

# De functioneel dader als overtreder in het bestuursrecht

ABRvS sluit aan bij HR en CbB

Thomas Sanders<sup>1</sup>

In twee uitspraken van 31 mei 2023 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak besloten om het strafrechtelijke leerstuk van het functioneel ouderschap in het bestuursrecht te importeren. De Afdeling houdt ‘toerekening’ in naam in ere, maar voortaan heeft te gelden dat als de beoogd overtreder zelf niet fysiek heeft gehandeld, hij de overtreding pas toegerekend kan krijgen als voldaan wordt aan de criteria van de Hoge Raad voor functioneel ouderschap. Dat leek in eerste instantie een aardverschuiving in het handhavingsrecht, maar op basis van de eerste uitspraken van de Afdeling onder de nieuwe lijn kan worden betwijfeld of deze tot echt andere uitkomsten gaat leiden. Op de keper beschouwd is de wijziging in de rechtspraak precies wat de Afdeling ook al zei dat het is: een nuancering, geen aardverschuiving.

**W**ie is er overtreder in het bestuursrecht? Tot voor kort kon je die vraag bij zaken die vallen onder de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) grofweg beantwoorden met (1) diegene die de verboden gedraging fysiek verricht en (2) ‘iedereen anders die er wat mee te maken heeft’. Veel nauwkeuriger dan dat werd het niet. Dat kwam omdat de Afdeling de wat vage figuur van de ‘toerekening’ hanteerde. Dat leerstuk hield in dat iemand die de overtreding zelf niet (fysiek) pleegde de overtreding toegerekend kon worden. Onder welke omstandigheden toerekening kon was wat onduidelijk. Toerekening hield in de praktijk onder meer in dat de eigenaar van een onroerende zaak in de regel aan te spreken was voor het gebruik daarvan door een huurder. Ook kon een bedrijf als overtreder worden aangesproken voor het handelen van de brandweer ter bestrijding van een brand bij zijn bedrijf. Dat leverde maatschappelijk gewenste resultaten op (de vervuiler/verantwoordelijke betaalt) maar leidde tot nogal wat gefronste wenkbrauwen in de wetenschap. Het was immers moeilijk vol te houden dat het bedrijf heel veel zeggenschap had over de handelwijze van de brandweer, zodat het neerkwam op een soort risicoaansprakelijkheid die niet zonder meer volgde uit de Awb. Ook A-G Wattel keek op 15 februari 2023 met streng gefronste wenkbrauwen richting de Afdeling.<sup>2</sup> De toerekening volgt immers

niet uit de Awb en wijkt bovendien af van het strafrechtelijke leerstuk van het functioneel ouderschap. Dat was nu juist niet de bedoeling van de wetgever, aldus A-G Wattel. De wetgever beoogde dat het bestuursrechtelijke overtredersbegrip zou aansluiten bij het strafrechtelijke ouderschap: tijd voor verandering dus!

In twee uitspraken van 31 mei 2023<sup>3</sup> heeft de Afdeling besloten om – in navolging van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (‘CbB’) – het strafrechtelijke leerstuk van het functioneel ouderschap te importeren. De Afdeling houdt de ‘toerekening’ in naam in ere, maar voortaan heeft te gelden dat als de beoogd overtreder zelf niet fysiek heeft gehandeld, hij de overtreding pas toegerekend kan krijgen als voldaan wordt aan de criteria van de Hoge Raad voor functioneel ouderschap. Die criteria zijn bij natuurlijke personen de zogenaamde *IJzerdraad*-criteria en bij rechtspersonen de *Drijfmet*-criteria. Dat is een feest voor de rechtseenheid en het geeft de praktijk

#### Auteur

1. Mr. dr. T.N. Sanders is advocaat en partner bij AKD benelux lawyers en beheert de website [www.handhavingsrecht.nl](http://www.handhavingsrecht.nl).

#### Noten

2. Conclusie A-G Wattel 15 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:579.  
3. ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067 en ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071.



## Zoek de verschillen

iets meer duidelijkheid, maar helaas is niet alles nu opeens rozengeur en maneschijn.

In dit artikel neem ik je mee in hoe het overtrederschap in het bestuursrecht er na 31 mei 2023 uitziet, bespreek ik de uitspraken en de nieuwe lijn van de Afdeling en kijk ik naar de eerste oogst na de uitspraken van 31 mei 2023. Het *NJB* heeft ook lezers die niet even verliefd zijn op het bestuursrechtelijke handhavingsrecht als ik. Daarom geef ik eerst in onderdelen een en twee nog de nodige context, zodat je de discussie goed kunt volgen, maar als je thuis bent in het handhavingsrecht kun je gewoon doorbladeren naar onderdeel drie.

### 1. Achtergrond: het bestuursrechtelijke handhavingsrecht

Overtredingen die niet ernstig genoeg zijn om strafrechtelijk aan te pakken, worden veelal via het bestuursrechtelijke handhavingsrecht aangepakt. In theorie tenminste. In de praktijk is het zo simpel niet, omdat het bestuursrechtelijke handhavingsrecht zich ook richt op ernstige overtredingen zoals milieuvuiling, consumentenbedrog en gevaarlijke gebouwen. Het strafrecht kan zich andersom ook bezighouden met pietluttigheden zoals wildplassen. Het bestuursrechtelijk handhavingsrecht komt in twee smaken: bestraffend en herstellend. Bestraffend is (je raadt het al) bedoeld om te bestraffen. Herstellend is enkel bedoeld om de overtreder te bewegen om de recht-

matige toestand te herstellen of te behouden. Bestrafen doet de overheid doorgaans met een bestuurlijke boete<sup>4</sup> en herstellen met een last onder dwangsom<sup>5</sup> of bestuursdwang.<sup>6</sup>

Het bestuursrechtelijke handhavingsrecht kenmerkt zich door (ten opzichte van het strafrecht) relatieve eenvoud. Zo zal de vraag of een regel voor iemand geldt (het 'normadressaat') doorgaans geen discussie opleveren in het bestuursrecht. Bestuursrechtelijke normen richten zich vaak tot eenieder.<sup>7</sup> Schuld of opzet is verder maar zelden bestanddeel van de norm. Als het al een bestanddeel is, dan gaat het hooguit om kleurloos opzet (dat wil zeggen: opzet op de gedraging, en niet op de onrechtmatigheid).<sup>8</sup>

