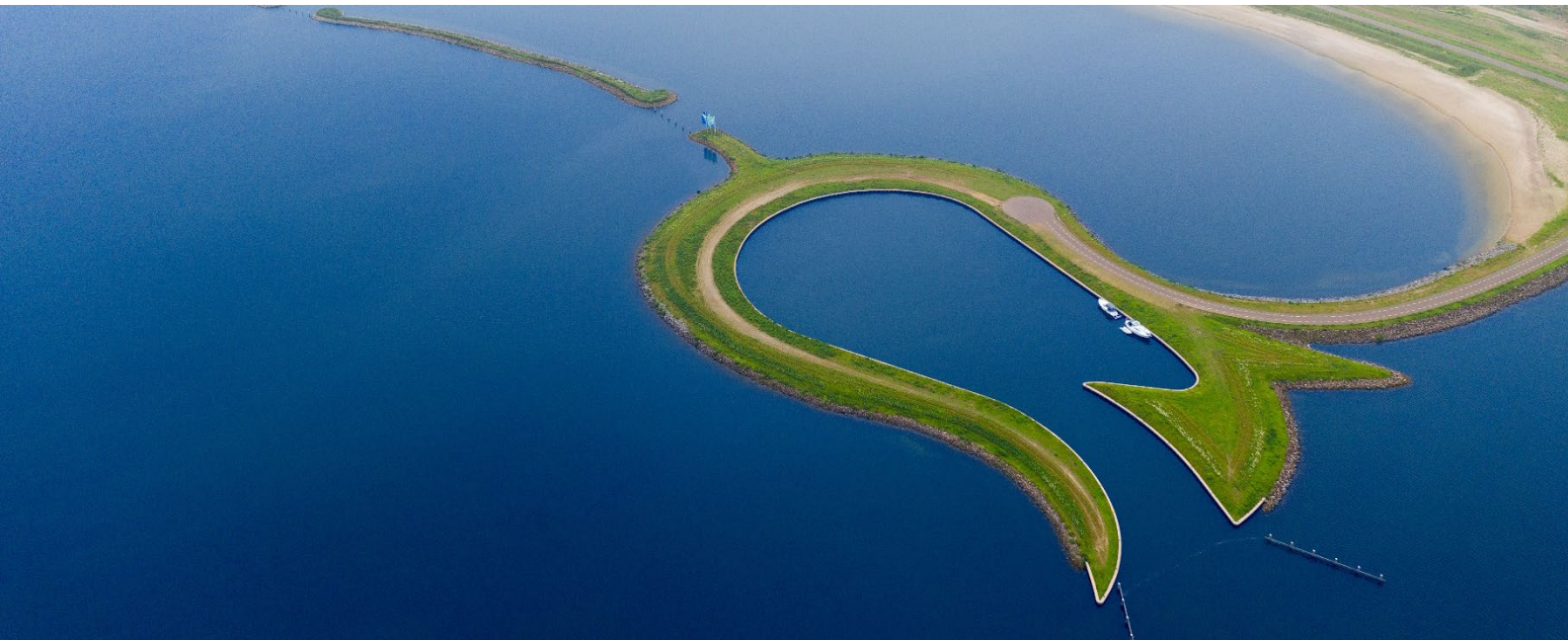


# PELS RIJCKEN



## Eén uniform overtredersbegrip in het bestuursrecht?

De conclusie van A-G Wattel nader beschouwd

**Carola de Rond en Wouter Poot**

### Inleiding

Op 15 februari jl. verscheen de conclusie van staatsraad advocaat-generaal P.J. Wattel (Wattel)<sup>1</sup>, een conclusie waar menig handhavingsjurist naar heeft uitgekeken. Wattel was door de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) gevraagd om een conclusie te nemen over de invulling van het begrip ‘overtreder’ in het bestuursrecht ten opzichte van het begrip ‘functioneel daderschap’ in het strafrecht. Hij concludeert dat er ‘licht zit’ tussen de invulling van deze begrippen en dat dit niet strookt met de bedoeling van de wetgever om één uniform overtredersbegrip te hanteren.

---

<sup>1</sup> Concl. A-G P.J. Wattel 15 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:579.



