

De Wet Bibob en vastgoedtransacties

BR 2014/63

1 Inleiding

De Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (Wet Bibob) is per 1 juli 2013 grondig gewijzigd. Deze wijziging heeft enige discussie opgeleverd. Zo was er bijvoorbeeld de opmerking van de Minister van Veiligheid en Justitie (de minister) dat in het kader van de Wet Bibob een transactie met het Openbaar Ministerie als bedoeld in art. 74 Sr gelijk staat aan een publieke schuldbekentenis.² Dat is voor met name rechtspersonen die verdacht worden van financiële delicten relevant. Bij financiële delicten wordt namelijk doorgaans getransigeerd met het Openbaar Ministerie in plaats van dat de zaak op zitting komt.

De wijzigingen hebben ook voor de vastgoedsector gevolgen. In dit artikel zullen wij twee voor de vastgoedsector relevante wijzigingen bespreken. Dat is (i) dat de Wet Bibob op vastgoedtransacties waar de overheid partij bij is van toepassing is; en (ii) dat de definitie van het 'zakelijk samenwerkingsverband' is uitgebreid.³

Doordat de Wet Bibob op vastgoedtransacties van toepassing is kan een overheid bij het Landelijk Bureau Bibob (LBB) een advies over de integriteit van haar contractspartij (de betrokkene) vragen. Wanneer dit zogenoemde Bibob advies negatief is, geeft dat de overheid een extra handvat een vastgoedtransactie niet aan te gaan of te ontbinden. Voor een betrokkene die wordt geconfronteerd met een negatief Bibob advies is de rechtsbescherming beperkt.

De verruiming van het begrip zakelijk samenwerkingsverband houdt in dat bij de integriteitsbeoordeling niet enkel meer gekeken wordt naar bestaande zakelijke samenwerkingsverbanden, maar ook naar dergelijke verbanden uit het verleden. Zakenpartners uit het verleden kunnen daarvoor onverwacht voor problemen zorgen.

Wij zullen eerst een kort overzicht van de systematiek van de Wet Bibob geven, waarna de wijzigingen per 1 juli 2013 van de Wet Bibob worden benoemd. Vervolgens wordt dieper ingegaan op het feit dat de Wet Bibob van toepassing is op vastgoedtransacties met de overheid en op de uitbreiding van het zakelijk samenwerkingsverband. Daarbij zullen de knelpunten van deze wijzigingen worden behandeld. Er wordt afgesloten met een slotbeschouwing.

1 Jan Rube en Frank Wijnveld zijn advocaten bij Gaastra advocaten te Schiphol (www.ga-law.eu) en leggen zich toe op vastgoed en bestuursrechtelijke handhaving. Gaastra advocaten is een gespecialiseerd kantoor dat zich richt op omgevingsrecht, toezicht, handhaving en horeca. Dit artikel werd afgesloten op 2 mei 2014.

2 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 676, nr. 6, p. 15.

3 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 676, nr. 3, p. 1.

2 De Wet Bibob

2.1 Achtergrond

In het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw werd gesignaleerd dat bestuursorganen met het verlenen van vergunningen (bijvoorbeeld een Drank- en Horecawetvergunning) ongewild criminele activiteiten faciliteerden.⁴ Tevens kwam de wetgever in die periode tot de conclusie dat het bestuursrecht effectieve middelen kon bieden in de strijd tegen de georganiseerde misdaad.⁵ Bestuursorganen beschikten echter niet over instrumenten om vergunningen te weigeren als er twijfels bestonden omtrent de integriteit van de vergunningaanvrager.

Er werd onderzocht welke sectoren kwetsbaar zijn voor criminaliteit, de zogeheten criminogene sectoren. Criminogene sectoren zijn onder meer transport, milieu, bouw, horeca, bordelen en coffeeshops.⁶

Uiteindelijk is op 1 juni 2003 de Wet Bibob in werking getreden. De Memorie van Toelichting bij de Wet Bibob vermeldt de volgende doelstelling:

“Het openbaar bestuur moet in staat worden gesteld zich te beschermen tegen het risico dat criminele activiteiten worden gefaciliteerd, zowel wat betreft zijn bestuurlijke rol bij het verlenen van subsidies en vergunningen, als in zijn civielrechtelijke rol als contractpartij bij aanbestedingen en andere verbintenissen.”⁷

Ondanks dat de vastgoedsector niet in het bijzonder als criminogeen werd benoemd, kreeg zij in sommige gevallen al te maken met de Wet Bibob. Zo vielen aanbestedingsprocedures en indertijd bouwvergunningaanvragen (thans omgevingsvergunningen) sinds 14 september 2004 onder de reikwijdte van de Wet Bibob.⁸

2.2 De werking van de Wet Bibob

De Wet Bibob geeft overheden⁹ een middel om te voorkomen dat zij met onder meer het verlenen van vergunningen en subsidies of het gunnen van overheidsopdrachten, criminele activiteiten faciliteren.

4 J. Struiksma, 'Bibob: voltrefeer of afzwaai?', *NTB* 2000/9, p. 265.

5 *Kamerstukken II* 1992/93, 22 838, nr. 2, p. 14.

6 *Kamerstukken II* 1999/00, 26 883, nr. 3, p. 5.

