

Jurisprudentie – II. Wabo c.a.

TBR 2024/74

Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 13 december 2023, No. 202200626/1/R3, ECLI:NL:RVS:2023:4615 (Functioneel plegerschap grondeigenaar)

(Mr. N. Verheij, mr. J.C.A. de Poorter en mr. M.M. Kaajan)

Awb: art. 5:1 lid 2

Handhaving omgevingsvergunning. Last onder dwangsom. Bouwstop. Functioneel plegerschap. Toerekening

Met gastnoot T.G. Hop en E.C. van der Maden, Red.¹

Inleiding

1. Het college heeft bij besluit van 28 augustus 2018 een omgevingsvergunning verleend voor de bouw van een vrijstaande woning op het perceel [locatie] te Losser (hierna: het perceel).

Op 19 november 2019 constateren toezichthouders van de gemeente Losser dat op het perceel bouwwerkzaamheden worden verricht in afwijking van de vergunning. Op diezelfde dag leggen de toezichthouders daarom mondeling een bouwstop op, die het college schriftelijk aan [appellant] bevestigt bij brief van 20 november 2019. In deze brief legt het college [appellant] een last onder dwangsom op van € 1.000,00 per geconstateerde overtreding van de bouwstop met een maximum van € 5.000,00.

2. Op 22 en 26 november 2019 constateert een toezichthouder dat [appellant] de bouwwerkzaamheden op het perceel niet gestaakt heeft. Het college concludeert dat de opgelegde dwangsom van 20 november 2019 niet de beoogde werking heeft. Bij besluit van 27 november 2019 trekt het college de eerder opgelegde last onder dwangsom in en legt vervolgens een nieuwe last onder dwangsom op van € 50.000,00 ineens bij het niet gestaakt houden van de bouwwerkzaamheden.

Tegen het besluit van 27 november 2019 heeft [appellant] geen bezwaar gemaakt.

3. Op 13 januari 2020 constateert een toezichthouder dat ondanks de opgelegde bouwstop toch bouwwerkzaamheden worden verricht. Vervolgens kondigt het college in een brief van 13 januari 2020 aan voornemens te zijn de in totaal verbeurde dwangsommen van € 52.000,00 in te vorderen. Het college handhaaft de bouwstop en legt een nieuwe last onder dwangsom op van € 100.000,00 ineens

voor het geval de bouwstop opnieuw wordt overtreden.

4. Bij besluit van 16 januari 2020 trekt het college de als laatste opgelegde last onder dwangsom in waardoor de bouwstop is opgeheven, omdat op korte termijn een nieuwe omgevingsvergunning verleend zal worden voor het aangepaste bouwplan. Deze vergunning is vervolgens verleend op 17 januari 2020.

5. [appellant] dient op 28 januari 2020 een zienswijze in over het voornemen de verbeurde dwangsom van € 50.000,00 te innen. Het college vordert de verbeurde dwangsom van € 2.000,00 in bij besluit van 20 februari 2020.

[appellant] maakt geen bezwaar tegen deze invordering.

6. Bij besluit van 9 juli 2020 vordert het college de op 13 januari 2020 volgens het college verbeurde dwangsom van € 50.000,00 in. Daaraan legt het college ten grondslag dat het bevoegd is de verbeurde dwangsom in te vorderen. [appellant] heeft geen bezwaar gemaakt tegen de dwangsombeschikking zodat deze in rechte vaststaat.

Op 13 januari 2020 heeft een toezichthouder geconstateerd dat in strijd met de bouwstop is doorgestaan met het bouwen op het perceel, waardoor de dwangsom is verbeurd. [appellant] is verantwoordelijk voor het bouwproject als opdrachtgever en daarom ook overtreder. Bovendien is niet gebleken van bijzondere omstandigheden op grond waarvan van invordering zou moeten worden afgezien, aldus het college.

Aangevallen uitspraak

7. De rechtbank heeft geoordeeld dat het college de dwangsom van € 50.000,00 in redelijkheid heeft kunnen invorderen. De rechtbank is van oordeel dat het besluit bevoegd is genomen, dat de bouwstop door uitvoering van de werkzaamheden is overtreden, dat [appellant] is aan te merken als overtreder en dat er geen bijzondere omstandigheden zijn op grond waarvan van invordering moet worden afgezien.

[appellant] is het niet eens met de uitspraak van de rechtbank en heeft daartegen hoger beroep ingesteld.

Is er sprake van een overtreding van de last?

8. [appellant] betoogt dat de rechtbank niet heeft onderkend dat er op 13 januari 2020 geen sprake was van een overtreding van de last.

¹ Tim Hop en Lisa van der Maden zijn advocaat bij Stibbe.

