

Het begrip ‘functioneel daderschap’ in het bestuursstrafrecht

Een artikelnoot bij de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067 en ECLI:NL:RVS:2023:2071

Gst. 2023/83

1. Inleiding

Toen de Vierde Tranche van de Awb op 1 juli 2009 in werking trad,² was het uitgangspunt dat het bestraffende bestuursrecht niet nodeloos moet afwijken van het strafrecht en daarvan, gelet op artikel 6 EVRM, op een aantal punten ook niet kan afwijken.³ Dit is een terecht uitgangspunt, maar het roept wel de vraag op in hoeverre bestuurlijke herstelsancties dan wel ‘nodeloos’ mogen afwijken van het strafrecht? In dit verband kan bijvoorbeeld worden gewezen op het feit dat de overtreder wel een beroep kan doen op een schulditsluitingsgrond, indien het bestuursorgaan een bestuurlijke boete oplegt (artikel 5:41 Awb), maar dat dit niet mogelijk is, wanneer aan een overtreder een bestuurlijke herstelsanctie wordt opgelegd. Dan rest ‘slechts’ een beroep op een rechtvaardigingsgrond (artikel 5:5 Awb). Zie ook: L.J.J. Rogier, ‘De Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht in werking Twee magische lijnen verschoven’, *NJB* 2009/1198, p. 1560-1566.; A.R. Hartmann & L.J.J. Rogier, ‘Bestuurlijke handhaving in de Vierde tranche Awb’, *NJB* 2004/79, p. 1877-1882. Het onderscheid tussen de bestuurlijke boete en de bestuurlijke herstelsancties in termen van geboden rechtsbescherming is al geruime tijd een onderwerp van discussie. In de kern komt de vraag erop neer of alleen ‘verhoogde’ rechtsbescherming moet worden geboden bij de oplegging van een bestuurlijke boete – als bestraffende sanctie – of dat deze ook moet gelden, indien een bestuurlijke herstelsanctie wordt opgelegd.⁴

In deze artikelnoot speelt het onderscheid tussen de bestuurlijke boete en bestuurlijke herstelsancties ook een belangrijke rol. Deze artikelnoot handelt over de uitspraken van de Afdeling op 31 mei 2023, waaruit blijkt dat haar rechtspraak over het begrip ‘overtreder’ in artikel 5:1, tweede lid, Awb, wordt genuanceerd. Zowel ten aanzien van de bestuurlijke boete als voor bestuurlijke herstelsancties wordt aangesloten bij de strafrechtelijke criteria voor functioneel daderschap.

Wij beginnen deze artikelnoot met een beschrijving van de twee casus (ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067 en

ABRvS 31 mei, ECLI:NL:RVS:2023:2071) (paragraaf 2).⁵ Vervolgens worden de twee uitspraken van de Afdeling nader beschouwd (paragraaf 3), waarna een strafrechtelijk perspectief wordt gegeven op de criteria voor functioneel daderschap (paragraaf 4). Wij sluiten af met een slotbeschouwing (paragraaf 5).

2. De beide casus

2.1 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067

In de eerste zaak heeft het college van burgemeester en wethouders bij besluit van 3 april 2019 een last onder dwangsom opgelegd aan appellante. De last is erop gericht dat wordt voorkomen dat opnieuw, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming, reclameobjecten ten behoeve van de Weerselose markt worden geplaatst op openbare plaatsen binnen het grondgebied van de gemeente Enschede of op gedeelten van onroerende zaken die vanaf die openbare plaatsen zichtbaar zijn. Per constatering dat niet aan de last wordt voldaan, verbeurt appellante een dwangsom van € 3.000,00 met een maximum van € 15.000,00.⁶ Appellante exploiteert de Weerselose markt en verhuurt onder meer marktkramen aan handelaren. Zij stelt gratis reclameobjecten aan handelaren en bezoekers van deze markt ter beschikking. Dit reclamemateriaal ligt bij de ingang van de markt en kan worden meegenomen door bezoekers en standhouders die daarin zijn geïnteresseerd. Vooraf is het niet duidelijk wie reclamemateriaal meeneemt en hoe dit wordt gebruikt.⁷ Toezichthouders van de gemeente Enschede hebben meermalen geconstateerd dat reclameobjecten zijn geplaatst ten behoeve van de Weerselose markt, op openbare plaatsen binnen het grondgebied van de gemeente zonder voorafgaande toestemming van de rechthebbende, in dit geval de gemeente Enschede. Dit blijkt uit controlerapporten. Deze plaatsing is in strijd met artikel 2:42, tweede lid, aanhef en onder a, APV Enschede 2009. Op grond van deze bepaling is het 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 een aanplakbiljet of ander geschrift, afbeelding of aanduiding aan te plakken, te doen aanplakken, op andere wijze aan te brengen of te doen aanbrengen. Het

1 Mark Hornman is officier van justitie in opleiding bij het Openbaar Ministerie (AP Oost-Nederland). Benny van der Vorm is universitair docent straf(proces)- en bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht.

2 Besluit van 25 juni 2009 tot vaststelling van het tijdstip van inwerking-treding van de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht en de Aanpas-singswet vierde tranche Awb, *Stb.* 2009, 266.

3 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 6-7, 125.

4 Zie o.m. T. Barkhuysen, ‘Herijking van waarborgen bij bestuurlijke sanc-ties’, *NJB* 2014/136, p. 169.

5 Nadien heeft de Afdeling in die zaak die leidde tot ABRvS 21 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2424, AB 2023/251, m.nt. R. Stijnen, *NJB* 2023/1794 ook aansluiting gezocht bij de strafrechtelijke criteria voor functioneel dader-schap. Deze uitspraak blijft in deze artikelnoot verder buiten beschou-wing.

6 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, r.o. 3.

