

Bestuurdersaansprakelijkheid in het milieubestursrecht

De leidinggevende functionaris als overtreder van milieunormen

Preadvies Jonge VAR

9 november 2018

T.R. (Tim) Bleeker*

1. INLEIDING	3
2. BEGRIPPENKADER EN VERANTWOORDING.....	5
2.1. Inleiding.....	5
2.2. Begrippenkader.....	5
2.2.1. ‘Bestuurders’ en ‘bestuurdersaansprakelijkheid’	5
2.2.2. Bestuursrechtelijke sancties.....	6
2.2.3. De overtreding.....	7
2.2.4. De overtreder	8
Overtrederschap in abstracto (de normadressaat).....	8
Overtrederschap in concreto.....	9
2.2.5. Zoek de verschillen.....	13
2.3. Problemen.....	17
2.4. Toelichting en verantwoording van keuzes	18
2.4.1. Enge en ruime invulling van overtrederschap	18
2.4.2. ‘Daderschap’ in het strafrecht en in het bestuursrecht.....	19
3. OVERTREDERSCHAP IN ABSTRACTO: de adressaat van milieunormen.....	21
3.1. Inleiding.....	21
3.2. Tot een ieder gerichte milieunormen.....	22
3.3. Inrichtinggebonden milieunormen	23
3.3.1. Inrichtingen.....	23
3.3.2. De normadressaat van inrichtinggebonden algemene regels.....	24
3.3.3. De normadressaat van een omgevingsvergunning milieu	25
3.3.4. Drijver van de inrichting.....	26
3.4. De normadressaat in de Omgevingswet	31
3.4.1. Milieunormen in de Omgevingswet en hun adressaat.....	31
3.4.2. Artikel 5.37a Omgevingswet: deelvergunninghouders	33

* Mr. T.R. Bleeker is als promovendus verbonden aan het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law (UCWOSL) van de Universiteit Utrecht. Hij doet onderzoek naar de privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke mogelijkheden om leidinggevend personen persoonlijk aansprakelijk te stellen voor milieuovertredingen.

3.4.3.	Résumé normadressaatschap Ow en leidinggevende functionarissen	34
3.5.	Tussenconclusie.....	34
4.	OVERTREDERSCHAP IN CONCRETO: betrokkenheid bij de overtreding	37
4.1.	Inleiding.....	37
4.2.	Pre-Vierde tranche overtrederschap	37
4.3.	Post-Vierde tranche overtrederschap.....	38
4.3.1.	Inleiding.....	38
4.3.2.	‘Fysiek’ plegen	39
4.3.3.	Functioneel plegen.....	39
4.3.4.	Feitelijk leidinggeven	45
4.3.5.	Medeplegen	48
4.4.	Tussenconclusie overtrederschap <i>in concreto</i>	48
5.	BANGE BESTUURDERS IN HET MILIEURECHT	50
5.1.	Inleiding.....	50
5.2.	Argumenten voor de aanvullende bescherming van bestuurders	51
5.2.1.	Bange bestuurders.....	51
5.2.2.	Risicoaansprakelijkheid.....	53
5.2.3.	Indirect verkeersdeelnemers	53
5.2.4.	Convergentie van rechtsgebieden.....	54
5.2.5.	De stoel van de ondernemer	55
5.3.	Argumenten tegen de aanvullende bescherming van bestuurders	55
5.3.1.	Vreemde doorkruising van het systeem.....	55
5.3.2.	Wenselijk defensief gedrag	56
5.3.3.	Handhaving moet effectief zijn	56
5.3.4.	Kosten voor de samenleving.....	57
5.4.	Balans	57
6.	AANBEVELINGEN.....	59

1. INLEIDING

In ondernemingsrechtelijke kringen heeft de oratie van Maarten Kroeze over ‘bange bestuurders’ geleid tot een levendig debat over de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen.¹ In de afgelopen jaren zijn er verschillende proefschriften, bundels, monografieën en artikelen verschenen over dit onderwerp.² Het thema bestuurdersaansprakelijkheid gaat echter verder dan alleen het ondernemingsrecht of zelfs het privaatrecht; ook in de andere rechtsgebieden kunnen bestuurders van rechtspersonen het doelwit zijn van sancties. De positie van leidinggevende functionarissen heeft bijvoorbeeld veel aandacht gekregen in het strafrechtelijke discours.³ In het economisch bestuursrecht wordt ook regelmatig gehandhaafd jegens bestuurders en andere leidinggevendenden.⁴

In dit preadvies ga ik in op ‘bestuurdersaansprakelijkheid in het milieurecht’.⁵ Ik bespreek de voorwaarden die gelden voor het opleggen van een bestuurlijke sanctie aan bestuurders en andere leidinggevendenden voor het overtreden van milieunormen, en stel de normatieve vraag of bestuurders in het milieurecht, net als in het privaatrecht, aanvullende bescherming verdienen tegen ‘persoonlijke aansprakelijkheid’. Oftewel, wanneer zijn bestuurders en andere leidinggevendenden ‘de klos’ in het milieubestuursrecht, en zou er iets moeten veranderen aan de voorwaarden zodat de leidinggevendenden minder (of juist meer) ‘bang’ hoeven te zijn voor aansprakelijkheid?

Het preadvies is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2, bespreek ik de belangrijkste begrippen uit het bestuursrechtelijke handhavingsrecht, en adresseer ik een aantal terminologische onduidelijkheden en knelpunten van het overtreddersbegrip. Om het zo overzichtelijk mogelijk te maken bevat het begrippenkader onder meer een schema, een stappenplan, en een vergelijking van een aantal begrippen die veel op elkaar lijken maar steeds net iets anders betekenen.

Vervolgens ga ik in op de vraag wanneer een leidinggevende functionaris kan worden aangemerkt als ‘overtreder’ van milieuvoorschriften. Voor het overtredderschap van de leidinggevende functionaris, moet eerst de vraag worden beantwoord of de verplichtingen uit de milieuvoorschriften (ook) persoonlijk drukken op de leidinggevende. Dit betreft de vraag omtrent het normadressaatschap, oftewel het *overtredderschap in abstracto*. In paragraaf 3 bespreek ik of leidinggevendenden beschikken over de in de in sommige milieuvoorschriften vereiste ‘kwaliteit’, om de norm te overtreden.

Dat de leidinggevende functionaris beschikt over de juiste kwaliteit, is niet voldoende (en ook niet altijd noodzakelijk) om de leidinggevende aan te merken als *overtreder*: voor het overtredderschap is ook een bepaalde

¹ M. Kroeze, ‘Bange Bestuurders’ (oratie), Ondernemingsrecht 2006/3.

² Zie onder (veel) meer B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag: binnen het vennootschapsrecht van Nederland en Delaware* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2007; D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid, een maatpak voor de boardroom* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2010; W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie: Over rechtsvorming en taal, onbehoorlijk bestuur, onrechtmatige daad en ernstig verwijt* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017; G. Van Solinge e.a. *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen: Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied*, Deventer: Wolters Kluwer 2017; S.N. De Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevendenden* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2009; .F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders'*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

³ Zie bijvoorbeeld M.J. Hornman *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevendenden van ondernemingen: Een beschouwing vanuit multidimensionaal perspectief* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2016; E. Sikkema en P. Waeterinckx (red.), *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van leidinggevendenden – in de economische context – Preadvies voor de jaarvergadering van de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 2010*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010.

⁴ Zie bijvoorbeeld het handhavingsbeleid van de AFM en DNB, Stcrt 11 juli 2008, nr. 132, pag. 30 e.v.; en ook de ACM heeft de pijlen gericht op de natuurlijke personen achter de rechtspersoon. “(..) Dus waar individuen betrokken zijn als feitelijk leidinggevers aan een overtreding, zal de ACM niet schromen persoonlijke boetes op te leggen”, speaking notes van Chris Fonteijn op 10e Jaarcongres ‘Ontwikkelingen Mededingingsrecht’ Kurhaus, 4 oktober 2012, te raadplegen op www.acm.nl/nl/download/bijlage/?id=10364. Zie verder het preadvies van M.C.C. van Overbeek & O.E.S. Dusée, ‘Feitelijk leidinggeven en medeplegen, een blik op de praktijk van de economische toezichhouders’, *Preadviezen Jonge VAR* 2018.

⁵ ‘Milieurecht’ is een breed begrip dat verschillend wordt uitgelegd. In dit preadvies kijk ik vooral naar algemene regels en vergunningsvoorschriften die milieubelastende activiteiten regelen op grond van de Wm, Wabo en Ow. Het natuurbeschermingsrecht, maar ook milieuprivaatrecht en milieustrafrecht, blijven dus buiten beschouwing.

mate van *betrokkenheid* bij de verboden gedraging nodig om een (rechts)persoon aan te merken als overtreder. Dit wordt ook wel het *overtrederschap in concreto* genoemd. Er bestaan verschillende soorten overtreders, namelijk fysieke plegers, functionele plegers, medeplegers en feitelijk leidinggevers. In paragraaf 4 bespreek ik de criteria van elke overtrederschapsvorm, en ga in op de toepassing van die criteria bij leidinggevende functionarissen. Bovendien sta ik stil bij de vraag of in het milieurecht de door de wetgever beoogde aansluiting bij de strafrechtelijke daderschapsvormen gerealiseerd wordt.

Paragraaf 3 en 4 geven dus het antwoord op de vraag wanneer een leidinggevende functionaris aangemerkt kan worden als overtreder van een milieunorm. Ik verklap alvast dat uit de bestudering van de criteria blijkt dat niet alleen rechtspersonen, maar (juist) ook natuurlijke personen met een leidinggevende functie gesanctioneerd kunnen worden voor het schenden van milieunormen. Aan de bestuurders komt in het bestuursrecht – anders in het privaatrecht – geen aanvullende bescherming toe tegen eventuele aansprakelijkheid. Specifieker uitgedrukt: in het milieurecht (en in het algemene bestuursrecht net zo min) is geen ernstig verwijt nodig voor het sanctioneren van een leidinggevende. Sommige auteurs vrezen voor risicoaansprakelijkheid, en zijn bang dat bestuurders onwenselijk risicomijdend gedrag zullen vertonen. Daarom klinken er geluiden om de hogere aansprakelijkheidsdrempel voor leidinggevendenden ook in het bestuursrecht te introduceren.⁶ In paragraaf 5 sta ik daarom stil bij de vraag in hoeverre het *wenselijk* is dat leidinggevende functionarissen ook in het milieurecht aanvullend beschermd worden tegen bestuurlijke sancties. Verschillende argumenten en weerleggingen van argumenten uit de ‘bange bestuurders’-discussie komen hier aan bod.

In dit preadvies doe ik natuurlijk ook een aantal aanbevelingen. Steeds zal ik de aanbevelingen **dik gedrukt** noemen in de tussenconclusies. In paragraaf 6 zet ik de aanbevelingen op een rij, onder verwijzing naar de relevante paragrafen.

⁶ Dit standpunt wordt verdedigd door onder meer J. Van Bakkum ‘Risicoaansprakelijkheid leidinggevendenden voor persoonlijke bestuursrechtelijke boetes’, *Ondernemingsrecht* 2013/114; G.P. Roth, ‘Bedenkingen bij bestuurlijke beboeting bestuurders’, *Ondernemingsrecht* 2013/85. Zie ook H. Bröring & S. De Valk ‘Uitdijende aansprakelijkheid in het bestuursrecht: bestuurders de klos?’, *Nederlands Juristenblad* 2011/520, waarin auteurs pleiten dat ‘secundaire daders’ (lees: bestuurder) slechts onder bijkomende omstandigheden gesanctioneerd kunnen worden. Mellenbergh is genuanceerder, maar wel voorstander van secundair overtrederschap van bestuurders, zie R. Mellenbergh, ‘Aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders van private rechtspersonen: een vergelijking tussen het bestuursrechtelijke begrip overtreder en de privaatrechtelijke onrechtmatige daad’, *Ondernemingsrecht* 2011/100.

2. BEGRIPPENKADER EN VERANTWOORDING

2.1. Inleiding

Niet iedereen die dit preadvies leest zal dagelijks te maken hebben met bestuursrechtelijk handhavingsrecht. Degenen die onbekend zijn met de centrale begrippen, zullen snel verdwalen in dit preadvies. Maar zelfs bij degenen die de termen wel kennen, kan verwarring bestaan over wat de termen betekenen en in welke hoek van het handhavingsrecht ze thuishoren. Vooral bij het overtredersbegrip ligt verwarring op de loer.

Voordat ik dieper inga op de verschillende stukjes van de puzzel, tracht ik eerst het *totaalplaatje* te laten zien. Om dat te bereiken volgt een overzicht van de begrippen die bij de beantwoording van de centrale vraag van dit preadvies aan bod komen. Ik sta kort stil bij de betekenis en de onderlinge relatie van deze begrippen, en ik verwijs naar de paragrafen waarin deze onderwerpen (onder verwijzing naar jurisprudentie en literatuur) worden toegelicht. Zodoende functioneert paragraaf 2.2 zowel als een samenvatting, maar ook als wegwijzer voor dit preadvies.

Gelet op de centrale plek van het overtredersbegrip in dit preadvies, en gelet op de onduidelijkheden die bestaan met betrekking tot criteria en kenmerken van de verschillende soorten overtreders, ga ik in paragraaf 2.2.4 dieper in op het bestuursrechtelijke overtredersbegrip. Deze sub-paragraaf is ook voorzien van een schema en een stappenplan met de verschillende overtredersvormen. In paragraaf 2.2.5 bespreek ik een aantal begrippen uit het bestuursrechtelijke handhavingsrecht die vaak verward worden.

Bij het schrijven van dit preadvies en het begrippenkader stuitte ik op twee problemen. Het eerste probleem betreft de terminologische en conceptuele onduidelijkheid van een aantal centrale begrippen in het bestuursrechtelijke handhavingsrecht. Het tweede probleem heeft ermee te maken dat het systeem van het bestuursrechtelijke handhavingsrecht op sommige punten knelt: er zijn botsende criteria die toch naast elkaar bestaan. Deze problemen moeten geadresseerd worden, omdat bij de huidige stand van zaken de juridische toets een tamelijk willekeurig karakter heeft. In zekere zin vormden deze problemen zelfs de aanleiding om dit (uitgebreide) begrippenkader te schrijven. In paragraaf 2.3 licht ik de problemen verder toe, en leg ik uit waarom het relevant is ze te adresseren. Ik betoog dat sommige kameleontische begrippen kleur moeten bekennen, en dat bij sommige criteria niet de kool en de geit gespaard kunnen worden, dus dat er keuzes gemaakt moeten worden. In paragraaf 2.4 licht ik de keuzes die keuzes toe en geef ik verantwoording.

2.2. Begrippenkader

2.2.1. ‘Bestuurders’ en ‘bestuurdersaansprakelijkheid’

De noodzaak om enkele begrippen te verhelderen, begint al bij de titel van dit preadvies (‘bestuurdersaansprakelijkheid in het milieurecht’). Om misverstanden bij het bestuursrechtelijke publiek te voorkomen: het onderwerp van dit preadvies heeft niets te maken met onrechtmatig overheidshandelen. De term ‘**bestuurders**’ verwijst namelijk *niet* naar toezichthouders, wethouders, of andere personen die met enig openbaar gezag bekleed zijn, maar naar leidinggevende functionarissen van *ondernemingen*. Het privaatrechtelijke publiek zal wellicht om een andere reden door de titel op het verkeerde been gezet worden; de term ‘bestuurdersaansprakelijkheid’ wordt in het privaatrecht doorgaans⁷ geassocieerd met de aansprakelijkheid van *formele* (statutaire) bestuurders.

Voor de duidelijkheid: in dit preadvies onderzoek ik de mogelijkheden om een bestuursrechtelijke sanctie op te leggen aan bestuurders en andere leidinggevendenden van ondernemingen voor het schenden van milieunormen.

⁷ Doorgaans, maar niet altijd. De aansprakelijkheidsnormen in art. 6:162 BW en art. 2:138/248 BW gelden ook voor functionarissen die als feitelijk bestuurder zijn te kwalificeren, Van Solinge e.a. 2017, p. 10.

Meestal zal ik in plaats van ‘bestuurders’ de ruimere term **leidinggevend** gebruiken,⁸ als verzamelnamen voor de natuurlijke personen binnen een onderneming die verantwoordelijk zijn voor de bedrijfsvoering en zeggenschap hebben over de koers van de onderneming.⁹ Om te bepalen wie kwalificeert als leidinggevende, is niet de formele positie, maar de feitelijke positie doorslaggevend.¹⁰

Dat betekent dat bijvoorbeeld een werknemer die zijn baas opzij zet en feitelijk de lakens uitdeelt, ook aangemerkt kan worden als een leidinggevende. Andersom kan een formele bestuurder die zich in de praktijk niet bemoeit met de gang van zaken van de onderneming buiten de definitie van leidinggevende vallen. In ieder geval kunnen werknemers of contractanten van een onderneming met een louter uitvoerende taak niet aangemerkt worden als leidinggevend.

2.2.2. Bestuursrechtelijke sancties

Soorten sancties

Voor dit preadvies kijk ik zowel naar de mogelijkheid om herstelsancties (Awb titel 5.3) als bestraffende sancties (Awb titel 5.4) op te leggen aan leidinggevend voor het overtreden van milieunormen. **Herstelsancties** zien op het ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, het voorkomen van herhaling, of het ongedaan maken van de gevolgen van de overtreding (art. 5:2 lid 1 sub b Awb). De belangrijkste herstelsanctie is de **last onder dwangsom** (art. 5:31d Awb), gevolgd door de **last onder bestuursdwang** (art. 5:21 Awb). De ‘last’ die het bevoegd gezag in herstelsancties oplegt, komt neer op het (deels) herstellen of bewerkstelligen van wat ‘rechtens de juiste toestand’ is.¹¹ Het dwangmiddel om ervoor te zorgen dat de last wordt uitgevoerd, is bij de last onder dwangsom een voorwaardelijke betalingsverplichting, en bij de last onder bestuursdwang de dreiging dat het bevoegd gezag de maatregelen op kosten van de overtreder zal nemen.

Bestraffende sancties zijn niet gericht op herstel, maar op het toevoegen van leed aan de overtreder (5:2 lid 1 sub c). De belangrijkste bestraffende sanctie is de **bestuurlijke boete**, waarmee het bevoegd gezag in reactie op een overtreding de overtreder kan straffen met een onvoorwaardelijke betalingsverplichting. Voor het opleggen van een bestuurlijke boete moet per bijzondere wet bekeken worden of hiertoe bevoegdheid bestaat. In het milieurecht zijn er bijna¹² geen grondslagen voor bestuurlijke boetes: het bestraffen van milieuovertredingen verloopt doorgaans via strafbeschikkingen (art. 1a Wet op de Economische Delicten). Bij het opleggen van bestraffende sancties, zoals de bestuurlijke boete, is in beginsel sprake van een *criminal charge*, waardoor de normen uit 6 EVRM van toepassing zijn.

Adressaat van bestuursrechtelijke sancties

Meestal moet de sanctie geadresseerd¹³ worden aan de overtreder, maar voor sommige sancties gelden aanvullende eisen, en bij andere sancties is het overtreederschap geen voorwaarde. Ik bespreek kort de adressaten van de hiervoor genoemde bestuursrechtelijke sancties.¹⁴

Een *last onder dwangsom* kan alleen aan een *overtreder* opgelegd worden, die het bovendien feitelijk en juridisch **in de macht heeft** de last uit te voeren.¹⁵ Een niet-uitvoerbare last, waarbij de niet-uitvoering wordt

⁸ Niet te verwarren met de overtrederstatusvorm ‘feitelijk leidinggever’, zie onder par. 2.2.4.

⁹ Voorbeelden van leidinggevende functionarissen zijn de (statutaire) bestuurders, directieleden, MT-leden, commissarissen, ‘plant managers’, afdelingshoofden en filiaalchefs.

¹⁰ Hiermee sluit ik aan op de feitelijke benadering van het bestuursrechtelijke overtrederbegrip. Zie par. 2.2.4, par. 3 en par. 4.

¹¹ L.J.A. Damen e.a. (red.), *Bestuursrecht Deel 1: Systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving*, Den Haag: Boom juridisch 2016, par. 14.3.3. en par. 15.1.

¹² Een uitzondering is bijvoorbeeld art. 18.16a Wm, dat het bevoegd gezag in staat stelt om ETS-overtredingen te bestraffen met een boete. Zie over dit onderwerp onder meer A.B. Blomberg ‘De opmars van de bestuurlijke boete in het omgevingsrecht’, *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2017, afl. 2, p. 82-89.

¹³ Niet te verwarren met aan wie de beschikking moet worden bekend gemaakt en/of verzonden. Zie bijvoorbeeld 5:24 lid 3 Awb.

¹⁴ Lees meer over de adressering van de last onder dwangsom in F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg en G.T.J.M. Jurgens, *Handhavingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 172, par. 6.3.4.

¹⁵ Zo volgt uit onder meer 5:32 lid 1 Awb.

bestraft met een dwangsom, is immers een verkapte boete.¹⁶ Overigens is de rechter niet snel bereid aan te nemen dat de macht tot het nakomen van de last ontbreekt.¹⁷ De wetgever heeft niet geëxpliciteerd aan wie de *last onder bestuursdwang* kan worden geadresseerd. In de Memorie van Toelichting wordt wel opgemerkt dat bij de last onder dwangsom niet het accent ligt op de overtreder, maar op de overtreding.¹⁸ Men gaat er vanuit dat de last onder bestuursdwang ook opgelegd kan worden aan personen die niet zelf overtreder zijn.¹⁹ Dit is te verklaren omdat de last onder bestuursdwang vooral bedoeld is om de geadresseerde de gelegenheid te bieden om zelf maatregelen te treffen de illegale situatie te beëindigen.²⁰ Wanneer de niet-overtreder niet voldoet aan de last, dan heeft dit voor hem of haar ook geen gevolgen. De kosten voor de tenuitvoerlegging van de bestuursdwang kunnen alleen verhaald worden op de overtreder.²¹ De *bestuurlijke boete* kan slechts worden opgelegd aan een *overtreder*.²² Bovendien bepaalt artikel 5:41 Awb dat de bestuurlijke boete alleen opgelegd kan worden als de overtreding aan de overtreder kan worden verweten.²³ Voor een herstelsanctie is dit verwijt niet nodig.²⁴ Soms zijn er nog aanvullende eisen opgenomen in de bijzondere wet met de grondslag voor de boete.²⁵

2.2.3. De overtreding

Beide soorten bestuurlijke sancties zijn een reactie op een **overtreding** (5:2 lid 1 sub a Awb).²⁶ De overtreding in de bestuursrechtelijke zin moet niet verward worden met de ‘strafrechtelijke overtreding’, de verzamelnaam voor ‘lichte strafbare feiten’ en de tegenhanger van misdrijven.²⁷ Een bestuursrechtelijke overtreding is een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift (art. 5:1 lid 1 Awb). Het begrip ‘gedraging’ wordt ruim uitgelegd: het omvat ook nalaten of het laten bestaan van een verboden toestand. Er is sprake van een overtreding, indien alle bestanddelen van de bestuursrechtelijke verbodsbepaling worden vervuld. Voor dit preadvies moeten drie soorten bestanddelen worden onderscheiden. *Objectieve bestanddelen* hebben betrekking op de gedraging van een persoon, of omschrijven een bepaalde (verboden) toestand die vervuld moet worden. *Subjectieve bestanddelen* zien op de geestesgesteldheid van de persoon, dus op opzet of schuld. In het milieurecht komen dergelijke subjectieve bestanddelen echter zelden voor. Verder hebben sommige verbodsbepalingen een *kwaliteitsbestanddeel*,²⁸ dat betekent dat de verantwoordelijkheid voor de naleving van de norm rust op een groep personen met een bepaalde kwaliteit (de zogeheten ‘normadressaat’, waarover in 2.2.4 meer). Alleen degene tot wie het voorschrift gericht is, kan het voorschrift (zelfstandig)

¹⁶ “Het bestuur kan iemand niet dwingen tot iets waartoe hij feitelijk of juridisch niet in staat is.” Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 81.

¹⁷ F.R. Vermeer, F.W. Visser & A. Sibma, *De last onder dwangsom*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 44-45. Zie bijvoorbeeld ook ABRvS 29 mei 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE3309, r.o. 2.6.2, waarin de Afdeling oordeelt dat ook wanneer de overtreder afhankelijk is van toestemming van anderen voor de nakoming van de last, niet ertoe leidt dat het onmogelijk is voor de overtreder om de last na te komen.

¹⁸ Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 80.

¹⁹ Zie onder meer Michiels e.a. 2016, p. 176-177; Damen e.a. 2016, p. 628-629; ABRvS 28 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1719, AB 2018/88, m.nt. Sanders.

²⁰ ABRvS 24 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:489, AB 2013/308, m.nt. Vermeer.

²¹ ABRvS 19 juni 1995, ECLI:NL:RVS:1995:ZF1686, AB 1995/582, m.nt. Van Buuren (*Geldrop*); ABRvS 24 juli 2013, AB 2013/308, m.nt. Vermeer; en art. 5:25 lid 1 Awb.

²² Zo volgt uit 5:2 lid 1 sub c Awb. Zie ook Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr. 3, p. 133 e.v.; Michiels e.a. 2016, p. 175.

²³ Zie ook de artikelsgewijze toelichting van de wetgever bij 5.4.1.2. in Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3.

²⁴ Zie o.a. Damen e.a. 2016, p. 603. Anders dan de dader in het strafrecht, komt de overtreder geen beroep op ‘afwezigheid van alle schuld’ toe. Maar bedenk dat in sommige overtrederschapsvormen al een bepaalde mate van verwijtbaarheid ‘ingebakken’ zit. Bij functioneel plegerschap omdat er (ten minste) een zorgplicht geschonden wordt. Bij feitelijk leidinggeven omdat er voorwaardelijk opzet is op de verboden gedraging. Bij medeplegen moet er opzet zijn op de samenwerking die leidt tot de overtreding.

²⁵ Voor voorbeelden zie Michiels e.a. 2016, p. 176.

²⁶ Uitgezonderd preventieve herstelsancties, art. 5:7 Awb.

²⁷ Misdrijven zijn opgenomen in het tweede boek van het wetboek van strafrecht, en overtredingen in het derde boek.

²⁸ Ik merk op dat de term ‘kwaliteitsbestanddeel’ in bestuursrechtelijke kringen weliswaar niet vreemd, maar ook zeker niet gangbaar is. De term werd eerder gebruikt in o.a. M. Wladimiroff ‘Enige beschouwingen over de aan het strafrecht ontleende leerstukken medeplegen en feitelijk leidinggeven in de Vierde tranche Awb’, *Maandblad Belasting Beschouwingen* 2009, afl. 12, p. 438-444; C.L. Knijff ‘Wie drijft de inrichting?’, *Milieu en Recht* 1999, afl. 12, p. 284-290; A.B. Blomberg & I.M. Koopmans ‘Medeplegen in een bedrijfscontext; lessen uit het Milieu(straf)recht’, *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming* 2015, afl. 2/3, p. 69-81. De keuze voor het duiden van het normadressaatschap als een bestanddeel van de overtreding, licht ik toe in par. 2.4.1.

overtreden. Een norm die niet tot een ieder maar tot een bepaalde groep is gericht, wordt ook wel een **kwaliteitsdelict** genoemd.

2.2.4. De overtreder

In paragraaf 2.2.2 werd duidelijk dat de bestuurlijke boete, de last onder dwangsom en het kostenverhaal van bestuursdwang alleen verhaald kunnen worden op de **overtreder**. Om te weten of deze sancties kunnen worden opgelegd aan een leidinggevende, moet hij of zij dus aangemerkt kunnen worden als *overtreder*. Daarvoor zijn achtereenvolgens twee vragen van belang, die ik hierna allebei zal toelichten. Ten eerste de vraag of de leidinggevende adressaat is van de norm (*overtrederschap in abstracto*, meestal *normadressaat* genoemd); en ten tweede op welke manier de leidinggevende *betrokken* is geweest bij de overtreding, zodat één van de overtredersvormen op hem of haar van toepassing is (*overtrederschap in concreto*).²⁹

Overtrederschap in abstracto (de normadressaat)

Bij milieunormen die tot een ieder gericht zijn, kan de stap van *overtrederschap in abstracto* worden overgeslagen, omdat iedereen normadressaat is.³⁰ Echter, de meeste normen in het milieurecht – namelijk de **algemene regels** op grond van de Wet milieubeheer (Wm) en de **vergunningvoorschriften** op grond van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) – zijn kwaliteitsdelicten. Of de algemene regels of vergunningsvoorschriften van toepassing zijn, hangt er vanaf of er sprake is van een **milieu-inrichting**.³¹ Iets kan worden aangemerkt als een milieu-inrichting, als er op een bepaalde locatie met een zekere continuïteit een bij AMvB aangewezen milieubelastende activiteit plaatsvindt van een bepaalde omvang.

Zoals uit de bespreking van overtrederschap in concreto hierna blijkt, is voor het overtrederschap van de leidinggevende van belang of hij zelf³² of een betrokkene³³ bij de overtreding kwalificeert als normadressaat. Wie is de normadressaat van de normen die de activiteiten van een milieu-inrichting reguleren? **Algemene regels** in het milieurecht zijn gericht tot de *drijver* van de inrichting.³⁴ De **drijver** is degene die *zeggenschap* heeft over de exploitatie van (een deel van) de inrichting.³⁵ De voorschriften uit **milieuvergunningen** zijn gericht tot de **vergunninghouder**.³⁶ Milieuvergunningen zijn niet persoonsgebonden, maar hebben een zaaksgebonden karakter. Daarom is de vergunninghouder niet (per se) degene die de vergunning aangevraagd heeft, maar degene die ‘verantwoordelijk is voor de uitvoering van het project’. Wie deze verantwoordelijke is, wordt bepaald aan de hand van zeggenschap over de inrichting. Het is een omweg, maar ook vergunningsvoorschriften zijn gericht tot de *drijver* van de inrichting: in het milieurecht zijn vergunninghouder en drijver synoniemen.³⁷ In het milieurecht geldt: van zeggenschap (over de inrichting) komt verantwoordelijkheid (voor de naleving van de voorschriften).³⁸

Door de nadruk op feitelijke zeggenschap in de drijverschapstoets, zullen leidinggevende functionarissen in veel gevallen zelf kunnen worden aangemerkt als normadressaat van milieunormen. Hiermee is alleen het (voor het plegerschap constitutieve) *kwaliteitsbestanddeel* vervuld, dit laat de overige delictsbestanddelen onverlet. Het volgende zal ik nog een aantal keer herhalen in het preadvies omdat het in de literatuur en rechtspraak nog

²⁹ De termen overtrederschap in abstracto en in concreto zijn niet gangbaar in het bestuursrecht. Ik gebruik ze hier omdat ze de twee redeneerstappen voor de beoordeling van het overtrederschap vatten. Deze termen ontleen ik aan Hornman 2016, die verwijst naar F. Vellinga-Schootstra, ‘Het daderschap van de natuurlijke persoon’, in: J.L. van der Neut (red.), *Daderschap en deelneming*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 19-40.

³⁰ Zie par. 3.2.

³¹ Par. 3.3.1.

³² Voor als de leidinggevende wordt aangesproken als pleger.

³³ Voor als de leidinggevende wordt aangesproken als deelnemer.

³⁴ Par. 3.3.2.

³⁵ Par. 3.3.4.

³⁶ Par. 3.3.3.

³⁷ Knijff 1999, par. 2; C.L. Knijff, G.T.J.M. Jurgens & C.W. Backes. *De normadressaat van milieuregels voor inrichtingen*, Publikatiereeks milieubeheer nr. 1998/8, p. 32; Van ‘t Lam in haar annotatie bij ABRvS 24 juli 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE5756, AB 2003/7, onder punt 1.

³⁸ Zie par. 3.5.

regelmatig mis gaat:³⁹ normadressaat maakt nog geen overtreder, de persoon moet ook kwalificeren als *overtreder in concreto*. Daarvoor is een bepaalde betrokkenheid bij de verboden gedraging nodig, waarover hieronder meer.

Overtrederschap in concreto

Overtrederschapsvormen

Voor de invoering van de Vierde tranche Awb, kende het algemene bestuursrecht twee soorten overtreders. Overtreders die zelf de verboden handeling (fysiek) verrichten, en overtreders aan wie de handeling kon worden toegerekend. Met de Vierde tranche heeft de wetgever beoogd om met het bestuursrechtelijke overtredersbegrip aansluiting te zoeken bij het strafrechtelijke dadersbegrip, dit heeft een uitbreiding opgeleverd van de groep (rechts)personen die kunnen worden aangemerkt als overtreder.⁴⁰ In dit preadvies zal ik consequent het woord **overtreder** gebruiken voor de bestuursrechtelijke aansprakelijkheidsvormen, en **dader** voor de strafrechtelijke.⁴¹ Met het ‘ruime overtredersbegrip’ dat ik hanteer in dit preadvies,⁴² zijn er sinds de Vierde tranche Awb twee *groepen* overtreders te onderscheiden; en beide groepen hebben twee varianten. Zie het schema op de volgende pagina voor een overzicht van de overtrederschapsvormen.⁴³ Het schema bevat ook een beknopte weergave van de criteria die gelden voor elke aansprakelijkheidsfiguur.

De eerste groep omvat de overtreders die zelf alle bestanddelen van de verbodsbepaling vervullen (**plegers**). Deze kunnen worden onderverdeeld in overtreders die ‘fysiek’ de bestanddelen vervullen (**fysieke plegers**),⁴⁴ en overtreders aan wie de verboden gedragingen worden toegerekend (**functionele plegers**).⁴⁵ *Functionele plegers* worden trouwens meestal **functionele daders** genoemd, maar die (dogmatisch minder accurate) term vermijd ik liever in dit preadvies.⁴⁶ Er bestaan voor *natuurlijke personen* en *rechtspersonen* verschillende toetsen om functioneel plegerschap aan te nemen.⁴⁷ De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) gebruikt echter een eigen toerekeningsformule voor zowel natuurlijke- als rechtspersonen, de zogeheten *CZL Tilburg-toets*. In dit preadvies betoog ik dat de Afdeling de CZL Tilburg-toets moet verlaten en aansluiting moet zoeken bij het strafrechtelijke leerstuk van functioneel plegerschap.⁴⁸

Tot de tweede groep behoren de overtreders die niet zelf alle bestanddelen vervullen van de verbodsbepaling, maar wel op zodanige manier bij de overtreding betrokken zijn dat ze niettemin kwalificeren als overtreder. De verzamelnaam voor de groep personen die niet zelf of zelfstandig de (volledige) overtreding begaan, maar toch

³⁹ Voorbeelden waarin dit mis gaat: Mellenbergh 2011, par. 2.1 “De overtreder is diegene die het te handhaven voorschrift daadwerkelijk heeft geschonden (de normadressaat)”; De Valk 2009, p. 498 “Als de voorwaarden van de vergunning worden overtreden, is de drijver als overtreder aan te merken. De normadressaat is met andere woorden overtreder” en op p. 501 “Indien schending van de vergunningsvoorschriften heeft plaatsgevonden, is de drijver daarvoor aansprakelijk. Er hoeven daartoe geen overtredingen van anderen te worden toegerekend”; C.N.J. Kortmann, ‘Meer rechtseenheid in het overtrederbegrip? Over functioneel daderschap en overtredingen in concernverband’, *NTB* 2017/21, par. 2.4 “Zo is de drijver in beginsel verantwoordelijk voor alle overtredingen van de voor de inrichting geldende regels, ongeacht door wie deze fysiek worden gepleegd.”, een automatische toerekening van een gedraging aan de drijver zou echter neerkomen op risicoaansprakelijkheid; K. van Leeuwen & F. Vermeer, ‘De functionele dader voor en na de Vierde tranche’, in: A.G. Bregman, H.E. Broring & K.J. de Graaf (red.), *Onbegrensde rechtsbeoefening: opstellen aangeboden aan prof. mr. D.A. Lubach*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2014, p. 278, “Degene die de feitelijke zeggenschap heeft, is drijver van een inrichting en dus overtreder in de zin van de Wm”. Ook onjuist: Vermeer e.a. 2016, par. 2.4.6.2, auteurs menen dat de drijver een ‘bijzonder overtreder’ is, in plaats van dat de drijver een invulling van het normadressaatschap is. Ook de interpretatie en plaatsing van het drijversbegrip van Wingens snijdt geen hout, Wingens 2017, par. 2. Voorbeelden van jurisprudentie waarin drijver en overtreder gelijkgeschakeld (lijken te) worden: ABRvS 29 mei 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE3309, par. 2.3.2.; ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3550 (Brand Zaltbommel).