7 *Kamerstukken II* 1999/00, 26 883, nr. 3, p. 1.

8 *Stb.* 2004, 320 en *Stb.* 2004, 452.

9 In de Wet Bibob wordt thans gesproken over zowel 'bestuursorganen' waar het betreft vergunningen als 'rechtspersonen met overheidstaak' waar het betreft aanbestedingen en vastgoedtransacties. Art. 1 lid 1 aanhef en onder a Wet Bibob definieert rechtspersoon met overheidstaak als "de Staat, een provincie, een gemeente, een waterschap, een openbaar lichaam als bedoeld in art. 8, eerste lid, van de Wet gemeenschappelijke regelingen, de politie, een openbaar lichaam voor beroep en bedrijf dan wel een ander openbaar lichaam als bedoeld in art. 134 Gw, of een zelfstandig bestuursorgaan als bedoeld in het tweede lid". Voor de leesbaarheid wordt in het verdere verloop van dit artikel kortheidsshalve gesproken over "overheden" als wordt bedoeld op rechtspersonen met overheidstaak.

Op grond van art. 3 van de Wet Bibob, het zwaartepunt van de wet, kan een bestuursorgaan een vergunning(aanvraag) intrekken respectievelijk weigeren als ernstig gevaar bestaat dat de vergunning mede zal worden gebruikt om (a) uit gepleegde strafbare feiten verkregen of te verkrijgen, op geld waardeerbare voordelen te benutten (de zogenoemde a-grond), of (b) strafbare feiten te plegen (de zogenoemde b-grond). In art. 1 aan onder c Wet Bibob is opgesomd welke (bestuursrechtelijke) beschikkingen onder de werkingssfeer van de Wet Bibob vallen.¹⁰ Via art. 6 Wet Bibob en art. 5 lid 1 jo. art. 9 lid 1 Wet Bibob gelden deze weigeringsgronden tevens voor respectievelijk subsidies en aanbestedingen.

In de leden 2-4 van art. 3 Wet Bibob staan de criteria opgesomd aan de hand waarvan wordt vastgesteld of sprake is van 'ernstig gevaar'. Voor wat betreft de a-grond wordt de mate van 'ernstig gevaar' vastgesteld op grond van feiten en omstandigheden die erop wijzen of redelijkerwijs doen vermoeden, dat de betrokkene in relatie staat tot een strafbaar feit. Daarbij is de ernst van het vermoeden, de aard van de relatie en de grootte van de verkregen of te verkrijgen voordelen relevant. Voor wat betreft de b-grond wordt de mate van 'ernstig gevaar' vastgesteld op grond van feiten en omstandigheden die erop wijzen of redelijkerwijs doen vermoeden dat de betrokkene in relatie staat tot een strafbaar feit en er samenhang bestaat tussen de activiteiten waarvoor de vergunningaanvraag is ingediend. Ook daarbij speelt de ernst van het vermoeden, de aard van de relatie en het aantal gepleegde feiten een rol.

Ten aanzien van de beoordeling van ernstig gevaar is een veroordeling wegens een strafbaar feit niet noodzakelijk om de aanwezigheid daarvan aannemelijk te achten. Zo meent de minister, als gezegd, dat een transactie met het Openbaar Ministerie al een publieke schuldbekentenis van het plegen van een strafbaar feit inhoudt.¹¹ Ook zachte informatie kan in dat kader worden gebruikt bij de beoordeling, zij het wel in combinatie met andere feiten en omstandigheden die in dezelfde richting wijzen.¹²

2.3 Het Bibob-advies

Wanneer een bestuursorgaan de Wet Bibob toepast zal deze eerst gebruik moeten maken van de eigen middelen om te bepalen of er sprake is van 'ernstig gevaar'. Dit kan zij bijvoorbeeld doen door de informatie die haar al wel ter beschikking staat te beoordelen (handelsregister KvK, kadaster of het door de betrokkene ingevulde Bibob vragenformulier).

Het zal voor een bestuursorgaan niet altijd eenvoudig zijn te beoordelen of er sprake is van 'ernstig gevaar'. Veel be-

stuursorganen beschikken niet over voldoende personeel, middelen en relevante kennis om de beschikbare informatie te duiden. Daarnaast beschikken bestuursorganen niet over gegevens uit databanken van bijvoorbeeld de Criminele Inlichtingen Eenheden (CIE) of de Financiële Inlichtingen en Opsporingsdienst (FIOD). Het zijn nu juist deze bronnen waar regelmatig informatie uit naar voren komt, waaruit blijkt dat van 'ernstig gevaar' sprake kan zijn.

Een bestuursorgaan kan daarom advies bij het Landelijk Bureau Bibob (LBB) aanvragen. Het LBB heeft wel toegang tot informatie uit de databanken van onder meer de FIOD en CIE. Ingevolge art. 27 Wet Bibob is de desbetreffende instantie in beginsel verplicht aan het verzoek om informatie van het LBB gehoor te geven. Het mag enkel vanwege een zwaarwegend (strafvorderlijk) belang het verstrekken van bepaalde informatie weigeren.

