

## Jurisprudentie – II. Wabo c.a.

## TBR 2024/128

**Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 10 april 2024, No. 202003300/1/RZ, ECLI:NL:RVS:2024:1483 (Bewijsmaatstaf functioneel plegerschap)**

(Mr. N. Verheij, mr. J.M.L. Niederer en mr. H.J.M. Besselink)

**Awb: art. 5:1 lid 2 en 3, art. 5:25 lid 1, art. 5:32 lid 1; Sr: art. 51 lid 2; Bouwbesluit 2012: art. 1.26, art. 7.22**

Bestuursdwang. Herstelsancties. Bestraffende sancties. Bewijsmaatstaven. Functioneel plegerschap. Feitelijke leidinggeven. Rechtspersoon. Asbest. Sloopwerkzaamheden

**Met gastnoot T.G. Hop en E.C. van der Maden, Red.<sup>1</sup>**

### Inleiding

3. Het perceel met daarop het gebouw van de voormalige textielwasserij De Genderhorst ligt op het bedrijventerrein De Run in Veldhoven (hierna: het gebouw). Het gebouw is opgesplitst in meerdere woonruimtes, die door 061Run B.V. worden verhuurd. [appellant] is, via een aantal (houdster)vennootschappen, aandeelhouder van 061Run BV.

Op 20 oktober 2018 hebben toezichthouders van de gemeente tijdens een controle vastgesteld dat bij sloopwerkzaamheden op het perceel asbestverdacht materiaal is vrijgekomen en zichtbaar aanwezig was in één van de containers op het terrein. Omdat deze materialen mogelijk afkomstig waren van illegale bouw- en sloopactiviteiten in het gebouw, zijn de sloopwerkzaamheden op dezelfde dag rond 11.00 uur mondeling stilgelegd en is het gebouw omstreeks 13.00 uur die dag ontruimd, verzegeld en gesloten.

Het college heeft de spoedeisende bestuursdwang toegepast wegens het aantreffen van meerdere asbestverdachte toepassingen die zonder dat daarvoor een melding was gedaan zijn verwijderd uit het gebouw, waardoor er een mogelijk ontoelaatbaar verhoogd gezondheidsrisico is ontstaan. De last onder dwangsom is opgelegd omdat er asbestmaterialen zonder de vereiste melding uit het pand zijn verwijderd. Zowel de bestuursdwang als de last onder dwangsom zijn gebaseerd op een overtreding van artikel 1.26 van het Bouwbesluit. De bestuursdwang is daarnaast gebaseerd op overtreding van artikel 7.22 van het Bouwbesluit.

Het college heeft de besluiten van 29 oktober 2018, beide gericht aan [appellant], genomen naar

aanleiding van een door Bregman & van Ekeren B.V. (hierna: B&E) op 22 oktober 2018 uitgebracht asbestinventarisatierapport over het terrein rondom het gebouw en een door B&E verrichte risico-beoordeling van het gebouw.

Omdat B&E haar asbestinventarisatierapport wat het inpandige gedeelte betreft had ingetrokken wegens twijfel over de accuraatheid ervan, heeft het college bij besluit van 6 november 2018 de bestuursdwang weer opgeheven. Daarbij heeft het college van belang geacht dat uit de door SGS Search Ingenieursbureau B.V. in opdracht van de gemeente Veldhoven uitgevoerde contra-expertise van 29 oktober 2018 was gebleken dat er in het pand geen verhoogde concentraties aan asbestvezels waren aangetroffen in de lucht. Nadat de asbest was geïnventariseerd en verwijderd door een erkend bedrijf heeft het college bij besluit van 6 februari 2019 ook de last onder dwangsom ingetrokken.

De rechtbank heeft - voor zover in hoger beroep van belang - geoordeeld dat sprake was van overtreding van de artikelen 1.26 en 7.22 van het Bouwbesluit en dat [appellant] als feitelijk leidinggevende van 061Run B.V. als overtreder kon worden aangemerkt. Wat betreft het kostenverhaal heeft de rechtbank geoordeeld dat weliswaar de kosten van het toezicht dat samenhangt met de uitoefening van de spoedeisende bestuursdwang op [appellant] als overtreder kunnen worden verhaald, maar dat die kosten niet zijn gespecificeerd.

### Hoger beroepsgronden

#### Was er sprake van een overtreding?

4. [appellant] betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de artikelen 1.26 en 7.22 van het Bouwbesluit zijn overtreden en dat het college bevoegd was om handhavend op te treden.

