

JBPLUS 2023(2) 6 Enige observaties over de doorwerking van evenredigheid ‘nieuwe stijl’ in de Bibob-jurisprudentie van de Afdeling uit 2022

08-05-2023

Auteur(s): B. van der Vorm

Enige observaties over de doorwerking van evenredigheid ‘nieuwe stijl’ in de Bibob-jurisprudentie van de Afdeling uit 2022

In de Harderwijk-uitspraak heeft de Afdeling een algemeen kader geformuleerd voor toetsing van besluiten die berusten op een discretionaire bevoegdheid (al dan niet ingevuld met beleidsregels) aan het evenredigheidsbeginsel als bedoeld in art. 3:4 lid 2 Awb. Belastende besluiten van bestuursorganen worden wegens de nieuwe stijl indringender getoetst dan voorheen het geval was. In hoeverre komt dit tot uiting in de Bibob-jurisprudentie?

1. Inleiding

In 2022 hebben zich twee ontwikkelingen voorgedaan die relevant zijn voor de Wet Bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (hierna: Wet Bibob). Ten eerste is de Wet Bibob per 1 oktober 2022 (wederom) uitgebreid. In de kern houdt deze Tweede Tranche van de Wet Bibob een verruiming van de bevoegdheden tot informatiedeling tussen het Landelijk Bureau Bibob en overheden en tussen overheden onderling in.¹ Daarnaast leidt de gewijzigde Wet Bibob ook tot een uitbreiding van het toepassingsbereik van de Wet Bibob, bijvoorbeeld op het gebied van vastgoedtransacties en aanbestedingen. Het moge duidelijk zijn dat deze wijzigingen zich naar verwachting zullen gaan manifesteren in 2023.

De tweede ontwikkeling heeft te maken met wat is gaan heten evenredigheid ‘nieuwe stijl’. Op grond van de Harderwijk-uitspraak² heeft de Afdeling een algemeen kader geformuleerd voor toetsing van besluiten die berusten op een discretionaire bevoegdheid (al dan niet ingevuld met beleidsregels) aan het evenredigheidsbeginsel als bedoeld in art. 3:4 lid 2 Awb. Belastende besluiten van bestuursorganen worden wegens de nieuwe stijl indringender getoetst dan voorheen het geval was. Deze belangrijke uitspraak van de Afdeling heeft vele auteurs ertoe gebracht om in de pen te klimmen.³ Jurisprudentie van de Afdeling laat onder meer zien dat de evenredigheidstoetsing ‘nieuwe stijl’ wordt toegepast ten aanzien van art. 13b Opiumwet.⁴ Heeft deze nieuwe invulling van de evenredigheidstoetsing ook gevolgen voor de Wet Bibob? Dit is om meerdere redenen een belangwekkende vraag. Enerzijds heeft dit te maken met het feit dat een weigering of intrekking van een vergunning op grond van de Wet Bibob verstrekkingen met zich brengt en een indringende toetsing van een dergelijk besluit van belang is. Anderzijds laat een blik op de voorbije jurisprudentie van de Afdeling zien dat nauwelijks gebruik wordt gemaakt van de specifieke Bibob-evenredigheidstoetsing die is neergelegd in art. 3 lid 5 Wet Bibob. Dit rechtvaardigt de vraag wat de gevolgen zijn van de Harderwijk-uitspraak van de Afdeling voor de toepassing van de evenredigheidstoetsing van Bibob-besluiten. Specifiek wordt in deze bijdrage de volgende vraag opgeworpen, namelijk: is er in de Bibob-rechtspraak van de Afdeling uit 2022 al iets te zien van de drietrapsstoets van de Harderwijk-uitspraak?

Om deze vraag te kunnen beantwoorden, wordt allereerst kort de systematiek van de Wet Bibob beschreven met speciale aandacht voor art. 3 lid 5 Wet Bibob (par. 2). Ten tweede wordt de Harderwijk-uitspraak nader belicht, waarbij in het bijzonder aandacht wordt besteed aan het evenredigheidsbeginsel ‘nieuwe stijl’ (par. 3). Ten derde wordt aan de hand van jurisprudentie van Afdeling in 2022 aangaande evenredigheidskwesties een blik geworpen op de huidige invulling die wordt gegeven aan de Bibob-evenredigheidstoetsing (par. 4). Er wordt afgesloten met een conclusie (par. 5).

2. De werking van de Wet Bibob

In de strijd tegen ondermijnende misdaad is een belangrijke rol weggelegd voor de Wet Bibob.⁵ Op grond van deze wet kunnen bestuursorganen onder andere vergunningen weigeren of intrekken, indien een ernstig gevaar bestaat dat de beschikking mede zal worden gebruikt om uit gepleegde strafbare feiten verkregen of te verkrijgen, op geld waardeerbare voordelen te benutten (‘a-grond’), of strafbare feiten te plegen (‘b-grond’). Daarnaast is het ook mogelijk om een beschikking te weigeren of in te trekken op grond van art. 3 lid 6 Wet Bibob.⁶ Indien de betrokkene geen openheid van zaken verschaft door het Bibob-formulier niet volledig in te vullen of geen aanvullende gegevens verschaft, wordt dit aangemerkt als een ernstig gevaar voor misbruik, zo blijkt uit art. 4 lid 1 en 2 Wet Bibob.

