

VU Research Portal

Overzichtsartikel: het bijgestelde bestuursrechtelijke overtredersbegrip

Bleeker, Tim

published in

Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
2023

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Bleeker, T. (2023). Overzichtsartikel: het bijgestelde bestuursrechtelijke overtredersbegrip. *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 2023(10), 582-593. Artikel 2023/383.
https://www.inview.nl/document/id36a1b23e999e4605a9c6fa769183185f?ctx=WKNL_CSL_86

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Overzichtsartikel: het bijgestelde bestuursrechtelijke overtredersbegrip

NTB 2023/383

1. Inleiding

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) spreekt van een “*nuancering*”, anderen noemen het een “*U-turn*”;² er is iets veranderd in het bestuursrechtelijke overtredersbegrip. Een Amsterdamse woning die was onttrokken aan de woonruimtevoorraad³ en onrechtmatig geplaatste reclameborden voor de Weerse-lose markt⁴ vormden de aanleiding voor de koerswijziging. In beide gevallen was er evident sprake van een *overtreding* in de zin van artikel 5:1 lid 1 Awb, maar bestond er discussie over wie kon worden aangemerkt als de *overtreder* in de zin van artikel 5:1 lid 2 en 3 Awb.

De hamvraag is of de geconstateerde overtredingen kunnen worden toegerekend aan de woningeigenaar (een natuurlijk persoon) en de marktexploitant (een vof), zodat zij als ‘functionele dader’ kunnen worden aangesproken. In de uitspraken van 31 mei 2023 neemt de Afdeling afstand van de toerekeningsformule uit haar eerdere rechtspraak en zoekt zij voor functioneel daderschap aansluiting bij de strafrechtelijke criteria.

Het overtredersbegrip is een belangrijk aangrijpingspunt voor bestuursrechtelijke handhaving. Bestuurlijke sancties kunnen namelijk in beginsel⁵ alleen worden opgelegd aan de overtreder.⁶ Daarom is het van groot belang om te doorgronden wat er sinds 31 mei precies is veranderd. De tot nu toe verschenen annotaties⁷ gaan vooral over de nieuwe

toerekeningsvereisten voor functioneel daderschap, namelijk de zogeheten *Ijzerdraad*-criteria en *Drijfmest*-factoren. Maar wat voor een type overtreder is die functionele dader eigenlijk? En wanneer is toerekening precies nodig? (En wanneer niet?)

Het is gemakkelijk om te verdwalen in de bestuursrechtelijke overtrederschapsvormen, en de ‘functionele dader’ is een schimmig figuur; ook in het strafrecht.⁸ Verwarring ligt dus op de loer.⁹ Om de precieze betekenis van de 31 mei-uitspraken te doorgronden is het nodig een stapje terug te doen. Met dit artikel beoog ik daarom het complete bijgestelde bestuursrechtelijke overtredersbegrip op toegankelijke en overzichtelijke manier in kaart te brengen.

Veranderingen worden pas echt goed zichtbaar door vergelijking. Daarom sta ik hierna in paragraaf 2 eerst kort stil bij het voormalige bestuursrechtelijke overtredersbegrip. In paragraaf 3 bespreek ik vervolgens de 31 mei-uitspraken die het keerpunt hebben gevormd voor de Afdeling. Hierbij komen ook de nieuwe strafrechtelijke criteria voor ‘functioneel daderschap’ aan bod. Dan het beloofde stapje terug: in paragraaf 4 geef ik een beknopt overzicht van het bijgestelde bestuursrechtelijke overtredersbegrip. Alle drie de overtrederschapsvormen uit artikel 5:1 lid 2 en 3 Awb komen voorbij: plegen, medeplegen en feitelijk leidinggeven. Aan de hand van dat overzicht wordt duidelijk wat de kenmerken van en verschillen tussen die overtrederschapsvormen zijn en hoe ‘functioneel daderschap’ zich daartoe verhoudt. In de slotbeschouwing van paragraaf 5 beantwoord ik ten slotte de vraag wat er sinds de 31 mei-uitspraken precies veranderd is (en net zo belangrijk: wat er hetzelfde is gebleven). Ik sluit dit artikel af met een schematisch overzicht van het bijgestelde bestuursrechtelijke overtredersbegrip.

2. Het voormalige overtredersbegrip

Het begrip ‘overtreder’ speelt een sleutelrol in de bestuursrechtelijke handhaving, maar tot vrij recent ontbrak het aan een wettelijke definitie.¹⁰ Het voormalige overtredersbegrip is ontwikkeld in de rechtspraak en de standaardoverweging

1 Mr. dr. T. (Tim) Bleeker is universitair docent milieuaansprakelijkheidsrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en coördineert daar de master *International Business Law: Climate Change and Corporations*. Hij is gepromoveerd op het onderwerp ‘Milieuaansprakelijkheid van leidinggevenden’ aan de Universiteit Utrecht.

2 In deze zin bijvoorbeeld annotatie bij ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071, van F.J.P.M. Haas in *BNB* 2023/107. Eerder noemde Thomas Sanders de uitspraak een ‘aardverschuiving’ in handhavingsrecht.nl/aardverschuiving-bij-handhaving-veel-overtreders-zijn-dat-per-vandaag-niet-meer/, daar is hij later op teruggekomen: T.N. Sanders, ‘De functionele dader als overtreder in het bestuursrecht’, *NJB* 2023/2245.

3 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071 (*Woningverhuur*).

4 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067 (*Weerselose markt*).

5 De uitzondering is de last onder bestuursdwang, die kan ook worden opgelegd aan bepaalde niet-overtreders. De kosten voor bestuursdwangtoepassing kunnen echter alleen worden verhaald op de overtreder (art. 5:25 lid 1 Awb).

6 Let wel: voor sommige sancties gelden, naast het overtrederschap, ook nog andere vereisten. De last onder dwangsom kan worden opgelegd aan de 1) *overtreder* die het bovendien 2) *feitelijk en juridisch in de macht* heeft de last uit te voeren (zo volgt uit art. 5:31d Awb en ABRvS 28 maart 1995, ECLI:NL:RVS:1995:AN4431, AB 1995/528). De bestuurlijke boete kan worden opgelegd aan 1) *de overtreder* die bovendien 2) een *verwijt* kan worden gemaakt (dit vloeit voort uit art. 5:40, 5:41 en 5:2 lid 1 sub c Awb).

7 Zie onder meer R. Stijnen, *AB* 2023/251; C.L.G.F.H. Albers, *JB* 2023/148; V.M.Y. van ‘t Lam & N.A. Nowotny, *M en R* 2023/74 en J.M. Sitsen, *NTFR* 2023/992.

8 In deze zin ook M.J. Hornman & B. van der Vorm, ‘Het begrip ‘functioneel daderschap’ in het bestuursstrafrecht’, *Gst.* 2023/83, par. 4.

9 Zo wordt in de (voor het overige glasheldere en uitgebreide) annotatie van Stijnen feitelijk leidinggeven pardoes aangemerkt als een “*vorm van functioneel daderschap*”: *AB* 2023/251 en in de annotatie van Sanders wordt functioneel daderschap weergegeven als een nieuwe categorie overtreders die losstaat van de overige overtrederschapsvormen van art. 5:1 lid 2 en 3 Awb: Sanders 2023, par. 2.

10 Zie voor een uitvoerige analyse van de ontwikkeling van het bestuursrechtelijke overtredersbegrip T.R. Bleeker, *Milieuaansprakelijkheid van leidinggevenden* (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. III.6.2 *Pre-Vierde tranche overtrederschap* en par III.6.3.

kan worden herleid tot de *CZL Tilburg*-uitspraak uit 2008.¹¹ In deze zaak speelde het volgende: er woedde een chemische brand in het bedrijfspand van CZL Tilburg en bij het blussen is verontreinigd bluswater terechtgekomen in de omliggende sloten. Het waterschap pompt de sloot leeg en treft maatregelen om verdere verontreiniging te voorkomen. De kosten hiervoor willen zij verhalen op CZL Tilburg. Daarvoor doen zij een beroep op artikel 1 lid 1 Wvo, dat bepaalt dat het verboden is om zonder vergunning stoffen op oppervlaktewater te lozen. Aan de Afdeling de vraag of de bluswerkzaamheden van de brandweer kunnen worden toegerekend aan CZL Tilburg. De Afdeling geeft in deze uitspraak de volgende invulling aan overtrederschap:

“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.*” [cursivering toegevoegd door auteur]¹²

En zo verrees uit een chemische brand een overtredersbegrip. Met deze toets kwam de Afdeling tot de conclusie dat CZL Tilburg artikel 1 lid 1 Wvo had overtreden. De toerekening van de verboden lozingen werd als volgt gemotiveerd:

“(…) de bluswerkzaamheden van de brandweer [moeten] feitelijk worden geacht in opdracht van CZL te zijn verricht. Dat CZL de brandweer niet zelf heeft gewaarschuwd en naderhand heeft betoogd dat de brandweer het pand ook had mogen laten uitbranden in plaats van te blussen, maakt dit niet anders, nu naar het oordeel van de Afdeling de brandbestrijding in een bedrijf door de brandweer in het algemeen moet worden geacht de gevolgen van die brand te beperken en de gevolgen daarvan aan het bedrijf kunnen worden toegerekend.”¹³