Hij voert daartoe aan dat uit de foto's van de toezichthouder niet kan worden afgeleid dat de aangetroffen buis een rioolbuis is. Volgens [appellant] kan het ook gaan om de ontluuchtingsbuis van de zolder waarvoor een sloopmelding is ingediend.

Verder voert [appellant] aan dat het feit dat werkzaamheden zouden zijn uitgevoerd zonder sloopmelding op zichzelf onvoldoende is voor een overtreding van artikel 7.22. van het Bouwbesluit. Er moet volgens [appellant] dan eveneens sprake zijn van voor de omgeving hinderlijke of schadelijke verspreiding van rook, roet, walm of stof of instortings-, omval- of ander gevaar.

<sup>1</sup> Tim Hop en Lisa van der Maden zijn advocaat bij Stibbe.

**4.1.** Artikel 1.26, eerste lid, van het Bouwbesluit luidt: 'Het is verboden om zonder of in afwijking van een sloopmelding te slopen indien daarbij asbest wordt verwijderd of de hoeveelheid sloopafval naar redelijke inschatting meer dan 10 m<sup>3</sup> zal bedragen.'

Artikel 7.22, aanhef en onder a, van het Bouwbesluit luidt: 'Onverminderd het bij of krachtens dit besluit of de Wet milieubeheer bepaalde is het verboden in, op of aan een bouwwerk of op een open erf of terrein voorwerpen of stoffen te plaatsen, te werpen of te hebben, handelingen te verrichten of na te laten of werktuigen te gebruiken, waardoor op voor de omgeving hinderlijke of schadelijke wijze rook, roet, walm of stof wordt verspreid.'

**4.2.** De rechtbank heeft overwogen dat, gezien de foto's die zijn gevoegd bij het rapport van 22 oktober 2018 van de gemeentelijke toezichthouder, voldoende aannemelijk is gemaakt dat de aangetroffen buis een asbestcementbuis is, en niet een ontluuchtingsbuis van de zolder.

**4.3.** De Afdeling constateert dat voorafgaand aan het uitvaardigen van de lasten namens 061Run B.V. drie meldingen zijn gedaan, die alle uitsluitend betrekking hebben op asbesthoudend dakbeschot en plaatmateriaal. Uit de bij het controlerapport gevoegde foto's blijkt dat er in de open asbestcontainer ook ander materiaal dan dakbeschot en plaatmateriaal lag, waaronder met name ook een buis. Gezien de omvang daarvan en de container waarin deze is aangetroffen, heeft de rechtbank terecht aannemelijk geacht dat het hier om een asbestcementbuis ging. Gelet daarop en gezien het feit dat geen van de meldingen betrekking had op buizen, heeft het college mogen aannemen dat er asbest uit het pand is verwijderd zonder de daarvoor vereiste melding.

Het betoog dat artikel 1.26 van het Bouwbesluit niet is overtreden, slaagt dan ook niet.

**4.4.** Wat betreft de gestelde overtreding van artikel 7.22 van het Bouwbesluit overweegt de Afdeling dat uit de Nota van toelichting bij artikel 7.22 van het Bouwbesluit (Staatsblad 2011, 416, p. 342-343) blijkt dat dit artikel kan worden toegepast indien asbest bevattende materialen of restanten zich in een zodanige staat bevinden dat het risico op verspreiding van asbestvezels te vrezan valt.

**4.5.** De Afdeling stelt verder vast dat het college geen onderbouwing heeft gegeven voor zijn veronderstelling dat er een mogelijk ontoelaatbaar verhoogd gezondheidsrisico bestond in het pand. De enkele constatering dat er asbesthoudend materiaal uit het pand was verwijderd, is niet voldoende om aan te nemen dat in het pand risico op verspreiding van asbestvezels bestond. De Afdeling acht daarbij ook van belang dat uit de door SGS Search Ingenieursbureau B.V. in opdracht van de gemeente Veldhoven uitgevoerde contra-expertise van 29 oktober 2018 bleek dat er in het pand geen verhoogde concentraties aan asbestvezels zijn

aangetroffen in de lucht. Dat er sprake was van een overtreding van artikel 7.22 van het Bouwbesluit is dan ook niet gebleken.

In zoverre slaagt het betoog.

