

WETSWIJZIGING BIBOB: GOEDE INTENTIES MAAR TE COMPLEX?

27 MAART 2021 | WETSWIJZIGING

MITCHELL VERBRAEKEN EN MATTHIJS IJZERMAN

Vorig jaar besteedden wij in enkele bijdragen aandacht aan de (aangekondigde) wijzigingen van de Wet Bibob: het wetsvoorstel I (eerste tranche) – dat inmiddels is aangenomen en per 1 augustus 2020 in werking is getreden – en het ontwerp-wetsvoorstel II (tweede tranche). Het tweede wetsvoorstel is 12 maart jongstleden aan de Tweede Kamer aangeboden.

Informatiedeling is het centrale thema van beide wetswijzigingen. Dat betreft zowel het delen van gegevens door opsporingsinstanties aan het bestuur als het delen van gegevens tussen gemeenten en provincies onderling.

Daarmee worden belangrijke stappen in de goede richting gezet; door deze wetswijzigingen kunnen gemeenten en provincies beter en gericht eigen onderzoek verrichten. Tegelijkertijd is zeker het tweede wetsvoorstel niet zonder problemen. We menen dat de uitvoering wel eens (te) complex zou kunnen zijn. Dat geldt met name voor het delen van gegevens tussen bestuursorganen onderling. Zou in die complexiteit een fout worden gemaakt, dan levert dat direct een schending van de geheimhoudingsverplichting en (mogelijk) een strafbaar feit op door het betrokken bestuursorgaan. We zetten hierna eerst de voorgestelde wijzigingen op een rij en bespreken dan ons punt van kritiek op het wetsvoorstel. Wij sluiten af met een

suggestie om het probleem op te lossen.

WAT IS NIEUW?

Tipfunctie voor bestuursorganen

In het voorgestelde artikel 26 wordt de tipfunctie die het OM op dit moment al heeft, uitgebreid tot gemeenten en provincies. Hiermee mogen zij elkaar onderling wijzen op de mogelijkheid de Wet Bibob toe te passen, indien zij beschikken over informatie dat een betrokkene (in een andere gemeente) in relatie staat tot strafbare feiten. In de jurisprudentie over de OM-tip is inmiddels aanvaard dat de tipfunctie niet alleen op het initiatief van de officier van justitie wordt gegeven, maar de gemeente of provincie daarom ook kan verzoeken. Nu de tip-functie van gemeenten en provincies onderling in dezelfde bepaling als de OM-tip is verwerkt, moet naar onze mening worden aangenomen dat de tip niet alleen tot stand kan komen op initiatief van het verstrekkende bestuursorgaan, maar ook kan worden uitgelokt door het ontvangende.

Uitbreiding van het 11a-bericht

Voorts wordt het zogenaamde artikel 11a uitgebreid. Op grond van artikel 11a kan het LBB nu het bestuursorgaan desgevraagd informeren of over de betrokkene in de afgelopen twee jaren advies is uitgebracht of adviesaanvraag in behandeling is genomen en wat de gevaarsconclusie was. De huidige redactie van het artikel is problematisch, bijvoorbeeld als die betrokkene een stroman of een net opgerichte

rechtspersoon is. In dat geval zal het antwoord van het LBB negatief zijn, maar kan er toch van alles aan de hand blijken te zijn. Het negatieve antwoord van het LBB zou dan ten onrechte anders doen vermoeden.

Daarom wil het kabinet mogelijk maken dat het bestuursorgaan deze vraag niet alleen kan stellen over de betrokkene, maar ook over de volgende relaties:

degene die leiding geeft aan de betrokkene (bijvoorbeeld de bestuurders van een BV);

degene met zeggenschap over betrokkene (bijvoorbeeld de aandeelhouders van een BV);

de vermogensverschaffers;

degene die als leidinggevende, beheerder, bedrijfsleider of vervoersmanager op de beschikking is of zal worden vermeld;

degene die redelijkerwijs met de betrokkene gelijk kan worden gesteld op grond van zijn feitelijke invloed op de betrokkene.

Het bestuursorgaan zal dus eerst deze aan de hand van de overige bronnen in het eigen onderzoek (zoals de Bibob-vragenlijst) de identiteit van bovengenoemde personen moeten vaststellen, voor het een 11a verzoek aan het LBB richt.

Een tweede belangrijke wijziging betreft het feit dat ook ontwikkelingen aan de zijde

van (andere) gemeenten en provincies in het artikel 11a bericht kunnen worden gemeld. Indien door een andere gemeente zelfstandig (dus zonder LBB-advies) de conclusie is getrokken dat sprake was van een ernstig of mindere mate van gevaar óf indien de betrokkene zich aldaar heeft teruggetrokken als gevolg van de Bibob-procedure, dan wordt dat vermeld in het artikel 11a bericht.

