

# Artikel

## Ontneming in het milieustrafrecht

Een overzicht van de omstandigheden die de rechter meeweegt bij de berekening van wederrechtelijk verkregen voordeel in het milieustrafrecht

Mr. M. Velthuis\*

### 1. Inleiding

De ontnemingsmaatregel in het milieustrafrecht is al veelvuldig besproken in de literatuur.<sup>1</sup> Verschillende auteurs beschrijven daarbij de ruime mogelijkheden die bestaan om bij milieudelicten wederrechtelijk verkregen voordeel te ontnemen. Wanneer bij het bepalen van het wederrechtelijk verkregen voordeel verschillende uitgangspunten worden gehanteerd, kan dat leiden tot veel discussie en aanzienlijke verschillen in het geschatte voordeelsbedrag.

Dit artikel bevat een overzicht van de gepubliceerde jurisprudentie van opgelegde ontnemingsmaatregelen in het milieustrafrecht. Bij de bestudering van deze uitspraken viel op dat de uiteindelijk door de rechter opge-

legde ontnemingsmaatregel vaak fors lager uitvalt dan de ontnemingsvordering die was ingesteld door het Openbaar Ministerie. Nu zal die vaststelling op zich voor velen waarschijnlijk geen verrassing zijn. Wat met name interessant is, zijn de redenen waarom de rechter tot een substantieel lagere ontnemingsmaatregel komt en welke argumenten van de zijde van de verdediging hierbij worden meegewogen.

Hierna wordt allereerst ingegaan op de verschillen in hoogte van het ontnemingsbedrag, zoals valt af te leiden uit de rechtspraak (paragraaf 2). Daarna zal uiteengezet worden welke omstandigheden tot een forse reductie van het uiteindelijk te ontnemen bedrag kunnen leiden. Daarbij is in grote lijnen onderscheid te maken tussen zaken waarin discussie bestaat over de hypothetische rechtmatige situatie waar een vergelijking mee moet worden gemaakt (paragraaf 3) en zaken waarbij met name verschil in inzicht bestaat over kostenaf trek (paragraaf 4). Voor een goed begrip van de materie worden waar nodig de relevante feiten uit de besproken jurisprudentie uiteengezet. Tot slot worden de belangrijkste bevindingen in de conclusie opgenomen (paragraaf 5).

### 2. De rechter berekent voordeel fors lager dan het Openbaar Ministerie

Hoewel er ruime mogelijkheden zijn om voordeel te ontnemen, is de hoeveelheid gepubliceerde jurispruden-

205

\* Mr. M. Velthuis is advocaat bij Stibbe, werkzaam op de afdeling Corporate Criminal Law.

1. Zie o.a. P.M. van Russen Groen, 'Ontnemen van voordeel bij gebreken in de vergunning', *Strafblad* 2016-01, 24; M.E. Bergstra, 'Milieustrafrecht. Naar een breder gebruik van het sanctiearsenaal', *TvSC* 2014-01, 11; Th.A. de Roos, 'Voordeelsontneming in het milieustrafrecht', *Strafblad* 2007-06, 478; M.G. Faure & Th.A. de Roos (red.), *De berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel uit milieudelicten*, Maas-tricht: METRO 1998; M.G. Faure & Th.A. de Roos, 'Schatting van het voordeel en aftrek van kosten bij de oplegging van de ontnemingsmaatregel', in: M.J.C. Visser & A. de Lange (red.), *Milieustrafrecht. Onderzoek en aanbevelingen voor theorie en praktijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, WODC 2007, p. 35-62; M.J. Borgers, *De ontnemingsmaatregel. Een onderzoek naar het karakter en de voorwaarden tot oplegging van de maatregel ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel (artikel 36e Wetboek van Strafrecht)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

tie over ontneming in het milieustrafrecht beperkt.<sup>2</sup> Dat betekent dat terughoudendheid moet worden betracht met betrekking tot het trekken van algemene conclusies over alle opgelegde ontnemingsmaatregelen in het milieustrafrecht. De gepubliceerde jurisprudentie laat evenwel een duidelijk beeld zien: het voordeel zoals dat door de opsporingsambtenaren is berekend en vastgelegd in de ontnemingsrapportage wordt in het milieustrafrecht uiteindelijk vaak niet opgelegd door de rechter.

