

van [appellant], maar dat niet is voldaan is aan het aanvaardingsvereiste. Dit licht de Afdeling als volgt toe.

9.3. De overtreding van artikel 21 van de Huisvestingswet, waarvoor [appellant] is aangeschreven, is een overtreding die direct verband houdt met de wijze waarop een woning wordt gebruikt in verband met de bestemming tot permanente bewoning. Een woningeigenaar kan in de regel beschikken over een dergelijk gebruik van zijn woning, ook als hij deze heeft verhuurd. Dat kan hij bijvoorbeeld doen door in een contract bepalingen daarover op te nemen. Ook [appellant] had als eigenaar van de woning in dit opzicht beschikkingsmacht over dat gebruik van de woning.

9.4. Er is evenwel niet voldaan aan het criterium van aanvaarding, ook niet indien aanvaarden wordt opgevat in de betekenis van het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van [appellant] kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de overtreding. Uit hetgeen onder 6 is weergegeven, valt af te leiden dat [appellant] een zekere mate van toezicht heeft gehouden op het gebruik van de woning. Het college werpt hem tegen dat hij niet voldoende toezicht heeft gehouden, nu uit eerdere controles was gebleken dat de woning al langere tijd niet werd gebruikt om in te wonen. Er was echter voor [appellant] geen aanleiding om meer toezicht te houden dan hij heeft gedaan, nu hij geen aanwijzing had dat de woning niet werd gebruikt om in te wonen. Het college heeft hem niet geïnformeerd over de eerdere controles. Uit het toezicht dat [appellant] heeft gehouden, was geen aanwijzing af te leiden dat de woning mogelijk aan de woonruimtevoorraad werd onttrokken. Hij ontving maandelijks huur en de woning werd niet aangeboden op verhuurwebsites. Het college heeft twijfels geuit over de stellingen van [appellant] over de controle die hij via zijn zus en de buurvrouw uitoefende, maar heeft nagelaten deze personen zelf te benaderen en te vragen wat zij hebben gezien. Het college heeft ook nagelaten bij het verhuurbedrijf te informeren hoe de verhuur van de woning precies was geregeld. Een en ander had wel van het college verwacht mogen worden, nu [appellant] heeft aangevoerd en deels met bewijsstukken heeft gestaafd, dat anderen niets bijzonders is opgevallen. Onder deze omstandigheden is niet komen vast te staan dat [appellant] het onttrekken van de woonruimte door de huurder heeft aanvaard, zoals bedoeld in het hiervoor genoemde IJzerdraad-arrest.

9.5. Het onttrekken aan de woonruimtevoorraad kan redelijkerwijs niet aan [appellant] worden toegerekend. Hij is dus ten onrechte als functioneel dader aangemerkt. Het college was daarom niet bevoegd om een boete op te leggen aan hem.

10. Opmerking verdient nog dat het voorgaande niet uitsluit dat er mogelijk wel andere (rechts)personen als overtreder hadden kunnen worden aangemerkt, zoals de huurder of het verhuurbedrijf.

### Slotsom

11. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende wat de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep tegen

het besluit van 28 oktober 2019 alsnog gegrond verklaren. Het besluit van 27 mei 2019 moet worden herroepen.

12. Het college moet de proceskosten vergoeden.

### Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verklaart het hoger beroep gegrond;
- II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 5 augustus 2021 in zaak nr. 19/6539;
- III. verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep gegrond;
- IV. vernietigt het besluit van het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam van 28 oktober 2019;
- V. herroept het besluit van 27 mei 2019 van het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam;
- VI. veroordeelt het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam tot vergoeding van bij [appellant] in verband met de behandeling van het beroep en het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 4.185,00, geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;
- VII. veroordeelt het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam tot vergoeding van bij [appellant] in verband met de behandeling van het bezwaar opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 1.194,00, geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;
- VIII. gelast dat het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam aan [appellant] het door hem betaalde griffierecht ten bedrage van € 444,00 voor de behandeling van het beroep en het hoger beroep vergoedt.

### Noot

Zie de noot onder *M en R 2023/74*.

## *M en R 2023/74*

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 31 mei 2023, nr. 202100578/2/A3

(Borman, Bijloos, Van Strien)

m.nt. V.M.Y. van 't Lam & N.A. Nowotny

(Art. 125 Gemw; art. 2:42 APV Enschede 2009; art. 5:1, 5:32 Awb)

NJB 2023/1574

ABkort 2023/150

ECLI:NL:RVS:2023:2067

**Met de twee Afdelingsuitspraken van 31 mei 2023 scheidt de Afdeling duidelijkheid over het overtrederbegrip ex art. 5:1 lid 2 Awb en de verhouding hiervan tot het functionele daderschapsbegrip in het strafrecht. De Afdeling ziet naar eigen zeggen aanleiding om haar eerdere**

**jurisprudentie te nuanceren en kiest – in navolging van een conclusie van A-G Wattel – voor rechtseenheid: in het bestuursrecht wordt voortaan uitdrukkelijk aangesloten bij het strafrechtelijke functionele daderschapsbegrip.**