Om dit mogelijk maken wordt aan bestuursorganen de verplichting opgelegd om het LBB te berichten, indien ze zelfstandig tot de conclusie komen dat sprake is van ernstig of mindere mate van gevaar. Bovendien zullen zij melding moeten maken van het feit dat iemand zich terugtrekt uit de procedure, indien men redelijkerwijs vermoedt dat dat gebeurt vanwege toepassing van de Wet Bibob. Daarvan is volgens de memorie van toelichting sprake, indien het terugtrekken gebeurt na de start van het Bibob-onderzoek of na de adviesaanvraag én indien daarvoor geen duidelijke reden wordt gegeven. Legitieme redenen voor terugtrekking zijn (volgens het kabinet) bijvoorbeeld gelegen in de bedrijfseconomische of persoonlijke sfeer. In dergelijke gevallen mag het bestuursorgaan het terugtrekken niet melden aan het LBB. Die toelichting maakt deze bepaling naar onze mening al snel tot een dode letter. Ook kwaadwillende betrokkenen zullen bovengenoemde redenen standaard opgeven, zonder dat dat controleerbaar is.

Een laatste wijziging in het 11a bericht betreft het feit dat het LBB niet twee, maar in plaats daarvan vijf jaar kan terugkijken.

Informatiedeling tussen bestuursorganen

Ter uitvoering van de motie van kamerlid Kuiken maakt het kabinet het nu ook mogelijk dat bestuursorganen Bibob-gegevens onderling delen, zij het onder voorwaarden. Dat is, gelet op de geheimhoudingsplicht van artikel 28 Wet Bibob, op dit moment nog niet toegestaan. Om die reden wordt in artikel 28, tweede lid onder m. een uitzondering op die geheimhoudingsplicht opgenomen. Dat is als volgt geregeld.

Uit één of meerdere in de wet genoemde bronnen zal het ontvangende bestuursorgaan moeten vernemen dat de (potentieel) verstreckende instantie over de gegevens beschikt. Dat kan blijken uit (1) RIEC-verband (2) uit het hiervoor besproken artikel 11a bericht van het LBB of (3) uit een tip van een ander bestuursorgaan.

Wij verduidelijken deze voorwaarde aan de hand van een voorbeeld. Stel dat gemeente X Bibob-onderzoek verricht naar een persoon van wie men vermoedt dat hij ook in gemeente Y actief is. Gemeente X wil weten of gemeente Y over Bibob-gegevens beschikt die van belang zijn voor het eigen onderzoek. Gemeente X kan nu:

op grond van artikel 11a het LBB vragen of er over deze persoon eerder een advies is verstrekt;

aan de RIEC partners vragen of de persoon bij hun bekend is, indien gemeente Y onder hetzelfde RIEC valt;

op grond van artikel 26 aan gemeente Y vragen of het een tip kan verstrekken.

Krijgt gemeente X uit één van deze bronnen een bevestigend signaal, dan mag gemeente Y de Bibob-gegevens verstrekken aan gemeente X. Gemeente Y kan uiteraard ook uit eigen beweging de tip verstrekken aan gemeente X, indien gemeente Y weet dat die persoon in gemeente X actief is en in relatie staat tot strafbare feiten.

Het verstrekkeende bestuursorgaan kan vervolgens alleen gegevens verstrekken die niet langer dan vijf jaar geleden zijn verkregen. Bovendien moeten de gegevens gaan over de persoon die door het ontvangende bestuursorgaan is aangemerkt als betrokkene, of over één van de relaties zoals genoemd in het nieuwe artikel 11a, namelijk:

degene die leiding geeft aan de betrokkene

degene met zeggenschap over betrokkene

de vermogensverschaffers

degene die als leidinggevende, beheerder, bedrijfsleider of vervoersmanager op de beschikking is of zal worden vermeld;

degene die redelijkerwijs met de betrokkene gelijk kan worden gesteld op grond van zijn feitelijke invloed op de betrokkene.

Ter verduidelijking gaan we terug naar ons voorbeeld. Indien gemeente X uit een artikel 11a bericht verneemt dat gemeente Y twee jaar geleden een advies heeft ontvangen waarin de vergunningaanvrager in gemeente X (de betrokkene dus) voorkomt, kan het

gemeente Y verzoeken die gegevens te verstrekken. Gemeente Y kan dan echter niet het hele LBB-advies verstrekken, maar alleen het deel van het advies dat over de betrokkene uit gemeente X gaat. Gemeente Y zal dus goed moeten opletten wat het verstrekt. Maakt het een vergissing, dan schendt het de geheimhoudingsplicht.