Aan de hand van de informatie die door het bestuursorgaan wordt aangeleverd en de informatie uit genoemde gesloten bronnen stelt het LBB haar advies op. Het LBB baseert het advies niet enkel op 'harde' informatie zoals veroordelingen, maar ook op 'zachte' informatie, zoals tips van CIE-informanten.

2.4 Rechtsbescherming

Alvorens een bestuursorgaan aan de hand van het Bibob advies en haar eigen beoordeling een negatieve beslissing neemt, stelt het de betrokkene op grond van art. 33 Wet Bibob in de gelegenheid zijn zienswijze omtrent het advies te geven. Het bestuursorgaan verstrekt op grond van art. 28 lid 3 Wet Bibob daartoe een afschrift van het advies aan de betrokkene. Voor alle duidelijkheid; de betrokkene krijgt een afschrift van het advies, maar geen afschrift van de stukken waarop het advies is gebaseerd. De inhoud van het advies kan vervolgens slechts in rechte worden bestreden als onderdeel van de procedure tegen de beslissing van het bestuursorgaan dat zijn grondslag vindt in het (negatieve) Bibob advies. In een zelfstandige procedure tegen het Bibob advies van het LBB is niet voorzien.

3 De Evaluatie- en uitbreidingswet Bibob

In 2007 is de Wet Bibob geëvalueerd. Uit de evaluatie kwam onder meer naar voren dat een uitbreiding van de Wet Bibob wenselijk was.¹³ Uiteindelijk is de Wet Bibob per 1 juli 2013 gewijzigd.¹⁴ In deze paragraaf worden eerst de belangrijkste algemene wijzigingen besproken. Vervolgens worden in de paragrafen 4 en 5 twee voor de vastgoedsector relevante wijzigingen besproken.

De wijziging van de Wet Bibob ziet op de uitbreiding van de reikwijdte van de Wet Bibob, de verbetering van de informatiepositie van bestuursorganen, de rechtspositie van betrokkenen en de verlenging van de adviestermijn voor het

10 Dat zijn onder meer gemeentelijke vergunningen op grond van de Algemene Plaatselijke Verordening, vergunningen op grond van de Drank- en Horecawet en omgevingsvergunningen voor bouwen of milieu.

11 *Kamerstukken II 2010/11*, 32 676, nr. 6, p.15-16.

12 R.W. Veldhuis, 'Besluitvorming op basis van een Bibob-advies', in: *Jonge VAR-reeks 7*, Den-Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 83 en ABRvS 27 januari 2008, AB 2008/182.

13 *Kamerstukken II 2006/07*, 31 109, nr. 1.

14 *Stb.* 2013, 205.

LBB.¹⁵ Zo zijn de vastgoedsector, de kanspelsector, vuurwerkimport, Huisvestingswetvergunningen en de uitvoer, doorvoer en overdracht van strategische goederen en diensten met de inwerkingtreding van de Evaluatie- en uitbreidingswet onder de reikwijdte van de Wet Bibob komen te vallen.¹⁶

Tot de wetwijziging werd in de Wet Bibob het begrip 'aanbestedende dienst' gehanteerd om aan te geven welke overheidsinstantie gebruik kan maken van het Bibob instrumentarium. Het begrip 'aanbestedende dienst' is echter inmiddels vervangen door het begrip 'rechtspersoon met een overheidstaak'. De wetgever wil hiermee aansluiten bij het begrippenkader van art. 2:1 BW, zonder daar een inhoudelijke wijziging op aan te brengen.¹⁷

Voorts heeft de Evaluatie- en uitbreidingswet de informatiepositie van bestuursorganen verbeterd. Bestuursorganen moeten hierdoor beter in staat zijn gedegen eigen onderzoek naar de betrokkene uit te voeren.¹⁸

Tot 1 juli 2013 kreeg de betrokkene enkel inzage in het Bibob advies. Met de wijziging per 1 juli 2013 heeft de betrokkene recht op een afschrift van het Bibob advies, ter verbetering van zijn rechtsbescherming.¹⁹

Ten slotte is de adviestermijn voor het LBB verruimd naar maximaal 12 weken.²⁰

4 Vastgoedtransacties

4.1 Algemeen

Vastgoedtransacties, evenals overige civiele rechtshandelingen, worden door (publiekrechtelijke) rechtspersonen verricht en niet door bestuursorganen in de zin van de Awb. De Wet Bibob spreekt in relatie tot vastgoedtransacties ook over 'rechtspersonen met overheidstaak' en niet over bestuursorganen (zie noot 9). In deze paragraaf zal in dat verband kortheidshalve over 'overheden' worden gesproken.

Het van toepassing verklaren van de Wet Bibob op vastgoedtransacties waar een overheid partij bij is, is een opvallende uitbreiding van de Wet Bibob. De Wet Bibob was er oorspronkelijk op gericht te voorkomen dat het openbaar bestuur door middel van het verlenen van vergunningen en subsidies, of het gunnen van aanbestedingen criminele activiteiten zou faciliteren, aangezien voor de Wet Bibob een gebrek aan integriteit van de betrokkene geen weigeringsgrond opleverde. Een overheid is echter in beginsel altijd al vrij geweest een (vastgoed)transactie – zonder opgaaf van redenen – al of niet aan te gaan. Daar is geen wettelijke weigeringsgrond voor nodig.

