

De toepassing van het begrip ‘functioneel daderschap’ sinds de ‘Weerselose marktreclame’ en de ‘Amsterdamse woonruimteonttrekking’ I: de toepassing van de IJzerdraad-criteria

Een artikelnoot bij de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 21 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2424 en 13 december 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4615

Gst. 2024/32

1. Inleiding

De nuancering van de Afdeling ten aanzien van het begrip ‘overtreder’ in het bestuursstrafrecht in de zaken *Weerselose marktreclame*² en *Amsterdamse woonruimteonttrekking*³ heeft annotatoren ertoe aangezet om de pen te pakken. Het aantal annotaties geeft aan dat hier sprake is van twee belangrijke uitspraken van de Afdeling. Met deze twee uitspraken sluit de Afdeling met betrekking tot de uitleg van het begrip ‘overtreder’ in rechtszaken over bestuurlijke boetes, bestuursdwang- of dwangsombesluiten aan bij de uitleg die in het strafrecht aan het begrip ‘functioneel daderschap’ wordt gegeven. Dit geldt zowel voor zaken waarin de overtreder een natuurlijk persoon is als voor zaken waarin de overtreder een rechtspersoon is. Het uitgangspunt van de wetgever toen de Vierde Tranche van de Awb op 1 juli 2009 in werking trad,⁴ was dat het bestraffende bestuursrecht niet nodeloos moet afwijken van het strafrecht en daarvan, gelet op art. 6 EVRM, op een aantal punten ook niet kan afwijken.⁵ Bezien vanuit dat perspectief is er veel voor te zeggen dat de Afdeling aansluiting heeft gezocht bij de strafrechtelijke uitleg van het ‘functioneel daderschap’ ten aanzien van het bestuursrechtelijke overtrederbegrip.⁶

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 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, AB 2023/250, m.nt. R. Stijnen; NTFR 2023/992, m.nt. J.M. Sitsen; NLF 2023/1371, m.nt. M. Hendriks; JB 2023/148, m.nt. C.L.G.F.H. Albers; *Men R* 2023/74, m.nt. V.M.Y. van 't Lam & N.A. Nowotny.

3 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071, AB 2023/249, m.nt. R. Stijnen; NLF 2023/1372, m.nt. M. Hendriks; JB 2023/149, m.nt. C.L.G.F.H. Albers; *Men R* 2023/73, m.nt. V.M.Y. van 't Lam & N.A. Nowotny; *BNB* 2023/107, m.nt. F.J.P.M. Haas.

4 Besluit van 25 juni 2009 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht en de Aanpassingswet vierde tranche Awb, *Stb.* 2009, 266.

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

6 T.R. Bleeker, ‘Overzichtsartikel: het bijgestelde bestuursrechtelijke overtrederbegrip’, *NTB* 2023/383; M.J. Hornman & B. van der Vorm, ‘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, afl. 7565, p. 420-428; C. de Rond & W.J. Poot, ‘De Afdeling en het functioneel daderschap: een analyse naar de nieuwe lijn’, *TBS&H* 2023, p. 250-256; T.N. Sanders, ‘De functioneel dader als overtreder in het bestuursrecht: ABRvS sluit aan bij HR en Cbb’, *NJB* 2023/2245.

Sinds het verschijnen van *Weerselose marktreclame* en de *Amsterdamse woonruimteonttrekking* heeft de Afdeling zich in 2023 nog enige malen gebogen over het begrip ‘functioneel daderschap’ in het bestuursstrafrecht.⁷ In deze artikelnoot bespreken wij de eerste en de laatste uitspraak van de Afdeling uit 2023, waarin het ‘functioneel daderschap’ van natuurlijke personen centraal staat (ABRvS 21 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2424 en 13 december 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4615). Wij beginnen deze artikelnoot met een beschrijving van beide casus (paragraaf 2). Vervolgens worden deze uitspraken van de Afdeling nader beschouwd (paragraaf 3), waarna een straf- en bewijsrechtelijke analyse wordt verricht op de toepassing van het ‘functioneel daderschap’ van natuurlijke personen in de jurisprudentie van de Afdeling uit 2023 (paragraaf 4). Wij sluiten af met een slotbeschouwing (paragraaf 5). In een nog te verschijnen artikelnoot ‘De toepassing van het begrip ‘functioneel daderschap’ sinds de ‘Weerselose marktreclame’ en de ‘Amsterdamse woonruimteonttrekking’ II: de toepassing van de Drijfmest-criteria’ gaan wij nader in op de invulling die de Afdeling geeft aan het daderschap van rechtspersonen (en daarmee gelijkgestelde entiteiten).

2. De beide casus

2.1 ABRvS 21 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2424 (Rijsbergense drugslozing)

In de *Rijsbergense drugslozing*-zaak heeft het college van burgemeester en wethouders van Zundert bij besluit van 13 oktober 2021, zoals dat is gewijzigd bij besluit van 11 januari 2022, een last onder bestuursdwang opgelegd aan nu wijlen appelland vanwege bodemverontreiniging als gevolg van de lozing van drugsafval op zijn perceel in Rijsbergen. Daarbij heeft het college bepaald dat de kosten van de toepassing van bestuursdwang geheel voor rekening van appelland komen en op hem zullen worden verhaald.⁸ De erven van de appelland zijn het niet eens met de opgelegde last onder bestuursdwang en het kostenverhaalbesluit. Zij betwisten dat

7 ABRvS 21 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2424, AB 2023/251, m.nt. R. Stijnen; ABRvS 2 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2947, AB 2023/311, m.nt. R. Stijnen; ABRvS 25 oktober 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3954, AB 2023/312, m.nt. R. Stijnen; JB 2023/230, m.nt. C.L.G.F.H. Albers en ABRvS 13 december 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4615.