Volgens de Afdeling is het dus mogelijk te lozen zonder te lozen, zonder te willen lozen (“niet blussen, laat maar uitbranden!”) en zonder het lozen te kunnen voorkomen of beëindigen.¹⁴ Deze uitkomst zal door velen worden toegelicht – want anders draait de samenleving op voor de saneringskosten – maar een duidelijk verwijt ontbreekt. Maar de redenering heeft veel kritiek uitgelokt. Critici (waaronder

ondergetekende)¹⁵ vinden de gebruikte toets te ruim en te vaag.¹⁶ De toerekening van de verboden gedraging lijkt volledig losgezongen van het verwijt dat de overtreder wordt gemaakt.¹⁷ In de literatuur wordt de ruime toerekeningsformule dan ook meer dan eens aangeduid als een ‘cirkelredenering’¹⁸ of als een vorm van risicoaansprakelijkheid.¹⁹

Ondanks een aanhoudende stroom van kritiek is de toets uit *CZL Tilburg* uitgegroeid tot de standaardoverweging voor de beoordeling van overtrederschap.²⁰ In de Afdelingsrechtspraak werd de toets gebruikt voor het overtrederschap van zowel natuurlijke personen²¹ als van rechtspersonen;²² óók in andersoortige gevallen dan die met verontreinigd bluswater.²³ Er werd wel gesproken van een ‘bestendige lijn’.²⁴

11 ABRvS 15 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF8999, AB 2008/364, m.nt. Michiels (*CZL Tilburg*).
12 *CZL Tilburg*, r.o. 2.5.2. Dat in de eerste plaats degene “die het wettelijk voorschrift daadwerkelijk geschonden heeft” kan worden aangemerkt als overtreder, is ontleend aan ABRvS 19 juni 1995, ECLI:NL:RVS:1995:ZF1686, AB 1995/582, m.nt. Van Buuren (*Geldrop*).
13 *CZL Tilburg*, par. 2.5.2.
14 Je mag de werkzaamheden van de brandweer immers niet hinderen: ABRvS 23 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2728, AB 2014/370, m.nt. Van Mil (*Bavin*).

15 *Full disclosure*: ik was erg kritisch op de lijn van de Afdeling. In mijn Jonge VAR-preadvies (2018) verdedigde ik de stelling ‘De Afdeling moet de toerekeningsformule uit *CZL Tilburg* inruilen voor de verruimde IJzerdraad-criteria’: T.R. Bleeker, ‘Bestuursaansprakelijkheid in het milieubestuurrecht’, in: *Preadviezen Jonge VAR Reeks* 17, p. 55-132. Voorts heb ik in mijn proefschrift ongeveer een heel hoofdstuk gewijd aan het bestrijden van de toerekeningsformule van de Afdeling: Bleeker 2021, hoofdstuk III.
16 Kritisch over de *CZL Tilburg*-formule zijn onder (veel) meer: F.C.M.A. Michiels, ‘Bestuurlijke handhaving sinds de derde tranche Awb’, *Netherlands Administrative Law Library* 2013, par. 4.1 en K. van Leeuwen & F. Vermeer, ‘De functionele dader voor en na de Vierde tranche’, in: A.G. Bregman, H.E. Bröring & K.J. de Graaf (red.), *Onbegrensde rechtsbeoefening: opstellen aangeboden aan prof. mr. D.A. Lubach*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2014, p. 269-290; Vermeer in zijn annotatie bij ABRvS 27 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7463, AB 2013/181 (*Vuil in Leidsche Vaart*) en opnieuw Vermeer in zijn annotatie onder ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:90, AB 2014/144, (*Chemie-Pack Nederland*), par. 5; D.A.B. Klein Lenderink, ‘Functioneel daderschap van rechtspersonen onder de Algemene wet bestuursrecht’, *Tijdschrift voor praktisch bestuursrecht* 2015, par. 4-5; S.M.C. Nuyten, ‘Functioneel daderschap en feitelijk leidinggever: de dader in het bestuursrecht’, *Mededingingsrecht in de Praktijk* 2015/195; L.J.A. Damen, *Bestuursrecht Deel 1: Systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 596; F.R. Vermeer, F.W. Visser & A. Sibma, *De last onder dwangsom*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 33-36; C.N.J. Kortmann, ‘Meer rechtseenheid in het overtredersbegrip? Over functioneel daderschap en overtredingen in concernverband’, *NTB* 2017/21, par. 5.2 en C.L.G.F.H. Albers, in hoofdstuk 14 van H.E. Bröring & K.J. de Graaf (red.), *Bestuursrecht 1*, Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 622.
17 Bleeker 2021, p. 237; Van Leeuwen & Vermeer 2014, p. 288 en H.E. Bröring & K.J. de Graaf (red.), *Bestuursrecht: deel 1*, Den Haag: Boom juridisch, 2019, p. 598. Concl. A-G Wattel 15 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:579 in de hogere beroepen van 202106120/1/A3 en 202100578/1/A3 (hierna: *Conclusie*) par. 6.16, 6.22.
18 Van Leeuwen & Vermeer 2014, p. 279; Bleeker 2021, p. 238 en in deze zin ook Vermeer in zijn annotatie bij *Chemie-Pack Nederland*, AB 2014/144, par. 7.
19 Klein Lenderink 2015; Kortmann 2017, par. 5; Kortmann in zijn annotatie bij Rb. Breda 21 juni 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BW8992, *JM* 2012/137; Kortmann & Onrust in hun annotatie bij ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:102, *JM* 2014/34; in neutrale bewoordingen ook Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 165 en Bleeker 2021, par. III.6.3.3 en III.7.2. Zie voorts de verwijzingen van A-G Wattel in de *Conclusie*, par. 6.16.
20 De overweging uit *CZL Tilburg* werd (zij het niet zonder kritiek) ook in de literatuur weergegeven als invulling van het overtredersbegrip. Zie bijvoorbeeld: Borman, in: *T&C Algemene wet bestuursrecht*, Commentaar op art. 5:1 Awb en P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens & F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer: Kluwer 2014, par. 4.1. Dit beeld wordt ook bevestigd door A-G Wattel in zijn *Conclusie*, par. 6.12.
21 Zie bijv. ABRvS 20 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3475.
22 ABRvS 30 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3552, r.o. 4.1 en ABRvS 28 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1912.
23 ABRvS 22 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3205, *JB* 2018/8 (*Toeristische verhuur Airbnb Amsterdam*) of ABRvS 4 november 2021, *M en R* 2021/13, m.nt. V.M.Y. van 't Lam (*Nertsenfokkerij*) en ABRvS 13 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:396, *ABkort* 2019/219, r.o. 3.1.
24 In deze zin V.M.Y. van 't Lam, ‘Enkele recente ontwikkelingen in milieurechtelijke jurisprudentie’, *BR* 2015/60, par. 5.1.

Met de invoering van de vierde tranche Awb in 2009 kreeg het begrip ‘overtreder’ een wettelijke definitie. De wetgever heeft bij de codificatie van het bestuursrechtelijke overtredersbegrip aansluiting gezocht bij het strafrecht. Er zijn verschillende daderschapsvormen geïmporteerd, en in de memorie van toelichting worden strafrechtelijke standaard-arresten – inclusief die over functioneel daderschap: *Ijzerdraad* en *Drijfmet* – uitdrukkelijk van toepassing verklaard in het bestuursrecht.²⁵ Het CBB ging al snel overstag,²⁶ maar de Afdeling hield ook na de invoering van de vierde tranche nog bijna vijftien jaar vast aan de toerekeningsformule uit CZL Tilburg... tot 31 mei 2023.

3. Het keerpunt: de 31 mei-uitspraken

Op 31 mei 2023 zag de Afdeling toch aanleiding om het overtredersbegrip ‘te nuanceren’. Wat is er gebeurd en wat is er veranderd? Hierna schets ik op hoofdlijnen de casus (par. 3.1), de conclusie van Staatsraad A-G Wattel (par. 3.2) en het oordeel van de Afdeling, met daarin ook de toepassing van de uit het strafrecht geïmporteerde vereisten op de casus (par. 3.3).

3.1 De casus

3.1.1 Woningverhuur

Tijdens controles van een huis in Amsterdam dat bedoeld is voor permanente bewoning, treffen toezichthouders toeristen en prostituees aan. In de basisregistratie staat al jaren niemand ingeschreven op dit adres. Er is wel een huurovereenkomst, maar de hoofdbewoner is nooit aangetroffen en er zijn geen aanwijzingen voor permanente bewoning. Het college vermoedt dat de woning is onttrokken aan de woonruimtevoorraad en legt de eigenaar een boete op.²⁷

De eigenaar van het Amsterdamse huis, woonachtig in Israël, was naar eigen zeggen in de veronderstelling dat de woning sinds 2013 voor permanente bewoning werd verhuurd. De verhuur en controle van de woning laat hij over aan een professioneel verhuurbedrijf. Als de eigenaar daarmee contact opnam, was het devies dat alles ordentelijk verliep, de huur werd betaald en dat er geen bijzonderheden te melden waren. De zus van de eigenaar die in de buurt van het huis woont, viel ook nooit iets bijzonders op. Hij hield zelf ook in de gaten of de woning niet op vakantieverbuursites te vinden was.

Aldus betoogt de eigenaar dat hij voldoende toezicht heeft gehouden en dat hij niet kan worden beschouwd als overtreder. Het college brengt daar tegen in dat hij dit niet concreet kan onderbouwen en dat de verklaringen niet stroken met de bevindingen uit eerdere huisbezoeken.²⁸ Aan de

Afdeling nu de vraag of het onttrekken van de woning kan worden toegerekend aan de eigenaar.

