

A&D Post:

Provincie Gelderland
College van Gedeputeerde Staten
Markt 11
6811 CG Arnhem

Per e-mail verzonden:

post@gelderland.nl; postbus@odra.nl

In cc per e-mail aan:

odra.nl; odra.nl
odrn.nl

Amsterdam, 21 november 2024

Onze referentie : CP/20171902

Betreft : Aanvullende zienswijze t.a.v. voorgenomen handhaving ECO filler /
bedrijventerrein Panovenweg 21 te Tiel / zaaknummer ODRA24HB0048

Geacht College,

Namens cliënten, Montea Panoven I B.V., Montea Panoven II B.V., Montea Panoven III B.V., Montea Panoven IV B.V., Montea Panoven V B.V. en Montea Tiel B.V. (voorheen Montea Tiel N.V.), gevestigd te Tilburg, dienen wij met bijgevoegd memo (**Bijlage 1**) een aanvullende zienswijze in tegen de voorgenomen handhavingsbesluiten van 3 mei 2024 over de toepassing van de bouwstof ECO filler op het terrein aan de Panovenweg 21 in Tiel.

Voor het middelste deel van het terrein is per brieven van 24 juli en 20 september 2024 de termijn verlengd tot en met 22 november aanstaande.

Directe aanleiding voor dit memo betreft de actuele rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State met betrekking tot het functioneel daderschap. Aan de hand van de criteria - die in deze rechtspraak zijn uitgekristalliseerd - volgt dat cliënten in de kwestie Tiel-Midden niet als functioneel overtreders kunnen worden beschouwd. Het gevolg daarvan is dat het College daarom niet bevoegd is om jegens cliënten handhavend op te treden.

Gelet op het voorgaande verzoeken wij uw College dan ook met klem om jegens cliënten van handhaving af te zien. Wij gaan ervanuit dat het niet zo ver hoeft te komen dat cliënten worden aangeschreven als functioneel overtreder.

Uiteraard zijn wij beschikbaar voor een nadere toelichting.

Met vriendelijke groet,



BIJLAGE 1

MEMO

Aan : Dossier
Van : [REDACTED] MRE MRICS
Datum : 21 november 2024
Referentie : CP/20171902
Betreft : Panovenweg Tiel / functioneel overtrederschap t.a.v. toepassing ECO filler

1. Inleiding

- 1.1. Op 3 mei 2024 heeft College van Gedeputeerde Staten van de provincie Gelderland (hierna: **GS**) een waarschuwing en een voornemen tot een last onder dwangsom (hierna: **het Voornemen**) aan Montea verstuurd. In dit Voornemen is Montea in de hoedanigheid van eigenaar van de gronden aan de Panovenweg in Tiel (hierna: **Tiel-Midden**) aangemerkt als functioneel overtreder van het Besluit bodemkwaliteit¹ vanwege de toepassing van de bouwstof ECO filler:

"Hoewel Recycling Tiel als toepasser verantwoordelijk is voor het verwijderen van de bouwstoffen welke hun functionaliteit hebben verloren, is Montea als eigenaar van de percelen mede verantwoordelijk voor de verwijdering. Op het moment van aankopen was immers duidelijk dat ECO filler was toegepast en was eveneens duidelijk dat de functionaliteit hiervan zou komen te vervallen."

- 1.2. Het mist feitelijke grondslag dat het Montea bij aankoop duidelijk was dat ECO filler was toegepast. Deze overweging gaat dus uit van een onjuiste aanname omtrent de feiten. Montea is namelijk sinds 2018 eigenaar van de gronden en Recycling Tiel heeft pas nadien – als huurster – de ECO filler aangebracht.
- 1.3. In dit memo worden de volgende vragen beantwoord:²
- (i) Kan Montea³ in de hoedanigheid van eigenaar van de gronden in Tiel-Midden worden aangemerkt worden als functioneel overtreder; en
 - (ii) Is GS bevoegd aan Montea een definitieve last onder dwangsom op te leggen?