Hij betoogt dat de invordering op een onjuist feitencomplex berust. Allereerst is de last volgens [appellant] niet overtreden, omdat aan de aannemer van [appellant], [aannemer], door de toezichthouders mondeling toestemming is gegeven om bepaalde werkzaamheden te verrichten tijdens de opgelegde bouwstop. Als de mondelinge uitzonderingen van de toezichthouders geen deel uitmaken van de last, is volgens [appellant] sprake van een algehele bouwstop en is daar geen enkele uitzondering op mogelijk. Daarbij stelt [appellant] dat de dwangsombeschikking van 27 november 2019 geen uitzonderingen bevat. [appellant] betoogt dat de rechtbank in dat geval niet heeft onderkend dat [aannemer] op 5 en 6 december 2019 heeft ondersabeld, waardoor de last op dat moment al is overtreden en de dwangsom op dat moment al volledig is verbeurd.

8.1. De rechtbank heeft onder 3.7 en 3.8 van de aangevallen uitspraak overwogen dat het college terecht de op 13 januari 2020 geconstateerde werkzaamheden ten grondslag heeft gelegd aan het besluit van 9 juli 2020. De rechtbank overweegt dat het college op 20 november 2019 aan [appellant] de dwangsombeschikking heeft gestuurd waarin staat dat de bouwwerkzaamheden niet door mogen gaan en dat vervolgens door het college op 21 november 2019 een e-mail is doorgestuurd waarin aan [appellant] duidelijk wordt vermeld wat wel is toegestaan ondanks de bouwstop. Het gaat hierbij om de opgesomde herstelwerkzaamheden (waaronder ondersabelen), het stellen van profielen en het bouwen van een steiger. De werkzaamheden die de toezichthouders geconstateerd hebben op 13 januari 2020 vallen niet onder de toegestane werkzaamheden. De geconstateerde werkzaamheden bestonden uit het leggen van leidingwerk op de breedplaatvloeren, het stellen van binnenkozijnen en onderwapening leggen op de breedplaatvloeren, V-netten en bijlegwapening. Het standpunt dat alleen toegestane werkzaamheden zijn uitgevoerd en de bouwstop niet is overtreden is daarom niet juist. De rechtbank overweegt dat de dwangsom niet eerder is verbeurd. Op 5 en 6 december 2019 is volgens eiser ondersabeld; het college heeft dit echter niet geconstateerd.

8.2. De Afdeling stelt vast dat op 27 november 2019 aan [appellant] een last onder dwangsom is opgelegd die tot doel heeft om de bouwwerkzaamheden gestaakt te houden. Nog daargelaten hoe de e-mail van 21 november 2019 moet worden gekwalificeerd, is de Afdeling van oordeel dat de rechtbank terecht heeft overwogen dat de werkzaamheden die op 13 januari 2020 zijn geconstateerd werkzaamheden zijn die een overtreding van de last inhouden. De last is naar het oordeel van de Afdeling dan ook overtreden. Zelfs als zou moeten worden aangenomen dat de aannemer de in de e-mail van 21 november 2019 genoemde werkzaamheden, te weten herstelwerkzaamheden (waaronder ondersabelen), het stellen van profielen

en het bouwen van een steiger nog wel mocht uitvoeren, dan moet worden vastgesteld dat de op 13 januari 2020 geconstateerde werkzaamheden niet allemaal onder die uitzonderingen vielen.

Voor zover [appellant] betoogt dat de last op een eerder moment is overtreden, namelijk op 5 en 6 december 2019 omdat toen is ondersabeld, volgt de Afdeling dit betoog niet. Zoals de Afdeling heeft overwogen in haar uitspraak van 3 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1179, onder 8, dient aan een invorderingsbesluit een deugdelijke en controleerbare vaststelling van relevante feiten en omstandigheden ten grondslag te liggen. Dit brengt met zich dat de vaststelling of waarneming van feiten en omstandigheden die leiden tot verbeurte van een dwangsom dient te worden gedaan door een ter zake deskundige medewerker van het bevoegd gezag, door een ter zake deskundige persoon in opdracht van het bevoegd gezag of door een ter zake deskundige persoon wiens bevindingen het bevoegd gezag voor zijn rekening heeft genomen. Niet is gebleken dat op of kort na 5 en 6 december 2019 een constatering van een overtreding van de last is gedaan door een persoon als bedoeld in de hiervoor genoemde uitspraak. Omdat aan het invorderingsbesluit een rapport van de waarneming van 13 januari 2020 ten grondslag is gelegd dat is opgesteld door een ter zake deskundige medewerker van het bevoegd gezag, is de Afdeling van oordeel dat op 13 januari 2020 is geconstateerd dat de last is overtreden en dat pas op dat moment de dwangsom is verbeurd. De rechtbank is dan ook terecht tot dit oordeel gekomen.

Het betoog slaagt niet.