In de Memorie van Toelichting bij de Evaluatie- en uitbreidingswet Bibob wordt expliciet overwogen dat de Nederlandse vastgoedwereld kwetsbaar is voor misbruik en dat fraude, witwassen en georganiseerde misdaad in deze sector een structurele dreiging vormen.²¹ Dit is voor de wetgever aanleiding geweest vastgoed gerelateerde rechtshandelingen, waar een overheid partij bij is, onder de werking van de Wet Bibob te brengen. De toegevoegde waarde van de Wet Bibob voor overheden is dat zij zelf geen toegang hebben tot de bronnen die het LBB gebruikt om de integriteit van de betrokkene te beoordelen.²² Zodoende kunnen zij in theorie een beter geïnformeerde beslissing nemen.

Een overheid kan op grond van art. 5a Wet Bibob voor het aangaan van een vastgoedtransacties het LBB advies vragen over de betrokkene. Tevens kan advies worden gevraagd in het geval bij een vastgoedtransactie is bedongen dat de overeenkomst kan worden opgeschort of ontbonden dan wel de rechtshandeling kan worden beëindigd indien zich één van de situaties, als bedoeld in art. 9 lid 3 Wet Bibob voordoet. Dat is het geval indien (i) gevaar bestaat dat de vastgoedtransactie mede zal worden gebruikt om uit gepleegde strafbare feiten verkregen of te verkrijgen, op geld waardeerbare voordelen te benutten; (ii) gevaar bestaat dat in of met de onroerende zaak waar de vastgoedtransactie betrekking op heeft, mede strafbare feiten zullen worden gepleegd; of (iii) de ernst van de feiten en omstandigheden erop wijzen of redelijkerwijs doen vermoeden dat ter verkrijging van een vastgoedtransactie een strafbaar feit is gepleegd.

Een vastgoedtransactie in de zin van de Wet Bibob is blijkens art. 1 lid 1 onder o Wet Bibob een overeenkomst of een andere rechtshandeling met betrekking tot een onroerende zaak met als doel het verwerven of vervreemden van een recht op eigendom of het vestigen, vervreemden of wijzigen van een zakelijk recht, huur of verhuur, het verlenen van een gebruiksrecht, of de deelname aan een rechtspersoon, een commanditaire vennootschap of een vennootschap onder firma die het recht op eigendom of een zakelijk recht met betrekking tot die onroerende zaak heeft of die onroerende zaak huurt of verhuurt.

Het is een brede omschrijving, waardoor de Wet Bibob op veel van toepassing kan zijn. Zo kan worden gedacht aan een grote nieuwbouwontwikkeling en bijbehorende gronduitgifte door een gemeente. Wat echter eveneens onder art. 5a Wet Bibob valt is bijvoorbeeld de erfpachtovereenkomst met een gemeente betreffende een woning, de pachtovereenkomst met een recreatieschap betreffende landbouwgrond of de gebruiksovereenkomst met een waterschap betreffende een oever.

15 *Kamerstukken II 2010/11, 32 676, nr. 3, p. 1.*

16 *Kamerstukken II 2010/11, 32 676, nr. 3, p. 4-7.*

17 *Kamerstukken II 2010/11, 32 676, nr. 3, p. 25.*

18 *Kamerstukken II 2010/11, 32 676, nr. 3, p. 13-14.*

19 *Kamerstukken II 2010/11, 32 676, nr. 3, p. 15.*

20 *Kamerstukken II 2010/11, 32 676, nr. 3, p. 15-16.*

21 *Kamerstukken II 2010/11, 32 676, nr. 3, p. 4-5.*

22 A.E.M. van den Berg, 'De Wet Bibob in de vastgoedsector', in: Jonge VAR-reeks 7, Den-Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 132.

Bij welke vastgoedtransacties een overheid de Wet Bibob zal toepassen zal duidelijk moeten worden in het door haar te voeren Bibob beleid. De minister heeft hier ook op gewezen bij de behandeling van de wijzigingswet in de Tweede Kamer.²³ Daarbij heeft de minister erop gewezen dat, vanwege het in potentie zeer grote aantal vastgoedtransacties waarbij de Wet Bibob kan worden toegepast, een selectieve en risicogerichte benadering het uitgangspunt dient te zijn bij de opstelling van het (nieuwe) beleid.²⁴

De civielrechtelijke vastgoedtransactie onderscheidt zich van een bestuursrechtelijk en appellabel besluit in de zin van de Awb. In tegenstelling tot art. 3 Wet Bibob (zie hierboven), is art. 5a Wet Bibob geen weigeringsgrond voor de betreffende overheid om de vastgoedtransactie niet aan te gaan. Ook worden in de Wet Bibob geen nadere eisen gesteld aan de inhoud van vastgoedtransacties die door overheden worden aangegaan. In zoverre heeft de van toepassing verklaring van de Wet Bibob op vastgoedtransacties niet tot veranderingen geleid.

