursrechtelijke procedure in feite leidt tot een vaststelling van de schuld van betrokkenen, terwijl die niet onherroepelijk in de strafrechtelijke procedure is komen vast te staan. Evenals in Hrdalo naar het oordeel van het EHRM het geval was, vindt in de thans voorliggende zaak echter met de besluiten van de burgemeester en het dagelijks bestuur geen vaststelling van schuld plaats en wordt van die schuld ook niet uitgegaan. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen is de toepassing van artikel 3, eerste lid, van de Wet Bibob niet gericht op het bestraffen van personen, maar op het voorkomen dat het plegen van strafbare feiten door de overheid wordt gefaciliteerd. Bestuursorganen onderzoeken zelf op basis van de op dat moment bekende gegevens, aangedragen door het Bureau Bibob, of sprake is van ernstig gevaar in de zin van artikel 3, eerste lid, van de Wet Bibob. Voor zover bij de vaststelling van ernstig gevaar strafbare feiten in de besluitvorming worden betrokken, is niet vereist dat betrokkenen ter zake van die strafbare feiten zijn veroordeeld, maar

is slechts vereist dat voldoende aannemelijk is dat betrokkenen die strafbare feiten hebben gepleegd. Daarbij mogen ook “criminal antecedents” van betrokkenen en hun “existing criminal record” worden betrokken (EHRM van 20 maart 2012, Murat Bingöl t. Nederland). Is op het moment van het nemen van het besluit sprake van een onherroepelijke vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging in de strafrechtelijke procedure ten aanzien van de in het advies genoemde feiten, dan mag niet worden uitgegaan van voldoende aannemelijkheid van deze feiten. In het arrest van 21 maart 2000, Asan Rushiti t. Oostenrijk, heeft het EHRM overwogen dat het uiten van twijfel over iemands onschuld met betrekking tot feiten waarvan deze onherroepelijk is vrijgesproken, in strijd is met de onschuldpresumptie. In het voorliggende geval doet die situatie zich echter niet voor. Dat de weigering van de vergunningen voor Silicio B.V. ingrijpende gevolge heeft, maakt onder deze omstandigheden niet dat de weigering niettemin strekt tot een “criminal charge” in de zin van artikel 6 van het EVRM.

Ingevolge artikel 1 van het EP bij het EVRM zijn inmengingen in het daarin neergelegde recht op het ongestoord genot van eigendom toegestaan, mits deze bij wet zijn voorzien en door het algemeen belang worden gerechtvaardigd. De bevoegdheid tot weigering van vergunningen is neergelegd in artikel 3, eerste lid, van de Wet Bibob en is aldus bij wet voorzien. Voorts is het algemeen belang gediend met de toepassing van deze bevoegdheid in dit geval. Geen grond bestaat voor het oordeel dat geen redelijk evenwicht bestaat tussen het met de weigering ingediende algemeen belang en de nadelige gevolgen daarvan voor Silicio B.V. en dat de burgemeester en het dagelijks bestuur niet zonder toekenning van een schadevergoeding aan hen tot afwijzing van de vergunningaanvragen hadden mogen besluiten.

Het hoger beroep is ongegrond. De Afdeling bevestigt de uitspraak van de rechtbank.