3.1.2 Weerselose markt

Op de markt van het Twentse dorpje Weerselo konden bezoekers en standhouders gratis ‘sandwichborden’ en reclamemateriaal voor de markt meenemen. Sandwichborden zijn grote kartonnen platen die je als een soort dubbele boterham aan weersijden van een lantaarnpaal kunt bevestigen, om daar reclamemateriaal op te plakken. Deze materialen worden ter beschikking gesteld door de vof die de Weerselose Markt exploiteert en marktkramen verhuurt. Bij het neerleggen van de borden wist de vof niet wie de sandwichborden mee zou nemen en hoe ze precies gebruikt zouden worden, maar het zal niet verbazen dat al snel in Weerselo en omgeving sandwichborden opdoken met reclame voor de Weerselose markt. Dat is in strijd met een bepaling uit een APV, die kort gezegd bepaalt dat “het verboden is om zonder toestemming op een openbare plaats een aanplakbiljet te plakken, te doen aanplakken of op andere wijze aan te brengen”.²⁹

Het college heeft de vof herhaaldelijk gewezen op de overtredingen en meermaals gevraagd het verspreiden van de borden te staken. De vof was niet te beroerd om de onrechtmatig geplaatste sandwichborden te verwijderen, maar bleef de borden toch aanbieden. Het college legt een dwangsom op om toekomstige overtredingen te voorkomen. De vof brengt daar tegen in dat zij niet zelf de borden plaatst, en dat zij ook geen beschikkingsmacht heeft over het uiteindelijke gebruik van de borden. Het is aan de Afdeling om te bepalen of de vof kan worden aangemerkt als ‘functioneel dader’.³⁰

3.2 Conclusie A-G Wattel³¹

3.2.1 De strafrechtelijke criteria voor functioneel daderschap

De Afdeling grijpt deze twee zaken over functioneel daderschap – één over een bestraffende sanctie, en één over een herstelsanctie; waarbij één over een natuurlijk persoon, en één over rechtspersoon – aan om orde op zaken te stellen. Zij vraagt A-G Wattel te beoordelen of er inderdaad ‘licht zit’ tussen haar invulling van het overtredersbegrip en het strafrechtelijke functioneel dadersbegrip, en zo ja, of daar een goede reden voor is.³²

In zijn conclusie stelt A-G Wattel voorop dat uit de wettekst en de wetsgeschiedenis volgt dat de wetgever een uniform overtredersbegrip wenste voor zowel herstelsancties als

25 De wetgever verwijst voor de toelichting van de nieuwe overtredersschapsvormen naar de strafrechtelijke standaardarresten van de daderschapsvormen. *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 78-81 en *Kamerstukken I* 2008/09, 31124, nr. C, p. 3.

26 Zie het overzicht in Bleeker 2021, par. III.6.3.3.

27 Op grond van art. 21 lid 1 onder a Huisvestingswet 2014.

28 Zie voor de genoemde feiten *Woningverhuur*, r.o. 1, 2, 5.1, 6 en 7.

29 Art. 2:42, tweede lid, aanhef en onder a, van de Algemene Plaatselijke Verordening gemeente Enschede 2009, en zie *Weerselose Markt*, r.o. 2.

30 Zie voor de genoemde feiten *Weerselose Markt*, r.o. 1, 3, 7.3, 8.3 e.v. en Conclusie par. 2.25 e.v. Daarnaast is er volgens de vof geen sprake van medeplegen, omdat zij niet nauw en bewust heeft samengewerkt met degenen die de verboden gedragingen feitelijk verrichten. *Weerselose Markt*, r.o. 7.3.

31 Conclusie.

32 Conclusie par. 3.2.

bestraffende sancties en dat begrip wilde doen aansluiten bij het strafrechtelijke daderschapsbegrip.³³ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever voor functioneel daderschap ook expliciet aansluiting zoekt bij – in de woorden van de wetgever – “het befaamde *Ijzerdraad-arrest*” en *Drijfmest-arrest*.³⁴

Functioneel daderschap gaat in de kern over de verantwoordelijkheid voor de (fysieke) gedragingen van anderen. Als er wordt voldaan aan bepaalde criteria, dan kan de gedraging van een fysieke pleger ook worden toegerekend aan de functionele dader. In paragraaf 6 van zijn conclusie schetst A-G Wattel aan de hand van de standaardarresten en strafrechtelijke literatuur het leerstuk van functioneel daderschap.

Bij natuurlijke personen geschiedt de toerekening van een verboden gedraging aan de hand van de ***Ijzerdraad-criteria***. Toerekening is mogelijk wanneer:

1. de verdachte beschikkingsmacht heeft over de verboden gedraging; en
2. die gedraging aanvaardt of placht te aanvaarden, dan kan die gedraging hem worden toegerekend.
 - o Van aanvaarding is reeds sprake wanneer de verdachte niet de zorg betracht die in redelijkheid van hem kan worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging. Oftewel, de schending van een zorgplicht voldoet.³⁵

Het functionele daderschap van rechtspersonen geschiedt aan de hand van de **leer van de redelijke toerekening** uit het *Drijfmest-arrest*. Een belangrijk oriëntatiepunt is of de gedraging plaatsvond ‘in de sfeer van de rechtspersoon’. Daarvoor noemt de Hoge Raad verschillende concretiserende ‘omstandigheden’, namelijk:³⁶

- 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.
- De gedraging past in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon.
- De gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf.
- 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 (*Ijzerdraad-criteria*).

3.2.2 Het dilemma van A-G Wattel

Vervolgens richt A-G Wattel zich op de invulling van het overtredersbegrip in de Afdelingsrechtspraak.³⁷ De A-G is duidelijk geen fan van de toerekeningsformule uit CZL Tilburg:

“Zij laat in het midden wie op grond van welke criteria ‘verantwoordelijk’ kan worden gehouden voor anderen verboden gedraging. Zij herhaalt in wezen twee keer dat de verantwoordelijke verantwoordelijk kan worden gehouden. Dat lijkt mij althans voor bestraffende sancties ontoelaatbaar vaag.”³⁸

Na een beschouwing van rechtspraak over bluswater en onrechtmatig woninggebruik, en onder verwijzing naar geluiden uit de literatuur, komt Wattel tot de conclusie dat overtredersbegrip van de Afdeling is losgezongen van de strafrechtelijke vereisten voor functioneel daderschap.³⁹ Hij beaamt dat de toerekeningsformule van de Afdeling te ruim uitpakt, waarbij in bepaalde gevallen zelfs sprake is van risicoaansprakelijkheid.⁴⁰ Volgens hem is dit problematisch vanuit een oogpunt van legaliteit.⁴¹

Tegelijkertijd heeft A-G Wattel bedenkingen bij de door de wetgever beoogde toepassing van een uniform overtredersbegrip in het bestuursrecht. Hij vreest dat de strafrechtelijke criteria bij herstelsancties een te hoge drempel opleveren voor overtrederschap.⁴²

Bij de toepassing van de *Ijzerdraad-criteria* in de *Woonruimtezaak* gaat volgens Wattel de eigenaar vrijuit. Niet bewezen is dat de eigenaar de onttrekking zou hebben aanvaard, en volgens Wattel is er ook geen sprake van beschikkingsmacht: “dat de eigenaar onrechtmatig gedrag van de huurder wel kan stoppen als hij er achter komt, door de huur op te zeggen, maakt hem geen functioneel pleger van dat gedrag van de huurder: de functioneel pleger moet de overtreding kunnen bewerkstelligen”, aldus Wattel.⁴³ Om dezelfde reden⁴⁴ meent Wattel dat de Weerselose marktkraamexploitant geen overtreder is. De marktkraamexploitant kon de overtreding weliswaar voorkomen door de verspreiding van gratis reclamemateriaal te staken, maar de invloed van de vof was niet zodanig dat die de overtredingen kon *bewerkstelligen*. De toepassing van de andere *Drijfmest*-factoren kunnen volgens Wattel ook niet leiden tot toerekening. Bij

33 Conclusie, par. 1.6, 3.3. De daderschapsfiguren uitlokken, ‘doen plegen’ en medeplichtigheid zijn niet uit het strafrecht geïmporteerd, omdat volgens de wetgever daar geen behoefte aan bestaat in het bestuursrecht: Conclusie par. 3.3. *Kamerstukken II* 2005/06, 29702, nr. 7, p. 31, *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 79.

34 Conclusie, par. 4.B, en voor de geciteerde passage par. 4.5.

35 Zie voor een algemene introductie van de *Ijzerdraad-criteria* Bleeker 2021, par. II.3.4 en (in bestuursrechtelijke context) par. III.4.3.3. Zie voorts J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 154-157 en M.J. Hornman, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevers van ondernemingen* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2016, hoofdstuk II, par. 2.