- 7.2. Ingevolge artikel 5:1, tweede lid, van de Awb wordt onder overtreder verstaan degene die de overtreding pleegt of medepleegt. Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling is overtreder in de eerste plaats degene die de verboden handeling fysiek verricht. Daarnaast kan in bepaalde gevallen degene die de overtreding niet zelf feitelijk begaat, maar aan wie de gedraging is toe te rekenen, voor de overtreding verantwoordelijk worden gehouden en derhalve als overtreder worden aangemerkt.
- 7.3. De Afdeling ziet aanleiding deze rechtspraak te nuanceren. De Afdeling onderschrijft de conclusie van de AG dat zowel voor de bestuurlijke boete als voor herstelsancties moet worden aangesloten bij de strafrechtelijke criteria voor functioneel daderschap. Dit vindt ook steun in de wetsgeschiedenis die is vermeld in paragraaf 4.2 van de conclusie van de AG. Die aansluiting geldt zowel voor natuurlijke personen als voor rechtspersonen. In dit verband is van belang dat een V.O.F. op grond van artikel 5:1, derde lid, van de Awb in verbinding met artikel 51, derde lid, van het Wetboek van Strafrecht wat betreft het overtredderschap gelijk wordt gesteld met een rechtspersoon. Voor zover het gaat om natuurlijke personen houdt de rechtspraak van de strafkamer van de Hoge Raad in dat:

*“een (verboden) gedraging [kan] in redelijkheid aan de verdachte als (functioneel) dader kan worden toegerekend indien deze erover vermocht te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en indien zodanig of vergelijkbaar gedrag blijkens de feitelijke gang van zaken door de verdachte werd aanvaard of placht te worden aanvaard. Onder bedoeld aanvaarden is mede begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de verdachte kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging”*

*(HR 23 februari 1954, ECLI:NL:HR:1954:3 (Ijzerdraad-arrest) en HR 8 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3487).*

- 7.4. Wat betreft de strafrechtelijke criteria voor het daderschap van rechtspersonen wijst de Afdeling op de criteria die zijn geformuleerd in het arrest van 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938 (Drijfmest-arrest), zoals verduidelijkt in het arrest van 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733. In zijn arrest van 26 april 2016 heeft de Hoge Raad overwogen:

*“In zijn arrest van 21 oktober 2003 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een rechtspersoon kan worden aangemerkt als dader van een strafbaar feit indien de desbetreffende gedraging redelijkerwijs aan die rechtspersoon kan worden toegerekend. Die toerekening is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, waartoe mede behoort de aard van de (verboden) gedraging. Een belangrijk oriëntatiepunt bij de toerekening is of de*

*gedraging heeft plaatsgevonden dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon. Een dergelijke gedraging kan in beginsel worden toegerekend aan de rechtspersoon. Van een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon kan sprake zijn indien zich een of meer van de navolgende omstandigheden voordoen:*

- 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.”*

*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,*

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellante], gevestigd te [plaats],  
tegen de uitspraak van de Rechtbank Overijssel van 17 december 2020 in zaak nr. 20/548 in het geding tussen:  
[appellante]

en

het college van burgemeester en wethouders van Enschede.

### Procesverloop

Bij besluit van 3 april 2019 heeft het college een last onder dwangsom opgelegd.

Bij besluit van 30 januari 2020 heeft het college het door [appellante] daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard en het besluit van 3 april 2019 gehandhaafd in die zin, dat de adressering van de last is gewijzigd van "Weerselose markt t.a.v. de heer [persoon]" in "[appellante]".

Bij uitspraak van 17 december 2020 heeft de rechtbank het door [appellante] daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht [niet opgenomen; red.].

Tegen deze uitspraak heeft [appellante] hoger beroep ingesteld.

Het college heeft een schriftelijke uiteenzetting ingediend. [appellante] heeft nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 23 februari 2022, waar [appellante], vertegenwoordigd door [vennoot], een van de vennoten, bijgestaan door mr. S.W. Knoop, en het college, vertegenwoordigd door mr. S.O.M. Burer en mr. D. Proost, zijn verschenen.

De Afdeling heeft het onderzoek heropend.

De voorzitter van de Afdeling heeft staatsraad advocaat-generaal mr. P.J. Wattel (hierna: de AG) verzocht een conclusie te nemen als bedoeld in artikel 8:12a van de Algemene

wet bestuursrecht (hierna: Awb). Partijen zijn in de gelegenheid gesteld schriftelijk op het verzoek te reageren. Zij hebben daarvan geen gebruik gemaakt.

De Afdeling heeft de zaak, in gewijzigde samenstelling van de zittingskamer, opnieuw ter zitting behandeld op 2 december 2022, waar [appellante], vertegenwoordigd door [vennoot], bijgestaan door mr. S.W. Knoop, en het college, vertegenwoordigd door mr. D. Proost en M. Mört, zijn verschenen. De AG was ter zitting aanwezig.

De AG heeft op 15 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:579 een conclusie genomen. Partijen hebben op deze conclusie gereageerd.

Vervolgens heeft de Afdeling het onderzoek gesloten.

## Overwegingen

### Inleiding

1. [appellante] exploiteert op het perceel [locatie] te Weerselo de Weerselose markt en verhuurt onder meer marktkramen aan handelaren. [appellante] stelt gratis reclameobjecten aan handelaren en bezoekers van de Weerselose markt ter beschikking. Het reclamemateriaal ligt bij de ingang van de markt en kan worden meegenomen door bezoekers en standhouders die daarin geïnteresseerd zijn. Het is vooraf niet duidelijk wie reclamemateriaal meeneemt en hoe dit wordt gebruikt.