2.1 Het vaststellen van de mate van gevaar ten aanzien van de ‘a-grond’

De in de praktijk verreweg belangrijkste weigerings- en intrekkinggrond is neergelegd in art. 3 lid 1 Wet Bibob. Op grond van deze bepaling kunnen bestuursorganen een beschikking weigeren of intrekken, indien sprake is van een ‘ernstig gevaar’ dat de beschikking mede zal worden gebruikt om uit gepleegde strafbare feiten verkregen of te verkrijgen, op geld waardeerbare voordelen te benutten (‘a-grond’),⁷ of om strafbare feiten te plegen (‘b-grond’).⁸ In de Wet Bibob zijn maatstaven neergelegd aan de hand waarvan de mate van gevaar dient te worden vastgesteld. De maatstaven ten aanzien van het vaststellen van de mate van gevaar van de ‘a-grond’ en de ‘b-grond’ komen grotendeels met elkaar overeen. In art. 3 lid 2 Wet Bibob wordt nader aangegeven op grond van welke maatstaven het ‘ernstige gevaar’ ten aanzien van de ‘a-grond’ dient te worden vastgesteld. De eerste maatstaf kan worden gevonden in art. 3 lid 2 onderdeel a Wet Bibob. De mate van gevaar wordt vastgesteld op grond van de feiten en omstandigheden die erop wijzen of redelijkerwijs doen vermoeden dat de

betrokkene in verhouding staat met strafbare feiten zoals bedoeld in de ‘a-grond’. Deze feiten en omstandigheden, zijnde concrete indicaties voor betrokkenheid bij strafbare feiten, kunnen blijken uit justitiële en politieke gegevens. De zinsnede ‘erop wijzen’ doelt op veroordelingen en ‘redelijkerwijs doen vermoeden’ op transacties en opsporings- en vervolgingshandelingen.⁹ De tweede maatstaf is neergelegd in art. 3 lid 2 onderdeel b Wet Bibob. Blijkens deze bepaling dient de ernst van het vermoeden te worden vastgesteld. Uit de memorie van toelichting blijkt dat een transactie een ernstiger vermoeden van betrokkenheid bij strafbare feiten oplevert dan dat een opsporingshandeling is gestart.¹⁰ De aard van de relatie – de derde maatstaf – dient op grond van art. 3 lid 2 onderdeel c Wet Bibob eveneens te worden bepaald. Deze relatie wordt nader uitgewerkt in het vierde lid van art. 3 Wet Bibob. Zo staat de betrokkene in relatie tot de strafbare feiten indien hij deze strafbare feiten zelf heeft begaan¹¹ of een ander de strafbare feiten heeft gepleegd en de betrokkene met deze persoon in een zakelijk samenwerkingsverband staat of heeft gestaan.¹² Ten slotte wordt de mate van het gevaar vastgesteld op grond van de grootte van de verkregen of te verkrijgen voordelen.¹³ Het gevaar van het plegen van strafbare feiten wordt groter naarmate deze voordelen groter zijn, aldus de memorie van toelichting.¹⁴

2.2 Het vaststellen van de mate van gevaar ten aanzien van de ‘b-grond’

De maatstaven om de mate van het gevaar vast te stellen ten aanzien van de ‘b-grond’ komen goeddeels overeen met de hiervoor besproken criteria, aangezien de criteria die zijn neergelegd in art. 3 lid 3 onderdelen b en c Wet Bibob overeenkomen met hun ‘tegenhangers’ in art. 3 lid 2 onderdelen b en c Wet Bibob. Blijkens art. 3 lid 3 onderdeel a Wet Bibob wordt de mate van gevaar vastgesteld op grond van feiten en omstandigheden die erop wijzen of redelijkerwijs doen vermoeden dat de betrokkene in relatie staat tot strafbare feiten die zijn gepleegd bij activiteiten die overeenkomen of samenhangen met activiteiten waarvoor de beschikking wordt aangevraagd dan wel is gegeven. In dit verband kan worden gedacht aan de situatie waarin een betrokkene zich in het verleden heeft beziggehouden met afvalverwerking, en in dat kader strafbare feiten heeft gepleegd, opnieuw een vergunning met betrekking tot afvalverwerking aanvraagt.¹⁵

In art. 3 lid 3 onderdeel d Wet Bibob is neergelegd dat de mate van gevaar wordt bepaald op grond van het aantal gepleegde strafbare feiten. In de memorie van toelichting wordt hierover opgemerkt dat naarmate het aantal in het verleden gepleegde of vermoedelijk gepleegde strafbare feiten groter is, het gevaar dat ook in de toekomst strafbare feiten zullen worden gepleegd, ook groter is.¹⁶ Hoewel deze stelling geloofwaardig klinkt, is deze niet onderbouwd met enig empirisch materiaal. Ook kan de vraag worden opgeworpen hoe ver terug in de tijd het strafrechtelijke verleden van de betrokkene hem kan worden tegengeworpen. Indien een betrokkene in mei 2007 is veroordeeld wegens opzettelijk witwassen, waarbij hij gebruik heeft gemaakt van verschillende horecagelegenheden, en na de tenuitvoerlegging van zijn straf geen strafbare feiten meer heeft gepleegd, in december 2011 een horecaverunning aanvraagt, kan zijn strafrechtelijke verleden hem dan worden tegengeworpen? Met andere woorden: in hoeverre mag gebruik worden gemaakt van oude informatie? De Afdeling heeft in de bekende ‘Yab Yum’-zaak hierover een algemene regel opgesteld: indien de informatie nog niet is verwijderd uit de justitiële registraties kan deze informatie bij het Bibob-onderzoek en de -besluitvorming worden betrokken.¹⁷ Er is inmiddels jurisprudentie aanwezig over de vraag hoe oud informatie mag zijn.¹⁸