36 HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938 (*Drijfmest*), r.o. 3.4.

37 Conclusie, par. 6.11-6.26 en par. 1.11-1.14.

38 Conclusie, par. 1.8.

39 Conclusie, par. 6.11-6.26 en par. 1.11-1.14.

40 Conclusie, par. 1.13-16, 6.23, 6.27-40.

41 Conclusie, par. 1.13, 5.12 en 6.17.

42 Zie o.a. Conclusie par. 1.16-1.20.

43 Conclusie, par. 1.21 en 7.2 e.v.

44 Beschikkingsmacht is ook onderdeel van de leer van de redelijke toerekening uit *Drijfmest*. Zie hierboven par. 3.2.1 en het overzicht in par. 4.5.

toepassing van de strafrechtelijke criteria “*zwijnt de Vof er volgens mij doorheen*”, aldus Wattel.⁴⁵

Dit stelt A-G Wattel voor een dilemma: uniformeren of niet uniformeren? Moeten we de “*wetgever beter verstaan dan dat hij zichzelf begreep*” en binnen het bestuursrecht voor herstelsancties en punitieve sancties verschillende overtredersbegrippen onderscheiden, of moeten we doen wat de wetgever voor ogen stond en de strafrechtelijke criteria voor alle sancties toepassen?⁴⁶

Wattel meent dat door volledige uniformering het bestuursrechtelijke overtredersbegrip “*niet beantwoordt aan de noden van het herstelsanctierecht*”. Maar “*dat moet de wetgever dan maar oplossen, die het probleem heeft gecreëerd met een uniform overtredersbegrip dat moet aansluiten bij het strafrechtelijke dadersbegrip*.”⁴⁷ Al met al ziet Wattel volledige uniformering van het overtredersbegrip als “*de minst slechte optie*.”⁴⁸

3.3 Oordeel Afdeling

3.3.1 Woningverhuur

Arme Afdeling. Volgens de A-G is het voormalige overtredersbegrip onhoudbaar en het door de wetgever beoogde overtredersbegrip eigenlijk ongeschikt. Met deze ontmoedigende conclusie moet de Afdeling een knoop doorhakken over het overtrederschap van de Israëlische woningeigenaar en de toepasselijke criteria die gelden voor ‘functioneel daderschap’ in het bestuursrecht. Zoals reeds verklapt, gaat de Afdeling overstag: zij ziet aanleiding om haar voormalige rechtspraak te ‘nuanceren’ en onderschrijft de conclusie dat voor zowel boetes als herstelsancties moet worden aangesloten bij de criteria voor functioneel daderschap en dat dit geldt voor zowel natuurlijke personen als voor rechtspersonen.⁴⁹

Vervolgens herhaalt de Afdeling de *IJzerdraad*-criteria: voor de toerekening aan de functionele dader is beschikkingsmacht en aanvaarding vereist. Anders dan de A-G meent de Afdeling dat de eigenaar wél beschikkingsmacht heeft over het verboden gebruik van de woning. Het verschil zit hem

erin dat de Afdeling – terecht⁵⁰ – niet het ‘kunnen bewerkstelligen’ van de verboden gedraging, maar het ‘kunnen voorkomen’ daarvan hanteert als ondergrens van beschikkingsmacht; en een eigenaar kan via het huurcontract afdwingen dat de woning wordt gebruikt voor permanente bewoning.⁵¹

Er is volgens de Afdeling evenwel geen sprake van aanvaarding, ook niet in de betekenis van een zorgplichtschending. De eigenaar had een zekere mate van toezicht gehouden, en hij had geen aanwijzingen dat de woning was onttrokken aan de woonruimtevoorraad. Het college had hem niet geïnformeerd over de eerdere controles en had nagelaten om de stellingen van de eigenaar nader te onderzoeken.⁵² Het college komt tot de conclusie dat de eigenaar niet als overtreder kan worden beboet. Het sluit af met de belangrijke opmerking dat er mogelijk wel andere (rechts)personen als overtreder hadden kunnen worden aangemerkt, zoals de huurder of het verhuurbedrijf.⁵³

3.3.2 Weerselose markt

Voor het antwoord op de vraag of de onrechtmatig geplaatste sandwichborden in Weerselo kunnen worden toegerekend aan de vof die ze als warme broodjes uitdeelde, gebruikt de Afdeling de leer van de redelijke toerekening uit het *Drijfmest*-arrest. Net als A-G Wattel beoordeelt de Afdeling aan de hand van de ‘concretiserende omstandigheden’ uit het arrest of de gedraging is verricht in de sfeer van de rechtspersoon,⁵⁴ maar door een verschil van inzicht komt zij tot een andere uitkomst dan de A-G. De Afdeling meent dat voor de redelijke toerekening niet is vereist dat de rechtspersoon de verboden gedraging kan ‘bewerkstelligen’, en dat niet alle vermelde omstandigheden zich hoeven voor te doen.⁵⁵ De lezing van de Afdeling is mijns inziens geheel in lijn met de heersende leer in het strafrecht.⁵⁶

De Afdeling overweegt dat de verboden gedraging past in de normale bedrijfsvoering van de vof, omdat de vof – ondanks voorgaande overtredingen – reclameborden ter beschikking blijft stellen. De gedraging is ook dienstig, omdat de reclameborden bevorderlijk zijn voor de bezoekersaantallen voor

45 Conclusie par. 1.24-27 en 7.9 e.v. Zie ook vooral de haast poëtische veeg uit de pan van A-G Wattel in het slot van par. 1.25, over het “*irritant faciliteren van plakovertradingen*” en over hoe de vof “*aanzienlijk verantwoordelijker is dan nietsvermoedende woningverhuurders*”.

46 Conclusie, par. 1.20a.

47 Conclusie, par. 1.19 en 1.20a. Zijns inziens ligt het: “*buiten de rechtsvormende taak, bevoegdheid en mogelijkheden van de rechter om de praktisch onoverzienbare en systematisch onoplosbare gevolgen van een ontwerpfout in een cruciaal wetsconcept ('overtreder') te verhelpen. Dat kan niet goed gaan.*” Par. 1.20b.

48 Conclusie, par. 1.19, 1.20a, 1.20b, 1.25-27.

49 Woningverhuur, r.o. 9-9.1. In *Weerselose markt* is het keerpunt te vinden in r.o. 7.2-7.3.

50 De heersende opvatting in het strafrecht is dat het voor beschikkingsmacht voldoende is om degene die de verboden gedraging verricht te kunnen terug ‘terugfluiten’. Zie o.a. 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; Hornman 2016, II.2.6; E. Sikkema, ‘De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevers in Nederland’, in: E. Sikkema & P. Waeterinckx (red.), *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van leidinggevers – in economische context*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, par. 3.7.1. Zie uitvoerig en met verdere verwijzingen over het beschikkingsmachtcriterium Bleeker 2021 par. II.3.4.

51 Conclusie, par. 9.3.

52 Conclusie, par. 9.4. De Afdeling lijkt hiermee te zeggen dat de aanvaarding in deze casus mogelijk best aannemelijk gemaakt had kunnen worden, maar dat het College steken heeft laten vallen.

53 Conclusie, par. 9.4-9.5.

54 *Weerselose markt*, par. 7.4 geeft de standaardoverweging uit het *Drijfmest*-arrest weer.

55 *Weerselose markt*, par. 7.5. Cf. Conclusie par. 7.12.

56 Zie uitvoerig en met verdere verwijzingen Bleeker II.3.4 *Functioneel plegen* onder het kopje *Beschikkingsmacht*.

de markt die zij exploiteert. De vof kon beschikken over de verboden gedraging door het gratis uitdelen van sandwichborden te staken of voorwaarden te stellen aan het gebruik ervan. Er is sprake van aanvaarding, want door het ongeclausuleerd ter beschikking stellen van het reclamemateriaal ten behoeve van de Weerselose markt aanvaardt de vof willens en wetens het risico dat daarmee – zoals bij herhaling is gebeurd en haar ook bekend was – het plakverbod wordt overtreden. De Afdeling komt tot de slotsom dat de vof terecht is aangemerkt als overtreder van het plakverbod.⁵⁷

4. Het nieuwe bestuursrechtelijke overtredersbegrip

In de vorige paragraaf werd duidelijk dat de Afdeling voor de invulling van ‘functioneel daderschap’ in het bestuursrecht aansluiting zoekt bij het strafrecht, en welke criteria daarvoor gelden. De bestuursrechtelijke definitie van ‘overtreder’ in artikel 5:1 Awb noemt verschillende overtredersvormen, maar de functionele dader staat daar niet tussen.

Dus waar is de functionele dader nou? Is er een nieuwe overtredersvorm bijgekomen? Of is er iets veranderd in de bestaande figuren? Om deze vragen te beantwoorden, moeten we terug naar de basis.

Hierna sta ik eerst stil bij de wettelijke bepalingen die te maken hebben met overtrederschap (par. 4.1). Uit artikel 5:1 Awb zijn drie overtredersvormen te ontwaren: plegen, medeplegen en feitelijk leidinggeven. Voordat ik die verschillende vormen afzonderlijk bespreek (par. 4.3–4.4), zal ik eerst iets zeggen over hoe deze figuren zich tot elkaar verhouden (par. 4.2). Een beknopt overzicht van de vereisten en verhouding van de verschillende overtredersvormen kan worden gevonden in het schema aan het einde van dit artikel.

4.1 De wettelijke basis

Artikel 5:1 Awb bevat een definitie van de begrippen ‘overtreding’ en ‘overtreder’. Dat artikel luidt als volgt:

“Artikel 5:1 Awb

Lid 1) In deze wet wordt verstaan onder overtreding: een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift.

Lid 2) Onder overtreder wordt verstaan: degene die de overtreding pleegt of medepleegt.

Lid 3) Overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Artikel 51, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht is van overeenkomstige toepassing.”

Dit is de bepaling uit het Wetboek van Strafrecht waarnaar wordt verwezen:

“Artikel 51 Sr

Lid 2) Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan de strafvervolgning worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken:

- 1°. tegen die rechtspersoon, dan wel
- 2°. tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel
- 3°. tegen de onder 1° en 2° genoemden tezamen.

Lid 3) Voor de toepassing van de vorige leden wordt met de rechtspersoon gelijkgesteld: de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rede-rij en het doelvermogen.”