Overtreder

9. [appellant] betoogt dat het onbegrijpelijk is hoe de rechtbank tot het oordeel is gekomen dat de overtreding van de aan [appellant] opgelegde last onder dwangsom door een andere feitelijke overtreder, aan [appellant] toerekenbaar is. Daarbij betoogt [appellant] dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat indien hij niet de feitelijke overtreder is, hij wel als medepleger of pleger aangewezen kan worden indien hij 'maatschappelijk verantwoordelijk is', nu dit oordeel geen steun vindt in het recht.

9.1. De Afdeling is in haar uitspraken van 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067 en ECLI:NL:RVS:2023:2071, ingegaan op de vereisten voor functioneel plegerschap. Uit deze afspraken valt af te leiden dat als overtreder kan worden aangemerkt degene in wiens machtsfeer de fysieke handelingen liggen waardoor de overtreding is begaan en die voorts die handelingen heeft aanvaard of in het algemeen placht te aanvaarden. Van dit laatste is in beginsel reeds sprake als de overtreder is tekortgeschoten in dat wat redelijkerwijs van hem verwacht mocht worden om wederrechtelijke handelingen te voorkomen.

De Afdeling stelt vast dat [appellant] eigenaar is van het perceel en een omgevingsvergunning heeft voor het bouwen van een woning op het perceel. [appellant] is daarnaast opdrachtgever voor de bouw van de woning en had in dit opzicht beschikingsmacht over de bouw van de woning.

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

De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat [appellant] als overtreder kan worden aangemerkt. Het betoog slaagt niet.

Bijzondere omstandigheden

10. [appellant] betoogt dat het college van invordering van de dwangsom had moeten afzien, omdat de dwangsom van € 50.000,00 onevenredig is, en dat de rechtbank dit heeft niet heeft onderkend. [appellant] betoogt dat de bouwstop zes weken lang is nageleefd en dat pas werkzaamheden zijn uitgevoerd, nadat duidelijk was dat de nieuwe vergunning verleend zou gaan worden. Daarbij betoogt hij dat de werkzaamheden zijn uitgevoerd in overeenstemming met de oude vergunning, waardoor het doel van de last onder dwangsom dus al was bereikt vóór de overtreding.

[appellant] betoogt daarnaast dat de rechtbank niet heeft onderkend dat er concreet zicht op legalisatie bestond door te oordelen dat het bestaan van een concreet zicht op legalisatie ten tijde van het nemen van het invorderingsbesluit geen bijzondere omstandigheid oplevert om van invordering af te zien. [appellant] betoogt dat de rechtbank niet heeft onderkend dat ten tijde van de overtreding op 13 januari 2020 al concreet zicht op legalisatie bestond.

Tot slot betoogt [appellant] dat de rechtbank ten onrechte heeft getoetst of de hoogte van de dwangsom evenredig is, maar niet heeft bezien of de volledige invordering van de dwangsom van € 50.000,00, gelet op de omstandigheden waaronder de overtreding van de last op 13 januari 2020 is begaan, evenredig is. [appellant] wijst erop dat die overtreding niet het gevolg was van calculerend gedrag van [appellant] of zijn aannemer.

10.1. De rechtbank heeft onder 3.13 van de aangevallen uitspraak overwogen dat het college in redelijkheid tot de conclusie heeft kunnen komen dat er geen reden is om af te zien van invordering van de dwangsom. De omstandigheden die [appellant] gesteld heeft kunnen volgens de rechtbank niet opwegen tegen het zwaarwegende belang van invordering. Een bouwstop moet nageleefd worden totdat die is opgeheven. Vooruitlopen op opheffing is niet de bedoeling, omdat het niet aan [appellant] is om te beoordelen wanneer hij aan de voorwaarden heeft voldaan die de gemeente heeft gesteld.

10.2. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 16 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5949), dient bij een besluit omtrent invordering van een verbeurde dwangsom aan het belang van de invordering een zwaarwegend belang te worden toegekend. Een andere opvatting zou afdoen aan het gezag dat behoort uit te gaan van een besluit tot oplegging van een last onder dwangsom. Steun voor dit uitgangspunt kan worden gevonden in de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 5:37, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, blz. 115). Hierin is vermeld dat een adequate handhaving vergt dat opgelegde sancties ook worden geëffectueerd en dus dat verbeurde dwangsommen worden ingevorderd. Slechts in bijzondere omstandigheden kan geheel of gedeeltelijk van invordering worden afgezien.

10.3. Het enkele feit dat [appellant] gedurende zes weken aan de last heeft voldaan, is onvoldoende voor het oordeel dat het college geheel dan wel gedeeltelijk van invordering af had moeten zien (vergelijk de uitspraak van 18 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:802, onder 4.2). De Afdeling ziet met de rechtbank hierin geen bijzondere omstandigheid op grond waarvan het college geheel of gedeeltelijk van invordering had moeten afzien. Daarbij neemt de Afdeling in aanmerking dat, zoals de rechtbank heeft overwogen, een bouwstop moet worden nageleefd totdat die is opgeheven. Ook de omstandigheid dat de verrichte werkzaamheden in overeenstemming zouden zijn met de omgevingsvergunning van 28 augustus 2018, levert geen bijzondere omstandigheid op. De last hield in dat de bouwwerkzaamheden gestaakt moesten worden gehouden en dat omvatte ook werkzaamheden in overeenstemming met de omgevingsvergunning van 28 augustus 2018.