⁴⁰ Zie uitgebreider par. 4.2; zie ook par. I in M.J. Hornman en T.R. Bleeker, ‘Algemeen deel: voorwaarden voor aansprakelijkheid’, *preadviezen Jonge VAR 2018* (hierna: ‘Algemeen deel’).

⁴¹ Zie par. 2.4.2.

⁴² Zie hieromtrent par. 2.4.1.

⁴³ Om het schema overzichtelijk te houden zijn sub-varianten, zoals de verschillende gevalstypen van feitelijk leidinggeven, niet opgenomen in de afbeelding.

⁴⁴ Zie par. 4.3.2.

⁴⁵ Zie par. 4.3.3.

⁴⁶ Zie par. 2.4.2.

⁴⁷ Zie algemeen deel par. III en IV.

⁴⁸ Zie par. 4.3.3 en 4.4.

aangemerkt worden als overtreders, is **deelnemers**. Allereerst is er de **medepleger**. Dit is een overtreder die samen met één of meer andere personen alle bestanddelen van de verbodsbepaling vervult. Als er een kwaliteitsbestanddeel is, moet één van hen dus de benodigde kwaliteit bezitten. Een andere overtreder⁴⁹ van de deelnemerscategorie, is de **feitelijk leidinggever**, waartoe ik ook de opdrachtgever reken.⁵⁰ Deze overtrederschapsvorm is een vervolg op het plegerschap van een rechtspersoon. De feitelijk leidinggever heeft niet zelf de overtreding begaan maar wordt toch aangemerkt als overtreder, omdat de leidinggever verweten wordt dat hij of zij een overtreding binnen een rechtspersoon direct of indirect heeft bevorderd.⁵¹

Schema

Het schema op de volgende bladzijde geeft de overtrederschapsvormen weer van vóór en ná de vierde tranche. In aanvulling op wat ik verder besproken heb, vermeld ik ook de criteria in hoofdlijnen:

⁴⁹ In het strafrecht is de feitelijk leidinggever geen dader in de zin van 47 Sr, maar een bijzondere deelnemingsvorm die qua strafmaximum aan dader gelijk gesteld wordt, zie Algemeen deel par. V; Hornman 2016, p. 62; en J. de Hullu *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 438-439, 505-507. In het strafrecht is de indeling en samenstelling van daderschapsvormen ook in beweging, zie voor een overzicht van de discussie die speelt De Hullu 2018, p. 522-525. Zie voor de toelichting op de door mij gehanteerde taxonomie par. 2.4.1.

⁵⁰ Opdrachtgeven is een verdergaande, specifieke variant van feitelijk leidinggeven, zie De Hullu 2018, p. 508-509, 515. Ik zal hier alleen de ondergrens – feitelijk leidinggeven – bespreken.

⁵¹ Dit betreft dus twee gevalstypen, de standaard situatie en de ondergrens waarvoor verschillende gezichtspunten ontwikkeld zijn. Wanneer de aangesprokene op een meer indirecte of subtiële wijze betrokken is geweest bij de overtreding, zijn de voorwaarden van de Slavenburg II-beschikking van toepassing.

Overtreder voor de Vierde tranche Awb

Fysiek overtreder

Degene die het voorschrift 'daadwerkelijk' schendt door zijn fysieke gedragingen

Functioneel overtreder

Daarnaast kan in bepaalde gevallen degene die de overtreding niet zelf feitelijk heeft begaan, doch aan wie de handeling is toe te rekenen, voor de overtreding verantwoordelijk worden gehouden en derhalve als overtreder worden aangemerkt."

Overtreder sinds de Vierde tranche Awb

PLEGER

5:1 lid 2 Awb

Moet zelf alle bestanddelen van de verbodsbepaling vervullen; inclusief kwaliteitsbestanddeel (normadressaat)

Fysiek pleger

Functioneel pleger

Voor toerekening aan de functionele pleger gelden aanvullende voorwaarden:

Rechtspersoon*

HR Drijfmest

Leer van de redelijke toerekening

Oriëntatiepunt: was verboden gedraging in de sfeer van de rechtspersoon?

Relevante omstandigheden:

- Handelen van iemand die in dienstbetrekking is van de rechtspersoon;
- Gedraging past in normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon;
- Gedraging was dienstig voor de rechtspersoon;
- 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.

Natuurlijk persoon

HR IJzerdraad

Criteria:

- Beschikkingsmacht
- Aanvaarding
 - o Ondergrens aanvaarding: **HR Drijfmest**

DEELNEMER

Medepleger

5:1 lid 2 Awb

- twee of meer personen vervullen gezamenlijk de bestanddelen van de verbodsbepaling;
 - o (dus) één van de medeplegers is normadressaat;
- nauwe en bewuste samenwerking;

Feitelijk leidinggever (en opdrachtgever)

5:1 lid 3 Awb jo. 51 lid 2 Sr

- De rechtspersoon* is overtreder (accessoriteitsvereiste) en;
- Betrokkene stuurt Actief en effectief aan op de verboden gedraging, *of*;
- Betrokkene bevoegd en redelijkerwijs gehouden om maatregelen te nemen om te voorkomen dat de verboden gedraging zich voordoet, deze maatregel echter niet neemt, en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedraging zich zal voordoen.

Stappenplan

Hoewel de overtrederschapsvormen deels overlappen, hangt het van de omstandigheden en de formulering van de norm af welke overtrederschapsvorm het meest voor de hand ligt. De overeenkomsten en verschillen tussen de overtrederschapsvormen, en het toepassingsbereik van de verschillende aansprakelijkheidsvormen, worden duidelijker in de vorm van een stappenplan. Hieronder is een naar mijn idee logische volgorde van vragen om te stellen bij de beoordeling van het overtrederschap van een leidinggevende functionaris (natuurlijk persoon).⁵²

Een natuurlijke eerste stap⁵³ in de beoordeling of een leidinggevende functionaris aangemerkt kan worden als overtreder van een reeds vastgestelde overtreding, is om vast te stellen of de betrokkene adressaat is van de geschonden norm. In het milieurecht dient dan te worden vastgesteld of de leidinggevende functionaris feitelijke zeggenschap heeft over (een deel van) de inrichting (drijverschap).⁵⁴ Als de leidinggevende kwalificeert als drijver, kan onderzocht worden of een van de plegerschapsvormen op hem of haar van toepassing is. Indien hij of zij leiding geeft aan een kleine onderneming, en/of er sprake is van overtreding van een ruim geformuleerde verbodsbepaling (bijvoorbeeld ‘het laten bestaan’ een bepaalde toestand) is het mogelijk dat de leidinggevende zelf als ‘fysiek pleger’ kan worden aangemerkt. Bij een grotere organisatie, en/of bij een fysiek-geformuleerde verbodsbepaling, zou plegerschap vastgesteld kunnen worden door middel van toerekening. Wanneer aan de verruimde IJzerdraadcriteria voldaan wordt, dan kan de betrokkene in ieder geval aangemerkt worden als ‘functioneel pleger’.⁵⁵

Als de leidinggevende functionaris geen normadressaat is, kan hij of zij niet ‘zelfstandig’ de overtreding begaan, en dan vallen de plegerschapsvormen af. De leidinggevende kan alsnog aangemerkt worden als overtreder, via de figuur van deelneming.⁵⁶ In de context van een onderneming, waar dit preadvies op ziet, ligt de deelnemingsvorm ‘feitelijk leidinggeven’ het meest voor de hand.⁵⁷ Voor feitelijk leidinggeven moet eerst worden vastgesteld of de rechtspersoon aangemerkt kan worden als overtreder.⁵⁸ Vervolgens kan worden vastgesteld dat de leidinggevende functionaris een ‘*feitelijk leidinggever*’ is. Dit is in ieder geval mogelijk wanneer de leidinggevende de verboden gedraging actief en effectief bevordert heeft, maar het is ook mogelijk indien de aangesprokene op een meer indirecte of subtiële wijze betrokken is geweest bij de verboden gedraging.⁵⁹

Mocht de *rechtspersoon* echter *niet* kwalificeren als overtreder, of als de leidinggevende functionaris niet voldoet aan de toets van ‘feitelijk leidinggever’, dan resteert de mogelijkheid om de leidinggevende aan te spreken als ‘*medeplegen*’. Daarvoor is een nauwe en volledige samenwerking nodig, en moet in ieder geval één van de medeplegers normadressaat zijn.⁶⁰

⁵² Dit stappenplan zou ook buiten het milieurecht gebruikt kunnen worden, met dien verstande dat het normadressaatschap een andere invulling heeft of niet van toepassing is.

⁵³ Er zijn twee redenen waarom het logisch is om eerst overtrederschap in abstracto te beoordelen, alvorens overtrederschap in concreto. Ten eerste omdat de vraag wie normadressaat is bij iedere overtrederschapsvorm op één of andere manier terugkomt (zie par. 3.1), dus je moet de vraag sowieso beantwoorden. Ten tweede omdat de rol die normadressaatschap speelt bij iedere overtrederschapsvorm verschillend is, waardoor – afhankelijk van de uitkomst van overtrederschap in abstracto – al op voorhand verschillende overtrederschapsvormen uitgesloten kunnen worden. Het zou omslachtig zijn om bijvoorbeeld eerst te beoordelen of de betrokkene voldoet aan de verruimde IJzerdraad-criteria, om er vervolgens achter te komen dat de betrokkene geen pleger kan zijn omdat de norm niet gericht is tot hem of haar. Normadressaatschap is echter geen stap voorafgaand aan het bepalen van overtrederschap, het is er onderdeel van. Zie par 2.4.2.

⁵⁴ Zie par. 3.3.4 voor het juridisch kader van drijverschap.

⁵⁵ Zie par. 4.3.3 en algemeen deel par. III van het algemene deel voor de aanvullende criteria die dan gelden.

⁵⁶ De leidinggevende kan overigens ook worden aangemerkt deelnemer, als hij wél normadressaat is.

⁵⁷ Zowel in dit preadvies als in het preadvies van Manon van Overbeek en Olivier Dusée zijn nauwelijks voorbeelden te vinden waarin leidinggevers zijn aangesproken via medeplegen. Zie M.C.C. van Overbeek & O.E.S. Dusée, ‘Feitelijk leidinggeven en medeplegen, een blik op de praktijk van de economische toezichthouders’, *preadviezen Jonge VAR* 2018.

⁵⁸ Dit gaat in de regel via functioneel plegerschap, waarvoor de Drijfmet-criteria gelden. Zie par. 4.3.3 en het algemene deel par. IV.

⁵⁹ Zie hieromtrent het overzichtsarrest en de Slavenburg-beschikking par. 4.3.4 van dit preadvies, en uitgebreider par. V in het algemene deel.

⁶⁰ Dat is logisch, want voor medeplegen moeten de medeplegers immers gezamenlijk alle bestanddelen vervullen, dus ook het kwaliteitsbestanddeel. Zie voor medeplegen par. 4.3.5. en uitgebreider par. VI in het algemene deel.

Merk op dat het overtrederschap van de leidinggevende niet altijd voldoende is om deze een bestuursrechtelijke sanctie op te leggen. Voor sommige sancties gelden aanvullende voorwaarden. Bijvoorbeeld, voor de last onder dwangsom is vereist dat de leidinggevende feitelijk en juridisch in staat is de last na te komen, en voor een bestuurlijke boete gelden aanvullende voorwaarden met betrekking tot de verwijtbaarheid van de leidinggevende.

Bij dit stappenplan past een belangrijke kanttekening: in sommige situaties kunnen meerdere overtrederschapsvormen van toepassing zijn, want de overtrederschapsvormen overlappen deels. Bijvoorbeeld, degene die opdracht geeft tot een verboden gedraging, zal (als de rechtspersoon ook kwalificeert als overtreder) aangesproken kunnen worden als feitelijk leidinggever; indien de opdrachtgever ook normadressaat is, behoeft het weinig twijfel dat de persoon ook kwalificeert als functioneel pleger. Het geven van de opdracht impliceert aanvaarding van (zelfs opzet op) de verboden gedraging, en als de opdracht uitgevoerd wordt had de persoon kennelijk beschikkingsmacht. De leidinggevende kan tevens medepleger zijn (ook al vervult hij of zij zelfstandig alle delictsbestanddelen) indien er met een ander een nauwe en bewuste samenwerking bestond. Het hierboven geschetste stappenplan is dus vooral bedoeld om de verhouding tussen de verschillende overtrederschapsvormen te verduidelijken, maar de keuze voor de ene of de andere overtrederschapsvorm is nog van meer factoren afhankelijk dan uit het overzicht blijkt.

2.2.5. Zoek de verschillen

Hiervoor heb ik de verschillende stappen in de beoordeling van het overtrederschap geschetst. Sommige criteria lijken veel op elkaar, en komen op verschillende plekken van de beoordeling in net iets andere bewoording terug. De verschillen tussen die criteria en overtrederschapsvormen worden echter duidelijker, als je ze naast elkaar zet. Hierna contrasteer ik een aantal begrippen die het vaakste verward worden.

Onderscheid tussen functioneel plegerschap en feitelijk leidinggeven

Dit onderscheid wordt uitvoerig besproken in het algemene deel van de preadviezen,⁶¹ maar omdat het zo'n belangrijk onderscheid is, en de twee vaak verward worden,⁶² zet ik de belangrijkste verschillen op een rij.

- De functioneel pleger is een type *pleger*. Dat betekent dat de betrokkene zelf de *overtreding* begaat, en (dus ook) zelfstandig (al dan niet door toerekening) alle bestanddelen van de verbodsbepaling vervult (dus ook het kwaliteitsbestanddeel). Indien een verboden gedraging aan de betrokkene wordt toegerekend, dan moet hij of zij deze *specifieke gedraging* aanvaarden. Voor de aanvaarding is geen (voorwaardelijk) opzet vereist, het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid gevergd kon worden ter voorkoming van de gedraging voldoet.
- De feitelijk leidinggever is geen pleger maar een *deelnemer*: dogmatisch gezien begaat niet feitelijk leidinggever maar de rechtspersoon de overtreding. Dat betekent dat eerst moet worden vastgesteld dat de rechtspersoon kwalificeert als overtreder (*'accessoriteitsvereiste'*). Vervolgens moet worden onderzocht of de feitelijk leidinggever leiding heeft gegeven aan de verboden gedraging. De feitelijk leidinggever hoeft *geen normadressaat* te zijn. Wel is *voorwaardelijk opzet* nodig ten aanzien van de *verboden gedraging of vergelijkbare gedragingen*.

⁶¹ Zie algemeen deel par. III en V. Zie ook Hornman 2016, p. 77-78; De Valk 2009, p. 502.

⁶² Wladimiroff noemt feitelijk leidinggeven 'bij uitstek' een voorbeeld van functioneel daderschap. Wladimiroff 2009, par. 6. Ook onjuist, Wingens die HR Slavenburgh en ABRvS Edelchemie duidt als functioneel daderschap, R. Wingens, 'Het overtredersbegrip: een bespreking van jurisprudentie over handhaving in het milieurecht', *StAB* 2017, afl. 2, p. 7-14, par. 3.3. Het komt ook voor dat criteria voor de twee leerstukken worden verward, zoals bijvoorbeeld gebeurt in C.W.M. Lieveerse en A.B. Schoonbeek, 'Doen en nalaten. Over opleggen van boetes aan feitelijk leidinggevers en medeplegers', *Tijdschrift voor Financieel Recht*, 2011, p. 185-195, p. 190. In de bestuursrechtelijke handboeken worden de aansprakelijkheidsfiguren ook niet altijd scherp onderscheiden. Zie bijvoorbeeld Damen e.a. 2016, p. 598: "Dit criterium vertoont grote verwantschap met dat voor functioneel daderschap". Ook Michiels e.a. bespreken feitelijk leidinggeven in de par. over 'functioneel daderschap', al wordt daar wel opgemerkt dat het een aparte daderschapsvorm betreft. Michiels e.a. 2016, p. 169. Ook kritisch over de gelijkgeschakeling van plegen en deelnemen: S.M.C. Nuyten & B.J.V. Keupink 'Daderschap in recente bestuursrechtspraak', *Delikt en Delinkwent* 2014/7, onder verwijzing naar een veelheid van jurisprudentie; en De Valk 2009, p. 514 e.v.

Allereerst moet de vraag ‘aan wie een norm is gericht’ (normadressaat), worden onderscheiden van de vraag ‘aan wie een bestuursrechtelijke sanctie kan worden opgelegd’ (adressaat van een sanctie). Zoals de bewoording doet vermoeden, wordt de eerste adressaat bepaald door de norm, en de tweede door de gekozen sanctie.

- De adressaat van een norm is degene op wie de verplichting rust dat de norm wordt nageleefd. Tot wie een norm gericht is, volgt uit de bewoording van de norm (en soms uit de parlementaire geschiedenis of de rechtspraak met betrekking tot de norm. Bij tot een ieder gerichte normen (‘gemene delicten’) is iedereen normadressaat en kan een ieder de norm overtreden. Bij kwaliteitsdelicten kunnen alleen degenen die beschikken over de door de norm vereiste hoedanigheid de norm overtreden.
 - Voorbeeld: als in een pretpark op basis van een vergunning maximale geluidsnormen gelden, dan kunnen bezoekers van het pretpark die de geluidsnormen overschrijden (bijvoorbeeld door te schreeuwen tijdens de achtbaanrit) de voorschriften uit de vergunning toch niet overtreden. Niet de bezoekers, maar de vergunninghouder is normadressaat en dus verantwoordelijk voor de naleving van de vergunningsvoorschriften.⁶³
- De adressaat van de sanctie is degene *aan wie een bestuurlijke sanctie* gericht kan worden, oftewel aan wie de beschikking kan worden geadresseerd. Welke eisen gesteld worden aan de adressering, wisselt per sanctie. Veelal is de ‘overtreder’ de adressaat van de bestuursrechtelijke sanctie. Echter, zoals besproken in paragraaf 2.2.2 is voor sommige sancties is deze hoedanigheid niet vereist, en voor andere sancties is deze hoedanigheid niet genoeg. Ik noem twee voorbeelden:
 - Uniek aan de *last onder bestuursdwang* is dat de adressaat van de sanctie breder is dan overtreders. Deze sanctie kan ook opgelegd worden aan niet-overtreders, zoals rechthebbenden op het gebruik van de zaak waarop de last betrekking heeft, derde-belanghebbenden en andere betrokkenen.
 - Bijvoorbeeld: de pretparkgasten die te hard schreeuwen kunnen adressaat zijn van een last onder bestuursdwang, ook al zijn ze geen overtreders.
 - Voor niet-overtreders heeft deze last echter geen tanden, want de kosten van de bestuursdwang kunnen slechts worden verhaald op de overtreder.
 - De last onder dwangsom kan zoals gezegd slechts worden opgelegd aan de overtreder die het in de macht heeft de last uit te voeren. Hierbij is de adressaat dus smaller dan de groep overtreders.
 - Bijvoorbeeld: als een bedrijf milieuschade aanricht waarbij de milieuschade opgeruimd moet worden om de overtrekking te beëindigen, en het bedrijf gaat failliet, dan kan *geen* last onder dwangsom opgelegd worden aan de overtreder. De curator heeft het roer overgenomen, dus degene die voorheen de inrichting dreef is niet feitelijk en juridisch in staat om de last na te komen.
 - Voor een bestuurlijke boete en het kostenverhaal van bestuursdwang geldt het machts criterium niet, dus de overtreder gaat niet vrijuit.

De criteria voor de adressaat van de norm, de adressaat van de sanctie en het overtrederschap worden regelmatig verward, dat brengt ons bij het onderscheid tussen zeggenschap, beschikkingsmacht en in de macht hebben.

Onderscheid tussen zeggenschap, beschikkingsmacht en in de macht hebben

Bij de beoordeling van de toewijsbaarheid van een bestuurlijke sanctie in het milieurecht, komt op verschillende momenten de vraag aan bod welke *invloed* de leidinggevende heeft. Steeds is verschillend waarop de invloed betrekking heeft, en steeds is de reden waarom de invloed bepaald moet worden een andere.⁶⁴ In de rechtspraak

⁶³ Over wie de vergunninghouder is, zie par. 3.3.3; zie ook V.M.Y. Van 't Lam, *Het begrip inrichting in de Wet milieubeheer* (dis. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005, hoofdstuk 4; C.L. Knijff, *Rechtsopvolging bij vergunningen* (diss. Utrecht), Deventer 2003; C.N.J. Kortmann ‘Wie is de vergunninghouder?’, NTB 2015/29, p. 221-223.

⁶⁴ Een uitgebreidere bespreking van dit onderscheid, met voorbeelden, komt aan bod in par. 3.3.4.

en literatuur wordt nog regelmatig de verkeerde maatstaf gebruikt.⁶⁵ De verwarring is begrijpelijk; de toetsen lijken op elkaar en overlappen goeddeels. Toch is de ene soort invloed de andere niet, en als de toetsen op één hoop gegooid worden zal het bestuursrechtelijke handhavingsrecht nog diffuser en dus ook willekeuriger worden. De truc is om te kijken *waarop* de invloed ziet.

- Allereerst komt de invloed van de leidinggevende functionaris aan bod in de fase van *overtrederschap in abstracto*. De meeste milieunormen zijn gericht tot de drijver van de inrichting. De maatstaf voor drijverschap is *feitelijke zeggenschap* over de exploitatie van (een deel van) de *inrichting*. Bij drijverschap gaat het dus niet om invloed op een verboden gedraging, maar op het vergunningplichtige bedrijf of activiteit. Makkelijker uitgedrukt: niet ‘wie heeft zich misdragen?’, maar ‘wie runt de toko?’
- De mate van invloed van de leidinggevende is ook relevant om te beoordelen of hij of zij aangemerkt kan worden als *overtreder in concreto*. Maar dan gaat het niet om de invloed op de inrichting of de rechtspersoon, maar gaat het (vooral) om de invloed op de *verboden gedraging*. Dit komt bijvoorbeeld tot uiting in het *beschikkingscriterium* van functioneel plegerschap. Dit criterium draait om de vraag of de invloed van de betrokkene zodanig was, dat hij of zij de verboden gedraging kon voorkomen. Die beschikkingsmacht kan er natuurlijk ook zijn, zonder dat de persoon in kwestie drijver is.⁶⁶ Makkelijker gezegd: niet ‘wie runt de toko?’, maar ‘wie heeft zich misdragen?’
- Ten slotte speelt de invloed van de leidinggevende ook een rol bij de adressering van bestuurlijke sancties. Voor de toewijsbaarheid van de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang is namelijk relevant of de aangesprokene het feitelijk en juridisch in de macht heeft de last na te komen. Die last ziet doorgaans op het ongedaan maken of beëindiging van een verboden toestand. Bij het machts criterium gaat het niet om zeggenschap over de *inrichting*, noch om de beschikkingsmacht over het al dan niet plaatsvinden van de *verboden gedraging*, maar over invloed op de *verboden toestand*. Het gaat om de vraag of de betrokkene de last kan nakomen, wat zal neerkomen op het herstellen of bewerkstelligen van wat rehtens de juiste toestand is. Dus niet ‘wie heeft zich misdragen?’, ook niet ‘wie runt de toko?’, maar wel ‘wie kan het oplossen?’.

De verschillende toetsen kunnen – en zullen regelmatig – overlappen. Wanneer de exploitant van een inrichting aanzet tot een overtreding, heeft deze persoon zowel zeggenschap over de inrichting, beschikkingsmacht over de verboden gedraging en het in de macht om een last tot het beëindigen van de overtreding na te komen. Vooral bij kleinere inrichtingen is degene die de toko runt, zich misdragen heeft, en het probleem kan oplossen, vaak één en dezelfde persoon. Dat betekent echter niet dat de toetsen uitwisselbaar zijn.

Waarom is dit onderscheid zo belangrijk? Het drijversbegrip, overtredersbegrip, en de kring van personen aan wie een dwangsom kan worden opgelegd, zouden substantieel worden opgerekt als de verschillende toetsen op één hoop gegooid worden. Bijvoorbeeld, wanneer voor drijverschap zeggenschap over de inrichting niet relevant is en voldoet dat iemand invloed kan uitoefenen op de verboden gedraging, dan rusten de

⁶⁵ Ik geef enkele voorbeelden waarin dit gebeurt. Het meest in het oog springende voorbeeld is van Van der Feltz in de reactie op het Bal, hierbij lijken adressering van de sanctie en verschillende overtredersvormen door elkaar heen te lopen: “*Echter, niet alleen degene “die de activiteit verricht” kan een overtreding begaan. In Hoofdstuk 5 Algemene wet bestuursrecht is overtreder: “ieder die het in zijn macht heeft een einde te maken aan de overtreding.” Dat kan bijvoorbeeld de aandeelhouder van het bedrijf zijn of een opdrachtgever, betrokkenen die meestal niet zelf de activiteit verrichten maar die door de exploitant laten verrichten.*” G.C.W. Van der Feltz, ‘Het Besluit activiteiten leefomgeving’, TO 2016-6, p. 178-187. Ook wordt in de literatuur soms het machts criterium aangehaald bij de vraag of een bestuurder aangemerkt kan worden als overtreder, zie bijvoorbeeld J.P. Heinrich en R.W. Veldhuis, ‘Kroniek: Handhaving van bestuursrecht’, NTB 2008/48 “Om als overtreder te kunnen worden aangemerkt moet de als zodanig aangeschrevene het feitelijk in zijn macht hebben om de overtreding te beëindigen.” Vergelijkbaar M.W. Scheltema, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid in het bestuursrecht, een effectief instrument?’, in: Assink e.a. 2017, par. 2. Ook Mellenbergh, die wel expliciet het machts criterium en het zeggenschaps criterium onderscheidt, gaat toch de mist in: hij koppelt de zeggenschap die nodig is voor het *drijverschap* aan de invloed op de concrete overtreding. R. Mellenbergh, *Bedrijfsovername en milieurecht* (dis. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2009, p. 42-42, 399-400, 408 en Mellenbergh 2011, par. 2.1.; Dezelfde fout werd begaan door de Hoge Raad in een milieustrafrechtelijke zaak, HR 22 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3526, r.o. 3.8 e.v. Ook onjuist, Van Leeuwen & Vermeer 2014, p. 278, auteurs gebruiken het drijverschapstoets ter invulling van de toerekening van functioneel plegen. Een voorbeeld en toelichting van een juiste toepassing van het overtredersbegrip kan gevonden worden in de annotatie van Knijff, in ABRvS (vz.) 31 juli 1998, ECLI:NL:RVS:1998:AN5836, AB 1999/45.

⁶⁶ Het bevoegd en redelijkerwijs gehouden criterium van feitelijk leidinggeven schuurt tegen beschikkingsmacht aan. Zie par. 4.3.3. en uitvoerig in het Algemene deel par. III.

vergunningsverplichtingen opeens op iedereen binnen de inrichting met beschikkingsmacht. Milieuvoorschriften zouden daarmee de status van kwaliteitsdelict verliezen, doordat het kwaliteitsbestanddeel wordt opgeslokt door het objectieve bestanddeel. Net zo, wanneer voor beschikkingsmacht voldoende zou zijn dat iemand invloed kan uitoefenen over de inrichting, ongeacht diens betrokkenheid bij de verbodenheid, dan schuift functioneel plegerschap weer een stapje op richting risicoaansprakelijkheid. Ook, als een overtreder het in de macht moet hebben een overtreding ongedaan te maken, kunnen overtreders kostenverhaal van bestuursdwang en bestuurlijke boetes ontspringen door snel de boel te verkopen. Andersom, als iemand al overtreder kan zijn door diens mogelijkheid de overtreding te beëindigen, dan zou een voorbijganger al gesanctioneerd kunnen worden. Dit alles is niet alleen in weerwil van de wetgever, maar leidt er ook toe dat bestuursrechtelijke handhaving willekeuriger wordt.

2.3. Problemen

Bij het beantwoorden van de vraag of een leidinggevende functionaris gesanctioneerd kan worden voor milieuovertredingen en bij het schetsen van het daarvoor benodigde begrippenkader, stuitte ik zoals gezegd op twee problemen.

Het eerste probleem betreft de terminologische en conceptuele onduidelijkheid van een aantal centrale begrippen in het bestuursrechtelijke handhavingsrecht. Zowel een oorzaak als een gevolg van dit probleem is dat begrippen die veel op elkaar lijken maar steeds net iets anders betekenen op een hoop gegooid worden. Bijvoorbeeld, *overtreder*, *drijver*, *dader*, *pleger* en *vergunninghouder*, worden geregeld door elkaar heen gebruikt.⁶⁷ De genoemde begrippen zijn echter niet uitwisselbaar, ze hebben allemaal een aparte betekenis en functie. Door de verwarring dreigt het onderscheid tussen de begrippen te verwateren en krijgen de begrippen een diffuse betekenis, met rechtsonzekerheid en ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen tot gevolg. Een andere factor die het begrippenkader van het bestuursrechtelijke handhavingsrecht er niet duidelijker op maakt, is dat sommige begrippen verschillende dingen kunnen betekenen. Bijvoorbeeld, *functioneel daderschap* is een verzamelnaam voor alle plegers als deelnemers aan wie een gedraging wordt toegerekend,⁶⁸ maar het woord is ook ingeburgerd als een aanduiding voor *functioneel plegerschap*. Een ander voorbeeld, *vergunninghouder* kan – afhankelijk van het type vergunning – zowel verwijzen naar degene voor wie de vergunning aangevraagd wordt, als naar degene die feitelijk verantwoordelijk is voor het uitvoeren van de vergunningplichtige activiteit.⁶⁹

Maar zelfs *als* er geen enkele terminologische onduidelijkheid zou bestaan omtrent de begrippen van het bestuursrechtelijke handhavingsrecht, is er nog een tweede probleem: het systeem van het bestuursrechtelijke handhavingsrecht knelt. Ik bedoel daarmee dat een aantal begrippen en regels met elkaar botsen. De knelpunten worden duidelijker aan de hand van voorbeelden, de volgende stellingen zijn alle drie afkomstig uit de Memorie van Toelichting bij de Vierde tranche van de Awb:

- 1) Alleen degene tot wie het voorschrift zich richt (normadressaat) kan de norm overtreden;⁷⁰
- 2) Onder overtreder moet worden verstaan: degene die de overtreding pleegt of medepleegt;⁷¹
- 3) Degene *die geen adressaat* is van de geschonden norm omdat de daarvoor vereiste kwaliteit ontbreekt (normadressaat) *kan als medepleger en dus als overtreder* worden aangeduid.⁷²

Afzonderlijk zijn de stellingen uit de voorbeelden begrijpelijk. Maar wanneer je de stellingen naast elkaar zet, zie je dat ze niet alle drie waar kunnen zijn: óf de medepleger (die geen normadressaat is) is geen overtreder, óf normadressaatschap is geen noodzakelijke voorwaarde voor overtrederchap.⁷³ Ik geef nog een voorbeeld:

- 1) De bestuurlijke boete kan, gezien haar bestraffende karakter, uitsluitend aan een overtreder worden opgelegd;⁷⁴
- 2) De feitelijk leidinggever is zelf geen overtreder; de rechtspersoon is overtreder en de aansprakelijkheidsvorm feitelijk leidinggeven is daar een vervolg op;⁷⁵
- 3) Aan de feitelijk leidinggever kan een bestuurlijke boete worden opgelegd.⁷⁶

⁶⁷ Zie verder ook de voorbeelden van par. 2.2.5.

⁶⁸ Bijvoorbeeld, ook de functionele medepleger behoort tot de categorie functionele daders. De term ‘dader’ verwijst naar alle aansprakelijkheidsvormen die in art.47 Sr. genoemd worden, en sommige van die vormen kunnen een functionele invulling hebben. De Hullu 2018, p. 162.

⁶⁹ Zie uitvoerig over de onduidelijkheden met betrekking tot het begrip vergunninghouder Kortmann 2015.

⁷⁰ Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 78. Met dit adagium begint vrijwel elk hoofdstuk over bestuursrechtelijke handhaving.

⁷¹ Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr. 3, p. 78 en 80, en art. 5:1 lid 2 Awb.

⁷² Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 79.

⁷³ Mijn suggestie om deze spanning op te lossen bespreek ik in par. 2.4.

⁷⁴ Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 80, 133 e.v.; Zo volgt ook uit 5:2 lid 1 sub c Awb.

⁷⁵ Michiels e.a. 2016, p. 168-169. Bovendien ontbreekt de feitelijk leidinggever telkens in de opsomming van de wetgever wie kwalificeren als overtreder. Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 78 en 80.

⁷⁶ Dit volgt uit 5:1 lid 2 en 3 Sr jo. 5:1 lid 3, Michiels e.a. 2016, p. 167-168; Kamerstukken II 2007/08, 31 124, nr. 8, p. 19.

Ook hier botsen de stellingen: óf de bestuurlijke boete kan ook opgelegd worden aan niet-overtreders, óf de leidinggevende is wel een overtreder.⁷⁷ Wanneer je alle drie de premissen voor waar houdt, lopen de radertjes van het juridische leerstuk vast.