¹ Gelet op het bepaalde in de artikelen 1 en 33 Bbk. Deze bepalingen golden op het moment dat de ECO filler door Recycling Tiel B.V. (hierna: **Recycling Tiel**) is toegepast. In het Besluit activiteiten leefomgeving zijn per 1 januari 2024 soortgelijke bepalingen opgenomen, zie artikelen 4.1262 en 4.1260.

² Dit memo beperkt zich tot vraag of Montea in de kwestie Tiel-Midden als (functioneel) overtreder kan worden aangemerkt. De vraag of het besluit om andere redenen onrechtmatig kan worden geacht, blijft hier verder buiten beschouwing.

³ Montea Panoven I B.V., Montea Panoven II B.V., Montea Panoven III B.V., Montea Panoven IV B.V., Montea Panoven V B.V. en Montea Tiel B.V.

2. Aanleiding

- 2.1. De aanleiding van dit memo is de recente rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: **RvS**), waarin het juridische thema 'functioneel daderschap' verder is uitgekristalliseerd. Uit deze rechtspraak en de daarin ontwikkelde toetsingscriteria volgt dat Montea in de onderhavige kwestie niet als functioneel dader kan worden aangemerkt en het College niet bevoegd is om jegens Montea handhavend op te treden.

3. Juridisch kader

- 3.1. Gelet op artikel 5:1, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht wordt onder overtreder verstaan: degene die de overtreding pleegt of medepleegt. Volgens vaste rechtspraak van de RvS is de overtreder in de eerste plaats degene die de verboden handeling fysiek verricht.
- 3.2. Naast een 'fysieke overtreder' kan tevens sprake zijn van een 'functionele dader', die eveneens als overtreder kan worden aangemerkt. Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van functionele pleger van de overtreding, is de RvS in haar uitspraken van 31 mei 2023⁴ aangesloten bij de strafrechtelijke criteria voor functioneel daderschap, zoals die zijn geformuleerd door de Hoge Raad (hierna: **HR**). De rechtspraak van de strafkamer van de HR - voor zover het gaat om natuurlijke personen - houdt in dat een (verboden) gedraging in redelijkheid aan de verdachte als functioneel dader kan worden toegerekend indien deze erover vermocht te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en indien zodanig of vergelijkbaar gedrag blijkens 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. Vergelijk het zogenoemde IJzerdraad-arrest van de HR.⁵
- 3.3. Wat betreft de strafrechtelijke criteria voor het daderschap van *rechtspersonen* wijst de RvS op de criteria die zijn geformuleerd in het Drijfmest-arrest van de HR.⁶ Deze rechtspraak houdt in dat een rechtspersoon kan worden aangemerkt als dader van een strafbaar feit indien de desbetreffende gedraging redelijkerwijs aan die rechtspersoon kan worden toegerekend. Die toerekening is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, waartoe mede behoort de aard van de (verboden) gedraging. Een belangrijk oriëntatiepunt bij de toerekening is of de gedraging heeft plaatsgevonden dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon. Een dergelijke gedraging kan in beginsel worden toegerekend aan de rechtspersoon. Van een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon kan sprake zijn indien zich een of meer van de navolgende omstandigheden voordoen:

⁴ Zie ECLI:NL:RVS:2023:2067 en ECLI:NL:RVS:2023:2071.

⁵ Zie arrest van 23 februari 1954, ECLI:NL:HR:1954:3 en van 8 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3487.

⁶ Zie arrest van 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938 (Drijfmest-arrest), zoals verduidelijkt in het arrest van 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733.

- (a) 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;
- (b) de gedraging past in de normale bedrijfsvoering of taakuitoefening van de rechtspersoon;
- (c) de gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf of in diens taakuitoefening;
- (d) de rechtspersoon vermocht erover te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag werd blijkens de feitelijke gang van zaken door de rechtspersoon aanvaard of placht te worden aanvaard, waarbij onder bedoeld aanvaarden mede begrepen is het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden geleverd met het oog op de voorkoming van de gedraging.