Een ander kenmerk is dat het bestuursrechtelijke handhavingsrecht een minder sterke positie geeft aan de overtreder. Dat geldt met name bij herstelsancties. Bij herstelsancties hoeft de overheid de overtreding namelijk niet te 'bewijzen', maar enkel 'aannemelijk' te maken.<sup>9</sup> Niemand weet wat die maatstaf precies inhoudt,<sup>10</sup> maar feitelijk lijkt het te betekenen dat de overheid moet aantonen dat het waarschijnlijker is dat je de overtreding hebt gepleegd, dan dat je de overtreding niet hebt gepleegd.<sup>11</sup> Dat aannemelijk maken, mag de overheid doen met alle middelen. Er geldt namelijk geen formeel bewijsrecht.<sup>12</sup> Het is zelfs mogelijk dat de overheid onrechtmatig verkregen bewijs gebruikt om te handhaven. Pas als het gebruik daarvan 'zozeer indruist' tegen wat van een behoorlijk handelend overheid mag worden verwacht, is bewijsuitsluiting aan de orde.<sup>13</sup> Artikel 6 EVRM zal de overtreder niet baten, omdat dat alleen maar geldt bij een 'criminal charge'. Herstelsancties zijn dat in de regel niet.<sup>14</sup> Tot slot: de opgelegde herstelsancties kunnen zeer fors zijn. Veel forser dan de mogelijke strafrechtelijke boete. Dat wordt acceptabel geacht omdat het bij dwangsommen primair

**Het bestuursrechtelijk handhavingsrecht komt in twee smaken: bestraffend en herstellend**

om het voorkomen/herstellen van de overtreding gaat. Daarbij heeft de overtreder (anders dan bij een boete) altijd nog een kans om te voorkomen dat hij de dwangsom daadwerkelijk zal moeten gaan betalen. Je krijgt dus altijd nog een laatste kans.

Pas op het moment dat sprake is van een bestuurlijke boete, ziet het speelveld er wat beter uit voor de overtreder. Dan maakt hij aanspraak op de waarborgen van artikel 6 EVRM,<sup>15</sup> kan er eerder sprake zijn van bewijsuitsluiting,<sup>16</sup> zijn schuld en verwijtbaarheid essentiële aspecten voor het bepalen of een straf moet worden opgelegd,<sup>17</sup> en moet de overheid niet aannemelijk maken, maar bewijzen.<sup>18</sup> Ook daar geldt echter dat het normadressaat ruim is, dat schuld of opzet doorgaans geen bestanddeel van de norm is (en als het dat al is, dat het dan om kleurloos opzet gaat) en dat er geen formeel bewijsrecht geldt.

## Voor een rechtsgebied met een wat wollig imago is handhaving in het bestuursrecht verrassend meedogenloos

Voor een rechtsgebied met een wat wollig imago is handhaving in het bestuursrecht verder ook verrassend meedogenloos ten aanzien van de vraag of er gehandhaafd moet worden. Met ijzeren vuist wordt alles van het ruimtelijk ordeningsrecht tot het economisch bestuursrecht bij herstellende sancties geregeerd door het uitgangspunt dat regels er niet voor niets zijn en dat ze actief gehandhaafd moeten worden (de 'beginselplicht tot handhaving').<sup>19</sup>

Deze achtergrond leidt ertoe dat in het bestuursrecht de burger bij herstelsancties in hoge mate verantwoordelijk wordt gehouden voor overtredingen die in zijn sfeer plaatsvinden. Huis te goeder trouw gekocht met een illegaal gebouwde uitbouw? Pech gehad, afbreken maar. Heeft iemand een afvalzak met jouw adresgegevens erin verkeerd aangeboden? Pech gehad, de opruimkosten komen voor jouw rekening. Is de schuur bij je boerderij door blikseminslag in brand gevlogen en

is daardoor asbest over de omgeving verspreid? Pech gehad: opruimen maar.

De impliciete rechtvaardiging voor die strenge opstelling bij herstelsancties is dat burgers bij een herstelsanctie niet worden gestraft voor wat er al is gebeurd, maar enkel worden bewogen om de onrechtmatige situatie te beëindigen of te voorkomen. Het gaat er dus niet om of jij als overtreder nu wel of niet iets fout hebt gedaan in het verleden (dan wel of jou een verwijt te maken valt), het gaat erom dat de overtreding rechtgezet moet worden of dat voorkomen wordt dat het nog een keer mis gaat. In het bestuursrechtelijke handhavingsrecht heeft een overtreder vaak al een kans gekregen en krijgt hij een nog laatste kans voordat hij echt gevolgen gaat ondervinden.

Bij bestraffende sancties ligt dat natuurlijk anders. Als jou geen verwijt valt te maken, dan geldt ook in het bestuursrecht dat er geen straf kan worden opgelegd. De beginselplicht tot handhaving geldt verder niet bij bestraffende sancties. Bij bestraffende sancties geldt dat het bestuursorgaan beleidsruimte heeft bij de keuze of het in het concrete geval opportuun is om te bestraffen.<sup>20</sup>

In zoverre is het bestuursrechtelijke handhavingsrecht een januskop. Aan de ene kant de herstelsanctie, en aan de andere kant de bestraffende sanctie. Bij herstellende sancties is het eerder te rechtvaardigen dat iemand wordt aangeschreven voor een overtreding dan bij bestraffende sancties. Het vreemde is alleen dat wij in het bestuursrecht in artikel 5:1 Awb maar één overtreddersbegrip kennen. Formeel kan je dus niet zeggen dat iemand wél overtreder is bij een overtreding waar een herstelsanctie opgelegd kan worden, maar niet bij een bestraffende sanctie, ook al is dat nog zo wenselijk. Over dit vraagstuk en deze worsteling gaat dit artikel.

### 2. Wie is er overtreder in het bestuursrecht?

Artikel 5:1 lid 2 Awb definieert 'overtreder' als: '*degene die de overtreding pleegt of medepleegt*'. Artikel 5:1 lid 3 Awb bepaalt dat een overtreding kan worden begaan door zowel natuurlijke personen als rechtspersonen. In diezelfde bepaling wordt artikel 51 Sr van overeenkomstige toepassing verklaard. In artikel 51 lid 2 Sr is bepaald dat ook tegen diegenen die '*tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede (...) die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging*' handhavend kan worden opgetreden. In artikel 51 lid 3 Sr is verder bepaald dat met de rechtspersoon gelijkgesteld wordt: '*de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doel-*

4. Art. 5:40 Awb.

5. Art. 5:32 Awb.

6. Art. 5:21 Awb.

7. Waarmee niet gezegd is dat specifieke normadressaat niet voorkomt: zie bijvoorbeeld art. 13 Wet bodembescherming. Zie uitgebreider: T.N. Sanders, *Handboek*

*toezicht, handhaving en invordering*, Den Haag: Boom 2022, p. 44 e.v.