Noot

1. Deze uitspraak inzake Silicio BV staat in nauw verband met de Afdelingsuitspraak van gelijke datum, LJN: BW5279, betreffende de afwijzing van een aanvraag van een APV-exploitatievergunning en intrekking van een Dhw-vergunning van de eveneens aan het Damrak gevestigde Effe Liatten Restaurant B.V. In beide gevallen staat de bestuursrechtelijke besluitvorming op basis van artikel 3 van de Wet Bibob in het teken van de uitkomsten van het zgn. NERO-onderzoek, een door een samenwerkingsverband van twee buitengewone opsporingsdiensten, de SIOD en de FIOD, de Nationale Recherche en het Functioneel Parket van het OM over de periode 27 maart 2002 en 28 november 2004 uitgevoerd strafrechtelijk onderzoek. In beide gevallen dateert het initiële besluit van 7 april 2009 en het besluit op bezwaar van 9 september 2010, terwijl de Afdeling in hoger beroep op 9 mei 2012 uitspraak deed. Uit deze uitspraak blijkt dat het NERO-onderzoek ook tot strafvervolging heeft geleid, althans dat daarmee in de zaak-Silicio een begin is gemaakt door instelling van een gerechtelijk vooronderzoek en dagvaarding van twee verdachten, terwijl de vervolging van een derde verdachte wegens tijdsverloop is geseponeerd. In de zaak-Effe Liatten Restaurant is sprake van een tweetal dagvaardingen, waarbij de vervolging in één geval is geseponeerd wegens tijdsverloop. Een van de verweren van Silicio was dan ook dat de geconstateerde feiten te zeer gedateerd waren om te kunnen leiden tot de conclusie dat er ernstig gevaar is in de zin van artikel 3 van de Wet Bibob. Hieromtrent oordeelt de Afdeling dat uit de adviezen van het Bureau Bibob (van 31 januari 2008 en 13 augustus 2009) volgt dat de aannemelijke strafbare feiten op grote schaal en gedurende een langere periode zijn gepleegd. Het NERO-onderzoek en eerdere strafrechtelijke veroordelingen laten zien dat sprake is van een patroon van strafbare feiten. Om die reden hebben burgemeester en het dagelijks bestuur “de verstreken periode onvoldoende mogen achten om niet te komen tot het standpunt dat ernstig gevaar bestaat” (o.w. 2.5.6). De uitspraak inzake Effe Liatten Restaurant bevat een overeenkomstige passage (o.w. 2.8.5).

Overigens blijkt uit een internet-search, dat beide horecabedrijven nog in vol bedrijf zijn.

2. De betekenis van deze uitspraak is vooral de grondrechtelijke inbedding van de - toepassing van - de Wet Bibob in artikel 6, eerste en tweede lid, van het EVRM, toegesneden op de jurisprudentie van het EHRM. De overweging inzake het grondrecht op een ongestoord genot van het eigendomsrecht is niet nieuw, want is reeds opgenomen in de Afdelingsuitspraak van 20 juli 2011, LJN: BR2279 (seksinrichtingen Alkmaar). De overwegingen inzake artikel 6, eerste en tweede lid, EVRM zijn tevens opgenomen in de uitspraak inzake Effe Liatten Restaurant. Het

standaardkarakter ervan blijkt tevens uit de opneming ervan in de derde Bibob-uitspraak van 9 mei 2012 (LJN: BW5294) in een inhoudelijk min of meer overeenstemmende zaak betreffende het horeca- en prostitutiebedrijf “La Vie en Proost en La Vie en Rose” in de Warmoesstraat.

Deze grondrechtelijke overwegingen op basis van de jurisprudentie van het EHRM vormen een aanvulling op eerdere rechtspraak van de Afdeling, in het bijzonder de uitspraak van 8 juli 2009, JB 2009, 183 m.nt. dzz. (Yab Yum). Op dit onderdeel kom ik hierna nog terug. Daarnaast is nog sprake van Bibob-rechtspraak waarin de Afdeling een eigen interpretatie op basis van de betreffende EVRM-bepalingen geeft. In deze categorie uitspraken zijn de volgende rechtsvragen aan de orde geweest.

3. In haar uitspraak van 22 november 2006, AB 2007, 232 m.nt. F.R. Vermeer, oordeelde de Afdeling nog dat artikel 6, tweede lid, EVRM, de onschuldpresumptie, alleen zou gelden 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 iemands schuld aan een strafbaar feit vast te stellen. Gezien het oogmerk ervan is bij een Bibob-weigering of –intrekking geen sprake van een “criminal charge” in de zin van artikel 6, eerste lid, omdat een dergelijk besluit niet het karakter van punitieve sanctie heeft maar is aan te merken als een bestuurlijke maatregel ter voorkoming van het faciliteren van criminele activiteiten door bestuursorganen. Omdat de burgemeester bij de toepassing van artikel 3 van de Wet Bibob een eigen bestuursrechtelijke verantwoordelijkheid heeft, die los staat van de verantwoordelijkheid van de met strafvervolgung en strafoplegging belaste organen is het “ne bis in idem-beginsel” (artikel 4 van Protocol nr. 7) evenmin in het geding. Deze opvattingen zijn bevestigd in de Afdelingsuitspraken van 16 juli 2008, LJN: BD7378, van 8 juli 2009, JB 2009, 183 m.nt. dzz. (Yab Yum), van 3 februari 2010, JB 2010, 67 (LJN: BL1853) en van 20 juli 2011, LJN: BR2279 (seksinrichtingen Alkmaar). Dat de Afdeling i.c. artikel 6, derde lid, EVRM niet van toepassing acht blijkt nog eens expliciet uit haar uitspraak van 3 november 2010, LJN: BO2700. Een voorbeeld van een door de Afdeling getoetst beroep op het recht op een eerlijk proces (artikelen 6 en 13 EVRM) is te vinden in de Afdelingsuitspraak van 18 januari 2012, LJN: BV1193.