2.3 De proportionaliteitstoetsing van art. 3 lid 5 Wet Bibob

Een weigering of intrekking van een beschikking dient te voldoen aan de voorgeschreven evenredigheidstoetsing die is neergelegd in art. 3 lid 5 Wet Bibob. Uit deze bepaling blijkt dat de weigering of intrekking, zoals bedoeld in art. 3 lid 1 Wet Bibob, slechts plaatsvindt, indien deze evenredig is met de mate van het gevaar en voor zover het ernstig gevaar, zoals bedoeld in art. 3 lid 1 Wet Bibob, betreft, de ernst van de strafbare feiten. Veldhuis heeft toentertijd terecht opgemerkt dat zowel in de bestuurspraktijk, alsook in de rechtspraak, nauwelijks aandacht is voor de evenredigheid van een weigering of intrekking van een beschikking.¹⁹ Ook Tollenaar heeft eerder gewezen op de gebrekkige evenredigheidstoetsing ex art. 3 lid 5 Wet Bibob, van de Afdeling.²⁰ Ik sluit me graag aan bij deze commentaren op de toentertijd gebrekkige evenredigheidstoetsing van de bestuursorganen en de Afdeling.²¹

De wetsgeschiedenis van de Wet Bibob geeft geen informatie over de precieze status van art. 3 lid 5 Wet Bibob ten opzichte van de algemene evenredigheidstoetsing die is neergelegd in art. 3:4 lid 2 Awb. Sterker nog: er wordt in de wetsgeschiedenis nauwelijks aandacht besteed aan art. 3 lid 5 Wet Bibob. In het artikelsgewijs commentaar in de oorspronkelijke Memorie van Toelichting bij de Wet Bibob wordt het volgende vermeld over art. 3 lid 5 Wet Bibob:

‘Het vijfde lid benadrukt dat de weigering of intrekking van een beschikking moet voldoen aan het proportionaliteitsvereiste en concretiseert dat vereiste. Hierbij wordt aangetekend dat de woorden “strafbare feiten” in onderdeel b primair de strafbare feiten betreffen die naar verwachting zullen worden gepleegd, indien geen weigering of intrekking van de beschikking zou plaatsvinden. Omdat deze verwachting gebaseerd zal moeten zijn op strafbare feiten die in het verleden zijn of vermoedelijk zijn gepleegd, slaat het proportionaliteitsvereiste indirect ook op die feiten terug.’²²

Méér dan deze technische omschrijving is in de Memorie van Toelichting niet te vinden, waardoor de vraag relevant blijft wat de betekenis van de evenredigheidstoetsing ‘nieuwe stijl’ is voor de toepassing van art. 3 lid 5 Wet Bibob. Geldt het toetsingskader uit de Harderwijk-uitspraak alleen voor de toepassing van art. 3:4 lid 2 Awb? Of heeft het ook invloed op de toepassing van art. 3 lid 5 Wet Bibob?

Hier duikt een interessante vraag op naar de verhouding tussen de evenredigheidstoetsing van art. 3:4 lid 2 Awb en de Bibob-evenredigheidstoetsing van art. 3 lid 5 Wet Bibob. Annotatoren Binnendijk en Bruggeman werpen de vraag op of art. 3 lid 5 Wet Bibob moet worden beschouwd als een ‘verbijzondering van het evenredigheidsvereiste waaraan afzonderlijk getoetst moet worden’.²³ Naar mijn mening geeft art. 3 lid 5 Wet Bibob preciezer aan dan art. 3:4 lid 2 Awb waartussen evenredigheid moet bestaan. Het is de bedoeling om evenredigheid in de zin van de Harderwijk-uitspraak te integreren in de toepassing van art. 3 lid 5 Wet Bibob.

3. De evenredigheidstoetsing ‘nieuwe stijl’ naar aanleiding van de Harderwijk-uitspraak

Uit het voorgaande is gebleken dat zowel in art. 3 lid 5 Wet Bibob als in art. 3:4 lid 2 Awb, het evenredigheidsbeginsel schuilgaat. Om de

ontwikkeling van dat beginsel te bespiegelen moet aandacht worden besteed aan de Harderwijk-uitspraak.²⁴ Deze uitspraak volgt naar aanleiding van de conclusie van Widdershoven en Wattel.²⁵ Uit de Harderwijk-uitspraak blijkt in essentie dat de Afdeling twee zaken beslist, namelijk dat bij rechterlijke toetsing van besluiten aan art. 3:4 lid 2 Awb, een onderscheid zal worden gemaakt tussen geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid, hoewel dat niet in alle zaken even duidelijk zal blijken. Ten aanzien van de geschiktheidstoetsing gaat het om de vraag of het besluit geschikt is om het doel te bereiken (inhoudende een effectiviteitstoets en een coherentietoets). De noodzakelijkheidstoetsing betekent concreet of het besluit noodzakelijk is om het doel te bereiken ('Is een keuze mogelijk tussen meer geschikte maatregelen, dan moet op basis van deze toets die maatregel worden gekozen die de belanghebbenden het minst belast'). Tot slot houdt de evenwichtigheidstoetsing in of de op zichzelf geschikte en noodzakelijke maatregel in de gegeven omstandigheden niet onredelijk bezwarend voor de belanghebbende.²⁶

Ten tweede volgt uit de Harderwijk-uitspraak dat de indringendheid van de toetsing afhangt van de drie criteria, waarbij dan wel een glijdende schaal geldt en de Afdeling toezegt te zullen motiveren hoe vol/terughoudend de toetsing in concreet geval zal zijn. De bestuursrechter zal daarom van geval tot geval, in het verlengde van de tegen het besluit aangevoerde beroepsgronden, moeten bepalen of en zo ja op welke wijze de geschiktheid, de noodzakelijkheid en de evenwichtigheid van de maatregel (uitdrukkelijk) bij de toetsing moeten worden betrokken.²⁷