3.4. De RvS heeft in de uitspraken van 31 mei 2023 uiteengezet dat uit deze rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat niet vereist is dat alle of meerdere van de onder (a) tot en met (d) vermelde omstandigheden zich voordoen. Het bestuursorgaan moet aantonen dat sprake is van één of meer omstandigheden, want het is aan het bestuursorgaan om te bewijzen dat aan de criteria voor functioneel daderschap is voldaan. Vergelijk de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Wattel van 15 februari 2023.⁷

3.5. In de verschillende uitspraken van de RvS die na 31 mei 2023 zijn gewezen is voornoemde lijn van de RvS steeds opnieuw bevestigd en bovendien nader geconcretiseerd.

4. Toetsingscriteria toegepast op casus Tiel-Midden

4.1. De omstandigheden die de RvS voor de kwalificatie als functioneel pleger in de verschillende uitspraken doorslaggevend heeft geacht, zijn in onderstaand, puntsgewijs overzicht opgenomen en toegepast op de onderhavige casus van Tiel-Midden.

(a) Niet werkzaam voor rechtspersoon

Niet ter discussie staat dat in 2018 - ten tijde van de aankoop van Tiel-Midden door Montea - er nog geen ECO filler was toegepast. Pas medio 2020 is Recycling Tiel ECO filler gaan aanbrengen, hetgeen evenmin in geschil is. Het gebruiken van ECO filler door Recycling Tiel (onder meer in de fundering, het opslaan in depots en de verhandeling ervan) behoorde in de jaren 2020-2023 tot één van de kernactiviteiten van de inrichting op het terrein aan de Panovenweg. Hieruit volgt dat het aanbrengen van de ECO filler géén handelen of nalaten betreft van iemand uit hoofde van een dienstbetrekking met Montea of door iemand die uit anderen hoofde werkzaam is voor Montea.⁸

(b) Valt niet onder normale bedrijfsvoering

Investeren, beleggen, ontwikkelen en beheren van logistiek vastgoed zijn activiteiten die vallen binnen de normale bedrijfsvoering van Montea. Deze werkzaamheden zijn op geen

⁷ Zie ECLI:NL:RVS:2023:579, r.o. 1.11.

⁸ Anders in uitspraak van 25 oktober 2023, ECLI:NL:2023:3954, r.o. 5.2. (zie ook de annotatie van R. Stijnen, onder nr. 5 in AB 2023/312).



enkele wijze verbonden of verweven met de door GS in de Vooraankondiging verweten gedragingen. Alleen al daarom is geen sprake van omstandigheid ad (a) en (b).⁹

(c) Niet dienstig geweest

De gedragingen van Recycling Tiel zijn op geen enkele wijze profijtelijk of gunstig voor Montea geweest: zij heeft als gevolg van de toepassing van de ECO filler geen hogere huuropbrengsten ontvangen, noch heeft de toepassing van de ECO filler geleid tot een besparing van kosten of een beperking van uitgaven.¹⁰ Integendeel, Montea lijdt tot de dag van vandaag (vertragings-)schade vanwege het feit dat Recycling Tiel de ECO filler niet tijdig heeft afgevoerd en geen c.q. onvoldoende afzetmarkt blijkt te hebben.¹¹ Daarnaast heeft Montea al aanzienlijke kosten moeten maken, onder meer doordat zij bij Tiel-Noord (Intergamma) de funderingsmethodiek heeft moeten aanpassen.

