Memo

versie 24 november 2020

Boeteoplegging Huisvestingswet

Motivering bij het opleggen van boeten bij meerdere overtreders

1. Inleiding

Bij overtredingen van artikel 8 en 21 van de Huisvestingswet kan sprake zijn van meerdere overtreders van de in deze artikelen genoemde verbodsbepalingen.
Momenteel lijkt er geen sprake van een éénduidige lijn bij het opleggen van boeten als het gaat om meerdere overtreders. Daarnaast ontbreekt een sluitende motivering. Dit is recentelijk reden geweest voor de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (uitspraak van 28 oktober 2020) om boeten te matigen. Deze uitspraak heeft duidelijk gemaakt dat er een noodzaak bestaat voor een meer bestendige beleidslijn. Totdat hierover een besluit is genomen zullen er keuzes moeten worden gemaakt in de lopende procedures. Over de gevolgen van de uitspraak van de Afdeling voor de lopende procedures gaat deze memo.

2. Overtreders

Er zijn drie soorten daders:

- De feitelijke dader. Dit is degene die de verbodsbepaling feitelijke heeft geschonden.
- De functionele dader. Dit betreft het toerekenen van handelingen van derden aan de verantwoordelijke, aan de functionaris die de gebeurtenis in zijn macht heeft.
- De medepleger. Dit is degene die bij een nauwe en bewuste samenwerking met een ander of anderen de overtreding heeft gepleegd[1].

2.1 Feitelijk dader

De feitelijke dader is degene die de verboden handeling fysiek heeft verricht Dit is altijd een natuurlijk persoon. Rechtspersonen zijn altijd functionele daders. Als het gaat om overtredingen van artikel 21 Huisvestingswet dan gaat het om de degene die een woonruimte heeft verbouwd, (onder)huurovereenkomst is aangegaan, personen toegang heeft verleend aan de woonruimte of anderszins handelingen heeft verricht waardoor de illegale situatie is ontstaan. De bewijslast ligt daarbij bij de gemeente. Vast moet komen te staan dat de verweten handelingen ook daadwerkelijk door de betreffende overtreder zijn verricht. Er kunnen meerdere feitelijke daders zijn. Deze zijn dan de medeplegers. Zij hebben gezamenlijk de overtreding begaan. Hun rol daarbij moet nagenoeg even groot zijn. De Afdeling wil een boete nog wel eens matigen als de rol van een medepleger beperkt is geweest[2]. Gaat daarbij bijvoorbeeld over degene die alleen

---

[1] RvS 29 augustus 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:2845) Iemand kwalificeert slechts als 'medepleger' als de intellectuele en/of materiële bijdrage van de betrokkene van voldoende gewicht is. Voor het oordeel of hiervan sprake is, kunnen volgens de Afdeling onder meer de intensiteit van de samenwerking, de onderlinge taakverdeling, de rol in de voorbereiding, de uitvoering of de afhandeling van het feit en het belang van de rol van de betrokkene van belang zijn. Bijvoorbeeld de feitelijke beheerder.

[2] De uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ("Afdeling") van 29 augustus 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:2845) is daarvan een goed voorbeeld. Net als in het strafrecht geldt in het bestuursrecht dat voor medeplegen een bewuste en nauwe samenwerking vereist is van de overtreders. Niet nodig is dat de rollen van de verschillende overtreders verwisselbaar zijn. Een overtreder kan beboet worden als medepleger wanneer zijn intellectuele en materiële bijdrage aan het feit van voldoende gewicht is, hetgeen onder meer kan blijken uit de onderlinge taakverdeling. Ondersteunende activiteiten kunnen al

toeristen incheckt, schoonmaakt en klachten afhandelt, daarvoor een vergoeding krijgt, maar niet in de huurinkomsten deelt.

Feitelijke daders kunnen zijn:

- Eigenaar
- Bewoner
- Huurder
- Verhuurder
- Beheerder
- Dienstverlener

In beginsel zijn feitelijk daders beboetbaar voor het maximale bedrag, tenzij het aandeel in de overtreding gering is geweest. Concreet betekent dit dat de bovenstaande natuurlijke personen in verschillende samenstelling kunnen worden beboet als zij de overtreding fysiek hebben begaan. Hierbij is niet van belang in welke hoedanigheid de overtreding is begaan.