8 ABRvS 21 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2424, r.o. 1.

de dumping op het perceel heeft plaatsgevonden en stellen zich op het standpunt dat de dumping naar alle waarschijnlijkheid heeft plaatsgevonden in de inmiddels gedempte sloot buiten hun perceel en dat de verontreiniging zich vandaar naar hun perceel heeft verspreid. Maar ook als de lozing van drugsafval op het perceel zou hebben plaatsgevonden, kan appelland volgens de erven niet als overtreder worden aangemerkt, omdat hij het drugsafval niet heeft geloosd en er ook in het geheel geen weet van heeft gehad.⁹ Kan de appelland in dit verband worden aangemerkt als overtreder van art. 13 Wet bodembescherming?

2.2 ABRvS 13 december 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4615 (Losserse bouwstop)

In deze zaak heeft het college van burgemeester en wethouders aan appelland bij besluit van 28 augustus 2018 een omgevingsvergunning verleend voor de bouw van een vrijstaande woning op een perceel in Losser.¹⁰ Nadien wordt er door toezichthouders geconstateerd dat bouwwerkzaamheden worden verricht die afwijken van de vergunning, waardoor een bouwstop en een last onder dwangsom worden opgelegd aan de appelland.¹¹ Gedurende deze zaak loopt de hoogte van de last onder dwangsom op, waarbij uiteindelijk een last onder dwangsom van € 50.000 door het college van burgemeester en wethouders wordt ingevorderd. Appelland heeft geen bezwaar gemaakt tegen de dwangsombeschikking, zodat deze in rechte vaststaat.¹² Op 13 januari 2020 heeft een toezichthouder geconstateerd dat in strijd met de bouwstop is doorgedaan met het bouwen op het perceel, waardoor de dwangsom is verbeurd. Volgens het college van burgemeester en wethouders is appelland verantwoordelijk voor het bouwproject als opdrachtgever en is hij daarom ook aan te merken overtreder. Bovendien is niet gebleken van bijzondere omstandigheden op grond waarvan van invordering zou moeten worden afgezien.¹³ In deze zaak heeft de rechtbank geoordeeld dat het college de dwangsom van € 50.000 in redelijkheid heeft kunnen invorderen. De rechtbank is van oordeel dat het besluit bevoegd is genomen, dat de bouwstop door uitvoering van de werkzaamheden is overtreden, dat appelland is aan te merken als overtreder en dat er geen bijzondere omstandigheden zijn op grond waarvan van invordering moet worden afgezien. Appelland is het niet eens met de uitspraak van de rechtbank en heeft daartegen hoger beroep ingesteld.¹⁴ Door appelland wordt onder andere betoogd dat het onbegrijpelijk is hoe de rechtbank tot het oordeel is gekomen dat de overtreding van de aan appelland opgelegde last onder dwangsom door een andere feitelijke overtreder, aan appelland toerekenbaar is. Daarbij betoogt appelland dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat, indien hij niet de feitelijke overtreder is, hij wel als medepleger of pleger aangewezen kan worden indien hij "maatschappelijk

verantwoordelijk is", nu dit oordeel geen steun vindt in het recht.¹⁵ Kan appelland terecht als overtreder worden aangemerkt?

3. De uitspraken van de Afdeling nader beschouwd

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

In de *Rijsbergense drugslozing*-zaak staat de vraag centraal in hoeverre de appelland kan worden aangemerkt als overtreder van art. 13 Wet bodembescherming. De Afdeling verwijst in dit verband naar de zaak over de Amsterdamse woonruimteonttrekking en de toepasselijke *Ijzerdraad*-criteria.¹⁶ Niet in geschil is dat de appelland niet zelf handelingen als bedoeld in art. 6 tot en met 11 Wet bodembescherming heeft verricht en de appelland derhalve niet is aan te merken als de feitelijke overtreder. De appelland kan evenwel ook niet worden aangemerkt als functioneel dader. Er zijn volgens de Afdeling geen aanwijzingen dat op het terrein van de appelland de productie van drugs heeft plaatsgevonden. Ook is het niet duidelijk wanneer en hoe lang de lozing van drugsafval heeft plaatsgevonden. Vanwege onder andere de zwakke gezondheid van de appelland was hij niet goed in staat om toezicht te houden op zijn terrein. Er zijn onvoldoende indicaties dat de appelland de lozing van drugsafval heeft aanvaard. Volgens de Afdeling zijn er omstandigheden aanwezig die ertoe leiden dat het college van burgemeester en wethouders niet aannemelijk heeft gemaakt dat lozing van verontreinigende stoffen aan de appelland kan worden toegerekend. Dit betekent dat de appelland niet als overtreder van art. 13 Wbb kan worden aangemerkt.¹⁷