(d) Geen sprake van aanvaarding

Voor zover al sprake is van beschikkingsmacht van Montea vanwege haar eigendomspositie, ontbreekt de noodzakelijke aanvaarding blijkens de volgende doorslaggevende omstandigheden:

- In de huurovereenkomst met Recycling Tiel heeft Montea de verweten gedraging expliciet verboden¹² in artikel 11.2, waarin onder meer het volgende is bepaald (onderstrepingen CP):

Het is Huurder zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Verhuurder niet toegestaan om:

- a. op of in de directe omgeving van het Gehuurde enige milieugevaarlijke zaken in de ruimste zin des woords op te (doen) slaan, waaronder stank verspreidende, brandgevaarlijke of ontplofbare zaken, en/of om;
- b. het Gehuurde zodanig te (doen) gebruiken dat door dit gebruik enige waardevermindering in de meest ruime zin van het Gehuurde kan ontstaan (waaronder doch niet beperkt tot enige bodem- of andere milieuverontreiniging, schade aan het Gehuurde of aan het aanzien van het Gehuurde), en/of om;
- c. het Gehuurde voor fabricage-, montage-, of reparatiewerkzaamheden te (doen) gebruiken of om aldaar olie te (doen) verversen, en/of om;
- d. enige materialen en/of goederen in en/of op het Gehuurde op enigerlei wijze op te slaan (zelfs kortstondig), te recyclen en/of op enigerlei andere wijze te bewerken of de aanwezigheid ervan in en/of op het Gehuurde te dulden, indien deze naar oordeel van Verhuurder resulteert in hetgeen bepaald hiervoor onder (a), (b) en/of (c).

⁹ Vergelijk uitspraken van 29 maart 2024, ECLI:NL:RVS:2024:1284, r.o. 9.1. en ECLI:NL:RVS:2024:1287, r.o. 7.1.

¹⁰ Vergelijk uitspraken van 29 maart 2024, ECLI:NL:RVS:2024:1284, r.o. 9.2. en ECLI:NL:RVS:2024:1287, r.o. 7.2.

¹¹ Vergelijk uitspraak van 12 juni 2024, ECLI:NL:RVS:2024:2393, r.o. 8.

¹² Vergelijk uitspraak van 12 juni 2024, ECLI:NL:RVS:2024:2393, r.o. 9.1.



Onverminderd enige andere verplichtingen van Huurder uiteengezet in, en/of op enigerlei wijze voortvloeiend uit deze huurovereenkomst, zal Huurder ten aanzien van diens gebruik van het Gehuurde, te allen tijde, en uitsluitend op diens kosten, risico en verantwoordelijkheid, verzekeren dat:

- (i) alle toepasselijke wettelijke en/of reglementaire verplichtingen, alsook alle maatregelen en voorschriften van enige bevoegde overheidsinstanties en/of autoriteiten, alsook alle verplichtingen uiteengezet in enige vergunningen, ontheffingen en/of toestemmingen correct en tijdig zijn nageleefd;
[...]"

Alsmede in artikel 11.4 aanhef en onder c:

"Huurder is verplicht om, uitsluitend op kosten, risico en verantwoordelijkheid, en uiterlijk tegen de datum waarop de huurtermijn van deze huurovereenkomst wordt beëindigd overeenkomstig de voorwaarden en bepalingen uiteengezet in deze huurovereenkomst, het Gehuurde in Bouwrijpe Staat te hebben gebracht.

Onder "Bouwrijpe Staat" wordt verstaan dat:

[...]

c. er in en/of op de grond van het Gehuurde geen bodem- en grondwatervervuiling (waaronder bijv. historisch ernstig geval van bodemverontreiniging of nieuw geval van bodemverontreiniging zoals bedoeld in de Wet Bodembescherming) en/of milieubelastende materialen aanwezig zijn, die een beperking inhoudt voor de geschiktheid van de beoogde toekomstige ontwikkelingen op die grond, met name het oprichten op die grond van logistieke panden met kantoor- en parkeervoorzieningen, en waaronder onder meer wordt begrepen dat de milieuhygiënische kwaliteit van de bodem minstens gelijk moet zijn aan de kwaliteitsklasse Industrie zoals bedoeld in het Besluit Bodemkwaliteit (zoals desgevallend nadien gewijzigd),"
[...]"

