

Preadvies

van de

Adviescommissie Strafrecht

inzake

het ontwerpverzamelbesluit in verband met de Evaluatie- en uitbreidingswet Bibob (32 676).

Inleiding

Het onderhavige ontwerpverzamelbesluit houdt verband met de beoogde invoering van de Evaluatie- en uitbreidingswet Bibob (de Evaluatiewet Bibob). In het verzamelbesluit wordt voorgesteld om naar aanleiding van de Evaluatiewet Bibob een 6-tal besluiten aan te passen.

De Adviescommissie Strafrecht (ACS) ziet geen aanleiding om alle beoogde wijzigingen in deze 6 besluiten te bespreken. Wel heeft de ACS een aantal principiële bezwaren en overige opmerkingen.

Vergewisplicht bestuursorganen¹

De aanpassing van het Besluit justitiële gegevens beoogt (kort gezegd) bestuursorganen (lees hier ook: en rechtspersonen met een publieke taak) min of meer dezelfde informatiepositie te verschaffen als het Landelijk Bureau Bibob (LBB). Het voorgestelde artikel 15 lid 1 sub b Besluit justitiële gegevens bepaalt dat justitiële gegevens desgevraagd ook in verband met toepassing van de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (Wet Bibob) aan bestuursorganen dienen te worden verstrekt. De ratio achter deze verruiming van informatieverstrekking aan bestuursorganen is om een *“meer gedegen eigen onderzoek door het bestuursorgaan mogelijk te maken”*. In de Nota van toelichting wordt in dit verband benadrukt dat bestuursorganen ofwel zelfstandig toepassing kunnen geven aan de Wet Bibob ofwel het LBB om advies kunnen vragen.

De ACS merkt op dat in het verzamelbesluit noch in de onderliggende Evaluatiewet Bibob tot uitdrukking komt dat (ook) de taak en de informatiepositie van het LBB niet sluitend zijn. De wettelijke taak van het LBB op grond van artikel 3 Wet Bibob is het geven van een advies over de mate van gevaar dat er – kort gezegd – financieel voordeel zal worden benut of strafbare feiten zullen worden gepleegd. Het betreft aldus een advies met een verwachting voor de toekomst. Het advies dient echter gebaseerd te worden op informatie uit de *limitatieve* bronnen van artikel 27 Wet Bibob. Deze bronnen betreffen allemaal informatie uit het verleden. In de Memorie van Toelichting van de Wet Bibob is verder benadrukt dat het LBB geen zelfstandige onderzoeksbevoegdheid toekomt.² De Evaluatiewet Bibob zal daar geen verandering in brengen. Dit betekent dat het LBB zich nog steeds uitsluitend kan verlaten op de historische informatieverstrekking uit de in artikel 27 Wet Bibob verstrekte bronnen. Indien de betrokkene, het bedrijf of andere niet in artikel 27 Wet Bibob genoemde bronnen beschikken over aanvullende, actuele, ontlastende feiten en omstandigheden, zoals bijvoorbeeld aanpassingen in de bedrijfsvoering, wijzigingen in de (feitelijke) bedrijfsleiding

¹ Zie uitgebreider E.A.W. Driest-Schellaars en R. Croes-Hoogendoorn, *Eigen verantwoordelijkheid bestuursorganen bij toepassing Wet Bibob*, NJB 2012, nr. 18, p. 1248-1254.

² TK 1999/2000, 26 883 nr. 3, p. 23-27.

en andere genomen maatregelen, dan heeft het LBB wettelijk gezien geen mogelijkheid om deze informatie bij het advies te betrekken, terwijl het LBB wel wordt geacht een advies over de toekomst uit te brengen. Hoewel het LBB de betrokkene op grond van artikel 12 lid 4 Wet Bibob om bepaalde aanvullende informatie kan vragen, omsluit deze aanvullende informatie niet actuele, ontlastende feiten en omstandigheden. Het LBB zal dus niet naar specifieke ontlastende gegevens vragen, laat staan dat het LBB bijvoorbeeld een bedrijfsbezoek brengt waarin kan worden beoordeeld hoe de actuele stand van zaken is. Met andere woorden: het LBB geeft zijn advies van achter het bureau op basis van historische gegevens (die relatief “oud” mogen zijn) uit dossiers van limitatieve informatiebronnen.

