

Artikel

Enkele opmerkingen over beschikkingsmacht als criterium voor functioneel daderschap

Prof. mr. H.D. Wolswijk*

1. Inleiding

174

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft op 31 mei 2023 twee belangrijke uitspraken gewezen over het functioneel daderschap.¹ In die twee uitspraken sluit de Afdeling voor de vaststelling van dit daderschap aan bij het strafrecht. Ten aanzien van het functioneel daderschap van natuurlijke personen overweegt de Afdeling:

‘Voor zover het gaat om natuurlijke personen houdt de vaste rechtspraak van de strafkamer van de Hoge Raad in dat: “een (verboden) gedraging [kan] in redelijkheid aan de verdachte als (functioneel) dader worden toegerekend indien deze erover vermocht te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en indien zodanig of vergelijkbaar gedrag blijktens de feitelijke gang van zaken door de verdachte werd aanvaard of placht te worden aanvaard. Onder bedoeld aanvaarden is mede begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de verdachte kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging” (zie de arresten van de Hoge Raad van 23 februari 1954, ECLI:NL:HR:1954:3 (hierna: IJzerdraad-arrest) en van 8 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3487).’²

* Prof. mr. H.D. Wolswijk is hoogleraar straf(proces)recht Rijksuniversiteit Groningen.

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

2 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, r.o. 7.3; ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071, r.o. 9.1.

De in deze overweging geformuleerde criteria worden de ‘IJzerdraad-criteria’ genoemd: het vermogen te beschikken over het al dan niet plaatsvinden van een fysiek door een ander verrichte gedraging (beschikkingsmacht criterium) en het aanvaarden van die gedraging (aanvaardingscriterium).³

Anders dan het aanvaardingscriterium, wordt het beschikkingsmacht criterium in de zojuist geciteerde, aan de rechtspraak van de Hoge Raad ontleende overweging niet nader omschreven. Juist over de betekenis of invulling van het beschikkingsmacht criterium verschillen de Afdeling en de A-G Wattel, die concludeerde bij beide arresten, van mening. Volgens Wattel houdt het vereiste van beschikkingsmacht in dat de functionele dader niet alleen de door de ander verrichte gedraging kan voorkomen, maar ook dat hij die gedraging kan bewerkstelligen.⁴ Volgens de Afdeling daarentegen betekent beschikkingsmacht niet dat de functionele dader die gedraging ook moet kunnen bewerkstelligen.⁵

In de commentaren bij de arresten van 31 mei 2023 krijgt de Afdeling unaniem bijval. In een recente doorwrochte bijdrage in dit tijdschrift schaart ook Hornman zich achter haar standpunt.⁶ In het onderstaande wordt

3 Voor het daderschap van een rechtspersoon betekent aansluiting bij het strafrecht dat het kader zoals uiteengezet in het Drijfmet-arrest leidend is (HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, NJ 2006/328, m.nt. Mevis). Binnen dat kader spelen de IJzerdraad-criteria eveneens een rol, zij het naast andere criteria of omstandigheden.

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

5 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, r.o. 7.5. Vreemd genoeg ontbreekt deze opmerking in de andere uitspraak van 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071.

6 M.J. Hornman, ‘Kunnen voorkomen of actief kunnen bewerkstelligen? De reikwijdte van het beschikkingscriterium in het straf- en bestuursrecht nader bezien’, *TBS&H* 2024, p. 1-12, i.h.b. p. 7-8.

de discussie hierover voortgezet. Centraal staat dus de vraag naar de betekenis van het beschikkingsmacht criterium. Daarbij gaat de aandacht vooral uit naar het functioneel daderschap van natuurlijke personen, meer in het bijzonder van de werkgever (zoals de eigenaar van een eenmanszaak), in geval van gedragingen die fysiek zijn verricht door werknemers en die niet in verband staan met de reguliere bedrijfsactiviteiten. Het bekende voorbeeld is de werknemer die ‘onder de toonbank’ drugs verkoopt. Bij dit soort gedragingen leiden de verschillende invullingen van het beschikkingsmacht criterium tot verschillende oordelen over het functioneel daderschap. De conclusie zal zijn dat vraagtekens kunnen worden geplaatst bij het standpunt van de Afdeling dat beschikkingsmacht enkel het kunnen voorkomen van de verboden gedraging inhoudt.

2. Functioneel daderschap en plegen; IJzerdraad-criteria en delictsinterpretatie

Het functioneel daderschap is geen aparte wettelijke aansprakelijkheidsvorm. Met functioneel daderschap wordt doorgaans (en ook in deze bijdrage) ‘plegerschap’ bedoeld: de functionele dader *pleegt* het delict.⁷ De pleger van een delict is – in elk geval strafrechtelijk gezien – degene die alle delictsbestanddelen vervult, waaronder de delictsgedraging. Dat is voor een functionele dader – hier: (functionele) pleger – dus niet anders. Nu duidt de Afdeling als functionele dader aan ‘*degene die de overtreding niet zelf feitelijk heeft begaan, maar aan wie de gedraging is toe te rekenen*’.⁸ Ook de Hoge Raad spreekt (soms) in termen van toerekening. In HR 8 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3487 overweegt hij dat ‘*[i]n een geval als het onderhavige een gedraging in redelijkheid aan de verdachte als (functioneel) dader kan worden toegerekend*’ indien aan de IJzerdraad-criteria is voldaan. Het gebruik van de term ‘toerekenen’ is niet bezwaarlijk, als daar maar niet onder wordt verstaan: alléén de fysieke pleger verricht de *delicts*gedraging; de functionele dader doet dat niet; hem wordt die gedraging toegerekend. Toerekenen kan deze betekenis niet hebben omdat, als gezegd, de functionele dader het delict pleegt en dus – per definitie – zelf (ook) de delictsgedraging verricht. Ware het anders, dan zou de aansprakelijkheid van de functionele dader een wettelijke basis ontberen.⁹

Functioneel daderschap is mogelijk als de wettelijke delictsgedraging niet alleen ‘fysiek’ maar ook ‘functioneel’ geïnterpreteerd kan worden. De delictsgedraging ‘verkoop van verboden waar’ kan niet alleen worden uitgelegd als fysiek, eigenhandig de verboden waar aan de klant geven; die gedraging kan ruimer, functioneel geïnterpreteerd worden, waardoor ook het op een bepaalde wijze betrokken zijn van, bijvoorbeeld, de werkgever bij die fysieke verkoop aan de delictsgedraging beantwoordt. Die betrokkenheid geldt dan als de delictsgedraging, zodat degene die deze betrokkenheid ‘vertoont’ pleger van het delict is. De vraag waar het bij functioneel daderschap dus om draait, is welke betrokkenheid bij de door de ander verrichte gedraging de delictsgedraging oplevert. Opmerking verdient dat als een bepaalde betrokkenheid niet als de delictsgedraging geldt, het kan zijn dat zij wel bijvoorbeeld uitlokking van het delict of medeplichtigheid daaraan oplevert. Mogelijk is ook dat de betrokkenheid in het geheel niet strafbaar is.

Over deze korte karakterisering van functioneel daderschap bestaat vermoedelijk wel eensgezindheid. Dat geldt echter niet voor het antwoord op de vraag hoe de IJzerdraad-criteria, als criteria voor functioneel daderschap, hierin passen. Zo stelt De Hullu dat door ‘*het accent te leggen op interpretatie van een specifieke delictsgedraging (...) de toerekening op grond van criteria voor functioneel daderschap in wezen achterwege of impliciet [zou] kunnen blijven*’.¹⁰ En ook: bij de toepassing van de IJzerdraad-criteria ligt ‘*de nadruk niet op dergelijke interpretatie*’.¹¹ De Hullu maakt aldus onderscheid tussen het vaststellen van daderschap (plegerschap) via bepaalde criteria, in het bijzonder de IJzerdraad-criteria, en anderzijds het vaststellen van daderschap via een bepaalde interpretatie van de delictsgedraging.