**4.6.** Omdat er wel sprake was van een overtreding van artikel 1.26 van het Bouwbesluit, is de bestuursdwang terecht toegepast. Voor de beantwoording van de vraag of daarin ook aan [appellant] kostenverhaal kon worden aangezegd, en of aan hem vanwege de overtreding van artikel 1.26 van het Bouwbesluit ook een last onder dwangsom kon worden uitgevaardigd, is gelet op artikel 5:25, eerste lid, en artikel 5.32, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) van belang of [appellant] kon worden aangemerkt als overtreder.

### Was [appellant] overtreder?

**5.** [appellant] betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat hij als overtreder kan worden aangemerkt. Volgens [appellant] heeft hij niet de werkzaamheden daadwerkelijk verricht, is hij geen eigenaar van het perceel, is hij geen opdrachtgever van de werkzaamheden en is hij niet degene die het pand in gebruik heeft gegeven of genomen.

Volgens [appellant] heeft de rechtbank ten onrechte overwogen dat degene die de opdracht tot sloop heeft gegeven, als sloper in de zin van artikel 1.26 van het Bouwbesluit kan worden beschouwd. Volgens [appellant] richt dat artikel zich tot de sloper, zijnde degene die de sloopwerkzaamheden verricht. In dit geval is dat volgens [appellant] het door 061RUN B.V. ingeschakelde aannemingsbedrijf.

Voorts voert [appellant] aan dat de rechtbank ten onrechte heeft verondersteld dat hij op de hoogte was of had kunnen zijn van een met artikel 1.26 van het Bouwbesluit strijdige situatie. Het ingeschakelde aannemersbedrijf heeft volgens [appellant] al eerder voor 061RUN B.V. werkzaamheden uitgevoerd, waarbij er geen problemen zijn geweest met de sloopmelding. [appellant] hoefde op dit punt dan ook geen problemen te verwachten en mocht er naar eigen zeggen dan ook vanuit gaan dat een toereikende sloopmelding was ingediend. Volgens [appellant] was hij pas op de hoogte dat was gesloopt zonder die melding toen het college hem daartoe heeft aangeschreven. Voor zover de rechtbank die wetenschap destilleert uit de opdracht van [appellant] tot het uitvoeren van een asbestinventarisatie van 3 oktober 2017, is volgens [appellant] ook die gevolgtrekking onjuist.

Verder voert [appellant] aan dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat hij als feitelijk leidinggever onvoldoende toezichtmaatregelen heeft getroffen om de overtreding te voorkomen. Volgens [appellant] was hij niet op de hoogte van de overtreding en behoorde hij daarvan ook niet op de hoogte te zijn. Ook heeft [appellant] door zich niet te bemoeien met de sloopmelding naar eigen

zeggens geenszins bewust de aanmerkelijke kans op overtreding aanvaard.

**5.1.** Het college heeft niet gesteld dat [appellant] zelf de asbestcementbuis uit het pand heeft verwijderd, maar acht hem als middellijk bestuurder van de vennootschap die opdracht heeft gegeven tot de sloopwerkzaamheden, wel verantwoordelijk voor het handelen daarvan. Ook heeft [appellant] zich volgens het college als verantwoordelijke en eigenaar gemeld bij de toezichthouders van de gemeente en heeft hij ervoor gezorgd dat de werkzaamheden werden beëindigd. Verder blijkt volgens het college uit de stukken dat [appellant], via een aantal (houdster)vennootschappen, aandeelhouder is van 061Run BV, en als middellijk bestuurder van 061Run B.V kan worden aangemerkt. [appellant] heeft dat niet betwist.

**5.2.** In haar uitspraken van 31 mei 2023 (ECLI:NL:RVS:2023:2067 en ECLI:NL:RVS:2023:2071) heeft de Afdeling haar rechtspraak over het overtreederschap genuanceerd en is zij aangesloten bij de strafrechtelijke criteria voor functioneel daderschap, zoals die zijn geformuleerd door de strafkamer van de Hoge Raad.

Zoals de Afdeling uiteen heeft gezet in de uitspraak van 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, houdt de rechtspraak van de strafkamer van de Hoge Raad voor zover het gaat om rechtspersonen in 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:

- 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 of taakuitoefening van de rechtspersoon,
- de gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf of in diens taakuitoefening,
- 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 onderdeel 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.

Vergelijk ook de arresten van de Hoge Raad van 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938 (Drijfmest-arrest) en van 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733. De Afdeling heeft daarbij in de uitspraak van 3 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, uiteengezet dat uit deze rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat niet vereist is dat alle of meerdere van de onder a tot en met d vermelde omstandigheden zich voordoen.