De 'toegevoegde waarde' van art. 5a Wet Bibob voor overheden is gelegen in het feit dat het hen de bevoegdheid geeft het LBB te vragen onderzoek te doen naar de integriteit van de betrokkene in, voor de desbetreffende overheden, toegankelijke bronnen. Als de uitkomst van een Bibob advies in het voordeel is van de betrokkene, zal dat niet tot problemen leiden. Dat is anders wanneer het Bibob advies nadelig uitvalt voor de betrokkene. Op basis van dat advies zal de overheid immers ofwel de overeenkomst niet aangaan, ofwel de overeenkomst wensen te ontbinden.

In de volgende paragrafen bespreken wij voor het niet aangaan van een overeenkomst enerzijds en het ontbinden van de overeenkomst anderzijds, welke mogelijkheden een betrokkene heeft om tegen een negatief advies op te komen.

4.2 **Niet aangaan van een overeenkomst naar aanleiding van een Bibob advies**

Zoals hierboven reeds werd besproken, kan een betrokkene niet tegen een Bibob advies opkomen. De betrokkene zal de beslissing, waar het Bibob advies van het LBB aan ten grondslag heeft gelegen, moeten aanvechten.

De beslissing van een overheid om al of niet een overeenkomst aan te gaan met de betrokkene is echter, in tegenstelling tot bijvoorbeeld een geweigerde vergunning of subsidie, op grond van art. 8:3 lid 2 Awb geen appellabel besluit in de zin van de Awb. Wel is op grond van art. 33 lid 3 onder d Wet Bibob de zienswijzeprocedure op deze situatie van toepassing. Zoals ook uit de Memorie van Toelichting volgt, vindt de rechtsbescherming, in het geval de zienswijze van de betrokkene niet tot een gewenst resultaat heeft geleid, plaats

bij de civiele rechter.²⁵ Er wordt evenwel niet uiteengezet in welke vorm deze rechtsbescherming zal plaatsvinden.

Mogelijk zou een vordering uit onrechtmatige daad, vanwege het onrechtmatig feitelijk handelen van de overheid, kunnen worden ingesteld. De betrokkene zal moeten stellen dat de overheid haar beslissing op een onjuist Bibob advies heeft gebaseerd, waardoor uiteindelijk ten onrechte geen overeenkomst tot stand is gekomen.

Knelpunt is evenwel dat het uitgangspunt van het verbintenissenrecht is dat eenieder, ook overheden, in beginsel vrij is een overeenkomst aan te gaan. Het is daarom op zichzelf niet onrechtmatig of onredelijk een overeenkomst niet aan te gaan, ondanks dat die beslissing mogelijk gebaseerd is op onjuiste uitgangspunten. Onrechtmatigheid kan slechts in bijzondere gevallen aan de orde zijn.²⁶

Wel is het zo dat het handelen van overheden in het civiele rechtsverkeer via art. 3:14 BW anders kan worden ingekleurd dan van civiele partijen. Op grond van art. 3:14 BW mag een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. In dat verband kan worden gewezen op de vergewisplicht als bedoeld in art. 3:9 Awb. Daarin wordt, kort gezegd, voorgescreven dat men zich moet vergewissen van de juistheid van een rapport indien daar een besluit op wordt gebaseerd. Wij menen dat het antwoord op de vraag, of het onredelijk of onrechtmatig is uiteindelijk geen overeenkomst aan te gaan met de betrokkene, mede afhangt van de mate waarin de overheid zich van de juistheid van het Bibob advies heeft vergewist. Door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) is ten aanzien van Bibob adviezen overwogen dat het bestuursorgaan gelet op de expertise van het LBB mag uitgaan van de juistheid van het advies, maar zich moet blijven vergewissen dat het advies en het onderzoek naar de feiten op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen.²⁷ Dat zal evenwel alleen aan de orde zijn indien er concrete aanknopingspunten om zijn aan de deskundigheid van het LBB of aan de inhoud van het Bibob advies te twijfelen.²⁸

Indien de invulling die de Afdeling geeft aan de vergewisplicht door de civiele rechter wordt overgenomen, zal de overheid niet snel onrechtmatig handelen jegens de betrokkene, ondanks dat achteraf wellicht blijkt dat het Bibob

23 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 676, nr. 6, p. 9.

24 Ons is bij afsluiting van dit artikel slechts van een enkele gemeente, onder meer Nieuwegein, Purmerend en Capelle aan den IJssel, nieuw beleid bekend. Deze beleidsregels zijn evenwel nog vrij algemeen geformuleerd.

25 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 676, nr. 3, p. 6.

26 Vergelijk de leer van de precontractuele fase zoals in eerste instantie geformuleerd door de Hoge Raad in het arrest Plas/Valburg (HR 18 juni 1982, *NJ* 1983/723) en later genuanceerd in onder meer de arresten VSH/Shell (HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988/1017), De Ruiters/MBO Ruiters (HR 14 juni 1996, *NJ* 1997/481), ABB/De Staat (HR 4 oktober 1996, *NJ* 1997/65) en CCB/JPO (HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005/467). In deze arresten maakt de Hoge Raad expliciet duidelijk dat slechts in zeer bijzondere omstandigheden het afbreken van onderhandelingen in strijd wordt geacht te zijn met de goede trouw.

27 ABRvS 27 januari 2008, *AB* 2008/182 en *JB* 2008/78.

28 R.W. Veldhuis, 'Besluitvorming op basis van een Bibob-advies', in: Jonge VAR-reeks 7, Den-Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 69.

advies naar zijn inhoud onjuist is. De rechtspositie van de (benadeelde) betrokkene blijft daardoor zwak.