In een aantal zaken vorderde het Openbaar Ministerie zelf al een lager bedrag dan opgenomen in de ontnemingsrapportage. Opvallend was een zaak die eind 2015 diende voor de Rechtbank Zeeland-West-Brabant, waar de officier van justitie het berekende voordeel met bijna € 2 miljoen verlaagde ten opzichte van de ontnemingsrapportage. Daarmee stelde het Openbaar Ministerie de vordering op minder dan de helft van het bedrag dat initieel was berekend.<sup>3</sup> In een uitspraak van mei 2016 schatte het Openbaar Ministerie het voordeelsbedrag ruim € 650.000 lager.<sup>4</sup> Overigens vordert het Openbaar Ministerie soms ook een hoger bedrag dan opgenomen in de ontnemingsrapportage. Zo vorderde het Openbaar Ministerie in één zaak naast het initieel berekende bedrag ook het vermeende vervolgprijfijt dat zou hebben bestaan uit de wettelijke rente. De Rechtbank Breda ging daar evenwel niet in mee.<sup>5</sup>

De rechter komt in alle gepubliceerde ontnemingsuitspraken in het milieustrafrecht tot een significant lager voordeelsbedrag dan berekend in de ontnemingsrapportage.<sup>6</sup> De opgelegde ontnemingsmaatregel bleek in alle gevallen minimaal 30 procent<sup>7</sup> lager te zijn dan het aanvankelijk berekende bedrag aan wederrechtelijk verkregen voordeel.<sup>8</sup> In drie zaken werd het door het Openbaar Ministerie berekende bedrag met 40 tot ruim 50 procent verlaagd<sup>9</sup> en in vier uitspraken werd het initiële

bedrag met ruim 70 procent verlaagd.<sup>10</sup> In drie uitspraken werd het voordeelsbedrag zoals berekend in de ontnemingsrapportage zelfs met bijna 100 procent verlaagd.<sup>11</sup>

De gepubliceerde jurisprudentie laat aldus duidelijk zien dat de rechter het wederrechtelijk verkregen voordeel doorgaans fors lager inschat dan de opsporingsambtenaren die de ontnemingsrapportage opstellen. In het navolgende worden bovengenoemde zaken nader besproken en wordt toegelicht waar deze inschattingverschillen door worden veroorzaakt.

### 3. Discussie over hypothetische rechtmatige situatie levert de grootste verschillen op

#### 3.1. Inleiding

De bedoeling van de ontnemingsmaatregel is om de veroordeelde terug te brengen in de positie waarin deze zou hebben verkeerd indien hij geen strafbare feiten zou hebben gepleegd.<sup>12</sup> De Hoge Raad bepaalde in het Urker Visafslag-arrest uit 1992 al dat de omstandigheid dat het voordeel ook op een niet-strafbare wijze kan worden behaald niet relevant is voor de vraag óf wederrechtelijk voordeel is behaald.<sup>13</sup> Bij het bepalen van de omvang van het voordeel dient een vergelijking te worden gemaakt tussen de werkelijke situatie en de hypothetische rechtmatige situatie.<sup>14</sup> Volgens Borgers komt het er uiteindelijk op aan wat men in die hypothetische rechtmatige situatie het 'meest waarschijnlijke scenario'