Het bestuursorgaan moet bewijzen dat aan de criteria voor functioneel daderschap is voldaan.

**5.3.** Het college is in het besluit van 14 maart 2019 niet ingegaan op de omstandigheden als genoemd onder 5.2. Weliswaar zijn de sloopwerkzaamheden uitgevoerd in opdracht van 061Run BV, maar er is niet gesteld dat het inpandig slopen van asbesthoudend materiaal past in de normale bedrijfsvoering of taakuitoefening van deze vennootschap of dat deze werkzaamheden haar dienstig zijn geweest. Ook heeft het college geen feiten of omstandigheden naar voren gebracht die erop duiden dat de vennootschap (de wijze waarop) de verboden werkzaamheden werden verricht, heeft aanvaard.

Dit betekent dat het college onvoldoende heeft gemotiveerd dat 061Run BV als overtreder van artikel 1.26 van het Bouwbesluit kan worden aangemerkt. Als de vennootschap zelf niet als overtreder kan worden aangemerkt, kan, gelet op artikel 51, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht, waarnaar artikel 5:1, derde lid, verwijst, aan de feitelijk leidinggever van die vennootschap in die hoedanigheid ook geen last onder dwangsom worden opgelegd en kunnen op hem evenmin de kosten van bestuursdwang worden verhaald.

Aangezien het college evenmin heeft gemotiveerd dat [appellant] zelf als natuurlijk persoon als overtreder kan worden aangemerkt, is de beslissing op bezwaar genomen in strijd met art. 7:12, eerste lid van de Awb. De rechtbank heeft dit niet onderkend. Het betoog slaagt. (...)

## Conclusie

**8.** Het hoger beroep is gegrond. (*Enz., enz., Red.*)

## NOOT

**1.** De Afdeling zit absoluut niet stil als het gaat om uitspraken over het functioneel plegerschap. In een eerdere annotatie gingen wij al uitgebreid in op de nuancering van het bestuursrechtelijke overtreedersbegrip sinds de uitspraken van de Afdeling van 31 mei 2023 (ECLI:NL:RVS:2023:2067 en ECLI:NL:RVS:2023:2071) en meer specifiek het functioneel plegerschap van natuurlijke personen.<sup>2</sup> In deze annotatie staat onder andere het functioneel plegerschap van een rechtspersoon centraal. De uitspraak

<sup>2</sup> T.G. Hop & E.C. van der Maden, annotatie bij ABRvS 13 december 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4615, TBR 2024/74.

verdient een annotatie omdat de Afdeling in het kader van herstelsancties duidelijk maakt welke bewijsmaatstaf geldt voor bestuursorganen bij het motiveren van enerzijds een overtreding zelf en anderzijds het functioneel plegerschap. Interessant is hierbij dat de Afdeling ingaat op de verhouding tussen de rechtspersoon als functioneel pleger en de feitelijk leidinggever. In deze uitspraak draait het om herstelsancties die het bestuursorgaan uiteindelijk oplegt aan die vermeende feitelijk leidinggever.

## Inleiding

2. Het bedrijf 061Run B.V. verhuurt meerdere woonruimten in een gebouw op een perceel in Veldhoven. In dat gebouw vinden sloopwerkzaamheden plaats. Toezichhouders stellen vast dat daarbij asbestverdacht materiaal is vrijgekomen. Dit was zichtbaar aanwezig in één van de (asbest)containers op het perceel. De vereiste melding voor werkzaamheden met asbest was niet gedaan (art. 1.26 Bouwbesluit 2012, hierna: Bouwbesluit). Bovendien was er mogelijk een ontoelaatbaar verhoogd gezondheidsrisico ontstaan (art. 7.22 Bouwbesluit). Hiermee overtrad de middellijk bestuurder/aandeelhouder van de verhuurder (hierna: de aandeelhouder)<sup>3</sup> volgens het college van B&W van Veldhoven (hierna: het college) artikel 1.26 en 7.22 van het Bouwbesluit. Vanwege beide overtredingen past het college spoedeisende bestuursdwang toe, waarvan zij de kosten op de aandeelhouder wil verhalen. Alleen voor overtreding van artikel 1.26 van het Bouwbesluit legt het college een last onder dwangsom op aan de aandeelhouder.

3. De rechtbank oordeelde in beroep in lijn met de sanctiebesluiten van het college dat sprake was van overtreding van artikel 1.26 en 7.22 van het Bouwbesluit. Het college had de aandeelhouder volgens de rechtbank terecht als feitelijk leidinggever van de verhuurder en daarmee als overtreder aangemerkt. Ook de kosten van het toezicht dat samenhangt met de uitoefening van de spoedeisende bestuursdwang kon het college daarmee op de aandeelhouder verhalen.