2.2 Functioneel dader

Ook degene die de fysiek overtredingen niet heeft begaan, maar wel verantwoordelijk kan worden gehouden voor de overtreding, kan als dader worden aangemerkt. Het kan dan weer gaan om de volgende (rechts)personen die hun zorgplicht hebben verzaakt.

- Eigenaar
- Bewoner (bijv. vriend heeft oneigenlijk de woning verhuurd)
- Huurder
- Verhuurder
- Beheerder
- Dienstverlener (dit zal in praktijk weinig voorkomen)

Anders dan feitelijke daders, kunnen functioneel daders niet altijd voor het volledige bedrag worden beboet. De reden hiervan ligt in de uitspraak van de Afdeling van

Hierin stelt de Afdeling het volgende:
10.2.e *en* 10.2.e *zijn aan te merken als functioneel overtreders. Niet in geschil is dat zij geen rechtstreekse bemoeienis hadden bij de overtreding en niet als feitelijk dader aangemerkt worden, maar dat hen wordt verweten niet aan hun zorgplicht als eigenaren te hebben voldaan. Bij brief van 3 juli 2020 heeft de Afdeling aan het college schriftelijke inlichtingen gevraagd over hoe wordt omgegaan met het opleggen van boetes aan functioneel overtreders indien er sprake is van meerdere eigenaren. Hierbij is ook gevraagd in te gaan op gevallen waarin een woning eigendom is van een rechtspersoon, een vof, of al dan niet gehuwd samenwonende partners.*

De Afdeling is van mening dat het college ontoereikend heeft gemotiveerd dat het onderscheid dat het college in de uitvoeringspraktijk maakt tussen enerzijds meerdere natuurlijke personen die gezamenlijk eigenaar zijn en allen individueel als functioneel dader worden aangemerkt, en anderzijds een vennootschap onder firma of een rechtspersoon, die als enige functioneel dader worden aangemerkt, gerechtvaardigd is. De Afdeling motiveert dit als volgt.

---

voldoende zijn om tot medeplegen te concluderen. De Afdeling oordeelt dat de rol van de medepleger, hoewel essentieel genoeg om als medepleger te kwalificeren, toch beperkt is geweest. Vandaar dat de boete is gematigd. Het aandeel van de medepleger in de overtreding wordt gering geacht, onder meer omdat de beheerder niet de huur ontving en niet degene was die het internetaccount beheerde waarmee de woning werd verhuurd.

In het geval van meerdere natuurlijke personen die gezamenlijk eigenaar zijn wordt aan ieder van hen afzonderlijk de maximale boete opgelegd. In geval van een rechtspersoon of een vennootschap onder firma wordt één maal de maximale boete opgelegd, tenzij blijkt van actieve bemoeienis met of kennis van de overtreding bij één of meer vennoten of bestuurders. Niet gebleken is dat het college hiernaar onderzoek verricht. In geval van al dan niet gehuwd samenwonende partners wordt eveneens éénmaal de maximale boete opgelegd. En als 10.2.e *en* 10.2.e *de woning op naam van één van hen of op naam van een vennootschap onder firma hadden gesteld, zou ook éénmaal de maximale boete zijn opgelegd, omdat het college nu eenmaal geen onderzoek doet naar de actieve bemoeienis met of kennis van de overtreding van individuele vennoten.*

Het is niet helemaal duidelijk wat onder actieve bemoeienis met of kennis van de overtreding wordt begrepen. Ik ga daar vooralsnog van uit dat dit moet worden gezien in het kader van het functioneel daderschap. Bemoeienis met en kennis van betekent niet dat daarmee sprake is van feitelijk daderschap.

Deze drie eigenaren hadden een aannemersbedrijf in de vorm van een Vof. Het aangekochte pand stond echter op naam van de eigenaren. In dit geval hadden de drie eigenaren afgesproken dat 10.2.e verantwoordelijke was voor het beheer van het pand. Dat maakt volgens de Afdeling echter onverlet dat 10.2.e en 10.2.e een zorgplicht hadden. De Afdeling werpt daarbij het college wel tegen dat geen onderzoek is gedaan naar de vraag wie van de eigenaren bemoeienis had met of kennis droeg van de overtreding.