Verstrekking fiscale gegevens

De laatste grote wijziging wat informatiedeling betreft, is de toevoeging van een expliciete wettelijke grondslag voor het verstrekken van gegevens omtrent vergrijpboetes door de Belastingdienst aan bestuursorganen. Deze bevoegdheid bestond al langer (in de Uitvoeringsregeling op de Awr), maar het kabinet acht het om meerdere redenen wenselijk om een specifieke grondslag op te nemen in de Wet Bibob. De personen over wie gegevens gedeeld mogen worden, zijn dezelfde zoals bij het artikel 11a bericht (zie voor de opsomming hierboven).

Overig

Verder verruimt het wetsvoorstel het toepassingsbereik en maakt het Bibob ook mogelijk bij:

de toestemming voor vervreemding van een opstalrecht;

omgevingsplanactiviteiten;

omgevingsvergunningen die door waterschappen worden verleend.

Tenslotte wordt het mogelijk gemaakt om Bibob-gegevens te delen met omgevingsdiensten. Het kabinet is de mening toegedaan dat de geheimhoudingsplicht van artikel 28 in de weg staat aan het delen van Bibob-gegevens met omgevingsdiensten, tenzij de bevoegdheid om Bibob-toe te passen gemandateerd is aan hen gemandateerd is. Dat laatste is blijkens de memorie van toelichting niet altijd het geval. Naar onze mening is deze wijziging overbodig. Omgevingsdiensten voeren onder meer (op dringend verzoek van een vorig kabinet) vergunningverlenende taken uit voor de bestuursorganen in hun regio. Daarbij is – als het goed is – de bevoegdheid door het bevoegde bestuursorgaan om besluiten te nemen op de aanvraag al gemandateerd aan bijvoorbeeld de directeur omgevingsdienst. Daarmee maakt de omgevingsdienst deel uit van het bestuursorgaan dat bevoegd was het Bibob-advies te ontvangen. Van verstrekking aan een derde is dan ook geen sprake.

FOUTGEVOELIG EN RISICOVOL

Zoals in de inleiding al opgemerkt, is dit wetsvoorstel een volgende stap in de goede richting. De intentie van het kabinet is goed; bestuursorganen op basis van een versterkte informatiepositie nog beter in staat stellen eigen onderzoek te verrichten. Positief in dat opzicht is vooral dat de motie Kuiken wordt uitgevoerd en gemeenten en

provincies onderling Bibob-gegevens kunnen delen. Daarmee wordt een einde gemaakt aan de merkwaardige situatie dat verschillende gemeenten onderling geen informatie kunnen delen, indien bijvoorbeeld dezelfde persoon in meerdere gemeenten blijft proberen onder een Bibob-toets uit te komen. De manier waarop dat wordt vormgegeven is echter complex en foutgevoelig. De consequenties van een vergissing zijn bovendien groot: blijkt verstrekking achteraf niet te mogen dan levert dat een schending van de geheimhoudingsverplichting en daarmee (mogelijk) een strafbaar feit en een civielrechtelijke onrechtmatige daad op. Goedwillende bestuursorganen en hun Bibob-medewerkers worden zo onnodig aan een groot risico blootgesteld. Het mogelijke gevolg is dat gegevens te terughoudend worden gedeeld en de bepaling haar doel voorbij schiet.

Het risico zit vooral in de formulering van de personen over wie gegevens kunnen worden gedeeld. In plaats van aan te sluiten bij de in de wet genoemde relaties, houdt het kabinet een andere indeling aan en laat het het begrip zakelijk samenwerkingsverband buiten beschouwing. In plaats daarvan wordt de verstrekking beperkt tot twee bijzondere vormen van het zakelijk samenwerkingsverband: naar functie (bijvoorbeeld de leidinggevende op de vergunning) en naar aard: de derde moet op grond van zijn feitelijke invloed gelijk kunnen worden gesteld met de betrokkene. Volgens de memorie van toelichting betreft het de situatie waarin sprake is van een stromanconstructie. Gegevens over de zogenaamde achterman (degene die buiten beeld wordt gehouden) mogen worden gedeeld. Dat levert in ieder geval al een definitiekwestie op: wanneer is sprake van een stromanconstructie en een achterman, maar vooral: waar ligt de grens? Nog verwarrender wordt het wanneer men zich

realiseert dat deze bepaling (artikel 28, tweede lid onder m.) veel gelijkenis vertoont met artikel 2.20, eerste lid van de Wabo. Op grond van die bepaling kan het bestuursorgaan bij omgevingsvergunningen een ander als betrokkene aanmerken, indien die op grond van feitelijke invloed en zeggenschap op de totstandkoming en gebruik van het bouwwerk met de aanvrager gelijk kan worden gesteld. Hoewel ook die bepaling strekt tot het voorkomen van schijnconstructies, is een dergelijke schijnconstructie (kennelijk anders dan bij gegevensverstrekking tussen bestuursorganen onderling) weer geen vereiste. Jurisprudentie terzake laat zien dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State de lat (erg) hoog legt bij de toepassing van deze bepaling. De gelijkenis in de twee artikelen suggereert dat het kabinet heeft willen aansluiten bij artikel 2.20 Wabo en de jurisprudentie, maar duidelijk is dat niet. Ook al omdat artikel 28, tweede lid onder m. van de Wet Bibob wel een stromansituatie lijkt te vereisen, maar artikel 2.20 Wabo niet.