De definitie van een ‘overtreding’ in het eerste lid van artikel 5:1 Awb spreekt redelijk voor zich. Dat er sprake moet zijn van strijd met het bepaalde bij of krachtens een (aan de gedraging voorafgaande)⁵⁸ wettelijk voorschrift is een logische uitwerking van het bestuursrechtelijke legaliteitsbeginsel. Wel is het goed om op te merken dat het woord ‘gedraging’ ruim moet worden opgevat: uit vaste jurisprudentie en de wetsgeschiedenis kan worden opgemaakt dat ook een *nalaten* of een *verboden toestand* een overtreding kan opleveren.⁵⁹

In lid 2 van artikel 5:1 Awb worden vervolgens twee soorten overtreders geïntroduceerd: de pleger en de medepleger. Uit de strafrechtelijke bepaling waar lid 3 naar verwijst kan worden opgemaakt dat degenen die opdracht tot een verboden gedraging van een rechtspersoon hebben gegeven of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven ook kunnen worden aangemerkt als overtreder. Hoewel de formulering van dit artikel de indruk wekt dat er twee daderschapsvormen worden geïntroduceerd, is het er eigenlijk maar één: opdrachtgeven is namelijk een specifieke, zwaardere vorm van het meeromvattende begrip feitelijk leidinggeven.⁶⁰

Artikel 5:1 lid 3 Awb verduidelijkt nog dat naast natuurlijke personen ook rechtspersonen (en – zo volgt uit art. 51 lid 3 Sr – daaraan gelijkgestelde entiteiten) een overtreding kunnen begaan. Het gaat hier echter niet om een aparte overtredersvorm: net als natuurlijke personen verloopt het overtrederschap van rechtspersonen ‘gewoon’ via plegen, medeplegen of feitelijk leidinggeven.

4.2 Verhouding van overtredersvormen

Het bestuursrecht kent dus drie soorten overtrederschap, maar hoe verhouden deze soorten zich tot elkaar? In artikel 5:1 lid 2 Awb worden ‘plegen’ en ‘medeplegen’ in één adem genoemd, terwijl feitelijk leidinggeven er een beetje achteraan bungelt. De formulering doet vermoeden dat de eerste twee

⁵⁷ Weerselose markt, r.o. 7.6.

⁵⁸ Zie art. 5:4 lid 2 BW.

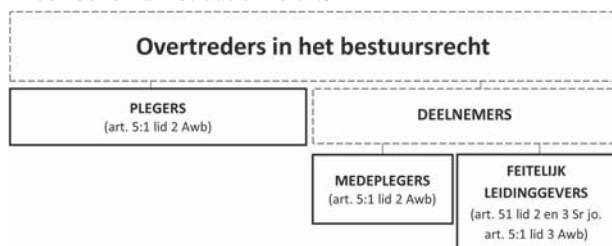
⁵⁹ MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 77. Zie over de verboden gedraging ook hierna in par. 4.3.1 en 4.3.2.

⁶⁰ De Hullu 2021, par. 6.3. Hierna ga ik in par. 4.4.3 nader in op de overtredersvorm feitelijk leidinggeven.

nauw verwant zijn en de derde andersoortig is. Maar wie de overtrederschapsvormen beter leert kennen, ziet dat juist plegen een opzichzelfstaande categorie is en dat medeplegen en feitelijk leidinggeven tot een andere bloedgroep behoren.

Dat zit zo: plegen is de meest elementaire vorm van overtrederschap. Wie in strijd handelt met een bestuursrechtelijk voorschrift, *pleegt* een overtreding. Medeplegers en feitelijk leidinggevers behoren tot de categorie *deelnemers*: dit zijn personen die niet zelf het (hele) voorschrift schenden, maar wel op verboden wijze betrokken zijn geweest bij de overtreding.

In een schema ziet dat er zo uit:



De ‘functionele dader’ is nog altijd niet in beeld (maar wel bijna!). Om te begrijpen hoe functioneel daderschap zich verhoudt tot de overtrederschapsvormen uit artikel 5:1 Awb, moeten we iets verder de diepte in. Hierna schets ik de kenmerken en vereisten van plegen, medeplegen en feitelijk leidinggeven.

4.3 Plegen

4.3.1 Bestanddelen

Wie in strijd handelt met een bestuursrechtelijk voorschrift, *pleegt* een overtreding. Hierbij is van belang om in gedachte te houden dat handelen in strijd met een *deel* van het voorschrift onvoldoende is: een halve overtreding is geen overtreding. Dus als een voorschrift meerdere bestanddelen bevat, dan moeten *al* deze bestanddelen door de persoon worden vervuld voordat er sprake is van plegen.

Bestuursrechtelijke voorschriften zijn opgebouwd uit verschillende soorten bestanddelen. De meeste voorschriften bevatten allereerst een ‘delictsgedraging’, dus een verbod om een bepaald soort handeling te verrichten (bijvoorbeeld “*het is verboden afvalstoffen te storten*”).⁶¹ Het kan ook gaan om een gebod om iets te doen (“*de exploitant treft alle maatregelen die nodig zijn om zware ongevallen te voorkomen*”).⁶² en dan is nalaten verboden. Er zijn ook tussenvarianten die handelen noch nalaten betreffen, zoals het ‘aanwezig hebben’ van een bepaald verboden goed, of het laten voortbestaan van een verboden situatie.⁶³ Soms vereist het voorschrift nog bepaalde bijkomende omstandigheden, bijvoorbeeld een locatie (zoals “*.. buiten een inrichting*”),⁶⁴ conditie

(“... *zonder vergunning*”),⁶⁵ of een gevolg dat moet intreden (bijvoorbeeld “... *waardoor nadelige gevolgen voor het milieu zijn ontstaan*”).⁶⁶ Dit type vereisten – dus vereisten die betrekking hebben op objectieve, oftewel ‘uitwendig kenbare’, omstandigheden – worden **objectieve bestanddelen** genoemd. Zoals reeds bleek, kan een voorschrift uit meerdere objectieve bestanddelen bestaan.

Wanneer een bestuursrechtelijk voorschrift enkel bestaat uit objectieve bestanddelen (bijvoorbeeld: “*zonder een vrijstelling is het verboden om buiten een inrichting afvalstoffen te storten*”),⁶⁷ dan geldt die verplichting voor iedereen (dus niemand mag buiten een inrichting afvalstoffen storten). Het komt echter regelmatig⁶⁸ voor dat een voorschrift alleen is gericht tot een persoon met een specifieke hoedanigheid; de zogeheten ‘normadressaat’. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de ‘onderneming’, ‘exploitant’, ‘landbouwer’, ‘vergunninghouder’, ‘verzender’, ‘drijver van de inrichting’, enzovoorts. Een vereiste met betrekking tot de kwaliteit van een persoon wordt **kwalitatief bestanddeel** genoemd.

Ten derde kan het bestuursrechtelijke voorschrift nog eisen dat bij de persoon de verboden gedraging heeft verricht met opzet of schuld. Het gaat dan dus om de mentale toestand van de persoon ten tijde van het verrichten van de verboden handeling: wat heeft de persoon gewild en geweten? Maar dit type vereiste, dat **subjectief bestanddeel** wordt genoemd, zie je in het bestuursrecht bijna nooit.

De persoon (of dat nou een natuurlijke is of een rechtspersoon) die zelf alle bestanddelen vervult, wordt de pleger genoemd. Dát is dus wat plegen is. Zo eenvoudig is het: *ticking all the boxes*.

4.3.2 Hoeft niet fysiek

Sommige auteurs⁶⁹ beschrijven *plegen* als een fysieke overtrederschapsvorm: alsof plegers per definitie eigenhandig de verboden gedraging verrichten. Maar dat is een misverstand. Uit het voorgaande blijkt reeds dat sommige overtredingen niet tot stand komen door een gedraging, maar door een verboden situatie of door nalaten. Dergelijke ‘omissie-delicten’ *kan* je niet eens fysiek plegen.

65 Art. 2:1 lid 1 sub e Wabo.

66 Art. 17:1 lid 1 Wm.

67 Art. 10:2 lid 1 en 2 Wm.

68 Cf. Sanders 2023, par. 1, die stelt dat voorschriften zich vaak richten tot ‘eenieder’.

69 Zo definieert Sanders 2023, par. 2 de pleger als “*diegene die de verboden handeling fysiek verricht*”. Het is mij niet duidelijk waar hij dit op baseert. In de passage waarnaar hij verwijst in De Hullu 2018, p. 179 staan geen aanwijzingen voor een fysieke lezing van plegerschap. (Integendeel: De Hullu schrijft over de dader in algemene zin, dus niet pleger, en stelt dat die het “*meestal gewoon zelf gedaan heeft*”, om daar gelijk aan toe te voegen dat het denken over daderschap is veranderd en “*het strikt fysieke aspect van daderschap*” is losgelaten). Verder verwijst hij naar een uitspraak van de Afdeling uit 2022, dus van vóór de koerswijziging. In de passage die hij citeert van het CBB, laat hij de overweging achterwege waarin het college stelt dat plegen en medeplegen ook functioneel kan.

61 Art. 10:2 lid 1 Wm.

62 Art. 5 lid 1 BRZO.

63 J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 75 e.v.

64 Art. 10:2 lid 1 Wm.

Maar zelfs bij voorschriften die wél draaien om een bepaald soort gedraging, dan nog heeft plegen niet altijd een fysiek karakter. Je kunt een verboden gedraging namelijk ook *via een ander* verrichten. Dat klinkt contra-intuïtief, maar is eigenlijk heel logisch. Er bestaan in ieder geval twee manieren waarop je een niet-fysieke gedraging kunt verrichten.