Dit afzetten van de toepassing van de IJzerdraad-criteria tegen de interpretatie van de delictsgedraging is naar mijn mening onjuist. Vaststelling van daderschap (plegerschap) berust altijd – want ook weer (en om dezelfde reden): per definitie – op interpretatie van de delictsgedraging. De vraag is immers steeds welke betrokkenheid bij de door een ander verrichte gedraging aan de delictsgedraging beantwoordt en allesbepalend voor het antwoord op die vraag is hoe die delictsgedraging moet of kan worden geïnterpreteerd. Het toepassen van bepaalde daderschapscriteria – welke dan ook – veronderstelt dat de delictsgedraging overeenkomstig die criteria kan worden uitgelegd. Als de voor functioneel daderschap vereiste betrokkenheid inhoudt dat aan de IJzerdraad-criteria wordt voldaan, impliceert zulks dus dat de delictsgedraging (ook) moet worden uitgelegd als het kunnen beschikken over en aanvaarden van de door

7 Art. 5:1 lid 2 Awb; art. 47 lid 1 Sr. Strafrechtelijk is het begrip *daderschap* ruimer. Het omvat ook de deelnemingsvormen doen plegen, medeplegen en uitlokken (art. 47 Sr). De medeplichtige (art. 48 Sr) is wel een deelneemer maar geen dader.

8 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, r.o. 7.2; ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071, r.o. 9.

9 Zie o.m. G. Knigge, ‘Doen en laten; enkele opmerkingen over daderschap’, *DD* 1992, p. 131-132; H.D. Wolswijk, ‘Functioneel daderschap en IJzerdraadcriteria’, *DD* 2001, p. 1090-1094; E. Sikkema, ‘De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevenden in Nederland’, in: E. Sikkema & P. Waeterinckx (red.), *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van leidingge-*

venden – in de economische context – Preadvies voor de jaarvergadering van de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 2010, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 31-32.

10 J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 159.

11 De Hullu 2021, p. 159, noot 59. Vgl. ook Mevis in zijn noot onder HR 10 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:507, NJ 2014/512.

de ander fysiek verrichte delictsgedraging. Concreet: de delictsgedraging ‘verkopten van verboden waar’ kan worden geïnterpreteerd als het beschikken over en aanvaarden van het door een ander fysiek verkopen van verboden waar. Iets anders is – een vraag waar hier niet verder op wordt ingegaan – of bij de interpretatie van de delictsgedraging altijd van dezelfde criteria gebruik moet worden gemaakt of dat de criteria per delict kunnen verschillen.¹² Voor de hier besproken kwestie doet dat niet ter zake: ook als de IJzerdraad-criteria steeds – bij elk delict en ongeacht de feitelijke situatie – moeten worden toegepast, berust die toepassing op interpretatie van de delictsgedraging, zij het dat de daderschapscriteria dan ‘delictsonafhankelijk’ zijn.¹³ Intussen laat het verschil van inzicht tussen de Afdeling en Wattel zien dat dit weer een nieuwe interpretatievraag oplevert: hoe moet ‘kunnen beschikken over’ worden geïnterpreteerd?

3. Advocaat-generaal versus de Afdeling

Volgens Wattel is voor beschikkingsmacht nodig dat de verdachte niet alleen de overtreding, feitelijk begaan door de ander, kan voorkomen, maar ook dat hij deze kan bewerkstelligen. Hij vindt voor zijn standpunt steun bij De Hullu. In zijn conclusie citeert hij onder meer de volgende passages uit diens boek:

‘De leidinggevende [in het IJzerdraad-arrest, HDW] moest dus zeggenschap hebben over het foutief invullen van een formulier, over het zonder vergunning uitvoeren, hij moest dergelijk gedrag kunnen bewerkstelligen. (...) Prikkelend is het voorbeeld van Knigge over functioneel daderschap van een burgemeester die omwille van de werkgelegenheid oogluikend toestaat dat een in zijn gemeente gevestigd bedrijf het met de milieuwetgeving niet al te nauw neemt. Ik betwijfel echter of deze burgemeester kan “beschikken” over het al dan niet plaatsvinden van de overtredingen, ook al is hij tot ingrijpen bevoegd. In de eerste plaats is dat ingrijpen te negatief – hij kan overtreding voorkomen maar niet bewerkstelligen – en in de tweede plaats ontbreekt vermoedelijk feitelijke zeggenschap.’¹⁴

Uit het laatste gedeelte van het citaat blijkt dat De Hullu zich afzet tegen Knigge. Zij verschillen van mening over de betekenis of invulling van het beschikkingsmachtcriterium. Volgens Knigge is in het voorbeeld van de burge-

meester voldaan aan de IJzerdraad-criteria. De burgemeester zou beschikkingsmacht hebben over het plaatsvinden van de milieudelicten (en deze tevens aanvaarden omdat hij ze oogluikend toestaat).¹⁵ Volgens De Hullu daarentegen heeft de burgemeester geen beschikkingsmacht, en is hij dus geen functioneel dader van het milieudelict, (onder andere) omdat de burgemeester de overtreding wel kan voorkomen maar niet kan bewerkstelligen. Wat De Hullu en Knigge precies verdeeld houdt, zal verderop worden besproken. Hier zij alvast opgemerkt dat, anders dan het citaat wellicht doet vermoeden, ook volgens Knigge de burgemeester géén functioneel dader is. Maar in zijn opvatting zijn, zoals nog zal blijken, beschikkingsmacht en aanvaarding dan ook niet altijd voldoende voor functioneel daderschap.

Volgens de Afdeling geldt niet de eis dat de functionele dader de verboden gedraging moet kunnen bewerkstelligen. De Afdeling onderbouwt haar standpunt simpelweg met het argument dat de overwegingen van de Hoge Raad in het IJzerdraad-arrest ‘niet de eis inhouden dat de overtreder de overtreding moet kunnen “bewerkstelligen”’.¹⁶ Die overwegingen reppen inderdaad niet, in elk geval niet letterlijk, van het kunnen bewerkstelligen van de verboden gedraging. De Hoge Raad werkt het beschikkingsmachtcriterium immers niet verder uit. Maar uit de overwegingen van de Hoge Raad kan ook niet worden afgeleid dat het enkel kunnen voorkomen van de verboden gedraging volstaat. Zijn bewoordingen wijzen ook niet in die richting – integendeel. De Hoge Raad spreekt in het IJzerdraad-arrest (en evenzo in het arrest uit 2015 waarnaar de Afdeling verwijst) over het vermogen te beschikken ‘of die handelingen **al dan niet** [mijn nadruk, HDW] plaatsvonden’. Dat zou zo kunnen worden uitgelegd dat de functionele dader niet alleen moet kunnen beschikken over het níét plaatsvinden van de verboden gedraging, omdat hij die gedraging kan voorkomen, maar ook moet kunnen beschikken over het wél plaatsvinden ervan. Vraag is dan wel wat dit laatste betekent. Wellicht kan van het beschikken over het wel plaatsvinden van de gedraging al sprake zijn indien geen gebruik wordt gemaakt van de macht om het plaatsvinden ervan te voorkomen (door daarvan geen gebruik te maken vindt de gedraging plaats). Maar het kan ook betekenen dat iemand in staat is door actief optreden, bijvoorbeeld door het geven van een opdracht, ervoor kan zorgen dat de verboden gedraging plaatsvindt (als hij de opdracht niet geeft, wordt de gedraging niet verricht).

