

Artikel

Kunnen voorkomen of actief kunnen bewerkstelligen?

De reikwijdte van het beschikkingscriterium in het straf- en bestuursrecht nader bezien

Mr. dr. M.J. Hornman*

1. Inleiding

Begin 2023 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRvS of de Afdeling) drie uitspraken gewezen waarin zij deels terugkomt op haar eerdere jurisprudentie inzake het bestuursrechtelijke overtredersbegrip, meer specifiek op de invulling die zij in eerdere jurisprudentie heeft gegeven aan het leerstuk functioneel daderschap. De invulling die de Afdeling daar oorspronkelijk aan gaf, werd al lange tijd stevig bekritiseerd in de bestuursrechtelijke literatuur.¹ Volgens de Afdeling moest onder de ‘overtreder’, naast de fysiek pleger, eenieder worden verstaan aan wie de gedraging kon worden toegerekend. Die door de Afdeling gegeven invulling zou volgens de literatuur te breed en te onbestemd zijn en bovendien afwijken van de invulling die daaraan in het strafrecht wordt gegeven. Zo oordeelde de Afdeling in haar bluswaterjurisprudentie bijvoorbeeld steevast dat de onderneming op wier terrein bluswerkzaamheden werden verricht na een aldaar ontstane

brand als overtreder kon worden aangemerkt indien dat vervuilde bluswater in het oppervlaktewater terecht kwam. Volgens vaste jurisprudentie konden de schoonmaakkosten daarvan op de onderneming, als zijnde ‘functioneel overtreder’ van de vervuiling, worden verhaald. Op welke gronden die toerekening passend werd geacht, werd niet inzichtelijk gemaakt. Dat schuurde vanuit legaliteitsoogpunt, maar verbaasde evenzeer omdat toerekening hier strafrechtelijk gezien verre van vanzelfsprekend was. Hoe de onderneming zeggenschap kon uitoefenen over het gedrag van een geheel zelfstandige en nota bene publieke entiteit als de brandweer bleef gissen.

Deze onbestemde en eigenzinnige koers stuitte dan ook op weerstand, temeer nu de Awb-wetgever juist aansluiting met het strafrecht voorstond.² Deze kritiek, en dan voornamelijk het in december 2021 verschenen proefschrift van Bleeker, vormde de aanleiding voor de ABRvS om staatsraad advocaat-generaal (hierna: A-G) Wattel om een conclusie te vragen over ‘*de verhouding tussen het overtrederschap in de rechtspraak van de Afdeling en het strafrechtelijke (functionele) daderschap*’. Die conclusie verscheen in februari 2023. De eerste twee uitspraken van de Afdeling waarin op die conclusie werd ingegaan volgden eind mei.³ In juni volgde nog een derde.⁴ De praktische implicaties van die bijstelling voor het bestuursrecht worden elders afdoende beschreven.⁵ In

* Mr. dr. M.J. Hornman is officier van justitie i.o. bij het arrondissementsparket Oost-Nederland. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.

1 Zie o.a. C.N.J. Kortmann, ‘Meer rechtseenheid in het overtrederbegrip? Over functioneel daderschap en overtredingen in concernverband’, *NTB* 2017/21; S.M.C. Nuijten, ‘Functioneel daderschap en feitelijk leidinggever: de dader in het bestuursrecht’, *MP* 2015/195 en meest recentelijk T.R. Bleeker, *Millieuaansprakelijkheid van leidinggevers. Over strafrechtelijke, bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke sanctiëring van leidinggevers voor een milieuovertreding in bedrijfscontext* (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2021.

2 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3.

3 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067 en ECLI:NL:RVS:2023:2071.

4 ABRvS 21 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2424.

5 Zie daarover T.R. Bleeker ‘Overzichtsartikel: het bijgestelde bestuursrechtelijke overtredersbegrip’, *NTB* 2023/383; T.N. Sanders, ‘De functioneel

deze bijdrage wordt ingezoomd op één specifiek doch cruciaal deelaspect waarin de mei-uitspraken afwijken van de eerdere conclusie van A-G Wattel, te weten de invulling van het beschikkingscriterium als onderdeel van de voor functioneel ouderschap geldende IJzerdraad-criteria. De Afdeling is daarin namelijk ruimhartiger dan haar A-G adviseerde en wijkt daarmee, zoals op social media, diverse blogs en in de literatuur al werd gesignaleerd,⁶ mogelijk af van de invulling die het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb of het College) daaraan geeft. Zowel de A-G als de Afdeling en het College lijken zich op dezelfde strafrechtelijke invulling te beroepen. Dat maakt het interessant om te bezien welke invulling in het strafrecht nu exact wordt voorgestaan.

In dit artikel zal ik betogen dat het – anders dan de Afdeling en de A-G lijken aan te nemen – niet zozeer de algemene invulling van het beschikkingscriterium is dat leidend is, maar vooral de strekking van de concreet voorliggende delictsomschrijving. Het verboden gedrag dat in die delictsomschrijving wordt beschreven, bepaalt waarover de beschikkingsmacht zich moet kunnen uitstrekken, en dus of er sprake moet zijn van (1) een kunnen voorkomen, (2) een kunnen beëindigen en/of (3) een kunnen bewerkstelligen. De vermeende divergentie tussen de verschillende bestuursrechtelijke rechtscolleges kan mijns inziens worden teruggevoerd op een aantal specifieke eigenaardigheden die zich aandienen in de zaken waarover het CBb zich heeft gebogen en die vooralsnog onvoldoende worden onderkend. Om dit inzichtelijk te maken, vangt deze bijdrage in paragraaf 2 aan met een weergave van de visie van A-G Wattel en de reactie daarop van de ABRvS. Vervolgens worden beide visies in paragraaf 3 in strafrechtelijk perspectief geplaatst. In paragraaf 4 zal worden ingegaan op enkele uitspraken van het CBb, dat ogenschijnlijk een andere koers zou varen. In paragraaf 5 zullen die uitspraken worden afgezet tegen de recente uitspraken van de ABRvS. Deze bijdrage sluit af met een conclusie in paragraaf 6.

2. Conclusie van A-G Wattel en de reactie van de ABRvS

In de aanloop naar de introductie van de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht heeft de wetgever meermaals de wens c.q. opdracht uitgesproken dat de bestuursrechter zich bij de invulling van het bestuursrechtelijke overtredersbegrip diende te conformeren aan het strafrecht. De leerstukken medeplegen, feitelijk leidinggeven, functioneel ouderschap en ouderschap van rechtspersonen zouden in het bestuursrecht op dezelfde wijze moeten worden uitgelegd als in het strafrecht. In navolging van de bestuursrechtelijke literatuur signaleerde A-G Wattel in zijn conclusie dat de ABRvS daar waar het functioneel ouderschap en ouderschap van rechtspersonen betrof een geheel van het strafrecht afwijkende eigen koers voer. In die koers was zij ook nog eens niet consistent omdat zij op bepaalde deelterreinen van het bestuursrecht andere criteria leek aan te leggen dan op andere deelterreinen. Tot slot bleef veelal onduidelijk op grond van welke criteria zij toerekening uiteindelijk passend achtte. De veelvuldig gebezigde overweging dat *‘overtreder in de eerste plaats degene [is] die de verboden handeling fysiek verricht’*, maar dat *‘[d]aarnaast (...) in bepaalde gevallen degene die de overtreding niet zelf feitelijk begaat, maar aan wie de gedraging is toe te rekenen, voor de overtreding verantwoordelijk [kan] worden gehouden en derhalve als overtreder [kan] worden aangemerkt’*, blijft immers behoorlijk onbestemd nu zij niet expliciet maakt waarop die toerekening berust en wat onder toerekening moet worden verstaan. Oftewel, waarom de verantwoordelijke verantwoordelijk was, werd niet inzichtelijk. Stijnen spreekt in dat kader van een cirkelredenering.⁷