- Indien de aan drugs gerelateerde zaken (bijv. dumpen van drugsafval) en illegaal vuurwerkzaken buiten beschouwing worden gelaten, blijft slechts een zeer beperkt aantal gepubliceerde uitspraken over (minder dan 20 in de afgelopen 15 jaar).
- Rb. Zeeland-West-Brabant 2 december 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:7687; berekening rapportage € 3.802.936, uiteindelijke vordering OM € 1.817.520.
- Rb. Amsterdam 25 mei 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3156; berekening rapportage € 1.988.824, uiteindelijke vordering OM: € 1.332.880.
- Rb. Breda 8 februari 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BV3088, *JOW* 2012/71, M en R 2012/72 m.nt. Tubbing.
- Of indien de ontnemingsrapportage niet blijkt uit de uitspraak: de ontnemingsvordering door het OM.
- De meest geringe verlaging is te vinden in de uitspraak van de Rb. Oost-Brabant van 24 november 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6749 (29%).
- Berekend is het verschil tussen het bedrag in het ontnemingsrapport (of bij gebreke daarvan de ontnemingsvordering) en de door de rechter opgelegde maatregel, als percentage van het bedrag in het ontnemingsrapport (of bij gebreke daarvan de ontnemingsvordering). Oftewel: verschil / bedrag ontnemingsrapport x 100%.
- Rb. Amsterdam 25 mei 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3156 (39%); Rb. Zeeland-West-Brabant 2 december 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:7687 (54%); Rb. Breda 8 februari 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BV3088, *JOW* 2012/71, M en R 2012/72 m.nt. Tubbing (46%).

- Rb. Amsterdam 22 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ6379 (Amsterdam Port Services, verlaging 73%); Rb. Utrecht 27 februari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BV7405 (Ontneming Mega Deliverance, verlaging 73%); Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 november 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BG4643 (verlaging 71%); Rb. Middelburg 8 oktober 2004, ECLI:NL:RBMID:2004:AR3840 (verlaging 72%).
- HR 20 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ4686, *NJ* 2012, 298 m.nt. Borgers (verlaging 92%), Gerechtshof Den Haag 25 januari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV6102 (99,6%), Rb. Alkmaar 29 januari 2007, ECLI:NL:RBALK:2007:AZ7668 (98,6%).
- Zie M.J. Borgers, *De ontnemingsmaatregel*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 186.
- HR 8 juli 1992, *NJ* 1993, 12.
- Zie M.J. Borgers, *De ontnemingsmaatregel*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 196 e.v. en meer recent in zijn annotatie bij HR 20 september 2011, *NJ* 2012, 298; H.G. Punt, *Praktijkboek ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel*, 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers 2011, 80-100; HR 27 januari 2004, *NJ* 2004, 492 m.nt. Buruma; HR 28 mei 2002, *NJ* 2003, 96 m.nt. Mevis.

acht, waarbij hij terecht benoemt dat dit in zekere zin speculatief is.<sup>15</sup>

De noodzaak om een vergelijking te maken en te speculeren wat de hypothetische rechtmatige situatie zou zijn geweest, zorgt ervoor dat op dit punt de nodige discussie kan ontstaan in de rechtszaal. Bovendien geldt dat in de praktijk bij een verschil van inzicht over de hypothetische rechtmatige situatie ook de grootste verschillen ontstaan tussen de berekening door het Openbaar Ministerie, de verdediging en de rechter. De drie zaken waarbij het ontnemingsbedrag zoals berekend door het Openbaar Ministerie met bijna 100 procent werd verlaagd worden hierna eerst besproken. Daarna volgt een zaak waarin de rechtbank zich (na een aanzienlijke verlaging van de vordering door de officier van justitie) aansloot bij de visie van het Openbaar Ministerie over de hypothetische rechtmatige situatie, waardoor een vele malen hoger bedrag werd opgelegd dan bepleit door de verdediging.

### 3.2. Bespaarde kosten aanvraag vergunning vs. behaalde winst

Allereerst is relevant een zaak waarbij de veroordeelde handelingen had verricht zonder de benodigde vergunning. De officier begrootte het voordeel op de volledige bedrijfswinst die was behaald door zonder een vergunning groenafval bij het bedrijf zelf te bewerken en op te slaan.<sup>16</sup> Ten tijde van de beoordeling was de betreffende vergunning inmiddels wel verkregen. Dit leidde het Gerechtshof 's-Hertogenbosch tot het oordeel dat het voordeel enkel had bestaan uit de tijdelijke besparing van de kosten van de vergunningsaanvraag: 'slechts' € 2.500. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand bij zijn arrest van 20 september 2011 en overwoog dat het oordeel van het hof erop neerkwam dat de aard van de door betrokkene verrichte verboden activiteiten materieel voldeden aan de nadien aangevraagde en verstrekte vergunning.

