

![CDATA[YII-BLOCK-HEAD]]>

<![CDATA[YII-BLOCK-BODY-BEGIN]]>

# DE EVENREDIGHEIDSTOETS BIJ BIBOB-BESLUITEN

28 MAART 2022 | JURISPRUDENTIE

KIRSTEN FLOREN & MITCHELL VERBRAEKEN

Op 2 februari 2022 heeft de Afdeling een belangrijke uitspraak gedaan waarin zij een genuanceerd beoordelingskader voor de evenredigheidstoets heeft geïntroduceerd.<sup>[1]</sup>

Over deze uitspraak is door anderen al veel gezegd en geschreven. Wij gaan in dit artikel vooral in op de vraag wat de uitspraak betekent voor de toepassing van de Wet Bibob.

**ERNSTIG GEVAAR EN EVENREDIGHEID**

Bestuursorganen kunnen vergunningen weigeren of intrekken, wanneer sprake is van een ernstig gevaar in de zin van artikel 3, eerste lid van de Wet Bibob. Maar met de conclusie ernstig gevaar kunnen zij niet volstaan. Zij hebben op grond van artikel 3:4, tweede lid, Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) ook de evenredigheid van het besluit te beoordelen. De Wet Bibob bepaalt verder in artikel 3, vijfde lid onder b., als verbijzondering van deze evenredigheidstoets, dat vergunningen alleen kunnen worden geweigerd of ingetrokken op de b-grond, als dat evenredig is met de ernst van de strafbare feiten. Tot op heden heeft deze dubbele evenredigheidstoets echter amper een rol gespeeld in de rechterlijke beoordelingen van Bibob-besluiten. De uitspraak van de Afdeling brengt daarin wellicht verandering.

#### **WAT ZEGT DE AFDELING?**

In haar uitspraak lijkt de Afdeling middels de introductie van een genuanceerd toetsingskader afscheid te nemen van de oude jurisprudentielijn. Besluiten die berusten op een discretionaire bevoegdheid werden lange tijd terughoudend getoetst door de rechter. De bestuursrechter ging daarbij (slechts) na of een bestuursorgaan onder afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot het besluit had kunnen komen. Alleen indien dat niet het geval was, vernietigde de bestuursrechter het besluit. Dit zogeheten 'willekeurscriterium' wordt door de Afdeling vanaf nu niet langer meer voorop gesteld.

In de nieuwe lijn zal de bestuursrechter volgens de Afdeling meer moeten aansluiten bij de bewoordingen van artikel 3:4, tweede lid, Awb. Dit artikellid stelt dat de nadelige gevolgen van een besluit voor belanghebbenden niet onevenredig mogen zijn in

verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. De beoogde doelen van het besluit dienen derhalve explicieter te worden afgewogen tegen de hiermee gepaard gaande nadelige gevolgen.

Verder zal de uit het Europese recht afkomstige drietraptstoets voortaan een rol gaan spelen, waarmee het besluit zal worden getoetst op zijn: (i) geschiktheid, (ii) noodzakelijkheid en (iii) evenwichtigheid. Maar, zo stelt de Afdeling, dat betekent echter niet dat met betrekking tot elk bestreden besluit categorisch een dergelijke drietraptstoets moet worden uitgevoerd.

Belangrijk is voorts dat de Afdeling overweegt dat zoveel verschillende factoren (waaronder de aard van het besluit, de aard en de mate van de beleidsruimte, de aard en het gewicht van de met het besluit te dienen doelen en de aard van de betrokken belangen) een rol kunnen spelen bij de vraag hoe intensief getoetst zal moeten worden, dat besluiten niet langer 'terughoudend' of 'vol' getoetst moeten worden, maar dat sprake dient te zijn van een glijdende schaal waarop alle toetsingsintensiteiten tussen de twee uiterste toegepast moeten kunnen worden.[2] Toetsing zal intensiever zijn naarmate de belangen zwaarder wegen, de nadelige gevolgen van het besluit ernstiger zijn of het besluit een grotere inbreuk maakt op fundamentele rechten.[3]

#### **WAT BETEKENT DE UITSPRAAK VOOR BIBOB-BESLUITEN?**

Daarover kunnen we nog niet veel met zekerheid stellen. De Afdeling houdt zelf nogal wat slagen om de arm.

Wat wel zeker is, is dat de nieuwe lijn van belang is voor Bibob-besluiten, aangezien de Afdeling heeft geoordeeld dat het door haar geformuleerde kader betrekking heeft op alle besluiten die berusten op een discretionaire bevoegdheid.[4] Het op grond van de Wet Bibob weigeren of intrekken van een vergunning, of het verbinden van voorschriften aan een vergunning is immers zo'n bevoegdheid.

Tot op heden oordeelde de bestuursrechter in de meeste Bibob-zaken dat het bestuursorgaan in redelijkheid het algemeen belang bij het voorkomen van het ongewild faciliteren van criminaliteit zwaarder had kunnen laten wegen dan het (vaak financiële) belang van de betrokkene.[5] In de jurisprudentie zijn ons weinig zaken bekend waarbij een besluit uiteindelijk is gesneuveld op de evenredigheid ervan.[6] Of dit komt doordat de bestuursrechter de Bibob-besluiten terughoudend heeft getoetst, of dat het algemene met de Wet Bibob gediende belang van dusdanig gewicht is dat het belang van de betrokkene daar doorgaans bij verbleekt, is niet duidelijk.