2. Toezichthouders van de gemeente hebben meermalen geconstateerd dat reclameobjecten zijn geplaatst ten behoeve van de Weerselose markt, op openbare plaatsen binnen het grondgebied van de gemeente zonder voorafgaande toestemming van de rechthebbende, in dit geval de gemeente Enschede. Dit wordt gestaafd door controlerapporten. Deze plaatsing is in strijd met artikel 2:42, tweede lid, aanhef en onder a, van de Algemene Plaatselijke Verordening gemeente Enschede 2009 (hierna: APV). Op grond van deze bepaling is het verboden zonder schriftelijke toestemming van de rechthebbende op een openbare plaats of op dat gedeelte van een onroerende zaak dat vanaf de weg zichtbaar is een aanplakbiljet of ander geschrift, afbeelding of aanduiding aan te plakken, te doen aanplakken, op andere wijze aan te brengen of te doen aanbrengen. Het gaat in dit geval vooral om dubbelzijdige reclameborden die aan palen van verkeersborden worden bevestigd, zogenoemde sandwichborden.

De sandwichborden van de Weerselose markt zijn bij het constateren van een overtreding steeds door [persoon] zelf verwijderd.

### Besluitvorming

3. Het college heeft [appellante] een last onder dwangsom opgelegd, die inhoudt dat zonder voorafgaande toestemming geen reclameobjecten in de openbare ruimte worden geplaatst. De last is erop gericht dat wordt voorkomen dat opnieuw, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming, reclameobjecten ten behoeve van de Weerselose markt worden geplaatst op openbare plaatsen binnen het

grondgebied van de gemeente Enschede of op gedeelten van onroerende zaken die vanaf die openbare plaatsen zichtbaar zijn. Per constatering dat niet aan de last wordt voldaan, verbeurt [appellante] een dwangsom van € 3.000,00 met een maximum van € 15.000,00. Het college heeft zich op het standpunt gesteld dat, hoewel [appellante] de sandwichborden niet zelf laat plaatsen, zij verantwoordelijk kan worden gehouden voor het naleven van de APV omdat zij het reclamemateriaal ongeclausuleerd ter beschikking stelt. Verder heeft [appellante] het volgens het college in haar macht om de overtreding te, doen, voorkomen door bijvoorbeeld voorwaarden te stellen aan het meenemen van reclamemateriaal of door erop te wijzen dat het reclamemateriaal niet zonder voorafgaande toestemming van de gemeente op openbare plaatsen mag worden geplaatst. Het college acht de hoogte van de dwangsom niet onredelijk.

### Uitspraak van de rechtbank

4. De rechtbank heeft geoordeeld dat het college bevoegd was om aan [appellante] een last onder dwangsom op te leggen om te voorkomen dat het verbod in artikel 2:42, tweede lid, onder a, van de APV wederom wordt overtreden en dat het college gebruik heeft mogen maken van deze bevoegdheid.

### Hoger beroep

5. Niet in geschil is dat uit controlerapporten van toezichthouders van de gemeente is gebleken dat door [appellante] ter beschikking gestelde reclameobjecten ten behoeve van de Weerselose markt op openbare plaatsen binnen het grondgebied van de gemeente Enschede zijn geplaatst zonder voorafgaande toestemming van de gemeente als rechthebbende. Dit betekent dat sprake is van overtreding, omdat deze plaatsingen in strijd zijn met artikel 2:42, tweede lid, aanhef en onder a, van de APV. De last is erop gericht te voorkomen dat deze overtredingen opnieuw worden begaan.

6. De Afdeling zal eerst de vraag beoordelen, of [appellante] terecht als overtreder is aangemerkt. Bij bevestigende beantwoording van deze vraag zal de Afdeling beoordelen, of het college wegens bijzondere omstandigheden van handhavend optreden had moeten afzien.

### Is [appellante] overtreder?

7. [appellante] betoogt dat zij niet kan worden beschouwd als een overtreder in de zin van artikel 5:1 van de Awb, omdat zij de reclameobjecten niet zelf plaatst dan wel laat plaatsen. De overtreding kan niet aan haar worden toegerekend. Zij kan niet verantwoordelijk worden gehouden voor onrechtmatige plaatsing van de sandwichborden door derden. Zij weet niet wie de reclameobjecten meeneemt en waar die worden geplaatst. Zij kan ook niet als medepleger worden aangemerkt, omdat zij niet nauw en bewust heeft samengewerkt met de feitelijke overtredders bij de plaatsing van de reclameobjecten. Verder bestrijdt zij dat zij

beschikingsrecht heeft en houdt over de reclameobjecten. Alleen om de toezichthouders van de gemeente behulpzaam te zijn, heeft zij met hen afgesproken om reclameobjecten op te halen als de toezichthouders haar op een overtreding wijzen.

7.1. Niet in geschil is dat [appellante] de reclameobjecten niet zelf feitelijk heeft aangebracht en dat [appellante] niet een opdracht tot aanbrengen van de reclameobjecten heeft gegeven en daarmee deze heeft 'doen aanbrengen' in de zin van artikel 2:42, tweede lid, aanhef en onder a, van de APV. Wel aan de orde is of [appellante] als functioneel dader van het aanbrengen van de reclameobjecten kan worden aangemerkt.

