

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

Een artikelnoot bij de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 2 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2947 en 25 oktober 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3954.²

Gst. 2024/40

1. Inleiding

In het bestuursstrafrecht wordt sinds de uitspraken van de Afdeling in de zaken *Weerselose marktreclame*³ en de *Amsterdamse woonruimteonttrekking*⁴ veel aandacht besteed aan de strafrechtelijke figuur van het functionele daderschap.⁵ Met deze twee uitspraken sluit de Afdeling met betrekking tot de uitleg van het begrip ‘overtreder’ in rechtszaken over bestuurlijke boetes, bestuursdwang- of dwangsbesluiten 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. Functioneel daderschap houdt in dat aansprakelijkheid wordt gecreëerd voor natuurlijke personen en rechtspersonen ten aanzien van gedragingen die feitelijk door anderen zijn verricht. Een natuurlijk persoon kan worden aangemerkt als een functioneel dader indien is voldaan aan het beschikkings- en aanvaardingscriterium.⁶ Met betrekking tot rechtspersonen geldt dat de rechtspersoon als dader kan worden aangemerkt als de gedraging redelijkerwijs kan worden toegerekend aan de rechtspersoon,

waarbij een belangrijk aspect is of de gedraging binnen de sfeer van de rechtspersoon valt.⁷ Naar onze mening 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.⁸

In deze artikelnoot bespreken wij twee uitspraken van de Afdeling uit 2023, waarin het ‘functioneel daderschap’ van rechtspersonen (of daarmee voor het bestuursstrafrecht gelijkgestelde entiteiten) centraal staat (ABRvS 2 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2947 en 25 oktober 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3954).⁹ Wij beginnen deze artikelnoot met een beschrijving van beide casus (paragraaf 2). Vervolgens worden deze uitspraken van de Afdeling nader beschouwd (paragraaf 3). Daarna volgt een bespreking vanuit strafrechtelijk perspectief (paragraaf 4). Wij sluiten af met een slotbeschouwing (paragraaf 5).

2. De beide casus

2.1 ABRvS 2 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2947¹⁰

In deze zaak is bij besluit van 10 juli 2018 door het college van burgemeester en wethouders van Terneuzen een last onder dwangsom opgelegd om het gebruik van recreatiewoningen voor de huisvesting van arbeidsmigranten op het vakantiepark ‘Marina Beach’ in Hoek te beëindigen en beëindigd te houden. Deze last onder dwangsom is opgelegd aan Oostappen (Oostappen Groep B.V. en Habitoflex

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 Hierna opgenomen onder *Gst.* 2024/41 en *Gst.* 2024/42.

3 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, *Gst.* 2023/85; 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; *M en R* 2023/74, m.nt. V.M.Y. van 't Lam & N.A. Nowotny.

4 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071, *Gst.* 2023/86; 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; *M en R* 2023/73, m.nt. V.M.Y. van 't Lam & N.A. Nowotny, *BNB* 2023/107, m.nt. F.J.P.M. Haas.

5 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, 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; M.J. Hornman, ‘Kunnen voorkomen of actief kunnen bewerkstelligen? De reikwijdte van het beschikkingscriterium in het straf- en bestuursrecht nader bezien’, *TBS&H* 2024, p. 3-12.

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

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

8 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, 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.

9 Vgl. M.J. Hornman & B. van der Vorm, ‘De toepassing van het begrip ‘functioneel daderschap’ sinds de ‘Weerselose marktreclame’ en de ‘Amsterdamse woonruimteonttrekking’ I: de toepassing van de IJzerdraadcriteria. Een artikelnoot bij de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van 21 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2424 en 13 december 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4615’, *Gst.* 2024/32.

10 ABRvS 2 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2947, AB 2023/311, m.nt. R. Stijnen. r.o. 1.

B.V.). Habitoflex B.V. is een onderneming die huisvesting aan arbeidsmigranten en expats biedt op vakantiepark Marina Beach. Het vakantiepark wordt geëxploiteerd door Oostappen Marina Beach B.V. Oostappen Groep B.V. is enig aandeelhouder en bestuurder van beide ondernemingen. Volgens het college worden op het park arbeidsmigranten gehuisvest in recreatiewoningen en in permanente kampeermiddelen. Deze feiten en omstandigheden leveren volgens het college een overtreding op van artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (oud), gelezen in samenhang met de artikelen 6 en 6.5.1, aanhef en onder e, van het bestemmingsplan 'Recreatiepark Braakmankreek'.¹¹ Bij besluit van 25 januari 2022 heeft het college bepaald dat wordt overgegaan tot invordering van de volgens het college verbeurde dwangsom ter grootte van € 100.000. In hoger beroep betoogt Oostappen (appellant) onder andere dat het college onvoldoende heeft aangetoond dat sprake is van een overtreding en dat Oostappen in het verlengde hiervan ten onrechte is aangemerkt als overtreder.¹²

Met betrekking tot dit betoog van de appellant wordt door de Afdeling geen gebruik gemaakt van de Drijfmet-criteria, maar wordt verwezen naar een uitspraak van de Afdeling uit 2008.¹³ Volgens de Afdeling is de 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 handeling is toe te rekenen, voor de overtreding verantwoordelijk worden gehouden en daarom als overtreder worden aangemerkt.¹⁴ Het betoog van de appellant slaagt volgens de Afdeling niet. 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.¹⁵