De eerste manier ligt zo voor de hand dat hij vaak over het hoofd wordt gezien: in het maatschappelijke verkeer hebben veel gedragingen ook een niet-fysieke betekenis. Een aan- nemer kan een huis 'bouwen' zonder zelf een baksteen aan te raken, een directeur kan een 'geschrift drukken'⁷⁰ zonder in de buurt te komen van een printer, een rechtspersoon kan 'afval storten' ook al heeft het geen fysieke gedaante.⁷¹ Dit wordt ook wel 'functionele interpretatie' of 'vergeestelijking van het hand- elingsbegrip' genoemd. Het is een vorm van delictsinterpretatie die ook in het bestuursrecht kan worden gebruikt om te beoordelen of iemand de overtreding *gepleegd* heeft.⁷²

De tweede – en meest bekende – niet-fysieke manier van han- delen is door 'toerekening'. Bij toerekening wordt een persoon verantwoordelijk gehouden voor de (fysieke) gedraging van een ander. Toerekenen van de verboden gedraging kan na- tuurlijk niet zomaar: daarvoor gelden aanvullende vereisten, namelijk – daar zijn ze dan eindelijk! – het beschikkingscrite- rium en aanvaardingscriterium uit het *IJzerdraad*-arrest voor natuurlijke personen en de leer van de redelijke toerekening uit het *Drijfmet*-arrest voor rechtspersonen.

Let wel: deze vereisten zien 'slechts' op de toerekening van een verboden gedraging, en dus op het vervullen van een objectief bestanddeel. De toerekening laat eventuele an- dere vereisten van het voorschrift onverlet (zie par. 4.4.1). Het zou bijvoorbeeld kunnen dat ook nog vereist is dat de persoon een bepaalde hoedanigheid bezit (normadressaat- schap) en/of dat er nog sprake is van bijkomende objectieve omstandigheden. Voor plegen moet de persoon zelf alle be- standdelen van het voorschrift vervullen. Wie voldoet aan de *IJzerdraad*-criteria of de *Drijfmet*-factoren, is dus niet automatisch een pleger, laat staan overtreder.⁷³

En nu komt het: degene die middels toerekening of functio- nele interpretatie de bestanddelen van een bestuursrechte- lijk voorschrift vervult, wordt '**functioneel dader**' of '**functi- oneel pleger**' genoemd.

Kortom, plegen kán fysiek, maar dat hoeft niet. Zoals ook te lezen in de conclusie van A-G Wattel: "*Bij een functionele*

pleger wordt - terecht - geen eigen spierbeweging meer ver- eist."⁷⁴

4.3.3 'Functionele dader' of 'functionele pleger'?

Dan volgt nu een terminologische opmerking die hopelijk veel verwarring kan verhelpen of voorkomen: de begrippen 'functioneel pleger(schap)' en 'functioneel dader(schap)' worden doorgaans gebruikt als synoniemen, maar eigenlijk betekenen ze niet hetzelfde.

Functioneel daderschap is namelijk een meeromvattend begrip; het is een verzamelnaam voor vormen van plegen én deelnemen waarbij de dader – door functionele inter- pretatie of door toerekening – de verboden gedraging via een ander verricht. Zo kan iemand worden aangemerkt als functionele medepleger, wanneer de delictsgedraging 1a) zich leent voor functionele interpretatie, of 1b) kan worden toegerekend, en 2) de vereisten voor medeplegen worden vervuld.⁷⁵ Denk bijvoorbeeld aan een geval waarin iemand twee anderen aanzet tot het (in nauwe en bewuste samen- werking) begaan van een overtreding.

Deze stapeling van deelneming en toerekening zie je eigen- lijk bijna nooit, omdat het indirecte karakter van deelneming al is verdisconteerd in de vereisten die daarvoor gelden. Zo kan iemand die niet zelf betrokken is bij het uitvoeren van een verboden gedraging tóch worden aangesproken als me- depleger, wanneer die een substantiële *intellectuele* bijdrage heeft geleverd aan de overtreding. Functionele interpretatie of toerekening van de delictsgedraging is dan overbodig.

Op deze manier is 'functioneel daderschap' min of meer hetzelfde gaan betekenen als 'functioneel plegerschap'.

In het restant van dit artikel zal ik – net zoals A-G Wattel heeft gedaan in zijn conclusie – niet meer de term functioneel dader(schap) gebruiken, maar spreken van **functioneel ple- ger(schap)**.⁷⁶ En ik zou iedereen willen aanmoedigen dit ook te doen. Dat is namelijk passender, accurater en duidelijker.⁷⁷

De term functioneel plegerschap is *passender*, omdat de term 'dader' een strafrechtelijke connotatie heeft; voor bestuurs- rechtelijke handhaving is niet de dader maar 'overtreder' het aangrijpingspunt en de pleger is daar een type van. 'Functi- oneel plegerschap' is *accurater*, omdat daarmee wordt voor- komen dat wordt verwezen naar niet-toepasselijke aanspra- kelijkheidsfiguren.⁷⁸ De term is bovendien *duidelijker*, omdat

70 Dit voorbeeld is afkomstig van het klassieke *Tribune*-arrest. HR 13 maart 1933, ECLI:NL:HR:1933:177, NJ 1933, m.nt. Pompe, p. 1385.

71 Zie voorts de voorbeelden en opmerkingen hieromtrent in Conclusie par. 6.6.

72 Uitvoerig met verdere verwijzingen en voorbeelden Bleeker 2021, par. II.3.4.3.

73 De overweging in ABRvS 28 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2501, r.o. 5.1, waarin de Afdeling het vervullen van de *IJzerdraad*-criteria gelijkstelt aan overtrederschap, is daarom eigenlijk te kort door de bocht.

74 Aldus Knigge zoals aangehaald door De Hullu, zie het citaat van Wattel in par. 6.6.

75 Zie voorts De Hullu 2018, p. 162, die verwijst naar HR 30 mei 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2344, NJ 2006/315.

76 Voor exotische gevallen waarin de vereisten van toerekenen en medeple- gen gestapeld worden, van 'functioneel medepleger(schap)'. Wie per se een hyperoniem wil gebruiken, kan in bestuursrechtelijke context spreken van 'functioneel overtrederschap'.

77 Zie voor verdere onderbouwing Bleeker 2021, par. III.4.2.1 en III.4.3.3.

78 Het woord 'daderschap' verwijst naar de aansprakelijkheidsvormen die worden genoemd in art. 47 Sr, en niet alle daderschapsvormen zijn overge- nomen. Zie uitvoeriger Bleeker III.4.2.1; Gritter 2007, p. 2; Hornman 2016, p. 23-24 en ook A-G Wattel in zijn Conclusie, par. 6.2.

het benoemen van de specifieke (functionele) overtrederschapsvorm inzichtelijk maakt welke eventuele andere vereisten naast de toerekening gelden.⁷⁹

4.4 Deelnemen

4.4.1 Algemeen

De tweede groep overtreders omvat personen die niet zelf alle bestanddelen vervullen, maar toch kunnen worden aangemerkt als overtreders vanwege hun betrokkenheid bij de verboden gedraging: de deelnemers. Met de vierde tranche Awb heeft de wetgever twee soorten deelnemers uit het strafrecht geïmporteerd: medeplegers en feitelijk leidinggevers. De vereisten om vast te stellen of iemand een overtreding medepleegt of daaraan feitelijk leiding heeft gegeven zijn ook overgenomen uit het strafrecht.⁸⁰ Beide figuren komen hierna aan bod.

Deelneming is de uitzondering op de regel dat de dader zelf in strijd handelt met het (hele) voorschrift. Een deelnemer hoeft bijvoorbeeld géén (maar mag wel) normadressaat te zijn, zolang degene met wie hij de overtreding begaat dat maar is. De deelnemer hoeft ook niet per se zelf de verboden gedraging (volledig) te verrichten. Zelfs wanneer een gedraging niet kan worden toegerekend aan een persoon krachtens de *Ijzerdraad*-criteria of *Drijfmest*-formule, kan diegene onder omstandigheden toch worden aangesproken als medepleger of feitelijk leidinggever. Door deelneming kunnen dus personen worden aangesproken als overtreder die voorheen als plegen buiten schot zouden blijven.

4.4.2 Geen afsnijroute en geen hiërarchie

Dat de deelnemer zelf niet alle de bestanddelen hoeft te vervullen, klinkt wellicht als een afsnijroute naar overtrederschap. Maar dat is het niet. Het onvervuld laten van een deel van de bestanddelen heeft een prijs: voor iedere deelnemingsvorm bestaan namelijk aanvullende criteria en die criteria zijn niet mals. Zo gelden er bepaalde vormvereisten voor de bijdrage van de deelnemer en ook worden aan hem zwaardere subjectieve eisen gesteld.

De vereisten voor deelneming zijn dus niet zozeer *lichter*, maar vooral *anders* dan die voor plegen. Dat wil overigens niet zeggen dat er harde schotten tussen de overtrederschapsvormen kunnen worden geplaatst: ze hebben een overlappend bereik. Bijvoorbeeld, het kan gebeuren dat een

van de medeplegers ook zelf alle bestanddelen vervult, en dus ook als pleger aangesproken kan worden. Een ander voorbeeld: wanneer een natuurlijk persoon een overtreding functioneel pleegt in bedrijfscontext, zal hij in veel gevallen ook kunnen worden aangemerkt als feitelijk leidinggever.

