

# Over de ondermijning van de Wet Bibob door bestuurlijke herstelsancties

Gst. 2019/48

## 1. Inleiding

Tegenwoordig is er niet meer aan te ontkomen: de samenleving wordt bedreigd door ondermijnende criminaliteit en hier moet hard tegen worden opgetreden.<sup>2</sup> Hoewel een duidelijke definitie van ondermijning ontbreekt en internationaal gezien 'undermining criminality' een onbekend begrip is,<sup>3</sup> wordt het juridische instrumentarium desalniettemin uitgebreid om deze vorm van misdaad aan te pakken.<sup>4</sup> De ontwikkeling van een heuse Ondermijningswet kon dan ook niet achterblijven.<sup>5</sup> Naast de creatie van deze verzamelwet, bestaat eveneens het voornemen om de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (hierna: Wet Bibob) verder uit te breiden. Deze uitbreiding moet de aanpak van ondermijnende criminaliteit versterken, zo hebben de ministers Grapperhaus en Dekker laten weten.<sup>6</sup> Een belangrijke relatie tussen de Wet Bibob en de aanpak van ondermijnende criminaliteit kan derhalve niet worden ontkend.<sup>7</sup> Een belangrijk voorgestelde wijziging heeft betrekking op de vaststelling van de mate van het gevaar van misbruik van de beschikking, zoals bedoeld in artikel 3 Wet Bibob. Op grond van deze bepaling kunnen bestuursorganen weigeren een beschikking te verlenen of intrekken, indien sprake is van een ernstig gevaar dat de beschikking wordt gebruikt om geld wit te wassen (de 'a-grond') of om strafbare feiten te plegen (de 'b-grond'). De weigering of intrekking van een beschikking wordt – veelal op grond van een advies van het Landelijk Bureau Bibob – gebaseerd op een risico-inschatting van de mate van het gevaar van misbruik. Er bestaan drie mogelijke risico-inschattingen: geen sprake van een gevaar, enige mate van gevaar of een ernstige mate van gevaar. Een ernstige mate van gevaar van misbruik heeft veelal tot gevolg dat het bestuursorgaan de beschikking weigert of intrekt. De mate van gevaar wordt volgens artikel 3 lid 1 Wet Bibob, gebaseerd op feiten en omstandigheden die erop wijzen of redelijkerwijs doen vermoeden dat de betrokkene in relatie staat tot strafbare feiten. Tot op heden zijn 'feiten en omstandigheden die erop wijzen' uitsluitend strafrechtelijke veroordelingen, maar met voorge-

stelde artikel 3a Wet Bibob wordt deze categorie uitgebreid. Deze uitbreiding ziet niet op het gebruik van overtredingen die worden gesanctioneerd middels de oplegging van een bestuurlijke herstelsanctie, ter motivering van de mate van het gevaar. In een recente controversiële uitspraak heeft de Afdeling echter overwogen dat het college overtredingen die zijn gesanctioneerd middels bestuurlijke herstelsancties kan betrekken in zijn oordeelsvorming.<sup>8</sup> Betekent dit dat de Afdeling hiermee de deur heeft opengezet voor situaties, waarbij een ernstig gevaar kan worden beargumenteerd op grond van een overtreding waarvoor een bestuurlijke herstelsanctie is opgelegd?

Het voorgaande roept de vraag op in hoeverre de beschikking tot oplegging van bestuurlijke herstelsancties kan worden aangemerkt als 'feiten en omstandigheden die erop wijzen' dat de betrokkene in relatie staat tot strafbare feiten. Teneinde deze vraag te kunnen beantwoorden wordt ten eerste in het kort aandacht besteed aan het huidige systematiek ter vaststelling van de mate van het gevaar van misbruik (paragraaf 2). Ten tweede wordt het voorgestane artikel 3a Wet Bibob aan een nadere analyse onderworpen (paragraaf 3). Ten derde worden de implicaties van de zojuist gememoreerde uitspraak van de Afdeling besproken (paragraaf 4). Er zal worden geëindigd met een conclusie (paragraaf 5).

## 2. De vaststelling van de mate van het gevaar: feiten en omstandigheden

### 2.1 De feiten en omstandigheden die erop wijzen dat de betrokkene in relatie staat tot strafbare feiten

De centrale bepaling van de Wet Bibob wordt gevonden in artikel 3. Blijkens het eerste lid van deze bepaling kunnen de bevoegde bestuursorganen weigeren een aangevraagde beschikking te geven dan wel een gegeven beschikking intrekken, indien een ernstig gevaar bestaat dat de beschikking mede zal worden gebruikt om geld wit te wassen of om strafbare feiten te plegen. De inschatting van de mate van het gevaar is aldus gebaseerd op een risico-inschatting. De mate van het gevaar wordt onder andere gegrond op feiten en omstandigheden die erop wijzen dat de betrokkene in relatie staat tot bepaalde relevante strafbare feiten. Uit de wetsgeschiedenis van de Wet Bibob blijkt wat hiermee wordt bedoeld. Met de term "feiten en omstandigheden" wordt bedoeld op concrete indicaties van betrokkenheid bij strafbare feiten en kunnen blijken uit justitiële en politieke gegevens. Volgens de wetgever zijn feiten en omstandigheden die erop wijzen dat de betrokkene in relatie staat tot strafbare feiten uitsluitend (onherroepelijke) veroordelingen.<sup>9</sup> Blijkens de wetsgeschiedenis gaat het om veroordelingen die zijn uitgesproken door de strafrechter. Uit de juris-