Het volgen van deze conclusie kan behoorlijke consequenties hebben voor de handhaving van het bestuursrecht. In deze notenkraaker vatten wij eerst de belangrijkste onderdelen van de conclusie samen. Daarna gaan wij in op de mogelijke consequenties voor de toezicht- en handhavingpraktijk als deze conclusie wordt gevolgd. Tot besluit staan we stil bij de bestuursrechtelijke context waarin deze conclusie kan worden geplaatst.

### **De conclusie samengevat**

De conclusie draait in de kern om de vraag of sprake is van verschillen tussen het begrip ‘overtreder’ als bedoeld in artikel 5:1 Algemene wet bestuursrecht (Awb) in het bestuursrecht, en het strafrechtelijke functioneel daderbegrip zoals dat volgt uit het *IJzerdraad*- en het *Drijfmest*-arrest van de strafkamer van de Hoge Raad, en zo ja, of die verschillen legitiem zijn.

Om die vraag te kunnen beantwoorden staat Wattel eerst stil bij de wettelijke bepalingen in de Awb rondom de ‘overtreder’ en de aan hem op te leggen sancties, en de parlementaire geschiedenis van de vierde tranche van de Awb die in 2009 in werking trad. Wattel leidt daaruit drie dingen af:

1. De Awb-wetgever is uitgegaan van een uniform overtrederbegrip voor zowel de twee herstelsancties in de Awb (de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang) als de bestraffende sanctie (de bestuurlijke boete). Wattel acht dit opmerkelijk, omdat de strekkingen van deze sancties nogal uiteenlopen.
2. De Awb-wetgever heeft zo veel mogelijk willen aansluiten op regelingen in het strafrecht. Slechts op onderdelen waar dat echt nodig werd geacht, is een eigen regeling in het bestuursrecht geformuleerd, om zo ‘nodeloze verschillen’ tussen de rechtsgebieden te voorkomen.
3. Voor het Awb-overtrederschap is geen andere afwijking van het strafrecht voorzien dan uitsluiting van de deelnemingsvormen uitlokking, doen-plegen en medeplichtigheid.

Deze drie punten tezamen maken dat volgens Wattel de conclusie moet zijn dat het voor zowel herstelsancties als strafsancties geldende uniforme overtrederbegrip in hoofdstuk 5 Awb gelijk is aan het strafrechtelijke daderschap, exclusief uitlokkers, doen-plegers en medeplichtigen. Wattel lijkt te betwijfelen of de wetgever zich voldoende bewust is geweest van de consequenties daarvan.



Daarna gaat Wattel in op de bewijslastverdeling en het bewijsrisico bij bestuurlijke sancties. Daarover is niets specifiek te vinden in de wet. Uit de wetsgeschiedenis volgt (enkel) dat de Awb-wetgever meende dat de bewijslast bij bestuurlijke boetes (volledig) op het bestuur rust. Aangezien Wattel eerder concludeerde dat artikel 5:1 Awb een uniform overtredersbegrip bepaalt voor zowel herstelsancties als strafsancties, moet volgens hem aangenomen worden dat de bewijslastverdeling voor beide typen sancties dan ook dezelfde zou moeten zijn. Dit heeft tot gevolg dat de bewijslast voor het overtreederschap bij herstelsancties, net als bij strafsancties, volledig bij het bestuursorgaan ligt. Wederom werpt Wattel de vraag op of de Awb-wetgever zich dat heeft gerealiseerd.

Wattel constateert vervolgens dat het probleem dat het conclusieverzoek aansnijdt, zit in de *vooronderstelling* van overtreederschap die in bepaalde gevallen uit de rechtspraak van de Afdeling blijkt. Anders dan in het strafrecht, waarin het daderschap van de verdachte steeds bewezen zou moeten worden, blijkt de Afdeling in haar rechtspraak te differentiëren in de wijze waarop zij de vaststelling van het overtreederschap door het bestuursorgaan toetst:

1. Een categorie van zaken waarin de Afdeling de ‘gewone’ criteria voor functioneel daderschap uit het strafrecht hanteert. Volgens Wattel zitten in deze categorie ook de meeste punitieve sancties.
2. In een andere categorie zaken hanteert de Afdeling volgens Wattel een vooronderstelling van daderschap waarbij de aangeschrevene moet bewijzen dat hij géén dader is door te bewijzen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan (bijvoorbeeld de eigenaar van een woning, die moet bewijzen dat hij voldoende zorg heeft betracht om te voorkomen dat de huurder van zijn woning overtredingen begaat).
3. In een laatste, kleine categorie van zaken hanteert de Afdeling een overtreedersbegriff dat neer zou komen op risicoaansprakelijkheid, omdat tegenbewijs voor niet-plegerschap of een beroep op afwezigheid van alle verwijtbaarheid uitgesloten lijkt. Wattel wijst daarbij op de zogeheten bluswaterrechtspraak van de Afdeling.<sup>2</sup>

Hoewel Wattel enerzijds begrip lijkt te hebben voor de uitkomsten van de rechtspraak van de Afdeling waarin deze drie vormen terugkomen, heeft hij daar anderzijds, mede vanuit het legaliteitsbeginsel, toch bezwaren tegen.

---

<sup>2</sup> Met als voornaamste voorbeelden ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:90, AB 2014/144, m.nt. Vermeer, JM 2014/34, m.nt. Onrust en Kortmann (*Chemie-Pack Nederland BV*); ABRvS 22 januari 2014, AB 2014/145, m.nt. Kortmann, JM 2014/35, m.nt. Kortmann en Onrust (*Chemie-Pack Onroerend Goed BV*) en ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:515, AB 2014/193, m.nt. Kortmann (*Holding Gerard Spiering BV*).



Op basis van het voorgaande komt Wattel tot de conclusie dat er licht zit tussen de rechtspraak van de Afdeling en die van de strafrechter over (functioneel) daderschap. Met name bij herstelsancties is er geen sprake van eenstemmigheid. Dat zou niet stroken met wat de Awb-wetgever heeft beoogd, al heeft de wetgever zich volgens Wattel wellicht niet gerealiseerd wat de consequenties van zijn bedoeling zouden zijn.

### *Opties Wattel*

Om de negatieve gevolgen van het hanteren van een uniform bestuursrechtelijk overtredersbegrip en koppeling daarvan aan het strafrechtelijke functioneel daderschap te vermijden of te verkleinen schetst Wattel drie opties:

1. Een uniform bestuursrechtelijk overtredersbegrip in zijn geheel loslaten en voortaan drie overtredersbegrippen onderscheiden:
  - a. een overtredersbegrip voor herstelsancties, dat zo veel mogelijk aansluit bij het strafrechtelijke functioneel daderschap maar wat betreft de toerekening, de bewijslastverdeling en het bewijsrisico voldoet aan de eisen van het herstelsanctierecht;
  - b. een overtredersbegrip voor bestraffende sancties, dat volledig aansluit bij het strafrechtelijke daderschap; dat betekent dat daarbij geen buitenwettelijke zorgplichten of bewijslastomkeringen kunnen worden opgelegd; en
  - c. een overtredersbegrip voor herstelsancties waarin het overtrederschap los van toerekenbaarheid van de gedraging voor risico van de aangesprokene komt;
2. Een uniform overtredersbegrip blijven hanteren, maar voor herstelsancties, indien dat vereist is om aan het doel van de herstelsanctie te kunnen beantwoorden, de bewijslast en het bewijsrisico niet slechts bij het bestuursorgaan neerleggen, bijvoorbeeld door weerlegbare vooronderstellingen van overtrederschap in de delictsomschrijving op te nemen, of door eerder een zorgplicht aan te nemen dan bij bestraffende sancties; of
3. Voor alle sancties, zowel herstelsancties als bestraffende sancties, zichtbaar en navolgbaar aansluiten bij het strafrechtelijke functioneel daderschap, zonder buitenwettelijke toerekening of bewijslastomkeringen.

Wattel stelt aan de Afdeling voor om de laatste optie te kiezen, die volgens hem 'het minst slecht is'. Kiezen voor een van de andere twee opties ligt volgens Wattel buiten de rechtsvormende taak, bevoegdheid en mogelijkheden van de rechter.