2.2 ABRvS 25 oktober 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3954

In deze zaak is door het college van burgemeester en wethouders van Hollands Kroon aan de appellante een last onder dwangsom opgelegd vanwege het plaatsen en in gebruik nemen als logiesaccommodatie van een accommodatieschip zonder te beschikken over de daarvoor benodigde omgevingsvergunning. Het college heeft aan de bij het besluit van 3 november 2020 opgelegde last onder dwangsom ten grondslag gelegd dat de appellante in strijd met artikel 2.1, eerste lid, onder a, c en d, van de Wet algemene

bepalingen omgevingsrecht (oud) heeft gehandeld, omdat het accommodatieschip is geplaatst en in gebruik is genomen als logiesaccommodatie zonder de daarvoor benodigde omgevingsvergunning voor de activiteiten bouwen, planologisch strijdig gebruik en brandveilig gebruik.¹⁶ Het college heeft aan deze last een begunstigingstermijn van vier weken verbonden waarbinnen de appellante de gestelde overtredingen moet beëindigen en beëindigd moet houden, op verbeurte van een dwangsom van € 20.000 per week met een maximum van € 200.000.

In hoger beroep betoogt de appellante onder andere dat als sprake is van een overtreding, de rechtbank heeft miskend dat het college de appellante ten onrechte als overtreder heeft aangemerkt. Er wordt betoogd dat de appellante niet direct in een rechtsverhouding staat tot de eigenaar van de grond en de gronden ook niet zelf gebruikt voor logiesverstrekking. Aangezien de appellante het accommodatieschip uitsluitend ter beschikking heeft gesteld aan een bedrijf dat de exploitatie van het accommodatieschip volledig in handen had, is het gebruiksverbod in het bestemmingsplan niet aan de appellante gericht en kan zij dus ook niet als overtreder worden aangemerkt.¹⁷

3. De uitspraken van de Afdeling nader beschouwd

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

Zoals reeds is opgemerkt, verwijst de Afdeling in ABRvS 2 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2947 niet naar de Drijfmet-criteria. In ABRvS 25 oktober 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3954 gebeurt dit wel. Zo overweegt de Afdeling in die laatste uitspraak dat "voor beantwoording van de vraag of een ander dan degene die de verboden handeling fysiek verricht als functionele pleger van de overtreding kan worden aangemerkt, is de Afdeling aangesloten bij de criteria van de Hoge Raad voor de toerekening van verboden gedragingen aan rechtspersonen, waarbij van belang is of een gedraging heeft plaatsgevonden in de sfeer van de rechtspersoon."¹⁸ De Afdeling geeft op de volgende wijze toepassing aan de Drijfmet-criteria:

"[appellante] is eigenaar van [accommodatieschip]. Het ter beschikking stellen van dit hotelschip met 85 hutten als zelfvoorzienende logiesaccommodatie past in de normale bedrijfsvoering van [appellante]. [appellante] heeft [accommodatieschip] zelf naar de kade versleept en daar afgemeerd. Uit de met [bedrijf] gesloten overeenkomst van gebruik van 30 augustus 2020 blijkt dat [accommodatieschip] ter beschikking wordt gesteld om deze in gebruik te nemen als hotelschip en dat [appellante] zal zorgdragen voor de daarvoor benodigde vergunningen

11 ABRvS 2 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2947, AB 2023/311, m.nt. R. Stijnen, r.o. 1.

12 ABRvS 2 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2947, AB 2023/311, m.nt. R. Stijnen, r.o. 1.

13 ABRvS 15 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF8999, AB 2008/364, m.nt. F.C.M.A. Michiels.

14 ABRvS 2 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2947, AB 2023/311, m.nt. R. Stijnen, r.o. 7.1.

15 ABRvS 2 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2947, AB 2023/311, m.nt. R. Stijnen, r.o. 7.2.

16 ABRvS 25 oktober 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3954, AB 2023/312, m.nt. R. Stijnen, r.o. 3.

17 ABRvS 25 oktober 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3954, AB 2023/312, m.nt. R. Stijnen, r.o. 5.

18 ABRvS 25 oktober 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3954, AB 2023/312, m.nt. R. Stijnen, r.o. 5.2.

en verzekeringen. Aangezien [bedrijf] voor het gebruik een vergoeding verschuldigd was, was de verboden gedraging in zoverre dienstig aan [appellante]. De gebruiksovereenkomst is namens beide vennootschappen ondertekend door [persoon], enig aandeelhouder en directeur van FXX-K Holding B.V., waar beide vennootschappen onder vallen. Ook uit de omstandigheden dat [appellante] vanaf medio 2019 met de gemeente in gesprek was over het mogelijk maken van de logiesaccommodatie voor tijdelijke arbeidskrachten en dat zij de aanvraag om omgevingsvergunning daartoe heeft ingediend, blijkt dat zij actief betrokken was bij het in gebruik nemen van [accommodatieschip] als logiesaccommodatie voor tijdelijke arbeidskrachten. Gelet op het voorgaande kon [appellante] er over beschikken of het met het bestemmingsplan strijdige gebruik kon plaatsvinden en heeft zij, in de wetenschap waarvoor [accommodatieschip] zou worden gebruikt, ook aanvaard dat de verboden gedraging zou plaatsvinden. Daarom is de Afdeling van oordeel dat [appellante] als functioneel pleger aangemerkt kan worden.”¹⁹

Het grote verschil tussen de beide uitspraken is niet gelegen in de uitkomst, maar wel in de toepassing van de *Drijfmest*-criteria. Waarom heeft de Afdeling in die eerste uitspraak geen gebruik gemaakt van deze criteria en in de tweede wel? Is hier sprake van een ommissie? Of liggen er wellicht andere redenen aan ten grondslag?