Om de vraag te beantwoorden in hoeverre de appelland in de *Losserse bouwstop*-zaak als overtreder kan worden aangemerkt verwijst de Afdeling naar de zaken over de *Weerselose marktclame* en de *Amsterdamse woonruimteonttrekking*.¹⁸ De Afdeling overweegt dat uit deze uitspraken afgeleid wordt "dat als overtreder kan worden aangemerkt degene in wiens machtssfeer 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."¹⁹ Volgens de Afdeling is de appelland eigenaar van het perceel en is aan hem ook een omgevingsvergunning verleend voor het bouwen van een woning op het perceel. Voorts is de appelland de opdrachtgever voor de bouw van de woning en had hij derhalve beschikkingsmacht over de bouw van de woning. De appelland heeft naar het oordeel van de Afdeling het overtreden van de last onder dwangsom aanvaard door niet de zorg te betrachten

9 ABRvS 21 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2424, r.o. 3.

10 ABRvS 13 december 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4615, r.o. 1.

11 ABRvS 13 december 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4615, r.o. 1.

12 ABRvS 13 december 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4615, r.o. 6.

13 ABRvS 13 december 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4615, r.o. 6.

14 ABRvS 13 december 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4615, r.o. 7.

15 ABRvS 13 december 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4615, r.o. 9.

16 ABRvS 21 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2424, r.o. 5.6.

17 ABRvS 21 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2424, r.o. 5.8.

18 ABRvS 13 december 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4615, r.o. 9.1.

19 ABRvS 13 december 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4615, r.o. 9.1.

die redelijkerwijs van hem kon worden gevegd met het oog op voorkoming van de gedraging. Dit motiveert de Afdeling als volgt: "Uit de Whatsapp-berichten tussen [aannemer] en [appellant] blijkt dat zij contact hadden over de bouwstop en de werkzaamheden. Als opdrachtgever had het op de weg van [appellant] gelegen om [aannemer] de opdracht te geven de bouw te staken en ervoor te zorgen dat [aannemer] aan die opdracht voldeed. Het betoog van [appellant] dat de rechtbank niet heeft onderkend dat hij wel degelijk [aannemer] heeft verzocht de bouw te staken en dat hij 2 of 3 keer per week een controle op het perceel heeft uitgevoerd waarbij hem steeds bleek dat [aannemer] zich aan de bouwstop hield, volgt de Afdeling niet. [Appellant] heeft namelijk niet aannemelijk gemaakt dat hij in de periode na 27 november 2019 het nodige heeft gedaan om ervoor te zorgen dat de last niet zou worden overtreden. Ook op de zitting heeft [appellant] geen bewijs aangedragen van deze beweringen. De enkele omstandigheid dat de last vanaf 27 november 2019 ongeveer zes weken lang niet is overtreden, is onvoldoende om aan te nemen dat [appellant] niet is tekortgeschoten in dat wat redelijkerwijs van hem verwacht mocht worden om wederrechtelijke handelingen te voorkomen."²⁰ De rechtbank heeft volgens de Afdeling terecht geoordeeld dat appellant als overtreder kan worden aangemerkt.²¹

3.2 Een reflectie op de uitspraken van de Afdeling

In beide zaken verwijst de Afdeling gebruik naar de *IJzerdraad*-criteria. Zoals de Afdeling in de uitspraak over de Amsterdamse woonruimteonttrekking heeft overwogen omvatten de *IJzerdraad*-criteria het beschikkings- en aanvaardingsvereiste. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad houdt dit het volgende in: "een (verboden) gedraging [kan] in redelijkheid aan de verdachte als (functioneel) dader worden toegerekend indien deze erover vermocht te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en indien zodanig of vergelijkbaar gedrag blijkens de feitelijke gang van zaken door de verdachte werd aanvaard of placht te worden aanvaard. Onder bedoeld aanvaarden is mede begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de verdachte kon worden gevegd met het oog op de voorkoming van de gedraging."

Ten aanzien van de zaak over de Rijsbergense drugslozing kan worden gesteld dat een concrete toetsing aan de *IJzerdraad*-criteria door de Afdeling niet wordt verricht. Annotator Stijnen merkt op dat de Afdeling aan de hand van haar eerdere rechtspraak over drugsafvaldumping en de *IJzerdraad*-criteria (aangevuld met het zorgplichtcriterium) tot het oordeel komt dat de appellant geen overtreder is.²² Stijnen merkt op dat het terecht is dat de bewijslast op het college van burgemeester en wethouders rust en dit bestuursorgaan onvoldoende heeft gesteld om functioneel

daderschap aannemelijk te achten. De maatstaf 'aannemelijk maken' geldt bij herstelsancties zowel voor het bewijs van de overtreding als voor het bewijs van daderschap, maar dit is volgens Stijnen een semantisch onderscheid.²³ Bij functioneel daderschap gaat het immers om het in aanmerking nemen van omstandigheden op basis waarvan een vastgestelde overtreding wordt toegerekend; dat is wat anders dan de vaststelling dat sprake is van een overtreding, zo geeft Stijnen aan.²⁴