7 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, r.o. 1.

gaat in dit geval vooral om dubbelzijdige reclameborden die aan palen van verkeersborden worden bevestigd, zogenoemde sandwichborden. De sandwichborden van de Weerselose markt zijn bij het constateren van een overtreding steeds door de betreffende persoon zelf verwijderd.⁸ In hoger beroep wordt door appellante onder andere betoogd dat zij niet kan worden beschouwd als een overtreder in de zin van artikel 5:1 Awb, omdat zij de reclameobjecten niet zelf plaatst dan wel laat plaatsen. De overtreding kan niet aan haar worden toegerekend. Zij kan niet verantwoordelijk worden gehouden voor onrechtmatige plaatsing van de sandwichborden door derden. Zij weet niet wie de reclameobjecten meeneemt en waar die worden geplaatst. Zij kan ook niet als medepleger worden aangemerkt, omdat zij niet nauw en bewust heeft samengewerkt met de feitelijke overtreders bij de plaatsing van de reclameobjecten. Verder bestrijdt zij dat zij beschikkingsrecht heeft en houdt over de reclameobjecten. Alleen om de toezichthouders van de gemeente behulpzaam te zijn, heeft zij met hen afgesproken om reclameobjecten op te halen als de toezichthouders haar op een overtreding wijzen.⁹ De Afdeling ziet zich gesteld voor de vraag of appellante kan worden aangemerkt als functioneel dader van het aanbrengen van de reclameobjecten.¹⁰

2.2 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071

In de tweede zaak heeft het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam aan appellant een bestuurlijke boete opgelegd van € 20.500,00 op grond van overtreding van de Huisvestingsverordening Amsterdam 2016. Appellant is eigenaar van de woning op een adres in Amsterdam. Hij woont sinds 2012 in het buitenland en heeft een professioneel verhuurbedrijf ingeschakeld om de woning voor hem te verhuren. Hij was in de veronderstelling dat de woning sinds 2013 voor permanente bewoning verhuurd werd.¹¹ Op 31 januari 2019 hebben toezichthouders de woning bezocht. Uit het daarvan opgemaakte rapport van bevindingen volgt dat in de woning een Russische vrouw is aangetroffen. Zij verklaarde dat zij de dag daarvoor gearriveerd was. Haar vriend zou een dag later komen. Zij wilden het centrum van Amsterdam zien om daarna door te reizen naar Parijs. Ze wist niet hoe de boeking was gegaan, dat had haar vriend geregeld. In de basisregistratie personen stond al sinds 14 juli 2014 niemand ingeschreven op het adres van de woning.¹² Volgens het college van burgemeester en wethouders is gebleken dat de woning niet voor bewoning werd gebruikt en dus was onttrokken aan de woonruimtevoorraad. Aangezien geen vergunning is verleend, heeft appellant volgens het college in strijd gehandeld met artikel 21, eerste lid, onder a, Huisvestingswet 2014 en is een bestuurlijke boete opgelegd.¹³ In hoger beroep is niet in geschil dat appellant de overtreding niet zelf feitelijk heeft

begaan. Wel aan de orde is of het college appellant terecht als functioneel dader van het onttrekken van de woonruimte aan de bestemming tot bewoning heeft aangemerkt.¹⁴

3. De uitspraken van de Afdeling nader beschouwd

3.1 De toepassing van de strafrechtelijke criteria voor functioneel daderschap door de Afdeling

In beide zaken heeft staatsraad advocaat-generaal Wattel een conclusie genomen.¹⁵ In de kern komt deze conclusie erop neer dat er licht zit tussen de wijze waarop in het bestuursrecht het begrip 'overtreder' en in het strafrecht het begrip 'functioneel daderschap' wordt uitgelegd. De bestuursrechter zou moeten aansluiten bij de uitleg die in het strafrecht aan daderschap wordt gegeven, omdat de wetgever dit zo heeft beoogd. Die is uitgegaan van een uniform overtredersbegrip voor alle sancties, zowel herstelsancties als bestraffende sancties. Naar aanleiding van deze conclusie ziet de Afdeling aanleiding de rechtspraak over de uitleg van het begrip 'overtreder' te nuanceren, waarbij de Afdeling de conclusie onderschrijft dat zowel voor de bestuurlijke boete als voor herstelsancties moet worden aangesloten bij de strafrechtelijke criteria voor functioneel daderschap. Dit geldt voor natuurlijke personen en rechtspersonen.¹⁶

In de zaak die leidde tot ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067 geeft de Afdeling toepassing aan de nog te bespreken 'Drijfmet-criteria'.¹⁷ Uit het *Drijfmet*-arrest van de Hoge Raad blijkt volgens de Afdeling dat niet vereist is dat zich alle of meerdere van de onder a tot en met d vermelde omstandigheden voordoen. Anders dan in de conclusie van de A-G onder meer in overweging 6.7 wordt betoogd, houden de overwegingen van de Hoge Raad niet de eis in dat de overtreder de overtreding moet kunnen 'bewerkstelligen'. Afdoende is dat de overtreder de overtreding tot op zekere hoogte had kunnen voorkomen.¹⁸ Dit verschil in inzicht over de inhoud van de criteria is de reden dat de Afdeling de vraag over het overtrederschap anders beantwoordt dan de A-G.¹⁹ Toepassing van deze criteria brengt de Afdeling tot de conclusie dat appellante willens en wetens het risico aanvaardt dat opnieuw overtredingen worden begaan en appellante terecht als overtreder van het verbod in de betreffende APV is aangemerkt. Het college van burgemeester en wethouders was daarom bevoegd om een last onder dwangsom op te leggen.²⁰

8 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, r.o. 2.

9 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, r.o. 7.

10 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, r.o. 7.1.

11 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071, r.o. 1.

12 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071, r.o. 2.

13 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071, r.o. 3.

14 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071, r.o. 8.

15 Conclusie A-G Wattel 15 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:579, *NJB* 2023/611.

16 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, r.o. 7.3; ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071, r.o. 9.1.

17 HR 21 oktober 2023, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, *NJ* 2006/328, m.nt. P.A.M. Mevis, *AB* 2004/310, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

18 Wanneer daarvan sprake is, is sterk contextgeboden. Algemene regels, anders dan het *Drijfmet*-stramien, kunnen daarvoor niet worden gegeven omdat dit, zoals de Hoge Raad het formuleert, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.

19 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, r.o. 7.5.

20 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, r.o. 7.6.