## Mogelijke consequenties voor de toezicht- en handhavingspraktijk

Wattel lijkt zich bewust van de mogelijk verstrekkende gevolgen van zijn conclusie, meer specifiek zijn voorstel om voortaan voor alle bestuurlijke sancties aan te sluiten bij het strafrechtelijke functioneel daderschap. Die gevolgen kunnen inderdaad groot zijn. Als voor alle sancties wordt aangesloten bij het strafrechtelijke functioneel daderschap, betekent dat ten eerste dat de Afdeling niet langer zal werken met buitenwettelijke toerekeningen of bewijslastomkeringen. Dit lijkt op het eerste gezicht met name consequenties te kunnen hebben voor (1) de invordering van kosten van bestuursdwang in het omgevingsrecht en (2) de handhaving van een aantal specifieke normen, zoals:

- artikel 21 Huisvestingswet (het onttrekken van een woonruimte aan de bestemming tot bewoning zonder vergunning);<sup>3</sup>
- artikel 23a Huisvestingswet (het in strijd met de regels toeristisch verhuren van een woning);<sup>4</sup>
- artikel 13b Opiumwet (het sluiten van een woning of pand vanwege de aanwezigheid van specifieke middelen of stoffen).<sup>5</sup>

Bij de handhaving van deze normen wordt het handhavingsbesluit<sup>6</sup> veelal opgelegd aan de eigenaar van de woning of het pand, ook als deze worden verhuurd. Indien sprake is van verhuur komt het regelmatig voor dat de eigenaar stelt dat zijn huurder, buiten het weten van de eigenaar om, de overtreding feitelijk heeft begaan. De Afdeling gaat er in haar huidige rechtspraak van uit dat de eigenaar als overtreder kan worden aangesproken, althans sluiting niet onevenredig is, behalve als de eigenaar bewijst dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan. Die zorgplicht komt erop neer dat de eigenaar voldoende zorg heeft betracht om te voorkomen dat de huurder overtredingen begaat. Wanneer dit type toerekeningen of bewijslastomkeringen niet meer gehanteerd wordt, zal het bestuursorgaan buiten redelijke twijfel moeten bewijzen dat de eigenaar (1) erover mocht beschikken dat de verboden gedraging al dan niet zou plaatsvinden en (2) zodanig of vergelijkbaar gedrag blijkens de feitelijke gang van zaken door de eigenaar werd aanvaard of is bedoeld te aanvaarden, waaronder mede is begrepen het niet betrachten van de zorg

---

<sup>3</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS 23 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:860, r.o. 5.2 en ABRvS 10 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2314, r.o. 4-5.

<sup>4</sup> Art. 23a Huisvestingswet 2014 is ingevoerd met de Wet toeristische verhuur in januari 2021. Over dit artikel is nog relatief weinig rechtspraak verschenen.

<sup>5</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS 31 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2523, r.o. 5.4-5.6.

<sup>6</sup> Ofwel het besluit tot kostenverhaal voor het handhavingsbesluit.



die in redelijkheid van de eigenaar kon worden gevergd met het oog op het voorkomen van de gedraging.

Dat is een bewijslast waar een bestuursorgaan in de praktijk lang niet altijd aan zal kunnen voldoen. Want hoe kan je bijvoorbeeld bewijzen dat de eigenaar van een woning niet voldoende zorg heeft betracht om de verboden gedragingen door zijn huurder te voorkomen? De moeilijke bewijspositie waar een bestuursorgaan in dit soort situaties al snel in komt te verkeren, verklaart naar onze mening ook juist waarom de Afdeling bepaalde vooronderstellingen van daderschap hanteert. Aldus kunnen bepaalde maatschappelijk gewenste uitkomsten worden bereikt, die bij toepassing van de uitleg van het overtredersbegrip die Wattel voorstaat niet haalbaar lijken. Indien de conclusie door de Afdeling zou worden gevolgd, komt aan de hiervoor genoemde rechtspraak dus een eind. Dat betekent grofweg dat ófwel het bestuursorgaan veel meer onderzoek moet doen naar (simpel gezegd) de betrokkenheid van een eigenaar bij een overtreding of bepaalde situatie, ófwel de wetgever aan zet is om voor specifieke situaties een vooronderstelling van daderschap en/of bewijslastomkering in de wet te regelen.

