

7. Toepasselijke wettelijke bepaling

De op te leggen maatregel is gegrond op artikel 36e van het Wetboek van Strafrecht.

8. Beslissing

De rechtbank:

Stelt het bedrag, waarop het wederrechtelijk voordeel wordt geschat, vast op € 12.997.498,74 (*twaaalfmiljoen negenhonderdzevenennegentig vierhonderdachtennegentig euro en vierenzeventig cent*).

Legt aan [verdachte] op de verplichting tot betaling aan de Staat van een geldbedrag ter grootte van € 12.987.498,74 (*twaaalfmiljoen negenhonderdzevenentachtig vierhonderdachtennegentig euro en vierenzeventig cent*), ter ontneming van het geschatte wederrechtelijk verkregen voordeel.

Bepaalt dat [verdachte] voor dit bedrag hoofdelijk aansprakelijk is met de medeveroordeelden, in die zin dat indien en voor zover een medeveroordeelde betaalt, de veroordeelde van deze verplichting zal zijn bevrijd.

Bepaalt de duur van de gijzeling die met toepassing van artikel 6:6:25 van het Wetboek van Strafvordering ten hoogste kan worden gevorderd op 1080 dagen.

Wijst de vordering voor het overige af.

Noot

Auteur: R. Croes

Inleiding over ontneming in milieustrafzaken

1.

Bij ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel denkt men vaak aan georganiseerde drugs- of mensenhandel. Pluk ze! is het credo: pak af wat onrechtmatig met het strafbare handelen is verdiend! Wat de meeste mensen niet altijd scherp hebben, is het feit dat het bij verdenking van ieder strafbaar feit mogelijk is dat de officier van justitie niet alleen een strafzaak start, maar ook op basis van art. 36e Sr een zogenoemde ontnemingsvordering indient ter ontneming van het door het strafbare handelen verkregen wederrechtelijke voordeel. Het gaat dan in de eerste plaats om het voordeel dat is verkregen uit de gepleegde strafbare feiten en waarvoor dus een veroordeling plaatsvindt c.q. heeft plaatsgevonden. De volgorde is aldus: eerst de behandeling en beslissing in de inhoudelijke strafzaak, en daarna de behandeling en beslissing in de daarmee samenhangende ontnemingszaak. Indien de verdachte ter zake van de inhoudelijke strafzaak (geheel) wordt vrijgesproken, zal de behandeling van de ontnemingsprocedure kort zijn: de vordering wordt dan afgewezen.

2.

In de rechtspraak gebeurt het niet zelden dat de officier van justitie de inhoudelijke strafzaak tezamen met de ontnemingsprocedure op één zitting aanbrengt. Dat is voor de verdediging, zeker bij een ontkennende proceshouding, een erg vervelende positie. Je wordt dan gedwongen om naast je inhoudelijke verweren tegen de ten laste gelegde feiten, in het kader van de ontnemingsprocedure wel uit te gaan van een veroordeling.

Zeker bij een ware overtuiging tot vrijspraak, voelt dat als een spagaat en is het ook lastig uit te leggen aan de cliënt, zeker ook omdat er allerlei extra kosten mee gemoeid kunnen zijn (denk aan advocaatkosten en kosten om een externe, alternatieve berekening te laten uitvoeren). In feite wordt van de verdachte verwacht dat hij ingaat op de vraag wat hij met het strafbare feit heeft verdiend, terwijl hij op diezelfde zitting ontkent dat hij überhaupt het strafbare feit heeft gepleegd. Het zou prettig zijn als meer rechtbanken voor dat probleem van de verdediging oog hebben en wat bereidwilliger zijn om een verzoek tot gesplitste behandeling toe te staan.

3.

In de onderhavige zaak werd de ontnemingsprocedure wel netjes drie maanden na de veroordeling in de inhoudelijke strafzaak behandeld. De verdediging wist toen dus al dat een groot deel van ten laste gelegde feiten niet tot een veroordeling had geleid. Er bleven nog wel meerdere strafbare feiten over, maar kennelijk niet zodanig ernstig dat de door het OM geëiste vier jaar gevangenisstraf werd gevolgd. De verdachte kreeg van de rechtbank een veel lagere straf van 240 uur taakstraf opgelegd. Dat verschil alleen al is interessant genoeg om de inhoudelijke uitspraak nader te onderzoeken, maar deze noot gaat over de ontneming, dus laat ik de inhoudelijke zaak nu voor wat het is.

4.