De Afdeling geeft in de zaak die leidde tot ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071 toepassing aan de eveneens nog te bespreken 'Ijzerdraad-criteria'.²¹ Volgens de Afdeling leidt de toepassing van deze criteria tot het oordeel dat sprake is van beschikkingsmacht van appellant, maar dat niet is voldaan aan het aanvaardingsvereiste.²² Appellant heeft, binnen de mate waarin dat van hem kon worden gevegd, toezicht gehouden op het verhuur van de woning. Nu hem geen signalen van onjuist gebruik bereikten, ook niet vanuit de gemeente, bestond voor hem ook geen aanleiding om meer toezicht te houden dan hij heeft gedaan. Onder de gegeven omstandigheden is niet komen vast te staan dat appellant het onttrekken van de woningruimte door de huurder heeft aanvaard.²³ Appellant is ten onrechte als functioneel dader aangemerkt en het college van burgemeester en wethouders was derhalve niet bevoegd om een bestuurlijke aan hem op te leggen.²⁴ De Afdeling overweegt daarbij nog expliciet dat niet uitgesloten is dat andere betrokkenen, zoals de huurder of het door de verhuurder ingeschakelde verhuurbedrijf, mogelijk wel als overtreder hadden kunnen worden aangemerkt.²⁵

3.2 Een reflectie op de uitspraken van de Afdeling

Het wekt geen verbazing dat beide uitspraken van de Afdeling veel annotatoren hebben geïnspireerd om een noot te schrijven.²⁶ De algemene teneur is dat nuancering van de Afdeling over het begrip 'overtreder' uit artikel 5:1, tweede lid, Awb en het feit dat zowel voor de bestuurlijke boete als voor herstelsancties wordt aangesloten bij de strafrechtelijke criteria voor functioneel daderschap, positief wordt gewaardeerd. Vóór deze uitspraken van de Afdeling hanteerde de Afdeling de volgende standaardformulering: "De overtreder is degene die het desbetreffende wettelijke voorschrift daadwerkelijk schendt." De Afdeling overweegt dat "dat in de eerste plaats degene is die de verboden handeling fysiek verricht; daarnaast kan in bepaalde gevallen degene die de overtreding niet zelf feitelijk begaat, doch aan wie de handeling is toe te rekenen, voor de overtreding verantwoordelijk worden gehouden en derhalve als overtreder worden aangemerkt".²⁷ Volgens Albers leidde de toepassing van de formulering tot een situatie dat de Afdeling zich in het verleden soms wel erg verwijderde van de Ijzerdraad-criteria en de Drijfmest-criteria en dat het aanmerken van een natuurlijk persoon of rechtspersoon als een overtreder soms moeilijk verdedigbaar leek, gelet op deze criteria. Er leek soms meer sprake te zijn van risicoaansprakelijkheid dan van functioneel daderschap.²⁸ Met de aansluiting bij de strafrechtelijke criteria voor functioneel daderschap wordt

in de ogen van Albers ook recht gedaan aan het uitgangspunt dat de Awb-wetgever voor ogen stond bij de invoering van de Vierde Tranche van de Awb.²⁹

Annotatoren Van 't Lam en Nowotny geven aan dat het goed is dat de Afdeling de wens van de Awb-wetgever respecteert en kiest voor rechtseenheid. Het oude toerekeningscriterium was vaag, een cirkelredenering en bood te weinig handvatten om te beoordelen en te motiveren of er sprake is van overtrederschap. Zij geven wel aan dat de toepassing van de Ijzerdraad- en Drijfmest-criteria in de meeste zaken niet tot een andere uitkomst zullen leiden, maar de bestuursrechter kan de beslissing om een (rechts)persoon als overtreder aan te merken wel inzichtelijker maken.³⁰

Annotator Sitsen merkt terecht op dat met deze uitspraken het bestuursrecht steeds meer in lijn komt met het strafrecht. Deze uitspraken zijn evenwel niet zo verstrekkend dat de Afdeling is 'omgegaan', aldus de annotator. Naar de mening van deze annotator zal deze nuancering van de Afdeling met name bestuursorganen extra werk gaan opleveren. Met name de vraag of de vermeende overtreder de van hem of haar te verwachten zorg heeft betracht die kon worden gevegd met het oog op het voorkomen van de gedraging dient daarbij goed onderzocht te worden.³¹

In tegenstelling tot de vorige annotator is annotator Haas wel van mening dat de Afdeling is 'omgegaan'. Het oude toerekeningscriterium was immers in strijd met de bedoeling van de wetgever en met artikel 6, tweede lid, EVRM.³² Naar zijn mening was de nuancering van de Afdeling onvermijdelijk, maar hij heeft wel begrip voor de situatie dat de Afdeling zo lang heeft vastgehouden aan het oude toerekeningscriterium. Gevolg van het uitgaan van een uniform overtredersbegrip is volgens hem dat de bewijslast voor de last onder bestuursdwang, de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete identiek is. De annotator komt tot de conclusie dat deze uitspraken voor het algemeen bestuursrecht van grote betekenis zijn, maar dat dat anders is voor het belastingrecht. In het belastingrecht worden geen bestuurlijke herstelsancties opgelegd en er zijn volgens de annotator geen uitspraken bekend van belastingrechters waar de last te bewijzen geen overtreder te zijn op de belasting- of inhoudingsplichtige werd gelegd.³³ Bezien tegen de achtergrond van de ontwikkelingen in het fiscale bestuursrecht is het overigens jammer dat de Afdeling in haar uitspraken nauwelijks ingaat op de kwestie van bewijslast(verdeling). A-G Wattel doet dat wel uitvoerig. Is die bewijslast gelijk voor punitieve en herstelsancties? Uit een recent arrest van de fiscale kamer van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat hier, anders dan Haas stelt, ruimte is voor divergentie.

21 HR 23 februari 1954, ECLI:NL:HR:1954:3, NJ 1954/378, m.nt. B.V.A. Röling.

22 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071, r.o. 9.2.

23 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071, r.o. 9.4.

24 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071, r.o. 9.5.

25 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071, r.o. 10.

26 Zie ook: O.J.D.M.L. Jansen, 'Minder snel publiekrechtelijk aansprakelijk als functioneel overtreder?', *LTB* 2023/34.

27 Zie o.m. ABRvS 30 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3552, *JBO* 2019/478, m.nt. D. van der Meijden, r.o. 4.1.