4. Met het voorgaande was de aandeelhouder het ontegensprekende en daarom tekende hij tegen de uitspraak hoger beroep aan. In deze annotatie gaan wij in op de hoger beroepsgronden die zien op de betwisting van de overtredingen van het Bouwbesluit (ro. 4) en het overtrederschap (ro. 5). Hierbij ligt onze focus op de motivering die de Afdeling van het college verwacht.

## Aannemelijk maken overtreding

5. Het college heeft twee herstelsancties opgelegd. Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling houdt de bewijsmaatstaf voor het opleggen van herstelsancties in dat het bestuursorgaan het voordoen van overtredingen *aannemelijk moet maken* (zie bijv. ABRvS 8 april 2015, ECLI:NL:

RVS:2015:1103).<sup>4</sup> Deze bewijsmaatstaf haalde het college niet voor de vermeende overtreding van artikel 7.22 van het Bouwbesluit, omdat het college onvoldoende had onderbouwd dat er een mogelijk ontoelaatbaar verhoogd gezondheidsrisico bestond in het gebouw. De Afdeling meent dat de constatering dat asbesthoudend materiaal uit het pand was verwijderd zonder sloopmelding niet voldoende is om aan te nemen dat in het gebouw risico bestond op verspreiding van asbestvezels. Bovendien bleek uit onderzoek het tegendeel. Overtreding van artikel 7.22 van het Bouwbesluit is dan ook niet gebleken volgens de Afdeling.

6. Voor de vermeende overtreding van artikel 1.26 van het Bouwbesluit haalt het college de bewijsmaatstaf van het *aannemelijk maken* wel. Er zijn voorafgaand aan het opleggen van de herstelsancties drie sloopmeldingen gedaan voor asbesthoudend dakbeschot en plaatmateriaal. Uit foto's bij het rapport van de toezichhouders blijkt dat in de onderzochte asbestcontainer ook andere materialen lagen waaronder een buis. Gezien de omvang van de buis en de soort container waarin deze is aangetroffen is volgens de Afdeling aannemelijk dat het om een asbestcementbuis ging. Gelet hierop en op het feit dat de drie sloopmeldingen geen betrekking hadden op buizen, mocht het college aannemen dat asbest uit het gebouw is verwijderd zonder de vereiste sloopmelding. Omdat het college alleen de overtreding van artikel 1.26 Bouwbesluit aannemelijk heeft gemaakt, richt het hiernavolgende zich enkel op die overtreding.

## Verhouding functioneel pleger en feitelijk leidinggever

7. Aangezien artikel 1.26 van het Bouwbesluit is overtreden door het verwijderen van asbest uit een gebouw zonder de daarvoor vereiste melding, paste het college terecht bestuursdwang toe. Voor kostenverhaal van die bestuursdwang en het opleggen van een last onder dwangsom is echter ook nog overtrederschap vereist op grond van artikel 5:25 lid 1 en artikel 5:32 lid 1 Awb. Degene die de sloopwerkzaamheden feitelijk uitvoerde was het aannemersbedrijf. Die deed dat in opdracht van de verhuurder. Het college legt vervolgens herstelsancties op aan de aandeelhouder van de verhuurder als feitelijk leidinggever.

8. De Afdeling behandelt dit als mogelijk functioneel plegerschap (een plegerschapsvorm) van de verhuurder en vervolgens potentieel feitelijk leidinggeven (een deelnemingsvorm) door de aandeelhouder.<sup>5</sup> Een belangrijke voorwaarde voor het vaststellen van feitelijk leidinggeven door de aandeelhouder is of de verhuurder kan worden aangemerkt als functioneel pleger van de overtreding. Alleen dan kan de aandeelhouder namelijk als feitelijk leidinggever worden aangemerkt. Dit volgt uit de wetsystematiek (art. 5:1 lid 3

<sup>4</sup> Vgl. T.N. Sanders, 'De bewijsmaatstaven in het handhavingsrecht. Wat houden 'aannemelijk maken' en 'bewijzen' eigenlijk in?', *TvT* 2023, nr. 3/4.

<sup>5</sup> Zie voor een schema met de verschillende overtrederschapsvormen: T.R. Bleeker, *Milieuaansprakelijkheid van leidinggevers* (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 263.