De divergentie ten opzichte van het strafrecht is volgens de A-G mogelijk deels ingegeven door het feit dat het bestuursrecht anders dan het strafrecht niet alleen punitieve, maar ook herstelsancties kent, terwijl de strafrechtelijke criteria louter met het oog op toepassing in een punitieve context zijn ontwikkeld en geschreven. Dat verschil zou volgens hem een reden kunnen zijn om de status quo met verschillende criteria voor verschillende categorieën gevallen binnen het bestuursrecht te behouden. Het bestuursrecht zou zich ook meer kunnen conformeren aan het strafrecht, maar voor bepaalde situaties de mogelijkheid open kunnen houden om excepties toe te staan, zodat effectieve toepassing van het bestuursrecht niet wordt gehinderd door criteria die in het strafrecht zijn ontwikkeld zonder oog te hebben voor de specifieke noden van het bestuursrecht. Die beide opties laten zich volgens Wattel echter lastig rijmen met de expliciete wens van de Awb-wetgever om in het strafrecht en het bestuursrecht uit te gaan van één uniform overtredersbegrip. Dat is dan ook de derde en volgens hem beste optie. De be-

dader als overtreder in het bestuursrecht. ABRvS sluit aan bij HR en CBb, NJB 2023/2245; C. de Rond & W.J. Poot, 'De Afdeling en het functioneel ouderschap: een analyse naar de nieuwe lijn', TBS&H 2023, p. 250-256; M.J. Hornman & B. van der Vorm, 'Het begrip "functioneel ouderschap" in het bestuursstrafrecht. Een artikelnoot bij de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067 en ECLI:NL:RVS:2023:2071', Gst. 2023/62; Stijnen in diens noot onder ABRvS 21 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2424, AB 2023/251 (Rijsbergense drugsafvallozing).

6 Zie bijvoorbeeld de LinkedIn-posts van Thomas Sanders (AKD) die daaraan op 6 juni jl. nog een interessant webinar genaamd 'Het nieuwe overtredersbegrip' wijdde. Voor literatuur zie Sanders 2023, p. 2625 en Nuijten 2015.

7 Stijnen in diens noot onder ABRvS 21 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2424, AB 2023/251 (Rijsbergense drugsafvallozing), punt 19.

stuursrechter moet afstand nemen van eerdere jurisprudentie voor zover die rechtspraak afwijkt van de strafrechtelijke invulling van het overtredersbegrip. Daar waar die nieuwe strafrechtconforme invulling tot handhavingstekorten leidt, is het aan de wetgever om corrigerend in te grijpen. De wetgever heeft immers meermaals expliciet gezegd dat het strafrecht leidend moet zijn.⁸ Als zou blijken dat de wetgever met die wens te voorbarig is geweest en onvoldoende heeft doordacht wat daarvan de consequenties zouden zijn, dan gaat het de rechtsvormende taak, bevoegdheid en mogelijkheden van de bestuursrechter te buiten om daarin corrigerend op te treden. Die opdracht zou dan terug op het bord van de wetgever moeten worden gelegd.⁹

De Afdeling volgt de conclusie van haar A-G grotendeels en komt tot een nuancering van haar eerdere rechtspraak. *'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.'*¹⁰ De term functioneel daderschap lijkt zij daarbij als overkoepelende term te hanteren voor zowel het functionele daderschap van natuurlijke personen als het (functionele) daderschap van rechtspersonen.

Concreet betekent dat dat voor het functioneel daderschap van een natuurlijk persoon de IJzerdraad-criteria leidend zijn. Bepalend voor diens aansprakelijkheid is dus of de betrokkene over het gedrag van een ander kon beschikken en het plaatsvinden van dat gedrag heeft aanvaard of placht te aanvaarden. Daarbij moet onder aanvaarden mede worden verstaan het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de betrokkene kon worden geleverd met het oog op het voorkomen van de gedraging.¹¹ Voor het daderschap van de rechtspersoon, of daarmee gelijkgestelde entiteiten, is de driestappenbenadering uit het Drijfmet-arrest bepalend. Een rechtspersoon kan als dader van een strafbaar feit worden aangemerkt indien de desbetreffende gedraging *redelijkerwijs* aan hem kan worden *toegerekend* (stap 1). Deze redelijke toerekening vormt de 'grondslag' voor het daderschap en geldt tevens als het overkoepelende eindcriterium: is – gelet op alle omstandigheden van het geval – toerekening redelijk? Voor de vraag of een (verboden) gedraging in redelijkheid aan een rechtspersoon kan worden toegerekend, kan geen algemene regel worden gegeven. Wel is er een belangrijk 'oriëntatiepunt' (stap 2) voor toerekening. Volgens de Hoge Raad kan een gedraging die heeft plaatsgevonden dan wel is

verricht *in de sfeer van de rechtspersoon* in beginsel in redelijkheid aan de rechtspersoon worden toegerekend. Aan dit oriëntatiepunt wordt nadere invulling gegeven (stap 3) door een viertal 'omstandigheden':

- 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 taakuitoefening¹² 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 onder bedoeld aanvaarden mede begrepen is het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden geleverd met het oog op de voorkoming van de gedraging.¹³

Deze omstandigheden zijn niet uitputtend. In beginsel kan het voldoen aan één van de omstandigheden ook volstaan, mits die omstandigheid maar gewichtig genoeg is om toerekening te rechtvaardigen. Uiteindelijk is het immers de redelijkheid van die toerekening waar het op aankomt.¹⁴

Hoewel de Afdeling haar A-G dus grotendeels volgt, wijkt zij op één niet onbelangrijk onderdeel van de conclusie van Wattel af. Volgens A-G Wattel moet de functioneel pleger de hem verweten overtreding niet alleen kunnen voorkomen, maar die ook kunnen bewerkstelligen.

8 Zie m.n. *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3.

9 Conclusie A-G Wattel 15 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:579, punt 1.1-1.20.

10 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071, AB 2023/249, m.nt. R. Stijnen onder AB 2023/251 (Amsterdamse verhuurder), r.o. 9.1; ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, AB 2023/250, m.nt. R. Stijnen onder AB 2023/251 (Weerselose markt), r.o. 7.3.

11 HR 23 februari 1954, ECLI:NL:HR:1954:3, NJ 1954/378, m.nt. B.V.A. Röling (IJzerdraad); HR 8 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3487, NJ 2016/23; ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071, AB 2023/249, m.nt. R. Stijnen onder AB 2023/251 (Amsterdamse verhuurder).

12 De term 'taakuitoefening' is in 2016 door de Hoge Raad aan de Drijfmet-formule toegevoegd om te benadrukken dat een economische context niet noodzakelijk is (HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016/375, m.nt. H.D. Wolswijk (Overzichtsarrest feitelijk leidinggeven); A.L.M. Schaap, *Het daderschap van de rechtspersoon. Een onderzoek naar het Drijfmetkader als richtinggevend kader voor het daderschap van de rechtspersoon* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 62-63).

13 HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, NJ 2006/328, m.nt. P.A.M. Mevis (Drijfmet); HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016/375, m.nt. H.D. Wolswijk (Overzichtsarrest feitelijk leidinggeven); ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, AB 2023/250, m.nt. R. Stijnen onder AB 2023/251 (Weerselose markt).