28 Zie de vierde opmerking van C.L.G.F.H. Albers onder ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, *JB* 2023/148.

29 Zie de tweede opmerking van C.L.G.F.H. Albers onder ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, *JB* 2023/148.

30 Zie de zesde opmerking van V.M.Y. van 't Lam & N.A. Nowotny onder 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, *M en R* 2023/74.

31 Zie de opmerking van J.M. Sitsen onder ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, *NFR* 2023/992.

32 Zie de derde opmerking van F.J.P.M. Haas onder ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071, *BNB* 2023/107.

33 Zie de vijfde en zesde opmerking van F.J.P.M. Haas onder ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071, *BNB* 2023/107.

De Hoge Raad overweegt dat de tot dan toe gebruikelijke maatstaf 'aannemelijk maken' voor bestuurlijke boetes niet langer volstaat en dat alle bestanddelen van een beboetbaar feit 'buiten redelijke twijfel' moeten komen vast te staan en dus 'overtuigend moeten worden aangetoond'.³⁴ A contrario zou hieruit kunnen worden afgeleid dat bij herstelsancties nog wel genoeg kan worden genomen met 'aannemelijk maken'.³⁵

Het punt van de bewijslast en bewijsmaatstaf wordt ook aangesneden door Stijnen. Als wij hem goed begrijpen, dan lijkt ook hij ruimte voor divergentie te zien. Evident en onomstreden is dat de bewijslast rust op het bestuursorgaan. Volgens Stijnen is de bewijsmaatstaf voor belastende besluiten daarbij identiek aan de maatstaf die voor andere te nemen besluiten geldt, namelijk die van 'aannemelijk maken'. Net als in het strafrecht geldt voor bestuurlijke boetesevenwel een zwaarder criterium.³⁶ Stijnen benoemt die maatstaf niet expliciet, maar dat is voornoemde maatstaf 'buiten redelijke twijfel'. In zijn verder zeer uitgebreide annotatie geeft Stijnen aan dat het terecht is dat de Afdeling afstand neemt van haar oude onbestemde toerekeningscriterium dat zijns inziens neerkomt op een cirkelredenering waarin de verantwoordelijke degene is die verantwoordelijk is.³⁷ Ook is hij het eens met de wijze waarop de Afdeling nu vorm geeft aan het strafrechtelijke leerstuk van functioneel daderschap. Hij staat kritischer tegenover de conclusie van de A-G.³⁸ In de kern komt zijn commentaar erop neer dat de A-G ten onrechte alle criteria op één hoop gooit voor zowel natuurlijke als rechtspersonen.³⁹

4. Een strafrechtelijk perspectief op de toepassing van het begrip 'functioneel daderschap' door de Afdeling

Zoals reeds is gebleken zoekt de Afdeling, in navolging van haar staatsraad advocaat-generaal Wattel, voor de invulling van het overtredersbegrip nadrukkelijk aansluiting bij het strafrecht. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven deed dat eerder ook al.⁴⁰ Tegen die achtergrond verdient de invulling die in het strafrecht aan het functionele daderschap wordt gegeven nadere aandacht.

Vooropgesteld is het begrip functioneel daderschap een diffuus begrip, dat ook in de strafrechtelijke literatuur en jurisprudentie niet altijd eenduidig wordt gehanteerd en mede daardoor nogal eens tot verwarring leidt. Het daarenboven ook nog eens gebruik maken van de eveneens onbestemde

term 'toerekening' draagt evenmin bij aan de gewenste helderheid.⁴¹

De Afdeling lijkt het begrip functioneel daderschap in navolging van het gros van de strafrechtelijke dogmatiek te hanteren voor alle vormen van daderschap, waarbij de overtreder de gedraging niet zelf verricht, maar daar vanwege zijn maatschappelijke hoedanigheid wel de verantwoordelijkheid draagt en dus als overtreder op de overtreding kan worden aangesproken. Hoewel de overtreding feitelijk door een ander wordt begaan, heeft – naast die feitelijke overtreder – ook de functionele dader als overtreder te gelden. Voor zowel het bestuurs- als het strafrecht geldt dat men veelal niet is geïnteresseerd in de toevallige (inwisselbare) feitelijke uitvoerder. De aandacht gaat primair uit naar degene in wiens opdracht of onder wiens gezag de uitvoerder handelt. Dat is de functionele dader, oftewel de dader achter de dader, degene die het achter de schermen daadwerkelijk voor het zeggen heeft en van het handelen van de feitelijke uitvoerder profiteert. Doorgaans is het deze functionele dader aan wie de daadwerkelijke zeggenschap toekomt om de overtreding te beëindigen of om herhaling daarvan in de toekomst te voorkomen. Deze drager van de maatschappelijke verantwoordelijkheid kan zowel een natuurlijk persoon als een rechtspersoon zijn. Voor beide rechtssubjecten geldt strafrechtelijk een ander juridisch beoordelingskader. Bij natuurlijke personen zijn de IJzerdraad-criteria bepalend. Voor rechtspersonen geldt het criterium van de redelijke toerekening, zoals dat is geformuleerd in het *Drijfmest*-arrest en nader wordt ingevuld door een viertal concretiserende omstandigheden.⁴²

De Afdeling is meermaals bekritiseerd, omdat zij in het midden liet op welke gronden zij functioneel daderschap aannam. Om de bestuursrechtjurist meteen uit de droom te helpen, in het strafrecht is dat niet veel beter. Ook daar blijft het veelvuldig gissen naar de exacte onderbouwing van het daderschapoordeel, zeker bij het functioneel daderschap van natuurlijke personen. Dat daderschap wordt slechts zelden expliciet gemotiveerd.⁴³ Dat maakt het daderschapoordeel precair omdat, anders dan bij de fysieke dader, bij de functionele dader veel minder vanzelfsprekend is dat deze ook een machtsrelatie heeft over de feitelijke delictshandelingen. Voor zover die relatie er is, is die indirect. De functionele dader heeft een zekere macht over de fysieke dader en daarmee ook over het gedrag van die dader. Dat

34 HR 3 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:97, BNB 2023/48, m.nt. A.O. Lubbers.

35 Vgl. T.N. Sanders, 'De functioneel dader als overtreder in het bestuursrecht. ABRvS sluit aan bij HR en Cbb', *NJB* 2023, p. 2619-2628.