### 3.3. Bespaarde kosten aanvraag vergunning vs. bespaarde kosten voor afvoer

Ook in een andere zaak werd niet in overeenstemming met een vergunning gehandeld. De veroordeelde had weliswaar de beschikking over een vergunning voor het opslaan van biowater, maar overschreed de daarin opgenomen maximale hoeveelheid.<sup>17</sup> Toen de zaak op zitting kwam, had het bedrijf inmiddels een gereviseerde ver-

gunning verkregen die de opslag van deze grotere hoeveelheid biowater mogelijk maakte. De verdediging vond steun in het arrest van de Hoge Raad van 20 september 2011 en bepleitte met succes dat de bespaarde kosten gesteld dienden te worden op de kosten voor de vergunningsaanvraag. Het Gerechtshof Den Haag overwoog dat *'dit van de zijde van het openbaar ministerie onvoldoende is bestreden en uit de stukken – in het bijzonder de thans verleende vergunning – niet volgt dat nog (bedrijfs)aanpassingen ten behoeve van de vergunde opslag moesten plaatsvinden.'* Dit leidde tot een ontneming van € 1.250, een fractie van de ongeveer € 277.460 die de advocaat-generaal had gevorderd.

Bovenstaande laat zien dat het voor bedrijven van belang is om de verrichte activiteiten – indien mogelijk – zo snel mogelijk te laten legaliseren door een vergunning aan te vragen dan wel de voorwaarden van de bestaande vergunning aan te laten passen. Een eventuele ontnemingsvordering kan hierdoor bijna geheel komen te vervallen.

Een vraag die naar aanleiding van de voornoemde jurisprudentie kan opkomen, is of een beperkte noodzakelijke aanpassing om alsnog een vergunning te kunnen verkrijgen ertoe leidt dat alle winst die zonder vergunning werd verkregen als wederrechtelijk verkregen voordeel kan worden aangemerkt. En hoe dient een ontnemingsvordering beoordeeld te worden indien niet alsnog een vergunning is aangevraagd en verkregen, maar wel aannemelijk is dat een aanvraag tot vergunningverlening zou hebben geleid? Het Openbaar Ministerie zal – gelet op ook de hiervoor genoemde uitspraken – vermoedelijk het standpunt innemen dat in beide gevallen de volledige winst kan worden ontnomen, terwijl de verdediging het tegenovergestelde standpunt zal verkiezen en erop zal wijzen dat in de meest waarschijnlijke hypothetische situatie een vergunning zou zijn aangevraagd en eventuele aanpassingen om de vergunning te verkrijgen zouden zijn doorgevoerd. In mijn optiek dient bij de beoordeling uitgegaan te worden van een redelijk en realistisch scenario. Is het aannemelijk dat een bedrijf de behaalde bedrijfswinst in het geheel niet zou hebben gemaakt, of is het aannemelijk dat het bedrijf de voor de vergunning benodigde aanvraag zou hebben ingediend, eventuele aanpassingen zou hebben gemaakt en de vergunning zou hebben verkregen? In dat laatste geval zou voor de berekening van het voordeel uitgegaan moeten worden van de (uitgestelde) bespaarde kosten van de vergunningsaanvraag en kosten van de noodzakelijke aanpassing om de vergunning te verkrijgen.

### 3.4. Onrechtmatige of rechtmatige export

De afvoer van afval en afvalwater blijkt in de praktijk te leiden tot hoge ontnemingsvorderingen. Zo werd van een bedrijf dat afval (houtsnippers) van Nederland naar Zweden had afgevoerd een ontnemingsbedrag gevorderd van € 1.138.000.<sup>18</sup> Het bedrijf was veroordeeld voor het in strijd met zijn Wm-vergunning niet scheiden van laag- en hoogwaardige houtfractie, het mede-