1 Benny van der Vorm is universitair docent straf(proces)recht en verbonden aan het Willem Pompe Instituut en het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging van de Universiteit Utrecht.

2 Vgl. A.E. Schilder, 'Ondermijning van burgemeestersambt voorkomen', *Gst.* 2018/75.

3 W. Huisman, 'De aanpak van ondermijnende criminaliteit: oude wijn in nieuwe zakken?', *DD* 2017/31 (p. 331-343).

4 M.I. Tuk & M. Vols, 'Ondermijning en het openbare-orderecht', *NJB* 2018/1190 (p. 1704-1711).

5 *Kamerstukken II* 2017/18, 29911, 180, p. 2.

6 'Uitbreiding van de Wet Bibob versterkt aanpak ondermijnende criminaliteit', *Rijksoverheid.nl* 12 april 2018.

7 In wezen lijkt ondermijnende criminaliteit niet veel te verschillen van georganiseerde misdaad. De relatie tussen de Wet Bibob en de (bestuurlijke) aanpak van georganiseerde misdaad is evident. Zie B. van der Vorm, *Ernstig gevaar. Een juridisch-empirisch onderzoek naar aard, doel en toepassing van de Wet Bibob* (diss. Tilburg), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2016.

8 ABRvS 14 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3717, r.o. 10.1.

9 *Kamerstukken II* 2000/01, 26883, 8, p. 4. Zie ook *Kamerstukken II* 2000/01, 26883, 3, p. 62.

prudentie blijkt evenwel dat op het moment van het nemen van het besluit sprake is van een onherroepelijke vrijspraak of een ontslag van alle rechtsvervolging, van voldoende aannemelijkheid van de strafbare feiten niet mag worden uitgegaan.<sup>10</sup> Ook uit een onvoorwaardelijk sepot wegens een gebrek aan bewijs leidt de Afdeling af dat de strafbare feiten niet voldoende aannemelijk zijn.<sup>11</sup>

## 2.2 *De feiten en omstandigheden die redelijkerwijs doen vermoeden dat de betrokkene in relatie staat tot strafbare feiten*

De mate van gevaar kan eveneens worden vastgesteld aan de hand van feiten en omstandigheden die redelijkerwijs doen vermoeden dat de betrokkene in relatie staat tot strafbare feiten. Een weigering of intrekking van een beschikking wordt in dergelijke situaties gebaseerd op vermoedelijk gepleegde strafbare feiten. Deze feiten en omstandigheden (zijnde vermoedens) zijn minder zwaarwegend dan hetgeen in de voorgaande paragraaf is besproken. Volgens de wetgever vallen transacties en opsporings- en vervolgingsacties onder de zinsnede “redelijkerwijs doen vermoeden”.<sup>12</sup> Indien de mate van gevaar wordt gebaseerd op vermoedelijk gepleegde strafbare feiten moet nadrukkelijk aandacht worden besteed aan de ernst van het vermoeden. Een transactie legt volgens de wetgever meer gewicht in de schaal dan de omstandigheid dat een opsporingsactie is gestart.<sup>13</sup> De praktijk laat zien dat beschikkingen inderdaad kunnen worden geweigerd of ingetrokken zonder dat sprake is van onherroepelijke veroordelingen.<sup>14</sup>

## 2.3 *De vaststelling van de mate van gevaar aan de hand van bestuurlijke boetes*

De term ‘strafbaar feit’, zoals gebezigd in artikel 3 lid 1 Wet Bibob, heeft geleid tot onduidelijkheid. Kunnen bestuurlijke boetes ook onder het bereik van de term ‘strafbaar feit’ worden gebracht? De oplegging van een bestuurlijke boete moet immers worden aangemerkt als een ‘criminal charge’ en is daarmee bestraffend van aard. Met de inwerkingtreding van de Evaluatie- en uitbreidingswet Bibob op 1 juli 2013 wordt deze vraag beantwoord.<sup>15</sup> Uit de memorie van toelichting blijkt dat het, gelet op de negatieve betekenis van vooral herhaaldelijk voorkomende gedragingen – die met een bestuurlijke boete worden afgedaan – op vergunningactiviteiten, dat deze feiten en omstandigheden ook kunnen worden meegewogen bij de toepassing van artikel 3 Wet Bibob. Het voorgaande heeft geleid tot de introductie van artikel 3 lid 8 Wet Bibob:

“In dit artikel wordt mede verstaan onder strafbaar feit een overtreding waarvoor een bestuurlijke boete kan worden opgelegd”.