Voor strafbare feiten waarvan de verdachte expliciet is vrijgesproken kan geen ontnemingsmaatregel worden opgelegd (hoewel dit logisch klinkt, moest dit bevestigd worden in de zogenoemde Geerings-uitspraak, EHRM 1 maart 2007, NJ 2007/349, m.nt. Borgers). Na vrijspraak kan het dus niet, maar op grond van art. 36e lid 2 Sr kan wél wederrechtelijk voordeel worden ontnomen ter zake van niet ten laste gelegde *“andere strafbare feiten, waaromtrent voldoende aanwijzingen bestaan dat zij door de veroordeelde zijn begaan”*.

Uitgangspunt bij berekening wederrechtelijk verkregen voordeel

5.

Op voorspraak van een aantal ontnemingsrapportages van de NVWA-IOD, neemt het OM in deze zaak voor de ontnemingsvordering het gehele bedrijfsresultaat (voor (winst)belastingen) van het biodieselbedrijf over een periode van bijna 4,5 jaar als uitgangspunt. Volgens het OM is er vanaf 2011 *“stelselmatig sprake (...) geweest van een samenstel van strafbare feiten in relatie tot meerdere schakels van het bedrijfsproces als gevolg waarvan het aannemelijk is dat hiermee de totale productie van biodiesel over deze periode is besmet”*. Het OM komt tot een ontnemingsvordering ter hoogte van het fenomenale bedrag van bijna € 83 mio, op te leggen aan de bestuurder/algemeen directeur van de bedrijven die strafbare feiten hebben gepleegd. (Hier speelt ook nog de kwestie van toerekening van door een rechtspersoon wederrechtelijk verkregen voordeel aan een andere (rechts)persoon. Om de omvang van deze annotatie leesbaar te houden, verwijs ik korthedshalve naar hetgeen de rechtbank daarover in r.o. 5.2.1 heeft gezegd).

6.

De rechter is uiteindelijk vrij om een voor hem redelijke berekeningsmethode toe te passen. De hier door het OM voorgestelde berekeningsmethode is echter opvallend en eigenlijk niet zo voor de hand liggend. Uit jurisprudentie blijkt immers dat bij ontnemingsprocedures in milieustrafzaken vrijwel altijd gebruik wordt gemaakt van een concrete berekeningsmethode, waarbij wordt bekeken welk voordeel specifiek met het betreffende strafbare feit is behaald. Dat is ook te verklaren. In milieustrafzaken zijn namelijk veelal

(rechts)personen betrokken wiens kernactiviteit op zichzelf rechtmatig is. In de kern betreft het dus een bonafide bedrijf, maar heeft het bij de bedrijfsvoering één of meerdere strafbare feiten gepleegd. Dat is een heel andere situatie dan (rechts)personen wiens kernactiviteiten op zichzelf al illegaal zijn, zoals dat bijvoorbeeld het geval is bij het bezitten van een hennepkwekerij of de handel in drugs of mensen. Bij (rechts)personen met een onrechtmatige kernactiviteit is het over het algemeen gesproken minder bezwaarlijk om van betrokkenen te verlangen dat zij het tegendeel aannemelijk moeten maken dat door hen gedane uitgaven c.q. verworven voorwerpen wel uit legale bronnen afkomstig zijn. Ook uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat men met de introductie van het bewijsvermoeden vooral voor ogen had om het ontnemen ten laste van drugsgelateerde criminele organisaties of (rechts)personen met een “criminele levensstijl” te vergemakkelijken (zie [Kamerstukken II 2009/10, 32 194, nr. 3](#), par. 4.2, p. 5-6). Zo bezien is het dus niet zo vreemd dat in milieustrafzaken veelal de concrete berekeningsmethode wordt toegepast en wordt ingeschat welk voordeel met het of de specifieke strafbare feit(en) is behaald.

7.

Het OM komt in deze zaak ook niet met een dekkende verklaring waarom zij vindt dat de totale winst van het bedrijf zou moeten worden ontnomen, althans de rechtbank acht het door het OM genomen uitgangspunt onjuist. De rechtbank overweegt - in navolging van de verdediging - dat het doel van de ontneming moet zijn de veroordeelde terug te brengen in de positie waarin deze zou hebben verkeerd als de strafbare feiten niet zouden zijn gepleegd. Deze overweging strookt ook met het door de ontnemingsmaatregel beoogde herstel van de rechtmatige toestand (zie [Kamerstukken II 1989/90, 21 504, nr. 3](#), p. 8). In het verlengde van dat uitgangspunt is de rechtbank het vervolgens met de verdediging eens dat er een vergelijking moet worden gemaakt tussen de bewezenverklaarde (illegale) situatie en “*de meest waarschijnlijke hypothetische rechtmatige situatie*”. Dat betekent dus het toepassen van een concrete berekeningsmethode voor de feiten waarvoor is veroordeeld, en niet ontneming van de totale bedrijfswinst van het bedrijf.