15. M.J. Borgers in zijn annotatie bij HR 20 september 2011, NJ 2012, 298: *'Maar waar het gaat om de vaststelling van de omvang van het voordeel, kan de keuze van de berekeningswijze eigenlijk niet los worden gezien van de keuze van het, bij de zaak meest passende, hypothetische rechtmatige situatie. Het komt er uiteindelijk op aan wat men het meest waarschijnlijk acht: zou de betrokkene – indien hij de wet niet zou hebben overtreden – hebben gekozen voor het (al dan niet tijdelijk) stopzetten voor zijn bedrijfsactiviteiten of voor het continueren van de transporten met legale chauffeurs? Dat die keuze in zekere zin speculatief is, ontken ik niet. Maar omdat het voordeelsbegrip een comparatief begrip is, ontkomt men er niet aan om die hypothetische rechtmatige situatie te duiden.'*

16. HR 20 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ4686, NJ 2012, 298 m.nt. Borgers.

17. Gerechtshof Den Haag 25 januari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV6102.

18. Rb. Alkmaar 29 januari 2007, ECLI:NL:RBALK:2007:AZ7668.

plegen van valsheid in geschrift door begeleidingsformulieren bij het afvaltransport valselijk op te maken, het ontdoen (in Nederland) van afval naar een niet-erkende verwerker en schending van voorschriften van de EVOA<sup>19</sup> door zonder kennisgeving en toestemming van de autoriteiten behandeld hout naar Zweden over te brengen. Volgens het Openbaar Ministerie had het afval primair moeten worden vernietigd in een verbrandingsoven, waarvoor de kosten volgens het Openbaar Ministerie in totaal ongeveer € 1.138.000 zouden hebben bedragen. Als alternatief had het afval, aldus het Openbaar Ministerie, gestort moeten worden op een stortplaats, waarbij het Openbaar Ministerie de kosten schatte op ongeveer € 464.000. De Rechtbank Alkmaar leidde uit een brief van het bevoegd gezag af dat onder bepaalde voorwaarden het afval ook mocht worden geëxporteerd. Vervolgens beoordeelde de rechtbank in hoeverre het niet naleven van op die export betrekking hebbende EG-regelgeving voordeel heeft opgeleverd en concludeerde dat het voordeel enkel bestond uit bespaarde kosten voor het niet scheiden van verschillende kwaliteiten hout (in de vorm van investeringen en bespaarde kosten door vermenging) en voordeel samenhangend met transporten in Nederland die niet hadden mogen plaatsvinden. In totaal schatte de Rechtbank Alkmaar het voordeel daarvan op ‘slechts’ € 16.500 en legde voor dit bedrag een ontnemingsmaatregel op.

Opmerkelijk is dat zowel het Openbaar Ministerie als de verdediging ter onderbouwing hadden verwezen naar het Urker Visafslag-arrest. De Rechtbank Alkmaar oordeelde echter dat het om een andere situatie ging, nu in het bedoelde arrest sprake was geweest van een causaal verband tussen het onrechtmatig karakter en het daaruit verkregen voordeel terwijl de pointe in onderhavige zaak nu juist was dat niet-naleving van de wettelijke regels op zichzelf geen aantoonbaar substantieel voordeel had opgeleverd. De rechtbank oordeelde dat reeds daarom niet relevant was of de vergelijking met het financieel voordeel van een rechtmatige handelwijze rechtens al dan niet toelaatbaar is.

Echter, ook hier ontkwam de rechtbank er uiteindelijk niet aan een vergelijking te maken tussen de werkelijke situatie en de hypothetische rechtmatige situatie. Alleen werd de vergelijking hier geplaatst in de context van causaliteit.