De bovenstaande voorbeelden laten zien dat heldere terminologie belangrijk maar niet voldoende is: ook de knelpunten in de systematiek van het bestuursrechtelijke handhavingsrecht moeten geadresseerd worden.⁷⁸ Dat vergt een adequate ordening en afstemming van de begrippen. Wanneer men vrijblijvend kan kiezen welke criteria wel en niet van toepassing zijn, of tot welke groep een bepaald begrip behoort, dan is het oordeel willekeurig: het recht kan dan per definitie niet bepalend zijn voor het oordeel. Om de onduidelijkheden en de knelpunten te verhelpen moeten keuzes worden gemaakt. De uitkomst van de keuzes zijn reeds verwerkt in het begrippenkader van paragraaf 2.2, hierna licht ik nog een aantal van de keuzes toe.

2.4. Toelichting en verantwoording van keuzes

2.4.1. Enge en ruime invulling van overtrederchap

Tot zo ver heb ik voorbeelden gegeven van terminologische onduidelijkheden en knelpunten in het systeem, en heb ik uitgelegd waarom dat problematisch is. Voor de fijnproevers volgt nu in deze en de volgende sub-paragraaf een toelichting en verantwoording van een aantal dogmatische en terminologische keuzes.

De grootste uitdaging bij het schetsen van het begrippenkader, had te maken met de classificatie van de bestuursrechtelijke aansprakelijkheidsfiguren. Zoals volgt uit de voorbeelden die ik gaf in paragraaf 2.3, is nog ongewis welke figuren precies vallen onder het overtrederbegrip, en is ook onduidelijk of bepaalde bestuurlijke sancties opgelegd kunnen worden aan anderen dan overtreder. Deze en andere knelpunten kunnen mijns inziens opgelost worden door een ‘ruim overtrederbegrip’ te hanteren. Om te begrijpen wat dit inhoudt, en welke redenen er bestaan voor de ruime invulling, is het nuttig om eerst uit te leggen wat een ‘eng overtrederbegrip’ inhoudt.

Als ik het goed zie, was er voor de Vierde tranche Awb sprake van ‘overtrederchap in de enge zin van het woord’.⁷⁹ *Overtreder*, *overtreden* en *overtreding* waren nauw met elkaar verbonden. Het (algemene) bestuursrecht kende nog *geen* aansprakelijkheidsvorm voor gevallen waarin iemand in strijd handelde met slechts *een deel* van ‘het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift’. Daarom moesten alle bestanddelen van de verbodsbepaling (al dan niet door middel van toerekening) worden vervuld door de aangesprokene.⁸⁰ De premisse ‘alleen degene tot wie het voorschrift gericht is, kan hem overtrede’, gold daardoor voor alle overtreder. Het normadresaatschap was een noodzakelijke voorwaarde om aangemerkt te worden als overtreder van een kwaliteitsdelict.

‘Overtreding’ en ‘overtreder’ waren voor de Vierde tranche nog niet wettelijk gedefinieerd. Het overtrederbegrip was ontwikkeld in de rechtspraak, in een tijd waarin de rechter alleen herstelsancties kon opleggen. Maar gaandeweg kreeg het bestuursrecht ook een punitieve functie, met de daarbij horende punitieve instrumenten. Het overtrederbegrip kwam onder druk te staan, omdat de vrijblijvendheid waarmee de rechter een overtreder kon toerekenen aan een overtreder niet past bij de bestraffende sancties. Uiteindelijk heeft de wetgever besloten om een wettelijke definitie te geven van het overtrederbegrip, en voor de invulling van dat begrip aansluiting te zoeken bij het strafrecht. De aansluiting op het strafrecht heeft twee belangrijke gevolgen voor het bestuursrechtelijke overtrederbegrip. Ten eerste is een bepaalde mate van kennis of aanvaarding van de overtreder vereist om als overtreder aangemerkt te worden. Ten tweede – en dit is de oorzaak van de

⁷⁷ Overigens merkt Michiels dit knelpunt ook terloops op. Zijn oplossing is de feitelijk leidinggevende wel aan te merken als *adresaat van de sanctie* maar niet als overtreder, in Michiels e.a. 2016, p. 175-176.

⁷⁸ Deze stelling komt (iets anders geformuleerd) terug in de aanbevelingen, zie par. 6.

⁷⁹ Verdere toelichting van het overtrederbegrip van voor de Vierde tranche is te vinden in par. 4.2.

⁸⁰ Dat dit niet altijd in de rechtspraak expliciet gebeurde, maakt dit niet anders.

taxonomische knelpunten die ik eerder noemde – heeft het overtrederschap nieuwe ‘daderschapsvormen’ erbij gekregen.

De nieuwe daderschapsvormen zorgen voor de nodige compatibiliteitsproblemen. De uit het strafrecht overgenomen deelnemingsvormen passen namelijk niet goed in de ‘enge invulling’ van overtrederschap: een medepleger vervult (doorgaans) niet alle bestanddelen,⁸¹ de feitelijk leidinggever is vaak niet zelf de normadressaat, en begaat dogmatisch gezien niet zelf de overtreding. Als na de Vierde tranche het enge overtredersbegrip zou worden vastgehouden, zou het alleen *plegers* omvatten. Daarmee rijst de vraag hoe deelnemers gekwalificeerd moeten worden, en of sancties die alleen opgelegd kunnen worden aan overtreders, ook aan deelnemers opgelegd kunnen worden.

Het lijkt er echter niet op dat de wetgever de deelnemers een *status aparte* heeft willen geven. Ook al heeft de wetgever niet expliciet afstand gedaan van het normadessaatschap als wezenskenmerk van het overtrederschap, in zowel de wet als de toelichting wordt de medepleger beschouwd als overtreder.⁸² Bovendien is het de bedoeling van de wetgever dat de medepleger en de feitelijk leidinggever doelwit kunnen zijn van een bestuurlijke sancties die slechts geadresseerd kunnen worden aan overtreders.⁸³ Ook in de handboeken worden medeplegers en feitelijk leidinggevers besproken onder de noemer van overtreders.⁸⁴ Oftewel, in alle opzichten lijken deelnemers gewoon op overtreders, behalve dat ze niet passen in het ‘enge overtrederbegrip’.

Zoals uit het schema van paragraaf 2.2.3. blijkt, beschouw ik de feitelijk leidinggever en medepleger als deelnemer, en schaar ik de deelnemers onder de groep overtreders. Aldus geef ik een ruime invulling aan het ‘overtredersbegrip’. In deze ruime interpretatie van het overtredersbegrip, is de *overtreder* niet langer slechts degene is die de *overtreding* begaat, maar ook degene die heeft *deelgenomen* aan de overtreding. Daarmee is het normadessaatschap niet langer een noodzakelijke voorwaarde voor overtrederschap; het is een bestanddeel dat vervuld moet worden voor het bestaan van de overtreding – maar of de overtreder normadessaat moet zijn hangt af van de overtrederschapsvorm. De fysieke pleger en functionele pleger moeten wel zelf normadessaat zijn, omdat zij geacht worden alle bestanddelen zelf te vervullen. De medepleger moet zelf normadessaat zijn, of samen met de normadessaat de overtreding plegen. Bij de feitelijk leidinggever moet de overtreden norm gericht zijn tot de rechtspersoon waaraan feitelijk leiding wordt gegeven. In de in dit preadvies gehanteerde taxonomie zijn dus de pleger, functioneel pleger, medepleger en de feitelijk leidinggever, allen overtreder.

2.4.2. ‘Daderschap’ in het strafrecht en in het bestuursrecht

Dan zijn er nog enkele terminologische kwesties, die los staan van de enge of ruime invulling van overtrederschap. In dit preadvies kies ik ervoor om consequent de woorden ‘overtreder’ en ‘overtrederschap’ te gebruiken als ik schrijf over bestuursrechtelijke aansprakelijkheidsfiguren, en de woorden ‘dader’ en ‘daderschap’ zal ik *alleen* gebruiken, wanneer ik schrijf over het strafrecht. Ik benadruk dat dit anders is dan thans gangbaar is in bestuursrechtelijke jurisprudentie en literatuur – daar worden de termen ‘dader’ en ‘daderschap’, en ‘overtreder’ en ‘overtrederschap’ gezien als uitwisselbaar. Mijns inziens is het echter beter om in het bestuursrecht vast te houden aan de term overtreder, omdat deze term het aangrijpingspunt is in verschillende wetten. Het woord ‘dader’ ben ik daarentegen in geen enkele bestuursrechtelijke bepaling tegenkomen. Bovendien wordt voor het overtredersbegrip weliswaar aansluiting gezocht bij het strafrecht, maar wordt het strafrechtelijke daderschap niet simpelweg gekopieerd.⁸⁵ Door in het bestuursrecht consequent van

⁸¹ Meestal, maar niet altijd, omdat het ook mogelijk is (maar doorgaans niet voor de hand ligt) om een betrokkene die alle bestanddelen vervult aan te spreken als medepleger.

⁸² 5:1 lid 2 awb en Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 79.

⁸³ De adressering aan overtreders volgt uit respectievelijk 5:2 lid 1 sub c, 5:32, en 5:25 lid 1 Awb. Zie ook par. 2.2.2.

⁸⁴ Zie bijvoorbeeld Michiels e.a. par. 6.2.; Damen e.a. 2016, par. 14.3.2.

⁸⁵ Bijvoorbeeld, de wetgever heeft niet alle strafrechtelijke daderschapsvormen geïmporteerd naar het overtredersbegrip. De ‘doen pleger’ is dus wel een dader, maar geen overtreder. Ook is het bestuursrechtelijke bewijsrecht anders dan in het strafrecht, wat wellicht ook bepaalde materiële verschillen rechtvaardigt. Zie ook onze opmerkingen met betrekking tot opzet bij feitelijk leidinggeven in het Algemene deel, par. V.

‘overtreder’ te spreken, kan het overtrederbegrip verder ontwikkelen als een zelfstandig (zij het een op het strafrecht gebaseerd) leerstuk.⁸⁶

Ook de door mij gekozen plaats van het normadressaatschap in de beoordeling van overtrederchap vraagt om toelichting. De manier waarop de wetgever⁸⁷ en sommige auteurs spreken over ‘daderschap’, doet vermoeden dat normadressaatschap en ‘daderschap’ verschillende juridische vragen zijn voor het overtrederchap, waarbij ‘daderschap’ betrekking zou hebben op het *overtrederschap in concreto* en niet op de vereiste kwaliteit. Deze benadering zal de strafrechtjurist bevreemden. Normadressaatschap is in het strafrecht niet een vereiste dat los staat van de daderschapstoets, maar juist een onderdeel is van het daderschap zelf. Dogmatisch gezien zou je het normadressaatschap kunnen zien als een bestanddeel van het delict.⁸⁸ Voor de daderschapsvormen waarin de betrokkene zelf alle bestanddelen moet vervullen van het delict – fysiek plegerschap en functioneel plegerschap – moet de persoon zelf normadresaat zijn om überhaupt te kwalificeren als dader. Deze benadering volg ik ook in dit preadvies voor het overtrederchap. De vraag naar normadressaatschap gaat dus *niet vooraf aan* de beoordeling van het overtrederchap, maar is *een onderdeel van* de beoordeling van overtrederchap.

Dan is er nog de kwestie van de verschillende betekenissen van ‘functioneel daderschap’. Hierin ben ik een beetje koppig. Hoewel de term functioneel daderschap zowel in het strafrecht als in het bestuursrecht is ingeburgerd, maakt deze *totum pro parte* aanduiding de doctrine er niet overzichtelijker op. ‘Dader’ is namelijk een verzamelnaam voor zowel plegers als deelnemers, in het strafrecht vallen alle aansprakelijkheidsfiguren van art. 47 Sr onder deze noemer.⁸⁹ Het begrip is dus breder dan alleen plegerschap. In dit preadvies heb ik ervoor gekozen om zowel in strafrechtelijke als bestuursrechtelijke context consequent te spreken van ‘functioneel plegerschap’. Op deze manier kan er geen twijfel over bestaan dat de functionele pleger telkens zelfstandig (doch niet per se fysiek) de bestanddelen van de verboden gedraging dient te vervullen.⁹⁰ Oftewel, **het is nodeloos verwarrend en dogmatisch incorrect om een functioneel pleger een functioneel dader te noemen.** Net zo, zie ik **geen goede reden om naar bestuursrechtelijke aansprakelijkheidsfiguren te verwijzen met daderschap in plaats van overtrederchap.** Mede gelet op wat ik in de eerste alinea van deze paragraaf geschreven heb, mag wat mij betreft **de dader terug gestuurd worden naar het strafrecht.**⁹¹

⁸⁶ Zie ook de aanbeveling hieromtrent in het Algemene deel, par. VIII.

⁸⁷ Kamerstukken II 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 77-78.

⁸⁸ De Hullu 2018, p. 76.

⁸⁹ De Hullu 2018, p. 438-439.

⁹⁰ Opmerkelijk genoeg wordt *fysieke pleger* doorgaans wel ‘pleger’ genoemd, en niet *fysieke dader*.

⁹¹ Deze stellingen komen (iets anders geformuleerd) terug in de aanbevelingen, zie par. 6.

3. OVERTREDERSCHAP IN ABSTRACTO: de adressaat van milieunormen

3.1. Inleiding

In dit preadvies tracht ik de vraag te beantwoorden of het mogelijk is een bestuurlijke sanctie op te leggen aan leidinggevende functionarissen voor het overtreden van milieunormen. In paragraaf 2 kwam aan bod dat voor het opleggen van bestuurlijke sancties onderzocht moet worden of de leidinggevende aangemerkt kan worden als *overtreder*. Om te bepalen wie kwalificeert als overtreder, is in de eerste plaats van belang tot wie de overtreden norm is gericht. Het bestuursrecht, en dan met name het omgevingsrecht, kent veel ‘kwaliteitsdelicten’, dus verbodsbepalingen die tot een specifieke groep personen gericht zijn. Deze verbodsbepalingen hebben een kwaliteitsbestanddeel dat vervuld moet worden voordat er sprake is van een overtreding. Het achterhalen van de normadressaat is daarom essentieel voor de handhaving van het milieurecht.

Zoals reeds aan bod kwam in paragraaf 2.2.2, is het in sommige gevallen ook mogelijk om een bestuurlijke sanctie op te leggen aan personen die niet zelf kwalificeren als overtreder in abstracto. Dat kan in de eerste plaats bij deelnemers, omdat deelnemers niet zelf normadressaat hoeven te zijn om aangemerkt te worden als overtreder.⁹² Maar dan is het alsnog noodzakelijk te achterhalen tot wie de norm gericht is, omdat de deelnemer wel in een bepaalde relatie moet staan tot de normadressaat. Zo moet bij feitelijk leidinggeven de rechtspersoon die onder leiding staat van de betrokkene kwalificeren als overtreder. Dit geschiedt meestal via (functioneel) plegerschap, en dus moet de overtreden norm (in ieder geval) gericht zijn tot de rechtspersoon.⁹³ Daarnaast moet bij medeplegen, als de aangesprokene zelf geen normadressaat is, degene met wie samengewerkt wordt normadressaat zijn. In de tweede plaats is ‘sanctionering’ van niet-normadressaten mogelijk door middel van de last onder bestuursdwang. Deze last kan immers ook geadresseerd worden aan een niet-overtreder. Echter is dan alsnog voor het verhaal van de kosten van de bestuursdwang nodig om de overtreder (en dus de normadressaat) te traceren.

Al met al kun je bij handhaving niet volstaan met de vraag ‘wie het gedaan heeft’ (overtrederschap in concreto), maar komt op één of andere manier altijd de vraag aan bod op wie de verantwoordelijkheid voor de naleving van de geschonden norm rust (overtrederschap in abstracto, oftewel normadressaatschap). Dat is ook de reden dat het onderzoeken wie normadressaat is een logische eerste vraag is om te stellen – je ontkomt er uiteindelijk toch niet aan, en het normadressaatschap is mede bepalend voor welke overtrederschapsvormen van toepassing kunnen zijn.

Wie de normadressaat is van een norm, kan in zijn algemeenheid niet worden gezegd. Steeds zal aan de hand van het in geding zijnde voorschrift moeten worden bepaald op wie de verplichting rust de norm na te leven. Sommige normen zijn tot een ieder gericht, maar de meeste milieunormen zijn gericht tot (rechts)personen die een bepaalde kwaliteit bezitten. Bijvoorbeeld, vergunningseisen binden de ‘vergunninghouder’.⁹⁴

Hoe kom je erachter wie de adressaat van een norm is? Soms staan er specifieke hoedanigheden of andere aanwijzingen in de tekst van het voorschrift. Bijvoorbeeld, artikel 3 van de ontgrondingenwet bepaalt dat het ‘verboden is om *zonder vergunning te ontgronden* dan wel als *eigenaar, erfpachter, vruchtgebruiker, opstalhouder, beklemede meier of gebruiker* van enige onroerende zaak ontgronding toe te laten’.⁹⁵ Maar vaak wordt in het voorschrift niet vermeld wie de normadressaat is, of is de genoemde kwaliteit weinig richtinggevend. Bijvoorbeeld, artikel 2.1 lid 1 sub c van de Wabo bepaalt dat het verboden is om een bouwwerk in strijd met een bestemmingsplan te *gebruiken*. Op basis van de wetstekst kan opgemaakt worden dat de norm gericht is tot de ‘gebruiker’. Maar ja, wie is de gebruiker?⁹⁶ Soms verschaft de parlementaire geschiedenis

⁹² Zie par. 2.2.4 en par. 4.3.4 en 4.3.5.

⁹³ Je kan ook feitelijk leidinggeven aan een feitelijk leidinggever, dan schuift degene die normadressaat moet zijn dus nog een stapje op. Zie meer over getrappt feitelijk leidinggeven in het algemene deel, par V.

⁹⁴ Maar dan is het natuurlijk nog wel de vraag wie kan worden aangemerkt als ‘vergunninghouder’. Zie par. 3.3.3.

⁹⁵ Dit voorbeeld werd gebruikt in Michiels e.a. 2016, p. 158.

⁹⁶ Uit de rechtspraak volgt dat dit begrip ruim moet worden uitgelegd. Zelfs ‘laten gebruiken’ valt onder ‘gebruiken’. ABRvS 6 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1458, *M en R* 2015/150, m.nt. Van ’t Lam, en AB 2015/327, m.nt. Nijmeijer.

duidelijkheid omtrent de adressaat van een norm. Echter, regelmatig is de kwaliteit (bewust) niet gespecificeerd, en wordt het aan de rechtsontwikkeling overgelaten om te bepalen wie zich de norm zouden moeten aantrekken. Daarom moet men voor de concretisering van de normadressaat de blik richten op de wetssystematiek en de jurisprudentie.

In opdracht van het Ministerie van VROM is eind jaren negentig door Knijff e.a. grondig onderzoek verricht naar de normadressaat van milieuregels voor inrichtingen.⁹⁷ Dit onderzoek verduidelijkt verschillende aspecten van het normadressaatschap, in het bijzonder de relatie tussen normen die gericht zijn tot de drijver van de inrichting en zorgplichten die tot een ieder gericht zijn.⁹⁸ De onderzoekers concluderen tevens dat er nog veel onduidelijkheden bestaan met betrekking het adressaatschap van milieunormen, vooral bij rechtsovergang en situaties met meerdere drijvers. Een aantal van deze onduidelijkheden zijn in later verschenen proefschriften en publicaties geadresseerd,⁹⁹ maar het normadressaatschap van milieuregels blijft een lastige en casuïstische kwestie. Er resteren nog veel vragen met betrekking tot de verhouding tussen het drijverschap en het overtrederschap, de uitleg van het zeggenschaps criterium, en situaties waarin meerdere drijvers bestaan.

In het kader van dit preadvies tracht ik een aantal van die vragen te adresseren. Er komen drie categorieën milieunormen aan bod: 1) normen die tot een ieder gericht zijn; 2) inrichtinggebonden normen uit vergunningsvoorschriften; en 3) inrichtinggebonden normen uit algemene regels. Van elke categorie geef ik een aantal voorbeelden. Daarnaast sta ik stil bij de normadressaat in de omgevingswet.

3.2. Tot een ieder gerichte milieunormen

De eerste categorie normen die ik bespreek, is ook de makkelijkste: normen die tot een ieder zijn gericht, zijn logischerwijs ook gericht tot leidinggevende functionarissen. Omdat de adressering van de norm geen rol meer speelt, hoeft voor het overtrederschap alleen nog te worden bepaald of de leidinggevende functionaris overtreder *in concreto* is.¹⁰⁰

Bij de bespreking van een ieder verbindende milieunormen, is het ook nuttig om stil te staan bij zorgplichten. In het milieurecht spelen zorgplichten een belangrijke rol: ze functioneren als vangnet, bedoeld voor situaties waarin met laagbaar milieuverontreinigend handelen geen specifieke norm wordt overtreden. Daar staat tegenover dat de handhaafbaarheid van zorgplichten (bij milde overtredingen) beperkt is. De normen zijn zo algemeen en onspecifiek van aard, dat handhaving van de norm strijd kan opleveren met het rechtszekerheidsbeginsel en legaliteitsbeginsel.¹⁰¹ Er mogen daarom alleen maatregelen vanwege een schending van zorgplicht getroffen worden, als de gedraging onmiskenbaar in strijd is met de zorgplicht.¹⁰² Veel zorgplichten (maar niet alle¹⁰³) zijn tot een ieder gericht. Het beste voorbeeld van een tot een ieder gerichte milieunorm kan gevonden worden in artikel 1.1a Wm, dat bepaalt dat een ieder voldoende zorg voor het milieu in acht moet nemen. Net zo bevat 1.11 Wnb een tot een ieder gerichte zorgplicht voor natura 2000-gebieden, nationale natuurgebieden en in het wild levende dieren en planten.

Sommige normen zijn gericht tot een ieder die een bepaalde handeling verricht of een bepaald resultaat veroorzaakt. Bijvoorbeeld, artikel 13 Wet op Bodembescherming (Wbb) bepaalt – kort gezegd – dat ieder die de bodem verontreinigt of aantast, verplicht is om maatregelen te nemen om de verontreiniging of aantasting te

⁹⁷ Knijff e.a. 1998.

⁹⁸ Dit onderzoek heeft geleid tot de zogenaamde ‘enge’ uitleg van het normadressaatschap, deze opvatting is nog steeds leidend. Knijff e.a. 1998, p. 116-120.

⁹⁹ Over rechtsopvolging, zie Knijff 2003; met betrekking tot de reikwijdte van het inrichtingenbegrip, zie Van 't Lam 2005 (dis.).

¹⁰⁰ Zie par. 4.

¹⁰¹ G.A. Van der Veen, Milieuaansprakelijkheid en zorgplichten in de Omgevingswet (oratie Groningen), TO 2014/3.6, par. 4.2; ABRvS 8 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7109, AB 2005/44, m.nt. Michiels; ABRvS 10 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR4631, M en R 2012/20, m.nt. Van 't Lam.

¹⁰² ABRvS 10 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR4631, M en R 2012/20, m.nt. Van 't Lam. ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1896, AB 2014/32, m.nt. Van der Velde; ABRvS 8 december 2004, AB 2005/44, m.nt. Michiels, r.o. 2.3.3.

¹⁰³ Naast de tot een ieder gerichte zorgplichten bestaan er ook zorgplichten die specifiek gericht zijn tot een bepaalde groep personen. Bijvoorbeeld, de algemene zorgplicht van het activiteitenbesluit richt zich tot de exploitant van een inrichting (2.1 lid 1 Abm), en de zorgplichten die zijn opgenomen in vergunningen richten zich tot de vergunninghouder, zie par. 3.3.2.

voorkomen, te beperken en ongedaan te maken.¹⁰⁴ Artikel 2.1 van het Besluit lozen buiten inrichtingen (Blbi) bevat een vergelijkbare bepaling voor een ieder die lozingen verricht. Artikel 10.1 Wm geldt voor ‘een ieder bij wie in de uitoefening van zijn beroep afvalstoffen ontstaan’.¹⁰⁵ Toch reken ik deze normen niet tot ‘kwaliteitsdelicten’ maar bespreek ik ze hier onder ‘tot een ieder gerichte milieunormen’, omdat de adressering van deze normen eigenlijk geen onderscheid maakt op kwaliteit, maar op handelen. Technischer uitgedrukt: het kwaliteitsbestanddeel van de verbodsbepaling wordt opgeslokt door de objectieve bestanddelen.

Ten slotte verdient het verbod om te handelen zonder omgevingsvergunning hier nog enige aandacht (o.a. in art. 2.1 lid 1 Wabo en art. 6.2 Ww). De algemene formulering van het verbod doet vermoeden dat de bepaling geldt voor een ieder. Het verbod speelt evenwel pas een rol op het moment dat er een inrichting daadwerkelijk in werking is zonder de benodigde vergunning. Als dit het geval is, kan er niet handhavend worden opgetreden jegens een ieder binnen die inrichting, maar alleen jegens degene op wie de verantwoordelijkheid voor de naleving van de voorschriften zou hebben gerust als er wel een vergunning was geweest; en dat is degene die de inrichting drijft. In een concreet geval rust het verbod om te handelen zonder vergunning dus op de *drijver* van de inrichting.¹⁰⁶ In paragraaf 3.3.4 bespreek ik wie aangemerkt kunnen worden als drijver.

3.3. Inrichtinggebonden milieunormen

3.3.1. Inrichtingen

De milieugevolgen van een bedrijf of activiteit worden gereguleerd door algemene regels die gelden krachtens de Wm, en door vergunningsvoorschriften op basis van de Wabo. Het bedrijf of de activiteit valt in beginsel pas onder de werking van deze milieunormen, wanneer er sprake is van een ‘inrichting’. Het inrichtingenbegrip wordt daarom beschouwd als het ‘aangrijpingspunt van het Wm-regime’. Het gros van de milieunormen is ‘inrichtinggebonden’. Om te begrijpen jegens wie milieunormen gehandhaafd kunnen worden, is daarom enige kennis vereist van het inrichtingenbegrip. Dat komt in deze sub-paragraaf (in vogelvlucht) aan bod.

Een bedrijf of activiteit valt onder de werking van inrichtinggebonden milieunormen, als het voldoet aan twee vereisten: 1) de activiteit voldoet aan de omschrijving van het begrip ‘inrichting’ dat gegeven is in de Wet Milieubeheer; en 2) de activiteit valt onder een bij AMvB aangewezen categorie van inrichtingen die nadelige gevolgen voor het milieu kunnen veroorzaken. Op beide vereisten ga ik nader in.

Artikel 1.1 lid 1 Wm geeft een definitie van het begrip inrichting, maar de definitie is niet bepaald duidelijk. Het artikel bepaalt dat als inrichting aangemerkt kan worden “elke door de mens bedrijfsmatig of in een omvang alsof zij bedrijfsmatig was, ondernomen bedrijvigheid die binnen een zekere begrenzing pleegt te worden verricht”. In de literatuur heeft men drie criteria kunnen destilleren.¹⁰⁷ Ten eerste moet er sprake zijn van *continuïteit*: de activiteit moet gedurende een zekere periode of met een zekere regelmaat worden verricht. Ten tweede is een fysieke *begrenzing* nodig: de activiteit moet op (steeds) dezelfde locatie plaatsvinden. Het derde criterium is dat de activiteit een bedrijfsmatige omvang moet hebben. Dit is in het geval als er sprake is van een op winst gerichte bedrijfsmatige exploitatie en commerciële activiteiten. Ook ‘uit de hand gelopen hobby’s’ kunnen een bedrijfsmatige omvang hebben, en zullen daarom onder de definitie van inrichting vallen. Wanneer een inrichting voldoet aan de criteria van artikel 1:1 lid 1 Wm, wordt het een ‘Wm-inrichting’ genoemd.

Niet elke Wm-inrichting valt onder het inrichtingenregime van de Wm; zoals aangegeven geldt er nog een tweede vereiste: ingevolge artikel 1.1 lid 3 en 4 Wm moet de activiteit van de Wm-inrichting ook bij AMvB aangemerkt zijn als een milieurelevante activiteit. De AMvB waar artikel 1.1 lid 3 naar verwijst is het Besluit

¹⁰⁴ Het gaat om handelingen als bedoeld in de art. 6 tot en met 11 Wbb, deze artikelen verwijzen vervolgens weer naar AMvB’s waarin bepalingen zijn opgenomen ter bescherming van de bodem.

¹⁰⁵ Andere voorbeelden, zie onder meer 6.8 Wtw en art.4 Besluit lozing afvalwater huishoudens.

¹⁰⁶ A.B. Blomberg *Integrale handhaving van milieurecht; een juridische studie over de handhaving van milieurecht in een democratische rechtsstaat*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 45 onder verwijzing naar Knijf e.a. 1998, p. 6; Van ‘t Lam 2005 (dis), p. 38.

¹⁰⁷ Zie verder omtrent 1.1 lid 3 Wm o.a. Van ‘t Lam 2005 (dis.), H4 par. 5; en het overzicht op Infomil: <https://www.infomil.nl/onderwerpen/integrale/activiteitenbesluit/begrip-inrichting/>.

Omgevingsrecht (hierna: Bor). In bijlage I in onderdeel B en C van de Bor worden verschillende categorieën van inrichtingen aangewezen,¹⁰⁸ waaronder inrichtingen waarin gewerkt wordt met brandbare stoffen, metalen, textiel, dieren, maar ook kantoren, hotels en sportscholen, om er maar een aantal te noemen. Er is ook een vangnetcategorie, namelijk inrichtingen waarin een of meer motoren aanwezig zijn met een (gezamenlijk) vermogen groter dan 1,5 kW. Zo'n motor is bijvoorbeeld aanwezig in een lift.

Een Wm-inrichting die voldoet aan beide criteria, wordt ook wel een 'milieu-inrichting' genoemd. Let wel, de criteria zijn cumulatief. Als een bepaalde activiteit valt onder een categorie genoemd in bijlage I van onderdeel C van het Bor, maar niet valt onder de inrichting-definitie uit artikel 1.1 lid 1 Wm, dan is het geen milieu-inrichting. Bijvoorbeeld, een hijskraan heeft een motor van meer dan 1,5 kW, maar omdat het niet voldoet aan de eisen van continuïteit en begrenzing is het geen milieu-inrichting. Het oordeel van het bestuursorgaan omtrent de kwalificatie van inrichtingen wordt door de rechter vol getoetst.

Ten slotte is voor de vraag of de leidinggevende functionaris een milieunorm overtreedt nog relevant welke activiteiten er precies onder de inrichting vallen. De tweede zin van artikel 1.1 lid 4 Wm bepaalt dat er sprake is van één inrichting als 'de tot eenzelfde onderneming of instelling behorende installaties onderling technische, organisatorische of functionele bindingen hebben, en in elkaars onmiddellijke nabijheid zijn gelegen'. Verschillende rechtspersonen kunnen onder één inrichting vallen, de vennootschappelijke structuur is dus niet bepalend. Belangrijker is of de verschillende activiteiten niet te ver van elkaar verwijderd zijn (nabijheid),¹⁰⁹ en of er sprake is van organisatorische binding en eventueel nog andere bindingsvormen die genoemd zijn in het artikel.¹¹⁰ Voor organisatorische binding wordt gekeken of er een (rechts)persoon feitelijk zeggenschap heeft over alle activiteiten.¹¹¹ Stel bijvoorbeeld dat er twee zelfstandige ondernemingen in één pand gevestigd zijn die gebruik maken van dezelfde voorzieningen op het terrein maar geen invloed hebben op elkaars handelen; dan is er weliswaar sprake van technische en functionele binding, maar niet van een organisatorische binding (zeggenschap). In die situatie is er dus *geen* sprake van één inrichting. Beide ondernemingen zijn dan ieder voor zich verantwoordelijk voor de naleving van milieunormen, en kunnen alleen worden aangesproken op overtredingen die binnen hun eigen inrichting is begaan.¹¹² Als er vergunningplichtige activiteiten uitgevoerd worden, dan moeten er ook aparte vergunningen aangevraagd worden.¹¹³

3.3.2. De normadressaat van inrichtinggebonden algemene regels

Artikel 8.40 lid 1 Wm bepaalt dat bij AMvB regels worden opgesteld die nodig zijn ter bescherming van het milieu tegen de nadelige gevolgen die inrichtingen kunnen veroorzaken. Die algemene regels zijn opgenomen in het Activiteitenbesluit milieubeheer (hierna: Abm). Dit is een omvangrijk besluit met gedetailleerde voorschriften voor inrichtingen over het behoud van milieu, en over de toelaatbare gevolgen. In beginsel vallen alle milieu-inrichtingen onder de algemene regels van het Abm.¹¹⁴ De regels uit het activiteitenbesluit zijn gericht tot 'degene die de inrichting *drijft*', zo volgt uit artikel 1.1 lid 1 Abm. Oftewel, de *drijver* is de

¹⁰⁸ Art. 2.1 lid 1 Bor.

¹⁰⁹ Al is de nabijheidstoets alsnog tamelijk casuïstisch. Boeve e.a. geven het voorbeeld waarin in de ene zaak 400 meter te ver van elkaar verwijderd is, en in een andere zaak 2000 meter nog voldoende nabij is. Respectievelijk ABRvS 9 maart 2011, *M en R* 2011/161 m.nt. Van 't Lam en ABRvS 2 augustus 2006, *JM* 2006/82 m.nt. Zigenhorn; M.N. Boeve & F.A.G. Groothuise, *Omgevingsrecht*, Groningen: Europa Law Publishing 2016, p. 196.

¹¹⁰ Knijff 1999; R. Uylenburg, 'De stolpvergunning', *M en R* 1999, afl. 11, p. 264-267, par. 2; H.J.M. Besselink, H.A.E. Uniken Venema & M. Verbree, 'Een complexvergunning voor zelfstandige bedrijven', *M en R* 1996, afl. 2, p. 39-44; Van 't Lam 2005 (dis.), p. 12; Mellenbergh 2009, p. 35-38, 52.

¹¹¹ Van Trigt, *T&C Milieurecht*, art. 1.1 Wm, aant. 5; De privaatrechtelijke afspraken vormen hierbij een belangrijk oriëntatiepunt, maar zijn niet vereist om de zeggenschap vast te stellen. Mellenbergh 2009, p. 48-53. Zie verder ABRvS 14 juli 2004, AB 2004, 331 m.nt. Michiels, overweging 2.3.3; en de annotatie van Van 't Lam bij ABRvS 10 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:42, AB 2018/131; V.M.Y. Van 't Lam, 'Het begrip inrichting en zeggenschap', *StAB* 2005, afl. 2, p. 10-14. ABRvS 26 april 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AW3977, AB 2006/298, m.nt. Knijff; Dit zeggenschaps criterium is nauw verbonden aan dat van drijverschap, zie verder par. 3.3.4.

¹¹² Een voorbeeld van een uitspraak waarin de Afdeling expliciet overweegt dat de drijver slechts verantwoordelijk is voor hetgeen op eigen inrichting gebeurt: Vz. ABRvS 18 oktober 1996, *M en R* 1997/5, nr. 55, p. 115.

¹¹³ Zie onder meer ABRvS 26 oktober 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU5007; ABRvS 27 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY7325; Van 't Lam 2010. Opmerkelijk, in een recent arrest hanteert de rechter niet de zeggenschapstoets, maar 'gezamenlijke exploitatie'. ABRvS 10 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:42.