Met de inwerkingtreding van dit lid kunnen bijvoorbeeld overtredingen uit de Wet arbeid vreemdelingen (illegale tewerkstellingen), waarvoor bestuurlijke boetes worden opgelegd, worden meegewogen door het bestuursorgaan dat toepassing geeft aan artikel 3 Wet Bibob. De wetgever heeft benadrukt dat gedragingen die met een bestuurlijke boete worden bedreigd in normatieve zin niet onder de term ‘strafbaar feit’ kunnen worden gebracht, maar dat slechts een terminologische kwestie is beoogd op te lossen. Het alternatief voor artikel 3 lid 8 Wet Bibob zou volgens de wetgever zijn geweest om overal waar in de Wet Bibob de term ‘strafbaar feit’ staat “een overtreding waarvoor een bestuurlijke boete kan worden opgelegd” toe te voegen. Dit zou de leesbaarheid echter niet bevorderen, aldus de wetgever.<sup>16</sup> Wat hiervan ook zij, vanuit een strafrechtelijk oogpunt komt het vreemd voor dat onder de term ‘strafbaar feit’ mede een overtreding waarvoor een bestuurlijke boete kan worden opgelegd, wordt verstaan.<sup>17</sup>

## 3. **Het voorgestelde artikel 3a Wet Bibob**

### 3.1 *Inleiding*

Na de laatste omvangrijke uitbreiding van de Wet Bibob uit 2013 staat een nieuwe uitbreiding van deze wet voor de deur. Uit de betreffende memorie van toelichting blijkt dat het voorstel tot wijziging van de Wet Bibob onderdeel uitmaakt van de inspanningen van het kabinet om de aanpak van ondermijnende criminaliteit te versterken. De belangrijkste wijzigingen zijn de volgende: de uitbreiding van de mogelijkheden voor bestuursorganen en rechtspersonen met een overheidstaak tot het verrichten van eigen onderzoek met het oog op de toepassing van de Wet Bibob, enkele uitbreidingen van het toepassingsbereik van de Wet Bibob en de ontwikkeling van wettelijke criteria voor het Landelijk Bureau Bibob om in bepaalde gevallen af te zien van het uitbrengen van een Bibob-advies. In de navolgende twee subparagrafen zal aandacht worden besteed aan de voorgenomen uitbreiding van de feiten en omstandigheden die erop wijzen dat de betrokkene in relatie staat tot strafbare feiten, zoals deze is voorgesteld in artikel 3a Wet Bibob. Ook wordt bezien wat deze uitbreiding betekent voor status van de feiten en omstandigheden die redelijkerwijs doen vermoeden dat de betrokkene in relatie staat tot strafbare feiten.<sup>18</sup>

### 3.2 *De uitbreiding van de feiten en omstandigheden die erop wijzen dat de betrokkene in relatie staat tot strafbare feiten*

Uit de voorgenomen wijziging blijkt dat een nieuw artikel 3a Wet Bibob in het leven wordt geroepen. In deze nieuwe bepaling worden enkele regels gegeven voor de toepassing van artikel 3 Wet Bibob. In artikel 3 lid 2 onder a, en lid 3,

10 ABRvS 9 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5278, JB 2012/161, m.nt. G. Overkleeft-Verburg.

11 ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:331, AB 2015/145, m.nt. B. van der Vorm.

12 *Kamerstukken II 2000/01*, 26883, 8, p. 4. Zie ook *Kamerstukken II 2000/01*, 26883, 3, p. 62.

13 *Kamerstukken II 2000/01*, 26883, 8, p. 4. Zie ook *Kamerstukken II 2000/01*, 26883, 3, p. 62.

14 B. van der Vorm, ‘Het strafdoel van de resocialisatie en de toepassing van de Wet Bibob’, *Strafblad* 2017, p. 279-285.

15 *Kamerstukken II 2010/11*, 32676, 3, p. 12-13.

16 *Kamerstukken II 2010/11*, 32676, 3, p. 21-22.

17 Van der Vorm 2016, p. 180.

18 Wetsvoorstellen in consultatie, *NJB* 2018/871.

onder a, Wet Bibob, wordt, zoals eerder is aangegeven, een onderscheid gemaakt tussen feiten en omstandigheden die erop wijzen dat de betrokkene in relatie staat tot bepaalde strafbare feiten en feiten omstandigheden die dat redelijkerwijs doen vermoeden. In het voorgestelde artikel 3a lid 1 onderdelen b tot en met e, Wet Bibob, worden categorieën van feiten en omstandigheden aangewezen die thans nog vallen onder feiten en omstandigheden die redelijkerwijs doen vermoeden dat de betrokkene in relatie staat tot strafbare feiten. Deze wijziging wordt als volgt gemotiveerd:

“Deze indeling past beter bij de aard van deze categorieën feiten en omstandigheden, waarvan in de huidige praktijk de beoordeling van de ernst van het vermoeden als bedoeld in artikel 3, tweede lid, onder b, en derde lid, onder b, in alle gevallen leidt tot de conclusie dat er sprake is van een ‘ernstig vermoeden’ en daarmee uiteindelijk tot dezelfde uitkomst leidt als een veroordeling gedaan zou hebben. Het betreft telkens gevallen waarin de rechter een strafbaar feit bewezen dan wel aannemelijk acht of de betrokkene zich niet (langer) tegen een sanctie heeft verzet. De voorgestelde indeling in laatstgenoemde categorie doet dan ook recht aan de aard van deze feiten en omstandigheden, biedt de betrokkene rechtszekerheid en vereenvoudigt de toepassing van artikel 3 door bestuursorganen.”<sup>19</sup>

Uit het voorgestelde artikel 3a Wet Bibob blijkt dat de volgende feiten en omstandigheden die erop wijzen dat de betrokkene in relatie staat tot strafbare feiten, kunnen worden onderscheiden: een veroordeling wegens een strafbaar feit (artikel 3a lid 1 onder a, Wet Bibob); een onherroepelijke strafbeschikking als bedoeld in artikel 257a Sv (artikel 3a lid 1 onder b, Wet Bibob); het vervallen van het recht tot strafvordering op grond van artikel 74 Sr (artikel 3a lid 1 onder c, Wet Bibob); een onherroepelijke beschikking tot het opleggen van een bestuurlijke boete (artikel 3a lid 1 onder d, Wet Bibob) en een beschikking tot het opleggen van een bestuurlijke boete waartegen beroep is ingesteld, waarop de bestuursrechter in eerste aanleg uitspraak heeft gedaan (artikel 3a lid 1 onder e, Wet Bibob). Het gevolg van deze wijziging is dat geen aandacht behoeft te worden besteed aan de ernst van het vermoeden.

### 3.3 *De feiten en omstandigheden die redelijkerwijs doen vermoeden dat de betrokkene in relatie staat tot strafbare feiten*

Het voorgestelde artikel 3a lid 2 Wet Bibob, heeft betrekking op feiten en omstandigheden die redelijkerwijs doen vermoeden dat de betrokkene in relatie staat tot strafbare feiten. Uit de memorie van toelichting blijkt dat waarde wordt gehecht aan de eigen verantwoordelijkheid van bestuursorganen en het Landelijk Bureau Bibob ten aanzien van het wegen van strafrechtelijke informatie in het verband van de toepassing van de Wet Bibob. Dit betekent concreet dat een

beslissing van het Openbaar Ministerie om op basis van een bepaald feitencomplex over te gaan tot vervolging niet per definitie betekent dat op grond van diezelfde feiten en omstandigheden zal worden geconcludeerd dat er sprake is van een (ernstig) vermoeden dat de betrokkene in relatie staat tot een strafbaar feit. Het omgekeerde dient echter ook mogelijk te zijn, zo blijkt uit de memorie van toelichting:

“Dit uitgangspunt behoort naar mijn oordeel ook in de omgekeerde situatie te gelden: wanneer het openbaar ministerie afziet van vervolging wegens een strafbaar feit of de vervolging niet voortzet, behoort dat niet in de weg te staan aan het bij de toepassing van de Wet Bibob geheel of ten dele op grond van dat strafbare feit vaststellen van de mate van gevaar als bedoeld in artikel 3, tweede en derde lid. Volgens de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State staat het feit dat het openbaar ministerie wegens onvoldoende bewijs afziet van strafrechtelijke vervolging echter in de weg aan voor de toepassing van de Wet Bibob concluderen dat de betrokkenheid bij dat strafbare feit voldoende aannemelijk is. Het voorgestelde artikel 3a, tweede lid, strekt tot het herstellen van het voornoemde uitgangspunt dat de beoordeling van feiten en omstandigheden in de bestuursrechtelijke context van de Wet Bibob niet gebonden is aan de strafrechtelijke beoordeling daarvan door het openbaar ministerie.”<sup>20</sup>

In het voorgestelde artikel 3a, tweede lid, Wet Bibob, blijkt derhalve dat indien een strafbaar feit niet wordt vervolgd of de vervolging niet wordt voortgezet, dit niet in de weg staat aan het geheel of ten dele op grond van dat strafbare feit vast te stellen mate van gevaar als bedoeld in artikel 3, tweede en derde lid. In het geval sprake is van een rechterlijke uitspraak houdende vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolging, wordt de mate van gevaar als bedoeld in artikel 3, tweede en derde lid, niet op grond van dat strafbare feit vastgesteld, zo blijkt uit het voorgestelde artikel 3a, derde lid, Wet Bibob. Het derde lid is een codificatie van jurisprudentie van de Afdeling ten aanzien van de omgang met een vrijspraak en een ontslag van alle rechtsvervolging.<sup>21</sup>