3.2 Een reflectie op de uitspraken van de Afdeling

Opvallend is dat de Afdeling slechts in een van beide zaken²⁰ expliciet verwijst naar de *Drijfmest*-criteria.²¹ In de andere zaak blijft de Afdeling vasthouden aan haar oude formule dat als overtreder in eerste plaats te gelden heeft “degene die de verboden handeling fysiek verricht” en dat daarnaast “in bepaalde gevallen degene die de overtreding niet zelf feitelijk begaat, maar aan wie de handeling is toe te rekenen, voor de overtreding verantwoordelijk [kan] worden gehouden en daarom als overtreder [kan] worden aangemerkt.”²² Kennelijk is de Afdeling van mening dat toerekening hier op zijn plaats is, en die uitkomst is wellicht ook ‘maatschappelijk gewenst’.²³ Op basis waarvan zij dat toerekeningsoordeel huldigt, blijft echter gissen. Dat is kwalijk. Stijnen toont zich in zijn annotatie onder deze uitspraak terecht kritisch.²⁴ Sinds de Afdeling in 2023 heeft aange-

geven dat zij voortaan aansluiting zal zoeken bij de strafrechtelijke criteria voor daderschap, liggen haar uitspraken – zeer begrijpelijk – onder een vergrootglas. Tegen die achtergrond is het betreurenswaardig dat de Afdeling haar oordeel niet nader toelicht. Zeker nu het overtredderschap – in de zin van plegerschap, want dat is wat de overtreder wordt verweten²⁵ – niet vanzelfsprekend is. Zoals uit de uitspraak blijkt en door Stijnen in zijn noot nog eens nader wordt uitgewerkt, zijn er bij deze overtreding meerdere, aan elkaar gelieerde, rechtspersonen betrokken. Slechts één daarvan – de holding – wordt in rechte als overtreder aangesproken. Juist over het daderschap van moedermaatschappijen is in het strafrecht, maar ook in het bestuursstrafrecht,²⁶ het nodige te doen. Dat een moedermaatschappij verantwoordelijk wordt gehouden voor overtredingen die feitelijk door een dochteronderneming zijn begaan is zeker niet uitgesloten, maar evenmin vanzelfsprekend. Een van de uitgangspunten van het (bestuurs)strafrecht is dat iemand enkel aansprakelijk is voor zijn eigen gedragingen, niet voor die van een ander. Dat uitgangspunt geldt voor rechtspersonen onverkort. Nu heeft de ‘eigen’ gedraging als gevolg van het functioneel daderschap een behoorlijk ruime strekking gekregen, in die zin dat de gedraging ook een handeling door tussenkomst van een ander rechtssubject kan omvatten, maar dan moet, zoals in paragraaf 4 nog zal blijken, wel duidelijk zijn waarop die toerekening berust. Daar komt bij dat het daderschap in groepsverbanden op meerdere manieren vorm kan krijgen. Iedere daderschapsvorm – functioneel daderschap, feitelijk leidinggeven, medeplegen, medeplichtigheid etc. – kent daarbij zijn eigen criteria. Het concern zelf geniet geen rechtspersoonlijkheid en is dus geen zelfstandig rechtssubject en kan daarom ook niet in rechte als overtreder worden aangesproken. Die aansprakelijkheid berust bij de afzonderlijke rechtspersonen die gezamenlijk de groep vormen, en dan ook nog enkel voor zover die rechtspersonen zelf bij de overtreding betrokken zijn.²⁷ Die betrokkenheid kan per rechtspersoon verschillen. Veelal is daarvoor nodig dat inzichtelijk wordt in welke mate welke rechtspersoon betrokken was. Zowel voor het bestuursorgaan als de rechter kan dat soms een hachelijke opdracht zijn, met weinig overtuigende daderschapsoordelen tot gevolg. De uitspraak van augustus 2023 vormt daar in onze optiek een voorbeeld van.

19 ABRvS 25 oktober 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3954, AB 2023/312, m.nt. R. Stijnen, r.o. 5.2.

20 ABRvS 25 oktober 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3954, AB 2023/312, m.nt. R. Stijnen, r.o. 5.2.

21 HR 21 oktober 2003, 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 (*Drijfmest*) en HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016/375, m.nt. H.D. Wolswijk (Overzichtsarrest feitelijk leidinggeven).

22 ABRvS 2 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2947, AB 2023/312, m.nt. R. Stijnen, r.o. 7.1.

23 Vgl. C.N.J. Kortmann, ‘Meer rechtseenheid in het overtredderbegrip? Over functioneel daderschap en overtredingen in concernverband’, *NTB* 2017/21, p. 185.

24 Zie de zesde opmerking van R. Stijnen onder ABRvS 2 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2947, AB 2023/312.