¹¹⁴ Kamerstukken II 2005/06, 30 483, 3, p. 1.

normadressaat van inrichtinggebonden algemene regels. In paragraaf 3.3.4 bespreek ik wie aangemerkt kunnen worden als drijver van de inrichting.

3.3.3. De normadressaat van een omgevingsvergunning milieu

Voor het oprichten, veranderen of in werking hebben van sommige milieu-inrichtingen is een ‘omgevingsvergunning milieu’ (hierna: milieuvergunning) nodig (art. 2.1 lid 1 sub e Wabo). De vergunningsplicht geldt als uitzondering op de hoofdregel, het is alleen vereist voor activiteiten die zeer belastend voor het milieu zijn of als de activiteiten te ingewikkeld zijn om onder algemene regels te vallen. Welke activiteiten vergunningplichtig zijn wordt bij AMvB aangewezen, in dit geval het Bor.¹¹⁵ Het Bor heeft dus meerdere functies: het bepaalt welke Wm-inrichtingen aangemerkt kunnen worden als milieu-inrichtingen (en dus onder de algemene regels van het activiteitenbesluit vallen), en daarnaast wijst het de vergunningplichtige inrichtingen aan.

Wie is verantwoordelijk voor de naleving van vergunningsvoorschriften? De tweede volzin van artikel 2:25 lid 1 Wabo bepaalt dat de *vergunninghouder* zorg draagt dat de aan de omgevingsvergunning verbonden voorschriften worden nageleefd. Daarmee rijst de vraag wie de vergunninghouder is.¹¹⁶ Bij een *persoonsgebonden* vergunning is deze vraag makkelijk te beantwoorden; het is dan de aanvrager van de vergunning of degene voor wie de vergunning aangevraagd wordt. Zodoende is er één vaste vergunninghouder aan te wijzen. Echter, de eerste zin van 2:25 lid 1 Wabo bepaalt dat de vergunning geldt voor een ieder die het project *uitvoert* waarop de vergunning betrekking heeft. In de memorie van toelichting verduidelijkt de wetgever de normadressaat als volgt:¹¹⁷

“De omgevingsvergunning is een zaaksgebonden vergunning. De «vergunninghouder» is dus niet degene aan wie de vergunning ooit is verleend, maar degene die het project uitvoert waarop de vergunning betrekking heeft. Met degene «die het project uitvoert» is bedoeld degene die voor die uitvoering verantwoordelijk is (...). Die moet de vergunningvoorschriften naleven of zorgen dat ze door zijn werknemers of contractanten worden nageleefd.”

De ‘vergunninghouder’ van een omgevingsvergunning milieu is dus geen vaste persoon, maar een hoedanigheid. Als de inrichting van eigenaar verandert, of als de aanvrager van de vergunning niet meer betrokken is bij het exploiteren van de inrichting, dan is – vanwege het zaaksgebonden karakter van de vergunning – de nieuwe ‘verantwoordelijke’ automatisch normadressaat van de vergunningsvoorschriften.¹¹⁸ De vergunning volgt dus het project. Dit heeft als voordeel dat de vergunning niet overgeschreven hoeft te worden, en dat er altijd een verantwoordelijke aangewezen kan worden voor de naleving van de vergunningsvoorschriften, en dat deze verantwoordelijke nog direct betrokken is bij de exploitatie van de inrichting ook. Deze materiële invulling heeft als nadeel dat er onduidelijkheid kan bestaan over *wie* de vergunninghouder is.¹¹⁹

Als criterium voor het normadressaatschap is ‘degene die verantwoordelijk is voor de uitvoering van het project’ alsnog weinig richtinggevend. Om te bepalen tot wie de voorschriften uit de omgevingsvergunning milieu gericht zijn, wordt aansluiting gezocht bij de toets die gehanteerd werd voor de intrede van de Wabo. De

¹¹⁵ De vergunningplichtige inrichtingen worden aangewezen in Bijlage I onderdeel B en C Bor (art.1:1 lid 3 Wabo jo. 2.1 lid 2 Bor). Inrichtingen waartoe een IPPC-installatie behoort, zijn in ieder geval vergunningplichtig. De vergunningplichtige inrichtingen worden in het Abm ‘type C inrichtingen’ genoemd. Een drijver van een inrichting moet zelf nagaan of hij vergunningplichtig is en welke algemene regels op hem van toepassing zijn. De internetmodule die te vinden is op www.aimonline.nl kan daarbij helpen.

¹¹⁶ Zie uitgebreid Van ‘t Lam 2005 (dis.), p. 42 e.v.; Knijff e.a. 1998, par. 3.2; Kortmann 2015.

¹¹⁷ Kamerstukken II 2006/07, 30844, 3, p. 113. Uit de passage zijn de voorbeelden die de wetgever geeft (eigenaar of opdrachtgever) weggelaten, omdat ze de indruk kunnen wekken dat de genoemde categorieën limitatief zijn (quod non). Zie ook de opmerkingen van Van ‘t Lam hieromtrent o.a. in de annotatie bij ABRvS 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1667 in M en R 2015/151.

¹¹⁸ Van ‘t Lam 2005 (dis.), H4 par. 3.2.1.; Knijff 2003; merk op, wanneer de vergunning voor een ander gaat gelden, dan moet de aanvrager of eerdere vergunninghouder dit melden aan het bevoegd gezag (2:25 lid 2 Wabo). Het niet tijdig melden is strafbaar op grond van Art. 1a, onder 2, Wed. De wetgever is dus niet consequent in het gelijkstellen van drijver en vergunninghouder. Zie ook Kortmann 2015. Voorbeeld in de jurisprudentie van het zaaksgebonden karakter: ABRvS(vz) 13 april 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AN6353, AB 2000/241, m.nt. Knijff.

¹¹⁹ Zie voor kritiek op deze onduidelijkheid en een pleidooi voor betere aansluiting bij normaal spraakgebruik Kortmann 2015.

wetgever heeft namelijk met ‘verantwoordelijkheid voor de uitvoering van het project’ (in de context van milieuactiviteiten) willen aansluiten bij het zeggenschaps criterium dat in de Wet milieubeheer gehanteerd werd: oftewel bij het drijversbegrip.¹²⁰ Van ’t Lam noemt verschillende aanwijzingen voor dit standpunt.¹²¹ Ten eerste wordt in de toelichting op artikel 2.25 Wabo verwezen naar de Wm en Wm-jurisprudentie voor het bepalen van de normadressaat. Daarnaast heeft de wetgever in het kader van de Wabo aangegeven dat geen inhoudelijke wijzigingen beoogd worden. Ten slotte valt op dat de toelichting op en strekking van artikel 2.25 Wabo sterk overeen komt met die van artikel 8.20 Wm. Onder de Wm, was de normadressaat van de milieuvergunning *degene die de inrichting drijft*.¹²²

Ik zou hieraan willen toevoegen dat het drijversbegrip hand in hand gaat met het zaaksgebonden karakter van de milieuvergunning, en dat het daarom ook logisch is dat het drijversbegrip niet is losgelaten in de Wabo (en ook zal blijven in de Omgevingswet).¹²³ Immers, wanneer de vergunning niet verbonden is aan een persoon, maar aan een inrichting, dan ontkomt je er niet aan dat de (rechts)personen die zeggenschap hebben over de exploitatie van de inrichting de verantwoordelijkheid dragen voor de inrichting (want wie anders?). Wat de ‘zeggenschap over de exploitatie van de inrichting’ inhoudt, is neergeslagen in het leerstuk van drijverschap. Je kan het drijver noemen of een andere naam geven, maar tenzij de wetgever hier een nieuw leerstuk voor introduceert, is de normadressaat van zaaksgebonden vergunningen iets dat ongeveer neer komt op wat in de Wm ‘drijver’ werd genoemd.

Het is een hele omweg, maar voor omgevingsvergunningen milieu geldt het volgende: de normadressaat van vergunningsverplichtingen is de vergunninghouder, de vergunning is niet persoons- maar zaaksgebonden, dus de vergunninghouder is degene die verantwoordelijk is voor de uitvoering van het project, de verantwoordelijkheid voor de uitvoering van het project in de context van milieuvergunningen rust op degene die de inrichting drijft. Kort en goed, de drijver is verantwoordelijk voor de naleving van een vergunning. In de volgende sub-paragrafen ga ik nader in op het drijversbegrip, en op de vraag of en wanneer leidinggevende functionarissen aangemerkt kunnen worden als drijver.

3.3.4. Drijver van de inrichting

Zeggenschap

Uit het voorgaande volgt dat inrichtinggebonden milieunormen, dus zowel de algemene regels als de vergunningsvoorschriften,¹²⁴ zijn gericht tot de drijver van de inrichting.¹²⁵ Het begrip ‘drijver’ is echter niet door de wetgever gedefinieerd, en de jurisprudentie over dit begrip is casuïstisch.¹²⁶ Men gaat er in de literatuur

¹²⁰ Overgoor, *Milieurecht Totaal*, art.2.25 Wabo, aant. 1.3; Van ’t Lam 2005 onder verwijzing naar Knijff 1999, p. 284 e.v. en Van ’t Lam 2005 (dis.), p. 37-70.

¹²¹ V. M. Y. Van ’t Lam, ‘Wabo en omgevingsvergunning voor milieu in vogelvlucht’, *M en R* 2016/88. onder verwijzing naar Kamerstukken II 2006/07, 30844, 3, p. 113.

¹²² Art 8.20 lid 1 Wm (oud) bepaalt dat ‘Een voor een inrichting verleende vergunning geldt voor ieder die de inrichting drijft. Deze draagt ervoor zorg dat de aan de vergunning verbonden voorschriften worden nageleefd.’ Knijff e.a. concluderen op basis van de wetgeschiedenis van art.8.20 en jurisprudentie dat ‘vergunninghouder’ en inrichtingendrijver synoniemen zijn. Knijff e.a. 1998, p. 32. Dit standpunt is overgenomen in latere literatuur en in de rechtspraak. Al steekt soms een meer persoonsgebonden interpretatie van vergunninghouder de kop op: ABRvS 01 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:522, r.o. 3.2 en 3.7, *M en R* 2017/70, m.nt. Van ’t Lam en Bruijnsteen, zie ook onder punt 5 van de annotatie.

¹²³ Zie par. 3.4.1.

¹²⁴ Hier niet besproken maar wel een belangrijke milieunorm die ook gericht is tot de drijver, is de meldplicht en de verplichting tot het nemen van maatregelen bij een ongewoon voorval ex. Art. 17.1 en 17.2 Wm.

¹²⁵ Ik ga ervan uit dat de drijver tot wie milieunormen uit algemene regels gericht zijn, en de drijver tot wie vergunningsverplichtingen gericht zijn, dezelfde is, en dat in de Wabo geen andere invulling aan het begrip gegeven wordt dan onder de Wm. Dit lijkt ook aangenomen te worden in de literatuur, zie o.a. Van ’t Lam 2005 (dis.), p. 50-51. Ik zal daarom voor het drijversbegrip zowel recente als oudere jurisprudentie betrekken van algemene regels en vergunningsvoorschriften.

¹²⁶ Er worden verschillende toetsen gehanteerd. In jurisprudentie inzake benzinestations wordt de ‘exploitant’ van de inrichting aangemerkt als drijver, zie Vz. ABRvS 19 augustus 1996, AB 1997/14 m.nt. PvB; ABRvS 21 maart 1997, BR 1997, BR 1997, p. 583; Vz. ABRvS 30 juni 2000, AB 2000/401 m.nt. C.L. Knijff; ABRvS 29 mei 2002, MRKort 2002/59. Bij het bepalen van drijverschap in situaties met meerdere rechtspersonen heeft de rechter als toets aangelegd ‘(bestuurlijke en economische) verwevenheid’ HR 19 juni 2001, AB 2002/382, m.nt. Van Buuren, JOR 2001/54, m.nt. Bartman (*Sorteerinrichting Fryslan*); ‘Betrokkenheid’ is soms ook nog als gezichtspunt gebruikt om te bepalen wie de drijver is, zie bijvoorbeeld VzABRS 31 juli 1998, ECLI:NL:RVS:1998:AN5836, AB

vanuit dat de drijver degene is die zeggenschap heeft over (de exploitatie van) de inrichting, en/of over de activiteiten en het gebruik van het onroerend goed ten behoeve van het verrichten van die activiteiten.¹²⁷

Wat voor een soort zeggenschap is nodig om te kwalificeren als drijver? Uit de jurisprudentie en literatuur volgt dat *juridische* zeggenschap over de inrichting een aanwijzing vormt voor drijverschap, maar niet voldoende is: om iemand aan te merken als drijver moet diegene (ook) *feitelijke* zeggenschap hebben.¹²⁸ De enkele juridische hoedanigheid van bijvoorbeeld eigenaar of grootaandeelhouder is dus onvoldoende: de feitelijke situatie is doorslaggevend. In het milieurecht geldt dus: van zeggenschap over een (deel van) de inrichting, komt verantwoordelijkheid. Daarvoor kan het bevoegd gezag bijvoorbeeld kijken naar wie zich presenteert als degene die het voor het zeggen heeft, wie correspondentie voert uit naam van de inrichting, uit wiens naam de activiteiten verricht worden en voor wiens lusten en lasten de inrichting geëxploiteerd wordt.¹²⁹ Voor feitelijke zeggenschap over de inrichting is niet vereist dat de drijver de activiteiten zelf uitvoert.¹³⁰ Van 't Lam voegt hier aan toe dat die zeggenschap wel zodanig moet zijn, dat afgedwongen kan worden dat er conform de voorschriften wordt gehandeld.¹³¹

Een bijzondere situatie doet zich voor wanneer de rechtspersoon failliet gaat. De failliet verliest rechtsweg de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorende vermogen, en daardoor is hij of zij niet langer drijver van de inrichting. De curator wordt vervolgens aangemerkt als drijver, omdat deze dan 'in een bijzondere gezagsverhouding' staat tot de inrichting, ongeacht de vraag of hij of zij feitelijk de inrichting exploiteert.¹³²

Meerdere drijvers – horizontaal en verticaal drijverschap

Doorgaans zullen verschillende (rechts)personen tegelijkertijd betrokken zijn bij het exploiteren van een inrichting.¹³³ De wetgever heeft bewust de mogelijkheid open gehouden dat meerdere (rechts)personen kunnen worden aangemerkt als drijver.¹³⁴ Wanneer er sprake is van meerdere drijvers van één inrichting, kan men twee

1999/45, m.nt. Knijff (Givaudan); Knijff e.a. 1998, p. 47-49. Alle genoemde criteria liggen dicht bij elkaar, en doen denken aan het zeggenschaps criterium. Aldus ook Knijff 1999, par. 2 en Knijff in AB 1999/45; Van 't Lam 2005 (dis.), H4 par. 4.4 en par. 5.

¹²⁷ Knijff 1999; Van 't Lam 2005 (dis.), p. 55; Van 't Lam 2005, p. 12; Uylenburg 1999, par. 2; Knijff 1999, par. 2; Mellenbergh 2009, par. 8.2.1; ABRvS 23 april 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD0349 en ECLI:NL:RVS:2008:BD0350 (*Rumeta*); zie ook een overzicht van arresten tot 2009 over het drijversbegrip op <https://www.infomil.nl/vaste-onderdelen/uitgebreid-zoeken/@143552/drijver-inrichting/>.

¹²⁸ Van 't Lam 2005 (dis.), p. 53, 66; Knijff e.a. 1998, p. 32, 42-46; Uylenburg 1999, par. 2; ABRvS (vz.) 31 juli 1998, ECLI:NL:RVS:1998:AN5836, AB 1999/45, m.nt. Knijff (m.n. par. 6 e.v. in de annotatie); ABRvS 26 april 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AW3977, AB 2006/298, m.nt. Knijff; ABRvS 30 januari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC3051; ABRvS 23 april 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD0349, JOM 2008/482; ABRvS 26 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2005:AU5007. Mijns inziens onjuist, althans ontoereikend gemotiveerd, is de uitspraak ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3550 (*Brand Zaltbommel*), waarin het drijverschap wordt afgeleid op basis van de formele hoedanigheid van appellant. Zie met betrekking tot de eigenaar als drijver ook de kritiek van Van 't Lam in de annotatie bij ABRvS 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1667, *M en R* 2015/151 (*Houtwal*); en in Van 't Lam 2016.

¹²⁹ Knijff e.a. baseren deze gezichtspunten op interviews met toezichthouders. Knijff e.a. 1998, p. 32 e.v.

¹³⁰ Zie van 't Lam 2005 (dis.), p. 58-60, onder verwijzing naar onder meer ABRvS 22 augustus 2001, AB2001/69 (*Mercator II*); ABRvS 9 juni 2004, JB 2004/281; ABRvS 28 augustus 2002, *M en R* 2003, 66.

¹³¹ Van 't Lam 2005 (dis.), p. 57; Van 't Lam 2005. Dat is mijns inziens juist, want de drijver die niet kan afdwingen dat de voorschriften worden nageleefd heeft geen feitelijke zeggenschap over het exploiteren van de inrichting. Ik plaats hier wel de kanttekening bij dat de drijver niet elk denkbare overtreding hoeft te kunnen voorkomen. Ook zijn situaties denkbaar waarin de drijver het niet zelfstandig in de macht heeft om een overtreding ongedaan te maken, en toch drijver is. Zie bijvoorbeeld de casus van de benzinepomphouder die geen vloeistofvaste verharding als ondergrond had, en die voor het aanbrengen van de ondergrond afhankelijk was van toestemming van de verhuurder. ABRvS 29 mei 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE3309.

¹³² ABRvS 11 juli 1997, AB 1998/268, m.nt. Jurgens, *M en R* 1997/130, m.nt. Cup; ABRvS 9 mei 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA4703; ABRvS 24 november 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK5036, AB 2008/132, m.nt. Jansen; E.M.N. Noordover, 'De curator als overtreder', *TvI* 2015/12; R. Mellenbergh, 'De curator en de naleving van de milieuvergunning', *NJB* 2005, p. 784-787; F.A. Pommer en M.J.W. van Ingen, 'De curator als milieuvvervuiler - De positie van de curator bij bestuursrechtelijke handhaving van milieuvoorschriften', *Tijdschrift voor Curatoren* 2014, nr. 1; Mellenbergh 2009, par. 9.3. 'Bijzondere zeggenschapsverhouding' kan worden gezien als een vergelijkbaar criterium als 'Zeggenschap', zij het met een iets ruimere invulling. Uylenburg 1999 en Knijff in de annotatie van BRvS (vz.) 31 juli 1998, ECLI:NL:RVS:1998:AN5836, AB 1999, 45.

¹³³ Wanneer meerdere bedrijven onder één vergunning vallen, wordt dit ook wel een 'koepelvergunning' of 'stolpvergunning' genoemd'. Zie hieromtrent onder meer Uylenburg 1999; Besselink e.a. 1996; Van 't Lam 2005 (dis.), m.n. hoofdstuk 13 en 14; en V.M.Y. Van 't Lam en M. Jansen Schoonhoven, 'Van inrichting naar MBA: Enkele praktische consequenties nader belicht', *M en R* 2018/108.

¹³⁴ Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 81; Kamerstukken II 2006/07, 30 844, nr. 3, p. 113; ABRvS(Vz) 31 juli 1998, ECLI:NL:RVS:1998:AN5836, AB 1999/45, m.nt. Knijff. Merk op: een belangrijke voorvraag in dergelijke gevallen, is of er wel sprake is van één inrichting. Zie par. 3.3.1.

soorten drijverschap onderscheiden: verticaal en horizontaal drijverschap.¹³⁵ Verticaal drijverschap houdt in dat er naast de drijver andere (rechts)personen in een hiërarchisch hogere positie ook zeggenschap hebben op wat er gebeurt binnen de inrichting. Dit wordt ook wel aangeduid als ‘doorbraak van drijverschap’.¹³⁶ Bijvoorbeeld, een benzinemaatschappij regelt doorgaans de vergunningen voor de benzinestations, en zal invloed kunnen uitoefenen op hoe de pomphouder zijn benzinestation exploiteert. Gelet op de zeggenschap over de inrichting is denkbaar dat naast de pomphouder, ook de benzinemaatschappij aangemerkt kan worden als drijver van het benzinestation.¹³⁷ Maar tevens een (bemoeizuchtige) grootaandeelhouder van een inrichting kan zodanige zeggenschap hebben dat ook hij of zij geldt als drijver.¹³⁸ Enkel een formeel hiërarchische positie – bijvoorbeeld moederbedrijf, eigenaar, bestuurder of grootaandeelhouder – is op zichzelf echter onvoldoende om als drijver aangemerkt te worden.¹³⁹ Zoals gezegd speelt de formele hoedanigheid een rol, maar het is niet bepalend; uiteindelijk gaat het om de (feitelijke) zeggenschap over de inrichting. Andersom kan een drijver evenmin voorkomen dat hij of zij aangemerkt wordt als normadressaat van de inrichtinggebonden milieunormen, door het tussenschuiven van rechtspersonen.¹⁴⁰

Bij horizontaal drijverschap zijn er op hetzelfde niveau verschillende (rechts)personen betrokken bij het exploiteren van de inrichting. In de literatuur wordt in de horizontale relatie onderscheid gemaakt tussen *mededrijverschap* en *deeldrijverschap*. Mededrijverschap houdt in dat verschillende (rechts)personen alle activiteiten binnen de inrichting tezamen uitvoeren. Bijvoorbeeld wanneer een inrichting twee eigenaren heeft die samen de zaak runnen. Van deeldrijverschap is sprake wanneer verschillende (rechts)personen ieder een apart deel van de activiteiten binnen de inrichting voor rekening nemen. Denk bijvoorbeeld aan een afval sorteer- en verwerkingscentrum waarin (rechts)persoon A zich (slechts) bezighoudt met sorteren van afval, (rechts)persoon B met het verwerken van afval.¹⁴¹ Er bestaan echter geen inrichtingen met alléén maar deeldrijvers, want dan zou de organisatorische binding ontbreken die vereist is om te kunnen spreken van één inrichting. Bij een samenwerking tussen meerdere deeldrijvers, zal er dus in ieder geval één ‘hoofddrijver’ moeten zijn die (enige) zeggenschap heeft over alle delen van de inrichting.¹⁴²

De termen horizontaal- en verticaal drijverschap, mededrijver en deeldrijver zijn gemunt door Knijff e.a. in het onderzoek uit 1998. De termen komen niet voor in de wet, en worden zelden gebruikt in de rechtspraak.¹⁴³ Ik noem ze hier, omdat ze inzichtelijk maken wat voor een soort zeggenschapsrelaties er bestaan. Zoals zal blijken moet bij de beoordeling van een mededrijver andere vragen gesteld worden dan bij een deeldrijver, en zijn er bij verticaal drijverschap andere obstakels dan horizontaal drijverschap. De terminologie is dus nuttig om de verschillende soorten drijvers gedetailleerder in kaart te brengen en de toets te concretiseren.

Voor welk deel is de deeldrijver verantwoordelijk?

Als er sprake is van meerdere drijvers binnen een inrichting – horizontaal of verticaal – ligt de verantwoordelijkheid voor de naleving van de normen die op de inrichting van toepassing zijn, in beginsel op

¹³⁵ Zie onder meer Blomberg 2000, par. 3.2; Van 't Lam 2005 (dis.), H4 par. 4.3; beiden verwijzend naar Knijff e.a. 1998.

¹³⁶ Knijff e.a. 1998, p. 55.

¹³⁷ Blomberg 2000, p. 45-46. Dit is ook het voorbeeld dat de wetgever geeft in de MvT van de Wabo Kamerstukken II 2006-2007, 30 844, nr. 3, p.113.

¹³⁸ ABRvS 10 augustus 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU0735 (*Desmepol*); ABRvS 25 november 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK4382, *M en R* 2010/18, m.nt. Warendorf en *JM* 2010/30, m.nt. Flietstra; Mellenbergh 2011; en Mellenbergh (dis.), p. 432-433.

¹³⁹ Juridische zeggenschap is immers onvoldoende. Zie ook de kritiek van Van 't Lam op ABRvS 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1667 in *M en R* 2015/151; ABRvS 16 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:907, *JOM* 2018/281.

¹⁴⁰ Mellenbergh 2011 onder verwijzing naar CBb 5 april 2005, ECLI:NL:CBb:2005:AT4977. Gelet op de nadruk op zeggenschap in de drijverschapstoets lijkt deze uitkomst me juist. Een voorbeeld waar het tussenschuiven van rechtspersonen wel effectief was: ABRvS 16 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:907, *JOM* 2018/281. De uitkomst had m.i. ermee te maken dat niet gemotiveerd was waarom de aangesproken enig aandeelhouder ook als overtreder aangemerkt kon worden. Nogmaals: enkel de juridische positie is onvoldoende voor drijverschap.

¹⁴¹ Er moet dan natuurlijk nog wel sprake zijn van één inrichting. Zie par. 3.3.1.

¹⁴² Uylenburg 1999, par. 2; zie ook ABRvS 26 april 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AW3977, *AB* 2006/298, m.nt. Knijff; ABRvS 1 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:522, *M en R* 2017/70, m.nt. Van 't Lam en Bruijnsteen onder punt 4; ABRvS 24 juli 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE5756, *AB* 2003/7, m.nt. Van 't Lam.

¹⁴³ Op de term ‘mededrijver’ na dan, die met enige regelmaat de kop opsteekt in de rechtspraak.

alle drijvers. Er is discussie mogelijk of dit uitgangspunt ook opgaat in gevallen van deeldrijverschap. Er bestaan uitspraken die daarop wijzen,¹⁴⁴ en in de toelichting van de invoeringswet van de omgevingswet lijkt de wetgever hier ook van uit te gaan,¹⁴⁵ maar Knijff en Van 't Lam menen dat dit onjuist is. Deze auteurs stellen dat de deeldrijver alleen verantwoordelijk is voor de naleving van de normen die betrekking hebben op het 'eigen deel'.¹⁴⁶ Ik sluit me bij Knijff en Van 't Lam aan: het lijkt me namelijk niet terecht en ook niet altijd nuttig dat deeldrijvers normadressaat zijn van voorschriften die betrekking hebben op delen waarover ze geen zeggenschap hebben.

Het lijkt mij niet terecht, omdat de zeggenschap over de betreffende milieurelevante activiteiten nu juist de rechtvaardiging vormt dat de (rechts)persoon verantwoordelijk worden gehouden voor de naleving van de normen die op de activiteiten van toepassing zijn. Als de deeldrijver verantwoordelijk is voor alle voorschriften van de inrichting, zou dat tot scheve situaties kunnen leiden. Neem het voorbeeld dat ik eerder gaf: dat zou betekenen dat op afvalsorteerder A ook de verplichtingen drukken die betrekking hebben op afvalverwerking, en op afvalverwerker B de verplichtingen die gelden voor afvalsorteerders, terwijl ze beiden zich afzijdig houden van die activiteiten van de inrichting.

Ook kan betwijfeld worden of de ruime adressering van milieunormen veel nut heeft. Immers is sanctionering slechts mogelijk wanneer de deeldrijver ook op één of andere manier betrokken is geweest bij de verboden gedraging (*overtrederschap in concreto*). Wanneer een overtreding plaatsvindt in een onderdeel van de inrichting waarover de deeldrijver geen feitelijke zeggenschap heeft, dan zal de deeldrijver doorgaans niet de bevoegdheid of beschikkingsmacht gehad hebben die nodig is om hem of haar aan te merken als overtreder in concreto.

Ondergrens van deeldrijverschap

Voor het deeldrijverschap rijst nog de vraag hoe groot het deel van de inrichting moet zijn waarover de betrokkene feitelijke zeggenschap heeft, voordat hij of zij aangemerkt kan worden als 'deeldrijver'. Op basis van de literatuur en jurisprudentie heb ik (nog) niet kunnen ontdekken hoe de ondergrens van deeldrijverschap eruit ziet. De ondergrens ligt natuurlijk niet zo hoog dat de zeggenschap zich niet hoeft uit te strekken tot de *hele* inrichting. Anders zou het principe van deeldrijverschap immers niet bestaan. Bovendien, wanneer iemand pas drijver is wanneer er zeggenschap is over de *hele* inrichting, dan komt men (zeker bij grotere organisaties) uit bij (rechts)personen hoog in de vennootschappelijke kerstboom die wellicht weer heel ver af staan van de feitelijke exploitatie van de inrichting, hetgeen weer botst met de feitelijke insteek van het drijverschapscriterium. Zeggenschap over een *deel* van de inrichting kan dus voldoen. Daarmee is nog niet de vraag beantwoord hoe groot dit deel moet zijn.

Stel dat het afvalcentrum ook een bedrijfskantine heeft die onderdeel is van de inrichting, is dan degene die de kantine exploiteert – (rechts)persoon C – ook deeldrijver (en daardoor normadressaat van alle voorschriften die gelden voor de inrichting)? Of is de zeggenschap van C te beperkt om als drijver aangemerkt te worden, omdat de zeggenschap slechts strekt over een ondersteunende activiteit van de

¹⁴⁴ Onder andere ABRvS (vz) 30 juli 1996, ECLI:NL:RVS:1996:AS5598, BR 1997/49; ABRvS 28 april 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AN5834, (*Besselsen/beside*); en ABRvS (vz) 31 juli 1998, ECLI:NL:RVS:1998:AN5836, AB 1999/45, m.nt. Knijff AB 1999, 45 (*Givaudan*); in de laatst genoemde uitspraak concludeert de Afdeling dat wanneer een inrichting wordt gedreven door meerdere personen 'zij ieder verantwoordelijk zijn voor het naleven van de vergunning en de daaraan verbonden voorschriften' en dat het feit 'dat de bedrijfsvoering van het gedeelte van de inrichting waarin de overtredingen hebben plaatsgevonden in de praktijk (...) door één van de andere drijvers wordt uitgevoerd (...) dit niet anders (maakt)'. Deze uitkomst wordt door Knijff in de voetnoot bestreden.

¹⁴⁵ "Nu het om één omgevingsvergunning gaat, ligt in het artikellid het uitgangspunt besloten dat als er meer vergunninghouders zijn, deze een gezamenlijke verantwoordelijkheid dragen voor de naleving van de vergunningvoorschriften, ongeacht of de omgevingsvergunning ziet op één of op meer activiteiten. Die gezamenlijke verantwoordelijkheid van alle vergunninghouders brengt ook mee dat in beginsel tegen elke vergunninghouder handhavend kan worden opgetreden bij het niet-naleven van vergunningvoorschriften, voor zover uiteraard in het concrete geval wordt voldaan aan de eisen die de Awb stelt aan het zijn van overtreder." Memorie van Toelichting op de Invoeringswet Omgevingswet, Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 198.

¹⁴⁶ Knijff 1999; Knijff AB 1999/45; Uyenburg 1999; ABRvS 22 augustus 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AN6885, AB 2002/88, m.nt. Van 't Lam (*Oprichtingsvergunning voor bedrijfcentrum Nijmegen*).

inrichting? In dat geval zou dan de ‘hoofddrijver’ verantwoordelijk zijn voor de activiteiten die niet vallen onder de zeggenschap van de deeldrijvers.

Verder is onduidelijk wanneer iemand ‘belangrijk genoeg’ is binnen de inrichting om aangemerkt te worden als normadressaat. Deze onduidelijkheid speelt niet alleen bij deeldrijvers, maar ook bij andere soorten drijvers. Bijvoorbeeld, is het ‘manusje van alles’ dat in de praktijk de inrichting draaiende houdt, maar die grote beslissingen voorlegt aan de (verder nauwelijks betrokken) eigenaar van de inrichting, zelf ook aangemerkt worden als drijver van de inrichting?¹⁴⁷ Of kan van een afdelingsleider gezegd worden dat hij of zij (een deel van) de inrichting drijft? Knijff schrijft in haar artikel uit 1999 dat naast een rechtspersoon de bestuurder ook kan worden aangemerkt als drijver, maar noemt het even verderop ‘op het eerste gezicht niet aannemelijk’ dat een *bedrijfsleider* drijver kan zijn.¹⁴⁸ Helaas wordt in het artikel niet verder op deze kwestie ingegaan, en voor zover ik weet is nog altijd niet onderzocht welke factoren bepalen dat de ene leidinggevende functionaris wél, en de andere niet aangemerkt kan worden als normadressaat. Bovendien is er nadien verschillende jurisprudentie verschenen, waarin een bedrijfsleider juist *wel* als drijver aangemerkt is.¹⁴⁹ Nader onderzoek is dus nodig.¹⁵⁰

Onderscheid tussen zeggenschap, beschikkingsmacht en ‘machts criterium’

Wel is duidelijk wat *niet* de ondergrens vormt van het deeldrijverschap. Anders dan soms gedacht wordt, leidt betrokkenheid bij de verboden gedraging niet tot normadressaatschap. Evenmin maakt de mogelijkheid om een einde te maken aan de overtreding, de persoon geen drijver (laat staan een overtreder). Deze omstandigheden zeggen (op zichzelf) namelijk nog niets over de zeggenschap van betrokkene over de inrichting. Hiermee komt het onderscheid tussen zeggenschap, beschikkingsmacht en het machts criterium in beeld, dat in dit preadvies al eerder aan bod gekomen is.¹⁵¹ De maatstaf voor drijverschap is (feitelijke) zeggenschap over de exploitatie van (een deel van) de *inrichting*. Beschikkingsmacht, daarentegen, is niet gerelateerd aan de inrichting, maar aan de *verboden gedraging*. Het is een concept dat thuishoort in *overtrederschap in concreto*, meer specifiek bij functioneel plegerschap. Het draait om de vraag of de invloed van de betrokkene zodanig was, dat hij of zij de verboden gedraging kon voorkomen. In de regel zal de drijver ook beschikkingsmacht hebben over de verboden gedragingen in (zijn deel van) de inrichting. Maar beschikkingsmacht over een concrete gedraging, betekent nog niet dat de betrokkene (een deel van de) inrichting drijft.

Voorbeeld: een werknemer kan zodanige invloed hebben op het gedrag een stagiaire of een contractant dat hij of zij deze kan aanzetten of weerhouden van een verboden gedraging, daardoor kan gezegd worden dat de werknemer beschikkingsmacht heeft die nodig is voor functioneel plegerschap,¹⁵² maar alsnog kan niet gezegd worden dat de hij of zij (een deel van) de inrichting *drijft*. Daarom is hij of zij geen adressaat van de normen die rusten op de inrichting.

Het *bevoegd en redelijkerwijs gehouden* criterium uit de Slavenburg-toets voor feitelijk leidinggeven lijkt veel op de vereiste beschikkingsmacht van functioneel plegen. Bij dit criterium draait het ook om de feitelijke invloed op de *verboden gedraging*, dat de aangesprokene formeel een leidinggevende rol heeft binnen de rechtspersoon is niet voldoende en ook niet noodzakelijk.¹⁵³ Sommige auteurs menen dat naast de feitelijke invloed op de

¹⁴⁷ Een curieus voorbeeld: een Managing Director die zeggenschap heeft over de bedrijfsactiviteiten, en die zich opgeworpen heeft als de centrale persoon wiens toestemming essentieel is voor het treffen van de maatregelen binnen de inrichting, is volgens de Afdeling toch geen drijver. ABRvS (vz.) 20 juni 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AH8217, KG 2000, 176 (*Amcor*).