<sup>3</sup> De Afdeling geeft aan dat de vermeende feitelijk leidinggever dit via een aantal (houdster)vennootschappen was.

Awb jo. art. 51 lid 2 Sr) en wordt het accessoriteitsvereiste genoemd.<sup>6</sup>

## Bewijzen overtrederschap

**9.** Bij de beoordeling van het overtrederschap van de verhuurder verwijst de Afdeling naar haar uitspraken van 31 mei 2023 (ECLI:NL:RVS:2023:2067 en ECLI:NL:RVS:2023:2071). De Afdeling nuanceerde hierin de rechtspraak over het overtrederschap en sloot aan bij de strafrechtelijke criteria voor functioneel ouderschap, zoals die zijn geformuleerd door de strafkamer van de Hoge Raad. Aangezien het in onderhavige uitspraak gaat om het functioneel plegerschap van een rechtspersoon kijkt de Afdeling naar de criteria zoals die volgen uit het *Drijfmest*-arrest (HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938).

**10.** Uit het *Drijfmest*-arrest volgt dat *'een rechtspersoon kan worden aangemerkt als dader van een strafbaar feit indien de desbetreffende gedraging redelijkerwijs aan die rechtspersoon kan worden toegerekend'*. De toerekening is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, waartoe mede behoort de aard van de (verboden) gedraging. Hierbij is een belangrijk oriëntatiepunt of de gedraging heeft plaatsgevonden in de sfeer van de rechtspersoon. Een dergelijke gedraging kan in beginsel worden toegerekend aan de rechtspersoon. Hiervan kan sprake zijn indien zich een of meer van de volgende 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 gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging'*. Dit zijn volgens de Afdeling (met verwijzing naar ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067)<sup>7</sup> geen cumulatieve voorwaarden.

**11.** In een uitspraak van 2 augustus 2023 (ECLI:NL:RVS:2023:2947) gebruikte de Afdeling dan weer niet de *Drijfmest*-criteria bij het toerekenen van een gedraging aan een rechtspersoon. In de literatuur is hierop kritiek geuit omdat de Afdeling in haar uitspraken van 31 mei 2023 juist had aangegeven voortaan aan te sluiten bij de strafrechtelijke criteria voor functioneel ouderschap.<sup>8</sup> In recente uitspraken,

waaronder de onderhavige, neemt de Afdeling de bestaande zorgen weg door expliciet te oordelen dat zij aansluit bij de strafrechtelijke criteria voor functioneel ouderschap en bij rechtspersonen expliciet het *Drijfmest*-arrest te noemen (zie bijv. ABRvS 24 januari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:269; ABRvS 21 februari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:731; ABRvS 27 maart 2024, ECLI:NL:RVS:2024:1287; ABRvS 5 juni 2024, ECLI:NL:RVS:2024:2314; ABRvS 12 juni 2024, ECLI:NL:RVS:2024:2393; ABRvS 10 juli 2024, ECLI:NL:RVS:2024:2830).

**12.** Verder gaat de Afdeling in op de bewijslast en bewijsmaatstaf bij het vaststellen van het overtrederschap van de verhuurder. Het bestuursorgaan moet bewijzen dat aan de criteria voor functioneel plegerschap is voldaan. Hiermee doet de Afdeling expliciet afstand van haar eerdere rechtspraak waarin zij de bewijslast nog omkeerde. Voorheen was het namelijk aan de vermeende functionele pleger om aannemelijk te maken dat hij niet verantwoordelijk kon worden gehouden voor onrechtmatig handelen.<sup>9</sup> Eerder deed de Afdeling ook al impliciet<sup>10</sup> en in verschillende recentere uitspraken expliciet afstand van de omkering van de bewijslast (zie bijv. ABRvS 24 januari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:269; ABRvS 21 februari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:731; ABRvS 27 maart 2024, ECLI:NL:RVS:2024:1287; ABRvS 5 juni 2024, ECLI:NL:RVS:2024:2314; ABRvS 12 juni 2024, ECLI:NL:RVS:2024:2393; ABRvS 10 juli 2024, ECLI:NL:RVS:2024:2830). De bewijslast ligt zowel bij bestraffende als herstelsancties terecht bij het bestuursorgaan.<sup>11</sup>