10.4. Onder 3.13 heeft de rechtbank overwogen dat concreet zicht op legalisatie ten tijde van het nemen van de invorderingsbeschikking geen bijzondere omstandigheid oplevert om van invordering af te zien. Maar het betoog van [appellant] is dat er ten tijde van het overtreden van de last op 13 januari 2020 sprake was van een concreet zicht op legalisatie. Ook dat levert naar het oordeel van de Afdeling geen bijzondere omstandigheid op. Dat volgens [appellant] alleen een letter op een detailtekening bij de aanvraag voor een nieuwe omgevingsvergunning moest worden aangepast doet daar niets aan af. De Afdeling wijst in dit verband naar haar uitspraak van 28 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1945), waaruit volgt dat de omstandigheid dat alsnog een omgevingsvergunning is verleend, geen omstandigheid is waarin van invordering moet worden afgezien. De rechtbank heeft dan ook terecht geoordeeld dat geen sprake is van een bijzondere omstandigheid.

10.5. Voor zover [appellant] betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft getoetst of de hoogte van de dwangsom evenredig is, maar niet heeft gezien of de volledige invordering van de dwangsom van € 50.000,00 evenredig is, overweegt de Afdeling als volgt. Onder 3.13 heeft de rechtbank overwogen dat hij de hoogte van de dwangsom gelet op het calculerende handelen van [appellant] evenredig vindt. Uit deze overweging blijkt dat de rechtbank het hierbij heeft over de hoogte van de dwangsom zoals die bij het besluit van 27 november 2019 is opgelegd. [appellant] heeft gelijk dat de rechtbank hiermee niet heeft getoetst of de volledige invordering van de dwangsom van € 50.000,00 evenredig is. Dat aan de overtreding van de last op 13 januari 2019 geen calculerend gedrag van [appellant] of zijn aannemer ten grondslag ligt, is evenwel geen bijzondere omstandigheid die moet leiden tot het oordeel dat het college geheel of gedeeltelijk af had moeten zien van invordering van de verbeurde dwangsom.

10.6. Concluderend ziet de Afdeling geen grond voor het oordeel dat sprake is van bijzondere omstandigheden die maken dat het college geheel of gedeeltelijk van invordering van de dwangsom af had moeten zien.

Het betoog slaagt niet.

Conclusie

11. Het beroep is ongegrond. (*Enz., enz., Red.*)

NOOT

1. Sinds de Afdelingsuitspraken van 31 mei 2023 krijgt het genuanceerde bestuursrechtelijke overtredersbegrip steeds meer gestalte in de jurisprudentie. Zo ook in deze uitspraak. Deze uitspraak is annotatiewaardig, omdat het laat zien hoe de Afdeling een grondeigenaar aanduidt als

overtreder (functioneel pleger) van een last onder dwangsom in de vorm van een bouwstop.

Inleiding

2. De eigenaar van een perceel in Losser voert in strijd met de verleende omgevingsvergunning bouwwerkzaamheden uit. De toezichthouders die dit constateren leggen daarom mondeling een bouwstop op; de grondeigenaar moet de bouwwerkzaamheden gestaakt houden. Het college van B&W van Losser (hierna: het college) bevestigt die bouwstop in een brief en legt daarbij een last onder dwangsom op van € 1.000 per geconstateerde overtreding van de bouwstop met een maximum van € 5.000.

3. De bouwstop heeft blijkbaar onvoldoende effect, want een toezichthouder constateert dat de bouwwerkzaamheden niet zijn gestaakt. Daarom legt het college een nieuwe last onder dwangsom op van € 50.000. De grondeigenaar had naar aanleiding van deze last onder dwangsom Whatsapp-contact met zijn aannemer over de bouwstop en de werkzaamheden.

4. Een aantal weken later constateerde een toezichthouder dat toch weer bouwwerkzaamheden werden verricht. Daarop kondigde het college aan voornemens te zijn de in totaal verbeurde dwangsommen van € 52.000 (€ 2.000 vanwege overtreding van de eerste bouwstop en € 50.000 vanwege overtreding van de tweede bouwstop) in te vorderen.

5. Tegen de twee dwangsbesluiten en het besluit tot invordering van de verbeurde dwangsom van € 2.000 ging de grondeigenaar niet in bezwaar. Als het college de verbeurde dwangsom van € 50.000 besluit in te vorderen gaat de grondeigenaar wel in bezwaar (en hoger) beroep.