Een ander knelpunt is dat, in het geval de onrechtmatigheid door de rechter wordt uitgesproken, niet duidelijk is wat de gevolgen zijn van dat oordeel. Bij besluiten van bestuursorganen waar een Bibob beoordeling wordt uitgevoerd is dat wel duidelijk. Als in die gevallen advies door de bestuursrechter het Bibob als 'onjuist' wordt bestempeld, valt daarmee veelal de weigeringsgrond van art. 3 Wet Bibob weg. Wanneer overige weigeringsgronden ontbreken, zal doorgaans alsnog positief moeten worden beslist. Het is in die zin een gebonden beslissing.

De beslissing geen vastgoedtransactie aan te gaan is echter geen gebonden beslissing. Hierdoor zal het voor de betrokkene moeilijk te motiveren zijn dat bij een positief Bibob advies wel degelijk een overeenkomst tot stand zou zijn gekomen. Daaraan gerelateerd zal het moeilijk zijn de inhoud van de overeenkomst, die uiteindelijk niet tot stand is gekomen, te omschrijven. Dit is namelijk van belang voor de begroting van de schade die de betrokkene stelt te hebben geleden. Dat zou slechts anders zijn indien over de kenmerkende onderdelen van de vastgoedtransactie al overeenstemming is bereikt, maar het aangaan van de transactie bijvoorbeeld enkel nog afhankelijk is van een positieve Bibob beoordeling.

4.3 *Ontbinding van de overeenkomst naar aanleiding van een Bibob advies*

Anders is het wanneer de vastgoedtransactie reeds is aangegaan. In dat geval is er sprake van een reeds bestaande overeenkomst. Een contractpartij kan zich in principe niet eenzijdig aan de overeenkomst onttrekken. Uitzondering hierop is de vernietiging of ontbinding van een overeenkomst. De gronden voor vernietiging vloeien voort uit de wet. De gronden voor ontbinding kunnen zowel uit de wet als uit de overeenkomst voortvloeien.²⁹

Er is geen wettelijke bepaling die luidt dat op grond van een negatieve Bibob beoordeling als bedoeld in art. 9 lid 3 Wet Bibob een overeenkomst kan worden ontbonden of vernietigd. Bij gesloten overeenkomsten is het vragen van een Bibob advies daarom alleen relevant, als uit de overeenkomst volgt dat een negatieve Bibob beoordeling aanleiding kan zijn de overeenkomst te ontbinden. Op grond van art. 5a aanhef onder b Wet Bibob kan een overheid daarom enkel een Bibob advies aanvragen, indien is overeengekomen dat de overeenkomst kan worden ontbonden of opgeschort na een negatieve Bibob beoordeling als bedoeld in art. 9 lid 3 Wet Bibob. In de desbetreffende overeenkomst zal hieromtrent derhalve een bepaling moeten zijn opgenomen.

Ook wanneer een overheid overgaat tot opschorting of ontbinding van de overeenkomst op grond van een negatief Bibob advies, dient zij de betrokkene ingevolge art. 33 lid 2

sub e Wet Bibob in de gelegenheid te stellen zijn zienswijze te geven. Mocht de overheid desondanks toch overgaan tot ontbinding of opschorting, dan zal de betrokkene in dat geval een vordering tot nakoming van de overeenkomst moeten instellen, wil hij het negatieve Bibob advies aanvechten. Hij zal dienen te stellen en motiveren dat het Bibob advies onjuist is, waardoor niet aan de opschortende of ontbindende voorwaarden is voldaan. In dat verband wordt mede gewezen op de op de overheid rustende vergewisplicht (zie paragraaf 4.2). Indien wordt geoordeeld dat de Bibob beoordeling inderdaad ten onrechte negatief is uitgevallen, zal de overheid alsnog uitvoering moeten geven aan de overeenkomst.

Wij menen evenwel dat zowel de zienswijzeprocedure, als de vordering tot nakoming, voor de betrokkene procedures zijn die niet snel tot een positief resultaat zullen leiden. Dit komt doordat de bewijslast voor de stelling, dat het Bibob advies onjuist is, in beginsel bij de betrokkene zal komen te liggen, aangezien de overheid uit mag gaan van de juistheid van het advies van het LBB. De bronnen waar het Bibob advies op is gebaseerd zijn echter niet toegankelijk voor de betrokkene. Aangezien het daardoor voor de betrokkene onduidelijk is waar hij zich tegen zal moeten verweren, maakt dat zijn bewijspositie bijzonder nadelig. Het uitvoeren van een contra-expertise is bijvoorbeeld moeilijk denkbaar.³⁰

Jurisprudentie zal moeten uitwijzen hoe hiermee in civiele zin zal worden omgegaan. Contractpartijen van overheden dienen er in ieder geval op bedacht te zijn dat, wanneer de bedoelde ontbindingsgrond in de overeenkomst wordt opgenomen, dit het bestuursorgaan de mogelijkheid biedt de overeenkomst te ontbinden zonder dat de contractpartij daar veel invloed op kan worden uitgeoefend.