Niettemin zal ook bij overlap de ene overtrederschapsvorm beter ‘passen’ dan de andere. Bovendien is de overlap niet volledig: soms is iemand wel een pleger maar geen deelnemer, of andersom. Om kromme redeneringen en onnodige obstakels te vermijden, is het zaak om een overtrederschapsvorm te vinden die goed past bij 1) de strekking van het geschonden voorschrift, 2) het verwijt dat de persoon wordt gemaakt en 3) de overige omstandigheden van het geval. Dit is niet de plek om een heel stroomschema⁸¹ uit te werken, maar als vuistregel wil ik meegeven dat voor de aansprakelijkheid van degene die normadressaat is, de overtrederschapsvorm ‘plegen’ doorgaans de weg van de minste weerstand is. Wijk dus niet onnodig uit naar deelnemen wanneer de weg naar plegen open is.⁸²

4.4.3 Medeplegen

Wie niet zelf maar in samenwerking met een ander in strijd handelt met een voorschrift, kan ingevolge artikel 5:1 lid 2 Awb mogelijk worden aangesproken als *medepleger*. In de memorie van toelichting bij de vierde tranche Awb geeft de wetgever als voorbeeld van medeplegen een groep werknemers die gezamenlijk een machine gebruiken op een wijze die onnodig gevaarlijk is voor derden, waarbij geen van de werknemers zelf de hele overtreding begaat.⁸³

Volgens strafrechtelijke jurisprudentie moeten voor medeplegen, kort gezegd, twee of meer personen gezamenlijk de bestanddelen van de verboden gedraging vervullen, waarbij sprake moet zijn van een “*nauwe en bewuste samenwerking*”.⁸⁴

– ‘Nauwe samenwerking’ gaat over de objectieve kenmerken van het medeplegen: de overtreding moet gezamenlijk tot stand komen, en het aandeel van de aangesproken medepleger moet ‘voldoende gewicht’ hebben.⁸⁵ Een kleine of ontbrekende rol bij de uitvoering kan worden gecompenseerd door een grotere (intellectuele en/of materiële) rol bij de voorbereiding of na afloop van de overtreding.

⁷⁹ Voor functionele plegers kunnen naast de toerekening van de verboden gedraging bijvoorbeeld nog objectieve bestanddelen resteren (bijvoorbeeld een bepaald gevolg dat moet zijn ingetreden), kwalitatieve eisen gelden (normadressaatschap) en (in uitzonderlijke gevallen) subjectieve eisen (opzet of schuld). Bij ‘functionele medeplegers’ moet, naast de toerekening van de gedraging en het gezamenlijk vervullen van voornoemde bestanddelen, ook sprake zijn van “*nauwe en bewuste samenwerking*” tussen de medeplegers.

⁸⁰ Voor beide deelnemingsvormen had de wetgever de bedoeling om aan te sluiten bij de strafrechtelijke leerstukken. Bij feitelijk leidinggeven blijkt dit reeds uit de expliciete verwijzing naar art. 51 Sr in art. 5:1 lid 3 Awb. Ook wordt de strafrechtelijke jurisprudentie van beide deelnemingsvormen omarmd in de parlementaire geschiedenis. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, 78–80; *Kamerstukken II* 2005/06, 29702, nr. 7, p. 30; *Kamerstukken I*, 2008/09, 29702, nr. E, p. 11.

⁸¹ Zie hiervoor Bleeker 2021, par. II.6 of het stappenplan in par. III.8.3.

⁸² In deze zin ook de Hoge Raad in het overzichtsarrest *Medeplegen*, die constateert dat het OM bij het ten laste leggen van commune strafbare feiten “*vaker gebruik lijkt te maken van (soms ingewikkelde) deelnemingsconstructies dan van het meer geëigend lijkende functionele daderschap*.” Deze aanbeveling duikt ook geregeld op in de strafrechtelijke literatuur. Zie bijvoorbeeld: Knigge/Wolswijk 2015, p. 313; Hornman 2016, p. 439. Zelf werk ik dit uit in Bleeker 2021, par. II.6.1–2.

⁸³ *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 79.

⁸⁴ HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, NJ 2015/390, m.nt. Mevis (*Overzichtsarrest medeplegen*).

⁸⁵ Zie uitgebreid De Hullu 2021, par. VII.2.2.

- ‘Bewuste samenwerking’ ziet op de subjectieve kenmerken van het medeplegen. Er moet opzettelijk worden samengewerkt: iemand onbedoeld helpen bij het begaan van een overtreding is niet voldoende. Het bewuste samenwerken kan zowel door overleg als stilzwijgend gebeuren. De bewustheid van het samenwerken kan tot op zekere hoogte geobjectiveerd worden.⁸⁶

De aangesproken medepleger hoeft zelf geen normadressaat te zijn, zolang degene met wie hij medepleegt dat maar is.⁸⁷ Voor medeplegers gelden dezelfde subjectieve vereisten als voor plegers.⁸⁸ Dus als het grondfeit opzet of schuld vereist – hetgeen bijna nooit voorkomt in het bestuursrecht – moet dit bij de aangesproken medepleger persoonlijk aanwezig zijn.⁸⁹

4.4.4 Feitelijke leidinggeven

Wanneer de rechtspersoon kan worden aangemerkt als overtreder, kan op grond van artikel 5:1 lid 3 Awb degene die aan de verboden gedraging van de rechtspersoon leiding heeft gegeven ook worden aangemerkt als overtreder. De deelnemingsvorm feitelijke leidinggeven is een *vervolg op* (en dus ook afhankelijk van) het overtrederschap van de rechtspersoon.⁹⁰

Het accessoire karakter van feitelijke leidinggeven wil niet zeggen dat het gaat om ‘secundaire’ aansprakelijkheid.⁹¹ De verboden gedraging van de rechtspersoon wordt niet toegerekend aan de leidinggevende, maar het betreft een zelfstandig verwijt: namelijk het opzettelijk (direct of indirect) bevorderen van een verboden gedraging binnen de rechtspersoon. Aan de leidinggever kan ook een sanctie opgelegd worden als de rechtspersoon niet wordt gesanc-tioneerd.

Sinds het standaardarrest van de Hoge Raad over feitelijke leidinggeven worden er twee gevalstypen onderscheiden.⁹² In de eerste plaats is er sprake van feitelijke leidinggeven als de betrokkene actief en effectief heeft gestuurd op de verboden gedraging.

In de tweede plaats kan van feitelijke leidinggeven sprake zijn wanneer de aangesprokene op een meer indirecte of subtielwijze betrokken is geweest bij de overtreding. Uit de welbekende *Slavenburg II*-beschikking volgt dat er reeds sprake is van feitelijke leidinggeven indien de betrokkene bevoegd en

redelijkerwijs gehouden is om maatregelen te nemen om te voorkomen dat de verboden gedraging zich voordoet, deze maatregel echter niet neemt, en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedraging zich zal voordoen.⁹³ Dit is de ondergrens van feitelijke leidinggeven.

Voor beide varianten is (ten minste) voorwaardelijk opzet op de verboden gedraging vereist. Daarnaast moet de rechtspersoon in beide varianten een overtreding begaan (accessoriteitsvereiste). De feitelijke leidinggever hoeft niet zelf normadressaat te zijn (maar het mag wel), zolang⁹⁴ de rechtspersoon dat maar is.

4.4.5 Geen hiërarchie

De formulering van artikel 5:1 Awb of de vereisten van de overtrederschapsvormen kunnen wellicht de indruk wekken dat er sprake is van een hiërarchie tussen de overtrederschapsvormen. Maar dat is niet het geval. Ook al heeft feitelijke leidinggeven geen zelfstandige bestuursrechtelijke grondslag, en ook al is diens overtrederschap verknoopt aan dat van de rechtspersoon: de aansprakelijkheid van een feitelijke leidinggever heeft geen ondergeschikt of secundair karakter.⁹⁵ Plegers, medeplegers en feitelijke leidinggevers: juridisch gezien zijn ze allemaal precies evenveel overtreder. Wanneer er meerdere personen kunnen worden aangemerkt als overtreder, dan is het bevoegd gezag bijvoorbeeld niet verplicht om zich eerst te richten tot de rechtspersoon of tot een pleger; de keuze om te handhaven op te treden jegens de een dan wel de ander (of jegens allebei⁹⁶) is een kwestie van opportuniteit.⁹⁷

5. Wat is er nou precies veranderd?

Sinds 31 mei omarmt de Afdeling de vereisten die in het strafrecht zijn ontwikkeld voor ‘functioneel daderschap’. De toerekening van een verboden gedraging aan een natuurlijk persoon verloopt daarom vanaf nu aan de hand van de criteria uit het *IJzerdraad*-arrest, en de toerekening aan een rechtspersoon via ‘de leer van de redelijke toerekening’ uit

⁸⁶ Met verdere verwijzingen, zie De Hullu 2021, par. VII.2.2.4.

⁸⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 79.

⁸⁸ Zie o.a. De Jong 2007, p. 118–119; Knigge & Wolswijk 2015, p. 262–263; Postma 2014, par. I.3.3; De Hullu 2018, p. 449–451, 471.

⁸⁹ Voor verdere toelichting op de vereisten die gelden voor medeplegen, zie Bleeker par. II.5.3. Zie voorts de heldere uiteenzetting van dit leerstuk van Conclusie A-G Keus, CBb 13 januari 2015, ECLI:NL:CBb:2015:5, nr. 5.1–5.5.

⁹⁰ Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 168. Het accessoire karakter volgt ook uit de formulering van art. 51 lid 2 Sr.

⁹¹ Dit licht ik nader toe in par. II.5.4.2. Zie verder Hornman 2016, hoofdstuk II, par. 4.2. Anders, zie: De Valk & Bröring 2011.

⁹² HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016/375, m.nt. Wolswijk (*Overzichtsarrest feitelijke leidinggeven*), r.o. 3.5.1.