Dat onderzoek lijkt wel te worden gedaan bij een Vof. Het college zegt namelijk dat als het gaat om een vennootschap onder firma, het college alleen aan de vennoten afzonderlijk een boete oplegt als vast kan worden gesteld dat zij allen kennis droegen van de gepleegde feiten.

In deze zaak stond vast dat 10.2.e en 10.2.e zich in het geheel niet bemoeiden met het pand. Volgens het college is dit niet relevant. Ik begrijp dat dat wel relevant is als het gaat om vennoten van een Vof. Omdat een Vof niet meer is dan samenwerkende natuurlijke personen, is er nauwelijks een verschil met samenwerkende eigenaren die zich niet in een Vof hebben verenigd. In dat licht is het merkwaardig dat het college bij een samenwerking binnen een Vof alleen de eigenaren een boete oplegt als het gaat om een overtreding als deze er kennis van droeg. Doordat geen onderzoek wordt gedaan naar de feitelijke bemoeienis met of kennis van de overtreding zal ook 'slechts' één boete worden opgelegd als de samenwerkingsverband zo wordt ingericht dat de woning op één van de personen wordt gesteld.

<u>Gehuwden</u>

Bij al dan niet gehuwd samenwonenden actief of functioneel wordt altijd volstaan met oplegging van één boete. De argumentatie hiervoor, te weten dat het opleggen van meerdere boeten aan gehuwden anders dubbel het vermogen raakt, komt waarschijnlijk uit de jurisprudentie over de kleine rechtspersoon. Wanneer naast een kleine rechtspersoon tevens de enig aandeelhouder voor 'hetzelfde feit' wordt beboet ligt het vermogensrechtelijke belang van de rechtspersoon bij de enig aandeelhouder, waardoor de enig aandeelhouder dubbel wordt bestraft wanneer zowel hij als 'zijn' rechtspersoon wordt beboet. De Centrale Raad van Beroep heeft in een dergelijk geval overwogen dat het bestuursorgaan bij de belangenafweging of aan de rechtspersoon een boete moet worden opgelegd, zal moeten bezien of, en in hoeverre aan de boeteoplegging dezelfde feiten ten grondslag liggen als waarvoor de directeur-grootaandeelhouder strafrechtelijk is veroordeeld en of deze door het opleggen van de boete tweemaal in zijn vermogen wordt geschaad (CRvB 21 maart 2002, AB 2002, 280, JB 2002, 151).

De Centrale Raad van Beroep verwijst hierbij ook naar een arrest van de strafkamer van de Hoge Raad (HR 20 juni 1990, NJ 1990, 811).

De vraag is of deze argumentatie één op één kan worden overgenomen bij gehuwde eigenaren. Als het gaat om functioneel daders, dan zou, in de lijn van de uitspraak van de Afdeling aan beiden één boete moeten worden opgelegd, mits geen sprake is van actieve bemoeien is of kennis van de overtreding. Als het gaat om fysieke daders gaat dit niet op. Gevoelsmatig lijkt het evenwel niet altijd evenredig om gehuwden ieder een boete op te leggen voor hetzelfde gepleegde feit, vooral als het gaat om een woning die als hoofdverblijf dient. Dit ligt misschien aan het feit dat het daarbij doorgaans gaat om particulieren.

2.3 Combinatie van overtreders

De uitspraak gaat niet over de combinatie van overtreders. Bijvoorbeeld twee eigenaren waarvan één feitelijk en de ander functioneel dader is. In deze combinatie wordt de functioneel dader wordt zwaarder bestraft dan eigenaren die samen als functioneel dader worden aangemerkt. Dit lijkt ook niet erg rechtvaardig. Dit kan wellicht worden opgelost door ofwel altijd boeten opleggen aan alle daders en het onderscheid tussen de Vof en individuele eigenaren te laten vallen of voor functioneel daders een lagere boete op te leggen.