5 **Uitbreiding zakelijk samenwerkingsverband**

Een voor de vastgoedsector andere relevante wijziging is de uitbreiding van het begrip 'zakelijk samenwerkingsverband'. Of sprake is van 'ernstig gevaar' wordt vastgesteld op basis van feiten en omstandigheden die erop wijzen dat de betrokkene in relatie staat tot de strafbare feiten. Tot de wijziging van de Wet Bibob per 1 juli 2013 stond de betrokkene op grond van art. 3 lid 4 aanhef en onder c Wet Bibob onder meer in relatie tot strafbare feiten, indien een ander strafbare feiten had gepleegd en deze persoon in een zakelijk samenwerkingsverband tot de betrokkene staat.

Per 1 juli 2013 is daar aan toegevoegd dat de betrokkene eveneens in relatie tot strafbare feiten staat in het geval de andere persoon die strafbare feiten heeft gepleegd in een zakelijk samenwerkingsverband tot de betrokkene heeft gestaan. Ook oude, niet meer bestaande, samenwerkingsver-

29 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010/601-602.

30 R.W. Veldhuis, 'Besluitvorming op basis van een Bibob-advies, in: Jonge VAR-reeks 7, Den-Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 70.

banden worden derhalve sindsdien betrokken bij het Bibob advies.

5.1 Algemeen

Criminele organisaties of groepen kunnen in een zodanig verband opereren dat daarin ook natuurlijke of rechtspersonen zijn opgenomen waarvan, behoudens het gegeven dat sprake is van een (soms langdurige) zakelijke samenwerking met als crimineel bekend staande natuurlijke- of rechtspersonen, op zichzelf geen justitiële of potentiële antecedenten bekend zijn.³¹ Een vergunning zou in een dergelijk geval niet geweigerd kunnen worden indien enkel naar de aanvrager van de vergunning en zijn financiers zou worden gekeken.³² De wetgever heeft zakelijke samenwerkingsverbanden in de Wet Bibob opgenomen om dergelijke katvangconstructies tegen te gaan.³³

De wetgever heeft weinig handvatten gegeven voor de invulling van het begrip zakelijk samenwerkingsverband.³⁴ De invulling volgt dan ook uit de jurisprudentie van de Afdeling.

De aanwezigheid van een zakelijk samenwerkingsverband wordt in veel gevallen voor een groot deel gebaseerd op een financiële relatie. Zo nam de voorzieningenrechter in Amsterdam de aanwezigheid van een zakelijk samenwerkingsverband aan omdat de desbetreffende partijen onder andere een geldleningsovereenkomst met elkaar hadden gesloten.³⁵ Voorts werd een zakelijk samenwerkingsverband aangenomen in gevallen waar sprake was van een rekening-courant verhouding³⁶, een pachtovereenkomst³⁷ en het verschaffen van vermogen door de criminele derde aan de aanvrager.³⁸

Ter ondersteuning van de conclusie worden in de regel ook andere feiten en omstandigheden, zoals privébanden en familierelaties, aangevoerd die de aanwezigheid van een zakelijk samenwerkingsverband eveneens aannemelijk maken. Een zakelijk samenwerkingsverband werd tevens aangenomen in het geval waarin de betrokkene en de criminele derde gezamenlijk optrokken bij de voorzieningenrechter en ook gezamenlijk contacten onderhielden met het bevoegd gezag ten aanzien van de desbetreffende vergunning.³⁹

Ten slotte dient het verband een structureel en zeker duurzaam karakter te hebben, eer een zakelijk samenwerkingsverband kan worden aangenomen.⁴⁰

5.2 Knelpunten

De uitbreiding van het zakelijk samenwerkingsverband heeft volgens de minister tot doel samenwerkingsverbanden die (recent) zijn verbroken in de beoordeling te kunnen betrekken, zodat beter kan worden opgetreden tegen schijnconstructies.⁴¹

De Raad van State merkte in zijn advies op, dat de uitbreiding van het zakelijk samenwerkingsverband ertoe kan leiden dat iemand, die te goeder trouw een samenwerkingsverband is aangegaan en dit heeft beëindigd zodra hij ontdekte dat die ander criminele activiteiten ondernam, desondanks het samenwerkingsverband alsnog kan worden tegengeworpen.⁴² Het is volgens de minister niet de bedoeling dat iemand die ooit in het verleden een zakelijke relatie heeft gehad met iemand die in relatie staat tot strafbare feiten, per definitie en negatieve Bibob beoordeling krijgt. Het gaat enkel om het kunnen meewegen van zakelijke samenwerkingsverbanden die weliswaar niet meer actueel zijn, maar de aanvrager bijvoorbeeld wel financieel voordeel hebben opgeleverd of het risico in zich hebben dat het zakelijk samenwerkingsverband herleeft nadat een vergunning is verstrekt.⁴³

Er wordt ondanks de geruststellende woorden van de minister, naar onze mening, voorbij gegaan aan het feit dat bij de beoordeling van een Bibob advies het bestuursorgaan een zekere vrijheid heeft die door de rechter terughoudend wordt getoetst. Daarbij komt dat de nuancering die de minister heeft gemaakt niet in art. 3 lid 4 Wet Bibob is gecodificeerd. Ook is in art. 3 lid 4 Wet Bibob niet gecodificeerd hoever terug in het verleden naar zakelijke samenwerkingsverbanden wordt gekeken. Het blijft dan ook onduidelijk in hoeverre criminele feiten van een zakenpartner uit het verleden aan de betrokkene kunnen worden tegengeworpen.