Hoewel in de Bibob-grondrechtenjurisprudentie artikel 6 EVRM centraal staat, is eerder ook een beroep gedaan op artikel 8, eerste lid, ism artikel 17 van het EVRM, in het bijzonder schending van het verbod op détournement de pouvoir. In haar uitspraak van 16 juli 2008, LJN: BD7378, maakte de Afdeling korte metten met dit verwijt. “Niet is gebleken dat de burgemeester het advies heeft gevraagd, of dat het Bureau onderzoek heeft verricht voor een ander doel dan dat, waartoe de Wet Bibob is vastgesteld en dat onder 2.4.4. is weergegeven. Dat daarbij tevens gegevens worden gebruikt die betrekking hebben op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene, is inherent aan de toepassing van deze wet. Deze toepassing is echter met voldoende waarborgen omkleed.” Deze overweging is (veel) te kort door de bocht. De conformiteit van het Bibob-stelsel met artikel 8, eerste lid, van het EVRM kent een reeks van rechtsvragen, in het bijzonder in het licht van de Europese rechtsontwikkeling. Met deze bezweringsformule komt de Afdeling er dus niet.

4. In de uitspraak van de Afdeling van 8 juli 2009, JB 2009, 183 m.nt. dzz. (Yab Yum), is de opvatting van de Afdeling dat de intrekking of weigering op grond van de Wet Bibob niet is aan te merken als een “criminal charge” in de zin van artikel 6, eerste lid, EVRM, bestreden met een verwijzing naar het arrest van het EHRM van 7 juli 1989, zaaknr. 10873/84 (Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden) en naar de beschikking van 13 december 2005, zaaknr. 73661/01 (Nilsson t. Zweden). Eerstgenoemd arrest is relevant voor de Bibob-praktijk, omdat het de intrekking van een schenkvergunning betreft, in het verlengde van eerder geconstateerde onregelmatigheden met betrekking tot fiscale verplichtingen. Met betrekking tot de vraag of deze intrekking als “criminal charge” moet worden gekwalificeerd oordeelt het Hof: “The Court considers that the withdrawal of TTA’s licence dit not constitute the determination of a criminal charge against it. Although the revocation may be regarded as a severe measure, it cannot be characterised as a penal sanction; even if it was linked with the licensee’s behaviour, what was decisive was suitability to sell

alcoholic beverages. “ Hoewel het gaat over een “civil right” stelt het Hof echter tegelijkertijd hoge eisen aan de rechtsbescherming tegen een dergelijke intrekking. In de zaak-Nilsson ging het om de intrekking van een rijbewijs in het verlengde van dronken autorijden. Deze uitspraak staat in het teken van artikel 4 van Protocol nr. 7. In het licht hiervan wordt de intrekking door het Hof gekwalificeerd als een “criminal matter”, tegelijkertijd betekent deze intrekking niet dat “that the applicant was “tried or punished again ... for an offence for which he had already been finally ... convicted” in de zin van artikel 4, eerste lid, van Protocol nr. 7. Op dit punt acht het Hof beslissend dat ondanks de nauwe samenhang tussen beide sancties, het ging om verschillende typen sancties die door twee verschillende instanties in verschillende procedures werden opgelegd. Dat de Afdeling in deze uitspraken van het Hof in haar Yab Yum-uitspraak geen reden zag om eerdere rechtspraak met betrekking tot artikel 6, eerste lid, aan te passen was dus terecht. Ook de voorliggende uitspraak kan als een bevestiging van eerdere jurisprudentie inzake het niet kwalificeren van een Bibob-weigering en/of –intrekking worden gezien. Zie de laatste zin van o.w. 2.6.1., die luidt: “Dat de weigering van de vergunningen voor Silicio B.V. ingrijpende gevolgen heeft, maakt onder deze omstandigheden niet dat de weigering niettemin strekt tot een “criminal charge” in de zin van artikel 6 van het EVRM.”

