

Postbus 30106
3001 DC Rotterdam

WTC Beursplein 37
3011 AA Rotterdam

T +31 (0)10 7410650
F +31 (0)10 3100223

vanardenne-crinceleroy.nl

van Ardenne & Crince le Roy
ADVOCATEN

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Turfmarkt 147
2511 DP Den Haag

Rotterdam, 1 november 2019

Inzake: Internetconsultatie *“wijziging Besluit justitiële en strafvorderlijke gegevens ivm Bibob-onderzoek door bestuursorganen”*

Geachte heer, mevrouw

Op 30 september 2019 is het (concept)besluit *“wijziging Besluit justitiële en strafvorderlijke gegevens ivm Bibob-onderzoek door bestuursorganen”* ter consultatie voorgelegd. Het (concept)besluit voorziet erin dat bestuursorganen voor het verrichten van hun eigen Bibob-onderzoek toegang krijgen tot meer justitiële gegevens. Zij hebben dan niet alleen meer toegang tot justitiële gegevens van de “betrokkene” (zoals de aanvrager van een vergunning) en van de leidinggevende van een rechtspersoon, maar ook van relevante zakelijke relaties van betrokkene, zoals de achterman in een stromanconstructie.

Hieronder treft u onze op- en aanmerkingen aan op dit (concept)besluit. Eerst worden enkele algemene opmerkingen gemaakt over de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (“wet Bibob”). Daarna worden enkele meer specifieke opmerkingen gemaakt over de recente verruiming van de wet Bibob in relatie tot het voorliggende (concept)besluit. Vervolgens wordt het (concept)besluit zelf voorzien van commentaar. Afgesloten wordt met een conclusie.

Uitgangspunt; balans tussen inbreuk en privacy

Wat ons betreft staat niet ter discussie dat de wet Bibob en het hierin neergelegde instrumentarium voor de betrokken bestuursorganen een belangrijk instrument is ter voorkoming en bestrijding van – kort gezegd – ondermijning en ter voorkoming van het faciliteren van een bestuursorgaan van ondermijning. Dit uitgangspunt volgt ook uit de toelichting door de minister op het (concept)besluit.

Echter, de Afdeling heeft zich reeds in zijn advies van 4 maart 2019 kritisch uitgelaten over de voorgenomen wijzigingen van de wet Bibob en de motivering hiervan. De Afdeling onderkent eveneens het nut en de noodzaak van de wet Bibob maar wijst hierbij in algemene zin op de noodzakelijke balans tussen de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer en de bescherming van de openbare orde bij het motiveren van wijzigingen.

Dit uitgangspunt – een noodzakelijke en evenwichtige balans – staat wat betreft ons ook voorop bij de beoordeling van het nu ter consultatie gelegde (concept)besluit dat een nadere uitwerking is van het wetsvoorstel waarover de Afdeling heeft geadviseerd. Als gezegd doet dit uitgangspunt niet af aan het nut van de wet Bibob, maar het nut van een instrument dient niet leidend te zijn bij de beoordeling van de proportionaliteit daarvan.

Inbreuk en waarborgen

Met de in het (concept)besluit voorgestane verruiming van de rechtstreekse verstrekking van strafrechtelijke gegevens aan een bestuursorgaan wordt een inbreuk gemaakt op enkele fundamentele rechten van de betrokkenen. Met name is sprake van een inbreuk op het recht op privacy en een ongestoorde persoonlijke levenssfeer zoals gewaarborgd in de artikelen 10 van de Grondwet, 8 van het EVRM en (het in de toelichting niet genoemde) artikel 17 van het IVBPR. Deze rechten zijn echter niet absoluut en indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan is een inbreuk mogelijk. Uit artikel 8, tweede lid, van het EVRM volgt dat een inbreuk bij wet moet zijn voorzien, noodzakelijk en proportioneel en subsidiair moet zijn.

Met de minister zijn wij van oordeel dat – toetsende aan de voorwaarden ex artikel 8, tweede lid, van het EVRM – de inbreuk bij wet is voorzien. Ook kan het doel van de inbreuk – het beschermen van de integriteit van het openbaar bestuur met het oog op het voorkomen van (het faciliteren van) strafbare feiten – noodzakelijk worden genoemd ter voorkoming van wanordelijkheden en strafbare feiten.