10.2.g

3. Hoe nu verder?

Voor de lopende zaken waarbij meerdere eigenaren zijn beboet die aantoonbaar fysiek de overtreding hebben begaan, kunnen de boeten worden gehandhaafd. Dat geldt ook in zaken waar sprake is van functionele daders die actieve bemoeienis hebben gehad of kennis droegen van de overtreding. De vraag is wel wat moeten worden verstaan onder "bemoeienis en kennis". Bij gehuwden gaat het doorgaans om overtredingen in de eigen woning. 10.2.g 10.2.g 10.2.g Daarbij zou het argument kunnen zijn dat in deze gevallen het niet gaat om professionals en daarom één boete worden opgelegd.

Vooralsnog lijken er geen problemen ten aanzien van het onduidelijke beleid terzake van de combinatie van verschillende overtreders. Daar moet wellicht wel over worden nagedacht.

Uitwerking:

- Feitelijke daders ontvangen ieder een boete conform het boetetabel. Ingevolge artikel 5:1, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb), wordt onder overtreder verstaan degene die de overtreding pleegt of medepleegt. Feitelijke daders zijn daders die het desbetreffende wettelijke voorschrift daadwerkelijk hebben begaan.
- Er zijn verschillende uitspraken waar de rechter de boete matigt dat de rol van de medepleger beperk is waardoor de mede-pleger de overtreding slechts heeft vergemakkelijkt. Met deze jurisprudentie doen wij (helaas) vooralsnog niets.
- Functioneel daders ontvangen een boete na rato indien onvoldoende kan worden vastgesteld dat de functionele dader kennis had van of bemoeienis had met de

overtreding. Bij de functionele dader die kennis had van of bemoeienis had met de overtreding gaat het om situaties waarbij de overtreder de overtreder de overtreding niet heeft begaan, maar wel wist dat de overtreding plaatvond, maar niet heeft ingegrepen of betrokken is geweest bij de overtreding, maar niet voldoende om hem als (mede)pleger aan te merken. Beargumenteerd kan worden dat de rol van de overtreder beperkt is, maar omdat hij (ook) functioneel dader is, kom hij niet voor matiging in aanmerking.

- Echtgenoten/samenwonenden: Deze ontvangen nu nog één boete omdat zij één vermogen hebben en daarmee gelijk worden gesteld een Vof of een B.V. Omdat we, naar de zin van de Afdeling, geen bevredigend antwoord kunnen geven waarom we stellen wél één boete opleggen en mede-eigenaren die niet samenwonen ieder apart beboeten, verdient het de voorkeur om in alle gevallen bij feitelijke daders in alle gevallen te beboeten. Die beslissing is niet genomen, dus we moeten nog steeds voorstellen dat we die zien als gezamenlijk vermogen. 10.2.g 10.2.g
- Combinatie functioneel dader en feitelijk dader: Als ervoor wordt gekozen om alleen bij functionele daders (zonder bemoeienis etc) één boete wordt opgelegd, dan kunnen de volgende redenering worden gevolgd.
  - De boete wordt niet gematigd voor de functionele dader. Hij had immers een zelfstandige zorgplicht. Deze situatie is vergelijkbaar met die van een huurder als feitelijk overtreder en een verhuurder als functioneel dader.
  - De boete wordt gematigd naar rato van het aantal eigenaren. Hiermee wordt hij gelijk behandelt met de eigenaar die samen met anderen als functioneel dader zijn aangemerkt.
  - De functionele dader wordt geen boete opgelegd. Er is immers al één boete opgelegd aan de eigenaren.

Slotopmerkingen

Dit alles valt en staat met een consistente uitvoering. Dat wil zeggen dat bij het opleggen van boeten alleen aan een BV of een Vof één boete wordt opgelegd als álle overtreders functionele daders zijn zonder bemoeienis etc.

Bij voorkeur zou functionele daders ieder lager worden beboet dan feitelijke daders. Hiermee komt ook tot uiting dat het niet naleven van de zorgplicht als minder ernstig wordt beschouwd als het fysiek overtreden van de regel en een meer eerlijke boetebeleid opleveren.

Er kan natuurlijk ook voor worden gekomen om helemaal nooit meer een boete op op te leggen aan een Vof of een BV en altijd aan de bestuurders/vennoten .