176

12 Met name Knigge heeft betoogd dat voor verschillende delicten verschillende criteria kunnen gelden (Knigge 1992, p. 141).

13 De term is van E. Gritter, *Effectiviteit en aansprakelijkheid in het economisch ordeningsrecht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 435. Bij delictsonafhankelijke criteria lijkt functioneel daderschap sterk op een deelnemingsvorm. De vereisten voor een deelnemingsvorm zijn ook – grotendeels althans – onafhankelijk van het delict waaraan wordt deelgenomen. Bij deelneming staan de vereisten echter los van de interpretatie van de delictsgedraging.

14 Conclusie A-G Wattel 15 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:579, punt 6.6; De Hullu 2021, p. 155-156.

15 Knigge 1992, p. 144.

16 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, r.o. 7.5.

4. (Kunnen) voorkomen en (kunnen) bewerkstelligen

Volgens zowel de Afdeling als Wattel (en De Hullu) is een vereiste voor beschikkingsmacht dat de functionele dader kan voorkomen dat de verboden gedraging plaatsvindt. Het gaat daarbij niet om een louter feitelijk kunnen voorkomen. De voorbijganger die ziet dat iemand op het punt staat illegaal afval te dumpen, kan dit wellicht voorkomen door te dreigen dat hij de politie zal bellen. Niemand zal echter deze voorbijganger als (potentieel) functioneel dader aanmerken. Met beschikkingsmacht in de betekenis van kunnen voorkomen wordt doorgaans bedoeld dat de functionele dader een zekere zeggenschap heeft die maakt dat hij kan voorkomen dat de ander de verboden gedraging verricht.¹⁷ Standaardvoorbeeld is de zeggenschapsverhouding tussen een werkgever en een werknemer. Vanwege die verhouding kan de werkgever de werknemer beletten de verboden gedraging te verrichten; hij kan ingrijpen en de werknemer ‘terugfluiten’.

Wat wordt bedoeld met het kunnen bewerkstelligen van de verboden gedraging? Wattel legt dat niet uit (De Hullu evenmin), maar aannemelijk is dat het erom gaat dat de functionele dader niet alleen een soort ‘negatieve macht’ heeft (zie het citaat van De Hullu hierboven), dat wil zeggen de macht om de verboden gedraging te voorkomen, maar ook de macht heeft – positief – ervoor te zorgen dat de verboden gedraging wél wordt verricht.

5. (Ontbrekende) onderbouwing van de standpunten

Wattel beroept zich dus op De Hullu en die betoogt inderdaad, zo zagen we, dat het beschikkingsmachtcriterium niet alleen de eis van het kunnen voorkomen van de verboden gedraging inhoudt, maar ook de eis van ‘kunnen bewerkstelligen’. Helaas beargumenteert De Hullu zijn standpunt niet. Nu is het wel zo dat het functioneel daderschap in de literatuur juist nogal eens wordt omschreven in termen van bewerkstelligen: de functionele dader is degene die bewerkstelligt dat de fysiek door een ander verrichte verboden gedraging plaatsvindt.¹⁸ Daaraan lijkt op het eerste gezicht een argument te kunnen worden ontleend vóór het standpunt dat de functionele dader die gedraging moet kunnen bewerkstelligen: het bewerkstelligen van het plaatsvinden van een gedraging veronderstelt toch het kunnen bewerkstelligen van die gedraging. Dat laatste is op zichzelf wel juist, maar een argument voor de stelling dat beschikkingsmacht niet

alleen het kunnen voorkomen van de verboden gedraging inhoudt, maar ook het kunnen bewerkstelligen ervan, levert het toch niet op. De vraag is immers wat onder ‘(kunnen) bewerkstelligen’ moet worden verstaan. Het antwoord op die vraag zou kunnen zijn: ‘bewerkstelligen’ betekent (ook) het niet voorkomen van de verboden gedraging en ‘kunnen bewerkstelligen’ betekent het kunnen voorkomen van die gedraging. En dan is de omschrijving van functioneel daderschap als het bewerkstelligen van de verboden gedraging geen argument om méér te eisen dan ‘kunnen voorkomen’.

In de literatuur wordt veelal het standpunt ingenomen dat voor beschikkingsmacht het kunnen voorkomen van die gedraging (binnen een zekere zeggenschapsverhouding) volstaat. Maar ook voor dit standpunt geldt dat een onderbouwing doorgaans ontbreekt.¹⁹ Hornman maakt daar in zijn recente bijdrage meer werk van. Toch overtuigt ook zijn argumentatie (mij) niet.

Een eerste punt is het volgende. Hornman merkt op dat de functionele dader het strafbare feit begaat ‘door de gedraging(en) van de fysieke pleger(s) toe te laten dan wel actief te bewerkstelligen. Het gaat hier duidelijk om alternatieve en niet om cumulatieve gronden voor aansprakelijkheid.’²⁰ Nu bedoelt hij het misschien anders en doe ik hem geen recht, maar gelet op de context waarin hij deze opmerking maakt, begrijp ik hem zo, dat het gegeven dat het om alternatieve gronden gaat erop duidt dat het actief kunnen bewerkstelligen van de verboden gedraging geen vereiste is. Daar ben ik het niet mee eens. Natuurlijk, in het concrete geval kan de gedraging van de functionele dader bestaan in (passief) nalaten of toelaten, maar ook in een (actief) bewerkstelligen. In het geval iemand de verboden gedraging actief bewerkstelligt, bijvoorbeeld door expliciet opdracht te geven tot de verboden gedraging, kan – kennelijk – die persoon de verboden gedraging bewerkstelligen (hij is in de positie die opdracht te geven). Maar daarmee is niets gezegd over wat vereist is indien het gaat om daderschap door nalaten. Dat iemand functioneel dader kan zijn door nalaten, sluit dan ook niet uit dat ook in dat geval alleen van functioneel daderschap sprake is – dus voor dit daderschap vereist is – als hij tevens de verboden gedraging actief kan bewerkstelligen.

Belangrijker is Hornmans bespreking van functioneel daderschap in geval van gedragingen die niet in verband staan met de reguliere bedrijfsactiviteiten, dus met gedragingen die geen verband houden met de bedrijfsrelatie waaruit de zeggenschap voortvloeit. Het is juist bij dergelijke, vanuit het bedrijf bezien atypische gedragingen, dat de verschillende invullingen van beschikkingsmacht tot verschillende uitkomsten leiden. Is, bijvoorbeeld, de eigenaar van een slagerij functioneel dader als

17 Hornman 2024, p. 6-7, met verdere literatuurverwijzingen.

18 Zie o.m. Gritter 2003, p. 214-216, met verwijzing naar rechtspraak waarin deze terminologie figureert.

19 Dat geldt ook voor de commentaren op de arresten van 31 mei 2023. Soms wordt wel verwezen naar andere auteurs, maar bij die andere auteurs blijkt weliswaar een standpunt, maar geen onderbouwing aan te treffen.