Waar de minister echter stelt dat de getroffen regeling ook proportioneel is, kan hij niet worden gevolgd. Dit kan als volgt worden toegelicht.

Proportionaliteit in algemene zin

Vooropgesteld moet worden dat de minister niet ingaat op de eerdere kritiek van de Afdeling in het advies van 4 maart 2019 en de in dit advies genoemde noodzaak om te komen tot een evenwichtige balans niet wordt toegelicht of uitgewerkt door de minister.

Verder moet vooropgesteld worden dat de minister bij zijn proportionaliteitsbeoordeling niet helder voor ogen lijkt te hebben jegens wie nu een inbreuk wordt gemaakt met de voorgestelde rechtstreekse verstrekking van strafrechtelijke gegevens. Anders dan de minister lijkt te doen voorkomen, is niet alleen ten aanzien van de betrokkene zelf sprake van een inbreuk maar (vooral) ook ten aanzien van de (relevante) derde wiens gegevens worden verstrekt. Deze ‘derdenwerking’ wordt in de proportionaliteitsbeoordeling onvoldoende belicht.

Tot slot valt op dat de minister de proportionaliteit van (de inbreuk door) het eigen onderzoek door het bestuursorgaan lijkt te toetsen aan de hand van een vergelijking met het onderzoek dat door het

LBB kan worden verricht. Dit achten wij niet juist. Het onderzoek door het LBB is inderdaad een zwaardere inbreuk dan het onderzoek door het bestuursorgaan zelf. Dit laat echter onverlet dat een eigen toets dient plaats te vinden naar de proportionaliteit van de inbreuk in het geval van eigen onderzoek door een bestuursorgaan. Dat (mogelijk) een onderzoek door het LBB wordt voorkomen, speelt uiteraard wel een rol bij die toets maar is wat ons betreft niet doorslaggevend. De aard, omvang en ernst van de inbreuk dienen op hun eigen merites te worden beoordeeld.

Proportionaliteit toepassing gegevensverstrekking

De minister stelt terecht dat voor het kunnen raadplegen van gegevens door een bestuursorgaan al sprake dient te zijn van een eigen onderzoek, hiervoor een gegronde reden dient te zijn en er in dit verband Bibob-beleidsregels zijn opgesteld door bestuursorganen.

De minister miskent echter dat het aan de bestuursorganen zelf is om deze Bibob-beleidsregels op te stellen en het hiermee ook aan het bestuursorgaan zelf is om te bepalen of en onder welke omstandigheden het Bibob-instrumentarium zal worden ingezet. Een en ander uiteraard binnen de reeds geldende wettelijke grenzen voor inzet van de wet Bibob en deze beleidsregels dienen uiteraard de grenzen van de wet Bibob niet te buiten te gaan, maar omdat slechts een buitengrens is vastgesteld komt aan een bestuursorgaan dus voor wat betreft de binnengrens de nodige vrijheid toe.

De minister laat na te motiveren waarom onder deze omstandigheden nog steeds wordt voldaan aan de proportionaliteitseisen. Immers, de binnengrens (de voorwaarden waaronder tot een inbreuk wordt overgegaan) wisselt (mogelijk) per individueel bestuursorgaan. Ook ligt dan het gevaar van willekeur op loer. Een omstandigheid die in gemeente A niet leidt tot raadpleging kan in gemeente B juist wel tot raadpleging leiden.

Proportionaliteit verzochte gegevens

De minister merkt op dat hij het begrip “zakelijk samenwerkingsverband” niet heeft willen opnemen, omdat dit ertoe zou kunnen leiden dat niet duidelijk genoeg is vast te stellen van welke personen justitiële gegevens mogen worden opgevraagd. Dat het begrip “zakelijk samenwerkingsverband” zo ruim is dat dit *fishing expeditions* mogelijk maakt, kan worden gevolgd. De door de minister voorgestane oplossing, een duidelijke en scherpe afbakening van de groep van personen van wie gegevens mogen worden opgevraagd, lijkt echter de toets der kritiek niet te kunnen doorstaan.