14 In dat kader komt aan de IJzerdraad-criteria een bijzondere status toe, in die zin dat het wel voldoende aan de in redelijkheid te vergen zorg een algemene daderschapsuitsluitingsgrond oplevert waardoor toerekening niet meer mogelijk is, ook niet indien wel aan de overige drie omstandigheden is voldaan (Schaap 2022, p. 577-578; Bleeker 2021, p. 97-100; J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 167-168; M.J. Hornman, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggeven van ondernemingen. Een beschouwing vanuit multidimensionaal perspectief* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 48-49). In het bestuursrecht lijkt dat besef nog niet te zijn ingedaald (zie o.a. Rb. Rotterdam 20 april 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3301, r.o. 4.2). Tegen die achtergrond is de opmerking van de Afdeling dat niet aan alle omstandigheden hoeft te zijn voldaan weliswaar correct, maar ook onvolledig (zie ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, AB 2023/250, m.nt. R. Stijnen onder AB 2023/251 (Weerselose markt), r.o. 7.5).

gen.¹⁵ In de eerste conclusie, die ziet op een Amsterdamse verhuurder, merkt Wattel op dat het enkele bestaan van een huurverhouding nog niet meebrengt dat de eigenaar/verhuurder erover kan beschikken of diens huurder in strijd met de overeengekomen afspraken zal handelen. De huurder bepaalt zelf of deze zich aan de afspraken in het huurcontract en aan de geldende wetten regelgeving wenst te houden. Dat de eigenaar/verhuurder corrigerend kan optreden en onrechtmatig gedrag van de huurder op het moment hij daar achter komt tot op zekere hoogte kan beëindigen, maakt hem nog niet tot functioneel pleger van dat gedrag van de huurder, aldus Wattel. Eigenmachtig en onbevoegd optreden van de huurder buiten het zicht van de eigenaar/verhuurder biedt in zijn optiek onvoldoende grond voor functioneel daderschap.¹⁶ Dezelfde redenering geldt voor het ter beschikking stellen van reclamemateriaal op de Weerselose markt, de tweede zaak waarin hij een conclusie neemt. De verstrekker van het materiaal maakt het begaan van de overtreding weliswaar mogelijk, maar het zijn de individuele standhouders die zelf bepalen hoe zij hun reclamemateriaal aanbrenge(n). Daarmee zijn zij ook degenen die de reclameposters feitelijk of functioneel (doen) aanbrenge(n) als bedoeld in de Algemene Plaatselijke Verordening. De verstrekker heeft het zelf niet in zijn macht om actief te bewerkstelligen dat de standhouders dat op een niet toegestane wijze doen.¹⁷

De Afdeling ziet de reikwijdte van het beschikkingscriterium, zich daarbij beroepend op rechtspraak van de Hoge Raad, anders. *‘Anders dan in de conclusie van de AG (...) wordt betoogd, houden de (...) overwegingen van de Hoge Raad verder niet de eis in dat de overtreder de overtreding moet kunnen “bewerkstelligen”.*¹⁸ Daarmee lijkt het pleit beslecht, zeker nu beide uitspraken mede zijn gewezen door een staatsraad in buitengewone dienst die deel uitmaakt van de strafkamer van de Hoge Raad. Daarmee lijkt de afstemming met de strafkamer gewaarborgd. Dat de discussie hiermee zou zijn beklonken, is mijns inziens te kort door de bocht. Bovendien roept dit de vraag op hoe dit standpunt zich verhoudt tot rechtspraak van het CBb waarin een andere invulling lijkt te worden voorgestaan.

3. Beschikken en aanvaarden; strafrechtelijke uitleg

De vraag die de A-G opwerpt is niet nieuw. Ook in het strafrecht kent de ontwikkeling en afbakening van het beschikkingscriterium en het aanvaardingscriterium een lange voorgeschiedenis. Beide criteria worden daar,

in navolging van *NJ*-annotator Röling, ook wel omschreven als het ‘kunnen ingrijpen’ (beschikken) en het ‘blijkbaar billijken’ (aanvaarden).¹⁹ Evident is dat de beschikkingsmacht moet zien op de door een ander verrichte *verboden* gedraging en dat het er vervolgens om gaat of de verdachte het plaatsvinden van die *verboden wijze* van handelen heeft aanvaard of placht te aanvaarden.²⁰ Die gedraging – dus inclusief het verboden karakter – is immers de ‘strafrechtelijk relevante gedraging’ waarop beide criteria zien.²¹ In dat opzicht valt de nadruk van Wattel op het feit dat het de individuele huurders en standhouders zijn die bepalen of zij zich aan een geldende voorschriften houden goed te begrijpen.²²

3.1 In abstracto of in concreto?

Bij beschikken (‘kunnen ingrijpen’) gaat het om het daadwerkelijk kunnen uitoefenen van zeggenschap over het al dan niet plaatsvinden van de door een ander verrichte verboden gedraging.²³ Immers: *‘Alleen bij een zekere macht over anderen binnen een hiërarchisch, organisatorisch verband, komt (...) verantwoordelijkheid voor hun fysieke gedrag in beeld, zonder zulke macht behoeft niet over functioneel daderschap te worden nagedacht.*²⁴ Functioneel daderschap behelst de aansprakelijkheid van de ‘bovengeschikte’ voor het feitelijke gedrag van de ‘ondergeschikte’.²⁵ Een formeel juridische gezagsverhouding is daarvoor niet noodzakelijk, maar evenmin afdoende. In dit criterium uit zich het (feitelijk) ‘anders kunnen handelen’. In het aanvaardingscriterium komt het (normatief) ‘anders moeten handelen’ tot uiting, ze-

15 Conclusie A-G Wattel 15 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:579, punt 1.21 en 1.24.

16 Conclusie A-G Wattel 15 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:579, punt 1.21.

17 Conclusie A-G Wattel 15 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:579, punt 1.24.

18 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, AB 2023/250, m.nt. R. Stijnen onder AB 2023/251 (Weerselose markt), r.o. 7.5.

19 Röling in zijn noot onder HR 23 februari 1954, ECLI:NL:HR:1954:3, NJ 1954/378.

20 In het IJzerdraad-arrest wordt immers expliciet gesproken over het *‘in strijd met de wet invullen van formulieren, doen toekomen van die formulieren aan den Dienst van In- en Uitvoer en uitvoeren van goederen’* (HR 23 februari 1954, ECLI:NL:HR:1954:3, NJ 1954/378, m.nt. B.V.A. Röling).

21 Bleeker 2021, p. 76; F. Vellinga-Schootstra, ‘Het daderschap van de natuurlijke persoon’, in: J.L. van der Neut (red.), *Daderschap en deelneming*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 30; A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven* (diss. UvA), Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 95; E. Sikkema, ‘De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevend in Nederland’, in: E. Sikkema & P. Waeterinckx (red.), *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van leidinggevend – in de economische context – Preadvis voor de jaarvergadering van de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 2010*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 38-39.

22 Elders in zijn conclusie (punt 7.10) stelt Wattel over de toepassing van het normale bedrijfsvoeringscriterium als onderdeel van het Drijfmet-arrest dat ook daar de verboden wijze van handelen (in de Weerselose casus de wijze waarop reclamemateriaal werd aangebracht) daarvan onderdeel moet uitmaken. Dat standpunt is onjuist. Van dat verboden karakter mag daar juist worden geabstraheerd (HR 29 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7619 (Mazen in het net); R. van Elst, ‘Daderschap van rechtspersonen na het Zijpe-arrest’, in: C.P.M. Cleiren, Th.A. de Roos & M.A.H. van der Woude (red.), *Jurisprudentie Strafrecht Select*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 429; Schaap 2022, p. 67-68 en 193-197; Bleeker 2021, p. 92-93; Hornman & Van der Vorm 2023, p. 426).

23 Sikkema 2010, p. 40; Van Woensel 1993, p. 96. Welke soort en mate van zeggenschap daarvoor nodig is, laat zich niet in algemene zin beantwoorden en wordt sterk bepaald door de voorliggende context en delictomschrijving (Bleeker 2021, p. 68).