### 3.4 *Een waardering van het voorgestelde artikel 3a Wet Bibob*

De achtergrond van het voorgestelde artikel 3a Wet Bibob is naar mijn mening tweeledig. Enerzijds wordt beoogd om jurisprudentie over de toepassing van artikel 3 Wet Bibob nader te codificeren. Anderzijds wordt getracht om de praktische toepassing van de Wet Bibob meer in overeenstemming te brengen met de wettekst van deze wet. De feiten en omstandigheden die zijn weergegeven in artikel 3a lid 1 Wet Bibob zijn echter verschillend van karakter. Zo kan een onherroepelijke veroordeling niet worden gelijkgesteld aan

<sup>19</sup> Memorie van toelichting wijziging van de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (Wet Bibob), p. 8.

<sup>20</sup> Memorie van toelichting wijziging van de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (Wet Bibob), p. 9.

<sup>21</sup> ABRvS 9 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5278, JB 2012/161, m.nt. G. Overkleef-Verburg.

een transactie, zoals bedoeld in artikel 74 Sr. Met het betalen van de transactiesom wordt een strafrechtelijke vervolging voorkomen en wordt de zaak derhalve niet voorgelegd aan een strafrechter. Een onherroepelijke veroordeling is daarom 'harder' dan een aangegane transactie. Ook met betrekking tot het gebruik van strafbeschikkingen dient voorzichtig te worden omgegaan, omdat uit berichtgeving is gebleken dat de feitelijke oplegging van de strafbeschikking ernstig te wensen over laat.<sup>22</sup> Voor ogen dient te worden gehouden dat bijvoorbeeld een aangegane transactie geen schuldvaststelling inhoudt en dit is wel het geval is ten aanzien van de acceptatie van een strafbeschikking. Zeker ten aanzien van de het gebruik van een aangegane transactie en een geaccepteerde strafbeschikking dient in de Bibob-procedure voorzichtig mee te worden omgegaan. Het zijn beide vormen van een buitengerechtelijke afdoening, maar de juridische status ervan is zeer verschillend.

Daarnaast is het voorgestelde artikel 3a Wet Bibob enigszins arbitrair. Hoe dient bijvoorbeeld te worden omgegaan met een niet-ontvankelijkheidsverklaring van het Openbaar Ministerie? Uit jurisprudentie blijkt dat informatie uit een strafzaak waarin het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk is verklaard een rol kan spelen ten aanzien van de vraag in hoeverre het aannemelijk is dat de betrokkene in relatie staat tot strafbare feiten.<sup>23</sup> Kan een niet-ontvankelijkheidsverklaring worden aangemerkt als feiten en omstandigheden die erop wijzen dat de betrokkene in relatie staat tot strafbare feiten? Aangezien deze einduitspraak niet is vermeld in het voorgestelde artikel 3a Wet Bibob moet deze vraag ontkennend luiden, waardoor altijd aandacht moet worden besteed aan de ernst van het vermoeden. Hetzelfde zal gelden voor de 'schorsing van de vervolging' als einduitspraak in de zin van artikel 349 lid 1 Sv. Een andere vraag is hoe bijvoorbeeld dient te worden omgegaan met mediation als vorm van buitengerechtelijke afdoening, zoals bijvoorbeeld de fiscale geschilbeslechting.<sup>24</sup> Kan een dergelijke buitengerechtelijke afdoening worden gebruikt ter motivering van de mate van het gevaar?

Alles overziend lijkt artikel 3a Wet Bibob duidelijkheid te bieden, maar er moet omzichtig met deze bepaling worden omgegaan door zowel bestuursorganen als het Landelijk Bureau Bibob: de ene categorie van feiten en omstandigheden die erop wijzen dat de betrokkene in relatie staat tot strafbare feiten is de andere niet. Een relevante onherroepelijke veroordeling is van meer gewicht dan een aangegane transactie zoals bedoeld in artikel 74 Sr, omdat laatstgenoemde afdoeningsvariant geen schuldvaststelling inhoudt. Een vraag die in dit verband eveneens dient te worden opgeworpen is hoe het voorgestelde artikel 3a Wet Bibob zich verhoudt tot overtredingen die zijn gesanctioneerd met een last onder dwangsom en/of een last onder bestuursdwang. Kunnen dergelijke overtredingen – hoewel het geen be-

straffende sancties zijn – worden gebruikt ter motivering voor de mate van het gevaar? In een recente controversiële uitspraak van de Afdeling wordt meer duidelijkheid gegeven over deze kwestie.