¹⁴⁸ Knijff 1999, par. 3. Ze voegt er nog wel aan toe dat veel natuurlijk afhankelijk is van de omstandigheden.

¹⁴⁹ Zie bijvoorbeeld ABRvS 27 maart 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AB3306, AB 2002/101, m.nt. Blomberg (*Faillissement Tekla*); ABRvS 27 maart 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AN6893, AB 2002/102 (*Kuppens*); ABRvS 23 april 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD0349, JOM 2008/482.

¹⁵⁰ Zie T.R. Bleeker, *Bestuurdersaansprakelijkheid in het milieurecht* (diss. Utrecht), 2021 (forthcoming). ^^

¹⁵¹ Zie par. 2.2.5; zie verder omtrent het onderscheid tussen het machts criterium, beschikkingsmacht en drijverschap onder meer Michiels e.a. 2016, par. 6.3; Knijff e.a. 1998, p. 37-40, 75. Zie ook de toelichting van de wetgever op de adressaat van sancties: Kamerstukken II 2005/06, 29 702, nr. 7, p. 31.

¹⁵² Dit zegt natuurlijk nog niets over de aanvaarding van de verboden gedraging door de werknemer.

¹⁵³ De Hullu schrijft dat iemand die formeel geen enkele zeggenschap binnen of relatie met een rechtspersoon, toch feitelijk leiding hebben gegeven aan een strafbaar feit dat door die rechtspersoon begaan is. De Hullu 2018, p. 510.

verboden gedraging, ook enige zeggenschap nodig is over de rechtspersoon: de aangesprokene moet “boven het niveau van simpele arbeider” uitkomen.¹⁵⁴

Blijft over het ‘in de macht hebben om de last uit te voeren’, oftewel het machts criterium. Doorgaans ziet de last op het beëindigen van de overtreding, of het voorkomen van herhaling. Het machts criterium hoort niet thuis in het overtredersbegrip, maar bij de adreassaar van de sanctie: het is een vereiste voor opleggen van een last onder dwangsom. Aan het machts criterium wordt voldaan, wanneer de invloed van de betrokkene zodanig is dat hij of zij de last kan nakomen, wat meestal inhoudt het beëindigen van de verboden toestand kan. Zonder dit vereiste, zouden de last onder dwangsom eigenlijk een verkapte boete zijn. Dat een aangesprokene het in de macht heeft een last na te komen, is weliswaar een aanwijzing dat de persoon drijver is,¹⁵⁵ maar die macht is op zichzelf niet voldoende (en ook niet altijd noodzakelijk) om aangemerkt te worden als drijver.

Een voorbeeld dat het verschil tussen het machts criterium en het zeggenschaps criterium voor drijverschap illustreert: als binnen een inrichting een apparaat de toepasselijke emissienormen overschrijdt, zou een werknemer het in zijn macht hebben om het apparaat uit te schakelen en daarmee de overtreding te beëindigen of voorkomen. Dat maakt de werknemer echter nog geen drijver van de inrichting.

Andersom voldoet niet iedere overtreder aan het machts criterium. Bijvoorbeeld, als de drijver de bodem van de inrichting vervuult en daarmee een overtreding begaat, en hij of zij verkoopt vervolgens de inrichting aan een derde, dan heeft hij of zij het niet meer in de macht om de overtreding te beëindigen (de bodem te saneren). Hoewel het ontbreken van macht de oplegging van een last onder dwangsom dwarsboomt, laat dit het overtrederschap en/of drijverschap van de betrokkene (ten tijde van de overtreding) onverlet. Kostenverhaal van bestuursdwang en een bestuurlijke boete blijven mogelijk.

Onderscheid drijverschap en overtrederschap

Al met al lijkt het erop dat het drijversbegrip behoorlijk ruim uitgelegd wordt. Per inrichting kunnen er meerdere drijvers zijn. In dit kader merk ik nog op dat het drijverschap slechts ziet op het kwaliteitsbestanddeel van de verbodsbepaling, maar dat daarmee nog niets gezegd is over de overige bestanddelen. Oftewel, drijver maakt nog geen overtreder. Niet alle drijvers hoeven betrokken te zijn bij een overtreding. Sterker nog, het zou kunnen dat de overtreding binnen de inrichting volledig onttrokken is aan de kennis van degenen met zeggenschap. Het is dus noodzakelijk om niet alleen te onderzoeken tot wie de norm gericht is, maar ook ‘wie het gedaan heeft’ – oftewel, overtrederschap in concreto.

Als dat anders zou zijn, om door te gaan op het eerder gebruikte voorbeeld over een afval sorteer- en verwerkingscentrum, dan zou afvalverwerker B persoonlijk gesanctioneerd kunnen worden voor het frituurvet dat kantinehouder C door de gootsteen spoelt, en zou afvalsorteerder A erop afgerekend kunnen worden dat B in strijd met de afvalverwerkingsvoorschriften alle (door A) gesorteerde afval op een hoop gooit en verbrandt. Wanneer iemand kan worden aangemerkt als overtreder *in concreto* komt aan bod in paragraaf 4.

3.4. De normadreassaar in de Omgevingswet

3.4.1. Milieunormen in de Omgevingswet en hun adreassaar

De Omgevingswet (hierna: Ow) integreert verschillende wetten over de fysieke leefomgeving, waaronder de hiervoor besproken Wabo en Wm. Naar verwachting treedt in 2021 de Ow in werking. In deze paragraaf

¹⁵⁴ “Het gaat er om dat de leidinggever het – al dan niet met anderen – in de organisatie, of een deel van de organisatie of ten aanzien van een bepaalde activiteit van de organisatie voor het zeggen had of in ieder geval zwaarwegende invloed had.” A.J. Machielse, Noyon-/Langemeijer/Remmeling, art. 51 Sr, aant. 8.3.

¹⁵⁵ Andersom, dat een persoon de last niet na kan komen kan een aanwijzing zijn dat de persoon geen zeggenschap heeft over de exploitatie van (dat deel van) de inrichting. Zie bijvoorbeeld ABRvS(Vz) 18 oktober 1996, *M en R* 1997/5, nr. 55, p. 115; zie ook punt 5 in de annotatie van Knijff, in ABRvS(Vz) 31 juli 1998, ECLI:NL:RVS:1998:AN5836, AB 1999/45.

bespreek ik kort hoe normadressaatschap geregeld is in de Ow, en welke implicaties de Ow heeft voor de positie van leidinggevende functionarissen.¹⁵⁶

Allereerst is van belang dat in de Omgevingswet het inrichtingenbegrip wordt losgelaten. In plaats daarvan wordt ‘milieubelastende activiteit’ het nieuwe aangrijpingspunt voor de regulering van milieubelastende activiteiten.¹⁵⁷ De aanwijzing van milieubelastende activiteiten vindt plaats in hoofdstuk 3 van het Besluit Activiteiten Leefomgeving (Bal).¹⁵⁸ Als de activiteit aangemerkt is als een milieubelastende activiteit, zijn de milieunormen uit het omgevingswet-regime van toepassing.

Net als in de Wabo, is in de Ow uitgangspunt dat milieubelastende activiteiten vallen onder de werking van algemene regels, tenzij de activiteit expliciet aangewezen wordt als vergunningplichting.¹⁵⁹ Voor sommige activiteiten zullen de algemene regels op decentraal niveau worden vastgesteld, bijvoorbeeld in omgevingsplannen.¹⁶⁰ De meeste algemene regels voor milieubelastende activiteiten worden echter bij AMvB regels vastgelegd (art. 4.3 lid 1 sub b Ow). Dit zal gebeuren in hoofdstuk 2 tot en met 5 van het Bal. De algemene regels zijn gericht tot ‘een ieder die deze activiteiten verricht’.¹⁶¹ Uit reacties op het Bal blijkt dat er echter nog enige onduidelijkheid bestaat omtrent wie aangemerkt kan worden als verantwoordelijke of degene die de activiteiten verricht, en dus normadessaat is van de algemene regels.¹⁶²

Als er wel voorafgaand toestemming nodig is voor de activiteit, dan verloopt dit via de omgevingsvergunning.¹⁶³ Er wordt gesproken van ‘activiteit’ in plaats van ‘project’, maar verder is zowel de tekst als de toelichting van het artikel dat de normadessaat aanwijst, 5.37 Ow, nagenoeg gelijk aan die van 2.25 Wabo.¹⁶⁴ Ook in de omgevingswet is de ‘vergunninghouder’ de adessaat van de vergunningsvoorschriften, en zijn de vergunningen zaaksgebonden waardoor onder vergunninghouder moet worden verstaan “degene die verantwoordelijk is voor het verrichten van de desbetreffende activiteit of activiteiten”.¹⁶⁵ Er kunnen meerdere (rechts)personen aangemerkt worden als ‘vergunninghouder’, zij dragen dan gezamenlijk de verantwoordelijkheid voor de naleving van de voorschriften. Die gezamenlijke verantwoordelijkheid van alle vergunninghouders brengt volgens de wetgever ook mee dat in beginsel tegen elke vergunninghouder handhavend kan worden opgetreden bij het niet-naleven van vergunningvoorschriften, voor zover uiteraard in het concrete geval wordt voldaan aan de eisen die de Awb stelt aan het zijn van overtreder.¹⁶⁶ Gelet op de afwezigheid van een nieuwe regeling omtrent de normadessaat van milieuvergunningen, en gelet op de nagenoeg gelijke toelichting op de Ow en de

¹⁵⁶ In dit preadvies verwijs ik telkens naar de Geconsolideerde versie Omgevingswet (met wijzigingen als gevolg van wetsvoorstel Invoeringswet Omgevingswet), te raadplegen op <https://www.omgevingswetportaal.nl/wet-en-regelgeving/documenten/publicaties/2018/07/09/geconsolideerde-versie-omgevingswet-met-wijzigingen-agv-wetsvoorstel-invoeringswet>.

¹⁵⁷ Een milieubelastende activiteit wordt in de bijlage van de omgevingswet gedefinieerd als een “activiteit die nadelige gevolgen voor het milieu kan veroorzaken, niet zijnde een lozingsactiviteit op een oppervlaktewaterlichaam of een zuiveringstechnisch werk of een wateronttrekkingsactiviteit”. Zie de Bijlage bij art. 1.1 van de Ow onder A. Zie uitvoering over het begrip milieubelastende activiteit en de praktische consequenties Van ’t Lam & Jansen Schoonhoven 2018.

¹⁵⁸ Ik ga uit van het Bal zoals gepubliceerd in Staatsblad jaargang 2018, nr. 293.

¹⁵⁹ Toelichting Bal, Staatsblad 2018, nr. 293, p. 545 e.v. en 571.

¹⁶⁰ ‘Decentraal, tenzij..’ is een belangrijk principe van de Omgevingswet, toch lijkt voor milieubelastende activiteiten het centraal het uitgangspunt. Zie de Nota van toelichting Bal, Staatsblad 2018, nr. 293, par. 4.2, m.n. p. 568.

¹⁶¹ Art. 2.10 Bal. Merk op dat ten aanzien van algemene regels geen mogelijkheid bestaat tot het verdelen van verantwoordelijkheden in de zin van 5.37a Ow. Zie ook de opmerkingen van Van’t Lam en Jansen Schoonhoven 2018, par. 3.3.3; en de Consultatieversie Invoeringsbesluit Omgevingswet, Algemeen deel, Nota van toelichting, p. 95-96, versie van 29 oktober 2018, te raadplegen op <https://www.omgevingswetportaal.nl/wet-en-regelgeving/documenten/publicaties/2018/10/29/consultatieversie-invoeringsbesluit-omgevingswet>.

¹⁶² Zie bijvoorbeeld de reactie van de gemeente Rotterdam op Bal, p. 4, te raadplegen op https://www.internetconsultatie.nl/omgevingswet_besluit_activiteitenleefomgeving/reactie/7528a1c5-e222-49d8-af89-6c9b1cafbbdb.

¹⁶³ Het verbod zonder vergunning te handelen is vastgelegd in art. 5.1 lid 2 onder b Ow.

¹⁶⁴ Memorie van toelichting op de Omgevingswet, Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 506. Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 197.

¹⁶⁵ Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 506. Art. 2.9 ontwerpbesluit activiteiten leefomgeving. Zie ook de opmerkingen hierover van Van ’t Lam & Bruijnsteen in hun annotatie ABRvS 1 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:522 in *M en R* 2017/05 (*Chemous/Dupont*), par. 5 en 6.

¹⁶⁶ Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 197-198. Voor mededrijvers lijkt me dit logisch, maar voor deeldrijvers zou ik betogen dat ieder slechts voor het eigen deel verantwoordelijk is. Zie par. 3.3.4.

Wabo, lijkt de Ow wat betreft de normadressaatregeling van milieuvergunningen aan te sluiten bij het stelsel van de Wabo. Daardoor zal het drijversbegrip vermoedelijk ook na 2021 nog van belang zijn.

3.4.2. Artikel 5.37a Omgevingswet: deilvergunninghouders

Nieuw in de Ow is de mogelijkheid om een verantwoordelijkheidsverdeling op te nemen in de vergunning voor zover de activiteit of de onderdelen van de activiteit voor de naleving en handhaving helder en werkbaar te onderscheiden zijn (5.37a Ow).¹⁶⁷ Dat betekent dat één activiteit meerdere vergunninghouders kan hebben, en dat in de omgevingsvergunning wordt bepaald welke “deilvergunninghouder” verantwoordelijkheid draagt voor de naleving van welke onderdelen van de activiteit.¹⁶⁸ De verantwoordelijkheidsverdeling is alleen mogelijk op verzoek van de aanvragers, en kan niet ambtshalve door een bevoegd gezag worden toegepast.¹⁶⁹ Artikel 5.37a Ow maakt het volgens de wetgever tevens mogelijk dat meerdere niet-organisatorisch verbonden initiatiefnemers die gezamenlijk een IPPC-installatie exploiteren of andere activiteit verrichten, gezamenlijk onder één vergunning kunnen werken.¹⁷⁰ Onder de Wabo zou er in dergelijke gevallen sprake zijn van meerdere inrichtingen, en dus van meerdere vergunningen. De regeling van 5.37a Ow vindt haar oorsprong in artikel 4 lid 3 van de richtlijn industriële emissies (RIE), maar de wetgever heeft ervoor gekozen de regeling een brede, generieke strekking te geven. Dus niet alleen bij IPPC-installaties is een verantwoordelijkheidsverdeling mogelijk, maar ook bij andere activiteiten.

De verantwoordelijkheidsverdeling roept een belangrijke vraag op: als iemand ingevolge artikel 5.37a Ow aangewezen wordt als deilvergunninghouder, zijn degenen die op grond van artikel 5.37 Ow kwalificeren als vergunninghouders (maar niet aangewezen worden als zodanig o.g.v. 5.37a Ow) dan geen vergunninghouder meer? Makkelijker (en scherper) gezegd, kan je dan (in theorie) een willekeurig persoon aanwijzen als verantwoordelijke, en ontsnappen daarmee de exploitanten van hun normadressaatschap? Mijns inziens moet deze vraag ontkennend beantwoord worden. Anders zou artikel 5.37a Ow moeilijk te rijmen zijn met het zaaksgebonden karakter van de vergunning, en met het milieurechtelijke uitgangspunt dat zeggenschap leidt tot verantwoordelijkheid. De verantwoordelijkheidsverdeling zou ook de handhaving kunnen frustreren, doordat een vergunninghouder wordt aangewezen die feitelijk niet betrokken is bij het verrichten van de activiteit. Het wordt lastig om iemand aan te merken als overtreder, wanneer de overtreder in abstracto (vergunninghouder) en de overtreder in concreto (de pleger of deelnemer van de verboden gedraging) ver uit elkaar liggen.

Mijns inziens moet daarom, in gevallen van *mededrijverschap*, degene die *niet* aangewezen is als verantwoordelijke maar *wel* zeggenschap heeft over dat onderdeel van de activiteit, toch nog op grond van 5.37 Ow verantwoordelijk gehouden kunnen worden voor de naleving van de vergunningsvoorschriften. Zo bezien is 5.37a Ow geen *uitzondering* op artikel 5.37 Ow, maar een aanvulling. Het nut van 5.37a Ow is dan drieledig: het maakt mogelijk dat meerdere niet-organisatorisch verbonden initiatiefnemers die gezamenlijk een activiteit verrichten, gezamenlijk onder één vergunning kunnen werken; het kan een verantwoordelijkheidsverdeling tussen deeldrijvers formaliseren en preciseren;¹⁷¹ en het kan extra deilvergunninghouders aanwijzen.¹⁷²

Tot zo ver ging ik er steeds van uit dat in de Ow (enige) organisatorische binding vereist is om te kunnen spreken van één milieubelastende activiteit. Echter, er zijn aanwijzingen dat de eis van organisatorische

¹⁶⁷ En voor zover het niet een bij AMVB aangewezen uitzonderingsgeval betreft. Maar deze facultatieve grondslag lijkt niet te worden ingevuld. Zie Consultatieversie Invoeringsbesluit Omgevingswet, Algemeen deel, Nota van toelichting, p. 96, versie van 29 oktober 2018.

¹⁶⁸ Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 75-76, 199 e.v.

¹⁶⁹ Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 75.

¹⁷⁰ Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 75-76. Voor zover dat niet sowieso al mogelijk was, doordat het vereiste van organisatorische binding is losgelaten voor de milieubelastende activiteit. Andersom zou op basis van deze opmerking afgeleid kunnen worden dat enige organisatorische binding toch nog vereist is om te kwalificeren als één mba. Zie mijn kanttekeningen hieronder.

¹⁷¹ Hetgeen onder huidig recht en onder de Ow ook privaatrechtelijk geregeld zou kunnen worden, door een taakverdeling te maken (dan moet de feitelijke situatie natuurlijk nog wel aansluiten op de juridische situatie, het drijversbegrip is immers feitelijk ingestoken). Toch reken ik dit als meerwaarde, omdat 5.37a Ow hiermee gelegenheid biedt om de handhaving in te lichten omtrent wie waarvoor verantwoordelijk is, hetgeen voor de handhaving van de normen van belang is.

¹⁷² Bij deze lezing van art. 5.37a Ow zouden naast degenen die ‘de activiteiten verricht’ ook degenen die middels 5.37a Ow aangewezen worden verantwoordelijkheid dragen voor de naleving van de voorschriften.

binding niet terugkomt in het kader van de Omgevingswet.¹⁷³ Als voor het kwalificeren als één milieubelastende activiteit organisatorische binding inderdaad niet langer vereist is, en de in dit preadvies- en de literatuur bepleite invulling van deeldrijverschap gevolgd wordt,¹⁷⁴ dan vervalt een deel van de toegevoegde waarde van artikel 5.37a Ow. Want ook zonder 5.37a Ow kunnen dan niet-organisatorisch verbonden initiatiefnemers onder één vergunning een milieubelastende activiteit verrichten op grond van 5.37 Ow. Daarmee rijst de vraag hoe artikel 5.37a Ow zich precies verhoudt tot 5.37 Ow. Ik zie in ieder geval vier varianten.

- 1) Organisatorische binding is niet vereist, en deelvergunninghouders/deeldrijvers zijn voor de hele activiteit verantwoordelijk – ook over de niet-organisatorisch verbonden delen waarover zij geen inspraak hebben – *tenzij* ze via 5.37a Ow de verantwoordelijkheden verdelen;¹⁷⁵
- 2) Deeldrijvers zijn weliswaar slechts voor hun eigen onderdeel verantwoordelijk, maar organisatorische binding is *tóch* een vereiste voor het kwalificeren als één milieubelastende activiteit, en 5.37a Ow vormt een uitzondering op het vereiste van organisatorische binding. Daarmee is een koepelvergunning voor niet-organisatorisch verbonden bedrijven mogelijk op grond van 5.37a Ow;¹⁷⁶
- 3) Deeldrijvers zijn slechts voor hun eigen onderdeel verantwoordelijk én organisatorische binding is géén vereiste om te spreken van één milieubelastende activiteit, maar 5.37a Ow is een uitzondering op de zaaksgebondenheid van omgevingsvergunningen, waardoor 5.37a Ow het mogelijk maakt om (wars van wie op basis van zeggenschap zouden kwalificeren als drijver/vergunninghouder) een deelvergunninghouder naar keuze aan te wijzen (en daarmee degenen met feitelijke zeggenschap te ontzien);
- 4) Deeldrijvers zijn slechts voor hun eigen onderdeel verantwoordelijk én organisatorische binding is géén vereiste om te spreken van één milieubelastende activiteit, én 5.37a Ow is géén uitzondering op het zaaksgebonden karakter van 5.37 Ow, en de toegevoegde waarde van 5.37a Ow is (slechts) dat de zeggenschapsverhoudingen tussen partijen geformaliseerd kunnen worden en extra deelvergunninghouders aangewezen kunnen worden.

3.4.3. Résumé normadressaatschap Ow en leidinggevende functionarissen

Concluderend zullen de oorsprong, vindplaats en toetsingskader van de milieunormen veranderen, maar de Ow brengt niet veel nieuws onder de zon met betrekking tot de normadressaat van milieunormen. Dat het drijversbegrip relevant blijft, zou je kunnen zien als een natuurlijk gevolg van het vasthouden aan het zaaksgebonden karakter van milieuvergunningen. Ook na 2021 rusten er milieuverplichtingen op leidinggevende functionarissen die aangemerkt kunnen worden als drijver. Verder maakt 5.37a Ow in aanvulling op 5.37 Ow het mogelijk om deelvergunninghouders aan te wijzen. In hoeverre 5.37a Ow een aanvulling is op 5.37, of een uitzondering op de hoofdregel van 5.37 Ow, is nog niet duidelijk.¹⁷⁷

3.5. Tussenconclusie

In paragraaf 3 heb ik onderzocht of leidinggevende functionarissen *overtreder in abstracto* kunnen zijn van milieunormen. Ik concludeer dat er verschillende milieuverplichtingen rusten op leidinggevendenden. Ten eerste zijn leidinggevendenden normadressaat van algemene milieuzorgplichten. Belangrijker nog, de verantwoordelijkheid voor de naleving van inrichtinggebonden milieunormen – zowel van vergunningsplichten

¹⁷³ Van 't Lam & Jansen Schoonhoven 2018, par. 2.2, onder verwijzing naar de Nota van toelichting Bal, Staatsblad 2018, nr. 293, p. 627-628. Zie in die paragraaf ook de kanttekeningen bij het ontbreken van het vereiste van organisatorische binding, en de opmerkingen van Alders in E. Alders, 'Het besluit activiteiten leefomgeving: de activiteit als aangrijpingspunt van de vergunning en algemene regels. Of toch eigenlijk niet?' BR 2018/9.

¹⁷⁴ Zie par. 3.3.4.

¹⁷⁵ In deze variant zou de lezing van deeldrijverschap die in de literatuur en in dit preadvies aangehangen wordt, namelijk dat een deeldrijver slechts voor het eigen deel verantwoordelijk is, niet voortgezet worden onder de Ow. Zie voor deze lezing van deeldrijverschap par. 3.3.4.

¹⁷⁶ Deze variant zou mijn voorkeur hebben, en variant drie staat stipt laatste.

¹⁷⁷ Van 't Lam en Jansen Schoonhoven lijken ervan uit te gaan dat 5.37a Ow een uitzondering is op 5.37 Ow. Zie Van 't Lam & Jansen Schoonhoven 2018.

als algemene regels – kan onder omstandigheden ook rusten op leidinggevend. Inrichtinggebonden normen zijn namelijk gericht tot de drijver; en om te bepalen wie drijver is van de inrichting, wordt gekeken naar feitelijke zeggenschap over (een deel van) de inrichting.

In het milieurecht geldt en blijft gelden: van zeggenschap over de inrichting (of over de milieubelastende activiteit) komt verantwoordelijkheid.¹⁷⁸ Hiermee wijkt de normadressaat in het milieurecht dan ook af van die in het economisch bestuursrecht, waarin de normen doorgaans (uitsluitend) gericht zijn tot de rechtspersoon.¹⁷⁹ Gegeven de centrale rol van zeggenschap bij het bepalen van de normadressaat van vergunningsvoorschriften, ligt het voor de hand te concluderen dat de milieuverplichtingen rusten op leidinggevende functionarissen. Een leidinggevende kenmerkt zich per slot van rekening door zijn zeggenschap over anderen binnen een samenwerkingsverband.

Dát een leidinggevende functionaris aangemerkt kan worden als drijver staat buiten kijf. Maar 1) waarop de zeggenschap precies moet zien, en 2) voor welk deel van de normen de drijver verantwoordelijk is, behoeft nader onderzoek.

Het eerste probleem heeft te maken met de *ondergrens* van het drijverschap: over hoe groot deel van de inrichting en welk soort activiteiten moet de leidinggevende zeggenschap hebben, voordat hij of zij als drijver aangemerkt kan worden? Wanneer is een afdelingsleider nou wel een drijver, en wanneer niet? Moet de zeggenschap zien op de kernactiviteiten van de inrichting, of kan ook iemand drijver zijn wanneer hij of zij zeggenschap heeft over een ondersteunende activiteit (bijvoorbeeld over de energievoorziening van een ziekenhuis, of over de bedrijfskantine). Overigens wijs ik er nogmaals op dat de zeggenschap die nodig is voor drijverschap niet verward moet worden met beschikkingsmacht en het machts criterium. Dus niet voldoende (en ook niet per se relevant) voor het drijverschap is dat een leidinggevende zeggenschap had over het al dan niet plaatsvinden van de verboden gedraging: dat is een kwestie voor overtrederschap in concreto! De zeggenschap die nodig is voor het drijverschap moet gerelateerd worden aan de inrichting.

In dit preadvies ben ik – vanwege de focus op natuurlijke personen – ingegaan op de vraag ‘hoe dicht bij de werkvloer’ iemand drijver kan zijn. Een andere vraag die ook belangrijk is maar hier nog niet aan bod gekomen is, is de vraag hoe ‘hoog in de boom’ men nog drijver kan zijn. Ook de bovengrens van drijverschap behoeft naar mijn idee concretisering – wanneer kwalificeert de moederverenootschap of de eigenaar van de rechtspersoon-drijver zelf ook als drijver?¹⁸⁰

Het tweede probleem heeft te maken met de zijgrenzen van deeldrijverschap: als een inrichting meerdere drijvers heeft die ieder een ander onderdeel van de inrichting overzien en geen zeggenschap hebben over elkaars onderdelen, drukken dan alle normen die gelden van de inrichting op alle drijvers? In dit preadvies sluit ik me op basis van rechtssystematische argumenten aan bij de auteurs die menen dat deeldrijvers slechts verantwoordelijk zijn voor hun ‘eigen deel’. Toch zijn er uitspraken die de andere kant op wijzen, en lijkt ook de wetgever in de toelichting op de Invoeringswet van de Omgevingswet deze kant op te willen. Er is dus geen duidelijke lijn, terwijl de uitleg van de zijgrenzen van het drijverschap duidelijk implicaties heeft voor de handhavingsmogelijkheden: het bepaalt of drijvers ook als pleger zouden kunnen worden aangesproken voor overtredingen in andere delen van de inrichting, en is bepalend voor de mate van verwijtbaarheid die nodig is om de betrokkene aan te merken als overtreder.

Gevolg van de onduidelijkheid over de grenzen van het drijverschap is dat de verantwoordelijkheid voor de naleving van milieunormen drukt op een grote en tamelijk onbepaalde groep (rechts)personen met een leidinggevende rol. **Het drijversbegrip is te belangrijk om zo vaag te blijven; de ondergrens, bovengrens**

¹⁷⁸ Deze stelling is opgenomen bij de aanbevelingen, zie par. 6.

¹⁷⁹ Zie M.C.C. van Overbeek & O.E.S. Dusée, ‘Feitelijke leidinggeven en medeplegen, een blik op de praktijk van de economische toezichthouders’, *preadviezen Jonge VAR* 2018.

¹⁸⁰ Het gaat dan om situaties zoals in ABRvS 16 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:907, *JOM* 2018/281; en ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:515, *AB* 2014/193 m.nt. Kortmann (*Chemie-Pack Holding*).

en zijgrenzen van het drijversbegrip moeten geconcretiseerd worden.¹⁸¹ De principiële keuze kan gemaakt worden dat milieunormen hun brede adressering behouden (maar dan hopelijk met een concretere toets), om de handhaving van de normen te vergemakkelijken. **Maar zeker als gekozen wordt voor een brede adressering van milieudelicten, is het overtredderschap in concreto een belangrijke katalysator om willekeur, rechtsonzekerheid en risicoaansprakelijkheid te voorkomen. Daarom beklemtoon ik nogmaals dat het drijverschap niet vereenzelvigd mag worden met het overtredderschap.**¹⁸² In de volgende paragraaf ga ik in op overtredderschap in concreto.

¹⁸¹ Deze stelling is opgenomen bij de aanbevelingen, zie par. 6.

¹⁸² Deze stelling is opgenomen bij de aanbevelingen, zie par. 6. Zie voor voorbeelden waarin dit mis gaat supra voetnoot 39.

4. OVERTREDERSCHAP IN CONCRETO: betrokkenheid bij de overtreding

4.1. Inleiding

Een van de centrale vragen in dit preadvies is of een leidinggevende functionaris kan worden aangemerkt als overtreder van milieunormen. In de vorige paragraaf heb ik besproken of een leidinggevende functionaris *overtreder in abstracto* kan zijn. Ik heb geconcludeerd dat veel milieunormen gericht zijn tot leidinggevende functionarissen, zij kunnen daarom zelf (eventuele) kwaliteitsbestanddelen vervullen. Maar bedenk, normadressaatschap zegt alleen iets over *verantwoordelijkheid* voor de naleving van normen, en verantwoordelijkheid maakt nog geen overtreder: de leidinggevende moet voor het overtredderschap ook op één of andere manier laakbaar handelen. In deze paragraaf onderzoek ik wanneer de leidinggevende aangemerkt kan worden als overtreder *in concreto*. De volgende vraag staat daarbij centraal: wanneer is de leidinggevende op zodanige manier betrokken bij de overtreding van milieunormen, dat hij of zij zelf overtreder is? Om deze vraag te beantwoorden bespreek ik de verschillende overtrederschapsvormen die van toepassing kunnen zijn op de leidinggevende. Er komen twee vormen van *plegen* (fysiek plegen en functioneel plegen) en twee vormen van *deelnemen* (medeplegen en feitelijk leidinggeven) aan bod.

Voor een uitgebreide beschouwing van *overtrederschap in concreto* verwijs ik naar het algemene deel, daarin zijn de overtrederschapsvormen toegelicht en geconcretiseerd aan de hand van strafrechtelijke rechtspraak en literatuur over daderschap. In deze paragraaf zal ik niet de aan het strafrecht ontleende criteria tot in detail bespreken, zoals de IJzerdraadcriteria en de gezichtspunten in het Drijfmest-arrest. In plaats daarvan richt ik me op de toepassing en ontwikkeling van de verschillende overtrederschapsvormen in het milieurecht, in het bijzonder bij leidinggevende functionarissen. Omdat het pre-Vierde tranche overtredersbegrip nog een belangrijke stempel drukt op de huidige lijn van de Afdeling, begin ik met een korte beschouwing van het overtredersbegrip van vóór de Vierde tranche. Vervolgens bespreek ik de toepassing van alle overtrederschapsvormen, namelijk fysiek plegen, functioneel plegen, feitelijk leidinggeven en medeplegen, in het milieurecht.

4.2. Pre-Vierde tranche overtrederschap

Voor de Vierde tranche waren de begrippen ‘overtreding’ en ‘overtreder’ nog niet wettelijk gedefinieerd. Als ik het goed zie, waren er voor de Vierde tranche in de bestuursrechtspraak (slechts) twee soorten overtreders: 1) de overtreder die zelf (fysiek) het wettelijk voorschrift schendt; en 2) de overtreder aan wie de handelingen van een ander worden toegerekend omdat deze (maatschappelijk gezien) voor de verboden gedraging (eind)verantwoordelijk is.¹⁸³ *Overtreder*, *overtreden* en *overtreding* waren nauw met elkaar verbonden. Het bestuursrecht kende namelijk nog geen aansprakelijkheidsvorm voor gevallen waarin iemand in strijd handelde met slechts een deel van ‘het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift’. Daarom moesten alle bestanddelen van de verbodsbepaling (al dan niet door toerekening) vervuld worden door de aangesprokene. Vanwege het legaliteitsbeginsel had het bevoegd gezag immers een grondslag nodig voor het opleggen van een bestuurlijke sanctie aan de betrokkene, en die grondslag bestond er alleen als de aangesprokene (fysiek of door toerekening) het hele voorschrift zelf overtrad.

Bezien vanuit het prisma van strafrechtelijke daderschapsvormen, lijkt de tweede variant – die ik hierna voor het gemak ‘functioneel overtreder’ zal noemen¹⁸⁴ – het meest op functioneel plegerschap: het betreft een overtrederschapsvorm waarin de aangesprokene zelf normadressaat moet zijn en die wordt geacht zelf alle bestanddelen van de verbodsbepaling te hebben vervuld. Het bestuursrechtelijke ‘functioneel overtrederschap’ is echter niet hetzelfde als het strafrechtelijke functioneel daderschap. Voor de inwerkingtreding van de Vierde

¹⁸³ Zie verder par. 4.3.3. NB, twee soorten overtreders (voor de Vierde tranche) niet te verwarren met twee soorten plegers (na de Vierde tranche) – naast de materieel en functioneel pleger zijn er nog andere overtrederschapsvormen geïntroduceerd. Zie ook het schema in 2.3.4.

¹⁸⁴ Het CBb heeft deze term een aantal keer gebruikt, maar verder is dit geen gangbare term is in het bestuursrechtelijke jurisprudentie of literatuur.

tranche van de Awb was de bestuursrechter immers vrij om een eigen invulling te geven aan het aansprakelijkheidsleerstuk, en de bestuursrechter deed dat ook. Een in het oog springend verschil is dat voor de toerekening aan de functioneel overtreder geen ‘aanvaarding’ was vereist. Ook het beschikkingscriterium werd anders (lees: ruimer) ingevuld. Verder gebruikte de bestuursrechter dezelfde toets van functioneel overtrederschap voor zowel natuurlijke personen als voor rechtspersonen.¹⁸⁵ De vrijblijvende manier waarop de bestuursrechter een overtreding kon toerekenen, is verklaarbaar doordat het bestuursrecht destijds in het teken stond van herstel. Doordat de sanctionering geen punitief karakter had, speelde verwijtbaarheid geen rol van betekenis, en daardoor kon de bestuursrechter redelijk losjes omgaan met het toerekenen van overtredingen aan overtreders.