Wij menen dat deze aanpak te veel ruimte voor discussie laat. De essentie van verhullingsconstructies is nu juist dat situaties niet altijd volledig duidelijk zijn en daarover getwist kan worden. Die discussie is op zichzelf niet erg, maar een fout kan voor het bestuursorgaan vervelende consequenties hebben. Zou achteraf blijken dat de ontvanger de persoon in kwestie ten onrechte als “achterman” heeft aangemerkt, dan schendt de verstrekker de geheimhoudingsplicht en pleegt daarmee mogelijk een strafbaar feit en een onrechtmatige daad.

Noodzaak

De huidige afbakening is eigenlijk niet goed verklaarbaar. Uit de memorie van toelichting blijkt dat het kabinet de verstrekking niet heeft willen toestaan voor het gehele zakelijk samenwerkingsverband, omdat “de noodzaak daarvoor niet is gebleken”. Die beperking gaat uit van de onjuiste veronderstelling dat personen die in een openlijk zakelijk samenwerkingsverband staan minder relevant voor het onderzoek zouden zijn dan de personen die dat verhullen. De antecedenten van die personen wegen in beginsel even zwaar mee als die van de overige Bibob-relaties. We verduidelijken dat aan de hand van een (vrij veel voorkomend) voorbeeld:

bestuursorgaan A heeft advies van het LBB ontvangen over onderneming G.

ondernemingen G en H staan via concernrelaties tot elkaar in een zakelijk samenwerkingsverband, een aandeelhouder van onderneming G is ook een aandeelhouder van onderneming H;

ondernemingen G en H zijn veroordeeld voor strafbare feiten;

onderneming H dient een vergunningaanvraag bij bestuursorgaan B;

Hoewel onderneming G in een zakelijk samenwerkingsverband staat tot onderneming H, kan bestuursorgaan B over onderneming G niets te weten komen. Noch via het artikel 11a bericht, noch via informatiedeling met bestuursorgaan A. Er is immers geen sprake van de vereiste stromanconstructie. Anders dan het kabinet veronderstelt, bestaat de noodzaak dus wel degelijk.

Beperken risico's

Om het risico voor bestuursorganen en hun medewerkers te beperken stellen wij voor om het laatste streepje van artikel 28, tweede lid onder m, nr. 4 te wijzigen in: ***degene van wie redelijkerwijs kan worden aangenomen dat hij tot de betrokkene in een zakelijk samenwerkingsverband staat.*** Met deze formulering beogen we drie zaken. Ten eerste wordt aangesloten bij de al bestaande relaties zoals genoemd in artikel 3 vierde lid onder c. van de Wet Bibob. Dit zorgt dus voor een eenduidige toepassing en verschaft het ontvangende bestuursorgaan de gegevens die het nodig heeft. Ten tweede is het begrip zakelijk samenwerkingsverband inmiddels (in de jurisprudentie) veel beter uitgekristalliseerd dan de termen achterman en stromanconstructie. Aansluiting bij het begrip zakelijk samenwerkingsverband zorgt daarom voor veel minder grijs gebied. Ten derde duiden de begrippen “redelijkerwijs kan worden aangenomen” erop dat ook bij een verkeerde inschatting niet gelijk sprake is van een schending van de geheimhoudingsplicht. Vooraf kan immers best iets worden aangenomen dat achteraf, bij rechterlijke toetsing, onjuist blijkt te zijn. Het bestuursorgaan dat zich met goede intenties toch vergaloppeerd blijkt te hebben, blijft dan een schending van de geheimhoudingsplicht bespaard.

Onze variant heeft ook een potentieel nadeel. Op deze manier wordt immers gegevensverstrekking over een ruimere kring van personen mogelijk gemaakt. Zoals hiervoor toegelicht is dat echter wel degelijk noodzakelijk voor het onderzoek.

Het lijkt ons daarom verstandig artikel 28 op deze manier te wijzigen. Dezelfde wijziging zou dan uiteraard moeten worden doorgevoerd in de overige bepalingen waarin deze afbakening wordt gemaakt, namelijk artikel 11a, artikel 7c (fiscale gegevensverstrekking) en het recent gewijzigde artikel 15 van het Besluit justitiële en strafvorderlijke gegevens.

AANMELDEN VOOR DE NIEUWSBRIEF?

Meld u zich dan onderaan de homepagina aan.