### 3.5. Afvoeren naar een niet-erkende verwerker vs. directe afvoer naar de eindverwerker

De Rechtbank Amsterdam heeft zich in 2013 uitgelaten over de vraag waar het voordeel uit bestaat wanneer oliehoudende afvalstoffen worden afgegeven aan een niet-erkende verwerker.<sup>20</sup> Voor dit oliehoudende afval ontving de veroordeelde een bedrag van een tussenpersoon die het afval doorzette naar de eindverwerker. Het

Openbaar Ministerie beraamde het voordeel op € 23,75 per ton afval, bestaande uit de kosten die het bedrijf zou hebben gemaakt bij afgifte aan een erkende verwerker. De verdediging betoogde dat geen causaal verband bestond tussen de overtreding en het voordeel, nu het voordeel pas werd behaald bij het rechtmatige doorvoeren van de niet-erkende verwerker aan de eindafnemer. De Rechtbank Amsterdam oordeelde dat het voordeel bestond uit het verschil in opbrengst tussen het afgeven aan de niet-erkende verwerker en de situatie waarin het afval rechtstreeks zou zijn afgegeven aan de eindverwerker. Het voordeel bestond volgens de rechtbank daarmee uit een besparing van kosten voor een bedrag van € 288.000, aanzienlijk minder dan het door het Openbaar Ministerie voorgerekende voordeel van afgerond € 1.015.000.

### 3.6. Niet langer scheiden waterstromen

Ook in de hiervoor al genoemde uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant van eind 2015 ging het over een onjuiste wijze van behandeling van afvalwater.<sup>21</sup> De veroordeelde had niet langer zijn waterstromen gescheiden gehouden, waardoor regenwater, grijswater en zogenoemd percolaatwater waren samengevoegd en werden uitgesproeid over het terrein. Het bedrijf was vervolgens veroordeeld voor het in werking hebben van een veranderde (nieuwe) inrichting zonder milieuvergunning. De verdediging voerde aan ‘dat het wederrechtelijk verkregen voordeel hooguit kan bestaan uit de kosten die zouden zijn gemaakt als er geen sprake was geweest van strafbaar handelen, zijnde de kosten van het gescheiden afvoeren van percolaat (in de vergunde situatie van gescheiden waterstromen).’ Deze kosten bestonden uit scheidingskosten en kosten voor afvoer, die de verdediging raamde op € 33.315,50.

De rechtbank volgde evenwel het Openbaar Ministerie in zijn opvatting dat door het niet scheiden van de waterstromen al het water afgevoerd had moeten worden naar een erkend verwerker. De rechtbank verwierp het verweer van de verdediging ‘omdat [bedrijf] niet strafrechtelijk is veroordeeld voor het overtreden van de voorwaarden van de vergunning, maar voor het in werking hebben van een veranderde (nieuwe) inrichting zonder milieuvergunning.’ Uiteindelijk legde de rechtbank een ontnemingsmaatregel op van afgerond € 1.768.000.

De motivering van de rechtbank is niet zonder meer begrijpelijk. Het verwijt dat aan het bedrijf wordt gemaakt betreft immers dat het niet langer zijn waterstromen gescheiden heeft gehouden en daarmee zijn inrichting heeft gewijzigd. In de rechtmatige situatie zou het bedrijf zijn waterstromen wel gescheiden hebben gehouden en enkel het percolaatwater hebben moeten afvoeren. De beoordeling van de rechtbank leidt hierdoor tot een opmerkelijke uitkomst, omdat het bedrijf feitelijk (ook) moest betalen voor het afvoeren en verwerken van regenwater tegen een bedrag van € 30 per

19. Verordening (EG) Nr. 1013/2006 van 14 juni 2006 betreffende de overbrenging van afvalstoffen (PB L 190 van 12.7.2006, blz. 1).

20. Rb. Amsterdam 22 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ6379 (Amsterdam Port Services).

21. Rb. Zeeland-West-Brabant 2 december 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:7687.



ton en € 75 per uur aan transportkosten. Gezien deze dubbele betaling en de voorwaarden in de bestaande vergunning lijkt dit niet de ‘meest waarschijnlijke’ hypothetische rechtmatige situatie.<sup>22</sup>

## 4. Kosten aftrek bij de berekening van het behaalde voordeel

### 4.1. Inleiding

De opvattingen over het behaalde wederrechtelijk voordeel kunnen ook op andere punten sterk uiteenlopen in milieustrafzaken. De kosten die in aftrek mogen worden gebracht op het vermeende behaalde voordeel vormen regelmatig een discussiepunt. Uit vaste jurisprudentie volgt dat alleen kosten die rechtstreeks verband houden met het wederrechtelijk verkregen voordeel mogen worden afgetrokken.