De Afdeling onderschrijft dat er voor de beoordeling en de toetsing van de evenredigheid twee belangrijke oriëntatiepunten zijn, namelijk de aard en het gewicht van de bij het besluit betrokken belangen en de ingrijpendheid van het besluit en de mate waarin het fundamentele rechten van de belanghebbenden aantast.²⁸ De Harderwijk-uitspraak markeert het einde van het willekeurscriterium als enig criterium voor toetsing aan art. 3:4 lid 2 Awb in geval van beslissingsvrijheden. Afhankelijk van criteria voor indringendheid zullen sommige besluiten nog steeds terughoudend worden getoetst.²⁹

4. Recente ontwikkelingen in de jurisprudentie van de Afdeling over de Bibob-evenredigheidstoetsing

4.1 ABRvS 6 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:350

De Harderwijk-criteria, zoals blijkt uit de voorgaande uitspraak, betreffen de evenredigheidstoetsing die is neergelegd in art. 3:4 lid 2 Awb. Uit de Bibob-jurisprudentie vóór 2019 blijkt dat een weinige indringende evenredigheidstoetsing werd verlangd en veelal het algemene belang – het voorkomen dat het openbaar bestuur criminaliteit faciliteert – werd afgewogen tegen het individuele belang. Een dergelijke inhoudelijke belangenafweging leidde eigenlijk automatisch tot het toekennen van een zwaarder gewicht aan het algemene dan aan het individuele belang. Ook laat de jurisprudentie vóór 2019 zien dat nauwelijks acht werd geslagen op de voorgescreven Bibob-evenredigheidstoetsing die is neergelegd in art. 3 lid 5 Wet Bibob. Dit veranderde in februari 2019 toen een belangrijke uitspraak van de Afdeling verscheen aangaande Bibob-toetsing. De kernoverweging met betrekking tot de evenredigheid luidt als volgt:

'De Afdeling is van oordeel dat het besluit van 18 juli 2017 niet evenredig is als bedoeld in artikel 3, vijfde lid, van de Wet bibob. Zonder af te willen doen aan de ernst van de hiervoor onder 16.3 en de overige in het bibob-advies omschreven strafbare feiten, is de Afdeling niettemin van oordeel dat in dit geval geen sprake is van een situatie waarin de overheid met de verlening van de gevraagde omgevingsvergunning ongewild betrokken raakt bij het faciliteren van criminele activiteiten. Weliswaar is in het bibob-advies geconcludeerd dat ernstig gevaar bestaat dat de omgevingsvergunning zal worden gebruikt voor het plegen van strafbare feiten, maar de ernst en aard van deze feiten en het tijdsverloop sinds het zich voordoen van een deel van de feiten rechtvaardigen niet dat aan een omgevingsvergunning voor een bestaande inrichting een beperkte geldigheidsduur van vijf jaar wordt verbonden. Daarbij wordt mede in aanmerking genomen dat de in deze procedure voorliggende omgevingsvergunning een revisievergunning betreft voor een bestaande, grotendeels reeds vergunde inrichting. Dat de inrichting reeds is vergund, staat anders dan [appellante] heeft betoogd weliswaar niet in de weg aan het uitvoeren van een bibob-onderzoek, maar dient wel bij de beoordeling van de evenredigheid van de op het bibob-onderzoek gebaseerde besluit te worden betrokken. De conclusie is dat de verlening van de omgevingsvergunning voor een termijn van vijf jaren in strijd met artikel 3, vijfde lid, van de Wet bibob.'³⁰

Uit deze overweging van de Afdeling blijkt expliciet dat wordt getoetst aan het bepaalde van art. 3 lid 5 Wet Bibob. Annotator Tollenaar toont zich ambivalent ten aanzien van deze evenredigheidstoetsing. Enerzijds wordt bestuurlijke voortvarendheid ingetoond.³¹ Anderzijds is de uitkomst van deze toetsing naar zijn mening hoogst onvoorspelbaar. Het is hier niet de plaats om verder in te gaan op de voorspelbaarheid van de uitkomst van een evenredigheidstoetsing. Wat wel interessant is om reeds op te merken is dat in deze evenredigheidstoetsing het geschiktheids- en het noodzakelijkheids criterium al besloten liggen. Zo overweegt de Afdeling dat 'in dit geval geen sprake is van een situatie waarin de overheid met de verlening van de gevraagde omgevingsvergunning ongewild betrokken raakt bij het faciliteren van criminele activiteiten.' Kan dit niet worden opgevat als een toetsing aan het geschiktheids criterium? Het besluit is niet geschikt om het doel van de Wet Bibob te bereiken?³² En vervolgens, de overweging van de Afdeling dat 'de ernst en aard van deze feiten en het tijdsverloop sinds het zich voordoen van een deel van de feiten niet rechtvaardigen dat aan een omgevingsvergunning voor een bestaande inrichting een beperkte geldigheidsduur van vijf jaar wordt verbonden'. Is dit niet een uitwerking van het later in de Harderwijk-uitspraak geïntroduceerde noodzakelijkheids criterium? Het antwoord op deze vraag luidt ontkennend, omdat noodzakelijk een alternatieve sanctie of maatregel vereist waarmee hetzelfde kan worden bereikt, maar die minder ingrijpend is. Daarvan is hier geen sprake; het betreft hier een algemene evenredigheidstoets zonder de drietrap.