8. Zie voor een schaarre uitzondering: de Wet natuurbescherming (bijvoorbeeld art. 3:1 lid 2

Wnb): '*Het is verboden opzettelijk nesten, rustplaatsen en eieren van vogels als bedoeld in het eerste lid te vernielen of te beschadigen, of nesten van vogels weg te nemen.*'

9. ABRvS 8 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1103.

10. Zie daarover meer in T.N. Sanders, 'De bewijsmaatstaven in het handhavingsrecht: wat houden "aannemelijk maken" en "bewijzen" eigenlijk in?', *Tijdschrift voor Toezicht* 2023, nog te verschijnen.

11. In common law jurisdicties spreken ze in het civiele recht over de '*balance of probabilities*' voor dit soort maatstaf.

12. Y.E. Schuurmans, 'Algemene regels van bestuursrechtelijk bewijsrecht', *ABKlassiek*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 32.1.

13. CRvB 1 juni 2016,

ECLI:NL:CRVB:2016:1943.

14. ABRvS 27 februari 2019,

ECLI:NL:RVS:2019:627.

15. ABRvS 21 oktober 2020,

ECLI:NL:RVS:2020:2469.

16. ABRvS 27 juni 2018,

ECLI:NL:RVS:2018:2115, AB 2018/343, m.nt. R. Stijnen.

17. Art. 5:41 Awb.

18. ABRvS 20 maart 2019,

ECLI:NL:RVS:2019:871.

19. ABRvS 17 april 2019,

ECLI:NL:RVS:2019:1216.

20. ABRvS 30 juni 2021,

ECLI:NL:RVS:2021:1407.

vermogen'. Artikel 5:1 lid 3 Awb bevat een limitatieve opsomming van entiteiten die overtreder kunnen zijn. Als een entiteit wordt aangeschreven die niet op deze lijst voorkomt, dan kan zij reeds daarom niet worden aangeschreven.<sup>21</sup> Bij de bijzondere wet kan op dit punt overigens wel worden afgeweken van de Awb.<sup>22</sup>

Het overtredersbegrip in het bestuursrecht is op veel vlakken gelijk getrokken met het strafrecht, zij het dat het onderscheid daderschap/deelnemingsvormen niet zo expliciet terugkomt in het bestuursrecht als in het strafrecht. Verder zijn bepaalde deelnemingsvormen (medeplichtigheid, uitlokken en doen plegen) uit het strafrecht niet in het bestuursrecht overgenomen. Daar was volgens

## Het was de kennelijke intentie van de wetgever dat het bestuursrechtelijke overtredersbegrip het strafrechtelijke daderschap nauw zou volgen

de wetgever geen behoefte aan. A-G Wattel heeft in zijn conclusie van 15 februari 2023<sup>23</sup> uitputtend uiteengezet hoe de wetgever de verhouding bestuursrecht/strafrecht voor zich zag, dus dat ga ik hier niet dunnetjes over doen. Ik zou het echter zo willen samenvatten dat het de kenne-

lijke intentie van de wetgever was dat het bestuursrechtelijke overtredersbegrip het strafrechtelijke daderschap nauw zou volgen.<sup>24</sup>

Samengevat kent het bestuursrecht dus de volgende overtreders:

- **pleger** – ‘diegene die de verboden handeling fysiek verricht’;
- **medepleger** – diegene die in ‘een nauwe en bewuste samenwerking met een ander of anderen’ de overtreding begaat;
- **opdrachtgever** – diegene die opdracht geeft tot het plegen.
- **feitelijk leidinggever** – de leidinggevende van een rechtspersoon die ‘hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden, maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen’;
- **functioneel dader** – diegene die zelf de verboden handeling niet fysiek heeft verricht, maar aan wie de handeling is toe te rekenen.

De uitspraken van 31 mei 2023 gaan over de laatste categorie: het functioneel daderschap. Hier had de Afdeling tot voor kort een eigen koers, afwijkend van die van het CBB. Het CBB volgde de rechtspraak van de Hoge Raad over het functioneel daderschap. Daar wilde de Afdeling niet aan, maar nu dus wel. De Afdeling is in de uitspraak van 31 mei 2023 alsnog aangesloten op het CBB en de

Vorm	Gezamenlijke maatstaf	Afdeling	CBB	HR
Plegen	NVT	‘diegene die de verboden handeling fysiek verricht’ RVS:2022:509	‘degene die door zijn fysieke handelingen de bestanddelen van het delict vervult’ CBB:2021:137	degene die zelf alle bestanddelen van het delict vervult, waarbij hij de delictsgedraging eigenhandig (‘fysiek’) verricht <sup>25</sup>
Medeplegen	‘een nauwe en bewuste samenwerking met een ander of anderen’	RVS:2017:2394	CBB:2021:854	HR:2016:1316
Functioneel dader (natuurlijk persoon)	Beschikkingmacht + aanvaarding	RVS:2023:2071	CBB:2014:200	HR:1954:3 (Ijzerdraad)
Functioneel dader (rechtspersoon)	Redelijke toerekening ≈ WNDB <sup>26</sup> criteria	RVS:2023:2067	CBB:2016:6	HR:2003:AF7938 (Drijfmest)
Feitelijk leiding geven	‘indien de desbetreffende functionaris, hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden, maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen’	RVS:2016:1065	CBB:2017:14	HR:1986:AC9607 (Slavenburg II)

Hoge Raad. Op het functioneel daderschap ga ik in onderdeel 3 nader in.

Hierna som ik de maatstaf per vorm van overtrederchap op en verwijs ik naar de relevante uitspraken. Al met al, na 31 mei 2023 best een harmonieus beeld. Zowel de Afdeling als het CBb sluiten namelijk grotendeels aan bij de rechtspraak van de Hoge Raad als strafrechter.

De oplettende lezer zal gelijk hebben gezien dat de opdrachtgever als overtreder hier niet tussen staat. Dat heeft te maken met het feit dat deze figuur in de praktijk niet voorkomt in het bestuursrecht. Er zijn wel (zeldzame) oudere voorbeelden,<sup>27</sup> maar in de afgelopen decennia is het zijn van (vermoedelijk) opdrachtgever met name een factor die een rol kan spelen in de toerekening van een overtreding aan een functioneel dader.<sup>28</sup>

### 3. Het functioneel daderschap en de toerekening voor 31 mei 2023

De uitspraken van 31 mei 2023 draaien om het functioneel daderschap. Het functioneel daderschap is een koeplterm voor die gevallen waarin iemand:

*‘niet persoonlijk in fysieke zin de delictsgedraging heeft verricht, [maar] niettemin als dader kan worden aangemerkt omdat hij voor de gedraging verantwoordelijk is. De eigenaar van een bakkerij heeft – vanachter zijn bureau – gebakken, de aannemer heeft zonder noemenswaardige fysieke inspanning een huis gebouwd.’<sup>29</sup>*

Het functioneel daderschap is een strafrechtelijk leerstuk dat in het bestuursrecht is overgenomen.