36 Zie de achtste opmerking van R. Stijnen onder ABRvS 21 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2424, AB 2023/251.

37 Zie de negentiende opmerking van R. Stijnen onder ABRvS 21 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2424, AB 2023/251.

38 Zie de eenendertigste opmerking van R. Stijnen onder ABRvS 21 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2424, AB 2023/251.

39 Zie de vier- en vijftiendste opmerking van R. Stijnen onder ABRvS 21 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2424, AB 2023/251.

40 Cbb 3 juni 2014, ECLI:NL:CBB:2014:200, AB 2015/298, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

41 Dit verwijt tref niet alleen de jurisprudentie van de Afdeling. Ook in de strafrechtelijke dogmatiek is het hanteren van de term 'toerekening' een heet hangijzer. Kernpunt van die kritiek is dat toerekeningsconstructies behelzen dat iemand verantwoordelijk kan worden gehouden voor gedragingen van een ander, terwijl strafrechtelijke aansprakelijkheid alleen voor eigen gedragingen kan bestaan. Zie hierover nader M.J. Hornman, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevenden van ondernemingen. Een beschouwing vanuit multidimensionaal perspectief* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 28-30, met verdere verwijzingen aldaar.

42 HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, NJ 2006/328, m.nt. P.A.M. Mevis, r.o. 3.4.

43 Of dat echt problematisch is, is een tweede. Veelal klinken de criteria impliciet door en is – ook bij functioneel daderschap – vrij duidelijk dat 'de dader het gewoon heeft gedaan'. Vgl. J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 152.

biedt in potentie een solide basis voor ouderschap, maar kent ook risico's. De fysieke dader is en blijft een autonoom rechtssubject en kan ervoor kiezen om instructies op te volgen. Evengoed kan hij die opdrachten negeren of eigen initiatief vertonen, terwijl de functionele dader daar wellicht niet op bedacht was en mogelijk ook niet kon zijn.⁴⁴ De functionele dader heeft 'zijn' fysieke dader niet geheel in de hand. Een zekere begrenzing van dat functionele ouderschap is daarom geboden. Ook het belang van een gedegen (expliciete) motivering van dat ouderschap laat zich tegen die achtergrond goed verklaren.

Voor zover er algemene criteria voor functioneel ouderschap zijn, zijn dat de IJzerdraad-criteria, afkomstig uit het gelijknamige arrest. Dat arrest zag – kort gezegd – op het opzettelijk onjuist invullen en aan de bevoegde instantie doen toekomen van een aanvraagformulier voor een exportvergunning, om vervolgens op basis van de verkregen vergunning over te gaan tot het daadwerkelijk uitvoeren van ijzerdraad. Geen van die gedragingen was feitelijk verricht door de eigenaar van de eenmanszaak die in rechte op dit strafbare feit werd aangesproken. Ook het voor de misdrijfvariant vereiste opzet zou volgens de verdediging niet bij hem aanwezig zijn. De rechtbank is hierover kort: alles dat ondergeschikten in hun dienstbetrekking doen, moet worden geacht door de eigenaar te zijn gedaan. Het hof is subtieler en maakt onderscheid tussen enerzijds het toerekenen van gedragingen van een ander, hetgeen het hof onder omstandigheden toelaatbaar acht, en anderzijds het toerekenen van de door de delictsomschrijving vereiste opzet of schuld, hetgeen het hof afwijst. Dat laatste wordt door de Hoge Raad onderschreven. Opzet of schuld kunnen niet van de ene natuurlijke persoon aan de ander worden toegerekend. Voor zover een delictsomschrijving op bestaandniveau opzet of schuld (voluit: verwijtbare aanmerkelijke onvoorzichtigheid) vereist, zal dit bij de functionele dader zelf aanwezig moeten zijn. Omdat het bestuursrecht louter overtredingen kent, is deze passage voor het bestuursrecht van minder belang. Niettemin ligt in deze overwegingen eveneens besloten dat verwijtbaarheid op elementsniveau bij de functionele dader zelf aanwezig moet zijn. Indien zelfs de geringste vorm van verwijtbaarheid ontbreekt, gaat hij als overtreder vrijuit. Tegenwoordig is dit uitgangspunt gecodificeerd in artikel 5:41 Awb.

Aangaande het toerekenen van gedragingen concretiseert de Hoge Raad de omstandigheden waaronder dergelijke toerekening kan worden aangenomen. Volgens de Hoge Raad is dat het geval, indien de functionele dader over het plaatsvinden van de gedragingen kon beschikken en hij deze gedragingen heeft aanvaard of placht te aanvaarden, waarbij dat laatste een zekere uitbreiding geeft aan het eerste. Aanvaarding hoeft dus niet expliciet te zijn en kan ook volgen uit de feitelijke gang van zaken binnen de onderneming. In het kader van beide criteria spreekt NJ-annotator B.V.A. Röling vrij verhelderend over het 'kunnen ingrijpen'