24 De Hullu 2021, p. 155.

25 E. Gritter, ‘Functioneel daderschap: dogmatische inbedding en praktische uitwerking’, in: E. Gritter (red.), *Opstellen materieel strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 14.

ker wanneer het aanvaarden wordt geconstrueerd aan de hand van het niet betrachten van voldoende zorg.²⁶

Uit deze onderlinge verhouding volgt dat een meer abstracte invulling van het concept zeggenschap de voorkeur verdient. Dat betekent dat voor beschikkingsmacht bepalend is of de functionele dader invloed *kon* uitoefenen. Indien de functionele dader heeft getracht om de fysieke pleger van zijn daad af te houden, maar daarin niet is geslaagd – en hij achteraf gezien *in concreto* dus geen zeggenschap had –, dan is dat gegeven enkel relevant voor de vraag of het gedrag ook is aanvaard. Voor beschikkingsmacht is het *in abstracto* kunnen beschikken afdoende.²⁷ Deze invulling werkt ook door in de beantwoording van de vraag in hoeverre het relevant is dat de functionele dader op de hoogte was van de gedraging van de ander. Kennis van die gedraging is immers een noodzakelijke voorwaarde voor beschikkingsmacht *in concreto*. Het beschikkingscriterium stelt die eis evenwel niet en reserveert kennis voor het aanvaardingsvereiste. Dat iemand in een concreet geval niet kon ingrijpen omdat hij niet wist dat de gedraging plaatsvond, is dus niet relevant. Het is immers het aanvaardingscriterium waarbij moet worden beoordeeld of de betrokkene zijn zorgplicht heeft geschonden en wederrechtelijk heeft gehandeld. Had hij zijn invloed beter of anders moeten aanwenden? Had hij op de hoogte moeten zijn, bijvoorbeeld door meer toezicht te houden? Daarmee wordt aanvaarding *in concreto* ingevuld en daarvoor is kennis mede bepalend. Welke (voorzorgs)maatregelen in een gegeven situatie passend en (in redelijkheid) geboden zijn om de gedraging te voorkomen of te beëindigen, wordt immers bepaald door wat de functionele dader wist of redelijkerwijs kon weten/voorzien over de aard, ernst en omvang van de (dreigende) overtreding.

Het is overigens de staatsraad in buitengewone dienst, die deel uitmaakte van deze kamer, geweest die herhaaldelijk voor een meer subjectieve of concrete interpretatie van het beschikkingscriterium heeft gepleit waarin wetenschap van de gedraging wel een vereiste was.²⁸ Daarmee zou zij volgens critici ten onrechte vooruitlopen op het aanvaardingscriterium.²⁹ Persoonlijk zie ik als groot voordeel van voornoemde strikte scheiding dat hiermee wordt voorkomen dat het beschikkingscriterium en het aanvaardingscriterium vloeiend in elkaar overlopen. Hoewel de criteria altijd in samenhang worden gezien, zou een dergelijke vloeiende overgang de

hanteerbaarheid in de rechtspraktijk niet ten goede komen, zeker indien de functionele dader een veelvoud aan gedragingen wordt verweten. Door de IJzerdraad-criteria op te splitsen in een objectieve component en een subjectieve component wordt dat voorkomen. De Afdeling lijkt zich nu ook op die lijn te stellen.

3.2 Bewerkstelligen of kunnen voorkomen?

De vraag of de functionele dader de gedraging niet alleen moet kunnen voorkomen maar ook moet kunnen bewerkstelligen, is hiermee nog niet beklonken. In het kader van zeggenschap wordt vaak opgemerkt dat de functionele dader de reële mogelijkheid moet hebben gehad om in te grijpen en de verboden gedraging te voorkomen.³⁰ Gritter spreekt in dat kader over het innemen van een zodanige (hiërarchische) positie ten opzichte van de potentiële feitelijke pleger dat de functionele dader hem, binnen bepaalde grenzen, kan ‘terugfluiten’ en daarmee het plaatsvinden van de verboden gedraging kan verhinderen.³¹ Functioneel daderschap hoeft evenwel niet steeds uit een omissie in de zin van een toelaten te bestaan. Het kan ook om een actief bewerkstelligen gaan. Het gaat om *alternatieve* en niet om *cumulatieve* gronden voor aansprakelijkheid.³² Eén van beide volstaat. Het onderscheid tussen kunnen voorkomen en kunnen bewerkstelligen is tot op zekere hoogte overigens arbitrair, aangezien de gedraging van de functionele dader veelal zal bestaan uit een aaneenschakeling van verschillende gedragingen waarbij de laatste schakel in de keten doorgaans een omissie betreft na een reeks van eerdere actieve handelingen en instructies. Knigge spreekt in dat kader verhelderend van een ‘complex van doen en laten’.³³

Aan Wattel moet worden toegegeven dat – anders dan de Afdeling impliciet suggereert – de strafrechtelijke literatuur op dit punt niet eenduidig is. Functioneel daderschap staat van oudsher sterk in de sleutel van bewerkstelligen.³⁴ Onomstreden is dat bewerkstelligen ook de vorm kan aannemen van een niet-ingrijpen. De functionele dader bevordert het strafbare feit dan door passief te blijven. De eventuele verzelfstandiging van het niet-voorkomen als basis voor functioneel daderschap heeft echter vergaande consequenties voor de reikwijdte van het beschikkingscriterium. Om die reden is die uitbreiding ook niet onomstreden. Bekende voorbeeldgedragingen uit de literatuur zoals het gebruik van verdovende middelen onder werktijd of het verkopen

26 Sikkema 2010, p. 50-51; Hornman 2016, p. 36.

27 Hornman 2016, p. 36-37; R.A. Topping, *Strafbaarheid van rechtspersonen* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 94; Van Woensel 1993, p. 95-96. Beide termen zijn overigens ontleend aan A. Mulder, *Schets van het economisch strafrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1983, p. 73-74.

28 A.L.J. van Strien, ‘Het daderschap van de rechtspersoon bij milieudelicten’, in: M.G. Faure, J.C. Oudijk & D. Schaffmeister (red.), *Zorgen van heden. Opstellen over het milieustrafrecht in theorie en praktijk*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 282-283; A.L.J. van Strien, *De rechtspersoon in het strafproces. Een onderzoek naar de procesrechtelijke aspecten van de strafbaarheid van rechtspersonen* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Uitgeverij 1996, p. 87; A.L.J. van Strien, ‘Het Zijpe-arrest: een sfeervol arrest van de Hoge Raad over het daderschap van de rechtspersoon’, *Strafblad* 2006, p. 241.

29 Van Woensel 1993, p. 95-96; Schaap 2022, p. 72.

30 E. Gritter, *Effectiviteit en aansprakelijkheid in het economisch ordeningsrecht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 219; Sikkema 2010, p. 39.

31 E. Gritter, ‘Functioneel plegen door een natuurlijk persoon’, in: J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 20-21.

32 Bleeker 2021, p. 76; Hornman 2016, p. 37-38; S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevendenden* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2009, p. 397-398.

33 G. Knigge, ‘Doen en laten; enkele opmerkingen over daderschap’, *DD* 1992, p. 139.

34 Zie expliciet HR 13 maart 1933, *NJ* 1933, p. 1385, m.nt. Pompe (Tribune). Vgl. Gritter 2003, p. 214-216.

van heroïne onder de toonbank³⁵ laten zich doorgaans moeizaam door de functionele dader bewerkstelligen, maar kunnen aanzienlijk eenvoudiger worden voorkomen of ingeperkt. Deze voorbeelden leiden om die reden terecht tot discussie.