In de zaak *Amsterdamse woonruimteonttrekking* had de appellant beschikkingsmacht over de woning, omdat hij de eigenaar van de woning was.²⁵ Er is evenwel niet voldaan aan het criterium van aanvaarding, ook niet indien aanvaarden wordt opgevat in de betekenis van het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de appellant kon worden gevegd met het oog op de voorkoming van de overtreding.²⁶ Naar het oordeel van de Afdeling had appellant, gelet op diens mogelijkheden, voldoende toezicht gehouden en zodoende het onttrekken van de woonruimte door de huurder niet aanvaard. In casu heeft de Afdeling overwogen dat appellant voldoet aan het beschikkingscriterium, omdat hij eigenaar is van het perceel en een omgevingsvergunning in heeft voor het bouwen van een woning op dat perceel. Naar onze mening is de Afdeling hier goed te volgen en sluit zij ook aan bij de toepassing van het beschikkingscriterium in de zaak *Amsterdamse woonruimteonttrekking*. De appellant voldoet volgens de Afdeling ook aan het aanvaardingscriterium, omdat hij niet de zorg heeft betracht die redelijkerwijs van hem kon worden gevegd met het oog op voorkoming van de gedraging. Ook de toepassing van het aanvaardingscriterium is in lijn met de toepassing ervan door de Afdeling in de zaak *Amsterdamse woonruimteonttrekking*. In dat perspectief past deze uitspraak goed in het licht van wat de Afdeling heeft overwogen in de uitspraak over de Amsterdamse woonruimteonttrekking.

Ons is evenwel opgevallen dat de Afdeling in de *Losserse bouwstop*-zaak heeft overwogen dat aan het aanvaardingscriterium is voldaan, als sprake is van een situatie dat de overtreder is tekortgeschoten in dat wat redelijkerwijs van hem verwacht mocht worden om wederrechtelijke handelingen te voorkomen.²⁷ De bewoordingen "wederrechtelijke handelingen" worden door de Hoge Raad niet gebezigd. Hij heeft het steeds over de (verboden) gedraging, waarbij moet worden opgemerkt dat het begrip 'gedraging' doorgaans een ruimere strekking heeft dan het begrip 'handeling'. Handelen wordt veelal gezien als een actief optreden, terwijl een gedraging – ook in het bestuursrecht²⁸ – ook nalaten en een verboden toestand kan omvatten.²⁹ Of de Af-

²⁰ ABRvS 13 december 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4615, r.o. 9.1.

²¹ ABRvS 13 december 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4615, r.o. 9.1.

²² Zie de dertigste opmerking van R. Stijnen onder ABRvS 21 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2424, AB 2023/251.

²³ Zie punt 31 van de annotatie van R. Stijnen onder ABRvS 21 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2424, AB 2023/251.

²⁴ Zie de eenendertigste opmerking van R. Stijnen onder ABRvS 21 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2424, AB 2023/251.

²⁵ ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071, r.o. 9.3.

²⁶ ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071, r.o. 9.4.

²⁷ ABRvS 13 december 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4615, r.o. 9.1.

²⁸ *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 77.

²⁹ T.R. Bleeker, 'Overzichtsartikel: het bijgestelde bestuursrechtelijke overtrederbegrip', *NTB* 2023/383, p. 587.

deling er goed aan doet om deze term te introduceren kan dus worden betwijfeld.

4. Een straf- en bewijsrechtelijke analyse van de toepassing van het 'functioneel daderschap' van natuurlijke personen door de Afdeling

Beide casus zien op de aansprakelijkheid van natuurlijke personen voor gedragingen die feitelijk door een ander zijn begaan. De Afdeling past hier dan ook terecht de criteria voor functioneel daderschap van natuurlijke personen toe: de *Ijzerdraad*-criteria. In de uitspraak over de Losserse bouwstop doet de Afdeling dat op een zeer inzichtelijke wijze. Eerst wordt gezien of appelland over de gedragingen van diens aannemer kon beschikken en vervolgens of hij die gedragingen ook heeft aanvaard. Dit in tegenstelling tot de uitspraak over de Rijsbergense drugslozing waarin de Afdeling enkel in algemene bewoordingen stelt dat de lozing van de afvalstoffen niet aan appelland kan worden toegerekend. Of die toerekening nu strandt op het beschikkingscriterium of op het aanvaardingscriterium blijft ongewis. Wij vermoeden dat de Afdeling dat bewust in het midden heeft gelaten, omdat zij daar niet uitkwam. Op het terrein van appelland waren in december 2016 druggerelateerde stoffen aangetroffen (de eerste last onder dwangsom dateert van oktober 2021). Een drugslab, of voorwerpen die konden worden gebruikt voor het opzetten van een drugslab, is toen niet aangetroffen. Evenmin is appelland als verdachte aangemerkt. Desondanks moesten alle bijgebouwen op het terrein, met uitzondering van de woning van appelland, als gevolg van deze constatering voor de duur van twaalf maanden gesloten blijven. Waar rook is, is vuur, moet het bestuursorgaan ongetwijfeld hebben gedacht toen bodemmonsters uitwezen dat de grond van het perceel was vervuild met drugsafvalstoffen.³⁰ Zeker toen er daarna indicaties waren dat het drugsafval ook in de nabijheid van de woning was geloosd. De Afdeling is aanmerkelijk kritischer en stelt dat er geen aanwijzingen zijn dat op het terrein van appelland drugsproductie heeft plaats gevonden en ook het bewijs over de exacte plaats van de lozing vindt de Afdeling niet overtuigend, nu appelland met een eigen contra-expertise is gekomen. Uit dat deskundigenrapport bleek dat de lozing ook buiten het perceel van appelland kon hebben plaats gevonden, om zich vervolgens via het grondwater over het perceel van appelland te verspreiden. Die bevindingen worden volgens de Afdeling door het bestuursorgaan onvoldoende weerlegd. Het betoog van appelland wordt daardoor een stuk aannemelijker, waardoor het bestuursorgaan het in hoger beroep vooral lijkt af te leggen omdat de rechter tot een andere vaststelling van de feiten komt. Of eigenlijk tot de conclusie komt dat die feiten onvoldoende kunnen worden vastgesteld, zodat ook niet kan worden toegerekend. Was de Afdeling meegegaan in de feiten zoals het bestuursorgaan deze zag, dan was waarschijnlijk aan het