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

7.3. De Afdeling ziet aanleiding deze rechtspraak te nuanceren. De Afdeling onderschrijft de conclusie van de AG dat zowel voor de bestuurlijke boete als voor herstel-sancities moet worden aangesloten bij de strafrechtelijke criteria voor functioneel daderschap. Dit vindt ook steun in de wetsgeschiedenis die is vermeld in paragraaf 4.2 van de conclusie van de AG. Die aansluiting geldt zowel voor natuurlijke personen als voor rechtspersonen. In dit verband is van belang dat een V.O.F. op grond van artikel 5:1, derde lid, van de Awb in verbinding met artikel 51, derde lid, van het Wetboek van Strafrecht wat betreft het overtredderschap gelijk wordt gesteld met een rechtspersoon. Voor zover het gaat om natuurlijke personen houdt de rechtspraak van de strafkamer van de Hoge Raad in dat:

"een (verboden) gedraging [kan] in redelijkheid aan de verdachte als (functioneel) dader kan worden toegerekend indien deze erover vermocht te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en indien zodanig of vergelijkbaar gedrag blijkt de feitelijke gang van zaken door de verdachte werd aanvaard of placht te worden aanvaard. Onder bedoeld aanvaarden is mede begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de verdachte kon worden gevegd met het oog op de voorkoming van de gedraging" (HR 23 februari 1954, ECLI:NL:HR:1954:3 (Ijzerdraad-arrest) en HR 8 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3487).

7.4. Wat betreft de strafrechtelijke criteria voor het daderschap van rechtspersonen wijst de Afdeling op de criteria die zijn geformuleerd in het arrest van 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938 (Drijfmest-arrest), zoals verduidelijkt in het arrest van 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733. In zijn arrest van 26 april 2016 heeft de Hoge Raad overwogen:

"In zijn arrest van 21 oktober 2003 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een rechtspersoon kan worden aangemerkt als dader van een strafbaar feit indien de desbetreffende gedraging redelijkerwijs aan die rechtspersoon kan worden toegerekend. Die toerekening is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, waartoe mede behoort de aard van de (verboden) gedraging. Een belangrijk oriëntatiepunt bij de toerekening is of de gedraging heeft plaatsgevonden dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon. Een dergelijke gedraging kan in beginsel worden toegerekend aan de rechtspersoon. Van een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon kan sprake zijn indien zich een of meer van de navolgende omstandigheden voordoen:

- 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 gevegd met het oog op de voorkoming van de gedraging."

7.5. Uit de hiervoor, onder 7.4, vermelde rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat niet vereist is dat zich alle of meerdere van de onder a tot en met d vermelde omstandigheden voordoen. Anders dan in de conclusie van de AG onder meer in overweging 6.7 wordt betoogd, houden de hiervoor weergegeven overwegingen van de Hoge Raad verder niet de eis in dat de overtreder de overtreding moet kunnen "bewerkstelligen". Dit verschil in inzicht over de inhoud van de criteria is de reden dat de Afdeling in het navolgende de vraag over het overtredderschap anders beantwoordt dan de AG.

7.6. De Afdeling stelt vast dat de verboden gedraging past in de normale bedrijfsvoering van [appellante], omdat [appellante] zelf - ondanks de voorgaande overtredingen - reclameborden en reclamemateriaal ter beschikking stelt om daarmee klanten te werven voor haar markt. De verboden gedraging was in zoverre ook dienstig aan [appellante]. De geplaatste reclameborden kunnen gunstig zijn voor de bezoekersaantallen van de Weerselose markt. [appellante] had de verboden gedraging, tot op zekere hoogte, kunnen voorkomen door aan gebruik daarvan vooraf voorwaarden te stellen of voorlichting te geven over de regels die gelden binnen de gemeente Enschede voor plaatsing van reclameobjecten op openbare plaatsen. In zoverre kon [appellante] erover beschikken of de verboden gedraging kon

plaatsvinden. Met het ongeclausuleerd aan bezoekers en handelaren ter beschikking stellen van reclameborden en reclamemateriaal ten behoeve van de door haar geëxploiteerde markt, wetende dat deze kunnen worden gebruikt om in strijd met de regels in de openbare ruimte te plaatsen, zoals bij herhaling is gebeurd en haar ook bekend was, heeft [appellante] als exploitant van de markt niet de zorg betracht die redelijkerwijs van haar kon worden gevergd met het oog op het voorkomen van de verboden gedragingen. De enkele stelling van [appellante] dat zij niet weet wie de reclameborden en het reclamemateriaal voor haar markt meeneemt, ontslaat [appellante] niet van haar verantwoordelijkheid. Door iedere verantwoordelijkheid voor gebruik op openbare plaatsen in de gemeente Enschede uit de weg te gaan, aanvaardt [appellante] willens en wetens het risico dat opnieuw overtredingen worden begaan. Terecht is [appellante] als overtreder van het verbod in artikel 2:42, tweede lid, aanhef en onder a, van de APV aangemerkt. Het college was dus bevoegd was aan [appellante] een last onder dwangsom op te leggen. Het betoog slaagt niet.

### **Heeft het college gebruik kunnen maken van de bevoegdheid om aan [appellante] een last onder dwangsom op te leggen?**

8. Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met een last onder bestuursdwang of dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Alleen onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd dit niet te doen. Handhavend optreden kan zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen, dat van optreden in die concrete situatie moet worden afgezien.

8.1. [appellante] betoogt dat in de praktijk al de werkwijze werd gevolgd dat toezichthouders van de gemeente in overleg met haar een overtreding feitelijk oplossen. Niet is gebleken dat de noodzaak bestond daarop terug te komen. Dit ligt ook niet voor de hand, gezien de bereidwilligheid van [appellante] om medewerking hieraan te blijven verlenen. De last onder dwangsom is daarom geen noodzakelijk middel om verdere overtredingen te voorkomen en het college had daarom van handhavend optreden moeten afzien, aldus [appellante].