De deelnemingsvormen die al langere tijd gebruikt worden in het strafrecht – opdrachtgeven, feitelijk leidinggeven en medeplegen – hadden vóór de Vierde tranche nog geen bestuursrechtelijke equivalent.¹⁸⁶ Voor deze aansprakelijkheidsfiguren bestond immers nog geen wettelijke grondslag. Dit werd ‘opgelost’ door middel van een extensieve uitleg van (functioneel) overtrederschap; opdrachtgeven en leidinggeven werden niet, zoals in het strafrecht, gezien als een deelnemingsvorm met afwijkende criteria en een afwijkende ratio ten opzichte van plegerschap; maar als *varianten* van functioneel overtreden.¹⁸⁷ Als ik het goed zie was feitelijk leidinggeven in het bestuursrecht geen ‘vervolg’ op het overtrederschap van de rechtspersoon, maar was de feitelijk leidinggever ‘zelf’ overtreder, omdat de gedragingen van de rechtspersoon die onder leiding van de betrokkene stond aan hem of haar werden toegerekend. Anders dan in het strafrecht, was niet vereist dat de rechtspersoon zelf overtreder was, maar moest de leidinggevende dan weer wel normadressaat zijn, omdat immers slechts degene tot wie de norm gericht is hem kan overtreden.¹⁸⁸

Het ‘functioneel overtrederschap’ van vóór de Vierde tranche omvat dus alle vormen van overtrederschap die niet vallen onder ‘fysiek’ plegen. Dit verklaart ook waarom feitelijk leidinggeven in bestuursrechtelijke handboeken soms nog wordt uitgelegd in de sleutel van functioneel overtrederschap, of dat opgemerkt wordt dat beide overtrederschapsvormen sterk op elkaar lijken.¹⁸⁹ vóór de Vierde tranche waren dit immers species van de genus functioneel overtrederschap. Nu in het bestuursrecht artikel 51 lid 2 Sr van overeenkomstige toepassing is verklaard, kunnen degenen die aangesproken worden via de overtrederschapsvorm feitelijk leidinggeven of opdrachtgeven niet meer worden aangemerkt als functioneel pleger. Daarmee zou de beoogde aansluiting op het strafrecht worden genegeerd. Zie hieromtrent het overzicht met verschillen en overeenkomsten tussen feitelijk leidinggeven en functioneel daderschap in het algemene deel.¹⁹⁰

4.3. Post-Vierde tranche overtrederschap

4.3.1. Inleiding

Doordat het bestuursrecht steeds meer punitieve mogelijkheden kreeg, werden hogere eisen gesteld aan het leerstuk van overtrederschap, en keek men voor inspiratie steeds meer naar het strafrechtelijke daderschap.¹⁹¹ Met de invoering van de Vierde tranche heeft de wetgever de begrippen ‘overtreding’ en ‘overtreder’ wettelijk gedefinieerd, en voor de invulling van die begrippen heeft de wetgever aansluiting gezocht bij de strafrechtelijke

¹⁸⁵ ..en de Afdeling doet dat nog steeds, zie par. 4.3.3.

¹⁸⁶ Uitzonderingen in bijzondere wetgeving daargelaten, zo werd het door de wijziging van de mededingingswet in 2007 al mogelijk om feitelijk leidinggevers aan te spreken. Wet van 28 juni 2007, Staatsblad 2007, nr. 284.

¹⁸⁷ Voor deze zienswijze vond ik ook steun in Michiels e.a. 2016, p. 168 en Bröring en Vermeer 2003, p. 128. Zie voorts de heldere analyse Van Leeuwen en Vermeer 2014, m.n. 3.2.3.

¹⁸⁸ Een mooi overzicht van pre-Vierde tranche ‘daderschap’, waarin ook aandacht wordt besteed aan de verhouding tot de strafrechtelijke daderschapsvormen, is te vinden in o.a. Van Leeuwen en Vermeer 2014; Knijff e.a. 1998, hoofdstuk 3; Blomberg 2000; par. 3.3-3.5; De Valk 2009, hoofdstuk 8. Specifiek over de rol van drijverschap voor het kwalificeren over de overtreder, zie Knijff e.a. 1998, p. 73-75 en Knijff in de annotatie bij ABRvS (vz.) 31 juli 1998, ECLI:NL:RVS:1998:AN5836, AB 1999/45.

¹⁸⁹ Damen e.a. 2016, par. 14.3.2, Michiels e.a. 2016, par. 6.2.3.

¹⁹⁰ Zie par. II van het algemene deel en een korte weergave in par. 2.2.5 hierboven.

¹⁹¹ Zie bijvoorbeeld Blomberg 2000, p. 57-59; en O.J.D.M.L. Jansen in de noot bij HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, AB 2004/310, m.nt. Jansen (*Drijfmet*).

daderschapsvormen.¹⁹² De Vierde tranche zou goed beschouwd het einde moeten betekenen van wat ik hiervoor ‘functioneel overtrederschap’ heb genoemd. Dat betekent dat in het bestuursrecht, net als in het strafrecht, feitelijk leidinggeven niet langer slechts een gezichtspunt is in een functionele toerekeningsformule, maar dat het gepromoveerd is tot een zelfstandige overtrederschapsvorm. Bovendien is het sinds de Vierde tranche mogelijk om personen die niet alle bestanddelen van de verbodsbepaling vervullen toch aan te spreken via de figuur van medeplegen. Deze nieuwe vormen van overtrederschap hebben bovendien een andere dogmatische grondslag voor de aansprakelijkheid (deelnemen) en andere criteria dan (wat nu heet) plegen. De schematische weergave van overtrederschap in paragraaf 2.2.4 kan de verandering verhelderen en geeft de huidige situatie overzichtelijk weer.

Al met al kunnen sinds de Vierde tranche nu vier overtrederschapsvormen worden onderscheiden. In de volgende sub-paragrafen bespreek ik de voorwaarden die gelden om de leidinggevende functionaris aan te spreken als fysiek pleger, functioneel pleger, feitelijk leidinggever of medepleger.

4.3.2. ‘Fysiek’ plegen

Een leidinggevende functionaris is pleger, wanneer hij of zij zelfstandig alle bestanddelen uit de delictomschrijving vervult. Er zijn twee soorten plegers. In de eerste plaats is de pleger degene die (‘daadwerkelijk’)¹⁹³ de verboden gedraging fysiek heeft verricht. De leidinggevende is bijvoorbeeld pleger, wanneer hij of zij de pomp bedient bij het lozen van afvalstoffen in oppervlaktewater. Er wordt dan gesproken van ‘fysiek plegerschap’. In dit kader is het belangrijk om te constateren dat in het bestuursrecht, en zeker in het milieurecht, verboden gedragingen vaak erg ruim gedefinieerd zijn.¹⁹⁴ De overtreding vindt dan niet plaats door een fysieke gedraging, maar door het (laten) ontstaan of bestaan van een verboden situatie. Bijvoorbeeld, artikel 3 van de ontgrondingenwet bepaalt dat niet alleen ontgronden verboden is, maar ook het toelaten van ontgroning. ‘Gedraging’ in de zin van 5:1 lid Awb moet dus in de breedst mogelijke zin geïnterpreteerd worden.¹⁹⁵ In het strafrecht worden dit soort passieve verbodsbepalingen ‘omissiedelicten’ genoemd.¹⁹⁶ Gelet op de ruime definiëring van sommige verboden gedragingen, is ‘fysiek’ plegerschap dus eigenlijk een te beperkte term. Ik zal het in dit preadvies echter blijven gebruiken als aanduiding voor de tegenhanger van functioneel plegerschap.

4.3.3. Functioneel plegen

Inleiding

In de tweede plaats kan de leidinggevende aangesproken worden als pleger, wanneer de verboden gedragingen van een andere (natuurlijke) persoon hem of haar kunnen worden toegerekend, omdat hij of zij in maatschappelijk opzicht verantwoordelijk is voor de gedragingen.¹⁹⁷ *Facit per alium, facit per se*. In het voorbeeld van het lozen van afvalstoffen in oppervlaktewater, hoeft de leidinggevende functionaris dus niet zijn pak vies te maken om toch geacht te worden zelf de bestanddelen van de verboden gedraging te vervullen. Gedragingen kunnen hem of haar worden toegerekend, als aan de hieronder genoemde aanvullende voorwaarden wordt voldaan. In dergelijke gevallen spreekt men van ‘functioneel plegerschap’. Merk op dat voor functioneel plegerschap – als species van de genus plegen – vereist is dat de aangesprokene zelf *alle* bestanddelen vervult. De objectieve bestanddelen kunnen worden toegerekend, maar de het

¹⁹² Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2003/2004, 29 702, nr. 3, p. 77-82, waarin de wetgever voor de toelichting van de nieuwe overtrederschapsvormen expliciet verwijst naar de strafrechtelijke standaardarresten voor functioneel plegerschap, medeplegen en feitelijk leidinggeven.

¹⁹³ De weinig verhelderende toevoeging van het woord ‘daadwerkelijk’ om aan te geven wie pleger is, gebeurde voor het eerst in ABRvS 19 juni 1995, ECLI:NL:RVS:1995:ZF1686, AB 1995/582, m.nt. Van Buuren (*Geldrop*) en is later onderdeel geworden van de standaardoverweging uit het CZL Tilburg-arrest, waarover hierna (veel) meer.

¹⁹⁴ Zie bijvoorbeeld ABRvS 6 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1458, *M en R 2015/150*, m.nt. Van 't Lam (*Drugsafval Helmond*).

¹⁹⁵ Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 77-78.

¹⁹⁶ De Hullu 2018, p. 77-79.

¹⁹⁷ De Hullu 2018, p. 161-162 en 505-506.

kwaliteitsbestanddeel en eventuele – doch in het bestuursrecht zeer zeldzame – subjectieve bestanddelen (opzet, schuld) moeten door de leidinggevende zelf worden vervuld.

Het begrip ‘functioneel plegger’ is niet gedefinieerd in de wet, maar in de memorie van toelichting verwijst de wetgever voor dit leerstuk expliciet naar de criteria en jurisprudentie in het strafrecht.¹⁹⁸ Het strafrecht is een afzonderlijke toets voor toerekening voor natuurlijke personen en voor de toerekening aan rechtspersonen. Hierna breng ik eerst kort in herinnering welke criteria gehanteerd worden in het strafrecht. Het CBb heeft de strafrechtelijke criteria reeds expliciet overgenomen.¹⁹⁹ De afdeling lijkt echter, voor *zowel* het functioneel plegerschap van natuurlijke personen als van rechtspersonen, vast te houden aan haar eigen toerekeningsformule. De verschillen worden het best inzichtelijk door de toetsen naast elkaar te zetten. Daarom zal ik na een zeer korte bespreking van de strafrechtelijke lijn, ingaan op de invulling die de Afdeling geeft aan functioneel plegerschap, en hoe de toets zich ontwikkeld heeft in het milieurecht. Ik sta in het bijzonder stil bij de onderhand beruchte bluswaterjurisprudentie. Vervolgens zal ik ook mijn bedenkingen uiten over de door de afdeling gehanteerde toets.

De strafrechtelijke toets voor toerekening aan natuurlijke personen

In het strafrecht is voor het functioneel plegerschap van natuurlijke personen het *beschikkings- en aanvaardingscriterium* ontwikkeld – ook wel de (verruimde) ‘IJzerdraad-criteria’ genoemd.²⁰⁰ Heel kort gezegd moet de functioneel plegger concrete feitelijke beschikkingsmacht hebben over de fysieke gedraging van de ander en die gedraging aanvaarden. Van aanvaarding is al sprake als de functioneel plegger niet de zorg heeft betracht die in redelijkheid van hem of haar kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging.²⁰¹

De strafrechtelijke toets voor toerekening aan rechtspersonen

Hoewel dit preadvies zich focust op natuurlijke personen, is het toch nodig om kort stil te staan bij het overtrederschap van rechtspersonen. Een natuurlijke persoon kan namelijk alleen aangesproken worden als ‘feitelijk leidinggever’ als de rechtspersoon overtreder is. Artikel 5:1 lid 3 Awb bepaalt dat ook rechtspersonen een overtreding kunnen begaan. Het overtrederschap van de rechtspersoon verloopt in de regel via functioneel plegen; de gedragingen van natuurlijke personen worden dan toegerekend aan de rechtspersoon. Aangezien 51 Sr door 5:1 Awb van overeenkomstige toepassing verklaart, moet voor de beoordeling of de rechtspersoon kwalificeert als overtreder aangesloten worden bij de strafrechtelijke benadering.²⁰² In het strafrecht zijn criteria ontwikkeld voor het ‘in redelijkheid toerekenen’ aan de rechtspersoon; een belangrijk oriëntatiepunt is of de gedraging plaatsvond ‘in de sfeer van de rechtspersoon’. Daarvoor heeft de Hoge Raad verschillende concretiserende ‘omstandigheden’ genoemd, namelijk:²⁰³

- 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 van de rechtspersoon;
- De gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf; en
- 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.

¹⁹⁸ Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 78-79.

¹⁹⁹ Zie bijvoorbeeld CBb 6 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:233, AB 2015/22, m.nt. Jansen (*Storten dierlijke mest*) en voor toerekening aan rechtspersonen CBb 3 juni 2014, ECLI:NL:CBB:2014:200, AB 2015/298, m.nt. Jansen.

²⁰⁰ HR 23 februari 1954, ECLI:NL:HR:1954:3, NJ 1954/378, m.nt. Röling (*IJzerdraad*); HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, AB 2004/310 m.nt. Jansen (*Drijfmest*).

²⁰¹ Zie Algemeen deel, par. III; De Hullu 2018, p. 161-169 en Hornman 2016, hoofdstuk II par. 2.

²⁰² Zie de annotatie van O.J.D.M.L. Jansen bij HR 21 oktober 2003, AB 2004/310 (*Drijfmest*).

²⁰³ HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938 (*Drijfmest*), par. 3.4. Merk op dat dit ‘slechts’ gezichtspunten zijn, anders dan soms wordt gesuggereerd in de literatuur (Vermeer e.a. 2016, p. 41) kan een gedraging ook worden in redelijkheid worden toegerekend aan een rechtspersoon wanneer niet aan (alle) criteria wordt voldaan.

Zie voor een uitgebreide bespreking van het overtredderschap van rechtspersonen het algemene deel paragraaf IV.²⁰⁴

In het bestuursrecht gaat men ervan uit dat de rechtspersoon alleen *functioneel* pleger kan zijn.²⁰⁵ Voor dit standpunt wordt meestal gewezen op het feit dat de rechtspersoon een juridische constructie is, en zelf geen *fysieke* handelingen kan begaan om voor het vervullen van objectieve bestanddelen. Daarmee rijst de vraag of een rechtspersoon ook kan plegen zonder dat toerekening van de gedragingen van natuurlijke personen nodig is. Hier valt best wat voor te zeggen, voor zogenaamde omissiedelicten zijn immers geen fysieke gedragingen nodig. Bijvoorbeeld, het overschrijden van immissie- of emissiewaarden, of het niet aanwezig hebben van een omheining, is net zo goed (en misschien zelfs wel meer) de gedraging van de rechtspersoon, als van de aanwezige natuurlijke personen. Veel bestuursrechtelijke normen zijn bovendien juist gericht tot de rechtspersoon, het zou dan vreemd zijn als de rechtspersoon slechts aangemerkt kan worden als overtreder, door toerekening van gedragingen van natuurlijke personen. Het strekt te ver om dit punt volledig uit te diepen in het kader van dit preadvies, daarom laat ik het bij het volgende: voor de toerekening aan de rechtspersoon is de tussenkomst van natuurlijke personen niet altijd vereist, de Drijfmest-criteria zijn immers ‘slechts’ gezichtspunten voor wanneer toerekening redelijk is.

De toerekeningsformule van de Afdeling

Zoals gezegd hanteert de Afdeling momenteel één toerekeningsformule voor het functioneel plegerschap van zowel natuurlijke personen als voor rechtspersonen, waardoor beide varianten van functioneel plegerschap hier gezamenlijk kunnen worden besproken. Deze toets, waarin ‘de (eind)verantwoordelijkheid van de functioneel pleger voor de overtreding’ centraal staat, is ontwikkeld in de rechtspraak van vóór de Vierde tranche, dus het werd voorheen gebruikt om – wat ik noem – ‘functioneel overtredderschap’ vast te stellen.²⁰⁶ Voor de uitleg van de huidige lijn, doe ik daarom een stapje terug in de tijd.

De eerste uitspraak (in het milieurecht) waarin de gedragingen van een ander werden toegerekend aan de functioneel overtreder, was in de *Booy Clean* zaak.²⁰⁷ In deze zaak werd de enig directeur (Booij) van een bedrijf dat tanks van schepen reinigt in het Rotterdamse havengebied (Booy Clean BV) aangeschreven voor de saneringskosten van het verontreinigde oppervlaktewater. Booij betoogt dat hij ten onrechte is aangeschreven, omdat hij uitsluitend in de hoedanigheid van directeur van Booy Clean heeft gehandeld, en dat deze handelingen moeten worden toegerekend aan die rechtspersoon. De Afdeling overweegt:

“Als vaststaand moet worden aangenomen dat verzoeker J. Booij als enig directeur van het betrokken bedrijf *opdracht heeft gegeven* tot de verboden lozingen dan wel daaraan *feitelijk leiding heeft gegeven*, althans *deze niet heeft verhinderd alhoewel zulks gegeven de door hem beklede functie in zijn macht lag*. Door aldus te hebben gehandeld, dient hij naar Ons voorlopig oordeel als *overtreder* in de zin van evenbedoeld artikel te worden aangemerkt.” [curs. TRB]

In de *Booy Clean* uitspraak is zichtbaar dat opdrachtgeven en leidinggeven geen aparte overtredderschapsvormen behelzen, maar dat dit omstandigheden zijn die de toerekening aan de functionele overtreder te rechtvaardigen. De koppeling van toerekening aan (eind)verantwoordelijkheid gebeurde in de *Baggerwerkzaamheden in de Vecht* zaak. In deze zaak oordeelde de Afdeling dat de opdrachtgever van baggerwerkzaamheden als

²⁰⁴ Zie ook De Hullu 2018, p. 169-181; Hornman 2016, hoofdstuk II par. 3; De Valk 2009, hoofdstuk 5 en 7.

²⁰⁵ De wetgever lijkt daar van uit te gaan: “Als de gedraging door een rechtspersoon kan worden gepleegd – er is dan uiteraard altijd sprake van functioneel daderschap – waarborgt art. 5.0.1, derde lid, dat de bestuurlijke sanctie ook aan die rechtspersoon kan worden opgelegd.” [...], p. 81. In de toelichting bij de invoering van 51 Sr noemt de wetgever het zelfs ‘het toonbeeld van functioneel daderschap’. MvT, Kamerstukken II 1975/76, 13 655, nrs. 1-3, p. 8. Ook in de literatuur gaat men er soms vanuit dat de rechtspersoon geen fysiek pleger kan zijn. Vermeer e.a. 2016, p. 33; Michiels e.a. 2016, p. 165; D.A.B. Klein Lenderink, ‘Functioneel daderschap van rechtspersonen onder de Algemene wet bestuursrecht’, *Tijdschrift voor praktisch bestuursrecht* 2015 nr. 3, p. 8. Vandaar dat ik in het overzicht van par. 2.2.4. het plegerschap van de rechtspersoon heb geschaard onder functioneel plegen.

²⁰⁶ Zie par. 4.2 en 2.4.1 en algemeen deel par. I.

²⁰⁷ Vz. AGRvS 24 februari 1984, ECLI:NL:RVS:1984:AH0280, AB 1984/480.

‘eindverantwoordelijke’ voor het uitvoeren van de (verboden) werkzaamheden in de kan worden beschouwd, en daarom overtreder is.²⁰⁸ De *Baggerwerkzaamheden* zaak illustreert dat opdrachtgeverschap een aanwijzing vormt voor toerekening aan de functionele pleger, en dat de *aanvaarding* van de verboden gedraging in het bestuursrecht geen rol van betekenis heeft, althans niet expliciet, bij de beoordeling van overtrederschap.²⁰⁹

Bluswaterjurisprudentie

De huidige standaardoverweging voor functioneel plegerschap, is afkomstig uit een zaak die gaat over vervuiling door bluswater, namelijk de *CZL Tilburg* uitspraak.²¹⁰ Sinds 2009 zijn er verschillende uitspraken gedaan in zaken waarin sprake is van verontreiniging door bluswater, waarvan de Chemie-Pack uitspraken het bekendst zijn. In deze inmiddels beruchte uitspraken wordt de toerekeningsformule nog eens verder opgerekt. Ik bespreek de zaken hier gezamenlijk.

Steeds komt de casus ongeveer op het volgende neer: bij het blussen van een (chemische) brand kan verontreinigd bluswater in het oppervlaktewater terecht komen. De brandweer handelt niet in opdracht of onder verantwoordelijkheid (maar wel in het belang?) van het bedrijf dat in brand staat. Om verdere verontreiniging te voorkomen, past het bevoegd gezag spoedeisend bestuursdwang toe om het verontreinigde oppervlaktewater en de vervuilde bodem te verwijderen. Als grondslag voor de bestuursdwang deed het bestuursorgaan in eerdere rechtszaken een beroep op artikel 6.2 Ww.²¹¹ Deze bepaling verbiedt het lozen op oppervlaktewater zonder vergunning. In de hierna genoemde jurisprudentie moest de Afdeling steeds de vraag beantwoorden of de bluswerkzaamheden van de brandweer – met de verboden lozingen op het oppervlaktewater tot gevolg – toegerekend kunnen worden aan degene ten behoeve van wie de brand is geblust.

Te beginnen met CZL Tilburg, in deze zaak gaf de Afdeling de volgende invulling aan functioneel overtrederschap:

“Overtreder is degene die het desbetreffende wettelijke voorschrift daadwerkelijk heeft geschonden. Dat is in de eerste plaats degene die de verboden handeling fysiek heeft verricht. Daarnaast kan in bepaalde gevallen degene die de overtreding *niet zelf feitelijk* heeft begaan, doch *aan wie de handeling is toe te rekenen, voor de overtreding verantwoordelijk worden gehouden en derhalve als overtreder worden aangemerkt.*” [curs. TRB]²¹²

In het CZL Tilburg, kiest de afdeling dus ‘verantwoordelijkheid voor de overtreding’ als maatstaf voor de toerekening van functioneel overtrederschap. In deze casus achtte de Afdeling de gedragingen van de brandweer toerekenbaar aan CZL, omdat:

“de bluswerkzaamheden van de brandweer feitelijk moeten worden *geacht in opdracht van CZL* te zijn verricht. Dat CZL de brandweer niet zelf heeft gewaarschuwd en naderhand heeft betoogd dat de brandweer het pand ook had mogen laten uitbranden in plaats van te blussen, maakt dit niet anders, nu naar het oordeel van de Afdeling de brandbestrijding in een bedrijf door de brandweer in het algemeen moet worden geacht de gevolgen van die brand te beperken en de gevolgen daarvan *aan het bedrijf kunnen worden toegerekend.*” [curs. TRB]

²⁰⁸ ABRvS 3 juli 2002, AB 2002/311, m.nt. Michiels (*Baggerwerkzaamheden in de Vecht*); vanuit een strafrechtelijke bril gezien is de focus op de *juridische positie* van de aangesprokene in deze zaak opmerkelijk, terwijl in de beoordeling van overtrederschap in concreto juist gekeken dient te worden naar de feitelijke betrokkenheid bij de verboden gedraging. Echter was dit nog voor de Vierde tranche Awb, en was de bestuursrechter formeel nog niet geboden aan de strafrechtelijke doctrine. In andere zaken keek de Afdeling voor overtrederschap juist wel weer naar de feitelijke betrokkenheid van de aangesprokene. Zie bijvoorbeeld ABRS 25 juni 1998, ECLI:NL:RVS:1998:ZF3428, AB 1999/44.

²⁰⁹ Zie ook H. Bröring & F.R. Vermeer ‘De functionele dader in het bestuurlijk sanctierecht’, *JBplus* 2003, p. 124-139, par. 3.3.

²¹⁰ ABRvS 15 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF8999, AB 2008/364, m.nt. Michiels (*CZL Tilburg*).

²¹¹ Voor de inwerkingtreding van de Ww werd art. 1 Wvo als grondslag gebruikt.

²¹² ABRvS 15 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF8999, AB 2008/364, m.nt. Michiels (*CZL Tilburg*). Dat in de eerste plaats degene ‘die het wettelijk voorschrift daadwerkelijk geschonden heeft’ kan worden aangemerkt als overtreder, is ontleend aan ABRvS 19 juni 1995, ECLI:NL:RVS:1995:ZF1686, AB 1995/582, m.nt. Van Buuren (*Geldrop*).

Hier wordt net als in de Baggerwerkzaamheden-uitspraak (fictief) opdrachtgeverschap gebruikt als argument voor de toerekening aan de functioneel pleger.²¹³ Bovendien wordt het gegeven dat de betrokkene de verboden gedraging niet aanvaard heeft, expliciet van de hand gewezen als obstakel voor diens functioneel plegerschap.

Aanleiding voor de volgende rechtszaken was de brand bij Chemie-Pack, een bedrijf in Moerdijk dat chemische materialen verwerkt en verpakt. In de Chemie-Pack jurisprudentie worden drie partijen aangesproken als functioneel pleger van bluswaterverontreiniging: de exploitant, Chemie-Pack Nederland B.V. (hierna: CP NL);²¹⁴ de rechtspersoon die het onroerend goed beheert, Chemie-Pack Onroerend Goed B.V. (hierna: CP OG);²¹⁵ en de holding van de eerdergenoemde zustervenootschappen, Gerard Spiering B.V. (hierna: Holding).²¹⁶ In deze arresten nuanceert de Afdeling de invulling van functioneel plegerschap uit CZL Tilburg iets, in die zin dat de toerekening niet meer geschiedt op basis van fictief opdrachtgeverschap. Er kwam echter een overweging voor in de plaats die zo mogelijk nog onbegrijpelijker is.

In de zaak tegen CP NL, stelt de rechtbank, kort gezegd, dat de gedragingen toerekenbaar zijn aan de exploitant, omdat de bluswerkzaamheden ‘in het belang’ van CP NL zijn verricht.²¹⁷ CP NL was failliet, dus diens overtrederschap mocht niet baten. Daarom werd ook zustervenootschap CP NL aangesproken: CP OG. In die zaak oordeelde de rechtbank, kort gezegd, dat CP OG als eigenaar van het onroerend goed verantwoordelijkheid droeg voor het terrein en daarom mede als overtreder was aan te merken.²¹⁸ In hoger beroep gaat de Afdeling dieper in op deze kwestie: de nauwe verwevenheid tussen beide rechtspersonen, en het feit dat de zeggenschap over de zustervenootschappen en de holding bij eenzelfde persoon lag, was voldoende om ook CP OG in haar hoedanigheid als eigenaar aansprakelijk te stellen. In de derde Afdelingsuitspraak werd de holding via de overtrederschapsvorm van feitelijk leidinggeven aangesproken (dus niet als functioneel pleger).²¹⁹ Daarover in de volgende paragraaf meer.

Kritiek op bluswaterjurisprudentie

Er zijn nog andere uitspraken met betrekking tot bluswaterverontreiniging.²²⁰ Thans wordt er gesproken van een bestendige lijn.²²¹ Veel auteurs hebben kritiek op de toets voor functioneel plegerschap die de bluswaterjurisprudentie voortgebracht heeft.²²² De criteria die de Afdeling hanteert zijn namelijk bijzonder ruim, en de beoordeling is vrijwel volledig losgekoppeld van het handelen en de geestestoestand van de aangesproken rechtspersoon. In een later verschenen bluswater-uitspraak was het zelfs mogelijk een gedraging toe te rekenen aan de vermeend functioneel pleger, terwijl het voor diegene niet eens mogelijk was om de overtreding te voorkomen of beëindigen.²²³ Op deze manier heeft de ‘toerekenmethode’ van de afdeling weinig te maken met functioneel plegerschap – een overtrederschapsvorm waarbij de aangesprokene geacht wordt alle bestanddelen van de verboden gedraging *zelf* te hebben vervuld.

De Drijfmet-criteria zouden in het onderhavige geval tot een andere uitkomst leiden, omdat de overtreding van 6.2 Ww niet in redelijkheid zou kunnen worden toegerekend aan de aangesproken rechtspersonen. De

²¹³ Zie verderop onder ‘kritiek’ en in par. 4.4 voor mijn bezwaren op deze toets.

²¹⁴ ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:90, AB 2014/144 (Chemie-Pack Nederland).

²¹⁵ ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:102, AB 2014/145 (Chemie-Pack Onroerend Goed).

²¹⁶ ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:515 (Chemie-Pack Holding).

²¹⁷ ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:90, AB 2014/144 (Chemie-Pack Nederland), R.o. 2.2.

²¹⁸ Rechtbank Breda 21 juni 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BW9002, par. 9.2.

²¹⁹ ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:515, AB 2014/193, m.nt. Kortmann (Chemie-Pack Holding).

²²⁰ Rechtbank Noord-Nederland 9 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2014:2728, JM 2013/138, m.nt. Onrust, Kortmann en Jong; ABRvS 23 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2728, AB 2014/370, m.nt. Van Mil.

²²¹ Van 't Lam 2015, par. 5.1.

²²² Zie onder meer Kortmann 2017; Vermeer e.a. 2016, p. 33-36; Damen e.a. 2016, p. 596; F.C.M.A. Michiels, ‘Bestuurlijke handhaving sinds de derde tranche Awb’, *Netherlands Administrative Law Library* 2013, par. 4.1; Van Leeuwen en Vermeer 2014; S.M.C. Nuyten, ‘Functioneel daderschap en feitelijk leidinggever: de dader in het bestuursrecht’, *Mededingingsrecht in de Praktijk* 2015/195; Nuyten & Keupink 2014; Vermeer in zijn annotatie bij ABRvS 27 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7463, AB 2013/181, m.nt. Vermeer (Vuil in Leidsche Vaart).

²²³ ABRvS 23 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2728, AB 2014/370, m.nt. Van Mil; zie ook het preadvies van M. van der Linden en J. Winkels, ‘Evenredigheid van bestraffende sancties in concernverband’, *Preadviezen Jonge VAR* 2018.

aangesprokene kan niet beschikken over de bluswerkzaamheden, de brandweer handelt autonoom²²⁴ en de aangesprokene heeft de ‘verboden gedraging’ ook niet aanvaard.²²⁵ Los van het ‘in het belang’-argument, waren er ook geen andere omstandigheden waardoor de verboden gedragingen in de sfeer van Chemie-Pack zouden kunnen plaatsvinden.²²⁶ Sterker nog, de gedraging die toegerekend wordt aan Chemie-Pack is niet verboden, want voor het blussen van de brand bestaat een rechtvaardigingsgrond (5:1 lid 1, 5:5 Awb). Bovendien botst de uitkomst van de bluswaterjurisprudentie met de *Brandende oplegger* uitspraak, waarin degene ten behoeve van wie werd geblust (een natuurlijke persoon) niet aangemerkt kon worden is als overtreder.²²⁷ Eigenlijk gaat het dus al mis bij de grondslag, het zou zuiverder zijn zuiverder geweest om de rechtspersoon aan te spreken op een eigen overtreding (bijvoorbeeld het in strijd met de vergunningsvoorschriften houden van ‘open vuur in de buurt van lekbakken met brandbare stoffen’,²²⁸ of het ‘niet nemen van adequate maatregelen ter voorkoming van oppervlaktewaterverontreiniging’²²⁹) en de schade van de brand en de bluswerkzaamheden als gevolg van die overtreding aan te merken.

Résumé functioneel plegen

Uit de bespreking van de criteria voor functioneel plegen volgt dat een natuurlijke persoon in een leidinggevende functie kan worden aangemerkt als pleger of functioneel pleger van een milieurechtelijke overtreding. Bij de huidige koers van de Afdeling is er niet veel nodig om een gedraging toe te rekenen aan de leidinggevende functionaris (of aan een rechtspersoon). Met andere auteurs, ben ik ervan overtuigd dat de **Afdeling de vage CZL Tilburg-toets moet verlaten**.²³⁰ In de eerste plaats omdat van de beoogde aansluiting bij het strafrecht anders weinig terecht komt. Nog problematischer, wat mij betreft, is hoe weinig richtinggevend deze toets is. Wie is ‘maatschappelijk gezien verantwoordelijk’ voor de overtreding? Dat is nou juist de vraag die beantwoord moet worden aan de hand van toerekening, waardoor het criterium tautologisch karakter heeft.²³¹ Bovendien lijkt het aanvaardingsvereiste, een cumulatief vereiste in de verruimde IJzerdraad-toets, geen rol van betekenis te spelen in de jurisprudentie van de Afdeling.²³² In de literatuur wordt daarom soms gesproken over risicoaansprakelijkheid.²³³

De vrijblijvendheid waarmee de bestuursrechter iemand aanmerkt als overtreder via functioneel plegerschap, was wellicht niet problematisch in de tijd dat het bestuursrecht alleen herstelsancties kende. Maar bij de punitieve mogelijkheden waarover het bestuursrecht tegenwoordig beschikt, past een volwassen overtrederbegrip. Omdat de bestuurlijke boete een criminal charge is in de zin van artikel 6 EVRM, gelden allerhande aanvullende waarborgen, en is enige mate van verwijtbaarheid vereist.²³⁴

Kan de bestuursrechter dan het nieuwe overtredersbegrip gebruiken voor punitieve sancties, en voor herstelsancties het oude overtredersbegrip blijven hanteren? Ik ben geneigd te denken van niet. Dit zou de overzichtelijkheid van het leerstuk natuurlijk niet ten goede komen, omdat daarmee de facto een dubbel overtredersbegrip zou bestaan – een voor herstelsancties en een voor punitieve sancties. Belangrijker, volgens mij was dit ook niet de bedoeling van de wetgever. In de toelichting op de Vierde tranche heb ik

²²⁴ Op grond van art. 25 veiligheidswet heeft de brandweer de wettelijke plicht de brand te blussen. Het handelen van de brandweer ligt niet binnen de invloedssfeer van particulareren, noch is het mogelijk hiertoe (fictief) opdracht te geven.

²²⁵ In het arrest CZL Tilburg geven de aangesprokenen aan dat de brandweer wat hen betreft het pand had laten uitbranden, in plaats van blussen. ABRvS 15 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF8999, AB 2008/364, m.nt. Michiels (*CZL Tilburg*), par. 2.5.2.

²²⁶ Immers is de brandweer niet in dienst bij Chemie-pack, en passen de bluswerkzaamheden ook niet in de normale bedrijfsvoering van het bedrijf.

²²⁷ ABRvS 29 september 2000, JB 2000/304, m.nt. Albers (*Brandende oplegger*). Aldus ook Van Leeuwen en Vermeer 2014, p. 288-289; en Klein Lenderink 2015, par. 4.

²²⁸ Zie Technische informatie over de publicatie IOOV-rapport naar "de brand bij Chemie-Pack in Moerdijk", Bijlage bij Kamerstukken II, Vergaderjaar 2010-11, 26 956, nr. 110, p. 55.

²²⁹ Art. 6.8 Ww.

²³⁰ Deze stelling is opgenomen in de aanbevelingen, par. 6.