**13.** Wat de onderhavige uitspraak over herstelsancties betreft, maakt de manier waarop de Afdeling de bewijsmaatstaf voor het functioneel plegerschap omschrijft. Bij het vaststellen van een overtreding zelf geldt bij bestraffende sancties dat het bestuursorgaan een overtreding moet bewijzen en bij herstelsancties dat het bestuursorgaan een overtreding aannemelijk moet maken.<sup>12</sup> In een eerdere uitspraak hanteerde de Afdeling ook voor het vaststellen van het overtrederschap bij een herstelsanctie de bewijsmaatstaf van aannemelijkheid (ABRvS 21 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2424).<sup>13</sup> In andere uitspraken die zagen op herstelsancties liet zij zich helemaal niet uit over de bewijsmaatstaf voor functioneel plegerschap (ABRvS 28 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2501; ABRvS 25 oktober 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3954; ABRvS 13 december 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4615; ABRvS 10 april 2024, ECLI:NL:RVS:2024:1484). Het lijkt geen toeval dat de Afdeling - behalve in onderhavige uitspraak - voor het functioneel plegerschap alleen de bewijsmaatstaf *bewijzen* gebruikte in uitspraken over bestraffende sancties (ABRvS 24 januari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:270; ABRvS 21 februari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:731; ABRvS 27 maart 2024, ECLI:NL:RVS:2024:1266;

<sup>6</sup> Zie bijv. Bleeker 2021, p. 266.

<sup>7</sup> De Afdeling verwijst naar een eerdere uitspraak van 3 mei 2023, maar gezien het ECLI-nummer gaan wij ervan uit dat zij haar uitspraak van 31 mei 2023 bedoelt.

<sup>8</sup> Zie bijv.: M.J. Hornman & B. van der Vorm, 'De toepassing van het begrip 'functioneel ouderschap' sinds de 'Weerselose marktclame' en de 'Amsterdams woonruimteonttrekking' I: de toepassing van de *Drijfmest*-criteria', *Gst.* 2024/40, p. 194.

<sup>9</sup> T.G. Hop & E.C. van der Maden, annotatie bij ABRvS 13 december 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4615, *TBR* 2024/74.

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> Vgl. M.J. Hornman & B. van der Vorm, 'De toepassing van het begrip 'functioneel ouderschap' sinds de 'Weerselose marktclame' en de 'Amsterdams woonruimteonttrekking' I: de toepassing van de IJzerdraad-criteria', *Gst.* 2024/32, p. 160.

<sup>12</sup> Sanders, *TvT* 2023.

<sup>13</sup> Vgl. Hornman & Van der Vorm, *Gst.* 2024/32, p. 161.

ABRvS 17 april 2024, ECLI:NL:RVS:2024:1608; ABRvS 5 juni 2024, ECLI:NL:RVS:2024:2314; ABRvS 12 juni 2024, ECLI:NL:RVS:2024:2393; ABRvS 26 juni 2024, ECLI:NL:RVS:2024:2613; ABRvS 10 juli 2024, ECLI:NL:RVS:2024:2830). Hiermee leek de Afdeling toch ruimte te willen houden voor onderscheid tussen herstelsancties en bestraffende sancties voor wat betreft de bewijsmaatstaf van het overtrederschap.<sup>14</sup> Een dergelijk onderscheid zou wenselijk kunnen zijn in het licht van de effectieve handhaving zodat bij het opleggen van herstelsancties niet een te hoge bewijsmaatstaf geldt.<sup>15</sup> Verder heeft het achterwege laten van onderscheid als gevolg dat bij herstelsancties verschillende bewijsmaatstaven gelden voor de overtreding (*aannemelijk maken*) en het overtrederschap (*bewijzen*). In onderhavige uitspraak lijkt de Afdeling de ruimte voor onderscheid bij herstelsancties toch weg te nemen. In het kader van de herstelsancties oordeelt zij namelijk dat *'het bestuursorgaan moet bewijzen dat aan de criteria voor functioneel ouderschap is voldaan'* (onderstreping TH en LvdM).