20 M.J. Hornman, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevenden van ondernemingen. Een beschouwing vanuit multidimensionaal perspectief* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 37-38; Hornman 2024, p. 7.

een van zijn werknemers ‘onder de toonbank’ (verboden) vuurwerk of drugs verkoopt? Voorstanders van een ruim begrip van beschikkingsmacht – kunnen voorkomen van de verboden gedraging volstaat – zullen of kunnen hier functioneel daderschap van de eigenaar van de slagerij aannemen. De redenering is dat de verkoop plaatsvindt ‘binnen het bedrijf, tijdens werktijd en daarmee onder het gezag van de leidinggevende en dus is er (een zekere) beschikkingsmacht’.²¹ En heeft de eigenaar onvoldoende gedaan om deze gedraging te voorkomen, dan heeft hij het plaatsvinden van de gedraging ook aanvaard en is hij dus functioneel dader. Hornman vindt het stellen van de eis dat de functionele dader de verboden gedraging kan bewerkstelligen of dat voldoende verband bestaat tussen die gedraging en de reguliere bedrijfsactiviteiten ‘onlogisch’.²² Maar waarom zou dat onlogisch zijn? Hij merkt op dat ‘de motivering van het daderschap hier bijzondere aandacht [vergt] nu beschikkingsmacht over dergelijke buiten de reguliere bedrijfsactiviteiten liggende gedragingen veel minder vanzelfsprekend en mogelijk ook minder vergaand is’.²³ Het is mij niet duidelijk wat hij hiermee bedoelt. Waarom zou, uitgaande van zijn visie dat het bij beschikkingsmacht gaat om het kunnen voorkomen van de verboden gedraging, de beschikkingsmacht bij bijvoorbeeld het onder de toonbank verkopen van drugs dan toch minder vanzelfsprekend of minder vergaand zijn dan bij bedrijfsgerelateerde gedragingen? In zijn opvatting is die beschikkingsmacht in de betekenis van kunnen voorkomen er toch als de verkoop binnen het bedrijf, onder werktijd en dus onder het gezag van de leidinggevende plaatsvindt? Of hangt het dan toch nog af van de precieze omstandigheden – maar welke dan – of sprake is van beschikkingsmacht?²⁴ De strekking van zijn opmerking kan toch niet zijn dat de vraag of de vermeende functionele dader de verboden gedraging kon voorkomen soms lastig is te beantwoorden. Dat is althans geen argument ter onderbouwing van de stelling dat het kunnen voorkomen volstaat voor beschikkingsmacht. Van de juistheid van die stelling wordt dan immers al uitgegaan. En dan is het een kwestie van bewijs (bijvoorbeeld: heeft de verkoop van drugs wel onder werktijd plaatsgevonden?), niet van materieel recht.

6. Beschikkingsmacht in context

Ik kom terug op Knigges voorbeeld (in paragraaf 3) van de burgemeester die omwille van de werkgelegenheid oogluikend toestaat dat een in zijn gemeente gevestigd bedrijf het met de milieuwetgeving niet al te nauw neemt. We zagen al dat volgens Knigge in het voorbeeld aan de IJzerdraad-criteria is voldaan. De burgemeester heeft beschikkingsmacht over de door het bedrijf begane milieudelicten omdat hij tot ingrijpen bevoegd is; ook aanvaardt hij het plaatsvinden van de verboden gedraging. In de visie van De Hullu daarentegen ontbreekt beschikkingsmacht omdat de burgemeester de verboden gedraging wel kan voorkomen, maar niet kan bewerkstelligen. Daarnaast zou het nog maar de vraag zijn of wel sprake is van feitelijke zeggenschap. Vanwege dit tweede punt willen vermoedelijk andere auteurs, die de eis van kunnen bewerkstelligen niet stellen, in dit voorbeeld evenmin beschikkingsmacht aannemen (en bijgevolg geen functioneel daderschap). Het door Knigge gebezigde begrip van beschikkingsmacht is dus niet alleen ruimer dan dat van De Hullu, maar ook dan dat van andere auteurs. Toch staat ook hij op het standpunt dat de burgemeester geen functioneel dader is. In zijn opvatting volstaan beschikkingsmacht en aanvaarding daarvoor namelijk niet.²⁵ Hij geeft nog een voorbeeld: werknemers die zich op de bedrijfsvloer schuldig maken aan ongewenste intimiteiten en zo aanranding van de eerbaarheid plegen (artikel 246 oud Sr, thans opzetaanranding, artikel 241 Sr). Aan de IJzerdraad-criteria zou weer zijn voldaan: de eigenaar van het bedrijf vermag over het plaatsvinden van deze gedragingen te beschikken en als hij de werknemers laat begaan, aanvaardt hij hun gedragingen. De Hullu wil ook in dit voorbeeld geen beschikkingsmacht aannemen: de eigenaar kan de verboden gedragingen alleen voorkomen, hij kan ze niet bewerkstelligen.²⁶ Maar ook volgens Knigge is de bedrijfseigenaar geen functioneel dader. Aan de IJzerdraad-criteria mag dan zijn voldaan, ‘[z]ijn nalatigheid “geldt” echter niet als “aanranding van de eerbaarheid”’.²⁷ Ik schat in dat auteurs die het kunnen voorkomen van de verboden gedraging voldoende vinden voor beschik-

21 Hornman 2024, p. 8 (met verwijzing naar A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven* (diss. UvA), Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 89); Hornman 2016, p. 38.

22 Hornman 2024, p. 8.

23 Hornman 2024, p. 8.

24 Dezelfde vragen kunnen worden gesteld bij Hornmans opmerking dat de rechter ‘nadrukkelijk [zal] moeten aangeven waarom de beschikkingsmacht zich ook over de buiten de reguliere werkzaamheden vallende activiteiten en daarmee atypische gedragingen uitstrekt’. In zijn visie is die beschikkingsmacht er toch als en omdat de gedragingen, hoewel atypisch, plaatsvinden binnen de onderneming, tijdens werktijd en daarmee onder het gezag van de leidinggevende?

25 Knigge 1992, p. 144. Hier past een meer algemene opmerking over zijn betoog. Knigge relateert de betekenis van de IJzerdraad-criteria sterk: hij ziet deze criteria als factoren die bij bepaalde delicten in bepaalde situaties een rol spelen (zie ook hiervoor, noot 12). Reden voor de relativisering is mede dat hij, zoals de meeste auteurs destijds, in het aanvaardingscriterium een eis van opzet op de door de ander verrichte gedraging leest (aanvaarden is bewust aanvaarden). Knigge is van mening dat dit geen algemene vereiste voor daderschap zou moeten zijn. Wel kan in een concreet geval aanwezigheid van dat opzet een factor zijn die maakt dat sprake is van functioneel daderschap (zie ook hierna noot 34). Uit de in latere rechtspraak door de Hoge Raad gegeven nadere omschrijving blijkt dat in het aanvaardingscriterium géén opzeteis besloten ligt: onder aanvaarden is mede begrepen ‘het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de verdachte kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging’. Zie ook hierna onder par. 9.

26 De Hullu 2021, p. 156, noot 44.

27 Knigge 1992, p. 144. Voor de duidelijkheid: dat wil natuurlijk niet zeggen dat de baas niet moet optreden tegen deze praktijk.

kingsmacht anders over deze casus (moeten) oordelen. Want als de eigenaar beschikkingsmacht heeft over het onder de toonbank verkopen van drugs – hij kan het voorkomen nu de gedragingen plaatsvinden binnen het bedrijf, tijdens werktijd en daarmee onder het gezag van de leidinggevende –, waarom zou hij dan in dit voorbeeld geen beschikkingsmacht hebben over het plaatsvinden van de ongewenste intimiteiten (en dus, als hij tevens deze gedragingen aanvaardt omdat als hij er niet alles aan heeft gedaan ze te voorkomen, functioneel dader van aanranding van de eerbaarheid zijn)?