²³¹ De gedraging kan worden toegerekend aan degene die verantwoordelijk is, aan degene die verantwoordelijk is kan het worden toegerekend.

²³² Aldus ook Kortmann 2015; Van Leeuwen en Vermeer 2014, par. 3.2.4.

²³³ Kortmann 2017, par. 5; Klein Lenderink 2015; in neutrale bewoording ook Michiels e.a. 2016, p. 165.

²³⁴ Zie onder meer Michiels e.a. 2016, par. 4.2, en F.C.M.A. Michiels en R.J.G.M. Widdershoven, ‘Handhaving en rechtsbescherming’, in: F.C.M.A. Michiels en E.R. Muller (red.) *Handhaving*, Deventer: Kluwer 2013.

geen aanwijzingen kunnen vinden dat de wetgever voor herstelsancties een ander overtrederbegrip toestaat dan voor punitieve sancties. De plaats in de Awb van het overtrederbegrip wijst ook op een uniform overtrederbegrip. De wetgever heeft het nieuwe overtrederbegrip ondergebracht bij de algemene bepalingen in titel 5.1, in plaats van aanvullende eisen te stellen aan de overtreder voor de bestuurlijke boete in titel 5.4. De hogere eisen die gesteld worden aan bestraffende handhaving zijn juist wel weer in titel 5.4 opgenomen. Daarnaast vraag ik me af wat een dubbel-overtrederbegrip toevoegt, omdat een op het strafrecht-geïnspireerd overtrederbegrip (mét het aanvaardingsvereiste) voldoende ruimte biedt voor het opleggen van herstelsancties. Dat komt omdat veel bestuursrechtelijke normen veel ruimer geformuleerd zijn dan in het strafrecht, omdat de normen doorgaans geen opzet vereisen, en omdat er minder hoge eisen worden gesteld aan het te leveren bewijs (vrije bewijsleer).²³⁵

4.3.4. Feitelijke leidinggeven

Inleiding

De leidinggevende functionaris kan ook worden aangemerkt als overtreder via de figuur van ‘feitelijk leidinggeven’. Artikel 5:1 lid 3 Awb verklaart artikel 51 lid 2 Sr van overeenkomstige toepassing.²³⁶ Daardoor is het mogelijk om, als de rechtspersoon aangemerkt kan worden als overtreder, degene die aan de verboden gedraging leiding heeft gegeven ook te sanctioneren. Deze deelnemingsvorm is een *vervolg op* (en dus ook afhankelijk van) het overtrederchap van de rechtspersoon.²³⁷ Het accessoire karakter van feitelijk leidinggeven wil niet zeggen dat het gaat om ‘secundaire’ aansprakelijkheid.²³⁸ De verboden gedraging van de rechtspersoon wordt niet toegerekend aan de leidinggevende, maar het betreft een zelfstandig verwijt: namelijk het opzettelijk feitelijk leidinggeven aan een verboden gedraging. Er is geen hiërarchie in overtrederchap tussen de rechtspersoon en de feitelijk leidinggever, en aan de leidinggever kan ook een sanctie opgelegd worden als de rechtspersoon niet wordt gesanctioneerd. Soms wordt opgemerkt dat al voor de invoering van de Vierde tranche de figuren feitelijk leidinggeven en opdrachtgeven bekend waren in het bestuursrecht.²³⁹ Dit lijkt me onjuist: materieel was het inderdaad mogelijk om een feitelijk leidinggever en opdrachtgever aan te spreken, maar, zoals ik heb uitgelegd in paragraaf 4.2, alleen in de hoedanigheid van (functioneel) overtreder.²⁴⁰

Voordat ik in ga op de huidige invulling die de Afdeling geeft aan feitelijk leidinggeven, breng ik eerst kort de strafrechtelijke criteria in herinnering.

De Slavenburg-toets in het strafrecht

Er zijn twee gevalstypen van feitelijk leidinggeven te onderscheiden. In de eerste plaats is er sprake van feitelijk leidinggeven als de betrokkene actief en effectief gestuurd heeft op de verboden gedraging.²⁴¹ Er kan ook sprake zijn van feitelijk leidinggeven, wanneer de aangesprokene op een meer indirecte of subtiële wijze betrokken is geweest bij de overtreding. Uit de welbekende Slavenburg II-beschikking volgt dat er sprake is van feitelijk leidinggeven indien de betrokkene bevoegd en gehouden is om maatregelen te nemen om te voorkomen dat de

²³⁵ Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 125-132.

²³⁶ De wetgever heeft ook bij feitelijk leidinggeven beoogd om aan te sluiten bij het strafrecht. Naast de expliciete verwijzing naar art. 51 Sr, verwijst de wetgever in de Memorie van Toelichting meermaals naar strafrechtelijke jurisprudentie voor feitelijk leidinggeven.

²³⁷ Michiels e.a. 2016, p. 168. In het strafrecht is er discussie geweest over de plaats van de feitelijk leidinggever. Thans wordt aangenomen dat feitelijk leidinggeven een bijzondere vorm van deelnemen is, en dat feitelijk leidinggevers met daders op één lijn gesteld worden qua strafmaximum, maar zelf geen daders zijn. De Hullu 2018, p. 438-439, 505-507.

²³⁸ Zie verder par. V van het algemene deel; en Hornman 2016 (dis.), HII par. 4.2. Anders: De Valk en Bröring 2011; De Valk 2009, p. 539-551.

²³⁹ Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 81, waarin verwezen wordt naar AGRvS (vz.) 24 februari 1984, ECLI:NL:RVS:1984:AH0280, AB 1984, 480 (*Booy Clean*); Vermeer e.a. 2016, p. 42. Een voorbeeld van een redenering langs de lijnen van feitelijk leidinggeven van voor de Vierde tranche Awb betreft ABRvS 2 mei 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA4188, JOM 2007/496 (*Lindenboom*). Daar wordt opgemerkt dat ‘vaste rechtspraak’ is dat een dwangsom ook opgelegd kan worden aan de feitelijk leidinggever. Echter heeft de uitspraak waar ze naar verwijzen (AB 1995, 538) niets te maken met feitelijk leidinggeven. Bovendien lijkt de Lindenboom-zaak zich veel beter te lenen voor functioneel overtrederchap: de enig aandeelhouder en enig directeur is vermoedelijk ook drijver van de inrichting.

²⁴⁰ Aldus ook De Valk 2009, p. 514; Van Leeuwen en Vermeer 2014.

²⁴¹ HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, r.o. 3.5.2, NJ 2016/375 m.nt. Wolswijk, (*Overzichtsarrest feitelijk leidinggeven*).

verboden gedraging zich voordoet, deze maatregel echter niet neemt, en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedraging zich zal voordoen.²⁴² Dit is de ondergrens van feitelijk leidinggeven. Voor beide varianten is (ten minste) voorwaardelijk opzet op de verboden gedraging vereist. Bovendien moet de rechtspersoon in beide varianten kwalificeren als overtreder (accessoriteitsvereiste). Kortheidshalve verwijs ik opnieuw naar het algemene deel voor de uitwerking en toelichting van het juridisch kader van feitelijk leidinggeven.²⁴³

De Slavenburg-toets van de Afdeling

Recentelijk heeft de Afdeling in een milieurechtelijke zaak de Slavenburg-toets toegepast om leidinggevende functionarissen aansprakelijk te stellen.²⁴⁴ De zaak ging over het vervuilde bedrijfsterrein van Edelchemie Panheel BV (hierna: Edelchemie). Op dit bedrijfsterrein werden in het verleden afvalstoffen verwerkt. De verwerkingsactiviteiten werden in 2004 gestaakt, nadat de benodigde vergunning was ingetrokken. Op het bedrijfsterrein en in de bedrijfsgebouwen is een grote hoeveelheid gevaarlijke afvalstoffen achtergebleven. Daarop heeft het college van gedeputeerde staten van Limburg besloten om de nog aanwezige bassins leeg te pompen en de grond te saneren. Aan de bestuursdwang heeft het college overtreding van de vergunningsvoorschriften en schending van verschillende zorgplichten ten grondslag gelegd.²⁴⁵ Voor de kosten van de bestuursdwang is naast Edelchemie ook Phoenica B.V. aangesproken – een bedrijf dat een aantal ruimtes op het terrein van Edelchemie gebruikt. Daarnaast zijn de bestuurder/aandeelhouder van Edelchemie ('appellant sub 1A'), de bestuurder/aandeelhouder van Phoenica (Appellant 1B) – die tevens echtgenote is van appellant 1A – en een werknemer van Phoenica (appellant 1C) aangesproken voor de kosten.

Volgens de Afdeling is 'op zichzelf niet in geschil' dat appellant 1A 'feitelijk leiding geeft aan de activiteiten van Edelchemie'.²⁴⁶ Appellant 1B meent dat ze ten onrechte als overtreder is aangemerkt, omdat ze zich niet bemoeit heeft met de activiteiten van Phoenica. Daarop verwijst de Afdeling naar de standaardoverweging uit het Slavenburg II-beschikking, en overweegt volgens dat:

*De Afdeling gaat ervan uit dat [appellant sub 1B] zich in dit geval bewust niet heeft bemoeid met de activiteiten van de door haar bestuurde Phoenica. Phoenica heeft lange tijd ter plaatse activiteiten verricht. Het is niet aannemelijk dat [appellant sub 1B], echtgenote van [appellant sub 1A] en blijkens de stukken tevens eigenares van een deel van het bedrijfsterrein en aansluitende gronden, niet op de hoogte is geweest van deze activiteiten of van de feitelijke context waarbinnen deze werden verricht. Door als enig bestuurder van Phoenica desondanks een passieve rol aan te nemen heeft [appellant sub 1B] bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat de overtreding zich zal voordoen als bedoeld in het arrest van de Hoge Raad. Daarmee is zij met overeenkomstige toepassing van artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht als feitelijk leidinggevende terecht als overtreder aangemerkt.*²⁴⁷

Het is prijzenswaardig dat de Afdeling de strafrechtelijke toets omarmt, er is echter nog wel wat aan te merken op de manier waarop de toets wordt toegepast. Allereerst is onbesproken gebleven of rechtspersoon kwalificeert als overtreder (accessoriteitsvereiste). Ten tweede lijkt de Afdeling de Slavenburg-toets zo uit te leggen, dat het feitelijk leidinggeven betrekking heeft op de *onderneming*, en niet op de *verboden gedraging*. Bij een kleine onderneming zoals Edelchemie kunnen beide interpretaties weliswaar op het zelfde neerkomen,²⁴⁸ maar de redenering is onzuiver: feitelijk leidinggeven behelst immers geen risicoaansprakelijkheid voor formele

²⁴² HR 16 december 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AC9607, NJ 1987/321 en 322, m.nt. 't Hart (*Slavenburg II*).

²⁴³ Zie verder Algemeen deel, par. V; De Hullu 2018, p. 505-515; Hornman 2016, hoofdstuk II par. 4.

²⁴⁴ ABRvS 20 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1063 (*Edelchemie: leegpompen bassins*); AbRvS 20 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1065 (*Edelchemie: sanering terrein*). De Slavenburg-toets kwam aan bod in de laatstgenoemde uitspraak.

²⁴⁵ Respectievelijk art. 2.1 lid 1 onder e Wabo en art. 1.1a en 10.1 van de Wm en art.13 van de Wbb.

²⁴⁶ R.o. 10.4.

²⁴⁷ R.o. 10.5.

²⁴⁸ Hornman 2016 (dis.), p. 57.

leidinggevers van ondernemingen. Er moet sprake zijn van aanvaarding van en betrokkenheid bij de *verboden gedraging* zijn.

De Afdeling maakte dezelfde redeneerfout in de zaak tegen de holding van Chemie-Pack.²⁴⁹ Ook in die uitspraak werd slechts vastgesteld dat de holding zeggenschap had over de bedrijfsvoering van Chemie-Pack. Dat betekent hooguit dat de holding aangemerkt kan worden als drijver (waardoor, overigens, de figuur van functioneel plegerschap meer voor de hand lag). Maar de zeggenschap over de inrichting zegt nog niets over de betrokkenheid bij de verboden gedraging – en dat laatste is nodig om iemand aan te merken als feitelijk leidinggever.

Terug naar het Edelchemie-arrest, maar in het verlengde van het voorgaande; ook de overwegingen met betrekking tot het overtrederschap van Werknemer 1C gaan uit van een te formele invulling van de bevoegdheidstoets, dus snijden geen hout.

*Wat [appellant sub 1C] betreft, overweegt de Afdeling als volgt. [appellant sub 1C] heeft uitsluitend een arbeidsovereenkomst met Phoenica en geen (bestuurs)functie bij deze rechtspersoon. Dat hij, zoals de provincie en de gemeente opmerken, jaarstukken van Phoenica heeft ondertekend maakt hem niet een bestuurder van Phoenica. Niet in geschil is dat [appellant sub 1C] als werknemer van Phoenica werkzaamheden ter plekke heeft uitgevoerd. Als uitsluitend werknemer kan hem echter niet zonder meer de overtreding van Edelchemie Panheel en Phoenica worden toegerekend.*²⁵⁰

De Afdeling meent dat Appellant 1C buiten schot blijft omdat deze geen bestuursfunctie heeft en ‘uitsluitend werknemer is’.²⁵¹ Bij feitelijk leidinggeven gaat het echter niet om de formele positie, maar om de feitelijke bevoegdheid en gehoudenheid van betrokkene. Dat de werknemer ook jaarstukken ondertekende, en dat de werknemer recht van opstal op de bedrijfsgebouwen had,²⁵² wijst er op dat die bevoegdheid er mogelijk wel was. Bovendien, bij feitelijk leidinggeven gaat het primair om de vraag of de aangesprokene invloed had op de verboden gedraging, en hieromtrent overweegt de Afdeling niets.²⁵³ Of een ‘juiste’ toepassing van de criteria had geleid tot een andere uitkomst is onduidelijk.²⁵⁴ In ieder geval kan worden vastgesteld dat de Afdeling ten tijde van deze uitspraak de Slavenburg-toets nog niet helemaal in de vingers had.²⁵⁵

Résumé feitelijk leidinggeven

Helaas wordt feitelijk leidinggeven soms nog uitgelegd in de sleutel van functioneel plegerschap, hetgeen botst met de aard van deze deelnemingsvorm. De bestudering van de *Edelchemie* zaak laat zien dat de Afdeling de Slavenburg-toets wel omarmt, maar anders toepast dan zijn strafrechtelijke collega’s en het CBb.²⁵⁶ Om de beoogde aansluiting op het strafrecht te realiseren, moet komen vast te staan dat ook de rechtspersoon kwalificeert als overtreder, mag het vereiste van voorwaardelijk opzet niet vergeten worden, en dient de (feitelijke) bevoegdheid gerelateerd te worden aan de verboden gedraging. Toch kan geconcludeerd worden dat, zowel bij de invulling die de Afdeling eraan geeft als bij de invulling zoals de Hoge Raad het in het Drijfmest-arrest bedoeld had, feitelijk leidinggeven bij uitstek een geschikte overtrederschapsvorm om een natuurlijk persoon met een leidinggevende functie aan te spreken als *overtreder in concreto*.

²⁴⁹ ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:515, AB 2014/193, m.nt. Kortmann (*Chemie-Pack Holding*), r.o. 5.2 en 5.3.

²⁵⁰ R.o. 10.6.

²⁵¹ R.o. 10.6, 18 en 21.1.

²⁵² R.o. 19 en 21.2.

²⁵³ In dat kader, De Hullu schrijft dat iemand die formeel geen enkele zeggenschap binnen of relatie met een rechtspersoon, toch feitelijk leiding hebben gegeven aan een strafbaar feit dat door die rechtspersoon begaan is. De Hullu 2018, p. 510.

²⁵⁴ Wellicht dat de werknemer nog wel had kunnen worden aangemerkt als medepleger.

²⁵⁵ Zie voor een voorbeeld uit het milieustrafrecht HR 12 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2129, *M en R* 2003, 62. Blomberg en Koopmans 2015 noemden dit een ‘naadloze toepassing’ van de Slavenburg-criteria, p. 76. Ook zou de Afdeling het algemene deel kunnen raadplegen, par. V. Recenter voorbeeld uit het milieustrafrecht waarin een bedrijfsleiders aangemerkt wordt als feitelijk leidinggever betreft Hof Den Bosch 22 augustus 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3500.

²⁵⁶ Zie het preadvies van M.C.C. van Overbeek & O.E.S. Dusée, ‘Feitelijk leidinggeven en medeplegen, een blik op de praktijk van de economische toezichthouders’, *preadviezen Jonge VAR* 2018, m.n. par 3.

4.3.5. Medeplegen

Ingevolge artikel 5:1 lid 2 Awb kan ook een medepleger aangemerkt worden als overtreder. Ook bij deze vorm van overtreden heeft de wetgever beoogd aan te sluiten bij het strafrecht.²⁵⁷ Volgens strafrechtelijke jurisprudentie moeten voor medeplegen, kort gezegd, twee of meer personen gezamenlijk de bestanddelen van de verboden gedraging vervullen, waarbij sprake moet zijn van een nauwe en bewuste samenwerking en de betrokkenen een min of meer gelijkwaardig aandeel moeten hebben gehad.²⁵⁸ In de memorie van toelichting bij de Vierde tranche Awb geeft de wetgever het voorbeeld van een groep werknemers die gezamenlijk een machine gebruiken op een wijze die onnodig gevaarlijk is voor derden. De aangesproken medepleger hoeft zelf geen normadressaat te zijn, zolang degene met wie hij medepleegt dat maar is. Daardoor is het bijvoorbeeld mogelijk om een belastingadviseur die een tot de belastingplichtige gerichte norm overtreedt toch te sanctioneren. Opnieuw verwijs ik korthedshalve naar het algemene deel voor een gedetailleerde toelichting van de criteria (paragraaf VI).

Er zijn mij geen uitspraken bekend in het milieurecht, waarin leidinggevende functionarissen aangesproken worden als medepleger.²⁵⁹ Dit komt waarschijnlijk doordat andere overtrederschapsvormen, namelijk functioneel plegerschap en feitelijk leidinggeven, meer voor de hand liggen en makkelijker aantoonbaar zijn. Toch zijn er situaties denkbaar waarin medeplegen meerwaarde heeft ten opzichte van de andere overtrederschapsvormen, bijvoorbeeld wanneer een leidinggevende samen met een werknemer een overtreding begaat die zich niet afspeelt binnen de sfeer van de rechtspersoon (de rechtspersoon is dan geen overtreder dus valt feitelijk leidinggeven af), waarbij de leidinggevende functionaris niet zelf alle bestanddelen vervult (waardoor hij niet als functioneel pleger kan worden aangemerkt).

4.4. Tussenconclusie overtrederschap *in concreto*

In paragraaf 4 heb ik onderzocht of natuurlijke personen in een leidinggevende functie aangemerkt kunnen worden als *overtreder in concreto* van een milieuvoorschrift. In dat kader heb ik de verschillende overtrederschapsvormen en hun voorwaarden besproken. Het lijkt geen twijfel dat meerdere overtrederschapsvormen op leidinggevendenden van toepassing kunnen zijn; er zijn verschillende voorbeelden in de rechtspraak die dit illustreren. De bestudering van die rechtspraak laat wel zien dat de beoogde aansluiting van overtrederschapsvormen op strafrechtelijke daderschapsvormen nog niet gerealiseerd is. Voor de beoordeling van functioneel plegerschap (in milieurechtelijke zaken) gebruikt de Afdeling nog altijd dezelfde toets voor zowel natuurlijke personen als voor rechtspersonen, namelijk de weinig richtinggevende toerekeningsformule uit CZL Tilburg.²⁶⁰ De toerekeningsformule van de Afdeling neigt naar risicoaansprakelijkheid, en heeft mijns inziens weinig te maken met functioneel plegerschap – een overtrederschapsvorm waarbij de betrokkene geacht wordt zelf alle bestanddelen van de verboden gedraging te vervullen. Voor de beoordeling van feitelijk leidinggeven, omarmt de Afdeling de Slavenburg-toets, maar past sommige criteria impliciet, onjuist of helemaal niet toe. Ook komt het voor in jurisprudentie van de Afdeling dat partijen niet redeneren aan de hand van een op de situatie toegesneden overtrederschapsvorm, maar het overtrederschap via een omslachtige of onmogelijke route proberen vast te stellen.²⁶¹

²⁵⁷ Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr. 3, 78-80; Kamerstukken II 2005/06, 29702, nr. 7, p. 30; Kamerstukken I, 2008/09, 29702, nr. E, p. 11.

²⁵⁸ Ingevolge art. 5:1 lid 2 Awb is een ondergeschikte bijdrage onvoldoende voor het plegerschap. Het bestuursrecht kent dus geen medeplichtigheid. Kamerstukken II 2005/06, 29702, nr. 7, p. 31.

²⁵⁹ De wetgever geeft VzABRS 31 juli 1998, AB 1999,45 als voorbeeld, dit is echter onjuist: in die casus was er geen sprake van medeplegen, maar waren er volgens de bestuursrechter meerdere overtreders. Of het juist is dat er in die zaak meerdere overtreders waren, kan overigens worden betwijfeld, zie de kritische noot van Knijff bij genoemd arrest. In het milieustrafrecht wordt medeplegen echter regelmatig gebruikt voor het sanctioneren van medeplegende rechtspersonen. Zie voor verschillende voorbeelden Blomberg en Koopmans 2015. Een recent voorbeeld uit het milieustrafrecht betreft de uitspraak van Rechtbank Oost-Brabant 28 mei 2018, ECLI:NL:ROBR:2018:2548, *Men R* 2018/89, m.nt. Velthuis.

²⁶⁰ Recente voorbeelden zijn ABRvS 18 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1273; ABRvS 18 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1274; ABRvS 19 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1053, JOM 2017/414.

²⁶¹ Bijvoorbeeld door een betrokkene die *geen* normadressaat is, aan te merken als pleger – wat niet kan – in plaats van deze te kwalificeren als deelnemer. In de Houtwal-uitspraak kwam de Afdeling tot de slotsom dat de aangesprokene geen normadressaat was –

Let wel, in geval van een ruime adressering van normen of een vage toets voor het normadressaatschap, zoals beide het geval lijkt in het milieurecht,²⁶² is het *overtrederschap in concreto* zoals gezegd een belangrijke katalysator om willekeur, ongelijkheid en rechtsonzekerheid te voorkomen.²⁶³ Wanneer ook de beoordeling van het *overtrederschap in concreto* geschiedt aan de hand van weinigzeggende criteria, of wanneer onderdelen van de (op het strafrecht gebaseerde) criteria vrijblijvend achterwege gelaten kunnen worden, kan een grote, onbepaalde groep personen binnen de inrichting aangemerkt worden als overtreder. **Voor overtredererschap in concreto is daarom betere aansluiting bij het strafrecht nodig, omdat de (invulling van de) criteria van functioneel plegerschap en feitelijk leidinggeven die de Afdeling hanteert te weinig richtinggevend zijn.**²⁶⁴ Soms zal het nopen om een andere toets die dezelfde uitkomsten kan bieden. Soms zal een andere grondslag voor de overtreding nodig zijn.²⁶⁵ In ieder geval zal het de motivering inzichtelijker maken en meer rechtszekerheid opleveren.

wat overigens betwijfeld kan worden – en dus geen overtreder is, terwijl via feitelijk leidinggeven de weg naar overtredererschap nog open lag. ABRvS 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1667 in *M en R* 2015/151, m.nt. Van 't Lam (*Houtwal*). Andersom gebeurde dit ook, bij een zaak waarin functioneel plegerschap zeer voor de hand lag maar een redenering langs de lijn van feitelijk leidinggeven gevolgd werd, ABRvS 2 mei 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA4188 (*Lindenboom*). Net zo is mij onduidelijk waarom de holding van Chemie-pack niet gekwalificeerd wordt als drijver van CP NL, om vervolgens aansprakelijkheid via functioneel plegen te laten lopen. Voordeel is dat dan geen voorwaardelijk opzet aangetoond hoeft te worden. Zie r.o. 5.3 van ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:515, AB 2014/193 m.nt. Kortmann (*Chemie-Pack Holding*). Het probleem van categoriefouten doet zich kennelijk ook voor in het economisch bestuursrecht. Zie hieromtrent Nuyten en Keupink 2014.

²⁶² Zie par. 3.5.

²⁶³ Spiegelbeeldig: wanneer de toets voor overtredererschap in concreto zeer ruim is, en/of de materiële normen erg ruim zijn (zoals in het milieurecht vaak het geval is, met haar assortiment aan omissiedelicten en verboden toestanden), dan is het overtredererschap in abstracto een belangrijke katalysator. Wanneer iedereen nalaat, is degene op wie de verantwoordelijkheid rustte om niet na te laten overtreder.

²⁶⁴ Deze stelling is opgenomen in de aanbevelingen, zie par. 6.

²⁶⁵ In het geval van de bluswater arresten, 6.8 ipv 6.2 Ww, al dan niet in samenhang met een vergunningsvoorschrift of algemene regel waarvan vastgesteld kan worden dat deze overtreden is.

5. BANGE BESTUURDERS IN HET MILIEURECHT

5.1. Inleiding

In de vorige hoofdstukken bleek dat er verschillende mogelijkheden zijn om een leidinggevende functionaris (waaronder de bestuurder) aan te merken als overtreder van een milieunorm. De aansprakelijkheid van bestuurders wordt in het privaatrecht geregeld in een apart leerstuk. Het ‘kernpunt’ van het privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheidsrecht ‘is het tegengaan van onwenselijk bestuurlijk gedrag door het creëren van persoonlijke aansprakelijkheidsrisico’s, maar dan zonder bonafide bestuurders onnodig bang te maken’.²⁶⁶ Om te voorkomen dat bestuurders onwenselijk defensief gedrag vertonen, krijgen bestuurders in het privaatrecht aanvullende bescherming tegen persoonlijke aansprakelijkheid.

In het privaatrecht vindt de persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder jegens een externe partij haar grondslag in het algemene artikel voor de onrechtmatige daad, artikel 6:162 BW. Maar voor bestuurders geldt een verhoogde drempel voor de toerekening van de gedraging aan de bestuurder: er moet namelijk sprake zijn van een ‘persoonlijk ernstig verwijt’.²⁶⁷ Eerst gold de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel alleen voor aansprakelijkheid jegens aandeelhouders en de boedel (2:9 BW en 2:138/248 BW),²⁶⁸ maar onder de vlag van ‘normatieve convergentie’ geldt de aansprakelijkheidsnorm nu ook voor aansprakelijkheid op grond van de onrechtmatige daad.²⁶⁹ Er zijn auteurs die vraagtekens hebben bij de toepasselijkheid van deze drempel in het algemene aansprakelijkheidsrecht.²⁷⁰ Andersom zijn er ook auteurs die zelfs pleiten voor een verhoging van de ernstig verwijt drempel.²⁷¹

Als je de privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke toets voor ‘bestuurdersaansprakelijkheid’ naast elkaar zet, valt op dat bestuurders veel eerder ‘de klos’ zijn in het bestuursrecht. Er zijn auteurs die zich af vragen wat de rechtvaardiging is voor de afwijkende benadering in het bestuursrecht,²⁷² of pleiten er zelfs voor dat met de bestuursrechtelijke criteria voor aansprakelijkheid aangesloten wordt bij het leerstuk van privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheidsrecht.²⁷³ Je zou kunnen zeggen dat de ‘bange bestuurders’-sentimenten overwaaien naar het bestuursrecht. Daarmee rijst de vraag bestuurders en andere leidinggevende functionarissen ook in het bestuursrecht aanvullende bescherming verdienen tegen bestuurlijke sancties voor het schenden van milieunormen? In deze paragraaf bespreek ik verschillende argumenten en mogelijke weerleggingen. Ten slotte wordt de balans opgemaakt.

Om de droge nasmaak van het begrippenkader weg te spoelen, heeft deze paragraaf een wat prikkelender karakter dan de rest van het preadvies. De bespreking van dit de bange bestuurders-discussie in dit preadvies is

²⁶⁶ Van Solinge e.a. 2017, p. 5, 20.

²⁶⁷ HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, NJ 2015/21, m.nt. Van Schilfgaarde (*Tulip Air Lease*); HR 8 december 2006, NJ 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*); 18 februari 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA4873, NJ 2000/295 m.nt. Maeijer (*NHB/Oosterhof*).

²⁶⁸ De ernstig verwijt-drempel van art. 2:9 BW lijkt veel op het kennelijk onbehoorlijke taakvervullingscriterium van art. 2:138/248 BW, al zit er een verschil in ten aanzien van wie het verwijt wordt gemaakt (respectievelijk de vennootschap en de schuldeisers). Zie hieromtrent ook de conclusie van AG Timmerman in de *Geocopterzaak*, ECLI:NL:PHR:2018:1139.

²⁶⁹ De Hoge Raad in de 5 september arresten: “Een hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.” HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, NJ 2015/21, m.nt. Van Schilfgaarde (*Tulip Air Lease*) en HR 5 september 2014 ECLI:NL:HR:2014:2627, m.nt. Van Schilfgaarde (*RCI Financial Services*). Zie voor een overzicht L. Timmerman, ‘Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid’, WPNR 2016/7105; en A.J.P. Schild ‘Ontwikkelingen bestuurdersaansprakelijkheid: een overzicht’, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2015/7087.

²⁷⁰ Zie bijvoorbeeld F.M.J. Verstijlen, Bestuurdersaansprakelijkheid in het gemene recht: de spagaat tussen Boek 2 en Boek 6 in Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015, p. 328; Westenbroek 2017; zie ook de opmerkingen van Lennarts in de annotatie bij HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, *Ondernemingsrecht* 2018/81, par. 3.8.

²⁷¹ D.A.M.H.W. Strik, ‘Ernstige verwijtbaarheid: tussen onrechtmatigheid en toerekenbaarheid’, *Ondernemingsrecht* 2009/156; J. Van Bakkum, ‘In hoeverre beschermt de rechtspersoon tegen privaataansprakelijkheid en zou dit beter moeten?’, in: G. Van Solinge e.a. (red.) *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen: Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 93-108; L. Bergkamp, ‘Doorbraak van aansprakelijkheid indien aanwezig’, *M en R* 2003/9, p. 248.

²⁷² Zie bijvoorbeeld Mellenbergh 2011.

²⁷³ Van Bakkum 2013.

verkenkend van aard, en bedoeld om een aantal stellingen voor te leggen aan een breder publiek en nieuwe gezichtspunten op te doen. In mijn proefschrift zal ik dit onderwerp in meer detail en nuance behandelen. In dit preadvies concludeer ik dat de civielrechtelijke ‘persoonlijk ernstig verwijt’-drempel niet thuis hoort in het bestuursrechtelijke handhavingsrecht.

5.2. Argumenten voor de aanvullende bescherming van bestuurders

5.2.1. Bange bestuurders

Het bekendste argument in het ondernemingsrechtelijke discours voor de bescherming van bestuurders tegen aansprakelijkheid, is het voorkomen van ‘bange bestuurders’.²⁷⁴ Dit argument bespreek ik daarom het eerst, en is ook de vlaggendrager van heel paragraaf 5. Het argument komt erop neer, dat (te) veel aansprakelijkheid ertoe leidt dat bonafide bestuurders zich onwenselijk risicomijdend zullen gedragen. “Bestuurders kunnen terugdeinzen voor risicovolle, maar potentieel zeer winstgevende beslissingen en kiezen voor de veiliger, maar minder winstgevende weg.”²⁷⁵ Bovendien zouden door een streng aansprakelijkheidsregime de beste kandidaten minder snel een positie als bestuurder willen bekleden, waarbij rijke kandidaten extra reden hebben om te weigeren. Ook zou de aansprakelijkheid leiden tot belemmerend indekgedrag, en ontstaat er een cultuur waarin commissarissen en bestuurders elkaar eerder voor de bus gooien met het oog op de eigen aansprakelijkheid.²⁷⁶ Al met al zou (te) vergaande aansprakelijkheid onwenselijke bijwerkingen hebben op het functioneren van bestuurders, (en daarom ook op) ondernemingen en op de concurrentiekracht van het Nederlandse bedrijfsleven.

Of bestuurders inderdaad bang worden van aansprakelijkheid is een kwestie van empirische aard: het gaat uit van bepaalde sociaalpsychologisch waarneembare effecten van een juridische fenomeen. In de oratie van Kroeze, waarin dit argument podium heeft gekregen, verwijst hij ter onderbouwing van de gevreesde bijwerkingen van aansprakelijkheid naar Amerikaanse studies inzake *defensive medicine*: artsen die voorzichtiger te werk gaan doordat er grote aansprakelijkheidsrisico’s bestaan.²⁷⁷ Het is echter zeer de vraag of deze analogie opgaat: Nederland is Amerika niet, en bestuurders zijn geen artsen. Verder verwijst Kroeze ter onderbouwing van de bijwerkingen van het ondernemingsrecht naar een uitspraak van de Amerikaanse econoom en voormalig topman van het Amerikaanse bankstelsel Alan Greenspan.²⁷⁸ In het citaat impliceert Greenspan dat de toenemende focus van aandeelhouders en regelgevers op *corporate behavior* kan leiden tot indekgedrag bij bestuurders. Het citaat is echter bijzonder ongelukkig gekozen, want het dereguleringsbeleid van Greenspan wordt aangewezen als een belangrijke oorzaak van de bankencrises van 2007 tot 2009, en Greenspan heeft in 2008 ook afstand genomen van een aantal van zijn eerdere opvattingen.²⁷⁹

Er kunnen dus vraagtekens gezet worden bij de *onderbouwing* voor de angst voor bange bestuurders, en de daarbij horende terughoudendheid in aansprakelijkheid. Het argument met betrekking tot de effecten van het aansprakelijkheidsrecht, vraagt eigenlijk een op Nederlandse bestuurders toegesneden empirische studie naar de effecten van aansprakelijkheidsrecht.²⁸⁰ En die is er: naar aanleiding van de oratie van Kroeze heeft Ngoc

²⁷⁴ Dit argument is gemunt door Kroeze in Kroeze 2006, en wordt ook aangehaald in onder meer Roth 2013, par. 6; Van Bekkum 2013, par. 4.4.

²⁷⁵ Kroeze 2006, par. 5.

²⁷⁶ Kroeze 2006, par. 5.

²⁷⁷ Kroeze 2006, par. 4.

²⁷⁸ Kroeze 2006, par. 5. “*Corporate executives and boards of directors are seemingly unclear, in the wake of the recent intense focus on corporate behavior, about how an increase in risk-taking on their part would be viewed by shareholders and regulators. As a result, business leaders have been quite circumspect about embarking on major new investment projects.*” Testimony of Chairman Alan Greenspan, Federal Reserve Board’s semiannual monetary policy report to the Congress, Before the Committee on Financial Services, U.S. House of Representatives, July 15, 2003 te raadplegen op www.federalreserve.gov/boarddocs/hh/2003/july/testimony.htm.