beschikkings- en het aanvaardingscriterium voldaan. In de optiek van het bestuursorgaan vond de lozing immers op het terrein en onder het zicht van appelland plaats. Behoudens contra-indicaties zijn beschikken en aanvaarden dan gegeven, zoals bij de Losserse bouwstop het geval was. Vanuit strafrechtelijk perspectief is vooral de Rijsbergense casus interessant. Daar stelt het bestuursorgaan zich op het standpunt dat de lozing appelland om meerdere redenen niet kan zijn ontgaan. Ondanks dat de Afdeling daar niet in mee gaat, blijft het interessant om dit betoog af te zetten tegen het verweer van (de erfgenamen van) appelland dat hij van niets wist. Appelland verkeerde in slechte gezondheid, was slecht ter been, kwam nauwelijks buitenshuis en, anders dan het bestuursorgaan stelt, er zou geen camera bij de ingang van het terrein hangen. Oftewel, dat anderen zijn perceel hebben betreden en daar afvalstoffen hebben geloosd is appelland volledig ontgaan en kan hem ook niet worden verweten. De Afdeling concludeert, indachtig de feiten zoals zij die aannemelijk acht, op zich terecht dat de overtreding niet aan appelland kan worden toegerekend. Zoals gezegd wordt echter niet inzichtelijk waarom dat zo is. De Afdeling stelt voorop dat moet worden aangesloten bij de strafrechtelijke criteria voor functioneel daderschap. Aangezien de overtreder in casu een natuurlijk persoon is, zijn dat de *Ijzerdraad*-criteria: beschikken en aanvaarden. Gelet op de bewoording van de Afdeling, mede gezien in het licht van de gevoerde verweren, is – hoewel dat niet expliciet wordt gezegd – evident dat de Afdeling meent dat niet aan het aanvaardingsvereiste is voldaan, ook niet in de zin van het niet betrachten van de in redelijkheid te vergen zorg met het oog op het voorkomen van de gedraging. Onduidelijk blijft evenwel of zij wel meent dat aan het beschikkingsvereiste is voldaan. Vermoedelijk durfde de Afdeling zich daar niet over uit te laten en heeft zij dit bewust vaag gehouden door enkel te spreken over het niet kunnen toerekenen. Waar en wanneer de lozing – of mogelijk: lozingen – exact heeft plaats gevonden blijft ongewis. Omdat ook niet duidelijk wordt of dit binnen of buiten de perceelsgrenzen was, kunnen over de beschikkingsmacht ook geen uitspraken worden gedaan.

Als de overtreding op zijn perceel heeft plaats gevonden,³¹ en in het navolgende gaan wij daar – voor discussiedoel-einden – van uit, dan is het interessant om te bezien of appelland over die gedragingen kon beschikken. Doorgaans heeft iemand immers zeggenschap over hetgeen er op en met diens grond gebeurt, althans voor zover hij ook zeggenschap heeft over de personen die op zijn grond acteren.³² Dat laatste vormde in casu een extra complicerende factor nu onduidelijk bleef wie de feitelijke overtreders waren en in welke verhouding zij tot appelland stonden. Als er een zekere relatie was, zoals het bestuursorgaan lijkt aan te

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

31 Afgaande op de door (de erfgenamen van) appelland ingebrachte contra-expertise zou de lozing echter ook buiten het perceel kunnen hebben plaats gevonden. In dat geval is van zeggenschap over het lozen sowieso geen sprake. Hoogstens kan appelland dan worden aangesproken op het laten voortduren van de ingetreden verboden toestand door de (door een ander aangebrachte) vervuiling niet op te ruimen.

32 Vgl. ABRvS 13 december 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4615, r.o. 9.1.

nemen, dan is beschikkingsmacht niet uitgesloten. Is die relatie er niet, dan ontbreekt de voor functioneel daderschap benodigde organisatorische context.³³ Wat deze casus extra besprekenswaardig maakt, is dat door de erfgenamen van appellant bovendien wordt betoogd dat appellant van niets wist. Voor de rechtspraak is van groot belang om te bezien in hoeverre die omstandigheid zou raken aan het beschikkingsvereiste.