Wanneer bestuursrechters, zoals de Afdeling opdraagt, meer gaan aansluiten bij de bewoordingen van artikel 3:4, tweede lid, Awb kan dit er mogelijk toe leiden dat de rechter in zijn motivering (meer) aandacht zal besteden aan een expliciete afweging tussen de nadelige gevolgen van een besluit en de met het besluit te dienen doelen. Daarmee zal hij mogelijk ook van het bestuursorgaan verlangen dat het beter motiveert waarom het door hem genomen besluit in casu niet onevenredig is.

Gelet op de omstandigheid dat Bibob-besluiten doorgaans ingrijpend kunnen zijn, is het daarnaast goed voorstelbaar dat de uitspraak zal leiden tot een intensievere toetsing

op de evenredigheid. De bestuursrechter zal daarbij vermoedelijk kritischer bekijken wat de intrekking, weigering of aan de vergunning verbonden voorschriften nu concreet voor de betrokkene betekent. Met name bij intrekkingbesluiten zal die toets vermoedelijk intensiever uitvallen, gelet op de hiermee gepaard gaande gevolgen en de omstandigheid dat eerder verleende rechten worden ontnomen. De gevolgen van zo'n besluit kunnen per slot van rekening verstrekkend zijn voor een betrokkene. Bijvoorbeeld in het geval de eigenaar van een eenmanszaak door intrekking van zijn vergunning wordt gedwongen om te stoppen met de exploitatie van een horeca-inrichting, waarmee hij al jaren zijn brood verdient.

Dat betekent uiteraard niet dat een besluit met ingrijpende gevolgen per definitie onevenredig is. Met de Wet Bibob worden zwaarwegende belangen beschermd als het voorkomen dat overheden ongewild strafbare feiten faciliteren[7] en het beschermen van de concurrentiepositie van bonafide ondernemers.[8] Het kan daarom wel degelijk evenredig zijn dat een vergunninghouder zijn vergunning wordt ontnomen, wanneer er een ernstig gevaar bestaat dat hij zijn vergunning zal misbruiken voor criminele doeleinden. Zoals de Afdeling opmerkt is de ratio van het evenredigheidsbeginsel niet het tegengaan van nadelige gevolgen van besluitvorming, maar het voorkomen van onnodig nadelige gevolgen.[9]

### ***Drietrappstoets***

In dat licht zal bij Bibob-besluiten de Europese drietrappstoets mogelijk een belangrijke rol spelen. De eerste trap – de geschiktheidstoets – houdt in dat bekeken dient te

worden in hoeverre het middel geschikt is voor het beoogde doel. Aangezien weigering of intrekking van een vergunning bij uitstek geschikte middelen zijn om te voorkomen dat met deze vergunning strafbare feiten zullen worden gepleegd, zal de geschiktheid van het middel niet vaak ter discussie staan.[10] Dat zal met betrekking tot de noodzakelijkheid van het middel naar onze mening anders liggen. Deze toets houdt kortgezegd in dat beoordeeld dient te worden of het doel van het besluit ook met een ander, minder zwaar middel kan worden bereikt. Omdat bestuursorganen sinds de wetswijziging van 1 augustus 2020 bij een conclusie van ernstig gevaar ook voorschriften aan de vergunning kunnen verbinden om het gevaar te beperken c.q. weg te nemen, zullen zij bij een weigering of intrekking naar onze mening moeten motiveren waarom niet kan worden volstaan met het lichtere alternatief van voorschriften. Daar kunnen overigens goede redenen voor bestaan. Onder meer eerdere overtreding van (Bibob-)voorschriften, buitengewoon ernstige of structureel gepleegde strafbare feiten en een geschiedenis van schijnconstructies, kunnen maken dat het bestuursorgaan meent dat voorschriften het gevaar niet beperken.

Tot slot zal met name ook de evenwichtigheid van het besluit – ook wel de evenredigheid in strikte zin – een belangrijke rol kunnen gaan spelen. Dit laatste aspect van de drietrapstoets houdt in dat een geschikt en noodzakelijk besluit in de gegeven omstandigheden niet onredelijk bezwarend mag zijn voor belanghebbenden. Bij de weging van dit criterium zullen met name de concrete nadelige gevolgen voor de belanghebbende(n) om de hoek komen kijken. De invulling hiervan zal dus voornamelijk afhangen van de omstandigheden van het geval, waarbij de rechter kan ingrijpen om een onevenredige uitkomst onder de gegeven omstandigheden te voorkomen. Een

voorbeeld van een maatregel die onder de gegeven omstandigheden onredelijk is, is intrekking van de vergunning van een toonaangevende milieu-inrichting die over een periode van tien jaar drie lasten onder dwangsom heeft ontvangen voor bagatelfeiten, begaan bij de exploitatie van de inrichting. Naar de letter van de wet zal hierbij wel tot een ernstig gevaar op de b-grond geconcludeerd kunnen worden, maar zal intrekking van de vergunning niet snel evenredig zijn wanneer dit het einde van de onderneming betekent.