en het 'blijkbaar billijken'.⁴⁵ In het veel later gewezen *Drijf-mest*-arrest (over het ouderschap van rechtspersonen) heeft de Hoge Raad aan het aanvaardingsvereiste een cruciale uitbreiding gegeven. Waar voorheen aanvaarding werd gezien als een vorm van voorwaardelijk opzet, moet na het *Drijf-mest*-arrest eveneens onder aanvaarding worden begrepen "het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid (...) kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging".⁴⁶ In 2015 heeft de Hoge Raad expliciet bevestigd dat deze ruimere invulling van het aanvaardingsvereiste ook geldt voor het functionele ouderschap van natuurlijke personen.⁴⁷ Met deze verruiming creëert de Hoge Raad een zorgplicht voor de functionele dader. Hij is – binnen de grenzen van redelijkheid – gehouden om al die maatregelen te treffen die nodig zijn om de overtreding te voorkomen. Doet hij dat niet, dan schiet hij tekort in zijn zorgplicht en is de verwijtbaarheid van dat handelen gegeven. Een beroep op het ontbreken van verwijtbaarheid ex artikel 5:41 Awb, omdat de functionele dader alles zou hebben gedaan dat in redelijkheid van hem kon worden gevergd om de overtreding te voorkomen, vormt daarmee – anders dan A-G Wattel stelt⁴⁸ – een directe betwisting van het overtreder-schap. Als de rechter oordeelt dat de functionele dader aan zijn zorgplicht heeft voldaan, dan is voor toerekening geen ruimte meer. Wat in redelijkheid van de functionele dader kan worden gevergd, is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval en wordt mede gekleurd door de strafbepaling in kwestie en het in het geding zijnde rechtsgoed. Evident is dat de enkele omstandigheid dat aan het treffen van bepaalde voorzorgsmaatregelen hoge kosten zijn verbonden, nog niet maakt dat die maatregelen in redelijkheid niet kunnen worden gevergd, ook niet als die de continuïteit van de onderneming bedreigen. Van een ondernemer mag immers worden verwacht dat hij zich niet begeeft in een situatie waarvan hij weet dat hij die niet aankan. Doet hij dat toch, dan schendt hij de zorgvuldigheidsnorm en is de stap naar aanvaarden snel gezet.

Om tot aanvaarding te kunnen komen, moet allereerst worden vastgesteld dat de functionele dader over de gedragingen van de fysieke dader kon beschikken. Beschikking-macht impliceert daarmee een vorm van zeggenschap. Niet zozeer in juridische, maar vooral in feitelijke zin, al is dat eerste veelal een voorwaarde voor het laatste. Gritter heeft het in dit kader over het innemen van een zodanige (hierarchy) positie ten opzichte van de feitelijke pleger dat de functionele dader deze, binnen bepaalde grenzen, kan 'terugfluiten' en daarmee het (verder) plaatsvinden van de verboden gedraging kan verhinderen.⁴⁹ Het moet gaan om

44 Vgl. A. Postma, *Opzet en toerekening bij medeplegen. Een rechtsvergelijkend onderzoek* (diss. Groningen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2014, p. 262-264.

45 Zie de annotatie van B.V.A. Röling onder HR 23 februari 1954, ECLI:NL:HR:1954:3, NJ 1954/378.

46 HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, NJ 2006/328, m.nt. P.A.M. Mevis (*Drijf-mest*).

47 HR 8 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3487, NJ 2016/23.

48 Conclusie A-G Wattel 15 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:579, onder 6.39.

49 E. Gritter, 'Functioneel plegen door een natuurlijk persoon', in: J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en deelnemen*, Deventer: Wolters Kluwer 2007, p. 20-21.

een reële mogelijkheid tot ingrijpen.⁵⁰ De zeggenschap moet zich voorts uitstrekken over de *verboden wijze* van handelen. Die verboden gedraging is immers de gedraging die wordt toegerekend en dat is het gedrag van de fysieke pleger dat de functionele dader had moeten voorkomen/beëindigen. Dat zeggenschapsvereiste wordt abstract ingevuld, in die zin dat bepalend is of de functionele dader – gelet op zijn feitelijke machtspositie – in zijn algemeenheid invloed kon uitoefenen over het gedrag van de fysieke pleger. Dat de functionele dader in een concreet geval heeft getracht om de fysieke pleger van zijn daad af te houden, maar daarin niet is geslaagd – en dus (achteraf gezien) *in concreto* geen zeggenschap had –, laat de zeggenschap *in abstracto* onaangetaast. Dat is voor beschikkingsmacht afdoende. Wel zijn die pogingen relevant voor de beantwoording van de vraag of de gedraging is aanvaard, hetgeen onder dergelijke omstandigheden niet aannemelijk is. Dat de functionele dader geen weet had van de verrichte gedraging laat de beschikkingsmacht eveneens onverlet. Ook dit raakt enkel aan het aanvaardingsvereiste. Welke (voorzorgs)maatregelen in een gegeven situatie passend en (in redelijkheid) geboden zijn om de gedraging te voorkomen of te beëindigen, wordt immers bepaald door wat de functionele dader wist of redelijkerwijs kon weten/voorzien over de aard, ernst en omvang van de (dreigende) overtreding. Zo oordeelde de Hoge Raad al in 1950 dat een kaarsenverkoopster wier kaarsen zonder haar medeweten door haar procuratiehouder voor een te hoge prijs worden verkocht, daarvoor aansprakelijk is.⁵¹ Dergelijk gedrag was voorzienbaar en had middels goede instructies kunnen worden voorkomen, of in ieder geval had de kans daarop sterk kunnen worden gereduceerd.

De criteria voor daderschap van rechtspersonen zijn door de Hoge Raad geformuleerd in het *Drijfmest*-arrest uit 2003⁵² en vormen sindsdien vaste rechtspraak. Anders dan A-G Wattel onder 7.6 van zijn conclusie stelt, gelden deze criteria, met uitzondering van de IJzerdraad-criteria, niet voor de vaststelling van het functionele daderschap van natuurlijke personen. De Hoge Raad houdt beide daderschapsvormen strikt gescheiden. In 2016 heeft de Hoge Raad de bewoordingen uit het *Drijfmest*-arrest iets aangepast om duidelijk(er) te maken dat de criteria ook zien op niet-commerciële rechtspersonen.⁵³ Volgens Mevis komt de

benadering van de Hoge Raad neer op een drietrapsraket.⁵⁴ De Hoge Raad stelt voorop (stap 1) dat een rechtspersoon kan worden aangemerkt als dader van een strafbaar feit indien de desbetreffende gedraging *redelijkerwijs* aan hem kan worden *toegerekend*. Deze redelijke toerekening fungeert als 'grondslag' voor het daderschap en vormt ook het overkoepelende eindcriterium: is – alles overziend – toerekening redelijk? Voor de vraag of een (verboden) gedraging in redelijkheid aan een rechtspersoon kan worden toegerekend, kan geen algemene regel worden gegeven. Wel formuleert de Hoge Raad een belangrijk 'oriëntatiepunt' (stap 2) voor toerekening. Volgens de Hoge Raad kan een gedraging die heeft plaatsgevonden dan wel is verricht *in de sfeer van de rechtspersoon* in beginsel in redelijkheid aan de rechtspersoon worden toegerekend. Aan dit oriëntatiepunt wordt nadere invulling gegeven (stap 3) door een viertal 'omstandigheden':

- a. Het gaat om een handelen of nalaten van iemand die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking hetzij uit anderen hoofde werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon.
- b. He gedraging past in de normale bedrijfsvoering of taakuitoefening van de rechtspersoon.
- c. De gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf of in diens taakuitoefening.
- d. De rechtspersoon vermocht erover te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag werd blijkens de feitelijke gang van zaken door de rechtspersoon aanvaard of placht te worden aanvaard, waarbij onder bedoeld aanvaarden mede begrepen is het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging.