8.2. Bij de beoordeling van de noodzakelijkheid van de aan [appellante] opgelegde last onder dwangsom staat de vraag centraal, of die maatregel noodzakelijk is om het doel te bereiken. Als het antwoord op die vraag is dat het gewenste doel, namelijk dat artikel 2:42, tweede lid, aanhef en onder a, van de APV niet meer wordt overtreden, ook kan worden bereikt met een minder ingrijpende maatregel dan een last onder dwangsom, dan is deze laatste niet noodzakelijk.

8.3. Niet in geschil is dat in het verleden, wanneer reclamemateriaal van de Weerselose markt op openbare plaatsen in Enschede werd aangetroffen, [appellante] werd

gebeld met de mededeling dat dit niet was toegestaan, waarbij haar de mogelijkheid werd geboden het materiaal op te halen onder mededeling dat anders het materiaal zou worden verwijderd door de toezichthouders. In het jaar voorafgaand aan het besluit tot oplegging van de last onder dwangsom is verscheidene malen geconstateerd dat reclameobjecten zijn geplaatst, hoewel dit niet was toegestaan. Daarover is telkens contact opgenomen met [appellante]. Omdat met deze werkwijze niet het gewenste resultaat werd bereikt, namelijk dat geen nieuwe overtredingen plaatsvonden, heeft het college een handhavingstraject gestart.

8.4. Het college heeft voldoende toegelicht dat in dit geval een last onder dwangsom een noodzakelijke maatregel was. Met de eerdere werkwijze kon, ondanks verscheidene gesprekken met [persoon], niet worden voorkomen dat opnieuw overtredingen werden begaan. Van [appellante] kan worden gevergd dat zij bezoekers en handelaren van de door haar geëxploiteerde markt informeert over de met de door haar verstrekte reclameobjecten na te leven regels. De opgelegde last onder dwangsom is bedoeld om [appellante] ertoe te bewegen haar medewerking te verlenen aan het voorkomen van nieuwe overtredingen. De eerder gemaakte afspraken over het weghalen van de reclameborden is niet voldoende gebleken. [appellante] kan met niet al te veel inspanning voorkomen dat een dwangsom wordt verbeurd. Zoals het college ter zitting van de Afdeling heeft toegelicht, is voldoende dat [appellante] een duidelijke waarschuwing plaatst bij het reclamemateriaal, die inhoudt dat zonder voorafgaande toestemming van de gemeente Enschede op openbare plaatsen in die gemeente geen reclamemateriaal mag worden geplaatst.

8.5. Gelet op het voorgaande is de rechtbank naar het oordeel van de Afdeling terecht tot het oordeel gekomen dat geen sprake is van bijzondere omstandigheden op grond waarvan het college in dit geval had moeten afzien van handhavend optreden.

Dit betoog slaagt evenmin.

### **Slotsom**

9. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

10. Het college hoeft geen proceskosten te vergoeden.

### **Beslissing**

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State: bevestigt de aangevallen uitspraak.

### **Noot**

1. Met de twee Afdelingsuitspraken van 31 mei 2023 scheidt de Afdeling duidelijkheid over het overtreddersbegrip ex art. 5:1 lid 2 Awb en de verhouding hiervan tot het functionele daderschapsbegrip in het strafrecht. De Afdeling ziet naar eigen zeggen aanleiding om haar eerdere jurisprudentie te nuanceren en kiest – in navolging van een

conclusie van A-G Wattel – voor rechtseenheid: in het bestuursrecht wordt voortaan uitdrukkelijk aangesloten bij het strafrechtelijke functionele daderschapsbegrip. In deze annotatie lichten we toe waar deze twee zaken over gaan (nr. 2), gaan we in op de achtergrond van art. 5:1 Awb en het antwoord van A-G Wattel op de vraag of er licht zit tussen jurisprudentie van de Afdeling en die van de strafrechter over functioneel daderschap (nr. 3), zetten we het strafrechtelijk kader voor overtrederschap resp. functioneel daderschap uiteen (nr. 4), bespreken we de wijze waarop de Afdeling deze lijn toepast op deze twee zaken (nr. 5) en tot slot delen we enkele observaties waarbij we ook vooruit blikken (nr. 6).

2. Waar gaan deze twee zaken over? De eerste zaak betreft een bestuurlijke boete (een bestraffende sanctie) die op grond van de Huisvestingswet 2014 (“Huisvestingswet”) is opgelegd aan een woningeigenaar (een natuurlijk persoon), die zijn woning verhuurt via een professioneel verhuurbedrijf. De woning wordt – zonder dat de eigenaar dit weet – niet voor permanente bewoning maar voor vakantieverhuur of prostitutiegebruik verhuurd en hiermee zonder vergunning onttrokken aan de woonruimtevoorraad. Dit is in strijd met de Huisvestingswet. De tweede zaak gaat over een last onder dwangsom (een herstelsanctie) die is opgelegd aan een marktexploitant (een rechtspersoon). De marktexploitant stelt gratis reclameobjecten ter beschikking aan handelaren en bezoekers van de markt om haar markt te promoten. Deze reclameobjecten worden door onbekende derden meegenomen en vervolgens op openbare plaatsen binnen de gemeente aangetroffen zonder voorafgaande toestemming van de gemeente hiervoor. Dit levert een overtreding van de APV van de gemeente Enschede op. In beide zaken gaat het om de vraag of de appellanten zijn aan te merken als overtreder: zij hebben de verboden handeling immers niet fysiek verricht. Maar: kan de overtreding wel aan hen worden toegerekend?