De positie van de betrokkene is uiterst zwak. De betrokkene wordt conform artikel 32 Wet Bibob weliswaar op de hoogte gesteld dat het LBB is gevraagd een advies te geven, maar de betrokkene komt tijdens deze adviseringsfase door het LBB verder geen enkele bevoegdheid toe om enige invloed op de uitkomst uit te kunnen oefenen. De betrokkene komt op grond van de wet pas aan zet met een inzage- (en zienswijze-, bezwaar en beroep)recht *nadat* een negatief ontwerpbesluit is genomen en door publicatie in de openbaarheid is gebracht. Nog afgezien van de reputatieschade die een dergelijke publicatie kan meebrengen, staat de betrokkene op dat moment ook procedureel al met 5-0 achter. Na publicatie zal het voor bestuursorganen c.q. de politicus doorgaans moeilijk zijn om zonder gezichtsverlies nog een andere koers te gaan varen.

De ACS acht het in het verlengde hiervan zeer betreurenswaardig dat de op 14 maart 2012 ingediende motie van de leden Dibi en Berndsen die ertoe strekte om (kort gezegd) te onderzoeken hoe de rechtsbeschermende werking van bezwaar- en beroepsmogelijkheden in Bibob-procedures versterkt kan worden (TK 2011-2012, 32 676, nr. 14) reeds bij de plenaire behandeling door de Minister mondeling werd afgekeurd en op 20 maart 2012 door de Kamer werd verworpen. Overigens is de ACS van oordeel dat de formulering van de motie ook te wensen overliet. Gevraagd was te onderzoeken “hoe de rechtsbeschermende werking van bezwaar- en beroepsmogelijkheden in Bibob-procedures versterkt kan worden”, terwijl naar het oordeel van de ACS juist onderzocht zou moeten worden hoe de rechtsbescherming van de betrokkene *vóór* het recht op inzage, zienswijze, bezwaar en beroep is geregeld en vooral of dat voldoende effectief is. In het bijzonder zou daarbij nader onderzocht moet worden de (on)mogelijkheid van het in die voorfase aandragen van actuele, ontlastende gegevens door de betrokkene.

De ACS stelt ten aanzien van dit verzamelbesluit concreet voor dat in (de toelichting op) dit besluit de leemte in de informatieverstrekking aan het LBB in relatie tot haar wettelijke taak op zijn minst nadrukkelijk wordt erkend. Deze erkenning is mede van belang voor het (nader) duiden van het genoemde “*eigen onderzoek*” van bestuursorganen. Zij moeten zich ervan bewust zijn dat zij – anders dan het LBB – wel in staat zijn om *alle* gegevens bij de besluitvorming mee te laten wegen, waaronder nadrukkelijk ook ontlastende gegevens die – wat de historische gegevens ook moge zijn – mogelijk een ander beeld geven van de te beoordelen betrokkene c.q. het te beoordelen bedrijf. Ook zouden bestuursorganen in onze optiek vaker naar de betrokkenen c.q. bedrijven toe moeten gaan om zelfstandig te beoordelen hoe de actuele stand van zaken is en of dit zich (nog) verhoudt met een mogelijk te nemen negatief besluit. Juridisch gezien is dit wat ons betreft ook de enige juiste manier om invulling te geven aan de wettelijke vergewisplicht van bestuursorganen, zoals neergelegd in artikel 3:9 Algemene wet bestuursrecht (Awb). Deze vergewisplicht geldt ook, of eigenlijk zelfs vooral, als het LBB tot een negatief advies is gekomen. Gelet op de besproken beperkte onderzoeksmogelijkheden van het LBB is het bij uitstek aan het bestuursorgaan om in het kader van de vergewisplicht verder te kijken dan een mogelijk negatief LBB-advies en alle relevante feiten en omstandigheden mee te laten wegen bij het nemen van een besluit. De bestaande praktijk dat bestuursorganen aangeven bij een

negatief LBB-advies niet anders te kunnen dan ook negatief te beschikken, is dan ook niet in lijn met de wettelijke taak van noch het LBB noch het bestuursorgaan.

Amendement beperkte loslating van sectoren

Amendementen zijn naar de indruk van de ACS over het algemeen niet de meest afgewogen voorstellen. Dat komt met name door het moment waarop amendementen worden ingebracht, namelijk na consultatie van diverse instanties over het wetsvoorstel en na bespreking daarvan in de vaste Kamercommissie en doorgaans dus in “the heat of” het Kamerdebat. Adviesinstanties zoals de ACS kunnen doorgaans ook geen advies meer uitbrengen over het ingediende amendement, terwijl het aannemen daarvan vaak toch tot belangrijke wijzigingen in het initiële wetsvoorstel kan leiden.