6. In beroep oordeelde de rechtbank dat het college de dwangsom in redelijkheid heeft kunnen invorderen, onder meer omdat de grondeigenaar is aan te merken als overtreder van de bouwstop (Rb. Overijssel 22 december 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:4811). Daarmee is de grondeigenaar het niet eens. Volgens hem is niet hij de overtreder van de last, maar is zijn aannemer dat. De grondeigenaar vindt het onbegrijpelijk hoe de rechtbank de overtreding door een ander aan hem toerekent. De rechtbank zou ten onrechte hebben overwogen dat indien hij niet de feitelijke overtreder is, hij wel als medepleger of pleger kan worden aangewezen indien hij 'maatschappelijk verantwoordelijk is'.

7. Op grond van onder meer het voorgaande heeft de grondeigenaar hoger beroep ingesteld. De Afdeling behandelt in de uitspraak een aantal interessante elementen van de last onder dwangsom, zoals de deugdelijke en controleerbare vaststelling van relevante feiten en omstandigheden die aan een invorderingsbesluit ten grondslag moeten liggen en de (on)evenredigheid van de invordering. In deze noot gaan wij op die punten niet in, maar staan wij met name stil bij het overtrederschap van de grondeigenaar en meer specifiek zijn functionele plegerschap. In deze annota-

tie houden wij de overwegingen van de Afdeling hieromtrent (ro. 9-9.1) in het licht van de recente ontwikkelingen van het leerstuk van het functioneel plegerschap.

Functioneel plegerschap anno 2024

8. Op grond van artikel 5:1 lid 2 Awb wordt onder een overtreder verstaan 'degene die de overtreding pleegt of medepleegt'. Het is vaste jurisprudentie van de Afdeling dat dit in eerste instantie degene is die de verboden handeling fysiek verricht. Daarnaast houdt de Afdeling ook degene die de overtreding niet zelf feitelijk heeft begaan, maar aan wie de gedraging is toe te rekenen als functioneel pleger voor de overtreding verantwoordelijk (zie bijv. ABRvS 30 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3552). Wanneer onder deze standaardjurisprudentie dan precies 'toegerekend' kon worden was echter zeer casuïstisch. In sommige gevallen was zelfs sprake van een risico-aansprakelijkheid (ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:90 en ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:102). Deze vaste rechtspraak over het bestuursrechtelijk functioneel plegerschap heeft de Afdeling genuanceerd in haar inmiddels veelbesproken uitspraken van 31 mei 2023 (ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067 en ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071).²

9. In de uitspraak die wij hier annoteren verwijst de Afdeling bij de beoordeling van het overtrederschap direct naar haar nieuwe genuanceerde lijn. In deze uitspraken sluit de Afdeling voor het functioneel plegerschap expliciet aan bij de criteria die in het strafrecht worden gebruikt voor de toerekening van gedragingen aan (rechts)personen. Voor rechtspersonen zijn die criteria uitgewerkt in het *Drijfmest*-arrest (HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938) en voor natuurlijke personen werkte de Hoge Raad die criteria uit in het *IJzerdraad*-arrest (HR 23 februari 1954, ECLI:NL:HR:1954:3 en HR 8 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3487). Omdat de grondeigenaar in deze zaak een natuurlijk persoon is, gaan wij in op de *IJzerdraad*-criteria.³ Kort gezegd luiden deze criteria als volgt: (1) de natuurlijke persoon heeft *beschikkingmacht* over de handelingen die de verboden gedraging inhouden, en (2) de natuurlijke persoon heeft de handelingen die de verboden gedraging inhouden *aanvaard*. Onder aanvaarden is mede begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid wel kan worden verlangd met het oog op het voorkomen van de gedraging.

10. Hoe de Afdeling haar eerdere rechtspraak aan de hand van voornoemd (strafrechtelijk) kader nuanceerde illustreren we aan de hand van eerdere rechtspraak over het overtrederschap van een eigenaar die een pand verhuurt in strijd met de Huisvestingswet (bijv. ABRvS 13

februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:396). Voorheen had de eigenaar een vergaande verantwoordelijkheid en zou risico-overtrederschap bestaan in geval van overtreding van de Huisvestingswet.⁴ De eigenaar moest bij onrechtmatig gebruik van het door hem verhuurde pand namelijk aannemelijk maken dat hij niet wist en niet kon weten dat het pand in strijd met de Huisvestingswet werd gebruikt. Als dit niet lukte werd de eigenaar verantwoordelijk gehouden voor het onrechtmatig gebruik en werd hij als overtreder aange-merkt.