3. Art. 5.1 lid 2 Awb bepaalt dat de overtreder degene is die de overtreding pleegt of medepleegt. Bij de introductie van de vierde tranche van de Awb in 2009 sprak de wetgever de duidelijke wens uit om het overtredersbegrip (zowel ten aanzien van herstelsancties als bestraffende sancties) te laten aansluiten bij het strafrechtelijke daderschapsbegrip (*Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 77-82*). De Afdeling heeft in haar jurisprudentie na 2009 echter niet (zichtbaar) aangesloten bij het strafrechtelijke functionele daderschapsbegrip. De Afdeling bleef haar lijn van voor 2009 voortzetten en het overtredersbegrip invullen aan de hand van de volgende standaardoverweging: “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.” Zie bijv. ABRvS 30 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3552 (r.o. 4.1) en ABRvS (vzr.) 23 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2728 (r.o. 5.1). De wijze

waarop de Afdeling vervolgens de verboden handeling aan een (rechts)persoon toerekende, was echter niet eenduidig. In het milieurecht werd aan het toerekeningscriterium invulling gegeven door begrippen als verantwoordelijkheid, zeggenschap, betrokkenheid en feitelijke macht (zie C.N.J. Kortmann, ‘Meer rechtseenheid in het overtrederbegrip? Over functioneel daderschap en overtredingen in concernverband’, *NTB 2017/21*, i.h.b. par. 5.2 en ter illustratie ABRvS 4 november 2021, *M en R 2021/13*, m.nt. V.M.Y. van 't Lam). In bepaalde gevallen resulteerde de wijze van toerekening door de Afdeling in een soort risicoaansprakelijkheid (zie bijvoorbeeld de bluswaterjurisprudentie, o.a. ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:90, *AB 2014/144*, m.nt. Vermeer, *JM 2014/34*, m.nt. Onrust & Kortmann (*Chemie-Pack Nederland BV*); ABRvS 22 januari 2014, *AB 2014/145*, m.nt. Kortmann, *JM 2014/35*, m.nt. Kortmann & Onrust (*Chemie-Pack Onroerend Goed BV*)). Bovendien bleef de Afdeling zoals A-G Wattel opmerkt in zijn conclusie – ook in afwijking van het strafrecht en hetgeen de wetgever in 2009 voor ogen had – onder omstandigheden in geval van een zorgplicht een omkering van de bewijslast hanteren waarbij de vermeende overtreder aannemelijk moest maken dat hij aan deze zorgplicht had voldaan (zie bijv. ABRvS 13 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:396). Een dergelijke omkering van de bewijslast gold onder meer voor de woningeigenaar die zijn pand verhuurt: om niet verantwoordelijk te kunnen worden gehouden voor onrechtmatig gebruik van het verhuurde pand diende deze aannemelijk te maken dat hij niet wist en niet kon weten dat het pand aldus werd gebruikt (zie bijv. ABRvS 13 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:396). Met name ten aanzien van herstelsancties heeft dit de afgelopen jaren in de bestuursrechtelijke jurisprudentie geleid tot een ruimere toerekening dan in het strafrecht wordt toegelaten, aldus A-G Wattel. Volgens hem zit er dan ook licht tussen het bestuursrecht en het strafrecht ten aanzien van de vraag wie als overtreder resp. dader kan worden aangemerkt; dit geldt zowel ten aanzien van de gehanteerde toerekeningscriteria als ten aanzien van de bewijslastverdeling. (Zie hierover ook C.N.J. Kortmann, ‘Meer rechtseenheid in het overtrederbegrip? Over functioneel daderschap en overtredingen in concernverband’, *NTB 2017/21* en T.R. Bleeker, *Milieuaansprakelijkheid van leidinggevend. Over strafrechtelijke, bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke sanctionering van leidinggevend voor milieuovertredingen in bedrijfscontext* (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2021.) A-G Wattel roept in zijn conclusie de Afdeling op “te doen wat de wetgever voor ogen stond” en het overtredersbegrip uitdrukkelijk te laten aansluiten bij het strafrechtelijke functionele daderschapsbegrip. In de twee hiervoor afgedrukte uitspraken onderschrijft en volgt de Afdeling dit advies.

4. Het strafrechtelijk kader voor functioneel daderschap heeft vorm gekregen in standaardjurisprudentie van de strafrechter. Dat ziet er als volgt uit. Ten aanzien van natuurlijke personen gelden de zogeheten IJzerdraad-criteria. Toerekening van een verboden gedraging aan een natuurlijk persoon als functioneel dader is mogelijk indien deze erover vermocht te beschikken of de gedraging al dan niet

zou plaatsvinden en indien zodanig of vergelijkbaar gedrag blijkens de feitelijke gang van zaken door de verdachte werd aanvaard of placht te worden aanvaard. Onder aanvaarden is mede begrepen het schenden van zijn zorgplicht: het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de verdachte kan worden gevergd met het oog op het voorkomen van de betreffende gedraging (zie HR 23 februari 1954, ECLI:NL:HR:1954:3 (*Ijzerdraad*) en HR 8 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3487). Ten aanzien van rechtspersonen gelden de Drijfmet-criteria. Toerekening van een verboden gedraging aan een rechtspersoon is mogelijk indien de verboden gedraging aan de rechtspersoon kan worden toegerekend. Die toerekening is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de verboden gedraging. Een belangrijk oriëntatiepunt hierbij is of de gedraging heeft plaatsgevonden dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon. Een dergelijke gedraging kan in beginsel worden toegerekend aan de rechtspersoon. Van een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon kan sprake zijn indien zich één of meer van de navolgende omstandigheden voordoen:

- 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; en
- 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 (zie HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938 (*Drijfmet*) en HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733).