In hoeverre aan het door het sfeercriterium gevormde oriëntatiepunt zelfstandige betekenis toekomt, vormt voer voor discussie. Gesteld wordt dat deze (onnodige) tussenschakel kan worden gemist en dat het oriëntatiepunt vooral dient om criteria ontleend aan oudere jurisprudentie onder het hoofdcriterium van de redelijke toerekening te scharen.⁵⁵ Want dat hoofdcriterium is uiteindelijk beslissend. Tegen die achtergrond kan het sfeercriterium overigens ook goed worden begrepen. Het aan een rechtspersoon toerekenen van gedragingen die buiten zijn sfeer hebben plaatsgevonden, zal al snel onredelijk zijn.⁵⁶ Voor toerekening in concernverhoudingen kan dat mogelijk anders liggen. Kristen ziet daar ruimte voor andere oriëntatiepunten.⁵⁷

Bij de 'omstandigheden' die het sfeercriterium nader concretiseren gaat het om enuntiatieve en niet om cumulatieve

50 E. Gritter, *Effectiviteit en aansprakelijkheid in het economisch ordeningsrecht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 219; E. Sikkema, 'De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevend in Nederland', in: E. Sikkema & P. Waeterinckx (red.), *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van leidinggevend – in de economische context – Preadvies voor de jaarvergadering van de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 2010*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 39.

51 HR 31 januari 1950, ECLI:NL:HR:1950:47, NJ 1950/286, m.nt. B.V.A. Röling (Prijzenbeschikking Kaarsen).

52 HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, NJ 2006/328, m.nt. P.A.M. Mevis (*Drijfmest*).

53 HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016/375, m.nt. H.D. Wolswijk (Overzichtsarrest feitelijke leidinggeven). Aan de woorden 'past in de normale bedrijfsvoering' en 'dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf' is het meer neutrale 'taakuitoefening' toegevoegd. In dit arrest geeft de Hoge Raad in r.o. 3.4.2. ook een nadere handreiking over het vaststellen van opzet en schuld bij rechtspersonen. Omdat bestuursrechtelijke overtredingen geen subjectieve bestanddelen kennen, blijven die overwegingen hier onbesproken.

54 Zie de vijfde opmerking van P.A.M. Mevis onder HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, NJ 2006/328.

55 De Hullu 2021, p. 165.

56 M.J. Hornman, 'Concretisering van redelijke toerekening; invulling van de Drijfmestcriteria in de feitenrechtspraak', *DD* 2010/23, p. 385.

57 F.G.H. Kristen, 'Maatschappelijk verantwoord ondernemen en strafrecht', in: *Maatschappelijk verantwoord ondernemen* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2010-1), Deventer: Kluwer 2010, p. 166-167.

criteria, zodat niet vereist is dat aan alle omstandigheden is voldaan.⁵⁸ Niettemin valt daartussen wel een zekere rangorde waar te nemen. Het voldoen aan de eerste en derde omstandigheid – het werkzaam zijn ten behoeve van en het dienstig zijn – worden over het algemeen als een vrij zwakke basis voor toerekening gezien.⁵⁹ Met een zekere voorzichtigheid kan daarentegen wel worden gesteld dat het niet voldoen aan deze omstandigheden een stevige contra-indicatie voor toerekening kan opleveren. Indien de fysieke pleger niet in enige rechtsbetrekking tot de rechtspersoon staat of de rechtspersoon als slachtoffer door het handelen eerder ernstig is benadeeld dan bevoordeeld, dan is een gedegen onderbouwing waarom toerekening toch op zijn plaats is passend.

De tweede en vierde omstandigheid vormen, zeker wanneer zij worden gecombineerd, een solide basis voor toerekening. Als een gedraging past binnen de normale bedrijfsvoering of taakuitoefening van de rechtspersoon en de rechtspersoon niet de zorg heeft betracht die kon worden gevergd om de aan die bedrijfsvoering verbonden voorzienbare risico's te beperken, dan zal toerekening al snel redelijk zijn. Voor wat onder de normale bedrijfsvoering moet worden verstaan, moet naar de feitelijke werkzaamheden worden gekeken. Statutaire doelstellingen bieden een eerste indicatie maar zijn niet doorslaggevend. Zo kan een rechtspersoon die oorspronkelijk als beheersmaatschappij is opgericht maar zich gaandeweg ook in de operationele activiteiten van haar dochteronderneming is gaan mengen, ook op die bedrijfsvoering worden aangesproken. Niettemin moet zeker bij groepsmaatschappijen goed naar de onderlinge verhoudingen worden gekeken. Strafrechtelijke aansprakelijkheid bestaat enkel voor eigen gedragingen. Dat is voor rechtspersonen niet anders; en dat gaat in de praktijk met enige regelmaat mis. Een strafrechtelijke concernaansprakelijkheid bestaat niet. Ook in het strafrecht is men, net als in het civiele recht, terughoudend met vereenzelviging. Moeder en dochter hebben doorgaans ieder een eigen van de ander te onderscheiden bedrijfsvoering.