**14.** Het gelijktrekken van de bewijsmaatstaf voor overtrederschap bij bestraffende sancties en herstelsancties in onderhavige uitspraak verbaast overigens niet, gezien de eerdere overweging van de Afdeling *'dat zowel voor de bestuurlijke boete als voor herstelsancties moet worden aangesloten bij de strafrechtelijke criteria voor functioneel ouderschap'* (ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067). Verschillende auteurs achten deze uniformiteit wenselijk in het licht van de rechtszekerheid.<sup>16</sup> Dit zou ook in lijn zijn met de oproep van A-G Wattel om te doen wat de wetgever voor ogen stond, namelijk voor alle sancties zichtbaar en navolgbaar aansluiten bij het strafrechtelijke ouderschap.<sup>17</sup>

**15.** Uiteindelijk is zowel voor onderscheid als uniformiteit in de bewijsmaatstaf voor functioneel plegerschap iets te zeggen, maar het is vooral belangrijk dat de Afdeling een expliciete en vaste keuze maakt.<sup>18</sup> In dat opzicht is onderhavige uitspraak van de Afdeling te waarderen, maar hiermee lijkt helaas geen definitieve knoop te zijn doorgemaakt. In een latere uitspraak van 8 mei 2024 (ECLI:NL:RVS:2024:1951) laat de Afdeling namelijk weer in het midden welke bewijsmaatstaf geldt bij het vaststellen van functioneel plegerschap bij herstelsancties en dat is een gemiste kans. Het is afwachten of de Afdeling de explicitering van de bewijsmaatstaf zoals in onderhavige uitspraak in de

toekomst doortrekt. Wij hopen omwille van de duidelijkheid van wel.

### Beoordeling functioneel plegerschap en feitelijk leidinggeven

**16.** De Afdeling overweegt dat het college niet is ingegaan op de *Drijfmet*-criteria. De sloopwerkzaamheden zijn uitgevoerd in opdracht van de verhuurder, maar niet is gesteld dat deze werkzaamheden pasten in de normale bedrijfsvoering of taakuitoefening van de verhuurder of dat de werkzaamheden haar dienstig zijn geweest. Het college heeft ook geen feiten of omstandigheden naar voren gebracht die erop duiden dat de verhuurder de verboden werkzaamheden heeft aanvaard. De Afdeling concludeert daarom dat onvoldoende is gemotiveerd dat de verhuurder als functioneel pleger van artikel 1.26 van het Bouwbesluit kan worden aangemerkt. Dit heeft onvermijdelijke consequenties voor het overtrederschap van de aandeelhouder. Als de rechtspersoon geen overtreder is van een verboden gedraging dan kan de feitelijk leidinggever dat namelijk ook niet zijn in die hoedanigheid.

**17.** De mogelijkheid blijft wel bestaan dat de aandeelhouder via een andere vorm als overtreder wordt aangemerkt, maar de Afdeling stelt dat het college ook niet heeft gemotiveerd dat de aandeelhouder *'zelf als natuurlijk persoon als overtreder kan worden aangemerkt'*. Hier lijkt de Afdeling zich niet volledig correct uit te drukken. Het college merkt de aandeelhouder juist wel als natuurlijk persoon aan als overtreder (in de deelnemingsvorm feitelijk leidinggeven).<sup>19</sup> Wij denken dat de Afdeling hier bedoelt dat het college de aandeelhouder niet zelf als *functioneel pleger* heeft aangemerkt. In ieder geval heeft het college geen gebruik gemaakt van deze mogelijkheid en concludeert de Afdeling dat de herstelsancties ten onrechte aan de aandeelhouder zijn opgelegd. Het college had meer werk moeten maken van het motiveren van het overtrederschap.

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

**14** M.J. Hornman & B. van der Vorm, 'Het begrip 'functioneel ouderschap' in het bestuursstrafrecht', *Gst.* 2024/83. Zie ook R. Stijnen, annotatie bij ABRvS 21 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2424, AB 2023/251 en R. Stijnen, annotatie bij ABRvS 25 oktober 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3954, AB 2023/312.

**15** T.R. Bleeker, 'Overzichtsartikel: het bijgestelde bestuursrechtelijke overtredersbegrip', *NTB* 2023/383, p. 585-586; Hornman & Van der Vorm, *Gst.* 2024/32, p. 161. Zie ook: Conclusie A-G Wattel 15 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:579.

**16** Zie bijv.: V.M.Y. van 't Lam & M. van der Linden, 'Toezicht en handhaving onder de Omgevingswet: bespiegelingen vanuit bestuursrechtelijke en strafrechtelijke perspectief', *TBS&H* 2024, nr. 2, p. 106; V.M.Y. van 't Lam & N.A. Nowotny, annotatie bij ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, *Men R* 2023/74.

**17** Conclusie A-G Wattel 15 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:579. Vgl. Van 't Lam & Van der Linden, *TBS&H* 2024, p. 106.

**18** Hornman & Van der Vorm, *Gst.* 2024/32, p. 161.

**19** Zie wederom het schema met de verschillende overtrederschapsvormen in noot 5.