Om in een concreet geval te kunnen spreken van beschikkingsmacht in de zin van daadwerkelijk kunnen ingrijpen om de door een ander verrichte gedraging(en) te voorkomen, is kennis van die gedraging(en) onontbeerlijk. Iemand kan immers niet corrigerend ingrijpen tegen gedragingen waarvan hij geen weet heeft of redelijkerwijs kon hebben. De beschikkingsmacht *in concreto* ontbreekt dan. Dat is ook het geval indien de betrokkene de feitelijk pleger tracht te corrigeren, maar de feitelijk pleger daar geen gehoor aan geeft. Machtsrelaties zijn immers wederkerig en kenmerken zich door een proces van *machtsuitoefening* door de een en zekere mate van *machtsaanvaarding* door de ander.³⁴ Die ander is en blijft – ook in een hiërarchische relatie – een autonoom rechtssubject. Daardoor kan de functionele dader op papier wellicht veel te zeggen hebben; in de praktijk kan dat soms tegenvallen. Kan onder dergelijke omstandigheden nog van zeggenschap worden gesproken? Het strafrechtelijke antwoord is: ja. Om in strafrechtelijke zin van beschikken te kunnen spreken volstaat beschikkingsmacht *in abstracto*.³⁵ Oftewel het in potentie kunnen 'terugfluiten' van de feitelijk pleger.³⁶ Bepalend is of de functionele dader in een gezagspositie verkeerde waarin deze invloed *kon* uitoefenen.³⁷ Het is immers die gezagspositie binnen een zeker organisatorisch verband die maakt dat de functionele dader gehouden is om iets met die zeggenschap te doen. Laat hij dat na, dan is hij maatschappelijk verantwoordelijk voor de overtredingen die daaruit voortvloeien.³⁸ Indien de betrokkene heeft getracht om de feitelijk pleger van zijn gedraging af te houden, maar daarin niet is geslaagd – en achteraf dus moet worden geconcludeerd dat hij *in concreto* geen zeggenschap had –, dan raakt dat louter aan de vraag of de gedraging ook door hem is aanvaard. Dat is ook zo indien hij niet op de hoogte was van de verweten gedragingen. Ook dat gegeven raakt enkel aan het aanvaardingsvereiste. Pas bij die vraag moet namelijk worden beoordeeld of de betrokkene zijn zorgplicht heeft geschonden en wederrechtelijk heeft gehandeld. Had hij

zijn invloed beter of anders moeten aanwenden? Had hij wellicht op de hoogte moeten zijn van die gedragingen, bijvoorbeeld door meer toezicht te houden? Hieruit volgt dat aanvaarden – anders dan beschikken – *in concreto* wordt ingevuld en daarvoor is kennis medebepalend. 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. Groot voordeel van deze strikte scheiding is dat beide criteria niet vloeiend in elkaar overlopen en duidelijk afgebakend blijven. Dat komt de hanteerbaarheid van beide criteria in de rechtspraak ten goede.

De Rijsbergense casus roept ook de voor de vraag op in hoeverre eigenmachtig en/of onbevoegd optreden aan het aannemen van beschikkingsmacht in de weg staan. Rechtspraak van de Hoge Raad hierover ontbreekt en de strafrechtelijke literatuur is wisselend. De Hullu en Bleeker zijn zeer terughoudend.³⁹ Sikkema en Hornman zien meer mogelijkheden.⁴⁰ Mede gelet op hetgeen hierboven is gesteld over de afbakening van het beschikkingscriterium ten opzichte van het aanvaardingscriterium, zou het gegeven dat buiten medeweten van de functionele dader om – en mogelijk zelfs in strijd met de gegeven instructies – is gehandeld vooral van belang zijn voor de vraag of de desbetreffende gedraging ook is aanvaard. Het laat de beschikkingsmacht in abstracto onverlet. Ook in het licht van de verruiming die de Hoge Raad aan het aanvaardingsvereiste heeft gegeven – onder aanvaarden moet mede worden begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid kon worden gevergd met het oog op het voorkomen van de gedraging⁴¹ – valt een dergelijke uitleg te prefereren. Een strikte uitleg zou ertoe kunnen leiden dat een vermeende functionele dader zich wellicht te eenvoudig kan verschuilen achter interne veiligheids- en milieuvoorschriften die vooral op papier bestonden maar in de dagelijkse bedrijfsvoering van de onderneming nauwelijks een rol van betekenis speelden. Dat laat uiteraard onverlet dat toerekening ook hier door redelijkheid wordt begrensd en dat in gevallen als deze nadere onderbouwing van het toerekeningsoordeel op zijn plaats is, zeker als die toerekening wordt betwist.

Groot gemis in de uitspraken is dat de Afdeling niet nader ingaat op de bewijsmaatstaf die moet worden gehanteerd. Evident is dat de bewijslast van het overtreederschap rust op het bestuursorgaan, ongeacht of de door het bestuur

33 Vgl. J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 155.

34 M.J. Hornman, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevendenden van ondernemingen. Een beschouwing vanuit multidimensionaal perspectief* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 92.

35 Hornman 2016, p. 36-37; R.A. Toppinga, *Strafbaarheid van rechtspersonen* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 94; A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven* (diss. UvA), Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 95-96. De termen 'in abstracto' en 'in concreto' zijn ontleend aan A. Mulder, *Schets van het economisch strafrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1983, p. 73-74.

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

37 Hornman 2016, p. 36.

38 De Hullu 2021, p. 153 en 155.

39 De Hullu 2021, p. 155; T.R. Bleeker, *Milieuaansprakelijkheid van leidinggevendenden. Over strafrechtelijke, bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke sanctionering van leidinggevendenden voor een milieuovertreding in bedrijfscontext* (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 76-77.

40 E. Sikkema, 'De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevendenden in Nederland', in: E. Sikkema & P. Waeterinckx (red.), *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevendenden – in de economische context – Preadvis voor de jaarvergadering van de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 2010*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 39; Hornman 2016, p. 38.