In het kader van de onderhavige preadvisering over het verzamelbesluit maakt de ACS dan ook graag gebruik om een aantal kritische kanttekeningen te plaatsen over het aangenomen amendement van de leden Hennis-Plasschaert en Marchoch (TK 2011-2012, 32 676 , nr. 11). Het amendement komt in het verzamelbesluit meerdere keren zonder nadere tekst en uitleg naar voren.

Bij het aannemen van het amendement is in één klap de scope van de Wet Bibob enorm vergroot: het Bibob-instrumentarium kan voortaan worden toegepast bij *alle* subsidies en *alle* gemeentelijke vergunningen. De ACS vraagt zich af op basis waarvan deze enorme verruiming gerechtvaardigd is. De toelichting op het amendement geeft hierover geen duidelijkheid. De ACS stelt voorop dat het toch niet voor niets is dat voor vergunningen de reikwijdte van het Bibob-instrument was beperkt tot bepaalde sectoren waarin kennelijk het risico op het faciliteren van criminele activiteiten als behoorlijk groot werd geacht? In ieder geval is het bezwaarlijk dat deze eerdere beperking thans zonder nadere onderbouwing of zonder enig onderzoek wordt losgelaten.

Wat veelal over het hoofd wordt gezien is dat de huidige Wet Bibob reeds een enorme reikwijdte heeft. In beleidsstukken wordt veelal aangeknoopt bij de noodzaak tot terugdringing van “georganiseerde criminaliteit” zoals drugsbendes, uitbuiting in seksbordelen en wantoestanden in casino's. Bij de roep om meer handhaving en de versterking van de positie van de overheid worden deze klassieke voorbeelden aangehaald waardoor vaak over het hoofd wordt gezien dat de Wet Bibob niet beperkt is tot deze genoemde vormen van “georganiseerde criminaliteit”. Sterker nog, in de Wet Bibob komt de term “georganiseerde criminaliteit” in zijn geheel niet voor. De Wet Bibob is (aldus) op veel meer branches en sectoren van toepassing, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van vergunningen de branches milieu en bouw. Het is dus maar zeer de vraag of er echt nut en noodzaak is voor het nog verder uitbreiden van deze scope. De ACS vreest voor een ongebreidelde toepassing van de Wet Bibob.

Deze vrees wordt verder vergroot door de eerdere vaststelling dat de positie van de betrokkene uiterst zwak is en de Evaluatiewet noch dit verzamelbesluit hierin een relevante positieve verandering lijkt aan te (willen) brengen. Lezing van de wetgevingsstukken leert dat de voorgestelde “verbeteringen” in de Evaluatiewet vooral moeten worden gezien vanuit de

positie van de overheid: de informatiepositie van het bestuursorgaan wordt vergroot en de adviestertermijn van het LBB wordt verlengd van 4 naar 12 weken.³ De nieuwe wet biedt uiteindelijk maar één verbetering van de positie van de betrokkene, namelijk het recht op een afschrift van het advies (in plaats van de huidige situatie dat de betrokkene het advies alleen mag komen inzien). De rechtspositie van de betrokkene is praktisch gezien dus wel iets verbeterd, maar zeker niet fundamenteel. Een gemiste kans wat de ACS betreft.

Conclusie

Concreet stelt de ACS samenvattend voor dat er nu eerst nader onderzoek wordt gedaan naar de nut en noodzaak van het aangenomen amendement nr. 11 alsmede naar de rechtspositie van de betrokkene in de voorfase. Daarna zou er nog een consultatieronde moeten plaatsvinden zodat tot een zorgvuldig nieuw wetsvoorstel met daarbij behorende besluiten kan worden gekomen.

Amsterdam, 15 mei 2012

Adviescommissie Strafrecht
Mr. R. van der Hoeven, voorzitter,
namens deze, mr. R. Croes-Hoogendoorn, secretaris

³ De reguliere adviestertermijn bedraagt in de nieuwe wet 8 weken, maar deze termijn kan met 4 weken worden verlengd. Zie TK 2011-2012, 32 676, nr. 3, p. 15. Het amendement van kamerlid Bontes (PVV) om de adviestertermijn niet te verlengen is op 20 maart 2012 verworpen (zie amendement TK 2011-2012, 32 676, nr. 13).