Voorts is het voor een betrokkene niet altijd mogelijk om na te gaan of een persoon of bedrijf in relatie tot een strafbaar feit staat of heeft gestaan. Het is derhalve zeer goed mogelijk dat een betrokkene ooit heeft samengewerkt met een (rechts-)persoon, van wie later is komen te blijken dat deze in relatie staat tot strafbare feiten. Dit kan echter wel problemen opleveren voor de betrokkene zonder dat hij daar debet aan is.

Ten slotte zijn zakelijke samenwerkingsverbanden uit het (verre) verleden mogelijk moeilijk in kaart te brengen, doordat bijvoorbeeld de administratie van de betrokkene niet of niet meer volledig is. Deze 'gaten' kunnen, ten onrechte, argwaan wekken bij het bestuursorgaan en wellicht leiden tot een negatief Bibob advies.

31 Kamerstukken II 1999/00, 26 883, nr. 3, p. 63.

32 Kamerstukken II 1999/00, 26 883, nr. 3, p. 63.

33 Kamerstukken II 1999/00, 26 883, nr. 3, p. 63.

34 ABRvS 5 november 2008, *Gst* 2009/49, m.nt. A.E.M. van den Berg.

35 Rb. Amsterdam (vzr.) 27 juli 2005, *AB* 2006/56.

36 ABRvS 24 mei 2006, *JB* 2006/217, m.nt. Overkleef-Verburg.

37 ABRvS 5 november 2008, *AB* 2009/54, m.nt. Vermeer.

38 ABRvS 5 november 2008, *Gst* 2009/49, m.nt. Van den Berg.

39 ABRvS 28 augustus 2013, *ECLI:NL:RVS:2013:890*.

40 Rb. Amsterdam 4 november 2008.

41 Kamerstukken II 2010/11, 32 676, nr. 6, p. 36-37.

42 Advies van de afdeling advisering van de Raad van State W04.10.0209/I.

43 Kamerstukken II 2010/11, 32 676, nr. 4, p. 15.

6 Slotbeschouwing

Duidelijk zal zijn dat de wijziging van de Wet Bibob per 1 juli 2013 gevolgen kunnen hebben voor spelers in de vastgoedmarkt die met overheden vastgoedtransacties sluiten. Vast staat dat besprekingen en onderhandelingen over een vastgoedtransactie met bestuursorganen bezwaard worden door het mogelijke Bibob advies dat in de lucht kan blijven hangen. Wij menen dat deze onzekerheid over enerzijds de totstandkoming en anderzijds het blijven voortbestaan van een vastgoedovereenkomst kan bijdragen aan het beeld van de overheid als onzekere contractspartij. Het lijkt ons daarom van groot belang dat al in een vroeg stadium, bijvoorbeeld tijdens gesprekken en onderhandelingen over een mogelijke vastgoedtransactie, aan de betrokkene wordt meegegeeld dat een Bibob beoordeling en eventueel een Bibob advies onderdeel kan zijn van het traject.

Een mogelijkheid is dat bestuursorganen, indien zij dat hebben vastgesteld, hun Bibob beleid zodanig aanpassen dat voor betrokkenen duidelijk is bij welke categorieën vastgoedtransacties en vervolgens in welke fase van het transactieproces een Bibob advies zal worden gevraagd. Dit voorkomt veel onzekerheid bij de betrokkene en zal de onderhandelingsbesprekingen verlichten. Voor betrokkenen is het derhalve van belang na te gaan of een overheid een dergelijk beleid al heeft vastgesteld.

Punt van aandacht blijft echter dat ook in die gevallen waarin een overheid helder is over het feit dat een Bibob advies zal worden aangevraagd, de rechtspositie van een betrokkene bij een negatief Bibob advies zwak blijft. Een zelfstandige procedure tegen de inhoud van het advies is immers niet mogelijk, terwijl ook een procedure tegen het niet door een bestuursorgaan aangaan van een vastgoedtransactie een moeilijk haalbare vordering lijkt te zijn.

Voor wat betreft het zakelijk samenwerkingsverband zal de jurisprudentie uit moeten wijzen in welke gevallen het nog relevant is dat een betrokkene in het verleden in een zakelijk samenwerkingsverband met een derde heeft gestaan. Mogelijk is dat aansluiting wordt gezocht bij de toelichting die de minister heeft gegeven, ondanks dat de Wet Bibob breder is geformuleerd. In een wereld waarin vastgoedpartijen in relatief veel verschillende samenwerkingsverbanden opereren, zoals bijvoorbeeld bouw- en ontwikkelcombinaties, zal de wetswijziging in ieder geval een grote administratieve last voor de betrokkenen kunnen betekenen. Daarbij bestaat het risico dat een oude samenwerking mogelijk over het hoofd wordt gezien. Dit kan ten onrechte tot argwaan leiden bij het bestuursorgaan omtrent de integriteit van de betrokkene, wat uiteindelijk kan resulteren in een negatief Bibob advies.