Het beschikkingsmachtscriterium van Knigge is dus ruimer dan dat van andere auteurs (zie vooral het voorbeeld van de burgemeester); anderzijds leidt in zijn opvatting ‘beschikken en aanvaarden’ nog niet tot daderschap. Volgens Knigge leidt voldoen aan de IJzerdraad-criteria alleen binnen een bepaalde context tot daderschap en die context ontbreekt in de beide voorbeelden. Hij baseert zich daarbij juist op het IJzerdraad-arrest. De IJzerdraad-criteria komen in de overwegingen van de Hoge Raad in dat arrest niet uit de lucht vallen. Voorafgaand aan de formulering van die criteria overweegt de Hoge Raad dat *‘uit het enkele verricht- worden van handelingen gelijk genoemde [invullen van formulieren, uitvoeren van ijzerdraad, mijn toevoeging, HDW], die op een economisch iets bewerken zouden zien, in een eenmanszaak door ondergeschikten ingevolge hun algemene opdracht binnen den kring van dat bedrijf’, níét het daderschap van de eigenaar van het bedrijf kan worden afgeleid. Het is binnen die context – handelingen die op een ‘economisch bewerken’ zien, die door ‘ondergeschikten’ worden verricht ‘ingevolge hun algemene opdracht’ – dat de Hoge Raad vervolgens de IJzerdraad-criteria formuleert.²⁸ In de twee voorbeelden zijn een of meer contextuele factoren afwezig. Zo is in het voorbeeld van de burgemeester al geen sprake van een ondergeschiktheidsrelatie. In het voorbeeld over de ongewenste intimiteiten is die relatie er wel, maar daar zien de gedragingen niet op een economisch iets bewerken en deze gedragingen worden ook niet door de werknemers ingevolge hun algemene opdracht verricht binnen de kring van het bedrijf.*

Duidelijk moge zijn dat het in deze benadering bepaald niet vanzelfsprekend is dat een werkgever functioneel dader is in geval van gedragingen die niet in verband staan met de reguliere bedrijfsactiviteiten. De werknemer van een slagerij die op eigen houtje drugs onder de toonbank verkoopt, verricht deze gedraging niet ingevolge zijn algemene opdracht binnen de kring van het bedrijf. Knigge is overigens niet de enige auteur die de IJzerdraad-criteria in de context van het arrest plaatst. Keijzer geeft het voorbeeld van een werknemer van een coffeeshop die pornografisch materiaal verkoopt:

‘Van handelen door winkelbedienden ingevolge hun algemene opdracht is in het algemeen geen sprake indien het gaat om branchevreemde waar, zoals bijvoorbeeld pornografisch materiaal. Indien een coffeeshophouder niet ingrijpt indien hij bemerkt dat zijn personeel zulk materiaal verkoopt maakt dat hemzelf nog niet tot de verkoper daarvan, zij het wellicht wel tot medeplichtige.’²⁹

Het voorbeeld laat goed zien dat, althans in deze visie, niet elke betrokkenheid bij de door de ander verrichte gedraging voldoende zou moeten zijn voor functioneel daderschap. De coffeeshophouder is mogelijk wel anderszins strafbaar, als medeplichtige, maar dan moet hij opzet hebben op, dus weet hebben van de verkoop van het pornografische materiaal. Ontbreekt dat opzet, dan is zijn betrokkenheid in het geheel niet strafbaar.

Ervan uitgaande dat zonder meer van functioneel daderschap sprake is indien aan de IJzerdraad-criteria is voldaan, kunnen verschillende opvattingen over de betekenis van het beschikkingsmachtscriterium (en het aanvaardingscriterium) tot verschillende antwoorden leiden op de vraag of in een concreet geval sprake is van functioneel daderschap (Afdeling versus De Hullu en Wattel). De vraag is dan welke interpretatie van dit criterium de juiste is. Dat ligt anders wanneer níét zonder meer van functioneel daderschap sprake is indien aan die criteria is voldaan omdat bepaalde contextuele factoren niet mogen ontbreken – en dus in feite aan meer criteria moet zijn voldaan (Knigge). Dan hoeft een verschil in interpretatie van het beschikkingsmachtscriterium niet tot verschillende oordelen omtrent het functioneel daderschap te leiden. Dat is het geval als de extra criteria die Knigge stelt (de contextuele factoren) in het door andere auteurs gehanteerde beschikkingsmachtscriterium (en/of het aanvaardingscriterium) zijn opgenomen. En daarom is denkbaar dat de standpunten van Knigge en anderzijds De Hullu en Wattel ‘overall’ overeenkomen. De vereiste ondergeschiktheidsrelatie maakt geen deel uit van Knigges beschikkingsmachtscriterium, maar wel van dat van De Hullu. En misschien geldt hetzelfde voor de omstandigheid dat het moet gaan om handelen door ondergeschikten ingevolge hun algemene opdracht binnen de kring van het bedrijf: een gedraging die de ondergeschikte niet ingevolge zijn algemene opdracht binnen de kring van het bedrijf verricht zou dan een gedraging zijn die de werkgever niet kan bewerkstelligen. De vergelijking met auteurs die niet de eis van het kunnen bewerkstelligen stellen, pakt in ieder

28 Knigge 1992, p. 144. Zie ook H.D. Wolswijk, *Plegen en/of deelnemen*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 8, noot 24; K. Lindenberg & H.D. Wolswijk, *Het materiële strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 338.

29 Noot (punt 4) onder HR 24 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6581, NJ 2011/481. Hij geeft ook het voorbeeld van een medewerker van een growshop die opzettelijk hennepplanten verkoopt. Tot het reguliere assortiment van een growshop behoren benodigdheden voor onder andere hennepcultuur, maar niet de hennep zelf. Desalniettemin is functioneel daderschap niet uitgesloten, aldus Keijzer, want hennep ‘is wel een verwant product. Indien zou zijn vastgesteld dat ook de onderhavige verkoop van hennep behoorde tot de algemene opdracht binnen de kring van het bedrijf, en de growshophouder zodanige verkoop zou hebben aanvaard, zou mij een strafvervolgning jegens hem ter zake het zelf verkopen niet onhaalbaar zijn voorgelopen.’

geval anders uit, zo bleek al bij de bespreking van Knigges voorbeelden. Weliswaar wordt de ondergeschiktheidsrelatie ook met hun begrip van beschikingsmacht afgedekt, maar dat geldt niet voor de (contextuele) voorwaarde dat het moet gaan om een gedraging die de ondergeschikte verricht ingevolge zijn algemene opdracht binnen de kring van het bedrijf. Hier leiden de verschillen in benadering tussen Knigge en die andere auteurs dan ook tot verschillende oordelen omtrent het functioneel daderschap.

7. Wat rechtvaardigt het aannemen van functioneel daderschap?

Knigge vindt voor zijn opvatting steun in het IJzerdraad-arrest. Nu kan over de precieze betekenis van deze uitspraak natuurlijk verschillend worden gedacht. Knigge ontwikkelt zijn zienswijze echter ook los van dit arrest.