4.2 ABRvS 16 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:511³³

Hoewel in de in par. 4.1 besproken uitspraak de Afdeling geen drietrapstoetsing introduceert lijkt de Afdeling naar mijn mening wel de eerste piketpalen ten aanzien van de Harderwijk-criteria impliciet te hebben geslagen. Hoe gaat de Afdeling in 2022 om met evenredigheidskwesties inzake de toepassing van de Wet Bibob. De feiten in de eerste te bespreken zaak zijn als volgt. Appellante is van oorsprong een

zevisgroothandel. Andere activiteiten van appellante zijn afvalverwerking en de productie van groen gas. Op 5 juli 2018 en 10 juli 2018 heeft appellante vergunningen gevraagd voor het bouwen van een hal en het veranderen van de inrichting door de uitbreiding van een aantal activiteiten.³⁴ Het college van gedeputeerde staten van Utrecht (college) heeft bij besluit d.d. 23 juni 2020 de aanvragen geweigerd en zes vergunningen ingetrokken. Er is volgens het bestuursorgaan sprake van een ernstig gevaar dat de vergunningen mede gebruikt zullen worden om uit gepleegde strafbare feiten verkregen of te verkrijgen, op geld waardeerbare voordelen te benutten, of strafbare feiten te plegen. Het college is tot deze conclusie gekomen na advisering van het Landelijk Bureau Bibob.

In de onderhavige zaak bekommert de Afdeling zich evenwel niet om de voorgeschreven evenredigheidsstoetsing van art. 3 lid 5 Wet Bibob.³⁵ Volgens de Afdeling mocht het college het belang van het voorkomen van het faciliteren van strafbare feiten in dit geval zwaarder laten wegen dan de gevolgen van het besluit voor appellante. De Afdeling erkent dat de gevolgen van het besluit ingrijpend zijn, maar stelt dat ook de verwijten op grond waarvan het besluit wordt genomen, ernstig zijn.³⁶ Hoewel de uitkomst van deze evenredigheidsstoetsing valt te billijken, is deze – qua voorgeschreven belangenafweging – niet in overeenstemming met het bepaalde in art. 3 lid 5 Wet Bibob. Interessant is overigens omal een vergelijking te maken met de hierna te bespreken zaak van 9 maart 2022. In die zaak overweegt de Afdeling dat het besluit tot definitieve intrekking wat betreft de evenredigheid niet deugdelijk is gemotiveerd. De belangrijkste reden daarvan is echter gelegen in het feit dat over de aard van het gevaar niets bekend is.³⁷ In de onderhavige zaak is dat wel het geval.

4.3 ABRvS 9 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:695³⁸

In de onderhavige zaak heeft het college van burgemeester en wethouders van Laarbeek een OM-tip ontvangen. Naar aanleiding van deze tip heeft dit bestuursorgaan besloten om een Bibob-onderzoek in te stellen naar de betrokkene. De betrokkene exploiteert twee varkensbedrijven waarvoor revisievergunningen zijn verleend. Aan deze betrokkene is bij brief van 20 januari 2020 verzoekt om het Bibob-formulier in te vullen. Uit de zaakomschrijving blijkt dat de betrokkene hieraan geen gehoor heeft gegeven, ondanks het feit dat het bestuursorgaan meerdere malen uitstel heeft gegeven. Dit wordt door het bestuursorgaan opgevat als een weigering van de betrokkene om het Bibob-vragenformulier in te vullen en levert een ernstig gevaar van misbruik op, zoals blijkt uit art. 4 lid 1 Wet Bibob. Het bestuursorgaan heeft op 9 juni 2020 besloten de vergunningen definitief in te trekken.³⁹

In deze zaak wordt in hoger beroep door de appellant onder andere betoogd dat de rechtbank niet heeft onderkend dat het intrekken van de vergunningen onredelijk is (r.o. 4). Het is in deze zaak de proportionaliteitsstoetsing die van belang is. De Afdeling overweegt dat het college van burgemeester en wethouders bevoegd was om de vergunningen in te trekken en ervan mocht uitgaan dat er een ernstig gevaar bestaat dat de vergunningen mede zullen worden gebruikt om uit gepleegde strafbare feiten verkregen of te verkrijgen, op geld waardeerbare voordelen te benutten, of strafbare feiten te plegen. Er is aldus sprake van een ernstig gevaar in de zin van art. 4 lid 1 Wet Bibob.⁴⁰ Vervolgens overweegt de Afdeling dat de intrekking alleen mag als deze evenredig is. De Afdeling onderkent dat de gevolgen van de intrekking voor de appellant zeer zwaar zijn en dat over de aard van het gevaar geen informatie bekend is. Ook heeft de appellant inmiddels de gevraagde financiële gegevens van zijn bedrijven overgelegd. Deze omstandigheden leiden ertoe dat de Afdeling 'van oordeel is dat het college onvoldoende heeft gemotiveerd dat in dit geval niet volstaan had kunnen worden met de oplegging van een minder zware sanctie, zoals een tijdelijke intrekking van de vergunningen voor de duur van bijvoorbeeld maximaal een jaar.'⁴¹ 'In die tijd kan dan een Bibob-onderzoek worden uitgevoerd. Het college kan dan vervolgens, afhankelijk van wat uit het Bibob-onderzoek komt, besluiten over te gaan tot definitieve intrekking of het kan besluiten daarvan af te zien. Ook kan worden bezien of bedrijven op een voor partijen verantwoorde wijze kunnen stoppen, waardoor mogelijk definitieve intrekking niet meer nodig is.'⁴² Dit leidt er volgens de Afdeling toe dat het besluit tot definitieve intrekking wat betreft de evenredigheid ervan niet deugdelijk is gemotiveerd.