25 Zie over het belang van zuiverheid van deze terminologie nader T.R. Bleeker, *Milieuaansprakelijkheid van leidinggevend. Over strafrechtelijke, bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke sanctivering van leidinggevend voor een milieuovertreding in bedrijfscontext* (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 176-184 en T.R. Bleeker ‘Overzichtsartikel: het bijgestelde bestuursrechtelijke overtredderbegrip’, *NTB* 2023/383, p. 589-590.

26 Zie o.a. Kortmann, *NTB* 2017/21 en M. van der Linden & J. Winkels, ‘Evenredigheid van bestraffende sancties in concernverband’, in T.R. Bleeker e.a., *Sanctivering van ondernemingen en bestuurders in het bestuursstrafrecht. Samen werken is samen de klos?* (Preadviezen Jonge VAR 2018), Boom juridisch: Den Haag 2019, p. 209-265.

27 Van der Linden & Winkels 2018, p. 217-218; D.R. Doorenbos, ‘Beboeting van rechtspersonen’, *Strafblad* 2014, p. 104-105.

4. **Een strafrechtelijke analyse van de toepassing van het ‘functioneel ouderschap’ van rechtspersonen door de Afdeling**

In beide casussen zijn de vermeende overtreders rechtspersonen. Dat heeft tot gevolg dat de criteria voor functioneel ouderschap van rechtspersonen moeten worden toegepast: de *Drijfmet*-criteria. In een van beide uitspraken doet de Afdeling dat ook. De andere uitspraak laat meteen zien hoe lastig die toepassing soms kan zijn wanneer er meerdere rechtspersonen rondom de overtreding in beeld zijn, en daar mogelijk ook bij zijn betrokken. Het *Drijfmet*-stramien is ontwikkeld met het oog op enkelvoudige verhoudingen. Dat wil zeggen met het oog op de toerekening van de gedraging van een natuurlijke persoon aan één rechtspersoon (in de desbetreffende casus betrof dat de beheerder van de grond waarop de mest was uitgereden).²⁸ Nu is het *Drijfmet*-stramien voldoende flexibel om ook te worden toegepast in zaken waarbij meerdere rechtspersonen zijn betrokken, maar dat vergt een nadere analyse van de vier afzonderlijke omstandigheden, en laat ook ruimte voor andere omstandigheden.

Over het *Drijfmet*-arrest hebben wij in onze artikelnoot in *Gst.* 2023/83 al het nodige opgemerkt. Volgens dat arrest kan een rechtspersoon als dader van een strafbaar feit worden aangemerkt indien de desbetreffende gedraging *redelijkerwijs* aan hem kan worden *toegerekend*. Voor de vraag of een (verboden) gedraging in redelijkheid aan een rechtspersoon kan worden toegerekend, geeft de Hoge Raad een belangrijk ‘oriëntatiepunt’, namelijk of de gedraging heeft plaatsgevonden dan wel is verricht *in de sfeer van de rechtspersoon*. Als dat het geval is, dan kan deze in beginsel in redelijkheid aan de rechtspersoon worden toegerekend. Aan dit oriëntatiepunt wordt nadere invulling gegeven door een viertal niet-cumulatieve ‘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. de 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.

Hoewel het *Drijfmet*-arrest in het strafrecht inmiddels een vaste – en onomstreden – plaats heeft ingenomen, laat de

toepassing van de criteria in de praktijk soms te wensen over. In haar recente, op de toepassing van het *Drijfmet*-arrest toegespitste, dissertatie constateert Schaap dat de strafrechtelijke feitenrechter met enige regelmaat via een onzuivere toepassing van de *Drijfmet*-omstandigheden ander gedrag aan de rechtspersoon toerekent dan dat in de tenlastelegging centraal staat. Als gevolg daarvan wordt bijvoorbeeld gedrag dat slechts een gedeelte van het tenlastegelegde gedrag beslaat gebruikt om de gehele verweten delictsgedraging aan de rechtspersoon toe te rekenen. Constructies waarbij de verweten gedraging onder de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon wordt geschaard omdat het gedrag dat daaraan voorafging of daarop volgde dat doet, komen eveneens voor. Hetzelfde geldt voor het aannemen van beschikken en aanvaarden. Ook daar valt het gedrag waarvan wordt gezegd dat de rechtspersoon daarover kon beschikken en heeft aanvaard, lang niet altijd samen met het gedrag dat de rechtspersoon in de tenlastelegging wordt verweten. Dat doet ernstig afbreuk aan de legitimatie van het ouderschapsoordeel.²⁹ Het zou wenselijk en passend zijn als de bestuursrechter daar zuiver(der) op zal toezien. Gelet op de uitspraak van 2 augustus 2023 zijn onze verwachtingen daaromtrent, daar waar het er echt op aankomt, vooralsnog niet heel hooggespannen. Nadere onderbouwing en een scherpere analyse waren hier echt op zijn plaats geweest. Wij waren dan ook enigszins verrast door de scherpe stellingname van de Afdeling in haar recente uitspraak van 24 januari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:269. In die casus betrof de aangesproken rechtspersoon een holding. Hier overwoog de Afdeling heel principieel:

“[appellante] staat in het Handelsregister ingeschreven als financiële holding, die zich bezighoudt met het oprichten en verwerven van, deelnemen in, samenwerken met, voeren van beheer en directie over en (doen) financieren van andere ondernemingen, vennootschappen en rechtspersonen, en het verkrijgen, vervreemden, stichten, financieren, beheren en exploiteren van en het beleggen van vermogen. Het exploiteren van een airbnb valt niet onder de normale bedrijfsactiviteiten. Gelet hierop volgt de Afdeling het standpunt van het college dat de gedraging past in de normale bedrijfsvoering van [appellante] niet.”³⁰

Vervolgens concludeert de Afdeling dat de gedraging ook op grond van de *Ijzerdraad*-criteria niet aan de rechtspersoon kan worden toegerekend waardoor deze onterecht als overtreder is aangemerkt. Waarom de Afdeling in haar uitspraak van augustus 2023 zo eenvoudig over dit onderwerp heen stapt, om daar een halfjaar later ineens zeer principieel over te doen, blijft gissen. Ons bekruipt het gevoel dat het ‘niet onder de normale bedrijfsvoering’ brengen hier toch

28 F.G.H. Kristen, ‘Maatschappelijk verantwoord ondernemen en strafrecht’, in: *Maatschappelijk verantwoord ondernemen* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2010-1), Deventer: Kluwer 2010, p. 156.

29 Zie hierover kritisch A.L.M. Schaap, *Het ouderschap van de rechtspersoon. Een onderzoek naar het Drijfmetkader als richtinggevend kader voor het ouderschap van de rechtspersoon* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 188-193, 219-220, 274-301, 325-327 en 445-449.

30 ABRvS 24 januari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:269, AB 2024/79, m.nt. R. Stijnen, r.o. 11.

een soort gelegenheidsargument vormde waar de Afdeling onder andere omstandigheden minder gewicht aan zou hebben toegekend. Opvallend is ook dat de Afdeling volledig afgaat op de statutaire doelstellingen van de holding, terwijl de inschrijving in het handelsregister in het strafrecht louter indicatief is. Doorslaggevend zijn de activiteiten die de rechtspersoon feitelijk ontplooit. Indien de holding zich feitelijk met de verhuur heeft bemoeid, dan valt dat verhuren gewoon onder haar bedrijfsvoering ook als die activiteiten buiten haar officiële taken vallen. Tegen die achtergrond is het jammer dat de uitspraak niet vermeldt waarom het college van B&W van mening was dat de gedraging wel onder de normale bedrijfsvoering kon worden geschaard. Dat had mogelijk meer inzicht gegeven in de casus.

De vraag blijft hoe het oordeel zou zijn uitgevallen indien de holding evident tekort was geschoten in zijn zorgplicht en meerdere signalen doelbewust had genegeerd. Zouden de boete en de last onder dwangsom dan nog steeds zijn gesneuveld? Wij vermoeden van niet. Daarmee doet ook dit principiële oordeel afbreuk aan het gezag van het toerekeningsoordeel van de Afdeling, evenals haar eerdere ruimhartige toerekening dat deed. Op deze manier krijgt toerekening iets van willekeur. Men kijkt eerst waar men wil uitkomen (wel/geen toerekening) en gaat vervolgens de weg naar dat oordeel zo inkleuren dat die conclusie ook logischerwijs uit de daaraan voorafgaande motivering voortvloeit. In het strafrecht werd door Strijards al eens kritisch opgemerkt dat aansprakelijkheidsoordelen iets weghebben van konijn-in-de-hoed-achtige redeneringen waarbij het toerekeningsoordeel dat de dogmaticus uit de hoge hoed tovert veelal is gebaseerd op onuitgesproken vooringenomenheden die hij daar eerder zelf in heeft gestopt.³¹ Voor het bestuursrecht lijkt dat niet anders te liggen. Deze kritische kanttekening laat uiteraard onverlet dat het signaal dat de Afdeling met deze uitspraak afgeeft, namelijk dat bestuursorganen de juiste rechtspersoon moeten aanspreken, valt te verwelkomen.

In onze vorige artikelnoot merkten wij al op dat in de literatuur wordt betoogd dat er voor concernverhoudingen mogelijk andere oriëntatiepunten te vinden zijn dan het sfeercriterium.³² Ook kan de 'spankracht' van het criterium in dergelijke situaties worden afgetast.³³ Het is ook deze vraag naar aansprakelijkheid in groepsverbanden die de uitspraak van augustus interessant maakt en hier nader zal worden uitgediept. De kritiek van Stijnen dat het oordeel van de Afdeling hier te kort door de bocht is, onderschrijven wij volledig. Daarmee is niet gezegd dat toerekening niet op zijn plaats zou zijn, wel dat dat oordeel nadere motivering vergt. Afgaande op de casus lijkt een van de dochterondernemingen hier feitelijk te hebben geopereerd, terwijl de

moedermaatschappij daar in rechte op wordt aangesproken. Die aansprakelijkheid is geen vanzelfsprekendheid. Moeder en dochter zijn gescheiden rechtssubjecten en de enkele omstandigheid dat de moeder 100% aandeelhouder is van de dochter maakt nog niet dat zij daarmee ook aansprakelijk is voor al hetgeen die dochter doet of nalaat.³⁴ Voor automatische vereenzelving is zoals Stijnen terecht opmerkt geen plaats.³⁵