Hiervoor is erop gewezen dat het bij functioneel daderschap om een interpretatievraag gaat: welke betrokkenheid bij de door een ander fysiek verrichte gedraging beantwoordt aan de delictsgedraging? Dit punt wordt juist door Knigge sterk benadrukt, zoals eigenlijk al bleek bij de bespreking van de twee voorbeelden. Hij koppelt het in de context plaatsen van de IJzerdraad-criteria aan de delictsgedraging: het door de eigenaar laten begaan van zijn werknemers die op de werkvloer ongewenste intimiteiten verrichten ‘geldt’ niet als aanranding van de eerbaarheid. Anders gezegd: de delictsgedraging van aanranding van de eerbaarheid – volgens het nieuwe artikel 241 Sr: met een persoon seksuele handelingen verrichten wetende dat bij die persoon de wil daartoe ontbreekt – kan niet zo geïnterpreteerd worden dat deze betrokkenheid van de eigenaar die delictsgedraging oplevert. In zijn algemeenheid, aldus Knigge, is die interpretatievraag een vraag ‘waarbij de delictsom-schrijving centraal staat en waarbij de redelijkheid van de toerekening richtsnoer is’.³⁰ Het aanmerken van de betrokkenheid als de delictsgedraging moet dus gebaseerd zijn op een redelijke wetsuitleg. De vraag is echter wat bij een bepaalde delictsgedraging een redelijke wetsuitleg is.

In het IJzerdraad-arrest ging het om delictsgedragingen die op bedrijfsmatige, economische activiteiten zien. In het maatschappelijke verkeer worden de met dergelijke activiteiten (verkopen, uitvoeren, bouwen) gepaard gaande fysieke gedragingen (overhandigen van het goed, het passeren van de grens, leggen van de stenen) toegeschreven aan de ondernemer, zijnde de eigenaar van het eenmansbedrijf of de rechtspersoon, en niet, althans niet alleen, aan individuele werknemers. Het is de

ondernemer die verkoopt, uitvoert of bouwt. Hij is het die deze activiteiten ‘onderneemt’³¹ of ‘organiseert’.³² Dan is het, aldus Knigge, ook redelijk dat hij erop wordt aangesproken als bij het ondernemen van deze activiteiten de wet wordt overtreden. Zowel de functionele verkoper als de fysieke verkoper moeten ervoor zorgen dat de wet bij het verkopen wordt nageleefd: ‘Wie eigenhandig verkoopt, heeft de naleving van de wet in eigen hand. (...) Wie ervoor kiest om anderen bij de verkoop in te schakelen, moet ervoor zorgen dat die anderen zich aan de wet houden.’³³ Als dus de medewerker van een slagerij (fysiek) het vlees tegen een te hoge prijs aan de klant overhandigt, kan de eigenaar van de slagerij worden aangemerkt als degene die (functioneel) vlees tegen een te hoge prijs verkoopt omdat en voor zover het de eigenaar is die de verkoop van vlees ‘organiseert’. Die betrokkenheid maakt het redelijk hem als (functioneel) verkoper van vlees tegen een verboden prijs aan te merken.

Natuurlijk kan de vraag of een bepaalde betrokkenheid bij de verboden gedraging voldoende is om deze als de delictsgedraging aan te merken, lastig te beantwoorden zijn. Daarvan zal geen sprake zijn indien de eigenaar van de slagerij dat alleen in naam is, terwijl een ander de eigenlijke baas is. Moeilijker wordt het indien de eigenaar meer dan dat is, maar toch op grote afstand van de bedrijfsvoering staat.³⁴

Heel anders liggen de zaken, Knigges benadering volgend, indien een werknemer van de slagerij onder de toonbank drugs verkoopt. De eigenaar kan, vanwege zijn zeggenschap over de werknemer, die verkoop voorkomen. Maar omdat hij zich niet bezighoudt met het organiseren van de verkoop van drugs is hij niet als functioneel dader van dit delict aan te merken. Dat is hij wel indien, bijvoorbeeld, de eigenaar de slagerij min of meer als dekmantel voor de verkoop van drugs gebruikt.³⁵ Dan zal ongetwijfeld gezegd kunnen worden dat de betrokkenheid van de eigenaar bij de (fysieke) verkoop van de drugs de vorm aanneemt van het zelf (functioneel) verrichten van de delictsgedraging, dus het zelf (functioneel) verkopen van drugs. De eigenaar wordt dan niet enkel het verwijt gemaakt dat hij, als eigenaar, de verkoop van drugs in zijn zaak niet heeft voorkomen; hem wordt in dat geval verweten dat hij die verkoop heeft georganiseerd. En natuurlijk bestaat ook hier een grijs gebied waarin niet direct duidelijk is of de betrokken-

30 Knigge 1992, p. 141.

31 Knigge in zijn noot onder HR 21 november 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0295, NJ 1996/452.

32 Knigge 1992, p. 133, 135; Wolswijk 2015, p. 8; Lindenberg & Wolswijk 2021, p. 339.

33 G. Knigge, ‘De dader heeft het niet gedaan’, in: A. Dijkstra e.a. (red.), *Het Roer Recht. Liber amicorum aangeboden aan Wim Vellinga en Feikje Vellinga-Schootstra*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 223.

34 In Knigges visie kan in zo’n geval onder omstandigheden wetenschap van een aanstaande wetsovertreding iemand toch functioneel dader maken (Knigge 1992, p. 143); zie ook hiervoor, noot 25.

35 Vgl. Keijzer in zijn noot (punt 4) onder HR 24 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6581, NJ 2011/481.

heid bij de verboden gedraging zodanig is dat deze als de delictsgedraging kan gelden.

Knigges benadering spreekt (mij) aan.³⁶ De vraag is vervolgens wat dit zou moeten betekenen voor de invulling van het beschikkingsmachtcriterium. Zoals hiervoor in paragraaf 6 bleek, is die vraag lastig te beantwoorden (en in wezen ook niet zo interessant). Het hangt er immers van af of het vertrekpunt is dat de voor functioneel daderschap vereiste betrokkenheid al gegeven is met het voldoen aan de IJzerdraad-criteria of dat naast die criteria nog aanvullende criteria gelden. Als wordt uitgegaan van alleen de IJzerdraad-criteria is duidelijk, zo laat het voorgaande zien, dat beschikkingsmacht in de betekenis van het kunnen voorkomen van de fysiek door een ander verrichte verboden gedraging niet voldoende zou moeten zijn voor functioneel daderschap. Mogelijk is die vereiste betrokkenheid wel te vertalen in beschikkingsmacht in de betekenis die De Hullu voorstaat, dus niet alleen het kunnen voorkomen van de verboden gedraging, maar ook het kunnen bewerkstelligen ervan. De gene die de verkoop van vlees ‘organiseert’, heeft het, zou men kunnen zeggen, niet alleen in zijn macht ervoor te zorgen dat het vlees niet tegen een verboden prijs wordt verkocht, hij heeft het tevens in zijn macht ervoor te zorgen dat dit wel gebeurt. Die macht heeft hij niet of in mindere mate over gedragingen die met de reguliere bedrijfsactiviteiten geen verband houden.³⁷ Het stellen van de (extra) eis van kunnen bewerkstelligen van de verboden gedraging zou als het ware garanderen dat de betrokkenheid bij die gedraging kan gelden als het zelf verrichten – (functioneel) plegen – van de delictsgedraging. De Afdeling denkt daar dus anders over. Onduidelijk is hoe de Hoge Raad hierin staat, en dus ook of de Afdeling voor de vaststelling van functioneel daderschap daadwerkelijk aansluit bij het strafrecht.