De Hullu, die ook door Wattel wordt aangehaald, stelt zich op het standpunt dat alleen van beschikken kan worden gesproken indien de functionele dader de gedraging zowel kon voorkomen als (actief) bewerkstelligen.³⁶ In zijn optiek bieden voornoemde drugsdelicten onvoldoende aanknopingspunten voor functioneel daderschap. Anderen, inclusief ondergetekende, denken daar genuanceerder over. Deze delicten staan weliswaar ver af van de reguliere bedrijfsactiviteiten, en het zijn die bedrijfsactiviteiten waaraan de functionele dader doorgaans zijn zeggenschap ontleent, maar zij vinden wel plaats binnen de onderneming, tijdens werktijd en daarmee onder het gezag van de leidinggevende en dus is er (een zekere) beschikkingsmacht.³⁷ Of de gedraging vervolgens ook is aanvaard is uiteraard een tweede.³⁸

Niet alleen De Hullu, ook Lindenberg en Wolswijk tonen zich kritisch. Het louter kunnen voorkomen achten zij niet afdoende. Volgens hen moet de verweten gedraging ‘voldoende verband’ houden met de bedrijfsrelatie waaruit de zeggenschap voortvloeit,³⁹ hetgeen bij illegale drugshandel veelal alleen het geval zal zijn als de rechtspersoon als dekmantel voor die activiteiten fungeert. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad vloeit dit vereiste echter niet zonder meer voort. Het stellen van zo’n aanvullende voorwaarde komt mij ook onlogisch voor. Wel vergt de motivering van het daderschap hier bijzondere aandacht nu beschikkingsmacht over dergelijke buiten de reguliere bedrijfsactiviteiten liggende gedragingen veel minder vanzelfsprekend en mogelijk ook minder vergaand is. Geheel uitgesloten is het daarentegen niet. Hoewel de feitelijke zeggenschap bepalend is voor het aannemen van beschikkingsmacht, is zij vaak sterk vervlochten met de juridische zeggenschap. Daardoor kan niet zonder meer aan die juridische realiteit voorbij worden gegaan en moet terughoudend worden omgesprongen met het aannemen van zeggenschap buiten juridische gezagsverhoudingen. De rechter – in het bestuursrecht: eerst het bestuursorgaan – zal daarom nadrukkelijk moeten aangeven waarom de beschikkingsmacht zich ook over de buiten de reguliere werkzaamheden vallende activiteiten en daarmee atypische gedragingen uitstrekt.

3.3 Eigenmachtig en onbevoegd optreden

In het verlengde hiervan ligt ook de discussie in hoeverre eigenmachtig en mogelijk zelfs onbevoegd optreden grond kan opleveren voor functioneel daderschap. De Hullu en Bleeker zijn daarin terughoudend.⁴⁰ Sikkema ziet daarin, mijns inziens terecht, minder bezwaren.⁴¹ In het licht van de eerder beschreven afbakening ten opzichte van het aanvaardingscriterium is het gegeven dat buiten medeweten van de functionele dader om – en mogelijk zelfs in strijd met de gegeven instructies – zou zijn gehandeld vooral van belang voor de vraag of de desbetreffende gedraging is aanvaard. De beschikkingsmacht in abstracto wordt daardoor niet geraakt. Ook voor de casus van de medewerker die op eigen houtje besluit om binnen de muren van de onderneming voor eigen financieel gewin een drugshandel te beginnen, bieden de IJzerdraad-criteria voldoende bewegingsvrijheid om tot een passende uitkomst te komen. In beginsel mag van de functionele dader worden gevergd dat deze intervenueert en de medewerker de wacht aanzegt. Gelet op zijn beschikkingsmacht kan hij dat tot op zekere hoogte ook. Laat hij dat achterwege, dan kan daarin een aanwijzing voor aanvaarding worden gevonden, bijvoorbeeld in de vorm van stilzwijgend goedkeuren omdat de omzet van de onderneming profiteert van deze extra klandizie. Het uitblijven van corrigerend optreden kan echter ook een andere oorzaak hebben, zoals angst. Ook in dat geval biedt het aanvaardingscriterium ruimte om tot een rechtvaardige uitkomst te komen, in die zin dat het gedrag waarvan de functionele dader wel kennis draagt, niet is aanvaard. Het beschikkingscriterium hoeft – en dient – daarmee niet te worden belast.

3.4 Rol delictsomschrijving

Het voorgaande laat echter onverlet dat de vraag waarover het beschikkingsvereiste zich moet uitstrekken en hoe intensief dat moet zijn, maar tot op zekere hoogte in zijn algemeenheid kan worden beantwoord. Primair wordt dat antwoord immers bepaald door de voorliggende delictsomschrijving. Dat kan in het bijzonder van belang zijn indien mogelijk meerdere overtreders zijn aan te wijzen. De casus uit het Schiphol-arrest maakt dat op heldere wijze inzichtelijk. Door een vrachtafhandelsbedrijf dat actief was op de luchthaven Schiphol werd in strijd met de aan Schiphol verleende vergunning in afwachting van verder vervoer per vliegtuig een hoeveelheid gevaarlijke explosieve stoffen (munitie) op een van de platforms geplaatst. Die stoffen hebben daar ten minste zes uur gestaan. Medewerkers van Schiphol hebben dat gesignaleerd en hebben het vrachtafhandelsbedrijf gesommeerd om de explosieve stoffen weg te halen. Daaraan is geen gevolg gegeven, anders dan dat de pallets zes uur later bleken te zijn afgevoerd (mogelijk per vliegtuig naar de uiteindelijke plaats van bestemming). Het vrachtafhandelsbedrijf zelf wordt niet vervolgd. Schiphol wordt als normadressaat aange-

35 De voorbeelden zijn ontleend aan Van Woensel 1993, p. 89 en A. Mulder, *Schets van het economisch strafrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1975, p. 78.

36 De Hullu 2021, p. 155-156.

37 Sikkema 2010, p. 39; Van Woensel 1993, p. 89; Hornman 2016, p. 38; Schaap 2022, p. 72.

38 Vgl. De Hullu 2021, p. 155.

39 K. Lindenberg & H.D. Wolswijk, *Het materiële strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 337-338.

40 De Hullu 2021, p. 155; Bleeker 2021, p. 76-77.

41 Sikkema 2010, p. 39.

sproken als zijnde degene die de explosieve stoffen op het platform heeft opgeslagen.

A-G Vellinga is in zijn conclusie helder. Over hetgeen het vrachtafhandelingsbedrijf in zijn loods verricht, heeft Schiphol geen zeggenschap. Over hetgeen het bedrijf op de platforms verricht wel. Ook de Hoge Raad schenkt klare wijn. Hij overweegt:

‘dat het er voor de vraag of de verdachte een gedraging heeft verricht in strijd met dit vergunningsvoorschrift als bedoeld in art. 18.18 Wet milieubeheer niet toe doet of een ander, voor wiens activiteiten de verdachte geen verantwoordelijkheid draagt of over wiens activiteiten de verdachte geen zeggenschap heeft, die stoffen op het desbetreffende platform heeft gebracht en, anderzijds, dat het er dan op aankomt of de verdachte directe zeggenschap en verantwoordelijkheid heeft voor het (laten) weghalen van de op het platform, in strijd met dit vergunningsvoorschrift, aanwezige gevaarlijke stoffen.’⁴²

Vrij vertaald: voor het beschikkingscriterium is niet de zeggenschap over het plaatsen van de gevaarlijke stoffen doorslaggevend, maar de zeggenschap over het weghalen daarvan. Dat – het niet-weghalen – is immers de strafrechtelijke gedraging die Schiphol wordt verweten. Daarop moeten het beschikken en aanvaarden dus zien. Dat betekent dat de uitkomst mogelijk anders zou hebben uitgepakt indien het verwijt erop had gezien dat Schiphol die explosieven daar zelf heeft geplaatst. Dat was evenwel niet het verwijt dat hier voorlag.