De vraag is hoe aansprakelijkheid in concernverhoudingen vorm kan krijgen.³⁶ Het strafrecht kent hiervoor meerdere mogelijkheden. Allereerst kan inderdaad worden gedacht aan toepassing van het *Drijfmest*-stramien. Zoals Kristen uitvoerig schetst, kan toerekening op basis van het *Drijfmest*-arrest op twee manieren plaatsvinden. De gedraging kan *direct* aan de moeder worden toegerekend, bijvoorbeeld omdat de bedrijfsvoering van moeder en dochter de facto dezelfde is, of omdat de werknemer van de dochter direct werkzaam is geweest ten behoeve van de moeder of omdat die gedragingen direct dienstig zijn geweest aan die moeder. Tot slot kan de moedermaatschappij soms *direct* beschikken over het gedrag van medewerkers van haar dochterondernemingen, bijvoorbeeld omdat de medewerkers ook bij haar in dienst zijn. *Indirecte* toerekening ligt voor de hand bij minder innige verhoudingen waarbij er tussen de bedrijfsvoering van moeder en dochter wel een verschil bestaat. In dat geval vindt de toerekening getrappt plaats. De gedraging wordt dan eerst, bijvoorbeeld op basis van het normale bedrijfsvoeringscriterium, toegerekend aan de dochteronderneming. Vervolgens wordt die gedraging van de dochteronderneming weer toegerekend aan de moedermaatschappij, bijvoorbeeld omdat zij over dat gedrag van de dochteronderneming kon beschikken en dat gedrag ook heeft aanvaard. In de casus van de recreatiewoningen lijkt de Afdeling, hoewel zij de *Drijfmest*-criteria niet benoemt, voor die eerste variant te hebben geopteerd. Waarom die directe toerekening op zijn plaats is, had dan nadere toelichting verdiend. Indirecte toerekening had onzes inziens meer voor de hand gelegen, en was waarschijnlijk ook eenvoudiger te construeren, of in ieder geval te motiveren. Duidelijk is immers dat de overtredingen een direct uitvloeisel zijn van de bedrijfsvoering van de dochter (tweede *Drijfmest*-omstandigheid), terwijl de moeder over dat gedrag van de dochter kon beschikken en dat gedrag – naar het schijnt – ook heeft aanvaard (vierde *Drijfmest*-omstandigheid). Die redenering zou een solide daderschapsoordeel opleveren.

31 G.A.M. Strijards, *Hoofdstukken van materieel strafrecht*, Utrecht: Lemma 1992, p. 52.

32 M.J. Hornman & B. van der Vorm, 'De toepassing van het begrip 'functioneel daderschap' sinds de 'Weerselose marktrecleame' en de 'Amsterdamse woonruimteonttrekking' I: de toepassing van de IJzerdraad-criteria. Een artikelnoot bij de uitspraken van de Afdeling bestuursrecht-spraak van 21 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2424 en 13 december 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4615', *Gst.* 2024/32.

33 Kristen 2010, p. 166-167.

34 Hof Arnhem 4 oktober 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BT6907; Kortmann *NTB* 2017/21, p. 184; Van der Linden & Winkels 2018, p. 218 en 220. Zie hierover ook Conclusie A-G Aben 19 juni 2018, ECLI:NL:PHR:2018:644 (*Urker vis-fraude*).

35 Zie de achtste opmerking van R. Stijnen onder ABRvS 2 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2947, AB 2023/312.

36 Hetgeen hierna wordt besproken kan worden geëxtrapoleerd naar joint venture situaties en netwerkverhoudingen. Met het oog op de lees- en behapbaarheid van deze artikelnoot beperken wij onszelf evenwel tot concernverhoudingen. Zie over deze onderwerpen nader M.J. Hornman, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevend van ondernemingen. Een beschouwing vanuit multidimensionaal perspectief* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 259-271 en 412-418.

Naast het aannemen van plegerschap op basis van toerekening krachtens het *Drijfmest*-arrest, dient zich een tweede alternatieve route aan: die van deelneming.³⁷ Voor die gevallen waarin enkel de dochteronderneming als normadessaat kan worden aangemerkt, is deze route via deelnemingsconstructies zelfs de enige mogelijkheid om de moedermaatschappij aan te spreken. Indien tussen de betrokken rechtspersonen (en hun bestuurder) sprake is van een bewuste en nauwe samenwerking, en daarvoor biedt de casus zeker indicaties, dan had de moedermaatschappij als medepleger kunnen worden aangemerkt en zodanig ook als overtreder kunnen worden aangesproken.³⁸ Feitelijk leidinggeven was ook een optie geweest. Ook rechtspersonen kunnen immers feitelijk leidinggeven.³⁹ Dat kunnen ook lager in het concern geplaatste rechtspersonen dan de holding zijn.⁴⁰ Daarbij zij opgemerkt dat feitelijk leidinggeven verschillende verschijningsvormen kent, reikend van (zeer) actieve tot passieve betrokkenheid. In situaties waar de moedermaatschappij meer op afstand staat en de overtreding van de dochteronderneming op zijn beloop heeft gelaten, lijkt feitelijk leidinggeven de aangewezen route te zijn. Van een bewuste en nauwe samenwerking tussen moeder en dochter kan dan immers niet worden gesproken. Volgens de welbekende Slavenburgcriteria geldt als ondergrens voor feitelijk leidinggeven dat de betrokkene – 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. In deze situatie wordt de zojuist bedoelde functionaris geacht opzettelijk de verboden gedragingen te bevorderen.⁴¹ Ook daarbij geldt evenwel dat het enkel zijn van moeder, waarmee dus sprake is van macht, invloed en verantwoordelijkheid over en voor de dochter, nog niet voldoende is voor aansprakelijkheid.⁴² Dat er sprake is van een 'nauwe (bestuurlijke en economische) verwevenheid'⁴³ kan uiteraard worden meegewogen, maar is op zichzelf beschouwd nog niet doorslaggevend.⁴⁴