Dit soort uitkomsten in Bibob-zaken komen weinig voor. Indien sprake is van een ernstig gevaar van misbruik, omdat door de betrokkene het Bibob-vragenformulier niet is ingevuld, leidt dat veelal tot de intrekking van de vergunning, waar de Afdeling ook mee akkoord gaat.⁴³ In een andere – enigszins vergelijkbare zaak – heb ik commentaar geuit op de intrekking van de vergunningen op grond van art. 4 lid 1 Wet Bibob. Naar mijn mening had de Afdeling in die zaak nergens overwogen waarom deze strafbare feiten zó ernstig zijn dat de sluiting van de horeca-inrichting proportioneel is.⁴⁴ Daarna vervolgde ik met aan te geven dat de feiten in die casus ook heel goed kunnen worden vertaald naar een disproportionele intrekking van de vergunningen.⁴⁵ Het moge duidelijk zijn dat ik dit commentaar niet van toepassing acht op de onderhavige casus. De Afdeling neemt de proportionaliteitsstoetsing terecht serieus en onderkent ook de zeer zware gevolgen van de intrekking van vergunningen en het feit dat niets bekend is over de aard en ernst van het gevaar.

4.4 ABRvS 17 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2399⁴⁶

De burgemeester van Roermond heeft bij besluit van 19 februari 2020 het verzoek van Yin Yang Exploitatie B.V. om een exploitatievergunning voor de seksinrichting van saunaclub Yin Yang afgewezen. Bij afzonderlijk besluit van eveneens 19 februari 2020 heeft de burgemeester de exploitatievergunning en drank- en horecawetgeving van CS Horeca B.V. voor het horecagedeelte van de saunaclub ingetrokken. Naar aanleiding van het verzoek van Yin Yang Exploitatie B.V. heeft de burgemeester een advies gevraagd bij het Landelijk Bureau Bibob, waaruit blijkt dat er een ernstig gevaar bestaat dat de door Yin Yang Exploitatie B.V. aangevraagde vergunning mede zal worden gebruikt om strafbare feiten te plegen, zoals bedoeld in art. 3 lid 1 aanhef en onder b Wet Bibob ('b-grond'). De 'rotte appels' in dit verband zijn 'gemachtigde' en de 'zoon van de gemachtigde'. Beiden hebben namelijk een transactie geaccepteerd en voldaan ter zake van witwassen. Volgens het Landelijk Bureau Bibob blijkt hieruit een ernstig vermoeden dat dit strafbare feit door hen is gepleegd.⁴⁷

Hoewel in hoger beroep door de appellanten in deze zaak meerdere aspecten aan de kaak worden gesteld, ligt het belang van deze uitspraak vooral in de evenredigheidstoetsing. In hoger beroep wordt door de B.V.'s onder andere betoogd dat de negatieve beschikkingen gelet op de ernst van de feiten onevenredig zwaar uitpakken.⁴⁸ De Afdeling wijst direct op het bepaalde in art. 3 lid 5 Wet Bibob, en geeft aan dat de weigering dan wel intrekking slechts plaatsvindt, indien deze evenredig is met de mate van het gevaar en de ernst van de strafbare feiten. Wat interessant is, is dat de Afdeling vervolgens inhoudelijk toepassing geeft aan art. 3 lid 5 Wet Bibob. Zo geeft de Afdeling aan – onder verwijzing naar eerdere overwegingen in deze uitspraak – dat er sprake is van een ernstig gevaar én de strafbare feiten ernstig zijn. Dit is precies wat de evenredigheidstoetsing van art. 3 lid 5 Wet Bibob, verlangt. De uitkomst van deze toetsing is dat de burgemeester het belang

van het voorkomen van het faciliteren van strafbare feiten zwaarder mocht laten wegen dan de gevolgen van de besluiten voor de B.V.'s.⁴⁹ Het hoger beroep van de appellanten wordt ongegrond verklaard.

Het is geen geheim dat ik me vaak kritisch heb uitgelaten over de evenredigheidstoetsingen van de Afdeling in Bibob-zaken.⁵⁰ In deze zaak is het prijzenswaardig dat de Afdeling expliciet toepassing geeft aan het bepaalde in art. 3 lid 5 Wet Bibob. Sterker nog: de Afdeling gaat zelfs verder dan nodig is, nu ook aandacht wordt besteed aan de voorgeschreven evenredigheidstoetsing van art. 3 lid 5 Wet Bibob, ten aanzien van de 'a-grond'. Strikt genomen is dit niet nodig, omdat de vergunningen worden geweigerd en ingetrokken op grond van 'b-grond', maar dat terzijde.

5. Conclusie

De Harderwijk-uitspraak heeft geleid tot een nieuwe invulling die wordt gegeven aan de evenredigheidstoetsing van art. 3:4 lid 2 Awb.⁵¹ Naar aanleiding van deze uitspraak gaat de bestuursrechter bij het toetsen aan het evenredigheidsbeginsel een onderscheid maken tussen de geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid van het aangevochten overheidsbesluit.

In deze bijdrage is onderzocht wat de relevantie is van de uitkomst van de Harderwijk-uitspraak voor de Bibob-evenredigheid. In art. 3 lid 5 Wet Bibob, is een specifieke evenredigheidstoetsing neergelegd voor de toepassing van de Wet Bibob. Uit deze bepaling blijkt dat de weigering of intrekking, zoals bedoeld in art. 3 lid 1 Wet Bibob, slechts plaatsvindt, indien deze evenredig is met de mate van het gevaar en voor zover het ernstig gevaar, zoals bedoeld in art. 3 lid 1 Wet Bibob, betreft, de ernst van de strafbare feiten.