Redelijkheidstoets van de rechter

8.

Hoe de hypothetische rechtmatige situatie vervolgens precies moet worden geconstrueerd, is volgens de rechtbank afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De berekening wordt blijkens de rechtspraak inderdaad overgelaten aan de selectie en waardering van concrete feiten en omstandigheden door de rechter. De rechter kiest aan de hand van de casuïstiek de in zijn ogen meest geschikte methode om allereerst vast te stellen óf er wederrechtelijk voordeel is behaald en in de tweede plaats hoe groot dit voordeel is. De rechter is geheel vrij in de keuze van de berekeningsmethode (zie hierover uitgebreid de annotaties van Buruma bij *NJ* 2004/492 en Borgers bij *NJ* 2012/298). Elke casuspositie kan weer andere (en soms ook meerdere) aanknopingspunten bieden om een berekening te maken. In feite komt de inschatting van het wederrechtelijk voordeel dus neer op een redelijkheidstoets van de beoordelend rechter.

9.

We constateerden al dat de rechtbank in de onderhavige zaak - in lijn met eerdere milieustrafrechtelijke jurisprudentie - heeft gekozen voor het toepassen van een concrete berekeningsmethode per strafbaar feit. Maar hoe is het wederrechtelijke voordeel in deze zaak dan precies berekend?

10.

In de onderhavige zaak ging het om meerdere strafbare feiten/zaaksdossiers, waaronder het niet volgen van de voorgeschreven sterilisatiemethode voor de grondstof voor het produceren van biodiesel, het niet laten veresteren van biodiesel gedurende twee uur op een temperatuur van 72°C, het uitvoeren van glycerine naar China terwijl er een exportverbod van toepassing is, het afnemen van diervoeders van een niet erkende inrichting, valsheid in geschrift en het valselijk opmaken van een massabalans. Per strafbaar feit/zaaksdossier is door de rechtbank het wederrechtelijk voordeel berekend. De voorzet voor die berekeningen werd gegeven door een door de verdediging ingebracht rapport van een externe accountant, waarbij voor elk bewezenverklaard feit één of meer hypothetische scenario's zijn uitgerekend.

11.

Het casuïstische karakter van de voordeelsberekening is in deze uitspraak heel mooi zichtbaar, omdat sommige strafbare feiten/zaaksdossiers zich goed lenen voor het berekenen van de directe opbrengsten minus de kosten (denk aan inkoopprijs, kosten van transport, inslag en opslag), terwijl andere strafbare feiten/zaaksdossiers als voordeel geen opbrengsten maar juist besparing van bepaalde kosten hebben opgeleverd.

12.

Het wederrechtelijk verkregen voordeel kan ook worden geëxtrapoleerd naar een bepaalde periode. Het is dan nog steeds een concrete methode, omdat bij extrapolatie de concrete strafbare feiten het uitgangspunt zijn. Extrapolatie is door de Hoge Raad als methode toegestaan (HR 19 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ3571, NJ 2010/281, m.nt. Schalken). In milieustrafzaken kan extrapolatie bruikbaar zijn, bijvoorbeeld bij de berekening van het aantal transporten dat binnen een bepaalde periode zonder vereiste vergunning zou zijn overgebracht. De berekening is dan meer gebaseerd op schattingen en aannames, dan wanneer ieder concreet feit afzonderlijk wordt gespecificeerd. Het is aan de betrokkene om deze schattingen en aannames te ontkrachten.

13.

Het voert te ver om in deze noot alle in het rapport door de verdediging gepresenteerde (deel)scenario's te bespreken, maar uit de uitspraak blijkt een mooie variëteit aan scenario's waar de rechter uit heeft kunnen kiezen. Ter zake van drie strafbare feiten/zaaksdossiers is door de rechtbank uitgegaan van de besparing van kosten en ter zake van de overige tien strafbare feiten/zaaksdossiers is uitgegaan van een berekening aan de hand van de door het strafbare feit gegenereerde opbrengsten, minus de kosten.

14.