De Hoge Raad heeft voor natuurlijke personen in het *IJzerdraad*-arrest bepaald dat iemand verantwoordelijk kan worden gehouden voor andermans gedraging als de persoon kon beschikken over of de gedraging plaats zou vinden en als de persoon heeft aanvaard (bijvoorbeeld door niet in te grijpen) dat de gedraging plaats zou vinden.<sup>30</sup>

Voor het functioneel daderschap van rechtspersonen heeft de Hoge Raad criteria geformuleerd in het *Drijfmest*-arrest.<sup>31</sup> In het *Drijfmest*-arrest oordeelde de Hoge Raad dat een rechtspersoon verantwoordelijk is als het redelijk is om de handeling toe te rekenen aan de rechtspersoon (de leer van de redelijke toerekening). Dat is in beginsel het geval als de handeling in de ‘sfeer van de rechtspersoon’ plaatsvindt. Een handeling vindt plaats in de sfeer van de rechtspersoon bij de volgende indicatieve (niet cumulatieve of limitatieve) criteria:

- (1) het moet gaan om fysiek handelen van iemand die werkzaam is voor de rechtspersoon;
- (2) de gedraging moet passen in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon;
- (3) de gedraging is ten bate van de bedrijfsvoering van de rechtspersoon geweest;
- (4) de rechtspersoon kon beschikken over of de gedraging plaats zou vinden en heeft het aanvaard (bijvoorbeeld door niet in te grijpen).

Dit noem ik ook wel de WNDB-criteria: Werkzaam, Normale bedrijfsvoering, Dienstig, Beschikken en aanvaarden. Daarbij hanteer ik het (erg bestuursrechtelijke) ezelsbruggetje ‘WaarNemenD Burgemeester’.

De Afdeling moest tot 31 mei 2023 niets hebben van deze rechtspraak van de Hoge Raad en voer daarin haar eigen koers: de toerekeningsleer. De Afdeling hanteert de volgende standaardoverweging over het overtredersbegrip:

*‘Ingevolge artikel 5:1, tweede lid, van de Awb wordt onder overtreder verstaan degene die de overtreding pleegt of medepleegt. Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling is overtreder in de eerste plaats degene die de verboden handeling fysiek verricht. Daarnaast kan in bepaalde gevallen degene die de overtreding niet zelf feitelijk begaat, maar aan wie de gedraging is toe te rekenen, voor de overtreding verantwoordelijk worden gehouden en derhalve als overtreder worden aangemerkt.’*

In de laatste zin zit de toerekeningsleer verpakt, die wel veel leek op het functioneel daderschap. Daar waar het CBb echter al jaren nauw aansluit bij de Hoge Raad, koos ‘de Afdeling meer een eigen lijn [...]. althans, eigen bewoordingen’.<sup>32</sup> De Afdeling vermeed daarbij nauwgezet de strafrechtelijke *IJzerdraad*- en *Drijfmest*-criteria en sprak nadrukkelijk over ‘toerekening’ en niet over ‘functioneel daderschap’. Over de precieze mate waarin de Afdeling (naast afwijkende bewoordingen) ook inhoudelijk een andere lijn had, bestaat wat verschil van inzicht.<sup>33</sup> In ieder geval geldt dat, in de subtiële woorden van A-G Wattel, de rechtspraak van de Afdeling ‘niet op concordantie’ met de rechtspraak van het CBb en de Hoge Raad wees.<sup>34</sup> Voor de details van waar die rechtspraak precies afweek van de strafrechtelijke rechtspraak verwijs ik – naast het proefschrift van Bleeker<sup>35</sup> – naar het artikel van Kortmann en mijn (op het punt van het functioneel daderschap meteen

21. ABRvS 26 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:598.

22. HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:508, BNB 2021/84, m.nt. F.J.P.M. Haas.

23. Conclusie A-G Wattel 15 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:579.

24. Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr. 3, p. 77.

25. J. De Hullu, *Materieel Strafrecht*, Wolters Kluwer, 2018, p. 179.

26. WNDB is een samenvatting van de

*Drijfmest*-criteria: Werkzaam ten behoeve, Normale bedrijfsvoering, Dienstbaar aan en Beschikken en aanvaarden.

27. ABRvS 3 juli 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE4856, AB 2002/311, m.nt. A. van Hall.

28. ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2429.

29. J. De Hullu, *Materieel Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, III.1.4.1 Plaatsbepaling.

30. HR 23 februari 1954,

ECLI:NL:HR:1954:3 (*IJzerdraad*).

31. HR 21 oktober 2003,

ECLI:NL:HR:2003:AF7938 (*Drijfmest*).

32. C.N.J. Kortmann, ‘Meer rechtseenheid

in het overtrederbegrip? Over functioneel daderschap en overtredingen in concernverband’, *NTB* 2017/21. Zie ook: S.M.C.

Nuijten, ‘Functioneel daderschap en feitelijk leidinggevers: de dader in het bestuursrecht’, *Mededingingsrecht in de Praktijk*

2015/195.

33. Zie daarover uitgebreid: T.R. Bleeker, *Milieuaansprakelijkheid van leidinggevers* (diss. Amsterdam VU), 2021, onderdeel II.4.

34. Conclusie A-G Wattel, 15 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:579, r.o. 6.21.

35. T.R. Bleeker, *Milieuaansprakelijkheid van leidinggevers* (diss. Amsterdam VU), 2021.

## Het belangrijkste om hier te onthouden is dat de Afdeling een eigen lijn had waarin overtredingen ogenschijnlijk vrij eenvoudig werden ‘toegerekend’ aan derden

hopeloos verouderd) handboek.<sup>36</sup> Het belangrijkste om hier te onthouden is dat de Afdeling een eigen lijn had waarin overtredingen ogenschijnlijk vrij eenvoudig werden ‘toegerekend’ aan derden. De criteria voor toerekening waren verder niet duidelijk, al is het maar omdat de Afdeling geen criteria formuleerde.