11. Voorheen was daarmee sprake van een omkering van de bewijslast. Het was aan de vermeende functionele pleger om aannemelijk te maken dat hij niet verantwoordelijk kon worden gehouden voor het onrechtmatige handelen. In de uitspraken van 31 mei 2023 deed de Afdeling hier al impliciet afstand van⁵, maar in latere uitspraken overwoog de Afdeling expliciet dat het bestuursorgaan moet bewijzen – en daarmee voldoende moet onderbouwen – dat aan beide criteria voor het functioneel plegerschap (beschikken en aanvaarden) is voldaan (zie bijv. ABRvS 24 januari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:266; ABRvS 21 februari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:730; ABRvS 27 maart 2024, ECLI:NL:RVS:2024:1289).

12. Daarnaast ging de Afdeling in haar eerdere rechtspraak (waaronder de 'verhuurde woning-rechtspraak') uit van een strenge zorgplicht voor de vermeende functionele pleger. Het ging erom of de vermeende functionele pleger niet wist en niet kon weten dat een ander een onrechtmatige handeling verrichtte waarover hij beschikkingmacht had. In combinatie met de omkering van de bewijslast werd een vermeende functionele pleger (zoals een eigenaar van een woning) al snel aangemerkt als overtreder.⁶ Sinds de uitspraken van 31 mei 2023 kleurt de Afdeling die zorgplicht minder streng in (zie bijv. ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071; ABRvS 24 januari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:266; ABRvS 27 maart 2024, ECLI:NL:RVS:2024:1284).

13. Voor de beantwoording van de vraag of een (vermeend) functioneel pleger aan zijn zorgplicht heeft voldaan, acht de Afdeling het in ieder geval van belang of er aanwijzingen zijn dat een overtreding plaatsvond. In twee uitspraken waren er volgens de Afdeling – ook naar aanleiding van controles – geen aanwijzingen die aanleiding gaven om het onrechtmatig handelen te vermoeden. Daarom had de vermeende functionele pleger niet meer hoeven doen ter voorkoming van het onrechtmatig handelen en is niet vast komen te staan dat dit handelen werd aanvaard (ABRvS 24 januari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:271; ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071).⁷ In een uitspraak van 24 januari 2024 (ECLI:NL:RVS:2024:266) overwoog de Afdeling dat geen sprake was van aanvaarden, mede omdat er geen

² Zie bijv.: T.N. Sanders, 'De functioneel dader als overtreder in het bestuursrecht', *NJB* 2023/2245; M.J. Hornman & B. van der Vorm, 'Het begrip "functioneel daderschap" in het bestuursstrafrecht', *Gst* 2023/62; T.R. Bleeker, 'Overzichtsartikel: het bijgestelde bestuursrechtelijke overtrederschap', *NTB* 2023/383.

³ Aangezien de *IJzerdraad*-criteria ook onderdeel zijn van de *Drijfmest*-criteria en deze op dezelfde wijze worden ingevuld bij toerekening van gedragingen aan rechtspersonen, gaan wij in deze annotatie ook in op jurisprudentie over het functioneel plegerschap van rechtspersonen.

⁴ Conclusie A-G Wattel 15 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:579.

⁵ V.M.Y. van 't Lam & N.A. Nowotny, annotatie bij ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, *M en R* 2023/74.

⁶ T.N. Sanders, 'De functioneel dader als overtreder in het bestuursrecht', *NJB* 2023/2245.

⁷ Vgl. ABRvS 24 januari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:270.

klachten of andere indicaties waren dat een overtreding plaatsvond. Het werd de vermeende functionele pleger niet aangerekend dat niet goed werd gecontroleerd of een overtreding plaatsvond.⁸ Het enkel ontbreken van controle is volgens de Afdeling dan ook onvoldoende voor het aannemen van aanvaarding (ABRvS 24 januari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:269). In lijn met het voorgaande heeft de Afdeling in twee uitspraken van 27 maart 2024 (ECLI:NL:RVS:2024:1284 en ECLI:NL:RVS:2024:1287) een duidelijk criterium uitgewerkt. De Afdeling legt uit dat het bestuursorgaan moet aantonen dat de vermeende functionele pleger een overtreding heeft aanvaard. Dit betekent dat het concrete omstandigheden moet aanvoeren die de vermeende functionele pleger aanleiding hebben moeten geven om op onrechtmatig handelen te controleren. Als het bestuursorgaan dit onvoldoende doet is geen sprake van functioneel pleger-schap (ABRvS 27 maart 2024, ECLI:NL:RVS:2024:1284).