Anders dan het strafrecht, kent het bestuursrecht, met uitzondering van het fiscale boeterecht,⁴⁵ niet de mogelijkheid om de moedermaatschappij als medeplichtige aan te spreken. Dat heeft tot gevolg dat de betrokkenheid van de moedermaatschappij in het bestuursrecht substantiëler moet

zijn dan in het strafrecht, wil zij op gedragingen van haar dochtermaatschappij kunnen worden aangesproken. Louter faciliterend optreden is niet voldoende. Daarmee komt de eerste discrepantie tussen bestuurs- en strafrecht aan het licht. Er zijn er evenwel meer. Het strafrecht biedt een veel fijnmaziger model om moedermaatschappijen aan te spreken op overtredingen van hun dochters dan het bestuursrecht. Tijdens de vergadering van de Jonge VAR van 9 november 2018 over de sanctionering van ondernemingen en bestuurders in het bestuursstrafrecht is door Jak en Barkhuysen de vraag opgeworpen of er legitieme redenen zijn op basis waarvan zou kunnen worden betoogd dat het bestuursrechtelijke overtrederbegrip en de rechtsbescherming daaromheen zou moeten afwijken van het strafrecht.⁴⁶ A-G Wattel stelt die vraag in zijn conclusie eveneens, en ziet daarvoor, mede gelet op de stellige bewoordingen van de wetgever, onvoldoende aanleiding. Mochten er als gevolg van die stevige stellingname van de wetgever handhavingstekorten ontstaan, dan zou het aan diezelfde wetgever zijn om haar eerdere standpunt zelf te corrigeren.⁴⁷ Als er een onderdeel is waarop handhavingstekorten zouden kunnen ontstaan en divergentie dan wel aanvullende wetgeving mogelijk wenselijk is, dan is dat onzes inziens op het terrein van de concernaansprakelijkheid. Niet alleen mist het bestuursrecht de mogelijkheid om de moedermaatschappij als medeplichtige aan te spreken. Ook anderszins is het bestuursrechtelijke handhavingspalet minder fijnmazig en geraffineerd dan het strafrecht. Naast de daderschapsregelingen kent het strafrecht namelijk nog vele andere mogelijkheden om moedermaatschappijen die betrokken zijn bij of profiteren van misdrijven van hun dochters aan te spreken. Zo kan de moedermaatschappij worden aangemerkt als witwasser van de criminele verdiensten van haar dochter.⁴⁸ Ook bestaat de optie om de moedermaatschappij tezamen met haar dochters en andere betrokken ondernemingen en personen aan te merken als een criminele organisatie in de zin van art. 140 Sr.⁴⁹ Kenmerkend voor deze constructies is dat de moedermaatschappij niet als primaire overtreder wordt aangesproken – dat is de dochter –, maar als (noem het) secundaire overtreder, waarbij zij ook een geheel eigen en van de dochter afwijkend delict begaat. Tot slot kan eventueel wederrechtelijk verkregen voordeel dat met het strafbare feit is verdiend in het strafrecht ook worden ontnomen bij anderen dan degene die het strafbare feit

37 Daarbij zij opgemerkt dat in geval van medeplegen door een rechtspersoon dus zowel naar de criteria voor daderschap van de rechtspersoon moet worden gekeken (redelijke toerekening) als naar de criteria voor medeplegen (bewuste en nauwe samenwerking).
 38 Vgl. ABRvS 6 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2394, AB 2017/275 en ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2429, AB 2018/405, m.nt. R. Stijnen.
 39 HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016/375, m.nt. H.D. Wolswijk (Overzichtsarrest feitelijk leidinggeven), r.o. 3.5.1.
 40 Van der Linden & Winkels 2018, p. 222.
 41 HR 16 december 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9607, NJ 1987/321 (Slavenburg I); HR 16 december 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AC9608, NJ 1987/322, m.nt. A.C. 't Hart (Slavenburg II); HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016/375, m.nt. H.D. Wolswijk (Overzichtsarrest feitelijk leidinggeven).
 42 Van der Linden & Winkels 2018, p. 222.
 43 Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr. 3, p. 78-79.
 44 Vgl. Van der Linden & Winkels 2018, p. 227.
 45 Zie art. 67o AWR waarin van een ruimere categorie overtreders wordt uitgegaan.