Het betreft een integrale afweging aan de hand van alle relevante omstandigheden van het geval.

5. De Afdeling komt aan de hand van het strafrechtelijk beoordelingskader in de eerste zaak tot de conclusie dat de woningeigenaar niet als overtreder kan worden aangemerkt. De woningeigenaar kan weliswaar beschikken over de verboden gedraging, maar hij heeft de gedraging niet aanvaard en zijn zorgplicht niet geschonden. De woningeigenaar heeft immers een zekere mate van toezicht gehouden en geen aanwijzingen ontvangen dat de woning mogelijk aan de woonruimtevoorraad werd onttrokken. De Afdeling is terecht kritisch over de bewijsvoering van het bestuursorgaan omdat het bestuursorgaan heeft nagelaten een en ander na te gaan en te onderzoeken. De Afdeling lijkt hiermee haar eerdere jurisprudentie ten aanzien van de bewijslast bij zorgplichten (onder meer ABRvS 13 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:396, onder nr. 2 besproken) bij te stellen en ook ten aanzien van de bewijslast voortaan aan te

sluiten bij het strafrecht waarin het eerst en vooral aan het Openbaar Ministerie is om te bewijzen dat de verdachte niet aan zijn zorgplicht heeft voldaan in plaats van andersom. Dit lijkt ons juist en is, zoals A-G Wattel opmerkt in zijn conclusie, ook de wens van de wetgever geweest. De slotsom blijft in ieder geval dat de woningeigenaar niet kwalificeert als overtreder. De marktexploitant uit de tweede hiervoor afgedrukte uitspraak kan volgens de Afdeling daarentegen wel als overtreder worden aangemerkt. Aan de hand van de Drijfmet-criteria overweegt de Afdeling dat de verboden gedragingen passen in de normale bedrijfsvoering van de marktexploitant en dat deze haar dienstig zijn geweest. De reclameobjecten zullen de markt immers ongetwijfeld meer bezoekers hebben opgeleverd. De marktexploitant kon (tot op zekere hoogte) beschikken over de verboden gedragingen door aan het gebruik van de reclameobjecten voorwaarden te stellen of voorlichting te geven over de regels die de gemeente stelt aan het plaatsen hiervan. Door de reclameobjecten echter ongeclausuleerd ter beschikking te stellen, wetende dat deze kunnen worden gebruikt om in strijd met de regels in de openbare ruimte te plaatsen, zoals bij herhaling is gebeurd en haar ook bekend was, heeft zij als exploitant van de markt niet de zorg betracht die redelijkerwijs van haar kon worden gevergd met het oog op het voorkomen van de verboden gedragingen, aldus de Afdeling. In tegenstelling tot hetgeen A-G Wattel in zijn conclusie stelt, acht de Afdeling het niet nodig dat de functioneel pleger de overtreding zelf moet kunnen bewerkstelligen. Dit leidt tot de slotsom dat de marktexploitant aan te merken is als overtreder.

6. De Afdeling heeft afstemming gezocht met de Hoge Raad door een raadsheer uit de Strafkamer van de Hoge Raad (mr. Van Strien) deel te laten uitmaken van de samenstelling die de uitspraken heeft gewezen. Het is onzes inziens goed dat de Afdeling de wens van de wetgever respecteert en kiest voor rechtseenheid. Het toerekeningscriterium dat de Afdeling tot dusver hanteerde, was – zoals A-G Wattel terecht in zijn conclusie opmerkt – vaag en betrof bovendien een cirkelredenering. Het oude toerekeningscriterium gaf de bestuursrechter (te) weinig handvatten om te beoordelen en te motiveren of er sprake is van overtrederchap. Hoewel wij denken dat het toepassen van het strafrechtelijk beoordelingskader in het gros van de zaken niet tot een wezenlijk andere uitkomst zal leiden, kan de bestuursrechter met het strafrechtelijk beoordelingskader in de hand zijn beslissing om een (rechts)persoon wel of niet als overtreder aan te merken in de toekomst aanzienlijk inzichtelijker maken. A-G Wattel laat in zijn conclusie hier en daar doorschemeren dat ook anders gedacht kan worden over de vraag of aansluiten bij het strafrecht in alle gevallen passend is. De strekking van herstelsancties verschilt immers van de strekking van bestraffende (bestuursrechtelijke dan wel strafrechtelijke) sancties. Hoewel hij uiteindelijk adviseert te kiezen voor één uniform overtrederbegrip, speelt hij in zijn conclusie met het idee van twee afzonderlijke overtrederbegrippen: één voor bestraffende sancties, waarvoor aansluiting wordt gezocht bij het strafrecht, en één voor herstelsancties, waarvoor het oude toerekeningscriterium