⁹³ HR 16 december 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AC9607, NJ 1987/321 en NJ 1987/322, m.nt. ‘t Hart (*Slavenburg II*).

⁹⁴ Meestal zal het overtrederschap van de rechtspersoon worden gebaseerd op functioneel plegen en dan moet de rechtspersoon dus zelf worden geadresseerd door de geschonden norm. Er is een uitzondering: het is ook mogelijk om feitelijke leiding te geven aan een rechtspersoon die heeft deelgenomen aan een overtreding. In dat geval hoeft ook de rechtspersoon niet zelf normadressaat te zijn, maar wel degene met wie de rechtspersoon de overtreding heeft begaan.

⁹⁵ Waarom er juridisch gezien geen rangorde bestaat tussen de verschillende overtrederschapsvormen of tussen het overtrederschap van de rechtspersoon ten opzichte van natuurlijke personen komt uitvoerig aan bod in Bleeker 2021, par. III.7.3.3 (bestuursrecht) en par. II.5.4.2, II.7.3 (strafrecht).
⁹⁶ Als er meerdere overtreders zijn, kan het bevoegd gezag er ook voor kiezen om meerdere sancties op te leggen. Vermeer, Visser & Sibma 2016, par. 2.5.4 en Buuren, Jurgens & Michiels 2014, par. 4.2.4.

⁹⁷ Het bevoegd gezag is niet verplicht om alle overtreders aan te schrijven (ABRvS 9 augustus 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN4249, *Milieurecht Totaal* 2010/3098 en CBb 17 april 2009, AB 2009/227, m.nt. Michiels) noch is hij verplicht te motiveren waarom een bepaalde overtreder niet wordt gesanc-tioneerd (CBb 17 april 2009, AB 2009/227, m.nt. Michiels; CBb 20 november 2014, JOR 2015/42, m.nt. Nuijten & Michiels en Blomberg & Jurgens 2016, p. 82–184).

het *Drijfmest*-arrest. In deze bijdrage heb ik de strafrechtelijke jurisprudentie en het bestuursrechtelijke overtredersbegrip onder de loep genomen. Dat levert drie belangrijke inzichten op.

Het eerste inzicht is dat ‘functioneel daderschap’ geen op zichzelfstaande overtrederschapsvorm is. Het betreft een variant van plegen (of, in exotische gevallen, een variant van medeplegen).⁹⁸ Bij plegen wordt vaak gedacht aan een fysieke of rechtstreekse overtreding, maar dat is een misverstand. Door functionele interpretatie of door toerekening kunnen (mede)plegers de verboden gedraging ook *via een ander* verrichten. De vraag die in de 31 mei-uitspraken centraal staat is *onder welke voorwaarden* toerekening aan de functionele pleger of medepleger mogelijk is. Zo ook A-G Wattel:

“Het conclusieverzoek ziet alleen op het mogelijke (mede)plegerschap van de aangeschreven woningeigenaar en Vof, hetzij rechtstreeks, hetzij functioneel.”⁹⁹

Ten tweede wordt duidelijk dat de vereisten uit *IJzerdraad* en *Drijfmest* ‘slechts’ zien op de toerekening van een verboden gedraging. De toerekening is weliswaar een belangrijke (en soms doorslaggevende) stap voor de vaststelling van functioneel plegerschap, maar dan ben je er nog niet. Althans... niet altijd: soms moet de aangesprokene bijvoorbeeld ook nog een specifieke hoedanigheid bezitten (norm-adressaatschap), moet er een bepaald gevolg intreden, of zijn er andere bijkomende omstandigheden vereist. Kortom, het vervullen van de criteria uit *IJzerdraad* en *Drijfmest* is niet altijd voldoende voor overtrederschap: er is pas sprake van functioneel plegen wanneer alle bestanddelen van het voorschrift worden vervuld.

Het derde inzicht is dat het importeren van de *IJzerdraad*-criteria en *Drijfmest*-factoren niets verandert aan de vereisten voor deelneming in het bestuursrecht. Oftewel: medeplegers moeten nog steeds nauw en bewust samenwerken, en voor feitelijk leidinggevers geldt nog immer de ondergrens uit de *Slavenburg II*-beschikking.

Zo bezien is er sinds 31 mei vooral veel hetzelfde gebeven. Artikel 5:1 Awb kent nog altijd drie overtrederschapsvormen: plegen, medeplegen en feitelijk leidinggeven. De vereisten voor medeplegen en feitelijk leidinggeven zijn ongewijzigd, want die strafrechtelijke leerstukken had de Afdeling reeds omarmd. Plegen is nog altijd plegen: een overtrederschapsvorm waarbij iemand zelf alle bestanddelen van het voorschrift vervult. Dat daar geen ‘eigen

spierbeweging’ voor nodig is, kwam ook al tot uitdrukking in het voormalige overtredersbegrip.

Er is slechts één ding veranderd: de toets die de Afdeling gebruikt om te beoordelen of een verboden gedraging kan worden toegerekend aan een ander. Toch lijkt het me een understatement om te zeggen dat de Afdeling het overtredersbegrip slechts ‘genuanceerd’ heeft. Toerekening is namelijk een sleutelbegrip. Bij bestuursrechtelijke handhaving draait het zelden om personen met een louter uitvoerende positie; meestal is het te doen om de persoon of organisatie die de overtreding heeft bewerkstelligd. Meestal moet je dan werken met functionele overtrederschapsvormen, en de vereisten die daarvoor gelden zien er thans wezenlijk anders uit dan voor de koerswijziging.

Beantwoordt het geüniformeerde overtredersbegrip nu wel aan de “*noden van het herstelsanctierecht*”?¹⁰⁰ Na het verschijnen van de conclusie waarschuwden sommige auteurs voor “*radicale gevolgen*” en “*handhavingsrechtelijke arageddon*” als de Afdeling zou kiezen voor een geüniformeerd overtredersbegrip,¹⁰¹ maar die gevolgen zijn vooralsnog uitgebleven. De toepassing van de *IJzerdraad*-criteria en *Drijfmest*-factoren zal vaak – maar gelukkig¹⁰² niet altijd – vergelijkbare uitkomsten opleveren als de voormalige toets.

Zijn we er dan wel iets mee opgeschoten? Hornman en Van der Vorm wijzen er terecht op dat met de aansluiting bij het strafrecht niet alle onduidelijkheden worden weggenomen. Zoals gezegd is ‘functioneel daderschap’ ook in het strafrecht een diffuus¹⁰³ begrip, en de criteria uit *IJzerdraad* en *Drijfmest* worden in de strafrechtspraak lang niet altijd expliciet toegepast. Zelfs wanneer dat wel gebeurt, blijft er vaak discussie mogelijk over de interpretatie en toerekening van de delictsgedraging.¹⁰⁴

Toch meen ik dat de aansluiting bij het strafrecht een grote verbetering is.¹⁰⁵ Het voormalige overtredersbegrip was immers – in de woorden van A-G Wattel – “*ontoelaatbaar vaag*”. De toerekeningsformule uit *CZL Tilburg* bood nauwelijks houvast en functioneerde soms zelfs als een (doorzichtige) dekmantel voor doelredeneringen, met alle legaliteitsproblemen van dien. Bovendien stond de toepassing van die formule ook haaks op de expliciete uniformeringswens van

¹⁰⁰ Dit was de zorg van A-G Wattel, Conclusie, par. 1.19.

¹⁰¹ In deze zin Sanders in zijn blog <https://handhavingsrecht.nl/conclusie-van-a-g-wattel-over-het-overtrederschap-weg-met-de-toerekening/>. Hier is hij inmiddels op teruggekomen: Sanders 2023.

¹⁰² Gelet op de omkering van bewijslast en vergaande zorgplichten voor woningeigenaren ten tijde van het *CZL Tilburg*-regime lijkt het me aannemelijk dat de *Woningverhuurzaak* voorheen anders was uitgevallen. Voor toelichting op de stelling waarom de *CZL Tilburg*-toets te ruim uitpakt, zie hierboven in paragraaf 2 met verdere verwijzingen.

¹⁰³ Zie in het bijzonder voetnoot 96 in Bleeker 2021, p. 497.

¹⁰⁴ In deze zin Hornman & Van der Vorm 2023, par. 4-5.

¹⁰⁵ De koerswijziging van de Afdeling wordt in de literatuur tot dusver ook positief ontvangen. Zie bijv. R. Stijnen, *AB* 2023/251; Hornman & Van der Vorm 2023; Van 't Lam & Nowotny, *M en R* 2023/74 en Albers *JB* 2023/148. Minder enthousiast doch niet uitgesproken negatief zijn Haas, *BNB* 2023/107; Sanders 2023 en Sitsen, *NTFR* 2023/992.

⁹⁸ Voor medeplegen heeft de toerekening weinig toegevoegde waarde (en daarom komt het ook zelden voor), omdat voor deze deelnemingsfiguur een uitvoerende bijdrage aan het begaan van het delict niet vereist is: een grote intellectuele bijdrage kan voldoen. Dat laat onverlet dat de toerekeningscriteria kunnen worden gestapeld met de criteria van medeplegen. Zie de toelichting hierboven in par. 4.3.3.

⁹⁹ Conclusie, par. 6.2.

de wetgever. Nu de Afdeling de criteria uit *IJzerdraad* en *Drijfmest* heeft omarmd, zijn er eindelijk concrete aanknopingspunten om te beoordelen of toerekening aan de functionele pleger redelijk is. Dat maakt een genuanceerde en scherpere juridische discussie mogelijk.