²⁷⁹ New York Times, 23 oktober 2008, ‘Greenspan Concedes Error on Regulation’, te raadplegen op <https://www.nytimes.com/2008/10/24/business/economy/24panel.html>; Washington Post, 15 oktober 2008, ‘What went wrong?’, te raadplegen op <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/10/14/AR2008101403343.html?noredirect=on>.

²⁸⁰ Kroeze verwijst in par. 6 van zijn oratie naar een aantal empirische onderzoeken en berichten in de media die in zijns inziens wijzen op enige risicomijding ten gevolge van het door bestuurders gepercipieerde aansprakelijkheidsrisico. Bij par. 6 van Kroeze zou ik een aantal kanttekeningen willen plaatsen. Ten eerste zien de door hem aangehaalde voorbeelden vooral op de perceptie van aansprakelijkheidsrisico van bestuurders, en niet op het causale verband tussen het daadwerkelijke aansprakelijkheidsrisico en het gedrag van bestuurders. Ten tweede gaat Kroeze (ook naar eigen zeggen) op zoek naar aanwijzingen dat Nederlandse bestuurders hun

Thy Pham voor haar promotieonderzoek onderzocht welke effecten (de perceptie van) aansprakelijkheid heeft op het gedrag van bestuurders.²⁸¹ Pham komt tot de conclusie dat bange bonafide bestuurders geen aansprakelijkheid hoeven te vrezen.

Uit de rechtspraakanalyse van Pham volgt dat in het overgrote deel waarin bestuurders aansprakelijk gesteld werden er sprake is van evident ernstig verwijtbare gedragingen ('subjective bad faith'), daaronder begrepen frauduleuze handelingen. Pham concludeert dat de risiconemende of ondeskundige bestuurder, bij afwezigheid van andere belastende omstandigheden, niet aansprakelijk gehouden worden door de rechter. Zelfs wanneer de bestuurder achter bezien een (excessief) hoog risico neemt, 'is het zeer onwaarschijnlijk dat hem voor zulk een risicovolle beslissing een ernstig verwijt gemaakt kan worden'.²⁸² Er zijn overigens aanwijzingen dat ook in het bestuursrecht de soep niet zo heet gegeten wordt als hij wordt opgediend.²⁸³

De voorgenoemde cijfers beschrijven hoe rechters geoordeeld hebben in de bestudeerde rechtszaken, maar zeggen niets over het objectieve aansprakelijkheidsrisico van bonafide bestuurders, en over de subjectieve perceptie van bestuurders van het aansprakelijkheidsrisico. Over het objectieve aansprakelijkheidsrisico merkt Pham op dat er geen cijfers bekend zijn. Over de subjectieve perceptie van bestuurders van de aansprakelijkheid merkt Pham op dat deze kan afwijken van de (objectief) waarneembare risico's. Makkelijker gezegd, bestuurders kunnen bang zijn voor aansprakelijkheid, ongeacht of de aansprakelijkheid reëel is of niet. Op basis van Phams casestudie onder Nederlandse top-level bestuurders blijkt dat bonafide bestuurders inderdaad persoonlijke aansprakelijkheid als bijzonder bedreigend ervaren. Of dit ook daadwerkelijk hun gedrag beïnvloedt, wordt niet duidelijk in het onderzoek.²⁸⁴

Als ik het goed zie, bestaat er geen overtuigend bewijs dat aansprakelijkheid leidt tot risicomijdend gedrag van bestuurders. Sterker nog, er zijn aanwijzingen dat een causaal verband tussen het (objectieve) aansprakelijkheidsrisico en het gedrag van de bestuurders ontbreekt. Ook zijn er nog andere factoren, zoals reputatieschade, die misschien wel een veel grotere invloed hebben op het gedrag van bestuurders.²⁸⁵ Ik zie dan ook niet in hoe het verhogen van de aansprakelijkheidsdrempel ertoe zal leiden dat bestuurders beter hun taak kunnen vervullen. Ook is naar mijn idee niet aangetoond dat bonafide bestuurders momenteel *onnodig* bang gemaakt worden voor aansprakelijkheid. Al met al is het bange bestuurders-argument op zichzelf onvoldoende overtuigend om aanvullende juridische bescherming van bestuurders te rechtvaardigen. Wil het persoonlijk ernstig verwijt criterium de oversteek maken van het privaatrecht naar het bestuursrecht, dan zal er in ieder geval meer (empirisch) bewijs moeten zijn om het nut van de hogere juridische drempel te onderbouwen.

handelswijze laten beïnvloeden door het aansprakelijkheidsrisico. Tegenbewijs komt niet of slechts beperkt aan bod. Ook is er naar mijn idee te weinig aandacht voor de vraag of het niet juist wenselijk is dat het gedrag van bestuurders hun gedrag in enige mate laten beïnvloeden door aansprakelijkheid: het afschrikken van laakbaar gedrag is immers een centrale doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht.

²⁸¹ N.T. Pham, *Directors' liability: A legal and empirical study* (dis. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2017. Zie ook De Jong 2017.

²⁸² N.T. Pham, 'Bange bestuurders revisited', in Van Solinge e.a. 2017, par. 6; N.T. Pham, 'Empirisch onderzoek naar 'bange bestuurders'', in Assink e.a. 2017, par. 2.1 en 4.

²⁸³ Opmerkelijk genoeg wordt dit ook onderkend door critici van bestuursrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid. Bijvoorbeeld Bröring en De Valk 2011 over bestuurdersaansprakelijkheid: "inderdaad loopt het op dit moment nog niet storm"; Van Bekkum erkent dat vrijwel alle door hem aangehaalde uitspraken niet een onbevredigende uitkomst hebben, omdat in vrijwel alle gevallen de bestuurder een persoonlijk verwijt gemaakt kan worden. Van Bekkum maakt zich wel zorgen om de motivering in de aangehaalde zaken, Van Bekkum 2013, par. 5.1-5.3; Zie ook de reactie van Daalder op Roth, waarin hij stelt dat de boetelingen voor wie Roth het opneemt geen lieverdjes zijn, ze zouden welbewust te grens opzoeken en overschrijden, E.J. Daalder, 'Reactie op de inleiding van mr. G.P. Roth', *Ondernemingsrecht* 2013/86.

²⁸⁴ N.T. Pham 'Bange Bestuurders?' Een casestudie onder Nederlandse top-level bestuurders', in: B.F.J. Assink e.a. (red) *De toekomst van het ondernemingsrecht, het ondernemingsrecht van de toekomst*, Deventer: Kluwer 2015, m.n. p. 422-426; Pham 2017 in Van Solinge e.a. 2017; Pham in Assink e.a. 2017; Pham 2017 (dis.), m.n. par. 2.6.

²⁸⁵ J.W. Winter, 'Beoordeeld door anderen. Het werkelijke risico voor bestuurders en commissarissen', in: G. Van Solinge e.a. (red.) *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen: Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 41-54, par. 2 en 4; Pham 2017 (dis.), par. 2.4.2; C.G. Van Wingerde, *De afschrikking voorbij: Een empirische studie naar afschrikking, generale preventie en regel naleving in de Nederlandse afvalbranche* (dis. Rotterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012), p. 306-309.

5.2.2. Risicoaansprakelijkheid

Een aanleiding voor verschillende auteurs om te pleiten voor aanvullende bescherming voor bestuurders tegen bestuurlijke sancties, is dat bestuurders momenteel te vrezen zouden hebben van bestuursrechtelijke ‘risicoaansprakelijkheid’.²⁸⁶ In het milieurecht, is de vrees voor risicoaansprakelijkheid niet ongegrond. Dat heeft twee oorzaken. Ten eerste wordt drijverschap soms in de literatuur of de milieurechtelijke jurisprudentie gelijkgesteld aan overtrederschap. Daardoor wordt enkel gekeken naar de *hoedanigheid* – degene met zeggenschap over (een deel van) de inrichting en daardoor verantwoordelijk voor de naleving van de norm – en niet naar de *betrokkenheid* bij de verboden gedraging. Dit komt neer op risicoaansprakelijkheid, omdat drijvers dan aangemerkt kunnen worden als overtreder terwijl ze de verboden gedraging niet aanvaarden of in de hand hebben.²⁸⁷ Ten tweede, indien er wél gekeken wordt naar de *overtrederschap in concreto* van de drijver, dan neemt de Afdeling functioneel plegen en feitelijk leidinggeven wel heel makkelijk aan.²⁸⁸

De ruime toerekening is echter een algemeen probleem: ook niet-leidinggevend lopen het risico zonder zeggenschap over of aanvaarding van andermans verboden gedraging aangemerkt te worden als overtreder.²⁸⁹ Dit probleem zou goeddeels verholpen kunnen als de Afdeling de criteria voor functionele plegersbegrip en feitelijk leidinggeven zou overnemen uit het strafrecht. De verruimde IJzerdraad-toets is concreter, inzichtelijker, strenger en meer richtinggevend voor de beoordeling van iemands betrokkenheid bij een overtreding. Voor functioneel plegerschap moet de leidinggevende alle bestanddelen zelfstandig vervullen (al dan niet door toerekening), en moet de leidinggevende beschikkingsmacht hebben over de verboden gedraging en deze ook aanvaarden – waardoor de drempel voor aansprakelijkheid al een stuk hoger komt te liggen dan die uit CZL Tilburg. Van risicoaansprakelijkheid kan dan in ieder geval niet meer gesproken worden. Er is ook geen sprake van risicoaansprakelijkheid bij feitelijk leidinggeven wanneer de criteria juist gehanteerd worden: voor die overtrederschapsvorm is immers ten minste voorwaardelijk opzet nodig op de verboden gedraging, en daarmee is verwijtbaarheid – ook bij overtredingen – toch nog vereist.²⁹⁰

De slotsom is dat door de losse omgang van de Afdeling met *overtrederschap in concreto*, er inderdaad soms sprake is van risicoaansprakelijkheid. Maar in plaats van een bepaalde groepen te beschermen tegen de gevolgen van dit probleem, zou ik ervoor pleiten het probleem bij de wortels aan te pakken. Wanneer de criteria van de verschillende overtrederschapsvormen correct worden toegepast, kan de bestuurder rustig slapen.²⁹¹ Daarvoor is geen uitzonderingspositie of een hogere aansprakelijkheidsdrempel nodig.

5.2.3. Indirect verkeersdeelnemers

In het privaatrecht heerst de gedachte dat bestuurders aan het rechtsverkeer deelnemen via de rechtspersoon. De gedragingen van de bestuurder worden dan toegerekend aan de rechtspersoon, die zelfstandig aansprakelijk is voor die handelingen.²⁹² Andere partijen, zoals crediteuren en aandeelhouders, worden geacht zaken te doen met de rechtspersoon, niet met de natuurlijke personen achter de rechtspersoon. Daarom zou de rechtspersoon ‘primair’ aansprakelijk zijn. Slechts wanneer zich bijzondere omstandigheden voordoen, is het mogelijk om de

²⁸⁶ De Valk en Bröring 2011; Van Bekkum 2013; Roth 2013; C.A. Doets, ‘Boeteoplegging door de AFM en DNB: over redelijkheid en functiescheiding’, *S&O* 2015 nr. 5/6, par. 3.

²⁸⁷ Zie voor voorbeelden en verwijzingen par. 3.5.

²⁸⁸ Zie par. 4.3.3 en 4.3.4.

²⁸⁹ Toegegeven, de leidinggevende functionarissen verschijnen waarschijnlijk wel eerder op het vizier van handhavende organisaties dan niet-leidinggevend.

²⁹⁰ Zie ook R.P.A. Kraaijeveld & M.C. Timmer ‘Het beboeten van feitelijk leidinggevend door financieel-economische toezichthouders in perspectief’, *Ondernemingsrecht* 2014/74; Daalder 2013.

²⁹¹ Het CBb past de criteria al correct toe, en Van Overbeek en Dusée concluderen dan ook dat bonafide bestuurders zich geen zorgen hoeven te maken. M.C.C. van Overbeek & O.E.S. Dusée, ‘Feitelijk leidinggeven en medeplegen, een blik op de praktijk van de economische toezichthouders’, *preadviezen Jonge VAR* 2018.

²⁹² HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, *NJ* 2015/21, m.nt. Van Schilfgaarde (*Tulip Air*). Sommige ondernemingsrechtelijke auteurs trekken de toerekening aan de rechtspersoon wel heel ver door: “De CEO die de CFO een klap geeft na een woordenwisseling over het al dan niet melden van betalingsonmacht, schendt geen ‘losstaande’ norm wat mij betreft: de vennootschap handelt onrechtmatig en – bij voldoende verwijtbaarheid – handelt ook de bestuurder onrechtmatig.” P.D. Olden, ‘Voordracht ondernemingsrecht diner’, *Ondernemingsrecht* 2013/81.

bestuurders, als ‘indirect’ verkeersdeelnemers, aansprakelijk te stellen. Anders wordt ‘de bescherming die rechtspersoonlijkheid biedt aan het privévermogen van leidinggevendenden uitgehold’.²⁹³ Er zijn auteurs die ervoor pleiten dat deze bescherming ook moet bestaan in het bestuursrecht, of dat de rechtspersoon te gelden heeft als ‘primaire overtreder’: pas in geval van bijkomende omstandigheden – zoals ‘bijzondere (ernstige, in het oog springende) verwijtbaarheid’ – zou de bestuurder gesanctioneerd mogen worden.²⁹⁴

Er zijn verschillende redenen waarom het indirect verkeersdeelnemers-argument niet overtuigend is in milieurechtelijke context. Ten eerste is het in het milieurecht onjuist om te denken in termen van primaire en secundaire aansprakelijkheid. Door het brede drijfverbegrip rust de verplichting tot naleving niet alleen op de rechtspersoon, maar heeft de wetgever er expliciet voor gekozen om ook degenen met feitelijke zeggenschap over de exploitatie van de inrichting verantwoordelijk te houden. Zij kunnen daarom zelf (functioneel) pleger zijn. Het is zelfs mogelijk dat de leidinggevende *wel*, maar de rechtspersoon *niet* overtreder is. Het overtrederschap van de feitelijk leidinggever betreft een zelfstandig verwijt; de leidinggever wordt geacht opzettelijk de verboden gedraging te bevorderen, dan wel dat hij of zij – hoewel bevoegd en daartoe redelijkerwijs gehouden – maatregelen ter voorkoming van de gedraging niet neemt, en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedraging zich zal voordoen. Er is dan ook geen rangorde in de vormen van overtrederschap – het bevoegde bestuursorgaan kan de leidinggevende ook aanspreken wanneer de rechtspersoon niet wordt of kan worden gesanctioneerd.²⁹⁵

Ten tweede, met het verruimen van het overtredersbegrip in de Vierde tranche Awb, heeft de wetgever kennelijk willen faciliteren dat bestuurlijke sancties niet alleen aan de rechtspersoon maar ook aan leidinggevendenden geadresseerd konden worden. In het bestuursrecht nemen ook bestuurders en leidinggevendenden deel aan het verkeer, zij zijn zelfstandig adreessaat van normen en sancties. Het argument met inzake indirect verkeersdeelnemers is dus onvoldoende om de bescherming van bestuurders tegen handhaving van milieurecht te rechtvaardigen.

Ten derde gaat het argument dat de gelaedeerde ‘zaken doet met de rechtspersoon’ in beginsel niet op in gevallen van milieuschade. Anders dan bijvoorbeeld aandeelhouders en crediteuren, hebben omwonenden en milieubelangenorganisaties geen directe relatie met de rechtspersoon. Anders gezegd: de risico’s van het in werking hebben van de inrichting zijn door hen niet geaccepteerd, noch hebben zij baat bij de exploitatie van die inrichting. Bij schade aangericht aan het milieu gaat het dus om een wezenlijk andere situatie.

5.2.4. Convergentie van rechtsgebieden

Het privaatrecht en het bestuursrecht staan zeer verschillend tegenover de aansprakelijkheid van bestuurders. In het privaatrecht geldt de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel van een persoonlijk ernstig verwijt, in het bestuursrecht is soms verwijtbaarheid niet eens nodig om de bestuurder als overtreder aan te merken. Sommige auteurs vragen zich af wat de rechtvaardiging is voor de afwijkende toets, of pleiten er zelfs voor dat het bestuursrecht aansluit bij het privaatrechtelijke regime.²⁹⁶

Hier zijn verschillende argumenten tegenin te brengen. Het meest voor de hand liggende punt, is dat het bestuursrecht en privaatrecht nu eenmaal verschillende rechtsgebieden zijn, met een verschillend doel en verschillende functies. De Hoge Raad heeft zich uitgesproken over de afwijkende toets in het bestuursrecht en het privaatrecht, en oordeelde dat er geen reden is om aan te nemen dat de toets voor de aansprakelijkheid in

²⁹³ Van Bakkum 2013; Van Bakkum 2017; en genuanceerd: Mellenbergh 2011.

²⁹⁴ Van Bakkum 2013; Mellenbergh 2011; Bröring en De Valk 2011. Bij de laatste publicatie moet de kanttekening worden gemaakt dat Bröring en De Valk in hun argumentatie ervan uitgaan dat de rechtspersoon normadreessaat is. Op basis van wat auteurs schrijven zou de bestuurder (die aangemerkt kan worden als drijver) in het milieurecht ook kwalificeren als ‘primaire overtreder’.

²⁹⁵ Men kan hier bijvoorbeeld van het sanctioneren van de rechtspersoon afzien, als de rechtspersoon failliet is of het niet (meer) in de macht heeft om de overtreding te beëindigen.

²⁹⁶ Van Bakkum 2013, genuanceerd: Mellenbergh 2011; ook Scheltema noemt de afwijkende toets een reden om het risico op aansprakelijkheid van bestuurders aan nader onderzoek te onderwerpen, Scheltema in Assink e.a. 2017, par. 1.

deze rechtsgebieden hetzelfde zou moeten zijn.²⁹⁷ Als je dan toch gaat convergeren, waarom dan met het privaatrecht en niet met het strafrecht? Het was immers expliciet de bedoeling van de wetgever om wat betreft overtrederschap aan te sluiten bij strafrechtelijke aansprakelijkheidsfiguren. In het strafrecht geldt geen hogere aansprakelijkheidsdrempel voor formele bestuurders dan voor andere leidinggevende functionarissen.

Blijft over het praktische argument: het zou de overzichtelijkheid ten goede komen als er tussen de verschillende rechtsgebieden geen nodeloze verschillen bestaan. Maar als dit ten koste van de functionaliteit en doelmatigheid van de afzonderlijke rechtsgebieden gaat, of in strijd is met de structuur of principes van de rechtsgebieden, mag dit argument op zichzelf niet doorslaggevend zijn.

5.2.5. De stoel van de ondernemer

In het discours rondom bestuurdersaansprakelijkheid is er op gewezen dat een rechter geen ondernemer is, dat de specialistische kennis die vereist is voor het besturen van een vennootschap ontbreekt, en dat de rechter daarom niet toegerust is om bestuurlijke beslissingen op waarde te schatten. Bovendien wordt ervoor gevreesd dat de rechter het oordeel zal vellen met de kennis van achteraf. Al met al zou het daarom beter zijn als de rechter niet op de stoel van de ondernemer zou plaatsnemen.²⁹⁸

De stoel van de wetgever wordt staatsrechtelijk beschermd, maar er bestaat geen juridische grondslag voor de principiële bescherming van de ondernemerszetel. Welke argumenten blijven er dan over? Allereerst het punt met betrekking tot de *hindsight bias*. Het is een legitiem punt dat een rechter moet voorkomen dat het oordeel over het handelen van de bestuurder hoofdzakelijk gebaseerd is op kennis van achteraf; dat beleid verkeerd uitgepakt heeft betekent niet (maar kan wel een aanwijzing zijn) dat het beleid destijds onverantwoord was. De rechters dienen zich dus bewust te zijn van hun *hindsight bias*. Dit betekent echter niet dat de (bestuurs)rechter überhaupt geen oordeel kan vellen over het handelen van bestuurders. Het *ex post* beoordelen van de betamelijkheid van gedrag is juist een van de voornaamste functies van het aansprakelijkheidsrecht.²⁹⁹ Bovendien is de bestuursrechter deze manier van beoordelen gewend; aangevochten besluiten worden immers *ex tunc* getoetst. Resteert het expertise-argument. Dit argument komt vooral gewicht toe wanneer er sprake is van een inspanningsverplichting, en dan zeker wanneer het een open norm betreft. De rechter dient zich dan goed te verdiepen in de omstandigheden van het geval en zich te laten informeren over gangbaar beleid in dergelijke situaties. Waar nodig moet de rechter hulp van een expert inroepen.³⁰⁰

Bovendien dient de rechter (in het milieurecht) niet te beoordelen of de bestuurder zijn taak als bestuurder behoorlijk vervuld heeft, zoals de civiele rechter moet doen, maar of er sprake is van een overtreding. Het activiteitenbesluit milieubeheer en milieuvergunningen bevatten veel resultaatsverplichtingen, zoals emissiewaarden of ‘best beschikbare technieken’. Voor de beoordeling van dergelijke normen heeft de rechter geen bijzondere expertise nodig van de rechter om vast te stellen dat er een overtreding plaatsgevonden heeft: er bestaat simpelweg de wettelijke plicht onder een bepaalde waarde te blijven. Kort gezegd bepaalt de aard en inhoud van de norm of er beleidsvrijheid is. Wanneer er geen beleidsvrijheid bestaat hoeft de rechter zich niet te verplaatsen naar de stoel van de ondernemer.

5.3. Argumenten tegen de aanvullende bescherming van bestuurders

5.3.1. Vreemde doorkruising van het systeem

²⁹⁷ “De klacht dat het hof heeft miskend dat wat betreft de persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder de Hoge Raad hoge eisen stelt, ziet eraan voorbij dat het in dit verband gaat om een vraag van bestuursrechtelijke aard.” HR 19 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9557, AB 2002/382, m.nt. Van Buuren (*Oldenburger*), r.o. 3.7; zie ook De Valk 2009, p. 508-509; Mellenbergh 2011, par. 2.1, “De bestuursrechtelijke jurisprudentie met betrekking tot verantwoordelijkstelling van bestuurders wordt niet doorkruist door jurisprudentie van de civiele rechter. Dit volgt uit het Nederlandse rechtssysteem waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen bevoegdheden van enerzijds de bestuursrechter en anderzijds de civiele rechter.”

²⁹⁸ Zie bijvoorbeeld Assink 2007, Hoofdstuk I par. 3c; Timmerman 2016.

²⁹⁹ Maar niet de enige functie. Soms grijpt de rechter in als de nadelen nog niet gematerialiseerd zijn. In het privaatrecht loopt dit via de gebodsactie van 3:296 BW. In het bestuursrecht via preventieve bestuursdwang.

³⁰⁰ Dit gebeurt dan ook met grote regelmaat bij technische omgevingsrechtelijke vraagstukken.

Het eerste argument tegen de verdergaande bescherming van bestuurders in het bestuursrecht dan thans het geval is, heeft te maken met wetssystematiek en bewijslast, en luidt dat een uitzondering op de standaardsituatie vraagt om rechtvaardiging. Het overtredersbegrip in het bestuursrechtelijke handhavingsrecht wordt, net als in het strafrecht, feitelijk ingevuld. Dat betekent dat iemand niet aangesproken wordt in zijn formele hoedanigheid als bestuurder van de rechtspersoon, zoals in het ondernemingsrecht het geval kan zijn,³⁰¹ maar vanwege de feitelijke betrokkenheid bij een overtreding. In het bestuursrecht en strafrecht kan een werknemer,³⁰² contractant, of zelfs echtgenote van een bestuurder,³⁰³ net zo goed (feitelijk) leidinggever zijn als de formele bestuurders. Het zou daarom in het bestuursrecht, anders dan in het privaatrecht, een vreemde doorkruising van het systeem opleveren als opeens bepaalde personen, vanwege de formele hoedanigheid, aanvullende bescherming zouden krijgen. De ‘normale’ feitelijke invulling van het overtredersbegrip moet het uitgangspunt vormen voor de aansprakelijkheid van bestuurders. Voor uitzonderingen op dit uitgangspunt, moet een overtuigende rechtvaardiging bestaan.

5.3.2. Wenselijk defensief gedrag

Kroeze wil voorkomen dat bestuurders onwenselijk defensief gedrag vertonen. In paragraaf 5.2 heb ik opgemerkt dat het twijfelachtig is of aansprakelijkheidsrecht inderdaad leidt tot de gevreesde effecten. Maar zelfs *als* aangenomen wordt dat recht invloed heeft op het gedrag van bestuurders, hetgeen inderdaad een belangrijke aanname is in het aansprakelijkheidsrecht is, dan mag men niet vergeten dat defensief gedrag niet altijd onwenselijk is.³⁰⁴

Bij typische *business judgments*, zoals het aannemen van opdrachten, het afsluiten van leningen en het doen van investeringen, is het wellicht wenselijk dat bestuurders enige beleidsruimte hebben en ongehinderd door aansprakelijkheid kunnen handelen. Maar juist bij normen die zien op een goede omgang met het milieu, is het helemaal geen gek idee dat bestuurders een beetje voorzichtig moeten zijn. Het vinden van een verantwoorde omgang met het milieu is immers één van de centrale uitdagingen van deze tijd. Zeker gelet op de enorme, soms onomkeerbare, schade die ondernemingen kunnen aanrichten aan het milieu,³⁰⁵ en het algemene belang dat gebaat is bij het voorkomen van dergelijke schade, kan het wenselijk zijn dat de leidinggevende functionarissen met zeggenschap over het milieubeleid (een beetje) risicomijdend zijn. Dat bestuurders “*kiezen voor de veiliger, maar minder winstgevende weg*”³⁰⁶ is misschien vervelend voor de aandeelhouders, maar vermoedelijk wel beter voor de maatschappij. Wat het risicomijdende gedrag zou kosten aan economische groei, weegt niet op tegen de enorme kosten die gemoeid zijn met het saneren van milieuschade.

5.3.3. Handhaving moet effectief zijn

In het verlengde van het vorige punt, kan tegen aanvullende bescherming van bestuurders in het milieurecht in stelling worden gebracht dat de handhaving van het milieurecht effectief moet zijn. De naleving van de milieunormen is een randvoorwaarde voor een adequate omgang met het milieu. Als de normen niet nageleefd worden, moet er een stok zijn om *mee* te slaan, en een verantwoordelijke *om* te slaan. In het milieurecht zijn, ingevolge het brede drijversbegrip, naast de rechtspersoon ook natuurlijke personen met zeggenschap over de bedrijfsvoering verantwoordelijk voor de naleving van die normen. Daarom moeten zij erop aangesproken kunnen worden, en bovendien de verantwoordelijkheid voelen door de mogelijkheid van handhaving. De leidinggevendenden zijn bij uitstek ook goede geadresseerden van de sanctie, omdat een rechtspersoon niet zijn

³⁰¹ In geval van ernstig verwijtbare onbehoorlijke taakvervulling (art. 2:9 BW) en kennelijk onbehoorlijke taakvervulling die een belangrijke oorzaak is van het faillissement (2:138/248) geldt een hoofdelijke aansprakelijkheid waarbij alle bestuurders worden geacht tekort te schieten, behoudens disculpatie. Art. 2:9 en 2:138/248 BW.

³⁰² Zie mijn opmerkingen met betrekking tot appellant 1 C in par. 4.3.4.

³⁰³ Zie mijn opmerkingen met betrekking tot appellant 1 B in par. 4.3.4.

³⁰⁴ Zie hieromtrent ook wat Scheltema schrijft over de ‘functies van bestuursrechtelijke aansprakelijkheid’. Scheltema in Assink e.a. 2017, par. 3.

³⁰⁵ Er zijn veel voorbeelden denkbaar van onomkeerbare of oncompenseerbare milieugevolgen, hierbij kan gedacht worden aan klimaatverandering, olierampen zoals in Nigeria en de golf van Mexico, of de gevolgen van de Nucleaire ramp in Tsjernobyl.

³⁰⁶ Kroeze 2006, par. 5.

eigen milieubeleid kan schrijven: het zijn de natuurlijke personen die de overtreding kunnen voorkomen en eventueel beëindigen.

5.3.4. Kosten voor de samenleving

De saneringskosten van milieuschade kunnen soms hoog oplopen, vaak zelfs hoger dan het vennootschappelijke vermogen, met faillissement van de rechtspersoon die de inrichting exploiteert tot gevolg. In zulke gevallen moet de (lokale) overheid de sanering van de milieuvervuiling bekostigen en betaalt de samenleving uiteindelijk de prijs. De mogelijkheid van het persoonlijk aansprakelijk stellen van bestuurders door middel van een herstelsanctie of bestuurlijke boete, geeft extra mogelijkheid voor verhaal van kosten en voor een billijke spreiding van lasten, ook personen die zelf baat of invloed gehad hebben bij het handelen of nalaten dat geleid heeft tot de milieuschade. Dit sluit tevens aan bij het principe dat de vervuiler betaalt.³⁰⁷

Hierbij moet de kanttekening geplaatst worden dat volledige kostenverhaal op de persoonlijke middelen van leidinggevende functionarissen vaak niet mogelijk noch redelijk is. De bestuurlijke sanctie moet in verhouding staan met de normschending van de betrokken persoon en diens aandeel in de gevolgen, en waar nodig moet er ruimte voor matiging zijn. Dit betekent echter niet dat op voorhand drempels opgeworpen moeten worden voor de aansprakelijkheid van desbetreffende personen.

5.4. Balans

In deze paragraaf heb ik verschillende argumenten voor en tegen de aanvullende bescherming van bestuurders tegen bestuursrechtelijke sanctionering onder de loep genomen. De uitkomst is dat de bestuursrechtelijke aansprakelijkheidsdrempel voor bestuurders niet verhoogd hoeft te worden.

Allereerst is er onvoldoende empirisch bewijs om aan te nemen dat (milieu-)aansprakelijkheid leidt tot onwenselijk defensief gedrag van bestuurders. Sterker nog, er zijn aanwijzingen dat een causaal verband tussen het daadwerkelijke aansprakelijkheidsrisico en het gedrag van bestuurders ontbreekt. Voor zover aansprakelijkheid wél invloed heeft op het gedrag van bestuurders, dan is (enig) risicomijdend gedrag in bestuursrechtelijke context (en zeker in de bestuursrechtelijke context) niet per se onwenselijk. Verder zijn er op het eerste gezicht geen (juridische) argumenten voor convergentie van de privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheidsregimes. De verschillen die er bestaan tussen de regimes zijn verklaarbaar door de verschillende aard en functie van de rechtsgebieden. Bovendien zou een verhoogde aansprakelijkheidsdrempel voor bestuurders de publiekrechtelijke systematiek doorkruisen en de handhaving van milieurecht bemoeilijken. Verder kan er op gewezen worden dat de wetgever er bewust voor heeft gekozen om overtredersvormen in het leven te roepen om leidinggevende functionarissen aan te spreken, en deze groep bovendien bewust adressaat heeft gemaakt van milieunormen. Aanvullende bescherming tegen aansprakelijkheid voor bestuurders in het milieurecht ligt daarom niet voor de hand.

Het sterkste en meest genoemde argument vóór aanvullende bescherming van bestuurders, is het voorkomen van risicoaansprakelijkheid. Doordat de Afdeling de criteria zo ruim uitlegt, verkeerd toepast of zelfs achterwege laat,³⁰⁸ is het niet onterecht dat bestuurders ‘bang’ zouden worden voor bestuursrechtelijke milieuaansprakelijkheid.³⁰⁹ De ruime invulling die de Afdeling geeft aan het overtredersbegrip, is echter een algemeen probleem: met de brede adressering van milieunormen en de gebrekkige toetsing van overtrederschap in concreto, hebben niet alleen leidinggevende functionarissen reden voor angst, maar ook rechtspersonen, aandeelhouders, contractanten en andere betrokkenen bij een inrichting. Niet voor niets hebben paragraaf 3 en 4 geleid tot aanbevelingen met betrekking tot het afbakenen, concretiseren en aanscherpen van het overtredersbegrip. Dit rechtvaardigt echter geen uitzonderingspositie voor bestuurders: het probleem moet bij de wortels worden aangepakt. Wanneer de Afdeling voor het overtrederschap beter zou kijken naar de

³⁰⁷ Aldus ook Mellebergh 2011, par. 4.

³⁰⁸ Zie par. 4.3.

³⁰⁹ Als aansprakelijkheidsrecht dit effect al heeft. Zie par. 5.2.1.

strafrechtelijke leerstukken – zoals door de wetgever bedoeld is – dan zou dit algemene probleem goeddeels verholpen zijn.

Al met al zijn er meer argumenten *tegen* aanvullende bescherming van bestuurders tegen bestuursrechtelijke sanctionering dan *vóór* deze bescherming. Daarom sluit ik dit preadvies af met de stelling dat **de civielrechtelijke ‘persoonlijk ernstig verwijt’-drempel niet thuishoort in het bestuursrecht.**³¹⁰

³¹⁰ Deze stelling is opgenomen bij de aanbevelingen, zie par. 6.

6. AANBEVELINGEN

- I. Verheldering van de centrale begrippen in het bestuursrechtelijke handhavingsrecht is belangrijk maar niet voldoende; ook de knelpunten in de systematiek moeten worden verholpen; (par. 2.3)
 - Een *ruim* bestuursrechtelijk overtredersbegrip verdient de voorkeur boven een *enge* invulling van het overtredersbegrip; dat betekent dat de overtreder niet langer slechts degene is die de overtreding *pleegt*, maar dat ook degene die heeft *deelgenomen* aan de overtreding een overtreder is. (par. 2.4.1 & par. 4.2);
 - Stuur de ‘dader’ terug naar het strafrecht, en gebruik voor bestuursrechtelijke aansprakelijkheidsfiguren de termen ‘overtreder’ en ‘overtrederschap’ (par. 2.4.2);
 - Het is nodeloos verwarrend en dogmatisch incorrect om een functionele pleger een functionele dader te noemen (par. 2.3 en 2.4.2).
- II. In het milieurecht geldt en blijft gelden: van zeggenschap (over de inrichting of milieubelastende activiteit) komt verantwoordelijkheid (par. 3.5);
- III. Het drijversbegrip is te belangrijk om zo vaag te blijven; de ondergrens en zijgrenzen van het drijversbegrip moeten geconcretiseerd worden (par. 3.5);
- IV. Het toetsen van het *overtrederschap in concreto* is een belangrijke katalysator om willekeur, rechtsonzekerheid en risicoaansprakelijkheid te voorkomen (par. 3.5 en 4.4);
 - Drijverschap en overtrederschap mogen niet vereenzelvigd worden (par. 2.3, 3.5 en 4.4);
 - Voor *overtrederschap in concreto* is betere aansluiting bij het strafrecht nodig, omdat de (invulling van de) criteria voor functioneel plegen en feitelijk leidinggeven die de Afdeling hanteert te weinig richtinggevend zijn (par. 4.4);
 - De Afdeling moet de vage CZL Tilburg-toets inruilen voor de verruimde IJzerdraad-criteria (par. 4.3.3);
- V. De civielrechtelijke ‘persoonlijk ernstig verwijt’-drempel hoort niet thuis in het bestuursrecht (par. 5.4).