46 Zie M.M.W. van Gils, 'Verslag van de Jonge VAR op 9 november 2018 over sanctionering van ondernemingen en bestuurders in het bestuursstrafrecht', in T.R. Bleeker e.a., *Sanctionering van ondernemingen en bestuurders in het bestuursstrafrecht. Samen werken is samen de klos?* (Preadviezen Jonge VAR 2018), Boom juridisch: Den Haag 2019, p. 338-339.
 47 Punten 6.40 en 6.41 Conclusie A-G Wattel 15 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:579, JOM 2023/68.
 48 Deze optie is in de literatuur vooral verkend met het oog op het voordeel trekken uit buitenlandse corruptie of ernstige mensenrechtenschendingen. Daar is het vanwege de lange causale keten en overwegend indirecte en passieve betrokkenheid veelal lastig om de in Nederland gevestigde rechtspersoon rechtstreeks aan het in het buitenland gepleegde primaire feit te koppelen. Het opteren voor secundair feit als witwassen is dan, ook bewijstechnisch, eenvoudiger omdat dat onderzoek binnen de eigen landsgrenzen kan worden verricht.
 49 Zie over beide opties uitvoerig: Kristen 2010.

heeft gepleegd en daarmee het voordeel heeft gecreëerd.⁵⁰ Het bestuursrecht kent die optie, en de zelfstandige ontnemingsmaatregel, niet. In het bestuursrecht zit 'de ontneming' in de boete en die boete kan louter worden opgelegd aan de overtreder. Een moedermaatschappij die financieel voordeel trekt uit een milieuovertreding van haar dochter kan zodoende in het strafrecht via een veelvoud aan juridische constructies worden aangesproken. In het bestuursrecht kan dat niet. Als de overtreding enkel aan de dochteronderneming kan worden toegerekend, dan kan ook alleen zij daarvoor worden beboet, niet de moeder. Die boete moet vervolgens ook in verhouding staan tot de delictsevenredigheid en de draagkracht van de dochter.⁵¹ In gevallen waarin het financiële voordeel voor de moeder/het concern aanzienlijk is, terwijl de draagkracht van de dochter beperkt is, kan dat mogelijk onwenselijk uitpakken. Dat zou een reden voor divergentie kunnen zijn. Tegelijkertijd moet worden opgemerkt dat dit anders ligt voor reparatoire maatregelen als de last onder dwangsom en bestuursdwang. Die kunnen ook aan de moedermaatschappij worden opgelegd. Dan geldt echter wel weer dat de moeder als overtreder moet kunnen worden aangemerkt en dat kan de Afdeling in bepaalde gevallen kennelijk alleen rondbreien door terug te grijpen op haar oude toerekeningscriterium.

5. Slotbeschouwing

Nadat de Afdeling in haar uitspraken in de zaken *Weerselose marktreamer* en de *Amsterdamse woonruimteonttrekking* klare wijn leek te hebben geschonken en zich onomwonden uitsprak voor aansluiting bij het strafrecht, stelt haar uitspraak van 2 augustus 2023 ronduit teleur. Het onbestemde toerekeningscriterium uit de *CZL Tilburg*-uitspraak dat de Afdeling eerst nog leek te hebben afgezworen, keert hier – nota bene in een casus waarin toerekening vanwege concernverhoudingen niet vanzelfsprekend is – prominent en zonder nadere uitwerking terug. Juist in concernverhoudingen draagt de algemene *CZL Tilburg*-formule vanwege haar open en onbestemde karakter het risico in zich om af te glijden naar vereenzelviging en daarmee mogelijk een risicoaansprakelijkheid.⁵² Dat is strijdig met het beginsel van rechtspersoonlijkheid en het schuldbeginsel en dus onwenselijk. Dat de Afdeling daar in andere recente uitspraken strenger op lijkt toe te zien, geeft enige hoop, maar het blijft afwachten of deze algemene formule niet een gelegenheidsargument wordt om van stal te halen in die gevallen waarin de gewenste uitkomst zich anders lastig laat motiveren. Net als in het strafrecht krijgt de (hoogste) bestuursrechter die over toerekening mag oordelen daarmee iets weg van een goochelaar die een (toerekenings)konijn uit de hoge hoed tovert die deze daar even daarvoor zelf in heeft gestopt.

De discussie of en op welke gronden en via welke constructies aansprakelijkheid kan worden aangenomen, werpt zoals Stijnen terecht opmerkt de vraag op of de bestuursrechter daarbij nog enige speling zou moeten hebben, in die zin dat deze zelf tot een passende deelnemingsfiguur moet kunnen komen.⁵³ Stijnen merkt daarover op dat de bestuursrechter, anders dan de strafrechter, niet aan een tenlastelegging is gebonden. Tegelijkertijd kan juist een tenlastelegging met primair en subsidiair varianten de rechter de mogelijkheid bieden om zelf te kiezen welke variant hij het meest passend vindt. In dat opzicht biedt het boetebesluit minder smaken. Die discussie moet evenwel – in de zittingszaal – nog worden gevoerd.

50 Zie specifiek over ontneming in concernverhoudingen M.A.H. Kempen, 'Vereenzelviging en doorbraak van aansprakelijkheid: oplossingen voor schijnconstructies', *Strafblad* 2005, p. 189-206.

51 Zie daarover uitvoerig Van der Linden & Winkels 2018.

52 Van der Linden & Winkels 2018, p. 225-228. Vgl. Kortmann *NTB* 2017/21, p. 185-186.

53 Zie de negende opmerking van R. Stijnen onder ABRvS 2 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2947, AB 2023/312.