Indien de Harderwijk-criteria zouden worden toegepast op de Bibob-evenredigheid ontstaat het volgende beeld. Het geschiktheids criterium is duidelijk: een weigerings- of intrekkingbesluit op grond van de Wet Bibob is geschikt om het doel van de Wet Bibob – te weten het voorkomen dat de overheid door middel van bestuurlijke besluitvorming, zoals vergunningverlening, ongewild criminele activiteiten faciliteert⁵² – te bereiken. Uit het noodzakelijkheids criterium volgt dat het weigerings- en intrekkingbesluit noodzakelijk moet zijn om het doel te bereiken. Noodzakelijkheid is een van de stappen die de rechter zou kunnen toepassen om te bepalen om een Bibob-sanctie evenredig is. Met betrekking tot het evenwichtigheids criterium kan worden opgemerkt dat de gevolgen van het weigerings- of intrekkingbesluit op grond van de Wet Bibob evenwichtig moeten zijn.

Wat betekent deze exercitie voor de jurisprudentie van de Afdeling uit 2022 over de Bibob-evenredigheid? Op grond van een bestudering van de weergegeven uitspraken van de Afdeling moet worden vastgesteld dat de noodzakelijkheids- en evenwichtigheids criteria worden betrokken in de toetsing van de Bibob-evenredigheid. Het noodzakelijkheids criterium komt expliciet terug in een uitspraak van de Afdeling. Uit een van de weergegeven uitspraken blijkt dat de toepassing van dit criterium via de band van de motivering naar voren komt.⁵³ De term 'evenwichtigheid' komt niet letterlijk terug in de Bibob-zaken, maar wel impliciet.⁵⁴ Dit alles betekent dat de Harderwijk-criteria – het noodzakelijkheids- en evenwichtigheids criterium – via art. 3 lid 5 Wet Bibob, hun weg hebben gevonden in de Bibob-jurisprudentie. De meer indringende toetsing van de Bibob-evenredigheid heeft zich echter niet ingezet ná de Harderwijk-uitspraak, maar is al in een eerder stadium ingezet, namelijk begin 2019.⁵⁵

Mijns inziens is er sinds de Harderwijk-uitspraak op het terrein van de Wet Bibob weinig veranderd, terwijl ten aanzien van deze wet anders zou mogen worden verwacht. Indien een blik wordt geworpen op de besproken uitspraken van de Afdeling uit 2022 inzake de Bibob-evenredig moet de Harderwijk-uitspraak worden beschouwd als een bestendinging van een reeds ingezette indringende Bibob-evenredigheidstoetsing.⁵⁶ Van een drietrapstoetsing is evenwel (nog?) geen sprake.

Mr. dr. B. van der Vorm

Benny van der Vorm is universitair docent straf(proces)- en bestuursrecht aan Universiteit Utrecht.

VOETNOTEN

- 1) Zie uitgebreid: B. van der Vorm, 'De interbestuurlijke tipfunctie en de meldplicht van bestuursorganen in de Tweede Tranche van de Wet Bibob', *Gst.* 2022, p. 482-489.
- 2) ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, *AB* 2022/120, m.nt. Van Zanten.
- 3) Zie o.m. R. Stijnen, 'Damocles en de herijking van het evenredigheidsbeginsel', *Gst.* 2022/27; E. Adriaanse, 'Hoe anders wordt het bestuursrecht na de 2/2/22-uitspraken over het evenredigheidsbeginsel? Verslag van de digitale studiemiddag van de VAR op 18 februari 2022', *NTB* 2022, p. 230-234; C.M.M. van Mil, 'De nieuwe evenredigheidstoets: naar een evenredige doel-middelverhouding', *BR* 2022, p. 184-188; M. Feenstra, 'De toets aan het evenredigheidsbeginsel bij bestuurlijke maatregelen en herstelsancties. Praktische handvatten voor bestuursorganen n.a.v. de 2 februari 2022 uitspraken', *NTB* 2022, p. 591-599; R.J.N. Schlössels, 'De toetsing van beleidsruimte en het evenredigheidsbeginsel: een nieuwe horizon? Van Doetinchem via Venlo naar Harderwijk', «JBplus» 2022, p. 43-58.
- 4) Zie bijvoorbeeld ABRvS 23 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3402, *Jurisprudentie Grondzaken* 2023/8, m.nt. F.M.A. van der Loo.
- 5) Zie o.m. W. Huisman, 'Een kijkje in de Italiaanse keuken. Nederlandse justitiële belangstelling voor aanpak van zware criminaliteit in Italië', *DD* 2022, p. 801-816.
- 6) B. van der Vorm, 'De "strafrechtelijke" weigerings- en intrekkinggrond van artikel 3 lid 6 Wet Bibob', *Gst.* 2013, p. 488-497.
- 7) Art. 3 lid 1 onderdeel a Wet Bibob.
- 8) Art. 3 lid 1 onderdeel b Wet Bibob.
- 9) *Kamerstukken II* 1999/2000, 26883, nr. 3, p. 62.