Vooropgesteld moet worden dat het doel van de minister met het (concept)besluit en de daarin voorgestelde wijziging van artikel 15 van het Besluit justitiële en strafvorderlijke gegevens is het vroegtijdig herkennen van stromanconstructies en het mogelijk maken van een betere risico inschatting door een bestuursorgaan zelf. De minister laat na te motiveren waarom hij dan bij zijn afbakening van de relevante groep personen afwijkt van de definitie in artikel 3, vierde lid, onder c en d, van de wet Bibob en waar – onder meer – het zakelijk samenwerkingsverband wordt genoemd

als van belang voor de inschatting van de mate van gevaar. Is de afbakening dan scherp en ruim genoeg voor het door de minister voorgestane doel?

Door het introduceren van een deels eigen en van de wet Bibob afwijkend begrippenkader in voorgestelde wijziging van artikel 15 van het Besluit justitiële en strafvorderlijke gegevens, bestaat hierbij ook het gevaar dat er twee toetsingskaders naast elkaar gaan bestaan. Naast de mogelijke verwarring die dit met zich kan brengen, is het ook de vraag dit begrippenkader in lijn is met artikel 3, vierde lid, van de wet Bibob. Met name het door de minister voorgestelde artikel 15, tweede lid, onder f, van het Besluit justitiële en strafvorderlijke gegevens “achterman in stromanconstructie” is – ook volgens de toelichting – zo ruim dat hier meer onder valt dan onder het begrip zakelijk samenwerkingsverband. Ook dit roept de vraag op waarom is gekozen voor een van de wet Bibob afwijkend begrippenkader, nu in ieder geval het voorgestelde artikel 15, tweede lid, onder f, van het Besluit justitiële en strafvorderlijke gegevens niet scherp is afgebakend en een *fishing expedition* mogelijk maakt.

Tot slot valt het ons op dat de minister nalaat te duiden dat ook sprake is van een (voorgestelde) uitbreiding van de relevante feiten en omstandigheden die een rol spelen bij de inschatting van de mate van gevaar. Wij wijzen hierbij op de bestuurlijke boete en (onder omstandigheden) de reparatoire bestuurlijke sanctie zoals een last onder dwangsom. Ook wijzen wij op het wetsvoorstel tot wijziging van de wet Bibob. Uit dit voorstel volgt dat justitiële gegevens niet worden meegewogen als een persoon door de strafrechter is vrijgesproken of ontslagen is van rechtsvervolging. Dit is ook in overeenstemming met de bestendige jurisprudentie op dit punt. Echter, gegevens worden wel meegewogen indien een strafbaar feit niet wordt vervolgd of als de vervolging niet wordt voortgezet. Dit is in tegenspraak met de huidige jurisprudentie, waaruit volgt dat ook dan deze gegevens niet mogen worden meegewogen omdat dit raakt aan de onschuldpresumptie. De minister laat na de proportionaliteit te duiden in relatie tot de verruiming van de gegevens die (ook van andere betrokkenen dan de aanvrager) van belang zijn.

Proportionaliteit toezicht


Wij willen onze inhoudelijke opmerkingen besluiten met de vraag “*quis custodiet ipsos custodes*”? Wie ziet toe of bestuursorganen inderdaad binnen de grenzen van de proportionaliteit gebruik maken van de aan hen toekomende bevoegdheid tot het opvragen van gegevens? Hiertoe kent het (concept)besluit geen regeling, en ook de toelichting gaat hier niet op in. Weliswaar is uiteindelijk rechtsbescherming mogelijk door de bestuursrechter, maar dat geldt alleen in die gevallen waarin besluitvorming plaatsvindt en deze tegen deze besluitvorming wordt opgekomen. Wij achten het wenselijk dat hiertoe een toezichtregeling wordt getroffen.

Conclusie


Wij missen in het (concept)besluit de noodzakelijke balans tussen de inbreuk op de persoonlijke

levenssfeer en de bescherming van de openbare orde. Met name de proportionaliteit is hierbij een punt van zorg, nu het (concept)besluit niet voorziet in een afdoende weging of toelichting op dit punt. Ook ontbreken de noodzakelijke toetsingsinstrumenten. Wij doen dan ook de aanbeveling om alsnog te voorzien in een toetsingsinstrument, en te voorzien in een nadere toelichting op de proportionaliteit. Met name het begrippenkader voor zover dat afwijkt van de wet Bibob dient hierbij een punt van aandacht en zorg te zijn.

Met vriendelijke groet,
van Ardenne & Crince le Roy Advocaten N.V.



R.S. Wijling
Advocaat



O.E. de Vries
Juridisch adviseur