### 4.2. Onderbouwing directe kosten

In een zaak die in mei 2016 werd behandeld door de Rechtbank Amsterdam, heeft de verdediging een berekening ingediend die was opgesteld door de externe registeraccountant van het bedrijf.<sup>23</sup> Het bedrijf zou wederrechtelijk voordeel hebben verkregen door gevaarlijke afvalstoffen in te nemen om aan derden te verkopen en een deel zelf te verwerken, terwijl het bedrijf geen erkende verwerker was. De berekening bevatte de directe kosten die het bedrijf stelde te hebben gemaakt. Dat vormde voor de officier van justitie aanleiding om – gelet op een deel van de aangevoerde kostenposten – de vordering te verlagen met ongeveer € 650.000 en ter zitting de vordering nog eens met € 40.000 te verlagen. De rechtbank nam vervolgens nog eens een aantal van de aangevoerde kostenposten in aanmerking,<sup>24</sup> waardoor het bedrag met nog eens € 126.000 werd verlaagd. Hoewel de opgelegde ontnemingsmaatregel nog steeds aanzienlijk was, te weten € 1.207.000, was deze bijna 40% lager dan het bedrag opgenomen in het ontnemingsrapport. Een gedegen onderbouwing van de kosten die rechtstreeks verband houden met het verkregen voordeel, al dan niet opgesteld door een externe registeraccountant, kan de ontnemingsmaatregel dus aanzienlijk lager doen uitvallen.

### 4.3. Toerekening bedrijfskosten naar rato van legale en illegale activiteiten

Een andere mogelijkheid is om bedrijfskosten naar rato toe te rekenen aan de legale en de illegale activiteiten.

Allereerst kan gewezen worden op een zaak waarbij de veroordeelde meerdere malen de EVOA had overtreden door kunststofafval in strijd met de regels naar China af te voeren. Het Openbaar Ministerie had op basis van de jaarrekening de niet-delictgerelateerde kosten bepaald en enkel de delictgerelateerde kosten van de illegale omzet afgetrokken. De rechtbank overwoog: ‘Nu het dossier geen aanknopingspunten biedt op grond [waarvan] dit onderscheid kan worden gemaakt, zal de rechtbank alle bedrijfskosten naar rato verdelen over de legale en illegale activiteiten.’<sup>25</sup> De Rechtbank Utrecht legde uiteindelijk een ontnemingsmaatregel op voor een bedrag van afgerond € 554.000, terwijl het Openbaar Ministerie het voordeel had berekend op € 2.073.000.

Een soortgelijk oordeel van het Gerechtshof Den Haag werd voorgelegd aan de Hoge Raad in 2013.<sup>26</sup> Hier ging het om de verkoop van drie illegale producten. De totale verkoopopbrengst van deze producten betrof in het betreffende boekjaar € 121.750, maar maakte slechts 0,8 procent uit van de netto-omzet van alle producten van de veroordeelde in dat boekjaar. Het hof oordeelde dat ‘aangezien de illegale productie is geschied in een op continuïteit gerichte onderneming en de daarvoor benodigde kosten en voorzieningen redelijkerwijs evenredig drukken op de resultaten van de verkoop van alle producten, voor de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel het resultaat voor belastingen als uitgangspunt moet worden genomen.’ Het voordeel werd vervolgens geschat op slechts € 950. De Hoge Raad billijkte dit oordeel, waarbij hij overwoog dat in het oordeel besloten ligt dat de bedrijfskosten ‘kunnen worden toegerekend aan zowel de legale als de illegale bedrijfsactiviteiten’ en dat in het resultaat voor belastingen de voor de illegale productie gemaakte kosten zijn verdisconteerd.

Het pro rata toedelen van bedrijfskosten aan de legale en illegale productie is redelijk en sluit aan bij de realiteit van het bedrijfsleven. Bepaalde kosten die wellicht op het eerste gezicht niet direct zijn te koppelen aan bepaalde activiteiten – zoals overheadkosten – zijn noodzakelijk voor de gehele bedrijfsvoering. Het zou minder passend zijn om enkel de aantoonbaar direct met de illegale activiteiten samenhangende kosten in aftrek te brengen op het voordeel, omdat daarbij zou worden miskend dat de overige bedrijfskosten in beginsel ook ten behoeve van de illegale activiteiten zijn gemaakt.