Een voorbeeld waarbij de rechtbank is uitgegaan van een berekening op grond van de besparing van kosten, betreft het strafbare feit dat de biodiesel tijdens het proces van verestering niet gedurende twee uur op een temperatuur van 72°C is gehouden, zoals is voorgeschreven door de Europese Verordening EU 142/2011. De door het bedrijf gehanteerde temperatuur tijdens de esterificatie bedroeg niet 72°C, maar hoogstens 70 °C. Als scenario 1a en 1b werd in het rapport van de verdediging aangedragen de besparing aan voorbereidings- en aanvraagkosten door geen goedkeuring te vragen aan de Europese Commissie. Scenario 2b omvatte het wederrechtelijk verkregen voordeel vanwege de besparing van energiekosten bij de hypothetische situatie dat de NVWA toestemming had verleend voor het toepassen van de 2 °C lagere temperatuur. Nu de NVWA in 2018 (dus na het plaatsvinden van de strafbare feiten) inderdaad goedkeuring had verleend om met afwijkende parameters biodiesel te produceren (ten minste 70 °C gedurende 144 minuten) acht de rechtbank dit scenario 2b als *“de meest in aanmerking komende hypothetische rechtmatige situatie”*. De energiekosten

zijn in een bandbreedte berekend, waarbij twee realistische uiterste percentages zijn gepresenteerd. De rechtbank acht de berekening genoegzaam onderbouwd en bepaalt vervolgens dat het gemiddelde tussen de twee uiterste percentages als het door dit strafbare feit verkregen wederrechtelijk voordeel dient te worden aangemerkt.

15.

Bij het strafbare feit dat ziet op het bestempelen van non-diervoeders als diervoeders wordt door de rechtbank - net als in negen andere gevallen - gekeken naar de opbrengsten van het strafbare feit: het verkopen van non-diervoeders als diervoedergeschikt, waardoor een hogere prijs kon worden verkregen. Dat het bedrijf de verkregen opbrengsten ook had kunnen realiseren in een rechtmatige situatie, is volgens de rechtbank met verwijzing naar het Urkervisafslag-arrest (HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:AC0473) niet relevant en staat aan het opleggen van een ontnemingsmaatregel niet in de weg. Door de rechtbank wordt vervolgens een berekening gemaakt van de opbrengsten van de als diervoedergeschikte verkochte non-diervoeders, minus de gemaakte kosten (zoals de inkoopprijs, kosten van transport, inslag en opslag) en merkt de uitkomst daarvan als door het strafbare feit wederrechtelijk verkregen voordeel aan.

16.

Uiteindelijk leveren dertien strafbare feiten/zaaksdossiers in totaal net iets minder dan € 13 mio aan wederrechtelijk verkregen voordeel op. Het blijft veel geld, maar gelet op het gevorderde bedrag van € 83 mio kan dit, meen ik, toch als overwinning van de verdediging worden gezien. Het laat overigens ook maar weer eens zien wat een actieve onderzoekshouding van de verdediging allemaal kan opleveren, zeker als het OM zo halsstarrig blijft vasthouden aan eigen rapporten en zich in eerder ingenomen standpunten blijvend ingraaft.

Renate Croes

Voetnoten

[1.] De hierna door de rechtbank in de voetnoten als processen-verbaal aangeduide bewijsmiddelen zijn in de wettelijke vorm opgemaakt door personen die daartoe bevoegd zijn en voldoen ook overigens aan de daaraan bij wet gestelde eisen.

[2.] In het bijzonder: HR 21 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3658, HR 8 mei 2005, ECLI:NL:HR:2001:AB1522, HR 6 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4672 en HR 26 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2476.

[3.] Conclusie van Dupliek van de zijde van [verdachte], paragraaf 138.

[4.] Rapport berekening wederrechtelijk verkregen voordeel [bedrijf 9] van 13 september 2022, p. 9.

[5.] Onderzoeksrapport Berekeningen in het kader van de ontnemingsprocedure inzake Boomtomaat van [bedrijf 11] van 17 mei 2024, p. 25 en 26.

[6.] Rapport berekening wederrechtelijk verkregen voordeel [bedrijf 9] van 13 september 2022, p. 22 en 23.

[7.] Onderzoeksrapport Berekeningen in het kader van de ontnemingsprocedure inzake Boomtomaat van [bedrijf 11] van 17 mei 2024, p. 25 t/m 27.

[8.] De termen esterificatie en verestering betekenen hetzelfde.

[9.] In het vonnis wordt onder feit 2 als begindatum van de bewezen verklaarde pleegperiode 1 januari 2015