geldt dat ruimere toerekening toelaat. Onzes inziens zal het hanteren van twee verschillende overtredersbegrippen leiden tot onoverzichtelijkheid en rechtsonzekerheid. We vragen ons daarnaast af of het hanteren van één uniform overtredersbegrip (gelijk aan het strafrechtelijke functionele daderschapsbegrip) in de praktijk daadwerkelijk zal leiden tot onwenselijke situaties. Ook het strafrechtelijke functionele daderschapsbegrip biedt immers – zeker wanneer de overtreding geen opzet of schuld vereist (wat in het milieurecht zelden een vereiste is) – ruime mogelijkheden voor toerekening. Deze mogelijkheden voor toerekening zijn weliswaar niet grenzeloos, maar gelet op het feit dat herstelsancties in de praktijk evenals bestraffende sancties veelal zeer ingrijpend zijn, menen wij dat leerstukken als risicoaansprakelijkheid überhaupt niet passend zijn. Het is toe te juichen dat de Afdeling kiest voor rechtseenheid en zowel ten aanzien van herstelsancties als ten aanzien van bestraffende sancties aansluit bij het strafrecht. Het is uiteraard wel van belang dat de bestuursrechter het nieuwe beoordelingskader op dezelfde wijze blijft toepassen als de strafrechter. Het zou onwenselijk zijn als de bestuursrechter na verloop van tijd een eigen koers gaat varen ten aanzien van de wijze waarop het strafrechtelijk beoordelingskader wordt ingevuld, waardoor er toch weer verschillen gaan ontstaan tussen beide domeinen. Het strafrechtelijk beoordelingskader is doordacht en reeds uitgekristalliseerd. De bestuursrechter heeft decennia aan jurisprudentie van de strafrechter als inspiratiebron. Daar moet hij vooral gebruik van maken.

Valérie van 't Lam & Nikita Nowotny

## M en R 2023/75

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 31 mei 2023, nr. 202101797/1/R2  
(Wortmann, Gundelach, Bangma)  
m.nt. B. Arentz

(Art. 2.7 lid 1 Wnb; WRO)

ECLI:NL:RVS:2023:2079

### Weigering bestemmingsplan voor uitbreiding veehouderij wegens strijd met 'Pas-op-de-plaats-beleid' blijft overeind.

*De Afdeling overweegt dat [appellant] op zichzelf het Pas-op-de-plaats-beleid niet heeft bestreden. [...] In het raadsbesluit is besproken dat het voorgenomen plan in strijd is met het beleid. In het beleid is een kaart opgenomen met een 600-meter-contour rondom verschillende kernen, met als doel het woon- en leefklimaat in onder meer Schaijk wat betreft geur niet te laten verslechteren. Het bedrijf van [appellant] valt binnen zo'n contour. Volgens het beleid betekent dit dat bouwvlakvergrotingen van veehouderijen, zoals die van [appellant], binnen de contour*

*niet mogen plaatsvinden. [appellant] heeft geen bijzondere redenen aangevoerd op grond waarvan de raad van het beleid zou moeten afwijken. Dat het bedrijf van [appellant] een lage voorgrondgeurbelasting heeft, is niet als een bijzondere omstandigheid aan te merken. Verder heeft [appellant] het standpunt van de raad dat de toename van de cumulatieve geurbelasting ervoor zorgt dat een eventuele verdere uitbreiding van de bebouwde kom, waaronder de wijk [locatie 2], rondom de veehouderij van [appellant] ernstig wordt belemmerd, niet overtuigend bestreden. De raad heeft het Pas-op-de-plaats-beleid dus aan zijn besluit ten grondslag mogen leggen.*

Uitspraak in het geding tussen:  
[appellant], wonend te Schaijk, gemeente Landerd,  
en  
de raad van de gemeente Landerd,  
verweerder.

### Procesverloop

Bij besluit van 28 januari 2021 heeft de raad de aanvraag van [appellant] om een bestemmingsplan vast te stellen voor de uitbreiding van zijn rundveehouderij op het perceel [locatie 1] in Schaijk, afgewezen. Tegen dit besluit heeft [appellant] beroep ingesteld. De raad heeft een verweerschrift ingediend. De raad en [appellant] hebben nadere stukken ingediend. [...]

### Overwegingen

#### Inleiding

1. [appellant] wenst de intensieve rundveehouderij, die hij exploiteert op het perceel [locatie 1], uit te breiden. Het bestemmingsplan zou moeten leiden tot een vergroting en een verandering van de vorm van het bouwvlak. Dan kan een extra vleeskalverenstal worden gebouwd en kunnen verschillende sleufsilos worden verlegd of aangelegd. De Afdeling heeft in haar uitspraak van 8 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1591, een eerder besluit van de raad vernietigd tot weigering van hetzelfde gevraagde bestemmingsplan vast te stellen. De Afdeling heeft de raad toen opgedragen om binnen 26 weken na verzending van de uitspraak een nieuw besluit te nemen.

#### Toetsingskader

2. Bij het besluit over de vaststelling van een bestemmingsplan heeft de raad beleidsruimte en moet hij de betrokken belangen afwegen. De Afdeling maakt die belangenafweging niet zelf, maar beoordeelt aan de hand van de beroepsgronden of het besluit om het bestemmingsplan niet vast te stellen in overeenstemming is met het recht. Daarbij kan aan de orde komen of de nadelige gevolgen van het besluit onevenredig zijn in verhouding tot de met dat besluit te dienen doelen.