Enige discrepantie met het bestuursrecht zie ik hierin overigens niet. Ook daar is de formulering van het concreet voorliggende verbod bepalend. Wanneer het verbod ziet op het *storten* van afvalstoffen, dan is de eigenaar op wiens grond door een ander afvalstoffen zijn gestort, en waarvan de eigenaar het in zijn macht heeft om die afvalstoffen te *verwijderen* en zo de overtreding ongedaan te maken, nog geen overtreder. Dat is anders indien het verbod erop ziet dat die afvalstoffen, net zoals in de Schiphol-zaak, niet op zijn grond aanwezig mogen zijn. In dat geval levert het niet verwijderen van die stoffen wel overtrederschap op.⁴³

4. Duiding rechtspraak CbB

De exacte strekking van de delictomschrijving is ook relevant voor de beoordeling van de (mogelijk afwijkende) rechtspraak van het CbB op dit punt. Volgens een deel van de literatuur zou het College net als Wattel vergen dat de functionele dader de overtreding niet alleen kan voorkomen maar deze ook kan bewerkstelligen.⁴⁴

Hoewel de bewoordingen van het College inderdaad die suggestie wekken, moeten die overwegingen in mijn optiek in de juiste context worden gezien. Dat laatste gebeurt veelal onvoldoende. Die overwegingen moeten niet alleen worden gezien in het licht van de strekking van de delictomschrijving, maar ook tegen de achtergrond van het toenmalige wettelijke regime en de in deze zaken gekozen daderschapsvorm. Ter onderbouwing van het argument dat het CbB een afwijkende lijn zou hanteren, wordt veelal verwezen naar de DollarRevenue-zaken en een casus waarin concernverhoudingen een rol spelen. Ik loop beide casussen na.

In de DollarRevenue-zaken⁴⁵ kregen gebruikers van openbare elektronische communicatiediensten zonder hun medeweten en zonder hun toestemming een worm met spyware op hun computer geplaatst. Die software zorgde ervoor dat zij op hun internetsurfgedrag afgestemde reclameberichten getoond kregen. Vervolgens verspreidde die software zich via die communicatiediensten naar de contactpersonen van de geïnfecteerde gebruikers, waar dit installatie- en verspreidingsproces zich weer herhaalde. Het plaatsen van dit soort software mocht wettelijk gezien uitsluitend plaatsvinden indien de gebruikers van de communicatiedienst op een duidelijke en nauwkeurige wijze werden geïnformeerd over het doel van die plaatsing. Ook moesten zij op voldoende kenbare wijze de gelegenheid krijgen om deze handeling te weigeren. Zoals het College terecht opmerkt, richt deze norm zich gelet op haar bewoordingen tot degene die het plaatsen zonder te informeren en zonder de mogelijkheid te bieden om te weigeren zelf wil gaan verrichten.⁴⁶ Het verbod ziet dus op het zelf actief plaatsen. Gelet op de in casu gehanteerde werkwijze is dat gegeven van groot belang. Hoewel alle aangesproken partijen een cruciale rol speelden bij het ontwikkelen en verspreiden van de software, waren zij geen van allen degenen die de software daadwerkelijk op de computers plaatsten. Buiten twijfel staat dat de overtreding zonder de software en de medewerking van de DollarRevenue-bedrijven onmogelijk was. Daarmee had de groep rondom DollarRevenue het feitelijk in zijn macht om de overtreding te voorkomen dan wel te beëindigen; simpelweg door de software niet te leveren of deze te modificeren zodat de overtredingen niet meer konden worden begaan. Die omstandigheid maakte de bedrijven volgens het College echter nog niet tot overtreder. De software zelf was immers niet verboden. Het ter beschikking stellen daarvan evenmin.⁴⁷ In een van beide zaken sluit het College vervolgens af met de overweging:

42 HR 9 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9919, M en R 2005, 16, m.nt. A.M.C.C. Tubbing (Schiphol) (onderstreping auteur).

43 Zie H.E. Bröring, K.J. de Graaf e.a. (red.), *Bestuursrecht Deel 1: Systeem, Bevoegdheid, Bevoegdheidsuitoefening, Handhaving*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 594.

44 Zie o.a. Nuijten 2015; Sanders 2023.

45 CbB 20 juni 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA3716, AB 2013/321, m.nt. W. Sauter en M. de Leeuw (DollarRevenue) en CbB 10 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:117.

46 CbB 20 juni 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA3716, AB 2013/321, m.nt. W. Sauter en M. de Leeuw (DollarRevenue), r.o. 3.4.4.

47 CbB 20 juni 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA3716, AB 2013/321, m.nt. W. Sauter en M. de Leeuw (DollarRevenue), r.o. 3.7.2-3.7.3.

‘Bij de beoordeling van het functioneel daderschap sluit het College aan bij het in de jurisprudentie van de Hoge Raad ontwikkelde “beschikkingscriterium”. Het gaat dan niet om de vraag of iemand in staat is om plaatsing van software te voorkomen, maar of hij in staat is te bewerkstelligen dat de software wordt geplaatst zonder te voldoen aan de verplichtingen van artikel 4.1 van het Bude⁴⁸]. Het College concludeert dat ACM niet aanneemelijk heeft gemaakt dat appellant er over kon beschikken dat artikel 4.1 van het Bude werd overtreden. Appellant kan daarom niet als functioneel dader worden aangemerkt.’⁴⁹

De andere zaak ziet op de vraag of zustervennootschap A als functioneel dader kon worden aangemerkt van verboden marktmanipulatie door middel van een *pump and dump*-strategie die weliswaar feitelijk door zustervennootschap B was begaan, maar wel met gebruikmaking van de computersystemen van A, waardoor B toegang verkreeg tot het handelsplatform van Euronext. Het College oordeelde dat A niet als functioneel dader kon worden aangemerkt. De enkele omstandigheid dat beide vennootschappen onder dezelfde moedermaatschappij vallen, betekent volgens het College nog niet dat zij met elkaar kunnen worden vereenzelvigd. Daarvan zou alleen sprake kunnen zijn als A erover kon beschikken of de transacties al dan niet zouden plaatsvinden. Daarvoor is volgens het College ontoereikend dat B voor haar handelen gebruik heeft gemaakt van haar door A, mogelijk in strijd met de regels van Euronext, ter beschikking gestelde middelen. Volgens het CBb is niet gebleken dat er tussen A en B een gezagsverhouding of een directe of indirecte contractuele relatie was of dat A zeggenschap kon uitoefenen over het handelen van B.⁵⁰

Zonneklaar is dat het CBb in beide voorbeelden het kunnen voorkomen van de overtreding niet afdoende acht om functioneel daderschap aan te nemen. In het hierboven aangehaalde citaat overweegt het College dat zelfs expliciet: het gaat er niet om of de functionele dader de overtreding kan voorkomen, maar of hij deze kan bewerkstelligen. Deze overweging moet evenwel in de juiste context worden gezien, en die context is dat in beide gevallen sprake is van een min of meer horizontale verhouding. Het College benoemt ook dat steeds expliciet en herhaaldelijk. In het ene geval gaat het om partnerondernemingen, in het andere geval om zustervennootschappen. Het zijn die *horizontale* verhoudingen die mijns inziens verklaren waarom het CBb hier zo sterk

hecht aan het kunnen bewerkstelligen. In dat kunnen bewerkstelligen komt immers de *verticale* (gezags)verhouding tot uiting die voor functioneel daderschap cruciaal is. Ik interpreteer de overwegingen van het CBb zo dat het uiteindelijk het ontbreken van zo’n verticale verhouding is dat het College ertoe brengt om hier, mijns inziens terecht, geen functioneel daderschap aan te nemen. Een vennootschap heeft doorgaans alleen zeggenschap over eigen ondergeschikten en eigen dochterondernemingen. Zij heeft wellicht enige *invloed* op de gedragingen van bedrijven waar zij zaken mee doet, maar zij heeft daar geen *zeggenschap* over, behoudens zoals het College ook opmerkt, indien specifieke contractuele bepalingen daarin voorzien, en zelfs dan zou ik daarin terughoudend willen zijn. Datzelfde geldt voor de gedragingen van een moedermaatschappij. Ook daarover zal de dochtervennootschap normaliter geen zeggenschap hebben, schijnconstructies daargelaten. Hiërarchie is *top-down*, niet *bottom-up* of zijwaarts. Dergelijke (overwegend) horizontale verhoudingen lenen zich ook niet voor functioneel daderschap.⁵¹ Zoals het College in DollarRevenue terecht aanstipt, ligt medeplegen (of wellicht eerder medeplichtigheid) hier meer voor de hand. Dat DollarRevenue actief samenwerkte met de bedrijven die feitelijk de software plaatsten, staat buiten twijfel. Dat creëert ruimte voor medeplegen. Daarbij diende zich echter het probleem aan dat de feiten in DollarRevenue waren begaan voor 1 juli 2009, zijnde de datum waarop de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht in werking trad en waarmee de medepleger in het bestuursrecht tot overtreder werd verheven.⁵² Voor die datum konden enkel de fysieke en de functionele pleger als overtreder worden aangemerkt. Dat gegeven is relevant, want plegerschap vereist dat de overtreder zelf de gehele delictsomschrijving vervult. Bleeker hamert er in zijn proefschrift niet voor niets op dat functioneel daderschap veelal de vorm aanneemt van functioneel plegerschap en dat die terminologie daarom zuiver moet worden gehanteerd.⁵³ Daaruit volgt dat de (functionele) pleger zelf, hetzij direct, hetzij indirect door tussenkomst van een ander, alle bestanddelen van de overtreding moet vervullen. Dat vervullen moet echt volledig op zijn eigen conto kunnen worden geschreven en dat is bij medeplegen niet het geval. Daar pleegt men samen. Evident is dat DollarRevenue niet de feitelijk pleger was, waardoor eventuele aansprakelijkheid noodgedwongen in de dwangbuis van functioneel plegen