14. Als er aanwijzingen zijn dat sprake is van onrechtmatig handelen, dan is dit volgens de Afdeling aanleiding om daarop te controleren en is het aan de vermeende functionele pleger om aan te tonen dat controle heeft plaatsgevonden (ABRvS 24 januari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:268). Volgens Stijnen is het mogelijk een verschrijving dat de vermeende functionele pleger dit zou moeten aantonen. Het zou enkel aannemelijk moeten worden gemaakt.⁹ In ieder geval ligt de bal bij de vermeende functionele pleger als er aanwijzingen zijn dat onrechtmatig wordt gehandeld. Als in dit geval niet (of onvoldoende) wordt gecontroleerd is in beginsel niet de zorg betracht die in redelijkheid kan worden gevergd met het oog op de voorkoming van het onrechtmatig handelen. In dat geval kan de vermeende functionele pleger als overtreder worden aangemerkt (ABRvS 27 maart 2024, ECLI:NL:RVS:2024:1289; ABRvS 27 maart 2024, ECLI:NL:RVS:2024:1266; ABRvS 28 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2501). Dat de Afdeling bij aanwijzingen niet accepteert dat een vermeende functionele pleger achterover leunt volgde ook al uit een uitspraak van de Afdeling van 31 mei 2023 (ECLI:NL:RVS:2023:2067).

15. Er zijn ook gevallen waarin niet alleen aanwijzingen bestaan dat sprake is van onrechtmatig handelen, maar de vermeende functionele pleger daarvan ook daadwerkelijk op de hoogte was. In dat geval neemt de Afdeling vrij gemakkelijk aan dat sprake is van aanvaarding (zie bijv. ABRvS 25 oktober 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3954; ABRvS 21 februari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:730; ABRvS 21 februari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:731). Dit betreft een directe vorm van aanvaarden dat de gedraging plaatsvindt die verder gaat dan het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de verdachte kan worden gevergd met het voorkomen van de gedraging. Bij wetenschap van het onrechtmatig handelen verwacht de Afdeling inspanningen om de overtreding ongedaan te maken.

⁸ R. Stijnen, annotatie bij ABRvS 21 februari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:731, AB 2024/80. Vgl. ABRvS 21 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2424.

⁹ R. Stijnen, annotatie bij ABRvS 21 februari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:731, AB 2024/80.

Onderhavige uitspraak in het licht van de recente Afdelingsjurisprudentie

16. Bij het beoordelen van het overtrederschap in deze zaak gaat de Afdeling zoals gezegd direct in op de uitspraken van de Afdeling van 31 mei 2023 (ECLI:NL:RVS:2023:2067 en ECLI:NL:RVS:2023:2071). Uit deze uitspraken leidt de Afdeling af dat 'als overtreder kan worden aangemerkt degene in wiens machtssfeer de fysieke handelingen liggen waardoor de overtreding is begaan en die voorts die handelingen heeft aanvaard of in het algemeen placht te aanvaarden'. Tot zover volgt de Afdeling haar eigen standaardoverweging. Van placht te aanvaarden is volgens de Afdeling sprake 'als de overtreder is tekortgeschoten in dat wat redelijkerwijs van hem verwacht mocht worden om wederrechtelijke handelingen te voorkomen'. Hiermee wijkt de Afdeling – behoudens een enkele andere uitspraak waarin hetzelfde criterium werd gebruikt¹⁰ – af van de standaardoverweging omtrent de (schending van de) zorgplicht die volgt uit het *IJzerdraad*-arrest, namelijk 'het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de verdachte kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging'. Alhoewel het vervangen van het woord 'verdachte' door 'overtreder' in het bestuursrecht is aan te moedigen, zorgt het hanteren van een ander criterium voor onduidelijkheid. Uit de uitspraak volgt niet dat de Afdeling hiermee ook iets anders bedoelt – later in haar uitspraak gebruikt de Afdeling ook de *IJzerdraad*-criteria – en het was omwille van de rechtseenheid en consistentie dan ook wenselijk geweest als was aangesloten bij de standaardoverweging.

17. Dan wat betreft het beschikken en aanvaarden door de grondeigenaar. De Afdeling benoemt bij het beoordelen van het beschikkingscriterium het eigendom van het perceel en het feit dat de grondeigenaar een omgevingsvergunning had voor het daarop bouwen van een woning. Daarnaast acht de Afdeling het relevant dat de grondeigenaar opdrachtgever voor de bouw van de woning was. In dat opzicht had de grondeigenaar beschikkingsmacht over de bouw van de woning.

18. De Afdeling overweegt daarnaast dat de grondeigenaar het overtreden van de last heeft aanvaard door niet de zorg te betrachten die redelijkerwijs van hem kon worden gevergd met het oog op voorkoming van de gedraging. Uit Whatsapp-berichten tussen de aannemer en de grondeigenaar blijkt dat zij contact hadden over de bouwstop en de werkzaamheden. De Afdeling stelt dat het op de weg van de grondeigenaar had gelegen om de aannemer de opdracht te geven de bouw te staken en ervoor te zorgen dat de aannemer aan die opdracht voldeed. De grondeigenaar heeft volgens de Afdeling niet aannemelijk gemaakt dat hij in de periode na het opleggen van de last onder dwangsom ten bedrage van € 50.000 het nodige heeft gedaan om ervoor te zorgen dat de last niet zou worden overtreden. De Afdeling volgt het betoog van de grondeigenaar niet dat hij wel degelijk de aannemer heeft verzocht de bouw te staken en dat hij twee of drie keer per week een controle op het