*Het beoordelingskader toegepast in de praktijk*

Inmiddels heeft de Afdeling de nieuwe lijn toegepast ten aanzien van een Bibob-besluit. In een recente uitspraak van 9 maart 2022 oordeelde de Afdeling over een intrekkingbesluit van het college van gemeente Laarbeek.<sup>[11]</sup> Het college was tot de conclusie gekomen dat sprake was van een ernstig gevaar, omdat de betrokkene weigerde het Bibob-vragenformulier in te vullen.<sup>[12]</sup> De Afdeling oordeelde dat het college, gelet op de grote gevolgen voor de betrokkene die met een definitieve intrekking waren gemoeid, onvoldoende had gemotiveerd waarom niet met een minder zware sanctie had kunnen worden volstaan. De Afdeling oppert vervolgens de suggestie dat het college de vergunning in plaats van een definitieve intrekking ook voor de duur van maximaal een jaar had kunnen intrekken, waarna een nieuw Bibob-onderzoek had kunnen plaatsvinden. Hoewel de keuze voor een tijdelijke intrekking als alternatief ons bevreemdt, benadrukt het wel het belang dat de Afdeling hecht aan de noodzakelijkheidstoets binnen het evenredigheidsoordeel. We zullen in een latere bijdrage uitgebreider ingaan op deze uitspraak.

## **CONCLUSIE**

Al met al zal de toekomst moeten uitwijzen wat de uitspraak van de Afdeling voor Bibob-besluiten in de praktijk zal betekenen en dient voor nu een slag om de arm te worden gehouden. Dat doet de Afdeling immers zelf ook. De hoeveelheid aan factoren die volgens de Afdeling een rol kunnen spelen bij de beoordeling laten veel ruimte voor de invulling ervan in de praktijk. Waar de bestuursrechter zich bij Bibob-besluiten tot aan de uitspraak terughoudend heeft opgesteld, ligt het wel in de rede dat hij voortaan kritischer zal bekijken wat de gevolgen van het besluit concreet voor de betrokkene zullen betekenen. Of de uitspraak in de praktijk tot veel verandering (lees: andere



uitkomsten) zal gaan leiden is op dit moment koffiedik kijken.

### *Tips voor gemeenten en provincies*

Voor gemeenten en provincies is het bij de voorbereiding van Bibob-besluiten van belang dat zij, nadat zij tot de conclusie zijn gekomen dat een ernstig gevaar bestaat, motiveren waarom de gekozen maatregel in het concrete geval geschikt en noodzakelijk is en waarom de voor de betrokkene nadelige gevolgen in het concrete geval niet onevenredig uitpakken ten opzichte van het doel van het besluit. Dat houdt in dat:

(meer) aandacht zal moeten worden besteed aan de vraag of ook met minder zware maatregelen (zoals voorschriften)<sup>[13]</sup> kan worden volstaan om misbruik van de vergunning te voorkomen.

alle concrete omstandigheden van het geval in acht dienen te worden genomen en ook in de motivering van het besluit uiteengezet moet worden waarom onder deze omstandigheden de gekozen maatregel voor de belanghebbende(n) niet onevenredig uitpakt.

specifiek bij het verbinden van voorschriften aan een vergunning kritisch gekeken dient te worden of de voorschriften voldoende geschikt zijn om het gevaar te kunnen beperken c.q. wegnemen.

### **DE NIEUWSBRIEF ONTVANGEN?**

Meld u zich dan onderaan de homepagina aan.

#### **VOETNOTEN**

[1] ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285.

[2] ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.9.

[3] ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.10.

[4] ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.1 en 7.2.

[5] Zie bijvoorbeeld ABRvS 25 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:837, r.o. 7 en ABRvS 8 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1471, r.o. 4.4.

[6] Uitzondering hierop is bijvoorbeeld de uitspraak van de Afdeling van 6 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:350. Noemenswaardig is ook de uitspraak van de Afdeling van 17 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2450, waarin de evenredigheid uitgebreid aan de orde wordt gesteld, al oordeelde de Afdeling in die zaak onder de streep dat het bestuursorgaan in redelijkheid tot het besluit had kunnen komen.

[7] *Kamerstukken II* 1999/2000, 26883, nr. 3, p. 6.

[8] *Kamerstukken II* 1999/2000, 26883, nr. B, p. 5.

[9] ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.4.

[10] Indien voorschriften aan een vergunning worden verbonden, kan dit element overigens wel relevant zijn. Voorschriften moeten namelijk ook geschikt zijn om het gevaar weg te nemen of te beperken.

[11] ABRvS 9 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:695.

[12] Na het nemen van het besluit had de betrokkene alsnog het Bibob-vragenformulier ingevuld en stukken aangeleverd.

[13] Of in geval de maatregel zelf voorschriften betreft: minder vergaande voorschriften.  
<![CDATA[YII-BLOCK-BODY-END]]>