Het bekendste voorbeeld van de toerekening in de praktijk was te vinden bij eigenaren van een onroerende zaak. Was je eigenaar van een onroerende zaak? Dan kon jou bijna alles wat daar gebeurde – behoudens bijzondere omstandigheden – worden toegerekend. Zo overwoog de Afdeling:

*‘dat van de eigenaar van een pand die dat verhuurt, mag worden gevergfd dat hij zich tot op zekere hoogte informeert over het gebruik dat van het verhuurde pand wordt gemaakt. Om niet verantwoordelijk te kunnen worden gehouden voor onrechtmatig gebruik van het door hem verhuurde pand moet de eigenaar aannemelijk maken dat hij niet wist en niet kon weten dat het pand op die manier werd gebruikt.’<sup>37</sup>*

Deze rechtspraak vond brede toepassing. Zo zijn in de rechtspraak overtredingen van artikel 2.1 lid 1 onder c Wabo (strijd met het bestemmingsplan),<sup>38</sup> een APV-verbod op het exploiteren van een prostitutiebedrijf,<sup>39</sup> de Opiumwet,<sup>40</sup> de Brandveiligheidsverordening, artikel 2.1 lid 1 onder d Wabo (brandveilig gebruik)<sup>41</sup> en de Huisvestingswet<sup>42</sup> allemaal toegerekend aan de eigenaar. Van een beperkte toepassing van deze rechtspraak wilde de Afdeling dus niets weten.<sup>43</sup>

Nu kon deze lijn niet altijd op enthousiasme rekenen, maar waar in sommige geledingen regelrechte verontwaardiging over bestond was de toerekening van overtredingen bij brandbluswerkzaamheden.<sup>44</sup> Bij het blussen als gevolg van de brand in een inrichting werden eventuele overtredingen (door de brandweer begaan in de uitvoering van die bluswerkzaamheden) toegerekend aan de exploitant van de inrichting. Zo overwoog de Afdeling bij Chemie-Pack:

*‘Chemie-Pack Nederland B.V. heeft de overtreding van artikel 6.2, eerste lid, van de Waterwet niet zelf begaan, nu niet is gebleken dat zij zelf heeft deelgenomen aan de bluswerkzaamheden die ertoe hebben geleid dat verontreinigd bluswater in het oppervlaktewater is geraakt of anderszins handelingen heeft verricht die daaraan hebben bijgedragen. De overtreding van artikel 6.2, eerste lid, van de Waterwet is aan Chemie-Pack Nederland B.V. toe te rekenen omdat de*

*gevolgen van de bestrijding van de brand moeten worden toegerekend aan het bedrijf ten aanzien waarvan de bluswerkzaamheden zijn verricht. De brandbestrijding in een bedrijf door de brandweer moet in het algemeen worden geacht de gevolgen van die brand te beperken en de gevolgen daarvan kunnen aan het bedrijf worden toegerekend. De stelling dat de bluswerkzaamheden ook ter bescherming van naastgelegen bedrijven en het algemeen belang dienden, leidt niet tot een ander oordeel.’<sup>45</sup>*

Deze situatie laat gelijk zien waarom de Afdeling vermoedelijk niet rechtstreeks aan wilde sluiten op de strafrechtelijke criteria voor functioneel daderschap. Immers, als de Chemie-Pack-casus langs die lat zou worden gelegd, kon bezwaarlijk worden gezegd dat het blussen valt binnen de normale werkzaamheden van Chemie-Pack. Of Chemie-Pack verder nu werkelijk de beschikkingsmacht had over de handelingen van de brandweer, en deze heeft aanvaard, kan net zo goed worden betwijfeld.

De toerekening kon er ook toe leiden dat de Afdeling overtredingen van rechtspersonen toerekende aan de moedervernootschap, maar ook aan zustervernootschappen. Zo werd de overtreding bij de Chemie-Pack-brand begaan door een werknemer van Chemie-Pack B.V. Het onroerend goed was ondergebracht in een separate (zuster)vennootschap: Chemie-Pack Onroerend Goed B.V. Deze maatschappij verhuurde de gronden aan Chemie-Pack B.V. De Afdeling oordeelde in dat geval dat de twee vennootschappen zo nauw verweven waren, dat de overtredingen van de ene vennootschap aan de andere konden worden toegerekend.<sup>46</sup>

### 4. De uitspraken van 31 mei 2023

Met de uitspraken van 31 mei 2023 heeft de Afdeling besloten om zich voortaan te voegen bij het CBb en de Hoge Raad. Een volledige capitulatie is het echter zeker niet. De Afdeling behoudt namelijk haar eigen standaardoverwegingen. Dat geldt zowel voor wat betreft het overtredersbegrip, als voor wat betreft het uitgangspunt dat het de verantwoordelijkheid van de eigenaar is wat er met zijn eigendom gebeurt. De Afdeling *nuanceert* haar rechtspraak. Toerekening aan iemand die de verboden handeling niet zelf fysiek heeft verricht, kan voortaan als wordt voldaan aan de criteria uit het strafrecht voor het functioneel daderschap die de Hoge Raad hanteert. Voor natuurlijke personen gaan voortaan de *IJzerdraad*-criteria gelden. Voor rechtspersonen de *Drijfmest*-criteria.

Wat gelijk opvalt is dat de Afdeling dezelfde standaardoverwegingen als voorheen behoudt. De Afdeling gaat het dus kennelijk nog steeds hebben over ‘toerekening’ en niet over ‘functioneel daderschap’. Ik vind het lastig te plaatsen waarom die keuze is gemaakt. Dat doet weer een beetje af aan de rechtseenheidswinst (zou ik denken). De verklaring die ik daarvoor kan bedenken is dat de Afdeling hiermee impliciet een soort voorbehoud maakt om de strafrechtelijke criteria niet altijd één-op-één uit het strafrecht te gaan importeren. Dus: ‘we sluiten in beginsel aan, maar we noemen het wel nog toerekening en het blijft een apart leerstuk waar wij zelf over gaan’. Dat impliceert dat in naam sprake zal zijn van rechtseenheid, maar in de praktijk zal moeten blijken of dat zich zal

vertalen naar een uniforme lijn van de verschillende rechtscollages. Ik lees het verder als een aankondiging van de Afdeling dat de rechtspraak van voor 31 mei 2023 grotendeels haar waarde zal behouden.

Wat ook opvalt is dat de Afdeling de *Drijf-mest*-criteria anders leest dan A-G Wattel. A-G Wattel ziet de *Drijf-mest*-criteria als cumulatief, maar in r.o. 7.5 zegt de Afdeling nadrukkelijk dat 'niet vereist is dat zich alle of meerdere van de [*Drijf-mest*-criteria] voordoen.' Dat is denk ik een belangrijke vingerwijzing dat de soep bij de Afdeling in ieder geval niet zo heet gegeten gaat worden als hij in de conclusie van A-G Wattel leek te worden opgediend.