## 4. Een recente controversiële uitspraak van de Afdeling

### 4.1 De feiten

Op 1 maart 2016 weigert het college van burgemeester en wethouders van Breda om een omgevingsvergunning te verstrekken voor de sloop en bouw van een aantal bouwwerken. Deze weigering is gebaseerd op een advies van het Landelijk Bureau Bibob d.d. 4 juni 2015. Uit dit advies blijkt dat sprake is van een ernstig gevaar dat die vergunning mede zal worden gebruikt om uit gepleegde strafbare feiten verkregen of te verkrijgen, op geld waardeerbare voordelen te benutten en dat de vergunning mede zal worden gebruikt om strafbare feiten te plegen.<sup>25</sup>

De weigering van de vergunning door het college van burgemeester en wethouders is onder meer gebaseerd op de in het advies beschreven strafbare feiten ten aanzien van de panden in Nieuwegein en Utrecht ('a-grond'). Het gaat onder meer om het verbouwen en vervolgens in gebruik nemen (verhuren) van panden in afwijking van de verleende omgevingsvergunning, het achterwege laten van een gebruiksmelding en het niet voldoen aan brandveiligheidsvoorschriften. In het advies van het Landelijk Bureau Bibob worden gemeentelijke brieven en handhavingsbesluiten geciteerd waarin melding wordt gemaakt van overtredingen van artikel 2.1, lid 1 en artikel 2.3 Wabo, de artikel 1a lid 1 en artikel 1b lid 3 Woningwet en artikel 1.25 Bouwbesluit 2012. In het advies zijn de perioden genoemd waarbinnen de feiten zijn gepleegd.<sup>26</sup>

Het college van burgemeester en wethouders baseert de weigering eveneens op de 'b-grond'. Volgens het college van burgemeester en wethouders bestaat een ernstig gevaar dat de betrokkene de vergunning zal gebruiken als dekmantel voor bouwwerken die niet voldoen aan de omgevingsvergunning dan wel voor het plegen van overtredingen van de bouw wet- en regelgeving. Volgens het college van burgemeester en wethouders heeft de betrokkene overtredingen begaan ten aanzien van het pand zelf, waaronder het zonder vergunning slopen van een marmeren vloer. Het college van burgemeester en wethouders stelt dat de betrokkene bij het bouwen van bouwwerken stelselmatig de wet- en regelgeving overtreedt, zodat de vrees gerechtvaardigd is dat de betrokkene ook in dit geval zich niet aan de vergunning zal houden. De strafbare feiten op grond van de Wet arbeid vreemdelingen, de Wet milieubeheer of het Asbestverwijderingsbesluit komen volgens het college van burgemeester en wethouders overeen of hangen samen met activiteiten waarvoor de omgevingsvergunning wordt aangevraagd.<sup>27</sup>

22 'OM deelde ten onrechte straffen uit', *NRC* 3 december 2018.

23 ABRvS 8 juli 2009, *Gst.* 2009/105, m.nt. Van den Berg; *JB* 2009/183, m.nt. Overkleeft-Verburg. Zie ook ABRvS 15 november 2017, *Gst.* 2018/38, m.nt. B. van der Vorm.

24 A.C.M. Klaasse, 'De inzet van mediation in fiscale strafzaken', *WFR* 2018/155 (p. 1080-1082).

25 ABRvS 14 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3717, *AB* 2019/3, m.nt. A. Tollenaar, r.o. 1.

26 ABRvS 14 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3717, r.o. 5.2.

27 ABRvS 14 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3717, r.o. 7.

#### 4.2 De uitkomst van de zaak

Ten aanzien van de weigering op basis van de 'a-grond' overweegt de Afdeling dat huurpenningen die zijn verkregen door met wet- en regelgeving strijdige ingebruikneming of verhuur van panden, als op geld waardeerbare voordelen kunnen worden aangemerkt. Verbeurde dwangsommen noch de kosten van bestuursdwang noch de kosten van aanpassingen aan de woningen kunnen daarop in mindering worden gebracht. Deze kosten staan los van het verkregen voordeel en zijn niet relevant voor het bepalen van de omvang daarvan, aldus de Afdeling.<sup>28</sup> Dit betekent niet dat de weigering op basis van de 'a-grond' volgens de Afdeling rechtmatig is:

“Het college heeft de weigering van de vergunning met toepassing van de a-grond gebaseerd op de in het advies van het LBB beschreven strafbare feiten ten aanzien van de panden [locatie 2] en [locatie 3] te Nieuwegein, [locatie 4] te Utrecht, [locatie 5] te Utrecht en [locatie 6] te Zeist. Een van die strafbare feiten is overtreding van de Huisvestingswet. Ter zitting van de rechtbank heeft het college meegedeeld dat de overtredingen ten aanzien van het pand [locatie 6] te Zeist niet langer aan [partij] worden tegengeworpen. Ter zitting van de Afdeling heeft het college meegedeeld dat ook de overtredingen ten aanzien van het pand [locatie 5] te Utrecht en de overtredingen van de Huisvestingswet niet langer aan hem worden tegengeworpen. Hierdoor is onzeker geworden of de conclusie van het advies van het LBB, dat ernstig gevaar bestaat dat de vergunning mede zal worden gebruikt om uit gepleegde strafbare feiten verkregen of te verkrijgen, op geld waardeerbare voordelen te benutten (a-grond), stand kan houden. Die conclusie is immers op aanzienlijk meer strafbare feiten gebaseerd dan de strafbare feiten waarop het college zich thans baseert. De rechtbank heeft derhalve terecht – zij het op andere gronden – geoordeeld dat het besluit van 13 oktober 2016 wegens een ontoereikende motivering moet worden vernietigd.”<sup>29</sup>