8. Enkele opmerkingen bij de uitspraken van de Afdeling van 31 mei 2023

Functioneel daderschap is niet beperkt tot daderschap van een werkgever in verband met door een werknemer verrichte gedraging. In de twee uitspraken van 31 mei 2023 van de Afdeling gaat het niet om fysieke daders die als werknemer of anderszins ten behoeve van de vermeende functionele dader werkzaam zijn. De zaak van de Weerselose markt betreft een vof die een markt in de gemeente Enschede exploiteert.³⁸ De vof, die onder meer marktkramen aan handelaren verhuurt, stelt gratis reclameobjecten aan handelaren en marktbezoekers ter

beschikking. Dat materiaal ligt bij de ingang van de markt en kan worden meegenomen door bezoekers en standhouders. Het is vooraf niet duidelijk wie reclame-materiaal meeneemt en hoe dit wordt gebruikt. Gebleken is nu dat reclameobjecten buiten het marktterrein zijn geplaatst op openbare plaatsen binnen het grondgebied van de gemeente zonder voorafgaande toestemming. De Enschedese APV verbiedt het zonder toestemming van de rechthebbende ‘aanbrengen’ van aanplakbiljetten op een openbare plaats. De Afdeling merkt de exploitant als dader van het verboden ‘aanbrengen’ aan. Over de beschikkingsmacht zegt de Afdeling: de vof ‘had de verboden gedraging, tot op zekere hoogte, kunnen voorkomen door aan gebruik daarvan vooraf voorwaarden te stellen of voorlichting te geven over de regels die gelden binnen de gemeente Enschede voor plaatsing van reclameobjecten op openbare plaatsen. In zoverre kon [appellante] erover beschikken of de verboden gedraging kon plaatsvinden.’³⁹ Hornman kan zich vinden in het oordeel dat sprake was van beschikkingsmacht. Hij wijst erop dat de exploitant over het (fysiek door anderen) aanbrengen kon beschikken, ‘simpelweg door het reclame-materiaal (niet) ter beschikking te stellen’; de exploitant ‘faciliteert (...) de overtreding door het reclamemateriaal ter beschikking te stellen’. Ook zou sprake zijn van een zekere hiërarchische verhouding: nu de markt wordt gehouden op een afgebakend terrein dat toebehoort aan de exploitant en de regio blijkens de marktspelregels in handen is van het management van de exploitant, kon de exploitant ‘middels die spelregels nadere voorwaarden stellen aan het gebruik van reclamemateriaal op en rondom zijn terrein’.⁴⁰

De redeneringen van de Afdeling en Hornman komen mij niet dwingend voor. De vraag is of de betrokkenheid van de vof bij het door anderen onrechtmatig aanbrengen van reclameobjecten als het (zelf, functioneel) aanbrengen van reclameobjecten kan worden aangemerkt. Van een hiërarchische verhouding tussen vof en afnemers van de objecten lijkt mij geen sprake. De vof heeft een zekere zeggenschap of beschikkingsmacht over de reclameobjecten en zij kan voorwaarden stellen aan het gebruik ervan, maar zeggenschap over wat de afnemers met de objecten doen, in elk geval voor zover het gaat om gedragingen verricht buiten het marktterrein, ontbreekt. Overigens kan men zich afvragen waarom de omstandigheid dat de exploitant de voorwaarde kan stellen dat de objecten niet zonder toestemming van de gemeente op een openbare plaats mogen worden aangebracht, of het geven van voorlichting daaromtrent, bijdraagt aan het hebben van beschikkingsmacht. Dat de afnemers van de reclameobjecten dat niet mogen doen, volgt immers gewoon uit de APV.⁴¹ De vof vervult ten aanzien van het door anderen aanbrengen van de recla-

36 Vgl. Wolswijk 2015, p. 8; Lindenberg & Wolswijk 2021, p. 339.

37 Vgl. Hornman, p. 7, 8.

38 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067. Het gaat in deze zaak dus niet om het daderschap van een natuurlijk persoon. De Afdeling past daarom het kader uit het Drijfmeest-arrest toe, waar de IJzerdraad-criteria onderdeel van zijn (zie noot 3).

39 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, r.o. 7.6.

40 Hornman 2024, p. 12.

41 Deze norm uit de APV richt zich immers tot eenieder. Het zou ook vreemd zijn indien aansprakelijkheid juist kan worden ontlopen enkel door aan het afnemen van de reclameobjecten een voorwaarde te stellen waaraan de afnemers zich sowieso, want op grond van de APV, moeten houden.

meobjecten ook geen organiserende rol. Uiteraard kan de vof het onrechtmatig aanbrengen van de objecten voorkomen door de objecten gewoonweg niet ter beschikking te stellen. Door dat wel te doen, faciliteert zij (bewust of onbewust) de overtreding. Door een strafrechtelijke bril bekeken is dat een gedraging die wijst op niet meer dan (straffeloze) medeplichtigheid aan de overtreding.⁴²

In de zaak van de Amsterdamse woonruimteonttrekking gaat het om daderschap in de verhouding tussen eigenaar/verhuurder en huurder. Artikel 21 lid 1 Huisvestingswet 2014 verbiedt – kort gezegd – het zonder vergunning ‘onttrekken’ van een woning aan de woningvoorraad. Het gaat mij nu niet om de precieze beoordeling van de casus van het arrest, maar om de door de Afdeling geformuleerde algemene overweging dat overtreding van de genoemde bepaling een overtreding is ‘die direct verband houdt met de wijze waarop een woning wordt gebruikt in verband met de bestemming tot permanente bewoning. Een woningeigenaar kan in de regel beschikken over een dergelijk gebruik van zijn woning, ook als hij deze heeft verhuurd. Dat kan hij bijvoorbeeld doen door in een contract bepalingen daarover op te nemen.’⁴³ De woningeigenaar heeft inderdaad een zekere beschikkingsmacht over de woning, maar de vraag is of de betrokkenheid van de eigenaar/verhuurder (in de regel) kan gelden als het zelf (functioneel) onttrekken van de woning aan de woningvoorraad als het de huurder is die ‘fysiek’ de woning aan de woningvoorraad onttrekt. Brengt de rechtsverhouding tussen eigenaar/verhuurder en huurder juist niet mee dat de eigenaar in de regel níét verantwoordelijk is voor wat de huurder met de gehuurde woning doet? Overigens rijst hier een soortgelijke vraag als bij de zaak van de Weerselose markt: waarom zou het in een contract kunnen opnemen van een bepaling die onttrekking van de woning aan de woningvoorraad verbiedt, bijdragen aan het hebben van beschikkingsmacht? De APV verbiedt dit immers al.⁴⁴

De verhouding tussen eigenaar/verhuurder en huurder speelde eveneens, zij het in een andere context, in HR 21 november 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0295, *NJ* 1996/452, m.nt. Knigge. Het ging hier om een overtreding van de Amsterdamse Afvalstoffenverordening, volgens welke het verboden was in het weekend ‘laadbakken buiten een inrichting te hebben’. De verdachte, eigenaar van een containerbedrijf, had een laadbak verhuurd. De laadbak werd op een zaterdag aangetroffen op de openbare weg. De Hoge Raad overwoog dat ‘redelijke uitleg’ van de bepaling uit de verordening meebrengt ‘dat als degene die laadbakken “heeft” (...) slechts kan worden aangemerkt degene aan wie de zeggenschap toekomt omtrent het op een bepaalde plaats aanwezig zijn van de