Tot slot valt op dat de Afdeling kiest voor een subtiel andere lijn dan het CBb. De Afdeling kiest namelijk voor de lijn: functioneel ouderschap vereist beschikkingsmacht, wat volgens de Afdeling betekent dat de overtreder de overtreding had moeten kunnen voorkomen. De functioneel dader hoeft dus niet de overtreding te kunnen bewerkstelligen.<sup>47</sup> Dat wijkt af van wat het CBb daarover heeft gezegd. Zo overwoog het CBb in 2014 nog:

[h]et gaat [bij de vraag of er beschikkingsmacht is] dan niet om de vraag of iemand in staat is om [de overtreding] te voorkomen, maar of hij in staat is om te bewerkstelligen dat de [overtreding wordt gepleegd].<sup>48</sup>

Deze twee standpunten zijn niet goed met elkaar te rijmen.

Het kan je overigens vergeven worden als je het verschil tussen de twee niet gelijk ziet: erg duidelijk is het verschil niet. De Hullu geeft echter een aardig voorbeeld dat het verschil tussen de twee criteria illustreert. Een burgemeester van een gemeente die moedwillig weigert in te grijpen bij een ernstig milieuvervuilende inrichting, kan de overtreding misschien zelf niet bewerkstelligen, maar hij is wellicht wel in staat om die te voorkomen.<sup>49</sup> Het moeten kunnen bewerkstelligen is dus een beduidend hogere drempel. Daar wil de Afdeling niet aan, terwijl het CBb dat wel eist.

Nu in de kamer van de Afdeling die de uitspraken van 31 mei 2023 deed een raadsheer van de Hoge Raad als Staatsraad in buitengewone dienst zat, lijkt het mij een veilige aanname dat de Afdeling hierin op de lijn van de Hoge Raad zit. Dat betekent dat het CBb dat niet zit. Aangezien het CBb tot dusver de Hoge Raad vrij trouw is gevolgd, sluit ik niet uit dat het CBb zich later alsnog aansluit bij deze lijn.

Het is wat mij betreft echter wel vervelend voor de praktijk dat de Afdeling verwijst naar de CBb-lijnen over

## Wel vervelend voor de praktijk is dat de Afdeling verwijst naar de CBb-lijnen over functioneel ouderschap, maar dan op toch een vrij belangrijk punt wat anders gaat doen

functioneel ouderschap, maar dan op toch een vrij belangrijk punt wat anders gaat doen. Dat impliceert dat de Afdeling en het CBb volledig op één lijn zitten, maar dat zitten ze dus niet. Ik vind het in ieder geval een gemiste kans dat de Afdeling er niet voor heeft gekozen om deze uitspraak door een Grote Kamer te laten doen, maar wellicht heeft dat te maken met het feit dat het vraagstuk van functioneel ouderschap voor de Centrale Raad van Beroep niet zo relevant is (omdat zij vrijwel altijd te maken heeft met natuurlijke personen die zelf handelen of nalaten).

### 5. De praktijk: wie is er nu allemaal functioneel dader bij de Afdeling?

Wat betekent dit nu concreet voor de praktijk? Woorden zijn mooi, maar als Feyenoord-fan ben ik met name benieuwd naar de daden. Is de Afdeling slechts een ander sausje over dezelfde biefstuk aan het gieten, of komt er een wezenlijk ander gerecht op tafel na 31 mei 2023? Eerst bespreek ik de twee uitspraken van 31 mei 2023, daarna ga ik in op de eerste oogst van de nieuwe lijn.

De casus waar de Afdeling zich in de eerste uitspraak van 31 mei 2023 over boog,<sup>50</sup> was een geval waarin een VOF die de Weerselose markt exploiteert (voor de Randstedelingen onder ons: een soort Beverwijkse Bazaar) reclamemateriaal voor de markt gratis beschikbaar stelde aan handelaren en bezoekers van de markt. De handelaren en bezoekers namen dat materiaal mee en brachten het vervolgens ergens aan. Dat aanbrenge(n) mag volgens artikel 2:42 APV niet ('Het is verboden zonder schriftelijke toestemming van de rechthebbende op een openbare plaats of op dat gedeelte van een onroerende zaak dat vanaf de weg zichtbaar is: a. een aanplakbiljet of ander geschrift, afbeelding of aanduiding aan te plakken, te doen aanplakken, op andere wijze aan te brengen of te doen aanbren-

36. C.N.J. Kortmann, 'Meer rechtseenheid in het overtrederbegrip? Over functioneel ouderschap en overtredingen in concernverband', *NTB* 2017/21 en T.N. Sanders, *Handboek toezicht, handhaving en invordering*, Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 49-64.

37. ABRvS 21 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:835.

38. ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:925.

39. ABRvS 5 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3943.

40. ABRvS 19 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2770.

41. ABRvS 23 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2970.

42. ABRvS 21 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:835.

43. ABRvS 5 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3943.

44. Zie bijvoorbeeld de annotatie van

Kortmann & Onrust bij ABRvS 21 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:102, *JM* 2014/35, m.nt. C.N.J. Kortmann & F. Onrust.

45. ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:90, *AB* 2014/144, m.nt. F.R. Vermeer, *JM* 2014/34, m.nt. F. Onrust & C.N.J. Kortmann.

46. ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:102, *AB* 2014/145, m.nt. C.N.J. Kortmann, *JM* 2014/35, m.nt. C.N.J. Kortmann & F. Onrust.

47. ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067.

48. CBb 10 april 2014, ECLI:NL:CBb:2014:117.

49. J. De Hullu, *Materieel Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, III.1.4.1 Plaatsbepaling.

50. ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067.

gen:'). Het reclamebedrijf wordt aangeschreven voor de overtreding en betoogt geen overtreder te zijn. Hij brengt het reclamemateriaal immers niet zélf aan waar dat niet mag.

De Afdeling oordeelt echter dat het reclamebedrijf gewoon overtreder is. De gedraging past in de normale bedrijfsvoering en de gedraging was dienstig aan het bedrijf omdat daarmee de bezoekersaantallen op de markt vergroot zouden kunnen worden. Het reclamebedrijf had de overtreding tot op zekere hoogte kunnen voorkomen (door voorwaarden te stellen aan het gebruik). Dat kon ook redelijkerwijs van haar worden verlangd.

Het valt op dat er maar drie *Drijfmet* (WNDB)-criteria worden afgevinkt bij de toetsing van het overtrederchap in deze zaak. Het ontbrekende criterium hier is dat de overtreding niet is begaan door iemand die werkzaam is voor de rechtspersoon. Dat stond hier dus het overtrederchap niet in de weg.