De Afdeling is ook kritisch op de weigering van de omgevingsvergunning op basis van de 'b-grond'. Op grond van de wetsgeschiedenis gaat het naar het oordeel van de Afdeling niet om het gevaar dat overtredingen worden gepleegd bij de bouwactiviteiten zelf, zoals het niet-naleven van vergunningvoorschriften en regels over arbeidsomstandigheden en tewerkstelling van vreemdelingen, maar om het gevaar dat het bouwwerk wordt gebruikt voor criminele activiteiten. De bij bouwactiviteiten begane overtredingen van de Wet arbeid vreemdelingen, de Wet milieubeheer en het Asbestverwijderingsbesluit kunnen dan ook niet aan de betrokkene worden tegengeworpen bij de toepassing van de 'b-grond' en hangen niet samen met het gebruik van de bouwwerken waarvoor vergunning is gevraagd.<sup>30</sup>

28 ABRvS 14 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3717, r.o. 6.1.

29 ABRvS 14 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3717, r.o. 8.

30 ABRvS 14 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3717, r.o. 7.1.

#### 4.3 Een waardering van de uitspraak van de Afdeling

Snel na het verschijnen van deze uitspraak is het eerste commentaar verschenen. Met betrekking tot de eis van samenhang neergelegd in de 'b-grond' wordt gesteld dat de Afdeling op “onverklaarbare wijze” de fout is ingegaan.<sup>31</sup> Annotator Tollenaar geeft aan dat de 'b-grond' ten aanzien van de bouwvergunning zijn nut heeft verloren, maar is met de Afdeling van mening dat deze weigerings- en in-trekkingsgrond niet te ruim moet worden uitgelegd.<sup>32</sup> Wat hier ook van zij, in de onderhavige bijdrage gaat het om de waarde die moet worden toegekend aan overtredingen waarvoor een bestuurlijke herstelsanctie is opgelegd aan de betrokkene. Volgens de betrokkene kunnen een aantal overtredingen hem niet worden tegengeworpen, omdat inmiddels aan deze lasten is voldaan.<sup>33</sup> De Afdeling gaat niet mee in dit betoog en overweegt dat het feit dat aan een aantal lasten is voldaan, niets afdoet aan de geconstateerde overtredingen. Het college van burgemeester en wethouders kan deze overtredingen betrekken in de oordeelsvorming.<sup>34</sup> De Afdeling lijkt hiermee te suggereren dat onder de term 'strafbaar feit', zoals bedoeld in artikel 3, lid 1, Wet Bibob, ook een overtreding waarvoor een bestuurlijke herstelsanctie kan worden opgelegd, kan worden verstaan. In hoeverre is dit standpunt houdbaar?

Uit de uitspraak van de Afdeling blijkt dat onder andere overtredingen zijn gepleegd ten aanzien van artikel 2.1 lid 1 en artikel 2.3 Wabo, artikel 1a lid 1 en artikel 1b lid 3 Woningwet en artikel 1.25 Bouwbesluit 2012. Er dient te worden vooropgesteld dat de overtreding van voorschriften gesteld in artikel 2.1 lid 1 en artikel 2.3 Wabo, economische delicten kunnen opleveren. Dit geldt ook voor artikel 1a lid 1 en 1b lid 3 Woningwet. De overtreding van artikel 1.25 Bouwbesluit 2012 levert geen economisch delict op in de zin van de WED. Uit de uitspraak valt niet af te leiden in hoeverre de overtredingen van het bepaalde in de Wet arbeid vreemdelingen, de Wet milieubeheer en het Asbestverwijderingsbesluit *strafbare* feiten opleveren, maar het ligt het meest in de rede dat sprake is van overtredingen waarvoor bestuurlijke boetes zijn opgelegd.

De uitspraak laat zien dat in ieder geval ten aanzien van een aantal overtredingen bestuursrechtelijke handhaving heeft plaatsgevonden middels de oplegging van lasten onder dwangsom en lasten onder bestuursdwang.<sup>35</sup> Een last onder dwangsom en een last onder bestuursdwang zijn aan te merken als bestuurlijke herstelsancties. Een herstelsanctie is blijkens artikel 5:2 lid 1 onder b, Awb, een bestuurlijke sanctie die strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding. Een belangrijk kenmerk van een dergelijke sanctie is

31 'Vergissing Raad van State met grote gevolgen', [www.ijzermanholla.com/actueel/vergissing](http://www.ijzermanholla.com/actueel/vergissing).