- 10) *Kamerstukken II 1999/2000*, 26883, nr. 3, p. 62.
- 11) Art. 3 lid 4 onderdeel a Wet Bibob.
- 12) Art. 3 lid 4 onderdeel c Wet Bibob.
- 13) Art. 3 lid 4 onderdeel d Wet Bibob.
- 14) *Kamerstukken II 1999/2000*, 26883, nr. 3, p. 62.
- 15) *Kamerstukken II 1999/2000*, 26883, nr. 3, p. 62.
- 16) *Kamerstukken II 1999/2000*, 26883, nr. 3, p. 63.
- 17) ABRvS 8 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ1892, *Gst.* 2009/105, mnt. A.E.M. van der Berg; «JB» 2009/183, mnt. Overkleeft-Verburg.
- 18) Zie bijvoorbeeld ABRvS 24 januari, ECLI:NL:RVS:2018:216. Uit deze uitspraak blijkt dat uit de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens de vermelding van strafbare feiten in de justitiële registraties na een bepaald tijdsverloop worden verwijderd. Zoals ook blijkt uit de Nota naar aanleiding van het verslag inzake de Wet Bibob (*Kamerstukken II 2000/01*, 26883, nr. 5, blz. 41) ontleent het Landelijk Bureau Bibob zijn gegevens aan deze registraties. Na ommekomst van evenbedoeld tijdsverloop wordt een op zichzelf staand strafbaar feit derhalve niet in een Bibob-onderzoek betrokken.
- 19) R.W. Veldhuis, 'Besluitvorming op basis van een Bibobadvies', in: A.E.M. van den Berg, A. Tollenaar & R.W. Veldhuis (red.), *Beoordelen van integriteit met de Wet Bibob*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 22.
- 20) Zie hierover de annotatie van A. Tollenaar onder ABRvS 17 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO4230, *AB* 2011/28.
- 21) Zie bijvoorbeeld de annotatie van B. van der Vorm onder ABRvS 20 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1992, *AB* 2014/3.
- 22) *Kamerstukken II 1999/2000*, 26883, nr. 3, p. 63.
- 23) Zie de achtste opmerking van E.F. Binnendijk & R.J.H. Bruggeman onder ECLI:NL:RVS:2022:695, *AB* 2022/219.
- 24) ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, *AB* 2022/120, M. van Zanten; «JB» 2022/44, mnt. Schlössels.
- 25) ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, *NLF* 2021/1687, mnt. Barmentlo.
- 26) ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.7.
- 27) ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.8.
- 28) ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.9.
- 29) ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.10.
- 30) ABRvS 6 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:350, *AB* 2019/385, mnt. Tollenaar.
- 31) Zie de zevende opmerking van A. Tollenaar onder ABRvS 17 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2450, *AB* 2019/386.
- 32) Vgl. B. van der Vorm, 'De evenredigheidstoetsing van de Wet Bibob: wie het meerdere mag, mag ook het mindere?' Noot bij ECLI:NL:RVS:2019:350', *TBS&H* 2019, p. 192.
- 33) Deze sub-paragraaf is een bewerking van mijn annotatie in *AB* 2022/180.
- 34) ABRvS 16 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:511, r.o. 1.
- 35) Vgl. ABRvS 20 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1992, *AB* 2014/3, mnt. Van der Vorm.
- 36) ABRvS 16 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:511, r.o. 13.1.
- 37) ABRvS 9 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:695, r.o. 4.6.
- 38) Deze sub-paragraaf is een bewerking van mijn annotatie in *Gst.* 2022/48.
- 39) ABRvS 9 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:695, r.o. 1.
- 40) ABRvS 9 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:695, r.o. 4.5.
- 41) Dit refereert overigens aan een noodzakelijkheidstoetsing via de band van de motivering. Zie r.o. 4.6.
- 42) ABRvS 9 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:695, r.o. 4.6.
- 43) Over de verhouding tussen het Bibob-vragenformulier en het DHW-aanvraagformulier zie ABRvS 13 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1947, *AB* 2018/290, mnt. Van der Vorm.
- 44) Zie punt 4 van mijn naschrift onder ABRvS 20 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2329, *Gst.* 2021/133.
- 45) Zie punt 5 van mijn naschrift onder ABRvS 20 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2329, *Gst.* 2021/133.
- 46) Deze sub-paragraaf is een bewerking van mijn annotatie in *AB* 2022/288.
- 47) ABRvS 17 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2399, r.o. 3.
- 48) ABRvS 17 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2399, r.o. 9.

- 49) ABRvS 17 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2399, r.o. 9.1.
- 50) Zie bijvoorbeeld ABRvS 20 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2329, *AB* 2022/14.
- 51) ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, *AB* 2022/120, mnt. Van Zanten.
- 52) ABRvS 28 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:638, *Men R* 2018/72, mnt. Van Ham, r.o. 2.2.
- 53) ABRvS 9 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:695, *Gst.* 2022/48, mnt. Van der Vorm, r.o. 4.6. Het betreft de volgende overweging. Deze omstandigheden leiden ertoe dat de Afdeling ‘van oordeel is dat het college onvoldoende heeft gemotiveerd dat in dit geval niet volstaan had kunnen worden met de oplegging van een minder zware sanctie, zoals een tijdelijke intrekking van de vergunningen voor de duur van bijvoorbeeld maximaal een jaar.’
- 54) ABRvS 17 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2399, *AB* 2022/288, r.o. 9.1.
- 55) ABRvS 6 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:350, *AB* 2019/385, mnt. Tollenaar.
- 56) De evenredigheidstoetsing (geschiktheid, noodzakelijkheid, evenwichtigheid) gaat ook over de vraag of deze interventie ‘evenwichtig’ is, c.q. of er niet een andere interventie evenwichtiger is (waarmee hetzelfde doel kan worden bereikt). Het punt met de Wet Bibob is dat er eigenlijk maar twee mogelijkheden waren bij de aanwezigheid van een ernstig gevaar: intrekken/weigeren van de beschikking of het verlenen. Inmiddels is hier een derde aan toegevoegd: het verlenen van een beschikking met voorschriften. In het verband van het evenwichtigheids criterium lijkt dit ook een redelijk belangrijke omstandigheid te zijn. De Varkenshouderij-uitspraak (ABRvS 9 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:695, *AB* 2022/219, mnt. Binnendijk & Bruggeman; *Gst.* 2022/48, mnt. Van der Vorm) laat wel zien dat de bestuursrechter juist op dit punt nogal indringend lijkt mee te denken met de burger en het bestuur.