laadbakken. Aan de eigenaar van de laadbak komt zodanige zeggenschap toe, behoudens het geval dat op grond van een betrekking tot de laadbakken bestaande rechtsverhouding anders moet worden geoordeeld.’ Vervolgens overwoog hij dat de rechtsverhouding van verhuur en huur meebrengt dat de verhuurder zich heeft verbonden om de huurder het genot van de verhuurde zaak te doen hebben, gedurende een bepaalde tijd. ‘Dit brengt in beginsel mee dat het, gedurende die tijd, niet de verhuurder maar de huurder is, aan wie de zeggenschap toekomt.’ Het was dus niet de verhuurder die de laadbakken buiten een inrichting ‘had’. Annotator Knigge kan zich hierin vinden omdat naar geldende verkeersopvattingen een ondernemer als regel niet heeft in te staan voor het doen en laten van zijn klanten en omdat in het maatschappelijke verkeer niet als regel geldt dat een eigenaar die zijn goederen uitleent of verhuurt, verantwoordelijk blijft voor de naleving van voorschriften die met betrekking tot die goederen zijn gegeven. Gelet daarop mag er niet van worden uitgegaan ‘dat een dergelijke zorgplicht in de wettelijke regeling besloten ligt’. Hij wijst er ook op dat zo’n vergaande zorgplicht best denkbaar is en ook niet onredelijk hoeft te zijn, maar dan moet een expliciete regeling hierin voorzien.⁴⁵ Met andere woorden, dan moet niet verboden zijn het in het weekend ‘hebben’ van een laadbak buiten een inrichting, maar, bijvoorbeeld, het ‘als eigenaar ervoor zorgen’ dat zich in het weekend geen laadbak buiten een inrichting bevindt.

Wat brengt ‘redelijke wetsuitleg’ van het verbod een woning aan de woningvoorraad te onttrekken mee? Een woningeigenaar heeft in beginsel beschikkingsmacht of zeggenschap over de bestemming van een woning en daarmee over het gebruik of juist niet-gebruik ervan voor bewoning. De vraag is of hij die zeggenschap ook (nog) heeft als hij de woning verhuurt. Brengt de na verhuur resterende zeggenschap mee dat wanneer de huurder de woning aan de woningvoorraad onttrekt, van de eigenaar gezegd kan worden dat hij deze gedraging functioneel verricht?⁴⁶ De delictsgedraging is hier een andere dan in het arrest over de laadbakken, maar dat arrest doet wel de vraag rijzen hoe vanzelfsprekend het is beschikkingsmacht bij de verhuurder aan te nemen als het de huurder is die ‘fysiek’ de woning aan de woningvoorraad onttrekt.

42 Medeplichtigheid aan een overtreding is niet strafbaar (art. 48 Sr). Overigens is voor medeplichtigheid opzet op het misdrijf vereist. In deze casus valt ook aan uitlokking te denken (zie ook de conclusie van A-G Wattel van 15 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:579, punt 1.24).

43 ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2071, r.o. 9.3.

44 Ook deze norm zal zich tot eenieder richten, dus ook tot de huurder.

45 Een voorbeeld van zo’n bijzondere, expliciete regeling is de aansprakelijkheid van de kentekenhouder.

46 Kan hier wellicht ook nog een rol spelen of de verhuurder ervan op de hoogte is? Zie hiervoor, noot 25 en 34.

9. Functioneel daderschap zonder aanvaarding

De bespreking van het beschikkingmacht criterium geeft aanleiding tot slot nog kort stil te staan bij het aanvaardingscriterium. De hier, in navolging van Knigge, bepleite benadering heeft namelijk ook gevolgen voor dit IJzerdraad-criterium, dat wil zeggen voor de status ervan.

Onder aanvaarden is volgens de Hoge Raad mede begrepen *'het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de verdachte kon worden geveerd met het oog op de voorkoming van de gedraging'*. Verschillende schrijvers hebben er terecht op gewezen dat *niet* aanvaarden sterke overeenkomst vertoont met de strafuitsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld wegens het *'betracht hebben van de maximaal te vergen zorg'*.⁴⁷ De vraag is dan ook waarom aanvaarden een daderschaps criterium zou moeten zijn. Waarom zou *niet* aanvaarden niet 'gewoon' als strafuitsluitingsgrond fungeren?

Uit de door mij voorgestane benadering volgt dat dit inderdaad zou moeten.⁴⁸ Hiervoor is betoogd dat functioneel daderschap is gebaseerd op een betrokkenheid bij de door een ander verrichte gedraging die kan 'gelden' als de delictsgedraging. Als, bijvoorbeeld, de medewerker van een slagerij (fysiek) het vlees tegen een te hoge prijs aan de klant overhandigt, kan de eigenaar van de slagerij worden aangemerkt als degene die (functioneel) vlees tegen een te hoge prijs verkoopt omdat en voor zover het de eigenaar is die de verkoop van vlees organiseert. Kort gezegd: de functionele verkoper heeft ervoor te zorgen dat bij de verkoop de wet wordt nageleefd. Als hij daar niet in slaagt, is hij – ongeacht wat hij heeft gedaan om de verboden verkoop te voorkomen – functioneel dader van de verboden verkoop. Aldus speelt het aanvaardingscriterium geen rol bij de vaststelling van het functioneel daderschap. De functionele dader is echter geen strafbare dader bij aanwezigheid van een strafuitsluitingsgrond. Die is er – in de vorm van afwezigheid van alle schuld – indien hij de zorg heeft betracht die in redelijkheid van hem kon worden geveerd met het oog op de voorkoming van de verboden gedraging, oftewel indien hij de verboden gedraging niet heeft aanvaard.⁴⁹

47 Zie o.m. E. Gritter, 'De antonimiteit van daderschap en zorgvuldig gedrag', in: *Pet af. Liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen 2007, p. 68; in dezelfde bundel: M. Kessler, 'Beschikkingmacht centraal bij functioneel plegen', p. 206; Sikkema 2010, p. 47-50; K. Rozemond, *De methode van het materiele strafrecht*, Nijmegen 2011, p. 48.

48 Wolswijk 2015, p. 5, 7 (noot 21).

49 Sikkema is eveneens van mening dat niet aanvaarden van de verboden gedraging in beginsel als strafuitsluitingsgrond moet fungeren. Hij wil een uitzondering maken voor gedragingen die niet in verband staan met de reguliere bedrijfsactiviteiten (zoals het onder de toonbank verkopen van drugs). Dan zou wel aanvaarden een daderschaps criterium moeten zijn (Sikkema 2010, p. 91). Dat is dus een andere benadering dan de mijne. Volgens Sikkema kan de bedrijfseigenaar immers nog steeds functioneel dader van dergelijke gedragingen zijn. In mijn benadering is dat niet zo: de

10. Tot slot

In recente rechtspraak sluit de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State voor de vaststelling van functioneel daderschap aan bij het strafrecht. Die aansluiting betekent volgens de Afdeling dat dit daderschap wordt vastgesteld aan de hand van de IJzerdraad-criteria: het beschikkingmacht criterium en het aanvaardingscriterium. Over de betekenis van het beschikkingmacht criterium heeft de Hoge Raad zich nog niet (expliciet) uitgelaten. De Afdeling heeft dat wel gedaan. Voor beschikkingmacht zou volstaan dat de (vermeende) functionele dader de verboden gedraging kan voorkomen. Of dat een wenselijke uitleg is, hangt er maar van af: is de voor functioneel daderschap vereiste betrokkenheid al gegeven met het voldoen aan de IJzerdraad-criteria of gelden naast die criteria nog aanvullende criteria? De Afdeling lijkt van het eerste uit te gaan. In dat geval kunnen, zo is in deze bijdrage betoogd, vraagtekens worden geplaatst bij haar standpunt dat beschikkingmacht enkel het kunnen voorkomen van de verboden gedraging inhoudt.