¹⁰ ABRvS 28 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2501.

perceel heeft uitgevoerd waarbij hem steeds bleek dat de aannemer zich aan de bouwstop hield. Ook op zitting zou de grondeigenaar geen bewijs hebben aangedragen van deze beweringen. Dat de last een aantal weken niet is overtreden is onvoldoende om aan te nemen dat de grondeigenaar deed wat redelijkerwijs van hem mocht worden verwacht om wederrechtelijke handelingen te voorkomen. Op grond van het voorgaande overweegt de Afdeling dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat de grondeigenaar als overtreder kan worden aangemerkt.

19. De vraag is nu hoe dit past bij de recente Afdelingsjurisprudentie over het aanvaardingscriterium en de daaruit voortvloeiende zorgplicht. In die jurisprudentie komt naar voren dat de Afdeling het van belang acht of een vermeende functioneel plegger aanwijzingen had dat onrechtmatig werd gehandeld. Alhoewel de Afdeling hier in onderhavige uitspraak niet expliciet op ingaat, is daarvan in onderhavige uitspraak sprake. De grondeigenaar heeft zelf opdracht gegeven aan de aannemer om te bouwen en naar aanleiding van de eerder opgelegde bouwstop waren de werkzaamheden ook niet gestaakt. Op grond van de Afdelingsjurisprudentie is het vervolgens aan de vermeende functionele plegger om aannemelijk te maken dat voldoende is gedaan om het onrechtmatig handelen te voorkomen. Dit lukte de grondeigenaar niet. De grondeigenaar heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat hij de aannemer heeft verzocht de bouw te staken of dat controles zouden zijn uitgevoerd. Het verbaast dan ook niet dat de Afdeling de grondeigenaar uiteindelijk als overtreder aanmerkt.

20. Interessant is nog dat de Afdeling overweegt dat het op de weg van de grondeigenaar had gelegen om de aannemer de opdracht te geven de bouw te staken en ervoor te zorgen dat de aannemer aan die opdracht voldeed. Dit zijn inspanningen om de overtreding ongedaan te maken, wat verder gaat dan de zorgplicht om onrechtmatig handelen te voorkomen. Alhoewel de Afdeling dit niet expliciet benoemt, neigt dit naar de opvatting dat de grondeigenaar wetenschap had van het onrechtmatig handelen. Ge-

zien de feiten en omstandigheden lijkt dit ook juist. Er was contact tussen de grondeigenaar en de aannemer en uit niets blijkt dat is afgesproken de bouw te staken. Daarmee zou sprake zijn van direct aanvaarden dat onrechtmatig handelen plaatsvond en uit recente Afdelingsjurisprudentie blijkt dat in deze situatie inspanningen worden verwacht om de overtreding ongedaan te maken (ABRvS 25 oktober 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3954; ABRvS 21 februari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:730). De uitkomst blijft dan nog steeds dat de grondeigenaar als functioneel plegger kan worden aangemerkt, maar dit kan wel verklaren waarom de Afdeling in dit specifieke geval vergaande inspanningen lijkt te verwachten in de zin van ongedaanmaking van de overtreding.

21. Wij vragen ons overigens af of toerekening aan de hand van de *IJzerdraad*-criteria in onderhavig geval wel nodig was. De last onder dwangsom die de grondeigenaar zou hebben overtreden (het gestaakt houden van de bouwwerkzaamheden) richtte zich expliciet tot de grondeigenaar als normadressaat. Betoogd kan worden dat de grondeigenaar deze norm zelf heeft geschonden (vgl. ABRvS 12 juli 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2705; ABRvS 14 februari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:628). De norm ziet namelijk niet op het bouwen in strijd met de omgevingsvergunning door eenieder, maar op het gestaakt houden van de bouwwerkzaamheden door de grondeigenaar zelf. Aangezien de grondeigenaar hier geen enkele moeite voor heeft gedaan zou sprake kunnen zijn van 'rechtstreeks' plegen en niet van functioneel plegerschap.¹¹ Ook via deze weg blijft de uitkomst dat sprake is van een overtreding door de grondeigenaar.

22. De belangrijke les voor grondeigenaren is in ieder geval dat zij niet zomaar kunnen wegstappen als aan hen als opdrachtgever van een bouwproject een bouwstop wordt opgelegd. De opdrachtgever kan de schuld niet eenvoudig in de (werk)schoenen van de aannemer schuiven en dat lijkt ons niet meer dan terecht.

T.G. Hop en E.C. van der Maden

¹¹ Vgl. T.N. Sanders, 'De functioneel dader als overtreder in het bestuursrecht', *NJB* 2023/2245; R. Stijnen, annotatie bij ABRvS 21 februari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:731, AB 2024/80.