5. In dit arrest oordeelt de Afdeling over de betekenis van drie uitspraken, twee arresten en een ontvankelijkheidsbeschikking, van het EHRM voor het Bibob-stelsel en de toepassing daarvan. Als eerste het arrest van het Hof van 27 december 2011, zaaknr. 23272/07 in de zaak Hrdalo t. Kroatië, in het bijzonder betreffende de onschuldpresumptie in artikel 6, tweede lid, EVRM. In deze zaak ging het over een overplaatsing van een hoge ambtenaar in het verlengde van beweerde strafbare feiten. Met betrekking tot de onschuldpresumptie oordeelt het Hof als volgt: “The Court reiterates that the presumption of innocence will be violated if a judicial decision or a statement by a public official concerning a person charged with a criminal offence reflects an opinion that he is guilty before he has been proved guilty according to law. It suffices, even in the absence of any formal finding, that there is some reasoning suggesting that the court or the official regards the accused as guilty. (...) A fundamental distinction must be made between a statement that someone is merely suspected of having committed a crime and a clear declaration, in the absence of a final conviction, that an individual has committed the crime in question.” De relatie tussen de strafrechtelijke veroordeling en de overplaatsing, derhalve de “link” tussen de “criminal and the administrative proceedings”, rechtvaardigt de uitbreiding van de werkingssfeer van artikel 6, tweede lid, EVRM tot de bestuursrechtelijke procedure. In dat geval is de onschuldpresumptie ook van toepassing op de bestuursrechtelijke procedure, dus zonder dat sprake is van een “criminal charge”. Anders dan in de wetsgeschiedenis van de Wet Bibob aangenomen, geldt de onschuldpresumptie derhalve als randvoorwaarde met betrekking tot een rechtmatig gegevensgebruik in het kader van toepassing van de Wet Bibob. Het Hof baseert deze (voorwaardelijke) uitbreiding van de onschuldpresumptie op één van de functies van artikel 6, tweede lid, EVRM, te weten: “to protect an acquitted person’s reputation from statements or acts that follow an acquittal which would seem to undermine it.” Dit betekent dat de gebruikte bewoordingen zodanig dienen te zijn, dat de onschuld van betrokkene niet in twijfel wordt getrokken.

Zoals reeds door het Hof in zijn arrest van 21 maart 2000, zaaknr. 28389/95, in de zaak van Asan Rushiti t. Oostenrijk is bepaald, betekent dat in elk geval dat het uiten van twijfel over iemands onschuld met betrekking tot feiten waarvan deze onherroepelijk is vrijgesproken, in strijd is met de onschuldpresumptie. Deze bescherming gaat vrij ver, getuige de volgende passage: “The Court, thus, considers that once an acquittal has become final – be it an acquittal giving the accused the benefit of the doubt in accordance with Article 6 par. 2 – the voicing of any suspicions of guilt, including those expressed in the reasons for the acquittal, is incompatible with the presumption of innocence.”

Hoewel de Afdeling in het voorliggende geval terecht oordeelt dat de onschuld van betrokkene in de Bibob-procedure niet in twijfel is getrokken, zal duidelijk zijn dat met deze twee arresten van het Hof van Straatsburg een belangrijke hobbel wordt opgeworpen met betrekking tot de gegevensverwerking voor Bibob-doeleinden, in het bijzonder bij het gebruik van politieke en

strafvorderlijke gegevens alsmede van gegevens omtrent punitieve sanctionering in het bestuursrecht en het belastingrecht.

De derde, door de Afdeling verwerkte uitspraak van het Hof betreft de toepassing van de Wet Bibob. Het gaat om 's Hofs ontvankelijkheidsbeschikking van 20 maart 2012, zaaknr. 1845/07, in de zaal Murat Bingöl, in het verlengde van de uitspraak van de Afdeling van 22 november 2006, LJN: AZ2786.