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

op te leggen maatregel punitief of reparatoir van aard is. Stijnen heeft inmiddels meermaals betoogd dat aangaande de bewijsmaatstaf theoretisch ruimte is voor divergentie.⁴² Wij hebben dat in onze vorige artikelnoot ook gedaan.⁴³ Ook A-G Wattel besteedt in zijn conclusie uitvoerig aandacht aan deze kwestie van bewijslast- en bewijsrisicoverdeling; over de bewijsmaatstaf laat hij zich niet direct uit. Aangaande de bewijslast- en bewijsrisicoverdeling acht hij divergentie niet wenselijk omdat daarmee alsnog twee overtredersbegrippen zouden kunnen ontstaan, terwijl de wetgever juist uniformiteit heeft beoogd.⁴⁴ Daar staat tegenover dat divergentie ertoe zou kunnen bijdragen dat (gevreemde) onwenselijke neveneffecten van de nieuwe lijn van de Afdeling op het vlak van effectieve handhaving of de allocatie van de kosten daarvan wellicht zouden kunnen worden voorkomen of afgezwakt. Tegen die achtergrond is het wenselijk dat de Afdeling op korte termijn meer en vooral expliciet inzicht geeft in haar standpunt inzake de te hanteren bewijsmaatstaf, het bewijsrisico en de bewijslast(verdeling) tussen bestuursorgaan en burger.⁴⁵ Acht zij het passend om voor herstelsancties genoeg te nemen met een lagere bewijsdrempel? In het fiscale bestuursrecht heeft de Hoge Raad expliciet uitgesproken dat het bestuursorgaan de overtreding en het overtrederschap voor bestraffende sancties 'overtuigend dient aan te tonen' en dat 'aannemelijk maken' niet (meer) volstaat. Dit 'overtuigend aantonen' komt overeen met de in fiscale wetgeving voorkomende formulering 'doen blijken' en heeft inhoudelijk dezelfde betekenis als de strafrechtelijke maatstaf 'buiten redelijke twijfel komen vast te staan'.⁴⁶ De Afdeling heeft dat tot op heden niet in gelijke zin uitgesproken. In de uitspraak over de Rijsbergense drugslozing – over een last onder bestuursdwang – hanteert de Afdeling de bewoordingen dat "het college niet *aannemelijk [heeft] gemaakt* dat lozing van verontreinigende stoffen aan [appellant] kan worden toegerekend".⁴⁷ Tegen de achtergrond van de discussie in het fiscale bestuursrecht en de conclusie van A-G Wattel zou hierin gelezen kunnen worden dat de Afdeling bij herstelsancties genoeg neemt met een lagere bewijsdrempel. De woordkeuze van de Afdeling, die in deze uitspraak tot drie keer toe over 'aannemelijk maken' spreekt,⁴⁸ lijkt dat te bevestigen. Niettemin voelen wij een zekere reserve om alleen daaraan zo'n vergaande conclusie te verbinden. Daarvoor is de keuze te fundamenteel en zijn de consequenties (vermoedelijk) te verstrekkend. De toekomst zal moeten uitwijzen of dit daadwerkelijk het geval is. Snelle duidelijkheid is evenwel geboden, waarbij afstemming tussen de hoogste

commune en fiscale bestuursrechter (de fiscale kamer van de Hoge Raad) geen overbodige luxe lijkt. Wij spreken bewust over '(vermoedelijk) verstrekkende consequenties'. Of het verschil tussen bewijzen en aannemelijk maken daadwerkelijk zo groot is, kan worden betwijfeld. Vooropgesteld moet worden dat de fiscale kamer van de Hoge Raad hierin een duidelijk verschil ziet, en daar ook streng op toeziet. De Hoge Raad spreekt van een 'verzwaarde bewijslast'.⁴⁹ Als het gerechtshof zich onvoldoende van zijn taak heeft gekweten om erop toe te zien dat de overtreding daadwerkelijk is bewezen, volgt cassatie en verwijzing.⁵⁰ Sanders toont zich minder overtuigd en geeft aan dat er taalkundig en in theoretisch opzicht een groot verschil bestaat, maar dat daaraan in de bestuursrechtelijke praktijk en literatuur tot op heden weinig tot geen invulling wordt gegeven.⁵¹ Zelf komt hij met de volgende voorstellen: "Bewijzen houdt in dat de overheid doet blijken dat het gestelde waar is. Daarvoor is nodig dat er geen bewijs ontbreekt dat men redelijkerwijs zou verwachten en dat uit de bewijsmiddelen blijkt dat er geen redelijke twijfel is over de vraag of het gestelde waar is." "Aannemelijk maken houdt in dat de overheid moet aantonen dat het gestelde vermoedelijk waar is. Er mag bewijs ontbreken dat men redelijkerwijs zou verwachten en er mag redelijke twijfel bestaan over de vraag of het gestelde waar is."⁵² In de kern komt het verschil erop neer dat de betrokkene in het eerste geval wel en in het tweede geval niet het voordeel van de twijfel krijgt.⁵³ Dit sluit ook aan bij de in het strafrecht gebruikelijke bewoordingen 'buiten redelijke twijfel'. Het enkele gegeven dat de commune bestuursrechtelijke jurisprudentie en literatuur in weerwil van de fiscale rechtspraak en literatuur nauwelijks betekenis aan dit onderscheid toekent, rechtvaardigt op zichzelf al dat de Afdeling meer duidelijkheid verschaft. Ziet zij ook een wezenlijk verschil tussen beide bewijsmaatstaven? Zo ja, hoe groot mag de onzekerheidsmarge bij aannemelijk maken dan zijn? En, geldt in het geval van herstelsancties ook na de volledige omarming van de strafrechtelijke criteria voor overtrederschap nog steeds dat met aannemelijk maken kan worden volstaan of moet overtrederschap nu worden bewezen? Het antwoord op deze vragen laat vermoedelijk nog even op zich wachten.