Het is overigens geen vereiste dat de verboden wijze waarop de gedraging plaatsvindt tot de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon behoort. Van dat verboden karakter mag worden geabstraheerd.⁶⁰ De andersluidende opvatting van A-G Wattel miskent dat.⁶¹ Afdoende is dat de gedraging in zijn algemeenheid onder de bedrijfsvoering van de rechtspersoon kan worden geschaard. Concreet betekent dit dat voldoende is dat het vissen tot de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon behoort en dat niet vereist is dat de verboden wijze van vissen met verkleinde netten daartoe

behoort.⁶² Gritter acht dit ook logisch. Waar gehakt wordt, vallen spaanders. De verantwoordelijkheid daarvoor berust bij degene die opdracht geeft om te laten hakken.⁶³ Dat maakt ook dat eigenmachtig optreden en het negeren van instructies door werknemers niet per definitie aan toerekening in de weg hoeft te staan.⁶⁴ Ook op die omstandigheden moet de rechtspersoon bedacht zijn. Daar komt ook de zorg die in redelijkheid mocht worden betracht om de gedraging te voorkomen om de hoek kijken. Het voert immers te ver om alle gedragingen die werknemers onder werktijd in het kader van hun functie verrichten zonder beperking toe te rekenen.

In het kader van die beperking nemen de hiervoor besproken IJzerdraad-criteria, en dan vooral het aanvaardingsvereiste, een belangrijke plaats in. Evident is dat toerekening redelijk is indien de rechtspersoon niet de zorg heeft betracht die in redelijkheid van hem kon worden gevergd met het oog op het voorkomen van de gedraging.⁶⁵ Des te pregnanter is daarom de vraag welke consequenties er moeten worden verbonden aan de constatering dat de rechtspersoon wel alles heeft gedaan dat in redelijkheid van hem kon worden gevergd. Is er dan nog ruimte voor toerekening? Het enuntiatieve karakter van de omstandigheden lijkt daar niet aan in de weg te staan. In het financiële toezichtrecht zitten de rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven ook op die lijn.⁶⁶ Hoewel de Hoge Raad zich daar nog niet over heeft kunnen uitlaten, is de strafrechtelijke literatuur hierover inmiddels vrij eensgezind. Het wel voldoen aan de in redelijkheid te vergen zorg vormt een algemene daderschaps-uitsluitingsgrond die alle andere omstandigheden overstemt.⁶⁷ Als eenmaal is geconstateerd dat de rechtspersoon alles heeft gedaan dat redelijkerwijs mogelijk was, dan is voor toerekening geen ruimte meer. De rechtspersoon gaat dan vrijuit, ook als mogelijk wel aan een of meerdere andere omstandigheden is voldaan.

5. Slotbeschouwing

De Afdeling heeft met de in deze artikelnoot centraal gestelde uitspraken van 31 mei 2023 duidelijkheid geschapen over het overtredersbegrip uit artikel 5:1, tweede lid, Awb en de verhouding hiervan tot het functioneel-daderschapsbegrip in het strafrecht. De Afdeling heeft aanleiding gezien om haar eerdere jurisprudentie te nuanceren en kiest

58 A.L.M. Schaap, *Het daderschap van de rechtspersoon. Een onderzoek naar het Drijfmeskader als richtinggevend kader voor het daderschap van de rechtspersoon* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 240.

59 Dat is althans de heersende opvatting in de literatuur. Een nadere analyse van de feitenrechtspreek laat een genuanceerder beeld zien. Zie hierover nader Schaap 2022, p. 92-95 en 390-415.

60 R. van Elst, 'Daderschap van rechtspersonen na het Zijpe-arrest', in: C.P.M. Cleiren, Th. A. de Roos & M.A.H. van der Woude (red.), *Jurisprudentie Strafrecht Select*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 429.

61 Conclusie A-G Wattel 15 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:579, onder 7.16.

62 HR 29 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7619, *NbSr* 2005/206 (*Touwtjesmethode*).

63 Gritter 2007, p. 52.

64 HR 24 mei 1977, ECLI:NL:PHR:1977:AC5969, *NJ* 1978/330 (*Nicotinezuur*).

65 Welke zorg in een concreet geval redelijk is, laat zich moeilijk beantwoorden. De te vergen zorg zal mede afhangen van (de voorzienbaarheid van) de aard, ernst en omvang van de risico's, de bezwaarlijkheid van de te nemen maatregelen en de toepasselijke wet- en regelgeving.

66 Rb. Rotterdam 7 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6222 en

ECLI:NL:RBROT:2013:6226; Rb. Rotterdam 9 oktober 2019,

ECLI:NL:RBROT:2019:8158; Rb. Rotterdam 24 april 2023,

ECLI:NL:RBROT:2023:3301; CBb 17 juni 2014, ECLI:NL:CBB:2014:222, *JB*

2014/196. Enigszins anders CBb 3 juni 2014, ECLI:NL:CBB:2014:200, *AB*

2015/298, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, waar meerdere omstandigheden aan

het overtrederschap in de weg stonden.

67 De Hullu 2021, p. 167-168.

voor rechtseenheid. Zowel voor de bestuurlijke boete als voor bestuurlijke herstelsancties wordt aangesloten bij de strafrechtelijke criteria voor functioneel daderschap. Mede gezien de wens van de Awb-wetgever om het bestraffende bestuursrecht niet nodeloos te laten afwijken van het strafrecht, kunnen wij deze nuancering van de Afdeling begrijpen. Annotatoren Van 't Lam en Nowotny wijzen er terecht op dat het van belang is dat de bestuursrechter het 'nieuwe' beoordelingskader ook in de toekomst op dezelfde wijze blijft toepassen als de strafrechter.⁶⁸ Daar kunnen wij het zeker mee eens zijn. Zij geven ook aan dat "het strafrechtelijk beoordelingskader is doordacht en reeds is uitgekristalliseerd".⁶⁹ In onze artikelnoot hebben wij beoogd om de bestuursrechtsjurist alvast te waarschuwen dat ook in het strafrecht het veelvuldig gissen blijft naar de exacte onderbouwing van het daderschapsoordeel, zeker bij het functioneel daderschap van natuurlijke personen. Dat daderschap wordt slechts zelden expliciet gemotiveerd. Het is goed dat de Afdeling aansluiting heeft gezocht bij de strafrechtelijke criteria voor functioneel daderschap, maar of hiermee alle onduidelijkheid is verholpen, valt te betwijfelen.

68 Zie de zesde opmerking van V.M.Y. van 't Lam & N.A. Nowotny onder 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, *M en R* 2023/74.

69 Zie de zesde opmerking van V.M.Y. van 't Lam & N.A. Nowotny onder 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, *M en R* 2023/74.