48 Besluit universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen (Stb. 2004, 203; Bude). Deze bepaling houdt – kort gezegd – in dat de gebruiker alvorens de software wordt geplaatst, wordt geïnformeerd en de gelegenheid krijgt om de installatie te weigeren.

49 CBb 10 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:117, r.o. 5.5.2 (onderstreping auteur). Terzijde zij overigens opgemerkt dat het College hier nog spreekt over ‘aanneemelijk maken’ als bewijsmaatstaf voor een punitieve sanctie. Inmiddels is die maatstaf gelijkgetrokken met het strafrecht en moet de overtreding ‘overtuigend worden aangetoond’ en dus ‘buiten redelijke twijfel’ komen vast te staan (zie hierover eveneens Hornman & Van der Vorm 2023).

50 CBb 12 mei 2015, ECLI:NL:CBB:2015:150.

51 Omgekeerd is dat overigens anders. Van een bewuste en nauwe samenwerking kan ook sprake zijn indien er sprake is van een ongelijkwaardige machtsverhouding tussen de betrokkenen medeplegers. Samenwerking hoeft niet vrijwillig of op gelijke voet te zijn. Functioneel daderschap is daarentegen wel uitgesloten indien sprake is van gelijkwaardigheid en een (feitelijke) hiërarchische of gezagsrelatie ontbreekt.

52 Besluit van 25 juni 2009 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht en de Aanpassingswet vierde tranche Awb, Stb. 2009, 266. Zie CBb 20 juni 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA3716, AB 2013/321, m.nt. W. Sauter en M. de Leeuw (DollarRevenue), r.o. 3.7.1 en CBb 10 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:117, r.o. 5.5.1. Zou die optie wel hebben voorgelegen, dan had de uitkomst mogelijk anders uitgepakt.

53 Bleeker 2021, p. 176-184. In dezelfde zin Bleeker 2023, p. 589-590.

moest worden geperst.⁵⁴ Zonder hiërarchische verhouding wordt dat lastig, zo niet onmogelijk. Voor de casus van de zustersverenigingen speelt hetzelfde. Ook daar is bewuste en nauwe samenwerking zeker niet uitgesloten; zeggenschap van de ene zuster over de andere is dat echter wel. Moeders hebben zeggenschap over dochters, dochters niet over elkaar. De stellige bewoordingen van het College moeten mijns inziens tegen deze achtergrond worden begrepen.

Zoals ik de uitspraken interpreteer, is het ‘kunnen bewerkstelligen’ voor het CBb geen zelfstandig argument, maar een steunargument om aan te geven dat de voor functioneel ouderschap vereiste gezagsverhouding ontbreekt. Dat ontbreken van een hiërarchische verhouding vormt van begin tot eind de rode draad door alle drie de uitspraken van het CBb. Idealiter had het College dat iets scherper geformuleerd, maar een discrepantie met de lijn van de Hoge Raad en de Afdeling zie ik hierin niet. In die opvatting voel ik mij gesterkt door andere uitspraken van het CBb waar het gaat om radiocommunicatiesignalen die zonder vergunning vanaf het terrein van de betrokkene worden uitgezonden. Daar neemt het CBb wel genoegen met het enkel niet-voorkomen als grondslag voor functioneel ouderschap.⁵⁵ Daaruit leid ik af dat het College niet principieel op een andere lijn zit dan de Afdeling, maar bij functioneel ouderschap vooral – en terecht – doorslaggevende betekenis toekent aan het bestaan van een zeggenschapsrelatie.

De zeggenschapsrelatie – of die nu juridisch of enkel feitelijk is – impliceert dat de functionele dader overtreding langs hiërarchische lijnen kan voorkomen of beëindigen. Dat laatste is door Gritter treffend geïdentificeerd als het ‘kunnen terugfluiten’.⁵⁶ Die omschrijving geeft in mijn optiek helder weer waar het bij functioneel ouderschap juridisch gezien om draait, namelijk *een interventiemogelijkheid* (in combinatie met een interventieplicht⁵⁷) die voortvloeit uit een hiërarchische verhouding. Het is die verhouding waarin het functioneel ouderschap zijn fundering vindt. Die verhouding maakt immers dat degene die niet persoonlijk in fysieke zin de delictgedraging heeft verricht maatschappelijk gezien toch voor die gedraging verantwoordelijk is.⁵⁸ Een louter feitelijke mogelijkheid om de overtreding te voorkomen is dus niet afdoende. Er moet ook een hiërarchische context zijn waaruit de mogelijkheid en het gehouden zijn om in te grijpen voortvloeit.

54 Terzijde zij opgemerkt dat de overgang tussen fysiek en functioneel plegerschap niet scherp valt af te bakenen en eerder fluide van aard is (Bleeker 2021, p. 68-69).

55 Zie o.a. CBb 27 juni 2013, ECLI:NL:CBB:2013:2 (*Appellant had de overtreding dus kunnen voorkomen. Nu appellant dit niet heeft gedaan, heeft de minister hem terecht als functioneel dader aangemerkt.*) en CBb 11 januari 2016, ECLI:NL:CBB:2016:8.

56 Gritter 2007, p. 20-21.

57 De mogelijkheid ziet daarbij op het kunnen beschikken, terwijl de plicht ziet op het aanvaarden.

58 De Hullu 2021, p. 153.

5. Duiding van de Weerselose markt; hier was wel een hiërarchische verhouding

Hoe verhouden de uitspraken van het College over beschikkingsmacht zich nu tot die van de Afdeling en bovenstaande duiding van het strafrechtelijk kader? In de eerste casus, die van de Amsterdamse verhuurder,⁵⁹ zag de overtreding op het als eigenaar zonder vergunning aan de woonvoorraad onttrekken of onttrokken houden van een woonruimte. Die norm omvat zowel actief als passief onttrekken (oogluikend toestaan). Dat beschikkingsmacht er (in abstracto) was, neemt de Afdeling terecht aan. De verhuurder was eigenaar en had zeggenschap over het gebruik van zijn woning. Het schortte hier aan de aanvaarding van de onttrekking. De verhuurder wist immers van niets en had dat gelet op de concrete omstandigheden volgens de Afdeling ook niet hoeven weten. Hij had gelet op de risico's die hij had onderkend en de signalen die hij (niet) had gekregen, voldoende toezicht gehouden en afdoende voorzorgsmaatregelen genomen en had zo aan zijn zorgplicht voldaan.