5. Slotbeschouwing

In deze artikelnoot hebben wij aandacht besteed aan twee uitspraken van de Afdeling waarin de aansprakelijkheid van natuurlijke personen voor gedragingen die feitelijk door een ander zijn begaan centraal staat, te weten de *Rijsbergense*

42 R. Stijnen in diens annotaties onder ABRvS 21 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2424, AB 2023/251 en ABRvS 25 oktober 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3954, AB 2023/312.

43 Hornman & Van der Vorm, *Gst.* 2023/83, p. 422-423.

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

45 Vgl. J.M. Sitsen in diens noot onder ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, NTFR 2023/992 (*Weeselose markt*).

46 HR 8 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:526, *BNB* 2022/68, m.nt. F.J.P.M. Haas, r.o. 3.1-3.2 en HR 3 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:97, *BNB* 2023/48, m.nt. A.O. Lubbers, r.o. 4.2.1 en 4.3.2.

47 ABRvS 21 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2424, AB 2023/251, m.nt. R. Stijnen, r.o. 5.8 (slot) (onze curs.).

48 Ook in r.o. 5.5 en 5.7.

49 HR 3 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:97, *BNB* 2023/48, m.nt. A.O. Lubbers, r.o. 4.3.2.

50 Dit was het geval in HR 8 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:526, *BNB* 2022/68, m.nt. F.J.P.M. Haas. In HR 3 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:97, *BNB* 2023/48, m.nt. A.O. Lubbers liet de Hoge Raad het oordeel van het hof wel in stand.

51 T.N. Sanders, 'De bewijsmaatstaven in het handhavingsrecht: Wat houden 'aannemelijk maken' en 'bewijzen' eigenlijk in?', *TvT* 2023, p. 147-149.

52 Sanders *TvT* 2023, p. 150.

53 Sanders *TvT* 2023, p. 150.

*drugslozing*⁵⁴ en de *Losserse bouwstop*.⁵⁵ Eerder hebben wij betoogd dat de bestuursrechtjurist gewaarschuwd dient te worden voor het feit dat de aansluiting van de Afdeling bij de strafrechtelijke criteria voor functioneel ouderschap niet alle onduidelijkheden wegneemt.⁵⁶ Dit blijkt vooral uit de *Rijsenbergse drugslozing*-zaak. Hoewel de Afdeling in die zaak verwijst naar de *Ijzerdraad*-criteria⁵⁷ blijft het onduidelijk op welke wijze invulling wordt gegeven aan het beschikkings- en aanvaardingscriterium. Het is onze indruk dat de Afdeling zich niet goed raad wist met deze criteria. Dit in tegenstelling tot de *Losserse bouwstop*-zaak waarin de Afdeling op zeer inzichtelijke wijze toepassing geeft aan de *Ijzerdraad*-criteria. Wij zijn nog steeds van mening dat de Afdeling er in de uitspraken over de Weerselose markt-reclame⁵⁸ en de Amsterdamse woonruimteontrekking⁵⁹ goed aan heeft gedaan om aansluiting te zoeken bij de strafrechtelijke criteria voor functioneel ouderschap, zeker omdat het (bestraffende) bestuursrecht niet nodeloos moet afwijken van het strafrecht.⁶⁰ Eén zwaluw maakt echt nog geen zomer en er zijn nog een aantal aspecten waarbij de Afdeling meer klare wijn moet gaan schenken in haar komende jurisprudentie. Het is een groot gemis (in deze twee uitspraken) dat de Afdeling niet nader ingaat op de bewijsmaatstaf die moet worden gehanteerd. Op dat terrein kan nog veel aan helderheid worden gewonnen.

54 ABRvS 21 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2424, AB 2023/251, m.nt. R. Stijnen.

55 ABRvS 13 december 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4615.

56 Hornman & Van der Vorm, *Gst.* 2023/83, p. 427.

57 ABRvS 21 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2424, r.o. 5.6.

58 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, AB 2023/250, m.nt. R. Stijnen; *NLFR* 2023/992, m.nt. J.M. Sitsen; *NLF* 2023/1371, m.nt. M. Hendriks; *JB* 2023/148, m.nt. C.L.G.F.H. Albers; *MenR* 2023/74, m.nt. V.M.Y. van 't Lam & N.A. Nowotny.

59 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071, AB 2023/249, m.nt. R. Stijnen; *NLF* 2023/1372, m.nt. M. Hendriks; *JB* 2023/149, m.nt. C.L.G.F.H. Albers; *MenR* 2023/73, m.nt. V.M.Y. van 't Lam & N.A. Nowotny; *BNB* 2023/107, m.nt. F.J.P.M. Haas.

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