Hoewel de conclusie met name ziet op functioneel daderschap, kan uit de conclusie tevens worden afgeleid dat Wattel kritisch kijkt naar buitenwettelijke bewijslastomkeringen bij ‘normaal’ overtrederschap. Een voorbeeld daarvan is de zogeheten vuilniszakkenjurisprudentie.<sup>7</sup> Volgens de Afdeling mag de gemeente ervan uitgaan dat de persoon tot wie het huisvuil kan worden herleid (door een naam of adres op bijvoorbeeld een envelop of doos) ook de overtreder is, tenzij die het tegendeel aannemelijk maakt. Hoewel de Afdeling relatief recent de drempel voor het aannemelijk maken van het tegendeel al heeft verlaagd,<sup>8</sup> blijft sprake van een bewijslastomkering, in de zin dat de gemeente niet buiten redelijke twijfel hoeft te bewijzen dat de aangesproken persoon daadwerkelijk degene was die het huisvuil heeft achtergelaten. Dit kan op gespannen voet staan met het uitgangspunt van de wetgever dat de bewijslast bij bestuurlijke sancties ‘volledig’ op het bestuursorgaan rust, zoals Wattel in zijn conclusie aanhaalt.

Kortom: het volgen van de conclusie heeft mogelijk verstrekkende consequenties voor de bewijsvoering door bestuursorganen. Daarmee komt de vraag op waarom deze conclusie eigenlijk is gevraagd en in welke context deze kan worden geplaatst.

---

<sup>7</sup> Vgl. A.T. Marseille & M. Wever, ‘Huisvuil en responsiviteit’, *NJB* 2018/208.

<sup>8</sup> ABRvS 1 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1554, *AB* 2022/209, m.nt. C.M.M. van Mil.



## Bestuursrechtelijke context waarbinnen de conclusie moet worden geplaatst

De precieze achtergrond van het verzoek van de voorzitter van de Afdeling aan Wattel om een conclusie over dit onderwerp te nemen, is helaas niet toegelicht. Wel menen wij dat de conclusie past binnen een bredere ontwikkeling binnen het bestuursrecht waarin meer en meer aandacht is voor de rechtsbescherming tegen ingrijpend overheidshandelen. Wij wijzen in dit verband onder meer op het ongevraagde advies van de Afdeling advisering van de Raad van State over de rechtsbescherming van de burger bij bestuurlijke boetes uit 2015,<sup>9</sup> maar ook op de conclusie uit 2021<sup>10</sup> en daaropvolgende uitspraak van de Grote Kamer uit 2022 over de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel.<sup>11</sup>

Binnen deze context past wellicht minder goed dat de bestuursrechter het overtrederbegrip oprekt en tot een invulling komt die maakt dat méér personen verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor overtredingen dan onder het strafrecht het geval zou zijn. De consequenties van een bestuurlijke boete maar ook die van een herstelsanctie kunnen bovendien behoorlijk ingrijpend zijn, en dat besef lijkt de afgelopen jaren ook alleen maar te zijn toegenomen. Daar plaatsen wij tegenover dat, zoals Wattel zelf ook in zijn conclusie aanstipt, de vraag opkomt of de Awb-wetgever in 2009 alle consequenties van een uniform overtrederbegrip wel heeft overzien en daarmee heeft aanvaard. De wetgever heeft bovendien toen aangegeven *nodeloze* verschillen tussen het bestuursrecht en het strafrecht te willen voorkomen; het is dus niet zo dat ieder verschil met het strafrecht op voorhand als ontoelaatbaar is aangemerkt. Zeker bij herstelsancties, die niet kwalificeren als *criminal charge* waarvoor specifieke rechtswaarborgen en rechtsbeginselen gelden, valt er wat voor te zeggen om in bijzondere situaties te werken met specifieke vooronderstellingen van daderschap, om zo tot maatschappelijk wenselijke uitkomsten te kunnen komen. Indien de Afdeling de conclusie van Wattel volgt, is de wetgever op dit punt aan zet.

---

<sup>9</sup> Raad van State, *Analyse van enige verschillen in rechtsbescherming en rechtspositie van de justitiabele in het strafrecht en in het bestuursrecht*, Advies met kenmerk W03.15.0138/II, 13 juli 2015 ([www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl)).

<sup>10</sup> Concl. R.J.G.M. Widdershoven en P.J. Wattel 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468.

<sup>11</sup> ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285.