- Er waren geen verklaringen, concrete aanwijzingen of andere signalen op grond waarvan Montea had moeten aannemen dat Recycling Tiel de ECO filler in strijd met de regelgeving had toegepast.¹³ Integendeel, Recycling Tiel heeft juist meermaals aangegeven dat de ECO-filler conform de regels is aangebracht,¹⁴ hetgeen achteraf niet juist is gebleken.
- Er waren geen concrete omstandigheden die Montea destijds aanleiding hadden moeten geven om ter plaatse (nadere) controles uit te voeren. Evenmin waren er

¹³ Anders in uitspraak van 23 oktober 2024, ECLI:NL:RVS:2024:4210, r.o. 10.2. Vergelijk uitspraak van 24 januari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:271, r.o. 12.

¹⁴ Zie bijvoorbeeld de e-mail d.d. 29 december 2023 van Jan Hoeflaken (namens Recycling Tiel) aan Friso Rienks en Hylcke Okkinga (van Montea), waarin wordt bevestigd dat Recycling Tiel zorgt voor het bouwrijp opleveren voor 1 april 2024 overeenkomstig wet- en regelgeving, deze e-mail maakt onderdeel uit van een e-mailwisseling (productie 11 bij de dagvaarding in kort geding).

indicaties dat er een overtreding plaatsvond.¹⁵ Sterker nog, een eerder handhavingsbesluit t.a.v. ECO filler van de Omgevingsdienst Rivierenland was op 14 juli 2023 ingetrokken en dezelfde Omgevingsdienst heeft de toepassing van ECO filler op een ander bedrijventerrein ('Medel 2') goedgekeurd.¹⁶

- Montea heeft Recycling Tiel zelfs meermaals nadrukkelijk verzocht, gesommeerd en uiteindelijk gedagvaard om de ECO filler af te voeren (en de overtreding in zoverre ongedaan te maken). Momenteel lopen de volgende civiele procedures, met Montea als verzoeker respectievelijk eiser:
- Bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden: een kort gedingprocedure in hoger beroep tot het afvoeren van de ECO filler;¹⁷
 - Bij de rechtbank Gelderland: een bodemprocedure met een schadevordering vanwege oplevergebreken (waaronder de ECO filler);
 - Bij de rechtbank Gelderland: een bodemprocedure met een schadevordering vanwege de herplantplicht (deze plicht wordt mede belemmerd door de ECO filler).

5. Conclusie

5.1. Op grond van het bovenstaande, luidt onze conclusie dat Montea niet kan worden aangemerkt als dader van de door GS gestelde overtredingen van het Besluit bodemkwaliteit (of het Besluit activiteiten leefomgeving), omdat de desbetreffende gedragingen redelijkerwijs niet aan Montea kunnen worden toegerekend:

- (a) De verweten gedragingen betreffen geen handelen of nalaten van iemand die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking hetzij uit anderen hoofde werkzaam is ten behoeve van Montea;
- (b) de verweten gedragingen passen niet in de normale bedrijfsvoering of taakuitoefening van Montea;
- (c) de verweten gedragingen zijn niet dienstig geweest voor Montea in het door haar uitgeoefende bedrijf of in diens taakuitoefening;
- (d) Voor zover Montea al over de gedraging mocht beschikken, zijn de gedragingen niet door Montea aanvaard.

Hieruit volgt dat GS in de kwestie Tiel-Midden niet bevoegd is om jegens Montea handhavend op te treden.

¹⁵ Vergelijk uitspraken van 10 juli 2024, ECLI:NL:RVS:2024:2815, tweede alinea van r.o. 9.2 en 25 september 2024, ECLI:NL:RVS:2024:3864, r.o. 9.3.

¹⁶ Zie de bevindingenbrief van 19 juni 2024, kenmerk: ODR2406455. In een e-mail (verzonden d.d. 24 juni 2024 om 07:49 uur) is door de adviseur bodem van de omgevingsdienst bevestigd dat deze brief als goedkeuring moet worden beschouwd.

¹⁷ Zie ook de appeldagvaarding d.d. 16 augustus 2024.