In de tweede uitspraak<sup>51</sup> ging het over een natuurlijk persoon die zijn woning beschikbaar had gesteld aan een professioneel verhuurder. De eigenaar ging ervanuit dat die beheerder de woning had verhuurd voor permanente bewoning, maar er bleken bij controles 'toeristen' en 'prostituees' in te zitten. Dat is schrikken, zeg, denk je netjes je huis te verhuren, blijkt je bemiddelaar het huis te verhuren aan personen van lichte zeden en (volgens sommige Amsterdammers nog veel erger:) toeristen. Het college van B&W legde daarom een boete op. De Afdeling oordeelt in deze zaak dat een eigenaar in beginsel beschikkingsmacht heeft:

*'[e]n woningeigenaar kan in de regel beschikken over een dergelijk gebruik van zijn woning, ook als hij deze heeft verhuurd. Dat kan hij bijvoorbeeld doen door in een contract bepalingen daarover op te nemen. Ook [appellant] had als eigenaar van de woning in dit opzicht beschikkingsmacht over dat gebruik van de woning.'*

De eigenaar had echter geen indicaties dat de woning niet werd verhuurd voor permanente bewoning:

*'Uit het toezicht dat [appellant] heeft gehouden, was geen aanwijzing af te leiden dat de woning mogelijk aan de woonruimtevoorraad werd onttrokken. Hij ontving maandelijks huur en de woning werd niet aangeboden op verhuurwebsites.'*

Het bestuursorgaan had ook geen bewijs geleverd dat er wel indicaties waren. Daarom oordeelt de Afdeling dat de eigenaar geen functioneel dader is.

De Afdeling heeft inmiddels deze twee uitspraken als volgt samengevat:

*'5.1. De Afdeling is in haar uitspraken van 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067 en ECLI:NL:RVS:2023:2071, ingegaan op de vereisten voor functioneel daderschap. Uit deze uitspraken valt af te leiden dat als overtreder kan worden aangemerkt degene in wiens machtsfeer de fysieke handelingen liggen waardoor de overtreding is begaan en*

*die voorts die handelingen heeft aanvaard of in het algemeen placht te aanvaarden. Van dit laatste is in beginsel reeds sprake als de overtreder is tekortgeschoten in dat wat redelijkerwijs van hem verwacht mocht worden om wederrechtelijke handelingen te voorkomen.'*<sup>52</sup>

Met andere woorden: beschikken is als het in je 'machtsfeer' plaatsvindt, aanvaarden is het niet betrachten van redelijke zorg. Dat lijkt toch wel aardig op wat er praktisch gebeurde onder de leer van de toerekening. Om iets beter te kunnen duiden of er licht zich tussen de oude en de nieuwe lijn van de Afdeling, kijk ik hierna naar hoe het onder de nieuwe lijn vergaat voor (i) holdings en (ii) eigenaren. Tot slot kijk ik nog vooruit naar een categorie waar over nu nog geen rechtspraak is, maar die wel het meest kwetsbaar is onder de nieuwe lijn: (iii) het toerekenen van het lozen van bluswater door de brandweer bij een brand.

### ***(i) De moedervennootschap (holding) als functioneel dader***

Het zijn van moedervennootschap van een dochtervennootschap wiens werknemers een overtreding plegen leek een spannende situatie op te gaan leveren onder de nieuwe lijn. Immers, alleen maar aandeelhouder/bestuurder zijn, maakt niet dat voldaan wordt aan de WNDB-criteria. Dat leek te worden bevestigd toen de Rechtbank Rotterdam op 16 juni 2023 met een beroep op de nieuwe rechtspraak een last onder bestuursdwang van tafel veegde voor de bestuurder en enig aandeelhouder van een dochtervennootschap wiens onderaannemer zonder vergunning in een talud van de A32 was gaan graven. De rechtbank oordeelde dat de onderaannemer (althans: de werknemer daarvan) de feitelijke handeling had verricht in opdracht van de dochtervennootschap. De holding had de onderaannemer geen opdracht gegeven en hield zich sowieso niet bezig met 'operationele activiteiten', zodat het handelen niet in haar normale bedrijfsvoering paste volgens de rechtbank. Dat de holding bestuurder en enig aandeelhouder was, was dus voor de rechtbank niet genoeg om haar als overtreder aan te merken.<sup>53</sup>

De rechtbank lijkt hier echter iets te voortvarend van start te zijn gegaan, want op 21 juni 2023 volgde de eerste uitspraak van de Afdeling waarin het nieuwe overtrederbegrip werd toegepast bij een holding. De Afdeling oordeelde zonder veel omhaal dat een rechtspersoon die enig bestuurder en aandeelhouder is van de rechtspersoon wiens werknemer de overtreding heeft begaan, gewoon

**Een rechtspersoon die enig bestuurder en aandeelhouder is van de rechtspersoon wiens werknemer de overtreding heeft begaan, is gewoon overtreder**



overtreder is.<sup>54</sup> Daar had de Afdeling niet veel woorden voor nodig en dat komt helemaal overeen met hoe het werkte onder de toerekening. De Afdeling was over hetzelfde onderwerp een paar weken later iets langer van stof, maar nog steeds niet heel uitvoerig. De holding is gewoon aan te spreken als overtreder:

*'7.2. Het staat vast dat Oostappen Groep B.V. enig aandeelhouder is van zowel Habitoflex B.V. als van Oostappen Vakantiepark Marina Beach B.V. Verder staat vast dat Habitoflex B.V. recreatieverblijven op het vakantiepark verhuurt aan onder meer arbeidsmigranten. De Afdeling is, evenals de rechtbank, van oordeel dat Oostappen verantwoordelijk kan worden gehouden voor de overtreding, begaan door die bedrijven (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 30 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3552). Het betoog slaagt niet.'*<sup>55</sup>

Het lijkt er dus niet op dat de Afdeling van plan is om op dit punt een hele andere koers te gaan varen. Terzijde merk ik op dat het CBb dit vraagstuk anders aanvliegt. Het CBb heeft namelijk als vaste rechtspraak dat het zijn van bestuurder en enig aandeelhouder op zichzelf onvoldoende is om functioneel ouderschap aan te nemen.<sup>56</sup> De holding moet bij het CBb dus een vorm van actieve bemoeienis hebben met de dochter. Dat vraagt de Afdeling niet. In zoverre is er in naam wat meer rechtseenheid, maar kijk je goed, dan zit er toch nog een wezenlijk verschil tussen de lijnen van de bestuursrechters – ook na 31 mei 2023.