## 5. Conclusie

Uit de gepubliceerde rechtspraak over opgelegde ontnemingsmaatregelen in het milieustrafrecht blijkt dat een aanzienlijk verschil bestaat tussen het initieel in de ontnemingsrapportage berekende voordeelsbedrag en de

22. Zie Borgers, die tot uitgangspunt nam dat een vergelijking moest worden gemaakt met de ‘meest waarschijnlijke’ hypothetische situatie, annotatie Borgers bij HR 20 september 2011, NJ 2012, 298 (zie ook voetnoot 15).

23. Rb. Amsterdam 25 mei 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3156.

24. Dit betroffen kosten transport handling afvoer per vrachtwagen, kosten transport handling afvoer per schip, analysekosten aanvoer, sludge/reinigingskosten en kosten administratief personeel.

25. Rb. Utrecht 27 februari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BV7405 (Ontneming Mega Deliverance).

26. HR 18 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3296, RvdW 2013, 840.

uiteindelijk door de rechter opgelegde ontnemingsmaatregel.

Uitgangspunt van de ontnemingsmaatregel is om de veroordeelde terug te brengen in de situatie waarin deze zou hebben verkeerd wanneer hij rechtmatig zou hebben gehandeld. De grootste verschillen ontstaan wanneer bij de voordeelsberekening discussie bestaat over de hypothetische rechtmatige situatie waarmee de onrechtmatige situatie wordt vergeleken. Die onrechtmatige situatie bestaat in het milieustrafrecht vaak uit het handelen zonder benodigde milieuvergunning, handelen in afwijking van een milieuvergunning en het in strijd met de regels afvoeren van afval.

In de discussie over de meest waarschijnlijke hypothetische rechtmatige situatie valt voor de verdediging de nodige 'winst' te behalen. Goede voorbeelden zijn de uitspraken waarin enkel de kosten van een later alsnog verkregen vergunning als wederrechtelijk voordeel zijn aangemerkt, in plaats van de bedrijfswinst die (vooralsnog) zonder de vergunning werd gemaakt.

Daarnaast leidt ook een verschil in inzicht over welke (directe) kosten in aftrek mogen worden gebracht tot significante verschillen, zelfs wanneer weinig discussie bestaat over de situatie waarmee moet worden vergeleken. In het bijzonder kan een voorbeeldberekening tot een heel ander resultaat leiden wanneer de rechter aanneemt dat gemaakte kosten pro rata moeten worden toegerekend aan zowel de legale als de illegale bedrijfsactiviteiten. Ook laat de rechtspraak zien dat een goede onderbouwing van de in aftrek te brengen rechtstreeks met het feit samenhangende kosten essentieel is.

Hoewel de hoeveelheid gepubliceerde jurisprudentie over ontnemingsmaatregelen in het milieurecht beperkt is, blijkt uit de besproken uitspraken dat de uiteindelijk opgelegde ontnemingsmaatregel soms slechts een fractie betreft van het initieel berekende bedrag in de ontnemingsrapportage. Voor zowel het Openbaar Ministerie als de verdediging geldt dus dat zij kritisch moeten kijken naar de uitgangspunten in de ontnemingsrapportage. Ingeschat zal moeten worden hoe reëel het is dat de rechter aansluit bij de uitgangspunten zoals gehanteerd in de ontnemingsrapportage. Gezien de grote discrepanties die bij de inhoudelijke behandeling kunnen ontstaan, verdient het ook voor het Openbaar Ministerie aanbeveling zich niet bij voorbaat al rijk te rekenen, zeker op het moment dat beslag wordt gelegd met het oog op een eventueel op te leggen ontnemingsmaatregel. Ook bij schikkingsonderhandelingen zal een kritische beoordeling van de ontnemingsrapportage partijen nader tot elkaar kunnen brengen.