In de derde casus waar de ABRvS zich over boog, over door drugsafval verontreinigd grondwater,⁶⁰ zag de norm op het op of in de bodem verrichten van diverse in de Wet bodembescherming genoemde handelingen waarvan de verrichter van de handelingen weet of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat door die handelingen de bodem kon worden verontreinigd. Hij is dan gehouden om maatregelen te treffen om die verontreiniging te voorkomen of anders te beperken en zo veel mogelijk ongedaan te maken. Ook deze norm sluit oogluikend toestaan niet uit, maar vergt vermoedelijk dat de functionele dader relatief dicht op de fysieke/daadwerkelijke vervuiler zit, omdat de gedraging redelijk actief is omschreven. Enige betrokkenheid, minstens in de zin van wetenschap op het moment van het vervuilende handelen, lijkt wel vereist. De verontreiniging duurt weliswaar voort, maar het in de grond / het grondwater brengen is zelf geen voortdurende handeling. Die gedraging is na het aanbrengen van de vervuiling voltooid. Van beëindiging kan dan enkel nog sprake zijn indien de lozing nog steeds plaatsvindt. Daarna is geen sprake meer van zeggenschap over het vervuilen, enkel nog over het schoonmaken. Dat werkt door in de invulling van het beschikkings- en het aanvaardingscriterium. Dat de grondeigenaar het in casu in zijn macht had om de grond en het grondwater (gedeeltelijk) te reinigen, staat niet ter discussie, maar dat niet-reinigen vormt niet de verweten gedraging. In de verhuurderscasus speelde deze problematiek veel minder. Het onttrekken van woonruimte is een voortdurende handeling die op ieder moment vrij eenvoudig kan worden beëindigd, ook

59 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071, AB 2023/249, m.nt. R. Stijnen onder AB 2023/251 (Amsterdamse verhuurder).

60 ABRvS 21 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2424, AB 2023/251, m.nt. R. Stijnen (Rijsbergense drugsafvallozing).

als de verhuurder daar pas naar verloop van tijd achter komt. In dat geval is de periode waarin hij in overtreding is gewoon korter. Het ongedaan maken van bodemverontreiniging heeft daarentegen meer voeten in de aarde.

Van alle drie de casussen is de Weerselose markt de interessantste. Daar ging het om het (doen) aanplakken of (doen) aanbrengen zonder schriftelijke toestemming van de rechthebbende. Over dat aanplakken/aanbrengen kon de marktexploitant beschikken, simpelweg door het reclamemateriaal (niet) ter beschikking te stellen. Door dat structureel ongeclusuleerd te blijven doen, wetende dat de vereiste toestemming ontbrak, had de exploitant de overtreding volgens de Afdeling ook aanvaard.⁶¹ Die overwegingen lijken evenzeer op te gaan voor DollarRevenue. Waarom kon daar niet hetzelfde worden betoogd? DollarRevenue had – gelijk de marktexploitant – zijn software ook niet ter beschikking kunnen stellen, of daar voorwaarden aan kunnen verbinden. Toen de Weerselose marktexploitant stelde dat anderen verantwoordelijk waren voor het aanbrengen en het daarbij vooraf verkrijgen van toestemming, kreeg hij nul op het rekest. Waarom slaagt dit verweer bij DollarRevenue dan wel? Daar komt bij dat, hoewel niet verboden, de software van DollarRevenue maar één doel kon dienen: het plaatsen van spyware. Inherent aan spyware is dat niet om toestemming wordt gevraagd. Geen enkele weldenkende gebruiker zal immers toestemming geven om zijn computer te infecteren. Bij het aanbrengen van tijdelijk reclamemateriaal in de openbare ruimte kan de vereiste toestemming van de rechthebbende ook ontbreken, maar is dat ontbreken toch een stuk minder evident. Dat zou dus een extra reden zijn om in DollarRevenue wel functioneel daderschap aan te nemen, toch gebeurt dat – terecht – niet.

Ik meen dat het verschil tussen beide casussen niet zo zeer moet worden gezocht in de wijze waarop het College en de Afdeling invulling geven aan de IJzerdraad-criteria, maar in een ander gegeven dat het College in deze uitspraak tot uiting wil brengen, namelijk dat de casus DollarRevenue eigenlijk geen casus van functioneel daderschap is, zoals de Weerselose markt dat wel is. In de casus van de Weerselose markt faciliteert de exploitant de overtreding door het reclamemateriaal ter beschikking te stellen, maar begaan de standhouders die relatief zelfstandig. Van een duidelijke samenwerking/afstemming tussen beiden blijkt niet. Tegelijkertijd is tussen beiden sprake van een zekere hiërarchische verhouding. De markt wordt gehouden op een afgebakend terrein dat toebehoort aan de exploitant. Volgens de website van de Weerselose markt is '[d]e regie (...) in vaste handen van het markt management',⁶² hetgeen ook blijkt uit de marktspelregels.⁶³ Aldus kon de exploitant middels die spelregels nadere voorwaarden stellen aan het gebruik van reclamemateriaal op en rondom zijn

terrein.⁶⁴ Daarmee voorziet de Weerselose markt in alle (hiërarchische) bouwstenen die nodig zijn om tot functioneel daderschap te komen. In DollarRevenue ligt de verhouding tussen de 'wetsschenders' toch anders. De hiërarchische zeggenschap die er in de Weerselose markt wel is, ontbreekt bij DollarRevenue. In de casus van de zustervenootschap is dat ook het geval. Deze casussen kenmerken zich door een horizontale samenwerkingsrelatie en binnen zo'n gelijkwaardige verhouding past functioneel daderschap niet. Medeplegen of medeplichtigheid zijn dan aangewezen.

Volledigheidshalve merk ik hierbij op dat de uitkomst niet anders zou zijn indien het overtrederschap in DollarRevenue of de zaak van de zustervenootschap zou zijn gebaseerd op het Drijfmest-arrest. Ook in dat geval blijft overeind dat DollarRevenue de overtreding nog steeds niet geheel zelf begaat en dus geen pleger is. DollarRevenue begaat de overtreding samen met degenen die de software daadwerkelijk (zonder toestemming) plaatsen. De vof die de Weerselose markt exploiteert, kan – gelet op haar zeggenschap over hetgeen met haar materiaal op en rondom haar terrein gebeurt – wel geacht worden de overtredingen zelfstandig te begaan. Om die reden kan zij ook als functioneel pleger worden aangemerkt, ongeacht of dat daderschapsoordeel op de IJzerdraad-criteria of het Drijfmest-arrest wordt gebaseerd.

6. Conclusie

In deze bijdrage heb ik betoogd dat de vraag waarover de beschikkingsmacht als onderdeel van de IJzerdraad-criteria zich moet uitstrekken, niet in algemene zin kan worden beantwoord en afhankelijk is van de concreet voorliggende delictsomschrijving. Dat geldt zowel voor het strafrecht als het bestuursrecht. Het verboden gedrag dat daarin wordt beschreven, bepaalt of sprake moet zijn van (1) een kunnen voorkomen, (2) een kunnen beëindigen en/of (3) een kunnen bewerkstelligen. Anders dan wel wordt aangenomen, wijkt de jurisprudentie van het CBb daarin in mijn optiek niet af van de nieuwe lijn van de ABRvS. De door het College gehanteerde bewoordingen wekken weliswaar die suggestie, maar die overwegingen lijken vooral te zijn ingegeven om te benadrukken dat functioneel daderschap een hiërarchische verhouding vergt. Omdat een dergelijke zeggenschapsrelatie in de casussen waarover het CBb zich heeft gebogen ontbrak, heeft het College terecht geoordeeld dat onder dergelijke omstandigheden – die duiden op een meer gelijkwaardig samenwerkingsverband – geen functioneel daderschap kan worden aangenomen.

61 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, AB 2023/250, m.nt. R. Stijnen onder AB 2023/251 (Weerselose markt), r.o. 7.6.

62 <https://www.weerselosemarkt.nl/informatie/>.

63 https://static.weerselosemarkt.nl/markt_spelregels.pdf.

64 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, AB 2023/250, m.nt. R. Stijnen onder AB 2023/251 (Weerselose markt), r.o. 7.6.