### **(ii) Eigenaren**

Wat ook een beetje boven de markt hing is of de Afdeling nu echt heel andere dingen ging doen ten aanzien van de eigenaren van onroerend goed. Dat lijkt ook niet het geval te zijn. Het begon al met de Amsterdamse woningeigenaar-zaak van 31 mei 2023. Daaruit bleek gelijk al dat een eigenaar feitelijk altijd beschikkingsmacht zal hebben – eigendom is immers het meest veelomvattende recht op een zaak. Het was dus eigenlijk alleen de vraag onder welke voorwaarden een eigenaar moet worden geacht te 'aanvaarden'. Zou dat een actieve handeling vergen? Of was stilzitten genoeg? Het feit dat de Afdeling in de uitspraak van 31 mei 2023 de standaard rechtspraak over dat een eigenaar overtreder is tenzij hij niet wist, noch behoorde te weten dat de overtreding er was, impliceerde het eerste. Het was echter de vraag of het in de praktijk ook hetzelfde zou gaan uitpakken als vóór 31 mei 2023.

De eerste uitspraak hierover zag op een drugslozing op een terrein waarbij de eigenaar (die dus wel beschikkingsmacht had) weliswaar een hek om zijn perceel had, maar het een groot perceel betrof en een eigenaar die oud en slecht ter been was.<sup>57</sup> Hij had de drugslozing daar-

om niet aanvaard en hij was dus geen functioneel dader, aldus de Afdeling. Uit deze uitspraak worden wij niet heel veel wijzer, omdat dit een situatie was die onder de toerekening vermoedelijk hetzelfde eindresultaat zou hebben gehad.<sup>58</sup> Een volgende uitspraak gaf wel wat meer duidelijkheid. De eigenaar van een woning wiens woning zonder zijn medeweten door zijn huurder in strijd met de bestemming was onderverhuurd aan arbeidsmigranten, werd als functioneel dader aangemerkt.

*'Naar het oordeel van de Afdeling heeft [appellant] het wederrechtelijke gebruik van de woning aanvaard door niet de zorg te betrachten die in redelijkheid van hem kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging.'*<sup>59</sup>

Met andere woorden: eigenaren worden geacht redelijke zorg te betrachten. Doe je dat niet, dan heb je de gedraging aanvaard. Redelijke zorg is in de regel het voorkomen van de overtreding. Dat is alleen anders als de eigenaar niet wist, noch behoorde te weten, dat de overtreding plaatsvond. Dit komt dus neer op hetzelfde als wat gold vóór 31 mei 2023. Eigenlijk is dat ook niet verrassend, aangezien de Afdeling ook in de Amsterdamse woningverhuurder-zaak van 31 mei 2023 dit uitgangspunt herhaalde.

Bij overtredingen van het bestemmingsplan in het bijzonder is het nog de moeite waard om op te merken dat eigenaren hier niet de overtreding wordt toegerekend via het functioneel ouderschap – net zoals vóór 31 mei 2023. Daar gaat het om een 'rechtstreeks' plegen. Dat komt omdat ook het 'laten gebruiken' verboden is op grond van artikel 2.1 lid 1 onder c Wabo, en dat doet de eigenaar zelf.<sup>60</sup> Twee eigenaren (een natuurlijk persoon én een rechtspersoon) werden door de Afdeling zonder veel omhaal aangemerkt als overtreder van het bestemmingsplan omdat zij het perceel lieten gebruiken in strijd met het bestemmingsplan.<sup>61</sup>

### **(iii) Toerekening bij brand**

De voorgaande categorieën lijken dus niet heel andere resultaten op te leveren dan vóór 31 mei 2023. Echter, wat niet is, kan nog komen. Ik kijk dan met name naar de grote graat in de keel van de wetenschap: het toerekenen van

**De voorgaande categorieën lijken dus niet heel andere resultaten op te leveren dan vóór 31 mei 2023. Echter, wat niet is, kan nog komen**

51. ABRvS 31 mei 2023,

ECLI:NL:RVS:2023:2071.

52. ABRvS 28 juni 2023,

ECLI:NL:RVS:2023:2501.

53. Rb. Rotterdam 16 juni 2023,

ECLI:NL:RBROT:2023:5251.

54. ABRvS 21 juni 2023,

ECLI:NL:RVS:2023:2407

55. ABRvS 2 augustus 2023,

ECLI:NL:RVS:2023:2947.

56. CBb 12 mei 2023,

ECLI:NL:CBB:2015:150.

57. ABRvS 21 juni 2023,

ECLI:NL:RVS:2023:2424 – omwille van de

transparantie: in deze zaak trad ik op als

advocaat van de gemeente.

58. ABRvS 27 februari 2019,

ECLI:NL:RVS:2019:622, AB 2019/153,

m.nt. L.J.A. Damen.

59. ABRvS 28 juni 2023,

ECLI:NL:RVS:2023:2501.

60. ABRvS 6 mei 2015,

ECLI:NL:RVS:2015:1458.

61. ABRvS 12 juli 2023,

ECLI:NL:RVS:2023:2705 – omwille van de

transparantie: in deze zaak trad ik op als

advocaat van de provincie.

het lozen van bluswater door de brandweer bij een brand aan het bedrijf waar de brand heeft gewoed. Ook daar is het echter de vraag of die zaken een hele andere uitkomst gaan krijgen.

Het is nu staande praktijk dat de overtreding van artikel 6.2 Waterwet (het lozen zonder vergunning in een oppervlaktewater) wordt toegerekend aan het bedrijf waar de brand heeft gewoed. Dat lozen doet de brandweer echter feitelijk. Van die feitelijke handeling kan je de vraag stellen of de overtreder daarover kan beschikken en dat ook aanvaardt. Ik ben benieuwd wat de Afdeling daarover zal gaan oordelen. Tegelijkertijd, artikel 6.8 Waterwet verbiedt het niet-opruimen van een verontreiniging in een oppervlaktewater. Dat doet de overtreder op zich wel zélf, door niet na de brand het bluswater op te ruimen. Het kan dus heel goed dat hier ook niets gaat veranderen, dan

wel of hetzelfde resultaat via een andere route wordt bereikt. Plus ça change, plus c'est la même chose!

### 6. Conclusie

Met de uitspraken van 31 mei 2023 is de Afdeling in woord een andere koers gaan varen. Diegene die niet fysiek de overtreding pleegt, kan de overtreding voortaan alleen worden toegerekend als voldaan is aan de strafrechtelijke *Ijzerdraad*-criteria (voor natuurlijke personen) en de *Drijfmest*-criteria (voor rechtspersonen). Dat leek een aardverschuiving in het handhavingsrecht, maar op basis van de eerste uitspraken van de Afdeling onder de nieuwe lijn betwijfel ik of deze nieuwe lijn tot wezenlijk andere uitkomsten gaat leiden. Op de keper beschouwd is de wijziging in de rechtspraak precies wat de Afdeling zegt dat het is: een nuancering, geen aardverschuiving. •