De betekenis van deze uitspraak is beperkt. De onschuldpresumptie in artikel 6, tweede lid, EVRM staat er niet aan in de weg dat in het kader van een Bibob-procedure rekening gehouden wordt met bestaande "criminal records" en strafrechtelijke antecedenten. Het Hof overweegt als volgt. "The Court and Commission have taken the view that, for purposes of conviction and sentencing, Article 6 does not prevent domestic courts from having regard to an existing criminal record. (...) It cannot see any reason of principle why Article 6 par. 2 should prevent competent authority from doing so in considering whether a person meets standards of probity required for a particular purpose."

6. De toepassing van de afgeleide onschuldpresumptie ex artikel 6, tweede lid, EVRM in Bibob-procedures roept nieuwe rechtsvragen. op. Zoals bekend is een inherent risico van de Wet Bibob dat (potentiële) strafprocedures worden verlegd naar het Bibob-traject in het bestuursrecht. De Bibob-rechtspraak kent inmiddels verschillende voorbeelden van dat verschijnsel en ook de voorliggende uitspraak behoort tot deze categorie. Afgezien van het feit dat deugdelijk redden en handhavingsonderzoek een voorwaarde is voor een succesvolle toepassing van de Wet Bibob, doet zich in het kader van de strafvervolging nog een bijzonder probleem voor. Resulteert strafvervolging in een vonnis, dan heeft de strafrechter, conform strafrechtelijke maatstaven, een oordeel gegeven over het bewijs, al dan niet resulterend in (partiële) bewijsuitsluiting en/of vrijspraak. Op grond van de onschuldpresumptie werkt deze door in de Bibob-toepassing. Het strafrechtelijk oordeel werkt dus als een zeef met betrekking tot het aannemelijkheidsoordeel van de bestuursrechter in Bibob-zaken. De verlegging van strafzaken naar het Bibob-traject impliceert derhalve een inkorting in aanspraken op onderzoek van "bewijs". Dat geldt in het bijzonder bij het gebruik van bijzondere categorieën van gegevens, zoals de CIE-informatie. Is sprake van een (beoogd) structurele "verlegging" van (klassieke) strafzaken naar het bestuursrechtelijk traject, dan houd ik het voor mogelijk dat het EHRM daar op enig moment doorheen prikt en onder omstandigheden alsnog de kwalificatie van een "criminal charge" als rem op deze ontwikkeling gaat hanteren.

7. Ik houd het er op dat de Wet Bibob uit een oogpunt van grondrechtsaanspraken nog lang niet als "uitgeprocedeerd" kan gelding. De aanspraken op grond van artikel 6 EVRM zijn in belangrijke mate in kaart gebracht, artikel 8 EVRM is echter nog nauwelijks geëxploreerd. Dit grondrecht kent een aantal persoonlijkheidsrechten, waaronder het recht op eer en goede naam, die zich uitdrukkelijk lenen voor nadere normering van het Bibob-beslissingskader.

En dan te bedenken dat de (complementaire) aanspraken op grond van het EU Handvest van de grondrechten nog nauwelijks of niet in beeld gekomen zijn. Die behoefte zal toenemen bij de beoogde inwerkingtreding van de Evaluatie- en uitbreidingswet Bibob op 1 januari 2013. Dit wetsvoorstel is thans in behandeling bij de Eerste Kamer. Zie Kamerstukken I 2011/12, 32676, A (Gewijzigd voorstel van wet). Op basis van deze wet zal het toepassingsbereik van de Wet Bibob sterk verruimd worden, onder meer met vastgoedtransacties en huisvestingsvergunningen (huisjesmelkers). Een verruiming van de werkingssfeer van de Wet Bibob betekent echter tevens, dat de beperkingen van de Europese wetgeving, in het bijzonder betreffende de interne markt, zich sterker zullen doen voelen. Want weliswaar heeft Nederland zich ten doel gesteld de bestuurlijke, preventieve en fiscale aanpak van (georganiseerde) criminaliteit ook op Europees niveau te verankeren, zover is het nog lang niet.

G. Overkleeft-Verburg