32 Zie de derde opmerking in de annotatie van A. Tollenaar onder ABRvS 14 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3717, AB 2019/3.

33 ABRvS 14 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3717, r.o. 10.

34 ABRvS 14 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3717, r.o. 10.1.

35 ABRvS 14 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3717, r.o. 5.2.

dat deze niet bestraffend van aard is en het derhalve onmogelijk is om deze sanctie te kunnen laten vallen onder de term 'strafbaar feit', zoals bedoeld in artikel 3 lid 1 Wet Bibob. Desalniettemin is de Afdeling van oordeel dat overtredingen waarvoor een bestuurlijke herstelsanctie is opgelegd, door het bestuursorgaan kunnen worden betrokken in de oordeelsvorming.<sup>36</sup> Hiermee wordt bedoeld dat deze overtredingen kunnen worden gebruikt om de mate van het gevaar op te baseren. Naar mijn mening is deze overweging van de Afdeling in strijd met het doel van de wetgever, maar snijdt het ook geen hout. Overtredingen waarvoor bestuurlijke herstelsancties worden opgelegd, mogen niet worden gebruikt in de oordeelsvorming over de mate van het gevaar, omdat bestuurlijke herstelsancties, in tegenstelling tot bestuurlijke boetes, niet bestraffend van aard zijn. Er is alle reden om deze uitspraak van Afdeling met de nodige scepsis te ontvangen.

## 5. Conclusie

In het verband van een versterking van de aanpak van ondermijnende criminaliteit wordt de Wet Bibob verder uitgebreid. Een belangrijke uitbreiding van deze wet is gelegen in het voorgestelde artikel 3a Wet Bibob. Uit deze bepaling blijkt dat er een uitbreiding plaatsvindt van de feiten en omstandigheden die erop wijzen dat de betrokkene in relatie staat tot strafbare feiten. Niet uitsluitend strafrechtelijke veroordelingen zullen met de inwerkingtreding van het nieuwe artikel 3a Wet Bibob onder de term 'feiten en omstandigheden die erop wijzen' vallen, maar bijvoorbeeld ook geaccepteerde strafbeschikkingen en aangegane transacties. Ten aanzien van de toepassing van het voorgestelde artikel 3a lid 1 Wet Bibob, is het van groot belang om voor ogen te houden dat een relevante onherroepelijke veroordeling van meer gewicht is dan bijvoorbeeld een aangegane transactie zoals bedoeld in artikel 74 Sr, omdat laatstgenoemde afdoeningsvariant geen schuldvaststelling inhoudt. Problematisch is de verhouding tussen het voorgestelde artikel 3a Wet Bibob en de recente uitspraak van de Afdeling waarin dit rechtscollege heeft overwogen dat overtredingen die zijn gesanctioneerd middels bestuurlijke herstelsancties door bestuursorganen kunnen worden gebruikt in de oordeelsvorming. Het staat vast dat een overtreding waarvoor een last onder dwangsom of een last onder bestuursdwang is opgelegd, niet is aan te merken als een feit of omstandigheid die erop wijst dat de betrokkene in relatie staat tot strafbare feiten, omdat deze overtreding niet is opgesomd in het voorgestelde artikel 3a lid 1 Wet Bibob. Kan deze overtreding dan wel worden aangemerkt als een feit of omstandigheid die redelijkerwijs doet vermoeden dat de betrokkene in relatie staat met strafbare feiten? Ook dit antwoord luidt naar mijn mening ontkennend. Overtredingen waarvoor een last onder dwangsom of een last onder bestuursdwang wordt opgelegd, kunnen niet worden aangemerkt als enige vorm van 'bestrafing'. Het gevolg hiervan is dat zij bezwaarlijk kunnen worden gebruikt in de

oordeelsvorming van het bestuursorgaan ten aanzien van de motivering van de mate van het gevaar. Een vergelijking met de oplegging van bestuurlijke boetes gaat niet op, omdat deze nu juist wel bestraffend van aard zijn. De opvatting van de Afdeling lijkt mij in strijd met het doel van de wetgever en de Afdeling maakt ten onrechte geen onderscheid tussen bestraffende sancties en herstelsancties. Het centrale uitgangspunt van de Wet Bibob is dat de mate van het gevaar wordt gebaseerd op feiten en omstandigheden die erop wijzen of redelijkerwijs doen vermoeden dat de betrokkene in relatie staat tot bepaalde relevante *strafbare* feiten. Overtredingen waarvoor niet-bestruffende sancties worden opgelegd, zoals de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang, kunnen naar mijn mening niet worden betrokken in de oordeelsvorming van het bestuursorgaan dat toepassing geeft aan de Wet Bibob. De in mijn ogen controversiële uitspraak van de Afdeling kan ertoe leiden dat de Wet Bibob wellicht nog effectiever wordt in de strijd tegen ondermijning, maar hier is door de wetgever geen legitimatie voor gegeven.

<sup>36</sup> ABRvS 14 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3717, r.o. 10.1.